



UOHSX0046CO0

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R277/2011/VZ-6491/2012/310/JRa

V Brně dne: 15. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 12. 2011, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal navrhovatel -

- obchodní společnost **GTS Czech s. r. o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zast. na základě plné moci Tomášem Pfefferem, IČ 877 05 508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 12. 2011, č. j. ÚOHS S481/2011/VZ-20066/2011/510/MOn, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele -

- **Královéhradeckého kraje**, IČ 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/6, 500 03 Hradec Králové,

učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Poskytování služeb elektronických komunikací pro Královéhradecký kraj a jemu podřízené organizace a obchodní společnosti – pevné hlasové služby a související služby a dodávky**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 1. 7. 2011 pod ev. č. 60061911 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S126-209240, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč

- obchodní společnost **Telefónica Czech Republic, a. s.**, IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4,

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

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne ze dne 14. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-20066/2011/510/MOn

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

- I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**
1. Zadavatel Královéhradecký kraj, IČ 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/6, 500 03 Hradec Králové, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle § 26 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, dne 1. 7. 2011 v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60061911 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S126-209240 oznámení otevřeného zadávacího řízení dle § 27 zákona za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytování služeb elektronických komunikací pro Královehradecký kraj a jemu podřízené organizace a obchodní společnosti – pevné hlasové služby a dodávky“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky dvou uchazečů. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 8. 2011 hodnotící komise učinila závěr, že ekonomicky nejvhodnější nabídku předložil uchazeč obchodní společnost Telefonica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, které navrhovatel obchodní společnost GTS Czech s. r. o., IČ 284 92 170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 (dále jen „**navrhovatel**“) obdržel dne 6. 9. 2011, podal navrhovatel dopisem ze dne 19. 9. 2011 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách ze dne 26. 9. 2011 navrhovatel obdržel dne 27. 9. 2011. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 5. 10. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Po proběhlém správním řízení vydal Úřad dne 5. 12. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-18433/2011/510/MOn.

¹ Pzn: Pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

Napadené usnesení

4. Dne 13. 12. 2011 obdržel Úřad žádost navrhovatele o nahlédnutí do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče. Po přezkoumání rozhodných skutečností vydal Úřad dne 14. 12. 2011 usnesení č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-20066/510/MOn, kterým žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče nevyhověl.
5. V odůvodnění napadeného usnesení se Úřad v souladu s ust. § 122 odst. 2 zákona zabýval otázkou týkající se jeho povinnosti učinit opatření, aby nebylo porušeno obchodní tajemství. Z tohoto důvodu Úřad vyzval vybraného uchazeče usnesením č. j. ÚOHS- S481/2011/VZ-16693/2011/510/MOn ze dne 20. 10. 2011 ke sdělení stanoviska, zda formulář nabídkové ceny v jeho nabídce obsahuje skutečnosti mající charakter obchodního tajemství, či nikoliv, aby mohl rozhodnout (posoudit), zda žádosti o nahlížení podané navrhovatelem bude vyhověno. Dne 27. 10. 2011 obdržel Úřad vyjádření, ve kterém vybraný uchazeč potvrdil, že „všechny dílčí cenové položky uvedené ve formuláři nabídkové ceny ve své nabídce považuje za svoje obchodní tajemství“, a proto nesouhlasí se zpřístupněním této části jeho nabídky, stejně jako se zpřístupněním ostatních částí jeho nabídky, které obsahují technické a jiné detaily, které nejsou nutné pro hodnocení nabídek. Vzhledem k uvedeným skutečnostem Úřad původní žádosti ze dne 20. 10. 2011 usnesením č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-17275/2011/510/MOn ze dne 31. 10. 2011 nevyhověl. Opakované žádosti navrhovatele o nahlédnutí do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče ze dne 13. 12. 2011 se rozhodl nevyhovět, jelikož nahlížením do uvedené části nabídky vybraného uchazeče by mohlo dojít k porušení práva na ochranu obchodního tajemství vybraného uchazeče.

II. Námitky rozkladu

6. Navrhovatel rozkladem doručeným Úřadu v zákonné lhůtě dne 15. 11. 2011 předně poukazuje na to, že mu dne 14. 12. 2011 bylo doručeno meritorní rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 12. 2011 č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-18433/2011/510/MOn, kterým Úřad zamítl jeho návrh podle § 118 odst. 4 zákona. K tomuto uvádí, že Úřad provedl formulářem nabídkové ceny vybraného uchazeče důkaz ve správním řízení, což vyplývá z odůvodnění uvedeného meritorního rozhodnutí. Z uvedeného důvodu požádal opakovaně o nahlédnutí do tohoto formuláře dle § 38 odst. 6 správního řádu. Navrhovatel poukazuje na to, že nabídková cena nemůže být obchodním tajemstvím, přičemž poukazuje na svůj rozklad ze dne 9. 11. 2011 proti usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-17275/2011/MOn ze dne 31. 10. 2011, kde již podrobně zdůvodnil, proč nabídková cena nemůže být obchodním tajemstvím. Má za to, že vyplněná příloha č. 3 zadávací dokumentace označená jako „Cenový model pro stanovení nabídkové ceny ve VZ“, do níž je navrhovateli odpíráno nahlížení, obsahuje pouze a výhradně zpracování nabídkové ceny. Dále zdůrazňuje, že s vybraným uchazečem má být uzavřena rámcová smlouva a zadavatel v příloze č. 3 zadávací dokumentace požadoval uvést ceny jednorázových zřizovacích a aktivačních poplatků i ceny pravidelných měsíčních poplatků. K tomu doplňuje, že nabídkovými cenami vybraného uchazeče v případě rámcové smlouvy jsou fakticky jednotlivé dílčí ceny za jednotlivé požadované služby. Navrhovatel nesouhlasí s tím, že cenová nabídky, resp. její jednotlivé položky, mohou být předmětem obchodního tajemství, vzhledem k tomu, že základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky

je v daném případě nejnižší nabídková cena. Opačný výklad by byl v rozporu se zásadou transparentnosti § 6 zákona.

7. Současně navrhovatel odkazuje na ust. § 38 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), přičemž poukazuje na meritorní rozhodnutí ze kterého vyplývá, že formulářem nabídkové ceny vybraného uchazeče byl proveden důkaz. V této souvislosti poukazuje především na bod č. 52 a č. 53 rozhodnutí, kde je uvedeno, že *„kontrolou z nabídek Úřad zjistil, že hodnocené nabídkové ceny odpovídají celkovým nabídkovým cenám uvedených v příslušných nabídkách, přičemž tyto byly stanoveny u obou hodnocených nabídek jako součet dílčích položek na poskytnutí zadavatelem poptávaných služeb“ a „oba uchazeči stanovili výši nabídkové ceny správně a způsobem, který požadoval zadavatel, z čehož je zřejmé, že oba uchazeči shodně pochopili, že nabídková cena, která bude zadavatelem hodnocena, bude stanovena na základě součtu cen u modelové varianty zadavatelem poptávaných služeb“*. K tomuto navrhovatel uvádí, že z uvedeného je zřejmé, že Úřad uvedeným formulářem ve správním řízení prováděl dokazování. Navrhovatel má tudíž za to, že předmětnými formuláři byl proveden důkaz ve správním řízení a měl tedy povinnost navrhovateli nahlížení podle § 38 odst. 6 správního řádu umožnit. Dále navrhovatel uvádí, že bez dokazování uvedenou listinou by se Úřad nemohl objektivně vypořádat s námitkami navrhovatele uplatněnými v rámci návrhu, kde navrhovatel zpochybnil skutečnost, že nabídková cena vybraného uchazeče je cenou přijatelnou v souladu s právními předpisy, a rovněž namítl, že se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 77 zákona
8. Současně navrhovatel poukazuje na nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů, resp. vad skutkového zjištění. K tomuto poukazuje na to, že Úřad se nijak nevypořádal s obsahem formuláře nabídkové ceny vybraného uchazeče. Odůvodnění neobsahuje jakékoliv vlastní úvahy Úřadu o tom, proč a z jakých konkrétních důvodů se Úřad ztotožnil s tvrzením vybraného uchazeče. Postup Úřadu, který opírá své závěry o existenci obchodního tajemství výlučně tvrzení vybraného uchazeče, aniž by sám zkoumal povahu a obsah dokumentu, do něhož chce navrhovatel nahlédnout, je tak dle navrhovatele v rozporu se správním řádem. Navrhovatel považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné, a to pro nedostatek důvodů, resp. vad skutkových zjištění, když Úřad odvodil důvody pro své rozhodnutí ze skutečností v řízení nezjišťovaných.
9. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil a umožnil navrhovateli nahlédnout do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče – „Cenový model pro stanovení nabídkové ceny ve VZ“, nebo případně, aby napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

III. Řízení o rozkladu

10. 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.

11. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
12. Úřad tím, že nevyhověl žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného usnesení.

IV. K námitkám rozkladu

13. Předem uvádím, že jsem se v plné míře ztotožnil i s odůvodněním napadeného usnesení. Nad rámec jeho odůvodnění však považuji za vhodné uvést následující.
14. Obdobný návrh k nahlédnutí do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče podal navrhovatel již dne 20. 10. 2011, kterému však na základě usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-17275/2011/510/MOn ze dne 31. 10. 2012 nebylo vyhověno. Proti tomuto usnesení podal navrhovatel rozklad, který byl předsedou Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R254/2011/VZ-5915/2012/310/JRa ze dne 5. 4. 2012 zamítnut.
15. Oproti předchozímu návrhu navrhovatel uvedl nový argument a to, že v mezidobí bylo již vydáno meritorní rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 12. 2011 č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-18433/2011/510/MOn ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Ve svém návrhu a následně i rozkladu, kterým napadl předmětné usnesení, pak argumentuje částí odůvodnění rozhodnutí ve věci (té části která se týká provádění důkazu formulářem nabídkové ceny z nabídky vybraného uchazeče ve správním řízení), přičemž má za to, že pokud byl tímto formulářem prováděn důkaz pak nevyhovění jeho žádosti o nahlédnutí je v rozporu s § 38 odst. 6 správního řádu.
16. Spornou otázkou i v tomto případě zůstává, zda je navrhovatel oprávněn k nahlédnutí do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče, či zda tento je již obchodním tajemstvím.
17. V této souvislosti, shodně s mým předchozím rozhodnutím, podotýkám, že zákon stanovuje dle ust. § 122 odst. 2 zákona, postup pro případ, že se Úřad dozví skutečnosti, která jsou předmětem obchodního tajemství. V takovém případě, je Úřad povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno.
18. Zákon přímo nestanovuje co je obchodní tajemství a je tedy zapotřebí posuzovat tento pojem dle definice stanovené v obchodním zákoníku. Podle ust. § 17 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**obchodní zákoník**“) je obchodní tajemství tvořeno veškerými skutečnostmi obchodní, výrobní či technické povahy souvisejícími s podnikem, které mají skutečnou nebo alespoň potenciální materiální či

nemateriální hodnotu, nejsou v příslušných obchodních kruzích běžně dostupné, mají být podle vůle podnikatele utajeny a podnikatel odpovídajícím způsobem jejich utajení zajišťuje. Ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách je pak podle ust. 122 odst. 2 tohoto zákona Úřad povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno. K tomu odborná literatura uvádí, že mezi skutečnosti, které lze považovat za obchodní tajemství, patří i např. obchodní plány, obchodní kalkulace apod.¹ Dále je pokládáno za nutné, aby Úřad nakládal se skutečnostmi, které tvoří obchodní tajemství tak, aby toto obchodní tajemství nebylo porušeno. V praxi je tedy třeba zajistit, aby obchodní tajemství nebylo porušeno například nahlédnutím do správních spisů, které Úřad vede. Přitom je třeba ověřit, zda příslušná listina, kterou účastník řízení za obchodní tajemství označí, takové skutečnosti vskutku obsahuje, tedy zda jsou naplněny všechny pojmové znaky poskytované výše citovaným ust. § 17 obchodního zákoníku². V daném případě jsem po opětovném přezkoumání problematiky týkající se obchodního tajemství obsaženého ve formuláři nabídkové ceny vybraného uchazeče dospěl k závěru, že všechny pojmové znaky obchodního tajemství jsou splněny, neboť příloha obsahuje skutečnosti obchodní povahy související s podnikem, tyto skutečnosti mají potenciální materiální či nemateriální hodnotu, mají být podle vůle podnikatele utajeny a podnikatel odpovídajícím způsobem jejich utajení zajišťuje. K tomuto závěru jsem byl veden výše uvedenými odbornými názory, neboť sporný formulář obsahuje zejména obchodní kalkulace, které nejsou v příslušných obchodních kruzích z titulu výlučnosti obchodní nabídky pro zadavatele a jedinečnosti obchodní a cenové politiky podnikatele jiným osobám běžně dostupné a podnikatel takto dotčené skutečnosti označil jako utajené a svým stanoviskem v rámci správního řízení jejich utajení zajistil. Z uvedeného tedy vyplývá, že nemohu souhlasit s tvrzením navrhovatele, že se v daném případě se nejedná o obchodní tajemství. Naopak, podrobná kalkulace cenové nabídky, stejně jako např. technické řešení nabídek jednotlivých uchazečů, jsou součástí obchodního tajemství, přičemž je nezbytné dle § 122 odst. 2 zákona, učinit taková opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno. Pokud bych přistoupil na to, že nabídky uchazečů je nutné zpřístupnit, včetně částí, ve kterých jsou informace spadající do obchodního tajemství, pak by se dle mého názoru jednalo o natolik limitující skutečnost, která by mohla omezovat jakékoliv zadávání veřejných zakázek z důvodu obav, že konkurenční firma může získat neodůvodněnou výhodu či prospěch na základě porušení obchodního tajemství.

19. Rovněž nesouhlasím s tím, že by byla z uvedeného důvodu porušena zásada transparentnosti, na což poukazuje navrhovatel. Vybraný uchazeč i navrhovatel podali ve lhůtě pro podání nabídek své nabídky, přičemž nabídková cena vybraného uchazeče činí 10 308 631 Kč bez DPH a nabídková cena navrhovatele činí 11 595 054,78 bez DPH. Není sporu o tom, že navrhovatel obdržel v průběhu zadávacího řízení, nejpozději v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, informaci o celkové nabídkové ceně vítězného uchazeče. Umožnění seznámení s podrobnou kalkulací nabídky resp. vyplněným formulářem nabídkových cen vybraného uchazeče, které požaduje navrhovatel, se dle mého názoru nikterak nedotýká transparentnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení (§ 6 zákona).

¹ Plíva, Štenglová, Tomsa a kol. *Obchodní zákoník – komentář*. C. H. Beck 2001, s. 64

² Neruda R., Raus D. *Zákon o veřejných zakázkách – komentář*. Linde 2007, s. 782

20. Z výše uvedeného důvodu nemohu rovněž akceptovat názor navrhovatele, týkající se povinnosti umožnit nahlížení do části spisu, jimiž bude prováděn důkaz § 38 odst. 6 správního řádu. Základním účelem práva na nahlížení do spisu je zejména umožnit účastníkům řízení vyjádřit se ke všem podkladům pro rozhodnutí. Vyplněný formulář nabídkových cen však uvedenou podmínku nespĺňuje, neboť jím není prováděn důkaz týkající se posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. K tomuto lze opakovaně podotknout, že akceptováním postupu navrženým navrhovatelem, by byl obcházen zákon, neboť by došlo k porušení obchodního tajemství, které nemá být porušeno dle ust. § 122 odst. 2 zákona. Nadto doplňuji, že zákon o veřejných zakázkách je ke správnímu řádu jako k obecnému procesnímu předpisu v poměru speciality a z tohoto důvodu podrobněji specifikuje povinnosti správního orgánu při vedení řízení. Pro úplnost je možné rovněž dodat, že předmětem správního řízení nebyla otázka obsahové úplnosti nabídky vybraného uchazeče.

V. Závěr

21. Po zvážení všech aspektů dané věci, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
Tomáš Pfeffer, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

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