

Č. j.: VZ/S162/04-153/4995/04-KV

V Brně dne 27. září 2004

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 2.8.2004 podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona č. 41/2004 Sb., na návrh uchazeče R E V O S Rokycany, spol. s r. o., Sedláčkova 651/III, 337 56 Rokycany, za niž jedná Ing. Oldřich Kepka, jednatel, ze dne 28.7.2004 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Města Rokycany, Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany, zastoupeného starostou Ing. Janem Balounem, ze dne 19.7.2004 o námitkách ze dne 8.7.2004, proti rozhodnutí ze dne 28.6.2004 o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti v obchodní veřejné soutěži „Pronájem vodovodu a kanalizace ve vlastnictví města Rokycany a jejich provozování ve veřejném zájmu“, vyhlášené v Obchodním věstníku č. 16/04 pod zn. 190915-16/04 dne 21.4.2004 podle části druhé posledně citovaného zákona, **rozhodl** takto:

Zadavatel – Město Rokycany, Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany – porušil ustanovení § 2e posledně citovaného zákona, když vyloučil z další účasti v obchodní veřejné soutěži uchazeče R E V O S Rokycany, spol. s r. o., Sedláčkova 651/III, 337 56 Rokycany, aniž k tomu byly splněny zákonné podmínky.

Podle § 60 písm. b) posledně citovaného zákona **se** zadavateli – městu Rokycany, Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany – **ukládá zrušit** rozhodnutí ze dne 28.6.2004 o vyloučení uchazeče R E V O S Rokycany, spol. s r. o., Sedláčkova 651/III, 337 56 Rokycany z další účasti v obchodní veřejné soutěži, a to do 15 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

O d ů v o d n ě n í

Město Rokycany, Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany, zastoupené starostou Ing. Janem Balounem (dále jen „zadavatel“), vyhlásilo dne 21.4.2004 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., zákona č. 517/2002 Sb. a zákona

č. 41/2004 Sb. (dále jen „zákon“), v Obchodním věstníku č. 16/04 pod zn. 190915-16/04 obchodní veřejnou soutěž „Pronájem vodovodu a kanalizace ve vlastnictví města Rokycany a jejich provozování ve veřejném zájmu“.

Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 15.6.2004, zadavatel v soutěžní lhůtě obdržel osm nabídek. Z protokolu ze dne 24.6.2004 vyplývá, že na základě kontroly úplnosti jednotlivých nabídek byla nabídka uchazeče R E V O S Rokycany spol. s r. o., Sedláčkova 651/III, 337 56 Rokycany, za niž jedná Ing. Oldřich Kepka, jednatel (dále jen „REVOS“), navržena k vyřazení z dalšího posuzování a hodnocení, protože nevyhověla kontrole úplnosti z následujících důvodů:

- a) čestné prohlášení na straně 9 nabídky o splnění kvalifikačního předpokladu dle § 2b odst. 1 písm. b) zákona není úplně, neboť neobsahuje označení subjektu, kterého se týká,
- b) nabídka uchazeče neobsahuje čestné prohlášení o tom, že jednatel uchazeče nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku, tedy čestné prohlášení o splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 2b odst. 1 písm. d) zákona ve spojení s § 2b odst. 2 zákona,
- c) nabídka uchazeče neobsahuje čestné prohlášení o tom, že žádný z odpovědných zástupců uchazeče nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku, tedy čestné prohlášení o splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 2b odst. 1 písm. d) zákona ve spojení s § 2b odst. 3 zákona,
- d) nabídka uchazeče neobsahuje čestné prohlášení o tom, že žádný z odpovědných zástupců uchazeče nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti, pokud tato činnost souvisí s předmětem veřejné zakázky, tedy čestné prohlášení o splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 2b odst. 1 písm. e) zákona ve spojení s § 2b odst. 3 zákona.

Zadavatel svým usnesením č. 2797 ze dne 28.6.2004 vyloučil uchazeče REVOS další účasti v obchodní veřejné soutěži, což mu oznámil dopisem z téhož dne.

Proti rozhodnutí zadavatele, které podle dokladu o doručení obdržel uchazeč REVOS dne 1.7.2004, podal uvedený uchazeč dopisem ze dne 8.7.2004 námitky, které zadavatel obdržel dne 9.7.2004. Zadavatel námitkám nevyhověl. Své rozhodnutí uchazeči REVOS sdělil dopisem ze dne 19.7.2004, který uvedený uchazeč podle dokladu o doručení obdržel dne 21.7.2004.

Uchazeč REVOS využil svého práva a dopisem ze dne 28.7.2004 podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“). Dnem 2.8.2004, kdy orgán dohledu návrh obdržel, bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu. Zadavatel obdržel jedno vyhotovení návrhu dne 30.7.2004.

Ve svém návrhu ze dne 28.7.2004 se uchazeč REVOS vyjádřil ke všem bodům, které byly důvodem k jeho vyloučení z další účasti v soutěži. K bodu a) se vyjádřil tak, že čestné prohlášení nelze hodnotit jako neúplné z důvodu, že neobsahuje označení subjektu, kterého se týká, když je psáno na hlavičkovém papíře, v záhlaví je uvedeno „Prohlašuji v souladu“ a pod obsahem prohlášení je uvedeno jméno, funkce, název firmy, podpis. Toto čestné prohlášení v kontextu s veřejnou zakázkou je prohlášením firmy REVOS, nikoli jiné firmy.

K bodu b) uvedl, že z příloženého výpisu z obchodního rejstříku vyplývá, že jediným statutárním zástupcem (jednatelem) firmy je Ing. Kepka, který prohlášení podepsal. Jak vyplývá i ze znění Oznámení ... zadavatele (str. 2), nemůže být odsouzena nebo potrestána právnická osoba, ale pouze osoba fyzická – tedy v tomto případě opět pouze podepsaný jednatel. K bodům c) a d) uvedl, že podle výpisu z obchodního rejstříku statutární orgán – jednatel firmy REVOS zastupuje firmu ve všech věcech a je zároveň odpovědným zástupcem firmy REVOS za její živnosti, což lze doložit Výpisem z neveřejné části živnostenského rejstříku právnické osoby. Tyto výpisy nebyly zařazeny do písemné nabídky, neboť se to považuje za nadbytečné vzhledem k tomu, že tento stav je řešen zákonem živnostenským a obchodním zákoníkem. Uchazeč REVOS proto navrhuje, aby orgán dohledu přezkoumal postup zadavatele, vyslovil, že postupem zadavatele byl porušen zákon a uložil zadavateli provést nápravu, popř. shledá-li podmínky, zadání veřejné zakázky zrušil.

Dopisem ze dne 4.8.2004, který orgán dohledu obdržel dne 11.8.2004, sdělil zadavatel orgánu dohledu své stanovisko k návrhu uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele. Ve svém stanovisku zadavatel uvedl, že uchazeč ve svém návrhu ze dne 28.7.2004 na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele uvedl stejnou argumentaci a skutečnosti, které již použil jako obranu proti vyloučení z další účasti na veřejné zakázce. Protože se v návrhu neobjevuje nová skutková nebo právní argumentace, zadavatel nemá důvod měnit své stanovisko a odkazuje tak na své stanovisko k rozhodnutí o vyloučení uchazeče REVOS z další účasti na veřejné zakázce a na argumentaci použitou při rozhodování o námitkách. Zároveň zadavatel navrhuje, aby orgán dohledu návrh uchazeče zamítl.

Účastníky řízení podle § 58 zákona jsou:

1. zadavatel,
2. uchazeč REVOS.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem ze dne 11.8.2004, ve kterém poskytl účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit ke zjištěným skutečnostem, popřípadě navrhnout doplnění šetření, nahlédnout do spisu tohoto řízení a pořizovat si z něho výpisy. Ve stanovené lhůtě se žádný z účastníků správního řízení nevyjádřil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 57 a násl. zákona případ ve všech souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při hodnocení nabídek v rámci šetřené veřejné zakázky porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

V soutěžní lhůtě zadavatel obdržel 8 nabídek. Jak vyplývá z protokolu ze dne 24.6.2004 byla nabídka uchazeče REVOS navržena k vyřazení z dalšího posuzování a hodnocení, protože nevyhověla kontrole úplnosti. Zadavatel uvedeného uchazeče vyloučil z další účasti na veřejné zakázce. V oznámení o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce ze dne 28.6.2004 uvedl, že uchazeč neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm b), d) a e), přičemž uvedl důvody, které jsou uvedeny výše pod body a), b), c) a d). V uvedeném oznámení o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce dále uvedl, že v čestném prohlášení na straně 9 nabídky je sice uvedeno, že uchazeč splňuje kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona, avšak vzhledem k tomu, že uchazeč je právnickou osobou, musí být splnění těchto kvalifikačních předpokladů prokázáno u jednatele společnosti a všech jejich odpovědných zástupců a to čestným

prohlášením, že jednatel společnosti a všichni odpovědní zástupci tyto kvalifikační předpoklady podle požadavků zákona splňují. Dále zadavatel uvedl, že uchazeč by mohl odkazem na splnění kvalifikačních předpokladů uchazečem, který jako právnická osoba nemůže být samozřejmě odsouzen nebo potrestán, obcházet požadavek zákona a vyhlášených podmínek obchodní veřejné soutěže co se kvalifikačních předpokladů týká, pokud by jednatel společnosti nebo některý z odpovědných zástupců byl odsouzen nebo potrestán a nesplňoval by tak kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona. Proto je nezbytné předložení čestného prohlášení za jednatele společnosti a všechny odpovědné zástupce nebo čestného prohlášení jednatele společnosti a všech odpovědných zástupců.

V podmínkách zadání obchodní veřejné soutěže jsou v čl. 3.1) stanoveny požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů uchazeče. Zadavatel v nich stanovil, že uchazeč o veřejnou zakázku musí splňovat kvalifikační předpoklady uvedené v ustanovení § 2b zákona a uchazeč je prokáže způsobem uvedeným v ustanovení § 2c zákona. Uchazeč musí prokázat oprávnění k podnikání v rozsahu živností „Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu“, „Vodoinstalatérství, topenářství“, „Nakládání s odpady“, „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“.

Jak vyplývá z § 2a odst. 1 věty první zákona „Uchazeči jsou povinni v nabídkách prokázat kvalifikační předpoklady (§ 2b) k plnění veřejné zakázky“.

Ustanovení § 2b zákona pak upravuje kvalifikační předpoklady. Podle § 2b odst. 1 písm. b) zákona kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky splňuje uchazeč „na jehož majetek nebyl prohlášen konkurz nebo proti kterému nebylo zahájeno konkurzní nebo vyrovnací řízení, nebo nebyl návrh na prohlášení konkurzu zamítnut pro nedostatek majetku úpadce nebo není v likvidaci“.

Podle ustanovení § 2c zákona „uchazeč prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. a) zákona dokladem o oprávnění k podnikání, včetně výpisu z obchodního rejstříku, a čestným prohlášením o splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b odst. 1 písm. b), c), d) e) a f) zákona“.

Uchazeč REVOS doložil ve své nabídce čestné prohlášení ze dne 1.6.2004, ve kterém je uvedeno: „Prohlašuji v souladu s § 2b zákona, že:

Odst. 1 písm. b)

- na majetek nebyl prohlášen konkurz,
- nebylo zahájeno konkurzní řízení ani vyrovnací řízení,
- nebyl návrh na prohlášení konkurzu zamítnut pro nedostatek majetku úpadce,
- není v likvidaci.

Uvedené čestné prohlášení je podepsáno jediným jednatelem společnosti, přičemž je vypsáno jeho jméno, uvedeno, že se jedná o jednatele a dále je i vypsán název společnosti uchazeče. Na čestném prohlášení je i otisk razítka společnosti uchazeče s dalším podpisem jednatele a celý text čestného prohlášení je na hlavičkovém papíře uvedeného uchazeče.

Ze zákona pouze vyplývá, že uchazeč má prokázat kvalifikační předpoklady způsobem, jemuž zákon stanoví formu čestného prohlášení. Zákon však již nestanoví, jakým způsobem má být čestné prohlášení formulováno. Záleží tak na samotném uchazeči, zda zvolí doslovný text zákona, či jinou formulaci, která však svým obsahem ustanovení zákona

naplňuje. Uchazeč REVOS zvolil doslovný text zákona uvedený v § 2b odst. 1 písm. b) zákona.

Ze všech uvedených skutečností je zřejmé, že čestné prohlášení dle § 2b odst. 1 písm. b) zákona bylo učiněno jménem uchazeče REVOS. Z uvedeného vyplývá, že uchazeč REVOS prokázal kvalifikační předpoklad dle § 2b odst. 1 písm. b) zákona.

Podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) zákona 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“. Podle ustanovení § 2b odst. 2 věty první zákona „podmínka uvedená v odstavci 1 písm. d) se vztahuje na osoby vykonávající funkci statutárního orgánu nebo všechny členy statutárního orgánu“.

Uchazeč REVOS doložil ve své nabídce čestné prohlášení ze dne 1.6.2004, ve kterém je uvedeno: „Prohlašuji v souladu s § 2b zákona, že:

Odst. 1 písm. d)

- uchazeč nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin proti majetku

Čestné prohlášení bylo podepsáno tak, jak již bylo uvedeno výše. Také v tomto případě platí, že zákon stanoví, jaké kvalifikační předpoklady mají být uchazečem prokázány a že mají být prokázány formou čestného prohlášení. V ustanovení § 2b odst. 2 zákona je pak vymezeno, u kterých osob se stanovená podmínka zkoumá a to proto, aby nedocházelo ke sporům, kterých osob se čestné prohlášení týká (v případě právnické osoby jako takové nepřipadá pravomocné odsouzení pro trestný čin v úvahu, neboť takto potrestány mohou být pouze osoby fyzické). Zákon také výslovně nestanoví, že tyto osoby jsou povinny učinit samostatná čestná prohlášení dle § 2b odst. 1 písm. d) zákona. Zákon ponechává na uchazeči, zda zvolí pro formulaci čestného prohlášení doslovný text zákona, či jinou formulaci, která však svým obsahem ustanovení zákona naplňuje, nebo zda uchazeč pouze čestně prohlásí, že splňuje kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. b) až f) zákona v platném znění, aniž by jednotlivé kvalifikační předpoklady blíže rozepisoval (opisoval). Rovněž tak je na uchazeči, zda do nabídky k prokázání kvalifikačního předpokladu dle § 2b odst. 1 písm. d) zákona vloží čestné prohlášení učiněné jménem uchazeče za všechny osoby, na které se podmínka vztahuje a podepsané osobou (osobami) oprávněnou jednat za uchazeče, nebo vloží do nabídky čestné prohlášení konkrétní fyzické osoby, na kterou se podmínka vztahuje.

Dle zákona je tudíž dostačující znění čestného prohlášení, v jakém jej učinil uchazeč REVOS.

Podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) zákona 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“ a podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. e) uchazeč, „který nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti, pokud tato činnost souvisí s předmětem veřejné zakázky“.

Ve smyslu ustanovení § 2b odst. 3 se „podmínky uvedené v odstavci 1 písm. d) a e) vztahují též na odpovědného zástupce uchazeče, ustanoveného podle zvláštního právního předpisu“. Tímto zvláštním předpisem je zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon).

Uchazeč REVOS doložil ve své nabídce čestné prohlášení ze dne 1.6.2004, ve kterém je uvedeno: „Prohlašuji v souladu s § 2b zákona, že:

Odst. 1 písm. d)

- uchazeč nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin proti majetku

Odst. 1 písm. e)

- uchazeč nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti.

Podle ustanovení § 2a odst. 2 zákona „zadavatel zjišťuje kvalifikaci uchazečů a) při předkvalifikačním řízení, b) při posuzování nabídek, c) při hodnocení nabídek, d) před uzavřením smlouvy“. Záleží tedy na zadavateli zda a jak si zjistí, jestli odpovědná osoba je např. totožná s osobou jednatele či některého z členů statutárního orgánu, přičemž pokud tomu tak je, není ze zákona uchazeč povinen tuto skutečnost v čestném prohlášení výslovně uvádět. Zadavatel si podání takové informace může předem v podmínkách zadání veřejné zakázky (v podmínkách soutěže) výslovně vyžádat. Jestliže však osoba odpovědného zástupce je „separátní“, není tedy jedním z jednatelů či některých z členů např. představenstva akciové společnosti, pak musí nabídka obsahovat i čestné prohlášení ve vztahu k tomuto odpovědnému zástupci. Za dostatečné lze považovat rovněž čestné prohlášení, že „uchazeč splňuje kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. b) až f) zákona“, které je podepsané osobou (osobami) oprávněnou jednat za uchazeče.

Zadavatel si v soutěžních podmínkách výslovně nevyhradil, aby uchazeč sdělil skutečnost, že má nebo nemá ustanoveného odpovědného zástupce podle zvláštních předpisů, ani neuvedl požadavek na prokázání identifikace osoby vykonávající funkci odpovědného zástupce uchazeče pro oprávnění k podnikání. Uvedená skutečnost neměla být tedy důvodem pro vyloučení uchazeče REVOS z další účasti ve veřejné zakázce, neboť z doložených listin nemohl zadavatel učinit závěr, že čestné prohlášení učinil nebo neučinil odpovědný zástupce uchazeče, když tuto osobu neznal. Pro úplnost orgán dohledu dodává, že uchazeč REVOS v námitkách proti vyloučení z další účasti na veřejné zakázce ze dne 8.7.2004 uvedl, že jednatel společnosti REVOS je zároveň odpovědným zástupcem uvedené společnosti za její živnosti.

Vzhledem k uvedeným skutečnostem uchazeč REVOS prokázal splnění kvalifikačních předpokladů pro odpovědného zástupce dle § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona.

Orgán dohledu závěrem konstatuje, že uchazeč REVOS prokázal splnění kvalifikačních předpokladů dle § 2b odst. 1 písm. b), d) a e) zákona. Na základě všech zjištěných skutečností orgán dohledu rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

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

se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 26. 10. 2004.

Obdrží:

Město Rokycany, Masarykovo náměstí 1, Rokycany, zast. Ing. Janem Balounem

REVO S Rokycany, s. r. o., Sedláčkova 651/III, 337 56 Rokycany, zast. Ing. Oldřichem Kepkou