UOHSX00856IH

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0065/2016/VZ-07892/2016/522/PKř Brno: 29. února 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 5. 2. 2016 na návrh ze dne 4. 2. 2016, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 110 00 Praha – Nové Město,
- navrhovatel – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha – Chodov, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 25. 1. 2016 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 9459, advokátní kancelář ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, IČO 63622777, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2,

ve věci veřejné zakázky „Mobilní telekomunikační služby“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 11. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 11. 2015 pod ev. č. 527373 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 236-429458,

rozhodl takto:

Správní řízení vedené o návrhu navrhovatele ze dne 4. 2. 2016 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha – Chodov – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Mobilní telekomunikační služby“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 11. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 11. 2015 pod ev. č. 527373 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 236-429458,

se podle § 117a písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť v souvislosti s podaným návrhem nedošlo k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na účet Úřadu ve lhůtě podle § 115 odst. 5 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 110 00 Praha – Nové Město (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Mobilní telekomunikační služby“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 11. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 11. 2015 pod ev. č. 527373 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 236-429458 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Podle bodu II.1.3) Oznámení o zakázce – veřejné služby se oznámení týká uzavření rámcové smlouvy, přičemž z bodu II.1.4) téhož oznámení je zřejmé, že se jedná o uzavření rámcové smlouvy s jedním účastníkem.

3. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle bodu II.1.5) Oznámení o zakázce – veřejné služby *„[p]oskytování telekomunikačních služeb v sítích GSM (hlasové služby a SMS; datové služby a připojení k Internetu; služba hromadného rozesílání SMS) a dodávky stolních GSM telefonů, modemů a příslušenství (včetně mimozáručního a pozáručního servisu).“*

4. Z bodu II.3) Oznámení o zakázce – veřejné služby je zřejmé, že rámcová smlouva má být uzavřena na 48 měsíců.

5. Lhůta pro podání nabídek byla podle bodu IV.3.4) Oznámení o zakázce – veřejné služby stanovena do 19. 1. 2016 ve 14:00 hod.

6. V čl. 4 „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že *„[d]odavatel ve své nabídce stanoví nabídkovou cenu vyjádřenou v Kč bez DPH. Nabídková cena bude vycházet z jednotkových cen (viz příloha č. 7 zadávací dokumentace), které budou obsahovat veškeré náklady dodavatele nezbytné pro řádnou a včasnou realizaci předmětu veřejné zakázky včetně nákladů souvisejících (např. poplatky, vedlejší náklady, předpokládaná rizika spojená s realizací předmětu plnění veřejné zakázky, příp. cestovní náklady, apod.). […] Nabídková cena se stanoví na základě tabulky pro kalkulaci nabídkové ceny, které tvoří přílohu č. 7 zadávací dokumentace. Vyplněná tabulka bude součástí nabídky uchazeče. Předpokládaná množství jednotek uvedená v této tabulce pro kalkulaci nabídkové ceny jsou orientační a slouží pouze pro účely vyhodnocení nabídek. Zadavatel odebere množství dle svých aktuálních potřeb při zachování finančních limitů stanovených ve vzoru smlouvy.“*

7. V čl. 5.2 „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že *„[h]odnocení nabídek proběhne v souladu s § 96 a § 97 zákona formou e-aukce realizované prostřednictvím elektronického nástroje dle zákona. Před zahájením e-aukce bude provedeno posouzení a předběžné hodnocení nabídek.“*

8. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 19. 1. 2016, zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem dvě nabídky, přičemž uchazeč T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha – Chodov, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 25. 1. 2016 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 9459, advokátní kancelář ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, IČO 63622777, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2 (dále jen „navrhovatel“) svou nabídku podal dne 19. 1. 2016.

9. Navrhovatel podal dne 25. 1. 2016 námitky směřující proti zadávacím podmínkám, které byly zadavateli doručeny téhož dne. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 28. 1. 2016 podaným námitkám nevyhověl s odůvodněním, že zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky jsou stanoveny v souladu se zákonem a základními zásadami zadávacího řízení. Navrhovatel obdržel rozhodnutí zadavatele o námitkách téhož dne.

10. Jelikož navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o námitkách, podal dne 5. 2. 2016 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“). S podáním návrhu složil navrhovatel na účet Úřadu dne 4. 2. 2016 kauci ve výši 100 000 Kč.

11. Dnem 5. 2. 2016, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Účastníky správního řízení jsou
    - zadavatel,
    - navrhovatel.

13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S0065/2016/VZ-04651/2016/522/PKř ze dne 8. 2. 2016.

14. Dne 12. 2. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 11. 2. 2016.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

15. Úřad přezkoumal náležitosti návrhu a na základě zjištěných skutečností konstatuje, že nedošlo k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona na účet Úřadu ve lhůtě podle § 115 odst. 5 zákona, a proto správní řízení podle § 117a písm. c) zákona zastavil. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

16. Podle § 111 odst. 1 zákona zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.

17. Podle § 114 odst. 4 věty první zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.

18. Podle § 114 odst. 5 zákona pokud zadavatel námitky nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona, lze návrh na uložení opatření k nápravě doručit Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem.

19. Podle § 115 odst. 1 zákona je navrhovatel s podáním návrhu povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky nebo za dobu prvních čtyř let plnění v případě smluv na dobu neurčitou, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 10 000 000 Kč. V případě, že navrhovatel nemůže stanovit celkovou nabídkovou cenu, je povinen složit kauci 100 000 Kč. V případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 200 000 Kč. Bankovní spojení Úřad uveřejní na své internetové adrese.

20. Podle § 115 odst. 5 zákona kauce musí být připsána na účet Úřadu nejpozději poslední den lhůty stanovené podle § 114 odst. 4 nebo 5 zákona pro doručení návrhu Úřadu.

21. Podle § 117a písm. c) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže nedošlo k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 na účet Úřadu ve lhůtě podle § 115 odst. 5 zákona.

22. Jak bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, navrhovatel složil v souvislosti s podáním návrhu na účet Úřad kauci ve výši 100 000 Kč. Navrhovatel v této souvislosti v návrhu dovozuje, že *„[v] případě dané Veřejné zakázky není možné stanovit celkovou nabídkovou cenu, jelikož není jistý rozsah skutečného plnění Veřejné zakázky z důvodu, že Veřejná zakázka má být realizována podle skutečných potřeb zadavatele a dále proto, že nabídkové ceny se ještě mohou změnit v průběhu elektronické aukce….“*

23. Jak vyplývá z dokumentace o veřejné zakázce (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí), navrhovatel rozhodnutí zadavatele o námitkách obdržel dne 28. 1. 2016. Podle § 115 odst. 5 zákona v návaznosti na ustanovení § 114 odst. 4 zákona tak posledním dnem lhůty pro připsání kauce na účet Úřadu byl den 8. 2. 2016.

24. Úřad uvádí, že z přílohy č. 7 zadávací dokumentace je zřejmé, že uchazeči měli pro výpočet nabídkové ceny využít tabulku pro kalkulaci nabídkové ceny (viz bod 6. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro představu o tvorbě nabídkové ceny Úřad uvádí podstatné části této tabulky:

Druh	Jednotka	Cena / jednotku (v Kč bez DPH)	Předpokládaný počet jednotek za 48 měsíců	Cena v Kč bez DPH za 48 měsíců	Maximální cena / jednotku (v Kč bez DPH)
jednotlivé druhy plnění					
	CELKOVÁ NABÍDKOVÁ CENA v Kč bez DPH				

25. V souvislosti s tvorbou nabídkové ceny Úřad doplňuje, že zadavatel v tabulce stanovil konkrétní specifikaci jednotky (např. 1 SIM, 1 minuta) a dále předpokládaný počet jednotek plnění za 48 měsíců. Uchazeči v rámci nabídky doplnili jednak cenu za jednotku plnění, a dále cenu za celkový předpokládaný počet jednotek za 48 měsíců. Celková nabídková cena pak

byla vypočtena jako součet jednotlivých položek uvedených uchazečem v rámci ceny za celkový předpokládaný počet jednotek za 48 měsíců.

26. Úřad dále uvádí, že z dokumentace o veřejné zakázce, konkrétně z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 19. 1. 2016, rovněž vyplývá, že navrhovatel v rámci zadávacího řízení podal nabídku na předmětnou veřejnou zakázku s nabídkovou cenou 564 774 779,25 Kč bez DPH.

27. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že navrhovatel měl společně s podáním návrhu na účet Úřadu složit kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny za dobu plnění předmětné veřejné zakázky, tj. 5 647 748 Kč, nejpozději však ke dni 8. 2. 2016.

28. Výše uvedené konstatování Úřadu vyplývá rovněž ze *Stanoviska Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k výpočtu kauce dle ust. § 115 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zák. č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů*, volně dostupného na webových stránkách Úřadu www.uohs.cz (dále jen „Stanovisko Úřadu“), v němž Úřad uvádí, že *„[a]ni v […] případě, kdy zadavatel v případě zadávání zakázky, jejímž předmětem jsou služby či dodávky, které budou realizovány podle skutečných potřeb zadavatele na základě garantovaných jednotkových cen, stanoví pro účely hodnocení modelový příklad rozsahu plnění, totiž nelze automaticky konstatovat, že by nebylo možno nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky, resp. celkovou nabídkovou cenu zjistit. […] Modelový příklad totiž představuje odhad skutečného průběhu plnění, v případě jeho ocenění uchazečem pak odhad skutečné uhrazené ceny (který se naplní, pokud bude skutečný průběh plnění odpovídat původnímu odhadu zadavatele), z hlediska nabídkové ceny však žádným „odhadem“ není, naopak se jedná o model pro navrhovatele – z hlediska koncipování jeho nabídkové ceny – závazný. Stejně tak je závazná a jednoznačná nabídková cena stanovená na základě takového modelu. Nabídkovou cenu navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky (celkovou nabídkovou cenu) tak lze nepochybně zjistit například v situaci, kdy zadavatel uzavírá smlouvu na dobu určitou a modelový příklad rozsahu plnění pokrývá celou tuto dobu (kauce se pak vypočítá jako 1 % z nabídkové ceny uvedené pro účely hodnocení v nabídce).“*

29. Ze Stanoviska Úřadu rovněž plyne, že *„[n]a možnost navrhovatele stanovit nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky nemá z povahy věci vliv sama o sobě ani skutečnost, že za určitých okolností (použití elektronické aukce podle § 96 a násl. zákona, jednání o nabídkách v těch druzích zadávacího řízení, u kterých je to přípustné) je možné, aby se nabídková cena v průběhu zadávacího řízení měnila. Lze-li v takovém zadávacím řízení nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky určit, pak skutečnost, že se v jeho průběhu mění (zpravidla snižuje), má vliv toliko na to, že navrhovatel bude povinen vypočíst výši kauce z aktuální výše své nabídkové ceny platné k okamžiku podání návrhu. Stále totiž platí, že ke každému jednotlivému okamžiku zadávacího řízení existuje pro jednoho uchazeče pouze jedna jediná nabídková cena, která musí být tomuto uchazeči, potažmo tedy navrhovateli známa.“*

30. Ve vztahu k závěrům uvedeným v právě citovaném stanovisku neshledává Úřad žádného důvodu pro jejich změnu s tím, že samo představuje odůvodněný právní výklad předmětných ustanovení zákona. Pokud navrhovatel argumentuje tím, že *není možné stanovit celkovou*

nabídkovou cenu, jelikož není jistý rozsah skutečného plnění Veřejné zakázky (k tomu srov. bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad se s tímto názorem zásadně neztotožňuje, neboť jím dochází k nepřiléhavému ztotožnění pojmů „nabídková cena“ (tedy cena pro účely hodnocení) a „skutečná cena plnění“ (ve smyslu skutečné ceny uhrazené zadavatelem za plnění veřejné zakázky). Úřad má za to, že nabídková cena se (vždy) nerovná skutečně uhrazené ceně za plnění veřejné zakázky, resp. jde o odlišné pojmy. Zatímco celkovou nabídkovou nelze určit pouze ve velmi omezeném okruhu případů (a posuzovaný případ mezi ně rozhodně nepatří, neboť nabídková cena navrhovatele pro účely hodnocení je známa), ve vztahu ke skutečné ceně plnění existuje naopak jen omezený počet případů, kdy je jistá již k okamžiku podání nabídky (není např. známa v případě, že je součástí obchodních podmínek inflační doložka, že se jedná o měřený kontrakt nebo o plnění na základě rámcové smlouvy).

31. S ohledem na výše uvedené proto nelze jakkoliv přisvědčit argumentaci navrhovatele poukazující na nemožnost stanovení celkové nabídkové ceny, případně na specifické aspekty zadávacího řízení související s průběhem elektronické aukce ve smyslu § 96 a násl. zákona, a s tím spojenou povinnost složit na účet Úřad kauci ve výši 100 000 Kč.

32. Pro úplnost Úřad uvádí, že zákon rozlišuje náležitosti návrhu, jejichž absenci lze odstranit ve lhůtě stanovené Úřadem [srov. § 117a písm. a) zákona], a náležitosti, resp. podmínky řízení, jejichž absence je bez dalšího důvodem pro zastavení řízení, kam patří mj. i situace uvedená v ustanovení § 117a písm. c) zákona, tedy že nedojde k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona na účet Úřadu ve lhůtě podle § 115 odst. 5 zákona. Pro ustanovení § 117a písm. c) zákona, kam spadá také šetřený případ, zákonodárce možnost zhojení absentující podmínky řízení (připsání kauce v řádné výši na účet Úřadu) v dodatečné lhůtě stanovené Úřadem nezakotvil. Úřad proto nemůže navrhovatele k odstranění takové vady řízení vyzvat či zkoumat důvody, pro které ke složení kauce v řádné výši nedošlo.

33. Úřad proto uzavírá, že vzhledem k tomu, že ze strany navrhovatele nedošlo k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona na účet Úřadu ve lhůtě podle § 115 odst. 5 zákona, tedy nejpozději do 8. 2. 2016, Úřad podle § 117a písm. c) zákona předmětné správní řízení, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí, zastavil.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Česká pošta, s.p., Politických vězňů 909/4, 110 00 Praha – Nové Město
2. JUDr. Jindřich Vítek, Ph.D., advokát, advokátní kancelář ERHARTOVÁ VÍTEK & PARTNERS, Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2

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