



UOHSX001SR7X

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R176/2009/VZ-8943/2010/310/EKu

V Brně dne: 21. června 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 16. 12. 2009 zadavatelem

- Českou republikou – Českou obchodní inspekci, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 15, 120 00 Praha, zast. RNDr. Janou Příhodovou, ředitelkou, ve správním řízení zast. JUDr. Jaroslavem Bursíkem, advokátem, IČ 69181560, se sídlem Jugoslávská 29, 120 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S166/2009-12658/2009/530/RKr ze dne 24. 11. 2009 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – České republiky – České obchodní inspekce, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 15, 120 00 Praha, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Připojení ústředního inspektorátu České obchodní inspekce (dále jen „ČOI“) k Internetu a spojení poboček ČOI s ústředním inspektorátem pomocí VPN (nebo pronájemem okruhů)“ zadávané v otevřeném řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 24. 4. 2009 pod ev. č. 60030468, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení navrhovatel –

- společnost GTS NOVERA a. s., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha, za niž jedná Stuart Williams Evers, předseda představenstva, ve správním řízení zast. společností INDOC s. r. o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S166/2009-12658/2009/530/RKr ze dne 24. 11. 2009,

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Česká obchodní inspekce, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 15, 120 00 Praha (dále jen „zadavatel“), vyhlásil zadání veřejné zakázky „Připojení ústředního inspektorátu České obchodní inspekce (dále jen „ČOI“) k Internetu a spojení poboček ČOI s ústředním inspektorátem pomocí VPN (nebo pronájemem okruhů)“ (dále jen „veřejná zakázka“), zadávané v otevřeném řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 24. 4. 2009 pod ev. č. 60030468. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.
2. Zadávací dokumentace v části G bodu 2. Prohlídka místa plnění uvádí, že prohlídka místa plnění není nezbytná podle ust. § 49 odst. 4 zákona, proto není z tohoto důvodu organizována. Uchazeč GTS NOVERA a. s., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha, (dále jen „navrhovatel“) požádala dne 29. 4. 2009 e-mailem právního zástupce zadavatele o seznam kontaktních osob za účelem místního šetření. Právní zástupce zadavatele sdělil dne 29. 6. 2009 navrhovateli, že pro zpracování nabídky není organizace prohlídky místa plnění nutná, není však vyloučeno, aby „každý uchazeč v rámci svého vlastního úsudku provedl svá technická šetření v požadovaném místě plnění“. Navrhovatel opakovaně sdělil zadavateli, že trvá na provedení prohlídky a na sdělení kontaktních osob zadavatele. Jelikož mu zadavatel nevyhověl, podal navrhovatel dopisem ze dne 19. 5. 2009 námitky týkající se neumožnění prohlídky místa plnění. Tyto námitky zadavatel obdržel dne 20. 5. 2009 a po jejich přezkoumání jim nevyhověl dopisem ze dne 29. 5. 2009. Navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem a podal proto dopisem dne 8. 6. 2009 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Úřad návrh obdržel dne 9. 6. 2009 a tímto dnem bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno. Zadavatel obdržel návrh téhož dne.

3. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 29. 6. 2009 č. j. ÚOHS-S166/2/09-8247/2009/530/RKr. Usnesením ze dne 29. 6. 2009 č. j. ÚOHS-S166/2/09-8254/2009/530/RKr stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhnout důkazy, činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Předběžným opatřením č. j. ÚOHS-S166/2/09-8517/2009/530/RKr ze dne 7. 7. 2009 uložil Úřad zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 24. 11. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S166/2009-12658/2009/530/RKr (dále jen "napadené rozhodnutí"), kterým konstatoval, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 49 odst. 4 zákona, jelikož neumožnil prohlídku místa plnění, a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Podle § 118 zákona uložil Úřad nápravné opatření, kterým zrušil zadávací řízení.
5. K neumožnění prohlídky místa plnění Úřad konstatoval, že zadavatel je povinen umožnit dodavateli prohlídku místa plnění, pokud je to pro zpracování nabídky nezbytné. Zadavatel tedy nemůže stanovit, že se prohlídka místa plnění konat nebude, když je to pro zpracování nabídky nutné a argumentovat v tom směru, že neumožnění prohlídky bylo stanoveno stejně pro všechny potenciální dodavatele, nelze připustit. Povinnost umožnit prohlídku místa plnění vztahuje zákon k potřebě zpracování nabídky, proto ani námitka zadavatele, že prohlídka není možná z důvodů technických a právních neobstojí.
6. Co se týče lhůty pro podání námitek, Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že počátek jejího běhu je nutno odvodit až ode dne 5. 5. 2009, neboť až tohoto dne právní zástupce zadavatele definitivně zamítl provedení prohlídky místa plnění. Vzhledem k tomu, že zadavatel námítky obdržel dne 19. 5. 2009, byla lhůta pro podání námitek zachována.
7. Pokud měl zadavatel pochybnosti o plné moci pro společnost zastupující navrhovatele, jak uvedl v dopise ze dne 30. 6. 2009, v němž se vyjádřil k návrhu na zahájení řízení, měl možnost vyjasnit si tuto skutečnost předtím, než vydal rozhodnutí o námítkách.

III. Námitky rozkladu

8. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 16. 12. 2009. Zadavatel napadá rozhodnutí v celém rozsahu a žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.
9. V úvodu rozkladu zadavatel konstatuje, že se domnívá, že Úřad pochybil v otázce posouzení, zda byly námitky navrhovatele podány včas. Podle zadavatele Úřad nesprávně zjistil skutkový stav věci v tom, že námitky byly navrhovatelem podány opožděně, neboť dle jeho názoru lhůta pro jejich podání měla začít běžet od 27. 4. 2009, kdy si vyzvedl zadávací dokumentaci, nejpozději však od 29. 4. 2009, kdy se prokazatelně dozvěděl o tom, že prohlídka místa plnění není organizována, což mu bylo na jeho dotaz sděleno formou e-mailové zprávy.

Proto námitky podané až dne 20. 5. 2009 považuje za opožděné. Zadavatel též uvádí, že zákon stanoví pro podání námitek subjektivní lhůtu hmotněprávního charakteru, tedy námitky musí být ve lhůtě 15 dnů doručeny, nikoliv pouze předány k poštovní přepravě.

10. Zadavatel namítá, že pokud by Úřad vycházel z rozhodného data 5. 5. 2009 pro určení počátku běhu lhůty, mohl by tak kterýkoliv uchazeč uměle a donekonečna prodlužovat lhůtu pro podání námitek, a to pouhým psaním opakovaných dotazů se stejným obsahem, na které by obdržel stejné odpovědi. Neztotožňuje se proto s výkladem, že teprve dne 5. 5. 2009 „definitivně zamítnul umožnění fyzické prohlídky místa plnění veřejné zakázky“.
11. Další námitka zadavatele směřuje proti neumožnění prohlídky místa plnění. Zadavatel uvádí, že se Úřad nedostatečně vypořádal s podstatou návrhu navrhovatele v tom směru, že není pravdou, že by zadavatel „připustil možnost provést technickou obhlídku vlastními silami dodavatele“, jak tvrdí navrhovatel. Zadavatel podotýká, že navrhovatel zcela transparentně, určitě a srozumitelně sdělil s odkazem na zadávací podmínky, že prohlídka místa plnění není zadavatelem organizována z důvodu, že je takto stanoveno zadavatelem v zadávacích podmínkách. Připouští však, že sdělil, aby si uchazeč sám uvážil, zda a jakým způsobem provede ta která šetření, pokud je pro zpracování své nabídky potřebuje.
12. Zadavatel rozporuje právní názor Úřadu, v čem konkrétně došlo k porušení ust. § 49 odst. 4 zákona, kdy právní názory Úřadu nebyly založeny na kvalifikované znalosti technických a funkčních vlastnostech požadovaného předmětu plnění. Je na uchazeči, aby sám posoudil požadované technické a funkční vlastnosti předmětu plnění. Dodává, že uskutečnění prohlídek všech třinácti poboček a jedné centrály zadavatele by nebylo z hlediska organizačně-technického proveditelné a nelze na něm spravedlivě požadovat, aby zajišťoval přístup na střechy veškerých budov, v nichž jsou pobočky umístěny, zejména když prohlídka místa plnění není dle názoru zadavatele nezbytná. Skutečnost, že ostatní uchazeči o veřejnou zakázku zpracovali a podali svou nabídku a neměli v zadávacím řízení námitky, má dokládat, že zadávací dokumentace byla zpracována do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky.
13. Argument Úřadu, že stávající dodavatel stacionárních telekomunikačních služeb je s podmínkami pro plnění veřejné zakázky lépe obeznámen, považuje zadavatel za obecný argument zpravidla všech zadávacích řízení a nemůže právně obstát. Navíc navrhovatel má mít znalost místního technického prostředí zadavatele, neboť zadavateli poskytuje telekomunikační služby se vztahem k předmětu plnění veřejné zakázky.
14. Zadavatel poukazuje na to, že Úřad nezdůvodnil, v čem konkrétně měl následný postup zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V této souvislosti zadavatel odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, z níž cituje, že pravomoci orgánu dohledu sahají do úrovně těch činností zadavatele, která obecně vyjádřeno, vytváří prostor pro *fair* podmínky pro účast uchazečů na soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní podmínky a v jaké kvalitě. Podle zadavatele nemohla navrhovatel vzniknout újma spočívající v nemožnosti podat nabídku a domnívá se, že navrhovatel podal námitky i návrh účelově, aniž by projevil zájem o účast v zadávacím řízení.

15. Úřad podle tvrzení zadavatele nemohl učinit rozhodnutí o tom, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, neboť zákon nestanoví postup, zda má či nemá být organizována prohlídka místa plnění. Domnívá se, že je věcí každého zadavatele, aby zvážil, zda je pro zpracování nabídky dostačující vymezení předmětu plnění v zadávacích podmínkách.
16. V závěru rozkladu zadavatel podotýká, že pokud by byla argumentace Úřadu správná, musel by zadavatel organizovat prohlídku místa plnění, pokud si kterýkoliv uchazeč její organizaci vynutí, přestože to není nezbytné pro zpracování nabídky. Zadavatel shrnuje, že jeho cílem bylo nestranně a v souladu se zákonem zrealizovat zadávací řízení a uzavřít smlouvu, přičemž je přesvědčen, že postupoval transparentně, nediskriminačně a respektoval zásadu rovného zacházení. Vzhledem k výše uvedenému, zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

17. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád") a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S166/2009-12658/2009/530/RKr ze dne 24. 11. 2009, kterým konstatoval, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 49 odst. 4 zákona, jelikož neumožnil prohlídku místa plnění, a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a kterým podle ust. § 118 zákona zrušil zadávací řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

20. K problematice lhůty k podání námitek uvádím, že právě charakterem subjektivní lhůty je dáno, od kterého data se odvíjí. Jestliže uchazeč o veřejnou zakázku požádal o prohlídku předmětu plnění, je potom správné odvodit počátek běhu lhůty od poskytnutí informace, že prohlídka nebude umožněna. Na tom nic nemění okolnost, že v zadávacích podmínkách soutěže bylo stanoveno, že prohlídka místa plnění „není zadavatelem organizována“. Z této dikce přinejmenším neplyne, že je zcela nepotřebná, nebude v žádném ani odůvodněném případě povolena nebo že je zakázaná. Po vyjasnění této skutečnosti nabývá uchazeč skutečné „vědomosti“ a proto je správné odvodit běh lhůty od informace, že prohlídka nebude umožněna. Resumuji, že pro stanovení data splnění lhůty není rozhodující okamžik

převzetí dokumentace, nýbrž okamžik, kdy se uchazeč s porušením zákona skutečně seznámí, což odpovídá i běžné rozhodovací praxi (srov. rozhodnutí č. j. S 104/2007-11284/2007/540-Der). Tvrzení, že tímto způsobem by mohl uchazeč uměle prodlužovat zadávací řízení, je spekulativní. Cílem uchazeče je získání zakázky. Jakákoli jiná činnost by pak postrádala motiv, rozumný smysl i cíl.

21. K neumožnění prohlídky místa stanoveného předmětu plnění ze strany zadavatele v zadávací dokumentaci a tvrzení souvisejících uvádím, že nesdílím stanovisko, že zadavatel může stanovit prakticky libovolné podmínky, tj. v posuzované věci neumožnit prohlídku místa plnění. Zadavatel prakticky jedním dechem tvrdí, že neumožnění místa plnění je v souladu se zákonem a také že prohlídku nenegoval, pokud bude realizována vlastními silami uchazeče, což samo o sobě oslabuje jistotu jeho tvrzení. Další argument, že nelze spravedlivě požadovat, aby zajistil přístup do třinácti poboček je třeba brát v potaz. Proti němu ale stojí jasně daná povinnost stanovit adekvátní podmínky v zadávací dokumentaci, jeho břemeno splnění zákonných podmínek a v neposlední řadě transparentní vybrání ekonomicky nejvhodnější nabídky, tzn. povinnost mj. postupovat zjednodušeně řečeno „s péčí řádného hospodáře“. To je zejména splnitelné pokud umožní uchazečům podat optimální nabídky. Je potom věcí uchazeče zvážit, zda jeho technické řešení se obejde či nikoli např. s potřebou prohlídky místa plnění, především v návaznosti na podmínky a složitost jeho technického řešení. Lze si potom v tomto konkrétním případě představit, že plnění zakázky vyžaduje „prohlídku“ např. za účelem proměření síly signálu v určité lokalitě. Jinak vyjádřeno – některé technologie mohou vyžadovat prohlídku místa plnění, což může platit třeba jen pro jednoho z možných uchazečů. Vše samozřejmě s výjimkou, že by zadavatel byl schopen najisto postavit eventuální nepotřebnost prohlídky místa stanoveného předmětu plnění. Z opačné strany pohledu, pokud je některému z uchazečů místo plnění zakázky známé, měl zadavatel usilovat o to, aby v duchu zákona tuto konkurenční výhodu minimalizoval.
22. K odkazu na judikaturu Nejvyššího správního soudu uvádím, že právě v tomto případě je zřetelné, že Úřad nehodnotil kvalitu nabídky, ale pouze otázku rámce prostoru pro *fair* podmínky pro účast uchazečů v soutěži. Kromě výše uvedeného dodávám, že přímo ze znění zadávací dokumentace je patrná technická složitost zakázky. Jde příkladmo o pasáž na str. 4: „Dodavatel zajistí záložní VPN připojení k centrále ČOI na všech pobočkách ČOI pomocí náhradní technologie (např. ISDN nebo ADSL).“ Toto vymezení implikuje při realizaci zakázky, v rámci možnosti zvolení co nejefektivnějšího řešení připojení, potřebu prohlídky místa plnění. Opačný postup buď rovnou zamezí schopnosti sestavit nabídku, nebo omezí možnosti a není vyloučeno podání nabídky s kvalitativně horšími vlastnostmi. Při volbě jiného postupu proto mohl zadavatel obdržet nabídky s lepšími parametry a mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
23. Uzavírám tedy, že Úřad postupoval správně, když rozhodl tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 49 odst. 4 zákona a ve smyslu ust. § 118 zákona uložil opatření k nápravě, kterým zrušil zadávací řízení.

VI. Závěr

24. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
25. Vzhledem k výše uvedenému, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Jaroslav Bursík, advokát, Jugoslávská 29, 120 00 Praha 2
2. INDOC s. r. o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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