Č. j.: 2R 43/05 – Hr V Brně dne 9. listopadu 2005

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 4.7.2005 společností **OrBit spol. s r. o., se sídlem Hoblíkova 18 a 20, 741 01 Nový Jičín,** zast. jednatelem Ing. Romanem Kyselým, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.6.2005 č. j. VZ/S77/05-153/2556/05-Va ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **České republiky, Ministerstva obrany ČR, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6,** zast. ministrem JUDr. Karlem Kühlem, učiněných při zadání veřejné zakázky **„Podpora terminálu Citrix – Citrix Subscription Advantage“**, formou jednacího 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., 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/S77/05-153/2556/05-Va ze dne 13.6.2005

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

Společnost OrBit spol. s r. o., se sídlem Hoblíkova 18 a 20, 741 01 Nový Jičín, zast. jednatelem Ing. Romanem Kyselým (dále jen „navrhovatel“), ve svém rozkladu podaném dne 4.7.2005, a především pak v doplnění odůvodnění tohoto rozkladu ze dne 21.7.2005 uvádí, že nadále setrvává na svém právním názoru, podle kterého jsou z jím předložené listiny – výpisu z živnostenského rejstříku – zřejmé všechny údaje o rozsahu jeho podnikání evidované podle zákona, přičemž nikdy nebylo zpochybněno, že tato listina byla vydána příslušným Živnostenským úřadem, tedy správním orgánem k tomu kompetentním, a proto není nejmenší důvod k pochybnostem o jejich správnosti. Výpis z živnostenského rejstříku je dle názoru navrhovatele důkazem o skutečnostech tam uvedených. Pokud zadavatel požaduje prokázání oprávnění k podnikání, aniž by specifikoval, jakým způsobem se tak má stát, je volba prostředků na uchazeči o veřejnou zakázku, tedy na navrhovateli. Zadavatel nesdělil navrhovateli, proč jím předložená listina není důkazem svého obsahu, ač byla vydána státním orgánem v rámci jeho pravomoci a příslušnosti, a to aniž by listinu hodnotil z hlediska jejího obsahu. Rozhodnutí o vyloučení navrhovatel je tedy dle názoru navrhovatele třeba považovat za nepřezkoumatelné. Následně zadavatel podrobně opakuje veškerou argumentaci, kterou uplatnil již ve svém návrhu ze dne 2.5.2005, přičemž tak činí proto, aby získal od předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) adekvátní reakci na veškeré své výtky, když se mu jí nedostalo v rámci napadeného rozhodnutí Úřadu. Nad rámec argumentace návrhu pak navrhovatel podotýká, že sám Úřad připouští, že zákon 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“) nespecifikuje, co je míněno prokázáním oprávnění k podnikání a pouze z toho, že předmětem veřejné zakázky je podnikatelská činnost v režimu živnostenského zákona, dovozuje, že pojmu „prokázání oprávnění k podnikání“ odpovídá pojem „průkaz živnostenského podnikání“. S takovým výkladem navrhovatel nesouhlasí. Postupu Úřadu pak navrhovatel vytýká, že vůbec neřešil otázku hodnocení důkazů, konkrétně navrhovatelem předloženého výpisu z živnostenského rejstříku, a jejich promítnutí do odůvodnění rozhodnutí o vyřazení navrhovatele. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tím, že výpis ze živnostenského rejstříku nemá charakter veřejné listiny, o jejichž obsahu platí presumpce správnosti, neboť je dle jeho názoru vydán příslušným správním orgánem. V této souvislosti pak shledává rozpor mezi závěrem napadeného rozhodnutí o nepoužitelnosti předložené listiny pro prokázání oprávnění k podnikání, a současně mezi zjištěním, že tento výpis obsahuje stejné údaje, jako živnostenský list. I kdyby nebyl veřejnou listinou, nemůže jej tato skutečnost jako důkazní prostředek diskvalifikovat. Navrhovatel souhlasí s tvrzením napadeného rozhodnutí, že zadavatel nemá povinnost upozorňovat uchazeče na to, co je míněno prokázáním oprávnění k podnikání, avšak má za to, že pokud zadavatel zadal cíl (prokázání oprávnění k podnikání), aniž by stanovil prostředky, platí mnohokrát zopakovaná teze o tom, že adresát má volnost ve volbě prostředků. V závěru rozkladu navrhovatel napadá skutečnost, že Úřad nevyhověl návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření s odůvodněním, že nezískal pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele a vidí v tom nepřípustné směšování důvodů pro meritorní rozhodnutí a důvodů pro vydání předběžného opatření.

K podanému rozkladu se dne 29.7.2005 vyjádřil zadavatel a pouze uvádí, že i nadále považuje svůj postup za postup, který je v souladu se zákonem a jeho výkladovou praxí.

Ze správního spisu vyplynuly tyto skutkové okolnosti případu. Česká republika, Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, zast. ministrem JUDr. Karlem

Kühlem (dále jen „zadavatel“), učinil podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona dne 18.3.2005 výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Podpora terminálu Citrix – Citrix Subscription Advantage“. Požadavek na prokázání oprávnění k podnikání vymezil pod bodem VI. písm. D) výzvy 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.“ Nabídky podali všichni oslovení uchazeči a po jejich posouzení z hlediska splnění požadavku zadavatele na prokázání kvalifikačních kritérií zadavatel zjistil, že navrhovatel tato požadavky nesplnil, neboť ve své nabídce „nepředložil oprávnění k podnikání, ale pouze výpis ze živnostenského rejstříku“. Dne 30.3.2005 rozhodl Úřad o vyloučení navrhovatele z jednání. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel námitky a následně dne 2.5.2005 návrh k Úřadu. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele a navrhovatele.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 13.6.2005 rozhodnutí č. j. VZ/S77/05-153/2556/05-Va, kterým správní řízení zastavil, neboť neshledal porušení zákona. V odůvodnění svého rozhodnutí pak mimo jiné uvádí, že při prokazování oprávnění k podnikání v případě, že předmětem veřejné zakázky jsou činnosti prováděné v režimu živnostenského podnikání, je nutno vycházet z úpravy vymezené zákonem č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) ve znění pozdějších předpisů (dále jen „živnostenský zákon“). Podle ustanovení § 10 tohoto zákona je průkazem živnostenského oprávnění živnostenský list či koncesní listina, přičemž průkaz živnostenského oprávnění lze nahradit i osvědčením, které podnikateli vydá na jeho žádost živnostenský úřad. Živnostenský list, rozhodnutí o udělení koncese, koncesní listina a osvědčení jsou veřejnými listinami. Uchazeč tak může své oprávnění k podnikání prokázat průkazem živnostenského podnikání, za který se považuje jen živnostenský list a osvědčení. Výpis ze živnostenského rejstříku má sice vypovídací hodnotu o podnikání určitého subjektu a obsahuje údaje obdobné či shodné s údaji uvedenými na průkazu živnostenského oprávnění, avšak tato písemnost nemá charakter veřejné listiny (pouze osvědčuje stav a sděluje historii podnikání konkrétního subjektu) a jejím předložením tedy nemůže být nahrazeno prokázání oprávnění k podnikání. V návaznosti na obsah nabídky navrhovatele se tak Úřad ztotožňuje s argumentací zadavatele, že navrhovatel neprokázal oprávnění k podnikání.

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:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S77/05-153/2556/05-Va ze dne 13.6.2005 správní řízení zastavil, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

K námitkám rozkladu uvádím následující:

Navrhovatel se v obsáhlé argumentaci rozkladu, stejně jako návrhu, snaží obhájit základ svého právního názoru, totiž že ze zadání veřejné zakázky, ani ze zákona či jiného právního předpisu nebylo zřejmé, jakým způsobem má prokázat své oprávnění k podnikání, a tedy pokud zvolil způsob prokázání požadovaných skutečností cestou výpisu z živnostenského rejstříku, pořízeného podle ustanovení § 60 odst. 5 živnostenského zákona,

lze tento způsob postavit na roveň prokázání oprávnění k podnikání formou živnostenských listů či osvědčením ve smyslu ustanovení § 10 odst. 3 a 4 živnostenského zákona. Od tohoto základního tvrzení se pak ve své podstatě odvíjí i veškerá další argumentace navrhovatele.

S tvrzením navrhovatele se však v tomto smyslu nelze ztotožnit. Zadavatel v souladu se zákonem uložil uchazečům o veřejnou zakázku jako součást prokázání kvalifikace rovněž prokázání oprávnění k podnikání. Je pravda, že zákon žádným způsobem blíže nespecifikuje způsob prokazování této skutečnosti a rovněž ani zadavatel neposkytl uchazečům v tomto smyslu žádné bližší poučení. Stejně tak je pravda, že v zákoně není obsažen žádný odkaz na jiný právní předpis, který by absenci podobné definice nahrazoval. Důvodem této absence je však jednoznačně skutečnost, že jakákoliv podobná definice by v zákoně i v zadání veřejné zakázky byla nadbytečná. Uchazeči jakožto podnikatelské subjekty jsou ve své podnikatelské činnosti regulování nejrůznějšími právními předpisy, jako např. občanským a obchodním zákoníkem, živnostenským zákonem, daňovými předpisy a podobně. Ustanoveními všech těchto právním předpisů jsou vázáni a při své každodenní činnosti postupují v souladu s takto stanovenými pravidly. Proto se např. při plnění své daňové povinnosti řídí příslušnými daňovými zákony, při uzavírání obchodních smluv vycházejí z ustanovení obchodního či občanského zákoníku a při zaměstnávání pracovních sil ze zákoníku práce. Pokud pak v rámci své podnikatelské činnosti, respektive živnostenského podnikání, musejí prokazovat své oprávnění k podnikání (a to při jakékoli příležitosti, není na místě omezovat tuto skutečnost pouze na případy zadávání veřejných zakázek), pak musí postupovat podle ustanovení § 10 odst. 3 živnostenského zákona, který říká, že průkazem živnostenského oprávnění (tedy listinou, která tuto skutečnost prokazuje) je živnostenský list, či koncesní listina. Podle ustanovení § 10 odst. 4 živnostenského zákona lze pak tyto dvě posledně jmenované listiny nahradit i osvědčením, které podnikateli vydá na jeho žádost živnostenský úřad. Žádnou další listinu živnostenský zákona jako průkaz živnostenského oprávnění nepřipouští, a tedy toto oprávnění je možno vždy (a nikoliv pouze ve vztahu k procesu zadávání veřejných zakázek) prokázat pouze živnostenským listem, koncesní listinou či příslušným osvědčením. Tuto skutečnost pak živnostenský zákon zdůrazňuje i ve svém ustanovení § 10 odst. 5, ve kterém prohlašuj výše vyjmenované listiny za listiny veřejné ve smyslu ustanovení § 134 občanského soudního řádu, tedy za takové listiny, které v řízení před soudy „prokazují, že jde o nařízení nebo prohlášení orgánu, který listinu vydal, a není-li dokázán opak, i pravdivost toho, co je v nich osvědčeno nebo potvrzeno.“

Navrhovatelem předložený výpis z živnostenského rejstříku, pořízený dle ustanovení § 60 odst. 5 živnostenského zákona, tedy nejen že nebyl prohlášen za veřejnou listinu ve smyslu ustanovení § 134 o. s. ř., a tedy není veřejnou listinou (v tomto smyslu je argumentace navrhovatele bezpředmětná), ale není ani způsobilý prokázat živnostenské oprávnění, neboť ustanovení § 10 odst. 3 a 4 živnostenského zákona je v tomto směru jednoznačné a mezi průkazy živnostenského oprávnění předmětný výpis nevyjmenovává. Vzhledem ke kogentnímu charakteru tohoto ustanovení živnostenského zákona pak nelze v žádném případě přijmout navrhovatelem proklamovanou „volnost ve volbě prostředků“ při prokazování živnostenského oprávnění k podnikání, ale znovu je potřeba zdůraznit, že navrhovatel byl v tomto případě povinen postupovat v souladu s živnostenským zákonem a požadavek zadavatele na prokázání oprávnění k podnikání splnit předložením živnostenského listu (či jeho úředně ověřené kopie), a nebo osvědčení dle ustanovení § 10 odst. 4 živnostenského zákona.

Vzhledem k výše uvedenému tedy zadavatel postupoval v souladu se zákonem, pokud navrhovatel vyloučil z jednání pro nesplnění požadavků zadavatele a s výrokem napadeného

rozhodnutí Úřadu, který v postupu zadavatele neshledal porušení zákona a správní řízení zastavil, se tedy v plné míře ztotožňuji.

K námitce rozkladu, že Úřad v odůvodnění toho, proč nevyhověl návrhu na vydání předběžného opatření, nepřípustně směšuje důvody pro vydání meritorního rozhodnutí a důvody pro vydání předběžného opatření, pouze uvádím, že dle ustanovení § 100 odst. 1 zákona Úřad jako orgán dohledu „může na návrh navrhovatele nebo z vlastního podnětu 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…“. Zákonodárce použil v citovaném ustanovení zákona výraz „může“, a tedy není dána povinnost Úřad vyhovět každému návrhu na vydání předběžného opatření, ale je to pouze možnost, kterou Úřad jako orgán dohledu může a nemusí využít. V šetřeném případě Úřad neshledal důvody pro vydání předběžného opatření, přičemž toto své rozhodnutí řádným a transparentním způsobem zdůvodnil. Zákon nevylučuje, aby důvody pro nevyhovění tomuto návrhu byly totožné s důvody, které následně vedou Úřad k zastavení správního řízení, když neshledá v postupu zadavatele porušení zákona.

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.

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. Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, zast. JUDr. Karlem Kühlem

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

3. spis.