



UOHSX00GQD90

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0119/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-37007/2022/163

Brno 1. 11. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 22. 8. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Podnikatelský inkubátor Kroměříž, spol. s r. o.**, IČO 18189091, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 5. 2022 Ing. Mgr. Vlastimilem Calabou, advokátem, ev. č. ČAK 17825, společníkem AKCA s.r.o., advokátní kancelář, IČO 07382928, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0204/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25304/2022/500 ze dne 27. 7. 2022, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 9. 5. 2022 na návrh z téhož dne, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – Nusle,

učiněných v otevřeném řízení, jehož účelem je uzavření rámcové dohody „**Rámcová dohoda na GTP středních a velkých staveb pozemních komunikací 2022**“ a jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 12. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 12. 2021 pod ev. č. Z2021-047715, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 12. 2021 pod ev. č. 2021/S 250-658743, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0204/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25304/2022/500 ze dne 27. 7. 2022

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – Nusle, (dále jen „**zadavatel**“) zahájilo jako veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“)¹ otevřené řízení za účelem uzavření rámcové dohody nazvané „Rámcová dohoda na GTP středních a velkých staveb pozemních komunikací 2022“ (dále jen „**rámcová dohoda**“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 12. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 12. 2021 pod ev. č. Z2021-047715, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 12. 2021 pod ev. č. 2021/S 250-658743, ve znění pozdějších oprav, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejných zakázek, které budou zadávány na základě rámcové dohody, je vyhotovení podrobných nebo předběžných geotechnických průzkumů velkých a středních staveb pozemních komunikací dle aktuálních potřeb zadavatele. Rámcová dohoda má být uzavřena se 6 účastníky na dobu 48 měsíců.
3. Předpokládaná hodnota rámcové dohody činí 580 000 000 Kč bez DPH.
4. Dne 14. 4. 2022 podala společnost Podnikatelský inkubátor Kroměříž, spol. s r. o., IČO 18189091, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž, (dále jen „**navrhovatel**“) námitky proti údajné praxi zadavatele spočívající v provádění geotechnických průzkumů takřka výhradně na podkladě rámcových dohod, jeho požadavkům na profesní způsobilost, technickou kvalifikaci a dalším zadávacím podmínkám rámcové dohody, (dále jen „**námítky**“). Zadavatel námítky odmítl rozhodnutím ze dne 29. 4. 2022 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 ZZVZ, obdržel dne 9. 5. 2022 návrh navrhovatele z téhož dne podle § 250 odst. 1 ZZVZ na přezkoumání úkonů

¹ Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na ZZVZ, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení.

zadavatele učiněných v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody (dále jen „návrh“). Navrhovatel se dožadoval, aby Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

6. Dnem, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 ZZVZ ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0204/2022/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 ZZVZ navrhovatel a zadavatel (dále jen „**správní řízení**“).

III. **Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 27. 7. 2022**

7. Dne 27. 7. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0204/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25304/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž podle § 265 písm. b) ZZVZ zamítl návrh navrhovatele, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že podle § 241 odst. 1 ZZVZ může podat námitky proti zadávacím podmínkám dodavatel (ve smyslu § 5 ZZVZ), kterému hrozí nebo vznikla újma postupem zadavatele. Návrh podle § 250 odst. 1 ZZVZ na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele může podat pouze dodavatel, který považuje některý z úkonů zadavatele (či jeho opomenutí) za rozporný se ZZVZ, a zároveň pokud mu v důsledku toho vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. K podání námitek a návrhu je dle Úřadu aktivně legitimován pouze subjekt, jenž je schopen plnění, které je v rámci veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) poptáváno, alespoň částečně poskytnout, a jemuž v důsledku tvrzeného porušení zákona ze strany zadavatele hrozí nebo vznikla újma v podobě ohrožení alespoň jeho potenciální možnosti veřejnou zakázku (resp. rámcovou dohodu) získat a realizovat. Dle Úřadu není v obecné rovině aktivně legitimován zejména takový dodavatel, který nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním oprávněním k plnění veřejné zakázky.
9. V případě navrhovatele Úřad vyšel z toho, že ve svých námitkách uvedl, že zadavatelem *„nastavené zadávací podmínky omezují i účast stěžovatele a jeho poddodavatele v této veřejné zakázce, a tím mu hrozí újma spočívající v nemožnosti této zakázky se účastnit, a tím ji získat“*. Dle Úřadu z toho plyne, že *„navrhovatel podával své námitky z pozice tzv. hlavního dodavatele, přičemž z uvedeného lze dovodit rovněž vůli navrhovatele účastnit se zadávacího řízení rovněž v pozici hlavního dodavatele“*.
10. Dle Úřadu navrhovatel v návaznosti na rozhodnutí zadavatele o námitkách tuto argumentaci v návrhu změnil a připustil možnost ucházet se o účast v zadávacím řízení *„budťo ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavateli (kteří disponují příslušnými oprávněními k podnikání nezbytnými k realizaci Veřejné zakázky) nebo v pozici poddodavatele takového subjektu“*. Dle Úřadu tento postup vzbuzuje pochybnosti o věrohodnosti skutečností tvrzených navrhovatelem [v námitkách], a to i v kontextu skutečností zjištěných Úřadem o osobě navrhovatele, a proto Úřad při posuzování aktivní legitimace navrhovatele vyšel z údajů obsažených v jeho námitkách, a nikoliv v návrhu, neboť dle přesvědčení Úřadu informace týkající se újmy nemohou být v návrhu měněny zásadním způsobem a mají korespondovat s obsahem podaných námitek.
11. Co se týká otázky dispozice navrhovatele potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním oprávněním, Úřad zjistil, že navrhovatel nemá žádné z oprávnění požadovaných zadavatelem

v zadávací dokumentaci (zejména v oboru geologické práce). Ve vztahu k argumentaci navrhovatele, podle níž je držitelem oprávnění k podnikání v oborech provádění staveb, jejich změn a odstraňování a projektová činnost ve výstavbě, Úřad uvedl, že mu neumožňují podílet se na plnění rámcové dohody v pozici hlavního dodavatele (jak deklaroval ve svých námitkách), protože na tyto činnosti nestačí (podstata plnění předmětu rámcové dohody nespočívá v běžných stavebních pracích, k jejichž provádění by mohl být navrhovatel plně odborně způsobilý, ale ve vyhotovení geotechnických průzkumů). Zadavatel navíc vymezil významné činnosti, které musí dodavatel při plnění předmětu veřejné zakázky realizovat vlastními kapacitami (tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů).

12. Pro dokreslení celkového charakteru navrhovatele, coby podnikatele, Úřad v souvislosti s navrhovatelem tvrzenou újmou na jeho právech a s otázkou, zda se v jeho případě jedná o subjekt, jehož podnikání souvisí s alespoň částí zadavatelem poptávaného plnění, zjistil z obsahu webových stránek navrhovatele a výpisu z Registru ekonomických subjektů ČSÚ v ARES, že předmět podnikání navrhovatele spočívá hlavně v poradenské, vzdělávací a administrativní činnosti a v pronájmu nemovitostí. Z těchto zdrojů naopak dle Úřadu nevyplývá, že by navrhovatel vykonával stavební činnosti (či by se na nich jakkoli podílel), a to ani ve formě běžných výkopových prací, k nimž je oprávněn dle svých opakovaných tvrzení v rámci správního řízení. Úřad dále zjistil z příloh k účetním závěrkám navrhovatele, že průměrný počet zaměstnanců navrhovatele za posledních 5 let nepřekročil 8 zaměstnanců, přičemž v posledních letech je patrná klesající tendence tohoto ukazatele. Tato skutečnost tak dle Úřadu nenapovídá, že by navrhovatel významným způsobem směřoval k rozšíření okruhu činností, jimiž se zabývá. Úřad v tomto ohledu uzavřel, že je evidentní, že se navrhovatel zabývá činnostmi, jež stojí mimo předmět rámcové dohody, když neprovádí geologické ani běžné stavební práce. Přestože Úřad nevylučuje, že by se teoreticky mohlo jednat o podnikatele začínajícího v novém oboru (stavebnictví), této eventualitě kromě podaných námitek a návrhu dle jeho názoru nic nenasvědčuje.
13. V neposlední řadě Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že pokud jde o prokázání zájmu na získání veřejné zakázky (resp. uzavření rámcové dohody) nebo vzniku újmy na jeho právech, nese důkazní břemeno navrhovatel. Toto důkazní břemeno ohledně aktivní legitimace navrhovatele vychází dle Úřadu z tzv. břemena tvrzení, jehož rozsah je určen okruhem skutečností, které v konkrétním případě musí být tvrzeny. Navrhovatel měl dle Úřadu povinnost tvrdit, z jakých zákonem relevantních důvodů je na něj nutné nahlížet jako na potenciálního účastníka zadávacího řízení, resp. dodavatele, kterému údajným nezákonným postupem zadavatele vznikla nebo hrozí újma (břemeno tvrzení), ale též povinnost toto své tvrzení doložit (břemeno důkazní). Navrhovatel toto své důkazní břemeno v posuzovaném případě neunesl, a proto ve věci není aktivně legitimován, a Úřad se tudíž jeho návrhem meritorně nezabýval.

IV. Rozklad navrhovatele ze dne 22. 8. 2022

14. Dne 22. 8. 2022 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí, jehož odůvodnění navrhovatel doplnil podáním ze dne 6. 9. 2022 (dále jen „rozklad“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno fikcí dne 6. 8. 2022. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na neděli 21. 8. 2022.

Ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) správního řádu je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě pondělí 22. 8. 2022. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

15. Navrhovatel v rozkladu namítá, že napadené rozhodnutí je v rozporu s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu a judikaturou správních soudů, od které se Úřad zcela nedůvodně a v rozporu se zásadou legitimního očekávání odklonil ve prospěch značně restriktivního výkladu okruhu aktivně legitimovaných subjektů k podání námitek a návrhu. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že aktivní legitimace pro iniciaci přezkumu potenciálně nezákonných postupů zadavatelů před Úřadem je v konstantní judikatuře správních soudů i v rozhodovací praxi Úřadu vnímána velice široce a benevolentně, a to plně v souladu se smyslem a účelem čl. 1 odst. 3 směrnice Rady č. 89/665/EHS z 21. 12. 1989, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, ve znění pozdějších změn (dále jen „**směrnice Rady č. 89/665/EHS**“). Dle navrhovatele nelze v žádném případě akceptovat značně restriktivní tendence Úřadu, kterými naznačuje, že aktivní legitimace k podání námitek a návrhu je dána pouze v případě, pokud se jedná o dodavatele, který je schopen poskytnout plnění jakési stěžejní části veřejné zakázky.
16. Navrhovatel dále v rozkladu namítá, že v podaných námitkách ani v rámci správního řízení neuvedl, že by se o veřejnou zakázku ucházel v pozici „hlavního dodavatele“ sám, ale jedná se pouze o spekulaci Úřadu. V reakci na rozhodnutí o námitkách a v něm uvedené zpochybnění jeho aktivní legitimace zadavatelem navrhovatel plně v souladu s podanými námitkami upozornil na to, že zadavatel si tuto otázku vyhodnotil nesprávně, když nevzal v potaz části plnění veřejné zakázky, ke kterým není zapotřebí oprávnění pro provádění geologických prací, a naopak k nim postačují oprávnění, kterými navrhovatel disponuje. Předmět rámcové dohody totiž sestává vedle geologických prací již výhradně jen z dalších činností, které může realizovat navrhovatel sám (neboť sám disponuje příslušnými živnostenskými oprávněními i know-how k jejich realizaci), popřípadě prostřednictvím svého poddodavatele. Tyto činnosti pak svým rozsahem i významem představují nikoli marginální část rámcové dohody, což vyplývá i ze skutkových zjištění Úřadu. Dle navrhovatele mimo jiné platí, že bez provedení těchto prací není možné provést vlastní činnosti vázané na oprávnění v oboru geologické práce. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že řádně tvrdil a z povahy věci i prokázal, že je teoreticky schopen plnit tyto části veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody, a tudíž mu svědčí aktivní legitimace k podání námitek i návrhu. Již z principu se přitom nejedná o okolnost, kterou by navrhovatel byl povinen jakkoli dále prokazovat.
17. Navrhovatel je současně toho názoru, že je nadbytečné jakékoli bádání Úřadu směřující k jeho osobě, včetně jeho předchozí ekonomické činnosti. I pokud by totiž navrhovatel nebyl dříve ekonomicky činným na relevantním trhu projekčních a stavebních prací (což však Úřad dovozuje v rozporu se zásadou materiální pravdy pouze z veřejně dostupných, neúplných informací), již sama skutečnost, že navrhovatel oplývá příslušnými živnostenskými oprávněními, znamená, že danou činnost může zahájit takřka okamžitě. Úřad tak nikdy nemůže s dostatečnou mírou jistoty zpochybnit jeho teoretickou možnost plnit veřejnou zakázku. Navrhovatel navíc tvrdil a stále tvrdí, že má skutečný zájem podílet se na plnění rámcové dohody.
18. Přestože skutečnost, že navrhovatel je schopen provádět části veřejných zakázek, které mají být zadávány na základě rámcové dohody, je dle navrhovatele sama o sobě plně dostačující k dovození jeho aktivní legitimace, v reakci na tvrzení zadavatele doplnil v návrhu, že tyto

práce může realizovat buďto ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavateli (což je plně v souladu s jeho původním tvrzením), nebo v pozici poddodavatele takového subjektu (neboť navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatel měl vzít v potaz i tuto eventualitu v rámci rozhodnutí o námitkách). Toto tvrzení však nepředstavuje změnu argumentace, neboť pokud by se navrhovatel zúčastnil zadávacího řízení ve sdružení s jinými subjekty, stále by byl v postavení dodavatele, který by se zadavatelem uzavřel rámcovou dohodu. Přestože by tedy navrhovatel nemohl pro zadavatele provádět geologické práce sám, neboť mu v tom brání absence příslušného živnostenského oprávnění, resp. poddodavatelské omezení, tato skutečnost mu sama o sobě nebrání v účasti v zadávacím řízení a v uzavření rámcové dohody v pozici hlavního dodavatele (tj. subjektu, který by se zadavatelem uzavřel rámcovou dohodu), neboť je sám schopen zadavateli poskytnout alespoň část plnění poptávaného v rámci rámcové dohody.

19. Navrhovatel v rozkladu v neposlední řadě uvádí, že dle jeho názoru není úkolem Úřadu rozkrývat konkrétní formu zapojení navrhovatele na rámcové dohodě, a stejně tak není navrhovatel povinen tvrdit a prokazovat újmu v tom smyslu, že by měl z preventivních důvodů již v rámci námitek či návrhu uvádět konkrétní subjekty, se kterými měl v úmyslu se zadávacího řízení zúčastnit, a formu jejich vzájemné spolupráce. Pokud měl Úřad pochybnost o tvrzení navrhovatele stran rozsahu dotčení jeho práv, resp. reálné možnosti jeho spolupráce se třetími subjekty při plnění rámcové dohody, měl ho vyzvat k doplnění jeho původních (a pro účely prokázání újmy zcela dostačujících) tvrzení. Takto ostatně Úřad postupuje standardně, což vyplývá i z obsahu jeho recentních rozhodnutí (ze dne 26. 7. 2022, sp. zn. ÚOHS-S0041/2022/VZ nebo ze dne 18. 7. 2022, sp. zn. ÚOHS-S0029/2022/VZ). Úřad toto nicméně neučinil a v rozporu se zásadou materiální pravdy konstatoval, že argumentace navrhovatele týkající se jeho spolupráce s dalšími subjekty je spekulativní a účelová. Aby navrhovatel rozptýlil veškeré pochybnosti Úřadu stran možnosti jeho spojení s jinými subjekty za účelem soutěže o rámcovou dohodu, k rozkladu přiložil seznam partnerských subjektů, se kterými o účasti v zadávacím řízení jednal a které mu předběžně deklarovaly zájem a přislíbily případnou participaci na rámcové dohodě.

Návrh rozkladu

20. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele ze dne 16. 9. 2022 k rozkladu

21. Zadavatel ve vyjádření ze dne 16. 9. 2022 k rozkladu uvedl, že považuje za vhodné opětovně zdůraznit, že navrhovatel své kroky nečiní za účelem ochrany svých práv, ale aby obstruoval zcela legitimní postup zadavatele. Zadavatel je přesvědčen o tom, že jednání navrhovatele představuje šikanózní výkon práva na podání námitek, a to s ohledem na skutečnost, že jeho námitky obdržel až poslední den lhůty pro podání nabídek. Postupu, který zjevně usiluje pouze o poškození zadavatele, nikoli o ochranu práv navrhovatele, by neměla být dle zadavatele poskytnuta právní ochrana.
22. Zadavatel má zcela jasně za prokázané, že navrhovatel nedisponuje živnostenským oprávněním k provádění geologických prací. Vzhledem k tomu nemůže plnit stěžejní část rámcové dohody (v kombinaci s poddodavatelským omezením stanoveným v bodě 18.6 zadávací dokumentace), a proto ho nelze považovat za relevantního dodavatele naplňujícího

kumulativní podmínky aktivní legitimace k podání námitek a návrhu. Zadavatel odmítá argumentaci navrhovatele, že pro aktivní legitimaci není nezbytné, aby byl schopen plnit stěžejní část veřejné zakázky. Navrhovatel v námitkách brojil proti nastavení zadávacích podmínek z pozice hlavního dodavatele, a proto byl povinen prokázat svou aktivní legitimaci ve vztahu ke stěžejní části rámcové dohody.

23. Dle názoru zadavatele okruh dodavatelů, kterým svědčí právo napadat postup zadavatele, by neměl být uměle rozšiřován hypotetickými konstrukcemi, ze kterých by bylo možné dovozovat újmu dodavatelů, kteří se zabývají zcela odlišnou činností, či kteří jsou zcela nebo téměř zcela ekonomicky neaktivní. Opačný závěr by dal právo iniciovat přezkum Úřadem fakticky jakémukoli subjektu, byť by tvrdil např. pouze to, že mu vzniká újma tím, že pro plnění veřejné zakázky nebude moci jinému dodavateli pronajímat prostory k uskladnění vybavení, dodávat náhradní díly, pohonné hmoty nebo kancelářské potřeby. Takto vymezená újma by totiž nevykazovala žádnou příčinnou souvislost ve vztahu k napadanému úkonu (stanovení zadávacích podmínek).
24. Zadavatel je přesvědčen o tom, že v případě jakékoli formy zapojení navrhovatele by nemohl být sám aktivně legitimován k podání námitek či návrhu k Úřadu, neboť by stále platilo, že stanovením zadávacích podmínek mu nemůže hrozit jakákoliv újma. Veškerá rozhodující kritéria by totiž musel naplnit jiný dodavatel, protože jedině ten by byl schopen a oprávněn fakticky realizovat předmět plnění rámcové dohody. Zadavatel na podporu svých tvrzení upozorňuje na aktuální rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0020/2022/VZ, č. j. ÚOHS-07479/2022/161 ze dne 12. 4. 2022 (dále jen „**rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0020/2022/VZ**“) v obdobné věci.
25. K nově předloženému seznamu partnerských subjektů, se kterými navrhovatel údajně jednal o účasti v zadávacím řízení a kteří mu předběžně deklarovali zájem a přislíbili případnou participaci na rámcové dohodě, zadavatel uvádí, že dle jeho názoru se jedná o novou skutečnost, kterou navrhovatel mohl a měl případně uplatnit již v rámci prvostupňového rozhodování ve věci. Zadavatel se domnívá, že předložení tohoto seznamu až nyní v řízení o rozkladu je porušením koncentrace řízení ve smyslu § 82 odst. 4 správního řádu, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu k tomuto dokumentu v řízení rozkladu nepřihlížel.
26. Zadavatel uzavřel, že rozklad považuje za nedůvodný, a proto navrhuje, aby ho předseda Úřadu zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

V. Řízení o rozkladu

27. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

29. Úřad správně rozhodl, že navrhovatel neprokázal svou aktivní legitimaci k podání námitek a návrhu.
30. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

K povinnosti tvrdit a prokázat aktivní legitimaci k podání námitek a návrhu

31. Navrhovatel v rozkladu namítá, že v námitkách ani v návrhu nebyl povinen tvrdit a prokazovat konkrétní subjekty, se kterými se měl v úmyslu zúčastnit zadávacího řízení, a formu jejich vzájemné spolupráce. Pokud měl Úřad o jeho aktivní legitimaci pochybnosti, měl ho v souladu se zásadou materiální pravdy vyzvat k doplnění jeho tvrzení (blíže viz bod 19 tohoto rozhodnutí).
32. Podle § 241 odst. 1 ZZVZ „*námítky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“)*“.
33. Podle § 244 odst. 3 ZZVZ „*v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí*“.
34. Podle § 245 odst. 3 písm. a) ZZVZ „*zadavatel odmítne rovněž námítky, které nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241*“.
35. Podle § 250 odst. 1 ZZVZ „*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 [...]*“.
36. Podle § 265 písm. b) ZZVZ „*Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou*“.
37. Z právě citovaných ustanovení ZZVZ vyplývá, že právo na podání námitek zadavateli a následně návrhu k Úřadu svědčí pouze osobě (dodavateli), kterému **vznikla či alespoň hrozí újma** v příčinné souvislosti s jím tvrzeným pochybením zadavatele. Jedná se o požadavek, který vychází ze směrnice Rady č. 89/665/EHS, podle jejíhož článku 1, bodu 3 „*členské státy zajistí, aby bylo přezkumné řízení podle prováděcích pravidel, která mohou členské státy samy stanovit, dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda*“.
38. Hrozba újmy se v konstantní rozhodovací praxi Úřadu a správních soudů vykládá jako alespoň teoretická ztráta možnosti dodavatele získat předmětnou (konkrétní) veřejnou zakázku (srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASC ze dne 15. 7. 2010 a č. j. ÚOHS-R0030/2019/VZ-10933/2019/322/DJa ze dne 17. 4. 2019, anebo rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. 4. 2013). Možnost dodavatele získat konkrétní veřejnou zakázku se odvíjí od jeho oprávnění tuto zakázku plnit, což v zásadě závisí na tom, zda disponuje živnostenskými a dalšími oprávněními potřebnými

k realizaci předmětné zakázky (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. 4. 2013, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0327,0328/2019/VZ-35855/2019/523/VHm ze dne 30. 12. 2019 a č. j. ÚOHS-39356/2020/ 500/JBě ze dne 7. 12. 2020, rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc ze dne 15. 7. 2010 a č. j. ÚOHS-R0030/2019/VZ-10933/2019/322/DJa ze dne 17. 4. 2019).

39. Podmínka spočívající v oprávnění k podání návrhu, pouze pokud dodavateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech v důsledku domnělého porušení ZZVZ ze strany zadavatele, odlišuje návrhové řízení od řízení zahájeného Úřadem z moci úřední (*ex officio*). Účelem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeného z moci úřední je ochrana veřejného zájmu na řádném zadávání veřejných zakázek, zatímco účelem řízení zahájeného na návrh je ochrana veřejného subjektivního práva navrhovatele mít možnost získat veřejnou zakázku v souladu s pravidly vymezenými v ZZVZ. Právo k podání návrhu tedy svědčí pouze osobě či osobám, do jejichž právních poměrů domnělá nezákonnost postupu zadavatele zasahuje, a tento nemůže být podán pouze za účelem ochrany veřejného zájmu – k tomu slouží institut podnětu podle § 42 správního řádu. Pokud není podmínka vzniklé či hrozící subjektivní újmy splněna, Úřad není oprávněn o takovém návrhu věcně rozhodnout a je povinen ho podle § 265 písm. b) ZZVZ bez dalšího zamítnout (srov. rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0063/2022/VZ, č. j. ÚOHS-20656/2022/163 ze dne 20. 7. 2022).
40. Existence vzniklé či hrozící újmy v důsledku namítaného pochybení zadavatele je již nutnou podmínkou pro podání námitek podle § 241 odst. 1 ZZVZ a současně jejich povinnou náležitostí, pokud se jedná o námitky spadající do okruhu námitek vyjmenovaných v § 244 odst. 3 ZZVZ. Navrhovatel v posuzovaném případě brojil zejména proti zadávacím podmínkám, které jsou v tomto výčtu uvedeny, a proto byl v námitkách povinen specifikovat, jaká újma mu jejich tvrzenou nezákonností vznikla či hrozí. Jednalo se o povinnost navrhovatele, kterou za něj nemohl splnit zadavatel a už vůbec ne Úřad (který v té době z logiky věci ani žádné související správní řízení nevedl). Účelem požadavku stanoveného v § 244 odst. 3 ZZVZ je přesvědčit zadavatele o tom, že stěžovateli vznikla či hrozí újma na jeho právech v důsledku nezákonného postupu zadavatele, a tudíž že námitky byly podány oprávněnou osobou ve smyslu § 241 odst. 1 ZZVZ. Pokud stěžovatel svou újmu v dostatečné míře nespecifikuje, vystavuje se riziku, že zadavatel jeho námitky odmítne podle § 245 odst. 3 písm. a) ZZVZ (tj. bez jejich věcného vypořádání).
41. Je třeba zdůraznit, že k § 244 odst. 3 ZZVZ nelze přistupovat formalisticky tak, že v jakýchkoli námitkách stačí uvádět stále stejná univerzální tvrzení (kopírovat totožný předpřipravený text) nezávisle na tom, jaké se týkají veřejné zakázky, zadavatele, jeho úkonů a jaké činnosti je stěžovatel oprávněn v jejím rámci realizovat (a které naopak nikoliv). Pokud by tomu tak bylo, jednalo by se o zbytečnou (*obsoletní*) náležitost námitek, neboť taková informace by pro zadavatele a následně ani Úřad neměla žádnou vypovídací hodnotu. Takový výklad § 244 odst. 3 ZZVZ nelze přijmout.
42. Požadavek na míru, v jaké je třeba v námitkách a případně i v návrhu rozvést újmu, jaká stěžovali postupem zadavatele vznikla či hrozí, závisí vždy na konkrétním případě a odvíjí se především od předmětu veřejné zakázky a osoby stěžovatele. Pokud není vztah stěžovatele k předmětu plnění veřejné zakázky jasný „na první pohled“, protože zejména nedisponuje oprávněními potřebnými k její realizaci, jako tomu je v právě posuzované věci, je třeba trvat na tom, aby stěžovatel svou aktivní legitimaci ve smyslu § 241 odst. 1 ZZVZ dostatečně

podrobným způsobem rozvedl, vysvětlil a případně i doložil. Na druhou stranu, pokud se stěžovatel na daném trhu standardně pohybuje a poptávané plnění běžně dodává, obvykle bude postačovat jednodušší odůvodnění jeho újmy.

43. Navrhovatel v této souvislosti namítá, že pokud měl Úřad pochybnosti o jeho tvrzení ohledně rozsahu jeho spolupráce se třetími subjekty při plnění rámcové dohody, měl ho v souladu se zásadou materiální pravdy vyzvat k jejich doplnění, jak to dle navrhovatele dělá standardně. K tomu uvádím, že navrhovatel byl povinen v souladu s § 244 odst. 3 ZZVZ vysvětlit, jaká újma mu postupem zadavatele vznikla či hrozí, již v námitkách vůči zadavateli (rovněž viz bod 47 tohoto rozhodnutí). Pokud stěžovatel tuto povinnost nesplní dostatečně, a proto zadavatel jeho námitky oprávněně odmítne podle § 245 odst. 3 písm. a) ZZVZ, tento nedostatek námitek nelze zhojit ve správním řízení (resp. prostřednictvím návrhu na jeho zahájení). Je to zejména z toho důvodu, že v té době již uplynula lhůta pro podání námitek, tj. stěžovatel tuto argumentaci předkládá pozdě, a poté, co zadavatel námitky oprávněně odmítl bez jejich věcného vypořádání, což by při zpětném přiznání aktivní legitimace k podání námitek muselo být nutně zpochybněno a rozhodnutí zadavatele o námitkách patrně zrušeno (přestože námitky vyřídil v souladu se zákonem). Vzhledem k tomu bylo bezpředmětné, aby se Úřad v průběhu správního řízení dotazoval navrhovatele na újmu, která mu vznikla či měla hrozit ve spojitosti s namítanými pochybeními zadavatele, neboť by to nic nezměnilo na tom, že ji nepopsal dostatečně již ve svých námitkách.
44. K navrhovatelem odkazovaným rozhodnutím Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0041/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25110/2022/500 ze dne 26. 7. 2022 a sp. zn. ÚOHS-S0029/2022/VZ, č. j. ÚOHS-23829/2022/500 ze dne 18. 7. 2022 uvádím, že v předmětných zadávacích řízeních zadavatelé námitky neodmítli podle § 245 odst. 3 písm. a) ZZVZ z důvodu, že nebyly podány oprávněnou osobou, avšak pochybnost o aktivní legitimaci předmětných navrhovatelů vyvstala až v průběhu navazujících správních řízení. Nejednalo se tudíž o obdobné situace, protože v právě šetřené věci se navrhovatel mohl bránit proti rozhodnutí o námitkách již v návrhu, a neměl čekat na to, až ho Úřad případně v průběhu správního řízení vyzve k doložení jeho aktivní legitimace. Navíc, ani jedno z odkazovaných rozhodnutí nebylo napadeno rozkladem, a tedy nebyla z mé strany přezkoumána. Nelze tak hovořit o tom, že by se jednalo o ustálenou praxi Úřadu. V této souvislosti lze obecně doplnit, že pokud zadavatel odmítne námitky podle § 245 odst. 3 písm. a) ZZVZ, protože dle jeho názoru nebyly podány oprávněnou osobou ve smyslu § 241 ZZVZ, a stěžovatel následně podává návrh k Úřadu, v první řadě v něm musí právně relevantním způsobem reagovat na tuto část rozhodnutí zadavatele o námitkách, tj. rozporovat v něm uvedené závěry zadavatele stran jeho aktivní legitimace a doložit opak. Následně je na Úřadu, aby posoudil, na čí straně je právo.
45. K předmětné rozkladové námitce navrhovatele lze tedy uzavřít, že je nedůvodná, neboť navrhovatel byl povinen v souladu s § 241 odst. 1 ZZVZ ve spojení s § 244 odst. 3 ZZVZ v námitkách dostatečným a právně relevantním způsobem tvrdit a případně i prokázat, že mu namítanou nezákonností zadávacích podmínek vznikla či hrozila újma na jeho právech. Tuto povinnost za něj nemohli splnit zadavatel a už vůbec ne Úřad. Jak bude dále blíže rozvedeno, navrhovatel tak učinil nedostatečně, a proto zadavatel jeho námitky správně odmítl podle § 245 odst. 3 písm. a) ZZVZ, stejně jako Úřad následně správně zamítl jeho návrh podle § 265 písm. b) ZZVZ.

K námitce, že Úřad nesprávně posoudil aktivní legitimaci navrhovatele k podání námitek a návrhu

46. Navrhovatel dále v rozkladu namítá, že byl aktivně legitimován k podání námitek a návrhu, protože je jednak schopen realizovat část plnění poptávaného v rámci rámcové dohody, ke které není zapotřebí oprávnění pro provádění geologických prací, a jednak proto, že tyto práce může realizovat buďto ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavateli, nebo v pozici poddodavatele takového subjektu, neboť je přesvědčen, že i tuto eventualitu měl zadavatel vzít v potaz v rámci rozhodnutí o námitkách (blíže viz body 16 a 18 tohoto rozhodnutí).
47. K této námitce předně uvádím, že zadavatel a následně ani Úřad nemohou za navrhovatele domýšlet, jaké přicházejí do úvahy možnosti jeho účasti v zadávacím řízení a na plnění veřejné zakázky (jaké práce je oprávněn provádět sám a jak zajistí realizaci zbývajících částí zakázky, resp. zda se bude o zakázku ucházet v pozici poddodavatele či účastníka zadávacího řízení, který podá nabídku s jiným způsobilým dodavatelem atp.), a vyvozovat z toho závěry, že je aktivně legitimován (navrhovatel stejným způsobem argumentoval již v návrhu – viz bod 65 tohoto rozhodnutí). Jak už bylo uvedeno v bodě 41 tohoto rozhodnutí, v takovém případě by byl požadavek ZZVZ na existenci a uvedení (vč. případného doložení) vzniklé či hrozící újmy v souvislosti s pochybením zadavatele zcela bezzubý, neboť tuto povinnost by za stěžovatele *de facto* plnili zadavatel a Úřad, a to pouze na základě ničím nepodložených spekulací. Takový přístup je třeba odmítnout a je nezbytné trvat na tom, že se oprávnění k podání námitek ve smyslu § 241 ZZVZ a návrhu ve smyslu § 250 ZZVZ posuzuje na základě obsahu námitek, resp. návrhu.
48. Předmětem rámcové dohody, resp. budoucích veřejných zakázek zadávaných na jejím základě, je vyhotovování podrobných nebo předběžných geotechnických průzkumů velkých a středních staveb pozemních komunikací. Zadavatel v této souvislosti v zadávací dokumentaci požadoval, aby dodavatelé disponovali alespoň oprávněním k podnikání v oborech výkon zeměměřických činností, geologické práce, hornická činnost a činnosti prováděné hornickým způsobem a projektování a navrhování objektů a zařízení, které jsou součástí hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem (zásadním je zejména oprávnění k podnikání v oboru geologické práce, který je vázanou živností).
49. Ze správního spisu vyplývá, že **navrhovatel nedisponuje žádným z uvedených oprávnění potřebných k realizaci veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody, a proto není sám oprávněn realizovat její stěžejní část** (tj. odborný geotechnický průzkum staveb). Úřadem bylo navíc zjištěno (blíže viz body 84-92 napadeného rozhodnutí), že zadavatel vymezil podle § 105 odst. 2 ZZVZ v bodě 18.6 zadávací dokumentace významné činnosti, které nemohou být plněny prostřednictvím poddodavatelů, tzn. musí je provádět sám vybraný dodavatel (eventuálně vybraní dodavatelé v případě společné nabídky). Jedná se zejména o odborné práce uvedené pod položkami č. 9.2, 9.4, 9.10, 9.11 a 9.12 soupisu prací, k jejichž realizaci je nutné mít oprávnění k podnikání v oboru geologické práce. Nejenže tedy navrhovatel není oprávněn tyto činnosti realizovat sám, neboť tímto oprávněním nedisponuje, není je ani oprávněn zajistit prostřednictvím poddodavatele, neboť mu v tom brání výhrada stanovená zadavatelem podle § 105 odst. 2 ZZVZ. Právě uvedené lze považovat za nespornou skutečnost, kterou navrhovatel potvrzuje v rozkladu, v němž uvádí, že „*nemohl sám pro Zadavatele provádět geologické práce, neboť mu v tom brání absence příslušného živnostenského oprávnění, resp. poddodavatelské omezení*“.

50. Navrhovatel podal k zadavateli námitky proti těmto jeho úkonům a požadavkům:
- a. proti tomu, že zadavatel minimálně od roku 2014 zadává provádění geotechnických průzkumů prakticky výhradně na podkladě rámcových dohod. Dle navrhovatele se však nejedná o vhodný předmět rámcové dohody. Dle navrhovatele tento systematický a dlouhotrvající postup zadavatele naprosto vedl k absolutnímu vyloučení hospodářské soutěže mimo několik málo subjektů, které se účastnily již první rámcové dohody. Navrhovatel doporučil zadavateli řadu opatření vedoucích ke znovuotevření hospodářské soutěže na realizaci zakázek na provádění geotechnických průzkumů pro všechny kvalifikované dodavatele, např. aby otevřel soutěž i subjektům se zkušenostmi s realizací geotechnických průzkumů mimo ČR či na základě starších „TP“ než „TP 76“, aby podstatným způsobem zmírnil požadavky na hodnotu a množství požadovaných referenčních zkušeností dodavatelů a členů týmu a prodloužil dobu před zahájením zadávacího řízení, ve které mohla být daná zkušenost s realizací geotechnických průzkumů získána;
 - b. proti požadavkům na technickou kvalifikaci osob zajišťujících odbornou způsobilost v oborech „inženýrská geologie – geotechnika – odpovědný řešitel úkolu“, „hydrogeologie – hydrogeolog“, „geofyzika – geofyzik“, „geotechnika – podzemní stavby – geotechnik podzemních staveb“ a u osoby provádějící zeměměřické činnosti;
 - c. proti požadavkům na referenční zakázky, které měly být poskytnuty účastníkem zadávacího řízení a jejichž předmětem mělo být vyhotovení předběžného, podrobného nebo doplňkového geotechnického průzkumu;
 - d. proti požadavku na profesní způsobilost spočívajícímu v disponování oprávněním vydaným Ministerstvem dopravy ČR k provádění průzkumných a diagnostických prací souvisejících s výstavbou, opravami, údržbou a správou pozemních komunikací, a to k provádění geotechnických průzkumů;
 - e. proti dalším zadávacím podmínkám, zejména nesrovnalostem v oceňování položek „kopané šachtice“ a „zajištění DIR a DIO“ [dopravně inženýrských rozhodnutí a dopravně inženýrských opatření – pozn. předsedy Úřadu].
51. Z výčtu námitek je patrné, že navrhovatel je směřoval zejména proti zadávacím podmínkám, které se ho osobně netýkají (jejich případná nezákonnost mu nemůže způsobit přímou újmu), neboť s nimi související odborné činnosti není oprávněn sám realizovat (protože nedisponuje potřebnými živnostenskými oprávněními).
52. Jsem toho názoru, že skutečnosti uvedené v bodech 48-51 tohoto rozhodnutí vzbuzují pochybnosti o aktivní legitimaci navrhovatele k podání námitek a návrhu. Vzhledem k tomu bylo nezbytné, aby navrhovatel v námitkách i v návrhu dostatečným způsobem vysvětlil a doložil, jakým způsobem se hodlal zúčastnit zadávacího řízení a realizovat veřejné zakázky zadávané na základě rámcové dohody, když není oprávněn provádět jejich stěžejní části, a to v části ani prostřednictvím poddodavatele, a jaká újma mu vznikla či hrozí v důsledku zadávacích podmínek, jež se týkají činností, které není oprávněn plnit. Jak bylo uvedeno v bodě 38 tohoto rozhodnutí, pokud dodavatel není oprávněn realizovat konkrétní veřejnou zakázku, resp. toto neprokáže, nemůže ztratit možnost tuto zakázku získat, a proto mu případným

nezákonným postupem zadavatele nemůže vzniknout žádná újma na jeho právech, a tudíž není aktivně legitimován k podání námitek a návrhu proti takovému postupu zadavatele.

53. Navrhovatel ve vztahu ke své aktivní legitimaci k podání námitek v námitkách pouze konstatoval (v jejich bodě 10), že je podává proti nastavení zadávacích podmínek a nezákonnému postupu zadavatele *„vzhledem ke skutečnosti, že takto nastavené zadávací podmínky omezují i účast stěžovatele a jeho poddodavatele v této veřejné zakázce, a tím mu hrozí újma spočívající v nemožnosti této zakázky se účastnit, a tím ji získat (realizovat a dosáhnout přiměřeného zisku)“*.
54. Navrhovatel v rozkladu namítá, že v námitkách neuvedl, že by se o veřejnou zakázku ucházel sám v pozici „hlavního dodavatele“, jak z bodu 10 námitek dovodil Úřad. V tomto ohledu lze dát navrhovateli za pravdu, že tvrzení Úřadu v bodě 78 napadeného rozhodnutí, že *„navrhovatel pak svou újmu v rámci podaných námitek zcela pregnantně specifikoval tak, že je mu znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku z pozice hlavního dodavatele (tzn. jakožto účastníka zadávacího řízení)“*, neodpovídá znění bodu 10 námitek. Navrhovatel zde výslovně neuvedl, že má v úmyslu plnit celou rámcovou dohodu (tj. včetně geologických prací) zcela sám (v tom smyslu, že by sám podal nabídku v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody). Dle mého názoru se však nejedná o zásadní pochybení Úřadu, ale z pohledu posouzení věci o argumentaci, která není právně relevantní (byla učiněna navíc – zbytečně).
55. K bodu 10 námitek uvádím, že navrhovatel v něm svou újmu, která mu má hrozit nezákonným postupem zadavatele, vyjádřil velice stručně, obecně (šablonovitě) a zcela bez vztahu k předmětu budoucích veřejných zakázek a jeho zapojení na jejich plnění (v návaznosti na to, že nedisponuje řadou potřebných živnostenských oprávnění), a proto zadavatel a Úřad mohli o míře jeho participace při podávání nabídky a na plnění rámcového dohody, a tím i jeho aktivní legitimaci k podání námitek a návrhu, pouze spekulovat.
56. Navrhovatel v námitkách nijak nenaznačil, jakým způsobem se chtěl zúčastnit zadávacího řízení a plnění rámcové dohody. Pokud by tak chtěl učinit sám – jak z bodu 10 námitek (v rozporu s jeho výslovným zněním) dovodil Úřad – tak by s takovou nabídkou nemohl nikdy uspět, a potažmo být aktivně legitimován k podání námitek a návrhu, protože není oprávněn k podnikání v oborech potřebných k realizaci veřejné zakázky a na část plnění si vzhledem k výhradě zadavatele v bodě 18.6 zadávací dokumentace ani nemůže vzít poddodavatele. Pokud měl v úmyslu podat nabídku spolu s dalším dodavatelem oprávněným realizovat stěžejní část veřejné zakázky, anebo být „jen“ jeho poddodavatelem, měl tohoto dodavatele identifikovat a rozvést způsob jejich vzájemné spolupráce, což neučinil (k tomu blíže viz bod 69 tohoto rozhodnutí). O to víc to platí v případě, kdy namítá nezákonnost částí zadávacích podmínek, které se ho netýkají, ale mohou se týkat jeho potenciálního obchodního partnera, se kterým měl v plánu se na zakázce podílet a který disponuje příslušnými oprávněními (na rozdíl od navrhovatele). V takovém případě ale bylo nezbytné, aby navrhovatel specifikoval újmu, která hrozí právě tomuto dalšímu dodavateli v důsledku nezákonných zadávacích podmínek, a od něhož navrhovatel odvozuje svou újmu.
57. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že byl aktivně legitimován k podání námitek a návrhu již proto, že je schopen realizovat část plnění poptávaného v rámci rámcové dohody, ke které není zapotřebí oprávnění pro provádění geologických prací.

58. Úřad v této souvislosti v bodech 91 a 92 napadeného rozhodnutí připustil, že předmětem rámcové dohody (resp. veřejných zakázek realizovaných na jejím základě) může být běžné provádění staveb nebo provádění běžných výkopových prací, pro něž by mohlo postačovat oprávnění k podnikání v oboru provádění staveb, jejich změn a odstraňování (případně projektová činnost ve výstavbě), kterým disponuje navrhovatel. Dle Úřadu tedy sice mohou být součástí rámcové dohody některé přípravné či stavební práce, k jejichž provádění by mohl být navrhovatel plně odborně způsobilý, nicméně podstata plnění předmětu rámcové dohody nespočívá v těchto běžných stavebních pracích, ale v provádění odborných geologických prací, k jejichž realizaci způsobilý není, neboť nedisponuje oprávněním k podnikání v oboru geologické práce (kromě dalších).
59. Pokud je navrhovatel oprávněn při plnění rámcové dohody realizovat uvedené činnosti, za účelem posouzení jeho aktivní legitimace mu lze dle mého názoru přiznat postavení dodavatele ve smyslu § 5 ZZVZ, podle něhož *„dodavatelem se 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“*. Rozhodovací praxe Úřadu totiž dovodila, že postavení dodavatele ve smyslu § 5 ZZVZ je vedle vzniklé či hrozící újmy jednou ze dvou podmínek pro podání námitek podle § 241 odst. 1 ZZVZ. K tomu srov. např. rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0225/2021/VZ, č. j. ÚOHS-37931/2021/500/Alv ze dne 11. 11. 2021, podle něhož *„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“* (nebo viz bod 23 rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0020/2022/VZ a bod 42 rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0198/2021/VZ, č. j. ÚOHS-01372/2022/163 ze dne 24. 1. 2022, na něž navrhovatel odkazuje v rozkladu). Pokud je tedy daný hospodářský subjekt oprávněn realizovat alespoň dílčí část předmětu plnění veřejné zakázky, lze ho považovat za dodavatele ve smyslu § 241 odst. 1 ZZVZ ve spojení s § 5 ZZVZ.
60. Navrhovatel v této souvislosti namítá, že bylo nadbytečné jakékoli bádání Úřadu prezentované v bodech 94-99 napadeného rozhodnutí směřující k jeho schopnosti realizovat alespoň část plnění, na které postačuje oprávnění k podnikání v oboru provádění staveb, jejich změn a odstraňování (blíže viz bod 17 tohoto rozhodnutí).
61. V případě této námítky lze dát navrhovateli za pravdu, neboť z rozhodovací praxe Úřadu i správních soudů vyplývá, že za účelem doložení aktivní legitimace postačuje, když stěžovatel, resp. navrhovatel prokáže, že je **oprávněn** veřejnou zakázku plnit (tj. zejména že má potřebná živnostenská oprávnění), aniž by musel současně dokládat, že je toho skutečně i schopen (tj. že disponuje nezbytnými zkušenostmi, zaměstnanci, výrobními prostředky či kapitálem). K tomu např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 88/2018-174 ze dne 28. 1. 2021, podle něhož *„z hlediska aktivní legitimace nepokládá zdejší soud za nutné, aby navrhovatel již přímo prokázal konkrétní zájem na získání zakázky. Není povinen prokazovat, že je schopen poptávané plnění reálně poskytnout. V duchu výše uvedeného postačí, ztratil-li navrhovatel minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Navrhovatel musí mít alespoň potenciální schopnosti poskytnout poptávané služby“*. Sám Úřad v bodě 94 napadeného rozhodnutí akcentoval, že tyto informace uvedl pouze *„pro dokreslení“*, tzn. že se nejednalo o stěžejní část odůvodnění napadeného rozhodnutí, na které by stál jeho výrok.

62. V této souvislosti je však třeba zdůraznit, že skutečnost, že navrhovatel je teoreticky oprávněn (aniž by současně bylo zjišťováno, že je toho i schopen) provádět části veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody, ke kterým postačuje oprávnění k podnikání v oboru provádění staveb, jejich změn a odstraňování (a tedy že ho lze považovat za potenciálního dodavatele části veřejné zakázky), sama o sobě neznamena, že byl aktivně legitimován k podání námitek a návrhu. Aby tomu tak bylo, musela by být splněna i druhá podmínka stanovená v § 241 odst. 1 ZZVZ, tj. existence vzniklé či hrozící újmy v důsledku tvrzených pochybení zadavatele, doložená v souladu s § 244 odst. 3 ZZVZ.
63. V posuzovaném případě bylo nezbytné, aby dodavatelé disponovali živnostenskými listy v oborech činnosti uvedených v bodě 48 tohoto rozhodnutí. Navrhovatel není k provádění těchto stěžejních činností oprávněn, a proto nemůže rámcovou dohodu sám získat a plnit. Vzhledem k tomu mu nemůže vzniknout v důsledku domnělého nezákonného postupu zadavatele žádná újma, ledaže se bude na realizaci rámcové dohody podílet s dodavatelem, který potřebnými oprávněními disponuje. V takovém případě by mohl být aktivně legitimován k podání námitek a návrhu, pouze pokud by doložil právně relevantní informace o tomto dodavateli (svém obchodním partnerovi) a jejich vzájemném vztahu. Navrhovatel se v námitkách o existenci žádného obchodního partnera nezmínil, natož aby o něm uvedl informace, ze kterých by bylo možné dovodit újmu tohoto dodavatele (kterého přímo zasahují nezákonné zadávací podmínky), a od něj odvozenou újmu navrhovatele.
64. V návaznosti na námitky navrhovatele se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil i k oprávnění navrhovatele k podání námitek (jeho aktivní legitimaci), přičemž uvedl, že navrhovatel je subjektem, jehož předmět činnosti neodpovídá předmětu veřejné zakázky. Dle zadavatele navrhovatel jednak nedisponuje ani jediným z oprávnění k podnikání nezbytným k realizaci veřejné zakázky (zejména vázané živnosti k provádění geologických prací), a jednak z účetní závěrky navrhovatele za rok 2020 vyplývá, že rozhodujícím předmětem jeho činnosti byly pronájem nemovitostí a poradenství a že navrhovatel vykazuje pouze nepatrnou ekonomickou aktivitu. Dle zadavatele je tak zřejmé, že navrhovatel nemá žádné předpoklady pro to, aby mohl veřejnou zakázku plnit. Z pohledu zadavatele tudíž nemůže neúčastí v zadávacím řízení vzniknout navrhovateli žádná újma, neboť k plnění rámcové dohody není fakticky způsobilý.
65. V návrhu navrhovatel předně zopakoval, že mu „*hrozí újma spočívající v nemožnosti účastnit se výběrového řízení, realizovat veřejnou zakázku, a tedy dosáhnout přiměřeného zisku*“. Na část rozhodnutí o námitkách, v níž zadavatel zpochybnil jeho aktivní legitimaci, navrhovatel reagoval tak, že disponuje oprávněním k podnikání v oboru provádění staveb, jejich změn a odstraňování a příp. i projektová činnost ve výstavbě, a proto je bez dalšího z části oprávněn plnit činnosti tvořící předmět veřejné zakázky. Navrhovatel poukázal na soupis prací [nutno podotknout, že nijak konkrétně], jenž je součástí zadávací dokumentace, a který dle jeho přesvědčení obsahuje celou řadu přípravných či stavebních prací, k jejichž provádění je plně odborně způsobilý. Navrhovatel dále uvedl, že „*bez ohledu na to, co Navrhovatel v Námitkách uvedl stran jeho konkrétní pozice v rámci uskupení dodavatelů, se kterými měl Navrhovatel v úmyslu zúčastnit se zadávacího řízení, a v jakém kontextu tak učinil, Zadavatel byl při posuzování splnění podmínky dle § 241 odst. 1 ZZVZ povinen vzít v potaz, zda objektivně existuje potenciální možnost Navrhovatele ucházet se o účast v zadávacím řízení, a to buďto ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavateli (kteří disponují příslušnými oprávněními*

k podnikání nezbytnými k realizaci Veřejné zakázky) nebo v pozici poddodavatele takového subjektu“. Navrhovatel v této části návrhu uzavřel, že je způsobilý poskytnout zadavateli část plnění, které je předmětem veřejné zakázky, a to jako člen sdružení či poddodavatel vybraného dodavatele, a proto byl aktivně legitimován k podání námitek i návrhu.

66. Navrhovatel tedy v návrhu oproti námitkám zejména doplnil, že byl aktivně legitimován k podání námitek i z toho důvodu, že by se zadávacího řízení zúčastnil s dalším dodavatelem či dodavateli, kteří disponují oprávněními k podnikání nezbytnými k realizaci rámcové dohody.
67. Jak již bylo naznačeno v předchozích částech odůvodnění tohoto rozhodnutí, jsem toho názoru, že tato skutečnost by mohla navrhovatele opravňovat k podání námitek i návrhu, pokud by ji dostatečně rozvedl již ve svých námitkách. Tedy obecně fakt, že dodavatel není oprávněn plnit stěžejní část veřejné zakázky, sama o sobě automaticky neznámá, že nemůže být aktivně legitimován k podání námitek a návrhu proti postupu zadavatele při zadávání takové veřejné zakázky (srov. bod 28 a násl. rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0020/2022/VZ).
68. Je však nutno říci, že navrhovatel informace takového charakteru neuvedl v námitkách vůbec, a návrh v tomto ohledu omezil jen na strohé konstatování, že byl oprávněn k podání námitek a návrhu, protože by mohl být členem sdružení či poddodavatelem dodavatele, který by disponoval příslušnými oprávněními k podnikání. [K bodu 78 napadeného rozhodnutí podotýkám, že na rozdíl od Úřadu se nedomnívám, že by byl rozpor mezi tvrzením navrhovatele ohledně jeho újmy v námitkách a v návrhu. Jsem však toho názoru, že navrhovatel měl informace o dodavateli či dodavatelích, se kterými měl v plánu se účastnit na rámcové dohodě, uvést již v námitkách, a to mnohem podrobněji, než učinil v návrhu.]
69. Za situace, kdy navrhovatel odvozuje svou aktivní legitimaci od jiného dodavatele, který má mít potřebná oprávnění k realizaci *gros* veřejné zakázky, a bez jehož spoluúčasti nemůže veřejnou zakázku získat a plnit, a kdy navíc zejména brojí proti části zadávacích podmínek, které se týkají tohoto jiného dodavatele, jehož diskriminují (a nikoliv přímo navrhovatele), byl navrhovatel povinen v námitkách popsat, s kým se měl v úmyslu zadávacího řízení zúčastnit, a formu jejich vzájemné spolupráce. Pouze na základě informací o konkrétním způsobu zapojení navrhovatele a dalšího dodavatele (jeho obchodního partnera) na zadávacím řízení a plnění rámcové dohody a relevantních údajů o újmě tohoto jiného dodavatele, který má mít oprávnění k plnění stěžejní části veřejné zakázky a jehož mají nezákonné zadávací podmínky diskriminovat, bylo možné posoudit oprávnění navrhovatele zakázku získat (spolu s tímto dalším dodavatelem) a hrozbu újmy spočívající v potenciální ztrátě této možnosti. Tato tvrzení by pak musela být prezentována minimálně v rozsahu, v jakém by je musel ve svých námitkách uvést dodavatel stěžejní části, od něž navrhovatel odvozuje svou aktivní legitimaci. Až na základě takových informací by bylo možné posoudit, zda je tato osoba dodavatelem, zda existuje alespoň teoretická hrozba újmy na její straně a konečně zda se hrozba této újmy přenesla na navrhovatele v podobě nemožnosti podat společnou nabídku. Protože navrhovatel tyto zásadní informace v námitkách (a ani v návrhu) neuvedl, Úřad správně uzavřel, že neprokázal svou aktivní legitimaci k jejich podání.
70. Navrhovatel k rozkladu přiložil seznam partnerských subjektů, se kterými o účasti v zadávacím řízení jednal a které mu předběžně přislíbily případnou participaci na podání společné nabídky. K tomuto seznamu uvádím, že podle § 82 odst. 4 správního řádu „*k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího*

řízení, se přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Namítá-li účastník, že mu nebylo umožněno učinit v řízení v prvním stupni určitý úkon, musí být tento úkon učiněn spolu s odvoláním“. Navrhovatel mohl a měl předmětný seznam předložit v námitkách, nejpozději však v návrhu, a proto k němu nelze v řízení o rozkladu v souladu § 82 odst. 4 správního řádu přihlížet. Nad rámec toho jsem přesvědčen o tom, že tento strohý seznam nic nevypovídá o aktivní legitimaci v něm uvedených společností k podání námitek a návrhu a jejich ochotě podílet se na plnění rámcové dohody, a tudíž ani o odvozené aktivní legitimaci navrhovatele.

K námitce, že napadené rozhodnutí je v rozporu s dosavadní rozhodovací praxí

71. Navrhovatel v rozkladu rovněž namítá, že napadené rozhodnutí je v rozporu s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu a judikaturou správních soudů (blíže viz bod 15 tohoto rozhodnutí).
72. S navrhovatelem lze souhlasit v tom, že dosavadní rozhodovací praxe je poměrně benevolentní ohledně aktivní legitimace k podávání námitek a návrhu (srov. např. bod 34 rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 88/2018-174 ze dne 28. 1. 2021). To však neznámá a nemůže znamenat, že by požadavek § 241 ZZVZ a § 250 ZZVZ (navazující na článek 1, bod 3 směrnice Rady č. 89/665/EHS) nemusel být ze strany osob podávajících námitky a návrh splněn, resp. že by toto ustanovení zákona nemělo být v praxi vůbec využíváno. Jakkoliv tedy z národního i unijního práva vyplývá akcent na extenzivní výklad aktivní legitimace k podání námitek a návrhu, i toto právo má své meze vyjádřené právě v § 241 ZZVZ a § 250 ZZVZ.
73. Jako příklad toho, že napadené rozhodnutí je v souladu s předchozími rozhodnutími Úřadu, resp. jeho předsedy, lze odkázat na nedávné rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0020/2022/VZ, kde byl skutkový stav a jeho právní posouzení v podstatných ohledech obdobný jako v právě šetřené věci. Předmětná navrhovatelka dovozovala svou aktivní legitimaci z toho, že je podnikající fyzickou osobou – advokátkou – oprávněnou k poskytování právních služeb, které rovněž měly být předmětem veřejné zakázky. Její újma měla spočívat v tom, že se nemohla ucházet o tuto veřejnou zakázku spolu s dodavatelem její stěžejní části. Podstatou předmětu plnění veřejné zakázky byl stavební dozor (správa stavby, stavební management), nicméně součástí realizačního týmu měl být i právník. V rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0020/2022/VZ bylo shledáno, že navrhovatelka nebyla aktivně legitimována k podání námitek a návrhu, neboť nemohla být hlavním dodavatelem předmětné veřejné zakázky, a její námitky směřovaly do zadávací podmínky, která se týkala této části veřejné zakázky, a tedy jí jejím stanovením přímo žádná újma nehrozila. Navrhovatelka neunesla břemeno tvrzení ani stran odvozené újmy, neboť neuvedla žádné informace o hlavním dodavateli, s nímž plánovala podat společnou nabídku, a tedy nebylo možné ověřit jeho postavení dodavatele, hrozbu jeho újmy a ani vazbu mezi hlavním dodavatelem a navrhovatelkou. V této věci – stejně jako v právě šetřeném případě – navrhovatelka nebyla oprávněna plnit stěžejní části předmětu veřejné zakázky (neboť nedisponovala podstatným živnostenským oprávněním), a současně neuvedla relevantní informace o dodavateli (svém obchodním partnerovi), od něhož odvozovala svou aktivní legitimaci.
74. Navrhovatel v rozkladu odkazuje na několik rozhodnutí Úřadu a Krajského soudu v Brně, od nichž se mělo napadené rozhodnutí odchýlit. K většině rozhodnutí jsem se vyjádřil již výše (viz body 44, 59, 61 a 72 tohoto rozhodnutí), ke zbývajícím dvěma se vyjádřím na tomto místě.

75. Ve věci řešené rozhodnutím Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0460/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05491/2020/532/MOn ze dne 18. 2. 2020, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0046/2020/VZ, č. j. ÚOHS-12506/2020/321/HBa ze dne 27. 4. 2020, Úřad zjistil, že daný navrhovatel byl aktivně legitimován k podání návrhu, protože disponoval živnostenským oprávněním nezbytným pro plnění celého předmětu veřejné zakázky. Jedná se o zcela zásadní skutečnost, která uvedené zadávací, resp. správní řízení odlišuje od právě posuzované věci, v níž bylo shledáno, že navrhovatel není oprávněn k plnění stěžejní části rámcové dohody.

Shrnutí k posouzení aktivní legitimace navrhovatele a napadeného rozhodnutí

76. V obecné rovině lze shrnout, že v souladu s § 241 odst. 1 ZZVZ ve spojení s § 244 odst. 3 ZZVZ jsou stěžovatelé povinni již ve svých v námitkách uvést, jaká újma jim v důsledku namítaného nezákonného postupu zadavatele vznikla či hrozí. Požadavek na rozsah těchto tvrzení závisí na konkrétních skutkových okolnostech, a to především na předmětu plnění veřejné zakázky a osobě stěžovatele. Pokud se stěžovatel na daném trhu standardně nepohybuje a není oprávněn k plnění stěžejních částí veřejné zakázky, musí existenci vzniklé či hrozící újmy popsat ve větší míře detailu než dodavatel, který zadavatelem poptávané plnění běžně dodává.
77. V posuzovaném případě navrhovatel nedisponuje oprávněními k plnění stěžejních částí rámcové dohody, resp. veřejných zakázek, které budou na jejím základě zadávány (slovy navrhovatele „*vysoce specializovaných služeb geotechnických průzkumů*“). Vzhledem k tomu byl povinen v námitkách vysvětlit, z jakých důvodů je na něj nutné nahlížet jako na dodavatele, kterému tvrzeným nezákonným postupem zadavatele spočívajícím ve stanovení diskriminačních zadávacích podmínek vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Z podstaty věci a současně i informací uvedených v návrhu vyplývá, že navrhovatel odvozuje svou aktivní legitimaci od jiného dodavatele, který má mít potřebná oprávnění k realizaci *gros* veřejné zakázky, a bez jehož spoluúčasti nemůže veřejnou zakázku získat a plnit. Z tohoto důvodu byl navrhovatel v námitkách zejména povinen označit tohoto dalšího dodavatele (svého obchodního partnera), popsat formu jejich zapojení na zadávacím řízení a plnění rámcové dohody a uvést informace, na základě kterých by bylo možné posoudit újmu tohoto dalšího dodavatele, a to, zda se jeho újma přenesla na navrhovatele v podobě nemožnosti podat společnou nabídku. Navrhovatel tyto právně významné skutečnosti neuvedl v námitkách (a neučinil tak ani v návrhu), a proto Úřad dospěl ke správnému závěru, že navrhovatel neunesl důkazní břemeno ohledně své aktivní legitimace, a tudíž jeho návrh bez dalšího správně zamítl podle § 265 písm. b) ZZVZ. Tento závěr Úřadu je zcela v souladu s navrhovatelem odkazovaným rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 88/2018-174 ze dne 28. 1. 2021, podle něhož „***o zájmu zakázku získat a o potenciálních schopnostech nelze hovořit v situaci, pokud by navrhovatel nebyl vůbec oprávněn zakázku získat, např. by nedisponoval potřebným živnostenským oprávněním***“.
78. V zásadních ohledech se shodují s posouzením provedeným Úřadem, resp. s odůvodněním napadeného rozhodnutí. V některých aspektech jsem odůvodnění napadeného rozhodnutí korigoval odůvodněním tohoto rozhodnutí, a proto je třeba na napadené rozhodnutí nahlížet optikou tohoto rozhodnutí. Jedná se o přístup, který je zcela v souladu s konstantní judikaturou Nejvyššího správního soudu, podle níž rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o odvolání (rozkladu) podaném proti takovému rozhodnutí **tvorí jeden celek** (viz např. jeho

rozsudky č. j. 5 Afs 16/2003-56, č. j. 9 As 64/2007-98, č. j. 4 Ads 114/2011-105, č. j. 6 Ads 134/2012-47, č. j. 6 As 161/2013-25 nebo č. j. 4 As 207/2020-40).

VII. Závěr

79. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu s právními předpisy (tj. zejména se ZZVZ a správním řádem), jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Ing. Mgr. Vlastimil Calaba, advokát, Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž
2. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – Nusle

Vypraveno dne

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