



UOHSX008XWWD

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0557/2016/VZ-42984/2016/523/MKv

Brno: 20. října 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 12. 8. 2016 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800/5, 140 59 Praha 4,
- navrhovatel – ENERGOREAL, s.r.o., IČO 28231198, se sídlem Klapkova 731/34, 182 00 Praha 8,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Správa tepelných zařízení v areálu Thomayerovy nemocnice“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 5. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 31. 5. 2016 pod ev. č. 633486 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 106-189437,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ENERGOREAL, s.r.o., IČO 28231198, se sídlem Klapkova 731/34, 182 00 Praha 8 – ze dne 12. 8. 2016 se podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800/5, 140 59 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 30. 5. 2016 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Správa tepelných zařízení v areálu Thomayerovy nemocnice“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 31. 5. 2016 pod ev. č. 633486 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 106-189437 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět veřejné zakázky byl podle bodu 3.1 zadávací dokumentace stanoven takto:
„Předmětem veřejné zakázky je zajištění kompletního provozu, správy, údržby a oprav tepelných zařízení ve vlastnictví zadavatele včetně souvisejících rozvodů, která jsou ve vlastnictví zadavatele, a to vnitřních rozvodů tepla a teplé užitkové vody (v rámci smlouvy č. 1), a dále výrobní infrastruktury, kterou tvoří zejména kotelny, kogenerační jednotka a výměňková stanice a vnějších rozvodů tepla včetně předávacích stanic (v rámci smlouvy č. 2) způsobem, který umožní zadavateli zajistit výrobu a dodávku tepla prostřednictvím výše uvedených zařízení ve svých pavilonech a objektech, a zajištění rozvádění tepla jejich prostřednictvím v pavilonech a objektech v areálu zadavatele. Rozsah služeb zahrnující zejména jejich věcné, místní a časové vymezení, specifikaci a četnost jednotlivých činností, jakož i cenové podmínky a specifická práva a povinnosti smluvních stran související s poskytováním konkrétní služby, je podrobně vymezen ve smlouvách. Přehled a technický popis tepelných zařízení a související infrastruktury je v podrobnostech vymezen v Příloze č. 6 obou smluv.“
3. Podle bodu 3.5 zadávací dokumentace byla předpokládaná hodnota stanovena na 96 000 000 Kč bez DPH.
4. V bodu 3.3 zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že si „v souladu s § 44 odst. 6 ZVZ vyhrazuje, že věcně vymezená část plnění veřejné zakázky v podobě zajištění kompletního provozu a správy infrastruktury vymezené v příloze č. 6 smlouvy č. 2, tedy zejména kotelny, kogenerační jednotky a výměňkové stanice a vnějších rozvodů tepla včetně předávacích stanic, nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele.“
5. Podle bodu 13. zadávací dokumentace zvolil zadavatel jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky s následujícími dílčími hodnotícími kritérii:

- nabídková cena	váha 60 %
- návrh optimalizace ekonomického využití kogenerační jednotky	váha 20 %
- projekt vylepšení elektronického řídicího systému	váha 10 %
- návrh provozního řádu pro provoz kotelny a vnějších rozvodů	váha 5 %
- návrh provozního řádu pro údržbu vnitřních rozvodů	váha 5 %.

6. Dne 26. 7. 2016 podala společnost ENERGOREAL, s.r.o., IČO 28231198, se sídlem Klapkova 731/34, 182 00 Praha 8 (dále jen „navrhovatel“) námitky proti zadávacím podmínkám, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 3. 8. 2016 nevyhověl.
7. Navrhovatel je přesvědčen, že zadávací podmínky jsou stanoveny v rozporu se zákonem, a proto podal dne 12. 8. 2016 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel v návrhu ze dne 12. 8. 2016 uvádí, že zadavatel stanovil dílčí hodnotící kritéria nezákonně, neboť nejsou dostatečně provázána s předmětem veřejné zakázky. Dále se navrhovatel domnívá, že předmět veřejné zakázky je neurčitý, což vede k nemožnosti podání porovnatelných nabídek. Navrhovatel rovněž v návrhu uvádí, že dílčí hodnotící kritéria jsou netransparentní, neboť není jasně stanoven způsob hodnocení nabídek. Navrhovatel má dle svých slov „eminentní zájem“ na získání veřejné zakázky, nicméně vzhledem k nezákonnosti zadávacích podmínek nemohl podat nabídku.
9. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel požaduje, aby Úřad nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu, a zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Dne 12. 8. 2016, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, bylo podle ust. § 113 zákona ve spojení s ust. § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. S0557/2016/VZ.
11. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S0557/2016/VZ-34051/2016/523/MKv ze dne 15. 8. 2016.
13. Dne 19. 8. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele. Dokumentace o veřejné zakázce byla Úřadu doručena ve dnech 19. 8. 2016 a 22. 8. 2016.
14. Dne 25. 8. 2016 určil Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0557/2016/VZ-35635/2016/523/MKv z téhož dne lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce pořizené v souvislosti s provedenými úkony.
15. Dne 29. 8. 2016 obdržel Úřad od zadavatele dokumentaci vztahující se k dalšímu postupu v zadávacím řízení.
16. Dne 31. 8. 2016 zaslal Úřad Ministerstvu průmyslu a obchodu, Na Františku 52, 110 15 Praha 1, žádost o stanovisko č. j. ÚOHS-S0557/2016/VZ-36410/2016/523/MKv z téhož dne, týkající se druhu veřejnoprávních povolení (živnostenských povolení) potřebných pro

realizaci veřejné zakázky. Odpověď na žádost byla urgována přípisem č. j. ÚOHS-S0557/2016/VZ-37682/2016/523/MKv ze dne 12. 9. 2016.

17. Dne 8. 9. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0557/2016/VZ-37393/2016/523/MKv z téhož dne, kterým rozhodl o vydání předběžného opatření, jímž byl zadavateli podle ust. § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
18. Dne 19. 9. 2016 a dne 26. 9. 2016 obdržel Úřad od zadavatele dokumentaci vztahující se k dalšímu postupu v zadávacím řízení.
19. Dne 26. 9. 2016 obdržel Úřad stanovisko Ministerstva obchodu a průmyslu.
20. Dne 27. 9. 2016 usnesením č. j. ÚOHS-S0557/2016/VZ-39459/2016/523/MKv z téhož dne stanovil Úřad navrhovateli lhůtu k provedení úkonu – doložení veřejnoprávních oprávnění prokazujících, že je oprávněn samostatně realizovat předmět veřejné zakázky, a to alespoň v tom rozsahu, v jakém zadavatel v bodu 3.3 zadávací dokumentace vyloučil možnost plnění subdodavatelem.
21. Dne 7. 10. 2016 obdržel Úřad stanovisko navrhovatele k usnesení ze dne 27. 9. 2016.
22. Dne 10. 10. 2016 obdržel Úřad informace o dalším postupu zadavatele.
23. Dne 5. 9. 2016 byl zástupci zadavatele – Miroslavu Kalousovi – vrácen originál bankovní záruky uchazeče Veolia Energie ČR, a.s., IČO 45193410, se sídlem 28. října 3337/7, 702 00 Ostrava.

Stanovisko zadavatele ze dne 18. 8. 2016

24. Zadavatel uvádí, že navrhovatel nedisponuje potřebnou kvalifikací, a tedy ani dostatkem aktivní legitimace k podání návrhu, neboť z obchodního a živnostenského rejstříku nevyplývá, že by měl navrhovatel živnostenské oprávnění potřebné pro realizaci předmětu veřejné zakázky. Zároveň zadavatel upozorňuje, že navrhovatel ani nepodal nabídku, z čehož zadavatel dovozuje, že návrh je ryze účelový.
25. Zadavatel se domnívá, že hodnotící kritéria stanovil v souladu se zákonem, a pokud by navrhovatel disponoval potřebnou kvalifikací, nepovažoval by předmět veřejné zakázky za neurčitý. Rovněž způsob hodnocení podle hodnotících kritéria popsal zadavatel dle svého názoru dostatečně jasně a určitě. Závěrem zadavatel akcentuje, že obdržel celkem 6 nabídek, což svědčí, vzhledem ke specifickému předmětu plnění, o správném nastavení zadávacích podmínek.
26. S ohledem na výše uvedené skutečnosti zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh v celém rozsahu zamítl.

Stanovisko Ministerstva průmyslu a obchodu ze dne 26. 9. 2016

27. Dne 26. 9. 2016 obdržel Úřad stanovisko Ministerstva průmyslu a obchodu, IČO 47609109, se sídlem Na Františku 52, 110 15 Praha 1 (dále jen „MPO“) stran potřebných veřejnoprávních povolení (živnostenských oprávnění), kterými je třeba disponovat pro plnění šetřené veřejné zakázky. MPO uvedlo, že podle dostupných informací by do úvahy přicházelo živnostenské oprávnění (koncese) na výrobu tepelné energie a rozvod tepelné energie, nebo licence na výrobu a rozvod tepelné energie, případně jejich kombinace.

Stanovisko navrhovatele ze dne 7. 10. 2016

28. V návaznosti na usnesení č. j. ÚOHS-S0557/2016/VZ-39459/2016/523/MKv ze dne 27. 9. 2016 obdržel Úřad dne 7. 10. 2016 vyjádření navrhovatele k otázce jeho aktivní legitimace pro podání návrhu. Navrhovatel má za to, že aktivní legitimací disponuje, neboť napadá samotné zadávací podmínky a nikoli určitý úkon zadavatele, protože je otázka dispozice potřebnými veřejnoprávními povoleními irelevantní. Nabídku do zadávacího řízení navrhovatel nepodal, neboť mu to znemožnily právě nezákonné zadávací podmínky, a proto ani o získání potřebného oprávnění neusiloval, neboť náklady by byly zcela zbytečné. Uvedené nic nemění na tom, že navrhovatel je osobou, která má zájem na získání veřejné zakázky, navíc podmínky pro vydání potřebného povolení nepochybně splňuje. Pokud by zadávací podmínky byly nastaveny zákonně, podnikl by navrhovatel všechny kroky k získání potřebného oprávnění (navíc disponuje momentálně oprávněním v oblasti obchodu s plynem, takže jeho legitimita stran energetiky je nepochybná).
29. Pokud by musel každý navrhovatel splňovat podmínky pro podání nabídky již ve chvíli, kdy podává námitky proti zadávacím podmínkám, bylo by to dle navrhovatele absurdní a uchazeči by byli nuceni iracionálně vynakládat prostředky i na veřejné zakázky, které nebudou moci získat pro nezákonné nastavení zadávacích podmínek.
30. Dále navrhovatel uvádí, že požadavek zadavatele na dispozici živnostenským oprávněním „*Výroba tepelné energie a rozvod tepelné energie, nepodléhající licenci realizovaná ze zdrojů tepelné energie s instalovaným výkonem jednoho zdroje nad 50 kW (koncesovaná živnost)*“ je účelový a zavádějící, a zadavatel není oprávněn jej požadovat.
31. Navrhovatel uzavírá, že dle svého přesvědčení je aktivně legitimován k podání návrhu.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

32. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech nashromážděných podkladů, zejména stanoviska Ministerstva obchodu a průmyslu, dokumentace o veřejné zakázce, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

33. Podle § 2 odst. 2 písm. b) zákona je veřejným zadavatelem státní příspěvková organizace.
34. Thomayerova nemocnice je příspěvkovou organizací, jejímž zřizovatelem je Ministerstvo zdravotnictví¹, je rovněž uvedena v seznamu organizací v přímé působnosti Ministerstva zdravotnictví² a byla zřízena ke dni 25. 11. 1990 Zřizovací listinou vydanou ministrem zdravotnictví ze dne 31. 12. 1990 čj. OP-054-25.11.90³.
35. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel je státní příspěvkovou organizací, Úřad konstatuje, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. b) zákona.

¹Dostupné na <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=689256&typ=PLATNY>

²Dostupné na http://www.mzcr.cz/dokumenty/p_10031_843_1.html

³Dostupné na <http://www.ftn.cz/informace-220/>

K zamítnutí návrhu ze dne 12. 8. 2016

36. Podle ust. § 110 odst. 1 zákona při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.
37. Podle ust. § 113 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.
38. Podle ust. § 118 odst. 5 zákona Úřad návrh zamítne, pokud
- a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2,
 - b) byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 nebo naplnění důvodu podle odstavce 4,
 - c) návrh nebyl podán oprávněnou osobou, nebo
 - d) návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.
39. Ze shora uvedených zákonných ustanovení vyplývá, že návrh může podat pouze osoba stěžovatele, tedy pouze dodavatel, který podal řádně a včas námitky a zároveň splňuje podmínky uvedené v ust. § 110 odst. 1 zákona. V případě, že by návrh směřoval na uložení zákazu plnění smlouvy, kterému námitky předcházet nemusí (neboť v souladu s ust. § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat nejpozději do doby uzavření smlouvy), může podat návrh i stěžovatel, který řádně a včas námitky nepodal.
40. Stěžovatele (tj. osobu, která je oprávněna k podání námitek) lze tedy s ohledem na zákonnou úpravu definovat jako dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
41. Oprávněnost konkrétní osoby k podání námitek je tedy dána za kumulativního splnění dvou předpokladů:
- a) jedná se o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a
 - b) kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
42. Z uvedeného je zřejmé, že závěr o tom, že navrhovatel byl dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, je - jak uvedeno výše - předpokladem oprávněnosti stěžovatele k podání námitek. Důkazní břemeno, pokud jde o prokázání zájmu na získání veřejné zakázky nebo vzniku újmy na svých právech, nese stěžovatel. Toto důkazní břemeno ohledně oprávněnosti navrhovatele vychází z tzv. břemene tvrzení, jehož rozsah je určen § 110 odst. 1 zákona, tj. okruhem skutečností, které v konkrétním případě musí být tvrzeny. Je to totiž právě navrhovatel, kdo má osvědčit

skutečnosti uvedené v citovaném ustanovení, a to nejen prostřednictvím tvrzení určitých skutečností, nýbrž i prokázáním správnosti těchto svých tvrzení.

43. Prvou podmínkou pro možnost kvalifikovaného podání námitek je skutečnost, že jde o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky. Tato podmínka plyne z ust. § 110 odst. 1 zákona. Na tomto místě je vhodné zdůraznit, že např. v rozsudku ve věci C-570/08, Symvoulio Apochetefseon Lefkosias v. Anatheoritiki Archi Prosforon, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias (Kypr) bylo zdůrazněno, že článek 1 odst. 3 směrnice 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů formulací, podle níž přezkumné řízení musí být dostupné „[přínejmenším] *každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky*“, definuje okruh osob, které musí mít na základě této směrnice právo podat návrh na přezkum. Toto rozhodnutí lze analogicky vztáhnout i na šetřený případ, neboť podání námitek řádně a včas je podmínkou pro možnost následného podání návrhu a případného přezkumu.
44. Z výše uvedeného i přes absenci konkrétní legislativní definice pojmu „zájem na získání určité veřejné zakázky“ lze dovést, že tento zájem má ten, kdo v daném zadávacím řízení podal nabídku. Navrhovatel však v zadávacím řízení nabídku nepodal, neboť dle jeho tvrzení to neumožňovaly nezákonné zadávací podmínky. Osobou oprávněnou k podání námitek by nicméně měl být i potenciální dodavatel, který byl oprávněn (ve smyslu formálním) a případně též objektivně schopen předmětnou veřejnou zakázku plnit.
45. V souladu se závěry odborné literatury (Raus, D. Nad možnostmi obrany proti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Právní fórum 2008, č. 5) Úřad uvádí, že podmínka zájmu na získání určité veřejné zakázky ve smyslu § 110 odst. 1 zákona bude splněna tam, kde dodavatel alespoň potenciálně mohl příslušné plnění ve prospěch zadavatele objektivně realizovat.
46. Z toho se podává, že zájem o získání určité veřejné zakázky zcela jistě nemá – obecně řečeno – pouze takový dodavatel, který vůbec nebyl (není) takovou konkrétní veřejnou zakázku oprávněn z formálních důvodů plnit, tzn. například nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním povolením k plnění veřejné zakázky.
47. Za účelem zjištění, jaké konkrétní živnostenské oprávnění či jiné veřejnoprávní povolení je třeba k realizaci předmětu veřejné zakázky, zaslal Úřad dne 31. 8. 2016 žádost o stanovisko na MPO, na kterou obdržel odpověď dne 26. 9. 2016. Jak již bylo uvedeno výše, ze stanoviska MPO vyplynulo, že do úvahy by přicházelo živnostenské oprávnění (koncese) na výrobu tepelné energie a rozvod tepelné energie, případně licence na výrobu a rozvod tepelné energie, či jejich kombinace.
48. Z výpisu z živnostenského rejstříku⁴ a výpisu z obchodního rejstříku⁵ Úřad zjistil, že navrhovatel nedisponuje požadovaným živnostenským oprávněním, ani licencí udělenou Energetickým regulačním úřadem, kterou by bylo možné živnostenské oprávnění nahradit⁶. Sám navrhovatel ostatně ve svém vyjádření ze dne 7. 10. 2016 přiznává, že potřebným oprávněním nedisponuje, pouze licencí pro obchod s plynem.

⁴ Dostupné na http://www.rzp.cz/cgi-bin/aps_cacheWEB.sh?VSS_SERV=ZVWSBJFND

⁵ Dostupné na <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=350046&typ=PLATNY>

⁶ Dostupné na <http://licence.eru.cz/detail.php?lic-id=241218951&sequence=&total=0>

49. Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel nemá a ani nemůže mít zájem na získání veřejné zakázky ve smyslu zákona, neboť nedisponuje potřebným veřejnoprávním povolením, kterým by nicméně disponovat musel, aby se mohl úspěšně ucházet o veřejnou zakázku a případně ji realizovat. Je přitom lhostejné, zda navrhovatel splňuje formální podmínky pro získání takového oprávnění či nikoli, neboť schopnost plnit veřejnou zakázku (tedy reálný zájem na jejím získání) by musel mít již v okamžiku podání námitek proti zadávacím podmínkám, neboť tento nedostatek nelze dodatečně zhojit.
50. Druhou stěžejní podmínkou uvedenou v ust. § 110 odst. 1 zákona, která musí být při zkoumání oprávněnosti navrhovatele pro podání námitek kumulativně s předchozí, shora popsanou podmínkou splněna, je, aby šlo o takového dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
51. Předně je Úřad nucen konstatovat, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou v okamžiku podání návrhu není možné přesně stanovit, avšak musí být nesporné, že došlo k újmě na právech eventuálního dodavatele. Povinností prokázat vznik újmy se podrobně věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc, v němž bylo uzavřeno, že „v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“.
52. Navrhovatel v námitkách ze dne 21. 7. 2016 uvedl, že jemu způsobená újma spočívá v tom, že v důsledku nezákonného postupu zadavatele se nemohl jako uchazeč účastnit zadávacího řízení, „neboť nemůže předložit nabídku, která by byla porovnatelná s nabídkami ostatních uchazečů“. Rovněž v návrhu navrhovatel uvedl, že újma na jeho právech spočívá v nemožnosti účastnit se zadávacího řízení z důvodu nezákonných zadávacích podmínek. Navrhovatel dle svých slov není za současné situace schopen podat relevantní porovnatelnou nabídku, tudíž není schopen veřejnou zakázku získat, ačkoli v zákonném zadávacím řízení by tohoto schopen byl. Navrhovatel tak přichází o potenciální zisk, který mohl generovat při plnění veřejné zakázky.
53. Jak však vyplynulo z výše uvedeného, navrhovatel neměl možnost se zadávacího řízení úspěšně zúčastnit, neboť nedisponuje potřebným veřejnoprávním oprávněním, pročež mu nemohla vzniknout újma spočívající v nemožnosti plnění veřejné zakázky, když takového plnění není vůbec schopen poskytnout, resp. k němu není formálně oprávněn. Jelikož navrhovatel veřejnou zakázku nemohl získat, nemohla mu vzniknout újma spočívající v jejím neplnění, tudíž ani druhou podmínku pro kvalifikované podání námitek nelze považovat za splněnou.
54. Ve světle shora uvedených úvah tedy Úřad uzavírá, že navrhovatel nebyl oprávněn k podání námitek zadavateli. To, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách nesplnění podmínek pro jejich podání nenamítal, na což poukazuje navrhovatel ve svém stanovisku ze dne 7. 10. 2016, na této skutečnosti nemůže nic změnit. Navrhovatel nebyl oprávněnou osobou již v okamžiku podání námitek, tento nedostatek nelze později zhojit (ani se tak v případě navrhovatele nestalo), tudíž námitky navrhovatele nelze považovat za řádně podané, neboť nejsou podány oprávněnou osobou – stěžovatelem.

55. Dále Úřad konstatuje, že navrhovateli nemohla v kontextu uvedených důvodů svědčit ani aktivní legitimace pro podání návrhu, neboť zákon v ust. § 113 stanoví, že se řízení zahajuje na písemný návrh stěžovatele. Vzhledem k výše uvedenému se totiž nelze domnívat, že by navrhovatel byl stěžovatelem v tom smyslu, jak zákon předpokládá. Aktivní legitimace tedy navrhovateli v případě podání návrhu nesvědčila, a to z toho důvodu, že ani při podání námitek nebyl osobou oprávněnou k jejich podání.
56. Pro úplnost Úřad uvádí následující skutečnosti k námitce navrhovatele ohledně kvalifikačních požadavků zadavatele. Zadavatel uvedl požadavky na kvalifikaci v příloze č. 2 zadávací dokumentace. V uvedeném dokumentu je u profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona konkrétně uvedeno, že zadavatel požaduje výpis z živnostenského rejstříku, který bude dokládat, že uchazeč disponuje živnostenským oprávněním „výroba tepelné energie a rozvod tepelné energie, nepodléhající licenci realizovaná ze zdrojů tepelné energie s instalovaným výkonem jednoho zdroje nad 50 kW (koncesovaná živnost)“. Za účelem zjištění, jaké konkrétní živnostenské oprávnění či jiné veřejnoprávní povolení je třeba k realizaci předmětu veřejné zakázky, zaslal Úřad dne 31. 8. 2016 žádost o stanovisko na MPO, na kterou obdržel odpověď dne 26. 9. 2016. Jak již bylo uvedeno výše, ze stanoviska MPO vyplynulo, že do úvahy by přicházelo živnostenské oprávnění (koncese) na výrobu tepelné energie a rozvod tepelné energie, případně licence na výrobu a rozvod tepelné energie, či jejich kombinace. Z uvedeného je proto zřejmé, že požadavek zadavatele na kvalifikaci spočívající v dispozici s uvedeným živnostenským oprávněním není možné považovat za účelový, jak se domnívá navrhovatel, nýbrž za oprávněný.
57. Stran argumentu navrhovatele, že by musel vynaložit náklady pro získání potřebného oprávnění či povolení za situace, kdy nemůže veřejnou zakázku získat, což považuje za iracionální, uvádí Úřad následující. Institut námitek (a následně návrhu) slouží v zákoně k tomu, aby dodavatelé, kteří mají zájem na získání veřejné zakázky a jsou skutečně schopni ji plnit, mohli brojit proti případným nezákonným úkonům zadavatele. Jediným legitimním důvodem pro podání námitek proti nezákonnému úkonu zadavatele je tedy skutečnost, že dodavatel má zájem uspět v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a tuto následně také plnit, a zadavatel mu v tom určitým nezákonným způsobem brání či mu ztěžuje jeho postavení mezi ostatními dodavateli, kteří se o veřejnou zakázku rovněž ucházejí. Pokud dodavatel není reálně schopen zakázku plnit za situace, kdy ani nedisponuje potřebnými oprávněními nezbytnými k její realizaci (k tomu viz zejm. stanovisko MPO uvedené v bodu 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nelze se domáhat, aby mu zákon poskytoval zvláštní prostředky ochrany, neboť na získání zakázky těžko může mít zájem. Zároveň lze konstatovat, že ani případná snaha o to, aby veřejnou zakázku nemohl plnit jiný dodavatel, nemůže být považována za legitimní důvod a nelze se domnívat, že by k takovému postupu a jeho ochraně měl existovat institut námitek a následně podání návrhu. Uvedené je rovněž důvodem, proč musí dodavatel podmínky aktivní legitimace, resp. podmínky pro kvalifikované podání, splňovat již při podání námitek a tento nedostatek nelze dodatečně zhojit, neboť toto by vedlo k účelovému podávání námitek (a případně návrhů). K argumentaci navrhovatele ohledně iracionálních nákladů Úřad uvádí, že pokud by skutečně navrhovatel měl v úmyslu zúčastnit se hospodářské soutěže o veřejnou zakázku a měl reálnou ambici na její získání, nepovažoval by náklady na získání veřejné zakázky za iracionální, ale takové, které je potřeba k účasti v soutěži vynaložit vždy, pokud dodavatel potřebným povolením nedisponuje.

58. Vzhledem ke skutečnosti, že návrh nebyl s ohledem na vše shora uvedené podán oprávněnou osobou, jelikož navrhovatele nelze považovat za stěžovatele ve smyslu ust. § 110 odst. 1 zákona, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. Thomayerova nemocnice, Vídeňská 800/5, 140 59 Praha 4
2. ENERGOREAL, s.r.o., Klapkova 731/34, 182 00 Praha 8

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy