

Č. j. VZ/S 10/03-153/1453/03-Gar

V Brně dne 3.4.2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 30.1.2003 podle § 57 odst. 1 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., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., na základě návrhu ze dne 28.1.2003 uchazeče – DELTA SYSTÉM – AIR, a. s., Bratří Štefanů 101, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná Tomáš Suchánek, předseda představenstva, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Transgas, a. s., Limuzská 12, 100 98 Praha 10, za niž jedná Ing. Alena Vitásková, místopředsedkyně představenstva, a Martin Herrmann, člen představenstva, ze dne 13.1.2003 o námitkách proti jeho rozhodnutí ze dne 3.1.2003 o vyloučení jmenovaného uchazeče z další účasti na veřejné zakázce „Letecká kontrola plynovodů“ zadávané výzvou ze dne 8.11.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku podle § 49 odst. 1 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., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb.,

#### **rozhodl takto:**

Rozhodnutím zadavatele Transgas, a. s., Limuzská 12, 100 98 Praha 10, ze dne 3.1.2003 o vyloučení uchazeče DELTA SYSTÉM – AIR, a. s., z další účasti na veřejné zakázce „Letecká kontrola plynovodů“ nedošlo k porušení posledně cit. zákona o zadávání veřejných zakázek.

Podle § 60 písm. a) 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., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., se návrh uchazeče DELTA SYSTÉM – AIR, a. s., Hradec Králové, ze dne 28.1.2003 zamítá.

## O d ů v o d n ě n í

Zadavatel Transgas, a. s., Limuzská 12, 100 98 Praha 10, za niž jedná Ing. Alena Vitásková, místopředsdkyně představenstva, a Martin Herrmann, člen představenstva (dále jen „zadavatel“) obeslal výzvou ze dne 8.11.2002 sedm zájemců o veřejnou zakázku „Letecká kontrola plynovodů“ (dále jen „výzva“) k podání nabídky dle § 49 odst. 1 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., zákona č. 320/2002 Sb. a zákona č. 424/2002 Sb (dále jen „zákon“).

Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel čtyři nabídky. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 3.1.2003, nabídka uchazeče DELTA SYSTÉM – AIR, a. s., Bratří Štefanů 101, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná Tomáš Suchánek, předseda představenstva (dále jen „uchazeč“), nevyhověla kontrole úplnosti. Zadavatel tohoto uchazeče vyloučil z další účasti na veřejné zakázce, což uchazeči oznámil dopisem ze dne 3.1.2003 (dopis je omylem datován 3.1.2002 - pozn. ÚOHS). Důvodem vyloučení byla skutečnost, že uchazeč v nabídce neprokázal splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona v návaznosti na § 2c odst. 1 a 3 zákona, neboť v jeho nabídce chyběl originál nebo stejnopis s úředním ověřením pravosti povolení k provozování leteckých prací.

Proti rozhodnutí o svém vyloučení podal uchazeč dopisem ze dne 13.1.2003 námitky, které zadavatel obdržel dne 14.1.2003 a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, což uchazeči oznámil podle § 56 odst. 2 zákona rozhodnutím ze dne 15.1.2003, které uchazeč obdržel podle doručenky dne 22.1.2003. Uchazeč využil svého práva a podal dopisem ze dne 28.1.2003 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách.

Předmětný návrh obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) dne 30.1.2003 a tím bylo podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách. Zadavatel obdržel návrh rovněž dne 30.1.2003.

Úhrada příslušného správního poplatku ve stanovené lhůtě byla prokázána výpisem z účtu orgánu, který jej obdržel dne 27.2.2003 [v této souvislosti orgán dohledu poznamenává, že podle § 6 odst. 4 zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích ve znění pozdějších předpisů, lhůty pro vydání rozhodnutí stanovené zvláštními předpisy (tedy v daném případě správním řádem) neběží v době od zaslání platebního výměru k zaplacení správního poplatku až do prokázání jeho zaplacení].

Účastníky řízení jsou podle § 58 zákona č.199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel a uchazeč.

Ve svém návrhu ze dne 28.1.2003 uchazeč uvádí, že byl zadavatelem vyloučen z účasti na veřejné soutěži rozhodnutím č.j. 32002/8 (chybně datovaným) ze dne 3.1.2002 z důvodu, že jeho nabídka nevyhověla kontrole úplnosti z hlediska ust. § 49 odst. 9 zákona a že rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 15.1.2003 je koncipováno jako

rozhodnutí zadavatele, nikoliv jako rozhodnutí statutárního orgánu zadavatele, tj. představenstva akciové společnosti, tak jak předpokládá zákon. Jak uchazeč v návrhu dále uvádí, zadavatel v rozporu se zákonem stanovil jiné podmínky k prokázání kvalifikačních předpokladů a přeformuloval kogentní ustanovení zákona, když tvrdí, že výpis z obchodního rejstříku není dokladem o oprávnění k podnikání. Uchazeč dále uvádí, že doložení živnostenského oprávnění není splněním povinnosti ve smyslu ust. § 2c) odst. 1 zákona, neboť nevypovídá nic o tom, zda právnická osoba, kterou navrhovatel bezpochyby je, může provozovat tu kterou konkrétní činnost a že se zadavatel nevypořádal s námitkou spočívající v tom, že výzva byla učiněna pouze s odkazem na § 49 odst. 1 zákona a uchazeč nebyl upozorněn, že nesplnění jiných než zákonných podmínek může být sankcionováno vyloučením uchazeče. V závěru svého návrhu uchazeč navrhuje, aby Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve smyslu § 57 odst. 2 rozhodnutí o vyloučení uchazeče zrušil.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 31.1.2003 k návrhu uvádí, že v případě chybného datování rozhodnutí č.j. 32002/8 ze dne 3.1.2002 se jedná o chybu v psaní a v souladu s § 37 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, je tento úkon platný. Dále zadavatel uvádí, že za představenstvo akciové společnosti jednají, v souladu s výpisem z obchodního rejstříku vedeného Městským soudem v Praze oddíl B, vložka 7240, mimo jiné též společně místopředseda a jeden další člen představenstva a rozhodnutí o námitkách č.j. 14032/23 ze dne 15.1.2003 bylo rozhodnutím statutárního orgánu. K otázce prokázání kvalifikačního předpokladu dle § 2b odst. 1 písm a) zákonem způsobem dle § 2c odst. 1 zákona zadavatel uvádí, že tento kvalifikační předpoklad dle zákona uchazeč prokazuje dokladem o oprávnění k podnikání včetně výpisu z obchodního rejstříku (§ 2c odst. 1 zákona). Samotný výpis z obchodního rejstříku není dokladem o oprávnění k podnikání. Dokladem o oprávnění k podnikání je úřední listina opravňující podnikat, vydaná na základě živnostenského zákona nebo jiného speciálního zákona, který se týká úpravy podnikání. Dále zadavatel uvádí, že uchazeče neupozornil na možnost jejich vyloučení na základě § 49 odst. 9 zákona, neboť toto upozornění není povinnou náležitostí výzvy dle § 49 odst. 1 zákona ve smyslu § 49 odst. 4 zákona.

Orgán dohledu oznámil zahájení řízení jeho účastníkům dopisem č.j. VZ/S 10/03-153/741/03-Gar ze dne 19.2.2003 a stanovil lhůtu, ve které se účastníci řízení mohli vyjádřit ke skutečnostem, které budou podkladem rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se žádný z účastníků k zahájenému správnímu řízení nevyjádřil.

Po přezkoumání spisového materiálu a stanovisek účastníků řízení uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

#### *Oprávnění k podnikání*

Kvalifikační předpoklady, které jsou podle § 2a odst. 1 zákona povinni v nabídkách prokázat uchazeči o veřejnou zakázku, jsou specifikovány v § 2b zákona. Způsob prokazování kvalifikačních předpokladů stanoví § 2c zákona. Důsledky nesplnění kvalifikačních předpokladů pak jsou uvedeny v § 2e zákona (neprokáže-li uchazeč některý z kvalifikačních předpokladů musí ho zadavatel vyloučit z účasti na veřejné zakázce) a konkrétně při zadání veřejné zakázky výzvou více zájemcům o veřejnou zakázku rovněž v § 49 odst. 9 zákona.

Podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona kvalifikační předpoklady pro plnění veřejné zakázky splňuje mj. uchazeč, který má příslušné oprávnění k podnikání, je-li zvláštními předpisy stanoveno. Skutečnost, že uchazeč má příslušné oprávnění k podnikání, se podle

§ 2c odst. 1 zákona prokazuje předložením dokladu o oprávnění podnikat včetně výpisu z obchodního rejstříku.

V § 2c odst. 3 zákona je dále uvedeno, že doklady opravňující k podnikání a doklady uvedené v odstavci 2 mohou být předloženy též ve stejnopisu s ověřením jeho pravosti. Zákon tedy explicitně stanoví, jakým způsobem se kvalifikační předpoklady prokazují.

Doklad o oprávnění podnikat musí ve své nabídce předložit každý uchazeč o veřejnou zakázku. Oprávněním k podnikání je ve smyslu zákona živnostenský list, koncesní listina, případně oprávnění podle jiných právních předpisů, a to originál příslušné listiny nebo její ověřená kopie (viz § 2c odst. 3 zákona). Zadavatel není povinen v podmínkách výzvy výslovně požadovat předložení konkrétních oprávnění k podnikání, neboť povinnost předložení příslušných oprávnění k podnikání vyplývá z § 2b odst. 1 písm. a) zákona, resp. z ustanovení § 2a odst. 1 zákona.

Nabídka jmenovaného uchazeče obsahovala pouze neověřenou kopii povolení k provozování leteckých prací dle zákona č. 49/1997 Sb., o civilním letectví a o změně a doplnění zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů. Uchazeč tedy neprokázal kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona způsobem stanoveným v § 2c odst. 1 zákona. Podle § 2c odst. 1 zákona uchazeč prokazuje splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 2b odst. 1 písm. a) dokladem o oprávnění k podnikání, včetně výpisu z obchodního rejstříku, přičemž doklady mohou být předloženy též ve stejnopisu s ověřením jeho pravosti (§ 2c odst. 3 zákona).

Podle § 27 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, je obchodní rejstřík veřejný seznam, do kterého se zapisují zákonem stanovené údaje, týkající se podnikatelů nebo organizačních složek jejich podniků, o nichž to stanoví zákon. Jedním ze zapisovaných údajů dle § 28 odst. 1 písm. c) obchodního zákoníku je předmět podnikání (příp. předmět činnosti). Podnikáním se podle obchodního zákoníku rozumí jednak podnikatelská činnost vykonávaná na základě živnostenského zákona, jednak podnikatelské činnosti, které nejsou živnostmi podle živnostenského zákona, ale naplňují znaky podnikání ve smyslu § 2 odst. 1 obchodního zákoníku. Předmět podnikání musí být doložen živnostenským listem či koncesní listinou vydanou místně příslušným živnostenským úřadem nebo průkazem o oprávnění k jiné podnikatelské činnosti.

Obchodní zákoník neupravuje oprávnění k podnikatelské činnosti a podmínky jeho vzniku. Tuto funkci přejímá jako obecný předpis živnostenský zákon, který se vztahuje zásadně na všechny podnikatele ve smyslu živnostenského zákona, tj. jak na osoby fyzické, tak na osoby právnické kromě těch, které vykonávají činnost, která se za živnostenské podnikání nepovažuje. Samotný výpis z obchodního rejstříku, byť obsahuje předmět podnikání, je dokladem o zápisu skutečností v obchodním rejstříku, nikoliv samotným oprávněním k podnikání.

K formě předkládání příslušných dokladů (oprávnění k podnikání, výpis z obchodního rejstříku, ...) orgán dohledu obecně uvádí, že listinou se v právních předpisech rozumí vždy sama listina, tedy vlastní originální vyhotovení např. živnostenského listu, výpisu z obchodního rejstříku, rodného listu atd., a nikoliv jejich opis nebo zobrazení. Dokladem toho je např. v § 79 odst. 4 správního řádu předvídaný výkon rozhodnutí odnětím listiny. Je zřejmé, že tento úkon týkající se listiny by nebyl naplněn odnětím ani ověřenou kopií listiny.

V této souvislosti je nutno konstatovat, že pro účely vidimace podle zákona č. 41/1993 Sb., o ověřování shody opisů nebo kopie s listinou a o ověřování pravosti podpisu obecními úřady a o vydávání potvrzení orgány obcí a okresními úřady, ve znění pozdějších předpisů, a podle zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů je jako na listinu pohlíženo i na ověřený opis nebo kopii, které ovšem jsou již jinou listinou, nikoliv totožnou s originálem.

Pokud tedy příslušná ustanovení zákona vyžadují doložení např. oprávnění k podnikání, výpisu z Rejstříku trestů, výpisu z obchodního rejstříku, potvrzení příslušného úřadu, má zákon na mysli jediné listinu samu, která však může být předložena též ve stejnopisu s ověřením jeho pravosti, což je v souladu s významem ověření shody kopie s originálem. Pokud uchazeč předloží jen neověřený opis nebo zobrazení listiny, nesplnil svoji povinnost předložit zákonem požadovanou listinu.

Povinnost zadavatele vyloučit uchazeče z další účasti na veřejné zakázce při neprokázání kvalifikačních předpokladů nebo nesplnění dalších požadavků stanovených zadavatelem vyplývá z ust. § 49 odst. 9 zákona a v případě neprokázání kvalifikačních předpokladů rovněž z ust. § 2e zákona. Tato ustanovení mají kogentní charakter a zadavatel je jimi bezpodmínečně vázán. Z těchto důvodů zadavatel není povinen ve výzvě dle § 49 odst. 1 zákona uvést následky neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů dle § 2b odst. 1 zákona způsobem dle § 2c odst. 1 zákona, neboť takovéto upozornění není obligatorní náležitostí výzvy ve smyslu § 49 odst. 4 zákona.

Prokázání splnění kvalifikačních předpokladů předpokladů a jejich doložení v nabídce je podmínkou účasti uchazeče ve výběrovém řízení o veřejnou zakázku. Rovněž je třeba zdůraznit, že prokázání splnění kvalifikačních předpokladů je jedním z předpokladů zdárného průběhu vlastní realizace předmětu plnění veřejné zakázky k tomu způsobilou osobou (osobami). V důsledku plnění veřejné zakázky nekvalifikovaným uchazečem by totiž mohlo dojít i ke vzniku hmotných škod na majetku zadavatele, ba dokonce v některých případech i k ohrožení životů a zdraví lidí.

#### *Statutární orgán zadavatele*

Dle ust. § 13 odst. 1 obchodního zákoníku jedná za právnickou osobu její statutární orgán. V případě akciové společnosti je dle ust. § 191 odst. 1 obchodního zákoníku statutárním orgánem představenstvo akciové společnosti. Do obchodního rejstříku jakožto do veřejného seznamu se mimo jiné zapisují údaje dle § 28 odst. 1 písm. e) obchodního zákoníku, a to způsob, jak statutární orgán a jeho členové jednájí za právnickou osobu. Dle výpisu z obchodního rejstříku zadavatele vedeného Městským soudem v Praze oddíl B, vložka 7240 jménem společnosti Transgas, a. s., jedná představenstvo nebo za ni jednájí zástupci. Za představenstvo jednájí navenek jménem společnosti buď společně všichni členové nebo společně jeho předseda a místopředseda nebo společně předseda nebo místopředseda a jeden další člen představenstva. Rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 15.1.2003 bylo podepsáno v souladu se zápisem v obchodním rejstříku zadavatele vedeného Městským soudem v Praze oddíl B, vložka 7240 místopředsedkyní představenstva Ing. Alenou Vitáskovou a členem představenstva Ing. Janem Nehodou, jedná se tedy o rozhodnutí statutárního orgánu zadavatele.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že chybná datace rozhodnutí zadavatele č.j. 32002/8 (místo správného data 3.1.2003 je v rozhodnutí uvedeno datum 3.1.2002) je chybou v psaní

ve smyslu ust. § 37 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a nemá vliv na platnost úkonu zadavatele, neboť jeho obsah je nepochybný. Rozhodnutí zadavatele č.j. 32002/8 o vyloučení uchazeče z další účasti na veřejné zakázce je tedy úkonem platným.

Orgán dohledu shledal, že vyloučení uchazeče ze soutěže bylo oprávněné a učiněné v souladu v souladu se zákonem, neboť uchazeč nepředložil originál, nebo stejnopis s úředním ověřením pravosti, povolení k provozování leteckých prací, a tudíž orgán dohledu rozhodl o zamítnutí návrhu uchazeče, jak je uvedeno ve výroku 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

**Obdrží:**

DELTA SYSTÉM – AIR, a.s., Bratří Štefanů 101, 500 03 Hradec Králové, zast. Tomášem Suchánkem

Transgas, a. s., Limuzská 12, 100 98 Praha 10, zast. Ing. Alenou Vitáskovou