

Č.j.: 3R100/04-Ku

V Brně dne 25.1.2005

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5.11.2004 podaném společností **GESTO COMMUNICATION spol. s r.o.**, se sídlem Korunní 106, 101 00 Praha 10, zast. Ing. Jiřím Línkem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 567-R/04-548/140/VŠ ze dne 14.10.2004, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele - **České republiky – České správy sociálního zabezpečení, se sídlem Křížová 25, 225 08 Praha 5, zast. ústředním ředitelem Ing. Jiřím Hoidekrem**, v obchodní veřejné soutěži „**Kryptografická ochrana přenosových cest**“, vyhlášené dne 28.4.2004 v Obchodním věstníku č. 17/04 pod zn. 191402-17/04, 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 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. S567-R/04-548/140/VŠ ze dne 14.10.2004

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Společnost GESTO COMMUNICATION spol. s r.o., se sídlem Korunní 106, 101 00 Praha 10, zast. Ing. Jiřím Línkem (dále jen „uchazeč“) se svým rozkladem domáhá zrušení soutěže. V rozkladu uchazeč uvádí, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nezohlednil skutečnost, že zadavatel Česká republika – Česká správa sociálního zabezpečení, se sídlem Křížová 25, 225 08 Praha 5, zast. ústředním ředitelem Ing. Jiřím Hoidekrem (dále jen „zadavatel“) porušil zákon 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“) tím, že v zadání obchodní veřejné soutěže „Kryptografická ochrana přenosových cest“ (dále jen „soutěž“) pojmy „uchazeč a „další předpoklady pro plnění veřejné zakázky“ nahradil pojmy „dodavatel“ a „další podmínky“. Dále uchazeč v rozkladu uvádí, že zadavatel měl na mysli jedno předem známé řešení od předem zvoleného uchazeče. K ilustraci podivnosti zadání a pro názornost uchazeč na několika vybraných požadavcích používá analogii se soutěží na nákup nových automobilů. Jedná se o požadavky na centrální systém (min. 4 rozhraní 10/100/1000 Ethernet port RJ45), počet napájecích zdrojů pro centrální systémy (min. 2), požadavky na UPS (min. 3 kVA), požadavky na servery, na centrální a pobočkové systémy. Dále uchazeč uvádí, že zadavatel nepovažuje nikde za potřebné se dozvědět skutečné počty zařízení, jejich skladbu a začlenění do stávající topologie sítě zadavatele a to budí podezření, že zadavatel znal vítězné řešení předem a také nepovažuje za nutné dozvědět se konkrétní jméno a typ zařízení. Z výše uvedeného pak uchazeč dovozuje, že zadavatel porušil § 11 odst. 1 zákona, neboť „účelovou manipulací soutěže evidentně zvýhodňuje jednoho z uchazečů“. Závěrem rozkladu pak uchazeč uvádí, že z listiny účastníků otevírání obálek s nabídkami vyplývá, že v rozporu se zákonem zadavatel připustil, aby účastníkem otevírání obálek s nabídkami byly osoby, které prokazatelně nezastupovaly žádného z uchazečů. Tím se zadavatel dopustil porušení § 28 odst. 1 zákona.

K rozkladu se vyjádřil zadavatel, ve kterém se podrobně vyjadřuje ke všem námitkám uchazeče a navrhuje rozklad uchazeče zamítnout a potvrdit napadené rozhodnutí Úřadu.

Ze správního spisu vyloučily tyto skutkové okolnosti případu. Zadavatel zadal soutěž na „Kryptografická ochrana přenosových dat“ formou obchodní veřejné soutěže dne 28.4.2004 v Obchodním věstníku č. 17/04 pod zn. 191402-17/04 podle zákona. Dne 15.7.2004 rozhodl zadavatel s odkazem 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)“. Proti tomuto rozhodnutí podal dne 28.7.2004 uchazeč námitky a následně dne 17.8.2004 návrh k Úřadu. Tímto dnem bylo ve věci zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele a uchazeče.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 14.10.2004 rozhodnutí č.j. S567-R/04-548/140/VŠ, kterým návrh uchazeče podle § 60 písm. a) zákona zamítl s tím, že rozhodnutím zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v soutěži nedošlo k porušení zákona.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že v čl. 13. Další podmínky 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. 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.

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. S567-R/04-548/140/VŠ ze dne 14.10.2004 podaný návrh podle § 60 písm. a) zamítl s tím, že rozhodnutím zadavatele o vyloučení uchazeče z dalšího posuzování a hodnocení nedošlo k porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se ztotožňuji.

K námitkám uchazeče, které uplatnil již ve svém návrhu uvádím, že se s nimi vypořádal Úřad na straně pět a šest napadeného rozhodnutí a tuto argumentaci jsem shledal jako dostatečnou. V této věci uchazeč v rozkladu neuvedl žádné nové skutečnosti, když opakuje svá tvrzení uvedená již v návrhu. Jak již správně posoudil Úřad ve svém napadeném rozhodnutí, uchazeč nesplnil podmínky soutěže, když nepředložil zadavatelem požadovaný certifikát ISO 9001 dle čl. 13 písm. h) zadání soutěže, a byl zadavatelem v souladu se zákonem (§ 29 odst. 4 zákona) vyloučen ze soutěže. Tvrzení uchazeče, že zadavatel použitím pojmů „dodavatel a další předpoklady“ znemožnil uchazečům „vysvětlení toho, co si pod těmito pojmy představuje“ je bezpředmětný a na věcnou správnost rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze soutěže nemá vliv, nehledě k tomu, že uchazeč se sám ve své nabídce označuje za „dodavatele“, a to v bodě 5, bodě 11 nabídky i v návrhu smlouvy.

K ostatním námitkám uchazeče uvádím, že tyto byly uplatněny až v rozkladu a nikterak nezpochybňují rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení ze soutěže, ale týkají se toliko zadání soutěže, kdy uchazeč napadá správnost technických požadavků. K těmto námitkám uchazeče se vyjádřil zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu ze dne 18.11.2004, doplněném dne 7.12.2004, ve kterém podrobně popisuje, jakými úvahami byl veden při vyhlášení konkrétních technických požadavků. K samotnému zadání soutěže obecně uvádím, že s odkazem na ustálenou judikaturu Vrchního soudu v Olomouci i Nejvyššího správního soudu, pravomoci Úřadu sahají do úrovně těch činností zadavatele, která obecně vyjádřeno, vytváří prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů na soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, například která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy zadavatele (nejenom při posuzování a hodnocení nabídek), ale i úvahy zadavatele, z jakého důvodu si stanovil konkrétní požadavky na splnění technických podmínek předmětu plnění. Tím by Úřad ve svých důsledcích sám se stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět stanoveným kritériím a také v soutěži zvítězit a to platí i pro nezaměnitelnou roli zadavatele při vyhlášení podmínek soutěže, včetně stanovení kritérií hodnocení i vyhlášení dalších podmínek soutěže. Nelze polemizovat s důvody, které vedly zadavatele k vyhlášení právě konkrétních technických požadavků

zadavatele nebo z jakého důvodu požadoval zadavatel v rámci dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky například doložení systému řízení jakosti. K námitce uchazeče, že jediným místem, kde se vyskytuje požadavek na řízení mezi primární a sekundární infrastrukturou WAN je tabulka v příloze číslo 2, se nezakládá na pravdě. Tento požadavek je specifikován v zadávací dokumentaci v části „Předmět nabídky“. I k ostatním námitkám, že zadavatel nepožaduje znát konkrétní jména zařízení a jejich počty, odkazují na přílohu číslo dvě zadávací dokumentace, ze které vyplývá, že i toto tvrzení uchazeče se nezakládá na pravdě, když zadavatel například požadoval „... u parametrů vyžadujících podrobnější popis uvést potřebné údaje ve volném textu pod tabulkou a odkaz na něj uvést v poznámce. A dále součástí přílohy číslo dvě je požadavek na dokumentaci popisující parametry řešení“.

K námitce uchazeče, že zadavatel se dopustil porušení § 11 odst. 1 zákona, neboť zvýhodňuje jednoho z uchazečů uvádím, že rozhodnutím zadavatele o vyloučení uchazeče ze soutěže nedošlo k porušení citovaného ustanovení. Právě nevyloučením uchazeče ze soutěže, který nesplnil podmínky soutěže, by došlo k jeho zvýhodnění oproti ostatním účastníkům soutěže, kteří podmínky soutěže splnili a o výběru nejhodnější nabídky zadavatel zatím nerozhodoval s odkazem na ustanovení § 57 odst. 4 zákona. Podle tohoto ustanovení zadavatel nesmí činit žádné úkony směřující k dokončení zadání, ani uzavřít smlouvu nebo zadání soutěže zrušit, pokud je podán návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. I tato námitka uchazeče je tedy bezpředmětná.

Námitky uchazeče, že otevírání obálek s nabídkami byla přítomna osoba, která nezastupovala žádného z účastníků soutěže uvádím, že meritem projednávané věci je přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze soutěže. Skutečnost, že na listině účastníků soutěže je zapsána osoba, která není uchazečem, nemá vliv na posouzení, zda uchazeč byl v souladu se zákonem vyloučen ze soutěže.

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. Česká správa sociálního zabezpečení, Křížová 25, 225 08 Praha 5, zast. ústředním ředitelem Ing. Jiřím Hoidekrem,
2. GESTO COMMUNICATIONS spol. s r.o., Korunní 106, 101 00 Praha 10, zast. jednatelem Ing. Jiřím Línkem,
3. spis.