UOHSX00435B9

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R211/2011/VZ-3683/2012/310/JSl V Brně dne: 1. března 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 9. 2011 podaném navrhovatelem –

- společností **GTS Czech, s. r. o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha, za niž jedná David Šita, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci Tomášem Pfefferem, IČ 87705508, s místem podnikání Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S244/2011/VZ-12136/2011/510/HOd ze dne 30. 8. 2011 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Krajské nemocnice Středočeského kraje, příspěvkové organizace**, IČ 72042524, se sídlem Zborovská 11, 150 21 Praha, za niž jedná MUDr. Kateřina Pancová, ředitelka,

učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Jednotná komunikační infrastruktura zdravotnických zařízení Středočeského kraje“**, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 11. 2009 pod evidenčním číslem 60039132 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 12. 2009 pod ev. č. 2009/S 231-331571, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 23. 12. 2009,

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-S244/2011/VZ-12136/2011/510/HOd ze dne 30. 8. 2011

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Krajská nemocnice Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČ 72042524, se sídlem Zborovská 11, 150 21 Praha (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1], v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 11. 2009 pod evidenčním číslem 60039132 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 12. 2009 pod ev. č. 2009/S 231-331571, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 23. 12. 2009, oznámení otevřeného zadávacího řízení podle § 27 zákona na realizaci veřejné zakázky s názvem „Jednotná komunikační infrastruktura zdravotnických zařízení středočeského kraje“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Již v minulosti byl postup zadavatele ve výše uvedené veřejné zakázce předmětem přezkumu ze strany Úřadu. Dne 27. 7. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S115/2010/VZ-8142/2010/510/IFa, kterým zrušil rozhodnutí zadavatele, kterým bylo zrušeno zadávací řízení z důvodu podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť neshledal na straně zadavatele naplnění důvodů zvláštního zřetele hodných, pro které by nebylo možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Dále Úřad vydal dne 31. 1. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S458/2010/VZ-339/2011/510/IFa, kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 80 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona tím, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23. 9. 2010 ani jiná část zadávací dokumentace neobsahovala transparentní odůvodnění související se změnou závěrů hodnotící komise tak, jak vyplývají ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 15. 2. 2010, při posuzování splnění podmínky „sankční pokuty za nedodržení veškerých požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky“, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Úřad proto naposledy citovaným rozhodnutím zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením nabídek zdokumentované ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23. 9. 2010 a současně zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.

3. Úřad obdržel dne 27. 6. 2011 návrh společnosti GTS Czech s. r. o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl námitkám navrhovatele proti rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. K uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.

4. Navrhovatel v podaném návrhu ve vztahu k důvodům svého vyloučení nejprve odkázal na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S115/2010/VZ-8142/2010/510/IFa ze dne 27. 7. 2010, v němž Úřad mj. konstatoval, že nelze akceptovat ani jen teoretickou možnost „budoucího“ vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Co se týče důvodu vyloučení – nesplnění zadávací podmínky smluvního závazku k sankčním pokutám za nedodržení

[1] Pozn.: pokud je 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 v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

veškerých požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky, navrhovatel uvedl, že jím předložený návrh smlouvy obsahuje ve vztahu k mobilním a podpůrným službám pouze takové sankce, jejichž podmínky a minimální úroveň zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci, jinými slovy zadávací dokumentace nestanovila, jaké konkrétní parametry by měly smluvními pokutami být zajištěny a v jaké výši. Navrhovatel v této souvislosti namítal, že v tomto ohledu zadávací dokumentace nevyhovuje požadavkům, které na ni klade § 44 odst. 1 zákona, neboť neobsahuje údaje, požadavky a technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. K údajnému nesplnění podmínky minimálního rozsahu sankční pokuty k tíži uchazeče za nesplnění maximální doby zřízení služeb, navrhovatel obdobně setrval na stanovisku, že jím předložený návrh smlouvy neobsahuje minimální rozsah sankční pokuty ve vztahu k tzv. podpůrným službám proto, že zadávací dokumentace neobsahovala ani tento požadavek (s odkazem na čl. 6 odst. 10 zadávací dokumentace stanovil zadavatel tento požadavek pouze vůči telekomunikačním službám v pevné a mobilní síti). Navrhovatel upozornil, že podpůrné služby nebudou „zřizovány“, ani „předávány do užívání“, neboť jejich faktickým obsahem je především zpracování výkazů pro uživatele telefonních služeb, monitorování síťového provozu a služby implementace. Z výše uvedených důvodů navrhovatel trval na tom, že hodnotící komise při posouzení jeho nabídky pochybila a zadavatel následně neoprávněně rozhodl o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení. Z tohoto důvodu se navrhovatel domáhal, aby Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení.

5. Zadavatel vyjádřil svůj nesouhlas s podaným návrhem a důvody vyloučení navrhovatele považoval za zákonné. Navrhovatel si patrně nepřečetl text odstavců 1 a 2 části 6 zadávacích podmínek, z nichž zadavatel ve svém vyjádření citoval. Jelikož zadavatel postupoval v intencích rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S115/2010/VZ-8142/2010/510/IFa ze dne 27. 7. 2010 a č. j. ÚOHS-S458/2010/VZ-339/2011/510/IFa ze dne 31. 1. 2011, navrhl, aby Úřad správní řízení zastavil.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. 8. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S244/2011/VZ-12136/2011/510/HOd (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se správní řízení podle § 118 zákona zastavuje a že podle § 119 odst. 2 zákona a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**vyhláška**“), není zadavatel povinen hradit náklady řízení.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poté, co odkázal na ust. § 74 odst. 1 a § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona, uvedl, že zadavatel jako důvody vyloučení navrhovatele jmenoval v prvé řadě nesplnění podmínky, aby se navrhovatel v nabídce nebo návrhu smlouvy zavázal k sankčním pokutám za nedodržení veškerých požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky (pro části plnění dle čl. A.3 přílohy č. 1 zadávací dokumentace s názvem „Mobilní služby“ a pro část plnění dle čl. A.4 přílohy č. 1 zadávací dokumentace s názvem „Podpůrné služby“). Jako v pořadí druhý důvod vyloučení navrhovatele uvedl zadavatel, že v nabídce nebo v návrhu smlouvy není splněna zadávací podmínka: „Minimální rozsah sankční pokuty

k tíži uchazeče za nesplnění maximální doby zřízení služeb dle předchozího odstavce je 10 % z měsíční ceny služby za každý den prodlení se zřízením služby nad rámec požadované maximální lhůty.“ pro část plnění dle čl. A.4 přílohy č. 1 zadávací dokumentace s názvem „Podpůrné služby“. Zadavatel dále v rámci kapitoly č. 6 „Obchodní podmínky“ stanovil, že doba zřízení a předání jednotlivých služeb nesmí být delší než tři měsíce od zadání veřejné zakázky postupem dle § 92 zákona.

8. K vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení pak Úřad, s odkazem na § 6 zákona, nejprve v obecné rovině konstatoval, že v situaci, kdy je zadávací podmínka vymezena nejednoznačně a umožňuje různou interpretaci ze strany uchazečů, nelze ji vykládat k tíži uchazečů. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel v odstavci 10, větě první kapitoly 6 zadávací dokumentace nekonkretizoval požadavky na smluvní závazek k sankčním pokutám za nedodržení veškerých požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky. Uchazeči tudíž nezískali z textu zadávacích podmínek informaci, v jaké výši sankční pokuty by se měli zavázat. Z tohoto důvodu shledal Úřad zadávací dokumentaci za nejasnou a neúplnou. Obecné ustanovení, kterým se uchazeč zavazuje ke smluvním sankčním pokutám, aniž by bylo zřejmé, o jakou výši pokuty se jedná, nelze považovat za takové smluvní ujednání, které by dodavatele k čemukoli zavazovalo. Nesplnění takových nejednoznačných zadávacích podmínek nemůže mít za následek vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení, a proto ani v šetřeném případě nemohlo mít nesplnění požadavku ve smyslu § 76 odst. 1 zákona, týkajícího se smluvního závazku k sankčním pokutám za nedodržení požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky, za důsledek vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.

9. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval vyloučením navrhovatele z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění zadávací podmínky týkající se minimálního rozsahu sankční pokuty ve vztahu k podpůrným službám. Ačkoli zadavatel nestanovil konkrétní sankční podmínky za nedodržení veškerých požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky, ve vztahu k nesplnění maximální doby zřízení služeb vymezil minimální rozsah sankční pokuty ve výši 10 % z měsíční ceny služby za každý den prodlení se zřízením služby nad rámec požadované maximální lhůty. Ze znění odstavce 9 kapitoly 6. zadávací dokumentace jasně vyplývá, že směřuje vůči všem službám; zřízení a předání služeb do užívání zadavateli nelze chápat jinak, nežli tak, že se jedná o zřízení a předání všech služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky, neboť zadavatel žádné služby z příslušných ustanovení zadávací dokumentace nevyčlenil. V případě všech služeb tak musí nutně dojít k počátku jejich poskytování, tj. k jejich zřízení, a současně k jejich předání objednateli. Proto nelze spatřovat důvod, pro nějž by se požadavek uvedený ve větě druhé odstavce 10 kapitoly 6. zadávací dokumentace neměl vztahovat na podpůrné služby. Neuvedením žádné sankční pokuty za nesplnění maximální doby zřízení služeb ve vztahu k požadovaným podpůrným službám v návrhu smlouvy nesplnil navrhovatel požadavek zadavatele uvedený v odstavci 10, větě druhé kapitoly 6. zadávací dokumentace, a proto byl z účasti v zadávacím řízení vyloučen oprávněně. I v případě nesplnění jediného zákonného požadavku nebo požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci je zadavatel povinen takovou nabídku vyřadit a příslušného uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení (§ 76 odst. 6 a § 60 odst. 1 zákona).

10. K odkazu na citaci z odůvodnění rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S115/2010/VZ-8142/2010/510/IFa ze dne 27. 7. 2010 Úřad konstatoval, že tímto textem nebyla zkoumána oprávněnost vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, nýbrž oprávněnost zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 3 písm. b) zákona ještě před tím, než byl navrhovatel z další účasti v zadávacím řízení vyloučen.

III. Námitky rozkladu

11. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 15. 9. 2011 rozklad navrhovatele, který v jeho úvodu vyjadřuje své přesvědčení o nezákonnosti a nesprávnosti napadeného rozhodnutí. Poukazuje na nízkou úroveň odůvodnění, v němž Úřad rezignoval na bližší zkoumání oprávněnosti vyloučení navrhovatele, aniž by hlouběji přezkoumal zadávací podmínky, a v němž se nevypořádal s veškerou argumentací navrhovatele uvedenou v návrhu. Navrhovatel je s Úřadem ve shodě, pokud jde o odkaz na čl. 6 odst. 9 a 10 zadávací dokumentace (a jeho obsah dále v podaném rozkladu cituje), neboť pouze na tomto místě jsou v zadávacích podmínkách zmíněny požadavky zadavatele na sankce. Má však zato, že Úřad neposoudil obsah a význam výše zmíněných zadávacích podmínek správně a ve vztahu k podpůrným službám. Z čl. 6 odst. 9 a 10 zadávací dokumentace podle navrhovatele výslovně vyplývá, že požadované sankční pokuty se vztahují na služby, které splňují kumulativně tři podmínky: zaprvé, jsou zřizovány, zadruhé se na jejich zřízení vztahuje doba tří měsíců od zadání příslušné veřejné zakázky a zatřetí je stanovena měsíční cena za služby, z níž se potom výše sankční pokuty vypočítává. Žádná z uvedených podmínek však není u podpůrných služeb (zahrnující výkazy pro uživatele telefonních služeb, monitorování síťového provozu a služby implementace) splněna.

12. Navrhovatel v další části rozkladu vyjmenované podmínky rozvádí. Uvádí, že žádná z podpůrných služeb není zřizována v tom významu, jaký je běžné užíván v souvislosti s telekomunikačními službami a jaký užívá zadavatel v zadávacích podmínkách. O zřízení se v zadávací dokumentaci hovoří pouze v souvislosti s veřejnými telefonními, mobilními a datovými službami, avšak o zřízení podpůrných služeb není v čl. A.4 přílohy 1 zadávací dokumentace zmínka. Poskytování podpůrných služeb vždy navazuje na předchozí zřízení telekomunikačních služeb (s výjimkou implementace, která mu předchází). Úřad se tak v odůvodnění napadeného rozhodnutí uchýlil ke značně tendenčnímu výkladu ve prospěch zadavatele, když dovodil, že zřízením služby je míněn počátek jejího poskytování, aniž se pečlivěji zabýval druhem a povahou podpůrných služeb. Z uvedeného důvodu se navrhovatel domnívá, že na podpůrné služby nelze uplatnit požadavek sankční pokuty. Co se týče lhůty zřízení, na niž odkazuje odstavec o sankčních pokutách, navrhovatel opětovně trvá na tom, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že žádná z podpůrných služeb nemá být zahájena ve tříměsíční lhůtě uvedené v čl. 6 odst. 9 zadávací dokumentace. Výkazy mají být poskytnuty k 25. dni v měsíci, ve kterém byla vystavena faktura za telefonní služby, monitorování se vztahuje k linkám, které již byly zřízeny, a implementace začíná probíhat před poskytováním telekomunikačních služeb, aniž by k nim měla přímý vztah. Konečně k podmínce, aby byla ke každé podpůrné službě stanovena měsíční cena, z níž by pak bylo možné odvíjet výši sankční pokuty, navrhovatel upozorňuje, že cena za výkazy a implementaci není v nabídce navrhovatele stanovena, což je plně v souladu se zadávacími podmínkami i s povahou služeb.

Výkazy jsou součástí telefonních služeb, jejichž zřízení je zajištěno sankcí v souladu se zadávacími podmínkami, implementace není oceněna měsíčně, ale za den, a v případě monitoringu je sice měsíční cena uvedena, ale s ohledem na dříve uvedené skutečnosti to není pro posouzení věci rozhodující.

13. Navrhovatel tak v podaném rozkladu uzavírá, že ať se posuzuje text zadávací dokumentace z kteréhokoli hlediska (význam, účel i slovní výklad), minimální výši sankční pokuty zadavatel k podpůrným službám nepožadoval. Z hlediska charakteru a způsobu plnění se podpůrné služby stávají součástí telekomunikačních služeb, na něž se minimální rozsah sankční pokuty vztahuje, přičemž navrhovatel ve své nabídce tuto sankční pokutu uvedl. Napadené rozhodnutí tak podle navrhovatele odporuje § 2 odst. 4, § 3 a § 7 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), jeho odůvodnění je věcně i právně vadné, neboť bylo založeno na nedostatečně zevrubném posouzení zadávací dokumentace a tendenčním výkladu relevantních zadávacích podmínek, a tedy došlo k poškození práv navrhovatele a k nesplnění cíle výkonu a dohledu podle § 112 odst. 2 písm. b) zákona.

14. Navrhovatel se proto domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

15. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j ÚOHS-S244/2011/VZ-14811/2011/510/HOd ze dne 16. 9. 2011 zadavateli lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Zadavatel se k podanému rozkladu vyjádřil s tím, že se plně ztotožňuje s napadeným rozhodnutím, neboť jej považuje za věcně i právně správné a souladné se zákonem.

16. 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.

17. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S244/2011/VZ-12136/2011/510/HOd ze dne 30. 8. 2011 rozhodl, že se správní řízení podle § 118 zákona zastavuje a že podle § 119 odst. 2 zákona a podle § 1 odst. 1 vyhlášky není zadavatel povinen hradit náklady řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. K námitkám nejasnosti a neúplnosti zadávací dokumentace uvádím, že z podaného rozkladu a z vyjádření zadavatele k němu vyplývá, mezi navrhovatelem a zadavatelem není sporu o tom, že jeden z důvodů, pro který došlo k vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, neměl oporu v zákoně. V konkrétní rovině se jednalo o údajné nesplnění zadávací podmínky týkající se závazku k sankčním pokutám ve vztahu k mobilním a podpůrným službám; v jejich souvislosti Úřad shledal, že zadavatel v kapitole 6 odstavci 10 větě první zadávací dokumentace nekonkretizoval požadavky na smluvní závazek k sankčním pokutám za nedodržení veškerých požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky, a tudíž z citované části zadávací dokumentace uchazeči nezískali představu zejména o tom, v jaké výši sankční pokuty by se měli smluvně zavázat. Úřad tak dospěl k závěru, že výše zmíněnou část zadávací dokumentace nelze považovat za jasnou a úplnou a tuto její nejasnost a neúplnost nelze v konečném důsledku klást k tíži uchazečů.

20. Vzhledem k tomu, že odůvodnění napadeného rozhodnutí tuto nejasnost a neúplnost zadávacích podmínek sice konstatovalo, avšak k možnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky a k důsledkům plynoucím pro zadavatele se nevyjádřilo, považuji za vhodné se k této problematice vrátit nyní, v řízení o rozkladu, byť rozklad jako takový nemíří ani do závěrů o nejasnosti a neúplnosti zadávacích podmínek, ani do podoby a obsahu odpovídající části odůvodnění napadeného rozhodnutí. V uvedeném postupu jsem veden konstantní judikaturou (např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75), podle níž není vyloučeno, aby byly absentující úvahy napadeného rozhodnutí plně nahrazeny úvahami orgánu rozhodujícího o rozkladu, a to dokonce i na podkladě doplněného dokazování a nad rámec důvodů rozkladu (pokud jde o otázky zákonnosti, jak předvídá § 89 odst. 2 správního řádu), neboť dvojinstančnost, spolu se zásadou úplné apelace, které řízení o rozkladu ovládají, takový postup umožňují.

21. Zaměřil jsem se tedy nyní na otázku, zda mohla Úřadem zjištěná nejasnost a neúplnost zadávacích podmínek ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tedy zda způsobem, kterým byla kapitola 6 odstavce 10 věta první formulována, mohlo dojít k naplnění podmínek pro uložení nápravného opatření podle § 118 zákona. K tomu uvádím, že navrhovatel na možný nesoulad zadávacích podmínek s ustanovením § 44 odst. 1 zákona upozorňoval již v námitkách proti rozhodnutí o svém vyloučení (a následně i v podaném návrhu), a tedy těmito námitkami fakticky brojil nejen proti rozhodnutí o svém vyloučení, ale i proti zadávacím podmínkám. Ustanovení § 110 odst. 3 zákona (ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení) však stanoví, že námitky musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. To znamená, že v případě, kdy stěžovatel podává námitky proti zadávacím podmínkám, bude rozhodným okamžikem pro běh lhůty ve většině případů datum poskytnutí zadávací dokumentace či uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení. Námitky proti zadávacím podmínkám však byly podány až několik měsíců od tohoto okamžiku. Ustanovení § 110 odst. 7 zákona dále stanoví, že podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Za této situace by tedy řízení o návrhu navrhovatele v části mířící proti zadávacím podmínkám nutně

muselo být zastaveno jakožto podané k tomu neoprávněnou osobou [§ 118 zákona *in fine*] a Úřad by otázku souladu zadávacích podmínek se zákonem nemohl věcně přezkoumat (a tím méně tento nedostatek zhojit nápravným opatřením nebo zadavatele uznat vinným za spáchání správního deliktu a postihnout pokutou).

22. Jelikož Úřad k zastavení správního řízení přistoupil z jiného důvodu, a to pro nedůvodnost podaného návrhu, absentující část odůvodnění napadeného rozhodnutí týkající se námitek proti zadávacím podmínkám nemá vliv na podobu jeho výroku. Z uvedeného důvodu jsem odůvodnění napadeného rozhodnutí doplnil nyní, rozhodnutím o rozkladu, a tento postup jsem z hlediska nápravy vad prvostupňového rozhodnutí shledal jako dostačující.

23. K otázce vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení konstatuji, že navrhovatel v podaném rozkladu setrvává na stanovisku, že ani jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění zadávací podmínky týkající se minimálního rozsahu sankční pokuty ve vztahu k podpůrným službám, nemá oporu v zákoně. Podle jeho názoru se zadavatelem požadované sankční pokuty mohou vztahovat pouze na služby, které splňují kumulativně tři podmínky, a to že jsou zřizovány, že se na jejich zřízení vztahuje doba 3 měsíců a konečně že je v jejich případě stanovena měsíční cena služby.

24. K tomu uvádím, že jsem se ztotožnil se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí, jehož odůvodnění se otázkou vyloučení navrhovatele pro nesplnění zadávací podmínky týkající se minimálního rozsahu sankční pokuty ve vztahu k podpůrným službám zabývalo podrobně v bodech 30 až 32. Ve shodě s Úřadem tak opakuji, že ze znění odstavce 9 kapitoly 6 zadávací dokumentace jasně vyplývá, že požadavek zadavatele směřuje vůči všem službám, jež mají být zadavateli vybraným uchazečem poskytnuty, neboť se v odstavci 9 kapitoly 6 zadávací dokumentace výslovně hovoří o době zřízení a předání jednotlivých služeb do užívání zadavateli. Zřízení a předání služeb do užívání zadavateli nelze chápat jinak, než že se jedná o zřízení a předání všech služeb, které jsou předmětem dané veřejné zakázky, neboť zadavatel z tohoto výčtu žádné služby nevyloučil.

25. Nepochybuji rovněž o tom, že v případě všech služeb, jež jsou předmětem veřejné zakázky, musí nutně dojít k časovému okamžiku zahájení jejich poskytování, jinými slovy ke zřízení těchto služeb a k jejich předání objednateli (zadavateli). Argumentace navrhovatele postavená na tom, že poskytování podpůrných služeb vždy navazuje na předchozí zřízení telekomunikačních služeb (s výjimkou implementace, která jí předchází), nijak nevyvrací skutečnost, že maximální doba zřízení služeb se vztahuje ke všem, a tedy i k podpůrným službám. Zadavatel zcela jasně stanovil v odstavci 9 kapitoly 6 zadávací dokumentace, že doba zřízení a předání jednotlivých služeb do užívání zadavateli nesmí být delší nežli 3 měsíce od zadání veřejné zakázky postupem podle § 92 zákona. Neexistuje tak důvod, proč by zadavatel nemohl tímto způsobem ošetřit nejzazší termín poskytování jednotlivých služeb i přesto, že se počátek jejich poskytování řídí i dalšími okolnostmi (např. 25. dnem měsíce, v němž byla vystavena faktura za telefonní služby). K dílčím námitkám zmiňujícím nemožnost ocenění podpůrných služeb, jsem toho názoru, že měsíční cena implementace se dá odvodit z její ceny za den. Za situace, kdy dvě ze tří dílčích služeb jsou oceněny, není rozhodné, že v případě výkazů se jedná o služby, jejichž zřízení je zajištěno sankční pokutou za nikoli řádné

poskytnutí telefonních služeb; nic ostatně nebránilo navrhovateli ocenit i výkazy za telefonní služby a od tohoto ocenění dále odvíjet výši sankční pokuty.

26. Neztotožnil jsem se tedy s výkladem odstavce 9 kapitoly 6 zadávací dokumentace tak, jak byl prezentován v podaném rozkladu, a neshledal jsem rovněž ze strany Úřadu nic, co by nasvědčovalo závěru, že rezignoval na úplné a správné zjištění skutkového stavu, že by preferoval některého z účastníků řízení před jiným nebo že by přijal řešení, které odporuje okolnostem daného případu. Za podstatné považuji, že se Úřad neztotožnil s právním názorem navrhovatele, což však bez dalšího nezakládá nezákonnost nebo nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

27. Bylo tedy zjištěno, že existuje alespoň jeden důvod, pro který byl navrhovatel ze zadávacího řízení oprávněně vyloučen, a proto v postupu zadavatele nelze spatřovat porušení zákona nebo některé z jeho zásad (zakotvených v § 6 zákona). Pro úplnost uvádím, že z předložené dokumentace vyplývá, že v předmětném zadávacím řízení byly podány pouze dvě nabídky, a to nabídka navrhovatele a nabídka společnosti Telefónica Czech Republic, a. s., se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha.

28. Závěrem uvádím, že citace z odůvodnění rozhodnutí Úřadu ze dne 27. 7. 2010, č. j. ÚOHS-S115/2010/VZ-8142/2010/510/IFa, ve znění: „Je třeba zdůraznit, že Úřad v přezkumném řízení nemůže akceptovat ani teoretickou možnost ‚budoucího‘ vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.“, je zjevně vytržena z celkového kontextu odůvodnění citovaného rozhodnutí, a navrhovatelem interpretována bez návaznosti na dvě následující věty, v nichž Úřad konstatoval, že: „Pokud se zadavatel domníval, že nabídka navrhovatele nevyhověla všem zadávacím podmínkám, jak konstatovala hodnotící komise, měl ho vyloučit z další účasti v zadávacím řízení a potom by mohl postupovat podle § 84 odst. 3 písm. b) zákona. K vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení však nedošlo, přičemž údaje o sankcích jsou dle navrhovatele na str. 84 jeho nabídky (…).“. Odstavec 27 odůvodnění rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S115/2010/VZ-8142/2010/510/IFa ze dne 27. 7. 2010 se tedy týká důvodů pro zrušení zadávacího řízení jako celku, nikoli vyloučení navrhovatele, k němuž v době jeho vydání ještě nedošlo.

VI. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci 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.

30. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí měnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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. Krajská nemocnice středočeského kraje, p. o., Zborovská 11, 150 21 Praha
2. Tomáš Pfeffer, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha

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