

Č. j.: R128/2006/03-21033/2006/300-Šp

V Brně dne 28. listopadu 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 24. 10. 2006 navrhovatelem

společností **ATS-TELCOM PRAHA, a.s.**, IČ: 61860409, se sídlem Trojská 195/88, 171 00 Praha 7, a společností **VUMS DataCom spol. s r. o.**, IČ: 48585611, se sídlem Rozšířená 2159/15, 180 00 Praha 8, které se sdružily podle § 829 a následujících zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za něž obě jedná Ing. Miroslav Filip, člen představenstva a generální ředitel prvně uvedené právnické osoby,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 10. 2006, č.j. S254/2006-09891/2006/550-VŠ, ve věci přezkoumání rozhodnutí o vyloučení navrhovatele – společnosti ATS-TELCOM PRAHA, a.s., z otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „**Optické přenosové zařízení**“, jejíž oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. číslem 50019215 dne 30. 3. 2006, přičemž dalším účastníkem správního řízení je

**Česká republika - Ministerstvo vnitra**, IČ: 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, za něhož jedná František Bublan, ministr, jako zadavatel,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 10. 2006, č.j. S254/2006-09891/2006/550-VŠ,

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

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo vnitra, IČ: 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7, za něhož jedná František Bublan, ministr (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil 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., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon“), na centrální adrese dne 30. 3. 2006 pod ev. č. 50019215 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Optické přenosové zařízení“. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.
2. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 9 nabídek. Dopisem ze dne 12. 6. 2006, č.j. ZM-54-29/VZ-2006, požádal zadavatel, resp. jeho hodnotící komise, uchazeče ATSTELCOM PRAHA, a.s., IČ: 61860409, se sídlem Trojská 195/88, 171 00 Praha 7, a VUMS DataCom spol. s r. o., IČ: 48585611, se sídlem Rozšířená 2159/15, 180 00 Praha 8, které se sdružily podle § 829 a následujících zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za něž obě jedná Ing. Miroslav Filip, člen představenstva a generální ředitel prvně uvedené právnické osoby (dále jen „navrhovatel“) o vysvětlení nabídky s tím, že „předmětem požadovaného vysvětlení je upřesnění reference uváděné ve Finské republice ve smyslu čl. 9, písm. b) odrážka první zadávací dokumentace k uvedené veřejné zakázce“. Navrhovatel zadavateli zaslal anglicky psaný referenční dopis izraelské společnosti ECI Telecom Ltd. ze dne 19. 6. 2006 a jeho český překlad s tlumočnickou doložkou. Dne 19. 7. 2006 bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky současně s rozhodnutím o vyloučení navrhovatele ze soutěže.
3. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel včas námitky, kterým však zadavatel nevyhověl. Proto navrhovatel podal dne 18. 8. 2006 návrh Úřadu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadání předmětné veřejné zakázky. V podaném návrhu nesouhlasil navrhovatel s tvrzením zadavatele, podle kterého navrhovatel údajně nedoložil doklad o tom, že alespoň jedna z uvedených dodávek byla v rozsahu realizace sítě optických multiplexerů v EU s minimálně 50 uzly nabízené technologie, jak požadoval zadavatel. Taktéž tvrdil, že jediným uchazečem splňujícím vlastní instalaci je společnost SITEL, spol. s r. o., a že jiné společnosti účastníci se výběrového řízení nejsou schopny doložit splnění požadavku 50 uzlů vlastní stanice. S tím zadavatel nesouhlasil a ve svém vyjádření k oznámení o zahájení správního řízení uvedl, že při přezkoumání námitek neplní funkci správního orgánu a uvádět poučení o způsobu a termínu odvolání do sdělení o nevyhovění námitkám mu zákon neukládá. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu dále uvádí, že navrhovatel z rozhodnutí předsedy orgánu dohledu Č.j.: 2R 42/05-Hr ze dne 4. 10. 2005 vybral pouze jemu vhodná vyjádření. Zadavatel se přiklání k názoru, že každá veřejná zakázka je specifická a v žádném případě nelze činit závěry ze zjištění, která sice orgán dohledu učinil, ale v rámci jiné veřejné zakázky. Pojem dodavatel, který navrhovatel vyzdvihuje

z uvedeného rozhodnutí, tedy jakýkoli dodavatel ve smyslu obecném bez ohledu na zákon, odporuje dle názoru zadavatele nejen ustanovení § 10 odst. 1, § 13, ale i dalším ustanovením zákona v souvislosti s touto veřejnou zakázkou.

### **Napadené rozhodnutí**

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. 10. 2006 rozhodnutí č.j. S254/2006-09891/2006/550-VŠ, kterým rozhodl, že se správní řízení podle § 101 odst. 5 zákona zastavuje, neboť zadavatel zákon neporušil.
5. V odůvodnění citovaného rozhodnutí Úřad vyslovil, že dne 14.7.2006 zadavatel navrhovatele s odvoláním na ustanovení § 61 odst. 5 zákona vyloučil z otevřeného zadávacího řízení s tím, že jeho nabídka nesplnila zadávací podmínky. Zadavatel tak učinil právem, neboť navrhovatel nesplnil požadavek stanovený v citovaném bodu 9 b) zadávací dokumentace. Ani jeden z jím v nabídce předložených dokumentů neprokázal, že alespoň jedna z jeho významných dodávek v posledních 3 letech byla v rozsahu realizace sítě optických multiplexorů v EU s minimálně 50 uzly nabízené technologie. Takovým dokumentem není ani referenční dopis společnosti ECI Telecom Ltd., Izrael, ze dne 19. 6. 2006. Je tomu tak mimo jiné i proto, že v bodu 9 b) zadávací dokumentace bylo požadováno předložení seznamu významných dodávek s připojením osvědčení vydaného veřejným nebo soukromým objednatelem, „případně čestným prohlášením dodavatele o provedení dodávky, není-li možno takového osvědčení od soukromého objednatele získat“. Vzhledem k tomu, že Finské obranné síly (FDF) nejsou soukromým objednatelem, nebyl požadavek stanovený v bodu 9 b) zadávací dokumentace splněn. Hlavním důvodem nesplnění požadavku stanoveného v bodu 9 b) zadávací dokumentace u všech referencí poskytnutých společnostmi ECI Telecom Ltd., Izrael, včetně referenčního dopisu (s jedinou výjimkou – reference od společnosti ČD - Telematika, a.s.) je, že neprokazují dodávky navrhovatele, ale uvedené společnosti. Ze znění bodu 9 b) zadávací dokumentace, jehož první věta je převzata z ustanovení § 33 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona, je přitom nepochybné, že seznamem měly být prokazovány významné dodávky navrhovatele v posledních 3 letech. Jen v případě, že k nim navrhovatel nepřipojil zadavatelem požadované osvědčení vydané veřejným nebo soukromým objednatelem, mohl k nim připojit čestné prohlášení dodavatele o provedení dodávky, ale to jen v případě, že není možno takovéto osvědčení od soukromého objednatele získat.
6. Pokud jde o odkazované rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4.10.2005, č.j. 2R 42/05-Hr, zdůraznil orgán dohledu, že se jedná o případy s odlišným základem v zadávacích podmínkách, konkrétně pak ve stanovení požadavku na prokázání technické způsobilosti podle ustanovení § 33 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona. Jen toto ustanovení je pro oba případy shodné, nikoli však jeho naplnění a tomu odpovídající jeho výklad. Zatímco v případě rozhodnutí ze dne 4. 10. 2005, č.j. 2R 42/05-Hr, je základní otázkou, zda zadavatelem stanovený požadavek prokázání technické způsobilosti je v souladu s citovaným ustanovením zákona, v daném případě jde o to, zda zadavatelem stanovený požadavek byl navrhovatelem splněn či nikoli. Navrhovatelem citované části rozhodnutí mají svůj význam a vypovídací schopnost pouze v kontextu celého rozhodnutí a pouze při znalosti matérie celého případu, resp. jeho od daného případu odlišného základu.

7. Pokud jde o tvrzení navrhovatele o nedostatečích sdělení o nevyhovění námitkám z pohledu ustanovení § 68 odst. 5 a 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., Úřad navrhovatele odkázal na ustanovení § 88 odst. 3 zákona, z kterého je patrné, že písemné sdělení zadavatele, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, není upraveno a není možné jej ani považovat za rozhodnutí správního orgánu ve správním řízení.

## II. Námitky rozkladu

8. Dne 24. 10. 2006 podal proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad navrhovatel. V tomto rozkladu uvádí, že nesouhlasí se závěrem Úřadu, že „logickým výkladem znění první věty bodu 9 b) zadávací dokumentace a první věty ustanovení § 33 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona nelze než dospět k závěru, že dodavatelem, který vydává čestné prohlášení o provedení dodávky, musí být vždy právnická nebo fyzická osoba, která dodává zboží (ustanovení § 11 zákona) v rámci dodávky navrhovatele, která provedla dodávku navrhovatele, dodávku, kterou navrhovatel uvedl v požadovaném seznamu“. Domnívá se, že tímto orgán dohledu nepřipustně rozšířil znění § 11 zákona, neboť i v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 10. 2005, č.j. 2R 42/05-Hr je jednoznačně konstatováno, že „použitím obecnějšího pojmu ‚dodavatel‘ ve smyslu § 11 zákona tak zákonodárce umožnil prokazování technické způsobilosti seznamem zakázek realizovaných všemi v úvahu přicházejícími ‚právníckými či fyzickými osobami, které dodávají zboží‘ a neomezil tento okruh pouze na ‚uchazeče či zájemce‘, čili ty dodavatele podle ustanovení § 12 respektive § 13 zákona, kteří podali nabídku“. Taktéž uvedené rozhodnutí předsedy Úřadu říká, že „ustanovení § 33 odst. 1 písm. b) bod 1. zákona výslovně nestanoví, že by se muselo jednat o seznam dodávek realizovaných pouze uchazečem“, tedy toto ustanovení je nutno interpretovat tak, aby zadavatel měl možnost vybrat objektivně nejvhodnější nabídku.
9. Navrhovatel dále nesouhlasí se závěrem Úřadu, že zadavatel požadoval prezentaci uchazečů vlastními instalacemi. Toto tvrzení nepovažuje navrhovatel za pravdivé a cituje ze zadávací dokumentace, že zadavatel požadoval, aby alespoň jedna z výše uvedených dodávek byla v rozsahu realizace sítě optických multiplexorů v EU s minimálně 50 uzly nabízené technologie. Navrhovatel dále zdůrazňuje, že v podmínkách zadání mohl rozhodovat podle zkušeností uchazečů s instalacemi nabízené technologie XDM/DWDM. Jediným kritériem pro zadavatele byla nejnižší nabídková cena. Vyloučení navrhovatele má vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
10. Navrhovatel taktéž nesouhlasí s různým výkladem ustanovení § 33 odst. 1 písm. b) bod 1 zákona tak, jak byl podán v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 10. 2005, č.j. 2R 42/05-Hr, a jak byl podán ve výše citovaném rozhodnutí orgánu dohledu. Toto ustanovení považuje navrhovatel za jednoznačné, a dokonce i základ obou případů považuje za shodný.
11. Co se týče předloženého prohlášení, upozorňuje navrhovatel, že Finské obranné síly nepodléhají českému právu, a tudíž nemají povinnost vyhotovovat příslušné prohlášení. Navíc navrhovatel poukazuje na to, že předmětná reference se týkala technické platformy založené jako celek na XDM/DXDM technologii. Z tohoto důvodu bylo předloženo osvědčení výrobcem (dodavatelem), jako by byly Finské obranné síly soukromým objednatelem, a to nevede ke snížení důležitosti této dodávky.

12. Závěrem žádá navrhovatel o nařízení ústního jednání podle § 49 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „správní řád“).

#### **Závěr rozkladu**

13. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil a nařídil zadavateli zařadit navrhovatele zpět do posuzování předmětné veřejné zakázky.

#### **Vyjádření dalších účastníků řízení**

14. K podanému rozkladu se vyjádřil také zadavatel. V tomto vyjádření uvedl, že trvá na svém stanovisku k oznámení o zahájení správního řízení. Zároveň informoval Úřad, že z jeho strany nebyly činěny kroky k uzavření smlouvy.

### **III. Řízení o rozkladu**

15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 6. 10. 2006, č.j. S254/2006-09891/2006/550-VŠ, rozhodl, že se správní řízení zastavuje, neboť zadavatel zákon neporušil, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

### **IV. K námitkám rozkladu**

#### **K povaze reference**

18. Pokud se navrhovatel domnívá, že se orgán dohledu odchýlil od své dosavadní rozhodovací praxe, kterou reprezentuje rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 10. 2005, č.j. 2R 42/05-Hr, podobně jako orgán dohledu konstatuji, že rozhodnutí Úřadu či jeho předsedy představují individuální právní akty, které nemají obecnou závaznost. Závěry v nich vyslovené se vždy týkají pouze konkrétního případu a nelze je bez dalšího aplikovat na případy jiné, aniž by nebyly současně posouzeny jejich odlišnosti a specifika.
19. V případě citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu se jednalo o veřejnou zakázku na dodávku extrakorporálního lithotryptoru. V dané veřejné zakázce zadavatel formuloval podmínky pro prokázání technické způsobilosti uchazeče tak, že: *uchazeč předloží seznam zakázek za poslední 3 roky na dodávky nabízeného nebo obdobného typu extrakorporálního lithotryptoru v ČR nebo zahraničí*, přičemž v seznamu těchto zakázek měl každý uchazeč vždy uvést všechny jemu známé tuzemské i zahraniční instalace daného typu extrakorporálního lithotryptoru v posledních 3 letech s uvedením zdravotnického zařízení (objednatele), roku uvedení do provozu a dodavatele. Nejméně

u 3 zakázek pak zadavatel požadoval přiložení osvědčení objednatele, případně prohlášení dodavatele o provedení zakázky. Závěr předsedy Úřadu byl takový, že zadavatel předpokládal u každého uchazeče prokázání technické způsobilosti předložením seznamu všech uchazeči známých instalací nabízeného zboží, přičemž pouze v případě, že některá z těchto instalací byla realizována přímo uchazečem, požadoval zadavatel od uchazeče zmocnění vyžádat si u objednatele této realizace bližší informace. Technickou způsobilost tak mohl prokázat i uchazeč, který teoreticky žádnou instalaci nabízeného zboží dosud nerealizoval. V uvedeném případě tedy způsob prokazování technické způsobilosti stanovil zadavatel v souladu se zákonem, jak bylo vysloveno zmíněným rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 4. 10. 2005, č.j. 2R 42/05-Hr. Závěrem uvedeného rozhodnutí pak mj. bylo, že zadavatel u veřejných zakázek na dodávky spojené s montáží *může* přikládat vyšší důležitost kvalitě technických parametrů dodávaného přístroje, než skutečnosti, zda dodavatel má zkušenosti s instalací.

20. V řešeném případě zadávací dokumentace veřejné zakázky stanoví v bodě 9b), že reference bude prokazována předložením seznamu významných dodávek s připojeným *osvědčením vydaným veřejným nebo soukromým objednatelem, případně čestným prohlášením dodavatele o provedení dodávky, není-li možné takové osvědčení od soukromého objednatele získat*. Prokazování technické způsobilosti tedy zadavatel zvolil shodně s § 33 odst. 1 písm. b) bod 1. zákona. V daném případě však není klíčové zodpovězení otázky, zda je možné připustit prokázání technické způsobilosti odkazem na dodávku, která byla realizována dodavatelem odlišným od uchazeče. Z větné konstrukce § 33 odst. 1 písm. b) bodu 1. zákona jasně vyplývá, že uchazeč má na výběr, zda referenci získá od veřejného nebo soukromého objednatele. V případě soukromého objednatele (nikoli však veřejného), má uchazeč možnost doložit referenci také formou čestného prohlášení dodavatele o provedení dodávky v případě, kdy takové osvědčení od soukromého objednatele získat nemůže. Z uvedeného je možné vyvodit pouze jediný závěr, že pokud uchazeč hodlá prokázat technickou způsobilost uvedením zakázky, která byla zadána veřejným zadavatelem (jímž Finské obranné síly nepochybně jsou), pak není přípustné, aby uchazeč doložil referenci formou čestného prohlášení o provedení dodávky. Pak je již zcela lhostejné zkoumat, týká-li se čestné prohlášení dodávky realizované uchazečem či jiným dodavatelem.
21. S odkazem na výše uvedené konstatuji, že orgán dohledu správně konstatoval, že ze strany zadavatele nedošlo k porušení zákona, neboť tento oprávněně vyloučil navrhovatele ze soutěže o veřejnou zakázku proto, že navrhovatel nesplnil zadávací podmínky. Neshledávám tedy nezákonnost či nesprávnost v postupu orgánu dohledu, když bylo správné řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele zastaveno.

### **K návrhu na nařízení ústního jednání**

22. Podle ustanovení § 49 správního řádu správní orgán nařídí ústní jednání v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Z této dikce vyplývá, že na nařízení ústního jednání není právní nárok a je čistě jen na Úřadu, zda ústní jednání nařídí, či nikoliv.
23. Je nepochybné, že v daném případě není Úřadu žádným právním předpisem uložena povinnost nařídít ústní jednání s účastníkem řízení – navrhovatelem. Po zvážení všech aspektů této věci jsem shledal, že ústní jednání není nezbytné ani ke splnění účelu řízení,

ani k uplatnění práv účastníků řízení. Nařízení ústního jednání považuji za nadbytečné i z důvodu procesní ekonomie, která je jako zásada hospodárnosti vyjádřena v § 6 správního řádu.

24. Pro úplnost dodávám, že rozklad zadavatele prakticky opakuje dosavadní tvrzení. Všichni účastníci řízení měli možnost vyjádřit se k oznámení o zahájení správního řízení a k podkladům pro rozhodnutí, včetně s tím související možností nahlédnout do správního spisu, o čemž byli poučeni a k čemuž jim byla stanovena usnesením lhůta. Úřad ve stanovené době také obdržel všechny požadované dokumenty, z nichž potom vycházel při vydání napadeného rozhodnutí. Tyto dokumenty považuji za dostačující podklad pro rozhodnutí.

## **V. Závěr**

25. 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.
26. 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 § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

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

Obdrží:

1. ATS-TELCOM PRAHA, a.s., se sídlem Trojská 195/88, 171 00 Praha 7
2. VUMS DataCom spol. s r. o., se sídlem Rozšířená 2159/15, 180 00 Praha 8,
3. Ministerstvo vnitra, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7
4. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce