

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



Toto rozhodnutí nabylo právní moci
dne 27.3.2006 a stalo se
vykonatelným dne
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Jamr

ROZHODNUTÍ

Č. j.: 2R 015/06 – Hr

V Brně dne 14. března 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 10. 2. 2006 uchazečem – **sdrúžením společností Autostrade S.p.A., se sídlem Via Alberto Bergamini 50, 00159 Řím, Itálie a Autostrade per l'Italia S.p.A., se sídlem Via Alberto Bergamini 50, 00159 Řím, Itálie,** společně ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 30.11.2005 advokátem Michalem Dlouhým, ev. číslo ČAK 4683, s adresou pro doručování AK White & Case, se sídlem Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 1. 2006, č.j. VZ/S253/05-154/01635/2006/540-RP, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele **Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1,** zast. ministrem Ing. Milanem Šimonovským, učiněných při zadání nadlimitní veřejné zakázky „**Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 11. 7. 2005, ve znění oprav uveřejněných dne 20. 7. 2005 a 24. 8. 2005 pod ev. č. 50010570, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 7. 2005 pod ev. číslem 2005/S132-130998, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 7. 2005 a 25. 8. 2005,

m ě n í m

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, čtvrtý odstavec na straně první výrokové části napadeného rozhodnutí tak, že se doplňuje konstatace ustanovení § 101 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb. V ostatních částech zůstává výrok napadeného rozhodnutí beze změny. Nové znění předmětného odstavce tedy zní takto:

„...na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo dopravy, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1, jejímž jménem jedná Ing. Milan Šimonovský, ministr, učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 11.7.2005 pod ev. č. 50010570, ve znění oprav uveřejněných dne 20.7.2005 a 24.8.2005 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12.7.2005 pod ev. č. 2005/S 132-130998, ve znění oprav uveřejněných dne 22.7.2005 a 25.8.2005, rozhodl podle ustanovení § 101 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., **takto:**“

O d ů v o d n ě n í

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

1. Česká republika – Ministerstvo dopravy, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1, zast. ministrem Ing. Milanem Šimonovským (dále jen „zadavatel“), zadal nadlimitní veřejnou zakázku „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“ v otevřeném řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb. (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 11. 7. 2005 pod ev. č. 50010570, ve znění oprav uveřejněných dne 20.7.2005 a 24.8.2005 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12.7.2005 pod ev. č. 2005/S 132-130998, ve znění oprav uveřejněných dne 22.7.2005 a 25.8.2005. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem 4 nabídky a po posouzení nabídek provedeném hodnotící komisí, rozhodl zadavatel dne 16.11.2005 o vyloučení uchazeče – sdružení společností

AUTOSTRAD E S. P. A., se sídlem Via Alberto Bergamini 50, 00159 Řím, Itálie, za niž jedná Vito Alfonso Gamberale, zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 9. 2005 panem Piero Bergaminim, Riccardo Staracem a Giovanni Castelluccim, všichni adresou Via Alberto Bergamini 50, Řím, Itálie, a

AUTOSTRAD E PER L'ITALIA, se sídlem Via Alberto Bergamini 50, 00159 Řím, Itálie, za niž jedná Vito Alfonso Gamberale, zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 9. 2005 panem Piero Bergaminim, Riccardo Staracem a Giovanni Castelluccim, všichni adresou Via Alberto Bergamini 50, Řím, Itálie,

obě ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 30.11.2005 advokátem Michalem Dlouhým, ev. číslo ČAK 4683, s adresou pro doručování AK White & Case, se sídlem Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1,

(dále jen „navrhovatel“).

2. Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení podal navrhovatel námitky a následně dne 28. 12. 2005 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a dále účastníky sdružení právnických osob, kterému rozhodnutím zadavatele ze dne 16. 11. 2005 byla veřejná zakázka přidělena, a to společnosti

Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Mag. Georg Kapsch, předseda představenstva a Ing. Erwin Toplak, člen představenstva,

KAPSCH TELECOM spol. s r. o., se sídlem Opletalova č. p. 1015, Praha 1, Nové Město, PSČ 110 00, IČ 45311005, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Dr. Kari Kapsch, předseda představenstva a Dr. Franz Semmernegg, člen představenstva,

Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Ing. Mag. Thomas Schöpf a MBA Bernhard Kerres, členové představenstva,

Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371522, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

Kapsch Telematic Services spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371531, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel a

PVT, a. s., se sídlem Kovanecská 30/2124, Praha 9, PSČ 190 00, IČ 27074358, za niž jedná Ing. Jiří Fabián, předseda představenstva a Marian Pijarski, místopředseda představenstva,

ve správním řízení zastoupené na základě plné moci z dne 23.12.2005 advokátem Mgr. Ing. Danielelem Zejdou, se sídlem AK Havel & Holásek v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „uchazeč Kapsch“).

Napadené rozhodnutí

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 26. 1. 2006 rozhodnutí č. j. VZ/S253/05-154/01635/2006/540-RP, kterým rozhodl, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 88 odst. 3 zákona tím, že neodeslal do deseti dnů od obdržení námitek stěžovateli písemné sdělení o vyřízení námitek, avšak tento postup nijak neovlivnil stanovení pořadí nabídek. V odůvodnění svého rozhodnutí pak mimo jiné uvádí Úřad následující:

K požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001

4. Navrhovatel uvedl, že požadavek zadavatele na předložení certifikátu OHSAS 18001 představuje další kvalifikační kritérium nad rámec zákona, nikoliv obchodní podmínku. V této souvislosti dále navrhovatel trval na tom, že zadavatel měl posoudit relevanci odkazu na Sociální a ekologickou zprávu uchazeče a dále uvedl, že tuto zprávu nedoložil přímo do nabídky z důvodu jejího rozsahu. Zadavatel poté opětovně tvrdil, že se v případě předmětného certifikátu jedná o požadavek na parametr plnění a nikoliv na kvalifikaci uchazečů. K certifikátům obecně uvedl, že byl připraven přijmout i jiné doklady prokazující rovnocennost, avšak pouhý odkaz na Sociální a ekologickou zprávu uvedenou pouze na Internetu a v cizím jazyce nelze uznat.
5. V uvedeném bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad ztotožnil s názorem navrhovatele v tom, že uvedený požadavek není požadavkem na realizaci zakázky podle § 48 odst. 3 zákona, neboť se nevztahuje na uchazečem nabízené plnění, ale přímo na osobu uchazeče. Svým charakterem je potom obdobný např. výše uvedenému certifikátu ISO 14000. Jelikož nejde o požadavek na plnění, ale požadavek na určitou způsobilost uchazeče plnění poskytovat, svým charakterem se jedná o doklad prokazující kvalifikaci uchazeče. Úřad však nesouhlasil s navrhovatelem v tom, že předmětný požadavek jde v šetřeném případě nad rámec zákona. Na základě ustanovení § 30 odst. 2 písm. b)

zákona je zadavatel mj. oprávněn vymezit odpovídající úroveň technické způsobilosti a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Opatření týkající se bezpečnosti a ochrany zdraví při práci je přitom možné považovat za opatření zavedená uchazečem k zabezpečení jakosti jím poskytovaných služeb, neboť se tato opatření nepochybně v kvalitě odrážejí. Zadavatel je tedy oprávněn v rámci technické způsobilosti podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona stanovit kritérium týkající se opatření k zabezpečení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci s odkazem na certifikát OHSAS 18001. Skutečnost, že jej zadavatel vyžadoval na jiném místě zadávacích podmínek, v šetřeném případě neměla vliv na zákonnost postupu zadavatele.

6. Úřad však v této souvislosti považoval za nutné poznamenat, že stejně jako u certifikátu EMS ISO 14000 nemůže zadavatel odmítnout jiný doklad předložený uchazečem jen na základě jeho formy; odmítnout jej může jen tehdy, pokud se po obsahovém prozkoumání prokáže, že tento doklad neprokazuje splnění stanovených požadavků. V uvedeném případě zadavatel zkoumal obsahovou stránku uchazečem předloženého dokladu a dospěl k závěru, že je obsahově nedostatečný. Důvodem je zejména absence Sociální a ekologické zprávy uchazeče, na kterou je pouze odkazováno, ale není doložena v nabídce, a dále pouhé povrchní věcné informace uvedené v prohlášení uchazeče, z nichž nelze shodu se zadavatelem požadovaným systémem dovodit.

K požadavku na doložení certifikátu EMS ISO 14000

7. Podobně jako u předchozího certifikátu, i v případě certifikátu EMS ISO 14000 argumentoval navrhovatel, že zadavatel nemůže odmítnout jiný doklad předložený uchazečem jen na základě jeho formy; odmítnout jej může jen tehdy, pokud se po obsahovém prozkoumání prokáže, že tento doklad neprokazuje splnění stanovených požadavků.
8. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že je nutné rozhodnout, zda byl zadavatel jednak oprávněn zadavatele vyloučit již na základě předložení jiného dokumentu než certifikátu a jednak zda byl uchazeče vyloučit s ohledem na obsah jím předložené listiny. Při výkladu ustanovení § 37 odst. 2 písm. c) zákona je nutné přihlídnout k úpravě ve směrnici rady 92/50/EHS ze dne 18. 7. 1992, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (dále jen „směrnice“). Podle článku 33 cit. směrnice, pokud zadavatelé vyžadují předložení osvědčení vydaného nezávislými subjekty za účelem potvrzení, že poskytovatel služeb splňuje určité normy pro zajištění jakosti, odkážou na systém zajištění jakosti na základě evropských norem EN 45 000. Osvědčení se stejnou platností od subjektů z členských států musí být rovněž uznána. Musí být přijaty i jiné důkazy o opatřeních pro zajištění jakosti od poskytovatelů služeb, kteří nemají možnost si tato osvědčení opatřit nebo je získat v daných lhůtách.
9. Podle názoru Úřadu vyjádřeném v napadeném rozhodnutí, citovaný článek směrnice je nutné na případ požadavků na systém ochrany životního prostředí (§ 37 odst. 2 zákona) použít analogicky. Ve světle této směrnice je pak třeba výraz „... pokud jej zadavatel uzná...“ interpretovat tak, že zadavatel nemůže odmítnout „jiný doklad“ předložený uchazečem pouze na základě jeho formy a odmítnout jej tedy může jen v případě, že po obsahovém prozkoumání prokáže, že tento doklad neprokazuje splnění požadavků systému řízení z hlediska životního prostředí.

10. Jak vyplynulo z odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel zkoumal obsahovou stránku uchazečem předloženého dokladu, a stejně jako v případě absence certifikátu OHSAS 18001 dospěl k závěru, že je obsahově nedostatečný, a to z důvodu nedoložení Sociální a ekologické zprávy uchazeče v nabídce, na kterou je pouze odkazováno. S postupem zadavatele se proto Úřad ztotožnil.

K nedoloženým výpisům z Rejstříku trestů

11. V návaznosti na ustanovení § 31 odst. 1 písm. d) zákona, které stanoví, že kvalifikační kritéria splňuje uchazeč nebo zájemce, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin nebo došlo k zahlazení odsouzení trestného činu, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, byly po uchazečích požadovány v souladu s § 31 odst. 2 výpisy z evidence Rejstříku trestů nebo jiný odpovídající doklad ne starší než 6 měsíců. Vzhledem k tomu, že navrhovatel je právnickou osobou, musí tuto podmínku splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, vedoucí organizační složky zahraniční právnické osoby nebo statutárním orgánem pověřený zástupce. V uvedeném případě však nebyly navrhovatelem doloženy výpisy z evidence z Rejstříku trestů pro dva členy statutárního orgánu navrhovatele – správní rady. Takový postup navrhovatel obhajoval jednak výkladem ustanovením § 31 odst. 1 písm. d) zákona v tom smyslu, že u právnických osob postačí výpisy u osob pověřených, a jednak tím, že jde o vadu, kterou bylo možné zhojit podáním vysvětlení. Výklad předmětného ustanovení zákona zadavatelem byl opačný a možnost doplnit výpisy v rámci vysvětlení nabídky považoval zadavatel za protizákonné.
12. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že výklad ustanovení § 31 odst. 1 písm. d) zákona podaný navrhovatelem není správný a v souladu s účelem zkoumání kvalifikace dodavatelů, neboť by připouštěl, aby trestané osoby obešly povinnost doložit bezúhonnost pověřením další osoby. Úřad proto podpořil v napadeném rozhodnutí ten výklad, že druhé slovo „nebo“ ve větě za středníkem stojící před výrazem „statutárním orgánem pověřený zástupce“ není alternativní podmínkou k celé části věty za středníkem, ale pouze alternativou k osobě „vedoucího organizační složky zahraniční právnické osoby“. V případě zahraniční právnické osoby musí tedy kvalifikační kritérium dle § 31 odst. 1 písm. d) zákona prokázat jak statutární orgán (příp. každý člen statutárního orgánu) tak vedoucí organizační složky (příp. statutárním orgánem pověřený zástupce jak je tomu v případě navrhovatele). Navrhovatel, tím, že v nabídce nedoložil u dvou členů správních rad, které jsou statutárními orgány výše jmenovaných společností, výpisy z Rejstříku trestů nebo jiný odpovídající doklad, nesplnil základní kvalifikační kritérium ust. § 31 odst. 1 písm. d) zákona. Tyto dokumenty po lhůtě pro podání nabídek nelze doplnit, neboť po tomto datu obecně nelze nabídky nijak měnit. Bylo tedy konstatováno, že zadavatel navrhovatele vyloučil oprávněně.

K referencím uchazeče Kapsch

13. Mezi další námitky navrhovatele patří i to, že uchazeč Kapsch nemá zkušenosti s provozováním mýtných systémů a neplní požadavky na reference uvedené v článku 6.2.1 body 2, 3 a 4, ve kterém je definováno, co zadavatel považuje za dodávku významné služby.
14. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že formulace požadavku zadavatele na „realizaci provozního zajištění...“ nelze vykládat pouze tak, že se musí

jednat o provozování daného systému, ale formulace umožňuje v předmětném bodě 2 doložit ke splnění této podmínky reference na preventivní a neplánovanou (korektivní) údržbu a centrální poplašný systém, jak učinil uchazeč Kapsch ohledně bodu 2, neboť se jedná o činnosti „zajišťující“ provoz. To také koresponduje se skutečností, že vítězný uchazeč nebude přímým provozovatelem systému elektronického mýta v České republice. Dále Úřad konstatoval, že také, co se týče dalších bodů 3 a 4, obsahuje nabídka reference v souladu s cit. požadavky zadavatele.

K hodnocení nabídek

15. Navrhovatel upozorňoval, že zadavatel přidělil veřejnou zakázku, aniž provedl hodnocení nabídek podle § 62 odst. 1 zákona. Ustanovení § 62 odst. 1 zákona (používá množné číslo – „nabídek“) stejně jako prováděcí předpis (§ 8 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění vyhlášky č. 137/2005 Sb.) předpokládají, aby hodnocené nabídky byly minimálně dvě.
16. Jelikož v šetřeném případě zbyla v zadávacím řízení nabídka jediná, zadavatel, resp. hodnotící komise hodnocení neprováděla. Úřad tedy neshledal v postupu zadavatele porušení zákona. Bylo však zároveň poukázáno na skutečnost, že zadavatel je vázán zákonem č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů, který mu v ust. § 45 odst. 2 ukládá dbát, aby dosahoval příjmů stanovených rozpočtem a plnil určené úkoly nejehospodárnějším způsobem. Měl by tedy provést ekonomickou úvahu o tom, zda je možné a hospodárné jedinou zbylou nabídku přijmout.

K možné zakázané veřejné podpoře

17. V otázce veřejné podpory se Úřad v napadeném rozhodnutí omezil na konstatování, že tato otázka nemůže mít žádný vliv na rozhodnutí Úřadu coby orgánu dohledu o přezkoumání postupu zadavatele podle zákona.

K postupu zadavatele v zadávacím řízení

18. Další námitkou navrhovatele byla také skutečnost, že byl zkrácen na svých právech bránit se proti postupu zadavatele, a to jednak tím, že zadavatel jej nevyloučil bezodkladně po hodnocení kvalifikace a provedl také zároveň posouzení jeho nabídky, a jednak tím, že spolu s rozhodnutím o vyloučení navrhovatele rozhodl také o přidělení veřejné zakázky.
19. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že skutečnost, že zadavatel rozhodl současně o vyloučení navrhovatele a přidělení předmětné veřejné zakázky, není v rozporu se zákonem. Podle § 66 odst. 1 zákona zadavatel v otevřeném nebo užším řízení nesmí uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem před uplynutím lhůty uvedené v odstavci 2, kde zákon stanoví, že neobdrží-li zadavatel do 15 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky námitku podle § 88 zákona, bezodkladně uzavře písemnou smlouvu s vybraným uchazečem. Ohledně lhůty pro podání námitek ust. § 88 odst. 2 zákona stanoví, že námitky musí být zadavateli doručeny nejpozději do 15 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky. V šetřeném případě přitom

zadavatel vyčkal 15 denní lhůty pro podání námitek, přičemž uchazeč v této lhůtě námitky podal a na svých právech tak zkrácen nebyl.

K postupu hodnotící komise

20. Navrhovatel napadl průběh jednání hodnotící komise, zejména účast a způsob vystupování poradců zadavatele na jednotlivých jednáních komise a požadoval provedení důkazů výsledkem všech členů hodnotící komise.
21. Úřad poukázal na článek 2.2 části 1 zadávací dokumentace, kde zadavatel zmocnil poradce zadavatele pro zadání veřejné zakázky (společnost Veřejné zakázky s.r.o.) k výkonu zadavatelských činností. Zadavatel zde mj. uvedl, že „poradce je tak zmocněn k veškerým úkonům souvisejícím se zajištěním průběhu zadávacího řízení, a to však s výjimkou rozhodování.“ Podle názoru Úřadu vyjádřeném v odůvodnění napadeného rozhodnutí, zákon výslovně neřeší otázku přítomnosti jiných osob na jednání hodnotící komise než jejích členů. Je tedy ponecháno v kompetenci zadavatele a hodnotící komise, zda uznají za vhodné a potřebné, aby se jednání komise účastnili např. určití odborní experti, přičemž písemné pozvání zákon u takových osob neukládá. V této souvislosti připomněl Úřad, že předmětem přezkumu jsou jen výsledky práce komise, potažmo poté úkony zadavatele, nikoliv však myšlenkové procesy odehrávající se ve sféře vědomí členů hodnotící komise (z obdobných úvah vycházel také Vrchní soud v Olomouci v rozsudku č. j. 2A 1/99-32). Nebylo proto v tomto ohledu shledáno porušení zákona ze strany zadavatele.

K doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách

22. Navrhovatel uvedl, že zadavatel porušil zákon tím, že rozhodnutí o námitkách nedoručil zplnomocněnému zástupci uchazeče, ale uchazeči na jeho italskou adresu sídla. Úřad v tomto postupu zadavatele neshledal rozpor se zákonem, neboť proces zadání veřejné zakázky není výkonem správních činností zadavatele.

K vyřízení námitek

23. Orgán dohledu zjistil, že námitky navrhovatele zadavatel obdržel dne 30.11.2005, přičemž písemné sdělení o jejich vyřízení odeslal dne 13.12.2005, tj. tři dny po vypršení desetidenní zákonné lhůty, čímž došlo ze strany zadavatele k porušení § 88 odst. 3 zákona. Navrhovatel však v šetřeném případě nebyl nijak zkrácen na svých právech, když mu tak nebylo znemožněno podat návrh.

K otázce opětovného složení jistoty

24. K námitce zadavatele, že ze strany navrhovatele došlo k porušení § 47 odst. 3 zákona tím, že navrhovatel opětovně nesložil uvolněnou jistotu, Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že návrh podaný navrhovatelem splnil všechny uvedené náležitosti a kauce byla na účet orgánu dohledu připsána ve stanovené lhůtě a jmenovaný uchazeč také uhradil správní poplatek. Ze znění ustanovení §§ 96 až 98 zákona nevyplývá, že by podmínkou pro podání návrhu k orgánu dohledu byla povinnost opětovně složit jistotu.

II. Námitky rozkladu

25. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 10.2.2006 rozklad.

Neprovedení hodnocení nabídek

26. Navrhovatel ve svém rozkladu nesouhlasí s výkladem ustanovení § 65 odst. 1 zákona, jak jej podává napadené rozhodnutí, a dovozuje, že zadavatel je povinen v otevřeném řízení přidělit veřejnou zakázku uchazeči, jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvhodnější, a nebo jako nabídka s nejnižší cenou. Ustanovení § 65 odst. 2 zákona navíc předpokládá, že mohou být vyloučení všichni uchazeči až na jednoho, a v takovém případě zbavuje zadavatele povinnosti oznámit vyloučeným uchazečům rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uchazeči vybranému podle § 65 odst. 1 zákona, tj. po vyhodnocení jeho nabídky.
27. Posouzení ekonomické výhodnosti nabídek ve smyslu § 55 odst. 1 písm. a) zákona nelze dle názoru navrhovatele pojímat jako relativní test aplikovatelný toliko ve vztahu k ostatním nabídkám, nýbrž jako komplexní poměření zkoumané nabídky provedené v širších souvislostech vůči definovanému předmětu zakázky a sledovaným potřebám zadavatele. Hodnocení nabídky je výrazem povinnosti zadavatele řádně nakládat s majetkem státu, přičemž Úřad dle názoru navrhovatele nemůže alibisticky přehlížet nehospodárnost v činnosti organizačních složek státu a odůvodňovat to nedostatkem pravomoci. Povinnost vyhodnotit byť jedinou zbylou nabídku není nic jiného, než povinnost hospodárně nakládat se státním majetkem, ať je vyjádřena v kterémkoliv z uvedených zákonů. Absurdní argumentací Úřad ospravedlňuje dle názoru navrhovatele výběr takové nabídky, která např. obsahuje nesmyslně vysokou cenu, přičemž v této souvislosti navrhovatel uvádí, že pokud zadavatel neprovede zhodnocení ekonomické výhodnosti, nemůže nikdy kvalifikovaně odpovědět na otázku akceptovatelnosti jediné zbylé nabídky. V této souvislosti pak navrhovatel připomíná pravomoc Úřadu kontrolovat úkony zadavatele dle ustanovení § 94 odst. 2 písm. d) zákona v návaznosti na § 3 zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole ve znění pozdějších předpisů.

Rozpor s pravidly veřejné podpory

28. Navrhovatel dále namítá rozpor postupu zadavatele s pravidly veřejné podpory, když zadavatel vybral nabídku, která zbyla, bez ohledu na její ekonomickou výhodnost, a zaplatí tak o několik miliard více, než musel.

Nezákonný postup zadavatele a hodnotící komise

29. Navrhovatel napadá to, že pro Úřad byl „důležitější“ formalismus v jednání komise (tedy že byla ustanovena, hlasovala a její členové podepsali zápis z jednání), než skutečnost, že se hodnotící komise sešla všehovšudy dvakrát a členové nabídky věcně ani neposuzovali. Pro členy komise jsou stanoveny určité zákonné požadavky na jejich mlčenlivost, odbornost apod., avšak pro zadavatele a jeho poradce žádná taková omezení, resp. kritéria neplatí a z toho důvodu je jejich účast na jednání hodnotící komise nepřipustná. Za hrubé porušení zákona dále navrhovatel označuje to, že zadavatel měl nabídky k dispozici, když podle § 63 odst. 2 zákona mohl zadavatel obdržet nabídky až po ukončení činnosti hodnotící komise. Že poradci zadavatele

nemohou být přítomni na jednání komise dovozuje navrhovatel i z toho, že zájmy zadavatele a komise mohou být často v rozporu a jejich přítomnost tak narušuje její nestrannost. Za zamyšlení pak dle názoru navrhovatele stojí i skutečnost, že pro vyloučení navrhovatele hlasovalo z devíti členů komise pět, a tedy téměř stejný počet členů měl o jeho vyloučení pochybnosti. Zadavatel tedy uzavírá, že hodnotící komise nic nehodnotila a nesplnila tak svou zákonnou povinnost.

K referencím Kapsch

30. Úřad se dle názoru navrhovatele dopustil pochybení tím, že se nevypořádal s námitkou navrhovatele o totální absenci zkušeností uchazeče Kapsch s dodávkou centrály pro předpis mýta vyžadovaný v bodě 6.2.1 části 1 zadávací dokumentace a na základě svých znalostí trhu upozorňuje navrhovatel na nemožnost prokázat potřebné zkušenosti s dodávkou centrály uchazečem Kapsch.
31. Navrhovatel dále v této souvislosti namítá, že uchazeč Kapsch části své nabídky účelově označil za obchodní tajemství, ačkoliv se jedná o informace běžně dostupné v příslušných obchodních kruzích, aby tak ztížil navrhovateli doložení pravého stavu věci.
32. Otevřené řízení bylo vyhlášeno na veřejnou zakázku na služby, když finanční objem dodávky služeb převažuje nad finančním objemem dodávky zboží. Úřad si měl dle názoru navrhovatele položit otázku, zda Česká republika chce zaplatit 22,5 miliard Kč za to, že uchazeč Kapsch sice zbuduje systém výkonového zpoplatnění (levnější část zakázky), ale nebude dodávat služby spočívající v provozování systému (dražší část), resp. bude provoz systému pouze podporovat. Odpověď „nikoliv“ pak navrhovatel čerpá z usnesení vlády ČR č. 736 ze dne 15.6.2005, ve kterém vláda souhlasila s vyhlášením zadávacího řízení k vyhledání dodavatele, který jako součást své dodávky bude systém fakticky provozovat. Navrhovatel v této souvislosti dovozuje, že zadavatel požadoval odborné služby spočívající v zajišťování provozu systému výkonového zpoplatnění, a dále jakékoliv další služby potřebné k zajišťování provozu systému výkonového zpoplatnění. Mezi „službami spočívajícími v zajišťování provozu“ a „službami potřebnými k zajišťování provozu“ je tak zjevně rozdíl, přičemž od budoucího dodavatele se očekává schopnost poskytovat služby v celém rozsahu. Úřad svým rozhodnutím dle názoru navrhovatele podpořil absurdní stav, kdy má být upřednostněna dražší nabídka osoby, která je navíc méně technicky způsobilá než ostatní uchazeči s cenově nižší nabídkou.

K požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001

33. Navrhovatel se ohrazuje proti výroku napadeného rozhodnutí, že „s ohledem na ustanovení § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona může zadavatel stanovit kritérium technické způsobilosti týkající se opatření k zabezpečení jakosti“ a „opatření týkající se bezpečnosti a ochrany zdraví při práci je přitom možné považovat za opatření ... k zabezpečení jakosti“ a uvádí, že tím Úřad nahradil vůli zadavatele, místo aby zadávací dokumentaci vyložil, což považuje zadavatel za hrubé porušení svých práv. Zadavatel dle názoru navrhovatele od počátku považoval doložení certifikátu OHSAS 18001 za podmínku realizace zakázky podle § 48 odst. 3 zákona, která nemá nic společného s jakostí. Podmínění jakosti doložení certifikátu o bezpečnosti práce pak neobstojí dle názoru navrhovatele ani z věcného hlediska, přičemž pokud by bezpečnost a ochrana

zdraví při práci byli v přímé souvislosti s jakostí, jistě by to zákon dle názoru navrhovatele výslovně zohlednil.

K důvodům vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení – nedoložení certifikátu

34. Po věcné stránce navrhovatel v tomto bodě uvádí, že splnění kvalifikačního kritéria prokazoval nejenom svým prohlášením, ale současně i Sociální a ekologickou zprávou a teprve tyto dva dokumenty ve spojení měly sloužit jako důkaz. Předmětnou zprávu si členové komise měli opatřit pomocí internetu, v čemž členům komise nic nebránilo v době, kdy celý svět včetně státních úřadů využívá elektronických prostředků komunikace. Navrhovatel je dle svého vyjádření předním evropským dodavatelem i v členských zemích EU, kde platí vysoké standardy ochrany životního prostředí nebo bezpečnosti práce, a pokud členové komise měli i přesto pochybnosti, že zavedl odpovídající standardy, mohli využít ustanovení § 61 odst. 4 zákona a předmětnou zprávu si od navrhovatele vyžádat. Navrhovatel nedisponoval vyžadovanými certifikáty a jejich opatření ve vymezené době bylo pro něj nesplnitelné. Již v okamžiku podání nabídky tak byl v apriori znevýhodněné situaci. Vyloučení navrhovatele se tak dle jeho názoru jeví jako postup, který je v příkrém rozporu s proklamovanou zásadou proporcionality a který ve světle práva EU nemůže obstát.

Nedoložení výpisu z rejstříku trestů

35. Navrhovatel dle svého vyjádření jednal ve víře ve znění zákona, že jakožto zahraniční osoba může kvalifikační kritérium beztrestnosti splnit prostřednictvím pověřeného zástupce. S výkladem napadeného rozhodnutí, že toto kritérium prokazuje vždy statutární orgán a u zahraničních osob navíc i vedoucí organizační složky a statutárním orgánem pověřený zástupce, pokud je ustaven, nesouhlasí. Stěžovatel se domnívá, že pokud se zadávacího řízení účastní zahraniční osoba, která nemá na území ČR zastoupení, může pro účely zadávacího řízení pověřit svého zástupce pro zastupování ve všech úkonech spojených s podáním nabídky. Tím se zákonodárce dle názoru navrhovatele snaží překlenout skutečnost, že struktura zahraničních korporací ne vždy odpovídá místním zažitým standardům. V tomto svém právním názoru odkazuje navrhovatel na odborné stanovisko doc. JUDr. Karla Marka, CSc. ze dne 18.12.2005. Nejednoznačnost a nejasnost ustanovení § 31 odst. 1 písm. d) zákona by neměla být dle názoru navrhovatele vykládána k tíži navrhovatele, jakožto soukromoprávního subjektu. Vedle výpisu z rejstříku trestů zmocněného zástupce pak navrhovatel nad rámec svých předpokládaných povinností doložil výpisy za drtivou většinu členů správních rad obou španělské členy.
36. Navrhovatel dále napadá, že v rozhodnutí o jeho vyloučení jsou uvedeny další dva důvody, které nebyly na jednání hodnotící komise vůbec diskutovány, což dle jeho názoru opět svědčí o netransparentnosti posuzování nabídek.

Závěr rozkladu

37. V závěru svého rozkladu navrhovatel uvádí, že napadené rozhodnutí vykazuje celou řadu pochybení spočívajících v nesprávné aplikaci jednotlivých ustanovení zákona a dále v nesprávném procesním postupu, kdy se Úřad nevypořádal se všemi námitkami navrhovatele. Ten proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil a

rozhodl tak, že se ruší rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, dále se ruší rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, zadavateli se ukládá provést nové posouzení a hodnocení nabídek a rovněž povinnost předložit vládě ČR návrh na ustanovení nové hodnotící komise.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření uchazeče Kapsch k rozkladu ze dne 20.2.2006

38. K podanému rozkladu se dne 20.2.2006 vyjádřil uchazeč Kapsch a uvádí, že navrhovatel zde účelově opakuje shodné argumenty ve snaze zahltit Úřad řadou dílčích nerelevantních tvrzení a odvést jeho pozornost od podstatných nedostatků, pro které byl vyloučen.
39. K námitkám ohledně jím předložených referencí se uchazeč Kapsch pouze ohrazuje proti neustálému napadání a mediální kampaň. K typu požadovaných služeb odkazuje uchazeč Kapsch na text zadávací dokumentace, stejně jako na znění novely o pozemních komunikacích ze dne 8.2.2006, podle které je za provozovatele systému elektronického mýtného a výběrem mýtného určena organizace zřízená Ministerstvem dopravy. K porovnávání finančních objemů dodávek a služeb v šetřené veřejné zakázce pak uchazeč Kapsch uvádí, že toto porovnání není možné, neboť nabídka služeb je rozprostřena do časového období deseti let a vybudování infrastruktury je otázkou jednoho roku. Uchazeč Kapsch v této souvislosti vyslovuje vážné pochybnosti ohledně splnění požadovaných referenčních projektů navrhovatelem, když tyto zřejmě prokazoval skrze své dceřiné společnosti, které však již v době podání nabídky nevlastnil.
40. Uchazeč Kapsch dále uvádí, že na výzvu Úřadu označil část své nabídky jako obchodní tajemství, přičemž zhruba ve stejném rozsahu tak učinil i navrhovatel, avšak posléze vyšel požadavku navrhovatele vstříc a označil údaje, které je možné z daných dokumentů navrhovateli zpřístupnit. Toho však navrhovatel zjevně nevyužil a místo toho se snaží dovodit, že byl poškozen na svých právech.
40. K navrhovatelem namítané nemožnosti získat ve vymezeném čase výpisy od dvou španělských členů statutárního orgánu uchazeč Kapsch uvádí, že k námitkám ze dne 30.11.2005 přikládá navrhovatel předmětné výpisy z rejstříku trestů daných dvou členů správní rady, které byly vyhotoveny v době před podáním nabídky dne 14.9.2005 a dokonce s úředními překlady do českého jazyka, datovanými k dni 15.9.2005, tedy den před podáním nabídky.
41. V závěru svého vyjádření uchazeč Kapsch uvádí, že vzhledem k mediální kampani, kterou navrhovatel vede a dále zveřejňování dokumentů získaných v rámci správního řízení na veřejně dostupné internetové stránce zvažuje případné kroky k ochraně svého práva na ochranu obchodního tajemství. S ohledem na výše uvedené pak navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Vyjádření zadavatele k rozkladu ze dne 22.2.2006

42. K podanému rozkladu se dne 22.2.2006 vyjádřil zadavatel a uvádí následující:

Neprovedení hodnocení nabídky

43. Navrhovatel dle názoru zadavatele zaměňuje proces hodnocení nabídek upravený v § 62 zákona s procesním hodnocením, které provádí sám zadavatel před rozhodnutím o přidělení zakázky. Závěry hodnotící komise jsou vždy jen doporučením výsledků zadavateli a je na jeho rozhodnutí, zda se tímto doporučením bude řídit. Tento proces však již nijak nesouvisí s postupy upravenými zákonem a zadavatel podotýká, že proces hodnocení upravený zákonem nelze použít k hodnocení jediné zbylé nabídky.
44. Při rozhodování o přidělení veřejné zakázky zadavatel dle svého názoru zohlednil, že uchazeč Kapsch splnil všechna kvalifikační kritéria, a dále, že jím nabídnutá cena se jen mírně odchytila od reálného odhadu ceny veřejné zakázky ze strany zadavatele před zahájením zadávacího řízení, jeho nabídková cena nebyla nejvyšší nabídkovou cenou a konečně byla tato cena přibližně o 20 % nižší než cena vítězného uchazeče v Rakousku, v zadávacím řízení na veřejnou zakázku na dodávku obdobného zboží ve srovnatelném rozsahu.
45. Dále si byl zadavatel vědom, že nepůjde k udělení veřejné podpory vítěznému uchazeči na základě benevolentních smluvních podmínek, když smluvní dokumentace obsahuje např. vysoké smluvní pokuty za nedodržení obchodních podmínek, zvláště vysoké smluvní pokuty za nedodržení lhůty pro dokončení projektu, přenesení většiny odpovědnosti za rizika ze strany státu na dodavatele a nabídkovou cenu, která v souladu se zákonem je definována jako konečná a nepřekročitelná. Smluvní dokumentace tedy neobsahuje žádné podmínky, jejichž dopad by mohl být považován za veřejnou podporu včetně např. státních záruk a příslibů odškodnění. Ve chvíli, kdy nabídka navrhovatele byla vyloučena pro nesplnění kvalifikačních kritérií, neměl zadavatel jinou možnost, než přidělit zakázku uchazeči Kapsch, a nebo zadávací řízení zrušit, což by však odsunulo zavedení elektronického mýta o jeden až dva roky, a tedy znamenalo ztrátu příjmů státního rozpočtu ve výši 8,5 až 23 miliard Kč. Své povinnosti při výdeji a hospodaření s veřejnými prostředky zadavatel dle svého přesvědčení dodržel.

Nezákonný postup zadavatele a hodnotící komise

46. Tvrzení navrhovatele, že by zadavatel neměl mít přístup k nabídkám až do skončení práce hodnotící komise, zadavatel nesouhlasí s odůvodněním, že jinak by nemohl přistoupit k hodnocení kvalifikace. K přítomnosti poradců na jednání pak zadavatel uvádí, že rozhodnutí komise o přizvání těchto poradců bylo založeno výlučně na rozhodnutí jejich členů a rozhodně se nejednalo o prostá delegování poradců zadavatele k jednání komise. Odkaz na počet členů komise, hlasujících pro vyloučení navrhovatele, pak označuje zadavatel za zavádějící, neboť komise rozhoduje v souladu s § 58 odst. 2 zákona, většinou hlasů.

K referencím Kapsch

47. Uchazeč Kapsch je dle vyjádření zadavatele povinen v souladu se zadávací dokumentací dodat veškeré služby nezbytné pro provozování systému výkonového zpoplatnění, včetně jeho provozu a nabídka uchazeče Kapsch byla v tomto směru zcela v souladu se zadávacími podmínkami. Navrhovatel zaměňuje pojem „služby“ zavedený pro účely prokazování dalšího kvalifikačního kritéria prostřednictvím seznamu významných služeb poskytnutých v posledních třech letech a pojem „služby“, jak byl definován za

účelem vymezení předmětu veřejné zakázky, který je samozřejmě širší. Zadavatel podotýká, že rozsah prokazování technické způsobilosti pro účely splnění kvalifikace nemusí být stejný či širší než je plnění, jež je předmětem veřejné zakázky. Uchazeč Kapsch splnil všechna kvalifikační kritéria tak, jak byla vymezena v zadávací dokumentaci a zadavatel jej proto považuje za způsobilého k plnění veřejné zakázky.

48. Námitky navrhovatele založené na rozporu mezi údajným sdělením vládě ČR a současným sdělením zadavatele uchazečům jsou výrazem nepochopení vývoje projektu a zásadní role, kterou z hlediska transparentnosti procesu hraje zadávací dokumentace, jako základní zdroj všech informací pro potenciální zájemce a jediný dokument, na jehož základě jsou nabídky hodnoceny.

K požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001

49. Zadavatel nadále trvá na svém původním pojetí požadavku předložení předmětného certifikátu jako jedné z obchodních podmínek, avšak ztotožňuje se s názorem napadeného rozhodnutí a uzavírá, že oba způsoby uplatnění tohoto požadavku jsou zcela legální.

K důvodům vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení

50. Zadavatel k námitce navrhovatele připouští eurokonformní výklad pouze v otázkách, kde zákon neposkytuje jednoznačnou odpověď, avšak nikoliv tam, kde je zákon jednoznačný. Doklady k prokázání kvalifikace a veškeré součásti nabídky je nutné zadavateli předložit ve lhůtě pro podávání nabídek a jakékoliv pozdější doplňování těchto dokladů zákon nepřipouští.
51. Otázku chybějících výpisů z rejstříku trestů pak zadavatel považuje již za jednoznačně odůvodněnou.
52. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel považuje námitky rozkladu za neopodstatněné a požaduje, aby Úřad rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Žádost uchazeče Kapsch ze dne 27.2.2006

53. V dopise ze dne 27.2.2006 uchazeč Kapsch konstatuje, že označil dokumenty vztahující se k jeho referenčním projektům, které mohou být zpřístupněny ostatním účastníkům správního řízení a současně žádá, aby mu ve stejném rozsahu bylo umožněno nahlédnout do nabídky navrhovatele.

Doplnění rozkladu ze dne 6.3.2006

54. Navrhovatel po nahlížení do správního spisu, provedeném dne 15.2.2006 doplnil dne 27.2.2006 svůj rozklad a uvádí, že uchazeč Kapsch prokázal svoji technickou způsobilost dle bodu 6.2.1 zadávací dokumentace a § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona (seznam významných služeb) prostřednictvím čestného prohlášení ze dne 15.9.2005 o uskutečnění významných služeb pro společnost EUROPPASS LKW-Mautsystem GmbH (dále jen „Europpass“).

55. Celá majetková účast na společnosti Europpass byla s účinností ke dni 1.9.2005 prodána společnosti ASFINAG, která je zcela kontrolovaná rakouským státem. Tento převod byl veřejně oznámen a do příslušného veřejného registru zapsán ke dni 6.9.2005. Vzhledem k tomu, že společnost Europpass byla ke dni 1.9.2005 zcela kontrolovaná rakouským státem, a tedy veřejným objednatelem ve smyslu § 33 odst. 1 písm. c) zákona, nemohl uchazeč Kapsch prokazovat technickou způsobilost pro účely předmětné veřejné zakázky na základě pouhého čestného prohlášení, ale musel si pro tyto účely vyžádat osvědčení od společnosti Europpass. Uchazeč Kapsch tedy neprokázal poskytnutí těchto služeb způsobem vyžadovaným zákonem, přičemž nabídka uchazeče Kapsch neobsahuje žádné jiné doklady, osvědčení nebo prohlášení ve vztahu ke klíčovým službám.
56. K stejnému pochybení pak dle názoru navrhovatele došlo rovněž pokud jde o reference na dodávky společností Swisscom Mobile, Telekom Austria AG a Mobilkom Austria AG & Co KG, které jsou rovněž veřejnými objednateli, neboť jsou kontrolovány státem (konkrétně švýcarskou konfederací a rakouskou státní investiční a privatizační agenturou).

Vyjádření uchazeče Kapsch k doplnění rozkladu ze dne 8.3.2006

57. K doplnění rozkladu se dne 3.3.2006 vyjádřil uchazeč Kapsch a ke zpochybňování jím předložených dokladů ke splnění technické kvalifikace uvádí, že povinnost předkládat osvědčení o technické způsobilosti existuje pouze ve vztahu k osobám, které měly postavení veřejného objednatele v době poskytnutí služby, na kterou se osvědčení vztahuje. Statut objednatele v době zadávacího řízení či momentu vyhotovení prohlášení poskytovatele služby je z hlediska § 33 odst. 1 písm. c) bodu 2 zákona i evropských zadávacích směrnic naprosto irelevantní. Toto tvrzení podporuje též znění ustanovení článku 32 odst. 2 písm. b) Směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18.6.1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, ve znění pozdějších předpisů, z jehož dikce dle názoru uchazeče Kapsch jednoznačně vyplývá, že pro povahu objednatele je rozhodující okamžik poskytnutí služby. Vzhledem k tomu, že všechny významné služby, které uchazeč Kapsch ve vztahu ke společnosti Europpass předkládal zadavateli za účelem prokázání splnění kvalifikace, se vztahují k období, kdy společnost Europpass byla vlastněna privátní společností Autostrade, nemohou vznikat o formální správnosti uchazečem provedeného způsobu prokázání splnění tohoto kvalifikačního kritéria sebemenší pochybnosti. V této souvislosti pak rovněž uvádí, že nemá povinnost zkoumat před podáním nabídky případné změny vlastnické struktury objednatelů, kterým v minulosti poskytoval služby, a nemůže rovněž nést důsledky takové skutečnosti, které nebyl žádným způsobem účasten.
58. Ve vztahu k dalším navrhovatelem zpochybňovaným prokázání realizace služeb jsou s ohledem na celkové splnění kvalifikace uchazeče Kapsch bezpředmětné, neboť kromě těchto referencí prokázal splnění daných kvalifikačních kritérií dalšími významnými službami. Současně uchazeč Kapsch dodává, že se v případě dotčených společností nejedná o veřejné objednatele, ale tyto subjekty mohou mít postavení tzv. sektorových zadavatelů, a tedy nespádají pod režim objednatelů, kteří jsou z pohledu zákona označováni pojmem „veřejní“.
59. Uchazeč Kapsch má za to, že rozhodnutí o vyloučení navrhovatele bylo oprávněné a navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl a rozhodnutí Úřadu potvrdil.

Vyjádření zadavatele k doplnění rozkladu ze dne 10.3.2006

60. Své stanovisko k doplnění rozkladu zaslal Úřadu dne 10.3.2006 rovněž zadavatel a ke splnění kvalifikačního kritéria dle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 uchazečem Kapsch uvádí, že zákon nespecifikuje, k jakému datu je nutno posuzovat status objednatele, a proto je nutno při výkladu ustanovení § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona vycházet ze směrnice 92/50/EHS, která byla předmětným ustanovením zákona implementována. Vzhledem k tomu, že tato směrnice jasně říká, že tam, kde služba byla poskytnuta soukromému objednateli je důkazem takového poskytnutí osvědčení objednatele nebo prohlášení poskytovatele služby, je zřejmé, že status objednatele je nutno posuzovat ve vztahu k době, kdy byly předmětné služby poskytovány a nikoliv k datu podání nabídky. Opačný výklad by byl dle názoru zadavatele v rozporu s požadavkem transparentnosti zadávacího řízení a rovného postavení jednotlivých uchazečů, neboť příprava nabídky je proces dlouhodobý a nelze požadovat po uchazečích, aby do posledního dne před podáním nabídky sledovali, zda se status objednatele nezměnil.
61. I když je současný status společnosti Europpass vzhledem k výše uvedenému irelevantní, zadavatel má za to, že ani v současné době tato společnost nespadá do definice zadavatele veřejných zakázek. Zadavatel tak usuzuje z toho, že aby byla společnost Europpass považována za veřejného objednatele, muselo by se jednat o tzv. veřejnoprávní subjekt, který splňuje dle článku 1 písm. b) směrnice tři kumulativní podmínky, mimo jiné i tu, že byla založena pro uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Společnost Europpass tuto podmínku dle názoru zadavatele nesplňuje, neboť veřejně dostupné informace o této společnosti naznačují, že byla vytvořena k obchodním účelům za účelem vytvoření zisku.
62. O čestném prohlášení o poskytnutí služeb společností Swisscom Mobile, Telekom Austria AG a Mobilkom Austria AG & Co KG pak zadavatel prohlašuje, že u těchto společností se jedná o tzv. sektorové zadavatele, nikoliv o veřejné zadavatele ve smyslu zákona, a podle ustanovení § 3 odst. 4 zákona (a odpovídajícího ustanovení směrnice) nemusí poskytovatelé telekomunikačních služeb postupovat podle zákona v případě, že se nachází v soutěžním prostředí. Uchazeč Kapsch byl proto i u těchto společností oprávněn prokazovat poskytnutí služeb formou čestného prohlášení, neboť se nejedná o veřejné objednatele.
63. Závěrem svého stanoviska zadavatel uvádí, že vzhledem k výše uvedenému považuje veškeré námitky rozkladu za neopodstatněné a požaduje, aby Úřad rozklad zamítl a napadené rozhodnutí o zastavení řízení o návrhu uchazeče potvrdil.

Druhé doplnění rozkladu ze dne 10.3.2006

64. Dne 10.3.2006 doručil navrhovatel Úřadu druhé doplnění svého rozkladu a uvádí v něm, že „existence celé řady skutkových okolností nasvědčuje tomu, že podmínky zadávací dokumentace, jakož i následný postup zadavatele v celém řízení směřoval k výrazné preferenci předem vybraného uchazeče. Navrhovatel tak dovozuje ze skutečností, že vymezení služeb poptávaných v rámci veřejné zakázky je širší než rozsah služeb, na které zadavatel požadoval prokázání referencí, dále že zadavatel přiznává nesoulad mezi zadávací dokumentací a základními parametry této dokumentace, které byly schváleny vládou ČR a konečně že z (dle tvrzení navrhovatele) veřejně známé skutečnosti, že

mnoho potenciálních uchazečů se rozhodlo předmětného řízení neúčastnit pro způsob nastavení podmínek, které z různých důvodů (ať už časových nebo obchodních) nebylo možné splnit.

65. Navrhovatel dále opakuje a shrnuje svá dřívější tvrzení ohledně možného poskytnutí veřejné podpory a rovněž přítomnosti poradců zadavatele na jednání hodnotící komise a v této souvislosti oponuje názoru zadavatele, že hodnotit kvalifikaci je práce hodnotící komise a nikoliv zadavatele. Rovněž pak opakuje své výhrady k neprovedení hodnocení nabídek a posouzení aspektů vybrané nabídky z pohledu řádného hospodaření s veřejnými prostředky, které zadavatel zmiňuje ve svém stanovisku k rozkladu, které označuje navrhovatel za nedoložené, nepřezkoumatelné a tedy zavádějící.
66. K tvrzení zadavatele, že po vyloučení tří nabídek neměl jinou možnost, než přijmout zbývající nabídku, navrhovatel uvádí, že zadavatel měl v této situaci rovněž možnost využít zákonného institutu vysvětlení nabídek, akceptovat námítky vyloučených uchazečů, postupovat v rámci jednacího řízení bez uveřejnění podle § 27 zákona, nebo zrušit stávající zadávací řízení a urychleně vyhlásit nové.
67. Zadavatel dle tvrzení navrhovatele rovněž stěžoval možnost podat opravné prostředky, když informoval o přidělení zakázky prostřednictvím tisku, obcházel při komunikaci právního zástupce navrhovatele a nepřipustil žádné vysvětlení ohledně důvodů vyloučení navrhovatele. V této souvislosti pak navrhovatel uvádí, že pokud Úřad či jiný nezávislý správní orgán neposoudí postup zadavatele z hlediska veřejné podpory a diskriminace vyloučených uchazečů, bude to považovat za odepření práva na řádný proces a bude se domáhat nápravy u českých soudů a Evropských institucí.
68. Jako přílohu tohoto doplnění rozkladu předkládá navrhovatel vyjádření společnosti ASFINAG, které dle jeho názoru jednoznačně dokládá, že společnost Europpass byla ke dni 1.9.2005 veřejným objednatelem. K tomuto dokumentu v anglickém jazyce, předloženému ve faxové kopii, je přiložen neúřední překlad, podle kterého tato listina dokládá a potvrzuje, „že dne 30. srpna 2005 společnost ASFINAG účinně převzala 100 % akcií společnosti EUROPASS LKW-Mautsystem GmbH. Společnost EUROPASS LKW-Mautsystem GmbH je proto od uvedeného dne plně ovládána rakouským státem“. Za dobu rozhodnou pro posouzení statutu objednatele je pak dle názoru navrhovatele nutno považovat datum podání nabídky, neboť účelem zákonné úpravy je primárně zajistit nezávislé osvědčení o adekvátní referenci. Navrhovatel rovněž doplňuje, že uchazeč Kapsch nepožádal společnost Europpass o vystavení osvědčení o této věci, což bylo dle názoru navrhovatele zcela jistě dáno vědomím uchazeče Kapsch, že v takovém osvědčení by pravděpodobně bylo potvrzeno, že uchazeč Kapsch byl toliko subdodavatelem vybraných technologií, nikoliv přímým dodavatelem společností ASFINAG nebo integrátorem celého systému.
69. Navrhovatel bere v potaz, že Úřad nemá pravomoc vydat věcné rozhodnutí v otázkách veřejné podpory, a proto navrhuje Úřadu, aby zvážil vydání rozhodnutí o rozkladu až po té, kdy se Evropská komise závazně vysloví k postupu zadavatele z pohledu pravidel pro poskytování veřejné podpory dle článku 87 a násl. Smlouvy o Evropské unii, anebo aby vydal pouze částečné rozhodnutí s tím, že posouzení dopadu aspektu veřejné podpory na postup zadavatele bude Úřadem posouzeno dodatečně, a to na základě závazného právního názoru Evropské komise. Pro tento případ pak navrhovatel požaduje vydání nového předběžného opatření, kterým Úřad zakáže zadavateli uzavření

smlouvy o veřejné zakázce do doby, než se Evropská komise k otázkám veřejné podpory závazně vyjádří.

Vyjádření uchazeče Kapsch k prvnímu doplnění rozkladu ze dne 13.3.2006

70. Dne 13.3.2006 doručil uchazeč Kapsch své vyjádření k prvnímu doplnění rozkladu a pouze konstatuje, že k navrhovatelem uváděným skutečnostem se již vyjadřoval dříve a nepovažuje za nutné tyto skutečnosti dále rozvádět.

Stanovisko předsedy Úřadu

71. 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:
72. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S253/05-154/01635/2006/540-RP ze dne 26.1.2006 shledal v postupu zadavatele nesplnění povinnosti dle § 88 odst. 3 zákona, avšak nerozhodl o uložení nápravy, když tento postup nijak neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Úřad však formálně pochybil při formulaci výroku napadeného rozhodnutí, když neuvedl, dle jakého ustanovení zákona takto rozhodl.

IV. K námitkám rozkladu

K důvodům vyloučení navrhovatele – certifikát OHSAS

73. Ve věci požadavku zadavatele na předložení certifikátu bezpečnosti práce OHSAS si vyžádal Úřad sdělení Evropské komise, které obdržel dne 18.2.2006 a ve kterém je uvedeno, že směrnice umožňují zadavatelům požadovat certifikát o bezpečnosti práce OHSAS (nebo jeho ekvivalent, nebo jakýkoliv jiný ekvivalentní důkaz), a to hlediska článku 6 preambule směrnice, který stanoví, že „nic v této směrnici nebrání prosazování nebo provádění opatření nutných k ochraně veřejné mravnosti, veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti, zdraví, života lidí a zvířat, ochraně rostlin, zejména s ohledem na udržitelný rozvoj, za podmínky, že tato opatření jsou v souladu se Smlouvou“ (rozumí se smlouva o založení ES). Dále je zde uvedeno, že porušování předpisů bezpečnosti práce je důvod k vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení (viz čl. 45 odst. 2 písmena c) a d) cit. směrnice) a že zadavatel má právo se dotázat, zda uchazeč dané předpisy dodržuje, což může být potvrzeno i formou certifikátu. Dále je kladen důraz na to, že v žádném případě nemůže zadavatel vyžadovat pouze určitý typ certifikátu, nebo dokonce aby se uchazeč přihlásil do daného systému certifikace a příslušný certifikát obdržel. Zadavatel musí akceptovat nejen jiný typ certifikátu, ale také jiný typ opatření, které uchazeč přijal v dané oblasti a které dokazují stejné skutečnosti jako původně jmenovaný certifikát.
74. Vzhledem k výše uvedenému je tedy jednoznačné, že zadavatel byl oprávněn požadovat certifikát OHSAS 18001, avšak současně byl povinen přijmout i jiný způsob prokázání toho, že uchazeč má zavedeny příslušné standardy bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Tuto podmínku zadavatel splnil, když v článku 8.6 části 1 zadávací dokumentace uvádí, že „pokud má uchazeč zaveden jiný systém řízení bezpečnosti a ochrany zdraví

při práci, může zadavateli předložit tento jiný platný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče. Zadavatel však tento certifikát uzná jako náhradu shora požadovaného certifikátu jen tehdy, doloží-li uchazeč společně s certifikátem takové doklady, které nade vší pochybnost prokáží shodu či rovnocennost obou systémů řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci“.

75. Jak vyplývá z jeho prohlášení v rozkladu, navrhovatel k prokázání předmětné skutečnosti zamýšlel předložit své prohlášení a dále Sociální a ekologickou zprávu, přičemž oba tyto dokumenty měly jako jeden celek tvořit důkaz splnění požadavku zadavatele. Vzhledem k tomu, že však navrhovatel tuto Sociální a ekologickou zprávu nepředložil jako součást jím podané nabídky, ale pouze ve své nabídce odkázal na internetovou stránku, kde je tato zpráva veřejně dostupná, navíc v jiném než českém jazyce, nelze na ni pohlížet jako na součást nabídky předložené ve smyslu § 53 zákona. V této souvislosti pak odkazují na ustanovení § 91 odst. 3 zákona, podle kterého se nabídky a další doklady požadované tímto zákonem předkládají v českém jazyce a rovněž tak na bod IV.3.5 vyhlášení veřejné zakázky, kde je jako jazyk, ve kterém mohou být nabídky vypracovány, uvedena pouze čeština. Navrhovatel tedy v tomto bodě zjevně nepředložil úplnou nabídku a zadavatel jej proto z tohoto důvodu oprávněně vyloučil z další účasti v otevřeném řízení.
76. K námitce navrhovatele, že absenci této zprávy bylo možno zhojit použitím institutu vysvětlení nabídky dle § 61 odst. 4 zákona, pouze uvádím, že tento institut se týká vysvětlení nabídky, tedy součástí podané nabídky ve smyslu § 53 zákona. Není možno v rámci vyjasňování obsahu nabídky tento její obsah jakýmkoliv způsobem doplňovat a rozšiřovat. Argumentace navrhovatele je tedy v tomto bodě bezpředmětná.

Nepředložení výpisu z Rejstříku trestů

77. Navrhovatel v tomto bodě pouze opakuje argumentaci, kterou již dříve uplatnil v rámci svého návrhu a Úřad na ni dostatečným způsobem reagoval v napadeném rozhodnutí. Na obsah napadeného rozhodnutí proto v tomto bodě plně odkazují a pouze podotýkám, že se jedná o další důvod, pro který byl zadavatel oprávněně navrhovatele vyloučit z další účasti v otevřeném řízení.

K důvodům vyloučení navrhovatele nad rámec zdůvodnění komise

78. Vzhledem ke všem výše uvedeným argumentům tedy je zřejmé, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele vyloučil z další účasti na otevřeném řízení. Pokud by tak neučinil, dopustil by se nepřipustného zvýhodnění navrhovatele. V rozkladu navrhovatel rovněž namítá, že Úřad nezohlednil jeho námitku proti důvodům jeho vyloučení, uvedeným v rozhodnutí zadavatele o vyloučení, které nebyly zmíněny na jednání komise.
79. V této souvislosti poukazují na stranu 2 napadeného rozhodnutí, kde je uvedeno, že navrhovatel byl vyloučen „po zadavatelem provedeném hodnocení kvalifikace uchazečů a po posouzení nabídek, které provedla hodnotící komise na svém jednání dne 10.11.2005“. Z uvedeného vyplývá, že hodnocení kvalifikace prováděl v souladu s § 39 zákona sám zadavatel (nikoliv hodnotící komise), zatímco současně hodnotící komise provedla posouzení nabídek (§ 61 zákona). Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele tedy logicky obsahuje vyjma důvodů vyřazení nabídky uvedené hodnotící komisí, také

důvody týkající se kvalifikace, kterou se hodnotící komise nezabývala. Jak již bylo uvedeno výše, hodnocení kvalifikace provádí dle § 39 zadavatel a nemusí tuto činnost svěřit hodnotící komisi.

K hodnocení nabídek

80. Navrhovatel ve svém rozkladu dovozuje, že posouzení ekonomické výhodnosti nabídek ve smyslu § 55 odst. 1 písm. a) zákona nelze pojímat jako relativní test aplikovatelný toliko ve vztahu k ostatním nabídkám, nýbrž jako komplexní poměření zkoumané nabídky provedené v širších souvislostech vůči definovanému předmětu zakázky a sledovaným potřebám zadavatele. Úřad dle jeho názoru nemůže alibisticky přehlížet nehospodárnost činnosti zadavatele a v této souvislosti pak navrhovatel připomíná pravomoc Úřadu kontrolovat úkony zadavatele podle zákona o státní kontrole.
81. K argumentaci navrhovatele uvádím, že dle ustanovení § 94 odst. 1 zákona, dohled nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách vykonává Úřad jako orgán dohledu, při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit transparentnost zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace zájemců a uchazečů o veřejné zakázky. V odstavci 2 citovaného ustanovení je pak konkretizováno, v čem tento dohled spočívá a z něho nepochybně vyplývá, že orgán dohledu dohlíží toliko nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách. Odkaz na zákon o státní kontrole jako na zvláštní právní předpis, obsažený v § 94 odst. 2 písm. d) zákona, nerozšiřuje pravomoci Úřadu nad rámec zákona o veřejných zakázkách. Zákon o státní kontrole je norma procesního charakteru, upravující průběh veřejnoprávní kontroly prováděné na místě, ale v případě kontrol prováděných Úřadem se jedná vždy o kontroly ve věcech přezkoumání souladu postupu kontrolovaného zadavatele se zákonem o veřejných zakázkách. Není proto „alibismem“ ani „absurdní argumentací“, pokud Úřad nepřezkoumává činnost zadavatele z pohledu dodržování i jiných právních norem, ale jedná se o výkon pravomocí Úřadu výhradně v mezích stanovených mu zákonem. V této souvislosti pak připomínám obecnou právní zásadu veřejného práva, že Úřad jakožto správní orgán je oprávněn činit pouze to, co mu zákon dovoluje a nemůže jít nad rámec svých zákonných oprávnění.
82. Vzhledem k výše uvedenému Úřad posoudil postup zadavatele z pohledu zákona a v této souvislosti dále uvádím, že tento úkon zadavatele (hodnocení nabídek) je založen na principu komparace jednotlivých nabídek, aby po vzájemném srovnání vlastností těchto nabídek a jejich vyhodnocení skrze kritéria hodnocení, byla označena a vybrána ta nabídka, která je v těchto svých vlastnostech ve srovnání s ostatními nabídkami pro zadavatele ekonomicky nejvýhodnější ve smyslu § 65 odst. 1 písm. a) zákona, a nebo má oproti ostatním nabídkám nejnižší nabídkovou cenu ve smyslu § 65 odst. 1 písm. b) zákona. V případě, že po provedeném posouzení nabídek je k hodnocení způsobilá pouze jedna nabídka, je tento princip vzájemného srovnání nabídek, na kterém je celý proces hodnocení postaven, z povahy věci vyloučen, a tedy nejenže zákon v takové situaci neukládá zadavateli hodnocení provést, ale proces hodnocení je v takové situaci ze samotné své podstaty neproveditelný.
83. Vzhledem k této skutečnosti proto postrádá smyslu, aby zadavatel prováděl čistě formální úkony, v rámci kterých tato jediná zbylá nabídka získá ve všech hodnocených kritériích plný počet 100 bodů (ve smyslu § 8 odst. 3 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek

podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění vyhlášky č. 137/2005 Sb.) a bude tak formálně označena jako nejvýhodnější. Postup zadavatele, který nepřistoupil k provedení takto formálního úkonu, tedy není porušením zákona.

84. Ve chvíli, kdy proces posuzování a hodnocení nabídek podle zákona byl řádně dokončen, pak již stojí mimo regulaci tohoto zákona samotný myšlenkový proces zadavatele, ve kterém se rozhoduje, zda přidělí veřejnou zakázku jedinému nevyločenému uchazeči, tedy zda je jeho nabídka pro něj ekonomicky výhodná a přijatelná, a nebo zda-li zvolí jiný alternativní postup. K tomuto procesu „posouzení“ již Úřad není žádným způsobem oprávněn se vyjadřovat.

Posouzení aspektů veřejné podpory

85. Navrhovatel opakovaně namítá, že v případě přidělení veřejné zakázky uchazeči Kapsch se bude jednat o nedovolenou veřejnou podporu. Jako důvod pak navrhovatel především uvádí, že nabídková cena tohoto uchazeče je vyšší než nabídková cena navrhovatele.
86. K argumentaci navrhovatele se v tomto bodě dostatečně vyjádřil již Úřad v rámci napadeného rozhodnutí, přičemž doplňují následující.
87. Výběr nabídek jednotlivých uchazečů dle zákona, který transponuje zásady rovnosti a transparentnosti obsažené v komunitárních pravidlech, se děje na základě hodnotících kritérií, a to ekonomické výhodnosti či nejnižší nabídkové ceny. Stanovena jsou rovněž kvalifikační kritéria, která jsou zaměřena na zajištění rovnosti příležitostí bez diskriminačních prvků a vyloučení uchazečů, kteří řádně neprokáží svoji finanční, ekonomickou nebo technickou úroveň. Postup v souladu se zákonem, včetně řádného posouzení všech těchto kritérií tak vede k určení nejzpůsobilějšího uchazeče k realizaci zakázky. Tento proces neobsahuje žádné dodatkové podmínky, jejichž prostřednictvím by docházelo k navyšování ceny za účelem udělení podpory konkrétnímu ekonomicky činnému subjektu či odvětví výroby. Otevřené transparentní nediskriminační zadávací řízení naopak prokazuje, že nedošlo k zvýhodnění jednoho uchazeče na úkor druhého a že zadáním veřejné zakázky vítěznému uchazeči nedochází k udělení veřejné podpory. Jednotliví uchazeči projdou výběrovým řízením, v jehož rámci jsou v důsledku konkurenčního tlaku nuceni podat konkurenceschopnou nabídku. Ten, kdo vítězně projde tímto sítím, tak není svévolně zvýhodněn oproti jiným uchazečům a nestává se příjemcem veřejné podpory.
88. Vzhledem k výše uvedenému jsem tedy neshledal důvod pro postup požadovaný navrhovatelem v druhém doplnění jeho rozkladu, a to postoupit tuto otázku Evropské komisi.

Postup zadavatele a hodnotící komise

89. Navrhovatel opakovaně namítá netransparentní postup hodnotící komise, který spatřuje především v přítomnosti poradců zadavatele na jejím jednání.
90. S touto argumentací se již vyčerpávajícím způsobem vypořádal Úřad v napadeném rozhodnutí, a proto pouze uvádím, že výklad navrhovatele k § 63 odst. 2 zákona, že zadavatel může poprvé obdržet nabídky až po ukončení činnosti hodnotící komise, není správný a je vytržený z kontextu zákona. Podle § 39 zákona zadavatel hodnotí

kvalifikaci uchazečů, kteří mohou tyto doklady zařadit do nabídky. Podle výkladu navrhovatele by tak zadavatel před skončením práce hodnotící komise nemohl vyhodnotit kvalifikaci uchazečů. Co se týče hlasování hodnotící komise o vyřazení nabídky uchazeče, toto proběhlo zcela v souladu s § 58 odst. 2 zákona.

Prokázání technické způsobilosti uchazeče Kapsch

91. V rozkladu navrhovatel uvádí, že se Úřad nevypořádal s jeho námitkami ohledně chybějící reference uchazeče sdružení Kapsch na centrálu pro předpis mýta. Ve svém návrhu se navrhovatel zejména zabýval otázkou prokázání referencí na provozování systému, proto se Úřad v napadeném rozhodnutí zabývá především referencemi uchazeče Kapsch týkajícími se požadavku zadavatele uvedeném v článku 6.2.1 bodu 2 a násl. části 1 zadávací dokumentace. Co se týče reference uchazeče Kapsch na realizaci nebo integraci centrály pro předpis mýta (článek 6.2.1 bod 1 a násl. části 1 zadávací dokumentace), uchazeč Kapsch tuto doložil v souladu s požadavky zadavatele, a to na str. 90 a 91 svazku 1 nabídky uchazeče a str. 137 až 141 téže části nabídky.
92. Navrhovatel v rozkladu dále opakovaně dovozuje, že součástí plnění a tedy i požadované reference v článku 6.2.1 bodu 2 a násl. části 1 zadávací dokumentace je i provoz systému mýtného. K tomu uvádím, že předmětnou referenci zadavatel požadoval pro „realizaci provozního zajištění“. Jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, formulace požadavku zadavatele na „realizaci provozního zajištění...“ nelze vykládat pouze tak, že se musí jednat o provozování daného systému, ale formulace umožňuje v předmětném bodě 2 doložit ke splnění této podmínky reference na preventivní a neplánovanou (korektivní) údržbu a centrální poplašný systém, jak učinil uchazeč Kapsch, neboť se jedná o činnosti „zajišťující“ provoz. Obdobné platí pro body 3 a 4 článku 6.2.1 zadávací dokumentace.
93. K tvrzení navrhovatele, že vybraný uchazeč bude také provozovatelem systému a nejen „zajišťovat“ jeho provoz uvádím, že zadavatel stanovil v článku 1.2.6 části 2 zadávací dokumentace následujícím způsobem požadavky na služby poskytované uchazečem, a sice:
- Služba „údržba Systému“,
 - Služba „údržba a provoz sítě kontaktních a distribučních míst“ (mimo jiné spočívá v zajištění údržby a provozu sítě kontaktních a distribučních míst),
 - Služby „zajištění provozu systému pro předpis mýtného“, „zajištění provozu stacionární a přenosné infrastruktury pro enforcement“, „zajištění provozu centrálního dohledu Systému“ a „zajištění provozu billingu“ (mimo jiné služby spočívají v personálním, organizačním, materiálním a prostorovém zabezpečení procesů podporovaných danými technologickými komponenty a musí zajistit odpovídající funkčnost systému),
 - Služba „podpora uživatelů komunikací“,
 - Služba „Public Relations“.

V článku 1.2.3 části 2 zadávací dokumentace, kde zadavatel stanovil organizační uspořádání systému, uvedl, že provozovatelem systému bude Ředitelství silnic a dálnic ČR, které bude:

- odpovědné za provoz systému výkonového zpoplatnění,

- příjemcem výkonového poplatku,
 - řídit systém výkonového zpoplatnění a administrativy,
 - mít smluvní vztah s dodavatelem, kontrolovat kvalitu,
 - hradit dodávky a služby dodavateli,
 - obhospodařovat majetek „systému“ ve vlastnictví státu.
94. V doplnění svého rozkladu pak navrhovatel namítá, že uchazeč Kapsch v rámci své nabídky předložil prohlášení ze dne 15.9.2005 o poskytnutí služby společností Europpass, ačkoliv tato společnost byla od 1.9.2005 zcela kontrolována rakouským státem, a tedy se stala veřejným objednatelem a uchazeč Kapsch měl povinnost vyžádat si od této společnosti pro účely prokazování své technické způsobilosti osvědčení. Stejnou povinnost na straně uchazeče Kapsch pak dovozuje navrhovatel rovněž u prokazování poskytnutí služby společností Swisscom Mobile, Telekom Austria AG a Mobilkom Austria AG.
95. K námitce navrhovatele uvádím, že při výkladu ustanovení § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona je nutné přihlédnout k relevantním článkům příslušných směrnic EU. Příslušná část článku 32 odst. 2 písm. b) směrnice Rady 92/50/EHS stanoví, že technickou způsobilost poskytovatele služby je možno doložit seznamem hlavních služeb poskytnutých za poslední tři roky s uvedením částek, dat a jmen soukromých či veřejných příjemců poskytnutých služeb; pokud byly služby poskytnuty zadavatelům veřejných zakázek (pozn.: užitý termín „contracting authority“ je ekvivalentem pojmu „veřejný zadavatel“), je třeba, aby doložená osvědčení byla vydána nebo podepsána příslušným zadavatelem. Z uvedeného je jednoznačné, že osvědčení objednatele se kogentně vyžaduje, pouze pokud bylo plněno veřejnému objednateli. V dotčeném případě však uchazeč Kapsch poskytl službu soukromému objednateli, tím byl jejich obchodně právní vztah poskytnutí služby dokonán a žádné následné skutečnosti, jako změna právní formy objednatele, jeho majetkových a vlastnických poměrů, případně i zánik apod. již nemají na tuto skutečnost vliv. Uchazeč Kapsch byl tedy oprávněn prokázat toto poskytnutí služby soukromému objednateli prohlášením poskytovatele.
96. Pro úplnost pak uvádím, že v současnosti platná směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES v článku 48 odst. 2 písm. a) bod ii. obdobně stanoví doložení splnění tohoto kritéria „seznamem hlavních dodávek nebo hlavních služeb provedených za poslední tři roky, s uvedením hodnot, dat a jmen veřejných či soukromých příjemců. Provedení dodávek a poskytnutí služeb je prokázáno: „pokud byl příjemcem veřejný zadavatel, osvědčeními vydanými nebo spolupodepsanými příslušným orgánem...“.
97. V tomto duchu je také formulován § 33 zákona, kde je uveden termín „veřejný objednatel“, a lze tedy učinit závěr, že rozhodným okamžikem pro výklad ust. § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona je datum objednání (podpisu příslušné smlouvy). Osvědčení o řádném poskytnutí služeb veřejným objednatelům je nezbytné v případě, že osoba objednatele služeb byla veřejným zadavatelem v době realizace (resp. „objednání“) služeb uvedených v referenci, což není případ reference zmiňované v doplnění rozkladu, neboť společnost Europpass nebyla v době realizace referenčních zakázek uvedených v nabídce uchazeče sdružení Kapsch veřejným zadavatelem, jak vyplývá mimo jiné z dokladů doložených navrhovatelem.
98. V případě společností Telekom Austria AG, Swisscom Mobile a Mobilkom Austria AG and Co KG by šlo o veřejné zadavatele pouze při naplnění definice § 2 odst. 1 písm. a)

bodu 4. zákona, tedy pokud by byly zřízeny zákonem nebo na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu a byly by financovány převážně veřejnými zadavateli, nebo by byly veřejnými zadavateli řízeny nebo veřejní zadavatelé by jmenovali více než polovinu členů v jejích správních, řídicích nebo kontrolních orgánech. Tato zákonná definice odpovídá i dikci příslušných ustanovení směrnic EU. S přihlédnutím k situaci na trhu telekomunikačních služeb, stejně jako obecně ke komerčnímu fungování telekomunikačních společností pak lze jen těžko připustit, že by navrhovatelem jmenované společnosti byly zřízeny za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, a tedy že by splňovaly výše uvedenou definici veřejného zadavatele. Podpůrně lze v této otázce rovněž odkázat na Sdělení Evropské komise č. 2004/C 115/03 vydaném v souvislosti s článkem 8 Směrnice Rady 93/38/EHS, podle kterého ve všech původních 15 členských zemích EU, tedy včetně Rakouska, existuje efektivní soutěžní prostředí v oblasti hlavních telefonických služeb. Švýcarsko z toho hodnocení jistě není namístě vylučovat. Z uvedeného je tedy zřejmé, že nelze na jmenované společnosti pohlížet jako na veřejné dodavatele, když jsou zjevně založeny za účelem dosahování zisku.

99. Ani v opačném případě by však tato skutečnost neměla vliv na posouzení prokázání technické způsobilosti uchazeče Kapsch, který ve své nabídce předložil i další doklady, prokazující předmětnou technickou způsobilost dostatečným způsobem.

K důvodům změny výroku rozhodnutí Úřadu

100. V rámci řízení o rozkladu jsem shledal ve výrokové části napadeného rozhodnutí Úřadu formální pochybení, když zde nebylo uvedeno ustanovení § 101 odst. 1 zákona, podle kterého Úřad postupoval při vydání napadeného rozhodnutí. Výrokovou část jsem proto v tomto smyslu změnil. V ostatních částech zůstal výrok beze změn. Toto formální pochybení však nikterak neovlivnilo věcné posouzení případu.

V. Závěr

101. Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., který zrušil zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů. Zároveň však ve svém § 179 odst. 1 stanovil, že řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, se dokončí podle dosavadních předpisů. V rámci předmětného řízení o rozkladu jsem tedy postupoval v souladu s předchozí právní úpravou správního řízení.
102. 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, ale pouze z důvodů formálních.
103. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.



Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo dopravy, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1,
2. Michal Dlouhý, se sídlem AK White & Case, Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1,
3. Mgr. Ing. Daniel Zejda, se sídlem AK Havel & Holásek, Týn 1049/3, 110 00 Praha 1,
4. spis.