

Č. j.: 2R 013/06 – Hr

V Brně dne 14. března 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 8.2.2006 **sdužením právnických osob MYTIA**, tvořeného společnostmi

DAMOVO Česká republika s. r. o., se sídlem U Michelské školy 398, 140 00 Praha 4, IČ 26183684, zast. jednatelem Mag. Dr. Josefem Leimgruberem (dále jen „DAMOVO“), která je současně oprávněna jednat jménem sdužení MYTIA na základě plných mocí ze dne 8.9.2005 a 9.9.2005,

Fela Management AG, se sídlem Basadingerstrasse 18, 8253 Diessenhofen, Švýcarsko, zast. Jürgem Uhlmannem a Thomasem Kallweitem,

Ascom (CZ) s. r. o., se sídlem Zemské právo 1199/5, 102 00 Praha 10 – Hostivař, IČ 27187616, zast. jednatelem Walterem Oberholzerem a

ABD Group a. s., se sídlem Masarykova č. p. 118, 664 42 Modřice, okres Brno-venkov, IČ 25554778, zast. předsedou představenstva Ing. Jiřím Nepejchalem a členem představenstva Jiřím Zralým,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.1.2006 č. j. VZ/S244/05-154/01536/2006/540-RP, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **České republiky - Ministerstva dopravy, se sídlem nábreží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1**, zast. ministrem Ing. Milanem Šimonovským, učiněných při zadání veřejné zakázky „**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, jsem podle ustanovení § 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 návrh zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S244/05-154/01536/2006/540-RP ze dne 26.1.2006

## **p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

## **z a m í t á m.**

## **O d ů v o d n ě n í**

### **I. Zadání veřejné zakázky a 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 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 sdružení právnických osob MYTIA, tvořeného společnostmi

DAMOVO Česká republika s. r. o., se sídlem U Michelské školy 398, 140 00 Praha 4, IČ 26183684, zast. jednatelem Mag. Dr. Josefem Leimgruberem (dále jen „DAMOVO“), která je současně oprávněna jednat jménem sdružení MYTIA na základě plných mocí ze dne 8.9.2005 a 9.9.2005,

Fela Management AG, se sídlem Basadingerstrasse 18, 8253 Diessenhofen, Švýcarsko, zast. Jürgem Uhlmannem a Thomasem Kallweitem,

Ascom (CZ) s. r. o., se sídlem Zemské právo 1199/5, 102 00 Praha 10 – Hostivař, IČ 27187616, zast. jednatelem Walterem Oberholzerem a

ABD Group a. s., se sídlem Masarykova č. p. 118, 664 42 Modřice, okres Brno-venkov, IČ 25554778, zast. předsedou představenstva Ing. Jiřím Nepejchalem a členem představenstva Jiřím Zralým,

(dále jen „navrhovatel“).

2. Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení podal navrhovatel námitky a následně dne 15.12.2005 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, účastníky sdružení MYTIA a dále účastníky sdružení právnických osob, kterému rozhodnutím zadavatele ze dne 16.12.2005 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 Kovanecká 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 „Kapsch“).

3. Dne 21.12.2005 Úřad rozhodnutím č. j. VZ/S244/05-154/5914/05-RP uložil zadavateli jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném otevřeném řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu ve věci.

### **Prvostupňové rozhodnutí**

4. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 26.1.2006 rozhodnutí č. j. VZ/S244/05-154/01536/2006/540-RP, kterým vedené správní řízení zastavil, neboť v postupu zadavatele nebylo shledáno porušení zákona. V odůvodnění svého rozhodnutí pak Úřad mimo jiné uvádí následující:

### **K dalšímu kvalifikačnímu kritériu podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 4 zákona**

5. Zadavatel zdůvodnil vyloučení navrhovatele také tím, že nesplnil některá další kvalifikační kritéria a požadavky zadávacích podmínek na předmět plnění, stanovené

zadavatelem jako obchodní podmínky, a to konkrétně další kvalifikační kritérium podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 4 zákona, když v nabídce předložil přehled počtu zaměstnanců za společnost DAMOVO, který je v rozporu s informacemi o počtech pracovníků v příloze k účetní závěrce téže společnosti, založené na jiném místě nabídky.

6. V článku 6.2.2 části 1 zadávací dokumentace zadavatel vyžadoval přehled ve formě čestného prohlášení, že uchazeč disponuje (disponoval za sledované období) minimálně 150 zaměstnanci a minimálně 80 řídicími pracovníky. Navrhovatel předložil v nabídce prohlášení společnosti DAMOVO, že „v posledních 3 letech měl k dispozici, a má i nyní k dispozici“ zde specifikované průměrné počty zaměstnanců a řídicích zaměstnanců. V příloze účetní závěrky, založené na jiném místě nabídky, jsou však uvedeny počty zaměstnanců oproti prohlášení nižší.
7. Úřad poukázal na judikaturu Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), konkrétně rozsudky C-176/98 Holst v. Italia a C-389/92 Ballast Nedam Grep NV v. Belgie, podle kterých uchazeč nemůže být vyloučen z účasti na zadávacím řízení pouze z toho důvodu, že spoléhá nejen na své vlastní zdroje, ale také na zdroje třetí osoby, aniž by byl prověřen tento vztah (tj. bude-li mít uchazeč skutečně tyto zdroje k dispozici pro plnění veřejné zakázky). V této souvislosti pak Úřad konstatoval, že společnost DAMOVO byla oprávněna spoléhat například na zdroje, jimiž je reálně schopna disponovat v rámci holdingu, a je tedy zřejmé, že počty uvedené v prohlášení se nemusely nutně vztahovat k osobě společnosti DAMOVO. Úřad proto dospěl k závěru, že nesplnění předmětného kritéria zadavatel uchazeči neprokázal, jak vyžaduje § 38 odst. 2 zákona, a uvedení tohoto důvodu vyloučení bylo tedy neoprávněné.

#### **K dalšímu kvalifikačnímu kritériu podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona**

8. Zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele dále uvedl, že navrhovatel nesplnil další kvalifikační kritérium podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona, neboť doklady k prokázání kvalifikace obsahově neprokázal celý rozsah významných služeb, tak jak je definoval zadavatel v článku 6.2.1 první části zadávací dokumentace „Podrobné podmínky zadávací dokumentace“.
9. V článku 6.2.1 bod 1, části 1 zadávací dokumentace, zadavatel mimo jiné stanovil, že za dodávku významné služby zadavatel považuje 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 zadavatel označil
  - zařízení pro identifikaci průjezdu vozidel mýtnými body (tj. identifikace mýtných transakcí),
  - centrálu pro předpis mýta,
  - zařízení pro stacionární a mobilní enforcement a
  - centrálu enforcementu.
 Uchazeči byli povinni ke splnění kvalifikace prokázat realizaci, resp. integraci každé z výše uvedených klíčových komponent.
10. Navrhovatel ve své nabídce předložil referenci na
  - výrobu hlavní desky OBU (Palubní elektronické jednotky),

- konečnou montáž OBU,
- celkovou zabezpečovací infrastrukturu a kryptologické zaklíčování systému,
- systém čipových karet, zpracování všech čipových karet pro deklaraci vč. odesílání a
- expertní systém (interní administrativní vymáhací místo).

Současně navrhovatel předložil osvědčení, že dodával vybavení pro vozidla (OBU), systém čipových karet, zabezpečovací systém a vybavení dílen pro zabudování OBU.

11. V doplnění svého návrhu pak navrhovatel mimo jiné uvedl, že pojmy zařízení pro stacionární a mobilní enforcement je nutné s ohledem na vymezení pojmů zadavatelem ztotožnit, neboť oba typy zařízení jsou vázány na určité místo a tedy stacionární.
12. Úřad nepřijal výklad navrhovatele o totožnosti pojmů zařízení pro stacionární a zařízení pro mobilní enforcement a odkazuje na definici v části 2 zadávací dokumentace, podle které jsou kontrolním zařízením veškeré stavební celky a jiná technická zařízení Provozovatele včetně příslušenství, která bezprostředně slouží ke kontrole oprávnění uživatele pro použití aktuálního zpoplatněného úseku a ke kontrole správnosti platby mýtného v rámci procesu vynucování. Zadavatel pak dále rozlišuje na kontrolní zařízení mobilní instalovaná ve vozidlech mobilního enforcementu, a kontrolní zařízení stacionární, vázaná prvně na určité místo. Za kontrolní zařízení je tak nutno považovat jak vlastní technické kontrolní zařízení, tak jeho příslušenství. V případě mobilního a stacionárního kontrolního zařízení se pak dle názoru Úřadu nejedná o totožná zařízení, když mimo jiné sestávají z jiného příslušenství (např. neexistence konstrukce spojené se zemí nebo technologie pro optickou identifikaci).
13. Navrhovatel tak dle zjištění Úřadu žádným způsobem nedoložil požadavek zadavatele týkající se realizace či integrace zařízení pro stacionární enforcement, a tedy nesplnil předmětné další kvalifikační kritérium a jeho vyloučení bylo z tohoto důvodu oprávněné. V této souvislosti Úřad upozorňuje, že byť jediný oprávněný důvod pro vyloučení uchazeče je z hlediska zákonnosti vyloučení dostačující.

### **K centrální evidenci provedených mýtných transakcí**

14. Jako další důvod vyloučení navrhovatele zadavatel ve svém rozhodnutí uvádí nesplnění zadávacích podmínek, když nabízený systém neshromažďuje data o všech automaticky provedených mýtných transakcích centrálně, čímž se dostal do rozporu s body 6, 46, 47 a 56 části 2 zadávací dokumentace „Technické podmínky zadávací dokumentace“.
15. Úřad po přezkoumání nabídky navrhovatele v tomto bodě zjistil, že informace o jednotlivých mýtných transakcích se bez rozdílu pro režim pre-pay nebo post-pay zaznamenávají v jednotce OBU ve vozidle (na základě signálu vyslaného majákem BRSE) a do centrálního systému jsou tato data přenesena buď průjezdem branou enforcementu na základě DSRC komunikace s OBU jednotkou, nebo fyzickým odečtením čtečkou ze smart karty OBU při předložení uživatelem (přičemž držitelé karet mají smluvní povinnost jejich předložení v určitém intervalu). Nabídnutý systém tedy veškerá data o provedených mýtných transakcích centrálně shromažďuje, přičemž z časového hlediska se data do centrálního systému nenačtou ihned po projetí vozidla mýtným bodem, ale vždy až projetím branou DSRC nebo odečtením ze SmartCard. K námitce zadavatele, že takové řešení odporuje základní definici předmětu zakázky, že jde o „automatický systém výběru mýtného“, Úřad uvádí, že citovaná formulace není natolik jednoznačná, aby bylo možné konstatovat, že výše popsaný systém jí

nevyhovuje a výklad k tíži uchazeče v případě nejednoznačnosti formulace použité zadavatelem není možné akceptovat.

16. Ke splnění podmínky bodu č. 46 výše citované části 2 zadávací dokumentace, tedy že „archivace dat v Systému musí umožnit: On-line zobrazení podrobného výkazu automaticky provedených mýtných transakcí za určité období na zpoplatněných komunikacích v ČR (nejdéle však 6 měsíců do minulosti)“ pak Úřad uvádí, že tato podmínka splněna nebyla. Systém nabízený navrhovatelem data centrálně shromažďuje, nikoliv však v reálném čase (tedy po projetí mýtným bodem – tj. mýtná transakce), ale později, až po projetí vozidla bránou DSRC nebo odečtením z karty OBU. Výkaz o mýtných transakcích sestavený z centrální evidence tak nemůže být nikdy úplný, tj. obsahující údaje o všech provedených mýtných transakcích, protože v každý okamžik existují provedené mýtné transakce dosud zaznamenané jen v OBU, které uživatel jedním z výše uvedených způsobů nepředal do centrální databáze.
17. K namítanému nesplnění podmínky dle bodu č. 47, tedy že systém výběru mýtného musí umožňovat vrácení předem zaplacených záloh za nezrealizované služby, pak Úřad odmítl stanovisko zadavatele s tím, že je založeno výhradně na situaci, kdy dojde k poruše nebo ztrátě OBU, tedy na jistých excesech systému. Nabízený systém vrácení předem zaplacených záloh obecně umožňuje, přičemž rozšíření podmínky na případy poruchy nebo ztráty OBU, event. další abnormality systému, není v souladu s textem uvedeným v zadávací dokumentaci.
18. Stejně tak podmínku dle bodu č. 56, že systém musí všechna data podstatná pro systém vynucování spravovat centrálně v režimu 24 x 7 x 365 a zajistit okamžitý přístup k těmto datům pro subjekty, popř. procesy podílející se na vynucování, nabízený systém splňuje, neboť data centrálně shromažďuje a všechna data jsou také nepřetržitě spravována.

### **K šifrování datové komunikace**

19. Mezi důvody vyloučení navrhovatele uvádí zadavatel i to, že komunikace mezi značkovacím majákem BRSE a zařízením OBU ve vozidle není šifrovaná ani podepisovaná, což je v rozporu s požadavkem č. 25 části 2 zadávací dokumentace a v návaznosti dále také s požadavky č. 17 a č. 19. Zadavatel v této souvislosti vychází z formulace obsažené v nabídce navrhovatele, že „příjem ze značkovacího majáku není zabezpečen šifrovacími prostředky, protože se jedná o vysílací kanál a zde jsou mnohá fyzická ohrožení jež mohou zabránit OBU v přijímání tohoto signálu“.
20. Dle zjištění Úřadu však z citované části nabídky navrhovatele nelze jednoznačně dovodit, zda šifrovaný není pouze samotný signál, tělo zprávy signálem přenášené nebo datová zpráva obecně. Zpráva sama o sobě je sice přenášena nešifrovaně, avšak součástí zprávy je zašifrovaný autentizátor a taková komunikace je v souladu s požadavkem zadavatele. Vyloučení navrhovatele z tohoto důvodu proto nelze akceptovat.

### **K postupu zadavatele v zadávacím řízení**

21. Úřad neshledal porušení § 30 odst. 3 zákona v tom, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení při vymezení dalších kvalifikačních kritérií odkázal na zadávací dokumentaci a uvádí, že v oznámení zadávacího řízení zadavatel zveřejnil, která písmena § 32 odst. 1

zákona, resp. které body § 33 odst. 1 písm. c) zákona použije, přičemž v zadávací dokumentaci uvedl celé znění citovaných způsobilostí. Smysl zákona, aby všichni uchazeči byli včas před podáním nabídky obeznámeni s charakterem všech podmínek, tak byl naplněn.

22. Porušení zákona neshledal Úřad ani v tom, že zadavatel současně rozhodl o vyloučení navrhovatele i přidělení veřejné zakázky. Úřad konstatuje, že navrhovatel nebyl krácen na svých právech bránit se proti rozhodnutí zadavatele, o čemž svědčí i jím podané námitky a následně návrh.
23. K tvrzení navrhovatele, že mu nebylo umožněno nahlédnutí do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek Úřad uvádí, že jelikož byly uchazeči všechny důvody pro jeho vyloučení sděleny v rozhodnutí zadavatele, neshledal Úřad v postupu zadavatele porušení povinnosti stanovené v § 63 odst. 2 zákona.
24. Navrhovatel rovněž namítá, že zadavatel přidělil veřejnou zakázku, aniž by provedl hodnocení. K tomu Úřad uvádí, že dle ustanovení § 62 odst. 1 zákona hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle stanovených kritérií. Zákon i prováděcí vyhláška v této souvislosti předpokládají, aby hodnocené nabídky byly minimálně dvě, neboť základem hodnocení je jejich vzájemné porovnání. Jelikož v šetřeném případě zbyla před hodnocením pouze jediná nabídka, zadavatel, resp. hodnotící komise hodnocení neprováděla, což není porušením zákona.

### **K postupu hodnotící komise**

25. Úřad především 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. Předseda komise byl kdykoli oprávněn zbavit poradce zadavatele pro veřejnou zakázku slova, reformulovat otázku atp. a nelze tedy říci, že by jednání neřídil, jak uvedl navrhovatel. Každý člen komise měl navíc vždy právo sdělit svůj opačný názor na věc, což se také dělo. Takové názory byly řádně zaprotokolovány v notářských zápisech z jednání.
26. Co se týče otázky identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny, Úřad přijal vysvětlení zadavatele, že se jednalo o chybu v zápise, k čemuž jej vedla jednak skutečnost, že další postup komise nenaspovídá tomu, že by její členové u některých nabídek shledali mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a jednak fakt, že hodnotící komise také ve zprávě o posouzení a hodnocení stvrdila tuto skutečnost.
27. K absenci podpisu odstoupivšího člena komise Úřad konstatuje, že protokol o jednání a zprávu o posouzení a hodnocení nabídek podepsali všichni členové, kteří se do ukončení činnosti komise nevzdali funkce a nelze nutit k podpisu člena komise, který již v té době svou funkci nevykonával.
28. K namítanému stáří výpisu z Rejstříku trestů členů statutárního orgánu společnosti PVT a. s. pak Úřad uvádí, že tento uchazeč prokázal příslušné kvalifikační předpoklady

výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ne starším než 90 dnů a v takovém případě zadavatel není oprávněn požadovat prokázání skutečností zapsaných do tohoto seznamu jinými doklady.

## II. Námitky rozkladu

29. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 8.2.2006 rozklad.

### K nedoložení referencí na stacionární kontrolní zařízení

30. Úřad dle názoru navrhovatele zcela opomíjí, že uchazeči měli dokládat referenci nikoli pro realizaci stacionárního kontrolního zařízení, ale pro „zařízení pro“ stacionární kontrolní zařízení, a nadto zařízení ve smyslu tzv. „klíčové technologické“ komponenty. Dle názoru navrhovatele není v žádné části zadávací dokumentace uvedeno, že za klíčové komponenty se považuje vlastní kontrolní zařízení včetně jeho příslušenství. Výraz „enforcement“ je dle názoru navrhovatele v zadávací dokumentaci pojat obecněji než výraz „kontrolní zařízení“ a zahrnuje jednak celý systém kontroly mýtného včetně všech souvisejících vazeb a jednak i procesy a obecněji principy kontroly, které se týkají mj. i etiky chování řidičů a provozovatele systému.
31. V příloze rozkladu pak navrhovatel v této souvislosti předkládá další vysvětlení vystavené Vrchním celním ředitelstvím Švýcarska, které potvrzuje, že reference předložené navrhovatelem plně vyhovuje požadavku na doložení reference ohledně klíčové komponenty pro stacionární a mobilní enforcement, tedy že se vztahuje k realizaci i zajištění provozu všech technických zařízení, které se používají jak pro stacionární tak mobilní enforcement včetně optického sledování vozidel a jejich identifikace ze snímaného obrazu. Navrhovatel dále v této souvislosti poukazuje na výhody jím navrženého alternativního řešení přenosného kontrolního zařízení.
32. Navrhovatel posléze shrnuje, že jím předložené reference se vztahují na všechny technologické (elektronické) komponenty nutné pro stacionární i mobilní enforcement a označuje za nepřijatelné ztotožňovat pojem „klíčové komponenty pro stacionární a mobilní enforcement“ s pojmem „kontrolní zařízení stacionární a mobilní“, a tak mezi „klíčové komponenty pro stacionární enforcement“ zahrnovat i veškeré stavební celky.
33. Navrhovatel dále upozorňuje, že dle sdělení Vrchního ředitelství cel Švýcarska nemůže ani uchazeč Kapsch doložit referenci pro kompletní realizaci stacionárního enforcementu pro tohoto zadavatele, neboť nedodával kontrolní zařízení betonové a ocelové konstrukce, plánovací a projekční práce a ani zařízení nemontoval. Pokud by pak předseda Úřadu přijal u uchazeče Kapsch jiný výklad splnění dalšího kvalifikačního kritéria než u navrhovatele, jednalo by se o nepřijatelné zvýhodnění uchazeče Kapsch.
34. K výtce napadeného rozhodnutí, že navrhovatelem předložené osvědčení vystavené objednatelem, neobsahuje v rozporu s ustanovením § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona informaci o tom, že uvedené služby byly splněny řádně, pak navrhovatel uvádí, že je v tomto osvědčení informace o úspěšném provozu systému, a tedy lze logicky usuzovat, že reference svědčí o řádném poskytnutí služby.



35. Pokud by předseda Úřadu nepřihlédl k námitce navrhovatele, že splnil předmětné další kvalifikační kritérium, pak tento požaduje, aby jeho rozklad byl považován současně za žádost o smírčí řízení a byl neprodleně postoupen Evropské komisi.

### **Ke splnění zadávacích podmínek**

36. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že jím nabízený systém data centrálně shromažďuje, nikoli však v reálném čase“, neboť v každý okamžik existují provedené mýtné transakce dosud zaznamenané jen v OBU a poukazuje především na to, že požadavek na on-line stahování při (po) každé mýtné transakci není nikde v zadávací dokumentaci přímo či nepřímo uváděn. Pokud by takový požadavek byl v zadávací dokumentaci obsažen, pak by na něj byl navrhovatel schopen adekvátním způsobem reagovat. Transparentnost požadovaná v bode 46 části 2 zadávací dokumentace je u navrhovatelem nabízeného řešení dána možností zobrazit informace o všech proběhnutých transakcích na displeji OBU a stejně tak je naplněn i požadavek zadavatele na získání podkladů pro výběr mýtného přes zabezpečený přístup na internetovém portále a v papírové podobě na distribučním a kontaktním místě. Navrhovatel označuje za pochopitelné, že v nabízené koncepci mýtného systému může každý uživatel získat podklady použité pro výběr mýtného z centra až ve chvíli, kdy je do centra poskytno nebo do okamžiku, kdy vozidlo projede jakýmkoliv z kontrolních zařízení. Vzhledem k hustotě těchto kontrolních zařízení pak navrhovatel předpokládá aktualizaci informací po cca 20-30ti minutách a do té doby jsou uživateli k dispozici na OBU.
37. K požadavku týkajícímu se archivace, kde je požadováno on-line zobrazení podrobného výkazu automaticky provedených mýtných transakcí za určité období na zpoplatněných komunikacích navrhovatel uvádí, že zadávací dokumentace nedefinuje pojem „archiv“, ani pojmy „archivace“ či „archivace dat“, a proto s použitím obecného významu tohoto pojmu zadavatel dovozuje, že systém má být schopen v rámci archivace ukládat a případně zálohovat data, se kterými se již neoperuje (tedy prošla billingovým modulem a jsou vyfakturována a zaúčtována). Nelze proto dle názoru navrhovatele tvrdit, že by archivace dat měla či musela obsahovat v každý okamžik údaje o všech mýtných transakcích a takový požadavek označuje za vykonstruovaný. Navrhovatel je proto přesvědčen, že jím nabídnutý systém splňuje požadavky zadavatele, když umožňuje zobrazení výkazu automaticky provedených mýtných transakcí a dodává, že zadávací dokumentace na žádném místě nepožaduje, aby úplný výkaz o mýtných transakcích byl sestavován z centrální databáze v každý okamžik. Navíc uvádí, že takový požadavek by nebyl schopen splnit žádný systém, neboť data se do archivu zapracovávají až po uplynutí doby nutné pro jejich zpracování, a tedy úplný výkaz o mýtných transakcích neexistuje v každý okamžik.
38. Pokud by předseda Úřadu nepřihlédl k námitce navrhovatele, že jím nabízené řešení splnilo výše specifikované požadavky zadavatele, pak navrhovatel požaduje, aby jeho rozklad byl považován současně za žádost o smírčí řízení a byl neprodleně postoupen Evropské komisi.

### **K mimořádně nízké nabídkové ceně**

39. Navrhovatel opakovaně poukazuje na porušení ustanovení § 61 odst. 1 zákona, když z notářského zápisu o hlasování vyplývá, že členové komise hlasovali pro, na výslovný

dotaz, zda identifikovali nízkou nabídkovou cenu. Zadavatel nijak neprokázal, že uvedený dotaz nebyl vznesen nebo byl vznesen jinak, a že hlasování o něm neproběhlo nebo proběhlo jinak, než je zaznamenáno v uvedené veřejné listině, tedy notářském zápise. Ze záznamu dalšího postupu hodnotící komise pak jednoznačně vyplývá porušení § 61 odst. 2 zákona a v takovém případě by mělo být zadavateli uloženo rozhodnout o novém posouzení a hodnocení nabídek.

### **K jednání hodnotící komise**

40. Navrhovatel se vyjadřuje k legitimitě přítomnosti poradců zadavatele na jednání hodnotící komise a uvádí, že ve vztahu k hodnotící komisi má zadavatel dozorovou činnost, avšak obsahem dozorové činnosti není ovlivňování hodnotící komise v průběhu jejího jednání způsobem, jakým k tomu došlo v daném případě. Svoji činnost vykonávají členové hodnotící komise osobně a nikoli prostřednictvím poradců zadavatele. V této souvislosti pak rovněž vyslovuje domněnku, že členové komise neměli ke svému rozhodování k dispozici nabídky.

### **K hodnocení nabídek**

41. Argumentace napadeného rozhodnutí dle názoru navrhovatele vyvolává dojem, že všude, kde zákon o veřejných zakázkách používá pojem nabídka v množném čísle, by měla být v případě jedné nabídky vyloučena. Takou argumentací by pak dle názoru navrhovatele bylo možno dospět i k tomu, že se nepoužije ani ustanovení § 59 odst. 2, § 60 a § 61 zákona. Do protikladu pak navrhovatel staví ta ustanovení zákona o veřejných zakázkách, kde je pojem nabídka použit v jednotném čísle. Použitý výklad dle názoru Úřadu neodpovídá standardním metodám výkladu právních norem v rámci jednotné metodologie a uzavírá, že došlo k nesprávnému výkladu ustanovení § 62 zákona, a tedy zadavateli by mělo být uloženo rozhodnout o novém posouzení a hodnocení nabídek.

### **K absenci podpisu člena hodnotící komise**

42. V tomto bodě navrhovatel především uvádí, že v případě, kdy se člen komise nemůže jednání zúčastnit, musí předseda zajistit účast náhradníka. Pokud tak v šetřeném případě neučinil, neodpovídají listiny pořízené o jednání hodnotící komise zákonu a nelze je pro jejich rozpor se zákonem použít pro zadání předmětné veřejné zakázky.

### **K výpisu z rejstříku trestů**

43. Navrhovatel souhlasí s tvrzením napadeného rozhodnutí, že uchazeč Kapsch, respektive člen sdružení, společnost PVT, a. s., nemusela v rámci nabídky předkládat výpis z rejstříku trestů členů statutárního orgánu, pokud předložila řádný výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů. Poukazuje však na to, že požadavku zákona nevyhovuje stáří výpisů z evidence Rejstříku trestů, přičemž výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů slouží pouze a výlučně k prokázání toho, co je v něm zapsáno, a nemůže nahradit ani zahojit absenci průkazu splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s ustanovením § 31 odst. 1 písm. d) zákona. Pokud tedy výpisy z Rejstříku trestů v zákonem požadovaném stáří nejsou doloženy v nabídce uchazeče Kapsch, tento nesplnil kvalifikaci ve smyslu ustanovení § 30 odst. 2 písm. a) zákona.

### **Závěr rozkladu**

44. Vzhledem k výše uvedenému požaduje navrhovatel, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že uloží zadavateli zrušit rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, dále zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, provést nové posouzení a hodnocení kvalifikace, přičemž pokud jde o hodnocení kvalifikace, je zadavatel vázán stanoviskem, že navrhovatel splnil kvalifikaci, pokud jde o další kvalifikační kritéria podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 a 4 zákona, a konečně rozhodnut o novém posouzení a hodnocení nabídek uchazečů, přičemž v případě nabídky navrhovatele je opět zadavatel vázán stanoviskem, že splnil podmínky zadavatele ohledně požadavků pod body 6., 17., 19., 25., 46., 47. a 51. části 2 zadávací dokumentace.
45. Pokud výše uvedenému nebude vyhověno, navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání a rozhodnutí.

### **III. Řízení o rozkladu**

#### **Vyjádření uchazeče Kapsch k rozkladu**

46. K podanému rozkladu se dne 17.2.2006 vyjádřil uchazeč Kapsch a obecně má za to, že navrhovatel ve svém rozkladu pouze účelově opakuje shodné argumenty, které již uvedl ve svých předchozích podáních. Dle názoru uchazeče Kapsch se navrhovatel snaží pomocí účelových výkladů zákona, které jsou v rozporu s ustálenou výkladovou praxí Úřadu, odvést pozornost Úřadu od podstatných nedostatků, pro které byl vyloučen. V dalším pak uchazeč Kapsch odkazuje na své vyjádření k návrhu ze dne 9.1.2006.
47. Nad rámec tohoto vyjádření uchazeč Kapsch uvádí k nesplnění kvalifikačního kritéria dle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona navrhovatelem, že v bodě 6.2.1/ části 1 zadávací dokumentace je jasně uvedeno doložení realizace, případně integrace klíčových technologických komponent pro systém výkonového zpoplatnění, přičemž za tyto klíčové komponenty jsou považovány mimo jiné i „zařízení pro stacionární a mobilní enforcement“ a uchazeč musí prokázat realizaci, resp. integraci každé z těchto klíčových komponent. Navrhovatel ve své nabídce doložil reference pouze na výrobu hlavní desky a montáž OBU, celkové zabezpečovací infrastruktury a kryptologického zaklíčování systému, dále systému a zpracování čipových karet a expresní systém (interní administrativní vymáhací místo). Referenci na realizaci, nebo integraci zařízení pro stacionární enforcement navrhovatel dle tvrzení uchazeče Kapsch ani uvést nemohl, protože tuto dodávku pro švýcarský mýtný systém nerealizoval. Reference na přenosný enforcement předložená navrhovatelem dokazuje dle názoru uchazeče Kapsch, že navrhovatel se na žádném stacionárním enforcementu nepodílel, když přenosný ani mobilní enforcement není totožný se zadáním pro stacionární enforcement dle zadávací dokumentace. V této souvislosti pak uchazeč Kapsch odkazuje na definice obsažené v zadávací dokumentaci, které považuje za jasné. Uchazeč Kapsch uzavírá, že z informací, které má k dispozici, jednoznačně vyplývá, že navrhovatel nepředložil referenci na stacionární enforcement a tudíž neprokázal splnění tohoto kvalifikačního kritéria. S ohledem na uvedené proto uchazeč Kapsch navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil.

### **Vyjádření zadavatele k podanému rozkladu**

48. K podanému rozkladu se dne 20.2.2006 vyjádřil zadavatel a uvádí ke splnění kvalifikačního kritéria dle § 33 odst. 1 písm. c) bod 4 zákona ohledně personálních zdrojů navrhovatele, že Úřad svůj názor na splnění tohoto kritéria navrhovatelem opírá o navrhovatelem dodatečně poskytnuté informace, přičemž však zákon nezná možnost pozdějšího vyjasňování a doplňování skutečností týkajících se dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Postup Úřadu tedy zadavatel nepokládá za správný, a proto žádá, aby předseda Úřadu případně přehodnotil závěr napadeného rozhodnutí v tomto bodě, když při tomto zkoumání by měly být brány v úvahu pouze informace vyplývající z dokladů předložených navrhovatelem ve lhůtě pro podání nabídek.

### **K otázce předložení referencí**

49. Zadavatel trvá na svém závěru, že navrhovatel neprokázal poskytnutí významné služby v části realizace případně integrace klíčových komponent zařízení pro stacionární enforcement. K definici tohoto pojmu zadavatel uvádí, že se jedná o termín, který má v oblasti mýtných systémů zcela jednoznačný význam a navrhovatel proto nemohl tvrdit, že vymezení oblasti stacionárního enforcementu nerozuměl. Infrastruktura takového zařízení je tvořena technicky nejsložitějšími prvky systému, které musí spolehlivě bezobslužně pracovat za všech povětrnostních podmínek 365 dní v roce. Zadavatel proto formuloval své požadavky tak, aby měl jistotu, že uchazeč má se zařízeními pro stacionární enforcement dostatečnou a vysokou zátěží prověřenou zkušenost. Dodávka jednoho přenosného kontrolního zařízení proto nemůže být v žádném případě ekvivalentem prokázání této významné služby, když přenosná zařízení jsou pouze doplňkem k existujícímu systému stacionárního enforcementu, na jejichž provoz a spolehlivost jsou kladeny odlišné požadavky. Veškerou svou argumentací pak navrhovatel dle názoru zadavatele jen prokazuje, že požadovanou zkušenost nemá.
50. Navrhovatel dále dle názoru zadavatele rovněž neprokázal, že poskytuje službu provozního zajištění nejméně po dobu požadovaných 6 měsíců, neboť v jeho potvrzení se uvádí pouze rok dodávky 2005.
51. Ke zpochybnění referencí uchazeče Kapsch zadavatel uvádí, že tento uchazeč prokázal dodávku celého systému stacionárního enforcementu ve Švýcarsku v roce 2000 a zadavatel neměl důvod takové prokázání tohoto kvalifikačního kritéria neuznat.

### **Ke splnění zadávacích podmínek**

52. Ke splnění požadavku zadavatele, uvedeného pod bodem č. 46 části 2 zadávací dokumentace zadavatel především uvádí, že navrhovatelem nabízený systém nezajišťuje přenos dat do archivu tak, aby bylo možno s „rozumnou“ časovou prodlevou (zadavatel jako o „měkké“ hranici hovoří o několika dnech) garantovat, že výkaz bude úplný, přičemž dle názoru zadavatele pro řadu případů nebude úplný nikdy. Předmětný požadavek tak navrhovatelem splněn nebyl. Konkrétně pak technickému řešení nabízenému navrhovatelem zadavatel vytýká, že se jedná o nevyzkoušený koncept, protože v žádném z provozovaných mýtných systémů nejsou prostřednictvím DSRC za pohybu vozidla předávány velké dávky dat, což by mohlo u tohoto řešení představovat i dávky o několika stech transakcí.

53. Zadavatel i nadále trvá na tom, že požadavek na centrální evidenci provedených mýtných transakcí navrhovatelem splněn nebyl a k závěrům napadeného rozhodnutí uvádí, že nikde v nabídce nenašel informaci o přenosu dat prostřednictvím DSRC komunikace na branách enforcementu a uvádí, že toto tvrzení se objevilo až v rámci argumentace správním řízením. Následně zadavatel popisuje způsob fungování navrhovatelem nabízeného systému tak, jak dle jeho názoru vyplývá z předložené nabídky a dokládá, že takto fungující systém nesplňuje požadavek zadavatele především v oblasti řešení sporů mezi uživatelem komunikací a provozovatelem systému. V případě poruchy OBU (což dle názoru zadavatele není žádné „nestandardní fungování systému“) by například provozovatel neměl možnost jakkoliv prokázat rozsah použití sítě, a proto by byl nucen uznat všechny reklamace. Zadavatel dále uvádí výhrady i k navrhovatelem popisovanému fungování kontrolních bran a jejich prostřednictvím prováděných DSRC transakcí pro pohybující se vozidla a shrnuje, že požadavky č. 6, 46, 47, 56, 17 a 19 nabídka navrhovatele nesplňuje.

#### **K mimořádně nízké nabídkové ceně**

54. Argumentaci navrhovatele v tomto bodě považuje za příliš formalistickou a v kontextu všech úkonů hodnotící komise je dle názoru zadavatele zcela nepochybné, že se skutečně jednalo o chybu v zápise.

#### **K jednání hodnotící komise**

55. Přítomnost poradců na jednání komise byla členy komise řádně odhlasována, poradci zasahovali do jednání komise pouze v rozsahu, který jim byl vymezen předsedou komise, samotná fyzická přítomnost nabídek na jednání komise není zákonem výslovně vyžadována, všichni poradci přítomní na jednání komise jsou jmenovitě uvedeni v notářském zápise a nejedná se tedy o anonymní osoby a členové komise měli zabezpečený dostatečný prostor pro práci s nabídkami a stejně tak jim byly k dispozici zadávací podmínky.

#### **K hodnocení nabídek**

56. V tomto bodě se zadavatel v plné míře ztotožňuje s názorem napadeného rozhodnutí.

#### **K absenci podpisu jednoho člena hodnotící komise**

57. Zadavatel uvádí, že povinnost předsedy komise zajistit dle ustanovení § 58 odst. 2 zákona účast náhradníka je dána pouze v případě, že mu člen komise bezodkladně oznámí, že se nemůže jednání zúčastnit. V šetřeném případě však tento člena předsedovi komise nic neoznámil a dokonce se jednání zúčastnil, a tedy povinnost předsedy komise postupovat podle posledně citovaného ustanovení zákona nenastala.

#### **K výpisu z rejstříku trestů**

58. Zadavatel pouze odkazuje na ustanovení § 34 a § 76 a násl. zákona a konstatuje, že uchazeč PVT, a. s., prokázal splnění kvalifikačních kritérií výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ne starším než 90 dnů.

### **Žádost o smírčí řízení**

59. K požadavku navrhovatele, aby v případě nesouhlasu Úřadu byl jeho rozklad považován za žádost o smírčí řízení, zadavatel uvádí, že směrnice 89/665/EHS, ze které zákon vychází, smírčí řízení ani žádný obdobný postup nerozeznává a zadavatel tedy předpokládá, že se Úřad těmito žádostmi navrhovatele nebude zabývat.
60. V závěru svého vyjádření pak zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl pro jeho neopodstatněnost.

### **Doplnění rozkladu ze dne 1.3.2006**

61. Po provedeném nahlížení do správního spisu, především pak do části nabídky uchazeče Kapsch týkající se referencí, navrhovatel svůj rozkladu dne 1.3.2006 doplnil a uvádí následující:

#### **Splnění kvalifikace uchazečem Kapsch**

62. Navrhovatel opakovaně uvádí, že výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů slouží pouze k prokázání toho, co je v něm zapsáno a není sám o sobě průkazem splnění žádného kritéria. Sama skutečnost, že výpis není starší než 90 dnů nezakládá prokázání kritérií, u nichž se vyžaduje doložení průkazu, které mají mít „jinou hodnotu“, než co je uvedeno ve výpisu. K rozdílu pojmů „výpis o průkazu“ a „vlastní průkaz“ pak navrhovatel odkazuje rovněž na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. 2R 43/05-Hr ze dne 9.11.2005.

#### **Prokázání technické způsobilosti uchazečem Kapsch**

63. Navrhovatel vyslovuje názor, že průkazy předložené uchazečem Kapsch nedostačují k prokázání jeho technické způsobilosti. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na to, že od 1.9.2005 nabyt 100 % podíl ve společnosti EUROPPASS LKW-Mautsystem GmbH (dále jen „Europpass“) společnost ASFINAG, která je ve 100 % vlastnictví státu (Rakouské republiky). Společnost Europpass tak stala veřejným objednatelem ve smyslu § 33 odst. 1) písm. c) zákona, a proto prokázání technické způsobilosti ve smyslu předložené reference o poskytnutí služby společností Europpass bylo možno učinit pouze osvědčením vydaným veřejným objednatelem (společností Europpass), a nikoliv prohlášením poskytovatele služby, jak to učinil uchazeč Kapsch ve své nabídce.
64. Stejně tak zadavatel uvádí, že i společnosti Telekom Austria AG, Swisscom Mobile a Mobilkom Austria AG je nutno požadovat za veřejné dodavatele analogicky ve smyslu ustanovení § 3 odst. 1 písm. f) zákona, a tedy i u těchto společností mělo být prokázání jim poskytnutých služeb provedeno doložením osvědčení o řádném poskytnutí služeb, a nikoliv pouhým prohlášením, jak to učinil uchazeč Kapsch.

#### **K vyjádření zadavatele**

65. Navrhovatel obecně konstatuje, že nejasnosti, které způsobil text zadávací dokumentace, nemohou být přičítány k tíži stěžovatele.

66. Dále pak navrhovatel popírá, že by jeho nabídka neobsahovala popis přenosu informací a dat o mýtných transakcích z kontrolních systémů do centra a odkazuje na konkrétní části své nabídky. Stejně tak je dle názoru nemístná poznámka zadavatele, že jeho nabídka neobsahuje popis komunikace DSRC mezi OBU a kontrolním zařízením a opět odkazuje na konkrétní části své nabídky. Argumentaci ohledně porouchané OBU a nedostupnosti dat v tomto případě, považuje za irelevantní, když mimo jiné i konstatuje, že ani v jiném systému nebude porouchaná OBU schopna mýtná data poskytnout tak či onak.
67. Ve věci postupu hodnotící komise navrhovatel obecně uvádí, že poradci zadavatele toto jednání zásadně ovlivnili, přičemž důsledky pochybení zadavatele při postupu ve věci posuzování nabídek nemohou jít na úkor práv a oprávněných zájmů stěžovatele. Neobstojí ani snaha o přesun odpovědnosti zadavatele na členy hodnotící komise, neboť zadavatel je povinen dozírat na zákonnost celého zadávacího procesu.
68. Navrhovatel dále dovozuje, že člen hodnotící komise svoji neúčast na jednání komise oznámil bezodkladně před opuštěním tohoto jednání a výklad, že musí jít o oznámení učiněné před tím, než vstoupil člen komise do jednací místnosti, nemá dle názoru navrhovatele oporu v zákoně ani v logickém výkladu působnosti hodnotící komise.
69. V závěru svého vyjádření navrhovatel upřesňuje svoji žádost ve věci smířčích řízení a podotýká, že se ve svém podání domáhá smíru ve smyslu směrnice č. 92/13/EHS.

#### **Stanovisko zadavatele k doplnění rozkladu**

70. Zadavatel se k doplnění rozkladu ze strany navrhovatele vyjádřil dne 7.3.2006 a uvádí mimo jiné následující:

#### **Splnění kvalifikačních kritérií prostřednictvím výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů**

71. Podle ustanovení § 34 zákona mohou uchazeči nebo zájemci zapsaní do seznamu kvalifikovaných dodavatelů (§ 76 zákona) prokázat splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. a), c) a d) zákona výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ne starším 90 dnů. V takovém případě zadavatel není oprávněn požadovat od uchazečů jiné doklady. Podle ustanovení § 79 zákona pak dodavatel je povinen každou změnu zapisovaných údajů písemně oznámit Ministerstvu pro místní rozvoj nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy k této změně došlo. Pokud k žádné změně nedošlo, nebyl uchazeč PVT, a. s., povinen předkládat žádné doklady průběžně. Takové změny by pak měl doložit MMR a nikoliv zadavateli.

#### **Ke kvalifikačnímu kritériu dle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 (seznam významných služeb)**

72. Zadavatel v tomto bodě uvádí, že uchazeč Kapsch poskytoval služby společnosti Europass ještě v době, kdy byla soukromou společností, přičemž zadavateli není známo, zda si byl uchazeč Kapsch vědom změny ve vlastnických poměrech této společnosti. Ze skutečnosti, že tato společnost ani nadále nepublikuje oznámení o veřejných zakázkách v dodatku úředního věstníku EU Tenders electronic Daily (TED) však zadavatel

dovozuje, že status této společnosti se po vlastnické změně z pohledu veřejných zakázek zřejmě nezměnil, a tedy není veřejným zadavatelem ve smyslu zákona.

73. V případě dalších navrhovatelem zmiňovaných společností zadavatel uvádí, že podle ustanovení § 3 odst. 4 zákona a současně v souladu se směrnicí 93/38/EHS nemusí poskytovatelé telekomunikačních služeb postupovat způsobem zadávání veřejných zakázek v případě, že se nachází v soutěžním prostředí. Ani tyto společnosti tedy nejsou veřejnými objednateli a uchazeč Kapsch neměl povinnost předložit osvědčení o řádném poskytnutí služby, vyhotovenou těmito společnostmi.

### **Splnění zadávacích podmínek navrhovatelem**

74. Zadavatel se ohrazuje proti údajné dezinterpretaci svých dřívějších vyjádření a dle svého názoru netvrdil, že v nabídce navrhovatele není vůbec popsán přenos dat o mýtných transakcích z kontrolních systémů do centra, ale i nadále trvá na tom, že v nabídce není popsán přenos všech mýtných transakcí, které jsou v OBU registrovány. V nabídce například není jakkoliv popsán způsob přebírání historie dosud nepřenesených mýtných transakcí z OBU do kontrolního zařízení. V nabídce není dále zmíněno, že servery kontrolních bran shromažďují též data o dosud nepřenesených mýtných transakcích, resp. jakým způsobem evidence těchto dat funguje. Pokud hodlal navrhovatel nabídnout enforcementové centrum s rozšířenou funkcionalitou, měl ji v nabídce popsat; toto však neučinil. Ani „logické schéma toku dat pro funkční blok shromažďování a zpracování dat“ neobsahuje žádnou zmínku o tom, že se z OBU přenášejí dosud nepřenesená data, stejně jako tato specifikace chybí i v kapitole „Modul majáku DSRC“.
75. Argumentaci navrhovatele, že ani jiné systémy neřeší případ ztráty dat v případě poruchy OBU, zadavatel vyvrací tvrzením, že v systému nabízeném uchazečem Kapsch jsou všechna potřebná data zaznamenána vždy nejenom v OBU, ale též v centrále.

### **Jednání hodnotící komise**

76. Zadavatel pouze doplňuje, že neúčast jednoho z členů hodnotící komise nezpůsobuje neplatnost jednání, resp. rozhodnutí hodnotící komise.

### **Žádost o smírčí řízení**

77. Zadavatel v této souvislosti konstatuje, že ustanovení § 95 zákona a směrnice Rady 92/13/EHS umožňují u nadlimitních veřejných zakázek projednání případných sporů mezi sektorovými zadavateli v daných odvětvích a dodavateli za předpokladu, že s tím zadavatel souhlasí. Zadavatel však není sektorovým zadavatelem, ale veřejným zadavatelem, a tedy se příslušné ustanovení zákona a směrnice nedá použít.

### **Vyjádření uchazeče Kapsch k doplnění rozkladu**

78. Dne 3.3.2006 se k doplnění rozkladu vyjádřil rovněž uchazeč Kapsch a ke zpochybnování 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. Vzhledem k tomu, že všechny významné služby, které uchazeč Kapsch ve vztahu ke společnosti Europpass zadavateli za účelem prokázání splnění kvalifikace předkládal, 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.

79. 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“.
80. Uchazeč Kapsch má za to, že rozhodnutí o vyloučení navrhovatele bylo oprávněné a navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl a rozhodnutí Úřadu potvrdil.

#### **Druhé doplnění rozkladu ze dne 9.3.2006**

81. Dne 9.3.2006 doručil navrhovatel Úřadu druhé doplnění rozkladu. Opakovaně v něm upozorňuje na údajné nepochopení zákona ze strany zadavatele, když navrhovatel netvrdí, že by zadavatel měl požadovat prokázání skutečností zapsaných do seznamu kvalifikovaných dodavatelů jinými doklady. Tvrdí jen, že z výpisu uchazeče PVT je zřejmé, že nesplnil striktní požadavek § 31 odst. 2 zákona předložit výpis z evidence Rejstříku trestů ne starší než 6 měsíců. Dle názoru navrhovatele není důvod, aby dodavatelé zapsaní do seznamu kvalifikovaných dodavatelů měli výhodu před jinými dodavateli spočívající v tom, že nemusí splnit podmínku § 31 odst. 2 zákona, zatímco nezapsaní dodavatelé musí. Taková úvaha by dle názoru navrhovatele neměla oporu v zákoně ani v základních principech zadávání veřejných zakázek.
82. Navrhovatel dále uvádí, že je lhostejno, čeho si uchazeč Kapsch v době podání nabídky byl či nebyl vědom, pakliže jde o informaci, která je založena na důvěře v zápisy v obchodním či obdobném rejstříku. Dle informací navrhovatele byla uchazeči Kapsch změna vlastnických poměrů společnosti Europpass známa a veřejně známa byla každému počínaje dnem 6.9.2005. Relevantní je pouze to, zda v době podání nabídek předložil uchazeč Kapsch doklady, které vyhovují zákonu, přičemž pochybení, kterého se v této souvislosti dopustil, je nutno přičítat pouze k tíži uchazeče Kapsch.
83. Pokud pak má Úřad v této otázce jakékoliv pochybnosti, navrhovatel v takovém případě navrhuje, aby se obrátil na Evropský soudní dvůr se žádostí o rozhodnutí této otázky jako předběžné otázky.
84. K dalším společnostem, uvedeným v prohlášení uchazeče Kapsch, navrhovatel s odkazem na smysl zákona a směrnice Rady 93/38/EHS uvádí, že tyto předpisy z důvodů zvláštního postavení některých subjektů takové subjekty staví na roveň tzv. „orgánů veřejné moci s tzv. veřejných podniků“, a proto byt' nejsou veřejnými

zadavateli, mají ve smyslu ustanovení § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 postavení veřejných objednatelů.

85. Pokud pak má Úřad v otázce jakékoliv pochybnosti, navrhovatel i v tomto případě navrhuje, aby se obrátil na Evropský soudní dvůr se žádostí o rozhodnutí této otázky jako předběžné otázky.
86. Navrhovatel dále uvádí, že o tom, že dokumentace nebyla jednoznačně srozumitelná, svědčí počet dotazů k zadávací dokumentaci, který vysoce překročil průměrný počet dotazů v jiných otevřených řízeních. K jednání hodnotící komise pak označuje za fakt, že při něm nebyla členům hodnotící komise k dispozici ani zadávací dokumentace, ani žádná z nabídek.
87. Dále navrhovatel v tomto doplnění rozkladu přetiskuje zprávu ČTK z 21.6.2004, která referuje o fungování mýtného systému v Rakouské republice.
88. V otázce své žádosti o smírčí řízení navrhovatel uvádí, že zadavatel je bezesporu zadavatelem působícím v oblasti dopravy, a tedy se na něj v plném rozsahu vztahuje ustanovení § 95 zákona i směrnice Rady 92/13/EHS a skutečnost, že je zároveň veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) zákona v tomto nezpůsobuje žádnou výjimku.
89. Pokud pak má Úřad v této otázce jakékoliv pochybnosti, navrhovatel opět navrhuje Úřadu, aby se obrátil na Evropský soudní dvůr se žádostí o rozhodnutí této otázky jako předběžné otázky.

#### **Vyjádření zadavatele k doplnění rozkladu**

90. K doplnění rozkladu zaslal své stanovisko zadavatel, ve kterém zejména uvádí, že setrvává na svých předchozích podáních a vyjadřuje se pouze k posouzení předběžných otázek dle článku 234 Smlouvy o založení Evropského společenství a splnění kvalifikačního kritéria dle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 sružením Kapsch.
91. K posouzení předběžných otázek zadavatel uvádí, že dle článku 234 ES má ESD pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách ve věci výkladu Smlouvy ES, platnosti a výkladů aktů přijatých orgány Společenství a Evropské centrální banky a výkladu statutů subjektů zřízených aktem Rady, pokud tak tyto statuty stanoví.
92. V daném případě nevyvstala žádná předběžná otázka nutná pro rozhodnutí Úřadu, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, neboť platnost a výklad předpisů evropského práva, ze kterých zákon vychází, je zcela jasný. Konečné rozhodnutí může být přezkoumáno soudem na základě žaloby a Úřad není povinen se na ESD obrátit.
93. Dále zadavatel uvádí, že navrhovatel rozkladové řízení protahuje a zadavatel žádá Úřad, aby neprodleně o věci rozhodl.
94. Ke splnění kvalifikačního kritéria sružením Kapsch pak zadavatel uvádí, že nesouhlasí, že statut objednatele je nutno posuzovat k době podání nabídky a dále rozvádí výklad zákona i Směrnic Rady 92/50/EHS i 93/38/EHS. Závěrem pak uvádí, že považuje

veškeré námitky uvedené v doplnění rozkladu za neopodstatněné a požaduje, aby Úřad rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

95. 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:
96. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S244/05-154/01536/2006/540-RP ze dne 26.1.2006 správní řízení zastavil, když neshledal v postupu zadavatele porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

### **IV. K námitkám rozkladu**

97. K jednotlivým námitkám rozkladu pak uvádím následující:

#### **Smírčí řízení**

98. Navrhovatel se domáhá, aby jeho rozklad (v případě nesouhlasu s jeho argumentací) byl posuzován jako žádost o smírčí řízení ve smyslu § 95 zákona a neprodleně postoupen Evropské komisi. Oprávněnost své žádosti pak navrhovatel dovozuje mimo jiné z tvrzení, že zadavatel je bezesporu zadavatelem působícím v oblasti dopravy, a tedy se na něj v plném rozsahu vztahuje ustanovení § 95 zákona i směrnice Rady 92/13/EHS.
99. K tomu uvádím, že žádosti navrhovatele v tomto bodě není možno vyhovět. Dle ustanovení § 95 odst. 1 zákona, kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité nadlimitní veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele působícího v odvětvích vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací vznikla nebo hrozí vznik škody, může podat písemnou žádost o smírčí řízení k Evropské komisi, nebo Úřadu jako orgánu dohledu ve smyslu § 94 odst. 1 zákona, který ji neprodleně postoupí Evropské komisi.
100. Z dikce ustanovení § 95 zákona je zřejmé, že toto se vztahuje pouze na případy, kdy zadavatel působící v odvětvích vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (tedy tzv. „sektorový zadavatel“) měl povinnost zadat nadlimitní veřejné zakázky v režimu zákona. Kdy konkrétně takový případ může nastat, tedy kdy jsou sektoroví zadavatelé povinni při zadávání nadlimitních veřejných zakázek postupovat podle zákona, pak detailně stanoví § 3 zákona, který říká, že „sektorový zadavatel“ zadává nadlimitní veřejné zakázky podle zákona pouze tehdy, pokud se současně tato zakázka vztahuje na některé činnosti uvedené pod bodem a) až f) ustanovení § 3 odst. 1) zákona.
101. V šetřeném případě je tedy zřejmé, že zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy – naplňuje pouze první část definice „sektorového zadavatele“ ve smyslu § 3 zákona, tedy že „působí v odvětví dopravy“, avšak jednoznačně se šetřená veřejná zakázka nevztahuje na žádnou z činností uvedených v § 3 odst. 1 písm. a) až f) zákona, a proto se o „sektorového zadavatele“ ve smyslu § 3 zákona, a tedy i ve smyslu § 95 zákona, v šetřeném případě nejedná. Zadavatel zadává předmětnou veřejnou zakázku

jako veřejný zadavatel ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) bod 1. zákona) a nikoliv jako „sektorový“ zadavatel. Aplikace ustanovení § 95 zákona o smírčím řízení tedy v daném případě nepřipadá v úvahu.

### **Splnění dalších kvalifikačních kritérií podle § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona**

102. Navrhovatel namítá splnění dalších kvalifikačních kritérií předložením referencí na klíčové technologické (elektronické) komponenty pro stacionární i mobilní enforcement a označuje za nepřipustné ztotožňovat pojem „klíčové komponenty pro stacionární a mobilní enforcement“ s pojmem „kontrolní zařízení stacionární a mobilní“, a tak mezi „klíčové komponenty pro stacionární enforcement“ zahrnovat i veškeré stavební celky.
103. K tomu uvádím, že zadavatel v části 2 zadávací dokumentace podává seznam definic jednotlivých pojmů, užitých při zadávání veřejné zakázky. Zadavatel tak mimo jiné definuje „systém vynucování“ (enforcementu) jako „souhrn všech kontrolních zařízení a procesů sloužících k ověření plnění mýtné povinnosti, k získání ušlých příjmů z mýtného a ke stáhání přestupků týkajících se povinnosti platby mýtného“. Z uvedeného je zřejmé, že pojem enforcementu v sobě zahrnuje jak všechna „kontrolní zařízení“, tak i další procesní postupy směřující k realizaci mýtné povinnosti, a je tak širším pojmem k pojmu „kontrolní zařízení“, kterým jsou „veškeré stavební celky a jiná technická zařízení Provozovatele včetně příslušenství, která bezprostředně slouží ke kontrole oprávnění uživatele pro použití aktuálního zpoplatněného úseku a ke kontrole správnosti platby mýtného v rámci procesu vynucování“. Zadavatel pak dále definuje a vzájemně rozlišuje rovněž kontrolní zařízení jednosměrová, obousměrová, mobilní, přenosná a stacionární.
104. V části 1 zadávací dokumentace, článku 6.2.1, bodě 1, pak zadavatel označuje za „klíčové technologické komponenty“ systému výkonového zpoplatnění na dálnicích a silnicích pro motorová vozidla mimo jiné i zařízení pro stacionární a mobilní enforcement, přičemž uchazeči museli ke splnění kvalifikace prokázat realizaci, resp. integraci každé takto uvedené klíčové komponenty. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel nepožadoval doložení referencí na „klíčové technologické komponenty pro stacionární a mobilní enforcement“ (jak tento požadavek interpretuje navrhovatel), ale požadoval doložení referencí na „zařízení“ pro stacionární a mobilní enforcement, která jsou v tomto smyslu „klíčovými komponenty“ celého systému enforcementu. Jinými slovy; zadavatel nepožadoval reference na jednotlivé dílčí součásti stacionárních kontrolních zařízení, ale reference na celá tato zařízení, která v tomto bodě tvoří z pohledu zadavatele dílčí součást celého systému výkonového zpoplatnění. S přihlédnutím k zadavatelem podaným definicím pojmů, jak jsou citovány v 103. odstavci tohoto rozhodnutí, je pak jednoznačné, že těmito „zařízeními stacionárního a mobilního enforcementu“ jsou „veškeré stavební celky a jiná technická zařízení provozovatele včetně příslušenství“, která bezprostředně slouží ke kontrole oprávnění uživatelů (jak zní definice „kontrolních zařízení“), s výjimkou pro „kontrolní zařízení, která nejsou vázána na určité místo“ (ve smyslu definice „kontrolních zařízení přenosných“, která v bodě 6.2.1 odst. 1 nejsou výslovně zmíněna).
105. Lze tedy uzavřít, že zadavatel požadoval doložení referencí mimo jiné i na stacionární kontrolní zařízení jako celek, tedy včetně stavebních celků, a proto pokud navrhovatel předložil reference pouze na některé dílčí technologické (elektronické) části tohoto stacionárního kontrolního zařízení, a nikoliv na celé stacionární zařízení (jak mimo jiné i

opakovně uvádí ve svých vyjádřeních), jeho nabídka nebyla v souladu s požadavky zadavatele a navrhovatel další kvalifikační kritéria v tomto bodě jednoznačně nesplnil. Zadavatel jej proto správně a v souladu se zákonem vyloučil z další účasti v otevřeném řízení.

106. Pro úplnost dále uvádím k formulaci potvrzení vystaveného objednatelem – Vrchním ředitelstvím cel Švýcarska, a předloženého navrhovatelem v jeho nabídce, že z formulace „systém je úspěšně v provozu“ lze skutečně dovodit řádné poskytnutí služeb, a tedy toto prohlášení odpovídá smyslu § 33 odst. 1 písm. c) bod 2 zákona. Vzhledem k uvedenému je tedy možno konstatovat, že navrhovatelem předložené potvrzení po formální stránce odpovídá požadavku zákona. Tato skutečnost však nic nemění na tom, že po obsahové stránce uvedené prohlášení nelze přijmout jako doklad o splnění kvalifikačních předpokladů navrhovatelem, neboť nedokládá realizaci, případně integraci zařízení pro stacionární a mobilní enforcement.

### **Splnění požadavku zadavatele na funkční vlastnosti nabízeného systému**

107. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že jím nabízený systém v reálném čase centrálně neshromažďuje data o mýtných transakcích a poukazuje především na to, že požadavek na on-line stahování při (po) každé mýtné transakci není nikde v zadávací dokumentaci ani přímo ani nepřímo uváděn. Dále navrhovatel ve svém rozkladu z užití pojmu „archivace“ dovozuje, že požadavek zadavatele směřoval k ukládání a shromažďování, tedy „archivaci“ nikoliv aktuálních dat, ale dat, se kterými se již neoperuje (data tedy prošla billingovým modulem a jsou vyfakturována a zúčtována), což v každém systému bude možné až po uplynutí doby nutné pro jejich zpracování.
108. K tvrzení navrhovatele v tomto bodě především upozorňuji na požadavek zadavatele, formulovaný pod bodem 46. v článku 1.5.2 části 2 zadávací dokumentace, podle kterého musí funkce systému „archivace dat“ umožnit provozovateli síť on-line zobrazení podrobného výkazu automaticky provedených mýtných transakcí za „určité období“ na zpoplatněných komunikacích v ČR, a to „nejdéle 6 měsíců do minulosti“. Zadavatel tak jednoznačně vyjádřil svůj zájem mít možnost získat výpis o mýtných transakcích za určité, libovolně volitelné období v minulosti, přičemž stanovil pouze hranici nejzazšího stáří takto generovaných dat, a to 6 měsíců. Opačnou hranicí (tedy do jaké míry aktuální data mají být provozovateli síť k dispozici) zadavatel nestanovuje, a je jí tak přirozeně okamžik realizace mýtné transakce. Systém by proto měl být schopen poskytnout provozovateli výpis z kteréhokoliv časového úseku v takto stanoveném rozmezí, přičemž jediné myslitelné omezení tohoto období v jeho plné délce může být dáno pouze nutnou prodlevou, technologicky způsobenou přenosem dat z kontrolních zařízení do centrály. Do této prodlevy však nelze zahrnovat rovněž dobu na „zpracovávání“ dat tak, jak to činí navrhovatel, neboť tím de facto uměle stanovuje hranici nejaktuálnějšího údaje, který bude provozovateli v rámci předmětné šestiměsíční lhůty k dispozici, a to v délce až jednoho celého zúčtovacího období. Pro takové zužování zadavatelem stanovené doby 6 měsíců však není (v zadávací dokumentaci) opodstatněné. Pokud tedy navrhovatelem nabízený systém neumožňuje poskytnout provozovateli úplný výpis všech mýtných transakcí od okamžiku, kdy tyto transakce byly uskutečněny (se zohledněním nutné technologické prodlevy) až 6 měsíců do minulosti, nevyhověl požadavku zadavatele. Argumentace navrhovatele, týkající se výkladu pojmu „archivace“, je pak v této souvislosti bezpředmětná.

109. Vzhledem k výše uvedenému tedy není pravdivé tvrzení navrhovatele, že zadavatel nepožadoval stahovat data bezprostředně po každé uskutečněné mýtné transakci. Současně lze souhlasit se závěrem napadeného rozhodnutí, že navrhovatel nesplnil podmínku zadání, neboť jím nabízený systém neshromažďuje údaje o mýtných transakcích v reálném čase, a tedy výpis o mýtných transakcích nemůže být v žádném časovém okamžiku úplný. Zadavatel proto postupoval správně a v souladu se zákonem, když tuto skutečnost posoudil jako důvod pro vyloučení navrhovatele z další účasti v otevřeném řízení.
110. Vzhledem k tomu, že oba výše pospané důvody jsou dostatečné pro posouzení zákonnosti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, není již dána procesní nutnost vyjadřovat se k ostatním tvrzením obsaženým v této souvislosti v rozkladu, případně ve vyjádřeních k tomuto rozkladu. Pro úplnost však uvádím k tvrzení zadavatele, obsaženému v jeho vyjádření k rozkladu ze dne 20.2.2006 a týkajícího se zadavatelem namítané nemožnosti centrálního sběru dat o mýtných transakcích navrhovatelem nabízeným řešením následující. Zadavatel zakládá svou argumentaci na formulaci navrhovatele, užití na str. 309 svazku B nabídky navrhovatele „brány výběru mýtného“ a tvrdí, že tyto nejsou v nabídce popsány, když nabídka obsahuje jen „brány stacionárního enforcementu“. Dále dovozuje neexistenci přenosu dat pomocí DSRC komunikace s OBU ve vozidle.
111. K tomu uvádím, že na stranách 249 až 251 svazku B nabídky navrhovatele (kapitola 1.3.4 Kontrolní zařízení stacionární a přenosné) se lze přesvědčit o tom, že stacionární brány pro vymáhání poplatků zajišťují „...odečtení dat z palubní jednotky OBU...“ (viz str. 249 a 250 nabídky). Interpretaci nabídky, jak ji podává napadené rozhodnutí, lze proto považovat za správnou, přičemž současně je nutno se ohradit proti tvrzení zadavatele, že rozhodnutí vychází pouze z vyjádření navrhovatele ze dne 16.1.2006, kde jsou cesty přenosu dat na žádost Úřadu popsány. Z výše popsaného jednoznačně vyplývá, že Úřad v rámci správního řízení vycházel v této otázce přímo z nabídky navrhovatele.

#### **Notářský zápis z jednání hodnotící komise**

112. Navrhovatel namítá porušení § 61 odst. 1 zákona, tedy že si komise nevyžádala od uchazeče zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jejíž identifikace je výslovně zmíněna v notářském zápise, pořízeném z jednání hodnotící komise ze dne 10.11.2005. Zadavatel dle názoru navrhovatele nijak neprokázal, že závěr komise byl jiný, než jak je zaznamenáno v notářském zápise jako veřejné listině.
113. V této souvislosti považuji za nezbytné upozornit, že podle ustanovení § 34 odst. 5 zákona 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), hodnotí Úřad, jakožto správní orgán, důkazy v rámci správního řízení podle své úvahy, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti. Úřad pak vyhodnotil dle své úvahy a s ohledem na všechny již v napadeném rozhodnutí uvedené souvislosti, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a obecně z celého postupu hodnotící komise lze jednoznačně dovodit, že hodnotící komise reálně nezaujala takové stanovisko ohledně identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny, jak je uváděno v předmětném notářském zápise. Se závěry napadeného rozhodnutí se tedy v tomto bodě plně ztotožňuji a dále uvádím, že toto zjištění nutně nemusí znamenat

zpochybnění správnosti notářského zápisu jako veřejné listiny. Notářský zápis pouze ověřuje, že jednání proběhlo tak, jak je v něm popsáno. Úřad tedy nepochybuje, že členové komise na otázku „Identifikoval někdo z členů nízkou nabídkovou cenu, tak nízkou, že by ohrozila hospodářskou soutěž?“ hlasovali „pro“, avšak konstatuje vzhledem k výše uvedenému, že skutečný názor komise byl v této otázce opačný a pouze se při svém hlasování dopustila omylu, který mohl být způsoben např. i nevhodnou formulací otázky.

114. Z uvedeného důvodu jsem tedy neshledal důvod vyhovět požadavku navrhovatele na nařízení nového posouzení a hodnocení nabídek. O účelovosti námitky navrhovatele svědčí i fakt, že pokud by hodnotící komise skutečně shledala některou nabídkovou cenu uchazečů jako mimořádně nízkou a příslušného uchazeče (po případném nedostatečném zdůvodnění této ceny) posléze i vyloučila z účasti na otevřeném řízení, pak by se tento hypotetický postup hodnotící komise mohl dotknout pouze osoby samotného navrhovatele, neboť jeho nabídková cena byla ze všech ostatních nabídek výrazně nejnižší. Dle názoru Úřadu nelze rozumě předpokládat, že argumentační snahou navrhovatele jako uchazeče o veřejnou zakázku je dosáhnout svého případného vyloučení pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a proto je namístě pohlížet na argumentaci navrhovatele v tomto bodě pouze jako na obstruktivní snahu narušit zadávací proces účelovým namítáním jakýchkoliv, byť jen formálních či zdánlivých procesních pochybení.

#### **K jednání hodnotící komise**

115. V tomto bodě se plně ztotožňuji se závěry napadeného rozhodnutí a dále uvádím, že není porušením zákona, pokud nabídky a zadávací dokumentace není uložena v místnosti, kde probíhá jednání hodnotící komise a kde komise provádí posuzování nabídek podle § 61 zákona. Porušením zákona by však bylo, pokud by zadavatel hodnotící komisi nabídky a zadávací dokumentaci vůbec nepředal nebo bránil přístupu k nim, což se však nestalo. Není cílem jednání hodnotící komise, aby studium nabídek jednotlivými členy komise probíhalo právě zde, ale aby byly učiněny závěry o posouzení nabídek, přičemž je odpovědností každého člena hodnotící komise vůči zadavateli, aby se s nabídkami a podmínkami zadání řádně seznámil. Do jaké míry se jednotliví členové seznámí s nabídkami Úřad nezkoumá.

#### **K neprovedenému hodnocení nabídek**

116. Dle názoru navrhovatele vyvolává argumentace napadeného rozhodnutí v tomto bodě dojem, že všechna ustanovení, kde zákon o veřejných zakázkách používá pojem nabídka v množném čísle, by měla být v případě, kdy zbude pouze jediná nabídka, vyloučena z aplikace. Takový výklad pak dle názoru zadavatele neodpovídá standardním metodám výkladu právních norem.
117. Navrhovatel se v tomto bodě dopouští částečné dezinterpretace napadeného rozhodnutí, a to ve vztahu k Úřadem použitým interpretačním metodám. Úřad při interpretaci ustanovení § 62 odst. 1 zákona nevychází pouze a jenom z prostého faktu, že toto ustanovení hovoří o „hodnocení nabídek“, a nikoliv o hodnocení „nabídky“, a tedy mu nelze podsouvat, že používá takto nepřipustně zužující gramatický výklad právní normy. Uvedený argument je v napadeném rozhodnutí zjevně použit jenom pro ilustraci, když

hlavní těžiště interpretačního postoje zadavatele leží v logickém výkladu samotné podstaty zákonného institutu hodnocení nabídek.

118. Tento procesní úkon 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, v 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.
119. 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. Námitky navrhovatele, které svým obsahem směřují k provedení takového formálního úkonu, jsou tedy zcela bezpředmětné.

#### **K odstoupení člena hodnotící komise**

120. Navrhovatel ve svém rozkladu a jeho následném doplnění v tomto bodě dovozuje, že předseda komise měl v okamžiku, kdy jeden z členů této komise mu na jednání „bezodkladně“ sdělil svou rezignaci na tuto funkci, postupovat podle § 58 odst. 2 zákona a zajistit na jednání účast náhradníka.
121. K tomu uvádím, že dle ustanovení § 58 odst. 2 zákona musí být každý člen hodnotící komise na její jednání nejméně 7 dnů předem pozván; nemůže-li se jednání zúčastnit, je povinen bezodkladně oznámit tuto skutečnost předsedovi hodnotící komise, který zajistí účast náhradníka. Z uvedeného je zřejmé, předseda komise má povinnost zajistit účast náhradníka před jednáním komise, je-li mu předem oznámena neúčast některého z členů hodnotící komise na jednání. Z uvedeného však nelze dovozovat, že předseda hodnotící komise má povinnost zajistit účast náhradníka také v případě vzdání se funkce některého z členů komise v průběhu jednání. V takovém případě může hodnotící komise pokračovat v jednání, je-li i nadále usnášeníschopná, tedy jsou-li přítomny nejméně dvě třetiny členů, nebo jejich náhradníků, kterýžto požadavek byl v šetřeném případě splněn. Pokud bychom dovozovali povinnost předsedy hodnotící komise přerušit jednání a zajistit účast náhradníka vždy, když některý člen komise odstoupí ze své funkce, a nebo i jen opustí místo jednání, pak by ustanovení o usnášeníschopnosti hodnotící komise postrádalo jakýkoliv smysl, neboť předseda komise by měl dle takového výkladu povinnost vždy a za všech okolností zajistit plnou účast členů komise povoláním jejich náhradníků.

#### **Splnění kvalifikačních předpokladů uchazečem Kapsch**

122. Dle názoru navrhovatele, uchazeč Kapsch neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů, když ve výpise ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, předloženém



- členem sdružení společností PVT, a. s., nebyl obsažen výpis z rejstříku trestů ne starší 6 měsíců, jak požaduje ustanovení § 31 odst. 2 zákona. Pokud by takové prokázání základního kvalifikačního kritéria bylo možné, pak navrhovatel dovozuje, že dodavatelé zapsaní v seznamu kvalifikovaných dodavatelů jsou v tomto bodě nepřípustně zvýhodňováni oproti ostatním dodavatelům.
123. Napadené rozhodnutí se již s touto argumentací v plné míře vypořádalo, a proto pouze opakovaně zdůrazňují, že podle § 34 zákona mohou uchazeči nebo zájemci zapsaní do seznamu kvalifikovaných dodavatelů prokázat splnění kvalifikace podle § 30 odst. 1 písm. a), c) a d) zákona předložením výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ne starším než 90 dnů.
124. Zákon stanoví dva rovnocenné způsoby prokázání základního kvalifikačního kritéria podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona, tedy toho, že uchazeč fyzická osoba, či člen statutárního orgánu uchazeče právnické osoby, nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin nebo že došlo k zahlazení odsouzení trestného činu, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání. Prvním z těchto způsobů je dle § 31 odst. 2 zákona předložení výpisu z evidence Rejstříku trestů nebo jiného odpovídajícího dokladu ne staršího než 6 měsíců. Druhým rovnocenným způsobem prokázání předmětného kvalifikačního kritéria je dle § 34 předložení výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ne starším než 90 dnů. Oba tyto způsoby prokazování předmětného kvalifikačního kritéria jsou na sobě zcela nezávislé, a proto nelze dovozovat, že výpis ze Seznamu kvalifikovaných dodavatelů byl měl splňovat požadavky § 31 odst. 2 zákona, stejně jako by bylo nepřípustné např. požadovat, aby výpis z rejstříku trestů ne starší 6 měsíců měl některé náležitosti předepsané pro Seznam kvalifikovaných dodavatelů. Argumentace navrhovatele je tedy v tomto bodě zcela bezpředmětná a uchazeč Kapsch prokázal splnění kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem.
125. Vzhledem k výše uvedené rovnosti obou způsobů prokazování kvalifikačních předpokladů je pak bezpředmětná rovněž námitka navrhovatele, že dodavatelé zapsaní v seznamu kvalifikovaných dodavatelů jsou takto nepřípustně zvýhodněni. Současně je však možno konstatovat, že institut Seznamu kvalifikovaných dodavatelů byl do zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, oproti staré právní úpravě nově zaveden právě z důvodu zjednodušení a zpřehlednění formalizovaného postupu při prokazování splnění kvalifikace. Dodavatelé zapsaní do tohoto seznamu tak mohou použít v tomto směru procesně méně náročný postup. V tom však nelze spatřovat jakoukoliv formu nepřípustného zvýhodnění či pozitivní diskriminace uchazečů, neboť možnost zápisu do tohoto seznamu je dána všem potenciálním zájemcům a uchazečům stejně a současně transparentně, za splnění zákonných předpokladů.

### **Prokázání technické způsobilosti uchazeče Kapsch**

126. Navrhovatel v doplnění svého rozkladu namítá, že uchazeč Kapsch nedostatečně prokázal svou technickou způsobilost, když v rámci své nabídky předložil prohlášení ze dne 15.9.2005 o poskytnutí služby společností Europpass, ačkoliv tato společnost byla od 1.9.2005 ve vlastnictví státu (Rakouské republiky), tedy se stala veřejným objednatelem a prokázání technické způsobilosti bylo možno učinit pouze osvědčením vydaným veřejným objednatelem. Stejnou povinnost na straně uchazeče Kapsch dovozuje navrhovatel rovněž u prokazování poskytnutí služby společností Telekom Austria AG, Swisscom Mobile a Mobilkom Austria AG.

127. 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.
128. 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...“.
129. V tomto duchu je také formulován § 33 zákona, kde je uveden termín „veřejný objednatel“, a lze tedy učinit závěr, že rozhodným okamžikem pro výklad ustanovení § 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.
130. 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 jejich 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 vydané 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.

131. 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.

### **Posouzení předběžných otázek ESD dle článku 234 Smlouvy o založení Evropského společenství**

132. K požadavku navrhovatele na posouzení předběžných otázek ESD uvádím, že s odkazem na pravomoc ESD rozhodovat o předběžných otázkách (článek 234 Smlouvy ES) nevyvstala žádná předběžná otázka nutná pro rozhodnutí Úřadu, se kterou by byl Úřad povinen obrátit se k ESD. Pro doplnění konstatuji, že dle článku 234 Smlouvy ES má ESD pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se výkladu Smlouvy ES, platnosti a výkladů aktů přijatých orgány Společenství a Evropské centrální banky a výklad statutů subjektů zřízených aktem Rady, pokud tak tyto statuty stanoví. Nenastal tedy důvod, aby se Úřad na ESD s takovou žádostí obrátil, neboť platnost a výklad předpisů evropského práva, ze kterých zákon vychází, je zcela jasný.

### **V. Závěr**

133. 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.
134. 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.
135. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **P o u č e n í**

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

Ing. 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. DAMOVO Česká republika s. r. o., se sídlem U Michelské školy 398, 140 00 Praha 4,
3. Mgr. Ing. Daniel Zejda, se sídlem AK Havel & Holásek, Týn 1049/3, 110 00 Praha 1,
4. spis.