

Č. j.: 2R 86/05-Šp

V Brně dne 20. 2. 2006

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 25.10.2005 **statutárním městem Hradec Králové**, Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové, **zast. primátorem Ing. Otakarem Divíškem**, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 9. 2005, č.j. VZ/S 145/05-152/4300/05-AB, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **statutárního města Hradec Králové, zast. primátorem Ing. Otakarem Divíškem**, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Školní hřiště ZŠ Ploštice, Hradec Králové**“ formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb. a zákona č. 179/2005 Sb., jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 20.5.2005 pod ev. č. 50004610, jsem 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 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S 145/05-152/4300/05-AB ze dne 30. 9. 2005

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Statutární město Hradec Králové, zast. primátorem Ing. Otakarem Divíškem, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“), uveřejnil na centrální adrese dne 20. 5. 2005 pod ev. číslem 50004610 oznámení otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), za účelem zadání veřejné zakázky „Školní hřiště ZŠ Plotiště“. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem devět nabídek. Dle protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 27. 6. 2005 hodnotící komise vyřadila z další účasti v otevřeném řízení nabídku uchazeče SWIETELSKY stavební, s. r. o., Pražská 495, 370 04 České Budějovice a dále nabídku uchazeče Stavby silnic a železnic, a.s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), a to z důvodu, že nebylo možné ověřit, zda podaná nabídka je podepsána oprávněnou osobou. Zadavatel se s rozhodnutím hodnotící komise ztotožnil a oba uvedené uchazeče z další účasti v zadávacím řízení vyloučil rozhodnutím ze dne 14. 7. 2005 o vyloučení navrhovatele z účasti v otevřeném zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Vítězným uchazečem se stala společnost PRAGOSPORT, a.s., Na Ořechovce 579/6, 162 00 Praha, ze kterou jedná Ing. Jaroslav Vacek, předseda představenstva. Poté, co navrhovatel obdržel dne 18. 7. 2005 uvedené rozhodnutí o svém vyloučení, podal dopisem ze dne 25. 7. 2005 námitky, které zadavatel obdržel dne 25. 7. 2005. Po přezkoumání jejich oprávněnosti zadavatel námitkám nevyhověl, a to rozhodnutím ze dne 1. 8. 2005, které navrhovatel obdržel dne 2. 8. 2005.
2. V souladu s ustanovením § 96 zákona podal navrhovatel dopisem ze dne 8. 8. 2005 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele o námitkách u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), ve kterém požadoval, aby orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 14. 7. 2005, č.j. 061123/2005/OI/Bez o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení a připustil jeho další účast v soutěži o předmětnou zakázku. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele a společnost PRAGOSPORT, a.s. Zadavatel k návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v otevřeném zadávacím řízení sdělil dopisem ze dne 25. 8. 2005, že důvodem pro vyloučení navrhovatele byla skutečnost, že hodnotící komise při otevírání obálek nemohla ověřit splnění podmínky stanovené v § 59 odst. 3 písm. b) zákona, tj. zda nabídka je podepsána oprávněnou osobou. Nabídka uchazeče byla podepsána Ing. Tomášem Paterou, na základě plné moci ze dne 22. 12. 2004 podepsané Ing. Bořivojem Kačenou, předsedou představenstva, a Ing. Janem Voňkou, CSc., místopředsedou představenstva. Nabídka však neobsahovala dokument, který by prokazoval, že tyto osoby jsou skutečně oprávněny navrhovatele zastupovat. Takový dokument neobsahovalo ani Osvědčení č. 3013K-04-0607 Národního kvalifikačního a klasifikačního systému stavebních dodavatelů, ani Osvědčení č. 30/2004 Svazu podnikatelů ve stavebnictví v ČR o zařazení do registru kvalifikovaných stavebních dodavatelů. Vedle toho bylo zadavatelem uvedeno, že kritériem hodnocení byla nejnížší nabídková cena a navrhovatel podal nabídku s nejvyšší nabídkovou cenou, což vedlo v důsledku k tomu, že vyloučení navrhovatele nemohlo ovlivnit výběr vítězného uchazeče, společnosti PRAGOSPORT, a.s.

Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 30. 9. 2005 rozhodnutí č. j. VZ/S 145/05-152/4300/05-AB, kterým rozhodl, že zadavatel veřejné zakázky – statutární město Hradec Králové – nesplnil povinnost stanovenou § 59 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb. tím, že neoprávněně vyloučil uchazeče Stavby silnic a železnic, a.s., z další účasti v otevřeném řízení, ačkoli jeho nabídka byla podepsána k tomu oprávněnou osobou, avšak tento úkon zadavatele podstatně neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.
4. V odůvodnění svého rozhodnutí pak Úřad uvádí, že dle výpisu z obchodního rejstříku orgán dohledu zjistil, že osoby, které plnou moc ze dne 22. 12. 2004 podepsaly, tj. Ing. Bořivoj Kačena, předseda představenstva, a Ing. Jan Voňka, CSc., místopředseda představenstva, jsou skutečně osobami oprávněnými za navrhovatele jednat a tudíž udělovat plnou moc Ing. Tomáši Paterovi jako vedoucímu organizační složky navrhovatele, který je na základě § 13 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, zmocněn za navrhovatele činit veškeré právní úkony týkající se této složky. Zákon v ustanovení § 59 odst. 5 ukládá povinnost vyřadit nabídku uchazeče, která nevyhovuje požadavkům podle § 59 odst. 3 (tj. není podepsána oprávněnou osobou), z čehož vyplývá, že zadavatel naopak není oprávněn vyřadit uchazeče, jehož nabídka oprávněnou osobou podepsána je. Zadavatel tak nesplnil povinnost stanovenou zákonem, když neoprávněně vyloučil navrhovatele z účasti na předmětné veřejné zakázce, aniž měl za prokázané, že nabídku skutečně podepsala osoba, která k tomu nebyla oprávněna. Ustanovení § 59 odst. 5 a § 61 odst. 5 zákona zadavateli ukládá povinnost vyloučení uchazeče nejen bezodkladně písemně oznámit, ale uvést i důvod vyloučení, přičemž se nemůže jednat o nějaký domnělý důvod, ale důvod, který je reálně podložen. Jestliže navíc navrhovatel předložil Osvědčení č. 3013K-04-0607 Národního kvalifikačního a klasifikačního systému stavebních dodavatelů a dále Osvědčení č. 30/2004 Svazu podnikatelů ve stavebnictví v ČR o zařazení do registru kvalifikovaných stavebních dodavatelů, doložil své oprávnění k podnikání tak, jak stanoví § 30 odst. 2 písm. c) zákona. Tímto osvědčením splnil i požadavky zadavatele na doložení dokladů k prokázání splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. c); je tedy na navrhovateli, jaký způsob zvolí k prokázání těchto podmínek.

II. Námitky rozkladu

5. Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 25. 10. 2005 rozklad, ve kterém uvádí, že ustanovení § 59 odst. 3 písm. b) zákona taxativně vymezuje, že hodnotící komise musí při otevírání obálek kontrolovat, zda zakázka je podepsána oprávněnou osobou. Zákon nedává hodnotící komisi v procesu otevírání obálek žádnou možnost ověřování či doplňování nabídek uchazečů, a proto hodnotící komise musí vycházet jen z dokladů doložených uchazečem. Jde k tíži uchazeče, pokud nedoloží potřebné dokumenty k ověření skutečností, které je komise povinna kontrolovat. Důvodem vyřazení navrhovatele coby uchazeče proto nebyl jakýsi domnělý důvod podepsání nabídky neoprávněnou osobou, ale skutečnost, že uchazeč nabídku nepodložil dokumenty, prokazujícími skutečností, které je hodnotící komise ze zákona povinna prověřit. Nedoložení výpisu z obchodního rejstříku neumožnilo při otevírání obálek a hodnocení nabídky zjistit skutečnost, zda osoby, které plnou moc podepsaly, jsou skutečně osobami oprávněnými za navrhovatele jednat a tudíž udělit plnou moc Ing. Tomáši Paterovi,

jakož i skutečnost, že jmenovaný je vedoucím organizační složky a tím je dle § 13 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, zmocněn za podnikatele činit veškeré právní úkony týkající se této složky, tedy i podepsat předmětnou nabídku. S ohledem na princip rovného a nediskriminačního přístupu ke všem uchazečům nemohla komise vycházet z dokumentů doložených uchazečem v dřívějších nabídkách, z osobní zkušenosti uchazeče z dřívějších výběrových řízení nebo jen z neprokázané domněnky správnosti podpisu veřejné zakázky.

Závěr rozkladu

6. Zadavatel ve svém rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, neboť zadavatel neporušil žádné ustanovení zákona.

Vyjádření dalšího účastníka řízení

7. K podanému rozkladu se vyjádřil navrhovatel dopisem ze dne 7. 11. 2005 a uvádí, že zadavatel se dopouští při své argumentaci stejné chyby jako dříve. Nesprávným postupem mění povinnosti uchazeče a práva a povinnosti zadavatele při aplikaci ustanovení § 59 odst. 3 písm. b) zákona, přičemž nepřihlíží k předpisům občanského práva týkajících se institutu zastoupení. Navrhovatel dále ve výše citovaném dopise rozvádí institut zastoupení, povahu a účinky udělení plné moci a práva a povinnosti, která z jejího udělení vznikají navenek i mezi zmocněncem a zmocnitelem. Upozorňuje také na skutečnost, že zadavatel sice zpochybňuje platnost plné moci, avšak při podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení uchazeče z výběrového řízení dotčenou plnou moc akceptuje. Závěrem navrhovatel upozorňuje, že rozhodnutí o vyloučení uchazeče z citovaného výběrového řízení nebylo vydáno přímo zadavatelem, tj. statutárním městem Hradec Králové, ale odborem městských investic, tj. organizační složkou zadavatele bez právní subjektivity, bez podpisu primátora, ale pouze s podpisem vedoucího odboru městských investic.

III. Řízení o rozkladu

8. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 57 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále též „správní řád“) a v souladu s odst. 2 téhož ustanovení postoupil věc k rozhodnutí orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
9. Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, podle jehož § 183 se zrušuje zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád). Podle § 179 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. se řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, dokončí podle dosavadních předpisů. Z tohoto důvodu je třeba řízení o rozkladu účastníka řízení dokončit podle dosavadní právní úpravy správního řízení. Podle § 59 odst. 1 ve spojení s § 61 odst. 3 správního řádu, 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 rozvedeném dále v odůvodnění rozhodnutí:
10. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S 145/05-152/4300/05-AB ze dne 30.9.2005 deklaroval, že zadavatel veřejné zakázky nesplnil povinnost stanovenou § 59 odst. 5

zákona tím, že neoprávněně vyloučil navrhovatele z další účasti v otevřeném řízení, ačkoli jeho nabídka byla podepsána k tomu oprávněnou osobou, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

11. Zadavatel ve svém rozkladu uvedl, že z předložených dokladů nebylo možné prokázat splnění kvalifikace navrhovatelem coby uchazečem v otevřeném řízení. Zároveň však nemohl nabídku doplnit ani připustit, aby navrhovatel doplnil nabídku sám, např. o výpis s obchodního rejstříku, ze kterého by pak jednoznačně vyplývalo, zda osoby, které podepsaly plnou moc panu Ing. Tomáši Paterovi, jsou k tomu oprávněny. Dle názoru zadavatele by tím porušil zásadu nediskriminačního a transparentního zacházení se všemi uchazeči. Z tohoto důvodu nemohl ani vycházet z osobní znalosti uchazeče z dřívějších výběrových řízení či z neprokázané domněnky správnosti podpisu. Na podkladě těchto argumentů posléze rozhodl o vyřazení nabídky navrhovatele z výběrového řízení, přičemž se domnívá, že tento postup byl v souladu se zákonem.

K postupu hodnotící komise

12. K námitce navrhovatele uvádím, že § 59 odst. 3 písm. b) zákona nestanoví, že uchazeč při podání nabídky je povinen zároveň s jejím podáním prokazovat své oprávnění k jejímu podpisu. Tím se proces otevírání obálek hodnotící komisí upravený v ustanovení § 59 odst. 3 písm. b) odlišuje od kvalifikace dodavatelů, kde je způsob jejího prokazování přímo stanoven v § 30 a násl. zákona. Ustanovení § 59 odst. 3 zákona stanoví, že hodnotící komise pouze *kontroluje*, zda nabídka je zpracována v požadovaném jazyku, *podepsána oprávněnou osobou* a je z hlediska požadovaného obsahu úplná. Zákon tedy požaduje, aby hodnotící komise zjistila, zda se na nabídce vůbec nachází podpis oprávněné osoby, avšak nepředpokládá, že v této fázi bude osoba, která se na nabídce podepsala, zároveň prokazovat (ať již výpisem z obchodního rejstříku nebo jinak), že skutečně oprávněnou osobou je. Naproti tomu ustanovení § 30 zákona předpokládá naplnění požadavků zákona na splnění kvalifikace prokázáním oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku. Nelze akceptovat vyloučení uchazeče, dokud nebylo s jistotou prokázáno, že nabídka byla skutečně podepsána osobou, která k podpisu oprávněna nebyla. Z uvedeného vyplývá, že v pochybnostech musí být uchazeči dána možnost tuto skutečnost prokázat. Následné prokázání, že podpis byl učiněn osobou k tomu oprávněnou, nelze považovat za doplňování nabídky, a tedy není v rozporu s požadavkem ustanovení § 59 odst. 3 písm. c), podle kterého nabídka musí být z hlediska požadovaného obsahu úplná.
13. Zároveň připouštím, že v praxi mohou vzniknout pochybnosti, zda osoba, jež se na nabídku podepsala, je skutečně k tomu oprávněna. Pakliže není možné tyto pochybnosti odstranit bezprostředně při otevírání obálek, slouží k dalšímu posouzení stadium přezkoumání námitek zadavatelem, kdy je dán dostatečný čas i prostor ke zjištění, zda na straně uchazeče byly při podání nabídky splněny všechny zákonem požadované náležitosti, tedy i podpis nabídky osobou k tomu skutečně oprávněnou. Nabízí se pak několik možností, z nichž se jako nejsnadnější jeví okamžité ověření rozhodných skutečností prostřednictvím výpisu z obchodního rejstříku přístupného na webových stránkách. Přestože takový výpis na síti Internet má pouze nezávazný a informativní charakter, nelze opomenout dobrou víru v jeho správnost. S ohledem na uvedený princip

dobré víry neobstojí ani argument, že nebylo možné při ověřování předmětné skutečnosti vycházet z osobní znalosti uchazeče z předchozích výběrových řízení, a to do chvíle, kdy by bylo prokázáno, že osoba podepsaná na nabídce k tomu skutečně oprávněna nebyla.

14. Samotná skutečnost, že při otevírání obálek hodnotící komisí nabídka neobsahovala výpis z obchodního rejstříku, není důvodem pro její odmítnutí, neboť ustanovení § 59 a násl. neukládá uchazeči povinnost uvést jako součást nabídky také výpis z obchodního rejstříku. Naposledy zmíněná skutečnost potom snižuje relevanci argumentu zadavatele o nutnosti nediskriminačního a transparentního postupu vůči jednotlivým uchazečům, protože i aplikace principu zákazu diskriminace a zachování transparentnosti nemůže jít nad rámec pravidla zakotveného v zákoně a ve svém důsledku vést ke stanovení povinnosti uchazeči, kterou mu zákon neukládá.
15. S ohledem na výše uvedené je nutné při posuzování oprávněnosti podpisu nabídky vycházet také z ustanovení § 31 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, který upravuje zastoupení na základě plné moci, a dále z § 13 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, který upravuje jednání podnikatele. I přesto, že zákon sám výslovně neupravuje situaci, kdy z podané nabídky jednoznačně nevyplývá, že byla podepsána osobou k tomu skutečně oprávněnou, nelze nahradit mezeru v právním předpisu takovým výkladem, který jde nad rámec zákona. Použití extensivního výkladu tam, kde zákon nedává výslovný postup v konkrétním případě, by nemělo nikdy vést k neúměrné tvrdosti vůči uchazeči, zejména tehdy, pokud jsou k dispozici snadno dostupné a účinné prostředky, jak postupovat.

V. Závěr

16. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
17. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, 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. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Hradec Králové, Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové,
2. Stavby silnic a železnic, a.s., Národní třída 10, 113 19 Praha 1,
3. PRAGOSPORT, a.s., Na Ořechovce 579/6, 162 00 Praha,
4. spis.