UOHSX00IPAN2

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0154/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-02077/2024/163 Brno 16. 1. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 11. 2023, doplněném podáním ze dne 28. 11. 2023, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- společnost **T-Mobile Czech Republic a.s.**, IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 11. 2023, č. j. ÚOHS-44026/2023/500, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0645/2023/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **CEJIZA, s.r.o.**, IČO 28353242, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Centrální mobilní telekomunikační služby pro Jihomoravský kraj a právnické osoby zřizované Jihomoravským krajem“** v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 7. 2023 pod ev. č. Z2023-022133, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 7. 2023 pod ev. č. 2023/S 127-402972, ve znění pozdějších oprav, kde je dalším účastníkem vybraný dodavatel –

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

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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:

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0645/2023/VZ, č. j. ÚOHS-44026/2023/500 ze dne 7. 11. 2023

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a dosavadní průběh správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon“**), obdržel dne 5. 10. 2023 návrh navrhovatele – společnosti T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4, (dále jen **„navrhovatel“**) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – CEJIZA, s.r.o., IČO 28353242, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, (dále jen **„zadavatel“**) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Centrální mobilní telekomunikační služby pro Jihomoravský kraj a právnické osoby zřizované Jihomoravským krajem“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 7. 2023 pod ev. č. Z2023-022133, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 7. 2023 pod ev. č. 2023/S 127-402972, ve znění pozdějších oprav, (dále jen **„veřejná zakázka“**).

2. Dnem obdržení předmětného návrhu ze dne 5. 10. 2023 (dále jen **„návrh“**) bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád“**) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen **„správní řízení“**).

3. Navrhovatel v návrhu namítal mimo jiné nezákonnost rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 25. 9. 2023 (dále jen **„rozhodnutí o námitkách 1“**). Navrhovatel měl za to, že rozhodnutí o námitkách č. 1 zadavatel vydal v rozporu se zákonem, konkrétně s ustanovením § 245 odst. 1 větou druhou zákona, neboť zadavatel námitky č. 1 ze dne 11. 9. 2023 (dále jen **„námitky 1“**) nesprávně vyhodnotil a některé z námitek nevypořádal vůbec. Navrhovatel mimo jiné uvedl, že kdyby zadavatel při výběru nejvhodnější nabídky pro plnění veřejné zakázky postupoval podle zákona, byla by nabídka navrhovatele posouzena jako ekonomicky nejvhodnější a na jejím podkladě by navrhovatel jako vybraný dodavatel mohl uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky a generovat tak zisk při jejím plnění.

4. Zadavatel rozhodl o výběru dodavatele rozhodnutím o výběru č. 1 dne 25. 8. 2023 (dále jen **„rozhodnutí o výběru 1“**). Proti rozhodnutí o výběru 1 podal navrhovatel námitky 1, o kterých

zadavatel rozhodl dne 25. 9. 2023 rozhodnutím o námitkách č. 1, a to tak, že námitky týkající se posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen **„MNNC“**) zadavatelem uvedené pod písmeny a) až c) odmítl a námitce týkající se posouzení splnění technické kvalifikace společnosti O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, (dále jen **„vybraný dodavatel“**) uvedené pod písmenem d) vyhověl, na základě čehož ještě téhož dne 25. 9. 2023 vydal rozhodnutí a oznámení rozhodnutí zadavatele o zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele (dále jen **„rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o výběru“**), kterým zrušil rozhodnutí o výběru č. 1, a téhož dne vydal rovněž nové rozhodnutí o výběru č. 2 (dále jen **„rozhodnutí o výběru 2“**).

II. Napadené usnesení

5. Dne 7. 11. 2023 vydal Úřad usnesení sp. zn. ÚOHS-S0645/2023/VZ, č. j. ÚOHS-44026/2023/500 (dále jen **„napadené usnesení“**), kterým správní řízení podle § 257 písm. i) zákona zastavil, neboť zadavatel zrušil přezkoumávaný úkon.

6. V odůvodnění napadeného usnesení Úřad mimo jiné uvedl, že se navrhovatel v návrhu domáhal přezkumu řádnosti vypořádání jeho námitek 1 směřujících proti rozhodnutí o výběru 1 a zrušení rozhodnutí o námitkách 1, jímž zadavatel rozhodl o námitkách 1. Úřad vyslovil názor, že přestože navrhovatel v návrhu jednoznačně neoznačil zrušení, jakého rozhodnutí o výběru dodavatele se domáhá (zda rozhodnutí o výběru 1 či rozhodnutí o výběru 2), logickým výkladem je třeba dospět k závěru, že návrh směřuje proti rozhodnutí o výběru 1, a to s ohledem na to, že navrhovatel v návrhu brojí proti rozhodnutí o námitkách 1 a v plném rozsahu odkazuje na svou argumentaci v námitkách 1 (kterou pouze doplňuje o reakci na argumentaci zadavatele uvedenou v rozhodnutí o námitkách 1), kdy tyto námitky směřovaly právě vůči rozhodnutí o výběru č. 1. Pokud zadavatel rozhodnutí o výběru 1 zrušil, došlo podle Úřadu k naplnění skutečnosti zakotvené v § 257 písm. i) zákona.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 22. 11. 2023 obdržel Úřad proti napadenému usnesení blanketní rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 7. 11. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

8. Dne 28. 11. 2023 Úřad obdržel podání navrhovatele z téhož dne označené jako *„Odůvodnění rozkladu ze dne 22. 11. 2023 proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 11. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0645/2023/VZ, č.j. ÚOHS-44026/2023/500“* (dále jen **„doplnění rozkladu“**).

Námitky doplnění rozkladu

9. Navrhovatel v doplnění rozkladu předně namítá, že napadené usnesení bylo vydáno v rozporu s právními předpisy a je věcně nesprávné. Úřad se v rámci projednání věci podle navrhovatele dopustil porušení některých základních zásad činnosti správních orgánů zakotvených ve správním řádu, a to zejména zásady materiální pravdy dle § 3 správního řádu.

10. Navrhovatel dále uvádí, že zrušením rozhodnutí o výběru 1 ze strany zadavatele nedošlo k účinné nápravě pochybení zadavatele a k porušování povinností stanovených zákonem dochází i nadále, neboť zadavatel založil i rozhodnutí o výběru 2 na totožném vadném úkonu,

na kterém založil své původní rozhodnutí o výběru 1, a to na nedatovaném dokumentu nazvaném „Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele“ (dále jen **„Výsledek posouzení 1“**). Zadavatel tedy (byť zrušil rozhodnutí o výběru 1) svůj vadný postup dosud nenapravil, když zrušení rozhodnutí o výběru 1 bylo opět ryze formálním úkonem, přičemž rozhodnutí o výběru 2 je materiálně zcela totožné s rozhodnutím o výběru 1, zejména v tom směru, že vychází z totožného podkladu, jímž je právě Výsledek posouzení 1.

11. S ohledem na výše uvedené navrhovatel v doplnění rozkladu zdůrazňuje, že napadené usnesení je tak stiženo zásadní vadou spočívající v chybném závěru Úřadu o tom, proti kterému úkonu zadavatele návrh směřuje, kdy ačkoliv návrh evidentně směřoval proti úkonu zadavatele, jímž provedl posouzení MNNC v rozporu s § 113 zákona (obsažené ve Výsledku posouzení), jakkoliv bylo toto posouzení potom formálně vtěleno do rozhodnutí o výběru 1, výše uvedený nezákonný úkon zadavatele byl zachován rovněž v rozhodnutí o výběru 2, které je založeno na tomtéž Výsledku posouzení.

12. Navrhovatel tvrdí, že přestože rozhodnutí o námitkách č. 2 čítá 21 stran textu, jde z větší části pouze o doslovnou kopii textu námitek 2 (str. 2 až str. 12 rozhodnutí o námitkách 2). Samotné vypořádání námitek 2 zadavatelem z větší části rovněž pouze opakuje argumenty uvedené v rozhodnutí o námitkách 1, proti nimž navrhovatel brojil mimo jiné i v návrhu. Navrhovatel dodává, že některá tvrzení zadavatele uvedená v odůvodnění rozhodnutí o námitkách 2 jsou v evidentním rozporu s tvrzeními, která zadavatel uvedl v odůvodnění rozhodnutí o námitkách 1. Tyto rozpory svědčí dle navrhovatele o tom, že zadavatel v zadávacím řízení nepostupoval transparentním způsobem, když si v rozmezí jednoho měsíce již není jist, jak ve vztahu k posouzení MNNC postupoval.

13. Navrhovatel konstatuje, že z tvrzení uvedených v bodech 62 až 68 rozhodnutí o námitkách 2 vyplývá, že zadavatel interpretuje zákon, judikaturu a rozhodovací praxi Úřadu v rozporu s jejich smyslem a účelem a zejména poté v rozporu se zásadami zadávání veřejných zakázek dle § 6 zákona. Z vyjádření zadavatele v zadávacím řízení (rozhodnutí o námitkách 1, vyjádření k Úřadu ze dne 19. 10. 2023 či rozhodnutí o námitkách 2) vyplývá, že zadavatel si byl vědom možnosti existence MNNC v nabídce vybraného dodavatele a dle svého tvrzení uskutečnil kroky směřující k ověření této skutečnosti. Z vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele ze dne 19. 10. 2023 vyplývá, že zadavatel se s posouzením existence MNNC obrátil na externí společnost. Pro navrhovatele je přitom toto sdělení zcela nové, jelikož zadavatel se v rozhodnutí o námitkách 1 o takovém postupu nezmínil.

Závěr rozkladu

14. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

Vyjádření zadavatele k doplnění rozkladu

15. Úřad obdržel dne 8. 12. 2023 vyjádření zadavatele k doplnění rozkladu z téhož dne. Zadavatel vyjadřuje souhlas s napadeným usnesením. Zadavatel opakovaně uvádí, že se v rozhodnutí o námitkách 1 i v rozhodnutí o námitkách 2 podrobně vypořádal se všemi námitkami navrhovatele a odůvodnění v rozsahu 9 stran považuje za více než dostatečné.

16. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že by si nebyl jist svým postupem ohledně posouzení MNNC. Zadavatel si byl svým postupem zcela jist, jelikož se nejednalo o první zadávací řízení na uzavření rámcové dohody o poskytování mobilních telekomunikačních služeb a v posledních 12 letech taková řízení realizoval opakovaně. V minulosti se zadavatel též již musel vypořádat s tvrzeními, že nesprávně postupoval při posouzení MNNC. Zadavatel poukazuje na fakt, že navrhovatel v doplnění rozkladu v jedné části uvádí, že se zadavatel opakuje a dále je řečeno, že zadavatel uvádí nové skutečnosti, tvrzení navrhovatele jsou tak rozporuplná.

17. Zadavatel dodává, že Úřad v napadeném usnesení správně konstatoval, že navrhovatel k návrhu nepřiložil dle § 251 odst. 1 zákona doklad o doručení námitek 1 zadavateli, přičemž z pouhého tvrzení v návrhu, že *„Navrhovatel podal dne 11. 9. 2023 námitky proti Rozhodnutí o výběru 1“* nelze mít za prokázané, zda a kdy konkrétně byly námitky 1 zadavateli doručeny, tj. toto nelze považovat za dostatečný doklad o jejich doručení zadavateli. Doklad o doručení námitek 1 zadavateli je však dle § 251 odst. 1 zákona obligatorní náležitostí návrhu podávaného k Úřadu, jejíž nedostatek je taktéž důvodem pro zastavení správního řízení dle § 257 písm. d) zákona.

18. S ohledem na shora uvedené zadavatel trvá na tom, že v rámci posuzování MNNC postupoval plně v souladu se zákonem, a to i v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, přičemž napadené usnesení Úřadu považuje zadavatel za zcela správné a souladné se zákonem a ustálenou rozhodovací praxí. Zadavatel považuje postup navrhovatele za šikanózní a obstrukční taktiku, jejíž cíl je ryze obchodní povahy.

19. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl.

Vyjádření vybraného dodavatele k doplnění rozkladu

20. Úřad obdržel dne 11. 12. 2023 vyjádření vybraného dodavatele k doplnění rozkladu z téhož dne. Vybraný dodavatel poukazuje na to, že k danému tématu transparentnosti postupu zadavatele při posuzování existence MNNC v nabídkách uchazečů existuje obsáhlá judikatura správních soudů a rozhodovací praxe Úřadu, a předpokládá, že i ve výše projednávané věci bude rozhodnuto ze strany Úřadu konsistentně a v souladu s touto praxí.

IV. Řízení o rozkladu

21. Úřad po doručení (doplnění) rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného usnesení a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v doplnění rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

23. Úřad tím, že napadeným usnesením rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného usnesení.

V. K námitkám doplnění rozkladu

24. Navrhovatel zejména namítá, že zrušením rozhodnutí o výběru 1 nedošlo k nápravě pochybení zadavatele, neboť zadavatel založil i rozhodnutí o výběru 2 na totožném vadném úkonu, na kterém založil své původní rozhodnutí o výběru 1, a to na nedatovaném dokumentu nazvaném „Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele“

K totožnosti úkonu

25. Dokument Výsledek posouzení 1 byl učiněn součástí rozhodnutí o výběru 1, coby jedna ze dvou příloh (spolu se Zprávou o hodnocení nabídek).

26. Zadavatel se v rozhodnutí o výběru 1, resp. v rámci dokumentu Výsledek posouzení 1 problematikou možné existence MNNC v nabídce vybraného dodavatele (byť stručně) zabýval, když v závěru Výsledku posouzení uvedl, že *„*[*s*] *ohledem na výše uvedené zadavatel konstatuje, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Současně zadavatel uvádí, že nabídka účastníka zadávacího řízení neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.“*

27. Jak již bylo Úřadem shrnuto, zadavatel rozhodnutí o výběru 1 zrušil a následně vydal rozhodnutí o výběru 2, jehož součástí učinil dokument Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele (dále jen **„Výsledek posouzení 2“**).

28. Rovněž v rozhodnutí o výběru 2, resp. v rámci dokumentu Výsledek posouzení 2 se zadavatel zabýval problematikou možné existence MNNC v nabídce vybraného dodavatele (byť opět stručně), přičemž uvedl: *„S ohledem na výše uvedené zadavatel konstatuje, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Současně zadavatel uvádí, že posoudil nabídku vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny a konstatoval, že nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.“*

29. Výsledek posouzení 2 v části *Posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele* nově (oproti Výsledku posouzení 1) obsahuje v rámci *Technické kvalifikace* uvedení doby trvání významných zakázek.

30. Již z uvedeného je zřejmé, že Výsledek posouzení 1 a Výsledek posouzení 2 nejsou zcela totožné dokumenty. Rovněž nelze zpochybnit, že Výsledek posouzení 1 byl součástí rozhodnutí o výběru 1, který byl zrušen. Mám za to, že byť zadavatel Výsledek posouzení 1 jako takový nezrušil, byl ve výsledku zrušen, protože bylo zrušeno rozhodnutí o výběru 1, jehož byl součástí.

31. V této souvislosti odkazuji na usnesení Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0549/2021/VZ, č. j. ÚOHS-40984/2021/500/AIv ze dne 3. 12. 2021, kterým Úřad rovněž zastavil správní řízení dle § 257 písm. i) zákona, jelikož zadavatel zrušil přezkoumávané úkony, a sice rozhodnutí o výběru dodavatele (dále též **„odkazované usnesení Úřadu“**). V bodě 12 odkazovaného usnesení Úřadu je mimo jiné uvedeno: *„…* [*p*]*ro posouzení věci Úřadem je stěžejní, že zadavatel zrušil úkony, v nichž byl výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele a výsledek hodnocení nabídek vyjádřen navenek, tedy oficiálně oznámen. Přestože se tedy*

z rozhodnutí o námitkách 1 i z rozhodnutí o námitkách 2 může jevit, že zadavatel na svých dosavadních závěrech o splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem a o správnosti hodnocení nabídek trvá, nelze z toho automaticky presumovat, jakým způsobem zadavatel rozhodne o výběru dodavatele poté, co původní rozhodnutí a oznámení, jakož i doplnění oznámení zrušil. Podle § 123 písm. b) zákona je nedílnou součástí oznámení o výběru dodavatele výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, kde je mj. konstatováno, že nabídka vybraného dodavatele splnila všechny požadavky stanovené v zadávací dokumentaci a v zákoně. Zadavatel tedy s ohledem na zrušení rozhodnutí o výběru a oznámení o výběru včetně jeho doplnění musí učinit nové kroky vedoucí k výběru dodavatele a o tomto svém postupu a závěru musí vyrozumět účastníky zadávacího řízení, a to ‚novým' oznámením o výběru dodavatele, jehož součástí učiní mj. ve smyslu podle § 123 písm. b) zákona výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele. Bez řádně odůvodněného výběru vtěleného do oznámení o výběru totiž zadavatel nemůže uzavřít v zadávacím řízení smlouvu v souladu se zákonem, neboť za situace, kdy není výběr dodavatele řádně odůvodněn v rámci oznámení o výběru dodavatele, nelze považovat proces oznamování výběru dodavatele za řádně ukončený. Úřad dodává, že jako vybraného dodavatele může zadavatel na základě tohoto nového posouzení splnění podmínek účasti vybrat i zcela jiného účastníka zadávacího řízení. Navrhovateli pak nic nebrání ve lhůtě podle § 242 odst. 2 zákona prostřednictvím samostatných námitek brojit proti novému oznámení zadavatele o výběru dodavatele, kdy je v této souvislosti zapotřebí opětovně zdůraznit, že návrhem lze brojit pouze proti existujícím úkonům zadavatele, přičemž podmínkou pro podání návrhu je mj. předchozí podání námitek."

32. Samotná skutečnost, že je Výsledek posouzení 1 coby samostatný nedatovaný dokument a že byl (s dílčími úpravami) zadavatelem znovu použit pro účely rozhodnutí o výběru 2, neznamená, že se jedná o totožný úkon. Zadavatel se nacházel v různých fázích zadávacího řízení a za jiných okolností. Při rozhodování o výběru v prvním případě zadavatel posuzoval mj. MNNC na základě vlastních zjištění. Zatímco v druhém (pozdějším) případě zadavatel posuzoval MNNC v reakci na námitky navrhovatele. Pokud bylo rozhodnutí o výběru 1 zrušeno (včetně Výsledku posouzení 1), byl zadavatel povinen znovu posoudit splnění podmínek účasti včetně MNNC, a to i v návaznosti na podané námitky. Nové posouzení MNNC byl tedy zadavatel povinen vtělit do nového rozhodnutí o výběru 2. Pokud s takovým posouzením navrhovatel nesouhlasil, mohl proti němu podat námitky, což učinil.

33. Nemůže proto obstát související rozkladová námitka poukazující na fakt, že Výsledek posouzení 1 je samostatným dokumentem a – slovy navrhovatele – *„vadným úkonem"*, na němž bylo založeno jak rozhodnutí o výběru 1, tak rozhodnutí o výběru 2.

K rozsahu přezkumu

34. Předně je k rozkladovým námitkám navrhovatele nutné uvést, že nové rozhodnutí o výběru dodavatele (rozhodnutí o výběru 2) není předmětem přezkumu. Tím je napadené usnesení, resp. návrh.

35. Návrh směřoval proti vypořádání námitek, které navrhovatel podal proti rozhodnutí o výběru 1. Navrhovatel tvrdil, že zadavatel porušil § 245 odst. 1 druhá věta zákona, neboť o námitkách rozhodl nezákonně, přičemž některé z námitek navrhovatele zadavatel vůbec nevypořádal, a dále namítal, že posouzení MNNC provedené zadavatelem je nepřezkoumatelné a že při

identifikaci a vyhodnocení MNNC v nabídce vybraného dodavatele postupoval v rozporu se zákonem. V petitu návrhu navrhovatel žádal, aby *„Úřad ve smyslu § 263 odst. 2 ZZVZ rozhodl tak, že zruší rozhodnutí Zadavatele o Námitkách ze dne 25. 9. 2023, zruší rozhodnutí Zadavatele o výběru dodavatele společnosti O2 Czech Republic a.s a Zadavateli přikáže, aby Zadavatel následně opětovně a řádně provedl posouzení splnění podmínek účasti v Zadávacím řízení včetně řádného posouzení MNNC, řádně vyhodnotil nabídky a znovu provedl výběr nejvhodnější nabídky."*

36. Navrhovatel tedy výslovně žádal, aby Úřad zrušil rozhodnutí o námitkách 1 a rozhodnutí o výběru 1. Předmětem správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele jsou tedy právě tyto úkony.

37. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí o výběru 1 bylo zrušeno, je bezpředmětné zabývat se rozhodnutím o námitkách směřujících právě proti zrušenému rozhodnutí o výběru 1.

38. V šetřeném případě tak nebyly naplněny všechny elementární požadavky stanovené zákonem pro to, aby Úřad mohl návrh věcně posoudit, přičemž byl dán bez dalšího důvod pro zastavení správního řízení ve smyslu § 257 písm. i) zákona.

39. Pokud navrhovatel v doplnění rozkladu namítá, že rozhodnutí o výběru 2 je nezákonné a nesprávné, směřuje tato argumentace mimo předmět správního řízení. Pokud navrhovatel zamýšlel zpochybnit rozhodnutí o výběru 2, měl proti tomuto úkonu podat námitky a následně návrh. Jak však Úřad správně uvedl v bodě 28 odůvodnění napadeného usnesení, navrhovatel sice podal námitky 2 směřující proti rozhodnutí o výběru 2, ale následně návrh k Úřadu nepodal. Navrhovatelem tedy nebylo iniciováno nové návrhové řízení před Úřadem navazující na rozhodnutí zadavatele o námitkách 2 reagujících na podané námitky směřující proti rozhodnutí o výběru 2.

40. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že námitky směřující proti rozhodnutí o výběru 2 nejsou a nemohou být předmětem tohoto správního řízení. Navrhovatel navíc nebyl zkrácen o právo podat znovu námitky proti novému rozhodnutí o výběru dodavatele, což také učinil, když dne 9. 10. 2023 podal námitky.

K námitce, že Úřad postupoval formalisticky, v rozporu se zásadou ochrany veřejného zájmu a v rozporu se smyslem a účelem zákona

41. Navrhovatel v doplnění rozkladu označuje postup Úřadu, který napadeným usnesením zastavil správní řízení z důvodu zrušení přezkoumávaného úkonu zadavatelem podle § 257 písm. i) zákona, za nesprávný. Navrhovatel označuje postup Úřadu, v rámci něhož zastavil správní řízení z procesních důvodů, za přepjatě formalistický a za rozporný se zásadou ochrany veřejného zájmu stanovenou § 2 odst. 4 ve spojení s § 50 odst. 3 správního řádu.

42. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že úkon zadavatele, který byl předmětem přezkumu, byl zadavatelem zrušen. Právě na takovouto situaci dopadá § 257 písm. i) zákona, podle kterého Úřad zastaví správní řízení, jestliže zadavatel zrušil přezkoumávané úkony nebo přijal požadované opatření k nápravě. V tomto duchu se k účelu uvedeného ustanovení vyjadřuje i komentářová literatura: *„Komentované ustanovení obsahuje taxativní výčet případů, kdy ÚOHS zastavuje vedené správní řízení. Jedná se tak o případy, kdy není vydáno meritorní rozhodnutí, ale jsou naplněny podmínky pro zastavení správního řízení z procesních důvodů. Komentované ustanovení tak představuje zvláštní právní úpravu k obecné právní úpravě*

zastavování správních řízení z procesních důvodů, jak je obsažena v § 66 spr. řádu." (viz Vilém PODEŠVA, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer).

43. Pokud jde o navazující rozkladové tvrzení, že Úřad v daném případě postupoval též formalisticky, uvádím následující. Ve smyslu judikatury Ústavního soudu, v níž je vytýkán orgánům veřejné moci tzv. přepjatý formalismus, Ústavní soud v nálezu ze dne 19. 1. 2016, sp. zn. II. ÚS 3042/14 konstatoval, že přepjatě formalistická interpretace zákona je v extrémním rozporu s principy spravedlnosti. Správní orgán postupuje formalisticky, pokud se odmítne návrhem navrhovatele věcně zabývat a řízení o něm zastaví, přestože byla splněna například podmínka spočívající v doložení dokladu o doručení námitek. Navrhovatel může prostřednictvím návrhu brojit pouze proti existujícím úkonům zadavatele, jelikož Úřad může věcně posuzovat pouze existující úkony. Pakliže dojde ke zrušení přezkoumávaných úkonů, zákonodárce stanovuje jasné pravidlo, jakým způsobem má Úřad rozhodnout, a to tak, že je Úřad povinen řízení zastavit. Úřad tudíž nemůže uložit nápravné opatření a řízení zastaví, jestliže zadavatel podle § 49 zákona přijal včas účinná opatření k nápravě nedostatků v rámci zadávacího řízení. Účinná autoremedura zadavatele tedy odůvodňuje zastavení řízení o návrhu a nejedná se tudíž o (přepjatý) formalismus ze strany Úřadu, jak uvádí navrhovatel v doplnění rozkladu. Další vedení řízení by bylo bezpředmětné, neboť přijetím účinného opatření zadavatelem došlo k naplnění účelu řízení u Úřadu. Zastavením správního řízení v situaci, kdy přezkoumávaný úkon byl zadavatelem zrušen, tak Úřad postupoval v souladu s § 257 písm. i) zákona, přičemž zde neexistoval jakýkoliv prostor pro správní uvážení, v jehož důsledku by Úřad mohl postupovat jinak. V konečném důsledku tak postup Úřadu nemohl vést k odepření věcného přezkumu postupu zadavatele, když nebyly splněny podmínky pro věcný přezkum. Zároveň bude navrhovateli za současného stavu věci vrácena kauce a bylo jen na něm, aby v souladu se zákonem rozporoval případně další kroky zadavatele. Ten se tak naopak vystavuje riziku, že zadávací řízení bude prodlužováno, pokud své kroky účastníkům zadávacího řízení uspokojivě nevysvětlí a ti budou proti němu opakovaně brojit.

44. Navrhovatel dále v doplnění rozkladu argumentuje údajným netransparentním postupem zadavatele, kterého se měl dopustit tím, že v rozhodnutí o námitkách 1 zůstaly některé námitky navrhovatele nevypořádány, a že zadavatel v rozhodnutí o námitkách 2 z větší části pouze doslovně zkopíroval text námitek 2 (přičemž některá tvrzení uvedená v odůvodnění rozhodnutí o námitkách 2 mají být dle navrhovatele rozporná s tvrzeními, která zadavatel uvedl v odůvodnění rozhodnutí o námitkách 1). K této námitce shrnuji, že s její podstatou se Úřad vypořádal již bodě 25 odůvodnění napadeného usnesení. Úřad zde poukázal na to, že navrhovatelova argumentace vztahující se k možnému porušení § 245 zákona, konkrétně k nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách 1, věcně bezprostředně souvisela s námitkami, které odvolatel vznesl ohledně posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele. Tím, že zadavatel vydal rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o výběru, byl vyčerpán předmět řízení i ve vztahu k navrhovatelem namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách 1. Uvedený závěr, který Úřad vyslovil v napadeném usnesení, je pak nutno považovat za správný. Navrhovatel v jím podaném návrhu vznesl námitku nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách 1. V důsledku zrušení rozhodnutí o výběru 1 zadavatelem tak navrhovatelova námitka nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách 1

postrádá odůvodnění a jeho případný přezkum je bezpředmětný. Se zřetelem na tyto skutečnosti tudíž nemůže obstát námitka navrhovatele, podle které Úřad postupoval rozporně se zásadou ochrany veřejného zájmu dle § 2 odst. 4 a § 50 odst. 3 správního řádu.

K ostatním námitkám rozkladu

45. Pokud jde o námitky, že zadavatel byl povinen uvést odůvodnění posouzení MNNC ve zprávě o hodnocení nabídek, k odkazu navrhovatele na rozsudek NSS sp. zn. 3 As 332/2019 ze dne 26. 5. 2021 a neposlední řadě k zadavatelem uvedené komparaci zadávacího řízení se zadávacím řízením zahájeným v roce 2020, uvádím následující.

46. Navrhovatel v námitkách 1 akcentoval netransparentnost postupu zadavatele (ten měl postupovat v rozporu s § 6 odst. 1 a § 113 zákona), kdy stávající stav zadávacího řízení objektivně znemožnil zadavateli, aby řádně a v souladu se zákonem vybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku, která neobsahuje MNNC k tíži zadavatele. V šetřeném případě Úřad nebyl oprávněn věcně posuzovat, zda zadavatel splnil svou zákonnou povinnost, když v dokumentu, který byl součástí rozhodnutí o výběru 1, konstatoval, že existence MNNC v nabídkové ceně vybraného dodavatele nebyla indikována. V daném správním řízení není dán prostor pro věcné posouzení návrhu (zadavatel zrušil úkon přezkoumávaný Úřadem) a tudíž se nemohu, stejně jako prvostupňový orgán, zabývat tím, zda zadavatel při posuzování nabídky vybraného dodavatele dodržel pravidlo stanovené zákonem a zda existuje důvod pro uložení nápravného opatření či nikoliv.

47. Pokud jde o odkaz navrhovatele na rozsudek NSS sp. zn. 3 As 332/2019 ze dne 26. 5. 2021 týkající se zásady transparentnosti a zásady zákazu diskriminace v souvislosti postupem zadavatele při posouzení MNNC uvádím, že v rámci tohoto rozkladového tvrzení není co přezkoumávat právě se zřetelem na skutečnost, že daná otázka nemůže být předmětem přezkumu v tomto správním řízení.

48. To stejné platí i ve vztahu k rozkladové pasáži, v níž navrhovatel komparuje zadávací řízení se zadávacím řízením zahájeným v roce 2020. Porovnávání s nabídkovými cenami v rámci zadávacího řízení z roku 2020 není s ohledem na výše uvedené relevantní.

K dalšímu důvodu pro zastavení správního řízení [ve smyslu § 257 písm. d) zákona]

49. V šetřeném případě nemohl Úřad přistoupit k věcnému posouzení věci a nemohl postupovat jinak než správní řízení procesně zastavit, jelikož kromě výše specifikovaného důvodu pro zastaveni nastal další (sekundární) důvod pro zastavení správního řízení, a sice důvod zakotvený v ustanovení § 257 písm. d) zákona.

50. Úřad v napadeném usnesení konstatoval, že navrhovatel k návrhu nepřiložil podle § 251 odst. 1 zákona doklad o doručení námitek 1 zadavateli, přičemž z pouhého tvrzení v návrhu, že *„Navrhovatel podal dne 11. 9. 2023 námitky proti Rozhodnutí o výběru 1“* nelze mít za prokázané, zda a kdy konkrétně byly námitky 1 zadavateli doručeny. Nedoložení dokladu o doručení námitek je náležitostí návrhu, jejíž nesplnění je bez dalšího důvodem pro zastavení řízení a zároveň se jedná o případ, ve kterém zákonodárce neumožnil možnost doplnění v dodatečné lhůtě. Chybějící doklad o doručení námitek zadavateli je vadou podání návrhu, kterou již nelze dále zhojit, a Úřad k takové nápravě vady návrhu nevyzývá. Pokud tedy navrhovatel podal návrh, který byl stižen neodstranitelnou vadou, neboť k němu nebyl přiložen doklad o doručení námitek zadavateli, pak se sám vystavil následku, který zákon

předpokládá, tedy že by bylo správní řízení zastaveno ve smyslu § 257 písm. d) zákona, pokud by nenastal primární důvod pro zastavení zakotvený v § 257 písm. i) zákona, jak tomu bylo v šetřeném případě.

51. Úřad tudíž v bodě 26 odůvodnění napadeného rozhodnutí (respektive v související poznámce pod čarou č. 2) správně konstatoval, že navrhovatel k návrhu nepřiložil dle § 251 odst. 1 zákona doklad o doručení námitek 1 zadavateli. Na výše uvedeném tudíž nemůže nic změnit skutečnost, že dne 11. 12. 2023 Úřad obdržel podání navrhovatele označené jako *„Doplnění Návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“* ze dne 22. 11. 2023, kterým byl návrh dodatečně doplněn o potvrzení odeslání námitek. Nezbývá tak než se ztotožnit se závěrem Úřadu, že doklad o doručení námitek 1 zadavateli je ve smyslu § 251 odst. 1 zákona obligatorní náležitostí návrhu podávaného k Úřadu, jejíž nedostatek je rovněž samostatným důvodem pro zastavení správního řízení dle § 257 písm. d) zákona.

Shrnutí

52. V situaci, kdy byl Úřadem zjištěn takový skutkový stav tak, že úkony, které měly být předmětem přezkumu, byly zadavatelem zrušeny, správní řízení pozbylo svého účelu a nebyl důvod v něm pokračovat. Zastavení správního řízení Úřadem podle § 257 písm. i) zákona tak v dané situaci představovalo jediný správný postup.

53. Na základě výše uvedeného tak rozkladové námitky navrhovatele odmítám.

VI. Závěr

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení z důvodů uváděných v doplnění rozkladu navrhovatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. CEJIZA, s.r.o., Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno
2. T-Mobile Czech Republic a.s., Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha
3. O2 Czech Republic a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha

Vypraveno dne

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