



UOHSX00H8Q2H

## USNESENÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0078/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-07229/2023/500

Brno 20. 2. 2023

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 19. 1. 2023 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 1. 2023 JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, advokátem, ev. č. ČAK 11323, advokátní kancelář ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – SWIETELSKY Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 1. 2023 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno, doručovací adresa Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2,
- vybraný dodavatel – společnost „Výměna pražců PRSS – Elmoz Czech“, kterou tvoří
  - Elmoz Czech, s.r.o., IČO 47544929, se sídlem Černoleská 2326, 256 01 Benešov, a
  - Pražské silniční stavby s.r.o., IČO 01410806, se sídlem U starého stadiónu 2094/11, Radotín, 153 00 Praha 5,

které uzavřely dne 11. 8. 2022 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky v zadávacím řízení,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „Výměna dřevěných pražců za železobetonové v tunelech na trati metra A a C II“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 7. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2022 pod ev. č. Z2022-028063, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 7. 2022 pod ev. č. 2022/S 140-401447, ve znění pozdějších oprav,

vydává toto

**usnesení:**

**Správní řízení se podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť návrhu navrhovatele – SWIETELSKY Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice – ze dne 19. 1. 2023 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9 – učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „Výměna dřevěných pražců za železobetonové v tunelech na trati metra A a C II“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 7. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2022 pod ev. č. Z2022-028063, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 7. 2022 pod ev. č. 2022/S 140-401447, ve znění pozdějších oprav, **nepředcházely řádně a včas podané námitky**, když posledním dnem lhůty pro podání námitek byl den 14. 9. 2022, a cit. navrhovatel své námitky doručil cit. zadavateli až dne 23. 12. 2022.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ**

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886 se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 1. 2023 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, advokátní kancelář ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 18. 7. 2022 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem uzavření rámcové dohody „Výměna dřevěných pražců za železobetonové v tunelech na trati metra A a C II“; předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2022 pod ev. č. Z2022-028063, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 7. 2022 pod číslem oznámení 2022/S 140-401447, ve znění pozdějších oprav (dále jen „zadávací řízení“).
2. Z Protokolu z prvního jednání komise pro posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 19. 9. 2022 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem tři nabídky na plnění rámcové dohody, z toho jednu nabídku od dodavatele SWIETELSKY Rail CZ s.r.o., IČO 28332202, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 1. 2023 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno, doručovací adresa Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2 (dále jen „navrhovatel“).
3. Dne 19. 10. 2022 zadavatel doručil navrhovateli oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele k uzavření smlouvy z téhož dne (dále jen „oznámení o výběru I“).
4. Dne 2. 11. 2022 doručil navrhovatel zadavateli námitky ze dne 1. 11. 2022 označené jako „Námitky proti Rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele k uzavření smlouvy“ (dále jen „námitky I“). Rozhodnutím o námitkách ze dne 15. 11. 2022, které bylo navrhovateli doručeno dne 16. 11. 2022 (dále jen „rozhodnutí o námitkách I“), zadavatel námitkám navrhovatele

vyhověl a jako opatření k nápravě zrušil oznámení o výběru I, rozhodnutí o výběru dodavatele a provedl opětovné posouzení nabídkové ceny vybraného dodavatele.

5. Dne 12. 12. 2022 zadavatel doručil navrhovateli oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele – společnost „Výměna pražců PRSS – Elmoz Czech“, kterou tvoří Elmoz Czech, s.r.o., IČO 47544929, se sídlem Černoleská 2326, 256 01 Benešov, a Pražské silniční stavby s.r.o., IČO 01410806, se sídlem U starého stadiónu 2094/11, Radotín, 153 00 Praha 5 (dále jen „vybraný dodavatel“), které uzavřely dne 11. 8. 2022 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky v zadávacím řízení, k uzavření smlouvy z téhož dne (dále jen „Oznámení o výběru II“).
6. Dne 23. 12. 2022 doručil navrhovatel zadavateli námitky ze dne 22. 12. 2022 označené jako „Námitky proti Rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele k uzavření smlouvy“ (dále jen „námitky II“). Rozhodnutím o námitkách ze dne 6. 1. 2023, které bylo navrhovateli doručeno dne 9. 1. 2023 (dále jen „rozhodnutí o námitkách II“), zadavatel námitky navrhovatele odmítl jako opožděné.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 19. 1. 2023 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

## II. OBSAH NÁVRHU

8. Z návrhu vyplývá, že tento byl podán v návaznosti na rozhodnutí zadavatele o námitkách II.
9. K procesní části rozhodnutí o námitkách II navrhovatel uvádí, že v rámci podaných námitek I a námitek II nenamítal primárně rozpor samotných zadávacích podmínek se zákonem, ale nerovný přístup zadavatele k jednotlivým dodavatelům (potenciálním dodavatelům v zadávacím řízení a účastníkům, kteří podali nabídku v zadávacím řízení). Samotné zadávací podmínky, resp. zadávací dokumentace, mohly být vymezeny v souladu se zákonem, pokud by zadavatel současně zajistil rovné podmínky a přístup k realizaci předmětu plnění na straně potenciálních dodavatelů, a to např. dohodou s výhradním dodavatelem materiálů (resp. s vlastníkem formy pro výrobu požadovaných materiálů) o zajištění dodávek všem dodavatelům za shodných podmínek.
10. Navrhovatelem namítané porušení zákona tedy nespočívá *a priori* v samotném nastavení zadávacích podmínek (navrhovatel nenamítal rozpor zadávací dokumentace se zákonem), ale v samotném postupu, resp. opomenutí zadavatele, zajistit rovný přístup všem dodavatelům k zadávanému plnění, a to navíc v situaci, kdy tuto nerovnost zadavatel v minulosti do jisté míry vyvolal. Namítaný nerovný přístup k dodavatelům se ve výsledku projevil reálným zvýhodněním jednoho dodavatele – Pražské silniční stavby s.r.o., IČO 01410806, se sídlem U starého stadiónu 2094/11, Radotín, 153 00 Praha 5 (dále jen „Pražské silniční stavby s.r.o.“), který vlastní jedinou navrhovateli známou, schválenou formu pro výrobu zadavatelem požadovaných materiálů, a který po odmítnutí spolupráce s jinými dodavateli sám podal nabídku ve spojení s dodavatelem Elmoz Czech, s.r.o., IČO 47544929, se sídlem Černoleská 2326, 256 01 Benešov (dále jen „Elmoz Czech, s.r.o.“). S ohledem na toto své zvýhodnění mohl tento účastník podat výrazně nižší nabídkovou cenu než ostatní účastníci zadávacího řízení a stát se vybraným dodavatelem v zadávacím řízení.

11. Navrhovatel dodává, že tuto skutečnost zjistil až po doručení oznámení o výběru I, neboť do té doby neměl žádné informace o tom, že společnost Pražské silniční stavby s.r.o., která vlastní formu na výrobu požadovaných materiálů a jejímž souhlasem je podmíněna možnost získání zadavatelem předepsaných materiálů od dodavatele Flídr plast s.r.o., IČO 25293931, se sídlem Široký Důl 200, 572 01 Široký Důl (dále jen „Flídr plast s.r.o.“), se sama účastní zadávacího řízení.
12. S ohledem na uvedené je navrhovatel přesvědčen o tom, že námitky I a námitky II byly podány ve lhůtě stanovené zákonem a nejsou podány opožděně, neboť se nejedná o námitky proti zadávací dokumentaci ve smyslu § 242 odst. 4 zákona, jak tvrdí zadavatel.
13. K argumentu zadavatele, že pokud navrhovatel „*před koncem lhůty pro podání nabídek identifikoval jakékoli pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele, měl podat námitky dle § 242 odst. 4 ZZVZ*“, navrhovatel uvádí, že v okamžiku odeslání žádosti o prodloužení lhůty pro podání nabídky a zajištění transparentních podmínek pro účastníky u předepsaných materiálů (dále jen „žádost“) navrhovatel ještě neidentifikoval přímý rozpor postupu zadavatele se zákonem. Předpokládal, a to i s ohledem na dosavadní zkušenost navrhovatele, že zadavatel rovný a nediskriminační přístup dodavatelů k plnění veřejné zakázky zajistí. S ohledem na tuto skutečnost považoval navrhovatel za dostačující zadavatele na možný vznikající problém upozornit a požádat jej o zajištění shodných podmínek pro všechny účastníky tak, jako tomu bylo doposud.
14. K věcné části rozhodnutí o námitkách II navrhovatel uvádí, že v podaných námitkách II namítal, že pro podání nabídky a následné plnění předmětu plnění je nezbytné zajistit materiál „Izolační vložky a distanční vložky 8 mm“. Jediný stěžovateli známý dodavatel a výrobce je firma Flídr plast s.r.o., která ani po opakovaných urgencích neposkytla stěžovateli cenovou nabídku a příslib zhotovení objednávky požadovaného produktu. Tento výhradní dodavatel obojí odmítl a pouze zaslal informaci, že poskytnou cenovou nabídku a dodají produkt (vylisují díly) pouze se souhlasem majitele formy na lisování požadovaných dílů, k čemuž do dnešního dne nedošlo (na dotazy a výzvy stěžovatele vůči označenému majiteli formy nebylo nijak reagováno). Vzhledem k tomu, že tímto subjektem, který dle odpovědi společnosti Flídr plast s.r.o. měl poskytnout souhlas s použitím formy na výrobu požadovaného produktu, je jednatel firmy Pražské silniční stavby s.r.o., tedy jednoho ze společníků vybraného dodavatele, jedná se o skutečnost, která má nepopiratelný vliv na postavení účastníků zadávacího řízení. Toto odepření spolupráce mělo poškodit stěžovatele a ztížit mu pozici při podání, resp. úspěšnosti nabídky.
15. Navrhovatel doplňuje, že ke dni podání návrhu prokazatelně existuje na relevantním trhu pouze jedna zadavatelem schválená forma (typ) pro realizaci předepsaných materiálů dle specifikace obsažené v zadávací dokumentaci zadávacího řízení („izolační vložky“ a „distanční vložky 8 mm“). Tato byla v minulosti vyvinuta ve spolupráci zadavatele a společnosti Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křižíkova 682/34a, 186 00 Praha (dále jen „Skanska a.s.“), a byla zadavatelem schválená pro realizaci v tunelech metra. Vyvinutá a schválená forma byla původně ve vlastnictví společnosti Skanska a.s., jejímž prostřednictvím a ve spolupráci se společností Flídr plast s.r.o. byl předmětný materiál v minulosti zajišťován všem potenciálním dodavatelům bez omezení (mimo jiné rovněž navrhovateli, který totožné plnění zajišťoval

v letech 2019-2022, jak ostatně uvádí a potvrzuje i sám zadavatel v rozhodnutí o námitkách II).

16. Následně došlo k převodu vlastnictví schválené formy společností Skanska a.s. na společnost Pražské silniční stavby s.r.o. (navrhovatel není známo k jakému datu a na základě jakých právních skutečností k tomuto převodu došlo; navrhovatel tuto skutečnost zjistil až v průběhu zadávacího řízení), přičemž nový vlastník formy nově omezil, resp. vyloučil možné využití schválené formy pro výrobu zadavatelem předepsaných materiálů pro jiné potenciální dodavatele zadavatelem stanoveného plnění. Jak navrhovatel následně zjistil z oznámení o výběru I, důvodem pro tento postup nového vlastníka formy byla nepochybně jeho vlastní účast v zadávacím řízení a znevýhodnění, resp. vyloučení ostatních potenciálních účastníků ze zadávacího řízení.
17. Navrhovatel připouští, že čistě teoreticky je možné přistoupit k vlastnímu vývoji a výrobě formy pro vytvoření (vstřikem příslušného materiálu do formy příslušné vložky) zadavatelem předepsaných materiálů, nicméně dle odborného odhadu navrhovatele by si vývoj, vytvoření a schválení formy pro výrobu předepsaných vložek ze strany objednatele, resp. zadavatele (schválení ze strany objednatele je nezbytnou podmínkou pro použití těchto materiálů na stavbách metra) vyžádal zvýšené finanční náklady v řádu statisíců Kč, jakož i nemalé časové náklady v řádu několika měsíců až jednoho roku. To vše bez jakékoli jistoty následného schválení vytvořeného typu formy ze strany zadavatele. Pokud by se tedy navrhovatel měl vydat zadavatelem uváděnou cestou vytvoření vlastní formy a následného zajištění výroby zadavatelem předepsaných materiálů vstřikem příslušného materiálu do takto vytvořené a schválené formy, nemohl by se z časových důvodů účastnit zadávacího řízení, u něhož je předpoklad zahájení plnění bezprostředně po ukončení zadávacího řízení. Navíc s ohledem na vysoké vstupní náklady související s vývojem a vytvořením nové formy (navíc bez jistoty jejího následného schválení zadavatelem) by taková nabídka byla nekonkurenceschopná.
18. Tvzení navrhovatele, že dodavatel Flídr plast s.r.o. (s využitím formy ve vlastnictví Pražské silniční stavby s.r.o.) je výhradním a jediným reálně existujícím dodavatelem zadavatelem předepsaného materiálu („izolační vložka“ a „distanční vložka 8 mm“) má být podpořeno i skutečností, že prostřednictvím tohoto dodavatele (Flídr plast s.r.o.) má dodávky předepsaných materiálů zajištěny rovněž vybraný dodavatel.
19. S ohledem na vše výše uvedené pak navrhovatel uvádí, že si je jako zkušený dodavatel (který nedávno realizoval zadávané plnění) dobře vědom, jak jsou zadavatelem předepsané materiály na trhu dostupné, resp. nedostupné. V případě obou výše uváděných materiálů („izolační vložka“ a „distanční vložka 8 mm“) nelze tyto materiály rozhodně považovat za „standardní produkt“, pokud je pod pojmem „standardní produkt“ zadavatelem myšlen produkt volně dostupný na trhu s existencí více různých konkurenčních dodavatelů nabízejících tento produkt.
20. S ohledem na vše výše uvedené je navrhovatel přesvědčen o tom, že v předmětném zadávacím řízení došlo k porušení § 6 zákona, zejména zásady transparentnosti, zákazu diskriminace a rovného zacházení tím, že v zadávacím řízení byly předepsány materiály, u kterých zadavatel nezajistil rovný přístup k těmto materiálům všem dodavatelům za rovných podmínek.
21. V závěru navrhovatel žádá, aby Úřad zrušil zadávací řízení.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

22. Úřad obdržel dne 19. 1. 2023 návrh z téhož dne. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo v souladu s § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
23. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný dodavatel.
24. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-03093/2023/523 ze dne 23. 1. 2023.

#### ***Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 30. 1. 2023***

25. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve stanovisku ze dne 30. 1. 2023, které Úřad obdržel téhož dne, v němž zadavatel nejprve shrnuje průběh zadávacího řízení a následně se vyjadřuje k jednotlivým bodům návrhu. Dále Úřad uvádí pouze část vyjádření, jež je relevantní pro vedené správní řízení.
26. Zadavatel uvádí, že s ohledem na povahu a obsah námitek II tyto odmítl jako opožděné dle § 243 odst. 3 písm. b) zákona, neboť ačkoliv formálně směřovaly proti rozhodnutí o výběru, fakticky brojily proti nastavení zadávacích podmínek. Nad rámec tohoto procesního důvodu odmítnutí námitek II se pak zadavatel vyjádřil k namítaným skutečnostem rovněž po věcné stránce, neboť je nepovažoval za oprávněné.
27. Zadavatel konstatuje, že opožděnost námitek dokládají i navrhovatelem předložené důkazy, ze kterých je patrné, že navrhovatel měl veškeré potřebné informace o zdánlivé nedostupnosti některých komponent před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Nic mu tak nebránilo namítnout tuto údajnou nezákonnost včas, v zákonné lhůtě. Nynější snaha navrhovatele o překroucení skutkového stavu a „zamaskování“ zmeškání lhůty pro uplatnění námitek je tak dle zadavatele čistě účelová.
28. K údajnému porušení § 6 zákona tím, že v zadávacím řízení byly zadavatelem předepsány konkrétní materiály (vločky), které mohou být dle názoru navrhovatele plněny pouze jediným dodavatelem a výrobcem na trhu, zadavatel uvádí, že pokud se navrhovatel domníval, že zadávací podmínky včetně požadavků na některé materiály potřebné k realizaci v zadávacím řízení popívaného předmětu plnění jsou nastaveny v rozporu s podmínkami zákona, měl tyto skutečnosti uplatnit jako námítky proti zadávací dokumentaci, a to ve lhůtě pro podání nabídek v souladu s § 242 odst. 4 zákona, nikoliv až po rozhodnutí o výběru dodavatele.
29. Při výběru vybraného dodavatele zadavatel postupoval v souladu se zásadami § 6 zákona stejně jako v souladu s dalšími relevantními ustanoveními zákona. To ostatně nevyvrací ani sám navrhovatel, když jeho argumentace fakticky nemíří proti žádnému porušení základních zásad v souvislosti se samotným výběrem nejvýhodnější nabídky. Argumentace uvedená v námítkách II, resp. v návrhu míří výhradně na požadavky zadavatele na předmět plnění, tj. proti zadávacím podmínkám.

30. Na zákonnosti postupu zadavatele, včetně dodržení základních zásad dle § 6 zákona, poté nic nemění a ani nemůže změnit skutečnost, kdo se účastní zadávacího řízení, jak se snaží tvrdit navrhovatel. Zadavatel reálně nemá možnost zakázat jakémukoliv potenciálnímu dodavateli (který je schopný podat nabídku a splnit podmínky zadávací dokumentace), aby se účastnil zadávacího řízení. Stejně tak zadavatel nemůže účastníka zadávacího řízení po podání nabídek znevýhodňovat nebo jej dokonce vyloučit jen proto, že z důvodu svého předchozího působení na relevantním trhu disponuje formou pro výrobu dílčích materiálů požadovaných ze strany zadavatele.
31. Zadavatel dále uvádí, že účast vlastníka formy v zadávacím řízení nepředstavovala rozpor se zákonem. Zároveň přitom platí, že zadavatel k tomuto účastníkovi přistupoval jako ke každému jinému účastníkovi v zadávacím řízení a žádným způsobem jej v průběhu řízení nezvýhodnil, jak se snaží tvrdit navrhovatel. Zadavatel jednal při výběru dodavatele v souladu se zadávacími podmínkami i podmínkami stanovenými zákonem. Naopak, kdyby zadavatel postupoval podle požadavků navrhovatele a vybraného dodavatele by vyloučil ze zadávacího řízení, jednal by v rozporu se zákonem, jelikož k takovému vyloučení nebyly naplněny důvody dle zákona.
32. V závěru zadavatel žádá, aby Úřad správní řízení zastavil.

#### ***Další průběh správního řízení***

33. Usnesením č. j. ÚOHS-04706/2023/523 ze dne 1. 2. 2023 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

34. Po přezkoumání splnění zákonných podmínek vážících se k úkonu podání návrhu Úřad konstatuje, že návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto Úřadu nezbylo, než správní řízení zastavit. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### ***Relevantní ustanovení zákona***

35. Dle ustanovení § 28 odst. 1 písm. a) bod 2. zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení.
36. Dle ustanovení § 241 odst. 2 zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti
  - a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
  - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
  - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
37. Dle ustanovení § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací

dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.

38. Dle ustanovení § 245 odst. 3 zákona platí, že zadavatel odmítne rovněž námitky, které
- a) nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241 zákona,
  - b) jsou podány opožděně, nebo
  - c) nesplňují náležitosti podle § 244 zákona.
39. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

### **Zjištěné skutečnosti**

40. Z oznámení o zahájení zadávacího řízení odeslaného k uveřejnění dne 18. 7. 2022 a uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2022 pod ev. č. Z2022-028063 vyplývá, že lhůta pro podání nabídky byla původně stanovena do 22. 8. 2022. Tato lhůta byla následně prodloužena do 5. 9. 2022.
41. Dne 1. 9. 2022 podal navrhovatel žádost o prodloužení termínu podání nabídky a zajištění transparentních podmínek pro účastníky u předepsaných materiálů z téhož dne. Navrhovatel v žádosti uvedl, že *„Výhradní dodavatel dvou z předepsaných materiálů firma Flidr plast s. r. o., které jsou nutnou součástí předmětu veřejné zakázky a bez nichž nelze zakázku splnit nám do dnešního dne nedal cenovou nabídku. Tento výhradní dodavatel pouze zaslal informaci, že nám poskytnou cenu a díly vylisují pouze se souhlasem (pravděpodobného) majitele patentu. Přes opakované urgencye dle poskytnutý e-mailu od firmy Flidr plast s. r. o. pro udělení souhlasu se stanovením ceny na požadované výrobky a jejich dodání do dnešního dne nikdo nereagoval. Vzhledem na uvedené skutečnosti tento postup považujeme od monopolního výrobce za diskriminační, netransparentní a v praxi znemožňující účast ve veřejné zakázce. Pokud zadavatel požaduje tyto materiály do plnění veřejné zakázky, je nezbytné, aby garantoval shodné podmínky pro všechny účastníky a tedy i zajistil stejné cenové a dodací podmínky předepsaného materiálu od monopolního výrobce. Žádáme zadavatele o tuto intervenci a prodloužení termínu pro podání nabídky, aby to mohlo být do nabídky promítnuto.“*
42. Z vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 1. 9. 2022 vyplývá, že zadavatel žádosti navrhovatele vyhověl a prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 14. 9. 2022.
43. V námitkách II navrhovatel namítá, že došlo k porušení § 6 zákona, zejména zásady transparentnosti, zákazu diskriminace a rovného zacházení, a to tím, že v zadávacím řízení byly předepsány materiály, u kterých zadavatel nezajistil rovný přístup k těmto materiálům všem dodavatelům za rovných podmínek, a to ani po předchozích podnětech stěžovatele. K tomu navrhovatel uvádí, že *»[p]ro podání nabídky a následné plnění veřejní zakázky je nezbytné zajistit tento materiál - Izolační vložky a distanční vložky 8 mm. Jediný stěžovateli známý dodavatel a výrobce je firma Flidr plast s.r.o., která ani po opakovaných urgencích neposkytla stěžovateli cenovou nabídku a příslib zhotovení objednávky požadovaného produktu. Tento výhradní dodavatel obojí odmítl a pouze zaslal informaci, že poskytnou cenovou nabídku a dodají produkt (vylisují díly) pouze se souhlasem majitele formy na lisování požadovaných dílů, k čemuž do dnešního dne nedošlo (na dotazy a výzvy stěžovatele vůči označenému majiteli*



*formy nebylo nijak reagováno). Vzhledem k tomu, že tímto subjektem, který dle odpovědi společnosti Flidr plast s.r.o. měl poskytnout souhlas s použitím formy na výrobu požadovaného produktu, (...) je jednatelem firmy Pražské silniční stavby s.r.o, tedy jednoho ze společníků vybraného dodavatele - společnosti „Výměna pražců PRSS - Elmoz Czech“, jedná se o skutečnost, která má nepopíratelný vliv na postavení účastníků zadávacího řízení. Toto odepření spolupráce poškodilo stěžovatele a ztížilo mu pozici při podání nabídky. Veškerou komunikaci s firmou Flidr plast s.r.o. a označenými majiteli formy můžeme na požádání předložit.«*

44. Navrhovatel v námitkách II dodává, že „[s]těžovatel na vzniklou situaci zadavatele upozornil a žádal nápravu už před podáním námitek a to dopisem ze dne 1.9.2022. Byla sice prodloužena lhůta pro podání nabídek, ale žádné další úkony směřující k narovnání podmínek účastníků neproběhly. Pokud zadavatel požadoval předepsané materiály do plnění veřejné zakázky, je nezbytné, aby garantoval shodné podmínky pro všechny účastníky, a tedy i zajistil stejné cenové a dodací podmínky předepsaného materiálu od výhradního výrobce. Vazba mezi výhradním dodavatelem materiálu a vybraným dodavatelem ovlivnila hospodářskou soutěž, poskytla vybranému dodavateli nepřiměřenou výhodu a ovlivnila možnost přístupu ostatních účastníků k předepsaným materiálům. Tímto došlo k nerovnému postavení všech ostatních účastníků zadávacího řízení, netransparentnosti podmínek zadávacího řízení a k diskriminaci ostatních účastníků při tvorbě cenové nabídky.“ Navrhovatel požadoval zrušení zadávacího řízení z důvodu porušení zásad zákona a opětovné vypsání zadávacího řízení při zajištění rovných podmínek pro všechny dodavatele, včetně přístupu k předepsaným materiálům.

#### **K zastavení správního řízení**

45. Úřad předně uvádí, že jednou z podmínek pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele (na rozdíl od návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy) je předcházející podání námitek zadavateli. Platí, že návrh je až druhotným nástrojem procesní obrany dodavatele, neboť prvotním nástrojem jsou námitky, jež jsou podávány přímo zadavateli. V situaci, kdy stěžovatel nevyužije možnosti podání námitek, resp. takto neučiní včas a řádně, tedy s veškerými zákonnými náležitostmi, pak není oprávněn domáhat se ochrany svých práv před Úřadem.
46. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jsou institutem, který představuje primární ochranu dodavatelů před případným nezákonným postupem zadavatele. Zákon pak definuje konkrétní časový okamžik v průběhu zadávacího řízení, v jehož rámci je z pohledu stěžovatele nutné využít práva k podání námitek, neboť každé zadávací řízení prochází určitými fázemi a možnost obrany proti postupu zadavatele vždy odpovídá té které fázi zadávacího řízení, ve které se zrovna zadávací řízení nachází. Uvedený přístup koresponduje se zásadou právní jistoty jak všech účastníků zadávacího řízení, resp. potenciálních dodavatelů, tak i samotného zadavatele, neboť si nelze představit situaci, kdy např. v pokročilé či závěrečné fázi zadávacího řízení, kdy má dojít k provedení výběru dodavatele, budou rozporovány zadávací podmínky, podle kterých celé zadávací řízení probíhalo. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011, jehož závěry, byť byl vydán ve vztahu k dnes již neúčinnému zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze použít i ve vztahu k aktuální účinné právní úpravě. Z uvedeného rozsudku mj. vyplývá, že „[k]oncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných

*zakázek je totiž založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve.“* Jinými slovy smyslu a účelu zákona neodpovídá takový postup, kdy dodavatel vyčkává s podáním námitek proti požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci, tedy proti zadávacím podmínkám, do pozdější fáze zadávacího řízení, kdy je jeho nabídka například vyřazena. Naopak lze uvést, že zákon je koncipován tak, aby námitky byly uplatňovány co možná nejdříve, aby bylo příp. možné zjednat nápravu či postup zadavatele řádně zdůvodnit stěžovateli. Pokud má dodavatel jako v úvahu přicházející účastník zadávacího řízení za to, že zadávací dokumentace obsahuje konkrétní podmínky, které neodpovídají například povaze předmětu veřejné zakázky nebo jde o podmínky zcela nepřiměřené a diskriminační, zákon vyžaduje, aby tyto argumenty uplatnil formou námitek proti zadávacím podmínkám.

47. V šetřeném případě se tedy Úřad zabýval tím, zda byla naplněna základní podmínka pro podání návrhu spočívající v tom, že návrhu předcházely ze strany navrhovatele řádně a včas podané námitky. Řádnost a včasnost podaných námitek je nutné posuzovat zejména s ohledem na jejich obsah a dodržení lhůty pro jejich podání.
48. Jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení, dne 23. 12. 2022 doručil navrhovatel zadavateli námitky II. Z obsahu samotné argumentace navrhovatele v námitkách II však vyplývá, že námitky II směřují proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení, konkrétně proti požadovaným materiálům, u kterých zadavatel dle navrhovatele nezajistil rovný přístup všem dodavatelům za rovných podmínek. Na základě uvedených skutečností Úřad tedy uzavírá, že na námitky II je třeba nahlížet jako na námitky proti zadávacím podmínkám (k tomu srov. i ust. § 555 odst. 1 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, dle kterého se právní jednání posuzuje podle svého obsahu). Úřad předepisuje, že stejné závěry, které Úřad učiní ve vztahu k námitkám II., lze uplatnit na námitky I, které byly zadavateli doručeny dne 2. 11. 2022, nicméně po podání námitek I nenásledoval ve lhůtě uplatněný (po rozhodnutí o námitkách I) návrh na zahájení správního řízení k přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení.
49. K tomu Úřad uvádí, že jak vyplývá z ustanovení § 242 odst. 4 zákona, pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. Ustanovení § 242 odst. 4 zákona tak konstruuje zvláštní lhůtu pro podání námitek výhradně proti zadávací dokumentaci, resp. jedná se o ustanovení speciální vůči obecné lhůtě pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 1 zákona. Z dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že v šetřeném případě zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 22. 8. 2022 a tuto ve lhůtě pro podání nabídek prodloužil do 14. 9. 2022. Posledním dnem, kdy mohl navrhovatel zadavateli doručit námitky proti zadávací dokumentaci, byl tedy den 14. 9. 2022.
50. Z dokumentace o zadávacím řízení ovšem nikterak nevyplývá, že by navrhovatel zadavateli do konce lhůty pro podání nabídek doručil jakékoli podání, jehož obsahem by byly námitky stran zadávacích podmínek šetřeného zadávacího řízení. Ostatně ani sám navrhovatel toto nikterak nedokládá, ani neargumentuje, že by námitky proti nastavení zadávacích podmínek ve lhůtě

do 14. 9. 2022 uplatnil. Z dokumentace o zadávacím řízení naopak vyplývá, že navrhovatel doručil zadavateli námitky označené jako námitky II až dne 23. 12. 2022<sup>1</sup>.

51. Úřad se dále zaměřil na posouzení, zda se v šetřeném případě nejedná o situaci, kdy lze nejasnost zadávacích podmínek rozporovat i po lhůtě stanovené v § 242 odst. 4 zákona, neboť se projevila až v pozdějších fázích zadávacího řízení. Úřad uvádí, že touto otázkou se již zabývala i rozhodovací praxe soudů (přestože se vztahuje k nyní již neúčinné právní úpravě, je dle názoru Úřadu v nyní projednávané věci aplikovatelná). Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009 potvrdil názor vyjádřený Krajským soudem v Brně, že se „*nejasnost zadávací dokumentace projevila až při hodnocení nejhodnější nabídky. Žalobce tedy námitky uplatnil v zákonem stanovené lhůtě, a to v návaznosti na rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky*“. V rozsudku sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011 Nejvyšší správní soud obecněji shrnul okolnosti napadení zadávacích podmínek až v rámci námitek proti rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, přičemž konstatoval, že „*je nutno od sebe odlišovat situace, kdy podle okolností konkrétního případu lze po uchazeči spravedlivě požadovat, aby napadl zákonnost zadávacích podmínek, neboť si této nezákonnosti mohl a měl být vědom, od případů, kdy se tato nezákonnost skutečně vyjeví až při hodnocení jednotlivých nabídek. Jde tak o odlišení případů protizákonných zadávacích podmínek per se od podmínek, které samy o sobě protizákonné být nemusí, nicméně tato protizákonnost se projeví až jejich aplikací*“.
52. Úřad tedy ve světle výše uvedených právních názorů správních soudů konstatuje, že v praxi může reálně nastat situace, kdy lze brojit proti zadávacím podmínkám až v rámci námitek podaných v návaznosti na rozhodnutí o výběru dodavatele, avšak pouze za předpokladu, že nejasnost či nezákonnost zadávacích podmínek se projevila až v rámci procesu výběru dodavatele.
53. Úřad tak na tomto místě přistoupil ke zhodnocení skutečnosti, zda se navrhovatelem namítaná nezákonnost zadávacích podmínek projevila až po výběru dodavatele, přičemž pak by bylo možno námitky navrhovatele považovat za řádně a včas podané ve smyslu § 242 odst. 2 zákona. Naopak v případě, že by navrhovatelem namítaná nezákonnost zadávacích podmínek vyšla ve vztahu k navrhovateli najevo již v okamžiku, kdy se navrhovatel mohl seznámit se zadávacími podmínkami, jednalo by se v daném případě o námitky podané opožděně, čímž by byl dán důvod pro zastavení správního řízení dle § 257 písm. h) zákona.
54. Úřad uvádí, že zadávací dokumentace byla na profilu zadavatele uveřejněna ode dne 21. 7. 2022. Z oznámení o zahájení zadávacího řízení odeslaného k uveřejnění dne 18. 7. 2022 a uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2022 pod ev. č. Z2022-028063 vyplývalo, že lhůta pro podání nabídky byla stanovena do 22. 8. 2022. Následně byl dne 1. 9. 2022 na profilu zadavatele zveřejněn i dokument „Vysvětlení zadávací dokumentace č. 4“ z téhož dne, kterým byla lhůta pro podání nabídek prodloužena do 14. 9. 2022. Úřad tedy uvádí, že navrhovatel měl možnost se se zadávací dokumentací zadávacího řízení seznámit, což jednoznačně potvrzuje i skutečnost, že sám navrhovatel podal zadavateli ve lhůtě pro podání nabídek žádost o prodloužení termínu podání nabídky, když současně požádal

---

<sup>1</sup> Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že navrhovatel dále dne 2. 11. 2022 uplatnil námitky I, které však rovněž byly podány po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

o zajištění transparentních podmínek pro účastníky u předepsaných materiálů, a tedy v době, kdy běžela lhůta pro podání nabídek již upozorňoval zadavatele na potíže s předepsanými materiály, které vyplývaly ze skutečnosti, že navrhovatel neobdržel od společnosti Flídr plast s.r.o. cenovou nabídku na požadovaný materiál (izolační vložky, distanční vložka 8 mm), protože forma na lisování těchto dílů má být zcela ve vlastnictví Pražské silniční stavby s.r.o. a pouze na základě jejich písemného souhlasu mohou být díly lisovány, jak vyplývá z předložené emailové komunikace navrhovatele se společností Flídr plast s.r.o.

55. Pokud jde o posouzení charakteru vznesených námitek II a s tím související možnosti projevení případné nezákonnosti namítaných zadávacích podmínek teprve v návaznosti na výběr dodavatele, Úřad uvádí následující. Námitky se týkaly požadavku navrhovatele, aby zadavatel garantoval shodné podmínky pro všechny účastníky, a tedy i zajistil stejné cenové a dodací podmínky předepsaného materiálu od výhradního výrobce. Vzhledem k tomu, že tento požadavek vznesený v námitkách II navrhovatele směřuje proti zadávacím podmínkám, přičemž jejich aplikací ze strany zadavatele v další fázi zadávacího řízení nemohlo dojít k projevení jejich tvrzené nezákonnosti, Úřad konstatuje, že v posuzovaném případě nešlo o situaci, kdy lze nejasnost zadávacích podmínek rozporovat námitkami i po lhůtě stanovené § 242 odst. 4 zákona. Navrhovatel tedy nic nebránilo v podání námitek proti zadávací dokumentaci ve lhůtě předvídané v posledně uvedeném ustanovení, tedy do 14. 9. 2022, přesto navrhovatel zadavateli doručil námitky I až dne 2. 11. 2022 a námitky II až dne 23. 12. 2022.
56. Pro úplnost Úřad poznamenává, že z důvodu procesní ekonomie již považoval za neúčelné stanovit účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 261 odst. 3 zákona, neboť Úřad je povinen dle § 6 odst. 2 správního řádu postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a dotčené osoby co možná nejméně zatěžoval. Za situace, kdy je zřejmé, že je dán důvod pro zastavení správního řízení podle § 257 písm. h) zákona, by vyjádření účastníků řízení k otázkám, jejichž závazné posouzení mělo být obsahem rozhodnutí za situace, kdy by nebyl dán důvod pro zastavení správního řízení, a jejichž okruh (tedy předmět řízení) byl vymezen na základě podaného návrhu navrhovatele, účastníkům řízení mohlo způsobit toliko zbytečné náklady, aniž by takové vyjádření mohlo ovlivnit výsledek správního řízení. Z toho důvodu Úřad lhůtu podle § 261 odst. 3 zákona účastníkům řízení nestanovil.
57. Úřad tedy ve stručnosti rekapituluje, že z obsahu námitek II je zřejmé, že směřují proti zadávacím podmínkám, přičemž Úřad uvádí, že lhůta pro podání námitek proti zadávací dokumentaci podle § 242 odst. 4 zákona uplynula nejpozději dne 14. 9. 2022. Navrhovatel však námitky II doručil zadavateli až dne 23. 12. 2022 a Úřad má tedy za prokázané, že navrhovatel námitky směřující proti zadávacím podmínkám nepodal ve lhůtě podle § 242 odst. 4 zákona. Jelikož je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci, nebyla splněna nezbytná podmínka pro vedení správního řízení, a Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.
58. Současně Úřad podotýká, že se v daném případě nejedná o správní řízení vedené ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 254 zákona, jež by Úřad nebyl oprávněn v souladu s ustanovením § 257 písm. h) zákona zastavit.

## POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Podaný rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá  
místopředsedkyně

### Obdrží:

1. JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, advokátní kancelář ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
2. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno, doručovací adresa Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2
3. Elmoz Czech, s.r.o., Černoleská 2326, 256 01 Benešov
4. Pražské silniční stavby s.r.o., U starého stadiónu 2094/11, Radotín, 153 00 Praha 5

### Vypraveno dne:

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