

Č.j.: 3R25/03-Ku

V Brně dne 3.7.2003

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 28.4.2003 podaném městem Brandýs nad Labem – Stará Boleslav, zast. starostou Ing. Danielem Procházkou, se sídlem Masarykovo nám. 1, 250 01 Brandýs nad Labem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 521-R/03-VP/140/OŠ ze dne 17.4.2003, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – město Brandýs nad Labem, zast. starostou Ing. Danielem Procházkou, se sídlem Masarykovo nám. 1, 250 01 Brandýs nad Labem, v obchodní veřejné soutěži na veřejnou stavební zakázku „Brandýs nad Labem – Zahradní Město, výstavba nájemních bytů“, vyhlášené dne 18.9.2002 v Obchodním věstníku č. 38/02 pod značkou 158416-38/02 podle 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. a zákona č. 320/2002 Sb., 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:

Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 521-R/03-VP/140/OŠ ze dne 17.4.2003

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

Město Brandýs nad Labem – Stará Boleslav, zast. starostou Ing. Danielem Procházkou, se sídlem Masarykovo nám. 1, 250 01 Brandýs nad Labem (dále jen „zadavatel“) vyhlásil dne 18.9.2002 obchodní veřejnou soutěž na veřejnou stavební zakázku „Brandýs nad Labem – Zahradní Město, výstavba nájemních bytů“ (dále jen „soutěž“) v obchodním věstníku č. 38/02 pod značkou 158416-38/02 podle 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. a zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb. a zákona č. 320/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Zadavatel obdržel v soutěžní lhůtě tři nabídky, z nichž žádná nebyla ze soutěže vyřazena. Tyto skutečnosti vyplývají z protokolu komise pro otevírání obálek s nabídkami ze dne 6.11.2002.

Komise pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“), která byla ustavena usnesením vlády České republiky ze dne 16.12. 2002 č. 1305 na svém zasedání dne 29.1.2003, doporučila zadavateli vyloučit ze soutěže uchazeče PMS, spol. s r.o., se sídlem Za bažantnicí 51, 290 01 Poděbrady, zast. Ing. Pavlem Němečkem a Ing. Tomášem Máčalíkem (dále jen „uchazeč“). Dne 29.1.2003 pak statutární zástupce zadavatele pod č.j. 9585/2002-10/02 rozhodl o vyloučení uchazeče z další účasti v soutěži s tím, že důvodem vyloučení uchazeče je nesplnění kvalifikačních předpokladů.

ÚOHS při přezkoumávání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v soutěži ve správním řízení vedeném pod č.j. S 517-R/03-201/140/OŠ a zahájeném dne 20.2.2003, získal pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při vyloučení uchazeče pro nesplnění kvalifikačních předpokladů a zahájil dne 14.3.2003 správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky řízení označil zadavatele a uchazeče.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal ÚOHS dne 17.4.2003 pod č.j. S 521-R/03-VP/140/OŠ rozhodnutí, kterým podle § 60 písm. b) zákona uložil zadavateli, pro porušení § 2e zákona, zrušit jeho rozhodnutí č.j. 9585/2002-10/02 ze dne 29.1.2003 o vyloučení uchazeče a zařadit tohoto uchazeče zpět do soutěže, a to do jednoho měsíce od právní moci uvedeného rozhodnutí.

Své rozhodnutí odůvodnil zejména tím, že uchazeč byl vyloučen proto, že v jeho nabídce byla předložena úředně ověřená kopie výpisu z obchodního rejstříku s předmětem podnikání:

- Projektové práce /mimo prací pro účely správního řízení/, obchodní činnost v oblasti stavebnictví, inženýrská činnost, stavební a montážní práce, průmyslová výroba, oprava mechanismů, půjčovna stavebních mechanismů, servisní činnost, reprografické práce, stavebně montážní práce v zahraničí, stravovací a ubytovací služby, zprostředkovatelská a poradenská činnost v oblasti stavebnictví
- Povrchové dobývání nerostných surovin bez použití trhacích prací
- Správa nemovitostí na základě honoráře nebo kontraktu (str. 7 svazku „A“ nabídky).

Dále jsou v nabídce uchazeče předloženy dva živnostenské listy s uvedeným předmětem podnikání „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ a „Montáž, opravy vyhrazených elektrických zařízení“.

Vyloučení uchazeče odůvodnil pak zadavatel tím, že uchazeč nemá ve výpisu z obchodního rejstříku zapsaný předmět podnikání, který je předmětem zakázky s tím, že uchazeč neprokázal kvalifikační předpoklad podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona způsobem podle § 2c zákona.

K tomu ÚOHS uvádí, že ve smyslu ustanovení § 2b odst. 1 písm. a) zákona kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky splňuje uchazeč, který má příslušné oprávnění k podnikání. Zákon dále stanoví v § 2c zákona, jakým způsobem se prokazuje splnění základních kvalifikačních předpokladů uvedených v § 2b zákona. Dokladem o příslušném podnikatelském oprávnění je úřední listina, opravňující podnikat, vydaná na základě živnostenského zákona, nebo jiného speciálního zákona, které se týkají úpravy o podnikání, jenž nemá charakter živnosti. Živnostenské oprávnění podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů, je chápáno jako subjektivní právo podnikatele provozovat živnost, které je odlišováno od průkazu tohoto práva, kterým je živnostenský list u ohlašovacích živností a koncesní listina u koncesních živností.

Dokladem o podnikání ve smyslu § 2c odst. 1 zákona je tedy prvotní doklad o tomto podnikání. Výpis z obchodního rejstříku je pouze dokladem o zápisu skutečností v něm zapsaných a to na základě prvotních dokladů nebo jejich úředně ověřených kopií.

Zápis v obchodním rejstříku má konstitutivní charakter, neboť den zápisu je dnem vzniku právnické osoby. Samotný záznam v obchodním rejstříku, byť by obsahoval předmět podnikání, není dokladem opravňujícím k podnikání. Právnickým osobám již zapsaným do obchodního rejstříku vzniká ve smyslu ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů, oprávnění provozovat živnost u ohlašovacích živností dnem ohlášení živnosti příslušnému živnostenskému úřadu. Na základě uvedeného zadavatel porušil ustanovení § 2e zákona tím, že vyloučil uchazeče, který kvalifikační předpoklady splnil.

Uchazeč ve své nabídce předložil ověřenou kopii ze dne 7.8.2002 příslušného oprávnění k podnikání (živnostenský list) Ev. číslo: 320810-7808-00 na předmět podnikání „provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ vydaný Okresním úřadem Nymburk č.j.: 060/01139/96 dne 23.4.1996 na dobu neurčitou a ověřenou kopii ze dne 25.9.2002 živnostenského listu č.j.: 060/02839/2001, Ev. číslo: 320810-3427-02 na předmět podnikání „Montáž, opravy vyhrazených elektrických zařízení“ vydaný Okresním úřadem Nymburk ze dne 28.12.1992.

ÚOHS požádal Městský úřad, Obecní živnostenský úřad, se sídlem Jiřího nám. č.20/I, 290 31 Poděbrady o posouzení, zda se jedná o shodnou činnost uvedenou jako předmět podnikání - „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ v živnostenském listu uchazeče a „stavební a montážní práce“ uvedená jako předmět podnikání ve výpisu z obchodního rejstříku uchazeče.

Ze sdělení Městského úřadu, Obecního živnostenského úřadu Poděbrady, vyplývá, že uchazeč podnikal od 6.10.1991 s předmětem podnikání „Stavební a montážní práce“ na základě zákona č. 105/1990 Sb. Podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání se tento předmět podnikání transformoval na předmět činnosti „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ se vznikem oprávnění od 28.12.1992. Změna živnostenského zákona změnila i název předmětu podnikání na „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Od 8.3.2003 má uchazeč tento předmět podnikání zapsán

v obchodním rejstříku, jak je zřejmé z příloh zaslaných Městským úřadem Poděbrady. Vznik oprávnění k této činnosti ode dne 28.12.1992 zůstal i u tohoto znění předmětu podnikání zachován v souladu se zákonem.

ÚOHS dále upozorňuje, že uchazeč musí požádat o zapsání této činnosti do obchodního rejstříku ve smyslu § 28 odst. 5 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, bez zbytečného odkladu. Tato skutečnost nemůže být důvodem pro jeho vyloučení, protože jak je uvedeno výše, oprávnění k citovanému předmětu činnosti má uchazeč uděleno ode dne 28.12.1992 nepřetržitě a ve smyslu § 2c odst. 1 zákona, tuto skutečnost prokázal ověřenou kopií živnostenského listu a současně předložil i ověřenou kopii výpisu z obchodního rejstříku.

Proti tomuto rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad, ve kterém zejména namítá, že důvodem vyloučení uchazeče ze soutěže byla skutečnost, že v jeho nabídce byla předložena úředně ověřená kopie výpisu z obchodního rejstříku s předmětem podnikání:

- Projektové práce /mimo prací pro účely správního řízení/, obchodní činnost v oblasti stavebnictví, inženýrská činnost, stavební a montážní práce, průmyslová výroba, oprava mechanismů, půjčovna stavebních mechanismů, servisní činnost, reprografické práce, stavebně montážní práce v zahraničí, stravovací a ubytovací služby, zprostředkovatelská a poradenská činnost v oblasti stavebnictví
- Povrchové dobývání nerostných surovin bez použití trhacích prací
- Správa nemovitostí na základě honoráře nebo kontraktu (str. 7 svazku „A“ nabídky).

Dále jsou v nabídce uchazeče předloženy dva živnostenské listy s uvedeným předmětem podnikání „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ a „Montáž, opravy vyhrazených elektrických zařízení“ a ani jednu z těchto živností nemá uchazeč zapsanu jako předmět podnikání v předloženém výpisu z obchodního rejstříku. V této souvislosti pak zadavatel odkazuje na rozhodnutí předsedy ÚOHS č.j. 3R15/00-Ju ze dne 7.6.2000.

Zadavatel také uvádí, že je jeho snahou postupovat striktně podle zákona a vychází i ze stanovisek ÚOHS a předchozích rozhodnutí ÚOHS. Odkazuje na stanovisko ÚOHS vydaného dne 20.1.2003 č.j. 222/03-152-Der a č.j. 4927/02-153-Št ze dne 14.10.2002. Dále poukazuje na to, že ustanovení § 2c odst. 2 písm. a) zákona je ustanovením kogentním a obsahové podmínky soutěže musely být splněny ke dni podání nabídky a pokud ÚOHS shledává „validitu právního stavu uchazeče až ke dne 8.3.2003, popírá tak základní zásady správního řízení při obchodní veřejné soutěži dle uvedeného zákona. Z tohoto zásadního důvodu je tedy předmětné rozhodnutí Úřadu nezákonné, ačkoliv Úřad správně zjistil skutkový stav věci“.

Závěrem svého rozkladu pak zadavatel žádá, aby předseda ÚOHS změnil napadené rozhodnutí tak, že vyloučením uchazeče nedošlo k porušení zákona a potvrzuje rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení.

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:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č.j. S 521-R/03-VP/140/OŠ ze dne 17.4.2003 uložil zadavateli zařadit nabídku uchazeče zpět do soutěže s tím, že zadavatel porušil ustanovení § 2e zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K jednotlivým námitkám zadavatele pak uvádím následující. I sám zadavatel ve svém rozkladu konstatoval, že ÚOHS zjistil správně skutkový stav věci. Nelze se však ztotožnit s jeho názorem, že napadené rozhodnutí je nezákonné, i když, jak je výše uvedeno, byl zjištěn ÚOHS správně skutkový stav věci. Z předložené spisové dokumentace nepochybně vyplývá, že uchazeč ve své nabídce předložil úředně ověřenou kopii výpisu z obchodního rejstříku s předmětem podnikání:

- Projektové práce /mimo prací pro účely správního řízení/, obchodní činnost v oblasti stavebnictví, inženýrská činnost, stavební a montážní práce, průmyslová výroba, oprava mechanismů, půjčovna stavebních mechanismů, servisní činnost, reprografické práce, stavebně montážní práce v zahraničí, stravovací a ubytovací služby, zprostředkovatelská a poradenská činnost v oblasti stavebnictví
- Povrchové dobývání nerostných surovin bez použití trhacích prací
- Správa nemovitostí na základě honoráře nebo kontraktu (str. 7 svazku „A“ nabídky).

Uchazeč v nabídce předložil i dva živnostenské listy. Živnostenské listy byl vydány Okresním úřadem Nymburk, Okresním živnostenským úřadem, pod ev. č. 320810-7808-00 na předmět podnikání „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ a živnostenský list vydaný výše jmenovaným úřadem pod ev.č. 320810-3427-02 na „Montáž, opravy vyhrazených elektrických zařízení“. K tvrzení zadavatele, že uchazeč nemá ani jednu z těchto živností zapsanu jako předmět podnikání v předloženém výpisu z obchodního rejstříku uvádím, že ÚOHS postupoval správně, když si pro posouzení namítané skutečnosti vyžádal stanovisko od Městského úřadu, Obecního živnostenského úřadu, se sídlem Jiřího nám. 20/I 290 31 Poděbrady. Ze stanoviska Městského úřadu Poděbrady, Obecního živnostenského úřadu ze dne 7.4.2003 vyplývá, že uchazeč podnikal od 6.10.1991 s předmětem podnikání „Stavební a montážní práce“ na základě zákona č. 105/1990 Sb. (ve stanovisku i napadeném rozhodnutí je omylem uveden zákon č. 105/1991 Sb.). Podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání se tento předmět podnikání transformoval na předmět činnosti „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“ se vznikem oprávnění od 28.12.1992. Změna živnostenského zákona změnila i název předmětu podnikání na „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Vznik oprávnění k této činnosti ode dne 28.12.1992 zůstal i u tohoto znění předmětu podnikání zachován v souladu s výše uvedeným zákonem. Z uvedeného stanoviska Obecního živnostenského úřadu, který byl citován i v napadeném rozhodnutí pak vyplývá, že tvrzení zadavatele, že uchazeč nemá „ani jednu z těchto živností“ zapsanu jako předmět podnikání v předloženém výpisu z obchodního rejstříku se nezakládá na pravdě. Uchazeč měl v době podání nabídky zapsán tento předmět podnikání v obchodním rejstříku, i když s označením „Stavební a montážní práce“, což je shodný předmět činnosti jako „Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování“. K tomu dále uvádím, že jsem si v rámci správního řízení o rozkladu vyžádal navíc i stanovisko Ministerstvo průmyslu a obchodu, odbor živností, se sídlem Na Františku 32, 110 15 Praha 1. I z uvedeného stanoviska vydaného dne 2.7.2003 pod č.j. 33406/03/4410 Ing. Bohumilou Páleníkovou, vedoucí odboru živností nepochybně vyplývá, že „činnosti, které jsou obsahem ohlašovací živnosti vázané Provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování, uvedené na živnostenském listě obchodní společnosti PMS, spol. s r.o., jsou shodné s činnostmi, které se mohou provádět v rámci předmětu podnikání Stavební a montážní práce uvedené ve výpisu z obchodního rejstříku. Je to i v souladu s § 44 odst. 1 zákona č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon).“

K námitkám zadavatele, ve kterých odkazuje na stanoviska ÚOHS vydané dne 20.1.2003 č.j. 222/03-152-Der a č.j. 4927/02-153-Št ze dne 14.10.2002 uvádím, že tato stanoviska jsou obecná a nevztahují se ke konkrétním případům, což je v záhlaví stanovisek vždy uvedeno a navíc se nikterak nevztahují k dané problematice. Taktéž k namítanému rozhodnutí předsedy ÚOHS č.j. 3R 15/00-Ju ze dne 7.6.2000 uvádím, že v řešeném případě se jednalo o zcela odlišnou situaci, kdy účastník daného řízení předložil výpis z obchodního rejstříku s uvedením předmětu podnikání „realitní kancelář“ a živnostenský list na předmět podnikání „správa nemovitostí“ a nejednalo se tedy o shodný předmět činnosti.

K poslední námitce zadavatele, že podmínky soutěže musely být dle kogentního ustanovení zákona splněny ke dni podání nabídky a ÚOHS shledává validitu právního vztahu až ke dni 8.3.2003 a popírá tak základní zásady správního řízení uvádím, že ÚOHS posuzoval splnění kvalifikačních předpokladů uchazečem ke dni podání nabídky a pouze citoval stanovisko Obecního živnostenského úřadu Pardubice, že uchazeč má od 8.3.2003 „tento předmět podnikání zapsán v obchodním rejstříku, jak je zřejmé z příloh zaslaných Městským úřadem Pardubice“. ÚOHS v napadeném rozhodnutí uvedl, že „tato skutečnost nemůže být důvodem pro jeho vyloučení, protože jak je uvedeno výše, oprávnění k citovanému předmětu činnosti má uchazeč uděleno ode dne 28.12.1992 nepřetržitě a ve smyslu § 2c odst. 1 zákona a tuto skutečnost prokázal ověřenou kopií živnostenského listu a současně předložil i ověřenou kopii výpisu z obchodního rejstříku“.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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 Brandýs nad Labem, zast. starostou Ing. Danielem Procházkou, Masarykovo nám. 1, 2, 250 01 Brandýs nad Labem – Stará Boleslav,
2. PMS, spol. s r.o., Za bažantnicí 51, 290 01 Poděbrady, za níž jednají jednatele Ing. Pavel Němeček a Ing. Tomáš Máčalík,
3. spis.