

Č. j. VZ/S198/04-154/6388/04-Gar

V Brně 23. prosince 2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 26.10.2004 z vlastního podnětu podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona 41/2004 Sb., ve věci přezkoumání postupu zadavatele ČEZ, a. s., Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4, za niž jedná Dr. Martin Roman, předseda představenstva, a Ing. Alan Svoboda, místopředseda představenstva, učiněných při zadání veřejné zakázky „Dodávka serverů COMPAQ a příslušenství“, zadané výzvou ze dne 14.10.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona č.199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č.93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb. zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb., **rozhodl takto:**

Zadavatel – ČEZ, a. s., Praha 4 – porušil:

§ 56 odst. 5 posl. cit. zákona o zadávání veřejných zakázek tím, že současně rozhodl o vyloučení uchazečů ARISTIA, spol. s r. o., Praha 4, UNITEC CS, a. s., Praha 10, a GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce a o výběru nejvhodnější nabídky.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který vykonává dohled nad dodržováním zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon ve znění pozdějších předpisů“), si na základě výsledků kontroly provedené jeho zaměstnanci ve dnech 18. a 19.3.2004 podle zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších předpisů, vyžádal od zadavatele – ČEZ, a. s., Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4, za niž jedná Dr. Martin Roman, předseda představenstva, a Ing. Alan Svoboda, místopředseda představenstva (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky „Dodávka serverů COMPAQ a příslušenství“, zadané výzvou ze dne 14.10.2002 (dále jen „výzva“) více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

V podmínkách výzvy zadavatel stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle výše nabídkové ceny. Zadavatel výzvou obeslal šest zájemců o veřejnou zakázku, z nichž všichni své nabídky ve lhůtě pro podání nabídek předložili. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 7.11.2002 vyplývá, že nabídky uchazečů ARISTIA, spol. s r. o., Praha 4, UNITEC CS, a. s., Praha 10, a GRALL, a. s., Praha 2, nevyhověly kontrole úplnosti a zadavatel jmenované uchazeče z další účasti na veřejné zakázce rozhodnutím ze dne 7.11.2002 vyloučil, což jmenovaným uchazečům oznámil dopisem z téhož dne. Na základě hodnocení zbývajících nabídek zadavatel dne 7.11.2002 rozhodl, že nejvhodnější nabídku podal uchazeč ALWILL Trade, spol. s r. o., Praha 10. Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky bylo uchazečům oznámeno dopisem ze dne 7.11.2002. S vybraným uchazečem uzavřel zadavatel dne 25.11.2002 kupní smlouvu na předmět plnění za kupní cenu 10 969 621,- Kč bez DPH. Dne 16.12.2002 zadavatel uzavřel s uchazečem ALWIL Trade, spol. s r. o., Praha 10, na základě výzvy ze dne 14.10.2002 podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona dodatek č. 1, kterým došlo k rozšíření předmětu původní zakázky, přičemž původní cena byla navýšena o 897 310,- Kč bez DPH.

Po posouzení předložené dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“) získal orgán dohledu pochybnosti o tom, zda úkony a postupy zadavatele při zadání předmětné veřejné zakázky byly učiněny v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu vedené pod č.j. VZ/S198/04-153. Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení dopisem č. j. VZ/S198/04-153/4871/04-Gar ze dne 21.10.2004, který zadavatel převzal dne 26.10.2004 a v němž zadavatele seznámil s předběžnými výsledky šetření, a poskytl mu možnost se k těmto výsledkům vyjádřit, popřípadě navrhnout doplnění šetření.

V zahájení správního řízení orgán dohledu uvedl svá zjištění získaná při kontrole v sídle zadavatele. Zjištění se týkala vyloučení uchazeče GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce z důvodu neprokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona odpovědným zástupcem, které bylo provedeno, aniž by zadavatel předem

prokázal oprávněnost takového vyloučení, tzn. aniž by ověřil, že osoba vykonávající funkci statutárního orgánu, podepsaná pod příslušným čestným prohlášením, prokazatelně není současně odpovědným zástupcem uchazeče, a porušení § 56 odst. 5 zákona. Podle citovaného ustanovení zákona nesmí zadavatel před uplynutím lhůty pro podání námitek, a jsou-li námitky podány včas, činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky. V šetřeném případě však zadavatel současně rozhodl a odeslal oznámení o vyloučení uchazečů i o výběru nejuvhodnější nabídky.

Orgán dohledu obdržel dne 12.11.2004 prostřednictvím faxu (písemně doplněno dne 15.11.2004) od právního zástupce zadavatele Mgr. Radka Pokorného, Ak Pokorný, Wagner & spol., Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1, který je oprávněn zastupovat zadavatele v řízení před správním orgánem na základě plné moci ze dne 8.11.2004, stanovisko ke skutečnostem uvedeným v oznámení zahájení správního řízení.

Zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že podle § 2c odst. 1 zákona je uchazeč povinen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným v tomto zákonném ustanovení, tj. ve vztahu ke kvalifikačním předpokladům uvedeným v § 2b odst. 1 písm.) b), c), d), e), a f) zákona, čestným prohlášením. Podle § 2b odst. 3 zákona se podmínky uvedené v odstavci 1 písm. d) a e) cit. ustanovení vztahují též na odpovědného zástupce uchazeče. Skutečnost, že odpovědní zástupci jsou současně členy představenstva, resp. osobami, které předložily čestné prohlášení dle § 2b odst. 1 písm. d) zákona, měl uchazeč v nabídce výslovně uvést. Tento požadavek vyplývá podle zadavatele nejen ze zákona, ale výslovně též z výzvy, konkrétně z čl. 3 a 9. Z výzvy tedy podle zadavatele vyplývá, že zadavatel požadoval výslovně splnění kvalifikačních předpokladů odpovědnými zástupci. Pokud existuje jakýkoliv důvod pro neuvedení těchto skutečností, je nutné vykládat výše uvedený požadavek zadavatele v jeho prospěch, tj. že požaduje též uvedení údajů, které odůvodňují nepředložení takovýchto prohlášení, neboť není povinností zadavatele při zkoumání úplnosti předložené nabídky, aby zkoumal, zda členové statutárního orgánu nevykonávají rovněž funkci odpovědného zástupce pro příslušné předměty podnikání. Zadavatel s ohledem na výše uvedené nesouhlasí s názorem, že pokud zadavatel nestanoví v zadání veřejné zakázky podmínku na uvedení vztahu odpovědné osoby s osobou povinnou splnit kvalifikační předpoklady dle § 2b odst. 1 zákona ve spojení s § 2b odst. 2 zákona výslovnou formulací tohoto požadavku, není povinen uchazeč tento vztah nijak výslovně uvádět. Zadavatel uvádí, že ve výzvě tento požadavek výslovně uvedl, a to odkazem na ustanovení zákona. Formu a způsob uvedení takového požadavku, obdobně jako samotný požadavek na výslovné uvedení předmětné podmínky, zákon nikde nestanoví, a proto je třeba podle názoru zadavatele přiklonit se v nejasnostech právě na stranu zadavatele.

Podle zadavatele je nutné prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b písm. e) zákona způsobem, který předložil jmenovaný uchazeč, rovněž považovat za nesplnění zákonného požadavku z následujících důvodů. Uchazeč GRALL, a. s., Praha 2, v čestném prohlášení uvedl: „tato společnost nebyla v posledních třech letech disciplinárně potrestána podle zvláštních předpisů upravující výkon odborné činnosti související s předmětem zakázky.“ V případě disciplinární odpovědnosti, obdobně jako ve vztahu k prokázání trestní bezúhonnosti je nesporné, že musí podmínku splňovat fyzická osoba. Zadavatel své tvrzení opírá o znění § 9 odst. 1 zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého pachatelem trestného činu může být jen fyzická osoba, a na znění zákona 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů (na který odkazuje rovněž zákon o zadávání veřejných zakázek), neboť podle § 21 tohoto

zákona může být disciplinární řízení vedeno pouze proti autorizované osobě, kterou může být podle § 7 odst. 1 posl. cit. zákona pouze fyzická osoba. Zadavatel dále na podporu svých tvrzení odkazuje na rozhodovací praxi orgánu dohledu.

Zadavatel rovněž uvádí, že u společnosti GRALL, a. s., Praha 2, existoval i další důvod k vyloučení z účasti na veřejné zakázce, který však v písemném rozhodnutí o vyloučení uveden nebyl. Společnost GRALL, a. s., Praha 2, v čestném prohlášení neuvedla, že nemá splatný nedoplatek na penále na veřejné zdravotní pojištění a na penále na sociální zabezpečení. Společnost GRALL, a. s., Praha 2, byla vyloučena zadavatelem zcela oprávněně, přestože zdůvodnění rozhodnutí o vyloučení tohoto uchazeče nebylo zcela kompletní.

Zadavatel k dalšímu vytykánému porušení zákona podotýká, že byl připraven pro případ, že by některý z vyloučených uchazečů podal v zákonné lhůtě námitky proti takovému rozhodnutí, zrušit provedené rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, posoudit předložené námitky a v dalším řízení postupovat s ohledem na konkrétní situaci. Jako zcela zásadní pro posouzení napadeného jednání zadavatele se však jeví skutečnost, že vyřazení uchazeči by se v pořadí podle výše nabídkové ceny umístili na 4. – 6. místě, tudíž ani v případě, kdyby vyřazení nebyli, nemohla být jejich nabídka vybrána za nejvýhodnější. Zadavatel dále uvádí, že orgánem dohledu napadený postup neměl žádný vliv na výběr nejvýhodnější nabídky. Závěrem zadavatel uvádí, že vyloučením nabídky uchazeče GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce nepochybně nebyl porušen zákon. Dle přesvědčení zadavatele nejsou dány žádné důvody pro uložení jakékoliv sankce ve smyslu ustanovení § 62 zákona, kdy podmínkou uložení pokuty dle § 62 odst. 1 zákona je závažné či opětovné porušení ustanovení zákona.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 57 zákona případ ve všech souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel porušil zákon tím, že současně rozhodl o vyloučení uchazečů ARISTIA, spol. s r. o., Praha 4, UNITEC CS, a. s., Praha 10, a GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce a o výběru nejvhodnější nabídky, a k předmětnému případu uvádí následující skutečnosti.

Zadavatel vyloučil rozhodnutím ze dne 7.11.2002 uchazeče GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce, a to z důvodu, že „jmenovaný uchazeč nedoložil kvalifikační předpoklad uvedený v 2b odst. 3 zákona, konkrétně prohlášení podle 2b odst. písm. d) a e) za odpovědného zástupce uchazeče podle zvláštního předpisu“.

K prokazování kvalifikačních předpokladů odpovědným zástupcem orgán dohledu uvádí následující skutečnosti. Podle § 2b odst. 3 zákona se podmínky uvedené v § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona vztahují též na odpovědného zástupce uchazeče, přičemž splnění kvalifikačních předpokladů stanovených v § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona se podle § 2c odst. 1 zákona prokazuje čestným prohlášením.

Uchazeč GRALL, a. s., Praha 2, ve své nabídce předložil čestné prohlášení, které za výše jmenovanou společnost učinil Ing. Jaroslav Šafránek, předseda představenstva, a to v rozsahu § 2b písm. b) až f) zákona. Součástí nabídky uchazeče GRALL, a. s., Praha 2, jsou dále čestná prohlášení podepsaná Ing. Jaroslavem Šafránkem, předsedou představenstva, Ing. Ottou Matouškem, místopředsedou představenstva, Alenou Bláhovou, členkou představenstva, a Ing. Petrem Krejčím, předsedou dozorčí rady, ve kterém výše jmenované osoby prohlašují, že nebyly pravomocně odsouzeny pro trestný čin, jehož skutková podstata

souvisí s předmětem podnikání společnosti, nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku. Nabídka jmenovaného uchazeče rovněž obsahuje v části VII. „Doklad o oprávnění k podnikání“ úředně ověřené kopie živnostenských listů vydaných dne 9.12.2002, ze kterých je patrné, že Ing. Jaroslav Šafránek, Ing. Petr Krejčí a Ing. Otta Matoušek jsou odpovědnými zástupci uchazeče GRALL, a. s., Praha 2. Z výše uvedeného vyplývá, že jmenovaný uchazeč ve své nabídce dostatečným způsobem doložil, že jeho odpovědní zástupci splňují kvalifikační předpoklady podle 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona tak, jak to vyžaduje ustanovení § 2b odst. 3 zákona.

Zadavatel ve svém vyjádření namítá, že přímo ze zákona uchazeči vyplývá povinnost uvedení výslovného čestného prohlášení odpovědného zástupce. S tímto tvrzením se orgán dohledu neztotožňuje, neboť způsob prokázání kvalifikačních předpokladů je v zákoně stanoven pro uchazeče nikoliv pro jednotlivé fyzické osoby, např. odpovědného zástupce, byť se tato vlastní podmínka i na tyto osoby vztahuje. Z výše uvedeného vyplývá, že čestné prohlášení o splnění podmínky stanovené v § 2b odst. 3 zákona může učinit uchazeč.

Orgán dohledu uvádí, že při posuzování otázky splnění kvalifikačního předpokladu uchazečem musí zadavatel vycházet z obecných právních zásad, podle kterých právní úkony (i čestné prohlášení) činí za právnickou osobu (uchazeče) osoba, která je oprávněná za něj jednat, tedy osoba, případně osoby, uvedené ve výpisu z obchodního rejstříku (viz např. § 13 a 14 obchodního zákoníku), příp. statutárním orgánem pověřená osoba při provozování podniku určitou činností (§ 15 obchodního zákoníku), např. obchodní ředitel. Nelze vyloučit ani možnost, kdy k úkonu – učinění čestného prohlášení – uchazeč určitou osobu zmocní na základě plné moci. Čestné prohlášení za uchazeče – právnickou osobu tedy nemusí učinit (podepsat) všechny osoby jmenované v ust. § 2b odst. 2 zákona (osoby vykonávající funkci statutárního orgánu a všichni členové statutárního orgánu), postačí pokud jménem uchazeče učiní (podepíše) čestné prohlášení osoba oprávněná za uchazeče jednat, tj. např. některý z jednatelů, pokud jedná za společnost samostatně. Je tedy plně postačující, pokud jsou kvalifikační předpoklady stanovené v 2b odst. 1 písm. a) až f) zákona prokázány jedním čestným prohlášením vztahujícím se k osobám, na které se podmínky vztahují, tedy i na odpovědného zástupce, aniž by muselo být v čestném prohlášení přímo uvedeno, že osoba, která příslušné čestné prohlášení učinila, je odpovědným zástupcem uchazeče.

Orgán dohledu dále poznamenává, že nelze souhlasit s názorem zadavatele, podle kterého lze ze znění výzvy dovodit zadavatelův požadavek na výslovné uvedení skutečnosti, že odpovědní zástupci, jsou současně členy představenstva, resp. osobami, které podepsaly čestné prohlášení. Zadavatel tento svůj názor opírá o čl. 3 výzvy, ve kterém bylo uvedeno, že „Zájemce musí v nabídce prokázat kvalifikační předpoklady podle § 2b způsobem podle § 2c v celém rozsahu.“ Z výše uvedeného však nevyplývá žádný zvláštní požadavek na znění čestného prohlášení ani na výslovné uvedení skutečnosti, že odpovědní zástupci jsou současně členy představenstva. Názor zadavatele nelze podložit ani zněním čl. 9 výzvy, na který se zadavatel ve svém stanovisku rovněž odvolává, podle kterého má nabídka uchazeče z formálního hlediska obsahovat mj. čestná prohlášení o splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. b), c), d), e), g) odst. 2 a 3 zákona (bod 7 článku 9 výzvy). Orgán dohledu dále poznamenává, že kvalifikační kritéria jsou vymezena zákonem stejně jako způsob jejich prokázání a zadavatel nepřísluší do této zákonné úpravy zasahovat a požadovat prokazování kvalifikačních kritérií nad rámec zákona.

Zadavatel ve svém vyjádření dále napadá způsob, kterým uchazeč GRALL, a. s., Praha 2, prokázal kvalifikační předpoklad podle 2b odst. 1 písm. e) zákona, k čemuž orgán dohledu uvádí následující skutečnosti.

Podle § 2b odst. 1 písm. e) zákona splňuje kvalifikační předpoklad pro plnění veřejné zakázky uchazeč, který nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti, pokud tato činnost souvisí s předmětem veřejné zakázky. Jestliže tedy vlastní formulace čestného prohlášení vychází z doslovného znění ust. § 2b odst. 1 písm. e) zákona, byť není možné podle platné právní úpravy disciplinárně postihnout právnickou osobu, nelze takového uchazeče vyloučit z další účasti ve veřejné zakázce, neboť jeho čestné prohlášení se opírá přímo o text citovaného ustanovení zákona.

Současně je třeba uvést, že v případě předmětu veřejné zakázky, kdy se jedná o dodávku serverů nepřipadá disciplinární potrestání podle zvláštních předpisů v úvahu, neboť předmět činnosti, který uchazeče opravňuje k zajištění dodávky serverů (v případě uchazeče GRALL, a. s., Praha 2, se jedná o předmět podnikání koupě zboží za účelem jeho dalšího prodeje s výjimkou zboží uvedeného v příloze 2-3 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání; výroba, montáž, a opravy výrobků a zařízení spotřební elektroniky; poskytování software; poradenská činnost v oblasti výpočetní techniky) není upraven jakožto výkon odborné činnosti žádnou zvláštní právní úpravou. S ohledem na výše uvedené nemusí uchazeč čestné prohlášení vztahující se k disciplinárnímu potrestání do nabídky předkládat, a proto je posuzování takového prohlášení bezpředmětné

Orgán dohledu konstatuje, že uchazeč GRALL, a. s., Praha 2, prokázal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. d) zákona způsobem podle § 2c odst. 1 zákona i ve vztahu k odpovědnému zástupci, jak vyžaduje § 2b odst. 3 zákona, a tudíž neměl být vyloučen pro nesplnění podmínky stanovené v § 2b odst. 3 zákona.

Přestože byl potvrzen závěr orgánu dohledu uvedený v kontrolním protokolu zaslaném zadavateli dne 16.6.2004, podle kterého nebylo ze strany uchazeče GRALL, a. s., Praha 2, prokázáno nesplnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona, v daném případě zadavatel vyloučením jmenovaného uchazeče neporušil zákon, neboť v průběhu správního řízení bylo na straně jmenovaného uchazeče prokázáno nesplnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. f) zákona (viz níže).

V průběhu správního řízení bylo prokázáno, že důvod pro vyloučení uchazeče GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce existoval, ačkoliv nebyl v rozhodnutí zadavatele o vyloučení jmenovaného uchazeče ze dne 7.11.2002 uveden. Podle § 2b odst. 1 písm. f) zákona splňuje kvalifikační předpoklady uchazeč, který nemá splatný nedoplatek na pojistném a na penále na veřejné zdravotní pojištění nebo na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti. Uchazeč GRALL, a. s., Praha 2, v čestném prohlášení obsaženém v nabídce k prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b písm. f) zákona uvedl: „tato společnost nemá splatný nedoplatek na pojistném na veřejné zdravotní pojištění, na pojistném na sociální zabezpečení nebo na příspěvku na státní politiku zaměstnanosti.“

Z výše uvedeného vyplývá, že čestné prohlášení společnosti GRALL, a. s., Praha 2, bylo ve vztahu k § 2b odst. 1 písm. f) učiněno podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, avšak nikoliv ve znění všech pozdějších předpisů, ale pouze ve znění

zákona č. 148/1996 Sb., tedy ve znění před nabytím účinnosti novely zákona o zadávání veřejných zakázek, která byla provedena zákonem č. 28/2000 Sb. Od účinnosti této novely je povinností uchazečů pokrýt při prokazování kvalifikačního předpokladu stanoveného v § 2b odst. 1 písm. f) zákona i skutečnost, že nemají splatný nedoplatek na penále. Vzhledem k výše uvedenému nezbyvá než konstatovat, že uchazeč GRALL, a. s., Praha 2, neprokázal kvalifikační předpoklady v souladu se zákonem. Zadavatel se tedy vyloučením jmenovaného uchazeče z další účasti na veřejné zakázce nedopustil porušení zákona, přestože uvedl nesprávný důvod vyloučení, neboť existoval jiný zákonný důvod pro jeho vyloučení.

Podle § 56 odst. 5 zákona nesmí zadavatel před uplynutím lhůty pro podání námitek, a jsou-li námitky podány včas, činit žádné úkony směřující k dokončení zadání veřejné zakázky ani uzavřít smlouvu, ani zadání veřejné zakázky zrušit. Zadavatel rozhodl dne 7.11.2002 o vyloučení uchazečů ARISTIA, spol. s r. o., Praha 4, UNITEC CS, a. s., Praha 10, a GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce a rovněž o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel tedy nerespektoval zákonem stanovenou desetidenní pro podání námitek, během které neměl činit žádné úkony směřující k dokončení veřejné zakázky a rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Z výše uvedeného vyplývá, že se zadavatel dopustil porušení § 56 odst. 5 zákona.

Uložení sankce zákon nespojuje s jakýmkoliv porušením povinností, neboť obecně předpokládá, že porušení povinností může dosahovat různé intenzity, sankcionovat však umožňuje pouze taková protiprávní jednání, která dosahují intenzity závažného porušení zákonem uložených povinností. Porušení zákona, kterého se zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil, když současně rozhodl o vyloučení uchazečů ARISTIA, spol. s r. o., Praha 4, UNITEC CS, a. s., Praha 10, a GRALL, a. s., Praha 2, z další účasti na veřejné zakázce a o výběru nejvhodnější nabídky, nenaplnuje zákonný znak závažného porušení. Při posouzení míry závažnosti porušení zákona, kterého se zadavatel dopustil, vzal orgán dohledu v úvahu, že vyloučení uchazeči nepodali proti rozhodnutí zadavatele o jejich vyloučení námitky a zadávací proces nebyl pochybením zadavatele narušen. Vyloučení jmenovaných uchazečů nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť vyloučení uchazeči by se na základě předložené nabídkové ceny, která byla jediným hodnotícím kritériem, umístili na 4. až 6. místě.

Vzhledem k tomu, že veřejná zakázka již byla realizována, nelze podle ustanovení § 59 resp. § 60 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, uložit zadavateli opatření k nápravě. Současně nelze uvažovat ani o uložení pokuty za závažná či opětovná porušení zákona podle ustanovení § 62 odst. 1 posledně cit. zákona, neboť zjištěné porušení nebylo závažného nebo opětovného charakteru.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a na základě zjištěných a uvedených skutečností rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Pro úplnost orgán dohledu poznamenává, že podle § 109 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 437/2004 Sb., se zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

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 – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:

ČEZ, a. s., Duhová 2/1444, 140 53 Praha 4, zast. Dr. Martinem Romanem a Ing. Alanem Svobodou