PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

UOHSX001HT5S

R O Z H O D N U T Í

Č. j. ÚOHS-R90/2009/VZ-15754/2009/310/JSl V Brně dne 11. prosince 2009

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5.6.2009 podaném společností

- **GTS NOVERA s.r.o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za niž jedná Stuart William Evers, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 16.9.2008 společností INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 - Břevnov, za niž jedná Ing. Martin Kovařík, jednatel,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.5.2009, č. j. S54/2009/VZ-6214/2009/540/VKu, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Lesů České republiky, s.p.**, IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zast. Ing. Svatoplukem Sýkorou, generálním ředitelem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 18.12.2008 společností PELIKÁN KROFTA KOHOUTEK advokátní kancelář s.r.o., IČ 27592936, se sídlem Tyršův dům, Újezd 450/40, 118 01 Praha 1 - Malá Strana, za niž jedná Mgr. Matěj Vácha, jednatel,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „Poskytování základních a volitelných telekomunikačních služeb pro stacionární a mobilní komunikaci“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.12.2008 pod ev. č. 60026621, ve znění oprav uveřejněných dne 23.2.2009 a dne 9.3.2009, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31.12.2008 pod ev. č. 2008/S 253-339436,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.5.2009, č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-6214/2009/540/VKu

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, zast. Ing. Svatoplukem Sýkorou, generálním ředitelem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 18.12.2008 společností PELIKÁN KROFTA KOHOUTEK advokátní kancelář s.r.o., IČ 27592936, se sídlem Tyršův dům, Újezd 450/40, 118 01 Praha 1 – Malá Strana, za niž jedná Mgr. Matěj Vácha, jednatel (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 31.12.2008 ve znění oprav ze dne 23.2.2009 a 9.3.2009 v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60026621 a dne 31.12.2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2008/S 253-339436 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytování základních a volitelných telekomunikačních služeb pro stacionární a mobilní komunikaci“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky dvou uchazečů. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 26.3.2009 vyplývá, že obě podané nabídky vyhověly kontrole úplnosti dle ust. § 71 odst. 8 zákona. Podle protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 4.5.2009 oba uchazeči prokázali splnění kvalifikačních předpokladů. Dle protokolu o čtvrtém jednání hodnotící komise ze dne 13.5.2009 zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.5.2009 se na základě hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky na prvním pořadí umístila nabídka uchazeče Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“), do dne vydání tohoto rozhodnutí však zadavatel o výběru jeho nabídky jako nevhodnější nerozhodl.

3. Dopisem ze dne 4.2.2009 podaly společnosti GTS NOVERA s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha dále jen („navrhovatel“) a T-Mobile Czech Republic a.s., IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 140 00 Praha, obě zastoupeny na základě plných mocí ze dne 16.9.2008 a 4.2.2009 společností INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 – Břevnov, za niž jedná Ing. Martin Kovařík, jednatel, společné námitky proti zadávacím podmínkám. Zadavatel podané námitky pro opožděnost odmítl rozhodnutím ze dne 14.2.2009, které bylo zástupci stěžovatelů doručeno dne 16.2.2009. Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dopisem ze dne 23.2.2009 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. Úřad obdržel návrh dne 27.2.2009 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené usnesení

4. Dne 5.5.2009 obdržel Úřad žádost navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče, a to v rozsahu skutečností, které se týkají všech hodnotících kritérií. Po přezkoumání rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19.5.2009 usnesení č. j. S54/2009/VZ-6214/2009/540/VKu, kterým žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče nevyhověl.

5. V odůvodnění napadeného usnesení se Úřad v souladu s ust. § 122 odst. 2 zákona zabýval otázkou své povinnosti učinit opatření, aby nebylo porušeno obchodní tajemství. Z tohoto důvodu Úřad vyzval vybraného uchazeče dopisem č.j. S54/2009/VZ-5469/2009/540/VKu ze dne 6.5.2009 ke sdělení stanoviska, zda a ve kterých částech jeho nabídka na veřejnou zakázku obsahuje skutečnosti mající charakter obchodního tajemství. Dne 15.5.2009 obdržel Úřad vyjádření, ve kterém vybraný uchazeč potvrdil, že jeho nabídka obsahuje obchodní tajemství v příloze č. 1 k návrhu smlouvy. Při svém rozhodování Úřad dále vycházel ze skutečnosti, že nahlížením do přílohy č. 1 k návrhu smlouvy obsaženému v nabídce vybraného uchazeče, který rovněž obsahuje specifikaci předmětu plnění, by mohlo dojít k porušení práva na ochranu obchodního tajemství vybraného uchazeče a navrhovatel ve své žádosti rovněž neprokázal oprávněný zájem nebo jiný vážný důvod k nahlížení do této přílohy. Dále Úřad posoudil i skutečnost, že samotný návrh navrhovatele směřuje pouze vůči podmínkám zadání veřejné zakázky a navrhovatel v návrhu nikterak nezpochybňuje údaje uvedené v nabídce vybraného uchazeče, tedy z této nabídky navrhovatel ani nemůže zjistit skutečnosti související s jeho návrhem. Z těchto důvodů Úřad dospěl k závěru, že s odkazem na ustanovení § 122 odst. 2 zákona, žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče nevyhovuje.

II. Námitky rozkladu

6. Navrhovatel v rozkladu namítá, že napadené usnesení je věcně nesprávné, přičemž je rovněž v rozporu se zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a zákonem o veřejných zakázkách. Navrhovatel konstatuje, že Úřad neuvážil oprávněnost použití ust. § 122 odst. 2 zákona a pominul relevantní ustanovení správního řádu, která upravují práva účastníků správního řízení ve věci nahlížení do spisu. Navrhovatel v dalším odkazuje na definici obchodního tajemství v ust. § 17 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), a uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že informace obsažené v předmětné příloze č. 1 návrhu smlouvy jsou v relevantních obchodních kruzích běžně dostupné, je vyloučeno, aby je uchazeč oprávněně považoval za předmět obchodního tajemství. Navrhovatel rovněž upozorňuje na skutečnost, že předmětná příloha č. 1 návrhu smlouvy obsahuje údaje, které byly, případně budou, předmětem posuzování a hodnocení nabídek a budou tedy i součástí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, s níž je navrhovatel rovněž oprávněn se seznámit. Dle názoru navrhovatele nelze připustit, aby ochrana obchodního tajemství byla nadřazena právům účastníků správního řízení, konkrétně právu nahlížet do spisu dle ust. § 38 správního řádu, a zásadám uvedeným v ust. § 6 zákona. Navrhovatel konstatuje, že Úřad vychází pouze z vyjádření uchazeče, přičemž není v jeho možnostech ani kompetencích toto vyjádření ověřit.

7. K absenci prokázání právního zájmu či jiného vážného důvodu k nahlížení do dané přílohy č. 1 návrhu smlouvy navrhovatel uvádí, že je účastníkem správního řízení a jako takový je oprávněn k nahlížení do spisu ze zákona, uvedený důvod je tedy podle něj irelevantní. Podle navrhovatele nelze v daném případě použít ani ust. § 38 odst. 6 správního řádu, přičemž v této souvislosti odkazuje na definici utajované informace v ust. § 2 písm. a) zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů, podle něhož je vyloučeno, aby příloha, která je součástí nabídky na poskytování běžných telekomunikačních služeb, obsahovala utajované informace ve smyslu uvedeného zákona. Obdobně nelze údajům z přílohy přiznat ani zákonem uznanou povinnost mlčenlivosti.

8. Navrhovatel zdůrazňuje, že i když jeho návrh obecně směřuje proti zadávacím podmínkám, jeho podstatná část napadá zcela konkrétně způsob hodnocení nabídek a dílčí hodnotící kritéria, podle nichž mají být hodnoceny údaje uvedené v dané příloze č. 1 návrhu smlouvy. Dle názoru navrhovatele tak tvrzení, že navrhovatel nemůže z dotčené přílohy zjistit skutečnosti související s jeho návrhem, neodpovídá skutečnosti. Ze skutečnosti, že zadavatel již mohl provést posouzení a hodnocení nabídek, vyplývá, že daná příloha je součástí spisu a bude jí nevyhnutelně prováděn důkaz. S odkazem na ust. § 38 odst. 6 správního řádu ji tedy nelze vyloučit z nahlížení, ani pokud by obsahovala utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti.

9. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel navrhuje, aby bylo napadené usnesení zrušeno a aby mu bylo umožněno nahlížet do spisu v plném rozsahu.

III. Řízení o rozkladu

10. 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.

11. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

12. Úřad tím, že nevyhověl žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného usnesení.

IV. K námitkám rozkladu

13. Předem uvádím, že jsem se v plné míře ztotožnil i s odůvodněním napadeného usnesení. Nad rámec jeho odůvodnění však považuji za vhodné uvést následující.

14. K námitce navrhovatele týkající se věcné nesprávnosti napadeného usnesení a neoprávněnosti použití ust. § 122 odst. 2 zákona ve vztahu k relevantním ustanovením správního řádu, která upravují práva účastníků správního řízení ve věci nahlížení do spisu uvádím, že Úřad správně posoudil všechny okolnosti, které byly v tomto případě dány. Podle ust. § 17 obchodního zákoníku je obchodní tajemství tvořeno veškerými skutečnostmi obchodní, výrobní či technické povahy souvisejícími s podnikem, které mají skutečnou nebo alespoň potenciální materiální či nemateriální hodnotu, nejsou v příslušných obchodních kruzích běžně dostupné, mají být podle vůle podnikatele utajeny a podnikatel odpovídajícím způsobem jejich utajení zajišťuje. Ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách je pak podle ust. 122 odst. 2 tohoto zákona Úřad povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno. K tomu odborná literatura uvádí, že mezi skutečnosti, které lze považovat za obchodní tajemství, patří i např. obchodní plány, obchodní kalkulace apod.[1] Dále je pokládáno za nutné, aby Úřad nakládal se skutečnostmi, které tvoří obchodní tajemství tak, aby toto obchodní

[1] Plíva, Štenglová, Tomsa a kol. *Obchodní zákoník – komentář*. C. H. Beck 2001, s. 64

tajemství nebylo porušeno. V praxi je tedy třeba zajistit, aby obchodní tajemství nebylo porušeno nahlédnutím do správních spisů, které Úřad vede. Přitom je třeba ověřit, zda příslušná listina, kterou účastník řízení za obchodní tajemství označí, takové skutečnosti vskutku obsahuje, tedy zda jsou naplněny všechny pojmové znaky poskytované výše citovaným ust. § 17 obchodního zákoníku[2]. V daném případě jsem po opětovném přezkoumání problematiky týkající se obchodního tajemství obsaženého v příloze č. 1 návrhu smlouvy obsaženého v nabídce vybraného uchazeče dospěl k závěru, že všechny pojmové znaky obchodního tajemství jsou splněny, neboť příloha obsahuje obchodní skutečnosti technické povahy související s podnikem, tyto skutečnosti mají potenciální materiální či nemateriální hodnotu, mají být podle vůle podnikatele utajeny a podnikatel odpovídajícím způsobem jejich utajení zajišťuje. K tomuto závěru jsem byl veden výše uvedenými odbornými názory, neboť sporná příloha č. 1 obsahuje zejména obchodní kalkulace, které nejsou v příslušných obchodních kruzích z titulu výlučnosti obchodní nabídky pro zadavatele a jedinečnosti obchodní a cenové politiky podnikatele jiným osobám běžně dostupné a podnikatel takto dotčené skutečnosti označil jako utajené a svým stanoviskem v rámci správního řízení jejich utajení zajistil. K tvrzení navrhovatele, že informace označené jako utajené byly předmětem posouzení a hodnocení nabídek a jsou tedy i součástí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek dále uvádím, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek nebyla z nahlížení do spisu vyňata a na možnost neomezeného nahlížení do ostatních částí spisu byl navrhovatel Úřadem v odůvodnění napadeného usnesení výslovně upozorněn.

15. Namítané oprávnění navrhovatele k nahlížení do spisu z titulu jeho účastenství v řízení jsem nemohl vzít při rozhodování v této věci v úvahu jako relevantní, neboť nahlížení do správního spisu na základě ust. § 38 správního řádu mu napadeným rozhodnutím upřeno nebylo. K tomu dále uvádím, že zákon o veřejných zakázkách je ke správnímu řádu jako k obecnému procesnímu předpisu v poměru speciality a z tohoto důvodu podrobněji specifikuje povinnosti správního orgánu při vedení řízení. K další námitce navrhovatele pomocí definice utajované informace podle ust. § 2 písm. a) zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů, dodávám, že tento zákon nemá k projednávanému případu jakoukoli procesní ani hmotně-právní relevanci.

16. V otázce, zda daná příloha je součástí spisu a bude jí nevyhnutelně prováděn důkaz a tedy ji podle navrhovatele v souladu s ust. § 38 odst. 6 správního řádu nelze vyloučit z nahlížení, jsem se rovněž musel ztotožnit se závěrem napadeného usnesení, neboť základním účelem práva na nahlížení do spisu je zejména umožnit účastníkům řízení vyjádřit se ke všem podkladům pro rozhodnutí, přičemž ovšem příloha č. 1 návrhu smlouvy, do které bylo nahlížení odepřeno, nebyla v tomto případě podkladem pro vydání rozhodnutí ve věci. Ve zbytku odkazuji na obsah napadeného usnesení, s nímž jsem v plném rozsahu ztotožnil

V. Závěr

17. Po zvážení všech aspektů dané věci, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

[2] Neruda R., Raus D. *Zákon o veřejných zakázkách – komentář*. Linde 2007, s. 782

P o u č e n í

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:

INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha

Vypraveno dne: **viz otisk razítka na poštovní obálce,**
nebo časový údaj na obálce datové zprávy