Č. j.: 2R12/05-Ku V Brně dne 5.5.2005

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 1.2.2005 podaném společností **Alcatel Czech, s.r.o., se sídlem U Uranie 18/954, 170 00 Praha 7** a **společností Alcatel Canada Inc., se sídlem 600 March Road, Ottawa, Ontario, K2K 2E6, Canada, zastoupené společností Alcatel Czech, s. r.o., zast. jednatelem Clemensem Rihaczkem,** proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. VZ/S230/04-152/89/05-Pr ze dne 17.1.2005, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele - **Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost, se sídlem Praha 9, Sokolovská 217/42, zast. Ing. Milanem Houfkem, předsedou představenstva**, v obchodní veřejné soutěži na výběr zhotovitele díla **„Modernizace zabezpečovacího a části sdělovacího zařízení na trati B pražského metra a na příslušném parku elektrických vozidel metra pro přepravu cestujících“** vyhlášené dne 14.4.2004 v Obchodním věstníku č. 15/04 pod značkou 190251-15/04, jejíž podmínky byly upraveny dne 14.7.2004 v Obchodním věstníku č. 28/04 pod značkou 197103-28/04, podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. VZ/S230/04-152/89/05-Pr ze dne 17.1.2005

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

Svým rozkladem se společnost Alcatel Czech s. r. o., jakožto vedoucí sdružení „Moderní a bezpečné město“ (dále jen „Alcatel Czech s. r. o.,“) domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání a rozhodnutí. V rozkladu uvádí, že nesouhlasí s rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který výše uvedeným rozhodnutím zamítl návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele s tím, že důvodem pro zamítnutí podaného návrhu Úřadem byla skutečnost, že nebyl podán uchazečem o veřejnou zakázku. S tímto názorem, ve zmíněném rozhodnutí Úřadu obsaženém, se společnost Alcatel Czech s r.o., neztotožňuje a uvádí, že je sporné, zda by zbývající dva účastníci sdružení vzhledem k tomu, že nabídku podávaly společně tři právnické osoby, mohli být nadále účastníky obchodní veřejné soutěže. Dále Alcatel Czech s. r. o., v podaném rozkladu souhlasí s argumentací Úřadu, že pokud by napadené rozhodnutí zadavatele bylo zrušeno orgánem dohledu a zadavateli by bylo uloženo přijmout uchazeče zpět do soutěže, má takovéto rozhodnutí vliv také na právní postavení vystoupivšího účastníka sdružení, neboť nabídku podal společně s navrhovatelem. Připadá v úvahu pouze alternativní možnost rozhodnutí Úřadu uvedená v § 60 písm. b) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to zrušení veřejné zakázky. Postavení vystoupivšího účastníka sdružení tedy nemůže být takovým rozhodnutím nijak dotčeno. Alcatel Czech s.r.o. je přesvědčen, že by bylo v rozporu s účelem a významem institutu přezkoumání úkonu zadavatele orgánem dohledu zakotveného v zákoně a zejména v rozporu s právem na právní ochranu zaručeným Listinou základních práv a svobod, pokud by sdružení, jmenovitě ostatním účastníkům sdružení, kteří se domnívají, že byli zkráceni na svých právech porušením zákona ze strany zadavatele, byla odňata možnost domáhat se přezkumu úkonů zadavatele nestranným orgánem.

K rozkladu se vyjádřil zadavatel a společnost ČKD PRAHA DIZ, a.s. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že souhlasí s napadeným rozhodnutím Úřadu, že návrh nebyl podán uchazečem, který podal nabídku a že odstoupením člena sdružení došlo ke změně nabídky. Společnost ČKD PRAHA DIZ, a.s. ve svém vyjádření uvádí, že je věcí zbylých účastníků sdružení rozhodnout o dalším způsobu jednání ve věci soutěže.

Ze správního spisu vyplynuly tyto skutkové okolnosti případu. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, a. s., se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, zastoupený Ing. Milanem Houfkem, předsedou představenstva (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 14.4.2004 podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č.278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“), v Obchodním věstníku č. 15/04 pod zn. 190251-15/04 obchodní veřejnou soutěž „Modernizace zabezpečovacího a části sdělovacího zařízení na trati B pražského metra a na příslušném parku elektrických vozidel metra pro přepravu cestujících“, jejíž podmínky byly vyhlášeny dne 14.7.2004 v Obchodním věstníku č. 28/04 pod značkou 197103-28/04 (dále jen „soutěž“).V soutěžní lhůtě obdržel zadavatel nabídky celkem tří uchazečů, z nichž všechny vyhověly kontrole úplnosti dle § 29 zákona, jak vyplývá z protokolu ze zasedání komise pro otvírání obálek ze dne 4.8.2004. Komise pro posouzení a hodnocení nabídek po provedeném posouzení a hodnocení navrhla zadavateli k vyřazení nabídku společností Alcatel Czech, s. r. o., se sídlem U Uranie 18/954, Praha 7 - Holešovice, za níž jedná Clemens Rihacsek, jednatel společnosti, Alcatel Canada Inc., se sídlem 600 March Road, Ottawa, Ontario, K2K 2E6, Canada, za níž jedná Walter Friesen, generální ředitel

Transport Automation Division, zastoupená ve správním řízení na základě plné moci ze dne 28. října 2004 společností Alcatel Czech, s. r. o. a společnosti ČKD PRAHA DIZ, a. s., se sídlem Kolbenova 499, 190 02 Praha 9, za níž jedná pan Jaroslav Hervert, předseda představenstva, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení, uzavřené dne 2.8.2004 dle § 829 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Alcatel Czech, s. r. o., Alcatel Canada Inc. a ČKD PRAHA DIZ, a. s.“). Zadavatel následně vyloučil uchazeče Alcatel Czech s. r. o., Alcatel Canada Inc. a ČKD PRAHA DIZ, a. s., z další účasti v soutěži z důvodu nesplnění podmínek soutěže, což mu oznámil dne 22.10.2004. Proti rozhodnutí o vyloučení podal uchazeč Alcatel Czech, s. r. o., Alcatel Canada Inc. a ČKD PRAHA DIZ, a. s., dne 1.11.2004 námitky, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 10.11.2004 č.j. P/06/2004, nevyhověl. Úřad následně obdržel návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) dne 19.11.2004 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení. Návrh na přezkum podaly společnosti Alcatel Czech, s. r. o., se sídlem U Uranie 18/954, Praha 7 - Holešovice, za níž jedná Clemens Rihacsek, jednatel společnosti, a Alcatel Canada Inc., se sídlem 600 March Road, Ottawa, Ontario, K2K 2E6, Canada, za níž jedná Walter Friesen, generální ředitel Transport Automation Division, zastoupená ve správním řízení na základě plné moci ze dne 28. října 2004 společností Alcatel Czech, s. r. o.

V návrhu je uvedeno, že v odůvodnění svých námitek ze dne 1. listopadu 2004 byl uveden způsob odvození délky trvání instalace a testování zařízení a podle mínění uvedených společností je tato délka trvání instalace a testování zařízení jediná možná doba, která mohla být stanovena vzhledem k informacím a datům, které poskytl zadavatel. Dále je v návrhu mj. uvedeno, že požadavkům zadávací dokumentace na stanovení celkové doby na výluky spolupracujících provozovaných zařízení metra nelze dle názoru uchazeče vyhovět, neboť zadavatel neposkytl v rozporu s § 2 odst. 1 zákona dostatečné informace, které by tento čas umožnily závazně stanovit, a to jak v zadávací dokumentaci samotné, tak i oficiálních odpovědích zadavatele na dotazy z konzultačních dnů 6. května 2004 a 20. května 2004. V další části návrhu je konstatováno, že vzhledem k celkové koncepci navrhovaného technického řešení nejsou za určitých podmínek nutné žádné výluky spolupracujících provozovaných zařízení metra a dále uvádí možnost stanovení celkové doby výluk spolupracujících provozovaných zařízení metra dvojím způsobem a sice: 1) jen založením takového čísla na řadě nepodložených předpokladů, které by v průběhu dalších jednání nutně musely doznat zásadních změn a 2) na znalosti detailů dopravního systému, v současné době užívaného zadavatelem, získané v souvislosti s jinými (zakázkami) díly, prováděnými pro zadavatele. Oba tyto uváděné způsoby stanovení požadovaného čísla v nabídce však považuje za porušení nediskriminačních principů, na nichž je založena právní úprava zadávání veřejných zakázek. Svým návrhem se společnosti Alcatel Czech, s. r. o., a Alcatel Canada Inc. domáhají zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče a zařazení jeho nabídky zpět do hodnocení nebo zrušení celého zadání veřejné zakázky. Úřad si vyžádal od účastníků řízení doplňující informace a dne 17.12.2004 zaslal zástupce společností Alcatel Czech, s. r. o., a Alcatel Canada Inc. vyžádané další doplňující informace Úřadu a rovněž své vyjádření ke stanovisku zadavatele k návrhu, ve spise obsaženém. Uvedl, že ke smlouvě o sdružení uzavřené dne 2.8.2004 byl uzavřen dne 10. listopadu dodatek, na základě kterého společnost ČKD PRAHA DIZ, a. s., vystoupila ze sdružení, avšak, jak dále sdělil, podle §§ 838 – 840 občanského zákoníku, vystoupením člena sdružení sdružení nezaniká, a je tedy legitimováno k právní obraně ve formě podání návrhu.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 17.1.2005 rozhodnutí pod č.j. VZ/S230/04-152/89/05-Pr, kterým podle § 57 odst. 2 zákona návrh společnosti Alcatel Czech, s.r.o. a Alcatel Canada Inc., zamítl, neboť nebyl podán uchazečem o veřejnou zakázku.

Své rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že ustanovení § 57 odst. 1 zákona stanoví, že řízení u Úřadu je zahájeno dnem, kdy obdrží od uchazeče návrh, pokud řízení nezahájí Úřad z vlastního podnětu. Podle § 57 odst. 2 zákona se návrh podává ve dvojím vyhotovení do 10 kalendářních dnů od doručení rozhodnutí zadavatele. Jedno vyhotovení zasílá uchazeč orgánu dohledu a jedno zadavateli. V návrhu musí být uvedeno, kdo jej podává, proti kterému úkonu zadavatele směřuje, v čem je spatřováno porušení zákona a čeho se uchazeč domáhá. Součástí návrhu je i přesné označení a adresa zadavatele a doklad o složení uvolněné jistoty. Návrh, který nemá tyto náležitosti nebo u něhož uchazeč tyto náležitosti nedoložil ve lhůtě stanovené orgánem dohledu, jakož i návrh došlý po uplynutí zákonem stanovené desetidenní lhůty, musí orgán dohledu podle § 57 odst. 2 zákona zamítnout. Z výše citovaného ustanovení zákona je patrné, že k podání návrhu u Úřadu je oprávněn pouze uchazeč o příslušnou veřejnou zakázku. Podle ustanovení § 2 písm. d) zákona je uchazečem o veřejnou zakázku tuzemská nebo zahraniční osoba, popřípadě více těchto osob společně, která předložila nabídku podle podmínek soutěže vyhlášených zadavatelem pro obchodní veřejnou soutěž, či předběžnou nabídku v dvoustupňové obchodní soutěži, nebo nabídku na podkladě výzvy zadavatele při jiných způsobech zadání veřejné zakázky.V šetřeném případě a z materiálů, předložených Úřadu v průběhu správního řízení oběma účastníky řízení jednoznačně vyplývá, že nabídku dne 4.8.2004 podaly tři subjekty (Alcatel Czech, s. r. o., Alcatel Canada Inc. a ČKD PRAHA DIZ, a. s.). Dne 10. listopadu 2004 společnost ČKD PRAHA DIZ, a. s., vystoupila ze sdružení, což dokumentuje dodatek č. 2 ke smlouvě o sdružení ze dne 2. srpna 2004, jehož účastníky byly společnosti Alcatel Czech, s. r. o., Alcatel Canada Inc. a ČKD PRAHA DIZ, a. s. Návrh obdržel Úřad dne 19.11.2004 podaly ho společnosti Alcatel Czech, s. r. o., a Alcatel Canada Inc. tedy společnosti, mezi kterými již nefiguruje společnost ČKD PRAHA DIZ, a. s., z důvodů, jež byly uvedeny již výše. Úřad dále uvádí, že nezpochybňuje tvrzení společností Alcatel Czech, s. r. o., a Alcatel Canada Inc., že vystoupením účastníka sdružení sdružení nezaniklo, nicméně osoba, která podala v předmětném zadávacím řízení návrh (tedy společnosti Alcatel Czech, s. r. o., a Alcatel Canada Inc.) není totožná s uchazečem, který podal nabídku a kterému zákon dává možnost podat návrh a na podání společností Alcatel Czech, s. r. o., a Alcatel Canada Inc. nelze proto pohlížet jako na návrh podaný v souladu s ustanovením § 57 odst. 1 a 2 zákona. Dále Úřad poznamenává, že připouštěl-li by zákon podání návrhu toliko některými účastníky sdružení (založeného podle § 829 a násl. občanského zákoníku), kteří podali společnou nabídku, byl by po případném rozhodnutí Úřadu o zrušení tímto návrhem napadeného rozhodnutí dále podanou společnou nabídkou vázán nejen ten účastník sdružení, který podal návrh, ale také další účastníci dotčeného sdružení, neboť všichni účastníci sdružení jsou vázáni podanou společnou nabídkou společně a nerozdílně a všichni společně jsou zákonem o zadávání veřejných zakázek považováni za „uchazeče o veřejnou zakázku“. Uvedené situaci zákon předchází tím, že podání návrhu o námitkách umožňuje pouze uchazeči o příslušnou veřejnou zakázku. Ve Smlouvě o sdružení ze dne 2.8.2004, která je součástí nabídky, je výslovně řečeno – viz. str. 25 a následující Nabídky, bod 2: Příprava nabídky, jednání a podpis smlouvy, písmeno e), že „Konečné znění Smlouvy podepisují všechny smluvní strany (účastníci sdružení).“ V bodě g) stejného ustanovení je dále uvedeno, že „Smluvní strany ponesou odpovědnost vůči zadavateli dle Smlouvy společně a nerozdílně.“ Změnou počtu osob uchazeče došlo tedy i ke změně nabídky (jejíž součástí byla i Smlouva o sdružení), což samo o sobě zakládá další samostatný důvod k vyloučení z veřejné obchodní soutěže. Je tedy zřejmé, že pokud jedna ze společností od Smlouvy o sdružení odstoupila, zbývající dvě společnosti nemohou být v tomto případě považovány za uchazeče ve smyslu zákona a nemohou tedy ani podávat návrh.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. VZ/S230/04-152/89/05-Pr zamítl podle § 57 odst. 2 zákona návrh společností Alcatel Czech, s. r.o. a Alcatel Canada Inc., neboť nebyl podán uchazečem o veřejnou zakázku, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám rozkladu uvádím, že Úřad se již podrobně ve svém napadeném rozhodnutí vypořádal s důvody, které ho vedly k zamítnutí návrhu podle § 57 odst. 2 zákona a jeho argumentaci považuji za dostatečnou. K tomu uvádím, že meritem projednávané věci je posouzení, zda návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele byl podán v souladu s ustanovením § 57 zákona. V daném případě bylo nepochybně prokázáno, že společnost Alcatel Czech, s. r. o. a společnost Alcatel Canada Inc., které podaly v předmětném zadávacím řízení návrh, nejsou uchazečem ve smyslu § 2 písm. d) zákona, který předložil nabídku podle podmínek soutěže vyhlášených zadavatelem pro obchodní veřejnou soutěž, a kterému je podle zákona umožněno podat návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách k Úřadu. Podání společností Alcatel Czech, s.r.o. a Alcatel Canada Inc. nelze proto považovat za návrh podaný v souladu s ustanovením § 57 odst. 1 a odst. 2 zákona, a proto Úřad rozhodl správně, když ho zamítl.

K tomu dále uvádím, že ve Smlouvě o sdružení ze dne 2.8.2004, která je součástí nabídky, je výslovně řečeno na straně 25 a následující Nabídky, bod 2: Příprava nabídky, jednání a podpis smlouvy, písmeno e), že „Konečné znění Smlouvy podepisují všechny smluvní strany (účastníci sdružení).“ V bodě g) stejného ustanovení je dále uvedeno, že „Smluvní strany ponesou odpovědnost vůči zadavateli dle Smlouvy společně a nerozdílně.“ Změnou počtu osob uchazeče došlo tedy i ke změně nabídky a pokud jedna ze společností od Smlouvy o sdružení odstoupila, zbývající dvě společnosti nemohou být v tomto případě považovány za uchazeče ve smyslu zákona a nemohou tedy ani podávat návrh k Úřadu.

K námitkám rozkladu ve věci možnosti zrušení zadání veřejné zakázky podle § 60 písm. b) zákona uvádím, že v daném případě se jedná o procesní rozhodnutí, kdy návrh nebyl podán v souladu s § 57 zákona a jako takový byl zamítnut.

Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

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 č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, zast. Ing. Milanem Houfkem
2. Alcatel Czech, s. r. o., U Uranie 18/594, 170 00 Praha 7 – Holešovice, zast. Clemensem Rihaczkem
3. ČKD PRAHA DIZ, a. s., Kolbenova 499, 190 02 Praha 9, zast. Jaroslavem Hervertem
4. Alcatel Canada Inc., Transport Automation, 600 March Road, Ottawa, Ontario, K2K 2E6, Canada, zast. Walterem Friesenem
5. spis.