

Č.j.: S 321-R/99-1728/140/VŠ

V Praze dne 3.2.2000

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v řízení zahájeném 9.12.1999 ve smyslu ustanovení § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., na základě návrhu uchazeče Jana Martínka, podnikajícího pod obchodním jménem Jan Martínek – ART TECH, s místem podnikání Hurbanova 1185/21, 142 00 Praha 4 – Krč, v právním zastoupení advokátkou JUDr. Věrou Chandryckou, Advokátní a daňová kancelář, Vinohradská 73, 120 00 Praha 2, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele České filharmonie, se sídlem Alšovo nábřeží 12, 110 01 Praha 1, zastoupeného generálním ředitelem ing. Jiřím Kovářem, o námitkách uchazeče proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z veřejné zakázky „Obnova studia Rudolfinum“, zadané zadavatelem výzvou více zájemcům podle ustanovení § 49 odst. 1 citovaného zákona ze dne 21.6.1999

rozhodl takto:

návrh uchazeče Jana Martínka, podnikajícího pod obchodním jménem Jan Martínek - ART TECH, s místem podnikání Hurbanova 1185/21, 142 00 Praha 4 – Krč, v právním zastoupení advokátkou JUDr. Věrou Chandryckou, Advokátní a daňová kancelář, Vinohradská 73, 120 00 Praha 2, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele České filharmonie, se sídlem Alšovo nábřeží 12, 110 01 Praha 1, zastoupeného generálním ředitelem ing. Jiřím Kovářem Č.j.: 808/99 ze dne 2.12.1999 o námitkách uchazeče proti rozhodnutí zadavatele Č.j.: 765/99 ze dne 11.11.1999 o vyloučení uchazeče z veřejné zakázky se na základě ustanovení § 60 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. **z a m í t á** s tím, že posledně uvedeným rozhodnutím zadavatele nebyl porušen citovaný zákon.

O d ů v o d n ě n í

Výzvou více zájemcům podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. (dále

jen „zákon“) ze dne 21.6.1999 zadal zadavatel České filharmonie, se sídlem Alšovo nábřeží 12, 110 01 Praha 1, zastoupeného generálním ředitelem ing. Jiřím Kovářem (dále jen „zadavatel“) veřejnou zakázku „Obnova studia Rudolfinum“.

Do konce lhůty stanovené podmínkami veřejné zakázky (výzvy) doručili svoje nabídky dva uchazeči, jedním z nichž byl uchazeč Jan Martínek, podnikající pod obchodním jménem Jan Martínek – ART TECH, s místem podnikání Hurbanova 1185/21, 142 00 Praha 4 – Krč, v právním zastoupení advokátkou JUDr. Věrou Chandryckou, Advokátní a daňová kancelář, Vinohradská 73, 120 00 Praha 2 (dále jen „uchazeč“).

Dopisem Č.j.: 596/99 ze dne 13.8.1999 oznámil zadavatel uchazeči, „... Vaše nabídka, předložená v rámci vyhlášeného výběrového řízení ze dne 21.6.1999, byla shledána nejvhodnější v souladu se stanovenými kritérii a firma ART TECH byla vybrána pro realizaci zakázky ... Současně Vám tímto oznamuji, že s Vámi budeme dále jednat o uzavření příslušné smlouvy o dílo a o podrobnostech celé realizace“.

Rozhodnutím Č.j.: 765/99 ze dne 11.11.1999, které bylo uchazeči doručeno dne 15.11.1999, však zadavatel uchazeče z veřejné zakázky vyloučil s tím, že důvodem je neprokázání kvalifikačních předpokladů.

Dne 22.11.1999 zadavatel obdržel faxem a dne 24.11.1999 písemně námitky uchazeče ze dne 22.11.1999 vznesené proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z veřejné zakázky.

Zadavatel dne 2.12.1999 pod Č.j.: 808/99 oprávněnost uchazečem vznesených námitek přezkoumal a s odůvodněním jim nevyhověl.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 9.12.1999 včasný návrh uchazeče ze dne 8.12.1999 na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeče proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z veřejné zakázky; prvně uvedeným dnem bylo zahájeno správní řízení u orgánu dohledu ve smyslu ustanovení § 57 odst. 1 zákona.

Uchazeč v návrhu uvádí:

„S ohledem na níže popsané okolnosti je zřejmé, že v daném případě došlo ze strany zadavatele k porušení zákona, neboť bez existujícího právního důvodu rozhodl o vyloučení uchazeče z další účasti při veřejné zakázce „Obnova studia Rudolfinum“, v čemž spatřuje oznamovatel porušení zákona ...

... Výzva, kterou oznamovatel obdržel od zadavatele, obsahovala, požadavek na sdělení, zda je plátcem DPH. Dále výzvu k předložení příslušného oprávnění k podnikání a čestného prohlášení o skutečnosti, že na jeho majetek nebyl prohlášen konkurz nebo nebyl zamítnut pro nedostatek majetku úpadce nebo není v likvidaci, a dále že nemá v evidenci daní zachyceny daňové nedoplatky.

Panu Janu Martínkovi – ART TECH byl sdělen výsledek výběrového řízení dopisem zadavatele České filharmonie ze dne 13.srpna 1999 č.j. 596/99, ve kterém je uvedeno:

„Zadavatel Česká filharmonie, Alšovo nám., 12, 110 00 Praha 1 Vám oznamuje, že Vaše nabídka, předložená v rámci vyhlášeného výběrového řízení ze dne 21.června 1999, byla shledána nejvhodnější v souladu se stanovenými kritérii a firma ART TECH byla vybrána pro realizaci zakázky.

Současně Vám tímto oznamuji, že s Vámi budeme jednat o uzavření příslušné smlouvy o dílo a o podrobnostech celé realizace.“

Dne 15. listopadu 1999 však bylo panu Janu Martínkovi doporučenou poštou do vlastních rukou generálním ředitelem České filharmonie ing. Jiřím Kolářem sděleno, že je nucen pana Martínka vyloučit z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce „Obnova studia Rudolfinum“.

Své rozhodnutí odůvodnil tím, že již při podání nabídky nesplnil požadavky na doložení kvalifikačních předpokladů tak, jak to vyžadují příslušná ustanovení zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, přestože věděl, že jde o státní zakázku, pro kterou platí zákonem objektivně dané kvalifikační předpoklady, uvedené v § 2b citovaného zákona.

Dále uvádí, že ani další kvalifikační předpoklady podle § 2b citovaného zákona nesplnil prokázáním kvalifikačních předpokladů způsobem uvedeným v § 2c, odst. 2 písm. c) cit. zákona.

Zákon ukládá v § 49, odst. 5 doklady a údaje předložené uchazečem zadavateli vyhodnotit podle § 2c, popřípadě podle kritérií stanovených v zadání nebo v kvalifikační dokumentaci.

Neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů, musí ho zadavatel z další účasti na veřejné soutěži vyloučit.

Uchazeč Jan Martínek – ART TECH splňoval a splňuje kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky, a při předložení nabídky je řádně prokázal v souladu s § 49, odst. 5 zákona ...

... Uchazeč, prokázal splnění kvalifikačních předpokladů v souladu s kritérii stanovenými v zadání. Splnění jiných kritérií po něm nebylo nikdy požadováno ...

... Další argumenty odůvodňující z věcného hlediska vyloučení uchazeče Jana Martínka – ART TECH z další účasti ve veřejné soutěži, jsou v rozporu se zákonem.

Jedná se o námitku neexistence živnostenského oprávnění – instalace elektronických zařízení – patřící do živností vázaných a dále existence živnostenského oprávnění – poskytování služeb software.

Přesné znění živnostenského oprávnění je Výroba, instalace a opravy elektronických zařízení. K tomu je nutno uvést, že zadavatel byl od samého počátku seznámen s faktem, že odborné činnosti budou zajištěny dodavatelským způsobem.

Pokud jde i požadovaný živnostenský list na poskytování služeb software, je nutno podotknout, že zadavatel byl seznámen se skutečností, že se jedná o zařízení, ve kterých je

software součástí hardware, tudíž „instalace software“ v daném případě není. Konzultací na živnostenském úřadě bylo zjištěno, že takové živnostenské oprávnění se nevydává.

... Nejzávažnější je fakt, že se o požadavku zadavatele na shora uvedená živnostenská oprávnění uchazeč dověděl až z písemného vyhotovení rozhodnutí o vyloučení z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce.

Kvalifikační předpoklady jako uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva, prokazuje uchazeč v souladu s § 2c, odst. 2 písm. a) až c).

... Uchazeč, jehož nabídka byla hodnocena jako nejvýhodnější, nebo-li jako uchazeč, se kterým měla být uzavřena smlouva, nebyl k prokázání kvalifikačních předpokladů, uváděných v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce, nikdy vyzván.

Jan Martínek – ART TECH splňuje kvalifikační předpoklady v souladu s § 2c, odst. 2, písm. a) až c). Zadavatel mu neumožnil realizovat jejich prokázání, čehož se rozhodl zneužít k podložení rozhodnutí o vyloučení z účasti na veřejné soutěži pro nesplnění (neprokázání) kvalifikačních předpokladů, a to již údajně i podle § 2c odst. 1. zákona.“

Na závět uchazeč navrhuje, aby Úřad rozhodl, že zadavatel porušil zákon a uložil zadavateli provést nápravu.

Spolu s dokumentací o zadání veřejné zakázky Úřad dne 12.1.2000 obdržel i stanovisko zadavatele z téhož dne.

Podle ustanovení § 58 zákona jsou účastníky řízení:

1. Česká filharmonie, se sídlem Alšovo nábřeží 12, 110 01 Praha 1, zastoupená generálním ředitelem ing. Jiřím Kovářem,
2. Jan Martínek, podnikající pod obchodním jménem Jan Martínek – ART TECH, s místem podnikání Hurbanova 1185/21, 142 00 Praha 4 – Krč, v právním zast. advokátkou JUDr. Věrou Chandryckou, Advokátní a daňová kancelář, Vinohradská 73, 120 00 Praha 2.

Uvedeným účastníkům řízení Úřad oznámil dopisem Č.j.: S 321-O/99-1728/140/IB ze dne 3.1.2000 zahájení správního řízení.

Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 57 a násl. zákona napadené rozhodnutí Č.j. 808/99 ze dne 2.12.1999. Ve správním řízení Úřad provedl podle ustanovení § 32 a § 34 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád) s odvoláním na ustanovení § 61 zákona zjišťování a dokazování obsahem dokumentace o zadání veřejné zakázky, obsahem návrhu na přezkoumání rozhodnutí a obsahem stanoviska zadavatele, přičemž dospěl k těmto závěrům:

- 1) ustanovení § 2a odst. 1 zákona, které bezesporu platí i při zadání veřejné zakázky výzvou více zájemcům podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona, jak je tomu v daném případě, stanoví, že „Uchazeči jsou povinni v nabídkách prokázat kvalifikační předpoklady (§ 2b) k plnění veřejné zakázky. V zadání může zadavatel požadovat splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky (§ 2f)“.
- V daném případě zadavatel v podmínkách veřejné zakázky stanovil kvalifikační a jiné předpoklady, jakož i jejich prokázání takto:

„Do nabídky uveďte, zda jste plátcí DPH.

K nabídce přiložte příslušné oprávnění k podnikání a čestné prohlášení o následujících skutečnostech:

- na Váš majetek nebyl prohlášen konkurz nebo proti Vám nebylo zahájeno konkurzní nebo vyrovnávací řízení, nebo návrh na prohlášení konkurzu nebyl zamítnut pro nedostatek majetku úpadce nebo nejste v likvidaci a
- nemáte v evidenci daní zachyceny daňové nedoplatky.“

Uchazeč zaslal v příloze svojí nabídky jako přílohu č. 1 návrh smlouvy o dílo, jako přílohu č. 2 pak čestné prohlášení o výše uvedených zadavatelem požadovaných skutečnostech (včetně údaje o plátcovství DPH), které se však týká „... firmy SST Armin Müller GmbH & CoKG ...“ a je uchazečem podepsáno jako zástupcem této firmy. Přílohu č. 3 tvoří neověřená kopie dokladu o registraci (živnostenské přihlášky) uvedené firmy v zemi jejího založení v jazyce německém, přílohu č. 4 fotokopie technické dokumentace.

Uchazečem ve smyslu ustanovení § 2 písm. c) bod 3 zákona je Jan Martínek, podnikající pod obchodním jménem Jan Martínek – ART TECH, nikoli výše uvedená firma. Na něm tedy bylo, aby ve své nabídce stanoveným způsobem prokázal splnění kvalifikačních a jiných předpokladů stanovených podmínkami veřejné zakázky, resp. zákonem. Uchazeč tak neučinil, za jeho příslušné oprávnění k podnikání nelze považovat odkaz na skutečnost, že uchazeč je zástupcem výše uvedené firmy, ani kopii (ověřenou či neověřenou) dokladu o její registraci (živnostenské přihlášky) v zemi jejího založení, předložené čestné prohlášení pak není čestným prohlášením uchazeče o sobě samém, ale o této firmě s tím, že jej podepsal jako její blíže neurčený zástupce. Z uvedeného je patrné (a to je hovořeno pouze o kvalifikačních předpokladech stanovených podmínkami veřejné zakázky, jen z části se kryjícími s kvalifikačními předpoklady stanovenými ustanovením § 2b zákona), že uchazeč ve smyslu ustanovení § 49 odst. 5 zákona neprokázal „... některý z kvalifikačních předpokladů ...“ a zadavatel měl svoji povinnost vyloučit uchazeče z veřejné zakázky, uloženou mu v takovém případě v témže ustanovení zákona, splnit již v rámci posuzování nabídek. Skutečnost, že zadavatel svoji povinnost vyloučit uchazeče z veřejné zakázky splnil až poté, kdy na základě hodnocení nabídek oznámil uchazečům, že uchazečova nabídka byla vybrána jako nejvhodnější nabídka nic však nemění na tom, že tak učinil po právu, že zákon neporušil.

V uvedeném bodu není návrh uchazeče důvodný;

- 2) Úřad s ohledem na podstatu uvedenou výše pod bodem 1) blíže nekomentuje výsledek těžko prokazatelných jednání mezi zadavatelem a uchazečem, ke kterým došlo po oznámení výběru nejvhodnější nabídky. Pokud jde však o živnostenský list (bez ohledu na to, zda byl zadavatelem vyžádaný či nevyžádaný, jehož kopie byla ověřena či nebyla ověřena), předložený uchazečem v jejich rámci, Úřad konstatuje, že v něm uvedený předmět podnikání „technické zabezpečení kulturních pořadů a akcí“ neodpovídá předmětu veřejné zakázky, lépe řečeno, tento živnostenský list není a ani by nemohl být podmínkami veřejné soutěže a zákonem stanoveným „příslušným oprávněním k podnikání“. Tím by podle názoru Úřadu mohlo být živnostenské oprávnění s předmětem podnikání „výroba, instalace a opravy elektronických zařízení“ a s ohledem na to, že dodavatelem předmětu veřejné zakázky měla pravděpodobně být výše uvedená firma pak živnostenské oprávnění s předmětem podnikání „koupě zboží za účelem jeho dalšího prodeje a prodej“ (případně s bližší specifikací komodity prodeje).

V uvedeném bodu není návrh uchazeče důvodný;

- 3) s odvoláním na výše uvedené pod bodem 1) a 2) je patrné, že ani uchazečem navrhované rozhodnutí uložit zadavateli provést nápravu není důvodné.

Úřad konstatuje, že zadavatel ve svém rozhodnutí Č.j.: 765/99 ze dne 11.11.1999 o vyloučení uchazeče z veřejné zakázky nepoučil uchazeče o možnosti podat námitky do sedmi dnů od doručení oznámení o vyloučení uchazeče z veřejné zakázky. Uvedené zadavatelovo pochybení však neovlivnilo meritum věci.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, Lazarská 7, pošt. příhr. 871, 111 21 Praha 1.

Ing. Petr A n t o n í n
ředitel odboru dohledu nad zadáváním
veřejných zakázek v Praze

Rozhodnutí obdrží:

1. Česká filharmonie, Alšovo nábřeží 12, 110 01 Praha 1
2. Advokátní a daňová kancelář, JUDr. Věra Chandrycká, advokátka, Vinohradská 73, 120 00 Praha 2
3. Jan Martínek – ART TECH, Hurbanova 1185/21, 142 00 Praha 4 - Krč