



UOHSX00FNOI6

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0198/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-01372/2022/163

Brno 24. 1. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 15. 12. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **František Čech**, bytem Radonice 29, 257 26 Divišov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-40636/2021/500/Alv ze dne 1. 12. 2021 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2021/VZ ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smluv uzavřených dne 3. 9. 2021 mezi zadavatelem –

- **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 30. 9. 2021 advokátní kanceláří HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

a vybraným dodavatelem –

- **Pražské služby, a.s.**, IČO 60194120, se sídlem Pod Šancemi 444/1, 190 00 Praha 9,

na plnění části 1 „Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků na levém břehu Vltavy část 1“ a části 2 „Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků na pravém břehu Vltavy část 2“ veřejné zakázky „**Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 2. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-006096, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 3. 2021, dne 15. 3. 2021 a dne 22. 3. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 2. 2021

pod ev. č. 2021/S 035-088484, ve znění oprav uveřejněných dne 5. 3. 2021, dne 16. 3. 2021 a dne 23. 3. 2021,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-40636/2021/500/Alv ze dne 1. 12. 2021 vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2021/VZ

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 15. 2. 2021 zahájil zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 30. 9. 2021 advokátní kanceláří HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, (dále jen „**zadavatel**“), jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona na část 1 „Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků na levém břehu Vltavy část 1“ a část 2 „Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků na pravém břehu Vltavy část 2“ veřejné zakázky „Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků“, přičemž citované oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-006096, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 3. 2021, dne 15. 3. 2021 a dne 22. 3. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 035-088484, ve znění oprav uveřejněných dne 5. 3. 2021, dne 16. 3. 2021 a dne 23. 3. 2021, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětná veřejná zakázka byla rozdělena postupem dle § 35 zákona na dvě části – „Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků na levém břehu Vltavy – část 1“ (dále jako „**část 1 VZ**“) a „Komplexní celoroční úklid zastávek MHD a otevřených kolejových svršků na pravém břehu Vltavy – část 2“ (dále jako „**část 2 VZ**“).
3. Předmět plnění pak u obou částí veřejné zakázky dle čl. 3 zadávací dokumentace spočívá v zajištění úklidu zastávek MHD včetně zimního a pozemků ve správě JDCT; úklidu ploch u tramvajových měníren; úklidu otevřených kolejových svršků na levém a pravém břehu

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

Vltavy; metení zastávek MHD a pozemků ve správě JDCT; mytí ploch ve správě JDCT, typových a atypických přístřešků a zastřešení, staničních označků a skříní na jízdní řády, informačních vitrín, zábradlí a plent, mramorových soklů, madel, lavic, sedáků a laviček; vyvážení odpadkových košů včetně likvidace odpadu; odstraňování graffiti; úklidu, včetně zimního, na speciálních stavbách jako jsou lávky, mosty, podchody a přístupové rampy; mimořádné úklidy a úklidy černých skládek na pozemcích JDCT včetně likvidace odpadu. Účelem veřejné zakázky je dle uvedeného článku zadávací dokumentace uzavření smlouvy vždy s jedním dodavatelem na zabezpečení komplexního celoročního úklidu (specifikovaného výše).

4. Lhůta pro podání nabídek byla stanovena v bodě 13 zadávací dokumentace do dne 18. 3. 2021, jak ostatně plyne taktéž z bodu IV.2.2) „Oznámení o zahájení zadávacího řízení – veřejné služby“ uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek. Z bodu VII.1.2) „Oznámení změn nebo dodatečných informací“ uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 3. 2021 vyplývá, že zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek na veřejnou zakázku do dne 31. 3. 2021.
5. Dne 20. 5. 2021 rozhodl zadavatel o výběru vybraného dodavatele – Pražské služby, a.s., IČO 60194120, se sídlem Pod Šancemi 444/1, 190 00 Praha 9, (dále jen „**vybraný dodavatel**“), a to rozhodnutím o výběru z téhož dne, (dále jako „**rozhodnutí o výběru dodavatele**“).
6. Dne 25. 6. 2021 zaslal navrhovatel – František Čech, bytem Radonice 29, 257 26 Divišov, (dále jen „**navrhovatel**“) zadavateli námitky z téhož dne směřující proti rozhodnutí o výběru dodavatele, přičemž v námitkách rozporoval primárně zadávací podmínky, resp. požadavky na technickou kvalifikaci. O těchto námitkách rozhodl zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 9. 7. 2021 tak, že je odmítá. Zadavatel v odůvodnění tohoto rozhodnutí o námitkách uvedl, že navrhovatel není oprávněnou osobou k podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele a předmětné námitky byly rovněž podány opožděně.
7. Dne 2. 8. 2021 zaslal navrhovatel další námitky směřující proti zadávacím podmínkám, resp. smluvním podmínkám, přičemž tyto námitky zadavatel taktéž odmítl, a to rozhodnutím ze dne 4. 8. 2021. Zadavatel byl přesvědčen, že tyto námitky byly podány opožděně, jelikož námitky proti zadávacím podmínkám lze uplatnit pouze ve lhůtě pro podání nabídek.
8. Dne 18. 8. 2021 obdržel zadavatel od navrhovatele opětovně námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám, a to konkrétně proti délce lhůty k podání nabídek. O těchto námitkách navrhovatele zadavatel nijak nerozhodl.
9. Dne 3. 9. 2021 uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem smlouvu na část 1 VZ a část 2 VZ.
10. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) dne 21. 9. 2021 obdržel od navrhovatele návrh z téhož dne na uložení zákazu plnění smlouvy, resp. smluv uzavřených na část 1 VZ a část 2 VZ.
11. Dnem 21. 9. 2021, kdy Úřad obdržel shora uvedený návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o návrhu navrhovatele na zákaz plnění smluv uzavřených mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na část 1 VZ a část 2 VZ (dále jako „**návrh na zákaz plnění smluv**“).
12. Návrhem na zákaz plnění smluv navrhovatel namítal, že zadavatel postupoval při uzavření smluv na část 1 VZ a část 2 VZ v rozporu se zákonem, neboť dle § 246 zákona běžela tzv. blokační lhůta, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky.

Tím, že zadavatel nevypořádal navrhovatelem podané námitky, nastala dle navrhovatele fikce jejich odmítnutí ve smyslu § 245 odst. 5 zákona. V důsledku tohoto údajně počala běžet lhůta pro podání návrhu na zahájení správního řízení u Úřadu, a tedy i tzv. blokační lhůta. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel postupoval v rozporu s § 246 odst. 1 písm. c) zákona, když smlouvy s vybraným dodavatelem uzavřel již dne 3. 9. 2021, tedy ještě ve lhůtě pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Navrhovatel v návrhu uvedl, že se o uzavření smluv na část 1 VZ a část 2 VZ dozvěděl dne 9. 9. 2021 prostřednictvím profilu zadavatele.

13. Návrhem se navrhovatel domáhal uložení zákazu plnění smluv na část 1 VZ a část 2 VZ.
14. Zadavatel ve vyjádření k návrhu ze dne 30. 9. 2021 předně sdělil, že navrhovatel v průběhu zadávacího řízení nevznesl žádný dotaz k zadávacím podmínkám, přičemž nepodal nabídku ani do jedné části veřejné zakázky. Navrhovatel je dle zadavatele osobou nezpůsobilou pro plnění předmětu veřejné zakázky, jelikož nedisponuje ani živnostenským oprávněním a není zapsán v obchodním rejstříku, a tedy nesplňuje podmínky profesní způsobilosti ve smyslu § 77 zákona. Dle zadavatele tak navrhovatel není subjektem, o kterém by bylo možné uvažovat jako o potenciálním dodavateli. Zadavatel dále ve vyjádření konstatoval, že první námitky navrhovatele obdržel více než měsíc po rozeslání oznámení o výběru dodavatele a téměř dva měsíce po uplynutí lhůty k podání nabídek (obdobně pak u druhých námitkách). Poslední navrhovatelem uplatněné námitky zadavatel nevypořádal právě s ohledem na jejich zjevně obstrukční charakter. Dle zadavatele byly tyto námitky opožděné a neobsahovaly reálnou újmu, která navrhovateli v důsledku tvrzeného porušení zákona zadavatelem vznikla či hrozila. Navrhovatelovo podání označené jako námitky dle zadavatele taktéž nespĺňovalo náležitosti námitky a nemohlo tak vyvolat právní účinky spojené s podáním námitky. V tomto případě proto nedošlo k aktivaci tzv. blokační lhůty ve smyslu § 246 zákona. Zadavatel proto byl zcela oprávněn uzavřít smlouvu na plnění obou částí veřejné zakázky. Návrh na zákaz plnění smluv by měl být dle zadavatele s ohledem na již uvedené zamítnut. Zadavatel dále závěrem konstatoval, že na pokračování plnění předmětných smluv existuje veřejný zájem.
15. Zadavatel ve svém vyjádření dále upozornil na nesprávné složení kauce dle § 255 odst. 1 zákona, přičemž uvedl, že správní řízení by mělo být dle § 257 písm. c) zákona zastaveno.
16. Usnesením Úřadu ze dne 29. 9. 2021, č. j. ÚOHS-32896/2021/535/MNe byl navrhovatel vyzván k objasnění jím podaného návrhu z hlediska výše složené kauce a tvrzení o vzniklé újmě. Usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 2. 10. 2021.
17. Navrhovatel ve svém stanovisku ze dne 5. 10. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, sdělil, že jím složená kauce se vztahovala na uložení zákazu plnění obou smluv uzavřených dne 3. 9. 2021 na část 1 VZ a část 2 VZ. Navrhovatel tak na základě výzvy Úřadu doplnil svůj návrh o složení další kauce ve výši 200 000 Kč tak, aby byla příslušná kauce složena pro obě smlouvy uzavřené s vybraným dodavatelem. K otázce vzniklé újmy navrhovatel sdělil, že s ohledem na vyčítaná pochybení zadavatele nebyl schopen účastnit se zadávacího řízení, a proto nemohl generovat zisk v rámci této veřejné zakázky. Navrhovatel dále uvedl, že přestože není subjektem, který by se mohl zadávacího řízení účastnit sám bez podpory dalšího, ekonomicky silnějšího, subjektu, nelze *a priori* dovozovat, že by vůbec nebyl schopen se zadávacího řízení účastnit. Navrhovatel je tak přesvědčen, že v jeho případě existovala minimálně teoretická možnost

veřejnou zakázku získat, a to právě v případě, že by se zadávacího řízení účastnil společně s jiným účastníkem.

II. Napadené rozhodnutí

18. Dne 1. 12. 2021 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-40636/2021/500/Alv vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2021/VZ (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
19. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl tak, že se návrh navrhovatele na uložení zakazu plnění smluv uzavřených na část 1 VZ a část 2 VZ podle § 265 písm. b) zákona zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.
20. Úřad napadené rozhodnutí odůvodnil tím, že navrhovatel neunesl důkazní břemeno ohledně aktivní legitimace k podání návrhu na zákaz plnění smluv. Navrhovatel, jakožto fyzická osoba, jež není zapsána v živnostenském ani obchodním rejstříku, totiž není způsobilý k plnění předmětu veřejné zakázky a nemůže být považován za potenciálního dodavatele, tj. dodavatele ve smyslu § 5 zákona. Ačkoliv navrhovatel tvrdí, že za účelem prokázání splnění profesní způsobilosti či technické kvalifikace by se ucházel o veřejnou zakázku společně s jiným (ekonomicky silnějším) účastníkem a mohl by tak uspět, Úřad s tímto nesouhlasí. Navrhovatel by spolu s jiným dodavatelem sice mohl prokázat splnění tolika technické kvalifikace, nikoliv však splnění podmínek profesní způsobilosti. Profesní způsobilost totiž musí prokázat každý z dodavatelů podávajících společnou nabídku samostatně. Úřad dospěl k závěru, že navrhovatel nebyl oprávněn k podání návrhu na zákaz plnění smluv, jelikož mu uzavřením smluv nemohla vzniknout újma, resp. nemohl hrozit vznik újmy.

III. Rozklad navrhovatele

21. Dne 15. 12. 2021 podal navrhovatel k předsedovi Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí, které mu bylo doručeno dne 1. 12. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

22. Navrhovatel v rozkladu předně uvádí, že napadené rozhodnutí vychází z nesprávného posouzení povinnosti prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 1 zákona. Z jazykového i logického výkladu předmětného ustanovení totiž plyne povinnost předložit doklad pouze u osob zapsaných v obchodním rejstříku či v jiné obdobné evidenci. Fyzické osoby, jako je navrhovatel, však povinnost zápisu do obchodního rejstříku či jiné obdobné evidence nemají. Skutečnost, že některý dodavatel nemůže předložit dané doklady, by tak bezdůvodně bránila těmto dodavatelům v účasti v zadávacích řízeních. Závěr Úřadu o nezpůsobilosti navrhovatele k plnění předmětu veřejné zakázky proto není dle navrhovatele správný. Pokud by totiž měl být výklad Úřadu pravdivý, nemohla by se žádná fyzická osoba účastnit zadávacích řízení, pokud by nebyla zapsána v obchodním rejstříku či jiné obdobné evidenci. Navrhovatel dále uvádí, že ačkoliv sám nedisponuje živnostenským oprávněním k podnikání v rámci předmětu nyní řešené veřejné zakázky, mohl by profesní způsobilost prokázat ve spojení s jiným dodavatelem. Navrhovatel navíc upozorňuje, že předmět plnění veřejné zakázky spadá pod živnost volnou, jež je živností ohlašovací, a proto by její vyřízení bylo pouze otázkou jednoduchého administrativního úkonu, který by navrhovatel učinil, kdyby byly zadávací podmínky stanoveny v souladu se zákonem. Stejně tak by se spojil s jiným dodavatelem

a podal společnou nabídku, kdyby nebyl přesvědčen, že jsou zadávací podmínky rozporné se zákonem.

23. V tomto případě je dle navrhovatele hrozba újmy v podobě ušlého zisku z realizace veřejné zakázky v důsledku porušení zákona zadavatelem jasně dána, jelikož navrhovatel ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Smlouvy na část 1 VZ a část 2 VZ byly dle navrhovatele uzavřeny v tzv. blokační lhůtě dle § 246 odst. 1 písm. c) zákona, a proto je jeho návrh opodstatněný.

Závěr rozkladu

24. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu plně vyhověl podanému rozkladu a napadené rozhodnutí změnil tak, že se zadavateli ukládá zákaz plnění smluv uzavřených na část 1 VZ a část 2 VZ ve smyslu § 264 zákona.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

25. Zadavatel se ve svém vyjádření ze dne 21. 12. 2021, doručeném Úřadu téhož dne, vyjadřuje předně k rozhodovací praxi, na kterou odkazuje navrhovatel v rozkladu. Zadavatel ve svém vyjádření dále poukazuje na to, že navrhovatelem odkazované rozhodnutí Úřadu naopak vyvrací tvrzení navrhovatele. Úřad v odkazovaném rozhodnutí přiznal aktivní legitimaci k podání návrhu právě z důvodu toho, že daný navrhovatel disponoval živnostenským oprávněním, a mohl tak prokázat zájem na realizaci veřejné zakázky. Dle zadavatele je argumentace navrhovatele absurdní, jelikož by tak mohl každý, kdo splňuje požadavky základní způsobilosti, iniciovat přezkumné řízení u Úřadu. V takovém případě by nutně přibývalo obstrukčních návrhů. Zadavatel rovněž pochybuje o tom, že si navrhovatel nevyřídil živnostenské oprávnění a nesdružil se s jiným dodavatelem pouze z důvodu shledání nezákonnosti zadávacích podmínek. Pokud by tomu tak bylo, snažil by se navrhovatel o jejich nápravu podáním včasných námitek, což se nestalo. Zadavatel taktéž nerozumí tomu, jak může navrhovatel prokázat své zkušenosti, když nedisponuje ani oprávněním podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu plnění veřejné zakázky.
26. Zadavatel shrnuje, že k aktivní legitimaci nepostačí prokázat zájem o realizaci veřejné zakázky, ale musí být prokázána také vzniklá či hrozící újma, která v tomto případě prokázána nebyla. Za oprávněnou osobu lze pak dle zadavatele považovat takovou osobu, která působí na relevantním trhu, přičemž předmět podnikání této osoby souvisí alespoň s částí zadavatelem poptávaného plnění. Navrhovatel však touto osobou dle zadavatele není.
27. K běhu tzv. blokační lhůty ve smyslu § 246 odst. 1 písm. c) zákona zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že námitky ze dne 18. 8. 2021 nelze považovat za námitky ve smyslu zákona, a tyto tedy nemohou vyvolávat žádné právní účinky. V daném případě proto dle zadavatele nedošlo k aktivaci běhu blokační lhůty. Zadavatel dále konstatuje, že tyto námitky byly obstrukčního charakteru, a proto je již dále nevyřadil.

V. Řízení o rozkladu

28. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a podle § 88 odst. 1 správního řádu, a proto předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
30. Úřad tím, že rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu navrhovatele.

VI. K námitkám rozkladu

31. Spornou otázkou je v tomto případě aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na uložení zákazu plnění smluv ve smyslu § 254 zákona. Úřad v napadeném rozhodnutí vyslovil právní závěr, že navrhovatel není osobou oprávněnou podat předmětný návrh, jelikož o navrhovateli nelze uvažovat jako o potenciálním dodavatel. Navrhovatel však tento závěr Úřadu rozporuje, přičemž uvádí, že by se jakožto dodavatel mohl ve spojení s jiným silnějším dodavatelem účastnit zadávacího řízení, což z něj potenciálního dodavatele činí. Navrhovateli tak vznikla újma v podobě ušlého zisku tím, že se v důsledku nezákonně nastavených zadávacích podmínek nemohl účastnit zadávacího řízení. Tím, že zadavatel uzavřel smlouvy na plnění veřejné zakázky, porušil § 246 odst. 1 písm. c) zákona, a proto navrhovatel podal návrh na zákaz plnění smluv.
32. Předseda Úřadu tak v intencích rozkladových námitek přistoupí k posouzení toho, zda byl navrhovatel legitimován k podání návrhu na zákaz plnění smluv.
- K aktivní legitimaci navrhovatele*
33. Základní východiska pro vymezení osob oprávněných k podání návrhu upravují následující ustanovení zákona.
34. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
35. Podle § 249 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.
36. Podle § 250 odst. 1 je dáno, že návrh lze podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele.
37. Podle § 250 odst. 2 zákona platí, že po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku či rámcové dohody lze podat pouze návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254, a to i bez předchozího podání námitek.

38. Podle § 251 odst. 1 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
39. Pro závěr o tom, kdo je aktivně legitimován k podání návrhu (dle § 250 i § 254 zákona), lze vycházet již z § 241 zákona, který rozvíjí to, kdo je osobou oprávněnou bránit se vůči postupu zadavatele, a to jednak formou primární ochrany skrze námitky a následně v podobě sekundární ochrany prostřednictvím návrhu na zahájení správního řízení. Stěžovatelem, resp. navrhovatelem je pak **dodavatel ve smyslu § 5 zákona, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma**². Uvedené obecné podmínky aktivní legitimace musí být splněny kumulativně.
40. Výše uvedené plyne taktéž z relevantních ustanovení právních předpisů Evropské unie, zejména ze směrnice Rady č. 89/665/EHS, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce ze dne 21. 12. 1989, která byla změněna směrnicí Evropského Parlamentu a Rady č. 2007/66/ES ze dne 11. 12. 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek, (dále jako „**směrnice**“). Konkrétně pak z článku 1 odst. 3 směrnice plyne, že: *„Členské státy zajistí, aby bylo přezkumné řízení podle prováděcích pravidel, která mohou členské státy samy stanovit, dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda.“*
41. Návrh na zákaz plnění ve smyslu § 254 odst. 1 písm. b) zákona (podaný i v nyní řešeném případě) se konkrétně vztahuje na situace, kdy dojde k uzavření smlouvy na plnění v rámci zadávacího řízení, v němž byl postup zadavatele napadán, čímž byla aktivována blokační lhůta ve smyslu § 246 zákona. Za aktivně legitimovaného k podání takového návrhu pak lze ve světle výše uvedeného považovat dodavatele ve smyslu § 5, kterému může uzavřením smlouvy vzniknout újma, přičemž tento dodavatel se uchází o předmětnou veřejnou zakázku a současně spatřuje v určitém kroku zadavatele nezákonnost, která by mohla ovlivnit výsledek zadávacího řízení.
42. Podmínku dodavatele ve smyslu § 5 zákona lze vykládat tím způsobem, že se jedná o dodavatele, který působí na trhu, přičemž jeho činnost souvisí s alespoň částí zadavatelem poptávaného plnění. Jinými slovy dodavatel poskytuje (je schopen poskytovat) plnění, které je v rámci veřejné zakázky poptáváno, a to alespoň částečně. Tuto podmínku je tak nutno obecně považovat za splněnou tehdy, jestliže by příslušný subjekt alespoň potenciálně mohl poptávané plnění, resp. jeho dílčí část, pro zadavatele zajišťovat.

² Obdobně viz rozhodnutí Úřadu ze dne 18. 2. 2020, č. j. ÚOHS-05492/2020/532/MOn vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0461/2019/VZ nebo také rozhodnutí Úřadu ze dne 12. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0335/2018/VZ-29812/2018/522/RCh.

43. Druhá z podmínek aktivní legitimace vyžaduje, aby dodavateli v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozila nebo vznikla újma. V zásadě postačí, aby byla újma prokázána alespoň v tom smyslu, že dodavatel ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Pro doplnění lze odkázat také na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013, příp. na rozhodnutí předsedy č. j. ÚOHS-R0030/2019/VZ-10933/2019/322/DJa ze dne 17. 4. 2019.
44. Po prostudování spisového materiálu má však předseda Úřadu za to, že nebyla naplněna první podmínka aktivní legitimace, a sice, že by bylo možné navrhovatele považovat za potenciálního dodavatele. Dodavatelem ve smyslu § 5 zákona zpravidla bude podnikatel, jak ostatně plyne z komentářové literatury³. Základním definičním znakem dodavatele je pak to, že tento dodavatel nabízí zboží, služby nebo stavební práce. Může jím být fyzická i právnická osoba, více těchto osob společně, příp. pobočka závodu. Nicméně, aby někdo mohl být považován za dodavatele ve smyslu § 5 zákona, musí být schopen prokázat, že je oprávněn, resp. schopen veřejnou zakázku realizovat. V nyní řešeném případě byla zadávána nadlimitní veřejná zakázka, přičemž v případě jejího zadání je zadavatel povinen, jak plyne z § 73 odst. 2 písm. a) zákona, stanovit požadavky profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 zákona. Z tohoto lze usoudit, že za potenciálního dodavatele lze považovat pouze osobu, jež splňuje požadavky profesní způsobilosti ve smyslu § 77 odst. 1 zákona. Dle předmětného ustanovení je dodavatel povinen se prokázat výpisem z obchodního rejstříku nebo jiné obdobné evidence. Lze usuzovat, že tímto dodavatelem pro účely nyní řešené nadlimitní veřejné zakázky na úklidové služby musí být podnikatel, resp. osoba disponující oprávněním k podnikání v rozsahu předmětu veřejné zakázky. Uvedené podporuje také § 421 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, (dále jako „OZ“), dle kterého se za podnikatele se považuje osoba zapsaná v obchodním rejstříku. Dle § 421 odst. 2 OZ se pak má za to, že podnikatelem je osoba, která má živnostenské oprávnění nebo oprávnění podle jiného zákona.
45. Pro účely posouzení naplnění první z podmínek aktivní legitimace je proto nezbytné posoudit splnění profesní způsobilosti navrhovatele. Předseda Úřadu k tomuto přistoupí ve světle uplatněných rozkladových námitek.
46. Jestliže navrhovatel k předložení dokladů prokazujících profesní způsobilost v rozkladu namítá, že jakožto fyzická osoba nedosahující stanoveného finančního limitu⁴, nemusí být zapsán v obchodním rejstříku, jedná se o tvrzení pravdivé. Nemění to ovšem nic na tom, že požadavek na předložení výpisu z obchodního rejstříku, resp. jiné obdobné evidence plyne přímo ze zákona a doložení tohoto dokladu tak bylo pro prokázání splnění profesní způsobilosti nezbytné. Dle komentářové literatury pak: „*Povinnost předložit výpis z obchodního rejstříku (je-li v něm nebo v jiné obdobné evidenci – například v evidenci zemědělského podnikatele podle zákona č. 252/1997 Sb. zapsán) má dodavatel vždy.*“⁵ V případě fyzické osoby nezapsané v obchodním rejstříku by pak připadalo v úvahu předložení právě výpisu z jiné evidence, tj. například doklad o oprávnění k podnikání, tedy

³ DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 42.

⁴ § 45 odst. 1 zákona č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob.

⁵ DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 475.

tzv. živnostenské oprávnění. Nelze však přisvědčit tvrzení navrhovatele, že fyzická osoba není povinna předložit žádný dokument prokazující splnění profesní způsobilosti, neboť i fyzická osoba musí být oprávněna podnikat (musí mít veřejnoprávní povolení podnikat), aby tak mohla činit legálně. Vzhledem k uvedenému tak námitce navrhovatele ve své podstatě nelze přisvědčit.

47. Ohledně požadavku na předložení dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona platí, že pokud uvedený doklad zadavatel v zadávací dokumentaci vyžadoval k prokázání profesní způsobilosti, měl by jím potenciální dodavatel disponovat. Stanovení požadavků zadávací dokumentace je totiž čistě v diskreci zadavatele, který při stanovení těchto požadavků musí toliko respektovat požadavky zákona, a to se zohledněním základních zásad zadávání veřejných zakázek. Neznamená to však, že by zadavatel tento požadavek nemohl stanovit, ostatně mu přímo toto oprávnění zákon zakládá (viz návětí § 77 odst. 2). Nelze odhlédnout rovněž od toho, že právě tímto dokumentem by bylo možné prokázat splnění profesní způsobilosti ve smyslu § 77 odst. 1 zákona. Jestliže však navrhovatel tímto oprávněním nedisponuje (případě nemá ani podanou žádost o předmětné živnostenské oprávnění), lze usoudit, že navrhovatel viditelně nesplňuje podmínky profesní způsobilosti. Z logiky věci tak tento dodavatel nemůže být brán za potenciálního dodavatele, který by byl schopen pro zadavatele zajišťovat plnění veřejné zakázky. Stanovení tohoto požadavku je navíc zcela běžné a vzhledem k povaze a rozsahu veřejné zakázky i odůvodnitelné. Lze říci, že ve vztahu k posouzení aktivní legitimity je dispozice živnostenským oprávněním jedním ze způsobů prokázání skutečného zájmu o veřejnou zakázku. Pro účely aktivní legitimity by zřejmě bylo dostatečné, kdyby navrhovatel měl podanou alespoň žádost o předmětné živnostenské oprávnění, která by prokazovala jeho zájem o získání veřejné zakázky. V tomto případě však tato situace nenastala. Námitkám navrhovatele tak nelze přisvědčit, jelikož jsou nedůvodné.
48. Předseda Úřadu tímto nezamýšlí hodnotit, zda by navrhovatel splnil podmínky profesní způsobilosti v zadávacím řízení, kdyby podal nabídku, ani mu takové hodnocení nepřísluší. Je však nezbytné dále reagovat na argument navrhovatele, dle kterého by mohla být profesní způsobilost doplněna prostřednictvím prokázání profesní způsobilosti jiným dodavatelem. S tímto tvrzením navrhovatele však nelze souhlasit. Dle § 82 zákona splnění požadavku na profesní způsobilost prokazuje každý dodavatel v případě společné účasti dodavatelů samostatně. Je tedy zřejmé, že navrhovatel by nebyl schopen profesní způsobilost za tohoto stavu doložit, jelikož nedisponuje zadavatelem požadovanými doklady. Mezi tyto doklady dle bodu 8.3 zadávací dokumentace patří – výpis z obchodního rejstříku nebo jiné obdobné evidence a doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky dle ustanovení § 77 odst. 2 písm. a) zákona (živnostenské oprávnění v rozsahu Výroba obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona). Jak již zaznělo výše, ani jedním z dokumentů navrhovatel nedisponuje, což v návrhu ani v rozkladu nikterak nerozporuje. Nelze tedy tvrdit, že by byl navrhovatel profesně způsobilý k plnění veřejné zakázky a zároveň, že by mohl být potenciálním dodavatelem.
49. Zároveň je třeba konstatovat, že navrhovatel v průběhu správního řízení ani neprokázal, že by měl skutečný zájem o realizaci nyní řešené veřejné zakázky, který by mohl doložit například uzavřením smlouvy na spolupráci s jiným dodavatelem pro účely podání společné nabídky, samotným podáním nabídky do zadávacího řízení, žádostí o vysvětlení zadávací

dokumentace, ev. alespoň podáním včasných námitek proti zadávacím podmínkám či doložením živnostenského oprávnění. Zároveň navrhovatel ani netvrdil, že by veřejné zakázky obdobného typu již v minulosti realizoval (ať již sám nebo ve spojení s jiným dodavatelem), příp. že by na trhu nabízel totožné či obdobné plnění. Navrhovatel tedy nijak neprokázal, že by byl způsobilý veřejnou zakázku plnit, tedy, že by mohl být potenciálním dodavatelem, jakožto neprokázal, že učinil kroky pro získání veřejné zakázky.

50. Se zřetelem k výše uvedenému lze konstatovat, že navrhovatel nijak neprokázal, že by mohl být v případě nyní řešené veřejné zakázky potenciálním dodavatelem. Jestliže nelze o navrhovateli uvažovat jako o potenciálním dodavateli, nemůže být nikdy ani druhá podmínka aktivní legitimace splněna. Jestliže totiž navrhovatel neprokázal reálný zájem o realizaci veřejné zakázky a nelze jej zároveň shledat potenciálním dodavatelem, je těžko představitelné, že by mu hrozila nebo vznikla v důsledku postupu zadavatele újma. Komentářová literatura taktéž uvádí, že: „*O hrozící újmu se přitom zpravidla nebude jednat v případech, kdy stěžovatel vůbec nedisponuje příslušnými živnostenskými oprávněními či veřejnoprávními povoleními nezbytnými k plnění veřejné zakázky, a nemohl tedy veřejnou zakázku ani teoreticky plnit.*“⁶ Zkoumání naplnění druhé podmínky aktivní legitimace navrhovatele by tak v tuto chvíli bylo nadbytečné. Námítkám navrhovatele vztahujícím se ke vzniku či hrozbě újmy proto nelze přisvědčit, jelikož navrhovateli reálně žádná újma nemohla vzniknout ani hrozit.
51. Pro doplnění lze uvést, že je to právě navrhovatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně prokázání zájmu na získání veřejné zakázky nebo vzniku či hrozby újmy na svých právech.⁷ K obdobnému závěru dospěl také Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013 – 272, v němž pokládá: „*za plně legitimní, aby dodavatel, který se domáhá přezkumu úkonů zadavatele v zadávacím řízení, prokázal, že měl reálný zájem na získání předmětné veřejné zakázky a že mu tvrzeným porušením zákona hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.*“ Jestliže tedy navrhovatel výše uvedené neprokáže, nelze jej považovat za aktivně legitimovaného k podání návrhu. Jak ostatně uvedl již Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku: „*smyslem § 110 odst. 1 ZVZ a čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice je umožnit z věcného i osobního hlediska pokud možno co nejširší přístup k přezkumnému řízení, nicméně při současné snaze eliminovat návrhy, které jsou očividně obstrukční anebo šikanózní, případně z materiálního hlediska opožděné proto, že si dodavatel svých práv v době, kdy bylo ještě možné proti postupu zadavatele účinně zakročit, nehleděl (přestože mu tak velí minimálně obecná právní zásada *vigilantibus iura scripta sunt*).*“⁸ Je proto na navrhovateli, aby unesl břemeno důkazní v otázce aktivní legitimace k podání návrhu.
52. Závěrem lze shledat, že napadené rozhodnutí je správné, jelikož navrhovatel skutečně neunesl důkazní břemeno ohledně aktivní legitimace k podání předmětného návrhu.
53. Jelikož předseda Úřadu již dospěl k závěru, že aktivní legitimace navrhovatele nebyla dána, jsou další námítky navrhovatele, směřující k meritu věci (porušení zákona zadavatelem),

⁶ DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 1144.

⁷ Rozhodnutí Úřadu ze dne 14. 8. 2013, č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-15372/2013/511/MFI.

⁸ Ačkoliv se rozsudek vztahuje k předchozí právní úpravě zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, je plně aplikovatelný i na nyní řešený případ.

irelevantní. Předseda Úřadu však i přesto přistoupí k jejich stručnému vypořádání, přičemž uvádí následující.

54. Vzhledem k tomu, že § 241 odst. 1 zákona hovoří v případě aktivní legitimace k podání námitek o dodavateli, kterému postupem zadavatele hrozí nebo vznikla újma, lze konstatovat, že navrhovatel nebyl v tomto případě aktivně legitimován ani k podání samotných námitek. Jestliže v tomto případě nebyly podány námitky oprávněnou osobou, nemohla začít běžet lhůta pro podání návrhu na zahájení řízení ve smyslu § 251 odst. 3 zákona. Ostatně pak také nedošlo k aktivaci tzv. blokační lhůty ve smyslu § 246 odst. 1 písm. c) zákona. Uvedené potvrzuje taktéž rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 4. 2019, č. j. 62 Af 69/2017-193, konkrétně bod 19 tohoto rozsudku. Nelze proto přisvědčit tvrzení navrhovatele, že zadavatel porušil zákaz uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, jelikož v nyní řešeném případě blokační lhůta neběžela. Návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smluv by, kromě nedostatku aktivní legitimace, byl rovněž nedůvodný.
55. Nad rámec předseda Úřadu uvádí, že navrhovatel v tomto případě učinil celkem tři podání označená jako námitky, jak je shrnuto v bodech 6 – 8 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Uvedené námitky směřovaly proti zadávacím podmínkám, resp. první námitky byly označeny jako námitky proti rozhodnutí o výběru, jejich obsah však směřoval proti zadávacím podmínkám. Dané podání je nutno hodnotit podle jeho obsahu, jednalo se tedy o námitky proti zadávacím podmínkám. V takovém případě je nutno říci, že tyto námitky by byly, i v případě aktivně legitimovaného stěžovatele, uplatněny opožděně, jelikož námitky proti zadávacím podmínkám lze uplatnit v souladu s § 242 odst. 4 zákona do konce běhu lhůty pro podání nabídek, což bylo v tomto případě do 31. 3. 2021. První námitky však byly uplatněny až dne 25. 6. 2021. V případě, že bychom přisvědčili tomu, že se jednalo o námitky proti rozhodnutí o výběru dodavatele, jednalo by se o námitky nepřipustné. Dle § 241 odst. 3 zákona totiž takové námitky může podat pouze účastník zadávacího řízení, což navrhovatel v tomto případě nebyl. Námitky uplatněné navrhovatelem jako druhé a třetí v pořadí lze rovněž označit za opožděné, jelikož směřovaly taktéž proti zadávacím podmínkám (důvod viz výše). Lze proto shledat, že i kdyby byl navrhovatel aktivně legitimován k podání námitek a následně k podání návrhu k Úřadu, nebyl by se svým návrhem zjevně úspěšný. Opožděně podané námitky totiž nespouští běh blokační lhůty ve smyslu § 246 odst. 1 písm. c)⁹. Zadavateli by tak ani v tomto případě nic nebránilo v uzavření smlouvy a návrh na zákaz plnění by tak byl zamítnut s ohledem na jeho nedůvodnost.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

56. Předseda Úřadu dále napadené rozhodnutí přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež dospěl k závěru, že Úřad rozhodl v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy.
57. K zákonnosti napadeného rozhodnutí lze poukázat na to, že Úřad zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Úřad také řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl ke svým závěrům. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí lze považovat

⁹ Ostatně ani aktivaci blokační lhůty podle § 246 odst. 1 písm. b) zákona.

za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně nebyla zjištěna procesní vada, která by mohla mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

Shrnutí

58. Závěrem lze shrnout, že navrhovatel neunesl důkazní břemeno prokázání aktivní legitimace k podání návrhu na zákaz plnění smlouvy. Navrhovatel neprokázal reálný zájem na realizaci veřejné zakázky, jakožto jemu vzniklou či hrozící újmu v důsledku postupu zadavatele. Úřad proto rozhodl správně, když návrh navrhovatele zamítl, jelikož byl podán neoprávněnou osobou.

VII. Závěr

59. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1
Pražské služby, a.s., Pod Šancemi 444/1, 190 00 Praha 9
František Čech, Radonice 29, 257 26 Divišov

Vypraveno dne

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