



UOHSX00C7HG0

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0028/2019/VZ-10804/2019/323/PBI

Brno: 17. dubna 2019

V řízení o rozkladu ze dne 5. 2. 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-S0499/2018/VZ-02071/2019/532/MOn ze dne 22. 1. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 3. 12. 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 101-107**“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 101“, „Datové komunikační služby ČP – PS 102“, „Datové komunikační služby ČP – PS 103“, „Datové komunikační služby ČP – PS 104“, „Datové komunikační služby ČP – PS 105“, „Datové komunikační služby ČP – PS 106“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 107“, zadávaných v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014,

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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0499/2018/VZ-02071/2019/532/MOn ze dne 22. 1. 2019

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **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 30. 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 101-107“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), rozdělené na části „Datové komunikační služby ČP – PS 101“ (dále jen „**část první**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 102“ (dále jen „**část druhá**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 103“ (dále jen „**část třetí**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 104“ (dále jen „**část čtvrtá**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 105“ (dále také „**část pátá**“), „Datové komunikační služby ČP – PS 106“ (dále jen „**část šestá**“) a „Datové komunikační služby ČP – PS 107“ (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 31. 10. 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 námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ve všech částech veřejné zakázky. Ve všech částech veřejné zakázky byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele. Na druhém místě se vždy umístila 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 částem veřejné zakázky namítal, že nabídky společnosti O2 obsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu

<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.

(dále jen „**MNNC**“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 22. 11. 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 3. 12. 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 (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 na veřejnou zakázku. Jako důvod navrhovatel uvedl, že nabídky společnosti O2 obsahují MNNC, čímž bylo dle názoru navrhovatele ovlivněno celé zadávací řízení. Navrhovatel tvrdil, že se sice ve všech částech umístil na prvním místě, k nabídkovým cenám však byl 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 nevyloučil.

## **III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 1. 2019**

6. Dne 22. 1. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0499/2018/VZ-02071/2019/532/MOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výroky I až VII napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele ve věci veřejné zakázky v částech první až sedmé podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.
8. V odůvodnění výroků I až VII napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že ve všech částech veřejné zakázky byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele a nabídka společnosti O2 se 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, 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.

#### IV. Rozklad navrhovatele ze dne 5. 2. 2019

9. Dne 5. 2. 2019 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne proti všem výrokům napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 22. 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 středu 6. 2. 2019. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
10. Navrhovatel v rozkladu namítá, že výroky I až VII 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 veřejnou zakázku, případně zadavateli nestanovil řádně posoudit MNNC v nabídkách uchazečů. 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.
11. Zadavatel dle navrhovatele porušil postup stanovený v § 6, § 76 a § 77 zákona tím, že neprovedl dostatečné posouzení přítomnosti MNNC v nabídkách všech uchazečů, a to zejména v nabídkách společnosti O2, které dle názoru navrhovatele MNNC obsahovaly. Dle navrhovatele byl tímto nezákonným postupem zadavatele podstatně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. 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.
12. 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.
13. 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.
14. Dle navrhovatele není zřejmé, v čem Úřad spatřuje nepřesvědčivost jeho argumentace ohledně případné přítomnosti MNNC v jeho nabídce, a proč Úřad hodnotí změnu v argumentaci navrhovatele jako účelovou. Napadené rozhodnutí je dle navrhovatele z tohoto důvodu jako celek nepřezkoumatelné. Navrhovatel odmítá „*nepodložené a až zkratkovité tvrzení Úřadu o tom, že navrhovatel je veden toliko snahou dosáhnout kýženého výsledku – zrušení celého zadávacího řízení*“.

#### Závěr rozkladu

15. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil zadávací řízení ohledně rozkladem napadených částí veřejné zakázky, a tedy jednak změnil výroky I až VII 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 tak, že návrhu navrhovatele na přezkum úkonů zadavatele v rozsahu napadeném rozkladem vyhoví, případně zadavateli uloží, aby důkladně posoudil přítomnost MNNC v nabídkách uchazečů, zvláště pak v nabídkách společnosti O2. Navrhovatel rovněž navrhuje, aby předseda Úřadu zakázal zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem v této věci.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 11. 2. 2019 k rozkladu**

16. Dne 11. 2. 2019 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k rozkladu, v němž uvádí, že ve všech částech 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.
17. Zadavatel dále uvádí, že pokud bychom akceptovali názor navrhovatele o netransparentnosti řízení „stiženého“ 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 – postačilo 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 nebo že by implikovalo povinnost zadavatele zrušit zadávací řízení.
18. Zadavatel se v plném rozsahu ztotožňuje s výroky I až VII napadeného rozhodnutí a navrhuje, aby předseda Úřadu tyto výroky potvrdil a rozklad zamítl.

#### **V. Řízení o rozkladu**

19. 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**

20. 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.
21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocih I až VII, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
22. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem výroky I až VII napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

## VI. K důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu

23. Navrhovatel v rozkladu namítá, že výroky I až VII (tj. všechny výroky) 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 veřejnou zakázku, případně zadavateli nestanovil řádně posoudit MNNC v nabídkách uchazečů. 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.
24. Úřad výroky I až VII napadeného rozhodnutí odůvodnil v bodech 88 až 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Se zde uvedenými závěry Úřadu se ztotožňuji a dodávám následující.
25. 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.
26. 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.
27. 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.
28. 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.
29. 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.“* (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.

30. 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. Ve všech částech veřejné zakázky byla vyhodnocena jako nejvhodnější nabídka navrhovatele a 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.
31. 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.

32. 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.
33. Navrhovatel v návrhu namítal, že zadavatel porušil postup stanovený v § 76 a § 77 zákona tím, že neprovedl dostatečné posouzení MNNC 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 body 90 a 91 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
34. Úřad v bodech 94 a 99 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.
35. 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 tomu tak proto, 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 uvádí 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.

36. Stejně jako Úřad jsem toho názoru, že navrhovatelem namítaná netransparentnost v postupu zadavatele spočívající v nedostatečném posouzení MNNC v nabídce společnosti O2 by nemohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, o němž již zadavatel rozhodl dne 31. 10. 2018. Posouzení MNNC v nabídkách společnosti O2 v souladu se zákonem nemůže změnit skutečnost, že vítězem všech částí 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 ve všech částech veřejné zakázky vybraným uchazečem navrhovatel.
37. Nedostatečné posouzení MNNC v nabídce společnosti O2 by mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pokud by např. společnost O2 skončila na prvním místě. To však není případ rozkladem napadených částí veřejné zakázky.
38. 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 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí, a proto Úřad v bodě 100 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, že nelze uložit žádné nápravné opatření, neboť podmínky stanovené v § 118 odst. 1 zákona musí být splněny kumulativně.
39. 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 přistoupil by ke zrušení úkonů zadavatele spojených s posouzením MNNC v nabídkách společnosti O2 a všech následných úkonů zadavatele učiněných v předmětných částech 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.
40. 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 VII napadeného rozhodnutí rozhodl dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu ve všech částech veřejné zakázky. Námitky



navrhovatele shrnuté v bodech 10 a 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí proto nejsou důvodné.

41. 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.
42. 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 95 a 96 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
43. 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-aukcí“. 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.
44. K námitce navrhovatele, že Úřad nezohlednil rozdíl mezi „standardním jednokolovým zadávacím řízením“ a „vícekolovou e-aukcí“, 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.
45. 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.

46. Navrhovatel v rozkladu namítá, že není zřejmé, proč Úřad v bodě 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že argumentace navrhovatele ohledně případné přítomnosti MNNC v jeho nabídce je nepřesvědčivá a proč Úřad hodnotí změnu v jeho argumentaci jako účelovou. Napadené rozhodnutí je dle navrhovatele z tohoto důvodu jako celek nepřezkoumatelné. Navrhovatel odmítá „*nepodložené a až zkratkovité tvrzení Úřadu o tom, že navrhovatel je veden toliko snahou dosáhnout kýženého výsledku – zrušení celého zadávacího řízení*“.
47. Úřad v bodě 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, že navrhovatel v návrhu namítal nedostatečné posouzení MNNC *pouze* v nabídce společnosti O2. Co se týká nabídky navrhovatele, navrhovatel i zadavatel v zadávacím i správním řízení opakovaně tvrdili, 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 (blíže viz bod 92 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
48. Ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019 přišel navrhovatel s novým tvrzením, že MNNC mohla být přítomna i v jeho nabídce. Úřad na to reagoval v bodě 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí tak, že navrhovatel doposud zastával jednoznačný a konzistentní názor, že jím předložené nabídky neobsahují MNNC. Navrhovatel to prohlašoval nejen v tomto správním řízení, ale i souvisejících správních řízeních vedených Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0447/2018/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0477/2018/VZ, na která odkázal ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019. Úřad rovněž konstatoval, že doplnění argumentace navrhovatele, že i jeho nabídky mohou obsahovat MNNC, bylo Úřadu doručeno poté, co navrhovatel obdržel rozhodnutí Úřadu v souvisejících správních řízeních specifikovaných v předchozí větě. Úřad změnu v postoji navrhovatele ohledně MNNC v jeho nabídkách označil za účelovou a nepřesvědčivou.
49. Lze tedy shrnout, že navrhovatel v zadávacím i správním řízení opakovaně tvrdil, že jeho nabídky neobsahují MNNC. Ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019 však uvedl, že MNNC mohla být v jeho nabídkách přítomna. Navrhovatel tak učinil poté, co obdržel rozhodnutí Úřadu ve správních řízeních vedených pod sp. zn. ÚOHS-S0447/2018/VZ a ÚOHS-S0477/2018/VZ, v nichž neuspěl s návrhem ohledně nedostatečného posouzení MNNC v nabídkách společnosti O2 v těch částech veřejných zakázek, kde společnost O2 skončila na druhém či třetím místě. Jak správně poukazuje zadavatel ve vyjádření k rozkladu, v rozkladu již navrhovatel opětovně uvádí, že soutěžil do cenové úrovně, která pro něj byla přijatelná a dávala mu ekonomický smysl, „*a přitom byla současně vyšší než jeho MNNC*“.
50. V kontextu výše uvedeného lze dát Úřadu za pravdu v tom, že vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019 týkající se možné přítomnosti MNNC v jeho nabídkách vypadá nepřesvědčivě a účelově. Ani tvrzení Úřadu, že navrhovatel byl veden snahou dosáhnout zrušení celého zadávacího řízení, nelze nic vytknout, protože navrhovatel požadoval uložení tohoto nápravného opatření v petitu svého návrhu, a proto lze očekávat, že kroky, které navrhovatel ve správním řízení činí, směřují k tomuto cíli. V návaznosti na uvedené shledávám argumentaci Úřadu nacházející se v bodě 103 odůvodnění napadeného

rozhodnutí srozumitelnou, odpovídající zjištěnému skutkovému stavu, a tudíž přezkoumatelnou.

51. K vyjádření Úřadu v bodě 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí dále podotýkám, že Úřad ho učinil pouze na okraj, protože jak ve stejném bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, přezkoumání přítomnosti MNNC v nabídce navrhovatele není předmětem tohoto správního řízení, neboť navrhovatel v návrhu namítal nedostatečné posouzení MNNC pouze v nabídce společnosti O2.
52. Navrhovatel byl v souladu s § 114 odst. 3 zákona povinen v návrhu mimo jiné uvést, v čem spatřuje porušení zákona ze strany zadavatele. Z § 114 odst. 10 zákona vyplývá, že navrhovatel nebyl oprávněn tuto náležitost návrhu dodatečně změnit ani doplnit s tím, že Úřad k případným změnám a doplněním nepřihlíží. Úřad tedy nebyl oprávněn k novému tvrzení ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019 ohledně možné přítomnosti (resp. nedostatečného posouzení) MNNC v nabídce navrhovatele, přihlídnout, a pokud se k němu vyjádřil, učinil tak pouze na okraj a přezkoumatelným způsobem. Námitku navrhovatele shrnutou v bodě 45 odůvodnění tohoto rozhodnutí proto považuji za nedůvodnou.
53. Navrhovatel v rozkladu mimo jiné navrhuje, abych zadavateli zakázal uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem v této věci. Této žádosti jsem nevyhověl, protože ji navrhovatel nijak neodůvodnil, a zejména proto, že na návrh navrhovatele již bylo Úřadem rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0499/2018/VZ-37715/2018/532/MOn ze dne 18. 12. 2018 nařízeno předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvy na všechny části veřejné zakázky, a to až do pravomocného skončení tohoto správního řízení. Předběžné opatření tedy bylo účinné i v průběhu celého řízení o rozkladu.

## **VII. Závěr**

54. 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 všechny výroky 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

### **Vypraveno dne:**

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