

Č. j. S 61/01-153/1881/01-Št

V Brně dne 21. května 2001

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 11. 4. 2001 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. a zákona č. 39/2001 Sb., a § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele Jihomoravské energetiky, a. s., Lidická 36, 659 44 Brno, za niž jedná Ing. Zdeněk Machala, Ing. Jiří Růžička, Ing. Ladislav Lorenc, JUDr. Roman Hodoši, Ing. Zdeněk Bauer, členové představenstva, v řízení před správním orgánem zastoupené na základě plných mocí ze dne 20. 4. 2001 Mgr. Evou Habánovou, zástupkyní vedoucího právního odboru Jihomoravské energetiky, a. s., a společností CERTOS s. r. o., Kozlovská 3a, 160 00 Praha 6, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel, učiněných v obchodní veřejné soutěži na „komplexní řešení a dodávku integrovaného informačního systému“ vyhlášené dne 24. 1. 2001 v Obchodním věstníku č. 4/2001 pod zn. 113623-04/01 podle části druhé 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. a zákona č. 256/2000 Sb., rozhodl podle § 60 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. a zákona č. 142/2001 Sb., takto:

Zadavatel Jihomoravská energetika, a. s., Lidická 36, 659 44 Brno, porušil ustanovení § 29 odst. 2 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. a zákona č. 256/2000 Sb. tím, že při otevírání obálek nesprávně posoudil úplnost nabídky uchazeče Compaq Computer, s. r. o., Na Pankráci 26, 140 00 Praha 4, z hlediska vlastních požadavků uplatněných v podmínkách obchodní veřejné soutěže, a § 29 odst. 4 cit. zákona o zadávání veřejných zakázek, když jmenovaného uchazeče nevyločil z další účasti v obchodní veřejné soutěži.

Zadavateli Jihomoravské energetice, a. s., Lidická 36, 659 44 Brno, **se ukládá** opětovně posoudit a zkontrolovat úplnost nabídky uchazeče Compaq Computer, s. r. o., Na Pankráci 26, 140 00 Praha 4, a to do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

### **O d ů v o d n ě n í**

Zadavatel Jihomoravská energetika, a. s., Lidická 36, 659 44 Brno, za niž jedná Ing. Zdeněk Machala, Ing. Jiří Růžička, Ing. Ladislav Lorenc, JUDr. Roman Hodoši, Ing. Zdeněk Bauer, členové představenstva (dále jen „zadavatel“), vyhlásila dne 24. 1. 2001 v Obchodním věstníku č. 4/2001 pod zn. 113623-04/01 podle části druhé 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. a zákona č. 256/2000 Sb. (dále jen „zákon“) obchodní veřejnou soutěž na „komplexní řešení a dodávku integrovaného informačního systému“ (dále jen „soutěž“). Podmínky soutěže byly dále doplněny a změněny zveřejněním dne 21. 2. 2001 v Obchodním věstníku č. 8/2001 pod zn. 114862-08/01 a dne 14. 3. 2001 v Obchodním věstníku č. 11/01 pod zn. 116264-11/01.

V podmínkách soutěže zadavatel stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle těchto kritérií:

1. zkušenosti uchazeče, případně jeho subdodavatelů resp. většinových vlastníků, s realizací zakázek obdobného rozsahu a charakteru,
2. zkušenosti vedoucích pracovníků uchazeče odpovědných za systémovou integraci IIS a implementaci ASW s realizací zakázek obdobného rozsahu a charakteru,
3. výše nabídkové ceny,
4. reference o zakázkách obdobného rozsahu a charakteru realizovaných uchazečem, případně jeho subdodavatelem resp. většinovými vlastníky,
5. pojištění odpovědnosti uchazeče a výše smluvních pokut.

V soutěžní lhůtě zadavatel obdržel 3 nabídky. Jak dále vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 20. 3. 2001, dvě nabídky nevyhověly kontrole úplnosti a zadavatel příslušné uchazeče vyloučil z další účasti v soutěži.

Dne 26. 3. 2001 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je podle § 51 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. a zákona č. 142/2001 Sb., orgánem dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět týkající se předmětné soutěže, na základě kterého si dopisem ze dne 28. 3. 2001 od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“).

Po přezkoumání dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných v průběhu výběrového řízení a jeho dosavadního postupu, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele učiněných při zadávání předmětné veřejné zakázky.

Účastníky správního řízení, kterými podle § 58 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. a zákona č. 39/2001 Sb., jsou:

- zadavatel, v řízení před správním orgánem zastoupený na základě plných mocí ze dne 20. 4. 2001 Mgr. Evou Habánovou, zástupkyní vedoucího právního odboru Jihomoravské energetiky, a. s., a společností CERTOS s. r. o., Kozlovská 3a, 160 00 Praha 6, za niž jedná Tomáš Pfeffer,
- Compaq Computer, s. r. o., Na Pankráci 26, 140 00 Praha 4, za niž jedná Rudolf Kozák (dále jen „Compaq Computer“), zastoupená ve správním řízení JUDr. Alojzem Baránikem, advokátem, Na Pankráci 26, 140 00 Praha 4,

seznámil orgán dohledu se zjištěnými skutečnostmi (dopisem č. j. S 61/01-153/1392/01-Št ze dne 10. 4. 2001). Rozhodnutím č. j. S 61/01-153/1393/01- Št z téhož dne orgán dohledu zadavateli uložil předběžné opatření nepokračovat v zadávání předmětné veřejné zakázky, neuzavírat smlouvu na předmět plnění této veřejné zakázky a veřejnou zakázku nezrušit. Účastníci správního řízení obdrželi oznámení o zahájení správního řízení i předběžné opatření dne 11. 4. 2001, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

V oznámení o zahájení správního řízení orgán dohledu uvedl následující skutečnosti (zkráceno):

- Zadavatel v podmínkách soutěže požadoval v čl. 10. „Návrh smlouvy“ předložit dvě smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky, a to:
  - a) návrh smlouvy o dílo zahrnující plnění veřejné zakázky v rozsahu vymezeném v čl. 1 písm. a) podmínek soutěže mezi zadavatelem a uchazečem,
  - b) návrh smlouvy o poskytnutí plnění vymezeného v čl. 1 písm. b) podmínek soutěže mezi zadavatelem a poskytovatelem ASW.

Nabídka uchazeče Compaq Computer obsahuje podle požadavku zadavatele v čl. 10. podmínek soutěže dvě smlouvy, avšak v návrhu smlouvy (Licenční smlouva o poskytnutí práva užití počítačového programu mySAP.com pro utility a jeho údržbě – dále jen „licenční smlouva“) podle čl. 10. písm. b) podmínek soutěže je jako smluvní strana zadavatele uveden **subdodavatel** – SAP ČR, spol. s r. o., Pekařská 621/7, 155 00 Praha 5 (dále jen „SAP ČR“) – uchazeče Compaq Computer a nikoliv uchazeč, což je v rozporu s ustanovením § 2 písm. a) zákona, který obsahuje definici pojmu veřejné zakázky.

- V návrhu licenční smlouvy v nabídce uchazeče Compaq Computer podle podmínek soutěže čl. 10. písm. b) je v místě podpisu na straně zákazníka (tj. zadavatele) uvedeno „COMPAQ COMPUTER, s. r. o.“ a podepsán Rudolf Kozák, jednatel uchazeče.
- Nabídka uchazeče Compaq Computer obsahuje vyplněné části formuláře, jak je požadováno v zadávací dokumentaci, přičemž vyplnění tab. 2.13. „Nabídková cena“ položka 2 a 3 v sloupci výše DPH [Kč], je nesprávné (nesprávný výpočet DPH – viz tab. níže), stejně tak je následně nesprávné vyplnění sloupce cena včetně DPH [Kč] v citovaných položkách. Vzhledem k výše uvedenému je rovněž nesprávné vyplnění cit. tabulky v části součet řádků 1 až 5 a v části nabídková cena celkem (součet řádků 1 až 7), a to v sloupcích výše DPH [Kč] a cena včetně DPH [Kč].

Stejného pochybení se uchazeč Compaq Computer dopustil při vyplňování tabulky 2.14. „Rekapitulace nabídkové ceny podle etap IIS“. Z těchto chybně vyplněných údajů pak dále uchazeč vychází při uvedení ceny ve formálním návrhu na uzavření smlouvy.

- V tabulce 2.14. uchazeč Compaq Computer navíc nedodržel v etapě č. 2, 3, a 4 položkové členění formuláře nabídky stanovené zadavatelem, když položku „dodávka a instalace potřebného technologického vybavení pro provozování IIS...“ rozdělil do dvou samostatných položek.
- Cena za plnění subdodavatele (5. položka od shora) v tabulce č. 2.5. „Subdodavatelé“ za vymezení jeho činnosti (4. položka od shora) neodpovídá součtu cen uvedených v tabulce 2.13. „Nabídková cena“, i když uchazeč v cit. tabulce přesně specifikoval vymezení činnosti subdodavatele při plnění veřejné zakázky.
- Zadavatel v zadávací dokumentaci bodu 5.2 požadoval prokázání kvalifikačních předpokladů v nabídce nad rámec zákonných požadavků.

Ve stanovené lhůtě se ke zjištěným skutečnostem vyjádřil uchazeč Compaq Computer, a to dopisem ze dne 18. 4. 2001. Uchazeč ve svém stanovisku uvádí (zkráceno):

- 1) Licenční smlouva nenaplňuje znaky veřejné zakázky, neboť není z hlediska zadavatele úplatná a předmětem plnění je poskytnutí práva užití počítačového programu – nejedná se o dodávku, provedení prací ani poskytování služeb – a nenaplňuje tudíž znaky veřejné zakázky. Účelem licenční smlouvy je zajištění práva užití počítačového programu mySAP.com pro utility zadavateli, aniž by zadavatel nesl závazek zaplatit cenu za poskytnutí práv ke společnosti SAP ČR. Zajištěním možnosti zadavatele uzavřít licenční smlouvu dokládá uchazeč svoji připravenost dodat zadavateli integrovaný informační systém, a to prostřednictvím třetí osoby - společnosti SAP ČR (uzavření licenční smlouvy). Podepsání licenční smlouvy lze považovat pouze za nutnou součinnost zadavatele, bez které nelze plnit. Veřejnou zakázkou je pouze zajištění takových práv, které je mj. předmětem plnění uchazeče podle smlouvy, kterou má uzavřít se zadavatelem. Povinnost uhradit cenu za poskytnuté plnění má zadavatel jedině ve vztahu k uchazeči tj. společnosti Compaq Computer. Takový postup zákon nezakazuje.
- 2) Uvedení podpisu u označení druhé (nebo jiné) smluvní strany nemá vliv na platnost předmětného právního úkonu, když v záhlaví smlouvy jsou smluvní strany jednoznačně identifikovány, a nelze mít tudíž pochybnost o tom, jaký byl úmysl stran v souvislosti s takovým úkonem.
- 3) Uchazeč Compaq Computer připustil, že „u uvedení výše DPH a ceny včetně DPH došlo k početní chybě“. Uchazeč proto zaslal zadavateli spolu se svojí omluvou správné provedení výpočtu DPH a nabídkové ceny včetně DPH. Podle § 37 odst. 3 občanského zákoníku nelze právní úkon považovat za neplatný pro chyby v psaní a počtech, je-li jeho význam nepochybný. Zákon o zadávání veřejných zakázek výše uvedené ustanovení občanského zákoníku plně respektuje a toto rozšiřuje, když dává podle § 34 odst. 3 zákona komisi pro posouzení a hodnocení nabídek možnost opravit zjevné početní chyby v nabídce.
- 4) Uvedení detailnějšího než požadovaného členění nelze považovat za pochybení uchazeče, zejména pokud souhrnná cena za plnění je podle uvedených položek zřejmá a uchazeč rozdělením položky pouze respektoval požadavek zadavatele na samostatné vyčlenění části nabídky, na kterou se bude vztahovat kurzovní doložka.
- 5) Uvedení částky v tabulce 2.5. je upřesněno, že se jedná o cenu za vymezení činnosti subdodavatele, a to bez práv užívání k databázovému prostředí pro IIS. Tabulka 2.13. podle požadavku zadavatele zahrnuje i cenu včetně poskytnutí práv k databázovému prostředí.
- 6) Zákon opravňuje zadavatele podle § 2a odst. 1 požadování splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky s odkazem na § 2f zákona, kde je uveden pouze demonstrativní výčet předpokladů, jejichž prokázání může zadavatel po uchazečích požadovat. Ze znění zákona nelze dovodit, že zadavatel není oprávněn požadovat prokázání dalších předpokladů nad výčet uvedený v zákoně. U požadavku zadavatele na čestné prohlášení osob vykonávajících funkci statutárního orgánu nebo všech členů statutárního orgánu uchazeče, případně vedoucího organizační složky podniku, která podává nabídku a odpovědného zástupce uchazeče k prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona je třeba poukázat, na znění § 2b odst. 2 zákona, že podmínky uvedené v § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona se vztahují na uvedené osoby, a nelze než dovodit, že osobami, které jsou povinny vydat čestné prohlášení, jsou osoby výše uvedené.

Orgán dohledu požádal dopisy ze dne 26. 4. 2001 zadavatele a společnost SAP ČR o stanovisko týkající se poskytování práv užití aplikačního software „mySAP.com pro utility“.

Zadavatel dopisem ze dne 2. 5. 2001 sdělil, že parametry a technické specifikace produktu společnosti SAP ČR nejlépe splňují požadovanou funkcionalitu, ale nemohl vyloučit existenci jiného obdobného aplikačního software od jiného dodavatele na českém trhu, který se mohl soutěže zúčastnit. Z předložených nabídek však vyplývá, že na českém trhu není v současné době dostupný jiný srovnatelný software, neboť jinou nabídku zadavatel neobdržel. Dále zadavatel sdělil, že dne 5. dubna 2001 se uskutečnilo zasedání komise pro posouzení a hodnocení nabídek a při kontrole úplnosti nabídky uchazeče Compaq Computer bylo zjištěno, že nabídka jmenovaného uchazeče obsahuje nedostatky vedoucí k vyloučení se soutěže.

Dne 4. 5. 2001 orgán dohledu obdržel Zprávu o posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „zpráva“), z níž vyplývá, že komise zjistila v nabídce nedostatky týkající se zpracování nabídkové ceny podle požadavků zadavatele tak, jak orgán dohledu uvedl v oznámení o zahájení správního řízení.

Orgán dohledu obdržel dne 10. 5. 2001 stanovisko společnosti SAP ČR, v němž jmenovaná společnost sdělila, že má výlučné právo poskytovat práva užití (licence) k produktům SAP na území ČR, a v současné době nebyla uzavřena smlouva, kterou by byla oprávněna třetí osoba poskytnout právo užití „mySAP.com pro utility“ konečnému zákazníkovi. Dále společnost SAP ČR informovala o tom, že jí zatím není známo, že by v České republice existovalo jiné, tak kvalitní a tedy srovnatelné, plně integrované řešení pro podniky v odvětví utilit lokalizované do českého prostředí než produkt „mySAP.com pro utility“.

Na základě posouzení dokumentace o zadání veřejné zakázky, stanoviska uchazeče Compaq Computer, vyjádření zadavatele a společnosti SAP ČR, uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti (v členění podle bodů vyjádření uchazeče Compaq Computer):

ad 1)

Jak už orgán dohledu uvedl v oznámení o zahájení správního řízení, podle § 2 písm. a) zákona, veřejnou zakázkou se rozumí úplatná smlouva uzavřená mezi **zadavatelem** a vybraným **uchazečem**, jejímž **předmětem jsou** dodávky, provedení prací nebo poskytování služeb.

Nabídka uchazeče Compaq Computer obsahuje dvě smlouvy (viz výše), z nichž jedna – licenční smlouva (viz výše – seznámení se zjištěnými skutečnostmi) – nesplňuje zákonné podmínky, tj. smluvní stranou není uchazeč, nýbrž jeho subdodavatel (SAP ČR).

K tvrzení uchazeče Compaq Computer, že smlouva nenaplňuje znaky veřejné zakázky, orgán dohledu konstatuje, že předmětná smlouva skutečně neodpovídá § 2 písm. a) zákona (definice veřejné zakázky), avšak nikoliv s ohledem na její bezúplatný charakter či předmět smlouvy, jak uvádí ve svém stanovisku uchazeč, avšak pouze tím, že smluvní stranou je osoba odlišná od uchazeče.

Návrh licenční smlouvy je úplatný, což nepochybně vyplývá z čl. 2. – „...**Zákazník** (tj. zadavatel – pozn. orgánu dohledu) **se zavazuje zaplatit odměnu (cenu) za licence způsobem stanoveným v odst. 4.3. této smlouvy**“. Čl. 4. smlouvy pak řeší pouze způsob splácení odměny prostřednictvím společnosti Compaq Computer (na základě smlouvy uzavřené mezi společnostmi Compaq Computer a společnostmi SAP ČR). Z odst. 4.3. čl. 4. smlouvy však dále vyplývá, že „Vztahy mezi Zákazníkem a uchazečem nemůže být dotčeno právo SAP ČR na zaplacení odměny za poskytnutí práva užití dle této smlouvy.“

**Předmětem licenční smlouvy je nejen poskytnutí práv užití počítačového programu mySAP.com pro utility, nýbrž i „dodávka médií s instalační sadou mySAP.com pro utility a Dokumentace a cena za dopravu a balení“ (odst. 4.3. smlouvy), a rovněž „samostatným předmětem této smlouvy je poskytování služeb údržby mySAP.com pro utility za podmínek stanovených v čl. 15. smlouvy.“**

**Taxativní výčet případů, na které se zákon nevztahuje, je uveden v § 1 odst. 2 zákona. Poskytnutí práv užití (licence) resp. zakázky, jejichž předmět požívá ochrany autorského zákona, však mezi zákonem vyjmenovanými případy uveden není.** S argumentem uchazeče Compaq Computer, že předmět licenční smlouvy (poskytnutí práva užití počítačového programu) není dodávkou, pracemi ani poskytováním služeb, tedy předmět smlouvy, který je podmínkou naplnění znaků veřejné zakázky, nelze souhlasit. Pojmy uvedené v § 2 písm. a) zákona (dodávky, provedení prací nebo poskytování služeb) jsou pouze pojmy obecné, neboť v zákoně nelze dopodrobna konkretizovat všechny předměty plnění, na které mohou být uzavřeny smlouvy.

Jako veřejnou zakázku je třeba chápat i poskytování práv užití počítačových programů, což je zřejmé i zadavateli, když na předmět plnění, jehož částí je poskytnutí práv užití počítačového programu mySAP.com pro utility (čl. 1 písm. b) bod 1. podmínek soutěže), vyhlásil soutěž. Předmětná licenční smlouva doložená v nabídce uchazeče Compaq Computer však, jak již orgán dohledu uvedl výše, zahrnuje kromě poskytnutí práv užití počítačového programu i dodávku médií s instalační sadou, dodávku dokumentace a rovněž služby údržby. Lze tedy konstatovat, že předmětem plnění licenční smlouvy je jak dodávka, tak poskytování služeb.

Pro srovnání se orgán dohledu zabýval úpravou šetřené problematiky i v ES. Orgán dohledu zjistil, že podle směrnice č. 93/38/EHS, která koordinuje zadávací postupy podniků působících v sektorech vodohospodářství, energetického průmyslu, dopravy a telekomunikací, poskytnutí licence není z působnosti této směrnice vyňato, přičemž zadavatelé mohou z technických nebo uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výhradních práv, zadávat takové zakázky bez předchozího vyhlášení soutěže. V naší právní úpravě tomu odpovídá např. ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona (plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku).

Aby nabídka uchazeče Compaq Computer odpovídala podmínkám zadání veřejné zakázky a rovněž zákonným požadavkům, musela by zavazovat uchazeče (nikoliv jeho subdodavatele) k poskytnutí celého předmětu plnění veřejné zakázky (čl. 1 podmínek soutěže). Avšak v tomto případě tomu tak není. Předmětem návrhu smlouvy, který nabídka obsahuje a kde je jako smluvní strana zadavatele uveden uchazeč Compaq Computer, zavazuje jmenovaného uchazeče dodat pouze část předmětu plnění veřejné zakázky, a to část čl. 1. **písm. a)** podmínek soutěže. Poskytnutí užití práv počítačového programu mySAP.com pro utility atd. (čl. 1. **písm. b)** podmínek soutěže) smlouva, mezi zadavatelem a uchazečem Compaq Computer, **nezahrnuje**. V § 2 cit. smlouvy odst. 2.6 je uvedeno, že na tuto část (čl. 1. písm. b) podmínek soutěže) se **objednatel** (tj. zadavatel) **zavazuje uzavřít smlouvu se subdodavatelem** (viz licenční smlouva).

K tvrzení uchazeče Compaq Computer, že jím uvedený postup (licenční smlouva) zákon nijak nezakazuje, orgán dohledu konstatuje, že zákon neumožňuje uzavřít úplatnou smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky bez toho, aniž by druhá smluvní strana – uchazeč – nebyla vybrána způsobem podle zákona (§ 1 odst. 1 písm. a) zákona – zákon upravuje závazný postup zadavatelů veřejných zakázek směřujících k uzavření smluv k jejich provedení). **Se společností SAP ČR**

**nemůže zadavatel uzavřít smlouvu, neboť jmenovaná společnost nepředložila zadavateli nabídku, a není tudíž uchazečem o veřejnou zakázku.**

Pro úplnost orgán dohledu k obsahu licenční smlouvy dodává, že licenční smlouva obsahuje v odst. 12.3 čl. 12 ujednání, že poskytování služeb údržby mySAP.com pro utility je sjednáno **na dobu neurčitou**, což je v rozporu s podmínkami soutěže (čl. 2.), kde je doba plnění stanovena takto: „Zadavatel požaduje uvedení kompletního IIS do rutinního provozu do 31. 12. 2003 a následné poskytování služeb údržby technologického vybavení IIS a ASW po dobu 3 let od předání příslušné části plnění zadavateli“.

ad 2)

Orgán dohledu konstatuje, že uvedení obchodního jména a podpisu uchazeče Compaq Computer v místě podpisu zákazníka (kterým je podle úvodních ustanovení licenční smlouvy zadavatel), nezpůsobí vznik závazku zadavatele.

ad 3)

Orgán dohledu nezpochybňuje platnost úkonu uchazeče Compaq Computer, tj. platnost tabulky č. 2.13. a násl. částí nabídky, kde je uvedena nabídková cena uchazeče, ať celková či její jednotlivé části, avšak konstatuje, že stanovení nabídkové ceny uchazečem v nabídce nesplňuje podmínky zadání veřejné zakázky.

Orgán dohledu se ztotožňuje s názorem uchazeče Compaq Computer, že ustanovení § 34 odst. 3 zákona umožňuje komisi pro posouzení a hodnocení nabídek opravit zjevné početní chyby v nabídce; to však za předpokladu (což už uchazeč ve svém stanovisku neuvádí), že **nemají vliv na nabídkovou cenu**.

Zadavatel požadoval nabídkovou cenu podle bodu 8.1 zadávací dokumentace uvést v nabídce mj. takto: „Uchazeč uvede nabídkovou (tj. celkovou) cenu ve formuláři nabídky a její příslušné části v návrzích smluv vždy v členění cena bez daně z přidané hodnoty (DPH), výše DPH (Kč) a cena včetně DPH (Kč).“ Při otevírání obálek dne 20. 3. 2001 zadavatel přítomným zástupcům uchazečů, kteří podávali nabídky, sdělil nabídkovou cenu ve výši 592 536 349,-- Kč s DPH. Pokud by komise pro posouzení a hodnocení nabídek pochybení uchazeče Compaq Computer při výpočtu nabídkové ceny opravila, **bezespору by tím došlo ke změně nabídkové ceny s DPH**, kterou uchazeč Compaq Computer v nabídce uvedl a která byla sdělena osobám přítomným při otevírání obálek. Oprava, kterou by zadavatel (komise pro posouzení a hodnocení nabídek) provedl, by bezespору nabídkovou cenu ovlivnila. Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že opravená celková nabídková cena s DPH by činila 611 878 432,-- Kč.

Ke skutečnosti, že uchazeč Compaq Computer zaslal zadavateli opravu své nabídky, resp. těch částí nabídky, které obsahují podle uchazeče nesprávné kalkulace nabídkové ceny, nelze přihlídnout, neboť zákon nedovoluje jakékoli doplňování či opravování nabídky po ukončení soutěžní lhůty. Pokud by zadavatel po ukončení soutěžní lhůty přijal opravu nabídky ze strany uchazeče, porušil by tím nepochybně ustanovení § 11 zákona.

ad 4) a ad 5)

Orgán dohledu akceptuje stanovisko uchazeče Compaq Computer, že uvedením detailnějšího členění požadované tabulky v nabídce nedošlo k nedodržení podmínek stanovených zadavatelem.

Rovněž se orgán dohledu ztotožňuje s názorem Compaq Computer, že cena uvedená v tabulce č. 2.5. „Subdodavatelé“ za vymezení činnosti subdodavatele (SAP ČR) je stanovena za plnění, které bude subdodavatel poskytovat, tj. bez databázového prostředí.

ad 6)

K názoru uchazeče Compaq Computer, že povinnými osobami k podepsání čestného prohlášení podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) jsou všechny osoby, na které se tyto podmínky vztahují podle § 2 odst. 2 a 3 zákona, orgán dohledu konstatuje, že kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 zákona musí **splňovat uchazeč**, stejně tak musí kvalifikační předpoklady **uchazeč prokázat** (§ 2c zákona). Poněvadž pravomocně odsouzena pro trestný čin... (§ 2b odst. 1 písm. d) zákona) a disciplinárně potrestána... (§ 2b odst. 1 písm. e) zákona) může být pouze fyzická osoba, zákon v ustanovení § 2b odst. 2 a 3 vymežil, ke kterým fyzickým osobám uchazeče je třeba tyto podmínky vztahovat (resp. u kterých si tuto skutečnost musí uchazeč ověřit, aby mohl učinit čestné prohlášení), avšak nestanovil, že všechny v zákoně jmenované fyzické osoby uchazeče, musí učinit čestné prohlášení ve smyslu § 2c odst. 1 zákona. V citovaném ustanovení naopak zákon ponechává prokázání kvalifikačních předpokladů na uchazeči, z čehož je zřejmé, že uchazeč může prokázat příslušné kvalifikační předpoklady tak, že čestné prohlášení učiní osoba, která je oprávněná za uchazeče jednat, nebo i fyzické osoby výslovně uvedené v § 2b odst. 2 a 3 zákona.

Požadavek zadavatele v bodě 5. 2 písm. c) zadávací dokumentace koresponduje s výše uvedenými skutečnostmi, neboť stanoví, že každý uchazeč prokáže podle § 2c odst. 1 zákona v nabídce splnění kvalifikačních předpokladů takto: „čestným prohlášením osob vykonávajících funkci statutárního orgánu uchazeče nebo všech členů statutárního orgánu uchazeče, případně vedoucího organizační složky podniku, která podává nabídku a odpovědného zástupce (zástupců) uchazeče ustanoveného podle zvláštního právní předpisu o tom, že nebyli pravomocně odsouzeni pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče...“.

Zároveň však zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 6. „další předpoklady pro plnění veřejné zakázky“ požadoval: „Je-li v podmínkách soutěže vyžadováno čestné prohlášení, musí být podepsáno statutárním orgánem uchazeče, v případě podpisu jinou osobou musí být originál zmocnění této osoby součástí nabídky uchazeče.“

K tomu orgán dohledu uvádí, že aby uchazeči mohli dostát výše uvedeným podmínkám zadavatele, musela by v nabídkách uchazečů být jak čestná prohlášení odpovědných zástupců uchazeče, a rovněž zmocnění statutárního zástupce, že odpovědný zástupce (je-li osobou odlišnou od členů statutárního orgánu) je oprávněn podepsat čestné prohlášení podle požadavku zadavatele uvedenému v bodě 5. 2 písm. c) zadávací dokumentace (viz výše).

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že v nabídce uchazeče Compaq Computer se nenachází zmocnění (bod 6. zadávací dokumentace), které by opravňovalo pana Bedřicha Lufta – odpovědného zástupce jmenovaného uchazeče, který není členem statutárního orgánu uchazeče – k podepsání čestného prohlášení ve smyslu § 2c odst. 1 zákona tak, jak požadoval zadavatel v podmínkách.

Požadavkem zadavatele uvedeným v bodě 5. 2 a 6. zadávací dokumentace byla uchazečům odňata možnost prokázat kvalifikační předpoklady podle zákona.

Zákon dává uchazečům více volnosti a tedy i možností, jakým způsobem mohou prokázat kvalifikační předpoklady v souladu s § 2c zákona. Jeví se vhodnějším ponechat prokázání kvalifikačních předpokladů v souladu s § 2c zákona na zvyklostech jednotlivých uchazečů.



## Závěr

Svým postupem při otevírání obálek zadavatel porušil § 29 odst. 2 zákona, neboť nezajistil, aby komise pro otevírání obálek dostatečným způsobem zkontrolovala úplnost nabídky uchazeče Compaq Computer z hlediska požadavků uplatněných zadavatelem ve vyhlášených podmínkách soutěže, a rovněž porušil § 29 odst. 4 zákona, když uchazeče Compaq Computer nevyločil z další účasti v soutěži.

Orgán dohledu připouští, že zadavatel (resp. komise pro otevírání obálek) není ve fázi otevírání obálek povinen ani schopen kontrolovat, zda nabídky jednotlivých uchazečů splňují z hlediska obsahu všechny podmínky soutěže stanovené zadavatelem, avšak konstatuje, že primární skutečností, kterou je nezbytné zkoumat již ve fázi otevírání obálek, je bezesporu řádná identifikace uchazeče, tj. osoby, která je smluvní stranou zadavatele. Požadoval-li zadavatel v podmínkách soutěže dva „návrhy smluv“, bylo nezbytné vzhledem k vymezení pojmu veřejné zakázky [§ 2 písm. a) zákona] ověřit, zda je jako smluvní strana zadavatele v návrzích smluv uveden uchazeč podávající nabídku.

Obsahové splnění podmínek soutěže pak dále zkoumá komise pro posouzení a hodnocení nabídek (viz § 34 odst. 4 zákona), která v šetřeném případě zjistila (viz stanovisko zadavatele ze dne 2. 5. 2001 a zpráva o posouzení a hodnocení nabídek) pochybení uchazeče Compaq Computer při kalkulaci nabídkové ceny, avšak nezjistila, že v licenční smlouvě je část poskytování služeb údržby sjednána na dobu neurčitou a smluvní stranou zadavatele je subdodavatel a nikoliv uchazeč o veřejnou zakázku [viz bod ad 1)].

Skutečnosti týkající se smluvní strany zadavatele uvedené v licenční smlouvě v souvislosti s částí předmětu plnění veřejné zakázky vymezené v bodu 1. části b) podmínek soutěže vnesly na výběrové řízení nový pohled, neboť předmět plnění se sestává ze dvou částí, kdy jednu část – bod 1. část a) podmínek soutěže – může poskytnout více subjektů (existuje konkurenční prostředí), kdežto část druhou – bod 1. část b) podmínek soutěže – může v České republice (zadavatel omezil soutěž na tuzemské osoby – pozn. orgánu dohledu) poskytnout pouze úzce vymezený okruh zájemců. Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že nabídky všech uchazečů o veřejnou zakázku jsou koncipovány stejným způsobem, tj. obsahují dva návrhy smluv, z nichž jedna je smlouva licenční, a jako jedna smluvní strana licenční smlouvy je uvedena společnost SAP ČR – tedy subdodavatel .

Zadavatel bude dále postupovat tak, že uloží komisi pro posouzení a hodnocení nabídek nabídku předloženou uchazečem Compaq Computer znovu posoudit, a pokud nabídka nevyhoví kontrole úplnosti a obsahovým podmínkám zadání, musí být vyřazena a uchazeč vyloučen ze soutěže (§ 34 odst. 4 zákona). Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že nelze vyloučit ani možnost, že zadavatel veřejnou zakázku zruší, poněvadž si tuto možnost vyhradil v bodě 19. písm. a) podmínek soutěže, a zvolí nové zadání veřejné zakázky. Uvedený postup by nebyl v rozporu se zákonem ani s rozhodnutím orgánu dohledu, jelikož proces zadávání veřejné zakázky zůstává tímto rozhodnutím ve fázi posuzování nabídek a zadavateli v tomto stadiu výběrového řízení nelze upřít právo na zrušení zadání soutěže.

Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

**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. Petr Hanák  
ředitel odboru dohledu  
nad zadáváním veřejných zakázek v Brně

**Obdrží:**

Mgr. Eva Habánová, Jihomoravská energetika, a. s., Lidická 36, 659 44 Brno  
CERTOS s. r. o., Kozlovská 3a, 160 00 Praha 6, zast. Tomášem Pfefferem  
JUDr. Alojz Baránek, Na Pankráci 26, 140 00 Praha 4

**Na vědomí:**

Jihomoravská energetika, a. s., Lidická 36, 659 44 Brno  
Compaq Computer, s. r. o., Na Pankráci 26, 140 00 Praha 4

*Pro srovnání se orgán dohledu zabýval úpravou dané problematiky i v ES. Orgán dohledu zjistil, že podle směrnice č. 93/38/EHS, která koordinuje zadávací postupy podniků působících v sektorech vodohospodářství, energetického průmyslu, dopravy a telekomunikací, poskytnutí licence není z působnosti této směrnice vyňato, přičemž zadavatelé mohou z technických nebo uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výhradních práv, zadávat takové zakázky bez předchozího vyhlášení soutěže. V naší právní úpravě tomu odpovídá např. ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona (plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku).*

*(předmět veřejné zakázky musí mít specifické vlastnosti – technické, umělecké – nebo musí být chráněn výhradním právem, a současně musí existovat pouze jeden dodavatel – na trhu neexistuje konkurence).*

Otázku vymezení požadavků zadavatele na způsob prokázání kvalifikačních předpokladů otevřel orgán dohledu pro úplnost. Zadání předmětné soutěže je velice podrobné a klade na uchazeče o veřejnou zakázku i tak značné formální požadavky, a orgán dohledu se domnívá, že není nutné stanovit způsob prokázání kvalifikačních předpokladů podle § 2b přísněji (nad rámec zákona), než ukládá ustanovení § 2c zákona.

Zákon o zadávání veřejných zakázek ve svém ustanovení § 2a zákona dává zadavateli možnost požadovat po uchazečích prokázání dalších předpokladů, jejichž příkladný výčet je uveden v § 2f zákona. Pro přehlednost i tak složitěho zadání se orgánu dohledu jeví jako vhodné nesměšovat požadavky na další předpoklady pro plnění veřejné zakázky ve smyslu § 2f zákona s dalšími částmi nabídky, např. i kvalifikačními předpoklady, jejichž způsob prokázání je stanoven v zákoně. V zadání veřejné zakázky (jak ve vyhlášení soutěže, tak v zadávací dokumentaci) má zadavatel zvlášť specifikované požadavky na kvalifikační předpoklady a zvlášť na další předpoklady pro plnění veřejné zakázky, kde požadavky nad rámec kvalifikačních předpokladů, nejsou specifikovány v části dalších předpokladů o veřejnou zakázku, ale v části týkající se přímo kvalifikace

K názoru uchazeče Compaq Computer, že povinnými osobami k podepsání čestného prohlášení podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) jsou všechny osoby, na které se tyto podmínky vztahují podle § 2 odst. 2 a 3 zákona, orgán dohledu konstatuje, že kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 zákona musí **splňovat uchazeč**, stejně tak musí kvalifikační předpoklady **uchazeč prokázat** (§ 2c zákona). Poněvadž pravomocně odsouzena pro trestný čin... (§ 2b odst. 1 písm. d) zákona) a disciplinárně potrestána... (§ 2b odst. 1 písm. e) zákona) může být pouze fyzická osoba, zákon v ustanovení § 2b odst. 2 a 3 vymezil, ke kterým fyzickým osobám uchazeče je třeba tyto podmínky vztahovat (resp. u kterých si tuto skutečnost musí uchazeč ověřit, aby mohl učinit čestné prohlášení), avšak nestanovil, že všechny v zákoně jmenované fyzické osoby uchazeče, musí učinit čestné prohlášení ve smyslu § 2c odst. 1 zákona. V citovaném ustanovení naopak zákon ponechává prokázání kvalifikačních předpokladů opět na uchazeči. Zákon nevylučuje ani nezakazuje, aby za fyzické osoby, kterých se předmětné podmínky týkají, učinila čestné prohlášení osoba, která je oprávněná za uchazeče jednat. Orgán dohledu konstatuje, že požadavek zadavatele na prokázání některých kvalifikačních předpokladů nad rámec zákona přímo jednotlivými fyzickými osobami – viz výše – není v rozporu se zákonem, avšak tato formální podmínka zadavatele je pro uchazeče při zpracovávání nabídek již tak složitého zadání veřejné zakázky formálně zatěžující, neboť zákon dává uchazečům více volnosti a tedy i možností, jakým způsobem mohou prokázat kvalifikační předpoklady v souladu s § 2c zákona. Jeví se vhodnějším ponechat prokázání kvalifikačních předpokladů v souladu s § 2c zákona na zvyklostech jednotlivých uchazečů.

Zadavatel v bodě 5. 2 písm. c) zadávací dokumentace stanovil tento požadavek:

Každý uchazeč prokáže podle § 2c odst. 1 zákona v nabídce splnění kvalifikačních předpokladů takto: „čestným prohlášením osob vykonávajících funkci statutárního orgánu uchazeče nebo všech členů statutárního orgánu uchazeče, případně vedoucího organizační složky podniku, která podává nabídku a odpovědného zástupce (zástupců) uchazeče ustanoveného podle zvláštního právní předpisu o tom, že nebyli pravomocně odsouzeni pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče...“;

a dále v bodě 6. zadávací dokumentace zadavatel požadoval:

„Je-li v podmínkách soutěže vyžadováno čestné prohlášení, musí být podepsáno statutárním orgánem uchazeče, v případě podpisu jinou osobou musí být originál zmocnění této osoby součástí nabídky uchazeče.“

Aby uchazeči mohli dostát výše uvedeným podmínkám zadavatele, musela by v nabídkách uchazečů být jak čestná prohlášení odpovědných zástupců uchazeče, a rovněž zmocnění statutárního zástupce, že je odpovědný zástupce (je-li osobou odlišnou od členů statutárního orgánu) oprávněn podepsat čestné prohlášení podle požadavku zadavatele uvedenému v bodě 5. 2 písm. c) zadávací dokumentace (viz výše). Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že v nabídce uchazeče Compaq Computer se nenachází zmocnění (bod 6. zadávací dokumentace), které by opravňovalo pana Bedřicha Lufta – odpovědného zástupce jmenovaného uchazeče, který není členem statutárního orgánu uchazeče – k podepsání čestného prohlášení ve smyslu § 2c odst. 1 zákona tak, jak požadoval zadavatel v podmínkách.

Tím, jak zadavatel v bodech 5. 2 a 6. zadávací dokumentace stanovil své požadavky týkající se kvalifikačních předpokladů a dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, neumožnil, aby uchazeči prokázali kvalifikační předpoklady podle zákona.

