

Toto rozhodnutí bylo změněno II. instančním rozhodnutím č.j. 2R15/06 ze dne 14.3.2006, které nabylo právní moci dne 21.3.2006

Č. j. VZ/S253/05-154/01635/2006/540-RP

V Brně dne 26. ledna 2006

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 28.12.2005 podle § 96 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., na základě návrhu ze dne 28.12.2005 uchazeče – sdružení společností

AUTOSTRATE 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 s adresou Via Alberto Bergamini 50, Řím, Itálie a

AUTOSTRATE PER L' ITALIA S. P. A., 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 s adresou Via Alberto Bergamini 50, Řím, Itálie, ve správním řízení obě zastoupené na základě plné moci ze dne 30.11.2005 Michalem Dlouhým, advokátem ev. č. ČAK 4683, s adresou pro doručování Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1

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 **takto:**

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, nesplnil povinnost stanovenou v § 88 odst. 3 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. tím, že neodeslal do deseti dnů od obdržení námitek stěžovateli písemné sdělení o vyřízení námitek, avšak tento postup nijak neovlivnil stanovení pořadí nabídek.

Odůvodnění

Česká republika – Ministerstvo dopravy, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1, jejímž jménem jedná Ing. Milan Šimonovský, ministr (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo 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“) 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, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“.

V zadávací dokumentaci, resp. v části 1 zadávací dokumentace „Podrobné podmínky zadávací dokumentace“, zadavatel v článku 6.3.2 konkrétně stanovil následující požadavky z hlediska ochrany životního prostředí:

„Uchazeč prokáže toto další kvalifikační kritérium předložením certifikátu systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Tento certifikát může být případně nahrazen též rovnocenným certifikátem vydaným v členském státě Evropské unie.

Zadavatel v této souvislosti dále stanoví, že ke splnění kvalifikace požaduje, aby uchazeč předložil certifikát řady EMS 14000 pro dodávky a služby jež jsou předmětem této veřejné zakázky.

Pokud má uchazeč zaveden jiný systém řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí, může zadavateli předložit jiný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče. Zadavatel však tento certifikát uzná jako náhradu shora požadovaného certifikátu prokazujícího zavedení systému řady EMS 14000 jen tehdy, doloží-li uchazeč společně s certifikátem takové doklady, které nade vší pochybnost prokáží shodu či rovnocennost obou systémů.“

Dále zadavatel v článku 8 téže části zadávací dokumentace stanovil požadavky na obchodní podmínky, konkrétně v článku 8.6 stanovil následující požadavky na systém řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, a sice:

„Uchazeč splní tuto obchodní podmínku zadavatele předložením certifikátu prokazujícího zavedení systému řady OHSAS 18001, tj. systému řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci v organizaci uchazeče coby přílohy č. 5 návrhu Smlouvy o dodávce.

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.“

Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel 4 nabídky. Po zadavatelem provedeném hodnocení kvalifikace uchazečů a po posouzení nabídek, které provedla hodnotící komise na svém jednání dne 10.11.2005 (zpráva o posouzení a hodnocení nabídek

ze dne 10.11.2005), dne 16.11.2005 zadavatel rozhodl o vyloučení uchazeče – sdružení společností

AUTOSTRADE 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 s adresou Via Alberto Bergamini 50, Řím, Itálie a

AUTOSTRADE PER L ' ITALIA S. P. A., 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 s adresou Via Alberto Bergamini 50, Řím, Itálie (dále jen „sdružení AUTOSTRADE“),

z další účastni na zadávacím řízení.

Vyloučení uchazeče sdružení AUTOSTRADE zadavatel odůvodnil tím, že uchazeč ke splnění obchodní podmínky pod článkem 8.6 části 1 zadávací dokumentace nedoložil v nabídce certifikát OHSAS 18001, ale své prohlášení, které však obsahově neprokazuje shodu s požadovaným certifikátem.

Dalším důvodem bylo neprokázání splnění požadavků z hlediska ochrany životního prostředí podle § 37 zákona, neboť nedoložil certifikát EMS ISO 14000, ale své prohlášení, které však obsahově neprokazuje shodu s požadovaným certifikátem.

Posledním důvodem pak bylo nesplnění základního kvalifikačního kritéria podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona, když v nabídce nedoložil výpisy z Rejstříku trestů za některé osoby, které přitom sám uchazeč uvádí jako členy statutárních orgánů společnosti a tyto jsou uvedeny ve výpisech z obchodního rejstříku jako členové správní rady, konkrétně pana Salvador Alemany Mas, člena správní rady Autostrade S.p.A a pana Josep Martinez Vila, člena správní rady Autostrade per I´Italia S.p.A.

Po posouzení nabídek hodnotící komisí byli vyloučeni také další dva uchazeči a zadavatel dne 16.11.2005 spolu s vyloučením uchazeče sdružení AUTOSTRADE rozhodl taktéž o přidělení šetřené veřejné zakázky jedinému zbývajcímu uchazeči – sdružení společností

Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Mag. Georg Kapsch, předseda představenstva a Ing. Erwin Toplak, člen představenstva, zastoupená na základě plné moci ze dne 13.9.2005 Ing. Karlem Feixem, V Ondřejově 12, 140 00 Praha 4 a Ing. Erwinem Toplakem, Schneeweißstraße 13, 2521 Trumau, Rakousko,

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, zastoupená na základě plné moci ze dne 8.9.2005 Ing. Erwinem Toplakem,

Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Dr. Kari Kapsch, předseda představenstva a Dr. Franz Semmernegg, člen představenstva, zastoupená na základě plné moci ze dne 13.9.2005 Ing. Karlem Feixem a Ing. Erwinem Toplakem,

Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Ing. Mag. Thomas Schöpf a MBA Bernhard Kerres, členové představenstva, zastoupená na základě plné moci ze dne 13.9.2005 Ing. Karlem Feixem a Ing. Erwinem Toplakem,

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, zastoupená na základě plné moci ze dne 8.9.2005 Ing. Erwinem Toplakem,

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, zastoupená na základě plné moci ze dne 8.9.2005 Ing. Erwinem Toplakem a

PVT, a. s., se sídlem Kovanecká 30/2124, Praha 9, PSČ 190 00, IČ 27074358, za niž jedná Ing. Jiří Fabián, předseda představenstva a Marian Pijarski, místopředseda představenstva, zastoupená na základě plné moci ze dne 7.9.2005 Ing. Karlem Feixem a Ing. Erwinem Toplakem (dále jen „sdružení KAPSCH“).

Proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče sdružení AUTOSTRADE z další účasti na zadávacím řízení podal tento uchazeč dopisem ze dne 30.11.2005 námitky, které zadavateli doručil téhož dne. V námitkách uchazeč ohledně požadavku na předložení certifikátu OHSAS 18001 uvedl, že jde o další kvalifikační kritérium nad rámec zákona, nikoliv obchodní podmínku. K tomu dále uvádí, že jde o objektivně nesplnitelný požadavek, neboť takovým certifikátem není v Itálii podmíněn výkon podnikatelské činnosti a získání takového certifikátu by uchazeči trvalo cca jeden rok (dokládá vyjádřením společnosti EUROCERT a TŮV ITALIA). Uchazeč proto doložil v nabídce prohlášení, kde odkazuje mimo jiné také na Sociální a ekologickou zprávu uchazeče. Dále pak argumentuje nutností připustit ekvivalentní dokument (zde doložená prohlášení), což dokládá výkladem evropských směrnic a judikaturou orgánu dohledu. Totéž pak platí také pro certifikát EMS ISO 14000.

Ohledně výpisů z Rejstříků trestů zastává uchazeč takový výklad ust. § 31 odst. 1 písm. d) zákona, že v případě existence statutárním orgánem pověřené osoby, což je případ uchazeče, postačí výpis za tuto osobu. Z opatrnosti pak argumentuje, že takový nedostatek je možné zhojit institutem vysvětlení nabídky, přičemž chybějící dva výpisy z Rejstříku trestů doložil k námitkám.

Dále k přidělení veřejné zakázky uchazeči sdružení KAPSCH namítá, že s ohledem na své poznatky o zkušenostech uchazeče sdružení KAPSCH se domnívá, že nesplnil zadavatelem požadované reference, neboť nemá zkušenosti s provozováním mýtného. Opírá se zejména o zkušenosti společnosti Europass Gmbh provozující mýtné v Rakousku a která byla založena a kontrolována společnostmi uchazeče.

S ohledem na cenu jediného zbylého uchazeče, jemuž byla zakázka přidělena, která je vyšší než uchazeče sdružení AUTOSTRADE, uchazeč vyslovuje pochybnosti, zda byla vybrána ekonomicky nejvýhodnější nabídka a zda tedy nebyla poskytnuta zakázaná veřejná podpora.

Rozhodnutím o námitkách ze dne 13.12.2005 zadavatel uchazeče sdružení AUTOSTRADE vyrozuměl o nevyhovění námitkám, jež uchazeč obdržel dne 19.12.2005. K otázce charakteru certifikátu OHSAS 18001 zadavatel uvedl, že se svým charakterem nejedná o další kvalifikační kritérium, ale že jde o prostředek k prokázání parametrů plnění, přičemž odkázal na § 48 odst. 3 zákona, tj. že se jedná o jiný požadavek pro realizaci zakázky. Dále zadavatel uvedl, že byl připraven v případě obou předmětných certifikátů uzнат také jiné

doklady, avšak prohlášení předložená uchazečem jsou obsahově nedostatečná, když odkazují pouze odkaz na Sociální a ekologickou zprávu, která ale v nabídce není doložena.

Co se týče splnění kvalifikace, zadavatel nesdílí názor uchazeče na výklad ust. § 31 odst. 1 písm. d) zákona, k čemuž uvedl, že by tímto způsobem bylo možné u osob, které nejsou bezúhonné, obejít zákon zmocněním jiné osoby. Podle názoru zadavatele jsou výpis z Rejstříku trestů u právnických osob povinny předložit všichni členové statutárního orgánu společnosti. Dále pak dle zadavatele nejde nedoložení těchto výpisů nijak zhojit, neboť tyto nelze po lhůtě pro podání nabídek doplňovat.

K otázce referencí uchazeče sdružení KAPSCH zadavatel uvedl, že nedospěl k závěru, že by námítka uchazeče v tomto směru zakládaly důvod ke změně rozhodnutí zadavatele.

Zadavatel nespatřuje ve svém rozhodnutí o přidělení zakázky veřejnou podporu a poukazuje na to, že není-li jediným kritériem hodnocení nejnižší nabídková cena, není povinen zakázku přidělit uchazeči s nejnižší cenou.

Jelikož uchazeč AUTOSTRADE se způsobem vyřízení svých námitek nesouhlasil, podal dopisem ze dne 28.12.2005 návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Uchazeč v návrhu k argumentaci z námitek doplnil, že požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 by byl obchodní podmínkou za předpokladu, že se bude jednat o vymezení konkrétních povinností, které musí uchazeč přijmout a vtělit do smlouvy, což však zadavatel neprovedl a uchazeč trvá na svém dřívějším stanovisku.

Co se týče nutnosti uznat vyjma požadovaných certifikátů OHSAS 18001 a EMS ISO 14000 i prohlášení uchazeče jako jiný doklad, uchazeč trvá na svém stanovisku, že zadavatel měl posoudit relevanci odkazu na Sociální a ekologickou zprávu uchazeče a uvádí, že tuto nedoložil přímo do nabídky z důvodu rozsahu. Dále uchazeč zpochybňuje termín užitý zadavatelem, že takový jiný doklad musí „nade vší pochybnost“ prokázat rovnocennost s požadovaným certifikátem.

Ve věci výpisů z Rejstříků trestů nadále uchazeč trvá na svém dřívějším vyjádření, které dále podkládá vyjádřením Doc. Karla Marka (stanovisko přílohou návrhu), kde je uvedeno, že u zahraničních právnických osob lze bezúhonnost prokázat prostřednictvím pověřeného zástupce, neboť zahraniční právnické osoby „mnohdy nemají orgány titulárně odpovídající orgánům našich osob a jednotky vystupující v zahraničí v právních vztazích ani nemusí odpovídat našemu pojetí právní subjektivity.“

Ohledně referencí uchazeče sdružení KAPSCH opětovně uvádí, že nemá zkušenosti s provozováním systému mýtného a nesplnil tak požadavky článku 6.2.1 body 2, 3, 4 zadávací dokumentace. K návrhu v této věci doložil také dopis společnosti ASFINAG potvrzující, že mýtný systém v Rakousku provozovala společnost Europass GmbH.

Uchazeč dále vyslovuje podezření, že certifikát OHSAS 18001 uchazeče sdružení KAPSCH neodpovídá mezinárodním standardům a nemůže být používán v České republice, neboť byl vydán k tomu neakreditovanou osobou.

Výrazný rozdíl v ceně je i nadále dle názoru uchazeče sdružení AUTOSTRADE ukazatelem svědčícím o ekonomické výhodnosti vybrané nabídky a jejím nedostatečným zvážení a tedy také ukazatelem svědčícím o možné existenci zakázané veřejné podpory.

Uchazeče sdružení AUTOSTRADE dále v návrhu namítá, že byla porušena jeho práva dovolávat se navrácení do zadávacího řízení tím, že zadavatel současně s rozhodnutím o vyloučení uchazeče rozhodl také o přidělení veřejné zakázky. Dále pak podle uchazeče zadavatel porušil zásadu v řízení tím, že rozhodnutí o námitkách nedoručil zplnomocněnému zástupci uchazeče, ale uchazeči na jeho italskou adresu sídla. Rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeče tak nebylo dle uchazeče sdružení AUTOSTRADE doručeno s účinky doručení. K tomu pak dále doplňuje, že zadavatel o námitkách uchazeče rozhodl až 11. den po jejich obdržení.

Uchazeč sdružení AUTOSTRADE se návrhem domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení, zrušení rozhodnutí zadavatele o přidělení zakázky, uložení provedení nového posouzení a hodnocení nabídek nebo jiného opatření k nápravě, které orgán dohledu uzná za vhodné k odstranění nezákonností.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) obdržel návrh dne 28.12.2005 a tímto dnem bylo podle § 96 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., zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Spolu s podáním návrhu uchazeč sdružení AUTOSTRADE složil dne 21.12.2005 na účet orgánu dohledu správní poplatek a kauci.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. 0021/2006/OKVZ ze dne 2.1.2006, ve kterém si od zadavatele vyžádal jeho stanovisko k návrhu, doplnění dříve zaslané dokumentace o zadání veřejné zakázky o doručenkou od rozhodnutí zadavatele o námitkách a poskytl účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, popř. navrhnout doplnění šetření.

Účastníky správního řízení jsou podle § 99 posledně cit. zákona:

- zadavatel,
- navrhovatel – účastníci sdružení AUTOSTRADE, ve správním řízení zastoupení na základě plné moci ze dne 30.11.2005 Michalem Dlouhým, advokátem ev. č. ČAK 4683, s adresou pro doručování Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1,
- uchazeč – účastníci sdružení KAPSCH, ve správním řízení zastoupení na základě plné moci ze dne 23.12.2005 Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jemuž byla veřejná zakázka přidělena.

Dne 16.1.2006 pak orgán dohledu obdržel dopisem zadavatele ze dne 12.1.2006 chybějící doklad o doručení námitek, který si od zadavatele vyžádal v oznámení o zahájení řízení.

Dopisem ze dne 17.1.2006 uchazeč sdružení AUTOSTRADE doplnil svůj návrh, přičemž k rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uvádí, že k výběru nabídky uchazeče sdružení KAPSCH došlo, aniž by byla nabídka hodnocena (§ 62 zákona), což je v rozporu se zákonem. Zmiňuje také souvislost s možnou zakázanou veřejnou podporou, nebyla-li vybrána nabídka vyhodnocená jako nejvýhodnější.

Dále uchazeč namítá, že hodnotící komise neprovedla posouzení, když pouze přistoupila na návrh poradce na hlasování na základě doporučení externích poradců bez diskuse o jednotlivých nabídkách. K tomu uchazeč dodává, že členové hodnotící komise neměli v rámci jednání možnost samostatně hodnotit žádnou z předložených nabídek a pouze formálně souhlasili s textem otázek pokládaných poradcem.

Uchazeč požaduje, aby notářské zápisy a zpráva o posouzení a hodnocení byly provedeny jako důkazy a dále byl proveden výslech všech členů hodnotící komise.

Dopisem ze dne 17.1.2006 se k návrhu uchazeče sdružení AUTOSTRADE vyjádřil zadavatel. Ve svém stanovisku uvedl, že navrhovatel nesložil opětovně jistotu. Dále pak

dovozuje, že doklad o opětovném složení jistoty je náležitostí návrhu a uvádí, že orgán dohledu by měl řízení o návrhu z tohoto důvodu zastavit.

Zadavatel uvádí, že souběhem hodnocení kvalifikace a posouzení nabídek, ani souběhem rozhodnutí o vyloučení uchazeč a rozhodnutí o přidělení zakázky, nebyl uchazeč nijak zkrácen na svých právech se postupu zadavatele bránit, když byla dodržena lhůta ponechaná pro možnost podání námitek. Ve věci odeslání rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl, že bylo odesláno 11. den, což ale nemělo žádný vliv na běh lhůt pro podání návrhu, která tímto nebyla zkrácena.

Co se týká certifikátu OHSAS 18001, zadavatel opětovně tvrdí, že se jedná o požadavek na parametr plnění a nikoliv na kvalifikaci uchazečů. Odkazuje přitom na rozhodnutí orgánu dohledu č. j. S559-R/05-VP/140/OŠ ze dne 5.10.2005, ve kterém byla řešena otázka certifikace aktivních prvků typu bezpečnostní brány (firewallu). K certifikátům obecně zopakoval, že byl obecně připraven přijmout i jiné doklady (uznává také argument nedostatku času namítaný uchazečem) prokazující rovnocennost. Pouhý odkaz na Sociální a ekologickou zprávu uvedenou pouze na internetu a v cizím jazyce přitom dle zadavatele nelze uznat.

Ve věci výpisů z Rejstříků trestů setrvává na svém původním stanovisku. Dále pak zadavatel ohledně uchazečem namítané územně omezené platnosti certifikátu OHSAS 18001 uvedl, že požadavek na prokázání územní platnosti neuvedl a nemůže jej ani dodatečně od uchazečů vyžadovat. Zejména však dodává, že nabídka uchazeče sdružení KAPSCH obsahuje vyjma napadeného i další certifikát společnosti KAPSCH TELECOM s. r. o., který byl vystaven jinou organizací než kterou uvádí navrhovatel. Tento certifikát je přitom dostačující pro splnění předmětné podmínky.

K doložení referencí uchazečem sdružení KAPSCH týkající s realizace provozního zajištění (článek 6.2.1. bod 2 části 1 zadávací dokumentace) zadavatel zejména konstatuje, že cit. uchazeč poskytoval předmětné služby coby subdodavatel oficiálního provozovatele systému, což je z pohledu splnění předmětné podmínky dostačující.

Z hlediska existence veřejné podpory se zadavatel zejména vyjadřuje v tom smyslu, že po provedení otevřeného, transparentního a nediskriminačního zadávacího řízení podle zákona existuje presumpce, že podmínky, za nichž bude zakázka realizována jsou tržní. Z toho vyvozuje neexistenci veřejné podpory. Dále pak zadavatel argumentuje vyjádřením Evropské komise ve věci prodeje půdy a nemovitostí orgány veřejné správy, ze kterého vyplývá, že po provedení inzerovaného výběrového řízení je možné akceptovat nejlepší nabídku nebo i nabídku jedinou. Dále zadavatel uvedl, že vítěznou nabídku nelze poměřovat s nabídkami vyloučených uchazečů, ale s cenou tržní, jejíž analýzu zadavatel předkládá dále ve stanovisku. Zadavatel také uvádí, že neexistují ani další ukazatele veřejné podpory jako např. státní záruky.

Závěrem zadavatel požaduje, aby vzhledem k neodůvodněnosti namítaných porušení zákona řízení zastavil.

Orgán dohledu dále dopisy ze dne 19.1.2006 jednak seznámil účastníky řízení s doplněním návrhu a jednak stanovil lhůtu pro vyjádření.

Dopisem ze dne 23.1.2006 navrhovatel orgánu dohledu zaslal kopii jistoty, přičemž uvádí, že tuto opětovně skládá s poukazem na to, že doklad o jejím opětovném složení není náležitostí návrhu.

Dopisem taktéž ze dne 23.1.2006 zaslal svoje stanovisko uchazeč sdružení KAPSCH. Ohledně složení jistoty jako součásti návrhu se uchazeč ztotožňuje s názorem zadavatele. Dále pak uvádí, že navrhovatel vznáší některé námitky týkající se zadávací dokumentace až

poté, co byl vyloučen, přičemž takový postup považuje uchazeč sdružení KAPSCH za účelový a odkazuje na judikaturu orgánu dohledu.

Co se týče referencí, uchazeč sdružení KAPSCH uvádí, že provozování není předmětem veřejné zakázky, neboť to bude zajišťovat sám stát. Předmětem je pouze poskytování služeb a dodávek k realizaci projektu elektronického mýtného. Dále uvádí, že požadované reference týkající se realizace provozního zajištění splnil a upřesňuje, že v Rakousku byla společnost ASFINAG konečným objednatelem, společnost Europass GmbH pak objednatelem ve vztahu k uchazeči, což dokládá také potvrzeními vystavenými společnostmi ASFINAG o provedení služby.

K možné veřejné podpoře uchazeč sdružení KAPSCH uvádí úvahy o výšce jím nabízené ceny v poměru k průměrné ceně nabízené ve veřejné zakázce a dále činí výčet jiných investičních akcí uchazeče v oblasti výběru mýta, které jsou v poměru s jeho nabídkovou cenou dražší.

Závěrem uchazeč vyslovuje podezření o nedostatečném prokázání referencí navrhovatelem.

Dopisem ze dne 25.1.2006 zaslal orgánu dohledu svoje vyjádření navrhovatel, ve kterém se výlučně vrací k otázce veřejné podpory, když uvádí, že otázka, zda byl naplněn princip otevřeného, transparentního a nediskriminačního zadávacího řízení, je účelem přezkumu ze strany orgánu dohledu. Presumpce neexistence veřejné podpory existuje jen pokud stát vybral nabídku s nejnižší cenou a poukazuje na „princip soukromého investora“.

Po přezkoumání případu na základě ustanovení § 96 a násl. zákona ve znění pozdějších předpisů v jeho vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky a na základě vlastního zjištění orgán dohledu konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“ porušil zákon, avšak tento postup nijak neovlivnil stanovení pořadí nabídek. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

K prokázání splnění požadavků z hlediska ochrany životního prostředí (ISO 14000)

Podle ust. § 37 odst. 2 zákona splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí prokazuje dodavatel předložením

- a) certifikátu vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou,
- b) certifikátu rovnocenného certifikátu podle písmene a) vydaného v členském státě Evropské unie, nebo
- c) jiného dokladu prokazujícího splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí, pokud jej zadavatel uzná.

V části 1 zadávací dokumentace zadavatel v článku 6.3.2 stanovil následující požadavky z hlediska § 37 odst. 2 zákona, a sice:

„Uchazeč prokáže toto další kvalifikační kritérium předložením certifikátu systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Tento certifikát může být případně nahrazen též rovnocenným certifikátem vydaným v členském státě Evropské unie.

Zadavatel v této souvislosti dále stanoví, že ke splnění kvalifikace požaduje, aby uchazeč předložil certifikát řady EMS 14000 pro dodávky a služby, jež jsou předmětem této veřejné zakázky.

Pokud má uchazeč zaveden jiný systém řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí, může zadavateli předložit jiný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče. Zadavatel však tento certifikát uzná jako náhradu shora požadovaného certifikátu prokazujícího zavedení systému řady EMS 14000 jen tehdy, doloží-li uchazeč společně s certifikátem takové doklady, které nade vší pochybnost prokáží shodu či rovnocennost obou systémů.“

Uchazeč sdružení AUTOSTRADE byl vyloučen mj. proto, že předložil namísto certifikátu EMS ISO 14000 prohlášení, kde obecně popisuje dodržování standardů v oblasti životního prostředí a v podrobnostech odkazuje na Sociální a ekologickou zprávu na internetových stránkách společnosti AUTOSTRADE S. P. A. Takový odkaz na dokument mimo nabídku a v cizím jazyce přitom zadavatel považuje za nedostatečný, a proto vyloučil uchazeče pro nesplnění předmětného požadavku.

Orgán dohledu konstatuje, že je nutné rozhodnout, zda byl zadavatel jednak oprávněn zadavatele vyloučit již na základě předložení jiného dokumentu než certifikátu a jednak zda byl oprávněn uchazeče vyloučit s ohledem na obsah jím předložené listiny. Při výkladu ust. § 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.

Cit. článek směrnice je nutné na případ požadavků na systém ochrany životního prostředí (§ 37 odst.2 zákona) použít analogicky. Ve světle poslední věty cit. článku směrnice je potom výraz „...pokud jej zadavatel uzná“ § 37 odst.2 zákona bod c) zákona interpretovat tak, že zadavatel nemůže odmítnout „jiný doklad“ předložený uchazečem pouze na základě jeho formy. Odmítnout může takový jiný doklad jen v případě, že po obsahovém prozkoumání prokáže, že tento doklad neprokazuje splnění požadavků systému řízení z hlediska životního prostředí.

V šetřeném případě zadavatel zkoumal obsahovou stránku uchazečem předloženého dokladu (prohlášení) a dospěl k závěru, že je obsahově nedostatečný, neboť neprokazuje shodu se systémem zadavatelem požadovaným. Důvodem je přitom zejména absence Sociální a ekologické zprávy uchazeče, na kterou je pouze odkazováno, ale není doložena v nabídce. S postupem zadavatele se orgán dohledu plně ztotožnil, protože prohlášení uchazeče obsahuje pouze povrchní věcné informace, z nichž shoda se zadavatelem požadovaným systémem nejde dovodit. Odkazovaná Sociální a ekologická zpráva v nabídce doložena není a zadavatel k takovému dokladu nemohl přihlídnout.

Vzhledem k dosud uvedenému orgán dohledu konstatuje, že uchazeč byl zadavatelem vyloučen v souladu se zákonem.

K požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001

Podle ust. § 30 odst. 2 písm. b) zákona se splněním kvalifikace rozumí mj. splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Podle ust. § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona technickou způsobilost prokazuje uchazeč nebo zájemce, jde-li o veřejné zakázky na služby, opatřeními k zabezpečení jakosti.

Zadavatel v článku 8.6 části 1 zadávací dokumentace stanovil v rámci obchodních podmínek následující požadavky na systém řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, a sice:

„Uchazeč splní tuto obchodní podmínku zadavatele předložením certifikátu prokazujícího zavedení systému řady OHSAS 18001, tj. systému řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci v organizaci uchazeče coby přílohy č. 5 návrhu Smlouvy o dodávce.

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.“

Uchazeč sdružení AUTOSTRADE byl vyloučen mj. proto, že předložil namísto certifikátu OHSAS 18001 prohlášení, kde obecně popisuje dodržování standardů v oblasti bezpečnosti práce a v podrobnostech odkazuje na Sociální a ekologickou zprávu na internetových stránkách společnosti AUTOSTRADE S. P. A. Takový odkaz na dokument mimo nabídku a v cizím jazyce přitom zadavatel považuje za nedostatečný, a proto vyloučil uchazeče pro nesplnění předmětného požadavku.

Uchazeč namítá, že nejde o požadavek pro realizaci zakázky podle § 48 odst. 3 zákona, jak se snaží dovodit zadavatel, ale o další kvalifikační kritérium nad rámec zákona. Dále pak uchazeč argumentuje podobně jako u požadavku na certifikát ISO 14000, totiž že je zadavatel povinen přijmout jím doložené prohlášení namísto certifikátu. Uchazeč sdružení AUTOSTRADE také zpochybnil platnost předmětného certifikátu doloženého v nabídce uchazečem sdružení KAPSH.

Orgán dohledu se ztotožnil s názorem navrhovatele v tom, že uvedený požadavek není požadavkem pro realizaci zakázky podle § 48 odst. 3 zákona. Certifikát OHSAS 18001 se nevztahuje na uchazečem nabízené plnění, ale přímo na osobu uchazeče. Svým charakterem je 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.

Orgán dohledu však nesouhlasí s navrhovatelem v tom, že předmětný požadavek jde v šetřeném případě nad rámec zákona. Na základě ust. § 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. U veřejných zakázek na služby pak s ohledem na ust. § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona může zadavatel stanovit kritérium technické způsobilosti týkající se opatření k zabezpečení jakosti. Opatření týkající se bezpečnosti a ochrany zdraví při práci je (certifikát OHSAS 18001) je přitom možné

považovat za opatření zavedená uchazečem k zabezpečení jakosti jím poskytovaných služeb, neboť se tato opatření nepochybně v kvalitě odrážejí.

Zadavatel byl tedy oprávněn v rámci technické způsobilosti § 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.

Je nutné však také zmínit, že stejně jako u certifikátu EMS ISO 14000 nemůže zadavatel odmítnout jiný doklad předložený uchazečem pouze na základě jeho formy. Odmítnout může takový jiný doklad jen v případě, že po obsahovém prozkoumání prokáže, že tento doklad neprokazuje splnění stanovených požadavků.

V šetřeném případě zadavatel zkoumal obsahovou stránku uchazečem předloženého dokladu (prohlášení) a dospěl k závěru, že je obsahově nedostatečný, neboť neprokazuje shodu se systémem zadavatelem požadovaným. Důvodem je přitom zejména absence Sociální a ekologické zprávy uchazeče na kterou je pouze odkazováno, ale není doložena v nabídce. S postupem zadavatele se orgán dohledu ztotožnil, protože prohlášení uchazeče obsahuje pouze povrchní věcné informace, z nichž shoda se zadavatelem požadovaným systémem nejde dovodit. Odkazovaná Sociální a ekologická zpráva v nabídce doložena není a zadavatel k takovému dokladu nemohl přihlídnout.

Vzhledem k dosud uvedenému orgán dohledu konstatuje, že uchazeč byl zadavatelem vyloučen v souladu se zákonem.

Co se týče námítky navrhovatele, že uchazeč sdružení KAPSCH nedoložil v nabídce certifikát platný pro Českou republiku, orgán dohledu uvádí, že nabídka cit. uchazeče obsahuje mimo jiné předmětný certifikát pro člena sdružení společnost KAPSCH TELECOM s. r. o., Praha, který je v souladu s požadavkem zadavatele.

K výpisům z Rejstříku trestů

Podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona základní kvalifikační kritéria splňuje uchazeč nebo zájemce, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin nebo došlo k zahrazení odsouzení trestného činu, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, jde-li o fyzickou osobu; jde-li o právnickou osobu, musí tuto podmínku splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, vedoucí organizační složky zahraniční právnické osoby nebo statutárním orgánem pověřený zástupce.

Podle odstavce 2 posledně cit. ustanovení uchazeč nebo zájemce prokazuje splnění kvalifikačních kritérií podle odstavce 1 písm. d) výpisem z evidence Rejstříku trestů nebo jiným odpovídajícím dokladem ne starším než 6 měsíců.

V případě navrhovatele byli k jednání za sdružení pověřeni pánové Piero Bergamini, Riccardo Starace a Giovanni Castellucci. V nabídce pak uchazeč sdružení AUTOSTRADE nedoložil výpisy z Rejstříku trestů pana Salvador Alemany Mas, člena správní rady Autostrade S.p.A a pana Josep Martinez Vila, člena správní rady Autostrade per l'Italia S.p.A. Zadavatel uchazeče z důvodu nedoložení výpisů z Rejstříku trestů těchto členů statutárních orgánů jmenovaných společností, vyloučil. Uchazeč sdružení AUTOSTRADE se

brání jednak výkladem ust. § 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 je opačný, neboť jde podle zadavatele o požadavek vztahující se na všechny členy statutárního orgánu uchazeče i pověřené zástupce. Možnost doplnit výpisy v rámci vysvětlení nabídky považuje zadavatel za protizákonné.

Svůj názor ohledně výkladu ust. § 31 odst. 1 písm. d) zákona navrhovatel opírá o posudek Doc. Karla Marka, kde je uvedeno, že použití slova „nebo“ v části věty za středníkem nelze vyložit kumulativně a postačí tedy splnění bezúhonnosti u pověřeného zástupce.

Orgán dohledu uvádí, že výklad ust. § 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. Orgán dohledu proto zastává 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“.

Výklad orgánu dohledu tedy je ten, že základní kvalifikační kritérium podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona prokazuje za všech okolností, jde-li o právnickou osobu, a to tuzemskou i zahraniční, statutární orgán, a v případě, že statutární orgán tvoří více osob, každý člen statutárního orgánu. Jde-li o zahraniční právnickou osobu, jak je tomu v šetřeném případě, musí tuto podmínku současně splňovat také vedoucí organizační složky nebo statutárním orgánem pověřený zástupce. 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).

Lze tedy shrnout, že 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. Nezbyvá tedy než konstatovat, že zadavatel navrhovatele vyloučil pro nesplnění cit. ustanovení zákona oprávněně, jelikož nesplnil kvalifikaci.

K referencím uchazeče sdružení KAPSCH

V článku 6.2.1 části první zadávací dokumentace, kde zadavatel stanovil svoje požadavky na prokázání referencí, zejména uvedl:

„Uchazeč prokáže toto další kvalifikační kritérium předložením seznamu významných služeb poskytnutých v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu, doby plnění a připojením osvědčení o řádném poskytnutí služby vyhotoveného veřejným nebo soukromým objednatelem, případně prohlášením dodavatele o poskytnutí služby, není-li možno takovéto osvědčení od soukromého objednatele získat (viz § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona).

Za dodávku významné služby přitom zadavatel považuje:

1. Realizaci, případně integraci klíčových technologických komponent pro systém výkonového zpoplatnění na dálnicích a silnicích pro motorová vozidla, který je ke dni oznámení tohoto zadávacího řízení více jak 6 měsíců v provozu, a který registruje minimálně 500.000 mýtných transakcí denně. Provozem se rozumí takový provoz systému, ve kterém dochází k reálnému peněžnímu výběru mýta. Za klíčové komponenty jsou považovány:

- zařízení pro identifikaci průjezdu vozidel mýtnými body (tj. identifikace mýtných transakcí),
- centrála pro předpis mýta,
- zařízení pro stacionární a mobilní enforcement,
- centrála enforcementu.

Uchazeč musí ke splnění kvalifikace prokázat realizaci resp. integraci každé z výše uvedených klíčových komponent.

2. realizaci provozního zajištění všech shora uvedených klíčových komponent po dobu minimálně 6 měsíců,

3. realizaci provozního zajištění billingového systému po dobu minimálně 6 měsíců, a to velikostně srovnatelného nebo většího k tomu, který je předmětem této veřejné zakázky,

4. realizaci provozního zajištění systému podpory uživatelů po dobu minimálně 6 měsíců, a to velikostně srovnatelného nebo většího k tomu, který je předmětem této veřejné zakázky.“

Navrhovatel uvádí, že uchazeč sdružení KAPSCH nemá zkušenosti s provozováním mýtných systému a neplní požadavky na reference uvedené v článku 6.2.1 body 2,3 a 4.

K tomu považuje orgán dohledu za nezbytné uvést, 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 sdružení 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. Také co se týče dalších bodů 3 a 4 obsahuje nabídka reference v souladu s cit. požadavky zadavatele.

K hodnocení nabídek

Uchazeč sdružení AUTOSTRADE uvedl, že zadavatel v rozporu se zákonem (§ 65 odst. 1 zákona) přidělil veřejnou zakázku, aniž provedl hodnocení.

Podle ust. § 62 odst. 1 zákona hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle kritérií stanovených v oznámení otevřeného nebo užšího řízení. V případě zadávání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky je hodnotící komise povinna zohlednit jednotlivá dílčí kritéria a jejich váhu. Podle odstavce 3 téhož ustanovení metody hodnocení nabídek podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky stanoví prováděcí právní předpis. Dále pak zákon v ust. § 65 odst. 1 písm. a) stanoví, že zadavatel je povinen v otevřeném řízení

nebo v užším řízení přidělit veřejnou zakázku uchazeči, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější.

Orgán dohledu uvádí, že ust. § 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. Jde o logické vyústění přístupu, kdy základem hodnocení nabídek je jejich vzájemné porovnávání na společné bázi hodnotících kritérií. Ustanovení § 65 odst. 1 zákona pak již jen stanoví zadavateli povinnost přidělit zakázku uchazeči, jehož nabídka byla hodnotící komisí vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Citované ustanovení lze interpretovat jediné tak, že proběhlo-li hodnocení nabídek (byly-li minimálně dvě), musí (má povinnost) zadavatel veřejnou zakázku přidělit tomu uchazeči, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. S výkladem navrhovatele, že zadavatel může zakázku přidělit jen tomu uchazeči, jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvýhodnější, a proto nelze přidělit veřejnou zakázku na základě jediné nabídky splňující zadávací podmínky, se orgán dohledu neztotožňuje. Jelikož v šetřeném případě zbyla v zadávacím řízení nabídka jediná, zadavatel, resp. hodnotící komise hodnocení neprováděla. Orgán dohledu tedy konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele porušení zákona. Je nutné však poznamenat, 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 nejchopitelnějším způsobem. Měl by tedy provést ekonomickou úvahu o tom, zda je možné a hospodárné jedinou zbylou nabídku přijmout.

K možné zakázané veřejné podpoře

Otázka případné veřejné podpory nemůže mít žádný vliv na rozhodnutí orgánu dohledu o přezkoumání postupu zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách. Orgán dohledu není příslušný ve věci veřejné podpory rozhodnout, neboť zákaz veřejné podpory není stanoven zákonem o veřejných zakázkách. Z těchto důvodů orgán dohledu otázku případné veřejné podpory věcně neposuzoval.

K postupu zadavatele v zadávacím řízení

Navrhovatel také namítá, že byl zkrácen na svých právech bránit se proti postupu zadavatele, a to jednak tím, že zadavatel jej nevyločil 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.

Skutečnost, že zadavatel rozhodl současně o vyloučení navrhovatele a přidělení předmětné veřejné zakázky, není v rozporu se zákonem. Podle § 66 odst. 1 zákona totiž 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.

Orgán dohledu konstatuje, že uchazeč nebyl zkrácen na svých právech bránit se postupu zadavatele při hodnocení kvalifikace, o čemž svědčí i samotný fakt, že tak učinil podáním námitek a následně návrhu. Není vyloučeno, aby hodnocení kvalifikace uchazečů zadavatel prováděl souběžně s posuzováním nabídek. Zadavatel musí pouze zamezit tomu, aby nebyla jako nejvýhodnější stanovena nabídka uchazeče, který měl být vyloučen pro nesplnění kvalifikace nebo proto, že jeho nabídka nevyhovuje podmínkám zadání. Takový případ však nenastal a uchazeč nebyl zkrácen na svých právech podat námitky a posléze návrh, ve kterém se mohl bránit vůči veškerým úkonům zadavatele.

K postupu hodnotící komise

Navrhovatel dále napadl průběh jednání hodnotící komise, zejména účast a způsob vystupování poradců zadavatele na jednotlivých jednáních komise. Navrhovatel požadoval provedení důkazů výslechem všech členů hodnotící komise.

Podle ust. § 58 odst. 2 zákona hodnotící komise může jednat a usnášet se, jsou-li přítomny nejméně dvě třetiny členů, nebo jejich náhradníků. Hodnotící komise rozhoduje většinou hlasů přítomných členů. Podle odst. 3 citovaného ustanovení o jednání hodnotící komise se sepisuje protokol. Protokol o jednání podepisují všichni členové hodnotící komise. Zastává-li člen hodnotící komise odchylný názor proti názoru většiny, uvede se v protokolu o jednání tento odlišný názor s odůvodněním.

Podle § 63 odst. 1 zákona o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise zprávu, která obsahuje seznam posuzovaných nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení a údaje o složení hodnotící komise. Podle odstavce 2 zprávu podle odstavce 1 podepisují všichni členové hodnotící komise.

Nejprve orgán dohledu upozorňuje 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 mj. uvedl, že „poradce je tak zmocněn k veškerým úkonům souvisejícím se zajištěním průběhu zadávacího řízení, a to však s výjimkou rozhodování.“ Dále orgán dohledu uvádí, že 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 šetřeném případě byl poradce zadavatele pro zadání zmocněn ke své účasti od zadavatele na základě cit. článku 2.2 zadávací dokumentace. Přítomnost ostatních poradců vždy schválila komise hlasováním. Nelze ani vyloučit, aby si členové nechali pro podporu svého rozhodování zpracovat např. odborné posudky, vyslechli názory určitého experta atp. Do jaké míry se jednotliví členové seznámí s nabídkami a do jaké míry spoléhají na posudky jiných osob orgán dohledu nezkontroluje. Členové hodnotící komise měli jednoznačně možnost se seznámit s obsahem nabídek a zadávací dokumentace a provedení uchazečem navržených výslechnů bylo tedy nadbytečné. 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 Vrchního soudu v Olomouci v rozsudku č. j. 2A 1/99-32). Ze své funkce členové komise odpovídají zadavateli, který je v případě zjištění porušení zákona oprávněn jmenovat komisi novou (viz § 62 odst. 4 zákona).

O veškerých otázkách v šetřeném případě komise hlasovala, přičemž každý člen komise má navíc vždy právo sdělit svůj opačný názor na věc, což se také dělo. Takové názory byly řádně zaprotokolovány v notářských zápisech z jednání.

Orgán dohledu neshledal v postupu hodnotící komise ani zadavatele porušení zákona.

K doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách

Uchazeč sdružení AUTOSTRADE uvedl, že zadavatel porušil zásadu v řízení tím, že rozhodnutí o námitkách nedoručil zplnomocněnému zástupci uchazeče, ale uchazeči na jeho italskou adresu sídla. Rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeče tak nebylo dle uchazeče sdružení AUTOSTRADE doručeno s účinky doručení.

K tomu orgán dohledu uvádí, že proces zadání veřejné zakázky není výkonem správních činností zadavatele. V postupu zadavatele orgán dohledu neshledal rozpor se zákonem a uvádí, že zadávací řízení ani práva uchazeče nebyla narušena.

K vyřízení námitek

Ustanovení § 88 odst. 3 stanoví, že zadavatel je povinen do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv a zdůvodnit způsob jejich vyřízení.

Navrhovatel přitom upozornil na pozdní vyřízení jeho námitek zadavatelem. Orgán dohledu zjistil, že námitky uchazeče sdružení AUTOSTRADE 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. Uchazeč však v šetřeném případně nebyl nijak zkrácen na svých právech, když mu tak nebylo znemožněno podat návrh.

Zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 88 odst. 3 zákona, neboť neodeslal do deseti dnů od obdržení námitek stěžovateli písemné sdělení o vyřízení námitek, avšak tento postup nijak neovlivnil stanovení pořadí nabídek

K otázce opětovného složení jistoty

Pro úplnost se orgán dohledu vyjadřuje k zadavatelem namítanému porušení § 47 odst. 3 zákona ze strany navrhovatele. Uvedený § 47 odst. 3 zákona stanoví, že uchazeč, který podá návrh na řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, musí uvolněnou jistotu opětovně složit. Zadavatele přitom uvádí, že se jedná o náležitost návrhu a žádá, aby bylo z tohoto důvodů řízení zastaveno

Jak vyplývá z § 96 odst. 3 zákona návrh musí být doručen orgánu dohledu do 10 kalendářních dnů, ode dne, v němž stěžovatel obdržel písemné sdělení, že zadavatel námitkám nevyhověl nebo vyhověl, ale stěžovatel se způsobem vyřízení nesouhlasí. Dále podle § 97 odst. 1 zákona z návrhu musí být patrné, kdo jej činí, které věci se týká, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona a čeho se navrhovatel domáhá. Návrh dále musí obsahovat přesné označení zadavatele, musí být podepsán a datován. Součástí návrhu zasílaného orgánu dohledu je doklad o doručení námitek zadavateli. Návrh je zpoplatňován podle zvláštního předpisu. Nakonec podle § 98 odst. 1 zákona je navrhovatel s podáním návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele povinen složit na účet orgánu dohledu kauci ve výši 1%

z nabídkové ceny navrhovatele, nejvýše však 1 000 000,- Kč. Kauce musí být připsána na účet orgánu dohledu nejpozději poslední den lhůty pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

Návrh podaný uchazečem sdružení AUTOSTRADE splnil všechny uvedené náležitosti. Kauce byla na účet orgánu dohledu připsána ve stanovené lhůtě a jmenovaný uchazeč také uhradil správní poplatek.

Z žádných výše uvedených skutečností nevyplývá, že by podmínkou pro podání návrhu k orgánu dohledu byla povinnost opětovně složit jistotu. Pokud by však orgán dohledu rozhodl o tom, aby zadavatel zrušil svoje rozhodnutí o vyloučení uchazeče sdružení AUTOSTRADE, a uchazeč, který podal návrh, by jistotu opětovně nesložil, byl by zadavatel oprávněn takového uchazeče vyloučit z dalšího hodnocení nabídek, neboť by jeho nabídka nesplňovala zadávací podmínky veřejné zakázky. Pro úplnost orgán dohledu dodává, že v § 47 odst. 3 zákona není stanovena doba, do které je uchazeč povinen opětovně složit jistotu, která mu byla zadavatelem vrácena.

Po posouzení důvodnosti návrhu a postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak v jejich vzájemné souvislosti, orgán dohledu rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstek předsedy ÚOHS
pověřený řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1

Michal Dlouhý, advokát, Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1,

Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát, Týn 1049/3, 110 00 Praha 1