

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
601 56 Brno, Joštova 8

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S 592-R/03-738/140/ZH

V Praze dne 29.10.2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení, zahájeném dne 18.9.2003 podle ustanovení § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona 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., na základě návrhu uchazeče – CREATEAM, spol. s r.o., se sídlem Neklanova 11, 120 00 Praha 2, za niž jedná jednatel Ing. Ladislav Kopecký, akademický malíř Pavel Koutský, IČO 48 05 49 25, s místem podnikání Na Kampě 12, 110 00 Praha 1 a prof. Jan Dušek, bytem Střešovická 64, 160 00 Praha 6, kteří uzavřeli smlouvu o sdružení s názvem EXPO CREATEAM, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku v platném znění, za účelem podání společné nabídky na veřejnou zakázku, za které jedná podle smlouvy o sdružení čl. 1.2. CREATEAM, spol. s r. o., se sídlem Neklanova 11, 120 00 Praha 2, za niž jedná jednatel Ing. Ladislav Kopecký, právně zastoupené advokátem JUDr. Michalem Hráským, Advokátní kancelář Hráský & Hráská & partner, se sídlem Ostrovského 911/30, 150 00 Praha 5, na přezkoumání rozhodnutí o vyloučení ze dne 1.9.2003 zadavatelem – Kancelář generálního komisaře účasti České Republiky na všeobecné světové výstavě EXPO, jejímž jménem jedná generální komisař Mgr. Vladimír Darjanin, se sídlem Rytiřská 31, 110 00 Praha 1, ve dvouступňové obchodní veřejné soutěži na „Scénář (synopsi), libreto, prostorové řešení expozice a její realizace v pavilonu české účasti - EXPO 2005“, vyhlášené 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., 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., v Obchodním věstníku č. 25/03 pod zn. 173922-25/03 ze dne 25.6.2003, se změnou zveřejněnou v Obchodním věstníku č. 28/03 pod zn. 175535-28/03 ze dne 16.7.2003,

rozhodl takto:

návrh uchazeče společnosti CREATEAM, spol. s r.o., akademický malíř Pavel Koutský, IČO 48 05 49 25, a prof. Jan Dušek, kteří uzavřeli smlouvu o sdružení s názvem EXPO CREATEAM, se ve smyslu ustanovení § 57 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., 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**, neboť součástí návrhu nebyl doklad o složení uvolněné jistoty, který uchazeč nedoložil ani ve lhůtě stanovené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže.

Odůvodnění

Kancelář generálního komisaře účasti České Republiky na všeobecné světové výstavě EXPO, jejímž jménem jedná generální komisař Mgr. Vladimír Darjanin, se sídlem Rytířská 31, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 18.6.2003 dvoustupňovou obchodní veřejnou soutěž v Obchodním věstníku č. 25/03 pod zn. 173922-25/03 ze dne 25.6.2003, se změnou vyhlášenou zveřejněním v Obchodním věstníku č. 28/03 pod zn. 175535-28/02 ze dne 16.7.2003, podle druhé části 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. (dále jen „zákon“), na „Scénář (synopsi), libreto, prostorové řešení expozice a její realizace v pavilonu české účasti - EXPO 2005“.

Zadavateli bylo podáno 7 předběžných nabídek. Otevírání obálek s předběžnými nabídkami se uskutečnilo dne 1.9.2003. Komise provedla kontrolu úplnosti nabídek a navrhla zadavateli 1 nabídku vyřadit z obchodní veřejné soutěže z důvodu nedoložení výpisu z živnostenského rejstříku, požadovaného v zadání. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 1.9.2003 uchazeče společnost CREATEAM, spol. s r.o., se sídlem Neklanova 1, 120 00 Praha 2, za niž jedná jednatel Ing. Ladislav Kopecký, akademický malíř Pavel Koutský, IČO 48 05 49 25, s místem podnikání Na Kampě 12, 110 00 Praha 1 a prof. Jan Dušek, bytem Střešovická 64, 160 00 Praha 6, kteří uzavřeli smlouvu o sdružení s názvem „EXPO CREATEAM“ podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku v platném znění, za účelem podání společné nabídky na veřejnou zakázku, za které podle smlouvy o sdružení čl. 1.2. jedná společnost CREATEAM, spol. s r. o., se sídlem Neklanova 11, 120 00 Praha 2, za níž jedná jednatel Ing. Ladislav Kopecký, právně zastoupené advokátem JUDr. Michalem Hráským, Advokátní kancelář Hráský & Hráská & partner, se sídlem Ostrovského 911/30, 150 00 Praha 5 (dále jen „uchazeč“), vyloučil proto, že nebyl v jeho předběžné nabídce doložen u jednoho z členů sdružení zadavatelem požadovaný výpis z živnostenského rejstříku (originál nebo úředně ověřená kopie). Uchazeč obdržel rozhodnutí o vyloučení dne 4.9.2003 a podal proti vyloučení námitku ze dne 5.9.2003.

V námitkách, které zadavatel převzal 5.9.2003 uvedl uchazeč, že:

- přiložená právní expertiza potvrzuje, že kvalifikačním nárokům na účastníka soutěže bylo plně vyhověno. Pokud se potvrdí eventuální formální nedostatek, pak je nedostatkem, který nemůže ovlivnit kvalitu nabídky, s tím, že je velmi jednoduché a racionální chybějící ověřený výpis z živnostenského rejstříku zaslaný jako příloha námitek k předběžné nabídce doplnit, bere na vědomí nedokonalý zákon o státních zakázkách, avšak zastává názor, že faktickým významem zanedbatelný doklad, nemůže pohřbit myšlenku a tvůrčí náměty, o které v jádru soutěže hlavně jde,
- paradoxní je, že kvalifikační předpoklad je upírán a diskvalifikace se týká jedné z nejvýraznějších tvůrčích osobností,
- v příloze zasílá chybějící ověřený výpis z živnostenského rejstříku a právní expertizu, ze které vyplývá, že deklarovaný, eventuální formální nedostatek nemá oporu v zákoně a doporučuje tento formální nedostatek vyřešit zařazením chybějícího spisu do předběžné nabídky uchazeče a tím jeho postoupení do další části soutěže.

V rozhodnutí ze dne 11.9.2003 zadavatel uchazeči oznámil, že jeho námitkám nevyhovuje s tímto odůvodněním, že:

- kvalifikační předpoklady uchazeče uvedené v nabídce nebyly zpochybněny. Zadavatel nestanovil v žádném případě v soutěžních podmínkách, že uchazeči prokáží kvalifikační předpoklady doložením výpisu z živnostenského rejstříku,
- ze zadání obchodní veřejné soutěže vyplývá, že zadavatel v souladu s § 5 odst. 2 zákona pod částí XII.2. soutěžních podmínek – vymezil další podmínky soutěže, a to tak, že stanovil absolutní podmínku (nikoliv k prokázání kvalifikačních předpokladů), totiž, že součástí nabídky musí být výpis ze živnostenského rejstříku (originál nebo úředně ověřená kopie). Z výpisu musí být zřejmé, kdo vykonává činnost odpovědného zástupce uchazeče ve smyslu § 11 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) v platném znění pro živnosti dokladované uchazečem v souvislosti s plněním veřejné zakázky. V případě, že je uchazeč fyzickou osobou a není povinen odpovědného zástupce ustanovit, sdělí tuto skutečnost v nabídce formou čestného prohlášení. Není-li uchazeč do živnostenského rejstříku zapsán, sdělí tuto skutečnost v nabídce rovněž formou čestného prohlášení,
- uchazeč nedoložil v nabídce originál nebo úředně ověřenou kopii výpisu ze živnostenského rejstříku tak, jak požadoval ve vyhlášení zadavatel. Uchazeč výpis ze živnostenského rejstříku (originál nebo úředně ověřenou kopii) nedoložil a ani nenahradil čestným prohlášením, pokud není v živnostenském rejstříku zapsán. Na základě této skutečnosti zadavatel v souladu s ustanovením § 29 odst. 4 zákona rozhodl o vyloučení uchazeče, neboť jeho nabídka nebyla z hlediska podmínek soutěže úplná. Dodatečným doložením dokladu do nabídky by došlo k porušení § 11 odst. 1 zákona tím, že by zadavatel uchazeče zvýhodnil proti ostatním účastníkům soutěže.

Dne 18.9.2003 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) doručen návrh uchazeče ze dne 16.9.2003 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. Prvním uvedeným dnem bylo ve smyslu § 57 odst. 1 zákona správní řízení.

V návrhu uchazeč odůvodnil své námitky proti rozhodnutí zadavatele stejně jako v námitkách ze dne 5.9.2003. Opírá se o dikci § 2b odst. 1 písm. a) zákona, podle kterého je kvalifikační předpoklad splněn předložením živnostenského listu a o ustanovení § 2-10 zákona č. 455/1991 Sb. (živnostenský zákon), v platném znění, dále uvádí, že:

- ve spojení shora citovaných ustanovení živnostenského zákona s ustanovením § 2b odst. 1 písm. a) zákona je zcela zřejmé, že kvalifikační předpoklad pro plnění veřejné zakázky uchazeč splňuje,
- nemůže souhlasit s tím, že by byl zvýhodňován nedoložením výpisu z živnostenského rejstříku oproti ostatním účastníkům soutěže, nýbrž že se jedná o formální nedostatek, který byl k výzvě zadavatele okamžitě odstraněn,
- v pokynech pro zpracování předběžné nabídky nebyla žádná informace o tom, že by nedoložení některého z dokladů mohlo způsobit automaticky vyřazení nabídky z veřejné zakázky, protože nedoložení dokladů není totožné s jeho neexistencí.

Uchazeč vzhledem k výše uvedeným důvodům navrhuje, aby orgán dohledu rozhodl, aby rozhodnutí zadavatele ze dne 11.9.2003 bylo změněno tak, že se nabídka uchazeče zařazuje zpět do předmětné obchodní veřejné soutěže.

Účastníky správního řízení podle § 58 zákona jsou:

- a) zadavatel,

b) uchazeč.

Dne 18.9.2003 obdržel Úřad od uchazeče „Oznámení účastníků řízení na nedovolené omezování hospodářské soutěže“, ze dne 16.9.2003. V tomto oznámení uchazeč uvádí, že:

- „podmínky této soutěže jsou z hlediska soutěžního práva nerovné a omezující pokud jde o účel a smysl samotné výstavy. Jednou z prvních vznesených námitek je to, že přestože se jedná o umělecké ztvárnění myšlenky, ze strany zadavatele byl stanoven limit průměrného obchodního obratu nejprve ve výši 100,000.000,- Kč ročně a později ve výši 10,000.000,- Kč ročně. Samo stanovení finanční hranice je zcela omezujícím faktorem pro umělce, kteří nepracují ve spolupráci se silnými ekonomickými subjekty a podle jeho názoru došlo tím k porušení rovnosti postavení soutěžitelů v tomto případě. Protože jde o zcela specifickou soutěž, která je zaměřena na ztvárnění uměleckých představ a teprve následně na jejich realizaci, jsou účastníci přesvědčeni, že stanovení minimálních finančních limitů, které prakticky vyřazují ze soutěže individuální umělce, došlo k uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým soutěžitelům tak, jak to má na mysli § 3 odst. 2 písm. e) zákona č. 143/2001 Sb. Zadavatel totiž je ochoten uzavřít dohody pouze ze soutěžitelů, kteří splní minimální finanční limit 10,000.000,- Kč obratu za rok a tímto postojem je vyloučen ze soutěže a následně uzavřených dohod předem neurčitý počet individuálních umělců, kteří kromě finančního limitu plně vyhovují ostatním zadaným podmínkám“,
- k ohrožení zákona na ochranu hospodářské soutěže došlo, protože z podmínek vyhlášených veřejnou soutěží je zřejmé, že pouze silné hospodářské subjekty mající dominantní postavení na trhu, jejichž tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích, se může s úspěchem vyhlášené soutěže zúčastnit,
- kromě uvedených důvodů jsou účastníci přesvědčeni, že k narušení hospodářské soutěže došlo i zcela nesmyslným uplatňováním požadavků na prokázání kvalifikace.

V oznámení je dále doslovně uvedeno znění návrhu uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách proti vyloučení z obchodní veřejné soutěže.

Úřad obdržel od zadavatele dokumentaci předmětné veřejné zakázky dne 24.9.2003 včetně stanoviska ze dne 22.9.2003 k návrhu uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách proti vyloučení ze dne 11.9.2003.

Ve stanovisku zadavatel uvádí, že:

- rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži podle § 29 odst. 4 zákona bylo v souladu s tímto ustanovením s odůvodněním, že jeden z členů sdružení uchazeče nedoložil ve své nabídce originál nebo úředně ověřenou kopii výpisu ze živnostenského rejstříku, tak jak stanovil zadavatel ve vyhlášení obchodní veřejné soutěže v části XII. 2. Uchazeč v nabídce nedoložil ani čestné prohlášení, pokud není do živnostenského rejstříku zapsán,
- v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uchazeče stojí mimo jiné, že v souladu s § 5 odst. 2 zákona vymezil zadavatel další podmínky soutěže v části XII.2. zadání. V žádném případě však nestanovil v soutěžních podmínkách, že uchazeči prokáží kvalifikační předpoklady doložením výpisu ze živnostenského rejstříku,
- v žádném případě nelze souhlasit, že formální nedostatek (chybějící výpis ze živnostenského rejstříku) lze zhojit dodatečným doložením do nabídky, došlo by tak k porušení § 11 odst. 1 zákona tím, že by uchazeče zvýhodnil proti ostatním účastníkům soutěže,

- v právním posouzení advokátní kanceláře Hráský & Hrská & partner, je způsob prokazování kvalifikačních předpokladů stanoven zadavatelem v části III. soutěžních podmínek. Zadavatel však nepožadoval po uchazeči prokázat kvalifikační předpoklady ještě doložením výpisu ze živnostenského rejstříku, jak nesprávně dovozuje i advokátní kancelář,
- se důrazně ohrazuje proti tvrzení uchazeče, že zadavatel „ústně“, či jiným způsobem „vyzval“ uchazeče k doložení chybějícího výpisu z živnostenského rejstříku, jak uchazeč uvádí v návrhu ze dne 16.9.2003,
- návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele podaný uchazečem nemá náležitosti podle ustanovení § 57 odst. 2 zákona, totiž, že uchazeč nedoložil jako součást návrhu doklad o složení uvolněné jistoty.

Vzhledem k tomu, že návrh uchazeče ze dne 16.9.2003 nesplňuje podmínky ustanovení § 57 odst. 2 zákona, navrhuje zadavatel, aby Úřad návrh uchazeče zamítl.

Úřad přezkoumal v souladu s ustanovením § 57 a následujících zákona napadnuté rozhodnutí zadavatele veřejné zakázky. Ve správním řízení odbor dohledu provedl, podle ustanovení § 32 odst. 1 a § 34 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů a ve spojení s ustanovením § 61 zákona, dokazování obsahem předané dokumentace o zadání veřejné zakázky, dále pak obsahem návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách a obsahem stanoviska zadavatele k návrhu uchazeče.

Úřad nejprve zjišťuje, zda návrh podaný uchazečem splňuje náležitosti a podmínky ustanovení § 57 odst. 2 zákona. Podle tohoto ustanovení se návrh podává ve dvojím vyhotovení do deseti kalendářních dnů od doručení rozhodnutí zadavatele; jedno vyhotovení zasílá uchazeč orgánu dohledu a jedno zadavateli. V návrhu musí být uvedeno, kdo jej podává, proti kterému úkonu zadavatele směřuje, v čem je spatřováno porušení zákona a čeho se uchazeč domáhá. Součástí návrhu je i přesné označení a adresa zadavatele a doklad o složení uvolněné jistoty (§ 25 odst. 7). Návrh, který nemá tyto náležitosti, nebo u něho uchazeč tyto náležitosti nedoložil ve lhůtě stanovené orgánem dohledu, jakož i návrh došlý po uplynutí stanovené lhůty, orgán dohledu zamítne.

Vzhledem k tomu, že uchazeč doklad o složení uvolněné jistoty k návrhu nedoložil, Úřad v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 29.9.2003 uchazeči uložil, aby tento doklad zaslal ve lhůtě do 9.10.2003. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel uchazeč 6.10.2003. Dne 9.10.2003 obdržel Úřad od uchazeče doklad vystavený ČSOB dne 27.8.2003, kterým byla částka odpovídající výši požadované jistoty přijata na účet zadavatele, tedy z doby, kdy byl jistota složena při podání nabídek. Zadavatel uvolnil složenou jistotu uchazeči dne 8.9.2003. Doklad předložený uchazečem Úřadu dne 9.10.2003 není požadovaným dokladem prokazujícím složení uvolněné jistoty.

Jelikož uchazeč doklad o složení uvolněné jistoty orgánu dohledu ve stanovené lhůtě nedoložil, orgán dohledu musí návrh uchazeče zamítnout.

Úřad, s ohledem na všechny uvedené skutečnosti, které prokázal v průběhu správního řízení rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení o opravném prostředku:

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, Joštova 8, 601 56 Brno.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Rozhodnutí obdrží:

1. Kancelář generálního komisaře účasti České republiky na všeobecné světové výstavě EXPO, jejíž jménem jedná generální komisař Mgr. Vladimír Darjanin, Rytířská 31, 110 00 Praha 1
2. Advokátní kancelář Hraský & Hraská & partner, JUDr. Michal Hraský, advokát, Ostrovského 911/30, 150 00 Praha 5