



UOHSX006V3NX

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: R193/2014/VZ-10094/2015/322/DRu

Brno 24. dubna 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 6. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal navrhovatel –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S94/2014/VZ-10975/2014/523/JDo ze dne 23. 5. 2014, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Hlavní město Praha**, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 01 Praha 1

při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Mobilní telekomunikační služby pro resort HMP**“ jejíž oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 9. 10. 2013, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 10. 2013, pod evidenčním číslem zakázky 356709,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S94/2014/VZ-10975/2014/523/JDo ze dne 23. 5. 2014

**r u š í m**

a správní řízení

**z a s t a v u j i .**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení veřejné zakázky**

1. Dne 31. 1. 2014 obdržel 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**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 - Michle, (dále jen „**navrhovatel**“) – na přezkoumání úkonů zadavatele – Hlavního města Prahy, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 01 Praha 1, (dále jen „**zadavatel**“) učiněných ve veřejné zakázce s názvem „Mobilní telekomunikační služby pro resort HMP“, zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 9. 10. 2013, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 10. 2013 pod ev. č. zakázky 356709 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29. 10. 2013 pod ev. č. 2013/S 210-364118 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Návrhem se navrhovatel u Úřadu domáhal nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona v podobě zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
3. Předmětem veřejné zakázky bylo poskytování mobilních telekomunikačních služeb. Jako prostředek pro hodnocení nabídek zadavatel využil elektronickou aukci (dále jen „**e-aukce**“). V Příloze č. 8 zadávací dokumentace zadavatel upřesnil, že *„Tato veřejná zakázka je zadávána elektronicky pomocí certifikovaného elektronického nástroje E-ZAK dostupného na <https://ezak.e-tenders.cz/>. Veškeré úkony včetně předložení dokladů o kvalifikaci, které jsou součástí nabídky, se provádějí elektronicky prostřednictvím elektronického nástroje EZAK. Veškerá komunikace, která se týká výběrového řízení, probíhá rovněž elektronicky prostřednictvím elektronického nástroje EZAK.“*

### **II. Napadené rozhodnutí**

4. Dne 23. 5. 2014 vydal Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S94/2014/VZ-10975/2014/523/JDo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

<sup>1</sup> 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, není-li uvedeno jinak.

6. V odůvodnění výroku napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že neshledal v postupu zadavatele v zadávacím řízení veřejné zakázky porušení zákona, které by mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

### III. Námitky rozkladu

7. Dne 10. 6. 2014 byl Úřadu doručen rozklad navrhovatele z téhož dne (dále jen „rozklad“). Navrhovatel v rozkladu namítá, že nástroj použitý zadavatelem pro elektronickou aukci nefungoval tak, že by po celou dobu elektronické aukce informoval navrhovatele o jeho momentálním pořadí nebo o momentálně nejlepších aukčních hodnotách. Naopak, nejméně polovinu doby trvání e-aukce zobrazoval údaje chybné nebo rozporné, když v jedné části obrazovky bylo uvedeno, že navrhovatel je momentálně první, zatímco v jiné části naopak že je druhý.
8. Navrhovatel namítá, že § 97 odst. 7 zákona ukládá povinnosti při provádění e-aukce jen zadavateli. Navrhovatel měl povinnost respektovat instrukce zadavatele a rovněž tak činit. Navrhovatel v této souvislosti brojí rozkladem proti tomu, že by důkazní břemeno o tvrzeních týkajících se nastavení systému na straně zadavatele leželo na navrhovateli, protože navrhovatel k systému nemá přístup a neví o něm nic jiného, než co se dozvěděl ze zadávacích podmínek.
9. Navrhovatel namítá, že nepostačuje zadavatelova snaha řešit chybné zobrazování, důležitý je výsledek oné snahy. K povinnostem zadavatele patří odhalení závad nástroje sloužícího k elektronické aukci, nalezení příčin a jejich odstranění. Navrhovatel dále namítá, že je to jedině zadavatel, kdo je povinen identifikovat příčiny vad systému, který zadavatel sám zvolil, a kdo případně musí do systému zakomponovat i nástroje pro vzdálený dohled nad správným nastavením počítačů uchazečů.
10. Navrhovatel dále tvrdí, že neleží na straně navrhovatele, aby zjišťoval, proč jeho počítač nezobrazuje to, co podle zákona je zadavatel povinen mu sdělovat. Navrhovatel projevil veškerou možnou snahu k odstranění závady a učinil vše, co mohl, přičemž bezvýhradně respektoval pokyny zadavatele (v průběhu e-aukce kontaktoval technickou podporu zadavatele a uposlechl jejích instrukcí).
11. K závěru Úřadu, že technické požadavky aukčního systému byly všem uchazečům předem známy, navrhovatel namítá, že předem známy byly pouze požadavky nedostatečné či neúplné, takové, které nezajistily zobrazování povinných údajů u navrhovatele.
12. Navrhovatel namítá, že nebyl podle § 3 zákona 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, když zadavatel neprokázal, že splnil svoje povinnosti a naopak navrhovatel prokázal, že výsledek splnění zadavatelových povinností mu nebyl doručován.
13. Navrhovatel zdůrazňuje, že v této e-aukci se nesoutěžilo o jedinou prostou cenu, kterou každý účastník e-aukce stále vidí. Naopak, celková nabídková cena, tj. cena hodnocená, se vypočítávala podle složitějšího vzorce z velkého množství cen dílčích, přičemž jednotlivé dílčí ceny se započítávaly s rozdílnými vahami. Nikdo, žádný uchazeč (ani zadavatel), v takovém režimu nemůže jednoduše rozeznat, kolik a kde musí přihodit, aby dohnal první pořadí. Naopak, musí zkusmo podat novou aukční hodnotu v některé položce, připojit elektronický podpis, vyčkat na reakci systému, v případě navrhovatele ještě refreshovat, a teprve potom

uvidí, zda podání nové aukční hodnoty přineslo žádoucí výsledek. Navrhovatel mohl po konzultaci s technickou podporou zadavatele pokračovat v podávání nových aukčních hodnot, ale zmeškaných nejméně 15 minut, tj. asi polovinu trvání celé e-aukce, již nemohl dohnat.

14. Navrhovatel brojí proti porušení zásady rovného zacházení, které bylo způsobeno tím, že jeden uchazeč o veřejnou zakázku viděl a jeden neviděl správné údaje o pořadí. Navrhovatel namítá, že nerovné podmínky nastolené vadou aukčního systému způsobily, ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, když v případě, že by navrhovatel soutěžil v e-aukci za podmínek skutečně rovných, nabídl by navrhovatel ještě nižší cenu.

#### **Závěr rozkladu**

15. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
17. Dne 25. 2. 2015 bylo předsedovi Úřadu doručeno podání z téhož dne, kterým zadavatel prokázal, že dne 28. 4. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Jelikož jsem zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.
20. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

#### **V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení**

21. Podle § 152 odst. 4 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.
22. Podle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
23. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.

24. Toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona bylo zahájeno doručením návrhu navrhovatele. Návrhem se navrhovatel u Úřadu domáhal nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona v podobě zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
25. Dne 25. 2. 2015 prokázal zadavatel Úřadu, že podle § 82 zákona uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na plnění předmětu veřejné zakázky. Uzavřením této smlouvy byl ukončen proces zadávání veřejné zakázky. Nejprve musí existovat zadávací řízení, ve kterém může Úřad případně uložit nápravné opatření ve smyslu ustanovení § 118 zákona. Tato podmínka však v nyní šetřené věci již není splněna, neboť zadávací řízení, ve kterém by mohl Úřad uložit nápravné opatření, bylo ukončeno právem předkládaným způsobem, tj. uzavřením smlouvy podle § 82 zákona. S ohledem na uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem konstatuji, že návrh navrhovatele se stal bezpředmětným, neboť Úřad již z logiky věci nemůže rozhodnout o uložení tohoto nápravného opatření, jehož se navrhovatel domáhal. Nastala tak skutečnost, která odůvodňuje zastavení správního řízení podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.
26. Návrh se tak stal v průběhu vedení tohoto správního řízení zjevně bezpředmětnou žádostí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť již není zadávacího řízení, v rámci jehož průběhu by Úřad podle § 118 odst. 1 zákona mohl svým rozhodnutím zrušit jednotlivý úkon zadavatele, či zadávací řízení.
27. Ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu výslovně normativně určuje postup odvolacího správního orgánu v podobě zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení bez dalšího. Tím je ze zákona vyloučeno, aby v rámci tohoto řízení o rozkladu došlo k jinak samozřejmému přezkumu souladu napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnosti v rozsahu námitek rozkladu zadavatele podle § 89 odst. 2 správního řádu.
28. Co se týče námitek uvedených v rozkladu navrhovatele, konstatuji, že jsem nebyl oprávněn se jimi zabývat, neboť je třeba se nejdříve vypořádat s tím, zda je naplněn procesní rámec pro věcný přezkum. To znamená, že nejdříve musí být splněny podmínky, za kterých lze vůbec řízení vést, kde je mimo jiné třeba, aby správní orgán mohl autoritativně rozhodnout o konkrétních právech a povinnostech účastníků správního řízení. V předmětné věci však tato podmínka odpadla, neboť uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky nastaly důvody k zastavení správního řízení bez dalšího a vznikla tak překážka, díky které již Úřad nemůže ve věci rozhodnout, protože s ohledem na dikci § 118 odst. 1 zákona může Úřad uložit nápravné opatření (potažmo přezkoumat jeho uložení) pouze do okamžiku uzavření smlouvy v rámci existujícího zadávacího řízení (s výjimkou případů, kdy navrhovatel návrhem brojí proti zrušení zadávacího řízení zadavatelem, což však není situace týkající se nyní šetřené věci).
29. Jelikož jsem z obsahu správního spisu zjistil, že rozklad směřuje proti rozhodnutí, které zamítá návrh navrhovatele na uložení nápravného opatření zadavateli v zadávacím řízení, které již bylo ukončeno uzavřením smlouvy podle § 82 zákona, dospěl jsem k závěru, že tím došlo k naplnění hypotézy § 90 odst. 4 správního řádu. Proto jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení bez dalšího zastavil.
30. Vzhledem k tomu, že je z obsahu spisu tohoto správního řízení zřejmé, že žádný z účastníků netvrdil ani neprokázal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu

škody nebo pro právní nástupce účastníků, nezbývá, než postupem podle § 90 odst. 4 správního řádu napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit.

#### **VI. Závěr**

31. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, jsem dospěl k závěru, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.
32. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěž

#### **Obdrží:**

1. O2 Czech Republic a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle
2. Hlavní město Praha, Mariánské náměstí 2, 110 01 Praha 1

#### **Vypraveno dne:**

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