

Č. j.: 2R 55/04 – Hr

V Brně dne 25. listopadu 2004

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 28.7.2004 městem Mirošov, zast. starostou Ing. Luděkem Pajtle, se sídlem nám. Míru 53, 338 43 Mirošov, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.7.2004 č. j. VZ/S77/04-153/3525/04-GS ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Mirošov, se sídlem nám. Míru 53, 338 43 Mirošov, učiněných při zadání veřejné zakázky „Mirošov – čistírna odpadních vod a kanalizace – III. etapa“ formou písemné výzvy ze dne 22.3.2004 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 49 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. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb.,

m ě n í m

podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, výrokovou část napadeného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S77/04-153/3525/04-GS ze dne 12.7.2004 tak, že se za první odstavec výroku napadeného rozhodnutí na straně 2. napadeného rozhodnutí doplňuje odstavec:

Zadavatel – město Mirošov – současně porušil ustanovení § 56 odst. 5 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. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., když dne 19.4.2004 učinil rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky, aniž by vyčkal uplynutí lhůty pro podání námitek proti svému rozhodnutí o vyloučení společností SWIETELSKY stavební s. r. o. a Kašparů-Koller, Stavitelství s. r. o.

Odůvodnění

Město Mirošov, zast. starostou Ing. Luděkem Pejtlem, se sídlem nám. Míru 53, 338 43 Mirošov (dále jen „zadavatel“), zadal veřejnou zakázku „Mirošov – čistírna odpadních vod a kanalizace – III. etapa“ formou výzvy ze dne 22.3.2004 více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky podle ustanovení § 49 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. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Z předložené dokumentace je zřejmé, že zadavatel obdržel celkem tři nabídky, přičemž jak vyplývá ze „Zápisu z jednání komise pro posouzení a hodnocení nabídek uchazečů“ ze dne 15.4.2004, společná nabídka společnosti SWIETELSKY stavební s. r. o., se sídlem Pražská 495, 370 04 České Budějovice, zast. jednatelem Ing. Walterem Spitalerem a Ing. Petrem Čížkem (dále jen „SWIETELSKY“), a společnosti Kašparů-Koller, Stavitelství s. r. o., se sídlem Vrbenská 6, 370 31 České Budějovice, zast. jednatelem Ing. Zdeňkem Kašparů a Ing. Jiřím Kozlem (dále jen „Kašparů-Koller“), které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení, uzavřené dne 6.4.2004 podle ustanovení § 829 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 28.5.2004 advokátkou JUDr. Zdeňkou Lustovou, se sídlem AK K. Chocholy 25, 370 05 České Budějovice (dále jen „sdružení“) byla neúplná, když společnost Kašparů-Koller neprokázala kvalifikační předpoklady pro svého odpovědného zástupce dle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) zákona. Zadavatel následně dne 19.4.2004 vyloučil příslušné sdružení ze zadávání předmětné veřejné zakázky a současně rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení podalo sdružení dne 27.4.2004 námítky, kterým zadavatel po jejich přezkoumání dne 2.5.2004 nevyhověl a současně sdružení poučil o možnosti podat návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Sdružení svého práva využilo a návrh k Úřadu dne 13.5.2004 podalo. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele a společnosti SWIETELSKY a Kašparů-Koller.

Ve svém návrhu sdružení uvádí, že v článku 3. výzvy mezi požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů zadavatel nepožaduje prokázání kvalifikačních předpokladů dle ustanovení § 2b odst. 3 zákona, týkajících se odpovědného zástupce uchazeče. Zadavatel tedy dle názoru sdružení při posuzování jeho nabídky dle ustanovení § 2c pochybil, a proto sdružení požaduje sjednání nápravy zrušením rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení, popřípadě zrušením celého zadání veřejné zakázky.

Ve svém vyjádření ze dne 18.5.2004 zadavatel následně uvádí, že v článku 3 výzvy požadoval splnění kvalifikačních předpokladů uvedených v ustanovení § 2b zákona. Spekulaci sdružení, že ve výzvě nebylo výslovně uvedeno, na koho se kvalifikační předpoklady vztahují, označuje zadavatel za zavádějící tvrzení, když sdružení řádně prokázalo splnění kvalifikačních předpokladů u statutárních orgánů, ačkoliv ani ty nejsou ve výzvě výslovně jmenovitě uvedeny a společnost SWIETELSKY prokázala splnění kvalifikačních předpokladů i u odpovědného zástupce. Zadavatel rovněž upozorňuje, že v článku 3 odst. 3 výzvy je stanoveno, že každá z osob, předkládajících nabídku společně, samostatně prokáže

splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 2b odst. 1 písm. d) zákona způsobem uvedeným v § 2c zákona.

Na základě žádosti Úřadu sdružení doplnilo svůj návrh o ověřený výpis z neveřejné části živnostenského listu, ze kterého vyplývá, že odpovědnou osobou společnosti Kašparů-Koller pro živnost „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je Ing. Zdeněk Kašparů, který je zároveň statutárním orgánem společnosti.

Na základě žádosti Úřadu ze dne 30.6.2004 o stanovisko sdělil dne 2.7.2004 Magistrát města České Budějovice, obecní živnostenský úřad Úřadu, že Ing. Zdeněk Kašparů vykonává funkci odpovědného zástupce společnosti Kašparů-Koller ode dne 19.4.2000.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 12.7.2004 rozhodnutí č. j. VZ/S77/04-153/3525/04-GS, kterým v postupu zadavatele konstatoval závažné porušení ustanovení § 49 odst. 9 zákona, když vyloučil sdružení na základě nesprávného posouzení jím podané společné nabídky podle ustanovení § 2c zákona. Úřad uložil zadavateli zrušit rozhodnutí ze dne 19.4.2004 o vyloučení sdružení a rovněž zrušit rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky také ze dne 19.4.2004.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že společnost Kašparů-Koller předložila ve společné nabídce k prokázání kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) zákona čtyři čestná prohlášení, podepsaná mimo jiné i Ing. Jiřím Kašparů jako jednatelem společnosti Kašparů-Koller. Zadavatel dle zjištění Úřadu nepožadoval ve výzvě, aby uchazeči uvedli jména svých odpovědných zástupců a tuto povinnost neukládá ani zákon, stejně jako nestanoví konkrétní podobu čestného prohlášení k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů. Čestné prohlášení předložené společností Kašparů-Koller se tak vztahovalo i na odpovědnou osobu, neboť Ing. Zdeněk Kašparů je současně členem statutárního orgánu této společnosti i odpovědným zástupcem. Úřad konstatuje, že po zrušení rozhodnutí o vyloučení sdružení musí zadavatel provést nové posouzení nabídek s přihlédnutím k závěrům tohoto rozhodnutí. Úřad dále uvádí, že rozesláním oznámení o výběru nejvhodnější nabídky postupoval zadavatel v rozporu s ustanovením § 56 odst. 5 zákona a ustanovení § 57 odst. 4 zákona, a tedy zadavateli ukládá zrušit i toto rozhodnutí.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 28.7.2004 rozklad, ve kterém „brojí“ proti části výroku rozhodnutí, kterou je mu uloženo zrušit rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, neboť výrok napadeného rozhodnutí neobsahuje výrok o porušení ustanovení § 56 odst. 5 zákona. Zadavatel dále uvádí, že se neztotožňuje s odůvodněním napadeného rozhodnutí ohledně splnění kvalifikačních předpokladů společností Kašparů-Koller, neboť v nabídce sdružení není uvedeno, kdo je odpovědným zástupcem dotyčné společnosti a zadavatel není oprávněn jakýmkoliv způsobem doplňovat nabídku nebo žádat uchazeče o její doplnění. I ze znění čestného prohlášení dle názoru zadavatele jednoznačně vyplývá, že je činěno statutárním orgánem společnosti a zadavatel bez dalších znalostí nemohl učinit závěr, že se toto prohlášení vztahuje také na odpovědného zástupce. Dle názoru zadavatele i obecně v životě, tím spíše v podnikání, platí, že každý střeží svá práva a je především v jeho zájmu, aby postupoval tak, aby svá práva chránil co možná nejlépe. Nepostačí proto, že Ing. Zdeněk Kašparů je odpovědný zástupce společnosti, pokud společnost tuto skutečnost ve své nabídce neprokázala.

K podanému rozkladu se dne 12.8.2004 vyjádřilo sdružení a konstatuje, že zadavatel ve výzvě nikde neuvádí požadavek na jmenovité uvedení odpovědného zástupce společnosti

pro předmětnou činnost a rovněž zákon tuto povinnost nikde nestanovuje. Sdružení dále uvádí, že dle ustanovení § 11 živnostenského zákona podnikatel, který je právnickou osobou, ustanoví do funkce odpovědného zástupce člena statutárního orgánu, pokud tento splňuje podmínky pro výkon této funkce, a teprve pokud člen statutárního orgánu podmínky nespĺňuje, ustanovuje statutární orgán odpovědného zástupce z jiných osob. Je zde tedy dle názoru sdružení předpoklad, že funkci odpovědného zástupce vykonává statutární orgán společnosti, a pokud chtěl zadavatel tuto skutečnost doložit, měl tak učinit ve své výzvě.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S77/04-153/3525/04-GS ze dne 12.7.2004 na základě zjištěných porušení zákona uložil zadavateli zrušit rozhodnutí o vyloučení sdružení a současně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Pochybil však, když ve výroku napadeného rozhodnutí nekonstatoval porušení ustanovení § 56 odst. 5 zákona.

K argumentaci zadavatele uvádím následující:

Zadavatel ve svém rozkladu především namítá, že skutečnost, kdo je odpovědným zástupcem společnosti Kašparů-Koller, mělo sdružení doložit již ve své nabídce, přičemž zadavatel nebyl oprávněn jeho nabídku v tomto směru jakkoliv dodatečně doplňovat.

K tomu uvádím, že podle ustanovení § 2b odst. 3 zákona se podmínky uvedené v odstavci 1 písm. d) a e) tohoto ustanovení vztahují též na odpovědného zástupce uchazeče, ustanoveného podle zvláštního právního předpisu. Tímto zvláštním právním předpisem pak je ustanovení § 11 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „živnostenský zákon“), podle jehož odst. 4 písm. b) je povinen ustanovit odpovědného zástupce mimo jiné i „podnikatel, který je právnickou osobou se sídlem v České republice. Do funkce odpovědného zástupce ustanoví člena statutárního orgánu nebo statutární orgán, který splňuje podmínky pro výkon funkce odpovědného zástupce podle tohoto zákona. Nelze-li odpovědného zástupce ustanovit z uvedených osob, ustanovuje podnikatel odpovědného zástupce z jiných osob“. Z uvedeného je zřejmé, že prvotně je odpovědným zástupcem jmenován člen statutárního orgánu či statutární orgán, tedy v případě společnosti Kašparů-Koller jednatel této společnosti, kterážto osoba pak musí splňovat kvalifikační předpoklady podle ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona. Teprve až pokud by tato osoba, tedy jednatel společnosti, nespĺňovala podmínky pro výkon funkce odpovědného zástupce dle živnostenského zákona a k výkonu této funkce by byla ustavena jiná osoba odlišná od jednatele, uplatnilo by se ustanovení § 2b odst. 3 zákona a i tato osoba by musela splňovat kvalifikační předpoklady bezúhonnosti ve smyslu ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) a e) zákona, které by následně prokazovala čestným prohlášením dle ustanovení § 2c odst. 1 zákona. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě Ing. Jiří Kašparů jako jednatel společnosti současně splňuje podmínky pro výkon funkce odpovědného zástupce a tuto funkci skutečně vykonává, ustanovení § 2b odst. 3 zákona se neuplatní.

K tomu dále uvádím, že sdružení nemůže být přičítána k tíži ta skutečnost, že v nabídce výslovně neuvedlo, která osoba je jeho odpovědným zástupcem pro danou živnost. Zákon požadavek na uvedení této skutečnosti neupravuje a ani zadavatel si jej v zadání

předmětné veřejné zakázky nestanovil. Čestné prohlášení týkající se splnění kvalifikačních předpokladů musí po obsahové stránce vycházet z příslušných ustanovení zákona, avšak skutečnost, jak má čestné prohlášení přesně vypadat, v zákoně upravena není, a současně není jeho formální stránka upravena ani v žádném jiném obecně platném právním předpise. Součástí nabídky tedy objektivně bylo čestné prohlášení Ing. Jiřího Kašparů, jednatele společnosti a současně jejího odpovědného zástupce, předložené v souladu s ustanovením § 2c odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) zákona, který v něm mimo jiné i prohlásil, že nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče, nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku.

Námítku zadavatele, že ve výroku napadeného rozhodnutí chybí konstatace porušení ustanovení § 56 odst. 5 zákona, kterého se zadavatel dopustil tím, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 19.4.2004 učinil současně s nezákonným rozhodnutím o vyloučení sdružení, a tedy nevyčkal uplynutí zákonné lhůty pro podání námitek, jsem v řízení o rozkladu shledal jako důvodnou. Proto jsem výrok napadeného rozhodnutí změnil tak, že jsem jej o konstatování příslušného porušení zákona doplnil.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Mirošov, se sídlem nám. Míru 53, 338 43 Mirošov, zast. Ing. Luděk Pajtl,em,
2. JUDr. Zdeňka Lustová, se sídlem K. Chocholy 25, 370 05 České Budějovice,
3. spis.