

Č. j. S111/2008/VZ-13318/2008/530/RP

V Brně dne 4. července 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4.4.2008 na návrh ze dne 31.3.2008, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, za niž jedná Ing. Alfréd Brunclík, generální ředitel, ve správním řízení dále zastoupená na základě plné moci ze dne 14.4.2008 JUDr. Miroslavem Janstou, advokátem, AK Jansta & Kostka a spol., se sídlem Těšnov 1, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – společnost FELA Management AG, IČ CH-440.3.002.390-4, se sídlem Basadingerstrasse 18, CH-8253 Diessenhofen, Švýcarsko, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 17.4.2008 Mgr. Ing. Janem Šelderem, advokátem, se sídlem AK Thámova 402/4, 186 00 Praha 8,
- vybraný uchazeč – společnosti

Kapsch TrafficCom AG, IČ FN 223805a, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko,

Kapsch s. r. o., IČ 45311005, se sídlem, , se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8,

Kapsch BusinessCom AG, IČ FN 178368z, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko,

Kapsch CarrierCom AG, IČ FN 223804z, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko,

Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o., IČ 27371522, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8,

Kapsch Telematic Services spol. s r. o., IČ 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8,

Asseco Czech Republic, a. s., IČ 27074358, se sídlem Podvinný mlýn 2178/6, 190 00 Praha 9,

ve správním řízení dále zastoupené Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Implementace liniového řízení dálnice D1“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 17.12.2007,

**rozhodl** podle § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona pozdějších předpisů, takto:

Správní řízení **se zastavuje**, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

### Odůvodnění

Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, za niž jedná Ing. Alfréd Brunclík, generální ředitel (dále jen „zadavatel“), výzvou ze dne 17.12.2007 zahájil zadávání veřejné zakázky „Implementace liniového řízení dálnice D1,“ a to v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Zadávání předmětné veřejné zakázky se řídilo zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., zákona č. 296/2007 Sb. a zákona č. 76/2008 Sb.

Zadavatel vyzval k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění zájemce, sdružení společností Kapsch TrafficCom AG, IČ FN 223805a, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko, Kapsch s. r. o., IČ 45311005, se sídlem, , se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, Kapsch BusinessCom AG, IČ FN 178368z, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko, Kapsch CarrierCom AG, IČ FN 223804z, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko, Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o., IČ 27371522, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, Kapsch Telematic Services spol. s r. o., IČ 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, Asseco Czech Republic, a. s., IČ 27074358, se sídlem Podvinný mlýn 2178/6, 190 00 Praha 9 (dále jen „sdružení KAPSCH“). Na základě provedených jednání posléze zadavatel se sdružením KAPSCH uzavřel dne 27.12.2007 na plnění předmětné veřejné zakázky smlouvu formou dvou dodatků ke dříve uzavřeným smlouvám na dodávky a služby ve výběrovém řízení na tzv „elektronické mýtné,“ a sice „dodatku o provozu liniového zařízení dálnice D1 ke smlouvě o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice“ a „dodatku o liniovém řízení dálnice D1 ke smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací.“ Dne 3.3.2008 pak zadavatel v informačním systému o veřejných zakázkách pod ev. č. 60015515 a dne 4.3.2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2008/S 44-060402 uveřejnil oznámení o zadání veřejné zakázky sdružení KAPSCH.

Dopisem ze dne 7.3.2008 doručeným zadavateli dne 18.3.2008 podala společnost FELA Management AG, IČ CH-440.3.002.390-4, se sídlem Basadingerstrasse 18, CH-8253 Diessenhofen, Švýcarsko (dále také „FELA Management AG“), proti postupu zadavatele námitky s tím, že nebyly dány technické podmínky pro použití zvoleného způsobu zadání. Zadavatel odpověděl společnosti FELA Management AG dopisem ze dne 28.3.2008, v němž

jí s odkazem na ust. § 111 odst. 4 zákona sdělil, že o námitkách nerozhodl, neboť byly podány po uzavření smlouvy, tedy opožděně. Jelikož společnost FELA Management AG (dále také „navrhovatel“) se způsobem vyřízení námitek nesouhlasila, podala dopisem ze dne 31.3.2008 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh dne 4.4.2008 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Vyjádření zadavatele k návrhu a dokumentaci o zadávání veřejné zakázky obdržel Úřad dne 30.4.2008. Zadavatel trvá na svém názoru vyjádřeném v dopise, jímž vyřídil podané námitky a navrhuje zastavení řízení.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel, ve správním řízení dále zastoupený na základě plné moci ze dne 14.4.2008 JUDr. Miroslavem Janstou, advokátem, AK Jansta & Kostka a spol., se sídlem Těšnov 1, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 17.4.2008 Mgr. Ing. Janem Šelderem, advokátem, se sídlem AK Thámova 402/4, 186 00 Praha 8,
- vybraný uchazeč – sdružení KAPSCH, ve správním řízení zastoupené Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S111/2008/VZ-09238/2008/530/RP ze dne 6.5.2008. Zároveň Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. S111/2008/VZ-09239/2008/530/RP ze dne 6.5.2008 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Navrhovateli byla Úřadem stanovena lhůta, v níž měl prokázat, že námitky podal v souladu se zákonem. Usnesením č. j. S111/2008/VZ-09519/2008/530/RP ze dne 9.5.2008 pak v návaznosti na žádost navrhovatele nahlédnout do nabídky vybraného uchazeče, Úřad stanovil sdružení KAPSCH lhůtu pro sdělení případného obchodního tajemství v nabídce.

Dopisem ze dne 12.5.2008 navrhovatel požádal o prodloužení procesních lhůt a dopisem ze dne 16.5.2008 totéž učinilo také sdružení KAPSCH.

Navrhovatel se dopisem ze dne 15.5.2008 vyjádřil k otázce opožděnosti námitek s tím, že ust. § 111 odst. 4 zákona nelze v daném případě vykládat tak, že námitky byly podány opožděně. Argumentuje přitom tím, že o způsobu zadání v jednacím řízení bez uveřejnění se ostatní dodavatelé mohou dozvědět nejdříve až z oznámení o zadání zakázky, kdy je již smlouva uzavřena. Při doslovném použití cit. ustanovení zákona by tedy bylo použití jednacím řízení bez uveřejnění zcela vyjmuta z možnosti přezkumu pomocí námitek dodavatelů.

Dopisem ze dne 20.5.2008 zaslal své vyjádření navrhovatel, v němž zejména navrhuje provedení důkazu znaleckými posudky, na něž odkazuje výzva k podání nabídky a rovněž provedením revizního znaleckého posudku, zda jsou namísto technické důvody pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.

Usnesením č. j. S111/2008/VZ-10299/2008/530/RP ze dne 22.5.2008 Úřad vyhověl žádostem účastníků o prodloužení procesních lhůt, když tyto přiměřeně prodloužil.

Dopisem ze dne 21.5.2008 doručeným Úřadu 22.5.2008 navrhovatel podal proti původnímu usnesení o stanovení procesních lhůt rozklad v němž argumentuje rovněž věcně s tím, že při výkladu ust. § 110 odst. 3 zákona je nutné přihlídnout ke komunitární úpravě, konkrétně ke směrnici Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11.12.2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek, která mění dosavadní „přezkumné směrnice“ za účelem posílení možnosti kontroly protiprávního přímého zadávání veřejných zakázek. V této souvislosti navrhovatel argumentuje, že směrnice by měla být použita jako výkladové pravidlo pro citované ustanovení o povinnosti podat námitky do uzavření smlouvy, přičemž je nutné použít zužující výklad. Dle navrhovatele tak nelze aplikovat omezení dodavatele podat námitku do okamžiku uzavření smlouvy a měla by být dodavateli poskytnuta přiměřená lhůta od okamžiku od zveřejnění výsledku zadávacího řízení.

Dne 22.5.2008 sdružení KAPSCH označilo obchodní tajemství a dopisem z téhož dne zaslalo vyjádření v němž uvádí přesvědčení, že postup zadavatele byl v souladu s právem a navrhuje zastavení řízení.

Dne 27.5.2008 Úřad navrhovateli poskytl elektronicky ty části dokumentace, které netvoří označené obchodní tajemství.

Dopisem ze dne 13.6.2008 navrhovatel po seznámení se s obsahem nabídky a smlouvy bez dříve označeného obchodního tajemství navrhuje doplnění spisu o přílohy obsahující cenové podmínky. Dále pak navrhovatel uvádí, že předmětná zakázka navazuje na dříve zadanou veřejnou zakázku témuž uchazeči, kde byla dána podmínka zákazu omezení přístupu ostatních dodavatelů „do systému.“ Zadání navazujících dodávek a služeb v jednacím řízení je tak dle navrhovatele v rozporu s uvedenou podmínkou původní veřejné zakázky.

Dopisem ze dne 20.6.2008 se vyjádřil opětovně uchazeč sdružení KAPSCH, v němž zopakoval své původní vyjádření. Dále se již nikdo z účastníků ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona náležitosti návrhu a rozhodl o zastavení řízení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 110 odst. 3 zákona musí námitky stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Podle odstavce pátého téhož ustanovení zákona je podání řádných námitek podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.

Jestliže podle § 114 odst. 3 zákona návrh nemá předepsané náležitosti podle odstavce 2 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 zákona nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, Úřad zahájené řízení zastaví; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední.

Podle článku 1 směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21.12.1989, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (dále jen „směrnice 89/665/EHS“), mohou členské státy zejména požadovat, aby osoba usilující o přezkum nejprve oznámila zadavateli domnělé protiprávní jednání a svůj záměr podat návrh na přezkum. Podle článku 2 odstavce 6 cit. směrnice se účinky výkonu pravomocí uvedených v odstavci 1 na uzavření smlouvy po udělení zakázky řídí vnitrostátními právními předpisy. S výjimkou případu, kdy je třeba rozhodnutí před přiznáním náhrady škody zrušit, může členský stát dále stanovit, že poté, co byla uzavřena smlouva po udělení zakázky, je pravomoc orgánů příslušných k přezkumu omezena na přiznání náhrady škody osobám poškozeným protiprávním jednáním. Podle odstavce 2 téhož článku cit. směrnice dále platí, že pravomoci uvedené v odstavci 1 mohou být rozděleny mezi různé orgány, které jsou příslušné k přezkumu z různých hledisek.

V šetřeném případě zadavatel uzavřel v jednacím řízení bez uveřejnění smlouvu na plnění veřejné zakázky (formou dvou dodatků k původním smlouvám) dne 27.12.2007. Námitky navrhovatel podal dopisem ze dne 7.3.2008 doručeným zadavateli dne 18.3.2008. Z uvedeného vyplývá, že námitky navrhovatel podal až po uzavření smlouvy. Úřad uvádí, že z ustanovení § 110 odst. 3 zákona plyne povinnost podat námitky nejpozději do doby uzavření smlouvy, přičemž zákon nerozlišuje, v jakém z druhů zadávacích řízení je napadaná veřejná zakázka zadávána. Citované ustanovení je proto třeba aplikovat i na jednacím řízení bez uveřejnění. Zároveň platí, že podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu je „podání řádných námitek“ (viz § 110 odst. 5 zákona). Dodavatel, který nepodá řádné námitky, tj. mimo jiné například podá námitky po uzavření smlouvy, není oprávněnou osobou k podání návrh na zahájení řízení u Úřadu.

Co se týče argumentace navrhovatele, že předmětná ustanovení zákona je nutné vykládat tak, že podání námitek v případech jednacích řízení bez uveřejnění je, s přihlédnutím ke komunitární úpravě této otázky, možné i v přiměřené lhůtě po uveřejnění výsledku zadávacího řízení (tedy po uzavření smlouvy, pozn. Úřadu), uvádí Úřad následující. Jak již Úřad uvedl výše, ustanovení § 110 odst. 3 zákona se aplikuje na všechna zadávací řízení včetně jednacích řízení bez uveřejnění. Tato úprava odpovídá v současnosti účinným „přezkumným“ směrnícím, které jsou zákonem transponovány do českého právního řádu (v daném případě směrnice 89/665/EHS, pozn. Úřadu). Podle článku 2 směrnice 89/665/EHS se výkon pravomocí orgánů příslušných k přezkumu může po uzavření smlouvy omezit jen na přiznání náhrady škody. V České republice je v souladu s cit. ustanoveními směrnice 89/665/EHS po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky právo ostatních dodavatelů brojit proti postupu zadavatele omezeno na náhradu škody, kterou je v České republice nutné uplatnit v soukromoprávní žalobě u příslušného soudu. Námitky a posléze návrh na zahájení řízení u Úřadu proto nejsou připuštěny. Úřad však poznamenává, že právo zahájit správní řízení z moci úřední není tímto dotčeno (viz § 113 odst. 1 zákona).

Úřad připouští, že otázka zvýšení účinnosti přezkumu nezákonného přímého zadávání, je na evropské úrovni dlouhodobě řešena, což vyústilo v novelizaci „přezkumných“ směrnic, a to navrhovatelem zmíněnou směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES, která by měla mimo jiné napomoci možnosti podávání námitek i v případech jednacích řízení bez uveřejnění. Nicméně podle článku 3 cit. směrnice členské státy uvedou v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí do 20.12.2009. Uvedenou směrnicí proto nelze v současnosti použít při výkladu zákona jak navrhuje společnost FELA Management AG, neboť transpozice zmíněné směrnice nebyla dosud přijata, čímž však Česká republika směrnicí neporušuje, neboť lhůta pro transpozici dosud nevypršela.

Co se týče návrhů společnosti FELA Management AG na provedení důkazů cenovými podmínkami, znaleckými posudky a revizním posudkem Úřad uvádí, že tyto neprovedl, neboť nemohly nijak ovlivnit výsledek řízení, které bylo nutno zastavit z procesních důvodů.

Na základě dosud uvedeného Úřad konstatuje, že navrhovatel, společnost FELA Management AG, nepodala námitky do uzavření smlouvy jak vyžaduje § 110 odst. 3 zákona, a tudíž nedodržela zákonem stanovenou podmínku pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je podle § 110 odst. 5 zákona řádné podání námitek. Návrh tak nebyl podán k tomu oprávněnou osobou, a Úřad proto rozhodl podle § 114 odst. 3 zákona o zastavení řízení.

**Poučení:**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman  
zástupce místopředsedkyně ÚOHS  
sekce veřejných zakázek

**Obdrží:**

JUDr. Miroslav Jansta, advokát, AK Jansta & Kostka a spol., Těšnov 1, 110 00 Praha 1

Mgr. Ing. Jan Šelder, advokát, sídlem AK Thámova 402/4, 186 00 Praha 8

Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát, AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1

**Vypraveno dne:** viz otisk razítka na poštovní obálce