



UOHSX00C66WA

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0018/2019/VZ-09365/2019/323/PBI

Brno: 2. dubna 2019

V řízení o rozkladu ze dne 21. 1. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ha-vel internet s.r.o.**, IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 4. 2017 JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, ev. č. ČAK 04743, se sídlem Nad Porubkou 2355, 708 00 Ostrava – Poruba,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0447/2018/VZ-00311/2019/532/MOn ze dne 4. 1. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 31. 10. 2018 na návrh z téhož dne, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Česká pošta, s.p.**, IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Datové komunikační služby ČP – PS 87-93**“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 87“, „Datové komunikační služby ČP – PS 88“, „Datové komunikační služby ČP – PS 90“, „Datové komunikační služby ČP – PS 91“, „Datové komunikační služby ČP – PS 92“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 93“, zadávaných v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –
- **O2 Czech Republic a.s.**, IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výroky I až IV rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0447/2018/VZ-00311/2019/532/MOn ze dne 4. 1. 2019

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení vedené zadavatelem**

1. Zadavatel – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1, (dále jen „**zadavatel**“), jakožto sektorový zadavatel ve smyslu § 2 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, dne 28. 1. 2014 uzavřel se sedmi dodavateli rámcovou smlouvu č. 2014/1559 na poskytování služeb v rámci veřejné zakázky „Datové komunikační služby České pošty, s.p.“ (dále jen „**rámcová smlouva**“). Odesláním písemné výzvy k jednání ze dne 1. 8. 2018 (dále jen „**výzva k jednání v JŘBU**“) zadavatel zahájil na základě rámcové smlouvy jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 8 písm. b) zákona za účelem zadání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), rozdělené na části „Datové komunikační služby ČP – PS 87“ (dále jen „**část první**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 88“ (dále jen „**část druhá**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 89“ (dále jen „**část třetí**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 90“ (dále jen „**část čtvrtá**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 91“ (dále také „**část pátá**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 92“ (dále jen „**část šestá**“) a „Datové komunikační služby ČP – PS 93“ (dále jen „**část sedmá**“).
2. Zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku obdržel nabídky celkem od tří uchazečů, přičemž každý z uchazečů podal nabídku na každou ze 7 částí veřejné zakázky. Zadavatel tedy v souhrnu obdržel celkem 21 nabídek na jednotlivé části veřejné zakázky. Dne 26. 9. 2018 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky pro jednotlivé části veřejné zakázky (dále jen „**rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky**“).
3. Navrhovatel ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov, (dále jen „**navrhovatel**“) podal námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ve všech částech veřejné zakázky kromě části třetí. V částech první, druhé, šesté a sedmé byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele a v částech čtvrté a páté

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, v návaznosti na § 273 odst. 4 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“) se jedná o znění zákona účinné přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ.

nabídka společnosti O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle, (dále jen „**společnost O2**“). Navrhovatel ve vztahu ke všem napadeným částem veřejné zakázky namítal, že nabídky společnosti O2 obsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále jen „**MNNC**“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 22. 10. 2018 námitkám navrhovatele nevyhověl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).

## II. Správní řízení vedené Úřadem

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 odst. 1 zákona k výkonu dohledu nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel dne 31. 10. 2018 návrh navrhovatele z téhož dne na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to ve všech částech veřejné zakázky kromě části třetí (dále jen „**návrh**“).
5. Navrhovatel se návrhem domáhal uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, které mělo spočívat ve zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a zrušení zadávacího řízení ve všech částech veřejné zakázky napadených návrhem. Jako důvod navrhovatel uvedl, že nabídky společnosti O2 obsahují MNNC, čímž bylo dle názoru navrhovatele ovlivněno celé zadávací řízení, a to nejen v částech čtvrté a páté, kde byla vybrána jako nejvhodnější nabídka společnosti O2, ale i v částech první, druhé, šesté a sedmé, kde byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele, protože navrhovatel byl v těchto částech veřejné zakázky k nabídkovým cenám donucen neférovým jednáním společnosti O2 a zadávací řízení by tak mělo být realizováno opětovně za férových podmínek. Zadavatel podle navrhovatele neprokázal, že by se dostatečným způsobem zabýval přítomností MNNC v nabídkách společnosti O2. Dle názoru navrhovatele není z objektivních důvodů možné, aby společnost O2 za nabídnuté ceny realizovala předmět veřejné zakázky v souladu s požadavky zadavatele stanovenými v zadávacích podmínkách. Zadavatel podle navrhovatele porušil § 76 a § 77 zákona, když neprovedl posouzení MNNC (či ho provedl zcela formálně), ačkoliv mu existence MNNC byla objektivně zřejmá, a následně společnost O2 ze zadávacího řízení nevyločil.

## III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 4. 1. 2019

6. Dne 4. 1. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0447/2018/VZ-00311/2019/532/MOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výroky I až IV napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele ve věci veřejné zakázky v částech první, druhé, šesté a sedmé zamítá podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.
8. Výroky V a VI napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky v částech čtvrté a páté postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že při posouzení nabídky společnosti O2 jakožto vybraného uchazeče nedostatečně posoudil, zda její nabídka neobsahuje MNNC, a to ani poté, co obdržel námitky dle § 110 zákona, které tuto skutečnost výslovně namítaly, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením MNNC společnosti O2 staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

9. Výroky VII a VIII napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výrocích V a VI napadeného rozhodnutí zrušil podle § 118 odst. 1 zákona úkony zadavatele učiněné ve veřejné zakázce v částech čtvrté a páté spojené s posouzením MNNC společnosti O2 jakožto vybraného uchazeče zaznamenané v „Protokolu o hodnocení nabídek pro IV. část veřejné zakázky“ ze dne 11. 9. 2018 a „Protokolu o hodnocení nabídek pro V. část veřejné zakázky“ ze dne 12. 9. 2018 a ve „Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 14. 9. 2018, jakož i všechny následné úkony zadavatele, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky č. j. ČP/81474/2018/NZ signovaného dne 27. 9. 2018, a to v rozsahu výše uvedených částí veřejné zakázky.
10. Výrokem IX napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 119 odst. 2 zákona v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
11. V odůvodnění výroků I až IV napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že v částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele a nabídka společnosti O2 se v těchto částech veřejné zakázky vždy umístila jako druhá v pořadí. Úřad se zabýval tím, zda by v případě těchto částí veřejné zakázky došlo nebo alespoň mohlo dojít případným postupem zadavatele spočívajícím v netransparentním posouzení MNNC v nabídkách společnosti O2 k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad došel k závěru, že i kdyby zadavatel v předmětných částech veřejné zakázky nepostupoval transparentně při posouzení MNNC v nabídkách společnosti O2, která se vždy umístila na druhém místě, nebyla by splněna další podmínka stanovená v § 118 odst. 1 zákona opravňující Úřad uložit nápravné opatření, neboť toto případné porušení zákona zadavatelem nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky v uvedených částech veřejné zakázky, protože i po případném vyloučení společnosti O2 by byl navrhovatel i nadále uchazečem, jehož nabídka se umístila na prvním místě, a na jeho postavení by se tudíž nic nezměnilo.
12. V odůvodnění výroků V a VI napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že v částech čtvrté a páté veřejné zakázky byla jako nejvhodnější vybrána nabídka společnosti O2 a nabídka navrhovatele se vždy umístila na druhém místě. Úřad zjistil, že se zadavatel existencí MNNC v nabídkách uchazečů zabýval, a to jak ve fázi před zahájením elektronických aukcí, tak i po jejich ukončení, přičemž v nabídce žádného uchazeče neshledal přítomnost MNNC. Úřad zdůvodnění zadavatele v této fázi zadávacího řízení považoval za dostatečné. Následně však zadavatel obdržel od navrhovatele námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ve kterých namítal MNNC v nabídkách společnosti O2; v předmětných námitkách již navrhovatel vnesl konkrétní argumenty a uvedl konkrétní důvody, které měly podpořit jeho úvahy. Úřad uvedl, že zadavatel poté, co obdržel odůvodněné námitky, na základě kterých mu musely vzniknout pochybnosti ohledně přítomnosti MNNC v nabídkách společnosti O2, byl je povinen věcným způsobem přezkoumat a rozhodnout o nich takovým způsobem, aby vzniklé pochybnosti bezesbytku rozptýlil. Zadavatel se dle Úřadu sice snažil obdržené námitky vypořádat a vyjádřil se ke všem argumentům navrhovatele, avšak Úřad v rozhodnutí o námitkách postrádal věcné vypořádání se s konkrétními argumenty navrhovatele. Zadavatel dle Úřadu transparentně a přezkoumatelným způsobem nevysvětlil, z jakého

důvodu neshledal MNNC v nabídkách společnosti O2. Úřad rovněž uvedl, že tento netransparentní postup zadavatele mohl v částech čtvrté a páté veřejné zakázky podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť mohly existovat důvody pro obligatorní vyloučení společnosti O2 ze zadávacího řízení z důvodu MNNC, což by vedlo k ovlivnění pořadí hodnocených nabídek v těchto částech veřejné zakázky.

13. V odůvodnění výroků VII a VIII napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že ve výrocích V a VI napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že zadavatel při zadávání částí čtvrté a páté veřejné zakázky nedodržel postup stanovený zákonem, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Byly tak splněny podmínky pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona. Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonů zadavatele učiněných v částech čtvrté a páté veřejné zakázky spojených s posouzením MNNC v nabídkách společnosti O2, jakož i všech následných úkonů zadavatele učiněných v těchto částech veřejné zakázky. K návrhu navrhovatele na zrušení zadávacího řízení Úřad uvedl, že neshledal důvody pro uložení takového nápravného opatření. Dle Úřadu je zcela dostačující a naplňující účel nápravného opatření, pokud zadavatel v částech čtvrté a páté veřejné zakázky opětovně posoudí nabídky společnosti O2 z hlediska MNNC.

#### **IV. Rozklad navrhovatele ze dne 21. 1. 2019**

14. Dne 21. 1. 2019 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne proti výrokům I až IV napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 7. 1. 2019. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) připadl na úterý 22. 1. 2019. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
15. Navrhovatel v rozkladu namítá, že výroky I až IV napadeného rozhodnutí jsou věcně nesprávné, nedůvodné a spočívají na nesprávném právním posouzení věci, protože Úřad nesprávně konstatoval, že nebyly splněny podmínky § 118 odst. 1 zákona, a v návaznosti na to nezrušil zadávací řízení na části veřejné zakázky napadené rozkladem. Dle navrhovatele jsou splněny všechny tři podmínky uvedené v § 118 odst. 1 zákona – zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, tento nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.
16. Zadavatel dle navrhovatele porušil postup stanovený v § 6, § 76 a § 77 zákona tím, že neprovedl dostatečné posouzení MNNC v částech veřejné zakázky napadených rozkladem, a to zejména v nabídce společnosti O2, která dle názoru navrhovatele MNNC obsahovala.
17. Dle navrhovatele byl výběr nejvhodnější nabídky podstatně ovlivněn postupem zadavatele spočívajícím v nedostatečném posouzení přítomnosti MNNC v nabídkách všech uchazečů, a to zejména v nabídkách společnosti O2. Zadávací řízení, ve kterém společnost O2 předložila MNNC, je dle navrhovatele netransparentní a „nekalosoutěžní“ a mělo být zrušeno. K tvrzení Úřadu, že ani případné porušení zákona zadavatelem spočívající v nevyloučení společnosti O2 ze zadávacího řízení by nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, navrhovatel zdůrazňuje, že nestačí pouhé vyloučení společnosti O2, ale je nezbytné i zrušení zadávacího

řízení z důvodu jeho netransparentnosti. Úřad porušil zákon tím, že netransparentnost zadávacího řízení žádným způsobem v napadeném rozhodnutí nezohlednil.

18. Úřad dle navrhovatele nezohlednil rozdíl mezi „standardním jednokolovým zadávacím řízením“ a „vícekolovou e-aukcí“, kterou použil zadavatel, a kdy má dle navrhovatele vkládání MNNC jedním z uchazečů v rámci e-aukce přímý vliv na vkládání nabídky jiného uchazeče, a to zvláště v případě, kdy každý z uchazečů může mít jinou hranici MNNC.
19. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že nemůže postupovat tak, jak mu doporučuje Úřad – přestat soutěžit od okamžiku, kdy je v nabídkách jiných uchazečů přítomna MNNC. Navrhovatel totiž v průběhu aukce neví, kolik uchazečů v aukci soutěží a o jaké konkrétní uchazeče se jedná. To se dozví až z rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

#### **Závěr rozkladu**

20. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil zadávací řízení ohledně rozkladem napadených částí veřejné zakázky, a tedy jednak změnil výroky I až IV napadeného rozhodnutí a v návaznosti na tuto změnu jako opatření k nápravě zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením MNNC společnosti O2, jakož i všechny následné úkony zadavatele včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a dále rozhodl tak, že návrhu navrhovatele na přezkum úkonů zadavatele v rozsahu napadeném rozkladem vyhoví.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 25. 1. 2019 k rozkladu**

21. Dne 25. 1. 2019 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k rozkladu, v němž uvádí, že v částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky rozhodl o výběru nabídky navrhovatele a je s ním připraven uzavřít smlouvu za ceny, které nabídl a které nejsou ani zadavatelem ani navrhovatelem pokládány za mimořádně nízké. Zadavatel se ztotožňuje se závěrem vysloveným Úřadem, že ani případné posouzení nabídkové ceny druhého dodavatele v pořadí jako mimořádně nízké by v daném případě nemělo ani nemohlo mít vliv na rozhodnutí o výběru navrhovatele jakožto dodavatele s nejvýhodnější nabídkou.
22. Zadavatel dále uvádí, že pokud bychom akceptovali názor navrhovatele o netransparentnosti řízení „stíženého“ přítomností MNNC, znamenalo by to, že zadavatel by byl zcela závislý na libovůli uchazečů, resp. na tom, zda se některý dodavatel nerozhodne v řízení předložit MNNC. V reálné moci uchazečů by pak bylo i zcela zabránit zadání některých veřejných zakázek – stačilo by neustále předkládat MNNC a vynucovat si tak opakování zadávacího řízení. Zadavatel proto zásadně nesouhlasí s názorem, že by předložení MNNC v rámci elektronické aukce samo o sobě činilo zadávací řízení netransparentním či nezákonným.
23. Zadavatel se v plném rozsahu ztotožňuje s výroky I až IV napadeného rozhodnutí a navrhuje, aby předseda Úřadu tyto výroky potvrdil a rozklad zamítl.

#### **V. Řízení o rozkladu**

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

25. 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 a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích I až IV, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
27. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem výroky I až IV napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

### **K rozsahu přezkumu napadeného rozhodnutí**

28. Rozklad navrhovatele směřuje pouze proti výrokům I až IV napadeného rozhodnutí. Zadavatel ani společnost O2 proti napadenému rozhodnutí rozklad nepodali. Proti výrokům V až IX napadeného rozhodnutí tedy nebyl podán rozklad žádným z účastníků správního řízení.
29. Dle § 82 odst. 3 správního řádu pokud odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Toto ustanovení správního řádu se dle § 152 odst. 5 téhož zákona použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
30. Výroky V a VI napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek s výroky I až IV napadeného rozhodnutí, protože Úřad ve výrocích I až VI napadeného rozhodnutí rozhodl o různých částech veřejné zakázky. Výrok VII napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek s výrokem V napadeného rozhodnutí, výrok VIII napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek s výrokem VI napadeného rozhodnutí a výrok IX napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek s výroky VII a VIII napadeného rozhodnutí. Výroky VII až IX napadeného rozhodnutí jsou tedy na výrocích I až IV napadeného rozhodnutí nezávislé.
31. Výroky V až IX napadeného rozhodnutí tedy tvoří nedílný celek s výroky I až IV napadeného rozhodnutí, a je tak splněna jedna z podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu a současně podmínka, aby povaha věci umožňovala samostatné nabytí právní moci výroků V až IX napadeného rozhodnutí. Naplněna je i poslední podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že výroky V až IX napadeného rozhodnutí nabydou samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma žádnému z účastníků správního řízení vzhledem k tomu, že žádný z účastníků proti těmto výrokům rozklad nepodal.
32. Napadené rozhodnutí bylo doručeno zadavateli, navrhovateli i společnosti O2 dne 7. 1. 2019. Lhůta pro podání rozkladu uplynula všem účastníkům správního řízení dne 22. 1. 2019. Dle § 73 odst. 1 správního řádu platí, že rozhodnutí je v právní moci, pokud bylo oznámeno a pokud proti němu nelze podat odvolání (případně analogicky rozklad). Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výroky V až IX napadeného rozhodnutí nabyly právní moci dne 23. 1. 2019 a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je v této části vyloučen.

**VI. K důvodům potvrzení výroků I až IV napadeného rozhodnutí**

33. Navrhovatel v rozkladu namítá, že výroky I až IV napadeného rozhodnutí jsou věcně nesprávné, nedůvodné a spočívají na nesprávném právním posouzení věci, protože Úřad nesprávně konstatoval, že nebyly splněny podmínky § 118 odst. 1 zákona, a v návaznosti na to nezrušil zadávací řízení na části veřejné zakázky napadené rozkladem. Dle navrhovatele jsou splněny všechny tři podmínky uvedené v § 118 odst. 1 zákona – zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, tento nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.
34. Úřad výroky I až IV napadeného rozhodnutí odůvodnil v bodech 137 až 151 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Se zde uvedenými závěry Úřadu se ztotožňuji a dodávám následující.
35. Dle § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.
36. Dle § 77 odst. 6 zákona neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena. Ustanovení § 76 odst. 6 zákona se použije obdobně.
37. Dle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
38. Dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
39. V komentáři k § 118 zákona je uvedeno: *„Pokud by sice Úřad dospěl k závěru, že zadavatel zákon porušil, avšak nikoli do takové míry, že by to podstatně ovlivnilo nebo alespoň mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, pak nejsou podmínky pro uložení nápravného opatření splněny. Dospěje-li tedy Úřad k závěru, že zadavatel zákon porušil, pak je dále rozhodující, zda takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tj. zda v příčinné souvislosti s porušením zákona ze strany zadavatele došlo nebo alespoň mohlo dojít k výběru jiné nabídky, než jak by bylo učiněno, pokud by zadavatel zákon neporušil. Podstatnost ovlivnění pořadí je tu třeba v zásadě dovozovat z výsledku posouzení skutečnosti, zda existuje alespoň potenciální možnost, že v důsledku porušení zákona zadavatelem se může stát vítězem zadávacího řízení jiná osoba, než by se jí stala za situace, pokud by zadavatel zákon neporušil.“* (Raus, D., Neruda, R. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. Praha: Linde, 2007, str. 769-770). Přestože se citovaný komentář vztahuje k původnímu



nenovelizovanému znění § 118 zákona, je v této části použitelný i na znění § 118 odst. 1 zákona účinné přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ.

40. Z výzvy k jednání v JŘBU vyplývá, že zadavatel zvolil pro všechny části veřejné zakázky jako základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu, a že pro hodnocení nabídek využil elektronickou aukci dle § 96 a § 97 zákona. V částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky byla vyhodnocena jako nejvhodnější nabídka navrhovatele a zadavatel rozhodl o přidělení těchto částí veřejné zakázky navrhovateli. Nabídka společnosti O2 se vždy umístila jako druhá v pořadí. Navrhovatel tedy napadá části veřejné zakázky, v nichž byl vybrán, přičemž z vyjádření zadavatele je patrné, že je připraven s ním uzavřít smlouvy na plnění těchto částí veřejné zakázky.
41. Z § 118 odst. 1 zákona vyplývá, že je Úřad povinen uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, nebo jednotlivých úkonů zadavatele za kumulativního splnění tří podmínek:
- a. zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky (dále také jako „**podmínka č. 1**“),
  - b. tento postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (dále také jako „**podmínka č. 2**“), a
  - c. dosud nedošlo k uzavření smlouvy (dále také jako „**podmínka č. 3**“).

Pokud není splněna byť jen jediná podmínka, Úřad není oprávněn uložit žádné nápravné opatření.

42. Pokud nejsou splněny podmínky č. 1 nebo 2, je Úřad povinen postupovat podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona a návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zamítnout. V případě, že není splněna podmínka č. 3, Úřad rozhodne podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu o zastavení řízení o návrhu pro jeho zjevnou bezpředmětnost.
43. Navrhovatel namítal, že zadavatel porušil postup stanovený v § 6, § 76 a § 77 zákona tím, že neprovedl dostatečné posouzení MNNC v částech veřejné zakázky napadených rozkladem, a to zejména v nabídce společnosti O2. Dle navrhovatele tedy byla splněna podmínka č. 1. V návaznosti na to Úřad posoudil, zda by mohlo mít pochybení zadavatele spočívající v netransparentním posouzení MNNC v nabídce společnosti O2 alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by tomu tak nebylo, nebyla by splněna podmínka č. 2, a Úřad by nemohl uložit nápravné opatření dle § 118 odst. 1 zákona, a to i kdyby zadavatel porušil zákon tak, jak namítal navrhovatel, a byla by splněna podmínka č. 1 (viz bod 139 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
44. Úřad v bodech 143 a 148 odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl ke správnému závěru, že i kdyby námitka navrhovatele byla důvodná a zadavatel by v předmětných částech veřejné zakázky nepostupoval transparentně při posouzení MNNC v nabídkách společnosti O2, nemohlo by to ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože i po případném vyloučení společnosti O2 by byl navrhovatel nadále uchazečem, jehož nabídka se umístila na prvním místě, a na jeho pořadí by se tudíž nic nezměnilo.
45. K námitce navrhovatele, že nestačí pouhé vyloučení společnosti O2, ale je nezbytné i zrušení zadávacího řízení, uvádím, že dle § 76 odst. 6 ve spojení s § 77 odst. 6 zákona je zadavatel

povinen uchazeče, který MNNC ve své nabídce neodůvodnil, nebo je jeho zdůvodnění neopodstatněné, vyloučit. Z žádného ustanovení zákona však již nevyplývá povinnost zadavatele zrušit z uvedených důvodů zadávací řízení. Je to z toho důvodu, že by takové opatření bylo nepřiměřené. To platí i v posuzovaném případě, kde by neodůvodněná či neopodstatněná MNNC v nabídce společnosti O2 nezpůsobila netransparentnost celého zadávacího řízení či elektronické aukce, a nezaložila by povinnost zadavatele zadávací řízení zrušit. V této souvislosti lze souhlasit s tím, co uvedl zadavatel ve vyjádření k rozkladu, že pokud by předložení MNNC některým z uchazečů v rámci elektronické aukce mělo mít za následek netransparentnost celého zadávacího řízení, a zadavatel by ho byl proto povinen zrušit, byl by zcela závislý na libovůli uchazečů.

46. Stejně jako Úřad jsem toho názoru, že navrhovatelem namítaná netransparentnost v postupu zadavatele spočívající v neposouzení MNNC v nabídce společnosti O2 by nemohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, o němž již zadavatel rozhodl dne 26. 9. 2018. Posouzení MNNC v nabídce společnosti O2 v souladu se zákonem nemůže změnit skutečnost, že vítězem částí první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky je navrhovatel. Pokud by hodnotící komise a zadavatel posoudili MNNC v souladu se zákonem, mohli by dojít k závěru, že nabídka společnosti O2 neobsahuje MNNC, nebo ji obsahuje, a společnost O2 by ji řádně zdůvodnila, a v takovém případě by se na rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nic nezměnilo. Anebo by hodnotící komise zjistila, že nabídka společnosti O2 obsahuje MNNC, vyžádala by si její zdůvodnění, které by shledala neopodstatněným, a proto by nabídku společnosti O2 vyřadila a zadavatel by ji následně vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Ani to by však nemělo žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, protože i v takovém případě by se stal v částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky vybraným uchazečem navrhovatel.
47. Nedostatečné posouzení MNNC v nabídce společnosti O2 by mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pokud by např. společnost O2 skončila na prvním místě, jako tomu bylo v částech čtvrté a páté veřejné zakázky. To však není případ rozkladem napadených částí veřejné zakázky.
48. Lze tedy uzavřít, že nedostatečné posouzení MNNC v nabídce společnosti O2 by nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože neexistuje možnost, že mohlo dojít k výběru jiné nabídky než nabídky navrhovatele, pokud by zadavatel posoudil MNNC v nabídce společnosti O2 v souladu se zákonem. Nebyla tedy naplněna podmínka č. 2 ve smyslu bodu 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí, a proto Úřad v bodě 149 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, že nelze uložit žádné nápravné opatření v částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky, neboť podmínky stanovené v § 118 odst. 1 zákona musí být splněny kumulativně.
49. Výše uvedené závěry platí i ve vztahu ke společnosti, která se umístila na třetím místě, protože ani případné netransparentní posouzení MNNC v nabídce společnosti, která se umístila na třetím místě, by nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, o němž již zadavatel rozhodl. Co se týká nabídky navrhovatele, zadavatel i navrhovatel v zadávacím i správním řízení opakovaně uváděli, že nabídka navrhovatele neobsahuje MNNC, což navrhovatel odůvodňoval zejména tím, že je stávajícím poskytovatelem služeb pro zadavatele a zároveň i vlastníkem potřebné infrastruktury. Přítomnost MNNC v nabídce navrhovatele nenamítali ani ostatní účastníci zadávacího řízení. Z tohoto důvodu má Úřad za

prokázané – a já se s tímto závěrem ztotožňuji – že nabídkové ceny navrhovatele v částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky nejsou mimořádně nízké (viz bod 141 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

50. Na okraj podotýkám, že pokud by byly splněny všechny tři podmínky stanovené v § 118 odst. 1 zákona, Úřad by neměl důvod uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, ale stejně jako ve výrocih VII a VIII napadeného rozhodnutí by přistoupil ke zrušení úkonů zadavatele spojených s posouzením MNNC v nabídkách společnosti O2 a všech následných úkonů zadavatele učiněných v částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky. Je to z toho důvodu, že v důsledku nedostatečného posouzení MNNC v nabídkách společnosti O2 by nebylo netransparentní celé zadávací řízení či průběh elektronické aukce, ale jen úkony spojené s posouzením MNNC.
51. V posuzovaném případě tedy nebyly naplněny všechny podmínky pro uložení nápravného opatření stanovené v § 118 odst. 1 zákona, a proto Úřad rozhodl správně, když žádné nápravné opatření neuložil, a výroky I až IV napadeného rozhodnutí rozhodl dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu v částech první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky. Námitky navrhovatele shrnuté v bodech 15 až 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí proto nejsou důvodné.
52. K námitce navrhovatele, že postup, kdy zadavatel nezohledňuje a neposuzuje přítomnost MNNC v nabídkách společnosti O2 u těch částí veřejné zakázky, ve kterých byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele, je v rozporu se zákonem a rozhodovací praxí Úřadu, uvádím, že navrhovatel má pravdu v tom, že zadavatel byl při postupu podle zákona povinen posoudit přítomnost MNNC v nabídkách všech uchazečů, a ne jen v nabídkách vybraného dodavatele (na rozdíl od současné úpravy v ZZVZ). Pokud tak zadavatel neučinil, postupoval v rozporu se zákonem. Jak už je ale uvedeno výše, Úřad není oprávněn uložit nápravné opatření ve všech případech, kdy zadavatel poruší zákon, ale jen když jsou splněny i další dvě podmínky stanovené v § 118 odst. 1 zákona. V rozkladem napadených částech veřejné zakázky dospěl Úřad k závěru, že navrhovatelem namítaná netransparentnost v postupu zadavatele nemohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (nebyla splněna podmínka č. 2), a proto Úřad nebyl oprávněn uložit žádné nápravné opatření. Postup Úřadu spočívající v neuložení nápravného opatření za situace, kdy zadavatel porušil zákon, ale nejsou splněny podmínky č. 2 nebo 3, je tedy v souladu se zákonem.
53. K námitce navrhovatele, že Úřad nezohlednil rozdíl mezi „standardním jednokolovým zadávacím řízením“ a „vícekolovou e-aukcí“, kterou použil zadavatel, a kdy má vkládání MNNC jedním z uchazečů v rámci e-aukce přímý vliv na vkládání nabídky jiného uchazeče, a to zvláště v případě, kdy každý z uchazečů může mít jinou hranici MNNC, uvádím, že z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že si byl Úřad vědom toho, že uchazeči své nabídkové ceny předkládali v elektronické aukci, a že Úřad tuto skutečnost při rozhodování o návrhu zohlednil (viz body 144 a 145 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
54. To, že účastník elektronické aukce zná nabídkovou cenu uchazeče, který je aktuálně na prvním místě (příp. zná své momentální pořadí), a reaguje na ni, je imanentním znakem elektronické aukce. To, zda se nejedná o cenu, která je mimořádně nízká, je povinen posoudit zadavatel po ukončení elektronické aukce, a to podle stejných pravidel, která zákon stanoví pro zadávací řízení, v nichž elektronická aukce využita nebyla. Pro posouzení cen

nabídnutých v rámci elektronické aukce tedy zákon neobsahuje žádnou speciální úpravu a zadavatel je povinen posoudit přítomnost MNNC dle § 77 zákona, ať už se jedná o „standardní jednokolové zadávací řízení“ či „vícekolovou e-aukci“. Tedy ani v případě, kdy uchazeč předloží v elektronické aukci MNNC, kterou následně nezdůvodní, nemůže zadavatel pouze z tohoto důvodu zrušit zadávací řízení, jak požaduje navrhovatel, ale „jen“ takového uchazeče vyloučit.

55. K námitce navrhovatele, že Úřad nezohlednil rozdíl mezi „standardním jednokolovým zadávacím řízením“ a „vícekolovou e-aukci“, tedy uzavírám, že zákon obsahuje pouze jednu úpravu posuzování MNNC nezávisle na zvoleném prostředku hodnocení nabídek, a proto tu žádný rozdíl tak, jak ho chápe navrhovatel, není. Námitka navrhovatele je tudíž nedůvodná.
56. K námitce navrhovatele, že nemůže postupovat tak, jak mu doporučuje Úřad – přestat soutěžit od okamžiku, kdy je v nabídkách jiných uchazečů přítomna MNNC, uvádím, že není důvodná vzhledem k tomu, že mu Úřad takové doporučení v napadeném rozhodnutí nedal. Posoudit ceny účastníků elektronické aukce z hlediska MNNC je povinností zadavatele, zatímco navrhovatel by se měl soustředit na svou cenu, zda je pro něj ekonomicky zajímavá a není neopodstatněně nízká.

## **VII. Závěr**

57. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem výroky I až IV napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

## **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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. Česká pošta, s.p., Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1
2. JUDr. Pavel Zajíc, advokát, Nad Porubkou 2355, 708 00 Ostrava – Poruba
3. O2 Czech Republic a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle

### **Vypraveno dne:**

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