



UOHSX00ICRP6

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0139/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-44149/2023/162

Brno 7. 12. 2023

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 10. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **MAGION system, a.s.**, IČO 25872818, se sídlem Jiráskova 1252, 755 01 Vsetín, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 12. 1. 2023 Mgr. Markem Šimkou, advokátem, ev. č. ČAK 14811, se sídlem Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-33947/2023/500 ze dne 7. 9. 2023, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0249/2023/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Masarykova univerzita**, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno, učiněných ve věci veřejné zakázky „**Otevřený informační systém pro Masarykovu univerzitu**“ zadávané v řízení se soutěžním dialogem, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 4. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 5. 2021 pod ev. č. Z2019-004453, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 086-222638, ve znění pozdějších oprav,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0249/2023/500, č. j. ÚOHS-33947/2023/500 ze dne 7. 9. 2023, podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona:

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0249/2023/VZ o návrhu navrhovatele – MAGION system, a.s., IČO 25872818, se sídlem Jiráskova 1252, 755 01 Vsetín – ze dne 9. 5. 2023 směřujícím proti úkonům zadavatele – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno – učiněným ve věci veřejné zakázky s názvem „Otevřený informační systém pro Masarykovu univerzitu“ zadávané v řízení se soutěžním dialogem, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 4. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 5. 2021 pod ev. č. Z2019-004453, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 086-222638, ve znění pozdějších oprav, **se podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů zastavuje**, neboť tento návrh výše jmenovaného navrhovatele se stal zjevně bezpředmětným,

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 29. 4. 2021 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení se soutěžním dialogem (dále jen „ŘSSD“) na veřejnou zakázku s názvem „Otevřený informační systém pro Masarykovu univerzitu“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 5. 2021 pod ev. č. Z2019-004453, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 086-222638, ve znění pozdějších oprav k uveřejnění (dále jen „zadávací řízení“ či „veřejná zakázka“).
2. V rámci zadávacího řízení obdržel zadavatel žádost o účast mimo jiné od společnosti MAGION system, a.s., IČO 25872818, se sídlem Jiráskova 1252, 755 01 Vsetín, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 12. 1. 2023 Mgr. Markem Šimkou, advokátem, ev. č. ČAK 14811, se sídlem Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“).
3. Zadavatel dne 30. 12. 2022 odeslal rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z téhož dne (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“). Proti tomuto rozhodnutí podal

navrhovatel dne 16. 1. 2023 námitky a současně podal námitky proti volbě druhu zadávacího řízení (dále jen „**námitky 1**“).

4. Po odmítnutí námitek 1 zadavatelem rozhodnutím o námitkách ze dne 31. 1. 2023 podal navrhovatel Úřadu dne 10. 2. 2023 dva návrhy na přezkum úkonů zadavatele, na základě kterých byla téhož dne před Úřadem zahájena správní řízení vedená pod spis. zn. ÚOHS-S0105/2023/VZ (dále jen „**řízení 1**“) ve věci přezkumu rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a pod spis. zn. ÚOHS-S0106/2023/VZ (dále jen „**řízení 2**“) ve věci přezkumu volby druhu zadávacího řízení (řízení 1 a řízení 2 pak společně také jako „**předchozí správní řízení**“).
5. Dne 18. 4. 2023 byly zadavateli doručeny další námitky navrhovatele, ve kterých opětovně napadá rozhodnutí o vyloučení a současně rozhodnutí o vhodnosti či nevhodnosti jednotlivých řešení (dále jen „**námitky**“). Tyto námitky zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 27. 4. 2023 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) odmítl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s vypořádáním svých námitek, podal dne 9. 5. 2023 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže jakožto orgánu příslušnému podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem (dále jen „**Úřad**“) návrh z téhož dne (dále jen „**návrh**“). Tentýž den, kdy Úřad obdržel návrh, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
7. Ve věci v řízení 1 Úřad rozhodl rozhodnutím ze dne 24. 4. 2023, č. j. ÚOHS-15367/2023/500 (dále jen „**předchozí prvoinstanční rozhodnutí**“), které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu o rozkladu ze dne 20. 7. 2023, č. j. ÚOHS-26818/2023/162 (dále jen „**předchozí rozhodnutí předsedy**“), a dne 28. 7. 2023 nabylo předchozí prvoinstanční rozhodnutí a předchozí rozhodnutí předsedy právní moci.
8. Navrhovatel v návrhu tvrdil, že prostřednictvím dálkového nahlédnutí do spisu předchozích správních řízení zjistil informace, dle kterých se dozvěděl o nezákonném postupu zadavatele spočívajícím v tom, že zadavatel rozhodoval o vhodnosti řešení i u dalších účastníků ŘSSD, aniž by od nich obdržel návrhy řešení. Dle navrhovatele je stěžejním zjištěním, že zadavatel učinil rozhodnutí o vhodnosti řešení jen u některých účastníků. Podle názoru navrhovatele se tímto postupem zadavatel dopustil nerovného zacházení mezi účastníky a netransparentního postupu v zadávacím řízení.
9. Dále navrhovatel uvádí k celkovému vedení zadávacího řízení, že jde o proces netransparentní, když zadavatel nevyhotovuje žádnou dokumentaci týkající se definování svých potřeb, a ze strany zadavatele tak dochází ke zneužití neformálnosti ŘSSD. Takové vedení zadávacího řízení podle navrhovatele není v souladu s § 6 zákona. V podrobnostech lze odkázat na obsah návrhu uvedený v bodech 10-27 odůvodnění rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0249/2023/VZ, č. j. ÚOHS-33947/2023/500 ze dne 7. 9. 2023 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

10. Dne 7. 9. 2023 vydal Úřad napadené rozhodnutí, kterým návrh navrhovatele podle ustanovení § 265 písm. b) zákona zamítl, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
11. Úřad se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve zabýval tím, zda byl navrhovatel oprávněn v této věci podat návrh, tj. zda disponuje aktivní legitimací. Úřad dospěl

po posouzení podmínek dle § 241 odst. 1 zákona k závěru, že tyto podmínky nebyly splněny, neboť navrhovateli po definitivním vyloučení ze zadávacího řízení dne 28. 7. 2023, kdy předchozí prvoinstanční rozhodnutí nabylo právní moci, zanikla aktivní legitimace. Od tohoto okamžiku tak dle Úřadu nemohla navrhovateli vzniknout újma, protože platí, že navrhovatel se již od okamžiku zániku účastenství v zadávacím řízení nemůže ani potenciálně stát vybraným dodavatelem v rámci zadávacího řízení, pokud jeho vyloučení je pravomocné a nelze jej již v tomto okamžiku dále napadnout. Úřad tak konstatoval, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou, a proto obligatorně přistoupil k zamítnutí návrhu podle ustanovení § 265 písm. b) zákona.

III. Rozklad navrhovatele

12. Dne 3. 10. 2023 podal navrhovatel Úřadu blanketní rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí, který následně doplnil dne 16. 10. 2023. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zástupci navrhovatele doručeno dne 18. 9. 2023. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

13. Navrhovatel rozkladem namítá nesprávnost a nezákonnost rozhodnutí Úřadu, a to ze třech důvodů. Prvním důvodem je dle navrhovatele nesprávný závěr Úřadu týkající se jemu vzniklé újmy. Podle názoru navrhovatele mu jako nynějšímu dodavateli informačního systému zadavatele vznikne újma nejen tím, že se nestane vybraným dodavatelem, ale i tím, že zadavatel vymění stávající systém za nový. Výběr jakéhokoli jiného dodavatele vždy bude pro navrhovatele představovat újmu. Navrhovatel má za to, že pokud k takové újmě dojde porušením zákona ze strany zadavatele, je to újma, která legitimuje navrhovatele k podání návrhu bez ohledu na to, že sám navrhovatel se již (teoreticky) nemůže stát vybraným dodavatelem pro své vyloučení.
14. Další důvod nesprávnosti napadeného rozhodnutí navrhovatel vidí v bodě 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde napadá tvrzení Úřadu, že návrhu navrhovatele nepředcházely včas podané námítky. Navrhovatel uznává, že v pořadí třetí námítky ze dne 18. 4. 2023 sice směřovaly proti rozhodnutí o vyloučení napadenému již předcházejícím návrhem, avšak důvody pro napadení tohoto rozhodnutí byly nové, neboť byly navrhovatelem zjištěny teprve z nahlížení do spisu v jiném správním řízení. Skutečnost, že rozhodnutí o vyloučení již bylo předmětem řízení 1 dle navrhovatele, neznamená, že pravomocné ukončení tohoto řízení znemožňuje napadení tohoto rozhodnutí z nově zjištěných důvodů, jako tomu bylo v případě nyní šetřeného návrhu. Navrhovatel je přesvědčen, že pokud bude tento návrh meritorně posouzen, může být rozhodnutí o vyloučení zrušeno a jeho účast v zadávacím řízení obnovena.
15. Jako poslední důvod podání rozkladu navrhovatel uvádí nesprávnou úvahu Úřadu o „definitivním vyloučení ze zadávacího řízení“ v souvislosti s řízením 1. Podle názoru navrhovatele pravomocné skončení řízení před Úřadem totiž není žádným definitivním rozhodnutím o vyloučení. K tomu dává navrhovatel do pozornosti případ vedený pod sp. zn. C-303/22 projednávaný před Soudním dvorem Evropské unie ve věci CROSS Zlín, a.s. (dále jen „**případ C-303/22**“), ke kterému dne 7. 9. 2023 zaujal stanovisko advokát Manuela Campos Sánchez-Bordony (dále jen „**generální advokát**“). Ze stanoviska dle navrhovatele plyne závěr, že pravomocná rozhodnutí Úřadu rozhodně nejsou definitivní, neboť podléhají soudnímu

přezkumu. Navrhovatel tak má za to, že postup Úřadu spočívající v zastavení správního řízení podle § 265 písm. b) zákona byl nezákonný. Navrhovatel považuje za absurdní, že by měla být brána jako souladná s právem praxe, kdy Úřad svým vlastním rozhodnutím v jiné věci zpětně delegitimizuje včas podaný návrh a z řádného navrhovatele učiní navrhovatele neoprávněného. Toto je zjevné bránění domáhání se ochrany práv účastníků zadávacího řízení a tato praxe nenapomáhá ničemu jinému, než svévoli zadavatelů při zadávání veřejných zakázek.

Závěr rozkladu

16. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu projednání, ve kterém bude o návrhu rozhodovat meritorně.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

18. 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 byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž byl přijat následující závěr.
19. Úřad správně posoudil skutečnost, že navrhovatel nemá aktivní legitimaci pro podání návrhu od okamžiku zániku účastenství v zadávacím řízení. Výrok napadeného rozhodnutí chápe aktivní legitimaci navrhovatele tak, že nebyla dána již k okamžiku podání návrhu („*nebyl podán oprávněnou osobou*“). Úřad tak tímto výrokem nesprávně určil okamžik zániku aktivní legitimace, neboť navrhovateli aktivní legitimace zanikla až v průběhu nyní vedeného správního řízení, což také vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí. Na danou situaci se tak nemůže vztahovat ust. § 265 písm. b) zákona, neboť navrhovatel v době podání návrhu ještě aktivně legitimován byl. Z tohoto důvodu je namístě změnit výrok napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Výše uvedené ovšem nic nemění na tom, že obecný závěr napadeného rozhodnutí, tj. že došlo ke ztrátě aktivní legitimace navrhovatele, je správný a v souladu se zákonem.
20. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo přistoupeno ke změně výroku napadeného rozhodnutí, přičemž i při této změně výroku je rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K námitkám rozkladu navrhovatele

K důvodům ke změně výroku napadeného rozhodnutí

21. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené

rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se.

22. Výše uvedené ustanovení správního řádu umožňuje odvolacímu správnímu orgánu provést změnu rozhodnutí vydaného správním orgánem prvního stupně za situace, kdy dospěje k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, tedy pokud po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěje k odlišnému právnímu závěru s ohledem na skutková zjištění obsažená ve správním spisu či zjištěná v průběhu odvolacího řízení. Za těchto podmínek je oprávněn změnit napadené rozhodnutí tak, že celé výroky či jejich část nahradí vlastním rozhodnutím. Je však nutno poznamenat, že ke změně není odvolací správní orgán oprávněn přistoupit kdykoliv, neboť je v této možnosti omezen. Například tak nemůže dojít ke změně napadeného rozhodnutí za situace, kdy by účastníkům hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se.
23. Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 6 As 286/2018 ze dne 10. 12. 2018 popisuje, kdy je změna rozhodnutí přípustná, ne-li žádoucí. Nejvyšší správní soud zde uvedl, že pokud je změna rozhodnutí z hlediska zákona přípustná, měl by ji odvolací správní orgán provést a neuchylovat se ke zrušení rozhodnutí prvního stupně. „(...) *zrušení rozhodnutí a vrácení věci odvolacím orgánem zpět na první stupeň je až krajní možností, jak řešit vady prvostupňového rozhodnutí zjištěné v odvolacím řízení. Pokud je možné napadené rozhodnutí změnit, a tím vzniklou nezákonnost či nesprávnost odstranit, je odvolací orgán povinen tak v zájmu ekonomie řízení učinit. Za tímto účelem je oprávněn provést v odvolacím řízení potřebné důkazy a doplnit další nezbytné podklady, musí s nimi ovšem seznámit účastníky řízení a umožnit jim se k nim vyjádřit. Stejně tak je odvolací orgán oprávněn zaujmout jiný právní názor a posoudit zjištěný skutkový stav po právní stránce odlišně než prvostupňový správní orgán.*“ Jak již z citovaného rozsudku vyplývá, změna rozhodnutí by měla být odvolacím orgánem preferována před jeho zrušením a vrácením věci k novému projednání. Tento postup byl zvolen i ve zdejších případech z důvodů, které budou vysvětleny níže.
24. V posuzovaném případě Úřad napadeným rozhodnutím zamítl návrh dle § 265 písm. b) zákona, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. S tímto závěrem Úřadu se nelze ztotožnit, neboť v okamžiku podání návrhu, tj. ke dni 9. 5. 2023, navrhovatel ještě byl aktivně legitimován k jeho podání. Úřad v bodě 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně dospěl k závěru, že účastenství navrhovatele v zadávacím řízení definitivně zaniklo podle § 47 odst. 2 písm. c) zákona až ke dni 28. 7. 2023, tedy ke dni, kdy předchází rozhodnutí předsedy, kterým bylo potvrzeno předchozí prvoinstanční rozhodnutí, jímž Úřad zamítl návrh navrhovatele brojícího proti svému vyloučení, nabylo právní moci. Je zřejmé i z odůvodnění napadeného rozhodnutí, že navrhovatel pozbyl aktivní legitimaci pro podání návrhu až v průběhu předmětného správního řízení. Z tohoto důvodu bylo namíste rozhodnout podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť sice návrh podala oprávněná osoba, avšak v průběhu správního řízení v důsledku nastalé právní moci předchozího prvoinstančního rozhodnutí a předchozího rozhodnutí předsedy navrhovatel pozbyl veřejné subjektivní právo na posouzení úkonu zadavatele a s ním i aktivní legitimaci k podání návrhu. Návrh navrhovatele se tak stal zjevně bezpředmětným, neboť v průběhu správního řízení nastal důvod (definitivní zánik účastenství v zadávacím řízení), v důsledku kterého by rozhodnutí Úřadu o návrhu nemělo již pro navrhovatele žádný význam. Případné uložení nápravného opatření by totiž nevedlo k naplnění účelu správního řízení zahájeného na návrh navrhovatele,

tj. k ochraně jeho subjektivních práv. Úřad tak zvolil nesprávné ustanovení pro ukončení správního řízení z jinak správného důvodu spočívajícího ve ztrátě aktivní legitimace k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

25. Výrok napadeného rozhodnutí je tedy změněn v tomto smyslu. Nový výrok odpovídá tomu, že navrhovatel pozbyl aktivní legitimaci až v průběhu správního řízení.
26. Naopak ustanovení § 265 písm. b) zákona má být uplatňováno právě v případech, kdy osoba nebyla oprávněna podat návrh již v době jeho podání. V daném případě ovšem nelze hledět na navrhovatele jako na vyloučeného účastníka ze zadávacího řízení již k okamžiku podání návrhu. Ustanovení § 47 odst. 2 písm. c) zákona výslovně určuje okamžik zániku účastenství v zadávacím řízení, a to nabytím právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení nebo zamítnutí návrhu. Uvedené ustanovení zajišťuje, aby byl účastník zadávacího řízení do doby, než využije všechny zákonné možnosti obrany proti svému vyloučení ze zadávacího řízení, informován o všech jednáních a rozhodnutích zadavatele učiněných v zadávacím řízení, proti nimž je oprávněn podávat námitky.
27. Nynější změna výroku napadeného rozhodnutí představuje pouze upřesnění okamžiku zániku účastenství v zadávacím řízení, přičemž smysl tohoto výroku, kterým je ukončení správního řízení z procesního důvodu spočívajícího ve ztrátě aktivní legitimace podat návrh zůstal v kontextu jeho odůvodnění nezměněn.
28. Z výše uvedených důvodů lze dospět k závěru, že byly splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí, neboť Úřad sice v řízení v první instanci vyšel z relevantních skutkových zjištění, postupoval nicméně dle nesprávného právního ustanovení.
29. Dále je třeba vypořádat otázku, zda změnou napadeného rozhodnutí nemůže být navrhovateli způsobena újma spočívající v tom, že by mu byla odňata možnost podat odvolání, případně zda se nejedná o tzv. překvapivé rozhodnutí. Taková situace však v daném případě nenastala, neboť napadené rozhodnutí nadále stojí na závěru, že navrhovatel není aktivně legitimován pro podání návrhu stejně, jako na tomto závěru stálo napadené rozhodnutí. Změna výroku pouze reflektuje skutečnost, že ke dni podání návrhu byl navrhovatel aktivně legitimován a až v průběhu správního řízení toto oprávnění ztratil. Tedy navrhovateli nebyla odňata možnost podat proti tomuto závěru odvolání, což navrhovatel ostatně učinil (napadené rozhodnutí napadl rozkladem).

K námitkám navrhovatele

30. V souladu s § 250 odst. 1 zákona je možné podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu se zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele. Jedná se o požadavek, který vychází se 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, podle jejíhož čl. 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“.
31. Jak již je z odůvodnění napadeného rozhodnutí zřejmé, aktivní legitimace k podání návrhu na přezkum zadávacích podmínek se odvíjí od aktivní legitimace k podání námitek, přičemž

tyto podmínky plynou z § 241 odst. 1 zákona. Podle tohoto ustanovení námitky 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. Podmínky aktivní legitimace, tj. že jde o dodavatele ve smyslu § 5 zákona a že tento dodavatel specifikoval újmu, která mu hrozí a která je v příčinné souvislosti s postupem zadavatele, musí být splněny kumulativně. Úřad správně dospěl k závěru, že navrhovatel je dodavatelem ve smyslu široké definice dle § 5 zákona (viz body 61 a 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Lze souhlasit s Úřadem, že navrhovatel jakožto nynější dodavatel informačního systému by byl potenciálně schopen plnit veřejnou zakázku. Aktivní legitimace se totiž odvíjí od jeho možnosti veřejnou zakázku alespoň teoreticky plnit.

32. V nyní posuzovaném případě je dle navrhovatele sporný druhý předpoklad aktivní legitimace, a to existence přinejmenším hrozby újmy na právech navrhovatele v souvislosti s úkonem zadavatele spočívajícím v jeho vyloučení. K pojmu „hrozba újmy“ je třeba uvést, že tento pojem se v konstantní rozhodovací praxi Úřadu a správních soudů vykládá jako alespoň teoretická ztráta možnosti dodavatele získat danou veřejnou zakázku (blíže srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0030/2019/VZ-10933/2019/322/DJa ze dne 17. 4. 2019 nebo rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. 4. 2013). Úřad touto optikou posuzoval újmu navrhovatele, přičemž dospěl k závěru, že navrhovateli k okamžiku zániku účastenství v zadávacím řízení již nemohla vzniknout újma (ani teoretická), protože platí, že se již od tohoto okamžiku nemůže stát ani teoreticky vybraným dodavatelem (viz body 63 až 69 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad tento závěr opřel o rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 169/2017 ze dne 28. 2. 2018, dle kterého je újma ve formě ušlého zisku z plnění veřejné zakázky v zásadě hypotetickou a reálnou se stane až v případě, kdy by se ukázalo, že zadavatel vyloučil účastníka zadávacího řízení nezákonně (srov. bod 68). Vzhledem k tomu, že Úřad po přezkoumání rozhodnutí o vyloučení v řízení 1 dospěl k závěru, že vyloučení navrhovatele bylo v souladu se zákonem, od tohoto okamžiku se navrhovatel nemůže stát vybraným dodavatelem a ani mu nemůže být způsobena jakákoli újma. Lze odkázat i na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci *Randstad Italia SpA*, sp. zn. C-497/20, který obdobně reflektuje, zda je rozhodnutí o vyloučení dodavatele konečné, zejména při posouzení aktivní legitimace ke zpochybnění rozhodnutí o zadání zakázky. Soudní dvůr v bodě 72 uvedl následující: **„Pokud jde o uchazeče vyloučené ze zadávacího řízení, článek 2a směrnice 89/665 upřesňuje, že se tyto uchazeči již nepovažují za dotčené, a nemusí jim tedy být oznámeno rozhodnutí o zadání zakázky, pokud se jejich vyloučení stalo konečným. Naproti tomu, pokud tyto uchazeči ještě nebyli s konečnou platností vyloučeni, musí jim být oznámeno rozhodnutí o zadání zakázky, k němuž se připojí shrnutí příslušných důvodů a údaj o pozastavení uzavření smlouvy, které následuje po tomto rozhodnutí. Z výkladu odstavců 1 a 2 tohoto článku ve vzájemném spojení vyplývá, že dodržení těchto minimálních podmínek jim má umožnit podat účinný opravný prostředek proti uvedenému rozhodnutí.“** (zvýraznění doplněno).
33. Navrhovatel v rozkladu spatřuje hrozbu újmy nejenom v tom, že se nestane vybraným dodavatelem, ale také v samotné výměně stávajícího informačního systému za nový. Jinými slovy navrhovatel specifikuje újmu ve formě ušlého zisku z dosavadní činnosti pro zadavatele, o který navrhovatel v důsledku rozhodnutí zadavatele „přesoutěžít“ dodavatele plnění může

přijít. Tato tvrzená újma ovšem není v příčinné souvislosti s postupem zadavatele napadeným v předmětném správním řízení, tudíž ani nemůže naplnit druhou podmínku aktivní legitimace. Z tohoto důvodu nelze souhlasit s názorem navrhovatele, že by šlo o újmu, která by ho legitimovala k podání návrhu. Aby byl určitý dodavatel v souladu s § 250 odst. 1 zákona aktivně legitimován k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu, je potřeba, **aby v důsledku tvrzeného porušení zákona úkonem či opomenutím zadavatele, vznikla či alespoň hrozila újma na jeho subjektivních právech.** Je zřejmé, že navrhovatelem tvrzená újma vznikne vždy, pokud zadavatel bude vybírat dodavatele poptávaného plnění, avšak tato újma nepramení ze zásahu do veřejných subjektivních práv navrhovatele plynoucích z účasti v zadávacím řízení, nýbrž z legitimního rozhodnutí zadavatele pořídit nový informační systém. Právo k podání návrhu svědčí pouze osobě či osobám, do jejichž právních poměrů domnělá nezákonnost postupu zadavatele v zadávacím řízení zasahuje. To není zdejší případ.

34. Dle logiky navrhovatelovy argumentace by tak každý stávající dodavatel, aniž by se mohl alespoň teoreticky stát vybraným dodavatelem (např. tím, že by nepodal nabídku), mohl podávat návrh proti všem úkonům v zadávacím řízení (např. proti výběru dodavatele). Tímto postupem by takovýto dodavatel bezdůvodně mařil zadávací řízení a zadavateli by tento postup bránil uspokojit své potřeby. Nelze tak souhlasit s názorem navrhovatele, že by ho újma v podobě ušlého zisku ze současných dodávek pro zadavatele opravňovala k podání návrhu, bez ohledu na to, že by se mohl stát vybraným dodavatelem. Pokud dodavateli žádná subjektivní újma nevznikla či alespoň nehrozí právě v důsledku domnělého porušení zákona ze strany zadavatele, které je napadáno námitkami, resp. návrhem, a nikoliv v důsledku jiného postupu či rozhodnutí zadavatele, není dodavatel oprávněn návrh podle § 250 zákona podat, resp. Úřad není oprávněn takový návrh věcně posoudit.
35. K výše uvedenému lze nad rámec doplnit, že nelze zadavateli upřít právo vysoutěžit nového dodavatele. Je to přirozený důsledek soutěže o veřejnou zakázku. V daném případě zadavatel zahájil ŘSSD z důvodu, že stávající informační systém považuje za zastaralý, přičemž hledá nové, modernější řešení. Navrhovatel měl možnost se ucházet o veřejnou zakázku a zadavatel s ním vedl soutěžní dialog, avšak navrhovatel svým nabídnutým řešením před potřebami zadavatele neobstál. Navrhovatel tak není dodavatelem, kterého zadavatel pro plnění veřejné zakázky hledá, což zadavatel projevil v rozhodnutí o vyloučení a tento postup zadavatele obstál i ve správním řízení před Úřadem. Toto rozhodnutí o vyloučení Úřad přezkoumal v předchozím prvoinstančním rozhodnutí, které nabylo právní moci dne 28. 7. 2023. Tím navrhovatel definitivně ztratil šanci stát se vybraným dodavatelem a přestala mu v důsledku postupu zadavatele hrozit újma. Nelze tak souhlasit s názorem navrhovatele, že by mu Úřad svým postupem bránil domáhat se svých práv, neboť navrhovatel tak činil ve vztahu k rozhodnutí o vyloučení již v řízení 1, které je pravomocně ukončeno. Jeho návrh byl meritorně projednán a navrhovatel neuspěl.
36. Dále navrhovatel považuje závěr Úřadu učiněný v bodě 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí za chybný, neboť má za to, že z důvodu nově zjištěných skutečností, které zjistil z nahlížení do spisu, může být opětovně Úřadem přezkoumáno rozhodnutí o vyloučení. Argumentace navrhovatele v této části rozkladu působí zmatečně, neboť navrhovatel směšuje data námitek s návrhem. I přesto tuto nejasnost je z obsahu argumentace zřejmé,

že navrhovatel se snaží námitkami ze dne 18. 4. 2023 (a také návrhem) opět napadnout úkon zadavatele spočívající v rozhodnutí o vyloučení a svou účast v zadávacím řízení obnovit.

37. Obecně lze jistě přisvědčit závěru, že procesní pravidla musí vytvářet podmínky k tomu, aby dodavatel mohl uplatnit skutečnosti, které se dozvěděl až v průběhu správního řízení a které nemohl zjistit dříve. Ve zdejších případech nicméně žádný z argumentů, který navrhovatel uvedl v nyní projednávaném návrhu, není ani obecně způsobilý zvrátit závěr o tom, že navrhovatel nabídl nevhodné řešení, a tedy ani zvrátit rozhodnutí o jeho vyloučení. Nemá tedy smysl, aby Úřad argumenty obsažené v návrhu meritorně posoudil (zjistil skutkový stav a učinil závěr, zda zadavatel zákon namítaným jednáním porušil, či nikoliv). S nabytím právní moci předchozího prvoinstančního rozhodnutí se tedy nyní projednávaný návrh stal zjevně bezpředmětným. Závěr, že argumentace návrhu není způsobilá zvrátit rozhodnutí o vyloučení, plyne z následujících úvah.
38. Pokud jde o námitku, že zadavatel rozhodoval o vhodnosti řešení, aniž by obdržel jakýkoliv návrh řešení (shrnuje v **bodě 11 napadeného rozhodnutí**), byla tato námitka již projednána v řízení 1 (viz bod 152 předchozího prvoinstančního rozhodnutí a násl. a bod 51 předchozího rozhodnutí předsedy Úřadu a násl.). Ve vztahu k řešení navrhovatele tak lze tuto námitku přiřadit k námitkám již projednaným (bod 66 napadeného rozhodnutí), a nyní tedy již opožděným, jak bude níže zdůvodněno. Pokud navrhovatel namítal i to, že zadavatel neobdržel návrhy řešení od ostatních účastníků ŘSSD, nemůže to na jeho vyloučení ničeho změnit, protože řešení navrhovatele bylo nevhodné, a zadavatel jej proto vyloučit ze ŘSSD musel, jak bylo vysvětleno již v řízení 1. Stejným směrem míří i námitka, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal s tím, že předložené řešení je nezbytné pro následnou kontrolu nabídek (shrnuje v **bodě 18 napadeného rozhodnutí**). I pokud by tato námitka byla odůvodněná (pokud by se k tomu zadavatel skutečně nevyjádřil), nemohla by ničeho změnit na tom, že řešení navrhovatele bylo nevhodné.
39. Stejně tak nemůže na rozhodnutí o vyloučení ničeho změnit ani případná skutečnost, že zadavatel učinil rozhodnutí o vhodnosti řešení jen u některých účastníků (shrnuje v **bodě 12 napadeného rozhodnutí**) či že ve správních spisech chybí rozhodnutí o vyloučení dodavatele GORDIC spol. s r. o. (shrnuje v **bodě 13 napadeného rozhodnutí**). Stejným směrem míří i námitka nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách (shrnuje v **bodě 16 napadeného rozhodnutí**, viz též bod 2.2 podaného návrhu). Řešení navrhovatele bylo nevhodné, a zadavatel jej proto vyloučit ze ŘSSD musel, jak bylo vysvětleno již v řízení 1. Fakt, že povinnost vyloučit pro nevhodnost řešení zadavatel u jiných dodavatelů údajně nesplnil, představuje maximálně důvod pro napadení jejich případného výběru (za předpokladu, že by tak činil aktivně legitimovaný stěžovatel), nelze tím však zpochybnit rozhodnutí o vyloučení.
40. Pokud navrhovatel namítal, že zadavatel vede ŘSSD netransparentně, neboť nevyhotovuje dokumentaci shrnující jeho potřeby (shrnuje v **bodě 15 napadeného rozhodnutí**), je tato námitka rovněž opožděná, neboť navrhovatel mohl tuto námitku vznášet již v okamžiku, kdy se dozvěděl o svém vyloučení, protože do té doby se do jeho dispozice žádný takový dokument zjevně nedostal (jinak by tuto námitku nevznášel). Tuto námitku tak navrhovatel mohl efektivně vznést právě proti rozhodnutí o vyloučení, kdy to dává největší smysl. Tvzení, že se o nezpracování takového dokumentu ze strany zadavatele dozvěděl až z nahlížení do spisu, je zjevně účelové a popírá smysl takové námitky (argument, že kdyby navrhovatel

věděl, co je potřebou zadavatele, zahrnul by to do svého řešení). Výše uvedené platí obdobně pro argumentaci navrhovatele shrnutou v **bodě 21 napadeného rozhodnutí**. Obdobným směrem, jako námitka shrnutá v bodě 15 napadeného rozhodnutí, míří i námitka, že zadavatel nevyhotovil katalog svých potřeb (shrnuto v **bodě 22 napadeného rozhodnutí**) a že se k této otázce dostatečně nevyjádřil. I kdyby tomu tak bylo (pokud by se zadavatel vyjádřil příliš stručně), nemohla by ničeho změnit na tom, že řešení navrhovatele bylo nevhodné, kdy tento závěr již byl Úřadem posouzen (s výsledkem v neprospěch navrhovatele).

41. K námitkám souvisejícím s referenční návštěvou zadavatele u uživatelů systému navrhovatele (shrnuto v **bodech 24, 25 a 26 napadeného rozhodnutí**) lze uvést, že z nich není patrné, jakým konkrétním způsobem se závěry z oné referenční návštěvy měly promítnout do rozhodnutí o vyloučení, a způsobit tak jeho nezákonnost. Ostatně ani zadavatel v rozhodnutí o vyloučení referenční návštěvu nezmiňuje a v rozhodnutí o námitkách pouze obecně konstatuje, že její závěry zohlednil (poslední odstavec na straně 3 rozhodnutí o námitkách). Lze vyjít z obecného východiska, že rozhodnutí o vyloučení je možno ve správním řízení obhajovat toliko důvody, které jsou v rozhodnutí o vyloučení uvedeny. Navrhovatel by takovým postupem zadavatele (zohledněním referenčních návštěv) nebyl krácen na právech, protože ke zrušení rozhodnutí o vyloučení by navrhovateli stačilo vyvrátit důvody uvedené v rozhodnutí o vyloučení. Z něj však není patrné, že by zadavatel tyto referenční návštěvy jakkoliv zohlednil a už vůbec že by posuzoval stávající řešení navrhovatele. Navrhovatel měl tedy dostatečný prostor k tomu, aby se proti rozhodnutí o vyloučení vymezil, a skutečnosti, které zjistil až posléze, jeho vyloučení nijak neutvrzují a ani mu nikterak neztěžují jeho procesní obranu proti vyloučení. Z toho plyne závěr, že výše popsané námitky navrhovatele nemohou zvrátit rozhodnutí o jeho vyloučení. Nakonec lze také připomenout, že jádro námitky, tj. že zadavatel údajně hodnotí stávající, nikoliv nově navrhované řešení navrhovatele, bylo již vypořádáno v řízení 1 (viz body 160 a násl. předchozího prvoinstančního rozhodnutí a body 65 a násl. předchozího rozhodnutí předsedy).
42. Žádný z výše uvedených bodů návrhu tedy nebyl způsobilý zvrátit závěr o tom, že řešení, které navrhovatel v ŘSSD nabízel, nebylo vhodné, a tedy nemohl zvrátit ani rozhodnutí o vyloučení navrhovatele.
43. Úřad správně k těm tvrzením navrhovatele v návrhu týkajícím se rozhodnutí o vyloučení, která jsou předkládána opakovaně (bod 17, 19, 20 a 23 napadeného rozhodnutí), uvedl, že návrhu nepředcházely včas podané námitky obsahující tato tvrzení. Včasnost podaných námitek je nutné posuzovat s ohledem na dodržení příslušné zákonné lhůty. Z ustanovení § 242 odst. 1 zákona vyplývá, že námitky musí být zadavateli doručeny do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona zadavatele. Ve vztahu k těm bodům nyní projednávaného návrhu, které navrhovatel uvedl již v návrhu zahajujícím řízení 1 (tuto skutečnost ani navrhovatel věcně v rozkladu nerozporuje, tj. netvrdí, že by je v odkazovaném návrhu neuváděl), je tedy zjevné, že je navrhovatel zjistil již dříve, tedy před podáním návrhu, kterým zahájil řízení 1, a nikoliv až z nahlížení do spisu. Ve vztahu k citovaným bodům návrhu je tak jádro argumentace navrhovatele vyvráceno. Pokud bylo řízení 1 zahájeno 10. 2. 2023, což je datum, kdy nejpozději navrhovatel tyto opakovaně namítané skutečnosti zjistil, pak jsou v příslušné části námitky podané 18. 4. 2023 tedy zjevně opožděné (jak správně uvádí Úřad v bodě 66 napadeného rozhodnutí), a jako takové nemohou zvrátit závěr o nedostatku aktivní legitimace k podání zdejšího návrhu. Bylo by jistě možné zastavit předmětnou část nynějšího

správního řízení i z důvodu dle § 257 písm. h) zákona. Uvedený postup se nicméně nejeví v kontextu zdejšího případu procesně ekonomickým, neboť nepovede k žádnému zlepšení postavení navrhovatele. K případné navazující procesní obraně postačí, že jsou důvody zastavení řízení podrobně rozepsány v napadeném rozhodnutí a v tomto řízení o rozkladu.

44. K poslednímu okruhu argumentace navrhovatele je nejprve nutno uvést, že v tomto rozhodnutí lze dát za pravdu navrhovateli v tom, že navrhovatel ke dni podání návrhu byl aktivně legitimován. Jak již bylo výše v tomto rozhodnutí uvedeno, konkrétně v pasáži s názvem „*K důvodům ke změně výroku napadeného rozhodnutí*“, navrhovatel pozbyl aktivní legitimaci až v průběhu předmětného správního řízení. Postesknutí navrhovatele, že Úřad po 5 měsících trvání správního řízení najednou o návrhu rozhodne, že tento návrh nebyl podán oprávněnou osobou (pozn. vlastně čtyřech, nikoliv pěti, neboť navrhovatel zaměňuje datum podání námitek a datum podání návrhu), lze do jisté míry chápat, nicméně nemění to nic na věci, že se podaný návrh stal bezpředmětným, a nelze jej tedy projednat. Pokud měl navrhovatel pocit, že Úřad nekoná dost rychle, mohl případně namítat navrhopat příslušná opatření proti nečinnosti. Faktem však zůstává, že se návrh stal bezpředmětným již zhruba po 2 měsících od jeho podání.
45. Navrhovatel dále uvádí, že pravomocné skončení řízení před Úřadem není definitivním rozhodnutím o vyloučení a k tomuto poslednímu citovanému tvrzení podpůrně odkazuje na případ C-303/22, kde dle jeho názoru vyplývá ze stanoviska generálního advokáta v rámci řízení o předběžné otázce předložené Krajským soudem v Brně skutečnost, že pravomocná rozhodnutí Úřadu nejsou definitivní, neboť podléhají soudní revizi. Generální advokát sice ve stanovisku uvedl, že rozhodnutí Úřadu, jakožto nezávislého orgánu příslušného k přezkumu, musí podléhat přezkumu soudního orgánu, žádným způsobem však nedává do pozadí postavení Úřadu v rámci přezkumného řízení a rovněž nijak nezpochybňuje závaznost jeho rozhodnutí do doby, než o nich rozhodne soud. Ve stanovisku se řeší jiná otázka, a to jaké má soud možnosti, aby účelně dosáhl nápravy nezákonného rozhodnutí Úřadu, i pokud by byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, resp. jaké má soud nástroje po uzavření smlouvy zadavatelem v rámci soudního přezkumu, aby nebylo upřeno právo účastníkům zadávacího řízení na projednání věci nezávislým a nestranným soudem ve smyslu čl. 47 odst. 2 Listiny základních práv EU. Generální advokát ve stanovisku shrnul závěr, že soud je oprávněn i po uzavření smlouvy přijmout předběžná opatření spočívající v pozastavení účinků již podepsané smlouvy. Generální advokát svým řešením předběžné otázky Krajského soudu v Brně nenabourává vnitrostátní právní úpravu, která je založená na presumpci správnosti rozhodnutí orgánů veřejné správy, dle níž se má za to, že správní akt je zákonný a správný, a to až do okamžiku, kdy příslušný orgán zákonem předvídanou formou prohlásí správní akt za nezákonný a zruší jej. Ostatně v současnosti Soudní dvůr Evropské unie o věci nerozhodl a samotné stanovisko generálního advokáta není právně závazné.

Shrnutí

46. V právě šetřeném případě se stal návrh navrhovatele zjevně bezpředmětným v důsledku skutečnosti, že navrhovatel v průběhu správního řízení pozbyl veřejné subjektivní právo na posouzení úkonu zadavatele spočívajícího v jeho vyloučení ze zadávacího řízení a s ním i aktivní legitimaci k podání návrhu (blíže viz předchozí část odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jedná se tak o skutečnost, která ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu odůvodňuje zastavení správního řízení. Ani skutečnosti, o nichž navrhovatel tvrdí, že je zjistil až nově,

a to z nahlížení správních spisů vedených o dalších správních řízeních, která navrhovatel u Úřadu zahájil, tj. po lhůtě pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení, nejsou způsobilé zvrátit toto rozhodnutí o vyloučení, a nemohou tedy mít vliv na výše uvedený závěr, že je podaný návrh bezpředmětný.

VI. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci byl učiněn závěr, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí, ale pouze pro změnu jeho výroku. Z důvodů uvedených výše bylo přistoupeno ke změně výroku napadeného rozhodnutí tak, že správní řízení o návrhu se zastavuje, neboť návrh navrhovatele se stal zjevně bezpředmětný. Tato změna výroku však nic nemění na obecném závěru napadeného rozhodnutí, tj. že ztráta oprávnění navrhovatele podat návrh je správný a v souladu se zákonem. Z výše uvedeného plyne rovněž, že nelze vyhovět tomu, čeho se navrhovatel návrhem domáhal (shrnuje v bodě 27 napadeného rozhodnutí). Proto nastaly podmínky pro současné zamítnutí rozkladu.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Mgr. Marek Šimka, Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno
2. Masarykova univerzita, Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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