UOHSX004HQ8J

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S437/2012/VZ-19899/2012/512/MHr Brno 23. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 10. 8. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- uchazeč – UPC Česká republika, s.r.o., IČ 00562262, se sídlem Závišova 502/5, 140 00 Praha 4 - Nusle, za niž jednají Ing. Václav Bartoň, Ing. Petr Procházka a Mgr. Vladimíra Chlandová, jednatelé,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, učiněných při prokazování technických kvalifikačních předpokladů v nadlimitní veřejné zakázce „Služby datového centra“ zadané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo odesláno do informačního systému o veřejných zakázkách dne 22. 2. 2012 a bylo uveřejněno dne 5. 3. 2012 pod ev. č. 208800 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 3. 2012 pod číslem 2012/S 54-088484 zadavatelem – NET4GAS, s.r.o., IČ 27260364, se sídlem Na Hřebenech II 1718/8, 140 21 Praha 4, Nusle,

rozhodl takto:

I.

Uchazeč – UPC Česká republika, s.r.o., IČ 00562262, se sídlem Závišova 502/5, 140 00 Praha 4 - Nusle, za niž jednají Ing. Václav Bartoň, Ing. Petr Procházka a Mgr. Vladimíra Chlandová, jednatelé – se dopustil správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že předložil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 63 odst. 1 citovaného zákona v „seznamu obdobných dodávek (referencí)“ ze dne 29. 3. 2012 informace o vzájemném obchodním vztahu se společnostmi Nodus Technologies

spol. s r.o., IČ 25729055, se sídlem Kubelíkova 1224/42, Praha 3, Žižkov, a SuperNetwork s.r.o., IČ 25492063, se sídlem Bilejova 407, 463 03 Stráž nad Nisou, které neodpovídaly skutečnosti, což mohlo mít vliv na posouzení kvalifikace tohoto uchazeče v zadávacím řízení veřejné zakázky „Služby datového centra“.

II.

Uchazeči – UPC Česká republika, s.r.o., IČ 00562262, Závišova 502/5, 140 00 Praha 4 - Nusle – se za zjištěný správní delikt uvedený v bodě I. ukládá podle § 120a odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 400 000,- Kč (čtyři sta tisíc korun českých),
a zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – NET4GAS, s.r.o., IČ 27260364, se sídlem Na Hřebenech II 1718/8, 140 21 Praha 4, Nusle, za niž jednají Ing. Jan Nehoda a Thomas Kleefuss, jednatelé (dále jen „zadavatel“ nebo též „NET4GAS, s.r.o.“) – zahájil zadávací řízení nadlimitní veřejné zakázky „Služby datového centra“ (dále jen „veřejná zakázka“) podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), formou užšího řízení, jehož oznámení bylo odesláno do informačního systému o veřejných zakázkách dne 22. 2. 2012 a bylo uveřejněno dne 5. 3. 2012 pod ev. č. 208800 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 3. 2012 pod číslem 2012/S 54-088484.

2. Předmětem plnění veřejné zakázky je poskytování služeb datového centra pro společnost NET4GAS, s.r.o., spočívající v analýze IT služeb stávajícího interního datového centra s následným převodem těchto služeb do datového centra poskytovatele.

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou dne 28. 5. 2012 podnět k prošetření možného spáchání správního deliktu dodavatele – UPC Česká republika, s.r.o., IČ 00562262, se sídlem Závišova 502/5, 140 00 Praha 4 - Nusle, za niž jednají Ing. Václav Bartoň, Ing. Petr Procházka a Mgr. Vladimíra Chlandová, jednatelé (dále jen „uchazeč“ nebo též „UPC Česká republika, s.r.o.“). Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal příslušnou dokumentaci, ze které zjistil následující skutečnosti.

4. Zadavatel v bodě 6.2.4. kvalifikační dokumentace pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadoval předložení čestného prohlášení o současném provozování alespoň dvou datových center, dále předložení platných certifikátů ISO 20000 a ISO 27001 (případně certifikátů rovnocenných) a předložení „seznamu tří obdobných dodávek (referencí)“ poskytnutých dodavatelem, který byl přílohou č. 1 kvalifikační dokumentace a jehož součástí bude čestné prohlášení o pravdivosti všech údajů týkajících se těchto referencí nebo osvědčení vydané a podepsané samotným objednatelem reference. Kvalifikační požadavky na předložené reference byly následující:

- *Délka trvání v současné době platné smlouvy či smlouvy ukončené nejdéle před 6 měsíci ode dne uveřejnění kvalifikační dokumentace překračující 3 roky* (dále jen „délka trvání smlouvy“).
- *Objem plnění minimálně 20 000 000,- Kč/rok* (dále jen „objem plnění“).
- *Používaný jazyk pro komunikaci projektových týmů* (dále jen „jazyk pro komunikaci“) – *český a/nebo anglický*.
- *Používaný jazyk pro přístup do interního Helpdesku poskytovatele* (dále jen „jazyk pro přístup do Helpdesku“) – *český a/nebo slovenský a/nebo anglický*.
- Alespoň u jedné *reference jsou poskytované služby současně ze dvou datových center* (dále jen „poskytované služby současně ze dvou datových center“) – *Ano*.

5. Uchazeč ve své žádosti o účast ze dne 29. 3. 2012, kterou podepsal zaměstnanec pan Lukáš Abazid[1] na základě pověření ze dne 24. 2. 2012, předložil mimo jiné čestné prohlášení o pravdivosti všech údajů uvedených v „seznamu obdobných dodávek“ a samotnou přílohu č. 1 zadávací dokumentace s těmito údaji:
   - *„Nodus Technologies s.r.o.[2], se sídlem Opletalova 4, 110 00 Praha 1“* – délka trvání smlouvy: *„3 roky“*, objem plnění: *„více než 20 000 000,- Kč/rok“*, jazyk pro komunikaci: *„český“*, jazyk pro přístup do Helpdesku: *„český“*, poskytované služby současně ze dvou datových center: *„Ano“*.
   - *„Seznam.cz, a.s., se sídlem Radlická 5, 150 00 Praha 5“* – délka trvání smlouvy: *„7 let“*, objem plnění: *„více než 20 000 000,- Kč/rok“*, jazyk pro komunikaci: *„český“*, jazyk pro přístup do Helpdesku: *„český“*.
   - *„SuperNetwork s.r.o., se sídlem Bilejova 407, 463 03 Stráž nad Nisou“* – délka trvání smlouvy: *„6 let“*, objem plnění: *„více než 20 000 000,- Kč/rok“*, jazyk pro komunikaci: *„český“*, jazyk pro přístup do Helpdesku: *„český“*.
6. Zadavatel na základě zaslané emailové žádosti o poskytnutí dodatečných informací prokazujících splnění kvalifikace ze dne 3. 4. 2012 požadoval po uchazeči dodání těchto relevantních údajů:
   - *„skutečnou hodnotu parametru „pro DC č. 1“ pro zákazníka Nodus Technologies s.r.o.,*
   - *která konkrétní datová centra (název, adresa) společnost UPC Česká republika, s.r.o., v současné době provozuje,*
   - *skutečné hodnoty jednotlivých položek v referenčních listech, především se jedná o „objem plnění“,*
   - *dodatečné informace k projektům pro zákazníky Seznam.cz, a.s., a SuperNetwork s.r.o. v této struktuře: detailní popis předmětu plnění s uvedením poskytovaných*

[1] Toho času zaměstnán ve společnosti UPC Česká republika, s.r.o., na pozici B2B Director.

[2] Uchazeč UPC Česká republika, s.r.o., ve své žádosti o účast uvádí chybnou podobu názvu referentské společnosti, když správný název dle Obchodního rejstříku je (od roku 2007) Nodus Technologies spol. s r.o., se sídlem Tachovská 1439/14, 153 00 Praha 5, resp. od května 2012 Kubelíkova 1224/42, 130 00 Praha 3, Žižkov, a nikoliv uváděný Nodus Technologies s.r.o., Opletalova 4, 110 00 Praha 1, kde původně sídlily pouze kanceláře společnosti.

služeb, datum uzavření smlouvy, přesný finanční objem plnění zakázky, informaci zda Vaše společnost plnila zakázku samostatně (v případě plnění zakázky v konsorciu uveďte procentuální podíl na řešení zakázky)".

7. Uchazeč doručil zadavateli dne 6. 4. 2012 doplněné doklady o tyto informace:
   - *„UPC Česká republika, s.r.o., v současné době provozuje TTC Telehouse – UPC Business datacentrum, Tiskařská 257/10, 108 00 Praha 10 - Malešice a Shiran Tower - UPC Business (exSPPT) datacentrum, Lužná 716/2, 160 00 Praha 6 – Vokovice".*
   - *„Seznam.cz, a.s.,*
     - *Detailní popis předmětu plnění - Hosting a housing, Internetová konektivita, pronájem optických vláken, datové okruhy, bezpečnostní řešení a peering do sítě UPC Broadband.*
     - *Datum uzavření smlouvy - 3/2005.*
     - *Přesný finanční objem: 20 400 000,- Kč.*
     - *Společnost UPC Česká republika, s.r.o., plnila zakázku pro spol. Seznam.cz, a.s., samostatně".*
   - *„SuperNetwork s.r.o.*
     - *Detailní popis předmětu plnění - Hosting a housing, Internetová konektivita, pronájem optických vláken, datové okruhy a peering do sítě UPC Broadband.*
     - *Datum uzavření smlouvy - 4/2006.*
     - *Přesný finanční objem: 20 160 000,- Kč.*
     - *Společnost UPC Česká republika, s.r.o., plnila zakázku pro spol. SuperNetwork s.r.o. samostatně".*
8. Součástí uchazečem doručených dokladů, které doplnil dne 6. 4. 2012 k prokázání kvalifikace, byla i kompletně doplněná příloha č. 1 v této podobě:
   - „*Nodus Technologies s.r.o., se sídlem Opletalova 4, 110 00 Praha 1*" – délka trvání smlouvy: „*3 roky*", objem plnění: „*21 600 000,- Kč/rok*", jazyk pro komunikaci: „*český*", jazyk pro přístup do Helpdesku: „*český*", poskytované služby současně ze dvou datových center: „*Ano*".
   - „*Seznam.cz, a.s., se sídlem Radlická 5, 150 00 Praha 5*" – délka trvání smlouvy: „*7 let*", objem plnění: „*20 400 000,- Kč/rok*", jazyk pro komunikaci: „*český*", jazyk pro přístup do Helpdesku: „*český*".
   - „*SuperNetwork s.r.o., se sídlem Bilejova 407, 463 03 Stráž nad Nisou*" – délka trvání smlouvy: „*6 let*", objem plnění: „*20 160 000,- Kč/rok*", jazyk pro komunikaci: „*český*", jazyk pro přístup do Helpdesku: „*český*".
9. Zadavatel získal z podaných žádostí o účast pochybnosti o pravosti (pravdivosti) uchazečem předložených referencích, a proto vybrané subjekty, které byly uvedeny v „seznamu obdobných dodávek", vyzval k ověření uchazečem uvedených skutečností.

10. V odsouhlaseném přepisu telefonického rozhovoru se společností Nodus Technologies spol. s r.o. se mimo jiné uvádí na otázky: *„Jak dlouho Vám služby poskytuje společnost UPC? Je to 3 roky a stále trvá, nebo byla ukončena před méně než 6 měsíci?“*, odpověď: *„Stále trvá a je to cca 3 roky…“* A dále: *„Byl systém současně provozován ze dvou datových center?“*, odpověď: „Ano, ale nikoliv společností UPC. UPC nám poskytuje služby pouze v jednom datovém centru.“ Na závěr na otázku: *„Je cena plnění společností UPC více než 20 000 000,- Kč/rok?“*, odpovídá zástupce společnosti Nodus Technologies spol. s r.o., takto: *„To je příliš mnoho. Cena plnění a tedy služeb společnosti UPC je menší než 20 000 000,- Kč ročně.“*

11. Z čestného prohlášení a přepisu telefonického rozhovoru s jednatelem společnosti SuperNetwork s.r.o. vyplývá, že: *„… společnost UPC Česká republika, s.r.o., v současné době není ani v minulosti nebyla poskytovatelem služeb datového centra společnosti SuperNetwork s.r.o.“*

12. Z odpovědí společnosti Nodus Technologies spol. s r.o. a společnosti SuperNetwork s.r.o. dospěl zadavatel k závěru, že uchazečem poskytnuté reference jsou nepravdivé a zavádějící a uchazeče v souladu s ustanovením § 60 a § 64 odst. 7 zákona rozhodnutím ze dne 12. 4. 2012 vyloučil z další účasti v zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky.

13. Úřad se v rámci šetření obdrženého podnětu ze dne 28. 5. 2012 obrátil na společnosti Nodus Technologies spol. s r.o. a SuperNetwork s.r.o. s dotazy, týkajícími se plnění společnosti UPC Česká republika, s.r.o., respektive ověření údajů uvedených uchazečem UPC Česká republika, s.r.o., v nabídce. Na otázky reflektující požadavky zadavatele uvedené v „seznamu obdobných dodávek“ uvedl jednatel společnosti SuperNetwork s.r.o., že: *„Mezi SuperNetwork s.r.o. a UPC Česká republika, s.r.o., není podepsána smlouva na dodávku služeb datového centra a nebylo tak ani v posledních 48 měsících. Vzájemný obchodní vztah nepřevyšuje 20 000 000,- Kč ročního obratu za datové centrum - UPC Česká republika, s.r.o., nám žádné služby datového centra neposkytuje.“* a jednatel společnosti Nodus Technologies spol. s r.o. uvedl, že společnost UPC Česká republika, s.r.o., je dodavatelem služeb datového centra více než 3 roky, nicméně objem plnění za poskytované služby nepřevyšuje částku 20 000 000,- Kč za rok a odebírané služby jsou pouze v jednom datovém centru.

14. Po posouzení obsahu předložené dokumentace veřejné zakázky získal Úřad pochybnosti o souladu postupu uchazeče UPC Česká republika, s.r.o., se zákonem při prokazování technických kvalifikačních předpokladů v zadávacím řízení a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu dodavatelem.

II. Průběh řízení

15. Účastníkem řízení podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, je uchazeč.

16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení přípisem č. j. ÚOHS-S437/2012/VZ-14097/2012/512/MHr ze dne 10. 8. 2012. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S437/2012/VZ-14747/2012/512/MHr z téhož dne, v němž stanovil uchazeči lhůtu, v níž byl oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, nebo vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

17. K oznámení o zahájení správního řízení se uchazeč vyjádřil dne 15. 8. 2012 s tím, že předložení dokumentů, které neodpovídají skutečnosti, je vnímáno bezesporu jako závažné

pochybení. Proto bylo přistoupeno k internímu šetření v rámci společnosti za účelem zjištění veškerých souvislostí a detailů. Z téhož důvodu požádal uchazeč o prodloužení lhůty k navrhování důkazů do 27. 8. 2012. Úřad uchazeči vyhověl usnesením č. j. ÚOHS-S437/2012/15817/2012/512/MHr.

18. Na základě telefonické žádosti umožnil Úřad dne 22. 8. 2012 jednatelce a pověřeným zástupcům společnosti UPC Česká republika, s.r.o., nahlédnout do příslušného správního spisu.

19. Téhož dne bylo Úřadu doručeno i vyjádření účastníka řízení ze dne 21. 8. 2012, že nebylo úmyslem UPC Česká republika, s.r.o., uvést nepravdivé údaje s cílem ovlivnit posouzení kvalifikace v zadávacím řízení, nýbrž se jednalo o pochybení jednotlivce a následné selhání vnitřní kontroly společnosti. Účastník dále uvádí, že: *„… v případě Nodus Technologies zde došlo velmi pravděpodobně k mylnému použití celkové dosavadní hodnoty smluvního plnění, která ke dni zpracování technických kvalifikačních předpokladů činila necelé 2 miliony Kč. K této částce bylo panem Mráčkem*[3] *pravděpodobně přistoupeno jako k měsíčnímu objemu plnění, nikoliv jako k celkovému objemu plnění za dobu trvání smlouvy.“* A v případě druhé reference byly dle uchazeče aplikovány irelevantní údaje, jelikož: *„… zde došlo k vlastní záměně reference s referencí našeho dodavatele, společnosti TTC TELEKOMUNIKACE, s.r.o., jak mimo jiné vyplývá z našich pohovorů s tímto smluvním partnerem, konkrétně ředitelem telehousu TTC panem Radkem Majerem, který vypověděl, že byl o tuto referenci panem Mráčkem požádán.“* Následně uchazeč upřesňuje, že *„…k události došlo i přesto, že naši zaměstnanci jsou obecně znalí právního prostředí a detailně seznámení s Kodexem obchodního chování naší společnosti. Přesto byly jménem společnosti odeslány nepravdivé údaje a navíc nikdo nereagoval ani na následné indicie o možném porušení právních předpisů (doplňující dotazy zadavatele a vyloučení z další účasti v zadávacím řízení). Toto považujeme za jednoznačné selhání našich kontrolních mechanismů.“* Závěrem uchazeč dodává, že byla ihned přijata nápravná opatření a připravuje se nový koncept profesního vzdělávání zaměstnanců a posílení vnitřních kontrol. Následně uchazeč navrhuje pro zjištění relevantních skutečností v souvislosti se záměnou referencí vyslechnutí pana Lukáše Abazida (tehdejšího nadřízeného pana J. Mráčka a současného ředitele úseku PMO ve společnosti UPC Česká republika, s.r.o.) a pana Radka Majera (ředitele divize telehousu společnosti TTC TELEKOMUNIKACE, s.r.o.).

20. Úřad obdržel od uchazeče dne 27. 8. 2012 dodatečné vyjádření, že závěry interního šetření jsou v plné shodě s vyjádřením UPC Česká republika, s.r.o., ze dne 21. 8. 2012. V dané věci tedy uchazeč nečiní další důkazy a návrhy.

III. Závěry Úřadu

21. Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu žádosti o účast společnosti UPC Česká republika, s.r.o., vyjádření dotčených společností k jednotlivým referencím, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se uchazeč při prokazování

[3] Jaroslav Mráček - zaměstnanec společnosti UPC Česká republika, s.r.o., který byl: „… věcně zodpovědný za přípravu podkladů pro veřejnou zakázku zadavatele NET4GAS, s.r.o. Tento zaměstnanec ve společnosti UPC Česká republika, s.r.o., pracoval po dobu 7 měsíců na pozici „B2B Key Account Manager“ a pracovní poměr s ním byl ukončen již v dubnu letošního roku pro důvody, které přímo nesouvisely s veřejnými zakázkami“.

technických kvalifikačních předpokladů v zadávacím řízení veřejné zakázky „Služby datového centra“ dopustil správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona, když předložil informace o vzájemném obchodním vztahu se společnostmi SuperNetwork s.r.o. a Nodus Technologies spol. s r.o., které neodpovídaly skutečnosti, což mohlo mít vliv na posouzení kvalifikace tohoto uchazeče. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

22. Podle ustanovení § 63 odst. 1 zákona je sektorový zadavatel oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele.

23. Sektorový zadavatel je podle § 64 odst. 1 zákona povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele v užším řízení a v jednacím řízení s uveřejněním. Prokázání splnění kvalifikace dodavatele v rozsahu stanoveném sektorovým zadavatelem je předpokladem vyzvání zájemce k podání nabídky v užším řízení či jednacím řízení s uveřejněním.

24. Podle § 120a odst. 1. písm. a) zákona se dodavatel dopustí správního deliktu tím, že předloží k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení, v řízení o žádosti o zápis do seznamu podle § 129 zákona anebo o žádosti o změnu tohoto zápisu podle § 130 odst. 2 zákona nebo pro účely splnění podmínek pro vydání certifikátu podle § 138 zákona.

25. Zadavatel požadoval v bodě 6.2.4.1. kvalifikační dokumentace předložení tří referencí ve struktuře definované přílohou č. 1 kvalifikační dokumentace, z nichž alespoň jedna splňovala podmínku, že služby jsou poskytované současně ze dvou datových center (blíže bod 4. tohoto rozhodnutí).

26. Uchazeč ve své žádosti o účast ze dne 29. 3. 2012, kterou na žádost zadavatele doplnil dne 4. 4. 2012, předložil seznam dodávek společností Nodus Technologies s.r.o., Seznam.cz, a.s., a SuperNetwork s.r.o.

27. Zadavatel v důsledku obdržení několika totožných referencí[4] pojal podezření o pravosti (pravdivosti) uchazečem předložených referencích, a proto vybrané subjekty, které byly uvedeny v „seznamu obdobných dodávek“, vyzval k ověření skutečností uvedených v těchto referencích.

28. Na základě provedených zjištění (blíže bod 8. a 9. tohoto rozhodnutí) dospěl zadavatel k závěru, že uchazečem poskytnuté reference jsou nepravdivé a zavádějící a uchazeče rozhodnutím ze dne 12. 4. 2012 vyloučil z další účasti v zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky.

29. Úřad na základě vlastního šetření provedl ověření pravdivosti podaných referencí u společností Nodus Technologies spol. s r.o. a SuperNetwork s.r.o. ve vztahu k uchazeči (blíže bod 12. tohoto rozhodnutí).

30. Z uvedených důvodů Úřad konstatuje, že informace o dvojici předmětných referenčních dodávek byly pro prokázání zadavatelem stanovených kvalifikačních předpokladů klíčové a

[4] Zadavatel v žádosti o poskytnutí dodatečných informace prokazující splnění kvalifikace ze dne 3. 4. 2012 uvádí, že referenční projekty pro stejné zákazníky Seznam.cz, a.s., a SuperNetwork s.r.o. uvedli další dva zájemci o předmětnou veřejnou zakázku.

mohly tak mít vliv na samotné posouzení kvalifikace dodavatele. I když zadavatel uchazeče UPC Česká republika, s.r.o., vyloučil ze zadávacího řízení, z dikce zákona jednoznačně vyplývá, že znaky správního deliktu spáchaného dodavatelem jsou naplněny již tehdy, kdy jednání dodavatele je způsobilé mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele. Postačuje tedy již samotná možnost ovlivnit jednáním dodavatele posouzení kvalifikace ze strany zadavatele a není podstatné, zda k tomuto ovlivnění skutečně došlo. Opačný výklad, tj. když by trestnost jednání dodavatele byla v podstatě vždy vázána na určitý konkrétní způsob jednání zadavatele a byla závislá na tom, jestli zadavatel zjistí či nezjistí nepravdivost informací a dokladů, by byl rovněž zcela v rozporu s účelem tohoto ustanovení. Tedy zabránit dodavatelům, aby předkládali k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a mohly tak uvádět zadavatele v omyl při posouzení kvalifikace za účelem následného získání veřejné zakázky.

31. S ohledem na výše uvedené Úřad považuje za prokázané, že uchazeč v žádosti o účast v zadávacím řízení veřejné zakázky „Služby datového centra“ předložil reference, které neodpovídaly skutečnosti. Tuto skutečnost ostatně potvrdil i sám uchazeč ve svém vyjádření ze dne 21. 8. 2012 (bod 18. tohoto rozhodnutí).

32. K návrhu uchazeče ze dne 21. 8. 2012 na výslechy osob pana Lukáše Abazida (dříve zaměstnaného na pozici B2B Director společnosti UPC Česká republika, s.r.o.) a pana Radka Majera (stávajícího ředitele divize telehousu společnosti TTC TELEKOMUNIKACE, s.r.o.) Úřad konstatuje, že v rámci vlastního šetření vzal v potaz okolnosti, za nichž byl delikt spáchán, tedy, že s největší pravděpodobností došlo k záměně vlastní reference za referenci dodavatele TTC TELEKOMUNIKACE, s.r.o., Třebohostická 987/5, 100 00 Praha 10, kterou provedl zaměstnanec uchazeče zodpovědný za přípravu podkladů k předmětné veřejné zakázce, avšak z dokumentů, které má Úřad k dispozici, jednoznačně vyplývá, že informace uvedené v žádosti o účast (a následně doplněné na žádost zadavatele) předložené společností UPC Česká republika, s.r.o., jsou nepravdivé a výslech výše uvedených osob nemůže tuto skutečnost prokazatelně vyvrátit, neprovedl proto Úřad uchazečem navrhované výslechy.

33. Vzhledem k tomu, že uchazeč, pro splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedl v předloženém „seznamu obdobných dodávek (referencí)“, který byl součástí žádosti o účast, společnost Nodus Technologies spol. s r.o., s nepravdivým objemem plnění za rok a současně, že nebyly poskytovány služby ze dvou datových center ale pouze z jednoho, a společnost SuperNetwork s.r.o., kde i přesto, že neexistoval smluvní vztah mezi těmito dvěma subjekty, uvedl uchazeč nepravdivou délku smluvního vztahu i objem plnění z něj plynoucí, byla jednoznačně naplněna definice správního deliktu spáchaného dodavatelem podle § 120a odst. 1 písm. a), přičemž tyto skutečnosti mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele.

IV. K uložení pokuty

34. Podle ustanovení § 120a odst. 1 písm. a) zákona se dodavatel dopustí správního deliktu tím, že předloží k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení, v řízení o žádosti o zápis do seznamu podle § 129 zákona anebo o žádosti o změnu

tohoto zápisu podle § 130 odst. 2 zákona nebo pro účely splnění podmínek pro vydání certifikátu podle § 138 zákona.

35. Jelikož uchazeč ve své žádosti o účast předložil a následně doplnil informace v „seznamu obdobných dodávek (referencí)“ tak, že z trojice realizovaných dodávek dvě neodpovídaly skutečnosti, přičemž byly pro posouzení kvalifikace rozhodné, došlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona.

36. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

37. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 28. 5. 2012. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi dne 10. 8. 2012 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. K předložení žádosti o účast včetně „seznamu obdobných dodávek“ s nepravdivými informacemi, a tedy ke spáchání správního deliktu, došlo dne 30. 3. 2012. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost vybraného uchazeče za správní delikt nezanikla.

38. Podle § 120a odst. 2 zákona se za správní delikt podle odstavce 1 písm. a) uloží pokuta do 10 000 000 Kč a zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.

39. Podle § 120a odst. 3 zákona zákazem plnění veřejných zakázek se rozumí zákaz účasti v zadávacím řízení a zákaz uzavřít smlouvu na plnění veřejných zakázek malého rozsahu. Doba 3 let, na kterou se zákaz plnění veřejných zakázek ukládá, začíná dnem, kdy rozhodnutí podle odstavce 2, kterým byl uložen zákaz plnění veřejných zakázek, nabylo právní moci.

40. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

41. Jak je uvedeno např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 15/2009 ze dne 10. 3. 2011, „účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomuto mají prokazatelně dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit“. Postup uchazeče, který předloží v žádosti o účast k prokázání technických kvalifikačních předpokladů informace, které neodpovídají skutečnosti, může svým konáním ohrozit i samotnou realizaci veřejné zakázky a tím způsobit rozsáhlé škody, neboť může být daná zakázka uskutečněna subjektem, který s požadovanými pracemi nemá dostatečné zkušenosti, je proto chápán jako velmi závažný.

42. Pokuta uložená dodavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností

stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad dodavateli uložil pokutu ve výši 400 000 Kč, tj. v dolní polovině zákonné sazby.

43. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu jak skutečnosti rozhodné při spáchání správního deliktu, tak i ekonomickou situaci uchazeče, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu Pl. ÚS 3/02. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.

44. Z předložené výroční zprávy za rok 2011, resp. z rozvahy a výkazu zisku a ztrát vyplývá, že společnost UPC Česká republika, s.r.o., dosáhla záporného výsledku hospodaření v celkové výši -136 398tis. Kč, který je dán zejména záporným výsledkem finančního hospodaření v částce -541 597tis. Kč. Za záporným finančním výsledkem lze nalézt zejména nákladové úroky v částce 524 117tis. Kč, kterými uchazeč hradil úroky z poskytnutého dlouhodobého úvěru ve výši 7 674 532tis. Kč (stav k 31. 12. 2011) od své mateřské společnosti UPC Czech Holding B. V. se sídlem v Nizozemském království. Naproti tomu dosahuje uchazeč kladného provozního výsledku hospodaření ve výši 362 749tis. Kč, za kterým lze nalézt zejména dosažené tržby za prodané výrobky a služby v částce 4 498 682tis. Kč. Úřadem stanovená pokuta tak představuje pouze marginální část z možných podnikatelských výnosů uchazeče, tzn., nestává se „bezúčelnou“[5] (tj. směřující pouze k úhradě uložené pokuty po značné časové období). Na základě výše uvedeného a s ohledem na stav vlastního kapitálu (částka 2 529 547tis. Kč ke dni 31. 12. 2011, z níž připadá 1 167 816tis. Kč na základní kapitál) je Úřad toho názoru, že uložená pokuta nepředstavuje takový zásah do majetkové základny uchazeče, jež by měl likvidační charakter.

45. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo dodavatele.

46. Úřad v souladu s ustanovením § 120a odst. 2 zákona uložil dodavateli za spáchaný správní delikt také zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let. Zákazem plnění veřejných zakázek se rozumí zákaz účasti v zadávacím řízení a zákaz uzavřít smlouvu na plnění veřejných zakázek malého rozsahu. Doba 3 let, na kterou se zákaz plnění veřejných zakázek ukládá, začíná dnem, kdy rozhodnutí, kterým byl uložen zákaz plnění veřejných zakázek, nabylo právní moci.

47. Úřad posoudil postup uchazeče v zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, rozhodl, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

[5] Jak je uvedeno v citovaném nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 3/02.

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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. UPC Česká republika, s.r.o., Závišova 5, 140 00 Praha 4 - Nusle

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy