UOHSX00FF79M

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0225/2021/VZ Brno 11. 11. 2021
Číslo jednací: ÚOHS-37931/2021/500/AIv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 11. 6. 2021 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- navrhovatel – VPP Group a.s., IČO 05191211, se sídlem Palackého 233, 281 01 Velim, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 4. 2021 Mgr. Danielem Hájkem, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 12029, IČO 71467653, se sídlem Vinohradská 29/93, 120 00 Praha 2,
- strany smlouvy:
  - zadavatel – Česká republika – Úřad vlády České republiky, IČO 00006599, se sídlem nábřeží Edvarda Beneše 128/4, 118 00 Praha 1,
  - Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 16. 11. 2020 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, IČO 48191892, STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9,

ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy o dílo č. 21/068-0 – „SMLOUVA O DÍLO“ – uzavřené dne 19. 5. 2021 zadavatelem – Česká republika – Úřad vlády České republiky, IČO 00006599, se sídlem nábřeží Edvarda Beneše 128/4, 118 00 Praha 1 – na plnění veřejné zakázky „Obnova zahrady Strakovy akademie - stavební práce“ zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení

bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 6. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 6. 2020 pod ev. č. Z2020-022176, ve znění opravy uveřejněné dne 13. 7. 2020, přičemž oznámení o zadání bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 6. 2021,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – VPP Group a.s., IČO 05191211, se sídlem Palackého 233, 281 01 Velim – **na uložení zákazu plnění smlouvy o dílo č. 21/068-0** uzavřené dne 19. 5. 2021 mezi zadavatelem – Česká republika – Úřad vlády České republiky, IČO 00006599, se sídlem nábřeží Edvarda Beneše 128/4, 118 00 Praha 1 – a vybraným dodavatelem – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice – **na plnění veřejné zakázky „Obnova zahrady Strakovy akademie - stavební práce“ se podle ustanovení § 265 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.**

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ZADAVATELE PŘED UZAVŘENÍM SMLOUVY

1. Zadavatel – Česká republika – Úřad vlády České republiky, IČO 00006599, se sídlem nábřeží Edvarda Beneše 128/4, 118 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 26. 6. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Obnova zahrady Strakovy akademie - stavební práce“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 6. 2020 pod ev. č. Z2020-022176 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. V bodu II.1.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, přičemž v bodu II.1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení je k předmětu plnění veřejné zakázky uvedeno, že *„[p]ředmětem celé VZ je kompletní zahradnická a technická obnova zahrady Strakovy akademie včetně nových bezpečnostních prvků. VZ je rozdělena na 2 části zadávané v samostatných zadávacích řízeních.*

   Předmětem této části veřejné zakázky [je] kompletní zahradnická a technická obnova zahrady Strakovy akademie, tj. zejména výměna všech zpevněných i nezpevněných ploch, výměna a rozšíření závlahového systému, nové osvětlení zahrady a budovy Strakovy akademie směrem k nábřeží Vltavy, nové vodní prvky (fontána a mlžení cest), včetně možného scénického propojení se světelnými a hudebními efekty. (…)“.

3. Zadavatel stanovil v bodu II.2.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 60 860 000,- Kč bez DPH.

4. V bodu III.1.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel v dalším určil, že veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení, přičemž v bodě III.3.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovil lhůtu pro podání nabídek do 4. 8. 2020. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem následně změněna tak, že konečná lhůta pro podání nabídek byla stanovena na 18. 8. 2020.

5. Z „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 18. 8. 2020 (dále jen „protokol o otevírání nabídek“) vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem tři nabídky, a to včetně nabídky

dodavatele Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 16. 11. 2020 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, IČO 48191892, STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9 (dále jen „vybraný dodavatel“) a nabídky dodavatele – VPP Group a.s., IČO 05191211, se sídlem Palackého 233, 281 01 Velim, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 4. 2021 Mgr. Danielem Hájkem, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 12029, IČO 71467653, se sídlem Vinohradská 29/93, 120 00 Praha 2 (dále jen „navrhovatel“).

6. Zadavatel „Rozhodnutím zadavatele o výběru dodavatele“ ze dne 31. 3. 2021 (dále jen „rozhodnutí o výběru“), které téhož dne oznámil, když uveřejnil na svém profilu zadavatele „Oznámení zadavatele o výběru dodavatele“ ze dne 31. 3. 2021, rozhodl dle § 122 zákona o výběru nejvýhodnější nabídky, kterou je nabídka vybraného dodavatele.

7. Následně dne 19. 5. 2021 zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo č. 21/068-0 na plnění veřejné zakázky (dále jen „smlouva“).

8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel je přesvědčen, že postup zadavatele při uzavírání smlouvy představuje porušení zákona, podal dne 11. 6. 2021 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na uložení zákazu plnění smlouvy (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

9. V podaném návrhu navrhovatel brojí proti uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, která měla být uzavřena v rozporu s ustanovením § 246 odst. 1 písm. d) zákona v době trvání blokační lhůty, v důsledku čehož by měl Úřad uložit zadavateli zákaz plnění smlouvy.

10. V úvodu návrhu navrhovatel stručně shrnuje průběh zadávacího řízení po výběru dodavatele ze dne 31. 3. 2021, včetně průběhu správního řízení vedeného u Úřadu ve věci veřejné zakázky pod sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ, které bylo zahájeno k návrhu navrhovatele a které bylo usnesením č. j. ÚOHS-16401/2021/531/JHl ze dne 14. 5. 2021 (dále též „usnesení o zastavení správního řízení“) zastaveno, neboť v souvislosti s podáním návrhu nebyla navrhovatelem složena kauce. Navrhovatel sděluje, že o uzavření smlouvy se dozvěděl dne 4. 6. 2021 nahlédnutím do registru smluv. Pakliže zadavatel uzavřel dne 19. 5. 2021 smlouvu, porušil zákon, neboť smlouvu uzavřel v blokační lhůtě. V případě zastavení správního řízení, s jehož zahájením je spojena blokační lhůta, může zadavatel uzavřít smlouvu pouze v případě, že rozhodnutí o zastavení správního řízení nabylo právní moci. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel si musel být vědom, mj. s ohledem na jeho personální kapacity, že uzavřením smlouvy v blokační lhůtě porušuje zákon, neboť ustanovení § 246 odst. 1 písm. d) zákona jednoznačně spojuje okamžik ukončení blokační lhůty s nabytím právní moci usnesení. Navrhovatel sděluje, že mu zadavatel svým nezákonným postupem znemožnil účinnou obranu proti úkonům zadavatele v zadávacím řízení, které považoval za nezákonné.

11. Navrhovatel navrhuje uložení zákazu plnění smlouvy, neboť je přesvědčen, že plněním veřejné zakázky zadavatel nezajišťuje žádný veřejný zájem a současně se nejedná ani o odstranění havarijního stavu zahrady. Plnění veřejné zakázky by měl podle navrhovatele zajišťovat takový dodavatel, který vzejde ze zadávacího řízení, které nebude stiženo netransparentním postupem zadavatele. Jelikož mělo dojít teprve k započetí prací na realizaci veřejné zakázky, nejsou dle navrhovatele dány ani ekonomické důvody, které by mohly vést k závěru o potřebě

pokračovat v plnění smlouvy. Případné ekonomické zájmy zadavatele (náklady vyplývající z prodlení při plnění veřejné zakázky, náklady spojené s novým zadávacím řízení aj.) nemohou představovat důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování v plnění smlouvy. Důsledné dodržování zákona zadavatelem je pak dle navrhovatele na místě i s ohledem na čerpání dotace z operačního programu Životní prostředí v prostředí státní instituce.

12. Pokud jde o správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ, navrhovatel podotýká, že zadavatel i vybraný dodavatel byli jeho účastníky, a proto jim byl stav předmětného správního řízení zcela nepochybně znám, tzn. byli si vědomi skutečnosti, že pakliže usnesení o zastavení správního řízení č. j. ÚOHS-16401/2021/531/JHl bylo Úřadem vydáno dne 14. 5. 2021, nemohlo dne 19. 5. 2021, kdy smluvní strany uzavřely smlouvu na plnění veřejné zakázky, dojít k nabytí právní moci, k čemuž mohlo dojít nejdříve dne 30. 5. 2021.

13. Navrhovatel je přesvědčen, že, i s ohledem na splnění podmínek aktivní legitimace a splnění všech procesních náležitostí spojených s podáním návrhu, jsou dány všechny důvody pro vydání rozhodnutí, kterým bude zadavateli uložen zákaz plnění smlouvy dle § 264 odst. 1 zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

14. Úřad obdržel návrh navrhovatele na zahájení správního řízení dne 11. 6. 2021. Dnem obdržení předmětného návrhu 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 přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 11. 6. 2021.

15. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
    - navrhovatel,
    - strany smlouvy:
        - zadavatel,
        - vybraný dodavatel.

16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-19947/2021/531/JHl ze dne 15. 6. 2021.

17. Usnesením č. j. ÚOHS-26169/2021/523/JHl ze dne 3. 8. 2021 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Vybraný dodavatel se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením nevyjádřil.

18. Usnesením č. j. ÚOHS-29846/2021/523/VNe ze dne 3. 9. 2021 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k poskytnutí informace o stavu plnění smlouvy, a to v jaké fázi se nachází plnění poskytované zadavateli na základě smlouvy, tj. zda došlo k dokončení konkrétní části předmětu díla vybraným dodavatelem na základě smlouvy dle harmonogramu plnění, a pokud ano, doložení této skutečnosti relevantními doklady, a zda byla, v případě dokončení části předmětu díla, uhrazena část ceny díla zadavatelem na základě smlouvy, popř. zda došlo ze strany vybraného dodavatele k vystavení faktury za splnění části předmětu díla, a pokud ano, doložení této skutečnosti relevantními doklady.

19. Usnesením č. j. ÚOHS-32138/2021/523/JHl ze dne 20. 9. 2021 stanovil Úřad účastníkům řízení novou lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, přičemž tato byla usnesením č. j. ÚOHS-32347/2021/523/JHl ze dne 21. 9. 2021 na žádost zadavatele prodloužena. Vybraný dodavatel se ve lhůtě stanovené citovanými usneseními ani později nevyjádřil.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 18. 6. 2021

20. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 18. 6. 2021, jež Úřad obdržel téhož dne (dále jen „vyjádření k návrhu“), přičemž konstatuje následující.

21. Zadavatel ke skutkovému stavu uvádí, že si je vědom skutečnosti, že ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ vedeném ve věci veřejné zakázky nabylo usnesení o zastavení správního řízení právní moci dne 1. 6. 2021. Nicméně podle § 76 odst. 5 správního řádu, jak bylo uvedeno v poučení předmětného usnesení, nemá případný podaný rozklad odkladný účinek, z čehož lze podle zadavatele dovodit, že usnesení o zastavení správního řízení je okamžikem doručení účastníkům správního řízení tzv. předběžně vykonatelné, a má tedy účinky již dříve, než nabyde právní moci. V souladu s institutem předběžné vykonatelnosti tedy zadavatel po doručení usnesení o zastavení správního řízení účastníkům správního řízení přistoupil dne 19. 5. 2021 k podpisu smlouvy.

22. Zadavatel vyjadřuje přesvědčení, že pokud by bylo možno uvažovat o případné nedostatečnosti v postupu zadavatele, jde v podstatě o střet dvou chráněných zájmů, kdy proti sobě stojí zájem České republiky a široké veřejnosti na co nejrychlejším průběhu a dokončení stavebních prací v zahradě zadavatele do zahájení předsednictví České republiky v Radě EU v druhé polovině roku 2022, který se projevil v zájmu na co nejrychlejší kontraktaci a bezprostředním zahájení stavebních prací, a zájem na nabytí právní moci usnesení Úřadu, které je předběžně vykonatelné a nabylo právní moci dne 1. 6. 2021, jelikož navrhovatel nevyužil možnosti podat rozklad. Zadavatel upřednostnil z jeho pohledu významnější zájem z hlediska posuzování veřejných hodnot a chráněných zájmů, než je zájem na nabytí právní moci usnesení Úřadu. Rozhodnutí zadavatele upřednostnit zájem na bezproblémovém a hladkém průběhu předsednictví České republiky obstálo dle zadavatele v hodnocení dle kritéria proporcionality, přičemž dopad zvoleného postupu považuje zadavatel za únosný pro existující veřejný zájem.

23. Zadavatel konstatuje, že předmětné usnesení o zastavení správního řízení nabylo právní moci dne 1. 6. 2021, a proto může od okamžiku nabytí právní moci svobodně opakovaně kontrahovat, neboť správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ bylo s konečnou platností skončeno. Ukončené zadávací řízení dle zadavatele netrpí žádnými vadami, pro které by snad měl být uložen zákaz plnění smlouvy. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že by svým postupem znemožnil navrhovateli účinně se bránit před nezákonným postupem v zadávacím řízení. K nesplnění procesních náležitostí došlo ze strany navrhovatele, který nesložil ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ kauci, pročež muselo být vedené správní řízení zastaveno. Navrhovatel nadto ani nevyužil žádný z opravných prostředků.

24. K uložení zákazu plnění smlouvy by dle názoru zadavatele mělo být přistoupeno pouze za situace, kdy zadavatel nedodržel pravidla pro zadání veřejné zakázky a současně pokud by tento postup byl způsobilý ovlivnit výběr dodavatele, přičemž však taková situace v posuzovaném případě nenastala, neboť i kdyby bylo snad shledáno pochybení v postupu zadavatele, nedošlo a nemohlo dojít tímto postupem k ovlivnění výběru dodavatele. Zadavatel

vnímá podání návrhu navrhovatelem jako obstrukční jednání, dle jeho názoru se měl navrhovatel bránit podáním rozkladu proti usnesení o zastavení správního řízení.

25. V další části svého stanoviska se zadavatel vyjadřuje k jednotlivým tvrzením navrhovatele, přičemž opakovaně konstatuje, že nenastalo žádné pochybení. Zadavatel uvádí, že při uzavření smlouvy měl na zřeteli, že v případě nerealizace veřejné zakázky by přišel o přidělenou dotaci a současně by došlo k prodražení stavebních prací, neboť by je zadavatel musel uhradit sám ze svých prostředků. Na podporu svých tvrzení zadavatel sděluje, že subjektivně vnímané nesprávné jednání zadavatele není přestupkem zadavatele dle § 268 zákona, a proto mu nelze za jeho postup uložit sankci. Navrhovatel ani neuvedl jakýkoliv dopad vytýkaného postupu zadavatele na výběr dodavatele.

26. Pokud se týká uveřejnění smlouvy, zadavatel uvádí, že postupoval v souladu se zákonem, když uveřejnil smlouvu v registru smluv v den jejího podpisu a dne 2. 6. 2021 ji uveřejnil na svém profilu zadavatele a rovněž splnil uveřejňovací povinnost ve vztahu k písemné zprávě zadavatele.

27. Závěrem zadavatel poukazuje na možný deficit plné moci právního zástupce navrhovatele, kterou považuje za neurčitou, nejasnou a nesrozumitelnou, což blíže odůvodňuje. S ohledem na to ji nelze považovat za titul pro zastupování navrhovatele ve vedeném správním řízení.

28. Zadavatel je přesvědčen, že svým postupem neporušil žádné ustanovení zákona, a proto má vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem za to, že nejsou naplněny podmínky pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 264 odst. 1 zákona, a navrhuje, aby Úřad návrh zamítl.

Vyjádření vybraného dodavatele k návrhu ze dne 22. 6. 2021

29. Vybraný dodavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 22. 6. 2021, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.

30. Vybraný dodavatel má za to, že podaný návrh je projevem obstrukčního jednání navrhovatele a zneužitím práva. U osoby navrhovatele pak vybraný dodavatel zpochybňuje aktivní legitimaci k podání návrhu k Úřadu, neboť dle jeho názoru tento neosvědčil podmínky účasti v zadávacím řízení. Podle vybraného dodavatele navrhovatel nesplnil konkrétní podmínky technické kvalifikace, a proto mu nemůže vzniknout újma.

31. Vybraný dodavatel napadá postup navrhovatele ve věci podání návrhu ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ, kde nebyla navrhovatelem v souvislosti s podáním návrhu uhrazena kauce. S ohledem na tuto skutečnost vybraný dodavatel považuje takový postup za procesní obstrukci, a současně podotýká, že účelovým podáním vadného návrhu se měl navrhovatel sám připravit o možnost účinně uplatňovat práva účastníka zadávacího řízení.

32. Vybraný dodavatel má za to, že v důsledku vadného podání návrhu ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ nemohou nastat takové jeho účinky, které jsou spojeny s podáním bezvadným, resp. podáním, jehož vady jsou odstranitelné. V této souvislosti vybraný dodavatel konstatuje, že s předmětným návrhem nelze spojovat účinky blokační lhůty ve smyslu § 246 odst. 1 písm. d) zákona, neboť nebyla uhrazena kauce, což je neodstranitelná vada podání, a proto je nutné na situaci pohlížet tak, že návrh nebyl podán včas ve smyslu § 246 odst. 1 písm. d) zákona. Blokační lhůta dle vybraného dodavatele tedy ani nezačala běžet, neboť nebyly pro její aktivaci splněny podmínky. Navrhovatel podal účelově vadný návrh a pokud požádal o prominutí kauce, kdy jako jediný důvod uvedl příliš vysokou výši

kauce, zákon takovou možnost nepřipouští. Pokud navrhovateli připadá výše kauce, kterou měl složit, příliš vysoká, dovozuje vybraný dodavatel, že se může jednat o nezpůsobilého dodavatele, který není finančně zajištěný a stabilní. Podání návrhu lze dle vybraného dodavatele vyložit jako zneužití práva, kdy je zřejmá snaha o způsobení újmy zadavateli ze strany navrhovatele, jehož nabídka v zadávacím řízení neobstála. Takové jednání nemůže požívat ochrany, neboť je v rozporu se smyslem zákona, a pokud by bylo připuštěno, mohlo by dojít ke zbytečnému zatěžování účastníků i Úřadu. Vybraný dodavatel odkazuje v této souvislosti na nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 468/11 ze dne 9. 2. 2011, který se týká výkladu a aplikace právních předpisů a který lze dle jeho názoru aplikovat nejen na postup soudů, ale i ve vztahu k postupu správních orgánů. Současně vybraný dodavatel akcentuje, že návrh na uložení zákazu plnění je nutné považovat za neopodstatněné a šikanózní podání, které má za cíl pouze způsobit újmu zadavateli a vybranému dodavateli a nadbytečně zatěžuje Úřad.

33. Z procesní opatrnosti se vybraný dodavatel vyjadřuje též k podmínkám uložení zákazu plnění smlouvy. Vybraný dodavatel je přesvědčen, že v šetřeném případě jsou naplněny podmínky veřejného zájmu vyžadující pokračování plnění ze smlouvy. Rovněž vybraný dodavatel poukazuje na skutečnost, že k podpisu smlouvy došlo až po vydání rozhodnutí, které nebylo napadeno opravným prostředkem, a zadavatel tedy nepřistoupil k uzavření smlouvy před vydáním rozhodnutí o zastavení řízení. Na přezkum věci neměl navrhovatel z důvodu vadného návrhu právní nárok, práva navrhovatele jako účastníka se dle vybraného dodavatele prekludovala. Uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku nebyla tedy dotčena ochrana žádného veřejného zájmu. Důvodem hodným zvláštního zřetele pro neuložení zákazu plnění smlouvy je potřeba dokončení veřejné zakázky do 1. 7. 2022, kdy Česká republika započne předsedat Radě EU a bude zapotřebí realizovat řadu protokolárních akcí, pro které je využití zahrady zadavatele nezbytné, neboť srovnatelné místo není k dispozici.

34. Závěrem vybraný dodavatel navrhuje, aby s ohledem na vše shora uvedené Úřad zamítl návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 8. 2021

35. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-26169/2021/553/JHl ze dne 3. 8. 2021 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 9. 8. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž sděluje, že nenavrhuje žádné další nové skutečnosti nebo důkazy, které by nebyly obsahem správního spisu, neobdržel sdělení o případných důkazech navržených navrhovatelem a ke všem důkazům se již vyjádřil, proto nepovažuje za nutné doplňovat své vyjádření k návrhu. Zadavatel pouze pro úplnost opakuje stěžejní argumenty, které byly obsaženy v jeho vyjádření k návrhu.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 18. 8. 2021

36. Navrhovatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-26169/2021/553/JHl ze dne 3. 8. 2021 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 18. 8. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž sděluje následující.

37. Primárně navrhovatel reaguje na vyjádření vybraného dodavatele k návrhu ze dne 11. 6. 2021, vyvrací argumentaci vybraného dodavatele, že by neměl být aktivně legitimován. Pakliže se dodavatel stává účastníkem zadávacího řízení okamžikem podání nabídky, tak, jestliže

nezanikne jeho účast pro některý z důvodů uvedených v § 47 zákona, je dle navrhovatele nutné na něj pohlížet jako na účastníka zadávacího řízení. Aktivní legitimaci nelze spojovat se splněním podmínek účasti, které je oprávněn posoudit zadavatel. Aktivní legitimaci pak musí posoudit sám správní orgán. Navrhovatel je přesvědčen, že je aktivně legitimován a pokud by při posouzení kvalifikace vyvstala otázka, zda technickou kvalifikaci splňuje, je si navrhovatel jist, že by případné pochybnosti zadavatele rozptýlil.

38. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel měl vybraného dodavatele vyloučit pro nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, neboť vybraný dodavatel nemůže dle jeho názoru zaručit, že nebudou porušovány pracovněprávní předpisy. Na tuto skutečnost má ukazovat způsob plnění veřejné zakázky, neboť v běžné pracovní době jsou prováděny hlučné a prašné práce, což zadávací podmínky a smlouva zapovídaly, a proto je otázkou, zda nedošlo k podstatné změně závazku ze smlouvy.

39. Navrhovatel se ohrazuje proti označení podání návrhu ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ jako obstrukčního jednání a zneužití práva. Uplatnění práv nelze podle navrhovatele označit za šikanózní jednání a bezdůvodné zatěžování Úřadu, když samotný vybraný dodavatel podal nejméně 29 návrhů na zahájení správního řízení a současně je i podatelem podnětu.

40. Navrhovatel dále podotýká, že návrhem na zahájení správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ, kde nebyla složena kauce, reagoval na způsob vypořádání námitek zadavatelem, kdy nebylo navrhovateli zcela zřejmé, jak nová komise přistoupila k posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, a jeho cílem bylo mj. ověřit, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Kauci tedy nesložil proto, že sám z jemu dostupných informací nemohl ověřit, zda došlo k porušení zákona či nikoliv.

41. Navrhovatel oponuje názoru vybraného dodavatele, že z důvodu vady návrhu spočívající v nesložení kauce nebyla v běhu blokační lhůta. Navrhovatel je přesvědčen, že od okamžiku zahájení správního řízení platil zákaz uzavřít smlouvu dle § 246 odst. 1 písm. d) zákona.

42. K okolnostem dokončení předmětu plnění veřejné zakázky navrhovatel upozorňuje, že zadavatel předem počítal s možností, že předmět plnění nemusí být realizován do konce května 2022, což promítl do smlouvy, kde byla sjednána z tohoto konkrétního důvodu možnost prodloužit dobu plnění, neboť práce na rekonstrukci zahrady by byly po dobu předsednictví přerušeny. Z uvedeného plyne, že pro protokolární účely lze zahradu využít i v případě, kdy nebude veřejná zakázka zcela splněna. Pokud by měl být připuštěn jiný výklad, pak by se stala zadávací podmínka nejednoznačnou, což by mělo dopad na způsob, jak dodavatelé sestavovali nabídkové ceny. Výklad podaný vybraným dodavatelem opět svědčí o skutečnosti, že jeho nabídka nezahrnovala veškerá rizika a nesplňovala všechny podmínky spojené s plněním veřejné zakázky.

43. V druhé části svého vyjádření navrhovatel reaguje na vyjádření zadavatele k návrhu a konstatuje, že zadavatel pomíjí rozdíl mezi vykonatelností rozhodnutí a nabytím právní moci. Jelikož vykonatelnost rozhodnutí lze vztáhnout k takovým rozhodnutím, kterým jsou přiznána práva nebo stanoveny povinnosti účastníkům řízení, pak v případě usnesení o zastavení řízení se jedná o jiné právní účinky rozhodnutí, pro které platí obdobně ustanovení o vykonatelnosti. Navrhovatel pak v podaném návrhu nijak nezpochybňoval skutečnost, že usnesení, kterému není přiznán odkladný účinek, je předběžně vykonatelné. Pakliže zadavatel přistoupil

k uzavření smlouvy na základě předběžné vykonatelnosti, je takový postup dle navrhovatele v rozporu se zákonem, neboť konec blokační lhůty zákon pojí s rozhodnutím o zastavení správního řízení, které nabylo právní moci. Navrhovatel doplňuje, že pokud by zákonodárce zamýšlel spojit konec blokační lhůty s nastoupením jiných právních účinků, pak by formuloval dotčené ustanovení jiným způsobem. Právní úprava pak dle navrhovatele promítá skutečnost, že s podáním rozkladu proti rozhodnutí o zastavení správního řízení není spojen odkladný účinek, což vyplývá mj. ze soudní judikatury. V případech, kdy soud vyhoví odvolání, stává se plnění, které bylo realizováno z titulu předběžného vykonatelnosti, protiprávním, avšak v případě skončení zadávacího řízení, jak navrhovatel upozorňuje, nelze, pokud byla uzavřena smlouva, zpětně konstituovat právní poměry účastníků zadávacího řízení, tj. nelze zadávací řízení znovuoživit. Právní úprava obsažená v ustanovení § 264 odst. 1 písm. d) zákona tak má podle navrhovatele zajistit naplnění principu právní jistoty a legitimního očekávání účastníků řízení a zajistit jim právo na přezkum rozhodnutí a je ochranou před nesprávným rozhodnutím Úřadu. Pakliže je v zákoně obsažena kogentní úprava ohledně konce blokační doby a zákazu uzavřít smlouvu, nelze uvažovat o poměřování veřejných zájmů a libovolného výběru, který bude upřednostněn, jak učinil zadavatel, a navrhovatel dodává, že obnova zahrady nemá ani žádný přímý vztah k předsednictví České republiky v Radě EU, nehledě na skutečnost, že počátku předsednictví si byl zadavatel vědom nejméně 13 let předem a stejně tak si musel být vědom stavu zahrady, která však, jak vyplývá z tiskové zprávy zadavatele, není primárně spojována s veřejným zájmem na uspořádání předsednictví. Zadavatel nadto sám formulací smluvních podmínek připustil, že veřejná zakázka nemusí být do konce června 2022 dokončena.

44. Navrhovatel podotýká, že zadavatel zřejmě nezaznamenal změnu právní úpravy, pokud jde o uložení nápravného opatření spočívajícího v uložení zákazu plnění smlouvy, neboť dle v současnosti účinného zákona není podmínkou uložení zákazu smlouvy konstatování přestupku ze strany zadavatele uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky. Odkaz zadavatele na konkrétní rozhodnutí předsedy Úřadu z doby předchozí právní úpravy proto dle jeho názoru není přiléhavý.

45. Navrhovatel uvádí, že zákon je konstruován tak, že pokud jsou splněny podmínky pro uložení zákazu plnění, je zákaz plnění smlouvy Úřadem uložen a není mu dán prostor pro správní uvážení. I z ustanovení § 264 odst. 3 zákona vyplývá, že je preferováno vyslovení zákazu plnění smlouvy a zákon pouze přihlíží ke skutečnosti, že ve výjimečných případech může existovat veřejný zájem na pokračování plnění; pouze tehdy může být poskytnut odklad nebo může být od uložení zákazu upuštěno. Nadto jsou na zadavatele kladeny zvýšené nároky, pokud jde o tvrzení a unesení důkazního břemene takových skutečností. Z argumentace zadavatele ve vedeném správním řízení je pak dle navrhovatele zřejmé, že zadavatel břemeno tvrzení ani důkazní břemeno v tomto směru neunesl.

46. Navrhovatel reaguje na tvrzení zadavatele o možnosti svobodně opakovaně kontrahovat, z čehož dovozuje, že zadavatel je připraven opakovaně porušit zákon, a proto považuje za nezbytné, aby Úřad v rozhodnutí o uložení zákazu plnění smlouvy uvedl, že uzavřením smlouvy došlo ve smyslu § 2 odst. 1 zákona k zadání veřejné zakázky. Navrhovatel dodává, že zadavatel může svobodně kontrahovat, ale pouze do skončení zadávacího řízení, pak již ne, neboť takový postup by byl v rozporu s § 100 odst. 2 zákona.

47. Podáním návrhu, jak navrhovatel zdůrazňuje, nebyl obcházen zákon, zjištěný skutkový stav svědčí o opaku. Ze strany navrhovatele pak nemusely být podány námitky, jak dovozují zadavatel a vybraný dodavatel.

48. S ohledem na vše výše uvedené setrvává navrhovatel na svém stanovisku ohledně prokázání splnění podmínek pro uložení zákazu plnění smlouvy.

Vyjádření zadavatele ze dne 9. 9. 2021

49. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-29846/2021/523/VNe ze dne 3. 9. 2021 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 9. 9. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž sděluje následující.

50. Zadavatel konstatuje, že vzhledem k enormnímu zájmu zadavatele na dokončení díla nejpozději do 30. 6. 2022 zhotovitel provádí stavební práce průběžně dle časového harmonogramu prací v souladu se smlouvou, resp. předbíhá časový harmonogram. Ke dni podání sdělení je zasaženo do 90 % předpokládaných ploch výměny nebo regenerace trávníků a 60 % ploch zpevněných komunikací. Obsahem sdělení pak jsou podrobné informace zadavatele o průběhu plnění a popis uskutečněných prací včetně vymezení rozsahu, které jsou dokládány fakturací, výpisy z účtu, popř. fotodokumentací, kterou učinil zadavatel přílohou svého stanoviska. Zadavatel popisuje v podrobnostech provedené bourací práce a částečné zhotovení nových konstrukcí, zahrnujících komunikace, technické prvky, odvodnění, vodní prvek, rozvody silnoproud, rozvody slaboproud, zasmluvnění konkrétního materiálu pro provedení prací. Z připojených dokumentů vyplývá, že ke dni odeslání vyjádření zadavatele ze dne 9. 9. 2021 byly vystaveny faktury vybraného dodavatele ve výši 6 812 689,79 Kč bez DPH (včetně návrhu fakturace za srpen 2021 ve výši 2 953 791,80 Kč bez DPH). Zbývající část finanční hodnoty plnění, které má být zhotoveno (tzn. fakturace, která bude teprve vystavena a předána k proplacení zadavateli) činí dle smlouvy o dílo částku ve výši 42 866 978,85 Kč bez DPH.

51. Zadavatel upozorňuje na možná rizika, která by dle jeho názoru plynula z přerušení nebo zastavení stavebních prací, zejména na synergii s realizací veřejné zakázky „Obnova zahrady Strakovy akademie – perimetrická ochrana“.

52. V další části svého stanoviska zadavatel opakuje stěžejní argumenty obsažené ve svém vyjádření k návrhu, konstatuje, že realizace plnění probíhá v souladu se zákonem, upozorňuje na neprovázanost zákona se správním řádem v konkrétních ustanoveních, zejména pokud jde o předběžnou vykonatelnost usnesení o zastavení správního řízení a pokud jde o okamžik, od něhož běží navrhovateli lhůta pro podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, přičemž je přesvědčen, že výklad a aplikaci rozporných právních předpisů mu nelze přičítat k tíži.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 30. 9. 2021

53. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-32138/2021/523/JHl ze dne 20. 9. 2021 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 30. 9. 2021, které Úřad obdržel dne 1. 10. 2021, přičemž sděluje následující.

54. Zadavatel se ohrazuje vůči tvrzení navrhovatele, že by neporozuměl rozdílu mezi vykonatelností rozhodnutí a nabytím právní moci rozhodnutí, resp. je si vědom skutečnosti, že smlouva o dílo byla uzavřena v době trvání blokační lhůty, nicméně setrvává na svém stanovisku, že s ohledem na předběžnou vykonatelnost usnesení byl jeho postup v souladu se

zákonem. Svoji myšlenku pak zadavatel argumentačně rozvíjí. Zadavatel opětovně obhajuje své závěry, které předestřel ve svých předchozích vyjádřeních. Zadavatel dále nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že zadaná veřejná zakázka nemá přímý vztah k předsednictví ČR v Radě EU, a upozorňuje, že předestřel důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění smlouvy a tyto znovu opakuje a dále rozvádí. Pokud jde o navrhovatelem zmíněnou smluvní podmínku, jednalo se o výhradu změny závazku dle § 100 odst. 1 zákona a motivem pro její vtělení do smlouvy byla toliko snaha upravit v co nejširším spektru možné budoucí stavy, které mohou nastat při plnění veřejné zakázky, a nikoliv cílit na nedokončení zasmluvněného plnění do zahájení předsednictví ČR.

55. Zadavatel opětovně konstatuje, že ve svém postupu nespatřuje rozpor se zákonem, vyjadřuje přesvědčení, že případným konstatováním neplatnosti smlouvy od samého počátku je zadávací řízení obnoveno a zadavatel se opětovně ocitá v procesu zadávacího řízení, a to v okamžiku před podpisem smlouvy. V závěru svého stanoviska zadavatel aktualizuje informace ohledně stavu plnění smlouvy, které dokládá konkrétními dokumenty (včetně doložení úhrady faktury za srpen 2021).

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 11. 10. 2021

56. Navrhovatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-32138/2021/523/JHl ze dne 20. 9. 2021 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 11. 10. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž sděluje následující.

57. Navrhovateli není zřejmé, proč byla stanovena nová lhůta pro vyjádření se k podkladům, resp. proč bylo obnoveno dokazování, pakliže lze vést správní řízení o uložení zákazu plnění smlouvy pouze v rozsahu návrhu a zákon kogentně upravuje koncentraci tohoto řízení. Nové opatřování si podkladů Úřadem si lze z pohledu navrhovatele vyložit jako snahu bezdůvodně protahovat vedené správní řízení. Navrhovatel konstatuje, že by očekával, že Úřad v případě stanovení nové lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí poučí účastníky, k jakým podkladům pro vydání rozhodnutí se mohou relevantně vyjádřit, aby nemuselo docházet k prodlužování lhůty pro vyjádření se k podkladům z důvodu seznámení se zadavatele s aktuálním stavem správního spisu. Vyjádření účastníků k podkladům pak navrhovatel nepovažuje za samostatné podklady pro vydání rozhodnutí. S ohledem na skutečnost, že Úřad navrhovatele neinformoval o rozšíření dokazování a s ohledem na skutečnost, že Úřad je vázán rozsahem podaného návrhu a může provést toliko důkazy, které nejsou opatřeny v rozporu s koncentrací řízení, odkazuje na své vyjádření ze dne 18. 8. 2021.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

58. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění návrh podle ustanovení § 265 písm. b) zákona zamítl, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

59. Podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení

řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.

60. Podle § 250 odst. 1 zákona 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, a to zejména proti

a) zadávacím podmínkám,

b) dobrovolnému oznámení,

c) vyloučení účastníka zadávacího řízení,

d) rozhodnutí o výběru dodavatele,

e) volbě druhu zadávacího řízení, nebo

f) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.

61. Podle § 250 odst. 2 zákona lze po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku či rámcové dohody podat pouze návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 zákona, a to i bez předchozího podání námitek.

62. 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 zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.

63. Podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku může podat navrhovatel, který tvrdí, že zadavatel uzavřel smlouvu přes zákaz jejího uzavření stanovený tímto zákonem nebo předběžným opatřením.

64. Podle § 265 písm. b) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

65. Z rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 31. 3. 2021 vyplývá, že v zadávacím řízení se vybraným dodavatelem stal dodavatel Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice.

66. Výběr dodavatele zadavatel oznámil dodavatelům dne 31. 3. 2021 prostřednictvím elektronického nástroje.

67. Dne 15. 4. 2021 doručil navrhovatel zadavateli datovou zprávou prostřednictvím datové schránky „námitky účastníka proti oznámení o výběru dodavatele …“ z téhož dne (dále jen „námitky“).

68. Dne 23. 4. 2021 doručil zadavatel navrhovateli prostřednictvím elektronického nástroje rozhodnutí ze dne 22. 4. 2021 o odmítnutí námitek ze dne 15. 4. 2021 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).

69. Dne 3. 5. 2021 navrhovatel doručil Úřadu, a téhož dne zadavateli, datovou zprávou prostřednictvím datové schránky návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterým brojil proti výběru dodavatele (dále též „návrh proti výběru"). K návrhu navrhovatele ze dne 3. 5. 2021 bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ. Navrhovatel učinil součástí návrhu žádost, aby, v případě, že bude správní řízení z procesních důvodů zastaveno, byl návrh považován za podnět.

70. Z vlastní činnosti je Úřadu známo a současně z veřejně dostupných zdrojů vyplývá, že správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ bylo zastaveno usnesením č. j. ÚOHS-16104/2021/531/JHl ze dne 14. 5. 2021. Citované usnesení nabylo právní moci dne 1. 6. 2021.

71. Dne 19. 5. 2021 zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo č. 21/068-0 – „SMLOUVA O DÍLO" na plnění veřejné zakázky a téhož dne smlouvu uveřejnil v registru smluv.

72. Dne 3. 6. 2021 byla na profilu zadavatele uveřejněna písemná zpráva zadavatele k veřejné zakázce.

Právní posouzení

K plné moci předložené navrhovatelem

73. Plná moc, kterou dne 14. 4. 2021 zmocnila společnost VPP Group, a.s. k zastupování Mgr. Daniela Hájka, LL.M., advokáta, předložená zástupcem navrhovatele Úřadu, je správná a byla doložena řádně. Argumenty zadavatele v této věci neobstojí. Zástupce navrhovatele předložil Úřadu listinu, z jejíhož obsahu jednoznačně vyplývá zmocnění zástupce navrhovatele v této věci jednat – listina obsahuje označení (údaje) zmocnitele i zmocněnce, rozsah zástupčího oprávnění a datovaný podpis zmocnitele. Vadou obsahu listiny, která je zadavatelem namítána ve vyjádření k návrhu, má být neurčitost vymezení rozsahu oprávnění s ohledem na skutečnost, že plná moc je uvozena slovy *„k zastupování Zmocnitele v zadávacím řízení veřejné zakázky"*. Zadávací řízení však bylo skončeno uzavřením smlouvy, a proto takovou formulaci považuje zadavatel za nevhodnou, způsobující pochybnost, zda je navrhovatel řádně zastoupen. Úřad podotýká, že listina musí být posuzovaná v celkovém kontextu, a to i s ohledem na okolnosti jejího vzniku. Plná moc, jak vyplývá z její datace, byla udělena dne 14. 4. 2021, tzn. v době, kdy zadávací řízení nebylo skončeno. Z úřední činnosti je Úřadu známo, že plná moc byla mj. udělena za účelem podání námitek a následně návrhu na zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ, konečně zmocnění k podání námitek výslovně z obsahu listiny vyplývá. Původně tedy plná moc sloužila právě též k zastupování v zadávacím řízení. V textu listiny se mj. uvádí, že zmocněnec *„je oprávněn za Zmocnitele podat námitky (…) a zastupovat jej ve všech návazných a souvisejících řízeních (…). Zmocněnec je oprávněn zejména k vyhotovení, podpisu, podání a zpětvzetí veškerých dokumentů, především přihlášek pohledávek, žalob, návrhů a podání, včetně jejich změn a doplnění (…) a k jakýmkoliv dalším právním úkonům, které Zmocněnec uzná za vhodné s ohledem na řádné hájení zájmů Zmocnitele ve výše uvedené věci."*. Daný text lze vyložit tak, že pakliže došlo ke skončení zadávacího řízení, nemusela být skončena všechna související řízení, neboť návazným a souvisejícím řízením je právě též správní řízení vedené ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, tzn. i pro toto řízení byla plná moc udělena. Vystavením předmětné plné moci zmocnitel dostatečně deklaroval svou vůli být v řízení zastoupen a Úřad konstatuje, že předkládanou argumentaci považuje za vypořádanou a zmocnění navrhovatele k zastupování vybraným zmocněncem za řádné, dostatečně určité a bez právních vad.

K aktivní legitimaci navrhovatele

74. Aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy zpochybnil vybraný dodavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 22. 6. 2021 (viz bod 30 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Vybraný dodavatel vyjadřuje pochybnost, zda může být navrhovatel aktivně legitimován k podání návrhu, pokud dosud nebylo ověřeno, zda navrhovatel splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení, a současně s ohledem na skutečnost, že je podle vybraného dodavatele zřejmé, že navrhovatel nesplňuje technickou kvalifikaci.

75. Rovněž zadavatel předkládá ve vyjádření k návrhu argumentaci, z níž vyplývá zpochybnění aktivní legitimace navrhovatele, konkrétně zadavatel uvádí, že navrhovatel *„nevyužil svého práva řádně se bránit proti výběru dodavatele podáním návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve správním řízení (…), když v souladu s § 255 odst. 1 ZZVZ nesložil kauci ve výši 1 % ze své nabídkové ceny. Návrh na přezkum tak trpěl nezhojitelnou právní vadou v podobě nesložení kauce spolu s návrhem na přezkum. Navrhovatel nevyužil ani dalšího opravného prostředku, který měl k dispozici, když proti usnesení o zastavení správního řízení nepodal rozklad (…).“*.

76. K námitce vybraného dodavatele lze uvést, že z rozhodovací praxe i soudní judikatury vyplývá, že pokud jde o splnění podmínek účasti v zadávacím řízení dodavatelem, který brojí proti konkrétnímu postupu zadavatele návrhem, toto není pro účely ověření aktivní legitimace navrhovatele předmětem přezkoumání. Předmětem posouzení je totiž zájem na získání určité veřejné zakázky, který by neměl přicházet v úvahu v případech, kdy je nepochybné, že dodavatel zakázku není vůbec oprávněn plnit, například tehdy, pokud nemá potřebné živnostenské nebo jiné veřejnoprávní povolení k plnění veřejné zakázky, jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. 4. 2013. V tomto kontextu postačuje, aby dodavatel disponoval v podstatě alespoň teoretickou možností veřejnou zakázku plnit, aby bylo možné jej považovat za aktivně legitimovaného k podání návrhu. V podrobnostech bude tato otázka řešena níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

77. Podle tvrzení zadavatele pak navrhovatel nevyužil svého práva řádně se bránit proti výběru dodavatele podáním návrhu na zahájení správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ, když nesložil společně s návrhem kauci podle § 255 odst. 1 zákona. Úřad k této námitce zadavatele uvádí, že doručením předmětného návrhu Úřadu bylo zahájeno správní řízení, a to bez ohledu na skutečnost, zda byla kauce složena či nikoliv. Úřad nerozporuje, že složení kauce je podstatnou procesní náležitostí, tzn. při nesložení kauce, a to včas a ve správné výši, nemůže být v návrhovém řízení o věci meritorně rozhodnuto [viz k tomu § 257 písm. c) zákona]. Samotné nesložení kauce však nemůže znamenat, že by bylo možné označit navrhovatele za neoprávněnou osobu, tj. za osobu bez aktivní legitimace pro podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy v případě, kdy je tato uzavřena v tzv. „blokační lhůtě“. Dle Úřadu může nepochybně nastat situace, kdy je kauce sice složena, ale příslušný dodavatel podávající návrh postupuje nesprávně při jejím výpočtu. Pokud je v takové situace kauce složena v nesprávné výši, může se jednat o důsledek složitého způsobu výpočtu kauce, s nímž je spojen rozdílný právní náhled na posouzení takové otázky. Nelze vyloučit ani situaci, kdy sporná je i sama otázka složení kauce na účet Úřadu. S ohledem na právě řečené je Úřad přesvědčen, že nelze učinit obecný závěr, že důsledkem nesložení kauce by mohlo být odnětí aktivní legitimace dodavateli, který pochybil při skládání kauce.

78. Úřad, ačkoliv nepřisvědčil námitce vybraného dodavatele ani námitce zadavatele, přistoupil k ověření aktivní legitimace navrhovatele, neboť se jedná o podstatnou náležitost, která, pokud není splněna, brání projednání návrhu a věcnému přezkumu namítaných skutečností.

79. Úřad uvádí, že podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku podat navrhovatel, který tvrdí, že zadavatel uzavřel smlouvu přes zákaz jejího uzavření stanovený tímto zákonem nebo předběžným opatřením. Ve spojení s § 249, § 250, § 251 odst. 1 a § 241 odst. 1 zákona lze dospět k závěru, že návrh na uložení zákazu plnění smlouvy může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Tu Úřad pro vyjasnění výše citovaných ustanovení zákona dodává, že si je vědom skutečnosti, že § 241 odst. 1 zákona stanovuje primárně podmínky pro podání námitek, přičemž v souvislosti s návrhem na uložení zákazu plnění není spojena povinnost předchozího podání námitek, nicméně § 249 zákona stanovuje, že řízení se zahajuje na písemný návrh stěžovatele a zavedení pojmu stěžovatele je právě definováno § 241 odst. 1 zákona a je tedy nutno v kontextu těchto skutečností přistupovat i k posouzení toho, kdo je aktivně legitimován k podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy. Podmínky aktivní legitimace k podání návrhu tedy vyplývají ze shora citovaných ustanoveních zákona. V daném případě se musí jednat o dodavatele dle § 5 zákona a tento musí zároveň specifikovat újmu, která mu postupem zadavatele hrozí či vznikla. Případný stěžovatel (resp. navrhovatel) tak musí podmínky aktivní legitimace k podání návrhu splnit kumulativně. Stěžovatele lze tedy s ohledem na zákonnou úpravu definovat jako dodavatele, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Dle přesvědčení Úřadu jiný výklad zákona by znamenal, že návrh na zákaz plnění smlouvy, oproti návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, by de facto mohl podat kdokoliv bez ohledu na to, zda mu postupem zadavatele vznikla újma či nikoliv.

80. Aktivní legitimace konkrétní osoby k podání návrhu je tedy dána za kumulativního splnění dvou předpokladů (podmínek):

- jedná se o dodavatele
- kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma.

81. První podmínku aktivní legitimace navrhovatele lze prakticky vykládat tím způsobem, že se jedná o dodavatele, který působí na trhu, přičemž jeho podnikání souvisí s alespoň částí zadavatelem poptávaného plnění, tj. plnění, které je v rámci veřejné zakázky poptáváno tento dodavatel poskytuje (je schopen poskytovat), a to alespoň částečně. Úřad uvádí, že předpoklady pro aktivní legitimaci osoby pro podání návrhu vyplývají rovněž z relevantních ustanovení právních předpisů Evropské unie. Zejména se jedná o čl. 1 odst. 3 směrnice Rady 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, který byl změněn směrnicí Rady 2007/66, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS. Současně pak lze v dané souvislosti odkázat na rozsudek SDEU C-129/04 Espace Trianon SA ze dne 8. 9. 2005, případně rozsudek SDEU C-410/01 Fritsch, Chiari & Partner ze dne 19. 6. 2003. Z předmětné směrnice a rozsudků SDEU podle názoru Úřadu plyne, že jak shora jmenovaná směrnice, tak i relevantní evropská judikatura ponechávají úpravu pravidel pro podávání návrhů plně na jednotlivých členských státech, nicméně zdůrazňují, že základní zásadou,

kterou musí členské státy ve svých úpravách dodržovat, je poskytnout možnost podání návrhu na přezkum všem subjektům, které mají, resp. měly zájem na získání veřejné zakázky, a kterým činností zadavatele hrozí nebo vznikla újma.

82. Obecně lze konstatovat, že za dodavatele lze považovat každý subjekt na trhu, který působí v oblasti, která odpovídá konkrétnímu zadavatelem poptávanému předmětu veřejné zakázky, respektive jeho části. Úřad předesílá, že podmínku „dodavatele“ podle § 241 odst. 1 zákona je nutno obecně považovat za splněnou tehdy, jestliže příslušný subjekt by alespoň potenciálně mohl poptávané plnění, respektive jeho dílčí část, pro zadavatele zajišťovat. Daný závěr je podle názoru Úřadu možné dovodit i ze shora uvedených rozsudků, podle nichž má být právo navrhovatele na podání návrhu na přezkum postupu zadavatele chápáno extenzivně.

83. V této souvislosti lze doplnit, že zájem o získání určité veřejné zakázky v obecné rovině nemůže mít takový dodavatel, který by vůbec nebyl takovou konkrétní veřejnou zakázku oprávněn plnit, tedy takový subjekt, který nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním oprávněním k plnění veřejné zakázky.

84. V Úřadem šetřeném případu je pak evidentní, že jelikož navrhovatel podal nabídku na plnění veřejné zakázky a rovněž i s ohledem na předmět veřejné zakázky (zahradnická a technická obnova zahrady, přičemž převažující část plnění tvoří stavební práce) ve spojitosti s výpisem z obchodního rejstříku navrhovatele, lze konstatovat, že navrhovatel disponuje oprávněním k podnikání, které je nezbytné pro plnění veřejné zakázky (vázaná živnost „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“).

85. Na základě výše uvedeného lze tedy uzavřít, že navrhovatel v plném rozsahu splňuje podmínku „dodavatele“ veřejné zakázky ve smyslu § 241 odst. 1 zákona, resp. § 249, § 250 odst. 1, § 251 odst. 1 a § 254 odst. 1 písm. b) zákona, neboť disponuje živnostenským oprávněním potřebným pro plnění šetřené veřejné zakázky.

86. Druhá z podmínek upravených v § 241 odst. 1 zákona pro podání návrhu, vyžaduje, aby dodavateli v důsledku tvrzeného porušení zákona úkonem zadavatele hrozila nebo vznikla újma.

87. Na tomto místě Úřad uvádí, že k uzavření smlouvy přes zákaz jejího uzavření stanovený zákonem, tj. v šetřeném případě v blokační lhůtě ve smyslu § 246 odst. 1 písm. d) zákona, může dojít v různých fázích probíhajícího správního řízení, přičemž s tím úzce souvisí i (možná) újma, která navrhovateli vzniká, resp. může vzniknout. V případě, že zadavatel uzavře v blokační lhůtě smlouvu, a to ještě před vydáním jakéhokoliv prvostupňového rozhodnutí Úřadu, pak navrhovatel ztrácí možnost samotného přezkumu tvrzeného nezákonného postupu zadavatele ze strany Úřadu, neboť v ten okamžik je Úřad povinen správní řízení dle § 257 písm. j) zastavit, a v důsledku toho i potenciální možnost stát se vybraným dodavatelem v přezkoumávaném zadávacím řízení v situaci, kdy by jeho pochybnost o zákonnosti postupu zadavatele byla relevantní. V případě, že zadavatel uzavře v blokační lhůtě smlouvu, a to po rozhodnutí Úřadu (a před tím, než je pravomocné), kterým je konstatována nezákonnost jeho postupu, je újma navrhovatele též zjevná – Úřad uložil nápravné opatření a zadávací řízení mělo pokračovat (přičemž nelze vyloučit, že by mohlo vést k tomu výsledku, že by se právě navrhovatel stal vybraným dodavatelem), nikoli skončit uzavřením smlouvy. Pokud Úřad rozhodne jinak, než že zadavatel porušil zákon (např. že neshledal pochybení, příp. správní řízení zastaví procesně), pak může být uzavřením smlouvy zadavatelem v blokační lhůtě

navrhovateli znemožněno se proti takovému závěru Úřadu bránit. V obecné rovině tedy lze konstatovat, že v posledním jmenovaném případě újma navrhovatele spočívá (toliko) ve znemožnění využití možnosti procesní obrany, tj. podání rozkladu. I zde je na místě doplnit, že újma spočívá v tom, že pokud by měl navrhovatel možnost plně využít možnosti procesní obrany a tato mu nebyla uzavřením smlouvy odňata (po uzavření smlouvy totiž nedává smysl využít práva podat opravný prostředek, když je zřejmé, že správní řízení by bylo tak jako tak zastaveno), není vyloučeno, že by se nakonec (právě cestou řízení o opravném prostředku) domohl rozhodnutí, ve kterém by Úřad konstatoval, že postup zadavatele byl v rozporu se zákonem, a získal tak možnost stát se vybraným dodavatelem.

88. V posuzovaném případě tedy Úřad ověřil, zda lze za možný vznik újmy u navrhovatele považovat uzavření smlouvy po vydání usnesení o zastavení před uplynutím lhůty pro podání rozkladu, přičemž vzal v potaz všechny okolnosti daného případu.

89. Úřad pro přehlednost shrne na tomto místě průběh správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ. Dne 3. 5. 2021 byl Úřadu doručen návrh na zahájení správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ a tímto dnem započala běžet blokační doba. Neboť Úřad zjistil, že ve lhůtě pro podání návrhu nebyla dle § 255 odst. 1 zákona u Úřadu složena navrhovatelem kauce, předmětné správní řízení usnesením ze dne 14. 5. 2021 zastavil. Téhož dne, kdy bylo usnesení vydáno, bylo doručeno všem účastníkům předmětného správního řízení. Dne 19. 5. 2021, tzn. v době, kdy byla dosud v běhu blokační doba, uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem smlouvu. Dne 1. 6. 2021 nabylo usnesení o zastavení správního řízení právní moci, neboť žádný z účastníků předmětného správního řízení nepodal rozklad. Dne 4. 6. 2021 navrhovatel, jak vyplývá z návrhu (viz bod 10 odůvodnění tohoto rozhodnutí), zjistil tu skutečnost, že v zadávacím řízení byla uzavřena smlouva.

90. Navrhovatel v návrhu specifikoval, že uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem přes trvající zákaz jejího uzavření mu byla znemožněna účinná obrana před nezákonným postupem zadavatele, který namítal v návrhu v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ, v důsledku čehož nemá možnost získat, resp. realizovat plnění, které je předmětem smlouvy. V době uzavření smlouvy byl navrhovatel účastníkem zadávacího řízení, nebyl ze zadávacího řízení vyloučen, proto byl oprávněn coby dodavatel, který podal nabídku a usiluje o získání veřejné zakázky, činit kroky k hájení svých zájmů, tj. i podat návrh, pokud by měl za to, že zadavatel postupuje v rozporu se zákonem. Jak již Úřad konstatoval výše, z dokumentace o zadávacím řízení a z vlastní činnosti je Úřadu známo, že navrhovatel podáním návrhu brojil proti výběru dodavatele, neboť tento měl za nezákonný. Nicméně správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0165/2021/VZ bylo z procesních důvodů zastaveno. Proti tomuto usnesení mohl navrhovatel jako účastník správního řízení brojit rozkladem. Lhůta pro podání rozkladu navrhovateli běžela do 31. 5. 2021. Navrhovatel proti zastavení předmětného správního řízení, jak bylo Úřadem ověřeno, rozklad nepodal. Zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky dne 19. 5. 2021, tj. v době, kdy běžela lhůta pro podání rozkladu. Nicméně navrhovatel se dozvěděl o skutečnosti, že byla uzavřena smlouva, až dne 4. 6. 2021, tedy poté, co lhůta pro podání rozkladu marně uplynula. Pakliže navrhovatel nepodal rozklad proti usnesení, kterým Úřad předmětné správní řízení zastavil, je zřejmé, že nevyčerpal všechny možnosti procesní obrany, které mu nabízel zákon. Z uvedeného je rovněž zřejmé, že navrhovatel nepřistoupil k podání rozkladu z vlastní vůle (uzavření smlouvy, o kterém nevěděl, v tom přitom nemohlo logicky hrát žádnou roli), a proto mu postupem zadavatele (uzavřením smlouvy v době běhu

blokační lhůty) nemohla vzniknout žádná újma. Jelikož se navrhovatel dozvěděl o uzavření smlouvy dne 4. 6. 2021, přičemž lhůta pro podání rozkladu proti usnesení o zastavení správního řízení navrhovateli končila dne 31. 5. 2021, **nelze na nepodání rozkladu pohlížet jako na důsledek skutečnosti, že došlo k uzavření smlouvy**. Jinak by na daný případ Úřad nahlížel za situace, pokud by navrhovatel nepodal rozklad z důvodu, že by mu bylo známo, že došlo k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. V takovém případě by navrhovatel mohl vzít v potaz tuto skutečnost a zhodnotit, že je podání rozkladu nehospodárným postupem, neboť po uzavření smlouvy již nelze vést správní řízení o přezkoumání úkonů a správní řízení by bylo, i kdyby měly být jinak námitky rozkladu předsedou Úřadu akceptovány a bylo by jinak rozkladu vyhověno, zastaveno (viz např. usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0202/2019/VZ-17220/2019/523/GHo ze dne 20. 6. 2019 potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0115/2019/VZ-24755/2019/323/PMo). Časová souslednost všech okolností případu vede Úřad k závěru, že pokud si navrhovatel sám odejmul možnost, aby byl výrok Úřadu o zastavení správního řízení přezkoumán, čímž nevyužil všechny možnosti procesní obrany, Úřad nemůže přitakat tvrzení navrhovatele, že by mu nezákonným postupem zadavatele, a to uzavřením smlouvy v době běhu blokační doby, vznikla, popř. hrozila újma na jeho právech. Na základě výše uvedených skutečností lze konstatovat, že navrhovatelem nebyla prokázána újma, resp. možnost jejího vzniku. Nebyla tedy naplněna druhá podmínka aktivní legitimace navrhovatele.

91. Úřad uzavírá, že nebylo zjištěno, že by navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozila nebo vznikla újma, a proto s ohledem na nesplnění jedné z podmínek, které musí nastat, aby mohl být dodavatel považován za stěžovatele ve smyslu § 241 odst. 1 zákona, a v důsledku toho i za navrhovatele ve smyslu § 249, ve spojení s § 254 odst. 1 písm. b) zákona, nebyl navrhovatel v šetřeném případě aktivně legitimován k podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy. Jelikož bylo zjištěno, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou, Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

92. Úřad pro úplnost doplňuje, že v průběhu správního řízení ověřil, že nedošlo k naplnění důvodu pro zastavení správního řízení dle § 257 písm. l) zákona. Z vyjádření zadavatele ze dne 9. 9. 2021 a připojených relevantních dokumentů a současně z vyjádření zadavatele ze dne 30. 9. 2021 je zřejmé, že dosud nedošlo ke splnění závazku ze smlouvy. Tato skutečnost byla ověřena Úřadem před vydáním rozhodnutí. Zadavatel poskytl relevantní dokumenty, z nich bylo možné tuto skutečnost ověřit, přičemž po doplnění těchto důkazních materiálů byla opětovně stanovena lhůta všem účastníkům řízení, aby se mohli vyjádřit ke všem podkladům shromážděným pro vydání rozhodnutí. Úřadu ze zákona neplyne povinnost dokládat a zasílat účastníkům veškeré podklady, které shromáždí, což ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 11. 10. 2021 dovozuje navrhovatel, takový postup by byl v rozporu se zásadou hospodárnosti. Pro účely seznámení se s těmito podklady slouží institut nahlížení do spisu, který mají účastníci právo využít. Možnost nahlédnout do podkladů rozhodnutí pak nebyla žádnému z účastníků řízení odepřena, z nahlížení do správního spisu byla toliko vyloučena část dokumentace o zadávacím řízení, která je z nahlížení vyloučena s ohledem na § 260 zákona z důvodu ochrany informací. V této souvislosti je možné uvést, že pokud se jedná o pochybnost navrhovatele, zda nebylo cílem protahovat správní řízení, lze Úřadem provedené ověřování podmínek pro vydání rozhodnutí v souladu se zákonem považovat za potřebné, tj. za zcela relevantní, kdy jeho cílem bylo ověření skutečnosti a postavení na jisto, zda závazek ze smlouvy nebyl splněn, tzn. takový postup Úřadu byl na místě. Pokud jde o délku

vedeného správního řízení nelze odhlédnout od skutečnosti, že písemnosti doručované Úřadem navrhovateli byly v některých případech tomuto doručeny až po uplynutí týdne a více po dodání do datové schránky právního zástupce navrhovatele.

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. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. Česká republika – Úřad vlády České republiky, nábřeží Edvarda Beneše 128/4, 118 00 Praha 1
2. Mgr. Daniel Hájek, LL.M., advokát, Vinohradská 29/93, 120 00 Praha 2
3. Mgr. Martin Horák, advokát, STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, Jandova 8, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne

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