

Č. j.: 2R 19/02 – Hr

V Brně dne 3. července 2002

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 12.4.2002 podaném obchodní společností Plzeňské městské dopravní podniky, a. s., se sídlem Denisovo nábřeží 12, 303 23 Plzeň, zast. předsedou představenstva Ing. Miroslavem Kalousem a členem představenstva Ing. Václavem Zikmundem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.3.2002 č. j. S 38/02-151/1561/SP ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – obchodní společnosti Plzeňské městské dopravní podniky, a. s., se sídlem Denisovo nábřeží 12, 303 23 Plzeň, při zadávání veřejné zakázky „na dodávku motorové nafty“, vyhlášenou 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. a zákona č. 142/2001 Sb., zveřejněním dne 10.10.2001 v Obchodním věstníku č. 41/01 pod zn. 135316-41/01,

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. a zákona č. 227/2000 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, výrokovou část napadeného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 38/02-151/1561/SP ze dne 27.3.2002 takto:

Zadavatel při zadávání veřejné zakázky „na dodávku motorové nafty“ dne 10.10.2001 uveřejněním v Obchodním věstníku č. 41/01 pod zn. 135316-41/01 porušil ustanovení § 34 odst. 4 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., když neoprávněně vyloučil z další účasti v obchodní veřejné soutěži uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, a. s. se sídlem Záluží 2, 436 70 Litvínov, a uchazeče Popilka spol s r. o., se sídlem Bratřínov 51, 252 05 Bratřínov. Zadavateli se ukládá podle § 60 písm. b) posledně citovaného zákona provést opravu, a to zrušit své rozhodnutí:

- I. o vyloučení uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, a. s., z obchodní veřejné soutěže ze dne 16.1.2002 a zařadit jmenovaného uchazeče zpět do soutěže,
- II. o vyloučení uchazeče Popilka spol. s r. o., z obchodní veřejné soutěže ze dne 23.11.2001 a zařadit jmenovaného uchazeče zpět do soutěže,
- III. o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 23.11.2001 a do jednoho měsíce od právní moci rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže provést nový výběr nejvhodnější nabídky.

O d ů v o d n ě n í

Obchodní společnost Plzeňské městské dopravní podniky, a. s., se sídlem Denisovo nábřeží 12, 303 23 Plzeň, zast. předsedou představenstva Ing. Miroslavem Kalousem a členem představenstva Ing. Václavem Zikmundem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 10.10.2001 uveřejněním v Obchodním věstníku č. 41/01 pod zn. 135316-41/01 formou obchodní veřejné soutěže 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“) veřejnou zakázku „na dodávku motorové nafty“. (dále jen „veřejné zakázka“).

Z předložené dokumentace vyplývá, že nabídky podalo celkem šest uchazečů, z nichž tři zadavatel rozhodnutím ze dne 23.11.2001 vyloučil z další účastni ve veřejné obchodní soutěži, mezi nimi i uchazeče Popilka spol. s r. o., se sídlem Bratřínov 51, 252 05 Bratřínov, zast. jednatelem Ing. Milanem Popilkou (dále jen „Popilka“). Dne 16.1.2002 rozhodl zadavatel o vyloučení uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, a. s., se sídlem Záluží 2, 436 70 Litvínov, zast. předsedou představenstva Ing. Ivanem Ottisem a členem představenstva Ing. Jiřím Pavlasem (dále jen „ČESKÁ RAFINÉRSKÁ“). Jako důvod vyloučení uchazeče Popilka zadavatel uvedl, že neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů způsobem podle § 2c odst. 1 zákona, neboť jeho čestné prohlášení nebylo podepsáno v souladu s výpisem z obchodního rejstříku, a jako důvod vyloučení uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ označil zadavatel neprokázání kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. d) zákona, když čestné prohlášení nebylo podepsáno všemi členy statutárního orgánu.

Proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení podal uchazeč ČESKÁ RAFINÉRSKÁ dne 25.1.2002 námitky, kterým zadavatel po jejich přezkoumání dne 29.1.2002 nevyhověl a uchazeči to oznámil dne 4.2.2002, přičemž jej současně poučil o možnosti podat návrh na přezkoumání tohoto rozhodnutí (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Uchazeč ČESKÁ RAFINÉRSKÁ svého práva využil a dne 11.2.2002 návrh k ÚOHS podal. Tímto dnem tak bylo zahájeno správní řízení, ve kterém jako účastníky označil ÚOHS zadavatele, uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, uchazeče BENZINA a. s., se sídlem Trojská 13a, 182 21 Praha 8, jehož nabídka byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější, uchazeče PROBO TRANS PRAHA spol. s r. o., se sídlem Sodoměřská 739/43, 130 00 Praha 3, jehož nabídka se umístila jako druhá v pořadí, a uchazeče Popilka.

Uchazeč ČESKÁ RAFINÉRSKÁ v návrhu uvádí, že prokázal požadované kvalifikační předpoklady dle § 2b odst. 1 písm. d) zákona způsobem podle § 2c odst. 1 zákona za současného splnění zákonné podmínky podle § 2b odst. 22 zákona. Namítá, že zadavatel nepřijal jeho výklad ustanovení § 2b odst. 2 zákona, podle kterého podmínka trestní bezúhonnosti se vztahuje buď na osoby vykonávající funkci statutárního orgánu, a nebo na všechny členy statutárního orgánu. Podle tvrzení uchazeče u něj vykonávají funkci statutárního zástupce pouze určité osoby dle zápisu do Obchodního rejstříku, a tedy stačí prokázání kvalifikačních předpokladů pouze těmito osobami.

Zadavatel se k návrhu vyjádřil dne 12.2.2002 a konstatuje, že svým rozhodnutím o vyloučení uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ neporušil ustanovení zákona, neboť v souladu se zákonem požadoval čestná prohlášení o trestní bezúhonnosti od všech členů představenstva, což nabídka vyloučeného uchazeče neobsahovala.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal ÚOHS dne 27.3.2002 rozhodnutí č. j. S 38/02-151/1561/SP, kterým zadavateli podle § 60 písm. b) zákona uložil provést nápravu, a to zrušit jeho rozhodnutí ze dne 16.1.2001 o vyloučení uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ a ze dne 23.11.2001 o vyloučení uchazeče Popilka a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Současně nařídil zadavateli zařadit oba uchazeče zpět do soutěže a provést nový výběr nejvhodnější nabídky.

V odůvodnění svého rozhodnutí ÚOHS uvádí, že podle § 2c odst. 1 zákona prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 zákona uchazeč, tedy v šetřeném případě právnická osoba. Čestné prohlášení činí osoby oprávněné za společnost jednat, přičemž se toto prohlášení musí vztahovat na všechny členy statutárního orgánu. Čestné prohlášení ve znění „splňuje podmínku beztrestnosti stanovenou v ustanovení § 2b odst. 1 písm. d) z. č. 199/1994 Sb., ve znění novel (tuto podmínku splňuje každý člen statutárního orgánu)“, podepsané dvěma členy představenstva, kteří jsou podle výpisu z obchodního rejstříku oprávněni za společnost jednat, považuje ÚOHS za dostatečné pro prokázání kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písm. d) zákona. Současně konstatuje, že by rovněž bylo možné prokázat splnění těchto kvalifikačních předpokladů i předložením čestných prohlášení od všech členů statutárního orgánu. Nad rámec návrhu ÚOHS po přezkoumání předložené dokumentace zjistil, že čestné prohlášení uchazeče Popilka bylo podepsáno oprávněnou osobou - jednatelem společnosti, a proto byl tento uchazeč zadavatelem vyloučen neoprávněně. ÚOHS dále konstatuje, že zadavatel porušil ustanovení § 56 odst. 5 zákona, když o výběru nejvhodnější nabídky rozhodl ve stejný den jako rozhodl o vyloučení výše uvedených uchazečů. Toto porušení zákona však ÚOHS neposoudil jako závažné, neboť dosud nedošlo s vybraným uchazečem k uzavření smlouvy.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 12.4.2002 rozklad a namítá v něm, že ÚOHS ve svém rozhodnutí v podstatě převzal argumentaci uchazeče, kterou téměř doslova opsal do odůvodnění. S tím zadavatel nesouhlasí, přičemž opakuje svůj právní názor, podle kterého měli čestné prohlášení o trestní bezúhonnosti podepsat všichni členové představenstva uchazeče. Na podporu svého tvrzení odkazuje na text rozhodnutí ÚOHS č. j. S 149-R/00-789/140/Šr ze dne 21.6.2000. V případě vyloučení uchazeče Popilka zadavatel také trvá na správnosti svého rozhodnutí, protože v souladu s výpisem z obchodního rejstříku uchazeče Popilka se podepisování za společnost provádí tak, že k napsanému nebo natištěnému názvu společnosti připojí jednatel svůj podpis, avšak na čestném prohlášení ani na nabídce není napsaný nebo natištěný název společnosti. Zadavatel by se podle svého názoru dopustil porušení ustanovení § 11 zákona, tedy zvýhodnění uchazeče Popilky oproti ostatním uchazečům, kdyby jej ze soutěže nevyloučil.

Uchazeč Popilka s podaným rozkladem ve svém vyjádření ze dne 23.4.2002 nesouhlasí a uvádí, že je u zadavatele zřetelná snaha vyloučit některé uchazeče kvůli nepodstatným formálním záležitostem. Napadené rozhodnutí považuje uchazeč za správné.

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 ze dne 27.3.2002 č. j. S 38/02-151/1561/SP uložil zadavateli provést nápravu zrušením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a obou rozhodnutí o vyloučení uchazečů, a vrácením dotčených uchazečů zpět do soutěže, rozhodl

správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji. ÚOHS však pochybil, když ve výroku napadeného rozhodnutí blíže nespecifikoval to ustanovení zákona, jehož porušení se zadavatel dopustil.

K jednotlivým argumentům zadavatele z rozkladu uvádím následující:

Podle § 2c odst. 1 zákona prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 zákona uchazeč. V šetřeném případě je tímto uchazečem právnická osoba, konkrétně akciová společnost (podle § 154 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku ve znění pozdějších předpisů, dále jen „obchodní zákoník“). Právnické osoby jednají statutárním orgánem (§ 13 obchodního zákoníku), kterým je v případě akciové společnosti představenstvo (§ 191 obchodního zákoníku). Jak vyplývá z výpisu z obchodního rejstříku uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, za představenstvo jsou oprávněni jednat společně Ing. Ivan Ottis a Ing. Jiří Pavlas. Čestné prohlášení, prokazující splnění kvalifikačního předpokladu trestní bezúhonnosti statutárních zástupců uchazeče, se v souladu s ustanovením § 2b odst. 1 písm. d) zákona musí týkat všech členů představenstva, avšak tuto skutečnost prokazuje uchazeč, tedy společnost (§ 2c odst. 1 zákona), a to prostřednictvím fyzické osoby oprávněné za společnost jednat. Proto je plně postačující, když za všechny členy představenstva podepíše čestné prohlášení pouze předseda a druhý jednající člen tohoto představenstva, protože tím právnická osoba (tj. uchazeč) v souladu se zákonem provedla platný právní úkon (tj. prokázání své kvalifikace). Není tedy právně vadné, když jednající členové představenstva (tj. předseda a člen představenstva) učiní čestné prohlášení o trestní bezúhonnosti za jiné osoby, neboť tento postup zákon předpokládá, a navíc je toto čestné prohlášení o trestní bezúhonnosti následně potvrzeno předložením výpisu z trestního rejstříku všech členů představenstva podle § 2c odst. 2 zákona v případě, když je dotýčný uchazeč vyzván podle § 40 zákona k uzavření smlouvy. Výpisy z trestních rejstříků je tedy prokázána trestní bezúhonnost individuálně pro jednotlivé členy představenstva, čímž je splněn zákonný předpoklad, že veřejnou zakázku bude realizovat ten uchazeč (společnost), v jejímž vedení jsou trestně bezúhonné osoby.

Zadavatel v rozkladu podepírá svou argumentaci odkazem na rozhodnutí ÚOHS č. j. S 149-R/00-789/140/Šr ze dne 21.6.2000. K tomu uvádím, že ve správním řízení S 149-R/00 se jednalo o věcně zcela odlišný případ, a může být proto zavádějící jeho závěry aplikovat i v jiných správních řízeních. Přesto ale je potřeba zdůraznit, že i v tomto dřívějším rozhodnutí ÚOHS se říká, že jednotlivá čestná prohlášení všech členů představenstva o bezúhonnosti lze nahradit „čestným prohlášením uchazeče, tedy osoby oprávněné jednat za právnickou osobu, že všechny osoby vykonávající funkci statutárního orgánu tento předpoklad splňují“ (str. 3, první odstavec citovaného rozhodnutí). Čestné prohlášení podepsané jednajícím členem představenstva a týkající se všech členů představenstva je zde tedy postaveno na roveň samostatným prohlášením jednotlivých jeho členů, čímž je zde vyjádřen naprosto shodný názor jako v napadeném rozhodnutí, kde se říká, že „je rovněž možné předložit čestné prohlášení všech dotčených osob, tedy členů představenstva“. Z uvedeného důvodu proto považuji argumentaci zadavatele v tomto bodě za bezpředmětnou.

V čestném prohlášení uchazeče Popilka se uvádí: „prohlašuji, že na firmu Popilka spol. s r. o., IČO 44684703, které jsem jednatelem a odpovědným zástupcem nebyl prohlášen konkurz, ...“. Na stejném listu se tedy nachází jak název firmy, tak i podpis jednatele Ing. Milana Popilky. Je proto zřejmé, že tímto byl dodržen formální požadavek na způsob podepisování za společnost, a že k napsanému jménu společnosti byl připojen podpis. Čestné prohlášení tedy bylo učiněno řádně a zadavatel proto vyloučil uchazeče Popilku ze soutěže v rozporu se zákonem.

Zadavatel svým postupem, kterým vyloučil uchazeče ČESKÁ RAFINÉRSKÁ a uchazeče Popilka, postupoval neoprávněně a porušil tak ustanovení § 34 odst. 4 zákona, podle kterého může komise pro posouzení a hodnocení nabídek navrhnout zadavateli k vyřazení, resp. zadavatel může vyloučit pouze ty uchazeče, kteří nevyhoví požadavku na obsahové splnění podmínek soutěže.

ÚOHS se však ve svém rozhodnutí dopustil formálního pochybení, když neuvedl ve výroku konkrétní ustanovení zákona, které zadavatel porušil, aby pak mohla být podle § 60 zákona uložena odpovídající náprava.

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

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb. o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Plzeňské městské podniky, a. s., se sídlem Denisovo nábřeží 12, 303 23 Plzeň, zast. Ing. Miroslavem Kalousem,
2. ČESKÁ RAFINÉRSKÁ, a. s., se sídlem Záluží 2, 436 70 Litvínov, zast. Ing. Ivanem Ottisem,
3. BENZINA a. s., se sídlem Trojská 13a, 182 21 Praha 8, zast. Davidem Thomanem
4. PROBO TRANS PRAHA spol. s r. o., se sídlem Sodoměřská 739/43, 130 00 Praha 3, zast. Ing. Zdeňkem Procházkou
5. Popilka spol. s r. o., se sídlem Bratřínov 51, 252 05 Bratřínov, zast. Ing. Milanem Popilkou
6. spis