Rozhodnutí nabylo právní moci dne 15.1.2009

Č. j. : R176/2008/VZ-272/2009/310/ASc V Brně dne 12. ledna 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 10. 2008 navrhovatelem

- **společností McKinsey&Company, Inc. Prague – organizační složkou, IČ 27214869, se sídlem Na Rybníčku 5, 120 00 Praha 2**, ve správním řízení **zast.** na základě plné moci ze dne 24. 7. 2007 **T[redacted] K[redacted] a JUDr. Petrem Tomanem**, advokátem, IČ 42426570, se sídlem AK Trojanova 12, 120 00 Praha 2, kteří uzavřeli smlouvu o konsorciu za účelem podání společné nabídky,

proti výroku pod bodem 3. usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 9. 2008, č. j. S262/2008/VZ-19316/2008/540/Zaj, kterým byla navrhovateli stanovena lhůta pro zaslání dokladu potvrzujícího, že stejnopis návrhu byl ve lhůtě do 10ti kalendářních dnů ode dne, v němž účastník řízení obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, doručen zadavateli, a které bylo vydáno ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů při zadávání veřejné zakázky „**Výběr poradenské instituce pro privatizaci majetkové účasti státu ve společnosti České aerolinie a. s.**“, jehož dalšími účastníky jsou

- **zadavatel – Česká republika - Ministerstvo financí, IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1**, jejímž jménem jedná Ing. Miroslav Kalousek, ministr a

- **vybraný uchazeč – Deloitte Advisory s.r.o., IČ 27582167, se sídlem Karolinská 654/2, 186 00 Praha 8, a CMS Cameron McKenna v.o.s., IČ 25602381, se sídlem Karolíny Světlé 25, 110 00 Praha 1**, které uzavřely smlouvu o sdružení

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, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výrok pod bodem 3. usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 9. 2008, č. j. S262/2008/VZ-19316/2008/540/Zaj

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 Česká republika - Ministerstvo financí, IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1, jejímž jménem jedná Ing. Miroslav Kalousek, ministr (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 16. 5. 2008 oznámení otevřeného zadávacího řízení, pod evidenčním číslem 60017783, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21.5.2008 pod ev. č. 2008/S 97-130726, za účelem zadání veřejné zakázky „Výběr poradenské instituce pro privatizaci majetkové účasti státu ve společnosti České aerolinie a. s.“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 7. 8. 2008 vyplynulo, že po provedeném posouzení a hodnocení nabídek, předložili ekonomicky nejvýhodnější nabídku uchazeči Deloitte Advisory s.r.o., IČ 27582167, se sídlem Karolinská 654/2, 186 00 Praha 8, a CMS Cameron McKenna v.o.s., IČ 25602381, se sídlem Karolíny Světlé 25, 110 00 Praha 1, kteří uzavřely dne 3.7.2008 smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky (dále jen „vybraný uchazeč“). Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podala společnost McKinsey&Company, Inc. Prague – organizační složka, IČ 27214869, se sídlem Na Rybníčku 5, 120 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 24. 7. 2007 T[redacted] K[redacted] a JUDr. Petr Toman, advokát, IČ 42426570, se sídlem Trojanova 12, 120 00 Praha 2, kteří uzavřeli smlouvu o konsorciu za účelem podání společné nabídky (dále jen „navrhovatel“) námitky, kterým zadavatel nevyhověl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 18. 9. 2008 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Dne 19. 9. 2008 Úřad předmětný návrh obdržel a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Napadené usnesení

3. Úřad vydal dne 29. 9. 2008 usnesení č. j. S262/2008/VZ-19316/2008/540/Zaj, kterým stanovil účastníkům řízení lhůty, v nichž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjadřovat se k podkladům rozhodnutí. Ve výroku pod bodem 3. shora uvedeného usnesení stanovil Úřad dále navrhovateli lhůtu k provedení úkonu zaslání dokladu potvrzujícího, že stejnopis návrhu byl ve lhůtě do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž účastník řízení obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, doručen zadavateli, jak stanoví § 113 odst. 2 zákona.

II. Námitky rozkladu

4. Dne 13. 10. 2008 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti výroku pod bodem 3. shora uvedeného usnesení, kterým mu byla uložena povinnost zaslat doklad potvrzující, že stejnopis návrhu byl ve lhůtě do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž účastník řízení obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, doručen zadavateli, jak stanoví § 113 odst. 2 zákona.

5. Navrhovatel ve svém rozkladu namítá, že z napadeného usnesení (resp. výroku pod bodem 3.) není patrné, kterému z členů konsorcia Úřad povinnost stanovenou navrhovateli ukládá, k čemuž uvádí následující skutečnosti. Podle názoru navrhovatele, Úřad stanovil ve výroku pod bodem 3. napadeného usnesení povinnost, přičemž neuvedl, který ze členů konsorcia má danou povinnost splnit. Dle navrhovatele, jsou účastníky konsorcia dva uchazeči, se kterými musí Úřad jednat, jako se samostatnými účastníky řízení, kterým musí být povinnosti ukládány samostatně. Navrhovatel se domnívá, že Úřad měl v úmyslu vyzvat pouze uchazeče McKinsley&Company, Inc. Prague, neboť ohledně uchazeče JUDr. Petra Tomana je situace skutkově jasná a vyplývá z dokumentace zadavatele.

Závěr rozkladu

6. S ohledem na shora uvedené skutečnosti žádá navrhovatel, aby předseda Úřadu svým rozhodnutím změnil výrok č. 3 napadeného usnesení tak, aby bylo výslovně uvedeno, kterému z členů konsorcia se daná povinnost ukládá, případně aby usnesení zrušil a věc vrátil k dalšímu řízení Úřadu.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření zadavatele k rozkladu

7. Zadavatel se k rozkladu vyjádřil dopisem ze dne 21. 10. 2008, ve kterém uvedl, že rozklad navrhovatele považuje za neopodstatněný a účelový. Zadavatel nesouhlasí s argumentací navrhovatele, že členové konsorcia jsou samostatnými účastníky řízení, z čehož navrhovatel vyvozuje, že Úřad musí uložit povinnost stanovenou v usnesení každému členovi sdružení samostatně, nikoliv konsorciu jako uchazeči o veřejnou zakázku.

8. Zadavatel dále uvádí, že dodavatelé, kteří se rozhodli účastnit se zadávacího řízení podáním společné nabídky, jsou z právních vztahů vzniklých v průběhu zadávacího řízení zavázáni společně a nerozdílně, a ze zákona vyplývá, že se považují za jednoho uchazeče. V tomto smyslu dle zadavatele uzavřeli uchazeči smlouvu o konsorciu.

9. Zadavatel se dále neztotožňuje s názorem navrhovatele, že na úkony týkající se společných věcí uchazečů o veřejnou zakázku je nutno pohlížet podle § 29 odst. 5 správního řádu a § 139 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, neboť zákon o veřejných zakázkách je speciální právní úpravou, která má přednost před obecnou právní úpravou.

Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu

10. Vybraný uchazeč se k rozkladu navrhovatele vyjádřil dopisem ze dne 21. 10. 2008, ve kterém uvádí, že rozklad navrhovatele považuje za účelový. Ke svému tvrzení dodává, že osoby, které podají společnou nabídku ve veřejné zakázce, jsou ve vztahu k právům a závazkům vzniklým v průběhu zadávacího řízení vázány společně a nerozdílně. Úřad podle názoru vybraného uchazeče postupoval v souladu se zákonem, když ve správním řízení jednal se členy konsorcia jako s účastníky, kteří musejí jednat společně, a uložil jim jako navrhovateli povinnost usnesením doručeným každému zvlášť, ale splnění povinnosti od nich vyžadoval formou společného úkonu. Navrhovatel se podle vybraného uchazeče snaží účelově dokázat, že členové konsorcia jsou rozdílní uchazeči o veřejnou zakázku, neboť sebe označují jako uchazeče č. 1, a uchazeče č. 2.

Stanovisko předsedy Úřadu

11. 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.

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené usnesení přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:

13. Úřad tím, že výrokem pod bodem 3. usnesení ze dne 29. 9. 2008, č. j. S262/2008/VZ-19316/2008/540/Zaj stanovil navrhovateli lhůtu k zaslání dokladu potvrzujícího, že stejnopis návrhu byl ve lhůtě do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž účastník řízení obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, doručen zadavateli, jak stanoví § 113 odst. 2 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V dalším textu odůvodnění tohoto rozhodnutí bude vysvětleno, proč jsem neshledal důvody pro zrušení tohoto usnesení.

IV. K námitkám rozkladu

14. K argumentaci rozkladu úvodem konstatuji, že klíčovou skutečností pro posouzení námitek uváděných navrhovatelem je posouzení, zda se v daném případě jednalo o podání společné nabídky. V této souvislosti je třeba vycházet z obsahu uzavřené smlouvy o konsorciu, z níž vyplývá, že účelem jejího uzavření bylo skutečně podání společné nabídky. Ustanovení § 69 odst. 4 zákona zakotvuje, že společnou nabídkou se rozumí nabídka, kterou podalo za podmínek stanovených v § 51 odst. 6 zákona více dodavatelů společně, přičemž dodavatelé podávající společnou nabídku se v takovém případě považují za jednoho uchazeče. S ohledem na obsah ustanovení § 51 odst. 6 zákona musí mít všichni uchazeči podávající společnou nabídku solidární odpovědnost. Z uvedeného je tedy zřejmé, že všichni uchazeči budou vůči zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně po celou dobu jejího plnění.
15. V bodu 3. výroku napadeného usnesení označil Úřad jakožto navrhovatele uchazeče McKinsey&Company, Inc. Prague – organizační složku, která je ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 7. 2007 T[redacted] K[redacted] a JUDr. Petra Tomana, advokáta, kteří uzavřeli smlouvu o konsorciu za účelem podání

společné nabídky. Z uvedeného výroku je dostatečně zřejmé, že uložená povinnost směřovala vůči oběma členům konsorcia společně. Jelikož se dodavatelé podávající společnou nabídku považují za jednoho uchazeče, postupoval Úřad správně, když uložil napadeným usnesením povinnost navrhovateli, neboť tento se účastnil zadávacího řízení, podal společnou nabídku a úkony v zadávacím řízení činil společně. Z označení subjektu navrhovatele tedy plyne, že daná povinnost směřovala vůči oběma účastníkům řízení společně a její splnění bylo ze strany Úřadu předpokládáno, jakožto společný úkon. Pro splnění povinnosti tedy bylo přípustné, aby daný doklad předložil kterýkoliv z členů konsorcia.

16. Závěrem chci podotknout, že v případech, kdy účastníkům řízení není zřejmá jakákoliv povinnost uložená ze strany Úřadu, nebo v případě jakýchkoliv dalších nesrovnalostí, které souvisí s průběhem vedeného správního řízení, má účastník možnost obracet se na Úřad ve formě dotazů. Tato forma je z pohledu obou zúčastněných stran vhodnější, než podání rozkladu, neboť pomáhá předcházet zbytečným průtahům řízení a urychlení projednání věci samé.

V. Závěr

17. 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 usnesení z důvodů uváděných v rozkladu.

18. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené usnesení změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e 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. Česká republika, Ministerstvo financí, Letenská 15, 118 10 Praha 1

2. T[redacted]K[redacted]

3. JUDr. Petr Toman, advokát, Trojanova 12, 120 00 Praha 2

4. Deloitte Advisory s. r. o., Karolinská 654/2, 186 00 Praha 8

5. CMS Cameron Mc Kenna v. o. s., Karolíny Světlé 25, 110 00 Praha 1

6. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce