

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 5.12.2008

Č. j. R168/2008/02-23650/2008/310-AS

V Brně dne 20. října 2008

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 29. srpna 2008 podaném

- **společností GTS NOVERA a. s., IČ 61058904, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za niž jedná Ing. Milan Rusnák, předseda představenstva,** zast. ve správním řízení na základě plné moci ze dne 26. 10. 2006 **společností INDOC s. r. o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/36, 169 00 Praha 6, za niž jedná Ing. Martin Kovařík, jednatel,**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. srpna 2008, č. j. S200/2008/VZ-16491/2008/520-Št,

kteřé bylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vydáno ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele -

- **DIAMO, státní podnik, IČ 00002739, Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem, zast. Ing. Bc. Jiří Ježem, ředitelem,**

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Služby elektronických komunikací**“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 14. 3. 2008 pod ev. č. 60015692 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 3. 2008 pod zn. 2008/S 53-72239, jehož dalším účastníkem je

- vybraný uchazeč – **Telefónica 02 Czech Republic, a. s., IČ 601 93 336, Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, Michle** za niž jedná Ing. Juraj Šedivý, 1. místopředseda představenstva a Ing. Petr Slováček, 2. místopředseda představenstva,

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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 8. 2008, č. j. S200/2008/VZ-16491/2008/520-Št,

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 prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel DIAMO, státní podnik, IČ 00002739, Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem, zast. Ing. Bc. Jiřím Ježem, ředitelem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 3. 2008 pod evid. č. 60015692 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 3. 2008 pod zn. 2008/S 53-72239 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Služby elektronických komunikací“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Po rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, jehož oznámení bylo doručeno uchazeči GTS NOVERA a. s., IČ 61058904, Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za niž jedná Ing. Milan Rusnák, předseda představenstva, zast. ve správním řízení na základě plné moci ze dne 26. 10. 2006 společností INDOC s. r. o., IČ 26164001, Šermířská 2378/36, 169 00 Praha 6, za niž jedná Ing. Martin Kovařík, jednatel (dále jen „GTS NOVERA“ a rovněž „navrhovatel“), dne 29. 5. 2008, podal jmenovaný uchazeč zadavateli námitky nazvané „Námitky proti o výběru nejvhodnější nabídky“ a datované „26. 3. 2008“, které zadavatel obdržel dne 13. 6. 2008.
3. Zadavatel podaným námitkám rozhodnutím ze dne 23. 6. 2008 nevyhověl a mj. k námitkám směřujícím proti volbě kritérií ekonomické výhodnosti nabídek konstatoval, že byly stěžovatelem podány opožděně. Rozhodnutí o námitkách obdržel uchazeč GTS NOVERA, podle dodejky dne 25. 6. 2008.
4. Vzhledem k tomu, že uchazeč GTS NOVERA se s rozhodnutím zadavatele o námitkách neztotožnil, podal dopisem ze dne 2. 7. 2008 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

5. Úřad obdržel návrh dne 7. 7. 2008 a tímto dnem bylo podle zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, v němž jako účastníky řízení označil zadavatele, navrhovatele a společnost Telefonica O2 Czech Republic, a. s., IČ 601 93 336, Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, Michle, za niž jedná Ing. Juraj Šedivý, 1. místopředseda představenstva, a Ing. Petr Slováček, 2. místopředseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).

Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. 8. 2008 rozhodnutí č. j. S200/2008/VZ-16491/2008/520-Št, kterým rozhodl, že se správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
7. V odůvodnění rozhodnutí Úřad uvedl, že přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení řízení. Úřad se ve svém odůvodnění zabýval otázkou, zda uchazeč GTS NOVERA skutečně podal námitky proti výběru nevhodnější nabídky, nebo zda námitky směřovaly proti podmínkám zadávacího řízení. Námitky navrhovatele doručené zadavateli dne 13. 6. 2008 byly po obsahové stránce totožné s návrhem na zahájení správního řízení podaného k Úřadu s tím, že návrh na zahájení správního řízení obsahuje navíc část argumentů navrhovatele o tom, že se v případě námitek datovaných „26. 3. 2008“, které zadavatel obdržel dne 13. 6. 2008 jednalo o námitky proti výběru nevhodnější nabídky.
8. Úřad po posouzení obsahu námitek a návrhu dospěl k závěru, že argumenty uchazeče GTS NOVERA týkající se podání námitek proti výběru nevhodnější nabídky jsou pouze účelové, a jeho námitky směřují proti stanovení podmínek zadávacího řízení, konkrétně proti stanovení dílčích hodnotících kritérií ekonomické výhodnosti nabídek, přičemž k podání námitek přistoupil navrhovatel až poté, co nebyla jeho nabídka vybrána jako nevhodnější.
9. Úřad konstatoval, že lhůta pro podání nabídek uplynula dnem 28. 4. 2008, a vzhledem k tomu, že navrhovatel podal ve stanovené lhůtě svou nabídku, je zřejmé, že obsah podmínek zadání včetně kritérií pro hodnocení nabídek a způsobu jejich hodnocení musel znát, jinak by nemohl svoji nabídku podat. Pokud jde o vlastní počátek běhu 15-ti denní lhůty, Úřad se neztotožnil s názorem zadavatele, že by tímto dnem musel být den převzetí dokumentace. Úřad k tomu dále uvedl, že pro posouzení dodržení lhůty pro podání námitek není rozhodný termín, kdy uchazeč zadávací dokumentaci obdržel, ale kdy se s ní seznámil. V daném případě se navrhovatel s dokumentací musel seznámit nejpozději do termínu pro podání nabídek, tj. do 28. 4. 2008, aby mohl vůbec nabídku podat. Námitky navrhovatele zadavatel obdržel až dne 13. 6. 2008, tedy více než po měsíci ode dne podání nabídky.
10. K námitce navrhovatele, že obsah návrhu směřoval proti výběru nevhodnější nabídky, neboť v něm obsažené námitky směřovaly proti hodnocení nabídek, Úřad uvedl, že provedené hodnocení (zaznamenané ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek) neobsahuje žádné nové skutečnosti, na základě kterých by až v této době mohl

navrhovatel dovodit, že kritéria ekonomické výhodnosti nabídek a zadávací podmínky jsou stanoveny zadavatelem v rozporu se zákonem. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatoval, že návrh navrhovatele ze dne 2. 7. 2008 nebyl podán k tomu oprávněnou osobou, a proto rozhodl o zastavení řízení.

II. Námitky rozkladu

11. Dne 3. 9. 2008 obdržel Úřad od navrhovatele rozklad, v němž nesouhlasí se závěry obsaženými v napadeném rozhodnutí. Navrhovatel ve svém rozkladu uvádí, že Úřad věc neposoudil správně a jeho rozhodnutí přesahuje rámec šetřeného případu i právní zájem navrhovatele. Navrhovatele nesouhlasí zejména se závěrem Úřadu, že námitky proti nesprávně stanoveným hodnotícím kritériím či nesprávně stanovenému způsobu hodnocení nabídek lze podat pouze jako námitky proti zadávacím podmínkám. Svoji argumentaci navrhovatel opírá o nejednoznačné stanovení dílčích hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek v zadávací dokumentaci. Dle navrhovatele nebylo na základě stanovených kritérií a způsobu hodnocení možné předjímat průběh vlastního hodnocení a tedy napadnout způsob hodnocení dřív, než po jeho provedení.
12. Další vadu napadeného rozhodnutí navrhovatel spatřuje v konstatování Úřadu, že hodnocení nabídek provedené dne 20. 5. 2008 neobsahuje žádné nové skutečnosti, z nichž by navrhovatel až v této době mohl dovodit nezákonnost kritérií a zadávacích podmínek. Navrhovatel své tvrzení opírá o skutečnost, že se na základě hodnocení dověděl o výběru nejvhodnější nabídky, kterou byla v daném případě nabídka vybraného uchazeče, jehož nabídková cena byla vyšší než nabídková cena navrhovatele. Dle navrhovatele je právě tato skutečnost onou novou skutečností, na jejímž základě dospěl k závěru, že kritéria a zadávací podmínky nebyla stanovena v souladu se zákonem.
13. Poslední námitkou, kterou navrhovatel ve svém návrhu namítá, je nesouhlas s odkazem Úřadu na datum námitek „26. 3. 2008“, které Úřad zakomponoval do svého odůvodnění. Dle navrhovatele se v daném případě jedná o písařskou chybu, k níž by nemělo být přihlíženo.

Závěr rozkladu

14. Z uvedených důvodů navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a uložil Úřadu meritorně přezkoumat předmětný návrh a vydat rozhodnutí ve věci samé.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření zadavatele k rozkladu

15. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel dopisem ze dne 9. 9. 2008, v němž vyjádřil svůj souhlas se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí.

Stanovisko předsedy Úřadu

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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 6. 8. 2008, č. j. S200/2008/VZ-16491/2008/520-Št, zastavil předmětné správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil. V další části tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

IV. K námitkám rozkladu

19. V otázce podání námitek proti zadávacím podmínkám plně souhlasím s názorem Úřadu, že navrhovatelem podané námitky směřují proti zadávacím podmínkám a nikoli proti výběru nejvhodnější nabídky. Úřad v napadeném rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem odůvodnil, proč v šetřeném případě lhůta pro podání námitek proti zadávací dokumentaci v době, kdy navrhovatel podal svoje námitky, již marně uplynula. K argumentaci Úřadu dodávám, že v šetřeném případě je zcela bezpředmětné řešit otázku, kdy nastal okamžik, v němž se navrhovatel dověděl nebo mohl dovědět o namítaném porušení zákona, neboť v daném případě i nejzazší okamžik, kterým je lhůta pro podání nabídek, nepostačuje pro dodržení zákonné 15-ti denní lhůty, tak jak je stanovena v ustanovení § 110 odst. 3 zákona.
20. K otázce stanovení lhůt pro podání námitek dále uvádím, že zákon upravuje podmínky pro podání námitek v ustanoveních § 110 odst. 3 a § 110 odst. 4 zákona. Ustanovení § 110 odst. 3 zákona upravuje obecnou lhůtu pro podávání námitek, zatímco § 110 odst. 4 zákona upravuje speciální lhůtu pro námitky proti vyloučení uchazeče nebo výběru nevhodnější nabídky. Zákonodárce včlenil do zákona obecnou a speciální lhůtu záměrně, a to z důvodu, aby nedocházelo k zásahům do zadávacího řízení až v době po výběru nejvhodnější nabídky. Takto stanovenou právní úpravou zákonodárce zamýšlel, aby se předešlo nesprávnému postupu zadavatele již v samém počátku, tj. do 15-ti dnů, kdy se dodavatel o porušení zákona dozvěděl. Tento postup má tedy přispět k odstranění nezákonného stavu, je-li to možné, ještě před rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a zabránění účelovým podáním námitek tehdy, když dodavatel ve výběrovém řízení neuspěje, ač mohl porušení zákona namítat dříve. Je možné ztotožnit se s názorem navrhovatele v tom, že porušení zákona zadavatelem se nemůže stát legitimním a nenapravitelným jen proto, že proti němu nikdo z dodavatelů neuplatnil námitky proti zadávacím podmínkám ve stanovené lhůtě. Současně s tímto tvrzením, ale nelze ustanovení § 110 odst. 3 zákona chápat tak, že dodavatel může své námitky proti zadávacím podmínkám uplatnit kdykoliv. Při takovém výkladu by toto ustanovení ve spojení s ustanovením § 110 odst. 4 zákona postrádalo smysl. Dále je

nutné dodat, že v případě, kdy Úřad získá pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, je dána možnost zahájit správní řízení z moci úřední. V šetřeném případě Úřad na základě získaných pochybností vydal předběžné opatření, kterým zakázal zadavateli uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem. Vzhledem k tomu, že byly pochybnosti Úřadu v průběhu vedeného správního řízení vyjasněny, nebylo v daném případě nutné správní řízení z moci úřední zahajovat. Vzhledem k tomu, že předmětné správní řízení bylo zastaveno z procesních důvodů a nikoliv hmotněprávních, není předmětem tohoto řízení řešit zákonnost postupu zadavatele v průběhu zadávacího řízení.

21. Nemohu se dále ztotožnit s argumentací navrhovatele ohledně nově zjištěných skutečností vyplývajících z hodnocení nabídek v rámci dílčích hodnotících kritérií. Navrhovatel ve svém vyjádření namítá, že nově zjištěnými skutečnostmi, které ho vedly k pochybnostem o souladu postupu zadavatele se zákonem, je zjištění, že byla vybrána nabídka, která obsahovala nabídkovou cenu vyšší, než byla nabídková cena uvedená v nabídce navrhovatele. K tomuto tvrzení uvádím, že vzhledem k tomu, že navrhovatel ve svých úvahách vychází pouze z hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny, kdy v šetřeném případě toto kritérium mělo váhu 35 % oproti ostatním hodnotícím kritériím s celkovou vahou 65 %, je zřejmé, že jako nejvýhodnější nabídka mohla být vyhodnocena i nabídka s vyšší nabídkovou cenou. Způsob hodnocení nabídek v rámci jednotlivých hodnotících kritérií byl dostatečně vymezen v zadávací dokumentaci, z čeho plyne, že si každý uchazeč mohl nasimulovat hodnocení nabídek, včetně hodnocení různých variant. Není tedy možné souhlasit s názorem, že se navrhovatel až po uskutečnění hodnocení dozvěděl nové skutečnosti vypovídající o možném porušení zákona.
22. K námitce navrhovatele ohledně podpůrného tvrzení Úřadu, který ve svém odůvodnění uvedl, že námitky navrhovatele byly datovány ke dni 26. 3. 2008, uvádím, že tato námitka je irelevantní, neboť z textu odůvodnění je zřejmé, že tato skutečnost neměla vliv na výsledné posouzení celé věci. Konstatování Úřadu bylo v tomto ohledu uvedeno pouze podpůrně jakožto jedna ze zjištěných skutečností.

V. Závěr

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když správní řízení podle § 114 odst. 3 zákona zastavil z důvodu podání návrhu osobou k tomu neoprávněnou, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
24. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u ě n í

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

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. DIAMO, státní podnik, Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem
2. Telefónica 02 Czech Republic, a. s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4-Michle
3. INDOC s. r. o., Rytířská 6/410, 110 00 Praha 1
4. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

