

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 6.10.2008

Č. j.: R147/2008/02-19422/2008/310-Ku

V Brně dne 26. září 2008

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 23.7.2008 společnostmi

- **FELA Management AG, IČ CH-440.3.002.390-4, se sídlem Basadingerstrasse 18, CH-8253 Diessenhofen, Švýcarsko, právně zast. na základě plné moci ze dne 17.4.2008 advokátem Mgr. Janem Šelderem, se sídlem AK Thámova 402/4, 186 00 Praha 8,**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.S112/2008/VZ-13320/2008/530/RP ze dne 4.7.2008, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR, příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, zast. generálním ředitelem Ing. Alfrédem Brunclíkem, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 14.4.2008 advokátem JUDr. Miroslavem Janstou, se sídlem AK Jansta & Kostka a spol., Těšnov 1, 110 00 Praha 1,**

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Implementace rozhraní pro budoucí propojení se systémem výkonového zpoplatnění na silnicích 1., 2. a 3. třídy**“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 17.12.2007 podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení vybraný uchazeč, a to společnosti

- **Kapsch TrafficCom AG, IČ FN 223805a, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko,**
- **Kapsch s. r. o., IČ 45311005, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8,**
- **Kapsch BusinessCom AG, IČ FN 178368z, se sídlem Weinerbergstrasse 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 všichni právně zast. advokátem Mgr. Ing. Danielem Zejdou, se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1,

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 č. j. S112/2008/VZ-13320/2008/530/RP ze dne 4.7.2008

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 řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, příspěvková organizace, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, zast. generálním ředitelem Ing. Alfrédem Brunclíkem, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 14.4.2008 advokátem JUDr. Miroslavem Janstou, se sídlem AK Jansta & Kostka a spol., Těšnov 1, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), zahájil zadávání veřejné zakázky „Implementace rozhraní pro budoucí propojení se systémem výkonového zpoplatnění na silnicích 1., 2. a 3. třídy“ výzvou ze dne 17.12.2007, a to v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona 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. (dále jen „zákon“).
2. 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 Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, Kapsch BusinessCom AG, IČ FN 178368z, se sídlem Weinerbergstrasse 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 a Asseco Czech Republic, a. s., IČ 27074358, se sídlem Podvinný mlýn 2178/6, 190 00 Praha 9, všichni ve správním řízení právně zast. advokátem Mgr. Ing. Danielem Zejdou, se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč“). Na základě proběhlých jednání uzavřel dne 27.12.2007 zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky, a to formou dvou dodatků ke dříve uzavřeným smlouvám na dodávky a služby ve výběrovém řízení na tzv. „elektronické mýtné“, a sice „dodatku o dodávce implementace rozhraní pro budoucí propojení se systémem výkonového zpoplatnění na silnicích 1., 2. a 3. třídy“. Dne 3.3.2008 zadavatel v informačním systému o veřejných

zakázkách pod ev. č. 60015517 a dne 4.3.2008 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2008/S 44-060219 uveřejnil oznámení o zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči.

3. Dne 18.3.2008 byl zadavateli doručen dopis obsahující námitky společnosti FELA Management AG, IČ CH-440.3.002.390-4, se sídlem Basadingerstrasse 18, CH-8253 Diessenhofen, Švýcarsko, právně zast. na základě plné moci ze dne 17.4.2008 advokátem Mgr. Janem Šelderem, se sídlem AK Thámova 402/4, 186 00 Praha 8 (dále jen „FELA Management AG“ nebo „navrhovatel“), směřující proti postupu zadavatele s tím, že nebyly dány technické podmínky pro použití zvoleného způsobu zadání. Zadavatel reagoval dopisem ze dne 28.3.2008, v němž uvedl, že s odkazem na § 111 odst. 4 zákona o námitkách nerozhodl s tím, že tyto byly podány až po uzavření smlouvy, tedy opožděně. Společnost FELA Management AG s tímto vyřízením námitek nesouhlasila a podala návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
4. Úřad obdržel návrh dne 4.4.2008 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dopisem ze dne 6.5.2008 oznámil Úřad účastníkům řízení zahájení správního řízení a stanovil jim lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Společnosti FELA Management AG též stanovil lhůtu, v níž měla prokázat, že námitky podala v souladu se zákonem.

Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 4.7.2008 rozhodnutí č. j. S112/2008/VZ-13320/2008/530/RP, kterým podle § 114 odst. 3 zákona správní řízení zastavil, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
6. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvedl, že společnost FELA Management AG návrhem na zahájení řízení nesplnila předepsané náležitosti, které stanoví § 114 odst. 2 zákona jako obligatorní. V šetřeném případě zadavatel uzavřel v jednacím řízení bez uveřejnění smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky (formou dvou dodatků k původním smlouvám) dne 27.12.2007. Navrhovatel podal své námitky 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 návrhu na zahájení řízení u Úřadu.
7. Úřad se zabýval rovněž tvrzením navrhovatele, že podání námitek v případech jednacím řízení bez uveřejnění, je s přihlédnutím ke komunitární úpravě této otázky možné i v přiměřené lhůtě po uveřejnění výsledku zadávacím řízení. Úřad v této souvislosti připouští, že otázka zvýšení účinnosti přezkumu nezákonného přímého zadávání je na evropské úrovni dlouhodobě řešena, což vyústilo v novelizaci „přezkumných“ směrnic, konkrétně pak 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. Úřad nicméně podotýká, že podle článku 3 cit. směrnice mají členské státy uvést v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí do 20.12.2009. Uvedenou směrnicí pak v současnosti nelze použít při výkladu zákona, neboť transpozice zmíněné směrnice nebyla dosud přijata. Česká republika tím však předmětnou směrnicí neporušuje, neboť lhůta pro transpozici dosud nevypršela.

8. Úřad tedy uzavírá, že navrhovatel nepodal námitky do uzavření smlouvy jak vyžaduje § 110 odst. 3 zákona, tudíž nedodržel zákonem stanovenou podmínku pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a návrh proto nebyl podán k tomu oprávněnou osobou. Úřad správně rozhodl podle § 114 odst. 3 zákona o zastavení řízení.

II. Námitky rozkladu

9. Dne 23.7.2008 podala společnost FELA Management AG proti rozhodnutí Úřadu rozklad, v němž napadá rozhodnutí v plném rozsahu a žádá jeho zrušení. Napadá v něm především tu okolnost, že Úřad nesprávně interpretoval předmětnou právní normu, tj. zákon, v kontextu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11.12.2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS. Společnost FELA Management AG tvrdí, že tato směrnice mění dosavadní úpravu komunitárního práva s tím, že při aplikaci právních norem je nutné zohledňovat všechny platné právní normy, tedy i směrnice vnitrostátním právem dosud neprovedené (tzv. nepřímý účinek směrnic). K této otázce odkazuje navrhovatel také na rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 10.4.1984, ve věci Sabine von Colson and Elizabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen č. 14/83, ECR 1984, s. 01891. V návaznosti na tuto směrnicí ve spojení s rozsudkem Evropského soudního dvora společnost FELA Management AG opětovně argumentuje, že v rámci jednacích řízení bez uveřejnění se uchazeč může dozvědět o domnělém porušení zákona až z oznámení o zadání veřejné zakázky. Zpravidla půjde o okamžik, který nastává až po uzavření příslušné smlouvy. Z těchto okolností se snaží společnost FELA Management AG dovodit, že podání námitek je v takovém případě přípustné i po uzavření smlouvy, vzdor § 110 odst. 3 zákona, který explicitně stanoví povinnost podat námitky nejpozději do uzavření smlouvy.
10. Další argumentace navrhovatele spočívá v tom, že dle jeho názoru měl Úřad (ve světle výše uváděných pramenů Evropského práva) rozhodnout o meritu věci a pokud by společnost FELA Management AG neshledal jako oprávněnou osobu k podání návrhu, měl dle jejího názoru zahájit řízení o přezkoumání úkonu zadavatele z úřední moci ve smyslu § 113 odst. 1 zákona.
11. Povinnost Úřadu zahájit řízení z moci úřední potom opírá o následující tvrzení:
 - a) Nebyly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění, kdy zadavatel sice splnil podmínku technických důvodů pro volbu jednacích řízení bez uveřejnění, ale neprovedl další specifikaci.
 - b) Existují rozdíly mezi českou a cizojazyčnou verzí v oznámení o zadání zakázky zveřejněné internetovou aplikací ISVZ-US.

- c) Společnost FELA Management AG se nemohla seznámit s veškerou dokumentací zakázky, což jí znemožnilo vyjádřit se k technickým okolnostem a eventuelně upřesnit svůj návrh na zahájení řízení.
 - d) Vybranému uchazeči byla zakázka zadána „z technických důvodů“ přesto, že v projektu k realizaci výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR je podmínka, že systém nebude limitovat jiné dodavatele, resp. dodatečné plnění by mohlo být poskytnuto neomezeným okruhem dodavatelů.
 - e) Společnost FELA Management AG má za to, že hodnota veřejné zakázky je zjevně nepřiměřená popsanému předmětu plnění, což signalizuje jednání v rozporu se smyslem zákona.
 - f) V rámci přezkoumání úkonů zadavatele měly být přezkoumány údajné technické důvody, pro něž zakázka nemohla být zadána jinému dodavateli než vybranému uchazeči.
12. Z výše uvedených důvodů se společnost FELA Management AG domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a rovněž se domáhá toho, aby byla Úřadu uložena povinnost provést úkony nezbytné pro zjištění skutkového stavu a byl povinen ve veřejné zakázce „Implementace rozhraní pro budoucí propojení se systémem výkonového zpoplatnění na silnicích 1., 2. a 3. třídy“ věcně rozhodnout.

III. Řízení o rozkladu

13. Vybraný uchazeč se k námitkám obsaženým v podaném rozkladu vyjádřil dne 20.6.2008 tak, že napadené rozhodnutí bylo učiněno v souladu s právem, protože námitky společnosti FELA Management AG byly podány opožděně a proto navrhuje, aby Úřad zahájené řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zastavil.
14. 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.
15. 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.
16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j.S112/2008/VZ-13320/2008/530/RP ze dne 4.7.2008 správní řízení zastavil podle § 114 odst. 3 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

17. Pokud jde o námitky rozkladu, týkající se interpretace § 110 odst. 3 zákona, plně se ztotožňuji s argumenty Úřadu, který se touto otázkou v rámci prvostupňového řízení podrobně zabýval. Nad rámec toho uvádím, že Úřad v rámci odůvodnění rozhodnutí přihlédl k úpravě otázky podání opravných prostředků v komunitárním právu, konkrétně k Směrnici 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. To je rovněž v souladu s rozhodnutím Evropského soudního dvora

č. 14/83, kde Soud vyslovil právní názor, že při interpretaci národního práva je nutné zohlednit jak znění, tak účel relevantní směrnice. V případě rozhodnutí ESD č. 14/83 je však třeba uvést, že se v době této souzené věci jednalo o směrnici tehdy účinnou a členskými státy transponovanou. Dodávám ale, že směrnice Evropského parlamentu a Rady, jejíž znění se dovolává navrhovatel (tedy směrnice č. 2007/66/ES), má být členskými státy transponována do 20.12.2009. V případě České republiky nebyla transpozice dosud realizována. Je pravdou, že tato směrnice zásadním způsobem mění postupy spojené s možností podávání opravných prostředků proti úkonům zadavatele. Podtrhuji však, že vzhledem k výše uvedeným důvodům ji v době rozhodování o merituu této věci není možné aplikovat. Její použití jako interpretačního pravidla připadá v úvahu v budoucnu, až po učiněné transpozici. Dovolávat se jejího použití pro interpretaci zákona o veřejných zakázkách, který je účinný v době rozhodování této věci, resp. zohlednit změnu, kterou tato komunitární úprava představuje, je proto v šetřeném případě irelevantní.

18. K námitce navrhovatele, že Úřad byl (s ohledem na vícečetné porušení zákona) povinen zahájit ve věci správní řízení z moci úřední uvádím, že je v intencích běžné rozhodovací praxe Úřadu, že zastavením řízení z procesních důvodů není zásadně ze zákona dotčena možnost zahájit řízení ex offo. V posuzované věci se však navrhovatel domáhá tohoto zvláštního způsobu řízení v průběhu jiného návrhového řízení, jím samým iniciovaného. Toto návrhové řízení však bylo zastaveno z procesních důvodů, přičemž tento postup je v souladu se zákonem i správním řádem, a tedy je proti základním zásadám správního řízení provádět v rámci tohoto správního řízení důkazy k rozhodnutí ve věci samé. Tento postup by totiž neodpovídal smyslu ani účelu vedeného správního řízení.
19. Uzavírám tedy, že Úřad postupoval v souladu s právními předpisy, když rozhodl o zastavení řízení, neboť návrh na zahájení řízení byl podán neoprávněnou osobou.

V. Závěr

20. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
21. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, 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. JUDr. Miroslav Jansta, advokát, AK Jansta & Kostka a spol., Těšnov 1, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Jan Šelder, advokát, AK Thámova 402/4, 186 00 Praha 8
3. Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jako právní zástupce Kapsch TrafficCom
4. Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jako právní zástupce Kapsch s. r. o.
5. Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jako právní zástupce Kapsch BusinessCom AG
6. Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jako právní zástupce Kapsch CarrierCom AG
7. Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jako právní zástupce Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o.
8. Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jako právní zástupce Kapsch Telematic Services spol. s r. o.
9. Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát se sídlem AK HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1, jako právní zástupce Asseco Czech Republic, a. s.
10. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce