



UOHSX0049801

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R39/2012/VZ-9024/2012/310/JRa

V Brně dne: 8. června 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 23. 2. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 27. 2. 2012, jenž podal zadavatel -

- zájmové sdružení právnických osob **Asociace televizních organizací**, IČ: 65998090, se sídlem Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2, jehož řádnými členy jsou

Česká televize, IČ: 00027383, se sídlem Kavčí hory, 140 70 Praha 4,

FTV Prima, spol. s r. o., IČ: 48115908, se sídlem Na Žertvách 24/132, 180 00 Praha 8 – Libeň,

CET 21 spol. s r. o., IČ: 45800456, se sídlem Kříženeckého nám. 1078/5, 152 00 Praha 5,

Asociace komunikačních agentur České republiky, IČ: 45247846, se sídlem Opatovická 4/1659, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

kteří dne 10. 5. 2011 uzavřeli dohodu o sdružení zadavatelů pod názvem „Dohoda o právech a povinnostech ATO a řádných členů ATO při výběru realizátora projektu elektronického měření sledovanosti televizního vysílání v České republice metodou TV metrů a o uzavření budoucí Prováděcí smlouvy“ za účelem zadání veřejné zakázky „Projekt elektronického měření sledovanosti televizního vysílání“ zadávané formou otevřeného nadlimitního řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 20. 5. 2011, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 13. 6. 2011, dne 1. 7. 2011 a dne 15. 7. 2011 pod ev. č. 60060281 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2011 pod ev. č. 2011/S 99-162247,

proti výroku č. 3. usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 2. 2012, č. j. ÚOHS S67/2012/VZ-2345/2012/530/RNi, kterým byla zadavateli stanovena lhůta 5 dnů k provedení úkonu – předložení dokumentů, na jejichž základě došlo dle čl. III odst. 1 písm. c) dohody o sdružení ke schválení úkonů vedoucího účastníka sdružení, a to Asociace televizních organizací, IČ 65998090, se sídlem Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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:

Výrok č. 3. usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 2. 2012 č. j. ÚOHS-S67/2012/VZ-2345/2012/530/RNi

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel zájmové sdružení právnických osob Asociace televizních organizací, IČ: 65998090, se sídlem Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2, jehož řádnými členy jsou Česká televize, IČ: 00027383, se sídlem Kavčí hory, 140 70 Praha 4, FTV Prima, spol. s r. o., IČ: 48115908, se sídlem Na Žertvách 24/132, 180 00 Praha 8 – Libeň, CET 21 spol. s r. o., IČ: 45800456, se sídlem Kříženeckého nám. 1078/5, 152 00 Praha 5 a Asociace komunikačních agentur České republiky, IČ: 45247846, se sídlem Opatovická 4/1659, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách ze dne 20. 5. 2011, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 13. 6. 2011, dne 1. 7. 2011 a dne 15. 7. 2011 pod ev. č. 60060281 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 99-162247, za účelem zadání veřejné zakázky „Projekt elektronického měření sledovanosti televizního vysílání“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

2. Úřad oznámil zahájení správního řízení z moci úřední dne 8. 2. 2012 č. j. ÚOHS-S67/2012/VZ-2344/2012/530/RNi ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem.

II. Napadené usnesení

3. Dále Úřad vydal dne 8. 2. 2012 usnesení č. j. ÚOHS-S67/2012/VZ-2345/2012/530/RNi, kterým stanovil účastníku řízení lhůtu, v nichž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjadřovat se k podkladům rozhodnutí. Ve výroku 3 shora uvedeného usnesení pak stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – předložení dokumentů, na jejichž základě došlo dle čl. III odst. 1 písm. c) dohody o sdružení ke schválení úkonů vedoucího účastníka sdružení, a to Asociace televizních organizací, IČ: 65998090, se sídlem Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2, a to do 5 dnů ode dne doručení usnesení.

III. Námitky rozkladu

4. Dne 27. 2. 2012 obdržel Úřad rozklad Asociace televizních organizací (dále také „ATO“) proti výroku uvedeného v bodu 3 shora uvedeného usnesení a současně proti odůvodnění usnesení. ATO podotýká, že dohoda o sdružení zadavatelů uzavřená dne 10. 5. 2011 pod názvem „Dohoda o právech a povinnostech ATO a řádných ATO při výběru realizátora projektu elektronického měření sledovanosti televizního vysílání v České republice metodou TV metrů a o uzavření budoucí Prováděcí smlouvy“ (dále jen „**dohoda**“), není smlouvou, kterou mají uzavřít zadavatelé, pokud se sdruží za účelem zadání veřejné zakázky dle ust. § 2 zákona. Současně poukazuje na to, že se jedná o soukromoprávní dohodu mezi zadavatelem a jeho členy, vztahující se k různým právům a povinnostem ATO a jeho členů, týkající se výběru poradenské společnosti pro zadání zakázky, průběhu zakázky a uzavření prováděcí smlouvy. Na základě uvedeného má tudíž za to, že Úřad uvedenou dohodu nesprávně posoudil jako dohodu zadavatelů, neboť dohoda nijak nesouvisí s řešenými pochybnostmi Úřadu a ani jinak nepodléhá jeho kontrole nebo přezkumu.
5. Současně ATO vznáší pochybnost nad tím, jak se uvedená dohoda stala součástí spisu a zda z uvedeného důvodu Úřad postupuje v souladu s právními předpisy a zda nedochází k zneužití Úřadu k jiným účelům. Podotýká, že jí není znám způsob, jak se předmětná dohoda stala ještě před vydáním usnesením a oznámením o zahájení správního řízení součástí spisu v souladu se správním řádem.
6. Poukazuje na skutečnost, že Asociace televizních organizací je zájmové sdružení členů, které činí úkony a prosazuje zájmy svých členů, jak je uvedeno ve stanovách ATO. Jednou ze základních činností je kromě jiného, i zajišťování elektronického měření sledovanosti televize a uzavření smlouvy na realizaci projektu elektronického měření (dále jen „**PEM**“) s dodavatelem. Asociace televizních organizací tedy uzavírá vlastním jménem a na vlastní účet smlouvu na PEM, která byla předmětem veřejné zakázky. ATO následně uzavírá tzv. prováděcí smlouvu, na základě které poskytuje výsledky měření PEM jednotlivým členům. ATO dále uzavírá další smlouvy s jinými osobami než jen řádnými členy, kterým za úplatu

poskytuje výsledky měření PEM. ATO se „nesdružuje“ se svými členy za účelem realizace veřejné zakázky. ATO již samo o sobě je oním zástupcem/sdružením svých členů, a považuje za nesmysl, že by se s nimi dohodou ještě dále sdružovala. Uvedenou dohodu nelze tudíž považovat za dohodu zadavatelů. Dohoda navíc není uzavírána za účelem sdružení více zadavatelů k realizaci veřejné zakázky, ale jako doplnění stanov Asociace televizních organizací, které nijak nepočítaly s uzavřením smlouvy na PEM dle zákona. Poukazuje na to, že dohoda je pouze soukromoprávní úpravou práv a povinností Asociace televizních organizací a jeho členů doplňující její stanovy. Dohoda, stejně jako stanovy nejsou dokument, který by jakýmkoli způsobem podléhal kontrole Úřadu, a které by měl a mohl Úřad pro posouzení důvodů řízení požadovat.

7. Navíc ATO podotýká, že dohoda ani doklady s dohodou související nebo jiné soukromoprávní dokumenty zadavatele a jeho členů nebo třetích osob nemohou v žádném případě přispět na vyřešení pochybností Úřadu. Požadavek na předložení dokladů uvedených v usnesení Úřad porušuje ust. § 2 odst. 2 správního řádu. V odůvodnění usnesení se Úřad nevyjadřuje a neodůvodňuje, proč požaduje doklady dle napadeného výroku, a tudíž je zcela nedostatečné.
8. Dále uvádí, že zadavatelem předmětné veřejné zakázky je pouze Asociace televizních organizací a dle § 116 zákona je pouze zadavatel účastníkem řízení, tudíž předpokládá, že bude v rámci správního řízení jednáno pouze s ní, což je obdobné jako např. sdružení měst a obcí je jediným zadavatelem a účastníkem řízení a zadavateli a účastníky řízení nejsou jeho jednotliví členové. Dále není zřejmé z napadeného výroku, jaké dokumenty Úřad po zadavateli vlastně požaduje, má tedy za to, že usnesení je v daném bodě zmatečné a neurčité.

Závěr rozkladu

9. S ohledem na shora uvedené skutečnosti žádá Asociace televizních organizací, aby předseda Úřadu svým rozhodnutím změnil výrok č. 3 napadeného usnesení tak, že napadený výrok pod č. 3 v Usnesení – požadavek na předložení dokumentu bude zrušen.

IV. Řízení o rozkladu

10. Úřad usnesením č. j. ÚOHS – S67/2012/VZ-4407/2012/530/RNi ze dne 5. 3. 2012 stanovila členům sdružení lhůtu 5 dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Následně Úřad na základě žádosti CET 21 spol. s r. o. ze dne 9. 3. 2012 prodloužila usnesením ze dne 13. 3. 2012 č. j. ÚOHS –S67/2012/VZ-4835/2012/530/RNi lhůtu k vyjádření k podanému rozkladu.

Vyjádření Asociace komunikačních agentur k rozkladu

11. Dne 14. 3. 2012 obdržel Úřad vyjádření Asociace komunikačních agentur ze dne 13. 3. 2012, ve kterém souhlasí s podaným rozkladem a uvádí, že není zadavatelem předmětné veřejné zakázky ani účastníkem řízení.

Vyjádření České televize k rozkladu

12. Dne 13. 3. 2012 obdržel Úřad vyjádření České televize k rozkladu ze dne 12. 3. 2012, v němž je mimo jiné uvedeno, že souhlasí s podaným rozkladem a poukazuje na stanovы Asociace televizních organizací, zejména pak na čl. II, z kterého vyplývá, že sdružení bylo založeno podle ust. § 20f a §20j zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jako zájmové sdružení právnických osob k ochraně a realizaci společných zájmů svých členů. Asociace televizních organizací je právnickou osobou, která v právních vztazích vystupuje svým jménem a za své závazky odpovídá svým majetkem. Dle České televize z usnesení Úřadu nevyplývá, zda je Česká televize účastníkem řízení.

Vyjádření FTV Prima, spol. s r. o. k rozkladu

13. Dne 13. 3. 2012 obdržel Úřad vyjádření FTV Prima, spol. s r. o. ze dne 12. 3. 2012, v němž je mimo jiné k rozkladu podanému Asociací televizních organizací uvedeno, že se skutkovými tvrzeními a s právními úvahami uvedenými v podaném rozkladu souhlasí.

Vyjádření CET 21 spol. s r. o. k rozkladu

14. Dne 22. 3. 2012 obdržel Úřad vyjádření CET 21 spol. s r. o. (dále jen „**CET 21**“) ze dne 21. 3. 2012, v němž je mimo jiné uvedeno, že CET 21 nesouhlasí s právním výkladem dohody a její právní povahy ze strany Asociace televizních organizací tak, jak je uveden v rozkladu. CET 21 považuje právní závěry uvedené v podaném rozkladu ve zcela zřejmém rozporu se zněním dohody, zákona a s konkrétními klíčovými právními úkony, které Asociace televizních organizací sama učinila. CET 21 dále mimo jiné uvádí, že mylné je rovněž tvrzení Asociace televizních organizací o tom, že dohoda představuje pouze soukromoprávní ujednání, neboť dohoda má přesah do veřejného práva a Úřad je oprávněn, ale i povinen dohodu zkoumat, aby mohl učinit závěr, zda vůbec je v pravomoci Úřadu zkoumat a posuzovat zadávací řízení v režimu zákona a posuzovat, zda jeho průběh byl v souladu se zákonem. CET 21 se podrobně zabývá samotnou dohodou a Úřadem požadovanými dokumenty a jejich povahou. Závěrem CET 21 navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl a usnesení Úřadu v celém rozsahu potvrdil.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb, správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. 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 nastávajícímu závěru:
17. Úřad tím, že výrokem pod bodem 3. usnesení ze dne 8. 2. 2012 č. j. ÚOHS-S67/2012/VZ-2345/2012/530/RNi stanovil navrhovateli lhůtu k předložení dokumentů, na jejichž základě došlo dle čl. III odst. 1 písm. c) dohody o sdružení ke schválení úkonů vedoucího účastníka

sdužení, a to Asociace televizních organizací, IČ: 65998090, se sídlem Salmovská 1534/11, 120 00 Praha 2, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V dalším textu odůvodnění tohoto rozhodnutí bude vysvětleno, proč jsem neshledal důvody pro zrušení tohoto usnesení.

V. K námitkám rozkladu

18. Převážná část rozkladu proti napadenému usnesení směřuje k tomu, zda lze považovat smluvní strany dohody za účastníky řízení zahájeného Úřadem z moci úřední, a to za situace kdy Asociace televizních organizací má za to, že se nejedná o dohodu zadavatelů dle § 2 zákona. Asociace je toho názoru, že se jedná o soukromoprávní dohodu mezi zadavatelem a jeho členy a v takovém případě uvedená dohoda nespadá do přezkumu Úřadu.
19. Zcela obecně lze uvést, že podstatným faktem pro vedení jakéhokoliv správního řízení je identifikace účastníka nebo účastníků řízení. Vymezení okruhu účastníků tak může být v konkrétních případech náročné a často i sporné, neboť správní orgán musí definovat okruh účastníků řízení ve vztahu k rozhodnutí, které bude teprve výsledkem správního řízení. Nutno podotknout, že v daném případě jsem se přiklonil k názoru Úřadu, který definoval účastníky všechny subjekty, které uzavřeli dohodu.
20. Dle Ustanovení § 2 odst. 10 zákona se za zadavatele považuje rovněž jakékoliv sdružení nebo jiné spojení zadavatele podle odst. 2. 3 nebo 6 s fyzickou nebo právnickou osobou, která není zadavatelem za účelem zadání veřejné zakázky. K tomuto lze dle ustáleného komentáře dodat, že uvedené ustanovení upravuje jistý druh sdružení zadavatelů, kdy účastníkem tohoto sdružení jsou na jedné straně veřejní, dotovaní či sektoroví zadavatelé, a na straně druhé další fyzické či právnické osoby, které do kategorie veřejných, dotovaných či ustálených zadavatelů nespadají. Sdruží či spojí-li se zadavatel (byť jen jeden) s osobou, která není zadavatelem, je třeba na toto sdružení nahlížet jako na zadavatele ve smyslu zákona.
21. Dne 10. 5. 2011 byla mezi Asociací televizních organizací, Českou televizí, FTV Prima, spol. s r. o., CET 21 spol. s r.o. a Asociací komunikačních agentur uzavřena předmětná dohoda. Z úvodního ustanovení této dohody vyplývá, že *„Účastníci této dohody shodně konstatují, že v souladu s požadavky zákona o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb., v platném znění, bude výběr dalšího realizátora projektu PEM k zajištění společného elektronického měření sledovanosti televize v České republice po skončení platnosti Smlouvy o realizaci a užití výsledků elektronického měření sledovanosti televize v České republice metodou TV metrů (uzavřené se stávajícím realizátorem projektu společnosti MEDIARESEACH, a. s.) podléhat režimu zákona o veřejných zakázkách“*. Současně pak z Předmětu smlouvy lze vyčíst, že: *„Předmětem této smlouvy je vymezení povinností a práv ATO a členů ATO při výběru dalšího realizátora PEM k zajištění společného elektronického měření sledovanosti televize v České republice formou veřejné zakázky“*.
22. Z uvedeného je tedy zřejmé, že dohoda mezi předmětnými smluvními stranami byla učiněna ze účelem zadání zakázky v souladu se zákonem, přičemž vzhledem ke skutečnosti,

že jedna ze smluvních stran – Česká televize, je veřejným zadavatelem, je nutno považovat za zadavatele Asociaci televizních organizací, Českou televizi, FTV Prima, spol. s r.o., Asociaci komunikačních agentur a CET 21 spol. s r.o, v souladu s ust. § 2 odst. 10 zákona, neboť se jedná o spojení či sdružení zadavatelů.

23. Dále je možno uvést, že v souladu s § 116 zákona je účastníkem řízení vždy zadavatel. S ohledem na výše uvedené považují dohodu jako jistý druh sdružení zadavatelů, kterými jsou všechny subjekty, jež vystupují jako smluvní strany v rámci dohody, tedy Asociace televizních organizací, Česká televize, FTV Prima, spol. s r. o., CET 21 spol. s r. o. a Asociace komunikačních agentur.
24. Nemohu se ztotožnit s názorem ATO, že fakt, že by se v daném případě mohlo jednat o soukromoprávní dohodu, není relevantní ve věci přezkumu prováděného Úřadem. Úřad je při vedení správního řízení povinen řídit se ust. § 3 správního řádu, tedy zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Pod tuto zásadu spadá nepochybně i zákonné stanovení okruhu účastků správního řízení a za tímto účelem vyžádání si potřebných podkladů. Posouzení účastenství dotčených osob včetně náležitého odůvodnění použitých podkladů je však výlučně meritorní záležitostí, která tedy nutně může být komplexně přezkoumána teprve v rámci vydaného rozhodnutí ve věci samé.
25. Nad to lze doplnit, že o správnosti postupu, který zvolil Úřad svědčí i fakt, že jeden ze členů sdružení CT 21, spol s r. o., se s ostatními členy v názoru na prvního význam dohody o sdružení neshoduje a považuje její posouzení Úřadem za nezbytné.
26. Co se týká požadavku Úřad na předložení dokumentů, na jejichž základě došlo dle čl. III odst. 1 písm. c) dohody ke schválení úkonů vedoucího účastníka sdružení – Asociace televizních organizací, uvádím, že dle čl. III odst. 1 písm. c) dohody byla Asociace televizních organizací pověřena, aby svým jménem a na vlastní účet činila další úkony nezbytné pro průběh zadávacího řízení dle zákona o veřejných zakázkách, přičemž veškeré úkony měly být předem schváleny členy Asociace televizních organizací, tedy zbylými zadavateli předmětné veřejné zakázky.
27. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné dokumenty, na jejichž základě došlo ke schválení jednotlivých kroků, jež byly učiněny v rámci předmětného zadávacího řízení (zejména pak schválení podpisu smlouvy), nebyly součástí dokumentace, vyzval Úřad účastníka řízení tedy zadavatele, jímž je v tomto případě sdružení či spojení zadavatelů, k doplnění těchto dokumentů. S ohledem na skutečnost, že všem účastníkům řízení je známo znění předmětné dohody, na niž odkazoval Úřad ve svém usnesení, neshledávám požadavek v bodě 3 usnesení za zmatečný či neurčitý.
28. Ohledně námitky uvedené v rozkladu, týkající toho, zda je dohoda oprávněně součástí spisu, či zda nedochozí ke zneužití Úřadu k jiným účelům, podotýkám, že Úřad zahájil správní řízení z moci úřední na základě anonymního podnětu, jehož součástí byla předmětná dohoda. Obdržení anonymního podnětu nic nemění na skutečnosti, že Úřad mohl činit kroky k zahájení správního řízení z moci úřední.

V. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů v dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami mající vliv na jeho zákonnost a správnost, jsem se rozhodl postupovat tak, jak je uvedeno ve výroku 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:

1. Asociace televizních organizací, Salmovská 1534/11, 120 00 Praha
2. Česká televize, Kavčí hory, 140 70 Praha
3. FTV Prima, spol. s r.o., Na Žervách 24/132, 180 00 Praha
4. CET 21 spol. s r. o., Kříženeckého nám. 1078/5, 152 00 Praha
5. Asociace komunikačních agentur České republiky, Opatovická 4/1659/, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy