



UOHSX001JK33

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R86/2009/VZ-478/2010/310-ASc

V Brně dne 4. ledna 2010

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 3. 6. 2009 vybraným uchazečem-

- **Telefonicou O2 Czech Republic, a. s.**, IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, za níž jedná Ing. Petr Slováček, 2. místopředseda představenstva, a JUDr. Jakub Chytil, člen představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S305/2008/VZ-5712/2009/530/RPá, o přezkoumání úkonů zadavatele – **Statutárního města Karviné**, IČ 00297534, se sídlem Fryštátská 72/1, 733 24 Fryštát, Karviná, zast. Tomášem Hanzelem, primátorem, učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Dodávka služeb elektronických komunikací**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 8. 2008 pod ev. č. 60021350 a dne 20. 8. 2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2008/S 160-216588, ve kterém je dalším účastníkem řízení navrhovatel –

- **GTS NOVERA a. s.**, IČ 61058904, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Žižkov, Praha, jejímž jménem jedná Stuart William Evers, předseda představenstva, ve správním řízení dále zast. na základě plné moci ze dne 16. 9. 2008 společností INDOC s. r. o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Břevnov, Praha, za níž jedná Ing. Martin Kovařík, jednatel společnosti,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S305/2008/VZ-5712/2009/530/RPá,

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

O d ů v o d n ě n í

I. Prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Statutární město Karviná, IČ 00297534, se sídlem Fryštátská 72/1, 733 24 Fryštát, Karviná, zast. Tomášem Hanzelem, primátorem (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 8. 2008 pod ev. č. 60021350 a dne 20. 8. 2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2008/S 160-216588, oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Dodávka služeb elektronických komunikací“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V oznámení o zakázce a zadávací dokumentaci vymezil zadavatel předmět veřejné zakázky jako poskytování hovorových a nehovorových služeb elektronických komunikací v rámci integrované virtuální podnikové sítě, pronájem telekomunikačních systémů a zařízení a poskytování souvisejících podpůrných služeb.
3. Zadavatel v bodu IV.2.1. „Kritéria pro zadání zakázky“ oznámení o zakázce a v článku 9 „Kritéria pro zadání veřejné zakázky“ zadávací dokumentace uvedl, že základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky je hospodářsky nejvýhodnější nabídka, přičemž dílčími kritérii hodnocení jsou

1. výše nabídkové ceny v Kč bez DPH	35 %
2. technická úroveň řešení	20 %
2.1 zabezpečení telekomunikačního řešení proti zneužití	
2.2 mobilní datové služby prostřednictvím speciálních komunikačních zařízení	
3. funkční vlastnosti řešení	20 %
3.1 integrovaná virtuální podniková síť	
3.2 služby vyúčtování	

- | | |
|--|------|
| 4. zabezpečení dodávek a jejich organizace | 20 % |
| 4.1 požadavky na strukturu nabídky uchazeče v části C | |
| 4.2 zabezpečení dodávek a servisu koncových telekomunikačních zařízení | |
| 4.3 zabezpečení zákaznického servisu | |
| 5. kvalita | 5 % |
4. Dopisem ze dne 2. 10. 2008, doručenému zadavateli dne 6. 10. 2008, podal uchazeč GTS NOVERA a. s. (dále jen „stěžovatel“) námitky, které směřovaly proti zadávacím podmínkám a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl rozhodnutím ze dne 14. 10. 2008, které stěžovatel obdržel dne 17. 10. 2008. Vzhledem k tomu, že uchazeč GTS NOVERA a. s. (dále jen „navrhovatel“) nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 23. 10. 2008 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad obdržel návrh dne 27.10.2008 poštou, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Stejnopis návrhu byl zadavateli doručen téhož dne.
5. Usneseními č. 1488/2008/RM a č. 1488/2008/RM ze dne 18. 11. 2008 schválila Rada města Karviné vyloučení uchazeče T-Mobile Czech Republic a. s. z další účasti v zadávacím řízení a přidělení veřejné zakázky uchazeči Telefónica O2 Czech Republic, a. s. Téhož dne rozhodl zadavatel o vyloučení uchazeče T-Mobile Czech Republic a. s. Dopisem ze dne 18. 11. 2008 oznámil zadavatel své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž jako nejvhodnější byla vybrána nabídka uchazeče Telefónica O2 Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, za níž jedná Ing. Petr Slováček, 2. místopředseda představenstva, a JUDr. Jakub Chytil, člen představenstva.
6. Rozhodnutím ze dne 18. 11. 2008 č. j. S305/2008/VZ-23531/2008/530-LB o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude specifikované správní řízení ukončeno. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S305/2008/VZ-22452/2008/530/LB ze dne 18. 11. 2008. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. S305/2008/VZ-22453/2008/530/LB ze dne 18. 11. 2008 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 12. 5. 2009 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S305/2008/VZ-5712/2009/530/RPá, kterým konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 3 cit. zákona, když určitým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že vymezil technické podmínky veřejné zakázky v kapitole A.1.2.1 přílohy č. 1 zadávací dokumentace tak, že nepřipustil službu předvolby operátora, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad zrušil předmětné zadávací řízení a uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč. V odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad uvedl následující.

8. K problematice vymezení předmětu šetřené veřejné zakázky Úřad uvedl, že Český telekomunikační úřad (dále jen „ČTÚ“) provádí v intervalu 1 až 3 let analýzu relevantních trhů stanovených podle § 52 zákona o elektronických komunikacích za účelem zjištění, zda tyto trhy jsou efektivně konkurenční. Podle výsledku analýzy relevantního trhu stanoví Český telekomunikační úřad rozhodnutím podle § 51 zákona o elektronických komunikacích podnik s významnou tržní silou, kterému ukládá jednu nebo zároveň několik povinností stanovených v odst. 3 písm. a) až g) téhož ustanovení zákona o elektronických komunikacích. Z výše uvedeného dle Úřadu vyplývá, že povinnost uložená v ustanovení § 51 odst. 3 písm. f) zákona o elektronických komunikacích podniku s významnou tržní silou (v terminologii níže uvedených opatření ČTÚ poskytovateli přístupu) umožnit předvolbu operátora, je naplněním cíle regulace v oblasti elektronických komunikací, jak je vymezen v § 4 zákona o elektronických komunikacích, tedy zejména vytvářet předpoklady pro řádné fungování hospodářské soutěže a pro ochranu uživatelů a dalších účastníků trhu do doby dosažení plně konkurenčního prostředí.
9. K charakteristice služby CPS Úřad uvedl, že z posudku znalce vyplývá, že jde o srovnatelný způsob poskytování hlasových služeb, neboť kvalita poskytovaných služeb telekomunikačních operátorů a ochrana koncového zákazníka je upravena zákonem o elektronických komunikacích. K žádosti zadavatele, aby byl proveden nový posudek, neboť ten výše zmíněný je vyhotoven na základě chybně položených otázek Úřad uvedl, že jde o dokument známý mu z úřední činnosti. Přestože odpovídá na specifické okruhy otázek je vzhledem k obecnosti odpovědí možné některé závěry z posudku využít i v tomto řízení. Shromážděné podklady proto Úřad považoval za dostatečné k rozhodnutí ve věci a další důkaz znaleckým posudkem proto neprovedl.
10. Úřad dále konstatoval že skutečnost, zda hlasové služby poskytuje dodavatel na přímých přípojkách k vlastní síti nebo dodavatel prostřednictvím služby CPS, neznamená jiné technické řešení a nemá ani dopad na ekonomickou výhodnost nabídky, neboť mezi oběma způsoby poskytování hlasových služeb není technický rozdíl. Dále je k této problematice uvedeno, že dodavatel s významnou tržní silou na relevantním trhu zajišťující veřejnou komunikační síť má povinnost podle zákona o elektronických komunikacích plně zpřístupnit účastnické kovové vedení jiným dodavatelům. Znamená to, že ostatní dodavatelé hlasových služeb mohou užívat ve stejném rozsahu kovové vedení a nabídnout služby stejné kvality jako vlastník tohoto vedení. Služby dodavatele na přímých přípojkách k vlastní síti nezakládají jiné technické řešení oproti službám dodavatele poskytovaným prostřednictvím služby CPS. Přijetí argumentu, že jde o jiné technické řešení by bylo dle Úřadu rovněž v rozporu s účelem zákona o elektronických komunikacích, neboť dodavatel s významnou tržní silou na relevantním trhu, který vlastní veřejnou komunikační síť, by získal konkurenční výhodu před ostatními dodavateli, když pouze dodavatel s významnou tržní silou může nabídnout ve veřejné zakázce služby na přímých přípojkách k vlastní síti. Dodavatel, který bude plnit předmět veřejné zakázky prostřednictvím služeb typu CPS, může dle Úřadu tyto služby poskytovat pouze s využitím linek, které vlastní dodavatel s významnou tržní silou. K charakteru a kvalitě CPS služby tedy Úřad uzavřel, že mezi oběma způsoby plnění předmětu veřejné zakázky neexistuje technická odlišnost, neboť kvalita hlasových služeb je stejná. Současně Úřad dodal, že ani právní složitost případných právních sporů ohledně reklamace neodůvodňuje technickou odlišnost CPS služby.

11. K otázce stanovení hodnotících kritérií Úřad uvedl, že namítané skutečnosti dále nepřezkoumával, vzhledem k tomu, že zrušil celé zadávací řízení a to z důvodu, že zadavatel pochybil již při vymezení předmětu veřejné zakázky.

II. Námitky rozkladu

12. Úřad obdržel od vybraného uchazeče proti shora uvedenému rozhodnutí dne 3. 6. 2009 rozklad, v němž napadá rozhodnutí v celém svém rozsahu. V podaném rozkladu se vybraný uchazeč vyjadřuje ke znaleckému posudku Ing. Korečka a dále uvádí, že kvalita služby CPS je nižší než služba poskytovaná O2, tj. „přímo“. Své tvrzení vybraný uchazeč podkládá vyjádřením Fakulty elektrotechnické ČVUT ze dne 26. 5. 2009, v němž je zejména uvedeno, že v případě služby CPS mají oba poskytovatelé vlastní technické síťové prvky a vlastní organizační zázemí, přičemž řetězení navazujících technologií nutně snižuje spolehlivost spojovacího řetězce. Vybraný uchazeč dále v rozkladu namítá, že nabídku na základě přímých připojení mohli podat i jiní dodavatelé, než vybraný uchazeč, přičemž se opírá opět o výše citované vyjádření ČVUT, kde se uvádí, že jiní operátoři mohli např. podat nabídku prostřednictvím tzv. „LLU“, kde se jedná o přímé připojení k vlastní síti. V uvedeném vyjádření je v tomto ohledu citována analýza trhu provedená ČTÚ pod č. A/5/01.2009-3, č. j. 2851/2009-609. V souvislosti s vyloučením služby CPS vybraný uchazeč v rozkladu rovněž argumentuje tím způsobem, že se nejedná o stejnou službu či substitut přímému propojení nabízenému vybraným uchazečem, neboť je ČTÚ sledována na rozdílném trhu a odkazuje na stanoviska Úřadu k relevantním trhům, jejichž analýzu provádí ČTÚ.
13. Vybraný uchazeč v podaném rozkladu dále namítá, že přípojná vedení v době zadání veřejné zakázky nebyla v místě zadavatele zřízena a připuštěním služby CPS by zadavatel jen uchazeče uváděl v omyl, neboť tito by následným zjišťováním o možnosti podání nabídky pomocí CPS pouze ztratili čas při přípravě nabídky, kdy tuto službu nelze bez přípojných vedení nabídnout.
14. V poslední části rozkladu vybraný uchazeč zpochybňuje závěry Úřadu, které se týkají obchodně právních vztahů – dvojí fakturace a vyřizování reklamací.

Závěr rozkladu

15. Z uvedených důvodů vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a předmětné správní řízení zastavil.

Řízení o rozkladu

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

16. K podanému rozkladu se dne 10. 6. 2009 vyjádřil navrhovatel, který napadá tvrzení vybraného uchazeče ohledně údajné neexistence přípojných vedení. Dle navrhovatele existence této skutečnosti vyplývá již ze samotné zadávací dokumentace, ve které je požadována konsolidace existujících vedení a připuštěno je rovněž využití LLU, které rovněž vyžaduje existenci přípojných vedení. K údajné menší spolehlivosti a nižší

kvalitě CPS navrhovatel uvádí, že vložení dalších technických prvků do spojení je z hlediska teoretického zvýšení pravděpodobnosti poruchy zcela marginální. Pokud se jedná o reklamace, tak k tomu navrhovatel uvádí, že každý zákazník má právo reklamovat službu, a to u toho poskytovatele, který je dle jeho názoru za poruchu odpovědný.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
18. 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 rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S305/2008/VZ-5712/2009/530/RPá ze dne 12. 5. 2009 rozhodl o nedodržení postupu stanoveného v ustanovení § 45 odst. 3 zákona ze strany zadavatele a jako nápravné opatření zrušil předmětné zadávací řízení, nerozhodl správně a v souladu se zákonem, když nedostatečně zjistil skutkový stav věci. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

III. K námitkám rozkladu

20. Zásadní otázkou v daném případě je, zda požadavkem zadavatele na jeden smluvní vztah s dodavatelem konektivity a jednotný bod pro dohled, řešení poruch a reklamací a z toho vyplývající jednotnou fakturaci, došlo k omezení okruhu potenciálních dodavatelů a zaručení konkurenční výhody vybranému uchazeči, jakožto operátorovi s významnou tržní silou. Úřad při svém posuzování dané problematiky vycházel z podkladů zaslaných zadavatelem, tj. zadávací dokumentace a nabídek, dále pak z vyjádření zadavatele a navrhovatele v průběhu správního řízení a z posudku doloženého zadavatelem. Jak již bylo shora uvedeno, Úřad shledal porušení zákona ze strany zadavatele v tom, že stanovil podmínku 1 smluvního vztahu, z čehož dovodil, že tato podmínka vedla ke konkurenčnímu zvýhodnění jednoho uchazeče. Vzhledem k tomu, že v daném případě navrhovatel splnil podmínky a ze zadávacího řízení nebyl vyloučen, není z rozhodnutí dostatečně zřejmé, zda a jak mohla stanovená podmínka vést k výběru pouze 1 dodavatele. Úřad při svém rozhodování vycházel z materiálů poskytnutých zadavatelem a vyjádření navrhovatele, přičemž sám neprováděl žádné další dokazování, ve formě dotazování ohledně možných způsobů uzavírání smluv, poskytování předmětných služeb, úplatnosti poskytovaných služeb apod. V napadeném rozhodnutí přistoupil Úřad k učinění závěru, že ve většině případů, kdy dodavatel poskytuje hlasové služby prostřednictvím služeb typu CPS, musí zadavatel uzavírat dva smluvní vztahy. Tento závěr není v napadeném rozhodnutí dostatečně objasněn, přičemž o tomto tvrzení chybí bližší důkazy a odůvodnění z čeho při tomto tvrzení Úřad vycházel.

21. Vzhledem k tomu, že ustanovení § 3 správního řádu stanovuje, že správní orgán musí postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu, mám za to, že by se měl Úřad podrobněji zabývat problematikou stanovené podmínky a jejího vlivu na okruh uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku. Správní orgán (v daném případě Úřad) je povinen zjistit přesně a úplně skutečný stav věci a za tím účelem si opatřit potřebné podklady pro rozhodnutí, aniž by byl vázán jen návrhy účastníků řízení. V daném případě nebyl skutečný stav věci dostatečně zjištěn, a proto je při novém přezkoumání povinností Úřadu objasnit rozporné skutečnosti a využít k tomu, všech zákonných prostředků, která jsou v rámci správního řízení možné uplatnit.
22. Mezi sporné otázky, které by měly být ze strany Úřadu ozřejmeny, patří např. otázka, zda může alternativní operátor (tj. operátor bez významné tržní síly, který má oprávnění k poskytování veřejně dostupné telefonní služby) nabídnout zákazníkovi kompletní hlasovou službu v pevné síti s využitím CPS (předvolby operátora) tak, že zákazník uzavře jedinou smlouvu právě jen s alternativním operátorem, přičemž alternativní operátor sám obstará jak propojení prostřednictvím sítě operátora s významnou tržní silou, tak i veškeré další součásti služby.
23. Spolu se shora uvedenou otázkou souvisí i otázka, zda může alternativní operátor kompletní službu poskytnout, aniž by realizoval rozsáhlé investice oproti potřebě investic při obchodním modelu se dvěma smlouvami, nebo aniž by měl k dispozici zřetelně nákladnější technologie či získal nějaké další povolení nebo licenci oproti obchodnímu modelu se dvěma smlouvami.
24. Současně je nutné vyjasnit, zda vybraný uchazeč poskytuje hlasové služby (pronájem metalického vedení) za úplatu a jakým způsobem toto poskytování probíhá.
25. V souvislosti s řešením problematiky smluvních vztahů je nutné podrobněji ozřejmit i problematiku reklamací a fakturací vzhledem k nově zavedeným službám navrhovatele. S tím souvisí i otázka, zda může alternativní operátor bez složitých opatření zákazníkovi vystavovat pravidelné souhrnné faktury za celé plnění či nikoliv.
26. Všechny shora nastíněné otázky a skutečnosti by měly být ze strany Úřadu podrobněji zjištěny a přezkoumány, přičemž při novém rozhodování, by již měl Úřad vycházet ze širších podkladů, zejména z vyjádření jednotlivých uchazečů (jakož i vybraného uchazeče) a zejména Českého telekomunikačního úřadu. Při zjišťování skutkového stavu je nutné postihnout všechny rozhodné skutečnosti tak, aby vytvořily dostatečný základ pro rozhodování. Jako podklad pro rozhodnutí může sloužit vše, co umožní tohoto cíle dosáhnout.
27. Uzavírám tedy, že Úřad při svém rozhodování nedostatečně zjistil skutkový stav věci, protože považoval jako nutnou podmínku uzavření smlouvy ze strany zákazníka uzavření smlouvy, jak s alternativním operátorem, tak s operátorem významné tržní síly. Vzhledem k tomu, že tyto skutečnosti nejsou v napadeném rozhodnutí dostatečně ozřejmeny, mám za to, že je nutné tuto problematiku vzhledem ke shora uvedeným otázkám znovu a důsledněji přezkoumat.

V. Závěr

28. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo závažnými vadami majícími vliv na jeho zákonnost a přezkoumatelnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí Úřadu, tak jak je shora uvedeno.
29. Úřad by měl při novém projednání věci vycházet ze skutečností shora uvedených, které by mu měly při novém přezkoumávání šetřené problematiky napomoci, tak aby zjištěný stav věci byl přezkoumatelný v rámci ustanovení správního řádu, tj. aby byl stav věci zjištěn přesně a úplně.

P o u č e n í

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. STATUTÁRNÍ MĚSTO KARVINÁ, Fryštátská 72/1, 733 24 Fryštát, Karviná
2. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 – Břevnov
3. Telefónica O2 Czech Republic, a. s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4

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