

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
601 56 Brno, Joštova 8

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S 567-R/04-548/140/VŠ

V Praze dne 14.10.2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 17.8.2004 ve smyslu ustanovení § 57 odst. 1 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., na základě návrhu uchazeče GESTO COMMUNICATION spol. s r.o., se sídlem Korunní 106, 101 00 Praha 10, jednajícího jednatelem ing. Jiřím Línkem, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele České republiky – České správy sociálního zabezpečení, se sídlem Křížová 25, 225 08 Praha 5, zastoupeného ústředním ředitelem ing. Jiřím Hoidekrem, o vyloučení uvedeného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži „Kryptografická ochrana přenosových cest“, vyhlášené zadavatelem uveřejněním v Obchodním věstníku č. 17/04 pod zn. 191402-17/04 dne 28.4.2004, zadané podle ustanovení § 4 a násl. 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.,

rozhodl takto:

rozhodnutím ze dne 15.7.2004 zadavatele České republiky – České správy sociálního zabezpečení, se sídlem Křížová 25, 225 08 Praha 5, o vyloučení uchazeče GESTO COMMUNICATION spol. s r.o., se sídlem Korunní 106, 101 00 Praha 10 z další účasti ve shora uvedené obchodní veřejné soutěži nedošlo k porušení 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., a proto se na základě ustanovení § 60 písm. a) téhož zákona návrh uvedeného uchazeče na přezkoumání zmíněného rozhodnutí zadavatele **zamítá**.

Odůvodnění

Uveřejněním v Obchodním věstníku č. 17/04 pod zn. 191402-17/04 vyhlásil dne 28.4.2004 zadavatel Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, se sídlem Křížová 25, 225 08 Praha 5, zastoupený ústředním ředitelem ing. Jiřím Hoidekrem (dále jen „zadavatel“) na základě ustanovení § 4 a násl. 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“) obchodní veřejnou soutěž „Kryptografická ochrana přenosových cest“.

Do konce soutěžní lhůty stanovené podmínkami obchodní veřejné soutěže doručilo svoje nabídky šest uchazečů, jedním z nichž byl uchazeč GESTO COMMUNICATION spol. s r.o., se sídlem Korunní 106, 101 00 Praha 10, jednající jednatelem ing. Jiřím Línkem (dále jen „uchazeč“).

Na základě protokolu komise pro otevírání obálek s nabídkami ze dne 14.7.2004 rozhodl zadavatel dne 15.7.2004 s odvoláním na ustanovení § 29 odst. 4 zákona o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži a téhož dne své rozhodnutí uchazeči oznámil. V oznámení rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži, které bylo uchazeči doručeno dne 20.7.2004, zadavatel uvedl, že „Důvodem Vašeho vyloučení je nesplnění dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky stanoveného v zadání této obchodní veřejné soutěže dle § 2f zákona. V nabídce schází certifikace uchazeče ISO 9001. Tento požadavek zadavatele byl stanoven v zadávacích podmínkách v bodu 13 („Další podmínky“) písm. h)“.

S datem 28.7.2004 vznesl uchazeč proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži námitky, které byly zadavateli doručeny dne 29.7.2004.

Statutární orgán zadavatele dne 4.8.2004 oprávněnost uchazečem vznesených námitek přezkoumal a s odůvodněním jim nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách bylo uchazeči doručeno dne 9.8.2004.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 17.8.2004, stejně tak i zadavatel, návrh uchazeče z téhož dne na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži; uvedeným dnem bylo zahájeno správní řízení u orgánu dohledu ve smyslu ustanovení § 57 odst. 1 zákona.

Uchazeč ve svém návrhu v zásadě rekapituluje svoje námitky, rozhodnutí zadavatele o nich a reaguje na odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Návrh je podle názoru uchazeče opodstatněn dvěma základními skutečnostmi:

- 1) V oznámení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče se uvádí, že „v nabídce schází certifikace uchazeče ISO 9001“. Tato certifikace však nebyla požadována, neboť nikde v celém zadání soutěže, tedy ani v inzerátu, ani v zadávací dokumentaci se neobjevil požadavek certifikace ISO 9001 uchazeče, ale pouze na certifikaci dodavatele.
- 2) V oznámení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče se uvádí, že „důvodem vyloučení je nesplnění dalšího předpokladu dle § 2f zákona“, požadavky na certifikaci ISO 9001 však nebyly v zadání soutěže vůbec uvedeny jako další předpoklady pro plnění veřejné zakázky dle § 2f zákona, ale jako jakési „Další podmínky“.

Uchazeč dále vyjadřuje svůj nesouhlas s formulací zadavatele z jeho rozhodnutí o námitkách, že „uchazeč v námitce potvrzuje skutečnost, že nepředložil svou certifikaci ISO 9001“, tuto skutečnost vůbec nepotvrzuje, naopak. Zájemce předložil přesně to, co

vyhlašovatel požadoval, tedy příslib certifikace ISO 9001. Zámecce však prozatím není dodavatelem v této soutěži, nýbrž je pouze uchazečem, až se z uchazeče stane dodavatelem, pak svoji certifikaci bezpochyby předloží, uvádí uchazeč. Vyhlašovatel použil ve zveřejněném zadání soutěže formulaci „dodavatel“, aniž jakýmkoli způsobem vysvětlil, co tím vlastně myslí. V bodě 14 uveřejněného zadání této soutěže dokonce uvedl, že neposkytuje žádné další informace nad rámec zadávací dokumentace a že prohlídka místa plnění ani informační schůzka se nekoná. Jediným informačním zdrojem pro nalezení vysvětlení pojmu dodavatel je právě a jen rozhodnutí zadavatele o námitkách, neboť právě zde vyhlašovatel poprvé zevrubně pojem dodavatel vysvětluje. Vyhlašovatel se tedy textací zadání soutěže zásadně odchýlil od pojmů zákona (pojem uchazeč prostě není ekvivalentní pojmu dodavatel) a přesvědčuje o správnosti tohoto kroku zámecce tím, že ho měsíc po odevzdání obálek odkazuje místo Sbírký zákonů na právně nedefinovatelný gramatický výklad.

Rovněž pro nalezení vysvětlení pojmu Další podmínky je zdrojem pouze rozhodnutí zadavatele o námitkách, uvádí dále uchazeč ve svém návrhu. Navíc se zde vyhlašovatel domnívá, že jím použitý pojem Další podmínky je „přesnější“, než-li zákonem zavedený pojem Další předpoklady pro plnění veřejné zakázky. Pro zákon je pojem Další podmínky zcela neznámý a nelze jím proto zákonem zavedený pojem bez vysvětlení nahradit, natož jej zpřesnit.

Na závěr svého návrhu uchazeč uvádí, že „podává tento návrh na přezkoumání rozhodnutí vyhlašovatele a směřuje tím proti úkonům zadavatele, kterým bylo vyhlášení této OVS v rozporu s pojmy definovanými v zákoně 199. Tím se vyhlašovatel dopustil porušení zákona 199 od samého počátku. Zámecce se tímto domáhá zrušení této OVS“.

Spolu s dokumentací o zadání veřejné zakázky obdržel Úřad dne 30.8.2004 stanovisko zadavatele, datované dne 24.8.2004.

Zadavatel ve svém stanovisku, které je v zásadě shodné s odůvodněním jeho rozhodnutí o námitkách, k první v návrhu uchazečem uváděné skutečnosti opakuje, že uchazeč v námitce potvrdil, že nepředložil svou certifikaci ISO 9001. Sporné tak pouze zůstalo, zda ze zveřejněného zadání soutěže bylo možno dovodit, kdo je dodavatelem, tedy tím, kdo musí předložit certifikaci. V čl. 13 odst. g) zadání se uvádí: „Zadavatel požaduje certifikaci výrobce nabízených zařízení podle řady ISO 9000 na systém řízení vztahující se k předmětu OVS pro oblasti návrhu, vývoje a výroby“, v čl. 13 odst. h) zadání se pak uvádí: „Zadavatel vyžaduje certifikaci dodavatele podle ISO 9001 na systém řízení vztahující se k předmětu OVS“. Zadavatel tak požadoval certifikaci výrobce dodávaného zařízení i od dodavatele tohoto zařízení. Jako dodavatel byl v zadání myšlen subjekt, který požadované zařízení zadavateli dodá(tj. gramatický výklad). Bylo tomu tak proto, že předmětem dodávky (viz čl. 1 zadání soutěže je zařízení k zajištění bezpečné komunikace a autentizovaného přístupu do lokalit sítě WAN zadavatele, tedy zařízení, u něhož je důležité, aby byl vysoce profesionální a důvěryhodný výrobce a také ten, kdo jej zadavateli dodá a předá. Oba tyto subjekty totiž mohou svým nekorektním přístupem ohrozit bezpečnost zadavatele. Certifikace ISO zajišťuje určitý standard subjektů, kteří jí disponují, a garantuje úroveň jejich služeb. Proti tvrzení, že uchazeč nevěděl, kdo má být považován za dodavatele, svědčí to, že v bodě 5 nabídky uchazeče, který je nazván „Certifikace dodavatele podle ISO 9001 na systém řízení vztahující se k předmětu OVS“ je uvedeno: „Firma Gesto Communications spol. s r.o. ... prohlašuje, že se v současné době intenzivně připravuje na získání certifikátu ISO 9001“, dále pak to, že v návrhu kupní smlouvy, která je uvedena v bodě 11 nabídky uchazeče, se uchazeč výslovně označuje jako „dodavatel“, který se zavazuje dodat zboží... (čl. 2 návrhu kupní

smlouvy), jakož i to, že jako dodavatel se uchazeč označuje také v návrhu smlouvy o službách podpory informačních technologií č. 043890, která je součástí nabídky uchazeče.

Pokud jde o druhou v návrhu uchazečem uváděnou skutečnost, zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že je nutno přisvědčit uchazeči, že v bodě 13 zadání soutěže je nadpis „Další podmínky“, nicméně i z této formulace bezezbytku vyplývá, že se jedná o takové požadavky, kterým musí uchazeč vyhovět, chce-li se účastnit soutěže. Sama skutečnost, zda se tyto požadavky nazývají podmínky, což se zdá zadavateli přesnější, než předpoklady, nemůže změnit dopad ustanovení § 2f zákona, který stanoví, že zadavatel může klást další podmínky/předpoklady pro účast uchazečů v soutěži. Otázka spojená s povinností předložit ISO 9001 byla již vyřešena výše, uvádí zadavatel, z nabídky uchazeče je zřejmé, že pochopil, co se od něho očekává, ale podmínkám/předpokladům účasti v soutěži nebyl schopen vyhovět.

Na závěr svého stanoviska zadavatel uvádí, že cítí potřebu se vyjádřit také k poněkud modifikovanému tvrzení uchazeče, že až by byl vybrán zadavatelem k uzavření smlouvy, pak by svou certifikaci doložil, a že tedy v nabídce předložil přesně to, co zadavatel požadoval. Jak již uvedeno výše, ve své nabídce uchazeč uvedl, že na získání certifikátu se připravuje, nikoliv, že jím už disponuje. Rozhodující je, dle mínění zadavatele, že v okamžiku podání nabídky uchazeč neměl požadovaný certifikát. Pokud by jej získal později a předložil, pak by se jednalo o nepřipustné doplňování nabídky, na které by zadavatel již brát ohled nemohl.

Podle ustanovení § 58 zákona jsou účastníky řízení:

- a) zadavatel,
- b) uchazeč.

Úřad dopisem Č.j.: S 567-O/04-548/140/VŠ ze dne 1.9.2004 oznámil uvedeným účastníkům řízení zahájení správního řízení.

Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 57 a násl. zákona napadené rozhodnutí zadavatele ze dne 15.7.2004 o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži. Ve správním řízení Úřad provedl podle ustanovení § 32 a § 34 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů s odvoláním na ustanovení § 61 zákona zjišťování a dokazování obsahem dokumentace o zadání veřejné zakázky, obsahem návrhu na přezkoumání rozhodnutí a obsahem stanoviska zadavatele, přičemž dospěl k závěru, že zadavatel zákon neporušil.

V čl. 13. Další podmínky podmínek zadání obchodní veřejné soutěže zadavatel v úvodu konstatuje, že „Zadavatel v souladu s ustanovením § 5 odst. 2 zákona vymezuje další podmínky OVS:“, aby pak dále pod písm. g), h) a i) stanovil

- „g) Zadavatel vyžaduje certifikaci výrobce nabízených zařízení podle řady ISO 9000 na systém řízení vztahující se k předmětu OVS pro oblasti návrhu, vývoje a výroby.
- h) Zadavatel vyžaduje certifikaci dodavatele podle ISO 9001 na systém řízení vztahující se k předmětu OVS.
- i) Zadavatel vyžaduje prohlášení uchazeče, že v případě realizace jeho nabídky předloží před zahájením dodávky certifikát o původu dodávaného zboží. Tento certifikát musí prokázat, že zboží bylo skutečně vyrobeno v závodě specifikovaném dokladem podle řady ISO 9000 z bodu g), který pokrývá výrobu předmětu nabídky“.

Nabídka uchazeče dokládá, že podmínka uvedená shora pod písm. g) (čl. 13 písm. g)) byla uchazečem splněna, neboť v zadávací dokumentaci stanovené části 4 nabídky je obsaženo osvědčení o registraci, které potvrzuje zadavatelem požadovanou certifikaci výrobce, společnosti EIT, Inc., Sterling, Virginia, USA.

Uchazeč splnil i podmínku uvedenou shora pod písm. i) (čl. 13 písm. i)), neboť v zadávací dokumentaci stanovené části 9 nabídky je obsaženo zadavatelem požadované prohlášení uchazeče o potvrzení (certifikátu) o původu zboží.

Pokud jde o splnění podmínky uvedené shora pod písm. h) (čl. 13 písm. h)), v zadávací dokumentaci stanovené části 5 nabídky je obsaženo prohlášení uchazeče tohoto znění: „Firma Gesto Communications spol. s r.o. se sídlem v Praze 10, Korunní 106 tímto prohlašuje, že se v současné době intenzivně připravuje na získání certifikátu ISO 9001“.

Ačkoli uchazeč v návrhu namítá, že cit. požadavek zadavatele uvedený pod písmenem h) zadávací dokumentace je nejasný a zadavatel nikde v podmínkách neuvedl, koho označuje pojmem „dodavatel“, z uvedeného písemného prohlášení uchazeče vyplývá, že jasně pochopil požadavek zadavatele v této podmínce obsažený a na základě toho předložil své prohlášení. K tomu Úřad konstatuje, že obsah zadavatelem použitého pojmu „dodavatel“ je patrný nejen v kontextu podmínek uvedených shora v čl. 13 písm. g), h) a i), ale podmínek zadání obchodní veřejné soutěže jako celku.

Uvádí-li uchazeč ve svém návrhu, že „Zájemce předložil přesně to, co vyhlášovatel požadoval, tedy příslib certifikace budoucího dodavatele“, neodpovídá to skutečnosti. Zadavatel prokazatelně nepožadoval příslib certifikace budoucího dodavatele a prohlášení uchazeče ani takovým příslibem bezesporu není, poskytuje pouze informaci, že uchazeč „se v současné době intenzivně připravuje na získání certifikátu ISO 9001“. Pokud by zadavatel v tomto případě uvažoval pouze o příslibu budoucího dodavatele, mohl by svůj požadavek formulovat obdobně jako u podmínky uvedené shora v čl. 13 písm. i), tj. požadoval by prohlášení uchazeče, že v případě realizace jeho nabídky předloží uchazeč před zahájením dodávky svoji certifikaci podle ISO 9001.

Předložením prohlášení uchazeče ve výše cit. znění tak nebyla splněna podmínka zadavatele uvedená v podmínkách veřejné zakázky pod písmenem písm. h) (čl. 13 písm. h)). Námitka uchazeče je nedůvodná.

Jak již výše uvedeno, zadavatel v úvodu čl. 13. Další podmínky podmínek zadání obchodní veřejné soutěže konstatuje, že „Zadavatel v souladu s ustanovením § 5 odst. 2 zákona vymezuje další podmínky OVS:“. K tomu je nezbytné zmínit, že ustanovení § 5 zákona nese název Obsah podmínek soutěže a ustanovení § 5 odst. 2 stanoví, že „Zadavatel může vymezit další podmínky soutěže, které vyhlásí současně s podmínkami podle odstavce 1, a to zejména“, aby pak pod písm. e) uvedl „požadavky na prokázání dalších předpokladů (§ 2f), popřípadě na předkvalifikační řízení (§ 21)“. Jestliže tedy zadavatel v čl. 13 podmínek zadání obchodní veřejné soutěže uvedl pod písm. h) shora uvedenou podmínku, zákon neporušil a oprávněnost vyloučení uchazeče z další účasti nezpochybnil ani tím, když v oznámení rozhodnutí o vyloučení uchazeče uvedenou podmínku identifikoval jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 2f zákona.

Uchazeč nesplnil podmínku uvedenou v čl. 13 písm. h) podmínek zadání obchodní veřejné soutěže, nepředložil požadovaný certifikát ISO 9001, jeho nabídka nebyla z hlediska podmínek soutěže úplná a byl proto zadavatelem na základě ustanovení § 29 odst. 4 vyloučen z další účasti v obchodní veřejné soutěži právem.

S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti, které ve správním řízení prokázaly, že rozhodnutím zadavatele ze dne 15.7.2004 o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži nedošlo k porušení zákona, Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení o opravném prostředku:

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, Joštova 8, 601 56 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Rozhodnutí obdrží:

1. Česká správa sociálního zabezpečení, Křížová 25, 225 08 Praha 5, zastoupená ústředním ředitelem ing. Jiřím Hoidekrem
2. GESTO COMMUNICATIONS spol. s r.o., Korunní 106, 101 00 Praha 10, jednající jednatelem ing. Jiřím Línkem