



UOHSX004XX01

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R97,98/2011/VZ-8817/2013/310/PMa

Brno 15. května 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 5. 2011 podaném zadavatelem-

- **Hlavním městem Praha**, IČ 00064581, se sídlem Mariánské nám. 2, 111 21 Praha 1, ve správním řízení zast. Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem AK Abbot Legal, s. r. o. se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1,

a o rozkladu ze dne 4. 5. 2011 podaném vybraným uchazečem – společností

- **T-Systems Czech Republic a. s.**, IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, ve správním řízení zast. JUDr. Josefem Donátem, advokátem ROWAN LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2011, č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě**“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 30. 6. 2010, jehož dalším účastníkem je navrhovatel -

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

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s přihlédnutím k právnímu závěru vyplývajícímu z rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 8. 2. 2013 č. j. 62 Af 65/2011 - 95 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2011 č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské nám. 2, 111 21 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 21 odst. 1 písm. d) a § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**zákon**“)¹, na základě výzvy ze dne 30. 6. 2010 veřejnou zakázku s názvem „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad obdržel návrh společnosti GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 (dále jen „**navrhovatel**“), ve kterém požadoval vyslovení zákazu plnění ze smlouvy, neboť dle jeho mínění nebyly naplněny podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění. Úřad tedy ke dni 11. 11. 2010 zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – společnost T-Systems Czech Republic a.s., IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Navrhovatel ve svém návrhu mj. uvedl, že vybraný dodavatel sice poskytuje zadavateli telekomunikační služby na infrastrukturu vzniklé převzetím sítě Pragonet, to však neznamená, že by zadavatelem poptávané služby nemohly být plněny i jinými dodavateli. Navrhovatel sděluje, že i jiní telekomunikační operátoři mohou v případě získání smlouvy na plnění takové veřejné zakázky svou infrastrukturu odpovídajícím způsobem dobudovat. Zadavatel svým postupem pouze prohlubuje svou závislost na vybraném uchazeči. Předmětem plnění dle smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem jsou běžné telekomunikační služby, které nemají bezprostřední vztah k infrastrukturu vybraného uchazeče a které mohou poskytovat i jiní telekomunikační operátoři, na vlastní infrastrukturu, případně i na infrastrukturu Pragonet, pokud by ji vybraný dodavatel

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, není-li uvedeno jinak.

zpřístupnil. Skutečnost, že technická infrastruktura byla kdysi majetkem zadavatele, který ji vybuřoval a následně prodal právě vybranému uchazeči, není pro posouzení dané věci rozhodující. Smlouva na plnění veřejné zakázky dokonce výslovně připouští, aby vybraný uchazeč tuto infrastrukturu po celou dobu účinnosti smlouvy nahradil jiným řešením. Navrhovatel dále napadl označení veřejné zakázky a tvrdil, že povaha provozu konkrétní sítě (význam původního názvu zakázky) je velmi vzdálena povaze poskytování výše uvedených telekomunikačních služeb (obsahu skutečně uzavřené smlouvy). Dále upozornil na skutečnost, že konečná cena veřejné zakázky je pouze o 56,- Kč nižší než její předpokládaná hodnota, což nasvědčuje tomu, že zadavatel pouze akceptoval cenu vybraného uchazeče, kterému byla předem známa částka, kterou může zadavatel za požadované služby zaplatit. Navrhovatel tak trval na tom, že nebyly splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel dále nesplnil podmínku uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu ve smyslu § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Jsou tak splněny podmínky pro uložení nápravného opatření spočívajícího v zákazu plnění uzavřené smlouvy.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 18. 4. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle:
 - a. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky;
 - b. § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacím řízení podle § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli byl podle citovaného zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
5. Za spáchání uvedených správních deliktů Úřad zadavateli uložil výrokem III. napadeného rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 1 100 000,- Kč, splatnou do dvou měsíců ode dne nabytí právní moci rozhodnutí. Dále výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil ve smyslu § 118 odst. 2 písm. a) zákona zákaz plnění ze smlouvy na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, a to v části plnění služeb označených v příloze č. 1. této smlouvy jako připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředí (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS, a v části dohody smluvních stran, že po dobu trvání této smlouvy je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat aktuální katalog služeb elektronických komunikací s tím, že o těchto skutečnostech je povinen písemně informovat zadavatele nejpozději do 3 pracovních dnů po provedení takové změny. Zákaz plnění smlouvy byl uložen s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.
6. Úřad se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve zabýval otázkou aktivní legitimity navrhovatele k podání návrhu na zahájení správního řízení. Podmínkou pro uložení zákazu plnění smlouvy je vždy skutečnost, že se zadavatel dopustil minimálně jednoho správního deliktu (§ 118 odst. 2 zákona), a neexistence skutečnosti předvídané § 121 odst. 1 a 3 zákona.

7. Úřad dále poté, co shrnul obsah ustanovení § 21 odst. 1 a 2 zákona a § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a odkázal na rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci Evropská komise v. Itálie, konstatoval, že prokázání existence důvodu pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky. Společnost Pragonet a. s., dnes součást vybraného uchazeče, byla založena v roce 1996 zadavatelem za účelem poskytování síťových a datových služeb zadavateli. Při prodeji poslední části akcií společnosti Pragonet a. s. vybranému uchazeči uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dohodu, jejímž cílem byla úprava dalšího poskytování služeb. Podle ní zadavatel obecně nemůže smlouvy uzavřené na dobu neurčitou (uvedené v příloze č. 1 této dohody) vypovědět až do 27. 6. 2013. Smluv uzavřených na dobu neurčitou obsahuje příloha č. 1 dohody celkem devět, zbývajících čtrnáct smluv uvedených v příloze č. 1 dohody je uzavřených na dobu určitou. Ačkoliv je návrh označen jako návrh na zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, z obsahu návrhu je zřejmé, že navrhovatel opakovaně napadá poskytování „běžných telekomunikačních služeb“, které jsou předmětem rámcové smlouvy. Pokud se v rámci návrhu zmiňuje o dalších částech rámcové smlouvy, pak je to pouze citací usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1259 ze dne 17. 8. 2010. Navrhovatel v návrhu opakovaně namítá, že předmětem rámcové smlouvy jsou běžně poskytované telekomunikační služby, které jednoznačně definuje jejich výčtem v bodě 6 návrhu pomocí odkazu na přílohu č. 1 rámcové smlouvy. Vzhledem k tomu, že předmětem návrhu je tedy ve skutečnosti návrh na zákaz plnění těchto výše uvedených namítaných služeb, a vzhledem k tomu, že zákaz plnění smlouvy lze uložit pouze na návrh a nikoliv z moci úřední, zabýval se Úřad v rámci správního řízení na základě návrhu pouze postupem zadavatele při zadání výše specifikovaných namítaných služeb.
8. Z dokumentace předložené zadavatelem vyplývá, že namítané služby byly poskytovány převážně na základě jiných smluvních vztahů, než jaké jsou uvedeny v příloze č. 1 dohody. Na tyto jiné smlouvy se tedy nevztahuje zadavatelem sjednané omezení výpovědi smluv na dobu neurčitou a omezení týkající se možnosti prodloužení platnosti smluv uzavřených na dobu určitou, kterým zadavatel opakovaně argumentuje. Jak Úřad z těchto smluv zjistil, nevyplývá z nich ani, že by nemohly být zadavatelem vypovězeny, když všechny předmětné smlouvy obsahují ujednání umožňující smlouvu vypovědět, a to i bez udání důvodu. Jedinými výjimkami jsou dvě smlouvy, a to smlouva č. 1997/21 a č. 1997/8, které byly uzavřené na dobu neurčitou. Ve vztahu ke smlouvám č. 1997/21 a č. 1997/8 Úřad uvedl, že při zdůvodnění oprávněnosti postupu v jednacím řízení bez uveřejnění není obecně možné odvolávat se na smluvní vztahy, které zadavatel sám uzavřel v minulosti s vybraným uchazečem. Zadavatel se tedy nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad upozornil, že předmětem smlouvy č. 1997/21 je pronájem čtyř pevných digitálních okruhů za paušální měsíční odměnu ve výši 81 280,- Kč bez DPH, předmětem smlouvy č. 1997/8 jsou služby poskytované za paušální měsíční odměnu ve výši 76 573,20 Kč bez DPH. S ohledem na marginální finanční objem poskytovaného plnění ve vztahu k hodnotě celé veřejné zakázky představující za čtyři roky částku téměř 196 mil. Kč bez DPH, přičemž navrhovatelem

namítané služby tvoří její podstatnou část, Úřad dospěl k závěru, že nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v šetřeném případě zadal plnění veřejné zakázky jinému dodavateli a nepodařilo by se mu obě uvedené smlouvy ukončit, mohl by i tak získat plnění za výhodnějších podmínek, než mu v současné době poskytuje vybraný uchazeč.

9. Co se týče námitky pokrytí optické infrastruktury vybraného uchazeče, které žádný jiný dodavatel nemůže konkurovat, zjistil Úřad z internetových stránek www.gts.cz, že navrhovatel disponuje a disponoval i v době zahájení zadávacího řízení optickou sítí v Praze. Úřadu je rovněž z jeho úřední činnosti známo, že optickou sítí v Praze disponuje a disponovala i v době zahájení zadávacího řízení také společnost Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 Michle (dále též jen „**Telefónica O2 Czech Republic**“). Vybraný uchazeč tedy není jediným provozovatelem optické sítě v hlavním městě. Z mylného předpokladu, že v Praze v době zahájení zadávacího řízení neexistovala jiná optická síť, přitom vychází i stanovisko doc. Jurčíka a posudek Ing. Pitáka. Z tohoto důvodu je také irelevantní poukaz na ochranu výhradních práv vybraného uchazeče k síti Pragonet. Problém časového zdržení spojeného s realizací otevřeného zadávacího řízení a řešením očekávaných námitek ze strany ostatních uchazečů rovněž není relevantní. Zadavatel nemůže s odkazem na domnělé průtahy spojené s uplatněním práv uchazečů odůvodňovat svůj postup v rozporu se zákonem. Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, nevytvořil by podmínky pro zadání veřejné zakázky jedinému uchazeči a zajistil by soutěž mezi dodavateli, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů a veřejná zakázka mohla být zadána jinému uchazeči, který by nabídl pro zadavatele výhodnější podmínky.
10. Úřad dále s odkazem na § 146 odst. 1 zákona uvedl, že zákon neukládá zadavateli povinnost uveřejnit v případě jednacím řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách a Úředním věstníku EU. Jednacím řízení bez uveřejnění se zahajuje odesláním výzvy, která může být zaslána i pouze jedinému zájemci. V daném případě však zadavatel postupoval v jednacím řízení podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, ačkoliv pro tento postup nebyly naplněny podmínky stanovené zákonem, jak dovodil Úřad výše. Zadavatel měl předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení, přičemž zákon u nadlimitních veřejných zakázek ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Zadavatel se nemůže dovolávat toho, že se nedopustil správního deliktu podle zákona s odkazem na svůj předchozí nezákonný postup; to, že nepostupoval v souladu se zákonem, pro něj nemůže znamenat zvýhodnění. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když uzavřel rámcovou smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
11. V další části napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval otázkou sankce a její výše. S odkazem na zásadu absorpce, která ovládá nejen řízení trestní, ale i řízení správní, uvedl, že tato

zásada v praxi znamená, že orgán dohledu ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, a proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě závažnější, tj. za který z nich je možno uložit vyšší pokutu. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona a správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. c) zákona. Za oba správní delikty lze v souladu s citovaným § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 mil. Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. S ohledem na to, že oba správní delikty jsou z pohledu zákona stejně závažné, neboť u obou je stanovena stejná výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci za závažnější z obou deliktů. V daném případě je nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlídnout v rámci přitěžujících okolností.

12. V závěrečné části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad vyjádřil ke zveřejnění oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante. S odkazem na § 146 odst. 2 zákona Úřad uvedl, že institut oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante byl do zákona zaveden zákonem č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, a transponuje požadavky směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2007/66/ES. Jeho účelem je seznámit neomezený okruh subjektů se záměrem zadavatele uzavřít smlouvu na konkrétní veřejnou zakázku. Obecně jej zadavatel může uveřejnit zejména v situacích, pokud neuveřejňuje oznámení o zahájení zadávacího řízení, resp. pokud se domnívá, že není povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit. Zadavatel sice formálně uveřejnil oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, veřejnou zakázku však označil jako „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, což vyvolává spíše dojem, že zadavatel hledá pouze provozovatele dané sítě, nikoliv subjekt, který má zadavateli poskytovat služby elektronických komunikací pomocí sítě, kterou tento subjekt sám disponuje. Tomuto závěru napovídá i úvodní věta popisu zakázky v čl. 11.1.4 oznámení, která veřejnou zakázku opět definuje jako „zajištění provozu optické infrastruktury v požadované kvalitě a rozsahu“. Na základě uzavřené rámcové smlouvy však budou poskytovány nejen služby, které zadavatel dosud odebíral na základě smluv uvedených v příloze č. 4, ale i další služby elektronických komunikací dle katalogu v příloze č. 1 rámcové smlouvy, který je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat o další služby. Rovněž přiřazený CPV kód „síťová infrastruktura“ nemohl být pro navrhovatele dostatečným vodítkem pro pochopení, co je skutečně předmětem veřejné zakázky. S ohledem na uvedené skutečnosti se Úřad ztotožnil s námitkami navrhovatele, že na základě zadavatelem zveřejněného oznámení o záměru uzavřít smlouvu nemohl zjistit, že zadavatel hodlá uzavřít s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu na poskytování služeb elektronických komunikací. S ohledem na shora uvedené skutečnosti nelze zveřejněné oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante považovat za dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona, které by spolu s postupem v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona způsobilo nemožnost uložení nápravného opatření uložení zakazu plnění smlouvy. Úřad se tak ztotožnil s námitkou navrhovatele, že obsah zveřejněného oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante neodpovídá předmětu následně uzavřené rámcové smlouvy.

13. S odkazem na § 114 odst. 2, § 110 odst. 7 a § 118 odst. 2 zákona se potom Úřad dále zabýval otázkou uložení zákazu plnění z uzavřené smlouvy. V reakci na vyjádření zadavatele dospěl k závěru, že činnost zadavatele spočívající zejména v povinnosti uspokojovat potřeby svých občanů, lze obecně označit za činnost provozovanou ve veřejném zájmu. Předmět plnění rámcové smlouvy spočívá především v poskytování služeb elektronických komunikací, u nichž lze předpokládat, že je zadavatel odebírá za účelem zajištění svého provozu. Dále lze předpokládat, že nemožnost odběru těchto služeb by výkon činnosti zadavatele do značné míry ztížila a rovněž by znamenala omezení třetích subjektů, zejména občanů zadavatele, kteří ke kontaktu se zadavatelem běžně služby elektronických komunikací používají. Zadavatel by ve vztahu k veřejnosti tak nemohl v dostatečné míře plnit povinnosti uložené mu zákonem. Současně je však třeba přihlídnout k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání veřejných zakázek podle zákona. Účelem zadávacího řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárneho nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Ve vztahu k prokázání přítomnosti důvodů hodných zvláštního zřetele Úřad uvedl, že zadavatel v šetřeném případě poukazuje na provozní problémy, které by mu uložení zákazu plnění smlouvy způsobilo. I kdyby však tyto provozní problémy s přihlídnutím k činnosti zadavatele zajišťované prostřednictvím elektronických komunikací bylo možné označit za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 118 odst. 3 zákona, v průběhu správního řízení však nebylo prokázáno, že by tyto důvody odůvodňovaly platnost rámcové smlouvy po celou dobu, na kterou ji zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel, tedy až do 31. 8. 2014. Tato skutečnost nevyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 7. 12. 2010, ani z žádného jiného předloženého dokumentu. Zákaz plnění smlouvy v její uvedené části uložil Úřad s účinností od pěti měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Stanovenou lhůtu považoval Úřad s ohledem na konkrétní okolnosti případu za dobu potřebnou k tomu, aby si zadavatel zajistil čerpání služeb elektronických komunikací jiným způsobem, než na základě předmětné rámcové smlouvy. Takovým jiným způsobem je pak zejména zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem.

III. Námitky rozkladů

Rozklad zadavatele

14. V souladu se svými předchozími vyjádřeními trvá zadavatel na tom, že v šetřeném případě byly splněny podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, a že tedy z jeho strany nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu. Tuto skutečnost potvrzují i stanoviska a odborné posudky, které si nechal zpracovat před zahájením zadávacího řízení. Z posudku doc. Jurčíka vyplývá, že jedinou alternativou, jak zabezpečit požadované plnění, je vybudování nové sítě elektronických komunikací, což se nejeví jako hospodárné. Znalec Ing. Piták ve svém posudku konstatuje, že v současné době paralelní síť neexistuje a jinou existující síť není možné v akceptovatelné době dobudovat, protože zadavatel nemá v současné době dostatek finančních a technických zdrojů. Plnění od jiného dodavatele by na straně zadavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady. Zadavatel je tak přesvědčen, že na jeho straně existují „technické důvody“, které jej opravňují k použití jednacích řízení bez uveřejnění (k výkladu pojmu „technické důvody“ odkazuje zadavatel na odbornou literaturu), neboť zadavateli vzniklo již dříve právo k zařízení sloužícímu k poskytování požadovaných služeb. Zadavatel rovněž zpochybňuje, že by jiný subjekt než vybraný uchazeč

měl o plnění veřejné zakázky zájem, protože její hodnota je dle názoru zadavatele nižší než investice, které by za účelem jejího plnění musel realizovat.

15. Zadavatel uvádí, že připojení koncových bodů a zajištění provozu lokální sítě může zajistit pouze vybraný uchazeč jako majitel současné sítě, který nemá povinnost poskytnout součinnost třetí osobě. Tento závěr je uveden jak v posudku doc. Jurčíka, tak Ing. Pitáka. Zadavatel vytýká Úřadu, že se dostatečně nezabýval závěry těchto posudků a že nebylo zpracováno jakékoli jiné odborné stanovisko či posouzení, které by výše citované posudky a stanoviska vyvrátilo. Z napadeného rozhodnutí dle názoru zadavatele nevyplývá, z jakého důvodu nelze veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel uvádí, že není relevantní, že v době zadání veřejné zakázky existovaly v Praze ještě jiné optické sítě. Úřad nevzal na vědomí, jaké byly potřeby zadavatele ve vztahu k realizaci veřejné zakázky, neboť těmi nebyla samotná dispozice optickou sítí; optická síť byla pouze typem technologie, která měla být k realizaci veřejné zakázky použita, neboť nejlépe naplňovala potřeby zadavatele. Rozhodující je, že neexistovala jiná síť, která by propojovala stanovené koncové body magistrátu a jednotlivých městských částí hlavního města Prahy. Zadavatel nezpochybňuje existenci jiných optických sítí v době zadávání veřejné zakázky, současně však uvádí, že Úřad si jejich existenci zjistil bez vědomí zadavatele, čímž došlo k porušení jeho procesních práv, protože se nemohl k tomuto důkaznímu prostředku vyjádřit. Úřad tak není oprávněn použít zjištění, že v Praze existovaly a existují ještě jiné optické sítě jako podklad pro své rozhodnutí.
16. V další části podaného rozkladu se zadavatel vyjadřuje ke spáchání správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Jelikož trvá na tom, že byly splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, nebyl ani povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení ve smyslu § 146 odst. 1 zákona. Podmínkou pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona je uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez uveřejnění zadávacího řízení. Jelikož však zadavatel nebyl povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit, nemohl se ani daného správního deliktu dopustit.
17. V poslední části podaného rozkladu se zadavatel zabývá uloženým zákazem plnění z uzavřené smlouvy. Trvá na tom, že nebyl naplněn základní předpoklad pro jeho uložení, tj. spáchání správního deliktu. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že zveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu v souladu s § 146 odst. 2 zákona a nesouhlasí s přísně formálním výkladem Úřadu. Dle názoru zadavatele jde z gramatického hlediska v případě „metropolitní sítě“ a „služeb elektronických komunikací“ o totéž. Jednalo se pouze o jeden z mnoha zveřejňovaných údajů, navíc předmět plnění i CPV kód (tj. dva hlavní údaje) byly shodné.
18. Co se týče uložené sankce, považuje zadavatel uloženou pokutu za nepřiměřeně vysokou, a to vzhledem k okolnostem případu i s ohledem na výši pokut ukládaných Úřadem v minulosti. Nezohlednil ani jednání zadavatele před a v průběhu zadávacího řízení. Zadavatel opětovně zdůrazňuje, že vynaložil veškeré úsilí, aby jeho postup byl v souladu se zákonem.

Rozklad vybraného uchazeče

19. Vybraný uchazeč v úvodu podaného rozkladu odkazuje na svá předchozí stanoviska a uvádí, že rozklad podává zejména proto, že Úřad při vydání rozhodnutí vycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu, přestože mu takový postup přikazuje zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“). Navíc tomuto rozhodnutí předcházely procesní vady. Vybraný uchazeč nesouhlasí jak se závěrem, že zadavatel nepostupoval při zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem, tak se závěrem, že tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
20. Dle názoru vybraného uchazeče se Úřad dostatečně nezabýval aktivní legitimací navrhovatele. Navrhovatel neprokázal naplnění podmínek stanovených v § 114 odst. 2 zákona ve vazbě na poslední větu § 110 odst. 7 zákona. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy lze podat proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení. V šetřeném případě však zadavatel zveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu (tzv. oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante) v souladu s § 146 odst. 2 zákona, a navrhovatel tedy není k podání návrhu aktivně legitimován. Vybraný uchazeč uvádí, že Úřad se ztotožnil s názorem navrhovatele, že zveřejněné oznámení se vztahuje na zakázku s jiným předmětem plnění, aniž toto tvrzení podepřel důkazy, zejména neprovedl detailní komparaci. Skutečnost, že název uzavřené rámcové smlouvy nekoresponduje s názvem použitým v daném oznámení, je pouze formální disproporcí. Úřad rovněž nepřihlédl k důkazům navrhovaným vybraným uchazečem (zejména stanovisko doc. Jurčíka a posudek Ing. Pitáka). Vybraný uchazeč tak uzavírá, že oznámení o záměru uzavřít smlouvu byla řádně uveřejněna, a tím pádem navrhovatel není aktivně legitimován k podání návrhu na zákaz plnění z uzavřené smlouvy.
21. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že v šetřeném případě existují důvody pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť není pochyb o jedinečnosti služeb poskytovaných vybraným uchazečem na své síti. Existence jiných optických sítí neodůvodňuje závěr, že veřejnou zakázku mohou plnit i jiní dodavatelé. To, že v Praze v době zadávání veřejné zakázky existovaly i jiné optické sítě, nebylo v rámci správního řízení nikdy zpochybnováno. Úřad se však vůbec nezabýval vlastnostmi daných sítí, přičemž jedinečnost sítě vybraného uchazeče je dána právě těmito vlastnostmi (připojení lokalit HMP v čase, kdy bylo požadováno dodání služeb). Tuto skutečnost nerozporovaly ani žádné z předložených dokumentů. Relevantní je však skutečnost, že pouze vybraný uchazeč jako jediný disponuje infrastrukturou, která propojuje optickou síť s lokalitami zadavatele. Zadavatel poptával poskytnutí služby v konkrétním místě, nikoliv pouze obecnou schopnost služby dodat. Vybraný uchazeč je jediný subjekt, který je schopen zajistit plnění požadované zadavatelem. V této souvislosti odkazuje vybraný uchazeč zejména na stanovisko právního zástupce zadavatele, v němž právní zástupce zadavatele zejména konstatuje, že vybraný uchazeč nemá povinnost poskytnout přístup ke své infrastruktuře, jiný dodavatel by musel vybudovat zcela novou infrastrukturu, rámcová smlouva sjednotí předchozí smluvní vztahy s vybraným uchazečem, přičemž má platnost pouze čtyři roky a po uplynutí této doby nelze vyloučit zadání veřejné zakázky alternativnímu subjektu v otevřeném řízení. Odůvodnění napadeného rozhodnutí považuje vybraný uchazeč za učiněné v rozporu se zásadou předvídatelnosti rozhodování, jelikož Úřad odmítl zohlednit stanovisko doc. Jurčíka

a právního zástupce zadavatele a znalecký posudek Ing. Pitáka. Dle názoru vybraného uchazeče porušil Úřad základní zásady činnosti správního orgánu, když pochyboval o důkazech předložených účastníky správního řízení, ale nevyžádal si jejich doplnění. Je v první řadě na Úřadu, aby si sám opatřoval podklady pro vydání rozhodnutí, a pokud tak neučiní, nezjistí stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti.

IV. Řízení o rozkladech

22. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
23. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí i opravného rozhodnutí s právními předpisy a jejich správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise napadené rozhodnutí potvrdil a podané rozklady zamítl.

V. K námitkám rozkladů

K námitkám procesního charakteru

24. K námitce, že Úřad v průběhu správního řízení v rozporu s platnými zásadami správního řízení prováděl dokazování za účelem zjištění, zda existuje i jiný dodavatel disponující optickou sítí, aniž by o něm uvědomil účastníky řízení, zejména zadavatele a vybraného uchazeče, předseda Úřadu uvedl, že procesní postup, kdy si správní orgán zajišťuje důkazy k prověření tvrzení účastníků řízení, je zcela standardní a nemůže zadavatele a vybraného uchazeče nijak na jejich procesních právech poškodit. Naposledy zmínění účastníci řízení mají jednak možnost napadnout závěry orgánu dohledu rozkladem, což učinili, jednak mohou využít svého procesního práva nahlédnout do spisu a touto cestou se s podklady pro vydání rozhodnutí seznámit. K tomu je potřeba poznamenat, že ze správního řádu nevyplývá povinnost vyžádat si od účastníků řízení doplnění podkladů, pokud jsou pochybnosti o jejich správnosti nebo pokud se s jejich obsahem orgán dohledu neztotožňuje. Zadavatel ani vybraný uchazeč existenci dalších optických sítí nezpochybňují a dokonce i připustili, že je jim známa. I z tohoto důvodu lze jen stěží usuzovat na jakékoli procesní znevýhodnění zadavatele a vybraného uchazeče.

Ke splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění

25. Zadavatel v průběhu správního řízení argumentoval tím, že jiní dodavatelé nepokrývají všechny lokality (přípojné body) zadavatele, z čehož vyplývá, že nemohou poskytnout plnění v požadovaném rozsahu a kvalitě. K tomu předseda Úřadu uvedl, že za účelem zjištění, zda i jiní dodavatelé mají reálnou možnost nabídnout zadavateli požadované plnění, provedl orgán dohledu po obdržení rozkladu dokazování, v rámci něhož oslovil navrhovatele a společnost Telefónica O2 Czech Republic. Ze sdělení společnosti Telefónica O2 Czech Republic vyplynulo, že propojení požadovaných lokalit by bylo možné nejpozději do 10 měsíců, přičemž u lokalit, na něž se tato maximální lhůta vztahuje, tento subjekt nabízí náhradní řešení vybudované do 12 týdnů (poptávané rychlosti 10 Mb/s a 100 Mb/s jsou

poskytovány bez omezení, rychlost 1 Gb/s je dočasně omezena na cca 100 až 300 Mb/s). Z předloženého přehledu současně vyplývá, že lokalit, u nichž by mohlo být připojení realizováno až v maximální lhůtě 10 měsíců a zároveň by nemohlo být zajištěno náhradní řešení bez výše uvedeného omezení, je celkem 14 z celkového počtu 106 lokalit. Ze sdělení navrhovatele vyplývá, že u většiny lokalit by byl jejich propojení schopen zajistit ihned, resp. do 2 měsíců. Pouze u 17 odkazuje navrhovatel na nutnost územního rozhodnutí.

26. Co se týče námitky zvýšených finančních nákladů na vbudování optické sítě, předseda Úřadu odkázal na body 51 a 56 napadeného rozhodnutí a dále uvedl, že do připojování lokalit zadavatele investoval vlastní prostředky i vybraný uchazeč, a tedy není důvod, proč by jiní uchazeči nemohli postupovat stejně.
27. Předseda Úřadu tedy dospěl ke stejnému závěru jako orgán dohledu, tedy že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

K povinnosti uveřejnit předběžné oznámení o zadání veřejné zakázky

28. Předseda Úřadu neshledal důvody pro revizi závěru o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když odpovídajícím způsobem neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku dle § 146 odst. 1 zákona. Dle názoru předsedy Úřadu se zadavatel nemůže dovolávat svého předchozího nezákonného postupu (tj. skutečnosti, že veřejnou zakázku zadával v zadávacím řízení, jehož zahájení není nutné oznamovat, neboť pro volbu tohoto druhu zadávacího řízení nebyly splněny zákonné podmínky) a postup v rozporu se zákonem za žádných okolností nemůže představovat zvýhodnění.

K odborným posudkům a stanoviskům

29. Předseda Úřadu odkazuje na bod 53 napadeného rozhodnutí, ve kterém se Úřad zabýval předloženými odbornými posudky a stanovisky, když uvádí, že jak posudek doc. Jurčíka, tak posudek Ing. Pitáka vycházely z nesprávného zjištění, že je to pouze vybraný uchazeč, kdo disponuje optickou sítí a kdo je schopen se zúčastnit soutěže o danou veřejnou zakázku.

K uložené sankci

30. Předseda Úřadu neshledal důvody pro upuštění od potrestání, ani důvody pro snížení pokuty, neboť ta již byla uložena při spodní hranici její možné výše. Z příslušné části odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že v daném případě byl komplexně posouzen postup zadavatele, správní delikty, kterých se dopustil, a byly zohledněny všechny přitěžující a polehčující okolnosti i ekonomická situace zadavatele. Tvzení, že rámcová smlouva byla uzavřena na dobu 4 let, po jejímž uplynutí mělo být vypsáno otevřené nebo užší řízení, není z pohledu uložené sankce relevantní, neboť takový úmysl zadavatele nelze spolehlivě prokázat.

K uloženému nápravnému opatření

31. K této otázce předseda Úřadu uvedl, že pro uložení nápravného opatření – zákazu plnění smlouvy, musí být zkoumány čtyři skutečnosti: zaprvé musí být prokázáno, že došlo ke spáchání správního deliktu ze strany zadavatele. Zadruhé musí orgán dohledu zkoumat existenci vylučujících podmínek (tj. existenci dobrovolného oznámení o plánovaném uzavření smlouvy a uzavření této smlouvy teprve po uplynutí zákonem stanovených lhůt). Jedná se přitom o vylučující podmínky, které musí být splněny kumulativně. Zatřetí je potřeba se zabývat tím, zda byl podán návrh podle § 114 odst. 2 zákona. A začtvrté je potřeba prokázat, že na straně zadavatele neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování v plnění smlouvy.
32. První podmínku považoval předseda Úřadu za splněnou. Ve vztahu ke splnění vylučovacích podmínek uvedl, že oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante nelze považovat za řádně uveřejněné. Na základě podrobné analýzy obsahu konkrétního formuláře a po jeho srovnání s obsahem rámcové smlouvy uzavřené na plnění veřejné zakázky dospěl předseda Úřadu k závěru, že obsah zveřejněného oznámení neodpovídá jejímu předmětu a zadavatelem zveřejněné oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante nelze považovat za dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona. Nebyly tedy naplněny podmínky pro upuštění od navrženého uložení nápravného opatření. Co se týče existence návrhu, na základě kterého je možné nápravné opatření ve formě zákazu plnění uzavřené smlouvy uložit, pak není pochyb o tom, že tento návrh podán byl. K existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, případně jiných liberačních důvodů předseda Úřadu uvedl, že se jimi Úřad vyčerpávajícím způsobem zabýval v závěru napadeného rozhodnutí (bod 105).

VI. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

33. Zadavatel (v soudním řízení též „žalobce“) podal proti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (v soudním řízení též „žalovaný“) žalobu, kterou se domáhal zrušení pravomocného rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 26. 8. 2011 č. j. ÚOHS-R97,98/2011/VZ-13497/2011/310-ASc (dále též „žalobou napadené rozhodnutí“). Soudní řízení bylo u Krajského soudu v Brně vedeno pod sp. zn. 62Af 65/2011.
34. Krajský soud ve svém rozsudku nejprve stručně shrnul procesní stanoviska účastníků soudního řízení, poté přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů a shledal, že žaloba je důvodná. Krajský soud v Brně nejdříve posoudil otázku aktivní legitimace navrhovatele, tj. otázku, zda žalovaný k tomuto návrhu vůbec mohl správní řízení vést a zda mohl ve správním řízení žalobou napadené rozhodnutí vydat.
35. Krajský soud v této otázce dospěl k závěru, že v případě, kdy zadavatel využil jednací řízení bez uveřejnění (bez ohledu na to, zda postupoval správně), je z pohledu možnosti podat návrh podle § 114 odst. 2 zákona podstatné, že nedochází ke zveřejňování zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona. Zadavatel může učinit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona, toto dobrovolné oznámení však není uveřejněním zadávacího řízení. Z uvedeného důvodu jsou z pohledu aktivní legitimace k podání návrhu podle § 114 odst. 2 zákona irelevantní argumenty žalobce i žalovaného v tom směru, zda žalobce popsal smlouvu, kterou hodlal uzavřít, v dobrovolném oznámení podle § 146 odst. 2

zákona řádně či nikoliv. V posuzované věci nedošlo k uveřejnění zadávacího řízení a smlouva byla uzavřena bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, na možnosti podat návrh podle § 114 odst. 2 zákona ničeho nemění ani dobrovolné oznámení podle § 146 odst. 2 zákona. Z tohoto důvodu bylo možno podat návrh na zahájení řízení podle § 114 odst. 2 zákona a o tomto návrhu vést žalovaným správní řízení, v němž bylo možné posuzovat dobrovolné oznámení podle § 146 odst. 2 zákona z pohledu spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při zkoumání podmínek pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona.

36. Krajský soud považoval za klíčovou otázku, zda byly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona či nikoli. Krajský soud žalovanému vytýká, že dospěl v prvním stupni k závěru, že nabídky mohli v zadávacím řízení podat i jiní dodavatelé, na základě zjištění, že optickou sítí disponuje navrhovatel, přičemž tuto skutečnost zjistil z informací dostupných na internetových stránkách navrhovatele. Okolnost, že optickou sítí disponuje také Telefónica O2 Czech Republic, byla žalovanému známa z úřední činnosti. Z obsahu správního spisu však není zřejmé, zda je navrhovatel plnění schopen poskytnout v požadovaném rozsahu, místě, kvalitě a termínech prostřednictvím své sítě. Ve vztahu k možnostem Telefónica O2 Czech Republic není patrné, z jaké úřední činnosti jsou východiska žalovaného známa, a to z toho důvodu, že žalovaný neindikuje, odkud tato zjištění pocházejí.
37. Žalobce ve správním řízení předložil usnesení Rady hlavního města Prahy ze dne 17. 8. 2010, z něhož vyplývají důvody, které brání tomu, aby požadované plnění dodal kdokoli jiný než vybraný uchazeč. Ke stejnému závěru dospěl také Ing. René Piták v technickém odborném posouzení. Žalovanému se tyto závěry nepodařilo informacemi z internetových stránek navrhovatele a z úřední činnosti žalovaného vyvrátit.
38. Za účelem zjištění, zda i jiní dodavatelé mají reálnou možnost nabídnout zadavateli požadované plnění, provedl žalovaný ve stádiu řízení o rozkladu doplnění dokazování, v jehož rámci oslovil obě zmiňované společnosti, aby žalovanému sdělili, zda a případně v jakém časovém horizontu by byli schopni zajistit požadované propojení přípojných bodů.
39. Ze sdělení uvedených společností žalovaný dospěl k závěru obsaženém v napadeném rozhodnutí, že veřejnou zakázku je možné provést jiným dodavatelem než vybraným uchazečem. Sdělení obou případných dodavatelů však byla opatřena až po podání rozkladů, tedy v průběhu řízení ve druhém stupni, bez toho, že by se s nimi měl žalobce možnost seznámit a vyjádřit se k nim. Usnesením ze dne 22. 11. 2010 byla žalobci stanovena lhůta k možnosti využít práva na seznámení se s podklady rozhodnutí do 10. 12. 2010, následně i po tomto datu (stále ještě v průběhu řízení v prvním stupni) byl podklad rozhodnutí doplňován, a to až do 23. 3. 2011. Následně bylo dne 18. 4. 2011 vydáno prvostupňové rozhodnutí, proti kterému podal žalobce dne 6. 5. 2011 rozklad, poté dne 9. 5. 2011 podal rozklad i vybraný uchazeč. Teprve poté dne 16. 5. 2011 žalovaný žádal navrhovatele a společnost Telefónica O2 Czech Republic, a. s., aby žalovanému sdělili, zda a případně v jakém časovém horizontu by byly schopny zajistit požadované propojení přípojných bodů.

Odpovědi byly doručeny žalovanému dne 30. 5. 2011 a 3. 6. 2011 a následně bylo dne 26. 8. 2011 vydáno rozhodnutí o rozkladu, které z uvedených podkladů vycházelo.

40. Ze správního spisu však neplyne, že by žalobci byla dána možnost se k takto doplněnému podkladu vyjádřit, ani že by žalobce byl o takovém dokazování informován. Krajský soud v Brně tedy dospěl k závěru, že žalobci bylo upřeno právo podle § 36 odst. 3 správního řádu, a to z toho důvodu, že podklad doplněný po podání rozkladů se stal klíčovým podkladem pro závěr žalovaného, že i jiní dodavatelé mají reálnou možnost nabídnout zadavateli požadované plnění. Nemožnost žalobce být seznámen s tím, že bylo doplněno dokazování a nemožnost žalobce se k takto získanému podkladu vyjádřit, vyvolává vadu řízení, která nutně měla vliv na zákonnost žalobou napadeného rozhodnutí.
41. Krajský soud dále uvedl, že otázka, zda z technických důvodů mohl zakázku skutečně splnit pouze ten dodavatel, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé, je otázkou odbornou, kterou je zapotřebí vyřešit zodpovědnou úvahou žalovaného, jež bude případně založena na odborném posouzení, které si žalovaný nechá v rámci správního řízení vypracovat.
42. Žalobou napadené rozhodnutí je zatíženo vadou řízení spočívající v tom, že skutkový stav ohledně možnosti realizovat žalobcem poptávané plnění i jinými dodavateli než tím, s kým žalobce jednal a s kým nakonec uzavřel smlouvu, nemá ve správním spisu oporu. Tato skutečnost je důvodem ke zrušení napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. Současně je žalobou napadené rozhodnutí zatíženo vadou řízení spočívající v porušení práva žalobce na seznámení se s podkladem rozhodnutí a k vyjádření se k němu před vydáním rozhodnutí, jak mu zaručuje § 36 odst. 3 správního řádu. Tato okolnost je důvodem k zrušení žalobou napadeného rozhodnutí dle § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.
43. V závěru rozhodnutí Krajský soud uvedl, že ze shora uvedených důvodů shledal žalobu důvodnou, a proto žalobou napadené rozhodnutí jako nezákonné zrušil a vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. V tomto řízení je žalovaný vázán právním názorem Krajského soudu v Brně, vysloveným v tomto rozsudku. Žalovaný je tedy povinen v dalším řízení postavit najisto, zda z technických důvodů mohl zakázku skutečně splnit pouze ten dodavatel, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé, jak je shora uvedeno, a teprve následně věc právně vyhodnotit. Řádný podklad pro vyřešení této otázky musí být součástí správního spisu a žalobce coby účastník řízení s ním musí být seznámen a musí mu být dán prostor k tomu, aby se k takovému podkladu mohl vyjádřit.

VII. Stanovisko předsedy Úřadu

44. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu a s přihlédnutím k právnímu závěru Krajského soudu v Brně jsem dospěl k následujícímu závěru.

45. Úřad v napadeném rozhodnutí ze dne 18. 4. 2011 č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu nepostupoval v souladu se zákonem. V průběhu správního řízení totiž nebyla řádně posouzena otázka, zda mohl zakázku z technických důvodů skutečně splnit pouze ten dodavatel, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé. Z uvedených důvodů jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry učiněnými v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 65/2011 - 95 ze dne 8. 2. 2013 a tímto rozhodnutím.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

46. V šetřeném případě je pro posouzení zákonnosti napadeného rozhodnutí Úřadu stěžejní zejména otázka, zda byl zadavatel oprávněn postupovat při zadání veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Zodpovězení této otázky závisí na posouzení skutečnosti, zda zakázku mohl splnit pouze dodavatel, se kterým žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé.
47. Pro posouzení této technické otázky bude v dalším řízení zapotřebí, aby si Úřad nechal zpracovat odborné stanovisko, a na jeho základě dospěje k závěru, zda je technicky možné, aby poptávané plnění realizovali i další dodavatelé. Zjištění skutkového stavu ohledně možnosti realizovat zadavatelem poptávané plnění i jinými dodavateli, musí vycházet z provedených důkazů, které budou součástí správního spisu.
48. Teprve následně se bude Úřad v dalším řízení zabývat otázkou, zda došlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a v návaznosti na to i správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. V dalším řízení však nelze jednostranně vycházet z názoru, že finanční náročnost vybudování, resp. dobudování nové sítě, není důvodem opravňujícím zadavatele k postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ale je zapotřebí přihlídnout ke skutečnosti, že v situaci, kdy by plnění od jiného dodavatele vyvolalo podstatně a nepřiměřeně vyšší finanční náklady na straně žalobce, je vhodné použít jednacím řízení bez uveřejnění.
49. Vzhledem k tomu, že žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu bylo zrušeno již rozsudkem Krajského soudu v Brně a v rozporu s právním závěrem učiněným soudem je rovněž napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 18. 4. 2011, č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu a tento rozpor nelze v řízení o rozkladu odstranit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. Po zrušení napadeného rozhodnutí bude tedy Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně i závěry učiněné v tomto rozhodnutí. Úřad nechť v souladu s výše uvedeným závěrem soudu v novém správním řízení provede dokazování k protichůdným tvrzením žalobce a navrhovatele týkající se možnosti technického provedení předmětu veřejné zakázky i jinými dodavateli. V případě, že Úřad dospěje k závěru, že zakázku nelze splnit jiným dodavatelem než žalobcem a žalobce tedy správně postupoval formou jednacím řízení bez uveřejnění, návrh dle § 118 odst. 5 písm. a) zamítne. Pokud Úřad zjistí, že žalobce nebyl oprávněn

veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění, rozhodne o tom, že došlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) a c) zákona.

50. Při vedení správního řízení je Úřad povinen postupovat v souladu se správním řádem, zejména s ustanovením § 36 odst. 3 správního řádu, a poskytnout účastníkům řízení možnost seznámit se s poklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim.

VIII. Závěr

51. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

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
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Ing. Jan Krofta, advokát AK Abbot Legal se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Josef Donát, advokát ROWAN LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
3. INDOC s. r. o., se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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