



UOHSX00FHT1Q

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0412/2021/VZ

Brno 1. 12. 2021

Číslo jednací: ÚOHS-40636/2021/500/Alv

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 21. 9. 2021 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- navrhovatel – František Čech, bytem Radonice 29, 257 26 Divišov,
- strany smlouvy:
 - 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 kancelář HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,
 - vybraný dodavatel – Pražské služby, a.s., IČO 60194120, se sídlem Pod Šancemi 444/1, 190 00 Praha 9,

ve věci návrhu na uložení zakazu plnění smluv uzavřených dne 3. 9. 2021 jmenovaným zadavatelem se jmenovaným vybraným dodavatelem 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 – veřejné služby“ 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,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Františka Čecha, bytem Radonice 29, 257 26 Divišov – ze dne 21. 9. 2021 na uložení zákazu plnění smluv uzavřených dne 3. 9. 2021 zadavatelem – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 – s 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 – veřejné služby“ 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, **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. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. 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“) – zahájil jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 15. 2. 2021 odesláním oznámení o zahájení řízení k uveřejnění podle § 56 zákona otevřené řízení 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. Předmětem plnění veřejné zakázky bylo dle čl. 3 zadávací dokumentace poskytování služeb spočívajících zejména v zajištění: i) úklidu zastávek MHD včetně zimního a pozemků ve správě JDCT, ii) úklidu ploch u tramvajových měniren, iii) úklidu otevřených kolejových svršků na levém a pravém břehu Vltavy, iv) metení zastávek MHD a pozemků ve správě JDCT, v) mytí

ploch ve správě JDCT, typových a atypických přístřešků a zastřešení, staničních označníků a skříní na jízdní řády, informačních vitrín, zábradlí a plent, mramorových soklů, madel, lavic, sedáků a laviček, vi) vyvážení odpadkových košů včetně likvidace odpadu, vi) odstraňování graffiti, vii) úklidu, včetně zimního, na speciálních stavbách jako jsou lávky, mosty, podchody a přístupové rampy, viii) mimořádných úklidů a úklidů černých skládek na pozemcích JDCT včetně likvidace odpadu.

3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky dle čl. 4 zadávací dokumentace činila částku ve výši 120 000 000 Kč bez DPH. Jedná se o předpokládanou hodnotu veřejné zakázky za plnění v délce 48 měsíců. Z toho předpokládaná hodnota části 1 veřejné zakázky činí 44 400 000 Kč bez DPH a předpokládaná hodnota části 2 veřejné zakázky činí 75 600 000 Kč bez DPH.
4. Z bodu IV.2.2) „Oznámení o zahájení zadávacího řízení – veřejné služby“ uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 2. 2021 vyplývá, že lhůta pro podání nabídek na veřejnou zakázku byla stanovena do dne 18. 3. 2021, 10:00 hodin.
5. 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, 10:00 hodin.
6. Dne 18. 8. 2021 podal navrhovatel – František Čech, bytem Radonice 29, 257 26 Divišov (dále jen „navrhovatel“) – námitky z téhož dne proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky. Tyto námitky zadavatel žádným způsobem nevyřádal.
7. Dne 3. 9. 2021 uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem – Pražské služby, a.s., IČO 60194120, se sídlem Pod Šancemi 444/1, 190 00 Praha 9 (dále jen „vybraný dodavatel“) – smlouvu 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.
8. Dne 21. 9. 2021 obdržel Úřad od navrhovatele návrh z téhož dne na uložení zákazu plnění smlouvy, resp. smluv uzavřených v obou částech předmětné veřejné zakázky.

II. OBSAH NÁVRHU NA ZÁKAZ PLNĚNÍ SMLOUVY

9. Dne 21. 9. 2021 Úřad obdržel od navrhovatele návrh na uložení zákazu plnění smlouvy z téhož dne směřující proti postupu zadavatele při uzavření smlouvy na část 1 a část 2 veřejné zakázky v tzv. „blokační lhůtě“, tedy v rozporu s § 246 zákona.
10. Navrhovatel v návrhu uvádí, že dne 18. 8. 2021 podal námitky proti postupu zadavatele v zadávacím řízení (a to v obou částech veřejné zakázky), v nichž uvedl důvody, ze kterých bylo dle názoru navrhovatele zadávací řízení zahájeno v rozporu se zákonem. Tyto námitky však dle navrhovatele nebyly zadavatelem žádným způsobem vypořádány, tudíž nastala fikce jejich odmítnutí dle § 245 odst. 5 zákona. K uzavření smluv s vybraným dodavatelem v obou částech veřejné zakázky došlo dne 3. 9. 2021. 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 dále konstatuje, že nevyřádaním jeho námitek mu zadavatel de facto zabránil namítat chyby zadavatele při zadání veřejné zakázky a uplatnit opravné

prostředky, které měl navrhovatel případně k dispozici. K tomu navrhovatel dodává, že se o uzavření smluv dozvěděl dne 9. 9. 2021 prostřednictvím profilu zadavatele a registru smluv.

11. S ohledem na výše uvedené se navrhovatel domáhá, aby Úřad rozhodl o uložení zákazu plnění smluv na veřejnou zakázku.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Dne 21. 9. 2021, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, 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, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2021/VZ.

13. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:

- navrhovatel,
- strany smlouvy:
 - zadavatel,
 - vybraný dodavatel.

14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-32431/2021/535/MNe ze dne 22. 9. 2021.

15. Usnesením č. j. ÚOHS-32896/2021/535/MNe ze dne 29. 9. 2021 určil Úřad navrhovateli lhůtu k provedení úkonu, a to zaslání sdělení, ke které ze smluv uzavřených dne 3. 9. 2021 zadavatelem s vybraným dodavatelem na plnění části 1 a části 2 veřejné zakázky se vztahuje jím složená kauce ve výši 200 000 Kč. Dále Úřad citovaným usnesením stanovil navrhovateli lhůtu k předložení podkladů prokazujících, že navrhovatel byl při podání námitek ze dne 18. 8. 2021 proti postupu zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku v pozici dodavatele, kterému ve smyslu § 241 odst. 1 zákona postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 30. 9. 2021

16. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 30. 9. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.

17. Zadavatel předně uvádí, že navrhovatel nevznesl žádný dotaz k zadávacím podmínkám dle § 98 zákona, ani nepodal nabídku do žádné z částí zadávacího řízení.

18. Zadavatel uvádí, že rozeslal účastníkům zadávacího řízení prostřednictvím elektronického nástroje Tenderarena zprávu o hodnocení nabídek, oznámení o výběru dodavatele, rozhodnutí o výběru dodavatele a posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele dne 21. 5. 2021, a to na obě části veřejné zakázky, přičemž zadavatel obdržel od navrhovatele námitky proti zadávacím podmínkám více než měsíc po rozeslání oznámení o výběru, a to konkrétně dne 25. 6. 2021. Dále zadavatel obdržel od navrhovatele dne 2. 8. 2021 námitky proti smluvním podmínkám a následně dne 18. 8. 2021 navrhovatel podal další námitky proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Na tyto námitky zadavatel vzhledem k jejich zjevně obstrukčnímu charakteru nereagoval.

19. Zadavatel dále uvádí, že má důvodné podezření, že navrhovatel nesložil kauci ve správné výši, a Úřad by tedy měl správní řízení v souladu s § 257 písm. c) zákona zastavit.
20. Zadavatel dále shrnuje, že námitky ze dne 18. 8. 2021 nelze považovat za námítky ve smyslu zákona vyvolávající právní účinky dle zákona, a to z následujících důvodů. Jednak námítky směřující proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky byly podány po uplynutí lhůty pro podání nabídek, dokonce i po rozeslání oznámení o výběru dodavatele, a byly tak ve smyslu § 242 odst. 4 zákona opožděné, a dále, že námítky ve smyslu § 244 odst. 3 zákona měly obsahovat reálnou újmu navrhovatele, která mu v důsledku tvrzeného porušení zákona zadavatelem vznikla či hrozila, což se však nestalo. V této souvislosti platí, že navrhovatel je fyzickou osobou nezpůsobilou k předmětu plnění, dokonce není zapsán ani v živnostenském rejstříku, natož pak v obchodním rejstříku, nejedná se tedy o subjekt, o kterém by jakkoli bylo možné ať již ke dni podání nabídek či ke dni podání vyjádření zadavatele uvažovat jako o potenciálním dodavateli, přičemž zde zadavatel zcela opomíjí absenci jeho potřebných zkušeností či technické kvalifikace, a navrhovatelem tvrzená újma „*stěžovateli vzniká újma tím, že není schopen účasti v zadávacím řízení, a proto nemůže generovat zisk v rámci této zakázky. Hrozba vzniku škody v případě Stěžovatele zcela nepopíratelně a objektivně existuje*“ je tedy skutečně jenom tvrzená, nikoli reálná, navíc v příkrém rozporu se zjištěními zadavatele. Ačkoli by tedy technickou kvalifikaci mohl navrhovatel prokázat prostřednictvím poddodavatele, chybějící kvalifikaci dle § 77 odst. 1 zákona nikoli.
21. Zadavatel je toho názoru, že námitky byly zcela zjevně obstrukčního charakteru, neboť navrhovatel nepodal žádnou žádost o vysvětlení zadávací dokumentace, navrhovatel nepodal nabídku ani na jednu ze dvou částí veřejné zakázky, navrhovatel podával opakované opožděné námítky proti zadávacím podmínkám, a to nejprve proti technické kvalifikaci a následně proti zadavatelem stanovené lhůtě pro podání nabídek, navrhovatelem namítané skutečnosti žádný ze seriózních dodavatelů – účastníků zadávacího řízení nenamítal, a vyjma obstrukčního jednání navrhovatele byl průběh zadávacího řízení zcela bezproblémový, navíc s efektivní hospodářskou soutěží v obou částech mezi 7 dodavateli.
22. Zadavatel je přesvědčen, že takové podání, které je za námítky označeno, avšak náležitosti námitek dle zákona nesplňuje, nemůže vyvolat právní účinky předvídané zákonem, ani tedy neaktivuje blokační lhůtu dle § 246 zákona.
23. Ve vztahu k prokázání reálné újmy zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi soudů, konkrétně pak na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 48/2013 ze dne 30. 5. 2014, jehož závěry vychází z rozsudku Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-230/02 ze dne 12. 2. 2004, rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 69/2017 ze dne 11. 4. 2019 a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 67/2010-106 ze dne 25. 1. 2011.
24. Zadavatel dále shrnuje, že dle jeho názoru blokační lhůta nebyla námítkami ze dne 18. 8. 2021 aktivována, neboť uvedené by ve smyslu rozhodovací praxe Ústavního soudu odporovalo účelu zákona a bylo by absurdní, přičemž konkrétní příklady nepřiznání právního účinku podáním označeným za „námítky“ lze nalézt i v rozhodovací praxi spjatou s aplikací pravidel o zadávání veřejných zakázek, viz rozsudky uvedené výše.
25. Bez ohledu na výše uvedené zadavatel doplňuje, že i pokud by Úřad dospěl k jinému závěru, jsou zde dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění smluv.

26. Závěrem zadavatel navrhuje, pakliže se prokáže nesprávné složení kauce navrhovatelem, aby Úřad správní řízení v souladu s § 257 písm. c) zákona zastavil. Pokud Úřad shledá splnění procesních podmínek správního řízení, zadavatel navrhuje, aby návrh zamítnul v souladu s § 265 písm. a) a b) zákona. Pokud Úřad neshledá důvody pro zamítnutí návrhu dle § 265 písm. a) a b) zákona, zadavatel navrhuje, aby z důvodu hodného zvláštního zřetele zákaz plnění smluv dle § 264 odst. 4 zákona neuložil. Pokud Úřad neshledá důvody pro postup dle § 264 odst. 4 zákona, zadavatel navrhuje, aby zákaz plnění smluv v souladu s § 264 odst. 3 zákona uložil s odkladem 12 měsíců.

Vyjádření navrhovatele ze dne 5. 10. 2021

27. K usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-32896/2021/535/MNe ze dne 29. 9. 2021 se navrhovatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 5. 10. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.
28. Navrhovatel uvádí, že jím složená kauce se vztahovala na obě smlouvy uzavřené dne 3. 9. 2021, jelikož navrhovatel měl za to, že v případě návrhu, který směřuje proti jediné veřejné zakázce, ačkoli jsou v jejím rámci uzavírány dvě smlouvy na dvě části veřejné zakázky, je nutné složit kauci právě ve výši 200 000 Kč. Navrhovatel tak na základě výzvy Úřadu doplňuje svůj návrh o složení další kauce ve výši 200 000 Kč tak, aby byla příslušná kauce složena pro obě smlouvy uzavřené s vybraným dodavatelem. Navrhovatel tedy požaduje uložení zakazu plnění obou smluv uzavřených dne 3. 9. 2021 zadavatelem s vybraným dodavatelem v rámci veřejné zakázky, tj. smluv na obě části veřejné zakázky.
29. Navrhovatel dále uvádí, že k otázce vzniklé újmy se vyjádřil již v rámci podaných námitek, konkrétně v jejich části B. Navrhovateli vznikla újma tím, 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 odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0461/2019/VZ ze dne 18. 2. 2020, z něhož vyplývá, že se za dodavatele, který je oprávněn podat námítka, považuje každý subjekt na trhu, který působí v oblasti, která odpovídá konkrétnímu zadavatelem poptávanému předmětu veřejné zakázky, respektive jeho části. V citovaném rozhodnutí Úřad předepisuje, 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. Navrhovatel ve svém stanovisku odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 48/2013–272 ze dne 30. 5. 2014, v němž je uvedeno, že přezkumné řízení musí být dostupné co nejširšímu okruhu navrhovatelů a výklad ustanovení, které jej umožňují, musí být co nejméně restriktivní a maximálně benevolentní. K uvedenému navrhovatel dodává, že přestože není subjektem, který by se mohl zadávacího řízení účastnit sám bez podpory dalšího, ekonomicky silnějšího, subjektu, nelze a priori dovozovat, že by nebyl schopen se zadávacího řízení účastnit, pokud by se s takovým ekonomicky silnějším subjektem spojil. Úřad ve svém rozhodnutí ze dne 15. 7. 2010, č. j. ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc, uvedl, že v zásadě postačí, aby byla újma prokázána alespoň v tom smyslu, že účastník ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Navrhovatel je 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.

30. Navrhovatel se dále domnívá, že není podstatné, zda on sám např. disponuje těmi živnostenskými oprávněními, zkušenostmi s obdobnými zakázkami či podobnými kvalitami, které zadavatel požadoval v zadávacích podmínkách k veřejné zakázce doložit. V případě společné účasti navrhovatele a jiného subjektu, který by splňoval veškerou požadovanou kvalifikaci, by navrhovatel dokládal splnění pouze základní způsobilosti. Tu navrhovatel zcela splňuje. Zadavatel však svým nezákonným postupem při stanovení zadávacích podmínek způsobil, že navrhovatel se nemohl veřejné zakázky účastnit ani ve spojení s jiným subjektem. Tím je naplněna hrozba vzniku škody spočívající v nemožnosti generovat v rámci veřejné zakázky zisk. Na základě výše uvedeného a s odvoláním na uvedenou rozhodovací praxi Úřadu i judikaturu správních soudů navrhovatel dovozuje, že byl při podání námitek ze dne 18. 8. 2021 v pozici dodavatele, kterému ve smyslu § 241 odst. 1 zákona postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma.

Další průběh správního řízení

31. Usnesením č. j. ÚOHS-37172/2021/535/JCh ze dne 4. 11. 2021 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Účastníci řízení se ve stanovené lhůtě, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřili.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

32. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že se návrh podle ustanovení § 265 písm. b) zákona zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

33. Podle § 5 zákona se dodavatelem rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nebo více těchto osob společně. Za dodavatele se považuje i pobočka závodu; v takovém případě se za sídlo dodavatele považuje sídlo pobočky závodu.
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 § 246 odst. 1 zákona zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem
- a) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu,
 - b) do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány,
 - c) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl,
 - d) 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.

36. Podle § 249 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.
37. Podle § 251 odst. 1 zákona návrh musí 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.
38. 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.
39. Podle § 254 odst. 2 zákona v návrhu musí být uvedeno, kdy se navrhovatel dozvěděl o tom, že zadavatel uzavřel smlouvu postupem podle § 254 odst. 1 zákona.
40. Podle § 264 odst. 1 zákona Úřad uloží zadavateli v řízení zahájeném na návrh podle § 254 zákona zákaz plnění smlouvy, byla-li smlouva na veřejnou zakázku nebo rámcová dohoda uzavřena postupem uvedeným v § 254 odst. 1 zákona. Platí, že smlouva, ohledně níž Úřad uložil zákaz plnění, aniž by postupoval podle odstavce 3 citovaného ustanovení zákona, je neplatná od samého počátku.
41. Podle § 265 zákona Úřad návrh zamítne, pokud
 - a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření,
 - b) návrh nebyl podán oprávněnou osobou, nebo
 - c) návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

42. Podle bodu 8.3 „Profesní způsobilost“ zadávací dokumentace prokáže dodavatel *„profesní způsobilost ve vztahu k České republice předložením dokladů podle § 77 odst. 1 a odst. 2 písm. a) ZZVZ, tj. v rozsahu:*
 - a. *výpisu z obchodního rejstříku nebo jiné obdobné evidence, pokud jiný právní předpis zápis do takové evidence vyžaduje;*
 - b. *dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky dle ustanovení § 77 odst. 2 písm. a) ZZVZ (živnostenské oprávnění v rozsahu Výroba obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona)“.*

K aktivní legitimaci navrhovatele

43. 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, pro kterého zákon dále zavedl legislativní zkratku „stěžovatel“.
44. Podle § 249 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (ve smyslu výše uvedené legislativní zkratky), pro kterého zákon dále zavádí legislativní zkratku „navrhovatel“, nebo z moci úřední.
45. 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.
46. Ve světle shora citovaných zákonných ustanovení lze tedy navrhovatele (tj. osobu, které svědčí aktivní legitimace k podání návrhu) definovat jako dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Toto vymezení navrhovatele je v zákoně jediné a dopadá tak jak na návrhy podávané proti jednotlivým úkonům zadavatele v průběhu zadávacího řízení (§ 250 odst. 1 zákona), tak na návrhy podávané po uzavření smlouvy a směřující k uložení zakazu plnění smlouvy (§ 250 odst. 2 zákona).
47. Pro úplnost Úřad dodává, že tyto požadavky vyplývají též z relevantních ustanovení právních předpisů Evropské unie. Zejména se jedná o čl. 17 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 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, který stanovuje, že přezkumné řízení by mělo být dostupné přinejmenším každé osobě, která má nebo měla zájem určitou zakázku získat, a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda.
48. V kontextu výše uvedeného považuje Úřad za vhodné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 24. 6. 2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, Recueil, kde bylo konstatováno: „(...) členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí újma.“
49. K otázce (ne)existence újmy na straně navrhovatele v šetřené věci Úřad předně uvádí, že § 250 odst. 1 zákona podává příkladný výčet úkonů, proti nimž lze podat návrh, domnívá-li se navrhovatel, že tyto úkony (či opomenutí) zadavatele nejsou v souladu se zákonem a v jejich důsledku vznikla nebo hrozí navrhovateli újma na právech. Speciální případ návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy, který ze své podstaty směřuje proti uzavření smlouvy v rozporu se zákonem, potom uvádí § 250 odst. 2 zákona, přičemž konkrétní pochybení zadavatele,

proti nimž lze návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podat, stanovuje § 254 odst. 1 zákona. Vedle toho stanovuje § 251 odst. 1 zákona jako náležitost návrhu mimo jiné označení, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech (při nesplnění této náležitosti Úřad správní řízení podle § 257 písm. b) zákona zastaví).

50. Aktivní legitimace konkrétní osoby k podání návrhu je tedy dána za splnění předpokladu, že se jedná o dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
51. V rámci přezkumu úkonů zadavatele zahájeného na návrh je prostřednictvím správního řízení sledován subjektivní zájem navrhovatele na tom, aby se mohl účastnit zadávacího řízení probíhajícího v souladu se zákonem a potenciálně se svou nabídkou rovněž uspět. Takový přezkum je podmíněn tím, aby navrhovateli postupem zadavatele vznikla újma nebo vznik újmy alespoň hrozil.
52. V případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy tedy musí být v podaném návrhu uvedeno, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Z návrhu navrhovatele tak musí být patrné konkrétní porušení zákona zadavatelem v souvislosti s uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, aby bylo možno návrh na uložení zákazu plnění smlouvy zařadit pod konkrétní ustanovení v rámci § 254 odst. 1 zákona.
53. Úřad uvádí, že navrhovatel v návrhu ve vztahu k porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, konstatuje, že postupem zadavatele došlo k porušení „*ustanovení § 246 odst. 1 písm. c) ZZVZ, jelikož Zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu v tzv. blokační lhůtě. Námitky Stěžovatele Zadavatel žádným způsobem (ani opožděně) nevypořádal. Zadavatel tak Stěžovateli de facto zabránil namítat chyby Zadavatele při zadání Veřejné zakázky a uplatnit opravné prostředky, které měl Stěžovatel případně k dispozici.*“ V námitkách ze dne 18. 8. 2021, které zadavatel nevyřídil, neboť tyto považoval za obstrukční, a na které navrhovatel odkazuje ve vztahu k otázce vzniklé újmy ve svém vyjádření ze dne 5. 10. 2021, navrhovatel spojuje údajný vznik újmy na jeho právech s délkou lhůty pro podání nabídek, kterou považuje za nepřiměřeně krátkou, v důsledku čehož mu měla vzniknout újma.
54. Úřad se tak ve světle výše uvedeného zabýval otázkou, zda navrhovateli v šetřeném případě namítaným postupem zadavatele vznikla újma nebo vznik újmy hrozil. K tomu Úřad uvádí následující.
55. Důkazní břemeno, pokud jde o prokázání zájmu na získání veřejné zakázky nebo vzniku újmy na svých právech, nese navrhovatel. Toto důkazní břemeno ohledně aktivní věcné legitimace navrhovatele vychází z tzv. břemena tvrzení, jehož rozsah je určen okruhem skutečností, které v konkrétním případě musí být tvrzeny. Důkazním břemenem se rozumí procesní odpovědnost účastníka řízení (rozuměno procesní odpovědnost navrhovatele) za to, zda v řízení byla či nebyla prokázána jeho tvrzení a že z tohoto důvodu muselo být v posuzovaném případě rozhodnuto o jeho účastenství v řízení v jeho prospěch či neprospěch. Navrhovatel tedy měl povinnost tvrdit, z jakých zákonem relevantních důvodů je na něj nutné nahlížet jako na potenciálního účastníka řízení, resp. dodavatele, kterému údajným nezákonným postupem zadavatele vznikla nebo hrozí újma (břemeno tvrzení), ale též povinnost toto své tvrzení doložit, tj. břemeno důkazní. Je to totiž právě navrhovatel, kdo má

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

56. Úřad je toho názoru, že navrhovatel neunesl důkazní břemeno ohledně aktivní legitimace k podání návrhu, a to ani v jeho vyjádření ze dne 5. 10. 2021 zasláno v reakci na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-32896/2021/535/MNe ze dne 29. 9. 2021. 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, neboť zadavatel v šetřeném případě jako podmínku účasti dodavatele v bodě 8.3 zadávací dokumentace stanovil požadavek na prokázání profesní způsobilosti dodavatele dle § 77 odst. 1 a 2 písm. a) zákona právě ve formě předložení výpisu z obchodního rejstříku nebo jiné obdobné evidence, pokud jiný právní předpis zápis do takové evidence vyžaduje, a dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky. K námitce navrhovatele uvedené ve vyjádření ze dne 5. 10. 2021, že by se účastnil zadávacího řízení společně s jiným (ekonomicky silnějším) účastníkem ve smyslu § 82 zákona, pak Úřad konstatuje, že ani takovým způsobem by se navrhovatel nemohl účastnit zadávacího řízení, neboť ustanovení § 82 zákona stanovuje v případě společné účasti dodavatelů rovněž požadavek na prokázání profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 zákona, a to ve vztahu ke každému dodavateli samostatně, přičemž navrhovatel ve vyjádření ze dne 5. 10. 2021 deklaruje, že v případě společné účasti by dokládal pouze splnění podmínek základní způsobilosti, z čehož lze tedy dovozovat, že i sám navrhovatel si je vědom toho, že splnění podmínky profesní způsobilosti dodavatele dle § 77 odst. 1 zákona není schopen v šetřeném případě prokázat.
57. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že v posuzovaném případě nebyla dána aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na uložení zákazu plnění smluv uzavřených dne 3. 9. 2021 zadavatelem, neboť na právech navrhovatele jejich uzavřením objektivně nemohla vzniknout újma, ani její vznik nemohl hrozit. Úřad proto v souladu s ustanovením § 265 písm. b) zákona zamítl návrh, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.
58. Nad rámec výše uvedeného pak Úřad pro úplnost k námitce zadavatele, že navrhovatel nesložil kauci ve správné výši, a tedy Úřad by měl správné řízení v souladu s § 257 písm. c) zákona zastavit, uvádí, že navrhovatel s podáním návrhu dne 21. 9. 2021 složil kauci pouze ve výši 200 000 Kč, přestože návrh navrhovatele směřuje jak proti smlouvě uzavřené ve vztahu k části 1 veřejné zakázky, tak proti smlouvě uzavřené ve vztahu k části 2 veřejné zakázky, kdy navrhovatel je podle § 255 odst. 1 zákona povinen v případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy složit na účet Úřadu kauci ve výši 200 000 Kč za každou jím napadenou smlouvu, a proto byl navrhovatel povinen ke svému návrhu složit kauci v celkové výši 400 000 Kč. Právě uvedený nedostatek však navrhovatel následně zhojil, když složil na účet Úřadu další částku ve výši 200 000 Kč dne 6. 10. 2021, tj. v souladu s § 255 odst. 1 zákona ve lhůtě pro doručení návrhu stanovené dle § 254 odst. 3 zákona, a proto v daném případě nedošlo k naplnění podmínek pro zastavení správního řízení dle § 257 písm. c) zákona.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže –

Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. 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. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1
2. Pražské služby, a.s., Pod Šancemi 444/1, 190 00 Praha 9
3. František Čech, Radonice 29, 257 26 Divišov

Vypraveno dne

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