

Č. j. VZ/S219/02-152/651/03-Der

V Brně dne 11. února 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 27.11.2002 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. a zákona č. 424/2002 Sb., ve věci návrhu ze dne 25.11.2002 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně, K Nemocnici 76, 741 11 Nový Jičín, zastoupeného ředitelkou Ing. Věrou Prouskovou, ze dne 12.11.2002 o námitkách proti jeho rozhodnutí ze dne 22.10.2002 o vyloučení uchazeče Severomoravská plynárenská, a. s., Plynární 6, 702 00 Ostrava, za niž jedná Ing. Karel Mazel, člen představenstva, a Ing. Zdeněk Seidl, člen představenstva, z další účasti na veřejné zakázce „na komplexní provozování tepelného hospodářství v areálu NsP“ zadávané výzvou ze dne 12.9.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku podle § 49 odst. 2 písm. b) 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. a zákona č. 320/2002 Sb., **rozhodl takto:**

Zadavatel - Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně - vyloučením uchazeče Severomoravská plynárenská, a. s., neporušil zákon 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. a zákona č. 320/2002 Sb., a proto se **návrh** jmenovaného uchazeče podle § 60 písm. a) 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. a zákona č. 517/2002 Sb., **zamítá.**

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně, K Nemocnici 76, 741 11 Nový Jičín, zastoupená ředitelkou Ing. Věrou Prouskovou (dále jen „zadavatel“), vyzval podle ust. § 49 odst. 2 písm. b) 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. a zákona č. 320/2002 Sb. (dále jen „zákon“), tři zájemce o veřejnou zakázku k podání nabídky na veřejnou zakázku „na komplexní provozování tepelného hospodářství v areálu NsP“.

Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky od všech vyzvaných uchazečů, přičemž dvě nabídky při jejich posuzování nevyhověly kontrole úplnosti, a proto zadavatel příslušné uchazeče vyloučil z další účasti na veřejné zakázce, což jim oznámil rozhodnutími ze dne 12.11.2002.

Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z další účasti na veřejné zakázce, doručenému dne 24.10.2002, podal uchazeč Severomoravská plynárenská, a. s., Plynární 6, 702 00 Ostrava, za niž jedná Ing. Karel Mazel, člen představenstva, a Ing. Zdeněk Seidl, člen představenstva (dále jen „SmP, a. s.“), dopisem ze dne 29.10.2002 námitky, kterým zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, což jmenovanému uchazeči oznámil dopisem ze dne 12.11.2002, který jmenovaný uchazeč obdržel dne 18.11.2002.

Vzhledem k tomu, že uchazeč SmP, a. s., nepovažoval rozhodnutí zadavatele za učiněné v souladu se zákonem, využil svého práva a podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách.

Předmětný návrh obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění, dne 27.11.2002 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu. Zadavatel obdržel vyhotovení návrhu rovněž dne 27.11.2002.

Účastníky řízení jsou podle § 58 posledně cit. zákona o zadávání veřejných zakázek:

- zadavatel,
- SmP, a. s.

Ve svém návrhu uchazeč SmP, a. s., namítá, že zadavatel nesprávně vyhodnotil obsah jeho nabídky, když jako důvod vyloučení uvedl neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 zákona způsobem podle § 2c odst. 1 zákona předložením čestného prohlášení, jež nebylo podepsáno oprávněnými členy statutárního orgánu jmenovaného uchazeče, neboť nekorespondovalo s údaji v doloženém výpisu z obchodního rejstříku. Podle názoru vyloučeného uchazeče jím předložená nabídka bezesbýtku splnila veškeré podmínky zadání předmětné veřejné zakázky a čestné prohlášení bylo podepsáno oprávněnými členy statutárního orgánu uchazeče SmP, a. s. Vyloučený uchazeč se odvolává na část 1 své nabídky, ve které uvedl současné složení statutárního orgánu – představenstva SmP, a. s. (včetně uvedení Ing. Zdeňka Seidla jako člena představenstva), což považuje za

dostatečné, neboť jiné prokázání oprávnění jednotlivých osob jednat za společnost nebylo zadavatelem vyžadováno a nevyžaduje je ani zákon o zadávání veřejných zakázek. Uvedení aktuálních údajů o složení statutárního orgánu představenstva v úvodu nabídky byla dostatečně splněna informační povinností ze strany vyloučeného uchazeče, a zadavatel se tedy nemůže opírat o zásadu zakotvenou v ust. § 27 odst. 2 obchodního zákoníku (zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „obchodní zákoník“ – pozn. orgánu dohledu), neboť princip negativní materiální publicity lze uplatnit pouze v případě, že osoba jednající v důvěře v údaje obchodního rejstříku nevěděla o rozporu mezi aktuálním stavem a zápisem v obchodním rejstříku. Podle názoru jmenovaného uchazeče je výpis z obchodního rejstříku v nabídce předkládán pouze k prokázání splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 zákona. Měl-li zadavatel pochybnost o oprávněnosti podpisu uvedeného člena představenstva vyloučeného uchazeče, mohl si v souladu s čl. 12 Výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídek ověřit informace uvedené v nabídkách a informace o uchazečích, popř. vyžadovat doplňující informace před hodnocením nabídek. Uchazeč SmP, a. s., ve svém návrhu současně namítá prodlení ze strany zadavatele s rozhodnutím o námitkách a jeho doručením vyloučenému uchazeči, když o námitkách nerozhodl ve lhůtě stanovené ust. § 56 odst. 1 zákona a o svém rozhodnutí neprodleně neuvědomil jmenovaného uchazeče.

Na základě výše uvedených skutečností uchazeč navrhuje, aby orgán dohledu zadání předmětné veřejné zakázky zrušil.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 3.12.2002 k návrhu uchazeče SmP, a. s., nesouhlasí se skutečnostmi uvedenými uchazečem v jeho návrhu a trvá na oprávněnosti svého rozhodnutí o vyloučení uchazeče SmP, a. s., na něž se odvolává v souvislosti s podrobným popisem důvodů vyloučení. Základním pochybením navrhovatele byla skutečnost, že v nabídce neosvědčil příslušnou listinou nové složení statutárního orgánu a z ní plynoucí oprávnění Ing. Zdeňka Seidla podepisovat čestná prohlášení potřebná k prokázání kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 zákona. Zadavatel se neztotožňuje s názorem vyloučeného uchazeče, že k prokázání oprávněnosti Ing. Zdeňka Seidla jednat za společnost postačovalo sdělení uchazeče o novém složení představenstva společnosti, které neodpovídá zápisu v obchodním rejstříku, v jeho nabídce. Je nepochybnou povinností uchazeče své tvrzení podložit příslušnými doklady, neboť samotné tvrzení nemůže mít vliv na důvěru v údaje uvedené ve výpisu z obchodního rejstříku. Z uvedených důvodů vycházel zadavatel z dikce ust. § 27 odst. 2 zákona, ve kterém není zmínka o skutečnosti, že by osoba jednající v důvěře v údaje uvedené v obchodním rejstříku měla nebo mohla vědět o nesouladu zápisu v obchodním rejstříku se skutečností. Pojem „důvěra“ je dle názoru zadavatele nutno vykládat jako objektivní skutečnost, kterou lze vyvrátit jen doložením příslušného dokladu osvědčujícího stav rozdílný se zápisem v obchodním rejstříku. Pochybení na straně vyloučeného uchazeče nelze nahradit přesunem povinnosti k ověření chybějících nebo neúplných údajů v nabídce uchazeče na zadavatele. K prodlení zadavatele s rozhodnutím o námitkách a jeho následným doručením vyloučenému uchazeči zadavatel konstatuje, že námitky doručené dne 1.11.2002 přezkoumal ve lhůtě deseti dnů, a o svém rozhodnutí vyloučeného uchazeče neprodleně uvědomil dopisem ze dne 12.11.2002. Zadavatel trvá na svém stanovisku, že v průběhu zadávání předmětné veřejné zakázky nedošlo k porušení zákona, a to ani v souvislosti s vyloučením uchazeče SmP, a. s., z další účasti na veřejné zakázce.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu všem účastníkům dopisem č. j. VZ/S 219/02-152/6026/02-Der ze dne 16.12.2002 a současně stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, jakož i ke způsobu jejich zjištění, popřípadě navrhnout doplnění šetření. Ve stanovené lhůtě ani později se žádný z účastníků správního řízení k podkladům pro rozhodnutí nevyjádřil. Dopisem č.j. VZ/S219/02-152/508/03-Der ze dne 5.2.2003 požádal orgán dohledu zadavatele o zaslání písemného stanoviska ke skutečnostem zjištěným v předložené dokumentaci. Požadované stanovisko obdržel orgán dohledu dne 7.2.2003, přičemž skutečnosti v něm uvedené budou předmětem dalšího šetření (viz dále).

Příslušný správní poplatek uchazeč uhradil dne 3.1.2003. V této souvislosti orgán dohledu poznamenává, že podle ust. § 6 odst. 4 zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, lhůty pro vydání rozhodnutí stanovené zvláštními předpisy (v šetřeném případě správním řádem) neběží v období od zaslání výzvy nebo platebního výměru k zaplacení poplatku až do prokázání jeho zaplacení.

Po přezkoumání dokumentace o zadání veřejné zakázky a stanovisek účastníků řízení uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

K vyloučení uchazeče SmP, a. s., z další účasti na veřejné zakázce

Uchazeč SmP, a. s., namítá ve svém návrhu neoprávněné rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti na předmětné veřejné zakázce. Pochybení zadavatele, které je dle názoru vyloučeného uchazeče v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, spatřuje uchazeč v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení. Jediným důvodem pro vyloučení bylo neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 zákona způsobem podle § 2c odst. 1 zákona, konkrétně předložení čestného prohlášení, jež nebylo podepsáno oprávněnými členy statutárního orgánu jmenovaného uchazeče, neboť nekorespondovalo s údaji doloženého výpisu z obchodního rejstříku. Podle názoru vyloučeného uchazeče jím předložená nabídka bezesbytku splnila veškeré podmínky zadání předmětné veřejné zakázky a čestné prohlášení bylo podepsáno oprávněnými členy statutárního orgánu uchazeče SmP, a. s.

Zadavatel ve svém stanovisku k namítané skutečnosti uvádí, že skutečnost, že uchazeč SmP, a. s., neosvědčil příslušnou listinou nové složení statutárního orgánu a z ní plynoucí oprávnění Ing. Zdeňka Seidla podepisovat čestná prohlášení potřebná k prokázání kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 zákona, byla základním pochybením jmenovaného uchazeče, které ve svém důsledku vedlo k rozhodnutí zadavatele o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti ve veřejné zakázce.

Na základě ust. § 2a odst. 1 zákona jsou uchazeči výslovně povinni v nabídkách prokázat kvalifikační předpoklady. Ustanovení § 2b odst. 1 zákona stanovuje, za jakých podmínek uchazeč splňuje kvalifikační předpoklady. Způsob jejich prokázání je následně stanoven v ust. § 2c odst. 1 zákona. Uchazeč prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v ust. § 2b odst. 1 písm. b), c), d), e) a f) zákona čestným prohlášením. Z dikce ustanovení § 2c odst. 1 vyplývá, že požadovaná čestná prohlášení podepisuje uchazeč, resp. statutární orgán uchazeče, je-li uchazečem právnická osoba. Z uvedené skutečnosti vychází praxe při posuzování splnění kvalifikačních předpokladů formou čestného prohlášení. Explicitně, bez přípustnosti jakýchkoliv výjimek, je potom povinnost předložení čestného prohlášení příslušnými osobami oprávněnými za uchazeče jednat stanovena v ustanovení

§ 2b odst. 1 písm. d) zákona. V uvedeném ustanovení se uvádí, že kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky splňuje uchazeč, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku. Podmínka uvedená v § 2b odst. 1 písm. d) zákona se vztahuje na osoby vykonávající funkci statutárního orgánu nebo všechny členy statutárního orgánu (např. představenstvo), dále na vedoucího organizační složky podniku zapsané v obchodním rejstříku, za předpokladu, že organizační složka podává nabídku (§ 2b odst. 2 zákona), a rovněž na odpovědného zástupce uchazeče (§ 2b odst. 3 zákona) ustanoveného podle zvláštního právního předpisu.

Z povahy věci vyplývá, že podmínku uvedenou pod písmenem d) tohoto ustanovení může splňovat pouze fyzická osoba, a proto ustanovení § 2b odst. 2 a 3 zákona jako lex specialis upřesňuje, na které fyzické osoby se tato podmínka vztahuje v případě, že uchazečem je právnická osoba.

Vzhledem k tomu, že § 2c odst. 1 zákona stanoví uchazeči povinnost prokázat splnění předmětného kvalifikačního předpokladu, je zřejmé, že čestné prohlášení, které musí být obsahem nabídky (§ 2a odst. 1 zákona), musí učinit uchazeč, respektive osoba, která je oprávněna jménem uchazeče jednat. Čestné prohlášení však musí být formulováno tak, aby z něj bylo patrné, že podmínku stanovenou v § 2b odst. 1 písm. d) zákona splňují všechny osoby, které tvoří statutární orgán uchazeče.

Jak vyplývá z předložené dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky, předložil uchazeč SmP, a. s., ve své nabídce ověřený výpis z obchodního rejstříku, z něhož vyplývá, že za společnost jedná v celém rozsahu představenstvo, a to buď společně všichni členové představenstva, nebo dva členové představenstva, nebo jeden člen představenstva, který k tomu byl písemně zmocněn. Písemné zmocnění jednomu členu představenstva, z něhož by vyplývalo, že je oprávněn učinit čestné prohlášení podle § 2b odst. 1 písm. d) zákona za sebe i všechny ostatní členy představenstva, nebylo v nabídce vyloučeného uchazeče předloženo. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že čestné prohlášení ve smyslu § 2b odst. 1 písm. d) zákona mohli učinit buď společně všichni členové představenstva (každý za svou vlastní osobu), nebo dva členové představenstva, přičemž čestné prohlášení učiní i za další příslušné osoby.

Nabídka uchazeče SmP, a. s., obsahovala čestné prohlášení podle § 2b odst. 1 písm. b), c), d), e) a f) zákona, podepsané Ing. Karlem Mazalem, „místopředsedou představenstva“ (dle aktuálního výpisu z obchodního rejstříku člen představenstva – pozn. orgánu dohledu), a Ing. Zdeňkem Mazalem, členem představenstva. V předloženém výpisu z obchodního rejstříku však Ing. Zdeněk Mazal jako člen představenstva uveden nebyl a jeho jméno nebylo v uvedeném výpisu z obchodního rejstříku spojeno ani s žádnou jinou funkcí v orgánech společnosti.

V souvislosti s výše uvedeným nelze tedy zadavateli vytýkat odůvodněné pochybnosti o oprávnění Ing. Zdeňka Mazala, uvedeného v čestném prohlášení jako jednoho ze členů statutárního orgánu vyloučeného uchazeče, jednat za společnost. V souladu s ust. § 49 odst. 9 zákona, posoudil zadavatel nabídku uchazeče SmP, a. s., jako neúplnou z důvodu neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů a příslušného uchazeče vyloučil, což mu bezodkladně oznámil svým rozhodnutím o vyloučení. Orgán dohledu při přezkoumávání postupu zadavatele v procesu zadávání předmětné veřejné zakázky neshledal porušení zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť zadavatel z věcného hlediska rozhodl v souladu se

zákonem a podmínkami výzvy. Ustanovení § 2c zákona je kogentním ustanovením, od něž se nelze odchýlit (nepřipouští jiný výklad) a při nesplnění podmínky způsobu prokázání kvalifikačních předpokladů nelze postupovat jinak, než uchazeče, který předložil nekompletní nabídku, vyloučit z další účasti na veřejné zakázce.

Ze stejných důvodů je nutno posuzovat následné dodatečné prokázání splnění kvalifikačního předpokladu v rámci námitkového řízení předložením ověřené kopie zápisu z řádného zasedání dozorčí rady uchazeče SmP, a. s., které dokládá změny ve složení statutárního orgánu (volba Ing. Zdeňka Seidla členem představenstva). Dodatečným předložením příslušných dokladů prokazujících splnění kvalifikačních předpokladů ve stádiu po podání nabídek na příslušnou veřejnou zakázku již nelze napravit prvotní pochybení uchazeče spočívající v nedostatečném prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, tzn. prokazatelné porušení povinnosti stanovené ustanovením § 2a zákona. Nelze vytýkat zadavateli, pokud námitkám z uvedených důvodů nevyhoví a nabídku vyloučeného uchazeče nezařadí zpět do procesu zadávání veřejné zakázky. Pokud by bylo možno připustit doplňování nabídek (a předložení dokladů prokazujících způsob jednání za SmP, a. s., by mělo charakter doplnění nabídky), byla by ze strany zadavatele zpochybněna zásada rovného přístupu ke všem uchazečům o veřejnou zakázku, jež je jako jedna ze stěžejních zásad procesu zadávání veřejných zakázek zakotvena v § 11 odst. 1 zákona.

Vyloučený uchazeč se dále odvolává na část 1 své nabídky, ve které uvedl současné složení statutárního orgánu – představenstva SmP, a. s. (včetně uvedení Ing. Zdeňka Seidla jako člena představenstva), což považuje za dostatečné splnění informační povinnosti směrem k zadavateli, neboť jiné prokázání oprávnění jednotlivých osob jednat za společnost nebylo zadavatelem vyžadováno a nevyžaduje je ani zákon o zadávání veřejných zakázek. Zadavatel se neztotožňuje s názorem vyloučeného uchazeče, že k prokázání oprávnění Ing. Zdeňka Seidla jednat za společnost postačovalo sdělení uchazeče o novém složení představenstva společnosti, které neodpovídá zápisu v obchodním rejstříku, v jeho nabídce.

K uvedené argumentaci orgán dohledu konstatuje, že zákon ve svém ust. § 2c odst. 1 přesně a jednoznačně stanoví, kterými způsoby (tzn. listinné doklady, popř. prohlášení, včetně uvedení jeho formy) uchazeč prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů. Kogentní charakter uvedeného ustanovení zákona (viz výše) nedává zadavateli možnost u zvoleného způsobu zadání veřejné zakázky vyžadovat jiný než zákonem stanovený způsob prokázání kvalifikačních předpokladů, nelze se tedy na absenci takového požadavku ze strany zadavatele v zadání veřejné zakázky oprávněně odvolávat.

S ohledem na výše uvedené nelze přijmout ani argumentaci vyloučeného uchazeče, že v části 1 své nabídky uvedl současné složení představenstva SmP, a. s., včetně uvedení Ing. Zdeňka Seidla, čímž splnil povinnost prokázání splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2a odst. 1 zákona, neboť tak neučinil způsobem výslovně stanoveným zákonem. Nabídka ve své úvodní části obsahovala identifikaci uchazeče SmP, a. s., včetně osob, které společnost zastupují (Ing. Karel Mazal jako místopředseda představenstva a Ing. Zdeněk Seidl jako člen představenstva). Pouhé uvedení identifikačních údajů, byť doplněné podpisy uvedených osob, nepodložené listinnými doklady, které by dokládaly skutečnosti uvedené v úvodní části nabídky, však nelze považovat za splnění povinnosti stanovené v § 2a odst. 1 zákona. Nelze tedy vytýkat zadavateli, že k uvedeným skutečnostem, materiálně ani formálně neodpovídajícím požadavkům ustanovení § 2c odst. 1 zákona nepřihlédl, neboť k uvedeným, listinnými doklady nepodloženým, skutečnostem mohl přistupovat pouze informativně.

Ve svém návrhu uchazeč SmP, a. s., současně namítá skutečnost, že se zadavatel nemůže opírat o zásadu zakotvenou v ust. § 27 odst. 2 obchodního zákoníku, neboť princip negativní materiální publicity lze uplatnit pouze v případě, že osoba jednající v důvěře v údaje obchodního rejstříku nevěděla o rozporu mezi aktuálním stavem a zápisem v obchodním rejstříku. Podle názoru jmenovaného uchazeče je výpis z obchodního rejstříku v nabídce předkládán pouze k prokázání splnění kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 2b odst. 1 zákona. Proti uvedené argumentaci uchazeče zadavatel namítá, že důvěra v zápis do obchodního rejstříku je objektivní kategorií, kterou lze vyvrátit jen doložením příslušného dokladu osvědčujícího stav rozdílný se zápisem v obchodním rejstříku. Pochybení na straně vyloučeného uchazeče nelze nahradit přesunem povinnosti k ověření chybějících nebo neúplných údajů v nabídce uchazeče na zadavatele.

V této souvislosti orgán dohledu poznamená, že povinnost prokázat splnění kvalifikačních předpokladů, a to způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, leží bezpodmínečně na uchazeči o veřejnou zakázku (ust. § 2a odst. 1 zákona). Předložením výpisu z obchodního rejstříku v nabídce uchazeč prokazuje splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 2b odst. 1 písm. a) zákona a současně jím osvědčuje skutečnosti o složení svého statutárního orgánu. Předložil-li uchazeč ve své nabídce výpis z obchodního rejstříku, který neodpovídá skutečnému aktuálnímu stavu, nelze podle § 27 odst. 2 obchodního zákoníku proti tomu, kdo jedná v důvěře v zápis do obchodního rejstříku, namítat, že zápis neodpovídá skutečnosti.

K namítané skutečnosti považuje orgán dohledu za nutné poznamenat, že podle § 31 odst. 3 obchodního zákoníku je podnikatel povinen splnit povinnosti týkající se obchodního rejstříku, tzn. také veškeré zápisy změn ve složení statutárního orgánu, bez zbytečného odkladu poté, co nastala rozhodná skutečnost. Zápis č. 86/2000 z řádného zasedání dozorčí rady SmP, a. s., konaného dne 15.12.2000, který vyloučený uchazeč předložil zadavateli v rámci námitkového řízení, sice dokladuje skutečnost volby nového člena představenstva Ing. Zdeňka Seidla (viz usnesení č. 1/86 v uvedeném zápisu), současně ale vypovídá o značném, téměř dvouletém prodlení uchazeče s uvedením změn ve složení statutárního orgánu do souladu se skutečnostmi zapsanými v obchodním rejstříku. Na základě doplňujícího šetření orgánem dohledu bylo zjištěno, že příslušný zápis změn do obchodního rejstříku provedl jmenovaný uchazeč až k datu 9.12.2002, tzn. po podání návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele orgánem dohledu. Je nepochybné, že uchazeč neprovedl zápis změny do obchodního rejstříku bez zbytečného odkladu, ač je v zájmu právní jistoty všech třetích osob, ale i v zájmu uchazeče samotného, splnit své povinnosti a uvést do souladu faktické skutečnosti se skutečnostmi evidovanými v obchodním rejstříku, a to takovým způsobem, aby žádná z třetích osob nemohla být uvedena v omyl nebo získala neúplné informace o skutečném složení statutárního orgánu uchazeče.

K argumentaci uchazeče SmP, a. s., že měl-li zadavatel pochybnost o oprávněnosti podpisu uvedeného člena představenstva vyloučeného uchazeče, mohl si v souladu s čl. 12 výzvy k podání nabídek ověřit informace uvedené v nabídkách a informace o uchazečích, popř. vyžadovat doplňující informace před hodnocením nabídek, se orgán dohledu ztotožňuje se stanoviskem zadavatele, že je nepochybnou povinností uchazeče své tvrzení podložit příslušnými doklady, neboť samotné tvrzení nemůže mít vliv na důvěru v údaje uvedené ve výpisu z obchodního rejstříku.

Ustanovením § 2a zákona v návaznosti na § 2c zákona je povinnost prokázat splnění kvalifikačních předpokladů jednoznačně primárně uložena uchazeči o veřejnou zakázku, z čehož vyplývá, že také důkazní břemeno v případě pochybností o splnění jeho povinností,

spočívá vždy na uchazeči. Poněvadž kvalifikační předpoklad uvedený v § 2b odst. 1 písm. d) zákona se vztahuje na osoby vykonávající funkci statutárního orgánu nebo na všechny členy statutárního orgánu, je nezbytné, aby uchazeč předložil zadavateli takovou listinu, z níž bude zřejmé přesné, úplné a aktuální složení statutárního orgánu, případně listinu, z níž bude zřejmé, že došlo ke změně ve složení statutárního orgánu. Takovou listinou je nepochybně např. zápis z valné hromady. Uchazeč by měl do své nabídky vložit i listiny (pokud již existují), na jejichž základě zadavatel zjistí, jaké kroky již společnost učinila v souvislosti se změnou složení statutárního orgánu (např. žádost o změnu zápisu do obchodního rejstříku).

Zadavatel je tedy povinen vycházet z obsahu nabídky a dokladů uchazečem předložených. V žádném případě nelze po zadavateli oprávněně požadovat získávat chybějící informace z nabídek vlastním šetřením, dotazy nebo žádostí o doplňující informace, neboť takový postup by mohl vést k odůvodněným pochybnostem o rovném a transparentním přístupu zadavatele ke všem uchazečům o veřejnou zakázku.

Po prostudování předložené dokumentace orgán dohledu konstatuje, že nabídka uchazeče SmP, a. s., vykazovala mimo prokázané nesplnění kvalifikačního předpokladu dle ust. § 2b odst. 1 písm. d) zákona, další znaky neúplnosti z pohledu zadávacích podmínek uvedených ve výzvě k podání nabídek. Podle bodu 6 výzvy, nazvaného „Požadavek na jednotný způsob zpracování nabídek a nabídkové ceny“, stanovil zadavatel, že originál nabídky bude mít číslované stránky. Nabídka vyloučeného uchazeče uvedený požadavek zadavatele nesplnila. Nelze ani posoudit, zda jmenovaný uchazeč ve své nabídce dodržel zadavatelem stanovené pořadí jednotlivých částí nabídky, neboť nabídka uchazeče SmP, a. s., není svázána ani jinak zajištěna proti manipulaci s volnými listy. Uvedené skutečnosti mohly eventuelně být dalšími důvody pro vyloučení uchazeče SmP, a. s., z účasti ve veřejné zakázce.

Orgán dohledu konstatuje, s ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti, že neshledal důvody pro zrušení zadání veřejné zakázky, jak požaduje uchazeč SmP, a. s., v návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele orgánem dohledu.

K namítanému prodlení zadavatele s rozhodnutím o námitkách a jeho neprodleným doručením vyloučenému uchazeči

Uchazeč SmP, a. s., ve svém návrhu namítá prodlení ze strany zadavatele s rozhodnutím o námitkách a jeho doručením vyloučenému uchazeči, když o námitkách nerozhodl ve lhůtě stanovené ust. § 56 odst. 1 zákona a o svém rozhodnutí neprodleně neuvědomil jmenovaného uchazeče. Zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že námitky doručené dne 1.11.2002 přezkoumal ve lhůtě deseti dnů, a o svém rozhodnutí vyloučeného uchazeče neprodleně uvědomil dopisem ze dne 12.11.2002.

K namítané skutečnosti orgán dohledu konstatuje, že je v zájmu celého procesu zadávání veřejné zakázky, tedy i v zájmu zadavatele, rozhodovat o případných námitkách bez zbytečného odkladu v nejkratší možné lhůtě.

Podle ust. § 56 odst. 1 zákona přezkoumá zadavatel oprávněnost podaných námitek ve lhůtě do deseti dnů od jejich doručení zadavateli. V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že námitky vyloučeného uchazeče proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení lze považovat za vyřízené ve lhůtě do 10 dnů od jejich obdržení, přičemž je optimální, pokud zadavatel v uvedené lhůtě o námitkách nejen rozhodne, ale v této lhůtě také odešle rozhodnutí

o námitkách (neprodleně uvědomí o svém rozhodnutí vyloučeného uchazeče – viz § 56 odst. 1 a 2 zákona). Okamžikem vyřízení podaných námitek je den odeslání rozhodnutí zadavatele o námitkách vyloučenému uchazeči.

Jak vyplývá z předložené dokumentace, námitky proti vyloučení uchazeče SmP, a. s., byly zadavateli ve lhůtě doručeny dne 1.11.2002. Oznámení rozhodnutí zadavatele o námitkách vyloučeného uchazeče vyhotovil zadavatel dne 12.11.2002, přičemž doplňujícím šetřením bylo orgánem dohledu zjištěno, že uvedené rozhodnutí bylo zadavatelem předáno k poštovní přepravě dne 15.11.2002 a vyloučenému uchazeči doručeno dne 18.11.2002.

Z výše uvedených skutečností vyplývá, že v procesu vyřízení podaných námitek, tzn. v době od jejich přezkoumání do odeslání rozhodnutí zadavatele o podaných námitkách, došlo ze strany zadavatele k časovému prodloužení, a namítání uvedené skutečnosti vyloučeným uchazečem je oprávněné.

Současně je však nutno poznamenat, že pochybením zadavatele při vyřizování podaných námitek, nedošlo k ovlivnění procesu zadávání předmětné veřejné zakázky ani postavení uchazeče, který námitky podal, neboť rozhodnutí zadavatele o námitkách bylo věcně správné a v souladu se zákonem a podmínkami zadání veřejné zakázky. Vyloučený uchazeč nebyl v konečném důsledku uvedeným postupem zadavatele zkrácen na svém právu podat návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele orgánem dohledu. Z uvedeného důvodu nelze prodloužení zadavatele s vyřízením podaných námitek kvalifikovat jako závažné porušení zákona a orgán dohledu neshledal důvody pro vyhovění návrhu uchazeče SmP, a. s., aby zadání veřejné zakázky zrušil. Již samotné projednávání postupu zadavatele splní podle názoru orgánu dohledu preventivní funkci a bude mít vliv na to, aby zadavatel v budoucnu vyřizoval námitky včetně odeslání svého rozhodnutí ve lhůtě stanovené zákonem.

Zhodnocením všech uvedených skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel nepochybil při posouzení úplnosti nabídky uchazeče SmP, a. s., a v procesu zadávání předmětné veřejné zakázky nedošlo vyloučením jmenovaného uchazeče k porušení zákona.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že přezkoumal dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky v celém rozsahu, přičemž není vázán návrhem uchazeče (§ 57 odst. 5 zákona), a v předmětné věci shledal důvody k zahájení správního řízení z vlastního podnětu.

Z výše uvedených důvodů orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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:

- 1) Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně, K Nemocnici 76, 741 11 Nový Jičín, zast. Ing. Věrou Prouskovou

- 2) Severomoravská plynárenská, a.s., Plynární 2748/6, 702 00 Ostrava, zast. Ing. Karlem Mazalem