



Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
Sekce veřejných zakázek
tř. Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno

V Praze dne 25. dubna 2012

Vyjádření navrhovatele

ve správním řízení vedeném sp. zn. S196/2012/VZ

Veřejná zakázka:

Plnění veřejné zakázky je vymezeno obsahem:

- Prováděcí smlouvy č. 85/2011 ze dne 15.7.2011
- Dodatkem č. 1 k Prováděcí smlouvě č. 85/2011 ze dne 1.8.2011
- Dodatkem č. 5 k Prováděcí smlouvě č. 85/2011 ze dne 28.11.2011
- Dodatkem č. 6 k Prováděcí smlouvě č. 85/2011 ze dne 27.12.2011

Centrální zadavatel:

Česká republika – Ministerstvo vnitra, se sídlem Praha 7, Nad Štolou 3, PSČ 170 34, IČ 00007064,
na účet zadavatele České republiky – Ministerstva práce a sociálních věcí, se sídlem Praha 2,
Na Poříčním právu 1/376, PSČ 128 01, IČ 00551023

Navrhovatel:

STUDENT AGENCY, s.r.o., se sídlem Brno, náměstí Svobody 86/17, PSČ 602 00, IČ 25317075,
zastoupena na základě plné moci Mgr. Vítězslavou Kukákovou, místem podnikání Zadní 209,
69126 Pouzdřany, IČ 88107787, účastníkem sdružení INDOC

Sdružení INDOC

Tomáš Pfeffer
Ing. Martin Kovařík
Mgr. Vítězslava Kukáková

Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4
Zadní 209, 691 26 Pouzdřany

IČ 87705508
IČ 14947757
IČ 88107787

www.indoc.cz

datová schránka akjz487
datová schránka e4hyzmg
datová schránka kdw5ubt



Vybraný uchazeč:

Fujitsu Technology Solutions s.r.o., se sídlem Praha 4, V Parku 2336/22, PSČ 148 00, IČ 26115310

Adresa pro doručování:

Mgr. Vítězslava Kukáková, datová schránka kdw5ubt, e-mail kukakova@indoc.cz

I.

Usnesením č. j. ÚOHS-S196/2012/VZ-7604/2012/510/MOn ze dne 20.4.2012 (dále jen „usnesení“), které bylo navrhovatelí STUDENT AGENCY, s.r.o., se sídlem Brno, náměstí Svobody 86/17, PSČ 602 00, IČ 25317075, zastoupené na základě plné moci Mgr. Vítězslavou Kukákovou, místem podnikání Zadní 209, 69126 Pouzdrany, IČ 88107787, účastníkem sdružení INDOC, (dále jen „navrhovatel“) doručeno dne 23.4.2012, stanovil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) navrhovatelí lhůtu 5 dní ode dne doručení usnesení k provedení úkonu – *zaslání seznamu referenčních zakázek obdobného charakteru a rozsahu jako je předmět šetřené veřejné zakázky jím realizovaných k datu 27.12.2011.*

V odůvodnění usnesení Úřad uvádí, že povinnost zaslat seznam obdobných referenčních zakázek stanovil navrhovatelí proto, že vybraný uchazeč Fujitsu Technology Solutions s.r.o., se sídlem Praha 4, V Parku 2336/22, PSČ 148 00, IČ 26115310 zpochybnil aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu, resp. skutečnost, zda navrhovatel naplňuje definici dodavatele podle § 17 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“).

II.

Navrhovatel je nucen v první řadě konstatovat, že uložení předmětné povinnosti Úřadem postrádá jakoukoli věcnou či právní oporu. Podle § 17 písm. a) zákona se dodavatelem rozumí fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel. Je přitom zcela zjevné, že navrhovatel citované zákonné definici vyhovuje. Tato skutečnost je ostatně zřejmá již ze samotného návrhu, kde v části VII. navrhovatel mimo jiné uvedl, že je dodavatelem, který by mohl plnění veřejné zakázky zadavateli poskytnout,



protože se v rámci své podnikatelské činnosti zabývá rovněž poskytováním služeb, které byly předmětem Prováděcí smlouvy č. 85/2011 ze dne 15.7.2011 a jejích dodatků. S ohledem na námitku vybraného uchazeče, že navrhovatel není k podání návrhu aktivně legitimován, se k dané otázce navrhovatel vyjádřil i ve svém podání ze dne 19.4.2012, a to na straně 3. Není tedy žádný důvod, aby navrhovatel tuto skutečnost jakkoli dále prokazoval.

Navrhovatel dále zdůrazňuje, že je nepřijatelné, aby Úřad k údajnému zajištění účelu předmětného správního řízení vyžadoval od navrhovatele doložení údajů, které mají povahu splnění kvalifikace za situace, kdy nebylo vyhlášeno žádné zadávací řízení na plnění, které je předmětem přezkumu ve správním řízení. Nebyly tak stanoveny žádné zadávací podmínky, tedy ani požadavky na prokázání splnění kvalifikace. Přesto Úřad nyní po navrhovateli požaduje *zaslání seznamu referenčních zakázek obdobného charakteru a rozsahu jako je předmět šetřené veřejné zakázky jím realizovaných k datu 27.12.2011*, přičemž v rámci odůvodnění odkazuje na pochybnosti o aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu.

Je přitom evidentní, že nebylo-li vyhlášeno zadávací řízení, nemůže navrhovatel svůj skutečný zájem na získání veřejné zakázky fakticky prokázat svou účastí v zadávacím řízení. Tato skutečnost však nemůže jít k tíži navrhovatele, což potvrzuje i odborná komentářová literatura¹, v níž autoři ve vztahu k existenci zájmu na získání veřejné zakázky mimo jiné uvádějí, že jej není třeba zvláště prokazovat, neboť *podmínka zájmu na získání určité veřejné zakázky bude splněna tam, kde dodavatel alespoň potenciálně mohl příslušné plnění ve prospěch zadavatele realizovat*. Současně konstatují, že *při opačném výkladu by se dodavatel ocital v nepřiměřené důkazní nouzi*.

Navrhovatel proto považuje postup Úřadu za nepřijatelný a nezákonný, neboť povinnost stanovená navrhovateli jde zcela nad rámec vedeného správního řízení. Úřad zde evidentně překračuje své pravomoci dané mu zákonem a zákonem č. 500/2004 Sb., správním řádem, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), když po navrhovateli žádá předložení listiny, která nijak nesouvisí s předmětem vedeného správního řízení, ani s namítanou aktivní legitimací navrhovatele k podání návrhu.

Dle názoru navrhovatele se Úřad vydáním usnesení, resp. stanovením předmětné povinnosti navrhovateli, rovněž zásadním způsobem odklonil od své dosavadní ustálené rozhodovací praxe. Stanovení povinnosti předložit seznam obdobných veřejných zakázek realizovaných navrhovatelem za účelem prokázání jeho aktivní legitimace totiž rozhodně nelze označit za standardní postup Úřadu. Pokud navrhovatelé ve svých návrzích brojí např. proti netransparentně stanoveným zadávacím podmínkám a svá podání adresují Úřadu ještě v době před podáním vlastní nabídky, Úřad navrhovatele nevyzývá k doložení kvalifikačních dokladů a nezkoumá, zda by se byli skutečně schopni veřejné zakázky účastnit. Vždy správně vychází pouze z předpokladu potenciální účasti konkrétního navrhovatele. V daném případě navíc

¹ Raus D., Neruda R.: Zákon o veřejných zakázkách, Linde Praha 2007, str. 734



nebyly zpracovány ani jakékoliv zadávací podmínky a požadavek Úřadu je tak o to více v rozporu s principem legitimního očekávání ze strany navrhovatele jako účastníka správního řízení ve vztahu k postupu správního orgánu. Navrhovatel má za to, že Úřad se stanovením dané povinnosti dopustil i porušení celé řady základních zásad uvedených v hlavě II správního řádu, když mimo jiné porušil zásady vyjádřené v § 2 odst. 2, 3 a 4, § 3, § 4 odst. 4, § 6 odst. 2 a § 7 odst. 1 správního řádu.

Pro úplnost navrhovatel uvádí, že předložení referenčních zakázek s obdobným předmětem plnění nepožadoval ani sám centrální zadavatel v původní veřejné zakázce „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“, jejíž oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod evidenčním číslem 60023690 dne 17.10.2008. Navrhovatel si je vědom toho, že uzavření samotné Rámcové smlouvy není obsahem návrhu a nelze tedy přihlížet k tam stanoveným kvalifikačním předpokladům. Lze však podpůrně poukázat na to, že centrální zadavatel nestanovil požadavek na doložení seznamu služeb poskytnutých dodavatelem ani ve veřejné zakázce, která svým charakterem a rozsahem šetřenou veřejnou zakázku významně přesahuje.

III.

S ohledem na odůvodnění usnesení navrhovatel předpokládá, že požadovaný seznam referenčních zakázek zamýšlí Úřad použít k úvaze o tom, zda by navrhovatel byl schopen splnit hypotetickou kvalifikaci stanovenou centrálním zadavatelem či zadavatelem v případné veřejné zakázce. Tímto postupem by však Úřad posunul správní řízení zcela do roviny spekulací, neboť žádné zadávací řízení neproběhlo. Jakékoli úvahy o případných požadavcích na kvalifikaci nejsou ničím podloženy a tedy irelevantní. Úřad se pokouší dle vlastního uvážení sám vymezit podmínky, za nichž by se navrhovatel mohl hypotetického zadávacího řízení zúčastnit, a na základě toho posuzovat jeho aktivní legitimaci k podání návrhu. K tomu však není Úřad oprávněn, neboť nemůže nahrazovat úvahy či dokonce úkony centrálního zadavatele. Pokud v daném případě nebyla stanovena jakákoliv kvalifikace, není prostor pro to, aby ji Úřad zpětně dotvářel. Postup Úřadu indikuje spíše snahu zbavit se návrhu formální cestou, například jeho zamítnutím pro podání neoprávněnou osobou.

Avšak ani za předpokladu, že Úřad by byl oprávněn požadovat od navrhovatele seznam realizovaných zakázek, posuzovat na jeho základě aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu by bylo absurdní. Zákon umožňuje každému dodavateli podat nabídku společně s dalšími dodavateli a prokázat profesní, ekonomické a finanční a technické kvalifikační předpoklady společně. Obdobně každý dodavatel má možnost prokázat splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Možnost podat společnou nabídku či využít kvalifikovaných subdodavatelů nelze nijak omezit, což potvrzuje jak konstantní rozhodovací praxe samotného



Úřadu,² tak i soudní judikatura Nejvyššího správního soudu.³ I kdyby snad navrhovatel nerealizoval v minulosti žádnou zakázku obdobnou šetřenému plnění, nelze dojít k závěru, že by se nemohl v zadávacím řízení o získání zakázky ucházet či snad dokonce k závěru, že navrhovatel není legitimován k podání návrhu na zákaz plnění ze smlouvy.

IV.

Nad rámec zákonné povinnosti a veden snahou o maximální spolupráci s Úřadem v probíhajícím správním řízení navrhovatel uvádí, že v rámci svého podnikání provádí rovněž služby obdobné předmětu šetřené veřejné zakázky. Navrhovatel poskytuje služby vývoje, provozu a údržby SW aplikací pro vnitrostátní autobusovou dopravu, přičemž tyto služby zahrnují zejména infrastrukturu pro rezervaci a prodej jízdenek, provoz a údržbu vozového parku, ekonomické a účetní moduly, provoz intranetového a extranetového portálu a provoz webového portálu www.studentagency.cz. Navrhovatel dále poskytuje služby vývoje, provozu a údržby SW aplikací pro vnitrostátní vlakovou dopravu, které zahrnují infrastrukturu pro rezervace a prodej jízdenek, provoz a údržbu vozového parku, ekonomické a účetní moduly, provoz intranetového a extranetového portálu, provoz webového portálu www.regiojet.cz. Navrhovatel zajišťuje rovněž služby vývoje, provozu a údržby SW aplikací pro prodej letenek, tyto služby zahrnují infrastrukturu pro rezervaci a prodej letenek, ekonomické a účetní moduly, provoz intranetového a extranetového portálu a provoz webových portálů www.studentagency.cz/letenky a www.orbix.cz. Navrhovatel dále poskytuje služby vývoje, provozu a údržby SW aplikací pro prodej dovolené. Tyto služby zahrnují rezervaci a prodej pobytových zájezdů, jazykových a studijních pobytů, ekonomické a účetní moduly, provoz intranetového a extranetového portálu a provoz webového portálu www.dovolena.cz.

Kromě již uvedeného se navrhovatel specializuje na provoz zabezpečených datových sítí s využitím nejnovějších real-time šifrovacích metodologií; v současné době navrhovatel provozuje a vykonává dohled nad více než 140 šifrovanými datovými tunely na území ČR a SR. Navrhovatel rovněž provozuje vlastní datové centrum, přičemž dalším záložním datovým centrem disponuje na základě pronájmu; celkový výkon datových center přesahuje desítky TeraBogoMips. Navrhovatel se dále zaměřuje na vývoj a výrobu vlastních datových řešení pro provoz v autobusové a ve vlakové dopravě, přičemž v současné době provozuje na území ČR unikátní technologie s hlediska přenosu dat v mobilním řešení. Navrhovatel realizuje projekty pro provoz v dopravě, které obsahují více než dva miliony řádků zdrojového kódu, dále spravuje,

² Např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/Ema ze dne 29.6.2011, v němž Úřad v souvislosti s omezením možnosti prokazování kvalifikace dovodil, že se jedná o postup v rozporu se zákonem vykazující prvky skryté diskriminace.

³ Např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 78/2010 - 186 ze dne 30.9.2011



aktualizuje a udržuje heterogenní počítačovou síť, která zahrnuje 600 klientských stanic a několik desítek serverů (na platformách Windows i Linux).

Výše popsané činnosti navrhovatel zajišťuje prostřednictvím týmu specialistů, zaměřených jak na výkonné IT služby (instalace, migrace, debugging), tak na vývojové IT služby (programování, ladění, vývojové metody, databáze). To navrhovateli umožňuje velice pružně reagovat na potřeby modifikací aplikací.

Popsané služby provádí navrhovatel nejen pro vlastní potřebu, ale poskytuje je rovněž ve prospěch svých zákazníků. K nim patří společnosti RegioJet a.s. se sídlem Brno, náměstí Svobody 86/17, PSČ 602 00, IČO 28333187, ORBIX s.r.o. se sídlem Praha 2, Ječná 1636/37, PSČ 120 00, IČO 26694638, STUDENT AGENCY, s.r.o. se sídlem Obchodná 48, Bratislava 811 06, IČO 44551304 a RegioJet a.s. se sídlem Obchodná 48, Bratislava 811 06, IČO 47231271. Finanční objem takto realizovaných zakázek přitom činí desítky až stovky milionů korun ročně.

Navrhovatel je tedy nesporně dodavatelem ve smyslu zákona, když je právnickou osobou podnikající na území České republiky a poskytující služby obdobné předmětu šetřené veřejné zakázky. S ohledem na jeho zájem na plnění veřejné zakázky byla navrhovateli postupem centrálního zadavatele způsobena újma, když se nemohl účastnit zadávacího řízení, když veřejná zakázka byla zadána vybranému uchazeči přímo, tedy nezákonně, bez uveřejnění řádného oznámení o zahájení zadávacího řízení. Tuto újmu navrhovatel konkrétně specifikoval v souladu s § 114 odst. 3 zákona v podaném návrhu, a to včetně porušení zákona, které k ní vedlo.

V.

Závěrem navrhovatel opakovaně zdůrazňuje, že jakékoli úvahy o splnění či nesplnění kvalifikace navrhovatelem či jiným dodavatelem jsou pouze hypotetické. Protože nebylo vyhlášeno zadávací řízení, Úřad ani nikdo jiný nemůže zpětně dovozovat možné zadávací podmínky a z nich pak usuzovat, kdo by se o veřejnou zakázku mohl ucházet, a je tedy legitimován pro podání návrhu na zákaz plnění ze smlouvy. Takové úvahy nelze nijak odůvodnit či věcně podložit, rovněž nemají oporu v zákoně či ve správním řádu. Navrhovatel proto považuje povinnost doložit seznam zakázek uloženou Úřadem za zcela nelogickou, nepřípustnou a nezákonnou.

Navrhovatel je dodavatelem ve smyslu § 17 písm. a) zákona, který měl a má zájem na získání předmětné veřejné zakázky, a kterému v důsledku porušení zákona centrálním zadavatelem vznikla újma na jeho právech.

STUDENT AGENCY, s.r.o.