

Č.j.: 3R19/02-Ku, 3R22/02-Ku

V Brně dne 16.9.2002

Ve správním řízení o rozkladech ze dne 19.6.2002 a 27.6.2002 podaných společností Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, zast. Ing. Petrem Klaudou a Ing. Janem Svobodou, proti rozhodnutí ÚOHS č.j. S 036-R/02-314/140/OŠ ze dne 4.6.2002 a rozhodnutí č.j. S 047-R/02-336/140/OŠ ze dne 12.6.2002, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – České dráhy, státní organizace, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, zast. generálním ředitelem Ing. Daliborem Zeleným, v obchodní veřejné soutěži „na vypracování projektu a zhotovení stavby ČD DDC, Pilotní projekt GSM – R v úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín“ vyhlášené dne 25.7.2001 v Obchodním věstníku č. 30 pod zn. 128230-30/01 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. a zákona č. 142/2001 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., zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, rozhodl takto:

1. Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 047-R/02-336/140/OŠ ze dne 12.6.2002 se **r u š í**.
2. Napadené rozhodnutí č.j. S 036-R/02-314/140/OŠ ze dne 4.6.2002 se

#### **m ě n í t a k t o:**

Rozhodnutí zadavatele - České dráhy, státní organizace, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, zast. generálním ředitelem Ing. Daliborem Zeleným, o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 15.3.2002 č.j. 581/2002-07 v obchodní veřejné soutěži „na vypracování projektu a zhotovení stavby ČD DDC, Pilotní projekt GSM – R v úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín“ vyhlášené dne 25.7.2001 v Obchodním věstníku č. 30 pod zn. 128230-30/01 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. a zákona č. 142/2001 Sb., se podle 59 písm. a) téhož zákona pro porušení ustanovení § 2a odst. 2, § 34 odst. 4 a § 56 odst. 5 citovaného zákona **r u š í** a zároveň se pro porušení § 6 odst. 2 téhož zákona **r u š í zadání této veřejné zakázky.**

## O d ů v o d n ě n í

Zadavatel – České dráhy, státní organizace, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, zast. generálním ředitelem Ing. Daliborem Zeleným (dále jen „zadavatel“) vyhlásil dne 25.7.2001 v Obchodním věstníku č. 30/2001 pod značkou 128230-30/01 obchodní veřejnou soutěž „na vypracování projektu a zhotovení stavby ČD DDC, Pilotní projekt GSM – R v úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín“ (dále jen „soutěž“) 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“).

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 4.9.2001 vyplývá, že zadavatel obdržel do konce soutěžní lhůty dvě nabídky, z nichž žádná nebyla vyřazena ze soutěže.

Komise pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“) na svém prvním zasedání konaném dne 11.9.2001 hodnotila dvě nabídky a neshledala důvod některou z nich vyřadit pro nesplnění vyhlášených podmínek soutěže. Komise dále doporučila detailní technicko-ekonomické posouzení jednotlivých nabídek a ke zpracování odborného stanoviska rozhodla přizvat tým odborníků ve smyslu ustanovení § 34 odst. 2 zákona. Ze zápisu tohoto zasedání komise, bodu „g) Stručný popis způsobu hodnocení nabídek“ dále vyplývá, že „Komise na svém prvním jednání projednala způsob hodnocení nabídek a s ohledem na pilotní charakter stavby rozhodla, že k jednotlivým kritériím stanoveným soutěžními podmínkami uvedenými v inzerátu o vyhlášení obchodní veřejné soutěže budou přiřazeny následující váhy takto:

1. výše nabídkové ceny	40 %
2. kvalita technického řešení včetně návrhu postupu výstavby	35 %
3. komplexnost nabídky	15 %
4. stupeň splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky	5 %
5. poskytnutí vyšších, ale současně reálných záruk na jakost (delší záruka, než byla zadavatelem požadována a na co je nabízena)	3 %
6. využití českých firem, řešení nezaměstnanosti	2 %

Pro hodnocení jednotlivých kritérií bylo rozhodnuto o přiřazení bodového ohodnocení od 1 do 10 bodů. Bodové hodnocení kritéria č. 1 – výše nabídkové ceny, bude stanoveno na základě poměru nejnižší nabídkové ceny k nabídkové ceně dané nabídky. Takto určené body se vynásobí váhami jednotlivých kritérií a po sečtení vážených bodů bude stanoveno pořadí uchazečů, přičemž na 1.místě se umístí uchazeč s nejvyšší dosaženou hodnotou vážených bodů“.

Dne 24.9.2001 se komise sešla na svém 2. zasedání, kdy rozhodla požádat oba uchazeče o vysvětlení otázek prostřednictvím odpovědného zástupce. Termín pro odpověď

byl stanoven na 10.10.2001. Na 3. zasedání komise konaném dne 15.10.2001 komise projednala odpovědi uchazečů na zaslané otázky a předložené závěry z jednání týmu odborníků. S ohledem na značný rozsah a náročnost posuzování nabídek ze všech požadovaných hledisek požádala komise tým odborníků o upřesnění a posouzení některých dalších bodů a otázek, které vyplynuly z podrobného projednávání a věcného hodnocení jednotlivých kritérií. Předseda komise požádal všechny členy komise, aby si rovněž připravili své stanovisko pro konečné hodnocení nabídek. Čtvrté jednání komise se pak uskutečnilo dne 22.10.2001, kde komise projednala stanovisko týmu odborníků ze dne 17.10.2001 a vyslechla závěrečné stanovisko předsedy komise i jejich jednotlivých členů.

Po provedeném posouzení a hodnocení stanovila pak komise následující pořadí nabídek:

1. AŽD Praha, s.r.o., se sídlem Žirovnická 5/3146, 106 17 Praha 10 - celkový počet vážených bodů: varianta A – 8,80; varianta B – 8,70 (dále jen „AŽD Praha“),
2. Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6 - celkový počet vážených bodů: obě varianty – 8,45 (dále jen „uchazeč“).

Statutární zástupce zadavatele se s doporučením komise ztotožnil a dne 2.11.2001 pod č.j. 2515/2001–07 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a své rozhodnutí ze dne 2.11.2001 pod č.j. ON 261/01 zaslal oběma hodnoceným uchazečům.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč dne 15.11.2001 námitky, kterým statutární zástupce zadavatele po jejich přezkoumání svým rozhodnutím č.j. 60830/2001-O7 ze dne 23.11.2001 nevyhověl. Dne 6.12.2001 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) i zadavateli doručen návrh uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. ÚOHS po prošetření a posouzení případu vydal dne 28.1.2002 rozhodnutí pod č.j. S 185-R/01-1417/140/OŠ, jímž podle § 59 písm. a) zákona rozhodnutí zadavatele zrušil a uložil mu do jednoho měsíce po nabytí právní moci uvedeného rozhodnutí provést nový výběr nejvhodnější nabídky.

Ve dnech 28.2.2002, 11.3.2002 a 14.3.2002 zasedala komise a provedla nové posouzení a hodnocení nabídek a na základě nového posouzení a hodnocení nabídek doporučila následující pořadí nabídek:

1. AŽD Praha - celkový počet bodů: varianta A - 8,85  
varianta B - 8,90
2. uchazeč - celkový počet bodů: obě varianty - 8,40

Statutární zástupce zadavatele se ztotožnil s doporučením komise a dne 15.3.2002 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky svým rozhodnutím pod č.j. 581/2002-07, které zaslal oběma uchazečům ve stejný den pod č.j. 582/02-07.

Rozhodnutím zadavatele ze dne 8.4.2002 č.j. 56901/2002-07 byl uchazeč vyloučen ze soutěže s tím, že důvodem vyloučení bylo nerespektování § 2d zákona. Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč dne 19.4.2002 pod zn. ICM/GSM-R/Hr/DŘ/025a/02 námitky, kterým zadavatel dne 26.4.2002 nevyhověl. Uchazeč podal dne 19.4.2002 i 6.5.2002 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Oba návrhy byly podány pod č.j. ICM/GSM-R/Hr/DŘ/025/02. Návrh ze dne 19.4.2002 obdržel ÚOHS i zadavatel dne 19.4.2002 a tímto dnem bylo podle

§ 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení, jehož účastníky jsou kromě zadavatele a uchazeče i AŽD Praha. Návrh ze dne 6.5.2002 obdržel ÚOHS i zadavatel dne 7.5.2002 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení, kde jako účastníky ÚOHS označil zadavatele a uchazeče.

V návrhu ze dne 6.5.2002 uchazeč zejména uvádí, že je zjevné, že zadavatel jeho nabídku vyloučil neoprávněně s odvoláním na irelevantní změny prokur, jež zadavatel neoprávněně spojoval se statutárním orgánem. Uchazeč se domáhá zrušení zadání předmětné veřejné zakázky s tím, že nová obchodní veřejná soutěž by měla být vyhlášena s náležitě upřesněnými podmínkami, přičemž k posouzení a hodnocení nabídek by měla být ustanovena nová komise zadavatele.

Uchazeč ve svém návrhu ze dne 19.4.2002 zejména popisuje průběh nařízeného nového výběru a dále uvádí, že s rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky nesouhlasí a navrhuje, aby byl komplexně přezkoumán postup i podstatná rozhodnutí zadavatele v souvislosti s novým výběrem. Uchazeč navrhuje, aby ÚOHS podle § 59 písm. a) zákona zrušil zadání předmětné veřejné zakázky. Pokud by přezkoumání rozhodnutí zadavatele u orgánu dohledu prokázalo absenci zákonných kvalifikačních či dalších předpokladů u nabídky uchazeče AŽD Praha a vedlo k pokračování této soutěže, je uchazeč připraven i nadále plnit povinnosti, jež z jeho účasti v této soutěži vyplývají.

ÚOHS po posouzení a prošetření obou návrhů vydal dvě rozhodnutí, a to rozhodnutí č.j. S 036-R/02-314/140/OŠ ze dne 4.6.2002 a S 047-R/02-336/140/OŠ ze dne 12.6.2002. Svým rozhodnutím ze dne 4.6.2002 zamítl ÚOHS podle § 59 písm. b) zákona návrh uchazeče a rozhodnutí zadavatele ze dne 15.3.2002 č.j. 581/2002-07 o výběru nejvhodnější nabídky potvrdil a rozhodnutím ze dne 12.6.2002 podle § 60 písm. b) zákona uložil ÚOHS zadavateli zrušit rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze soutěže ze dne 8.4.2002 č.j. 56901/2002-07 a uchazeče zařadit zpět do soutěže, a to do 1 měsíce od nabytí právní moci uvedeného rozhodnutí.

Svá rozhodnutí ÚOHS odůvodnil zejména tím, že „komise byla jmenována poradou ministra dopravy a spojů s ohledem na výši budoucího peněžitého závazku (nad 50 mil. Kč) ze dne 23.8.2001 ve smyslu § 31 zákona. Komise postupovala podle předem stanovených kritérií seřazených sestupně podle významu, který jim zadavatel přisoudil.

#### 1. výše nabídkové ceny

Pro výpočet bodového hodnocení tohoto kritéria byly použity nabídkové ceny bez DPH a to na základě poměru nejnižší nabídkové ceny k nabídkové ceně dané nabídky. Hodnocení kritéria ve prospěch nabídky uchazeče Siemens, s nižší nabídkovou cenou.

#### 2. kvalita technického řešení

Nabídka AŽD představuje technické řešení základního komunikačního systému (mobilní ústředny) s vyšší provozní kapacitou a vyšší technologickou úrovní (modul inteligentní sítě). Technologie svou kapacitou, konfigurací a HW vybavením splňuje požadavky na předpokládaný komerční provoz včetně požadavků vyplývajících z budoucího nasazení ERTMS/ETCS 2. úrovně.

V nabídce Siemens představuje technické řešení základního komunikačního systému (mobilní ústředny) minimalizovanou verzí. Dále u tohoto kritéria je podrobně rozebrané kvalita technického řešení, která vyznívá ve prospěch nabídky AŽD.

#### 3. komplexnost nabídky

V zadávací dokumentaci byl uveden mj. požadavek zadavatele, že pilotní projekt GSM-R slouží především k získání komplexních informací, kritérií a zkušeností s provozem sítě v podmínkách ČD. Nabídka AŽD obsahuje modul IN (inteligentní síť), který umožňuje

pružné a flexibilní splnění základních služeb funkčního číslování, adresování podle místa, prioritní volání skupinové a nouzové volání a další služby pro specifické potřeby železnic (např. přístupová matice, vytvoření virtuální sítě, dohled vybraných prvků).

Nabídka Siemens uvádí pouze možný přechod na IN s uvedením všech výhod, které tento modul umožňuje, není však předmětem nabídky. Každé dodatečné doplnění technologie vyžaduje další náklady zpravidla vyšší než v rámci prvotní investice. Nabídka Siemens obsahuje pouze návrh technického řešení pokrytí tunelů, není však zahrnuta v cenové nabídce. Celkové hodnocení tohoto kritéria ve prospěch nabídky AŽD.

#### 4. stupeň splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky

V tomto kritériu byla hodnocena podkritéria a to: - porovnatelné stavby, technické vybavení uchazeče, objem nabízených prací vlastní kapacitou uchazeče, systém řízení kvality, kvalita řídicího managementu. Celkové hodnocení tohoto kritéria ve prospěch Siemens, která má zkušenosti s výstavbou a provozem veřejné mobilní sítě v ČR.

#### 5. poskytnutí vyšších, ale současně reálných záruk na jakost (delší záruka, než byla zadavatelem požadována a na co je nabízena)

Výhodnější nabídka AŽD z hlediska záruční doby - technologie 3 roky, montážní a stavební práce 5 let, Siemens – technologie 2 roky, stavební práce 3 roky. Jiné vyšší záruky – výhodnější platební podmínky u nabídky AŽD. (Uchazeč AŽD nabídl překlenovací úvěr nad rámec platebních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci.) Celkové hodnocení tohoto kritéria ve prospěch nabídky AŽD.

#### 6. využití českých firem, řešení nezaměstnanosti

Hodnocení tohoto kritéria u obou nabídek rovnocenné.“

ÚOHS k popsání způsobu hodnocení uvádí, že komise při novém výběru postupovala ve smyslu příslušných ustanovení zákona a hodnotila nabídky transparentně podle předem vyhlášených kritérií, stupně významu, který jednotlivým kritériím zadavatel přisoudil, přehledně, čímž odstranila porušení zákona při prvním výběru. Ze strany zadavatele nedošlo při novém výběru k porušení zákona.

Dále ÚOHS v odůvodnění svého rozhodnutí uvádí, že jeho úkolem je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jednotlivá kritéria hodnocení, tak jak je provedla komise byly popsány výše. ÚOHS odkazuje uchazeče na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2 A 1/99 – 32 str. 12 ze dne 17.6.1999, kde se uvádí, že pravomoci orgánu dohledu sahají do úrovně těch činností zadavatele, která obecně vyjádřeno, vytváří prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů komise, resp. týmu přizvaných odborníků, neboť tím by orgán dohledu ve svých důsledcích sám se stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět stanoveným kritériím a také v soutěži zvítězit. To platí i pro nezaměnitelnou roli zadavatele. Orgán dohledu nemůže přebírat odpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá odborné předpoklady.

Ke kvalifikačním předpokladům AŽD Praha ÚOHS uvádí, že AŽD Praha v nabídce předložila: Osvědčení č.j. 183/93/P/Ko/Haža ze dne 4.11.1998 na předmět podnikání: „Zřizování, montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“ a dále předložil koncesní listinu pro podzhotovitele KAPSCH TELECOM spol. s r.o. č.j. OŽV/6053/92 ze dne 30.11.1992 na předmět podnikání „Montáž a opravy telekomunikačních zařízení“ a

rozhodnutí o změně koncesní listiny č.j. OŽV/0007158/92/Cer/01 ze dne 20.2.1997 na předmět podnikání „Zřizování, montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“.

Ve smyslu § 2d zákona ohlásil a doložil dne 18.9.2001

- Živnostenský list č.j. ŽO/004880/93/CH/010 ze dne 2.8.2001 na předmět podnikání „Vývoj, výroba, projektování, výstavba, servis, poradenství, inženýring sdělovacích, zabezpečovacích a automatizačních zařízení“,
- Přílohu průkazu k cit. živnostenskému oprávnění,
- Výpis z obchodního rejstříku vedeného Městským soudem v Praze, oddíl C, vložka 14616, který byl s účinností od 5.9.2001 upraven na možnost použít živnostenský list pro citovaný předmět podnikání.

ÚOHS také požádal o posouzení platnosti živnostenského oprávnění pro uchazeče AŽD Praha na montáž, údržbu a servis telekomunikačních zařízení odbor živností Ministerstva průmyslu a obchodu, který ÚOHS sdělil dne 16.5.2002 pod č.j. 22292/02/4110, že „Z předložených podkladů vyplývá, že se jedná o živnost provozovanou průmyslovým způsobem na základě § 7a živnostenského zákona.

Z osvědčení ze dne 4.11.1998 je zřejmé, že podnikatel měl živnostenské oprávnění pro původně koncesovanou živnost „Montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“. Z předložených podkladů nelze mít za to, že by živnostenský úřad živnostenské oprávnění pro tuto činnost ve smyslu § 108 odst. 4 zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a o změně dalších zákonů zrušil. Dle našeho názoru podnikatel tedy vlastnil živnostenské oprávnění nepřetržitě. Bližší informace však může poskytnout v tomto případě pouze živnostenský odbor městské části Praha 10, který živnostenské oprávnění vydal.

Pouze pro informaci uvádíme, že podle § 7a odst. 5 uvedeného zákona u ohlašovacích živností provozovaných průmyslovým způsobem se pro získání živnostenského oprávnění nevyžaduje prokazování odborné způsobilosti. Podnikatel odpovídá za odbornost provozování živnosti a je povinen zajistit provozování živnosti osobami splňujícími požadavky odborné způsobilosti podle § 21 a 22 a přílohy č. 2, pokud zvláštní zákon nestanoví jinak“.

Na základě tohoto sdělení ÚOHS požádal o posouzení platnosti živnostenského oprávnění pro uchazeče AŽD Praha na montáž, údržbu a servis telekomunikačních zařízení (původně zřizování, montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení) živnostenský odbor Městské části Praha 10, který ve svém stanovisku č.j. ŽO/144/02/Nach ze dne 20.5.2002 sdělil ÚOHS:

„Kontrolou spisového materiálu společnosti AŽD Praha s.r.o. IČ 4802 9483 bylo zjištěno, že dne 22.1.2001 společnost doložila zdejšímu živnostenskému odboru doklady potřebné k transformaci koncesované živnosti s předmětem podnikání „zřizování, montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“ na živnost vázanou s předmětem podnikání „montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“. Byla doložena odborná způsobilost odpovědného zástupce p. Ing. Josefa Vančáka, kterou bylo Osvědčení o úspěšné vykonané zkoušce podle § 8 vyhlášky č. 50/1978 Sb., evidenční číslo 61 ze dne 1.11.1999 tak, jak požadoval zákon č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a změně dalších zákonů. Transformovaný živnostenský list byl společnosti vydán dne 14.5.2001 pod č.j. ŽO/004870/93/CH/008 a doručen byl 17.5.2001. Společnost AŽD Praha s.r.o. splnila povinnost stanovenou zákonem č. 151/2000 Sb. a to ve lhůtě stanovené tímto zákonem, na základě těchto skutečností jí byl vydán transformovaný živnostenský list a k 1.7.2001 měla

živnostenské oprávnění s předmětem podnikání „montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“.

Dne 26.7.2001 oznámila společnost AŽD Praha změnu způsobu provozování živnosti, a to provozování průmyslovým způsobem a s tím související změnu názvu předmětu podnikání z „výroba, instalace opravy elektrických strojů a přístrojů“ na „vývoj, výroba, projektování, výstavba, servis, poradenství, inženýring sdělovacích, zabezpečovacích a automatizačních zařízení“. Ustanovení § 7a odst. 8 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů stanoví, že „Přílohou průkazu živnostenského oprávnění pro živnost provozovanou průmyslovým způsobem je seznam ohlašovacích živností vymezující podle odstavce 3 rozsah živnostenského oprávnění“. V seznamu výše uvedené průmyslové živnosti je obsažena mimo jiné i vázaná živnost „montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“. Průmyslová živnost deklarovaná živnostenským listem č.j. ŽO/004880/93/CH/010 ze dne 2.8.2001 s předmětem podnikání „Vývoj, výroba, projektování, výstavba, servis, poradenství, inženýring sdělovacích, zabezpečovacích a automatizačních zařízení“ včetně přílohy „Seznamu ohlašovacích živností, vymezující rozsah živnostenského oprávnění“ jednoznačně prokazuje, že společnost AŽD Praha s.r.o. je oprávněna podnikat v oboru „montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“. Doložení Osvědčení č.j. 183/93/P/Ko/Haža ze dne 4.11.1998 s předmětem podnikání „zřizování, montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“ bylo nadbytečné, neboť oprávnění k podnikání v oboru „montáž, údržba a servis telekomunikačních zařízení“ bylo doloženo průmyslovou živností včetně přílohy“.

K vyloučení uchazeče ÚOHS pouze sděluje účastníkům řízení, že posouzení vyloučení uchazeče bude řešeno samostatným správním řízením, protože uchazeč zaslal ÚOHS i zadavateli samostatný návrh proti vyloučení.

Rozhodnutí ze dne 12.6.2002 týkající se vyloučení uchazeče ze soutěže ÚOHS odůvodnil zejména tím, že se ztotožňuje s názorem uchazeče, že pro jeho vyloučení nebyl důvod. Statutárním orgánem uchazeče jsou jednatelé. Zápis o jednání uchazeče je v obchodním rejstříku po celou dobu veřejné zakázky bez jakýchkoliv změn. Údaje o prokurách, jež jsou na výpisu z obchodního rejstříku uchazeče uvedeny pod údaji o jednání a které zadavatel ve svém dodatečném sdělení nepřesně cituje jako „statutární orgány – prokuristé“, neznamenají, že by prokury byly statutárním orgánem uchazeče. Prokurou, ve smyslu § 14 zákona č. 513/1991 Sb. obchodní zákoník, v platném znění, zmocňuje podnikatel prokuristu ke všem právním úkonům, k nimž dochází při provozu podniku, i když se k nim jinak vyžaduje zvláštní plná moc.

Změny údajů o prokurách (tj. zápisy či vymazání) v obchodním rejstříku uchazeče, na něž zadavatel i statutární orgán poukazuje, neznamenaly změnu kvalifikačních předpokladů uchazeče ve smyslu ustanovení § 2b zákona. To, že uchazeč v nabídce předložil čestná prohlášení i na prokuristy, nic nemění na věci, že uchazeč kvalifikační předpoklady ve smyslu ustanovení § 2b zákona způsobem podle § 2c zákona splnil a nebyl povinen zadavateli předkládat změny v kvalifikaci ve smyslu § 2d zákona. Ve smyslu § 2b odst. 2 zákona se pouze na osoby, které vykonávají funkci statutárního orgánu uchazeče vztahuje podmínka splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. d zákona.

ÚOHS dále uvádí, že zadavatel porušil ustanovení § 2a odst. 2 zákona, protože dodatečně prověřoval splnění kvalifikačních předpokladů po provedeném výběru, až když uchazeč podal námitky proti výběru nejhodnější nabídky.

Zadavatel dále porušil ustanovení § 34 odst. 4 zákona, protože vyloučil nabídku uchazeče.

Zadavatel dále porušil ustanovení § 56 odst. 5 zákona tím, že uchazeče vyloučil, i když již rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a až uchazeč ve smyslu § 53 odst. 1 zákona vznesl námitky proti výběru nejvhodnější nabídky.

Proti těmto rozhodnutím podal uchazeč v zákonné lhůtě dva rozklady.

V rozkladu ze dne 27.6.2002 proti rozhodnutí ÚOHS ze dne 12.6.2002 týkající se jeho vyloučení zejména uvádí, že došlo k porušení ustanovení § 11 odst. 1 a § 34 odst. 4 zákona ze strany zadavatele, který kvalifikační předpoklady uchazečů neposoudil dle zákona. Zatímco nabídku uchazeče vyloučil neoprávněně, k neplatnosti oficiálně předložených koncesních listin podzhotovitele KAPSCH TELEKOMUNIKACE s.r.o. se nikdy nevyjádřil. ÚOHS pak tyto skutečnosti nezhodnotil v jejich vzájemné souvislosti, jak mu ukládá § 34 odst. 5 správního řádu.

Dále uchazeč namítá porušení ustanovení § 33, § 37 odst. 1 písm. c) a e) zákona, § 37 odst. 2 a § 56 odst. 1 zákona zadavatelem a nenaplnění § 32 odst. 1 a § 34 odst. 5 správního řádu. Zadavatel porušil zákon tím, že uchazeče svévolně vyloučil, aniž svolal řádné zasedání komise pro posouzení nabídek, aniž tato komise jednala a vytvořila řádný zápis či jiný relevantní dokument, na jehož základě by zadavatel rozhodl o vyloučení uchazeče. Statutární orgán na toto závažné procesní pochybení nepřišel a ani na námitky nerefletoval. ÚOHS porušil § 34 odst. 5 správního řádu tím, že vydal rozhodnutí č.j. S 047-R/02-336/140/OŠ ze dne 12.6.2002, které problematiku vyloučení uchazeče hodnotí separátně a nikoliv ve vzájemné souvislosti s meritorní částí případu (viz č.j. S 036-R/02-314/140/OŠ ze dne 4.6.2002) a tím znemožnil komplexní spravedlivou nápravu. Touto komplexní spravedlivou nápravou může za daných okolností být podle názoru uchazeče:

- a) buď vyloučení nabídky AŽD Praha, která již při prvním posouzení měla být vyloučena,
- b) nebo zrušení zadání soutěže, pokud by již v této fázi původního zadání soutěže nebylo vyloučení nabídky AŽD Praha shledáno možným.

Systémový nedostatek a zároveň poškození uchazeče spatřuje uchazeč ve vytvoření situace, kdy ÚOHS dříve vydaným rozhodnutím potvrdil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, ale o několik dnů později vydaným rozhodnutím vrátil zpět do soutěže i nabídku uchazeče, která byla neoprávněně vyřazena. Na základě uvedeného není možné provést nový výběr.

Vzhledem k výše uvedenému se uchazeč domáhá buď zrušení soutěže a vyhlášení nové soutěže, nebo vyloučení AŽD Praha.

V rozkladu ze dne 19.6.2002 proti rozhodnutí ÚOHS ze dne 4.6.2002 ve věci výběru nejvhodnější nabídky uchazeč zejména uvádí, že již ve svém návrhu na přezkoumání nového výběru ÚOHS připomněl, že pokud jde o kabelizaci a přenosové systémy, dosud nebyla uspokojivě vysvětlena neurčitost a celková neprůkaznost této významné technologické položky v původně předložené nabídce AŽD Praha.

Nahlédnutím do spisů soutěže dne 17.6.2002 na ÚOHS (a to zejména do zápisů odborné komise a do interní korespondence zadavatele ze dnů 22.9., 24.9. a 16.10.2001) uchazeč objevil nové důkazy o tom, že v celkové nabídkové ceně vítězné nabídky AŽD Praha skutečně nebyla započítána položka „kabelizace a přenosové systémy“; toto uchazeč zjistil z jednání odborné komise ze dne 22.9.2001. V interní korespondenci zadavatele ze dne

16.10.2001 je navíc uvedeno, že komise na toto nebyla upozorněna, přičemž je zřejmé, že ani komise ve věci nedodržení obsahu a struktury cenové nabídky nepostupovala dle zákona.

Při kontrole obsahového splnění podmínek soutěže bylo povinností zadavatele konstatovat, že nabídka AŽD Praha nedodržela předepsanou formu a strukturu cenové nabídky. Dosavadní šetření toto porušení zákona zadavatelem nezjistilo, ačkoliv uchazeč na zřejmé rozpory kolem „kabelizace a přenosových systémů“ u nabídky AŽD ve svých námitkách a návrzích na přezkoumání opakovaně od samého počátku poukazoval.

Dále uchazeč poukazuje na skutečnost, že při kontrole obsahového splnění podmínek soutěže bylo povinností zadavatele konstatovat, že nabídka AŽD Praha nevyhovuje předepsaným požadavkům a zadavatel měl uchazeče AŽD Praha ze soutěže vyloučit.

ÚOHS rozhodl ve věci výběru za situace, kdy uchazeč byl ze soutěže zadavatelem vyloučen, aniž tuto věc posoudil v kontextu okolností tohoto vyloučení. Je sice pravdou, že uchazeč podal námitky proti vyloučení ze soutěže a následně k ÚOHS i samostatný návrh na přezkoumání, avšak se domnívá, že ÚOHS měl věc posoudit a uzavřít komplexně, neboť se jedná o závažné porušení zákona v rámci jediné soutěže. Není možné připustit, aby bylo vydáno rozhodnutí, které by vneslo nejistotu do právního vztahu mezi účastníky řízení tím, že v jedné záležitosti běží dvě správní řízení jen proto, že zadavatel učinil v určité fázi nesprávný krok.

Závěrem rozkladu se uchazeč domáhá nápravy, a to „dosažení objektivního výsledku OVS, popř. vyloučení nabídky AŽD z OVS.“

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:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č.j. S 036-R/02-314/140/OŠ ze dne 4.6.2002 zamítl podle § 59 písm. b) zákona návrh uchazeče a rozhodnutí zadavatele č.j. 581/2002-07 ze dne 15.3.2002 o výběru nejvhodnější nabídky potvrdil a zároveň rozhodnutím č.j. S 047-R/02-336/140/OŠ ze dne 12.6.2002 konstatoval, že rozhodnutím zadavatele č.j. 56901/2002-07 ze dne 8.4.2002 o vyloučení uchazeče ze soutěže zadavatel porušil ustanovení § 2a odst. 2, § 34 odst. 4 a § 56 odst. 5 zákona a podle § 60 písm. b) zákona uložil zadavateli zrušit citované rozhodnutí a zařadit nabídku uchazeče zpět do soutěže, to vše do jednoho měsíce od nabytí právní moci uvedeného rozhodnutí, nerozhodl procesně správně a v souladu se zákonem.

Jak jsem zjistil z předložené spisové dokumentace, zadavatel vyhlásil obchodní veřejnou soutěž na vypracování projektu a zhotovení stavby „ČD,DDC, Pilotní projekt GSM-R v úseku Děčín, státní hranice-Ústí nad Labem-Praha-Kolín“. Zadavatel dále v bodě „2. Vymezení plnění veřejné zakázky:“ uvedl, že předmětem soutěže je realizace pilotního projektu digitálního rádiového systému GSM-R včetně projektu stavby (dokumentace pro územní a stavební řízení) v traťovém úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín v členění a rozsahu dle zadávací dokumentace. Zadávací dokumentaci si pak zájemci o veřejnou zakázku mohli podle bodu 12. vyhlášení soutěže vyzvednout po uhrazení částky 30 000,- Kč. Jako způsob hodnocení nabídek si zadavatel stanovil následující kritéria:

1. výše nabídkové ceny
2. kvalita technického řešení včetně návrhu postupu výstavby
3. komplexnost nabídky
4. stupeň splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky
5. poskytnutí vyšších, ale současně reálných záruk na jakost

(delší záruka, než byla zadavatelem požadována a na co je nabízena)

6. využití českých firem, řešení zaměstnanosti.

Jak dále nepochybně vyplývá, ÚOHS již svým rozhodnutím č.j. S 185-R/01-1417/140/OŠ ze dne 28.1.2002 uložil zadavateli provedení nového výběru nejvhodnější nabídky.

Z vymezení plnění veřejné zakázky jsem zjistil, že zadavatel tím, že veřejnou zakázku zadal jako jednu zakázku a hodnotil ji dle společných kritérií, přičemž se jednalo o zakázku „na vypracování projektu a zhotovení stavby ČD,DDC, Pilotní projekt GSM-R v úseku Děčín, státní hranice-Ústí nad Labem-Praha-Kolín“, nemohl předložené nabídky řádně vyhodnotit, poněvadž předložené nabídky jsou nesrovnatelné, což mimo jiné vyplývá i z předložených rozdílných cen uvedených v nabídkách. Jako účelnější by se jevilo zadat buď veřejnou zakázku pouze na vypracování projektu, tuto vyhodnotit dle stanovených kritérií a poté zadat zakázku na vlastní zhotovení stavby a vyhodnotit ji zase dle určitých vyhlášených kritérií, případně zadat jednu soutěž na projekt a zhotovení stavby, ale kritéria stanovit tak, aby nabídky byly vyhodnotitelné. Zadavatel ani provedeným novým výběrem neprokázal, že předložené nabídky v takto zadané soutěži jsou vyhodnotitelné v souladu se zákonem. Zadavatel musí dbát o to, aby vyhlášené zadání soutěže, včetně vyhlášených kritérií a ostatních podmínek soutěže bylo srozumitelné a transparentní. Výše citovaná kritéria však tomuto účelu zákona neodpovídají, když si zadavatel např. pod bodem 3. Způsobu hodnocení nabídek stanovil jako kritérium „komplexnost nabídky“. Tímto postupem porušil ustanovení § 6 odst. 2 zákona a narušil základní princip a účel zákona, což je transparentnost postupů zadavatele a vytváření fair prostředí.

Z předložených nabídek taktéž vyplývá, že zpracovaná zadávací dokumentace, za kterou museli zájemci uhradit částku 30 000,- Kč byla nedostatečná a neodpovídala vlastnímu vyhlášení soutěže. Na tuto skutečnost poukazoval správně i uchazeč už ve svých návrzích i rozkladech, když se domáhá zrušení zadání předmětné veřejné zakázky s tím, že „nová obchodní veřejná soutěže by měla být vyhlášena s náležitě upřesněnými podmínkami, přičemž k posouzení a hodnocení by měly být ustanovena nová komise zadavatele“. O nepřesném a nesrozumitelném zadání soutěže svědčí i to, že komise dne 24.9.2001 požádala uchazeče i společnost AŽD Praha o vysvětlení a dne 15.10.2001 i o upřesnění a posouzení dalších bodů a otázek tým odborníků.

K námitkám uvedeným v rozkladech dále uvádím, že se ztotožňuji s názorem uchazeče, že tím, že ÚOHS vydal rozhodnutí č.j. S 047-R/02336/140/OŠ ze dne 12.6.20092, které problematiku vyloučení nabídky uchazeče ze soutěže řeší separátně a nikoliv ve vzájemné souvislosti s meritorní částí případu, znemožnil komplexní spravedlivou nápravu. Uchazeč také správně považuje jako nedostatek postupu ÚOHS i poškození uchazeče v tom, že těmito rozhodnutími byla vytvořena situace, kdy ÚOHS dříve vydaným rozhodnutím potvrdil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, ale o několik dnů později vydaným rozhodnutím uložil zadavateli zařadit nabídku uchazeče zpět do soutěže, čímž je výběr nejvhodnější nabídky v souladu se zákonem zcela vyloučen.

V této souvislosti uvádím, že ÚOHS správně posoudil, že zadavatel porušil § 2a odst. 2, § 34 odst. 4 a § 56 odst. 5 zákona, když dodatečně prověřoval splnění kvalifikačních předpokladů a to až po provedeném výběru. Dle § 2a odst. 2 zákona zjišťuje zadavatel kvalifikaci uchazečů při předkvalifikačním řízení, při posuzování nabídek, při hodnocení nabídek a před uzavřením smlouvy. Zadavatel tedy nemohl po provedeném výběru znovu

posuzovat splnění kvalifikačních předpokladů a účelově uchazeče vyloučit ze soutěže. Také se ztotožňuji s odůvodněním napadeného rozhodnutí ÚOHS ve věci neoprávněného vyloučení uchazeče.

ÚOHS však pochybil, když ve dvou řízeních rozhodl jednak o potvrzení výběru nejvhodnější nabídky a jednak o porušení zákona zadavatelem, když tento vyloučil ze soutěže uchazeče. Tyto dva výroky jsou navzájem v rozporu a souhlasím s uchazečem, že nebyla a ani nemohla být rozhodnutími ÚOHS sjednána náprava. Podle § 51 a násl. zákona ÚOHS provádí dohled nad dodržováním zákona a při zjištění porušení zákona zadavatelem ukládá provést nápravu. V daném případě však nelze konstatovat, že výběrem nejvhodnější nabídky se potvrzuje a zároveň pro porušení zákona zadavatelem se zadavateli ukládá zařadit nabídku uchazeče zpět do soutěže již po provedeném výběru.

Pro úplnost dodávám, že jak jsem dále zjistil, komise hodnotila jako kritérium vyhlášené pod bodem „7.Způsob hodnocení nabídek“ - podbod „6. Využití českých firem, řešení nezaměstnanosti“, přičemž ve vyhlášení soutěže si zadavatel stanovil toto kritérium odlišně, a to, „využití českých firem, řešení zaměstnanosti“.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem, jsem se v rozkladu nezabýval již námitkami týkající se vlastního výběru, když jsem vyhlášenou soutěž zrušil. Zároveň jsem zrušil i rozhodnutí týkající se zařazení uchazeče zpět soutěže vzhledem k tomu, že uchazeče nelze zařadit zpět do neexistující soutěže.

## **P o u č e n í**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. České dráhy, státní organizace, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, zast. generálním ředitelem Ing. Daliborem Zeleným,
2. Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, zast. Ing. Petrem Kloudou a Ing. Janem Svobodou,
3. AŽD Praha, s.r.o., se sídlem Žirovnická 5/3146, 106 17 Praha 10, zast. generálním ředitelem Ing. Františkem Formánkem,
4. spis.