

Č. j.: VZ/S 77/05-153/2556/05-Va

V Brně dne 13. června 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 2.5.2005 podle § 96 odst. 1 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., na základě návrhu ze dne 2.5.2005 uchazeče OrBit spol. s r. o., Hoblíkova 18 a 20, 741 01 Nový Jičín, za něhož jedná Ing. Roman Kyselý, jednatel, na přezkoumání úkonů zadavatele Česká republika, Ministerstvo obrany ČR, Tychonova 1, 160 01 Praha 6, zastoupeného JUDr. Karlem Kühnlem, ministrem obrany ČR, učiněných ve veřejné zakázce „Podpora terminálu Citrix – Citrix Subscription Advantage“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb., **rozhodl takto:**

Podle § 101 odst. 5 posledně citovaného zákona **se řízení** o přezkoumání úkonů zadavatele Česká republika, Ministerstvo obrany ČR, učiněných při zadání veřejné zakázky „Podpora terminálu Citrix – Citrix Subscription Advantage“, **zastavuje**, neboť nebylo shledáno porušení tohoto zákona.

### Odůvodnění

Zadavatel Česká republika, Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 01 Praha 6, zastoupený JUDr. Karlem Kühnlem, ministrem obrany ČR (dále jen „zadavatel“), učinil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb. a zákona č. 60/2005 Sb. (dále jen „zákon“), dne 18.3.2005 výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona za účelem zadání veřejné zakázky „Podpora terminálu Citrix – Citrix Subscription Advantage“.

V předmětné výzvě zadavatel pod bodem VI. stanovil požadavky na prokázání kvalifikace zájemců, a to na prokázání základních kvalifikačních kritérií, prokazování finanční a ekonomické způsobilosti, prokazování technické způsobilosti a prokázání oprávnění k podnikání.

Požadavek na prokázání oprávnění k podnikání zadavatel v uvedené části výzvy vymezil pod písm. D) tak, že „Zájemce musí prokázat oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů. Oprávnění k podnikání může zájemce doložit ve stejnopise nebo v úředně ověřené kopii“.

Výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zaslal celkem třem zájemcům, přičemž všichni oslovení zájemci podali svou nabídku. Dne 24. 3. 2005 zadavatel posoudil obdržené nabídky z hlediska splnění požadavku na prokázání kvalifikačních kritérií a zjistil, že uchazeč OrBit spol. s r. o., Hoblíkova 18 a 20, 741 01 Nový Jičín, za něhož jedná Ing. Roman kyselý, jednatel (dále jen „OrBit“), nesplnil požadavky zadavatele, neboť ve své nabídce „nepředložil oprávnění k podnikání, ale pouze výpis ze živnostenského rejstříku“ (uvedená skutečnost vyplývá ze „zápisu z jednání v jednacím řízení bez uveřejnění“, který byl zadavatelem sepsán v rámci posuzování nabídek).

Následně dne 30. 3. 2005 zadavatel rozhodl svým rozhodnutím čj. 04/738-10-5888 o vyloučení společnosti OrBit z jednání z důvodu nesplnění požadavků na prokázání kvalifikace. Proti tomuto rozhodnutí zadavatele podala společnost OrBit dne 7. 4. 2005 námitky ve smyslu § 88 zákona nazvané „Odvolání proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele z jednání“, o nichž zadavatel rozhodl dne 20. 4. 2005 svým rozhodnutím čj. 1521/2005-8764, a to tak, že námitkám nevyhověl. Uvedené rozhodnutí zadavatele obdržela společnost OrBit dle dodejky dne 22. 4. 2005. Vzhledem k tomu, že společnost OrBit nepovažovala vyřízení námitek za učiněné v souladu se zákonem, podala dopisem ze dne 2.5.2005 návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“).

Ve svém návrhu uchazeč OrBit uvádí, že zákon o veřejných zakázkách nestanoví, jaké konkrétní údaje a informace o kvalifikaci musí zájemce vyzvaný k účasti na jednacím řízení bez uveřejnění poskytnout. Při posuzování splnění kvalifikace je tedy určující, jak tyto požadavky formuloval sám zadavatel ve výzvě k jednání. V daném případě zadavatel nestanovil způsob, jak má být oprávnění k podnikání zájemcem prokázáno, ponechal tedy na zájemci, jaký způsob poskytnutí požadovaných údajů zvolí. Společnost OrBit požádala příslušný živnostenský úřad o vydání osvědčení, jímž bude možné prokázat její oprávnění k podnikání a obdržel listinu označenou jako Výpis z živnostenského rejstříku. Tím, že daný výpis zahrnuje všechny živnostenským úřadem evidované údaje, je nepochybně dostatečným důkazem o podnikatelském oprávnění společnosti OrBit. Skutečnost, že v zákoně není stanoveno, že místo oprávnění k podnikání stačí předložit výpis z živnostenského rejstříku ještě neznamená, že to zákon zakazuje.

Dále uchazeč OrBit v návrhu upozorňuje, že byl ze strany zadavatele nesprávně poučen o možnosti domáhat se přezkoumání rozhodnutí o námitkách u orgánu dohledu, když je v tomto rozhodnutí uvedeno, že „může zájemce podat do 10ti kalendářních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí návrh na zahájení řízení o jeho přezkoumání k orgánu dohledu“.

Součástí návrhu uchazeče OrBit byl dále „návrh na vydání předběžného opatření v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“, ve kterém jmenovaný žádá orgán dohledu, aby zadavateli uložil pozastavit zadávací řízení, popř. zakázal uzavřít smlouvu, a to na dobu, než bude rozhodnuto ve věci samé.

S odkazem na skutečnosti uváděné v návrhu se navrhovatel domáhá uložení provést opatření k nápravě. Kauci a správní poplatek uhradil navrhovatel s podáním návrhu.

Dne 18.5.2005 obdržel orgán dohledu od zadavatele dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky a stanovisko k obsahu návrhu.

Ve svém stanovisku ze dne 16.5.2005 zadavatel mimo jiné odkazuje na své rozhodnutí o námitkách ze dne 20. 4. 2005 a uvádí, že § 30 odst. 2 písm. c) zákona stanoví, že se splněním kvalifikace rozumí prokázání oprávnění k podnikání, nikoliv, že místo tohoto oprávnění je možné předložit výpis ze živnostenského rejstříku, neboť za průkaz oprávnění k podnikání je považován živnostenský list, popř. osvědčení. Výpis ze živnostenského rejstříku není veřejnou listinou opravňující k podnikání. Pokud se týká poučení uchazeče o možnosti podat návrh na přezkoumání rozhodnutí k orgánu dohledu zadavatel připouští nesprávnost poučení o zákonné lhůtě pro podání návrhu, ale vzhledem k tomu, že je v rozhodnutí o námitkách odkaz na § 96 odst. 3 zákona, lhůta nebyla tímto ne zcela přesným poučením krácena. Závěrem svého stanoviska zadavatel sdělil, že učinil pouze ty úkony, které jsou již součástí zaslané dokumentace, smlouva s dodavatelem nebyla dosud uzavřena a zadavatel ani nepředpokládá, že by činil jakékoliv další úkony do rozhodnutí orgánu dohledu. Zadavatel navrhuje orgánu dohledu, aby řízení svým rozhodnutím zastavil, neboť není právní důvod pro zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče OrBit, popř. ke zrušení zadání veřejné zakázky.

Orgán dohledu obdržel výše uvedený návrh dne 2.5.2005 a tímto dnem bylo podle § 96 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. (dále jen „zákon v platném znění“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Účastníky správního řízení podle § 99 zákona v platném znění jsou zadavatel a navrhovatel, tj. společnost OrBit.

O zahájení správního řízení informoval orgán dohledu jeho účastníky oznámením č. j. VZ/S 77/05-153/2242/05-Va ze dne 23.5.2005, ve kterém rovněž účastníkům řízení poskytl lhůtu, v níž se mohli vyjádřit ke skutečnostem uváděným v návrhu, popřípadě navrhnout doplnění šetření. Současně vyzval orgán dohledu zadavatele, aby doplnil dokumentaci veřejné zakázky o zbývající dvě nabídky uchazečů a o rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele.

Požadované doplnění dokumentace obdržel orgán dohledu od zadavatele dne 6. 6. 2005. K vlastnímu zahájení správního řízení se žádný z jeho účastníků nevyjádřil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a následujících zákona v platném znění případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace předložené zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

### **Prokázání oprávnění k podnikání**

Podle § 30 odst. 1 zákona je předpokladem účasti dodavatele v užším řízení a předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení splnění kvalifikace, přičemž se

splněním kvalifikace rozumí mimo jiné v souladu s odst. 2 písm. c) tohoto ustanovení zákona i prokázání oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů; oprávnění k podnikání může uchazeč nebo zájemce doložit ve stejnopise nebo úředně ověřené kopii.

Podle § 36 odst. 2 zákona zájemci poskytují informace o své kvalifikaci, včetně dokladů požadovaných zadavatelem, ve lhůtě pro podání žádosti o účast uvedené v oznámení užšího řízení nebo jednacího řízení s uveřejněním. V jednacím řízení bez uveřejnění musí dodavatel poskytnout tyto informace a doklady ve lhůtě stanovené zadavatelem.

V souladu s § 45 odst. 1 zákona zadavatel oznamuje ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění písemně dodavateli nebo omezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení. V odstavci 2 uvedeného ustanovení zákona jsou pak vyjmenovány obligatorní požadavky na obsah výzvy k jednání, mezi nimiž však není uveden požadavek na prokazování splnění kvalifikace.

V šetřeném případě se zadavatel rozhodl, že bude po uchazečích požadovat prokázání splnění kvalifikace, přičemž v rámci výzvy k jednání specifikoval prokázání kvalifikace mimo jiné i požadavkem na prokázání oprávnění k podnikání, který definoval citací § 30 odst. 2 písm. c) zákona. Možnost požadovat po uchazečích informace o kvalifikaci je dána výše uvedeným § 36 odst. 2 zákona, přičemž pokud zadavatel ve výzvě k jednání uvedl požadavek na prokázání splnění kvalifikace, byl uchazeč povinen tyto doklady předložit.

Jak vyplývá z obdrženého návrhu, je uchazeč OrBit přesvědčen, že splnil požadavek zadavatele na prokázání oprávnění k podnikání, když ve své nabídce doložil Výpis z živnostenského rejstříku právnické osoby ke dni 4. 1. 2005 (v rozsahu dle § 60 odst. 2 živnostenského zákona). K tomu orgán dohledu dále uvádí následující skutečnosti.

Vzhledem k tomu, že zákon o veřejných zakázkách blíže nespecifikuje, co je míněno prokázáním oprávnění k podnikání, a to ani odkazem pod čarou na příslušný právní předpis, je třeba vycházet v případě, že předmětem veřejné zakázky jsou činnosti prováděné v režimu živnostenského podnikání, z úpravy vymezené zákonem č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů. Ustanovení § 10 živnostenského zákona stanoví, že průkazem živnostenského oprávnění je živnostenský list či koncesní listina, přičemž průkaz živnostenského oprávnění lze nahradit i osvědčením, které podnikateli vydá na jeho žádost živnostenský úřad (viz § 10 odst. 4 živnostenského zákona). Živnostenský list, rozhodnutí o udělení koncese, koncesní listina a osvědčení jsou veřejnými listinami. Podle § 60 živnostenského zákona vedou živnostenské úřady tzv. živnostenský rejstřík, který je z části veřejným a z části neveřejným seznamem, přičemž na požádání vydá živnostenský úřad jeho úřední opis, výpis nebo potvrzení o určitém zápisu.

Z výše uvedených skutečností jednoznačně vyplývá, že uchazeč může své oprávnění k podnikání prokázat pouze průkazem živnostenského podnikání, za který se považuje jen živnostenský list (popř. koncesní listina) a osvědčení. Výpis ze živnostenského rejstříku má sice vypovídací hodnotu o podnikání určitého subjektu, a lze se ztotožnit s tím, že obsahuje údaje obdobné či shodné s údaji uvedenými na průkazu živnostenského oprávnění, avšak tato písemnost nemá charakter veřejné listiny (pouze osvědčuje daný stav a sděluje historii podnikání konkrétního subjektu) a jejím předložením tedy nemůže být nahrazeno prokázání oprávnění k podnikání. Prokázání oprávnění k podnikání (tedy doložení, že má subjekt právo

provozovat živnost) dle zákona je možné pouze prostřednictvím průkazu živnostenského oprávnění. Orgán dohledu považuje požadavek zadavatele na prokázání oprávnění k podnikání vymezený ve výzvě k jednání za dostatečný, neboť zákon ani v případech otevřeného nebo užšího řízení neukládá zadavateli povinnost upozorňovat zájemce či uchazeče na to, co je míněno prokázáním oprávnění k podnikání.

Po přezkoumání obsahu nabídky uchazeče OrBit bylo zjištěno, že část 4.4 nabídky nazvaná „Prokázání oprávnění k podnikání“ obsahuje úvodní list, v němž je mimo jiné uvedeno, že uchazeč prokazuje zadavateli oprávnění k podnikání úředně ověřenými doklady, a to „kopií výpisu z obchodního rejstříku, kopií výpisu z živnostenského rejstříku a kopiemi živnostenských listů“. V nabídce je pak založen pouze výpis z obchodního rejstříku a Výpis z živnostenského rejstříku právnické osoby ke dni 4. 1. 2005 (v rozsahu dle § 60 odst. 2 živnostenského zákona) vystavený Městským úřadem Nový Jičín. Úředně ověřené kopie živnostenských listů daná nabídka neobsahuje. V návaznosti na obsah nabídky uchazeče OrBit a další skutečnosti výše uvedené se orgán dohledu ztotožňuje s argumentací zadavatele, že jmenovaný uchazeč neprokázal oprávnění k podnikání a byl tak z další účasti na veřejné zakázce vyloučen oprávněně. V postupu zadavatele tak nebylo zjištěno porušení zákona.

### **Poučení uchazeče o možnosti podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k orgánu dohledu**

Podle § 88 odst. 3 zákona je zadavatel povinen do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv a zdůvodnit způsob jejich vyřízení.

Podle § 96 odst. 3 zákona musí být návrh doručen orgán dohledu do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel písemné sdělení, že zadavatel námitkám nevyhověl nebo vyhověl, ale stěžovatel se způsobem vyřízení nesouhlasí.

V šetřeném případě zadavatel uvedl ve svém rozhodnutí o námitkách poučení, že „Podle § 96 odst. 3 zákona si může zájemce podat do 10ti kalendářních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí návrh na zahájení řízení o jeho přezkoumání k orgánu dohledu“. Rozhodnutí zadavatele o námitkách obdržel uchazeč OrBit dle dodejky dne 22. 4. 2005 a dne 2. 5. 2005 pak doručil svůj návrh na zahájení řízení k orgánu dohledu.

Z výše uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě byla lhůta pro doručení návrhu k orgán dohledu dodržena, neboť poslední 10. den lhůty byl návrh orgánu dohledu doručen. K vlastnímu poučení uchazeče pak orgán dohledu uvádí, že § 88 odst. 3 zákona, který upravuje způsob vyřízení námitek výslovně neukládá zadavateli povinnost poučit uchazeče o možnosti podat návrh k orgánu dohledu. Tato povinnost nevyplývá ani ze znění § 96 odst. 3 zákona. Z uvedeného je zřejmé, že postup zadavatele nelze v daném případě považovat za porušení zákona, protože uchazeče nad rámec svých zákonných povinností na možnost podání návrhu upozornil (i když ne zcela přesně formuloval lhůtu pro podání návrhu), přičemž v návaznosti na tuto skutečnost nedošlo ani k žádnému krácení práv uchazeče OrBit (návrh jmenovaného uchazeče byl doručen orgánu dohledu včas).

### **Návrh na vydání předběžného opatření**

Jak uvedeno výše, uchazeč OrBit požadoval v rámci svého návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele i vydání předběžného opatření ve smyslu § 100 zákona.

Podle § 100 odst. 1 zákona může orgán dohledu na návrh navrhovatele před skončením řízení k zabránění dalšího poškozování nebo k odvrácení bezprostředního ohrožení zájmů uchazeče nebo zájemce a v rozsahu nezbytně nutném pro zajištění jeho účelu vydat předběžné opatření, kterým uloží zejména zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení či pozastavit zadávací řízení, a to na dobu v předběžném opatření uvedenou, nejdéle však do rozhodnutí ve věci samé.

V šetřeném případě orgán dohledu k rozhodnutí o vydání předběžného opatření nepřistoupil, neboť nebyly shledány důvody pro jeho uložení. Jednak po přezkoumání dokumentace veřejné zakázky nezískal orgán dohledu pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele, a dále jak vyplývá ze stanoviska zadavatele ze dne 16.5.2005, jehož obsah je výše dále konkretizován, smlouva na předmět plnění nebyla dosud uzavřena s tím, že zadavatel „nepředpokládá, že by v této veřejné zakázce činil jakékoliv další úkony do rozhodnutí orgánu dohledu“. Z uvedeného důvodu orgán dohledu dospěl k závěru, že nebyla naplněna podmínka bezprostředního ohrožení zájmů uchazeče a rozhodnutí o předběžném opatření nevydal.

S odkazem na výše uvedené orgán dohledu konstatuje, že v kontextu šetřeného případu nebylo shledáno, že by zadavatel při posuzování souladu předložené nabídky uchazeče OrBit s podmínkami výzvy k jednání porušil zákon.

Na základě výše uvedených skutečností rozhodl orgán dohledu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

#### Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek

JUDr. Miroslav Šumbera  
vrchní ředitel

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 16. 11. 2005.

**Obdrží:**

Česká republika, Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 01 Praha 6, zast. JUDr. Karlem Kühnlem

OrBit spol. s r. o., Hoblíkova 18 a 20, 741 01 Nový Jičín, zast. Ing. Romanem Kyselým