



UOHSX006407T

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R195/2013/VZ-14650/2014/310/IPs

Brno: 14. července 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 7. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném společností –

- **CET 21 spol. s r.o.**, IČO 45800456, se sídlem Kříženeckého nám. 1078/5, 152 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 3. 2012 JUDr. Petrem Kotrlíkem, advokátem, Kotrlík Bourgeault Andruško, advokátní kancelář, se sídlem Jungmannova 31, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S67/2012/VZ-8935/2012/VZ-8935/2012/530/RNi ze dne 3. 6. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- zájmového sdružení právnických osob **Asociace televizních organizací**, IČO 65998090, se sídlem Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Projekt elektronického měření sledovanosti televizního vysílání**“ zadávané formou otevřeného nadlimitního řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 20. 5. 2011, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 13. 6. 2011, dne 1. 7. 2011 a dne 15. 7. 2011 pod ev. č. 60060281 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 99-162247,

jsem podle § 92 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 152 odst. 4) správního řádu, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozklad podaný společností CET 21 spol. s r.o., IČO 45800456, se sídlem Kříženeckého nám. 1078/5, 152 00 Praha 5

jako nepřipustný

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) <sup>1</sup>, příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 26. 9. 2011 podnět týkající se postupu zadavatele – zájmového sdružení právnických osob Asociace televizních organizací, IČO 65998090, se sídlem Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2 (dále jen „**zadavatel**“ či „**ATO**“), jehož řádnými členy v době rozhodování správního orgánu prvního stupně byli:
  - Česká televize, IČO 00027383, se sídlem Kavčí hory, 140 70 Praha 4 (dále jen „**Česká televize**“),
  - FTV Prima, spol. s r.o., IČO 48115908, se sídlem Na Žertvách 24/132, 180 00 Praha 8 – Libeň, (dále jen „**FTV Prima**“)
  - CET 21 spol. s r.o., IČO 45800456, se sídlem Kříženeckého nám. 1078/5, 152 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 3. 2012 JUDr. Petrem Kotrlíkem, advokátem, Kotrlík Bourgeault Andruško, advokátní kancelář, se sídlem Jungmannova 31, 110 00 Praha 1, (dále jen „**CET 21**“)
  - Asociace komunikačních agentur České republiky, IČO 45247846, se sídlem Opatovická 4/1659, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jen „**Asociace komunikačních agentur**“).

kteří dne 10. 5. 2011 uzavřeli dohodu o sdružení zadavatelů pod názvem „Dohoda o právech a povinnostech ATO a řádných členů ATO při výběru realizátora projektu elektronického měření sledovanosti televizního vysílání v České republice metodou TV metrů a o uzavření budoucí Prováděcí smlouvy“ (dále jen „**Dohoda**“) za účelem zadání veřejné zakázky „Projekt elektronického měření sledovanosti televizního vysílání“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané formou otevřeného nadlimitního řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 20. 5. 2011, s opravou uveřejněnou tamtéž

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

dne 13. 6. 2011, dne 1. 7. 2011 a dne 15. 7. 2011 pod ev. č. 60060281 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 99-162247.

2. V podnětu byl napadán postup zadavatele při vymezení technických kvalifikačních předpokladů uvedený zadavatelem v čl. 8.1 kvalifikační dokumentace k veřejné zakázce, jež jsou dle jeho názoru zjevně nepřiměřené druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky a jako takové jsou v rozporu s § 6 a § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Podavatel podnětu rovněž namítal porušení zákona zadavatelem v omezení velikosti nabídek podávaných v elektronické podobě, a to v návaznosti na zadavatelem stanovené subjektivní dílčí hodnotící kritérium „Kvalita nabízeného řešení“.
3. V oznámení o zakázce je v bodu III.2.3) „Technická způsobilost“ mimo jiné uvedeno, že dodavatel splňuje technické kvalifikační předpoklady, pokud v posledních 3 letech realizoval
  - alespoň 1 službu, jejímž předmětem bylo měření sledovanosti elektronických médií ve finančním rozsahu min. 50 mil. Kč bez DPH soustavně po dobu 1 roku,
  - alespoň 1 službu, jejímž předmětem bylo provádění výzkumu metodou adresního výběru o velikosti alespoň 300 rozhovorů měsíčně s měsíční frekvencí sběru,
  - alespoň 1 službu, jejímž předmětem bylo vytvoření reprezentativní adresní opory výběru pro libovolný projekt z oblasti výzkumu trhu nebo médií.
4. V zadávací dokumentaci je v bodě 16. „Komunikace mezi zadavatelem a dodavateli“ mimo jiné uvedeno, že nabídka nesmí přesáhnout velikost 20 MB.
5. Z bodu 13. „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace mimo jiné vyplývá, že zadavatel zvolil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria stanovil nabídkovou cenu s váhou 35 % a kvalitu nabízeného řešení s váhou 65 %. Zadavatel dále uvedl, že v rámci dílčího hodnotícího kritéria kvalita nabízeného řešení bude hodnocena nabídka obsahující nejkvalitnější a nejkompaktnější realizaci projektu, a to zejména z hlediska maximální objektivity a reprezentativity poskytovaných dat a služeb ve vztahu k zadaným požadavkům a z hlediska připravenosti služby.
6. Po provedeném zadávacím řízení zadavatel dne 24. 11. 2011 uzavřel Smlouvu o realizaci a užití výsledků elektronického měření sledovanosti televizního vysílání v České republice (dále jen „**Smlouva**“) s vybraným uchazečem MEDIARESEARCH, a.s., IČO 26241226, se sídlem Českobratrská 1/2778, 130 00 Praha 3, (dále jen „**vybraný uchazeč**“), přičemž výše peněžitého závazku ze smlouvy činila 297.000.000,-Kč bez DPH.
7. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda při stanovení technického kvalifikačního předpokladu nedošlo ze strany zadavatele ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zejména, jestli odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění předmětné veřejné zakázky. Úřad získal pochybnost rovněž o tom, zda nedošlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem i v případě stanovení maximální možné velikosti nabídky, která dle požadavku zadavatele nesměla přesáhnout velikost 20 MB. Z těchto důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce.

## II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 3. 6. 2013 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S67/2012/VZ-8935/2012/VZ-8935/2012/530/RNi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se správní řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
9. V bodě 7. napadeného rozhodnutí pak Úřad uvedl, že účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel, tedy zájmové sdružení právnických osob: ATO, Česká televize, FTV Prima, CET 21 a Asociace komunikačních agentur.
10. Úřad v průběhu správního řízení obdržel vyjádření České televize, FTV Prima a ATO, z nichž vyplývá, že dle jejich názoru je zadavatelem pouze ATO, nikoliv řádní a přidružení členové této asociace a z tohoto důvodu je účastníkem správního řízení pouze zadavatel – ATO. Dále z jejich vyjádření vyplývá, že Dohoda, již Úřad považuje za dohodu o sdružení zadavatelů, je soukromoprávní dohodou, upravující poměry v ATO, jejíž posuzování není v pravomoci Úřadu. K důvodům, pro něž bylo zahájeno správní řízení se pak vyjadřoval pouze zadavatel – ATO a CET 21. Společnost CET 21 namítala následující pochybení v předmětném zadávacím řízení:
  - nesprávné vyloučení uchazeče ACNielsen Czech Republic s.r.o., IČO 48028142, se sídlem Hvězdova 1716, 140 78 Praha 4 – Nusle (dále jen „**uchazeč ACNielsen Czech Republic**“), přičemž podle názoru CET 21 nebyly k vyloučení tohoto uchazeče splněny zákonem stanovené podmínky
  - vybraný uchazeč a uchazeč GfK Czech, s.r.o., IČO 15271757, se sídlem Na Hřebenech II 1718/10, 140 00 Praha 4 (dále jen „**uchazeč GfK Czech**“) podali každý dvě nabídky,
  - hodnotící komise nebyla při klíčových rozhodnutích v zadávacím řízení řádně obsazena,
  - Asociace televizních organizací jako zadavatel nejprve zamítla při svém rozhodnutí podle § 81 odst. 2 zákona výběr nabídky vybraného uchazeče, avšak následně ATO bez pravomoci činit dané úkony rozhodla o uzavření smlouvy a podepsala smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž úkony učiněné v tomto směru jednatelkou ATO jsou dílem nicotné a dílem neplatné.
11. Úřad v napadeném rozhodnutí odůvodnil výrok následujícím způsobem.

### *K identifikaci účastníka správního řízení*

12. Při posouzení účastenství Úřad vycházel z § 2 odst. 9 zákona a dále z Dohody ze dne 10. 5. 2011, v níž se podle čl. III. „Práva a povinnosti smluvních stran“ odst. 6 ATO mimo jiné zavazuje provádět zadávací řízení v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. A následně Úřad uzavřel, že z „*obsahu jednotlivých článků Dohody je zřejmé, že tato dohoda byla mezi předmětnými smluvními stranami uzavřena za účelem zadání veřejné zakázky podle zákona. Vzhledem ke skutečnosti, že jednou ze smluvních stran je Česká televize, která je v pozici veřejného zadavatele, nelze než považovat za zadavatele předmětné veřejné zakázky rovněž Asociaci televizních organizací, FTV Prima, spol. s r.o., CET 21 spol. s r.o. a Asociaci komunikačních agentur, a to s ohledem na znění ustanovení § 2 odst. 9 zákona.*“

13. Následně se Úřad zabýval tvrzením, že Dohoda je pouze soukromoprávním dokumentem, který navazuje na Stanovy, které úpravu vztahů, jež byly předmětem Dohody, neobsahují, k čemuž Úřad podotknul, že se lze pouze dohadovat, proč tedy tato dohoda nebyla učiněna v rámci sdružení ATO. Přesto však tato otázka není stěžejní. Jednou ze smluvních stran této soukromoprávní dohody je Česká televize, která je veřejným zadavatelem, a důvodem uzavření této dohody bylo zadání zakázky podle zákona, na základě těchto skutečností je tato dohoda považována Úřadem za jistý druh sdružení zadavatelů.

*K technickým kvalifikačním předpokladům*

14. K požadavkům na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů stanoveným v oznámení o zakázce v oddíle III.2.3) „Technická způsobilost“ Úřad konstatoval, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který k tomu má určitou technickou způsobilost, tj. bude k jejímu plnění mít potřebné odborné a materiální předpoklady, čímž je minimalizováno zadatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení. Předmětem plnění veřejné zakázky je elektronické měření televizní sledovanosti, které má být dle zadávací dokumentace prováděno tzv. metodou peplemetrů. Zadavatelem požadovanou referenci, jejímž předmětem bylo měření sledovanosti elektronických médií ve finančním rozsahu min. 50 mil. Kč bez DPH soustavně po dobu 1 roku tak nelze vzhledem k výše uvedenému shledat jako diskriminační, neboť nedosahuje ani poloviny zadavatelem předpokládané hodnoty, konkrétně činí 16,7% předpokládané hodnoty veřejné zakázky bez DPH.
15. Co se týká požadavku zadavatele, aby dodavatel doložil realizaci alespoň 1 služby, jejímž předmětem bylo provádění výzkumu metodou adresního výběru o velikosti alespoň 300 rozhovorů měsíčně s měsíční frekvencí sběru Úřad uvedl, že z přílohy č. 1 „Technická příloha – Specifikace požadavků na PEM“ z bodu 2.3 „Kontinuální výzkum“ návrhu smlouvy mimo jiné vyplývá, že kontinuální výzkum bude realizován během projektu elektronického měření v rozsahu 9000 interview během každého roku. Z toho vyplývá, že měsíčně bude realizováno okolo 750 interview. Ani u tohoto požadavku tedy Úřad neshledal porušení zákona.
16. K poslednímu ze zadavatelem požadovaných technických kvalifikačních předpokladů, a to doložení realizace alespoň 1 služby, jejímž předmětem bylo vytvoření reprezentativní adresní opory výběru pro libovolný projekt z oblasti výzkumu trhu nebo médií, Úřad konstatoval, že zadavatel stanovením uvedeného technického kvalifikačního předpokladu neomezil velikost prokazované adresní opory výběru, ani oblast, v níž měla být tato adresní opora výběru realizována, nelze tedy než konstatovat, že zadavatel se i v tomto případě nedopustil porušení zásady nediskriminace.

*Ke stanovení maximální velikosti nabídky podávané elektronicky*

17. Zadavatel stanovil v čl. 16. „Komunikace mezi zadavatelem a dodavateli“ zadávací dokumentace, že nabídka nesmí přesáhnout velikost 20MB. Úřad tento požadavek posoudil s tím, že jej nelze označit za projev diskriminace, ať už skryté nebo zjevné, či za porušení zásady rovného zacházení, neboť zadavatelem vymezená maximální velikost nabídky platila bez výjimky jak pro všechny uchazeče, jež podali nabídku, tak pro případné zájemce o veřejnou zakázku. Uchazeči byli s požadavkem seznámeni a žádný nevyužil institutu dodatečných informací, aby se u zadavatele informoval na změnu horní hranice stanovené velikosti nabídek či na případné následky překročení této zadavatelem stanovené hranice.

Zároveň žádný nepodal námitky proti tomuto požadavku a ani jedna z doručených nabídek nepřekročila stanovenou maximální velikost 20 MB.

*K tvrzení CET 21 týkajícího se vyloučení uchazeče ACNielsen Czech Republic.*

18. V šetřeném případě byl uchazeč ACNielsen Czech Republic s.r.o. vyloučen pro absenci podpisu osoby oprávněné jednat jménem tohoto uchazeče v návrhu smlouvy, který byl součástí jeho nabídky. Úřad se v první řadě zabýval otázkou, zda uchazeč ACNielsen Czech Republic s.r.o. byl z účasti v zadávacím řízení vyloučen v souladu se zákonem. Z výpisu z obchodního rejstříku, který byl součástí nabídky podané uchazečem ACNielsen Czech Republic s.r.o., vyplývá, že za uchazeče ACNielsen Czech Republic s.r.o. musí v záležitostech, jejichž hodnota přesahuje částku 10.000.000,-- Kč, jednat a podepisovat jménem společnosti oba jednatelé společně, tedy jak Kyriakos Kyriakou, tak Gabriela Kleinová. Nabídka podaná uchazečem ACNielsen Czech Republic s.r.o. byla opatřena zaručeným elektronickým podpisem Kyriaka Kyriakou, přičemž návrh smlouvy, který byl součástí této nabídky, nebyl vůbec podepsán. Předpokládaná hodnota plnění veřejné zakázky byla zadavatelem v oznámení o zakázce stanovena na 300.000.000,-- Kč. Veřejná zakázka, o níž se uchazeč ACNielsen Czech Republic s.r.o. ucházel, spadá svým finančním objemem do oblasti, kdy je třeba, aby za tohoto uchazeče jednali a podepisovali oba dva jednatelé, což se nestalo, neboť návrh smlouvy nebyl podepsán žádným z jednatelů a čestné prohlášení o kontaktní osobě bylo podepsáno pouze Kyriakem Kyriakou, stejně tak jako podaná elektronická nabídka. Nabídka tak oprávněně neprošla kontrolou úplnosti nabídek, neboť návrh smlouvy nebyl podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče. Úřad posoudil splnění tohoto požadavku zadavatele i ostatními uchazeči, přičemž nezjistil pochybení v postupu zadavatele.

*K úkonům Asociace televizních organizací učiněných podle CET 21 spol. s r.o. v rozporu s Dohodou*

19. K samotné Dohodě uzavřené mezi řádnými členy Asociace televizních organizací a Asociací televizních organizací Úřad uvedl, že není v jeho kompetenci posuzovat dodržování vztahů nastolených mezi smluvními stranami touto Dohodou. Pro Úřad je tato Dohoda podstatná proto, že byla uzavřena za účelem společného postupu smluvních stran při zadávání předmětné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách a že v ní je upraven způsob jednání v průběhu zadávacího řízení.

*K řádnému obsazení hodnotící komise*

20. Úřad posoudil, že hodnotící komise byla usnášeníschopná a dále že Úřad je zákonem zmocněn k vykonávání dohledu nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách, při přezkumu postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení se tedy řídí ustanoveními zákona a nikoliv ujednáními členů zadavatele o vzájemném postupu v rámci veřejné zakázky. Úřadu proto nepřisluší hodnotit či přezkoumávat dodržování vazeb vzniklých mezi smluvními stranami uzavřením Dohody a v kompetenci Úřadu tak není posuzovat, zda byl dodržen postup pro stanovení členů hodnotící komise sjednaný smluvními stranami v Dohodě.

*K podání nabídek vybraného uchazeče a uchazeče Gfk Czech, s.r.o.*

21. Úřad se neztotožnil s názorem CET 21 spol. s r.o., že podáním dvou nabídek vybraným uchazečem a uchazečem Gfk Czech, s.r.o. došlo k porušení zákona, neboť dvojí podání těchto

nabídek bylo zapříčiněno změnou zadávacích podmínek zadavatelem, a to prostřednictvím dodatečných informací, na jejichž základě byl uchazeč povinen doplnit svou nabídku. Zadavatel v rámci dodatečných informací rozšířil zadávací podmínky o předložení vlastnické struktury uchazeče, včetně identifikace skutečného vlastníka, přičemž lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem v návaznosti na předložení nových dokumentů prodloužena o 2 měsíce. Vzhledem ke skutečnosti, že po podání nabídek došlo ke změně požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a že nabídky doručené vybraným uchazečem a uchazečem Gfk Czech, s.r.o. nebyly otevřeny, nepostupoval zadavatel v rozporu se zákonem, když těmto uchazečům umožnil podat nabídky nové, neboť pokud by tak zadavatelem učiněno nebylo, dopustil by se porušení zásad stanovených v § 6 zákona, zejména pak zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.

### **III. Námitky rozkladu**

22. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad společnosti CET 21. Ze spisové dokumentace vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo společnosti CET 21 předáno 24. 6. 2013 a rozklad byl Úřadu doručen 2. 7. 2013.
23. V rozkladu namítá společnost CET 21 jak procesní pochybení Úřadu, při doručování napadeného rozhodnutí, tak brojí proti závěrům Úřadu, uvedeným v napadeném rozhodnutí.

#### **Závěr rozkladu**

24. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání.

### **IV. Řízení o rozkladu**

25. Dne 2. 8. 2013 obdržel Úřad vyjádření České televize k rozkladu CET 21, ve kterém uvádí, že dle jeho názoru je napadené rozhodnutí věcně správné a navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl.
26. Dne 5. 8. 2013 obdržel Úřad vyjádření ATO k rozkladu, v němž upozorňuje, že CET 21 již není řádným členem ATO, jelikož své členství dobrovolně ukončila k 31. 12. 2012. Dále setrvává na svém názoru, že zadavatelem předmětné veřejné zakázky je pouze ATO a ostatní členové ATO vyjma CET 21 se takto shodně i vyjádřili a s CET 21 nemělo být jednáno jako s účastníkem řízení, a to nejpozději od okamžiku ukončení jeho členství v zadavateli ATO. Následně se zadavatel ATO vyjádřil k námitkám rozkladu, přičemž je odmítl a konstatoval, že výrok napadeného rozhodnutí je v souladu s právními předpisy a je věcně správný a navrhl, aby byl rozklad zamítnut.
27. Dne 13. 8. 2013 obdržel Úřad vyjádření FTV Prima, ve kterém opět konstatuje, že jediným zadavatelem předmětné zakázky je zadavatel ATO a FTV Prima se proto necítí být povolána k tomu, aby se vyjadřovala k otázkám, týkajícím se samotné veřejné zakázky. Dle FTV Prima CET 21 nebyla účastníkem správního řízení a proto nebyla osobou oprávněnou podat rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ani při meritorním přezkoumání rozkladu není dle FTV Prima možné rozhodnout jinak, než zamítnout rozklad, neboť tento nenapadá v ničem předmět správního řízení, pro který bylo řízení zahájeno.

28. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

29. 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 podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
30. Společnost CET 21 není účastníkem správního řízení. Napadeným rozhodnutím nebyla založena, změněna odejmuta ani závazně určena žádná jeho práva. Jediným účastníkem správního řízení o deliktu je dle zákona zadavatel, jímž je ATO. Jelikož rozklad proti rozhodnutí může podat pouze účastník řízení, je rozklad podaný společností CET 21 nepřípustný a proto jsem rozhodl tak, jak je uvedeno výše. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, jež mne vedly k tomuto závěru.

#### **V. K důvodům nepřípustnosti rozkladu**

##### *K identifikaci účastníka správního řízení*

31. Úřad se v úvodu napadeného rozhodnutí zabýval mimo jiné posouzením toho, kdo je účastníkem v předmětném zadávacím řízení a dospěl k závěru, že jím je jak ATO, tak jeho řádní členové v době, kdy byla předmětná veřejná zakázka zadávána.
32. Dle § 2 odst. 8 zákona se „za jednoho zadavatele pro účely tohoto zákona považuje i několik zadavatelů uvedených v odstavci 2, 3 nebo 6, pokud se sdruží či se jinak spojí pro účely společného postupu směřujícího k zadání veřejné zakázky (dále jen „sdružení zadavatelů“). V takovém případě jsou zadavatelé povinni před zahájením zadávacího řízení uzavřít písemnou smlouvu, ve které si upraví vzájemná práva a povinnosti související se zadávacím řízením a stanoví způsob jednání jménem účastníků sdružení zadavatelů. Pokud je účastníkem sdružení zadavatelů veřejný či dotovaný zadavatel, vztahují se na sdružení zadavatelů ustanovení tohoto zákona platná pro veřejného zadavatele; tím není dotčeno ustanovení odstavce 7“.
33. Dle § 2 odst. 9 pak se „za zadavatele považuje rovněž jakékoliv sdružení nebo jiné spojení zadavatele podle odstavce 2, 3 nebo 6 s fyzickou nebo právnickou osobou, která není zadavatelem za účelem zadání veřejné zakázky. Ustanovení odstavce 8 věty třetí se použije obdobně“.
34. Zadavatel ATO je zájmovým sdružením právnických osob, založeným dle § 20f a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění platném ke dni založení tohoto sdružení (dále jen „OZ“). Tato skutečnost vyplývá z veřejného rejstříku - spolkového rejstříku (dříve obchodní rejstřík), z vyjádření zadavatele i z písemností doložených v průběhu správního řízení. Tato skutečnost není žádnou ze stran zpochybňována. Registr zájmových sdružení právnických osob byl veden do 1. 1. 2014 krajskými úřady, ATO pak bylo vedeno pod reg. č. 28/220/97 u Magistrátu hl. m. Prahy. Dle nové právní úpravy § 3051 zákona č. 89/2012 Sb., občanský



zákoník (dále je „**nový občanský zákoník**“) zájmová sdružení právnických osob, vzniklá podle dosavadních právních předpisů se i nadále řídí dosavadními právními předpisy. Dle aktuálního výpisu z veřejného rejstříku - spolkového rejstříku je ATO i nadále zájmovým sdružením právnických osob.

35. Dle § 20i odst. 1 OZ je „*sdužení právnickou osobou, jež odpovídá svým majetkem za nesplnění svých povinností*“. Dle odstavce 2 téhož ustanovení „*Sdružení nabývá právní způsobilosti zápisem do registru sdružení vedeného u krajského úřadu příslušného podle sídla sdružení*“. ATO je tedy právnickou osobou, jež má způsobilost k právním úkonům, dle nového občanského zákoníku pak právní osobnost.
36. Zadavatel ATO není ani veřejným zadavatelem dle § 2 odst. 2 zákona, ani zadavatelem dotovaným dle § 2 odst. 3 zákona a ani zadavatelem sektorovým dle § 2 odst. 6 zákona. ATO se mohlo stát zadavatelem pouze za splnění podmínek uvedených v § 2 odst. 9 zákona, tedy že se s fyzickou nebo právnickou osobou, která není zadavatelem za účelem zadání veřejné zakázky spojí do sdružení podle odstavce 2, 3 nebo 6 zákona. V takovém případě pak zákon odkazuje na obdobné použití věty třetí odst. 8 § 2 zákona. V době, kdy byla zadávána posuzovaná předmětná veřejná zakázka byla jeho řádným členem Česká televize, jež je dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona veřejným zadavatelem.
37. V § 2 odst. 8 zákona je upravováno sdružení bez právní subjektivity, zatímco v odst. 9 téhož ustanovení jsou uvedena pravidla, pro sdružení jak bez právní subjektivity, tak s právní subjektivitou.
38. Dle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním nebo více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.
39. Z oznámení o zakázce, uveřejněném v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 99-162247 je předmětem veřejné zakázky poskytnutí služeb – zajištění elektronického měření sledovanosti televizního vysílání v rozsahu a souladu se zadávacími podmínkami. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 300 000 000,- Kč.
40. Z výše uvedeného vyplývá, že byly splněny obě podmínky pro použití § 2 odst. 9 zákona. Tedy že v projednávaném případě bylo zadavatelem sdružení zadavatele podle § 2 odst. 2 a právnických osob, které nejsou zadavateli, za účelem zadání veřejné zakázky.
41. Zákon dále stanoví povinnost použít obdobně větu třetí § 2 odst. 8. Tedy, že „*pokud je účastníkem sdružení zadavatelů veřejný či dotovaný zadavatel, vztahují se na sdružení zadavatelů ustanovení tohoto zákona platná pro veřejného zadavatele...*“. Nevztahuje se na něj již však povinnost uvedená ve větě druhé § 2 odst. 8 zákona, tedy povinnost uzavřít před zahájením zadávacího řízení písemnou smlouvu, ve které si účastníci sdružení upraví vzájemná práva a povinnosti.
42. ATO bylo v případě předmětné veřejné zakázky zadavatelem z důvodů naplnění podmínek § 2 odst. 9 zákona, a to bez ohledu na uzavření Dohody ze dne 10. 5. 2011, jak mylně uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí. Jinak řečeno, předmětná veřejná zakázka by musela být zadána dle zákona bez ohledu na uzavření či neuzavření Dohody. Uzavření této dohody je třeba chápat jako čistě soukromoprávní úkon, jež nemá pro následné posouzení postupu

zadavatele v zadávacím řízení z pohledu Úřadu žádnou právní relevanci. To však nemá vliv na další úvahy Úřadu při meritorním přezkoumávání postupu zadavatele, neboť jak již bylo řečeno, ATO bylo povinno postupovat při zadávání veřejné zakázky dle zákona a Úřadu byla svěřena pravomoc tento jeho postup přezkoumat dle § 112 zákona.

43. Výše uvedený závěr má právní relevanci pro posouzení toho, kdo je účastníkem správního řízení. Sdružení ATO má právní subjektivitu, jak již bylo shora uvedeno. Skutečnost, že je tvořeno více subjekty, ani již uvedená Dohoda nemá vliv na to, že ATO je oprávněno nabývat pro sebe vlastním právním jednáním práva a zavazovat se k povinnostem. Také dle důvodové zprávy k zákonu se sdružení dle § 2 odst. 9 zákona považuje za jednoho zadavatele. Jako jeden zadavatel také ATO vystupovalo při zadávání předmětné veřejné zakázky.
44. Zákon má, pokud jde o účastenství, svou samostatnou právní úpravu, která je uvedena v § 116 zákona, dle kterého je účastníkem řízení zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel. Úprava účastenství dle správního řádu se zde nepoužije. V této věci již judikoval Krajský soud v Brně např. v rozsudku sp. zn. 62 Ca 35/2006 ze dne 8. 12. 2006.
45. Správní řízení bylo vedeno z moci úřední a bylo zahájeno z důvodu vzniklé pochybnosti, zda zadavatel stanovil technický kvalifikační předpoklad „Způsob hodnocení nabídek“ v souladu se zásadami uvedenými v § 6 a v § 56 odst. 7 zákona, tedy, zda vymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů takovým způsobem, že odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění šetřené veřejné zakázky. Pochybnost o dodržení ustanovení § 6 zákona zadavatelem rovněž vznikla v případě stanovení maximální možné velikosti nabídky zadavatele, která dle požadavku zadavatele nesměla přesáhnout velikost 20 MB. Takto byl předmět správního řízení vymezen Oznámením o zahájení správního řízení ze dne 8. 2. 2012, č. j. ÚOHS-S67/2012/VZ-2344/2012/530/RNi.
46. Ve správním řízení mělo být rozhodnuto o tom, zda se zadavatel dopustil správního deliktu či nikoliv. Za případné spáchání správního deliktu mu pak hrozila pokuta. Z výše uvedeného je zřejmé, že bylo rozhodováno výlučně o právech a povinnostech zadavatele a rozhodnutím správního orgánu nemohla být dotčena práva jiných osob. Pokud jsem tedy výše uvedl, že za zadavatele je z pohledu zákona považováno pouze zájmové sdružení právnických osob ATO, pak lze učinit závěr, že jediným, jehož práva a povinnosti mohly být napadeným rozhodnutím dotčeny je ATO a nikoliv jeho členové. Jediným účastníkem předmětného správního řízení tedy je zájmové sdružení právnických osob ATO.
47. Pouhým faktem, že s CET 21 bylo jednáno jako s účastníkem správního řízení účastenství nevzniká. Dle § 28 správního řádu bude za účastníka považován v pochybnostech i ten, kdo tvrdí, že je účastníkem, dokud se neprokáže opak. CET 21 se výslovně účastenství ve správním řízení nedomáhala, ani jej nijak nespороvala, na rozdíl od ostatních účastníků. Vystupovala jako účastník správního řízení, neboť jej za něj správní orgán považoval. Naopak ostatní společnosti, označené za zadavatele se aktivně bránily proti svému účastenství v řízení. To vyplývá z jejich vyjádření, uvedených v napadeném rozhodnutí, tak například i z vyjádření k rozkladu.
48. Pokud správní orgán s určitou osobou jednal jako s účastníkem správního řízení, avšak tento jím nebyl, pak jím nebyl od počátku správního řízení, a nikoliv pouze od okamžiku, kdy o tom, že účastníkem není správní orgán rozhodl. (*K tomu srovnej Vedral, Správní řád, komentář, 2. vydání, str. 344-345*).

49. Jelikož doposud nebylo pochyb o účastenství společností CET 21, České televize, FTV Prima a Asociace komunikačních agentur, Úřad nevydával usnesení, kterým by o účastenství rozhodoval, jak to vyžaduje § 28 správního řádu. Vzhledem k tomu, že jsem dospěl k názoru, že společnosti, uvedené v tomto odstavci a označené Úřadem jako účastníci správního řízení, nejsou dle zákona účastníky správního řízení, pak o jejich účastenství rozhodují tímto rozhodnutím. O této otázce je totiž třeba rozhodnout v první řadě a teprve pak lze posuzovat rozklad meritorně. (*K tomu srovnej Vedral, Správní řád, komentář, 2. vydání, str. 345*).

50. Z tohoto důvodu bude toto rozhodnutí doručováno všem, kteří byli v napadeném rozhodnutí označeni jako účastníci správního řízení, ačkoliv by jinak bylo doručeno pouze zadavateli – ATO.

*K důvodům nepřípustnosti podaného rozkladu*

51. Dle § 81 správního řádu může podat odvolání účastník řízení, pokud zákon nestanoví jinak. V předchozí části tohoto odůvodnění bylo rozhodnuto a odůvodněno, že CET 21 není a nebyla účastníkem řízení. Pokud osoba, která podala rozklad není účastníkem, pak je takovýto rozklad nepřípustný.

52. Dle § 152 odst. 4 správního řádu „Nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.“ Dle § 92 odst. 1 věty první správního řádu „Opožděné nebo nepřípustné odvolání odvolací správní orgán zamítne.“ (k tomuto postupu se vyjadřuje např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 8/2005-118 ze dne 7. 12. 2005).

53. Jak již bylo uvedeno výše, Dohoda, uzavřená mezi zadavatelem a společnostmi CET 21, Česká televize, FTV Prima a Asociace komunikačních agentur, je dohodou soukromoprávní. Ačkoliv by mohla mít charakter dohody podle § 2 odst. 8 zákona, bylo již zdůvodněno, proč tomu tak není a zároveň z toho vyplývá, že Úřad není oprávněn vykládat či posuzovat postup účastníků této dohody podle ní. Otázka, zda strany dohody postupovaly v souladu s ní či nikoliv nemá vliv na posouzení postupů zadavatele dle zákona, jak již uvedl v napadeném rozhodnutí Úřad. Tento závěr se odrazí v posouzení, že napadené rozhodnutí nemohlo mít vliv na CET 21, neboť, jak již bylo uvedeno shora, nemohlo se nijak dotknout jeho práv z pohledu dodržení postupu zadavatele dle zákona. Jediný způsob, jak by jeho práva mohla být napadeným rozhodnutím zasažena by mohl být spatřován v možnosti uložení pokuty zadavateli, jehož členem CET 21 je. Tudíž by se takto uložená pokuta mohla odrazit do jeho majetkové sféry. Ani tato skutečnost však nemůže ovlivnit závěry výše uvedené, neboť ATO je právnickou osobou, se způsobilostí k právním úkonům a hospodaření v rámci této právnické osoby neovlivňuje posouzení účastenství výše provedené. Pokud tedy CET 21 namítá nedodržení ustanovení Dohody zadavatelem, pak tuto otázku musí řešit soukromoprávní cestou.

54. V rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 91/2012 ze dne 3. 10. 2013 soud řešil obdobnou situaci, kdy žalobu proti rozhodnutí Úřadu o spáchání správního deliktu podal vybraný uchazeč, jež byl Úřadem chybně označen jako účastník správního řízení, ačkoliv jím dle zákona být neměl. I zde se soud zabýval vlivem rozhodnutí na postavení žalobce a dospěl k obdobnému závěru. Ačkoliv nejde o totožnou situaci, lze základní myšlenku posouzení vlivu napadeného rozhodnutí na postavení účastníka správního řízení použít analogicky.

55. Ze shora uvedených důvodů, když jsem dospěl k názoru, že společnost CET 21 neměla být účastníkem správního řízení, jsem také dospěl k závěru, že rozklad, podaný CET 21 je nepřípustný. Jelikož napadené rozhodnutí bylo napadeno rozkladem pouze ze strany CET 21, a jelikož jediný účastník správního řízení, který byl oprávněn k podání rozklad nepodal, pak s ohledem na řádné splnění poučovací povinnosti Úřadem v závěru napadeného rozhodnutí, nabylo napadené rozhodnutí právní moci marným uplynutím lhůty pro podání rozkladu zadavatelem, jako jediným účastníkem správního řízení. Z doručky, založené ve spise vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo ATO doručeno dne 5. 6. 2013. Napadené rozhodnutí tedy nabylo právní moci dne 21. 6. 2013.
56. Dle § 92 odst. 1 věty druhé *„Jestliže rozhodnutí již nabylo právní moci, následně (odvolací orgán) zkoumá, zda nejsou dány předpoklady pro přezkoumání rozhodnutí v přezkumném řízení, pro obnovu řízení nebo pro vydání nového rozhodnutí.“*
57. Dle § 94 správního řádu *„V přezkumném řízení správní orgány z moci úřední přezkoumávají pravomocná rozhodnutí v případě, kdy lze důvodně pochybovat o tom, že rozhodnutí je v souladu s právními předpisy.“* V tomto případě důvodné pochybnosti nenastaly, obecně tak nebyl dán důvod pro zahájení přezkumného řízení. Napadené rozhodnutí splňuje podmínky stanovené správním řádem v § 68, kde správní orgán ve výrokové části uvedl řešení otázky, která byla předmětem řízení a v odůvodnění uvedl důvody výroku, podklady pro jeho vydání i úvahy, kterými se řídil při jejich hodnocení. Zároveň správní orgán uvedl, jak se vypořádal s návrhy a námitkami účastníků, a nad rámec i neúčastníků správního řízení.
58. Dle § 100 správního řádu *„Řízení před správním orgánem ukončené pravomocným rozhodnutím ve věci se na žádost účastníka obnoví, jestliže a) vyšly najevo dříve neznámé skutečnosti nebo důkazy, které existovaly v době původního řízení a které účastník, jemuž jsou ku prospěchu, nemohl v původním řízení uplatnit, anebo se provedené důkazy ukázaly nepravdivými, nebo b) bylo zrušeno či změněno rozhodnutí, které bylo podkladem rozhodnutí vydaného v řízení, které má být obnoveno, a pokud tyto skutečnosti, důkazy nebo rozhodnutí mohou odůvodňovat jiné řešení otázky, jež byla předmětem rozhodování. Ve tříleté lhůtě od právní moci rozhodnutí může o obnově řízení z moci úřední rozhodnout též správní orgán, který ve věci rozhodl v posledním stupni, jestliže je dán některý z důvodů uvedených v odstavci 1 a jestliže je na novém řízení veřejný zájem; do konce uvedené lhůty musí být rozhodnutí o obnově řízení vydáno.“*
59. Podmínky pro obnovu řízení, uvedené v § 100 musí být splněny kumulativně. Ačkoliv by tedy byla splněna podmínka týkající se lhůty pro obnovu řízení z moci úřední, nejsou naplněny podmínky uvedené v § 100 odst. 1 správního řádu. Nejsou zde žádné nové skutečnosti nebo důkazy, jež by existovaly v době původního řízení a které účastník, jemuž jsou ku prospěchu, nemohl v původním řízení uplatnit, ani provedené důkazy se neukázaly nepravdivými. Zároveň ani nebylo zrušeno či změněno rozhodnutí, které bylo podkladem rozhodnutí vydaného v řízení, které má být obnoveno. Neshledal jsem tedy ani důvody pro obnovu řízení či vydání nového rozhodnutí.
60. Jelikož byly splněny všechny podmínky, uvedené v § 92 odst. 1 správního řádu, je třeba učinit závěr, že je třeba rozklad společnosti CET 21 jako nepřípustný zamítnout.

**VI. Závěr**

61. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že společnost CET 21 podala nepřípustný rozklad, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. Asociace televizních organizací, Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2
2. Česká televize, Kavčí hory, 140 70 Praha 4
3. FTV Prima, spol. s r.o., Na Žertvách 24/132, 180 00 Praha 8
4. JUDr. Petr Kotrlík, advokát, Kotrlík Bourgeault Andruško, advokátní kancelář, Jungmannova 31, 110 00 Praha 1
5. Asociace komunikačních agentur České republiky, Opatovická 4/1659, 110 00 Praha 1 – Nové Město

### Vypraveno dne

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