



UOHSX0051YCQ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R123/2011/VZ-18565/2013/310/BVÍ

Brno 27. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 1. 6. 2011 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne), jenž podal navrhovatel -

- společnost **GTS Czech s.r.o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupený obchodní společností **INDOC s.r.o.**, IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6, za níž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 5. 2011 č. j. ÚOHS-S108/2011/VZ-6401/2011/510/MOn, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v rámci zadávacího řízení pro podlimitní veřejnou zakázku s názvem „**Telekomunikační služby pro Moravský zemský archiv v Brně**“, zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 11. 2. 2011 pod ev. č. 60056511, ve znění opravného oznámení ze dne 15. 2. 2011, kde dalším účastníkem správního řízení jsou –

- zadavatel **Česká republika – Moravský zemský archiv v Brně**, IČ 70979146, se sídlem Palachovo nám. 1, 625 00 Brno ve správním řízení zastoupen JUDr. Martinem Macháčem, advokátem Společné advokátní kanceláře, IČ 71448233, se sídlem Koblížná 19, 602 00 Brno, a
- vybraný uchazeč, společnost **Telefónica Czech Republic, a.s.** (dříve Telefónica O2 Czech Republic, a.s.), IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4

jsem podle § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 66 odst. 1 písm. g) cit. zákona, rozhodl takto:

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 5. 2011 č. j. ÚOHS-S108/2011/VZ-6401/2011/510/MOn

r u š í m

a správní řízení v této věci

z a s t a v u j i .

ODŮVODNĚNÍ

- I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**
1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán 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, obdržel dne 21. 3. 2011 návrh navrhovatele – obchodní společnosti GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Moravský zemský archiv v Brně, IČ 70979146, se sídlem Palachovo nám. 1, 625 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v rámci otevřeného zadávacího řízení pro podlimitní veřejnou zakázku s názvem „Telekomunikační služby pro Moravský zemský archiv v Brně“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 11. 2. 2011 pod ev. č. 60056511, ve znění opravného oznámení ze dne 15. 2. 2011 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadávací řízení pro veřejnou zakázku bylo zahájeno dne 9. 2. 2011, kdy zadavatel v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona odeslal oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému veřejných zakázek.
3. Jak vyplývá z čl. 1 zadávací dokumentace, předmět veřejné zakázky tvoří poskytování hlasových a datových služeb včetně připojení k internetu v rámci fixních a mobilních telekomunikačních sítí v rozsahu a v souladu se zadávacími podmínkami. Zadavatel si v téže části zadávací dokumentaci rovněž vyhradil, že dodavatel musí podat nabídku na všechny požadované služby a dodávky.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

4. Navrhovatel svým návrhem brojil proti vymezení předmětu veřejné zakázky, jakožto společného plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních sítí, na jehož základě mělo dle navrhovatele dojít k omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku. Zadavatel takto provázal telefonování v mobilní i pevné telekomunikační síti, ačkoli charakter a povaha obou služeb byly významně odlišné, přičemž rozdíly spočívaly především ve způsobu realizace služeb a infrastrukturu potřebné k jejich plnění, což se odráží i v odlišných okruzích dodavatelů, kteří jednotlivé druhy telekomunikačních služeb poskytují. V České republice přitom dle navrhovatele existovali pouze tři dodavatelé (Telefónica Czech Republic, a.s., T-Mobile Czech Republic a.s., a Vodafone Czech Republic a.s.), kteří by byli samostatně schopni splnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu a kombinaci telekomunikačních služeb. Pokud by zadavatel rozdělil předmět veřejné zakázky na části, a služby v mobilních a pevných sítích by byly odděleny, mohlo by se dle navrhovatele o veřejnou zakázku ucházet teoreticky až o sedm dalších dodavatelů více, než tomu bylo v šetřeném případě.
5. Navrhovatel dále namítal, že nemohl podat nabídku společně s dalším dodavatelem, neboť žádný ze tří relevantních dodavatelů, kteří disponovali infrastrukturou mobilní sítě, o takovou formu spolupráce nejevil zájem.
6. Dále navrhovatel rozporoval určité technické podmínky veřejné zakázky, které dle jeho názoru zaručovaly některým dodavatelům konkurenční výhodu a vytvářely neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže, ačkoliv jejich přínos pro hospodárnost, efektivitu a účelnost veřejné zakázky byl prakticky zanedbatelný, neměly s faktickým propojením sítí nic společného a bylo možno je realizovat samostatně v mobilní i v pevné síti.
7. Z výše uvedených skutečností podle navrhovatele vyplývalo, že se zadavatel dopustil porušení zásady zákazu diskriminace, když nedůvodným vymezením předmětu plnění znemožnil účast v zadávacím řízení dodavatelům, kteří byli objektivně způsobilí pro plnění jednotlivých samostatných a oddělitelných částí veřejné zakázky. Dále měl zadavatel porušit § 45 odst. 3 zákona tím, že vymezil technické podmínky veřejné zakázky tak, že určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu a vytvářely neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže. Navrhovatel se tedy domáhal zrušení zadávacího řízení.
8. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S108/2011/VZ-5135/2011/510/MOn ze dne 1. 4. 2011 Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 19. 5. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S108/2011/VZ-6401/2011/510/MOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž rozhodl o zamítnutí návrhu podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, neboť v postupech zadavatele neshledal porušení, které by mělo, nebo mohlo mít, podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
10. K požadavkům zadavatele na předmět veřejné zakázky a stanoveným technickým podmínkám Úřad uvedl, že vymezení předmětu veřejné zakázky záviselo výlučně na uvážení zadavatele, který jako jediný je schopen nejlépe definovat svoje potřeby, a žádná jiná osoba

(včetně dodavatelů) nebyla oprávněna předmět veřejné zakázky posuzovat, či se snažit o jeho změnu, neboť za jeho správné a úplné vymezení nese odpovědnost pouze zadavatel.

11. Dle Úřadu nebylo možné vybrat nezávisle na sobě dodavatele služeb v pevné a mobilní síti, přičemž nebylo zřejmé, jak by si zadavatel mohl u vybraných dodavatelů „vynutit“ uzavření smlouvy mezi dvěma dodavateli ohledně povinnosti propojit jejich sítě. Navrhovatel navíc již blíže neuvedl, jakým způsobem by v takovém případě zadavatel mohl řešit problémy s případným nesprávným fungováním této služby, pokud by mezi oběma vybranými dodavateli nedošlo ke shodě.
12. Pokud by Úřad odhlédl od skutečnosti, že by tento postup bezpochyby provázelo nesčetné problémů (v oblasti technické, ekonomické, tak i právní), stále dle jeho názoru platilo, že nelze na zadavateli, který se zabývá archivářskou a obdobnou činností, a nebyl tedy dokonale seznámen s problematikou telekomunikací (byl „pouze“ uživatelem těchto služeb), požadovat, aby v rámci zadávací dokumentace připouštěl technické řešení, které sám z vlastních zkušeností neznal, nemusel být obeznámen s tím, že takové řešení reálně existuje, natož že by měl informace, že by toto řešení správně fungovalo (ani sám navrhovatel totiž neuvedl konkrétní případ, kde by jím uváděné řešení fungovalo v praxi).
13. Ustanovení § 98 zákona upravuje pouze možnost, nikoli povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, proto nebylo možno na zadavateli požadovat, aby této možnosti využil, pokud se domníval, že by mu nepřinesla žádné výhody.
14. Úřad rovněž vycházel z vyjádření předsedy Rady Českého telekomunikačního úřadu č. j. 119 296/2010-606 ze dne 4. 10. 2010 (Úřad získal toto vyjádření v rámci své předchozí rozhodovací praxe ohledně obdobné veřejné zakázky), z něhož vyplývá, že *„v současné době na trhu elektronických komunikací působí alespoň čtyři subjekty, které by měly být schopny v zakázce specifikované plnění zajistit s využitím vlastní infrastruktury a vlastních velkoobchodních vstupů. Pokud některý subjekt není schopen veškerou škálu těchto činností zajistit vlastními zdroji, má možnost využívat velkoobchodní nabídky jiných subjektů k poskytování svých maloobchodních služeb. Na trhu je k dispozici dostatečně široká velkoobchodní nabídka, na základě které lze, dle mého soudu, kterýkoli z chybějících segmentů v nabídce konkrétního podnikatele doplnit. Co se týká konkrétní otázky spojení poskytování služeb elektronických komunikací v pevné a mobilní síti, pak lze konstatovat, že se jedná o situaci obvyklou, jak vyplývá i z množství subjektů působících na daném trhu, a jak je uvedeno výše, lze její část zajistit prostřednictvím subdodávek. Z tohoto pohledu pak spojení těchto dvou druhů služeb, zejména v kontextu šíře celé zakázky, žádným způsobem z běžné nabídky na trhu nevybočuje“*.
15. S ohledem na výše uvedené Úřad neshledal, že by zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil zákaz diskriminace stanovený v § 6 zákona, když veřejnou zakázku nerozdělil na části, a rovněž neshledal, že by zadavatel stanovil technické podmínky v rozporu s § 45 odst. 3 zákona tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.

III. Námitky rozkladu

16. Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 1. 6. 2011. Navrhovatel v první řadě uvedl, že v rámci odůvodnění, vztahujícího se k vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, se Úřad omezil na pouhé obecné tvrzení o právu zadavatele na vymezení předmětu zakázky, aniž jakkoli zkoumal důsledky, které uplatnění tohoto práva vyvolalo v kontextu okolností zadávané veřejné zakázky. Dle navrhovatele vymezení předmětu veřejné zakázky nesporně vedlo k dalšímu zúžení okruhu dodavatelů potenciálně způsobilých splnit veřejnou zakázku.
17. V daném případě ze tří mobilních operátorů, kteří mohli nabídnout telekomunikační služby, byl jeden vlastníkem pevné telekomunikační sítě, a tak přirozeně neměl potřebu na plnění obdobných zakázek s kýmkoliv spolupracovat.
18. Dle navrhovatele se Úřad rovněž pustil do spekulativních závěrů ohledně výhodnosti či nevýhodnosti případného dobudování blíže neurčené části pevné telekomunikační sítě, ačkoli k takovému posouzení nebyl Úřad odborně způsobilý. Úřad dále bez jakékoli právní či věcné opory vložil na navrhovatele důkazní břemeno ohledně toho, zda byl neúspěšný při dojednávání spolupráce se dvěma mobilními operátory.
19. V poslední části podaného rozkladu navrhovatel namítal, že odkaz na stanovisko předsedy Rady ČTÚ bylo nepravdivé a Úřad neměl přistoupit k provedení tohoto důkazu.
20. Na základě shora uvedeného navrhovatel požadoval, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

21. 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 přezkoumal předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k závěru, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, pokud návrh zamítnul. V další části odůvodnění rozhodnutí o rozkladu ze dne 23. 8. 2011 č. j. ÚOHS-R123/2011/VZ-13327/2011/310-ASc (dále jen „**rozhodnutí o rozkladu**“) předseda Úřadu v podrobnostech rozebral důvody, pro které nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

22. K tvrzení navrhovatele, že se Úřad v rozhodnutí vůbec nezabýval problematikou okruhu potenciálních dodavatelů poptávaných telekomunikačních služeb ve vztahu k vymezenému předmětu veřejné zakázky, předseda Úřadu konstatoval, že touto problematikou se Úřad zaobíral v rámci bodů odůvodnění napadeného rozhodnutí, které byly uvedeny pod čísly 56, 61 a následující. V rámci této části odůvodnění bylo uvedeno, jakým způsobem bylo na trhu zachováno konkurenční prostředí vzhledem k okruhu dodavatelů plnění veřejné zakázky, stejně jako k možnosti dodavatelů z hlediska spolupráce s operátory poskytujícími služby

v pevných sítích. Pokud tedy navrhovatel namítal, že tato otázka nebyla v rámci napadeného rozhodnutí vypořádána, považoval předseda Úřadu takovou námitku za irelevantní.

23. Předseda Úřadu se plně ztotožnil se závěrem napadeného rozhodnutí, že nebylo možné po zadavateli, který se zabývá archivářskou a obdobnou činností, požadovat, aby v rámci zadávací dokumentace připouštěl technické řešení nabízené v návrhu, které sám z vlastních zkušeností neznal, natož že by měl informace, že by toto řešení správně fungovalo, když ani sám navrhovatel, jehož podnikání je zaměřeno na oblast poskytování telekomunikačních služeb, neuvedl ani jeden případ, kde by jím nabízené řešení bylo aplikováno v praxi a fungovalo. Z uvedeného důvodu bylo možné navrhovatelem nabízené řešení považovat za řešení pouze hypotetické, a to nehledě na rozsah předmětu veřejné zakázky a vyhodnocení reálnosti takového postupu z ekonomického pohledu.
24. Dle rozhodnutí o rozkladu navrhovatel v rámci správního řízení nedoložil žádný dokument prokazující, že v šetřeném případě mobilním operátorům (resp. některému z nich) učinil nabídku na jakoukoliv spolupráci (a to jak na možnost podání společné nabídky, tak na možnost subdodavatelského plnění). Navrhovatel v rámci svých námitek pouze poukázal na jednání těchto dodavatelů v minulosti. S ohledem na uvedené se předseda Úřadu neztotožnil s námitkami navrhovatele ohledně přenosu důkazního břemene na navrhovatele, neboť napadené rozhodnutí vycházelo ze skutkového stavu uvedeného v návrhu.
25. K námitce ohledně argumentace Úřadu vztahující se ke stanovisku předsedy Rady ČTÚ č. j. 119 296/2010-606 ze dne 4. 10. 2010, předseda Úřadu uvedl, že ačkoliv se v uvedeném stanovisku k obdobné veřejné zakázce uvádí, že v tehdejší době na trhu elektronických komunikací působily alespoň čtyři subjekty, které by měly být schopny specifikované plnění zajistit, Úřad s tímto počtem v napadeném rozhodnutí žádným způsobem nenakládal. V bodě 56 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad výslovně uvedl, že souhlasí s tvrzením navrhovatele, že okruh dodavatelů plnění veřejné zakázky je omezen na mobilní operátory působící na trhu v České republice, neboť Úřad měl z předchozí rozhodovací činnosti informace o tom, že žádný z nich velkoobchodní služby mobilních komunikací neposkytoval. Tato tvrzení považoval předseda Úřadu za zcela korektní a odpovídající zjištěnému stavu věci. Předseda vrcholného orgánu státní správy, který odpovídá za oblast telekomunikací, byl dle předsedy Úřadu nejpovolanější osobou, která by se mohla k uvedené problematice objektivně a fundovaně vyjádřit.
26. K tomuto stanovisku, se kterým byli všichni účastníci řízení seznámeni, Úřad při svém rozhodování přihlížel pouze podpůrně. Argumentace navrhovatele ohledně nepravdivých tvrzení nebyla dle předsedy Úřadu ničím podložena, a proto nemohl k této námitce přihlídnout.

VI. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

27. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel se závěry rozhodnutí o rozkladu neztotožnil, podal proti němu správní žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**Krajský soud**“), kterou

se domáhal zrušení rozhodnutí o rozkladu a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení. Toto soudní řízení bylo u Krajského soudu vedeno pod sp. zn. 62 Af 57/2011.

28. Dne 1. 11. 2012 vydal Krajský soud rozsudek č. j. 62 Af 57/2011-96 (dále jen „**rozsudek Krajského soudu**“) jímž rozhodl o zrušení rozhodnutí o rozkladu a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.
29. Krajský soud ve svém rozsudku nejprve stručně shrnul procesní stanoviska účastníků soudního řízení, poté přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí o rozkladu, a shledal, že žaloba je důvodná, neboť rozhodnutí o rozkladu trpí vadou nepřezkoumatelnosti, spočívající v nedostatku důvodů napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“).
30. Krajský soud se ztotožnil s Úřadem v tom smyslu, že vymezení předmětu veřejné zakázky představuje otázku, jejíž zodpovězení závisí výlučně na potřebách zadavatele. Je tedy na zadavateli, aby se on sám na základě svých vlastních potřeb rozhodl, v jakém rozsahu bude plnění v zadávacím řízení poptávat. Takto však dle Krajského soudu otázka správného vymezení předmětu jediné veřejné zakázky, a to bez možnosti podávání nabídek na části, nemůže být Úřadem pokládána za vyčerpanou a takto nemůže stát ani otázka pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele z pohledu zákona.
31. Přestože zákon nevymezuje, jaké plnění může být v rámci předmětu jedné veřejné zakázky „navázáno“ na jiné plnění, je zadavatel i při samotném vymezení veřejné zakázky vázán pravidlem, podle něhož nesmí porušit zásady uvedené v § 6 zákona, mimo jiné i zásadu zákazů diskriminace. Její dodržení tedy musí být Úřadem řádně přezkoumáváno i ve vztahu k samotnému předmětu veřejné zakázky, k němuž lze v zadávacím řízení podávat jednu nabídku jako k celku, tu tedy ve vztahu k provázání služeb v oblasti pevných a mobilních sítí.
32. Jestliže zadavatel poptává předmět veřejné zakázky, který nepředstavuje plnění, které by bylo nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přičemž podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, může vyhovět pouze velmi omezený počet dodavatelů, zatímco při oddělené poptávce by se o zakázky v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, a přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak poskytují samostatně, pak takový postup lze dle Krajského soudu kvalifikovat jako diskriminační, odporující základním zásadám zadávání veřejných zakázek. Je tomu tak proto, že někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by plnění, které je zadavatelem poptáváno, mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, nehledě k tomu, že by je při zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku mohli realizovat za podmínek pro zadavatele výhodnějších.
33. Krajský soud dále namítá, že zatímco z návrhu plynula podrobná argumentace navrhovatele založená na přehledu dodavatelů, kteří poskytují jeden či druhý druh služeb, a na jejich možnostech pokrýt celou zadavatelovu poptávku, doplněná o přehled zadávacích řízení, v nichž bylo obdobné plnění zadáváno jako celek, a dále řízení, kde byly podávány nabídky

zvlášť v segmentu mobilních sítí a zvlášť v segmentu pevných sítí, společně s jejich výsledky, Úřad takto podrobnou argumentaci ponechal prakticky bez odezvy. Úřad se měl tedy dle Krajského soudu zabývat podmínkami na trhu, konkrétně tím, zda soutěžní prostředí ve vztahu k soutěži o tuto konkrétní veřejnou zakázku nebylo vymezením předmětu veřejné zakázky, k němuž bylo lze podávat pouze jedinou nabídku jako k celku, narušeno nebo dokonce vyloučeno.

34. V rozsudku je dále uvedeno podrobné odůvodnění Krajského soudu, z něhož vyplývá, že argumentace Úřadu absolutním nedostatkem povinnosti zadavatele rozdělit veřejnou zakázku na části a připustit podávání nabídek na část plnění s odkazem na § 98 zákona, nemůže proti argumentům navrhovatele, obsaženým v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, obstát. Rovněž platí, že jak podání společné nabídky, tak podání nabídky, v níž bude počítáno se subdodávkou, nemůže zajišťovat soutěžní prostředí způsobem srovnatelným, jako podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit. I tuto argumentaci Úřadu tedy Krajský soud odmítl.
35. Pro posouzení otázky možného porušení zásady zákazu diskriminace podle § 6 zákona při vymezení předmětu veřejné zakázky je podstatný objektivní důsledek takového postupu - tj. dopad, který vymezení předmětu veřejné zakázky bez možnosti podávání nabídek na části z pohledu zajištění efektivní soutěže o veřejnou zakázku vyvolalo. Aby mohl být právě uvedený objektivní důsledek vyhodnocen, je třeba mít ovšem též dostatečného podkladu v tom směru, zda je samostatná poptávka služeb v oblasti pevných a mobilních telekomunikačních služeb vůbec možná či nikoli. Technickou otázkou propojení pevných a mobilních sítí se však Úřad dle Krajského soudu nezabýval.
36. Jestliže se Úřad touto technickou otázkou ani v jednom ze svých rozhodnutí nezabýval, nemohl reagovat ani na další námitky navrhovatele, podle nichž byl počet dodavatelů reálně se ucházejících o veřejnou zakázku postupem zadavatele uměle snížen. Právě to však mělo být dle Krajského soudu pro Úřad klíčovou otázkou. Úřad se tedy nemohl zabývat ani tím, kolik dodavatelů v postavení operátorů by se mohlo o veřejnou zakázku ucházet v případě, že by byly samostatně poptávány služby v oblasti pevných sítí a v oblasti mobilních sítí, a tedy nemohl se zabývat ani další podstatnou otázkou, kdo z dodavatelů působících v některém z obou segmentů poptávaného plnění si zadávací dokumentaci vyzvedl a kdo podal nabídku, tedy kdo se fakticky o veřejnou zakázku ucházel.
37. Krajský soud vyjádřil v rozsudku přesvědčení, že bez zodpovězení uvedených otázek nelze učinit závěr, zda zadavatel vymezil předmět zadávacího řízení správně, tj. nediskriminačně. Z tohoto důvodu dospěl Krajský soud k závěru, že rozhodnutí o rozkladu je rozhodnutím nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů podle § 76 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního. To je také důvodem pro zrušení rozhodnutí o rozkladu a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.

VII. Řízení o rozkladu

38. V průběhu správního řízení o rozkladu navrhovatele (poté, co původní rozhodnutí o rozkladu ze dne 23. 8. 2011 č. j. ÚOHS-R123/2011/VZ-13327/2011/310-ASc bylo zrušeno) obdržel Úřad přípis navrhovatele ze dne 19. 4. 2013, jehož obsah tvořil znalecký posudek č. 7613 zpracovaný dne 8. 3. 2013 soudním znalcem Ing. Michaelem Trezzim, CSc (dále jen „**znalecký posudek**“). Dle navrhovatele znalec prostřednictvím znaleckého posudku jednoznačně odpovídá na všechny otázky, které by měly být v souladu s rozsudkem Krajského soudu ve správním řízení zodpovězeny, a to i přes skutečnost, že tento znalecký posudek byl vypracován ve vztahu k jiné veřejné zakázce. Ze znaleckého posudku má rovněž dle navrhovatele vyplývat, že „*požadavek zadavatele na současné poskytování fixních a mobilních telekomunikačních služeb od jednoho dodavatele nedůvodně a nepřipustně omezuje hospodářskou soutěž*“. Navrhovatel navrhuje provedení důkazu prostřednictvím tohoto znaleckého posudku.
39. Vzhledem k tomu, že z oznámení o zadání zakázky ev. č. formuláře 6005651103001, vyplývalo, že zadavatel na plnění veřejné zakázky uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž tato smlouva nebyla Úřadu, resp. jeho předsedovi, dosud předložena, určil předseda Úřadu usnesením ze dne 13. 5. 2013 č. j. ÚOHS-R123/2011/VZ-8062/2013/310/BVÍ zadavateli lhůtu pro její dodatečné poskytnutí. Tuto smlouvu předal zadavatel Úřadu dne 17. 5. 2013 společně s plnou mocí udělenou pro účely zastupování zadavatele ve správním řízení zástupci zadavatele, JUDr. M. Macháčovi, advokátovi.
40. Následně, prostřednictvím usnesení ze dne 7. 6. 2013 č. j. ÚOHS-R123/2011/VZ-10031/2013/310/BVÍ, byla účastníkům správního řízení určena lhůta k uplatnění práva navrhopat důkazy a činit jiné návrhy dle § 36 odst. 1 správního řádu, dále lhůta k uplatnění práva vyjádřit v řízení své stanovisko dle § 36 odst. 2 správního řádu, a lhůta k uplatnění práva vyjádřit se k podkladům rozhodnutí o rozkladu ve věci veřejné zakázky, dle § 36 odst. 3 správního řádu. Na základě žádosti jednoho z účastníků řízení byly v rámci usnesení ze dne 24. 6. 2013 č. j. ÚOHS-R123/2011/VZ-11507/2013/310/BVÍ stanoveny nové lhůty k uplatnění práva navrhopat důkazy a činit jiné návrhy dle § 36 odst. 1 správního řádu, a k uplatnění práva vyjádřit v řízení své stanovisko dle § 36 odst. 2 správního řádu, a dále prodloužena lhůta k uplatnění práva vyjádřit se k podkladům rozhodnutí o rozkladu ve věci veřejné zakázky, dle § 36 odst. 3 správního řádu.
41. Dne 4. 7. 2013 obdržel Úřad podání vybraného uchazeče, kterým tento účastník správního řízení vyjádřil své stanovisko, že kompletní předmět veřejné zakázky, tedy fixní část, mobilní část a VPS (virtuální privátní síť) se poptává vždy společně. VPS totiž jako samostatné plnění neposkytuje žádný subjekt na trhu a fakticky to ani není možné. Dále vybraný uchazeč předložil odůvodnění těchto svých závěrů. Vybraný uchazeč dále odkázal na jinou veřejnou zakázku s názvem „*Poskytování základních a volitelných telekomunikačních služeb pro stacionární a mobilní komunikaci*“, již se navrhovatel rovněž účastnil, podal námitky i návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, nicméně požadavek na VPS a na poskytnutí fixních a mobilních služeb nenapadal, naopak, „*bez obtíží je nabídl a nebyl vyloučen pro nesplnění*“. Vybraný uchazeč se domnívá, že není žádného důvodu pro domněnky o diskriminaci, pokud i operátor Vodafone Czech Republic a.s. je schopen

nabídnout služby v mobilní síti současně se službami ve fixní síti a VPS. Vybraný uchazeč je dále přesvědčen, že i kdyby byl předmět veřejné zakázky rozdělen, a zadavatel by zahájil zadávací řízení pouze na fixní část s tím, že vybraný uchazeč bude muset propojit svou síť s mobilním operátorem, riskoval by spor velice podobný tomu současnému, neboť ten, kdo by nechtěl jednat s mobilními operátory, by se cítil být diskriminován. Dále se vybraný uchazeč vyjádřil ke znaleckému posudku, jehož váha by dle vybraného uchazeče neměla být vyšší než váha prostého tvrzení navrhovatele, neboť tento znalecký posudek byl vypracován znalcem objednaným navrhovatelem, a Úřad jej neobstaral postupem dle § 56 správního řádu. Kromě toho vybraný uchazeč napadá skutečnost, že znalecký posudek se vztahuje k jiné veřejné zakázce jiného zadavatele s jiným předmětem plnění, a navrhuje, aby Úřad ke znaleckému posudku nepřihlížel.

42. Dále, dne 4. 7. 2013, Úřad obdržel stanovisko zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel vyjádřil svůj nesouhlas s rozsudkem Krajského soudu, a odkázal na svá předchozí vyjádření. Dále zadavatel udává důvody vymezení předmětu veřejné zakázky z hlediska jím tvrzené souvislosti samotné povahy plnění, tedy z hlediska funkčního, ekonomického a legislativního. Zadavatel rovněž při definici předmětu veřejné zakázky respektoval výslovný imperativ § 13 odst. 3 zákona, který stanoví zákaz nezákonného dělení předmětu veřejné zakázky. Současně je zadavatel přesvědčen, že nedošlo jeho postupem ke znemožnění možnosti některých dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. Závěry Krajského soudu považuje zadavatel za nesprávné a nelogické, neboť při jejich striktním dodržení by musely být veškeré veřejné zakázky, u nichž existuje možnost subdodávek a dílčích plnění, zadávány odděleně nebo na části. Zadavatel rovněž napadá znalecký posudek, zejména skutečnost, že dle zadavatele v něm znalec provádí právní hodnocení, což mu jako znalci nepřísluší, dále, že se jedná o znalecký posudek zpracovaný na objednávku navrhovatele. Zadavatel Úřadu navrhuje zamítnutí rozkladu navrhovatele a potvrzení napadeného rozhodnutí.

VIII. Stanovisko předsedy Úřadu

43. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu, a s přihlédnutím k závaznému právnímu názoru Krajského soudu, jsem dospěl k následujícímu závěru.
44. Vzhledem k tomu, že návrh navrhovatele, jakožto žádost ve smyslu § 45 správního řádu, se v průběhu správního řízení stal zjevně bezpředmětným, je naplněn důvod zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení dle § 90 odst. 4 správního řádu.
45. Odůvodnění ke shora uvedeným závěrům je uvedeno dále.

IX. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

46. V souladu s § 152 odst. 4 správního řádu platí, že pro řízení o rozkladu platí ustanovení správního řádu o odvolání, pokud to nevylučuje povaha věci.

47. Podle § 90 odst. 4 správního řádu zruší odvolací orgán, tedy předseda Úřadu, napadené rozhodnutí a řízení zastaví, pokud zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení.
48. Skutečnosti, které představují důvod pro zastavení řízení, uvádí správní řád v taxativním výčtu obsaženém v § 66. Jedním z těchto důvodů je i skutečnost, že se žádost v průběhu správního řízení stala zjevně bezpředmětnou – § 66 odst. 1 písm. g) zákona.
49. Navrhovatel v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 21. 3. 2011 požadoval, aby Úřad „uložil ve smyslu § 118 zákona zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení“.
50. Uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, ke kterému došlo dne 19. 9. 2011, nastal takový stav, který je nutno vnímat jako bezpředmětnost žádosti ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť přijetím jakéhokoli rozhodnutí ve věci přezkumu postupů zadavatele veřejné zakázky, ať už pro navrhovatele kladného, či záporného, by právní postavení navrhovatele nebylo nijak ovlivněno či změněno. Jak konstatuje Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 26. 6. 2013 č. j. 7 Afs 79/2012-37, „důvod pro zastavení řízení podle ust. § 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“, a dále, že „i kdyby tedy Úřad stěžovatelově návrhu plně vyhověl a napadené rozhodnutí zadavatele zrušil, tento by se přesto nemohl obchodní veřejné soutěže zúčastnit. V tomto ohledu tedy rozhodnutí Úřadu již nemůže mít pro stěžovatele význam. Proto byly splněny podmínky pro aplikaci ust. § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu“.
51. Ve správním řízení tedy došlo k takové změně skutkových okolností, které znamenají, že návrh, který v době svého podání bezpředmětným nebyl, se jím stal, neboť po uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky již nelze dosáhnout účelu, ke kterému návrh směřoval, a to zrušení zadávacího řízení, které bylo dle názoru navrhovatele vedeno v rozporu se zákonem. O tomto návrhu tedy není možné věcně rozhodnout (nelze mu ani vyhovět, ani jej zamítnout), což opět znamená naplnění podmínky existence bezpředmětnosti návrhu dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.
52. I kdyby tedy Úřad stěžovatelově návrhu plně vyhověl a napadené rozhodnutí zadavatele zrušil, tento by se přesto nemohl obchodní veřejné soutěže zúčastnit. V tomto ohledu tedy rozhodnutí Úřadu již nemůže mít pro stěžovatele význam. Proto byly splněny podmínky pro aplikaci ust. § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.
53. Pokud taková situace nastane, jak je tomu v tomto případě, nemohu postupovat jinak, než správní řízení zastavit, neboť správní řád v § 66 odst. 1 neumožňuje posoudit otázku zastavení řízení v rámci správního uvážení, jak ostatně vyplývá z konstrukce tohoto ustanovení, kdy správní řád stanoví, že „řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví“. Rovněž § 90 odst. 4 správního řádu mi ukládá „bez dalšího napadené rozhodnutí zrušit a řízení zastavit“.

54. Po posouzení věci jsem tedy došel k závěru, že důvody pro zastavení řízení jsou dány. V souladu s § 90 odst. 4 správního řádu, který se na daný případ uplatní prostřednictvím odkazu uvedeného v § 152 odst. 4 správního řádu, tímto rozhodnutím současně ruším napadené rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda

Obdrží

1. JUDr. Martin Machač, advokát, Společná advokátní kancelář, Koblížná 19, 602 00 Brno
2. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
3. Telefónica Czech Republic, a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4,

Vypraveno dne

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