



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Mariana Kokeše, Ph.D., a JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D, v právní věci

žalobce: **EKO servis Varnsdorf a.s.**, IČO: 250 42 149
sídlem ul. Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf
zastoupený advokátem Mgr. Petrem Švadlenou
sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 602 00 Brno

za účasti osoby
zúčastněné na řízení: **město Šluknov**
sídlem náměstí Míru 1, 407 77 Šluknov

o žalobě proti výroku II. rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 6. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ, č. j. ÚOHS-18649/2020/323/PBI,

takto:

- I. Výrok II. rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 6. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ, č. j. ÚOHS-18649/2020/323/PBI, **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 23 992 Kč, a to k rukám jeho advokáta Mgr. Petra Švadleny do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a průběh správního a soudního řízení

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení výroku II. v záhlaví citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“), kterým zamítl rozklad žalobce a potvrdil správnost výroků II. a III. rozhodnutí žalovaného ze dne 1. 7. 2016, č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc. Naopak výrokiem I. předseda ÚOHS zrušil výrok I. citovaného rozhodnutí žalovaného. Žalovaný citovaným rozhodnutím dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), zamítl návrhy žalobce ze dne 13. 9. 2013 a ze dne 21. 10. 2013 související se zadáváním veřejné zakázky „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“, zadávané zadavatelem (osobou zúčastněnou na řízení) formou otevřeného řízení, jehož zahájení bylo následně uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 5. 2013, pod ev. č. 347305 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 5. 2013, pod ev. číslem 2013/S 088-149896, a jehož zrušení bylo následně ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 8. 2013 a dne 9. 9. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 8. 2013, pod ev. č. 2013/S 159-277911 (dále jen „veřejná zakázka I“). Dne 28. 6. 2013 rozhodla osoba zúčastněná na řízení o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče – Technické služby Šluknov, spol. s r. o., IČO 25410539 (dále též „vybraný uchazeč“ či „TS Šluknov“). Následně dne 13. 8. 2013 rozhodla osoba zúčastněná na řízení o zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách s odůvodněním, že „v zadávací dokumentaci výslovně nestanovil jaká povolení a oprávnění bude v rámci posuzování nabídek, resp. kvalifikace požadovat.“ Dne 28. 8. 2013 doručil žalobce osobě zúčastněné na řízení námitky proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, v nichž namítal, že pochybení osoby zúčastněné na řízení spočívalo ve vadném posouzení nabídky vybraného uchazeče s ohledem na požadavky uvedené v zadávací dokumentaci a mohlo být odstraněno zrušením rozhodnutí o výběru této nabídky a vyloučením vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, nikoliv zrušením celého zadávacího řízení. Těmto námitkám nicméně osoba zúčastněná na řízení v rozhodnutí ze dne 5. 9. 2013 nevyhověla, neboť trvala na důvodech, které jí vedly ke zrušení zadávacího řízení. Dne 9. 9. 2013 doručila osoba zúčastněná na řízení žalobci doplnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, v němž uvádí, že v době přípravy a zahájení zadávacího řízení nesplňoval vybraný uchazeč podmínky pro zadání veřejné zakázky podle tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Osoba zúčastněná na řízení se tak domnívá, že pro zrušení zadávacího řízení lze dále uplatnit důvod podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, tedy že odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, která nastala v době od zahájení zadávacího řízení a kterou osoba zúčastněná na řízení s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohla předvídat a ani ji nezpůsobila. Dle osoby zúčastněné na řízení se situace v průběhu zadávacího řízení následně změnila a vybraný uchazeč podmínky stanovené v uvedeném § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách již začal splňovat, a proto dne 3. 9. 2013 uzavřela osoba zúčastněná na řízení bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení s vybraným uchazečem Smlouvu č. ORŽP 18/2013 o zajištění sběru, svozu, využití a odstranění komunálního odpadu na nadlimitní veřejnou zakázku „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“ (dále jen „veřejná zakázka II“). Dne 13. 9. 2013 doručil žalobce osobě zúčastněné na řízení námitky proti doplněnému rozhodnutí osoby zúčastněné na řízení, nicméně ani těmto námitkám osoba zúčastněná na řízení rozhodnutím ze dne 20. 9. 2013 nevyhověla.
2. Žalobce proto podal dne 13. 9. 2013 předně návrh na přezkoumání úkonů učiněných osobou zúčastněnou na řízení při zadávání veřejné zakázky I, na jehož základě bylo podle § 113 zákona o veřejných zakázkách zahájeno správní řízení. Žalobce se tímto návrhem domáhal uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách v podobě zrušení rozhodnutí osoby zúčastněné na řízení o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. ze dne 13. 8. 2013. Součástí návrhu byl i návrh na nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu

uzavřít smlouvu na plnění identické s předmětem veřejné zakázky I. až do doby konečného rozhodnutí ve věci samé. Žalobce v tomto návrhu namítal, že nabídka vybraného uchazeče byla nepřijatelná ve smyslu § 22 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, neboť v době podání nabídky nebyl vybraný uchazeč oprávněn k převzetí odpadu podle § 12 odst. 3 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech, ve znění pozdějších předpisů. Žalobce v návrhu dále brojil proti postupu osoby zúčastněné na řízení, která se nepřijatelností nabídky vybraného uchazeče nezabývala a namísto toho, aby nabídku vybraného uchazeče ze zadávacího řízení vyloučila, rozhodla o zrušení zadávacího řízení.

3. V průběhu tohoto správního řízení žalobce doručil dne 21. 10. 2013 žalovanému návrh směřující proti uzavření předmětné smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení na veřejnou zakázku II, když smlouva byla uzavřena v rámci jednacích řízení bez uveřejnění, které bylo použito pro přímé zadání zakázky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, přičemž dle žalobce nebyly splněny podmínky tohoto typu řízení, a proto se domáhal uložení zákazu plnění smlouvy dle § 118 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť dle jeho názoru se osoba zúčastněná na řízení dopustila spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách. Doručením tohoto návrhu bylo zahájeno správní řízení vedené žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ.
4. Dne 18. 12. 2013 žalovaný usnesením č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-23175/2013/523/Krk jednak tato správní řízení spojil ke společnému řízení vzhledem k tomu, že obě správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se týkají veřejné zakázky se stejným předmětem plnění. Dne 26. 2. 2014 pak žalovaný přípisem č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-3471/2014/523/MSc z moci úřední rozšířil předmět správního řízení o šetření možného spáchání správního deliktu osobou zúčastněnou na řízení podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách.
5. Žalovaný ve výroku II. rozhodnutí ze dne 1. 7. 2016 uvedený návrh žalobce zamítl dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravných opatření podle § 118 odst. 1 a odst. 2 zákona o veřejných zakázkách; ve výroku III. pak zastavil správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona o veřejných zakázkách.
6. Žalovaný takto rozhodoval za situace, kdy dne 6. 6. 2014 žalovaný vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-12105/2014/523/MSc, jímž rozhodl, že osoba zúčastněná na řízení nedodržela postup stanovený § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona o veřejných zakázkách tím, že zrušila zadávací řízení na veřejnou zakázku I, aniž by byly naplněny důvody pro jeho zrušení (výrok I.); zrušil podle § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách rozhodnutí osoby zúčastněné na řízení ze dne 13. 8. 2013 o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I (výrok II.); rozhodl o uložení povinnosti osoby zúčastněné na řízení uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (výrok III.); zamítl návrh žalobce na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku II, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách (výrok IV.); a zastavil správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona o veřejných zakázkách (výrok V.). Proti tomuto rozhodnutí žalovaného podali žalobce i osoba zúčastněná na řízení rozklady, po jejichž projednání předseda ÚOHS rozhodnutím ze dne 8. 3. 2016, č. j. ÚOHS-R210,227/2014/VZ-35176/2016/322/DRu, napadené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k novému projednání, neboť neshledal skutkový stav (zejména k otázce posouzení dosažení hranice 80 % příjmů vybraného uchazeče plynoucích z rozpočtu osoby zúčastněné na řízení) za dostatečně zjištěný tak, aby o něm nebyly důvodné pochyby, jelikož žalovaný převzal tvrzení osoby zúčastněné na řízení za svá, a to bez jakékoliv jejich verifikace, doplnění či konkretizace. Ve vztahu k výroku II. původního rozhodnutí žalovaného, kterým bylo zrušeno rozhodnutí o

zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I, předseda ÚOHS konstatoval, že tento výrok je závislý na závěru žalovaného ve věci výroku IV. napadeného rozhodnutí [zamítnutí návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy]. Stávající výroky II. a IV. jsou však ve vzájemném rozporu, jelikož pokračování v zadávacím řízení na předmět plnění, který zůstane plněn na základě již uzavřené smlouvy, by bylo bezpředmětným.

7. Žalovaný tedy následně dne 1. 7. 2016 vydal citované rozhodnutí, proti kterému podal žalobce dne 19. 7. 2016 rozklad, v němž namítal, že žalovaný neposuzoval postup osoby zúčastněné na řízení ve všech souvislostech, a proto nesouhlasí se zamítavým stanoviskem žalovaného vůči jím podaným návrhům, neboť dle žalobce jednak nebyly splněny zákonné předpoklady pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, jednak nebyly naplněny podmínky pro použití tzv. in-house výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II.
8. Předseda ÚOHS nicméně tento rozklad rozhodnutím ze dne 5. 12. 2016, č. j. ÚOHS-R0194/2016/VZ-47852/2016/323/EBr zamítl jako nedůvodný a potvrdil správnost napadeného rozhodnutí žalovaného, neboť se ztotožnil s právním názorem žalovaného, že v dané věci nebyly dány důvody pro uložení nápravných opatření podle § 118 odst. 1 a odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, kterých se domáhal žalobce. Předseda ÚOHS totiž rovněž dospěl k závěru, že byly splněny zákonné předpoklady pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, neboť osoba zúčastněná na řízení neměla jinou možnost, než zadávací řízení na veřejnou zakázku I. zrušit, jelikož vybraný uchazeč v době, kdy byl vybrán, nesplňoval profesní kvalifikační předpoklady (konkrétně souhlas ve smyslu zákona o odpadech), přičemž neměla zákonnou možnost vybraného uchazeče vyloučit z účasti v předmětném zadávacím řízení z důvodu nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů, neboť tento konkrétní požadavek v zadávacích podmínkách stanoven nebyl. V návaznosti na tento závěr pak předseda ÚOHS rovněž přisvědčil názoru žalovaného, že byly splněny zákonem stanovené podmínky pro použití tzv. in-house výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II.
9. Předmětné rozhodnutí předsedy ÚOHS nicméně krajský soud k žalobě žalobce zrušil rozsudkem ze dne 20. 8. 2019, č. j. 29 Af 13/2017-101, který následně aproboval i Nejvyšší správní soud (v řízení o kasační stížnosti žalovaného) rozsudkem ze dne 26. 3. 2021, č. j. 6 As 169/2019-42. Nejvyšší správní soud tak přisvědčil právnímu názoru krajského soudu, který v citovaném rozsudku uzavřel, že osoba zúčastněná na řízení neprokázala existenci důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, a proto nebyla oprávněna zrušit zadávací řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. S ohledem na tento závěr pak krajský soud nepovažoval za žádoucí, aby se v této fázi podrobněji zabýval námitkami žalobce vztahujícími se ke způsobu realizace veřejné zakázky II. a tedy otázkou, zda byly splněny zákonné podmínky pro použití tzv. in-house výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, přičemž ponechal na předsedovi ÚOHS, příp. na žalovaném, aby krajským soudem vyslovený právní názor o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. ze strany osoby zúčastněné na řízení zohlednil při úvaze o přijetí příslušných opatření k nápravě nastalé situace a při hodnocení námitek žalobce vztahujících se ke způsobu realizace veřejné zakázky II.
10. Jak již bylo rekapitulováno, předseda ÚOHS v žalobou napadeném výroku II. potvrdil správnost výroků II. a III. rozhodnutí žalovaného ze dne 1. 7. 2016, jimiž žalovaný návrh žalobce na uložení zakazu plnění smlouvy uzavřené dne 3. 9. 2013 v rámci veřejné zakázky II zamítl dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravných opatření podle § 118 odst. 1 a odst. 2 zákona o veřejných zakázkách; ve výroku III. pak zastavil správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona o veřejných zakázkách. Předseda ÚOHS

totiž dospěl k závěru, že byly splněny zákonem předvídané podmínky pro to, aby zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku podle v § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách na základě tzv. in-house výjimky z působnosti zákona, uzavřel tedy smlouvu mimo režim zákona oprávněně, a to nezávisle na skutečnosti, jestli ve stejné době probíhalo zadávací řízení na stejnou veřejnou zakázku, neboť taková podmínka v § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách stanovena není.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

11. Ve včas podané žalobě (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s. ř. s.“), splňující též ostatní podmínky řízení (§ 65, § 68 a § 70 s. ř. s.), žalobce navrhuje, aby krajský soud výrok II. rozhodnutí předsedy ÚOHS i výrok II. jemu předcházejícího rozhodnutí žalovaného zrušil.
12. Žalobce, za použití obdobné argumentace, jakou předestřel již ve svém rozkladu proti rozhodnutí žalovaného, namítá nezákonnost výroku II. rozhodnutí žalovaného, neboť dospěl k nesprávným právním závěrům při hodnocení stěžejní otázky nyní opětovně projednávané věci, tzn. zda byly splněny zákonné podmínky pro použití tzv. in-house výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II.
13. Žalobce předně namítá, že předseda ÚOHS ve svém rozhodnutí nerespektoval závazný právní názor krajského soudu vyslovený v citovaném rozsudku č. j. 29 Af 13/2017-101. V návaznosti na to žalobce rovněž poukazuje na samotným žalovaným odkazované ustanovení § 84 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, ze kterého vyplývá, že „zadavatel není oprávněn zahájit zadávací řízení, kterému předcházelo zadávací řízení s obdobným předmětem plnění, před zrušením takového předchozího zadávacího řízení“. Ačkoli v případě zadání veřejné zakázky formou *in-house* se jedná o zadání mimo režim zákona (resp. zakázka může být zadána mimo režim zákona), tak uvedené ustanovení je v daném případě nepochybně aplikovatelné. Pokud zadavatel zrušil původní zadávací řízení nezákonně, tak pokud by toto řízení řádně dokončil, pak z logiky věci by na to samé plnění nemohl zadat a nezadal zakázku formou *in-house* mimo režim zákona. Zadávací řízení by s ohledem na jeho průběh muselo totiž skončit uzavřením smlouvy s uchazečem, který předložil do zadávacího řízení nejvýhodnější nabídku a nebyl ze zadávacího řízení vyloučen.
14. Žalobce dále zdůrazňuje, že samotný postup zadavatele před zadáním veřejné zakázky formou *in-house* (tj. předchozí zrušení zadávacího řízení), je třeba považovat za zcela účelový a nezákonný. Z postupu zadavatele lze totiž dle žalobce vysledovat, že jelikož zadavatel zjevně nemohl zadat zakázku na nakládání s odpady svému předem vybranému uchazeči, tj. svým technickým službám, tak na základě vykonstruovaného důvodu zrušil původní zadávací řízení.
15. Ve vztahu k předestřené otázce má pak žalobce za to, že nebyly splněny zákonné podmínky pro použití tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II, neboť tyto musí být (s odkazem na judikaturu Soudního dvora Evropské unie, dále jen „SDEU“) vykládány restriktivně, což potvrzuje i nová právní úprava v § 11 a § 13 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Žalobce rovněž poukazuje na absurditu nastalé situace, kdy osoba zúčastněná na řízení zrušila zadávací řízení z toho důvodu, že vybraný uchazeč nesplňoval zákonné profesní kvalifikační předpoklady pro plnění předmětu veřejné zakázky I, aby pak následně přistoupila k zadání shodné veřejné zakázky II témuž vybranému uchazeči v rámci jednacích řízení bez uveřejnění použitím výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.
16. Žalobce je konkrétně toho názoru, že v daném případě nedošlo ke splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti ve prospěch zadavatele tak, jak bylo požadováno v § 18 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný zcela nekriticky a nesprávně převzal tvrzení osoby zúčastněné na řízení i vybraného uchazeče ohledně zahrnutí tvrzených nefakturovaných činností do výpočtu rozsahu poskytovaných činností a ohledně jejich ocenění (ocenění těchto činností je

zcela nepřezkoumatelné). Navíc způsob prokázání těchto činností ze strany zadavatele je více než pochybný (předávací protokoly, které zadavatel k prokázání těchto činností předložil, totiž co do své formy a opatřenými podpisy vzbuzují důvodnou pochybnost, zda nebyly vytvořeny a podepsány dodatečně v souvislosti s probíhajícím řízením před žalovaným). Tyto činnosti tudíž do tohoto výpočtu zahrnout rozhodně nelze a bez započtení těchto činností by žalovaný v žádném případě nemohl dospět k závěru, že osoba zúčastněná na řízení byla oprávněna zadat zakázku vybranému uchazeči prostřednictvím in-house výjimky. Způsob ocenění, dopočtů a propočetů žalovaného ve vztahu k nefakturovaným činnostem je navíc v tomto rozsahu zcela nepřezkoumatelný a nesrozumitelný, když není vůbec zřejmé, na základě jakých údajů hodnotu těchto činností žalovaný oceňoval.

17. Žalobce rovněž zásadně nesouhlasí se závěry žalovaného, že pro posouzení splnění podmínek pro zadání zakázky *in-house*, lze v daném případě použít nákladovou metodu, jak provedl žalovaný. Jak ostatně vyplývá z rozsudku SDEU C-340/04 ze dne 11. 5. 2006 ve věci *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizjo, AGE SP SpA*, tak pro výkon převážné činnosti je rozhodující obrat, kterého subjekt dosáhne. Tomu ostatně odpovídá i stávající znění § 13 ZZVZ, které žalovaný účelově pomíjí a ze kterého lze analogicky vyjít. Ačkoli ZZVZ připouští, že pokud jsou poskytovány činnosti, byť zčásti, hrazeny jiným způsobem než platbami od jejich příjemců (např. v podobě rozpočtově určených příspěvků na poskytování komunálních služeb), je třeba jako základ pro výpočet relevantních poměrů použít údaje o průměrných nákladech vzniklých v souvislosti s předmětnou činností. Taková situace však v daném případě nenastala. Tvrzené nefakturované činnosti zjevně nebyly hrazeny Technickým službám Šluknov žádným jiným způsobem. Využití nákladové metody (to navíc za zcela zvláštního způsobu výpočtu ze strany žalovaného, tj. žalovaný neposuzoval otázku nákladů Technických služeb Šluknov, ale jakési zvláštní ocenění nefakturovaných prací) nelze proto již z tohoto důvodu akceptovat.
18. Žalovaný v rámci napadeného rozhodnutí vychází z obecného závěru, že rozhodným obdobím pro posouzení splnění podmínek výkonu podstatné činnosti pro zadavatele je pouze rozpočtový rok, ve kterém je zakázka zadávána (tj. podstatné jsou pouze údaje za rok 2013). Z tohoto důvodu zahrnul do posouzení splnění podmínek pro zadání *in-house* i rozsah činností, které byly zadány Technickým službám Šluknov až po zadání *in-house* zakázky. I tento závěr žalovaného není dle žalobce správný. Žalobce především poukazuje na to, že z právní úpravy a ani z relevantní evropské judikatury explicitně takový postup a uvedený závěr nevyplývá. Naopak z důvodu právní jistoty je třeba obecně zkoumat podmínky s ohledem na podmínky existující ke dni zadání dotčené veřejné zakázky, nikoli údaje nastalé po jejím zadání, neboť jinak dochází k zásadnímu zkreslení informací (to s ohledem na aktuální znění ZZVZ by bylo možné pouze v případě kompletní reorganizace, která však v daném případě nenastala). Opačný výklad by byl zcela v rozporu se smyslem restriktivního výkladu zákonných výjimek, tak jak byl tento vyjádřen v rozsudku SDEU C-385/02 ze dne 14. září 2004, ve věci *Evropská komise v. Itálie*.
19. Ke dni uzavření smlouvy formou *in-house* přitom Technické služby Šluknov nemohly splnit podmínku výkonu podstatné části činnosti ve prospěch zadavatele. Žalobce považuje rovněž za absurdní závěr žalovaného, že pokud by *in-house* dodavatel ke dni uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky podmínky *in-house* nesplňoval, ale po začlenění činností činěných na základě takto získané zakázky zadané v době, kdy podmínky *in-house* splněny nejsou (zde žalobce pomíjí začlenění tvrzených nefakturovaných částek), vlastně samotné zadání zakázky tento nedostatek zhojilo. Takový výklad by ostatně mohl vést i k účelovému obcházení zákona a jako absurdní je třeba jej odmítnout. K zohlednění skutečností nastalých po zadání zakázky může dojít dle žalobce pouze ve výjimečných situacích. K žádné výjimečné situaci však v daném případě nedošlo. Žalobce v této souvislosti poukazuje i na skutečnost, že z § 13 odst. 2 ZZVZ (analogii k ZZVZ učinil žalovaný předmětem svých úvah, přičemž žalobce proto na toto ustanovení rovněž poukazuje) vyplývá, že podíl činností je třeba počítat za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Při zohlednění tohoto požadavku je rovněž zřejmé,

že žalovaný nemohl zahrnout do činností Technických služeb Šluknov ve prospěch zadavatele činnosti prováděné po uzavření smlouvy formou *in-house*. Navíc ve třech bezprostředně předcházejících účetních obdobích před uzavřením smlouvy *in-house*, Technické služby Šluknov v žádném případě nesplňovaly podmínku výkonu podstatné části činnosti ve prospěch zadavatele (to ani po započtení tvrzených nefakturovaných činností), jak toto ostatně vyplývá i z údajů uvedených v pořadí druhém prvostupňovém rozhodnutí a procesních podání žalobce ve správním řízení.

20. Žalovaný tak z provedených důkazů dle žalobce nesprávně dospěl k závěru o splnění podmínek pro zadání zakázky prostřednictvím tzv. *in-house* výjimky, když v řízení splnění těchto podmínek nebylo prokázáno. Žalovaný i předseda ÚOHS tak svá rozhodnutí zatížili vadou spočívající v nedostatečně zjištěném skutkovém stavu věci, pro kterou by mělo být zrušeno.

III. Vyjádření žalovaného a osoby zúčastněné na řízení k žalobě

21. Žalovaný ve vyjádření k žalobě setrvává na svém názoru ohledně splnění zákonných podmínek pro použití tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II, přičemž odkazuje na odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí i rozhodnutí žalovaného a tam uvedenou argumentaci. Ke konkrétním žalobním námitkám žalovaný uvádí, že nemá za to, že by nerespektoval závazný právní názor krajského soudu. K námitce žalobce ohledně nesplnění podmínky v podobě výkonu podstatné části činnosti žalovaný uvádí, že v § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách nebyly upraveny podmínky pro uzavření smlouvy na základě tzv. *in-house* výjimky tak podrobně jako nyní v § 11 a § 13 ZZVZ. Žalovaný vypočítal, že v roce 2013, kdy byla smlouva na veřejnou zakázku uzavřena, přesahoval objem činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele (včetně osob, u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) hranici 80 %. Hranice ve výši 80 % z celkového podílu činností dodavatele ve prospěch zadavatele je v aktuální právní úpravě stanovena v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ jako jedna z podmínek, při jejichž splnění může zadavatel uzavřít smlouvu na základě *in-house* výjimky mimo režim zákona v rámci tzv. vertikální spolupráce. Tato procentuální hodnota v ZZVZ nahradila neurčitý právní pojem „podstatná“ část činnosti ve prospěch zadavatele stanovený v § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný v této souvislosti upozorňuje na to, že bylo a je nezbytné uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, ale i postup žalovaného při posouzení tohoto způsobu zadání veřejné zakázky, posuzovat podle právních předpisů a judikatury, které se vztahují k roku 2013, a nikoliv prismatem dnešní právní úpravy. Žalobce zejména lpí na tom, jestli byla či nebyla překročena hranice 80 % podílu činností, přičemž odkazuje na ZZVZ, který na danou věc nedopadá. Tato hranice je ale až součástí aktuální právní úpravy včetně způsobu jejího výpočtu. Žalovaný s touto hranicí sice sám v rámci prvostupňového rozhodnutí pracoval, dospěl k tomu, že těsně překročena byla, ale současně zohlednil i další okolnosti, které ho vedly k závěru, že společnost TS Šluknov vykonávala podstatnou část svých činností ve prospěch zadavatele za „netržních“ podmínek, a s ohledem na charakter a okrajový rozsah činností, jež vykonávala ve prospěch osob odlišných od zadavatele v rámci tržního prostředí, nemohlo vést zadání posuzované veřejné zakázky s využitím *in-house* výjimky k podstatnému omezení nebo narušení hospodářské soutěže. Protože tedy v zákoně o veřejných zakázkách, který dopadá na posuzovaný případ, nebyla stanovena žádná procentuální hranice výkonu činnosti ve prospěch zadavatele, při jejímž překročení by bylo možné konstatovat, že se jednalo o „podstatnou“ část činnosti, mohl žalovaný hranici 80 % stanovenou v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ použít pouze jako vodítko, a naplnění podmínky výkonu podstatné části činnosti ve prospěch zadavatele musel posoudit v širších souvislostech a se zohledněním konkrétních skutkových okolností případu. Žalovaný vzhledem k uvedenému nezohlednil v rámci posouzení splnění podmínky výkonu podstatné části činností společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele pouze „kvantitativní“, ale též „kvalitativní“ okolnosti případu.

IV. Ústní jednání konané dne 12. 1. 2022

22. Při ústním jednání účastníci setrvali na svých tvrzeních již dříve písemně uplatněných v žalobě, resp. ve vyjádření k žalobě. Žalobce tak i nadále považoval rozhodnutí žalovaného i předsedy ÚOHS za nezákonná z důvodu nesprávného hodnocení stěžejní otázky, zda byly splněny zákonné podmínky pro použití tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II. Žalovaný naopak napadená rozhodnutí považuje za správná a tedy souladná se zákonem.

V. Posouzení věci soudem

23. Krajský soud přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadený výrok II. rozhodnutí předsedy ÚOHS, včetně řízení předcházející jeho vydání, a dospěl k závěru, že žaloba **je důvodná** (§ 78 odst. 1 s. ř. s.).
24. Podstatu nyní projednávané věci tvoří žalobcem namítaná nezákonnost rozhodnutí žalovaného i předsedy ÚOHS, neboť dospěli k nesprávným právním závěrům při hodnocení stěžejní otázky, tzn. zda byly splněny zákonné podmínky pro použití tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II.
25. Jak již bylo rekapitulováno, předseda ÚOHS napadeným výrokem II. podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 správního řádu potvrdil věcnou správnost mimo jiné i výroku II rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc, kterým zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku I, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Předseda ÚOHS takto opětovně rozhodoval poté, co krajský soud rozsudkem č. j. 29 Af 13/2017-101 (který následně aproboval i Nejvyšší správní soud rozsudkem č. j. 6 As 169/2019-42) zrušil původní rozhodnutí předsedy ÚOHS s konstatováním, že osoba zúčastněná na řízení neprokázala existenci důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, a proto nebyla oprávněna zrušit zadávací řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. Jak dále vyplývá z obsahu rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 21. 12. 2020, č. j. ÚOHS-40553/2020/323/PBl, a z rozhodnutí žalovaného ze dne 15. 10. 2020, č. j. ÚOHS-32487/2020/500/JBě, předseda ÚOHS potvrdil správnost citovaného rozhodnutí žalovaného, který výrokem I rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona o veřejných zakázkách tím, že zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, aniž byly naplněny důvody pro jeho zrušení, neboť se v průběhu zadávacího řízení nevyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a v daném případě ani neodpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil, a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II citovaného rozhodnutí jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I napadeného rozhodnutí zrušil dle § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení.
26. Právě na tyto okolnosti nyní projednávaného případu poukazuje i žalobce v jedné ze svých žalobních námitek, neboť má za to, že by měla skutečnost v podobě zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení (a všech následujících úkonů zadavatele v něm učiněné) ve vztahu k veřejné zakázce I, být zohledněna i v rámci posouzení otázky zákonnosti postupu osoby zúčastněné na řízení ve vztahu k veřejné zakázce II. za použití tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Žalobce v této souvislosti vytýká předsedovi ÚOHS, že ve svém právním názoru nerespektoval závazný právní názor vyslovený v citovaném rozsudku č. j. 29 Af 13/2017-101. Konkrétně tedy v tom ohledu, kdy krajský soud výslovně uložil

žalovanému, že „zrušení zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. a následná realizace veřejné zakázky II., obě se týkající téhož předmětu plnění, představují spolu vzájemně související skutečnosti. Bude tedy na předsedu ÚOHS, příp. na žalovaném, aby krajským soudem vyslovený právní názor o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. ze strany osoby zúčastněné na řízení zohlednil při úvaze o přijetí příslušných opatření k nápravě nastalé situace a při hodnocení námitek žalobce vztahujících se ke způsobu realizace veřejné zakázky II.“.

27. Krajský soud k tomu předně uvádí, že se nelze ztotožnit s námitkou žalobce, že by předseda ÚOHS ve svém rozhodnutí přímo nerespektoval závazný právní názor vyslovený v citovaném rozsudku č. j. 29 Af 13/2017-101, jelikož jej žalobce vykládá tak, že pokud zadavatel zrušil zadávací řízení nezákonně, pak ani nebyl oprávněn na to samé plnění uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky formou *in-house* a již z tohoto důvodu měl žalovaný uložit zákaz plnění takové smlouvy. Jak ovšem vyplývá i z citované části odůvodnění, krajský soud předsedu ÚOHS toliko zavázal pouze k tomu, aby při úvaze o přijetí příslušných opatření k nápravě nastalé situace a při hodnocení námitek žalobce vztahujících se ke způsobu realizace veřejné zakázky II zohlednil právní názor o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce I ze strany osoby zúčastněné na řízení. Předseda ÚOHS tedy nebyl přímo zavázán vyhovět návrhu na přijetí opatření v podobě zákaz plnění smlouvy z veřejné zakázky II. Žalovaný tak také skutečně učinil, přičemž dospěl k závěru, že rozhodnutí o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku II není nijak závislé na posouzení otázky, zda zadavatel zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku I oprávněně, jelikož to nelze dovodit z § 84 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, dle něhož sice „zadavatel není oprávněn zabývat zadávací řízení, kterému předcházelo zadávací řízení s obdobným předmětem plnění, před zrušením takového předchozího zadávacího řízení“, nicméně smlouva na plnění z veřejné zakázky II nebyla uzavřena v zadávacím řízení, ale na základě *in-house* výjimky ze zákona. Jazykový výklad citovaného § 84 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách dle žalovaného nepřipouští více variant, a proto není možné, aby žalovaný v rozporu s výslovným zněním § 84 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách rozšířil jeho dopad i na zákaz zadat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení v případě, kdy je stejný předmět veřejné zakázky zadáván v zadávacím řízení, které doposud nebylo ukončeno.
28. S tímto závěrem žalovaného lze souhlasit, neboť na základě tzv. *in-house* výjimky, která je upravena v § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, nemusí zadavatel zadávat veřejnou zakázku dle zákona o veřejných zakázkách, pokud budou kumulativně splněny zde stanovené podmínky. Důvodová zpráva k zákonu o veřejných zakázkách u § 18 uvádí, že „výjimka umožňuje uzavírat smlouvy mimo režim zákona, pokud jsou příslušné dodávky, služby či stavební práce poskytovány veřejnému zadavateli osobou, která vykonává převážnou část své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele (obecně se v evropském pojetí považuje za převážnou činnost dosahující kolem 80% obratu osoby, ve které má veřejný zadavatel tzv. vylučná majetková práva; zákon vymezuje legální definici vylučných majetkových práv. Tato výjimka bude nejčastěji dopadat na zadavatele, kteří zřídili či založili k poskytování určitých činností příspěvkové organizace, státní podniky či obchodní společnosti.“ Smyslem *in-house* výjimky je tedy vyloučení aplikace zákona o veřejných zakázkách na ty veřejné zakázky, které jsou zadávány veřejným zadavatelem v rámci jeho vlastní vnitřní organizační struktury, neboť zde nedochází k narušení hospodářské soutěže jako takové. Z toho důvodu lze tedy ve shodě s žalovaným dovodit, že zákaz upravený v § 84 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, vztahující se výhradně k zadávacím řízením a veřejným zakázkám podléhajících režimu zákona o veřejných zakázkách, se nevztahuje na veřejné zakázky v rámci tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.
29. Použití tzv. *in-house* výjimky nicméně právní úprava veřejných zakázek (ať již „starší“ zákon o veřejných zakázkách, anebo „nový“ ZZVZ) podmiňuje splněním několika podmínek, které nadto musí být se zohledněním konkrétních skutkových okolností posuzovaného případu jejího použití vykládány restriktivně. Přestože předseda ÚOHS opakovaně zdůrazňoval, že zákonnost použití tzv. *in-house* výjimky ve vztahu k veřejné zakázce II musel posoudit v širších souvislostech a se

zohledněním konkrétních skutkových okolností nynějšího případu, krajský soud má za to, že uvedenému požadavku nicméně předseda ÚOHS v nyní projednávaném případě nedostál. Za jednu z těchto specifických skutkových okolností nyní projednávaného případu je přitom třeba považovat právě i onu skutečnost, že ze strany krajského soudu byla konstatována nezákonnost zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I ze strany osoby zúčastněné na řízení, v jejímž jednání lze nepochybně spatřovat významný prvek účelovosti, s cílem přirknout plnění předmětné veřejné zakázky právě a pouze vybranému uchazeči, TS Šluknov. Ze stejného důvodu proto také nelze než dospět k závěru, že v tomto ohledu předseda ÚOHS plně nerespektoval právní požadavek krajského soudu, aby „*vyslovený právní názor o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. ze strany osoby zúčastněné na řízení zohlednil při úvaze o přijetí příslušných opatření k nápravě nastalé situace*“. Konkrétně tedy situace, kdy byla konstatována nezákonnost zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I (a následně na základě již pravomocných rozhodnutí žalovaného, resp. předsedy ÚOHS zrušeno rozhodnutí osoby zúčastněné na řízení o zrušení zadávacího řízení k této veřejné zakázce), byla za použití tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách uzavřena smlouva na plnění z veřejné zakázky II., která se co do předmětu i rozsahu shoduje s veřejnou zakázkou I.

30. Nesoulad právního názoru předsedy ÚOHS s požadavkem na restriktivní výklad podmínek pro použití tzv. *in-house* výjimky se zohledněním konkrétních skutkových okolností posuzovaného případu jejího použití nadto krajský soud spatřuje i v samotném posouzení oné stěžejní otázky nyní projednávaného případu, tzn. zda byly splněny zákonné podmínky pro použití tzv. *in-house* výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k veřejné zakázce II.
31. Podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách zadavatelé nebyli povinni zadávat podle zákona veřejné zakázky, jestliže „*jejich předmětem bylo poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonávala podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které měl veřejný zadavatel vylučná majetková práva; veřejný zadavatel měl vylučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponoval sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě, nebo pokud taková osoba měla právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, neměla vlastní majetek a vylučně veřejný zadavatel vykonával kontrolu nad hospodařením takové osoby*“. Z citovaného ustanovení vyplývá, že za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., který dopadá na posuzovaný případ, bylo možné zadat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení na základě tzv. *in-house* výjimky za současného splnění těchto tří podmínek: a) dodávky, služby nebo stavební práce byly poskytnuty „veřejnému zadavateli“; b) veřejný zadavatel měl v osobě dodavatele „vylučná majetková práva“; a c) dodavatel vykonával ve prospěch veřejného zadavatele „podstatnou část své činnosti“. Jak přiléhavě konstatoval i předseda ÚOHS, v § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách nebyly upraveny podmínky pro uzavření smlouvy na základě tzv. *in-house* výjimky tak podrobně, jako je tomu nyní v § 11 a § 13 ZZVZ.
32. Při aplikaci zákona o veřejných zakázkách tak pro bližší konkretizaci těchto podmínek bylo vždy nutně nezbytné přistoupit k doplňující interpretaci zde použitých neurčitých právních pojmů, což také správní orgány i správní soudy (výhradně s oporou v judikatuře SDEU) opakovaně činily. Tuto skutečnost ostatně žalovaný i předseda ÚOHS zohlednili i při rozhodování nyní projednávaného případu. „*Vzhledem k tomu postupoval Úřad při posouzení smlouvy na VZ a při výkladu neurčitého právního pojmu „podstatná část činnosti“ nejen podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona, ale zohlednil ve větší míře i judikaturu SDEU, jakož i úpravu v zákoně č. 134/2016 Sb., která z judikatury SDEU vychází, a rovněž vlastní výkladové stanovisko týkající se „in-house zadávání“ uveřejněné na internetových stránkách Úřadu (v listinném spisu vedeném ve věci je založeno pod položkou č. 12 v rámci dílčí složky, která je v obsahu spisu vedena jako položka č. 2; dále jen „výkladové stanovisko Úřadu“), které také z judikatury SDEU vychází.*“ (bod 109 a násl. rozhodnutí předsedy ÚOHS). V této souvislosti lze přisvědčit názoru předsedy ÚOHS, že žalobcem kladený důraz na právní úpravu obsaženou v ZZVZ postrádá do určité míry relevanci za situace, kdy rozhodnou právní úpravou pro posouzení daného případu je

výhradně zákon o veřejných zakázkách, nikoliv ZZVZ. Stejně tak krajský soud souhlasí s postupem žalovaného i předsedy ÚOHS, pokud úpravu v ZZVZ požíli jako „výkladové vodítko“ při interpretaci použitých neurčitých právních pojmů.

33. Výše uvedené platí obzvláště pro výklad neurčitého právního pojmu „podstatná část činnosti“ podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, tedy jedné z uvedených podmínek, které jejíž splnění se v nyní projednávaném případě jeví být mezi účastníky řízení nejvíce spornou otázkou. S ohledem na skutečnost, že zákon o veřejných zakázkách výslovně nestanoví žádnou procentuální hranici výkonu činnosti ve prospěch zadavatele, při jejímž překročení by bylo možné konstatovat, že se jednalo o „podstatnou“ část činnosti, mohl žalovaný, resp. předseda ÚOHS pro její stanovení na hranici 80 % použít (jako vodítko) jak relevantní judikaturu SDEU, tak i právní úpravu v ZZVZ, konkrétně tedy § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ. Současně však zdůraznili, že naplnění podmínky výkonu podstatné části činnosti ve prospěch zadavatele museli posoudit v širších souvislostech a se zohledněním konkrétních skutkových okolností případu, a to i v návaznosti na své výkladové stanovisko, podle něhož „[n]epostačuje tedy pouhý nadpoloviční podíl činnosti a neuplatní se zde ani pravidlo 80 % podílu činnosti (přestože jej zmiňuje důvodová zpráva), neboť analogické použití výjimky upravené pro sektorové zadavatele judikatura ESD nepřipouští (viz rozsudek Carbotermo). Pro uplatnění výjimky nelze stanovit konkrétní jednoduché pravidlo, tj. přesné procento z obrátu dodavatele (v některých případech nelze vyloučit také kvalitativní kritéria). Splnění této podmínky bude vždy nutno posuzovat případ od případu“ (bod 113 rozhodnutí předsedy ÚOHS). Vzhledem k uvedenému žalovaný, resp. předseda ÚOHS nezohlednili v rámci posouzení splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele pouze „kvantitativní“, ale též „kvalitativní“ okolnosti případu.
34. Nicméně právě v tomto aspektu hodnocení dané otázky krajský soud spatřuje ono pochybení ze strany žalovaného, resp. předsedy ÚOHS. Jak totiž správně zmiňuje i žalobce, použití tzv. *in-house* výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách sice vylučuje aplikaci úpravy zákona o veřejných zakázkách týkající se dílčích druhů zadávacích řízení a veřejných zakázek, nicméně z této skutečnosti nelze dovodit, že by tímto postupem mohly být sistovány či přímo negovány obecné principy, na nichž je úprava zadávacích řízení a veřejných zakázek postavena a které jsou účastníci zadávacích řízení povinni respektovat. Jedním z těchto principů je pak zásada zásadu transparentnosti, která je vedle zásady rovného zacházení, zásady přiměřenosti a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení, tedy včetně postupu při zadání zakázky formou *in-house*, a to primárně ve fázi plnění zákonem stanovených podmínek pro její využití. Jak vyplývá kupříkladu z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, „požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu sbledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 50/2011-72 pak vyplývá, že „úkolom zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“ Ve vztahu k případnému použití tzv. *in-house* výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách se tak zásada transparentnosti musí nutně promítat do povinnosti zadavatele příslušné veřejné zakázky zcela srozumitelným, předvídatelným a především přezkoumatelným způsobem prokázat splnění výše uvedených zákonných podmínek pro použití této výjimky, a to primárně za účelem zajištění efektivní kontroly a přezkumu přípustnosti, resp. zákonnosti takto zadavatelem zvoleného postupu ze strany správních orgánů, příp. soudů.

35. Krajský soud, na rozdíl od žalovaného, resp. předsedy ÚOHS nicméně dospěl k názoru, že tyto požadavky v nyní projednávaném případě ze strany osoby zúčastněné na řízení ve vztahu k předmětné veřejné zakázce II splněny nebyly. Konkrétně má krajský soud za to, že nebylo jednoznačným a přezkoumatelným způsobem prokázáno splnění oné podmínky výkonu podstatné části činnosti TS Šluknov ve prospěch zadavatele. Jak vyplývá z obsahu správního spisu, žalovaný shromáždil za účelem zjištění rozsahu a charakteru činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele důkazní materiál (doklady zaslané zadavatelem i TS Šluknov za období let 2012-2014 jako seznam faktur, výkazy zisků a ztrát a předávací protokoly), a to i v návaznosti na první rozhodnutí o rozkladu, jímž bylo zrušeno původní prvostupňové rozhodnutí, mimo jiné právě z důvodu nedostatečného zjištění skutkového stavu týkajícího se naplnění podmínek pro uzavření smlouvy na základě tzv. *in-house* výjimky. Žalovaný z nich následně, za účelem posouzení velikosti podílu činností vykonávaných TS Šluknov ve prospěch zadavatele, provedl výpočet výše obrátu TS Šluknov za jednotlivé roky 2012-2014 (viz bod 153 rozhodnutí žalovaného), přičemž na jeho základě zjistil, že v roce 2012 činil podíl činností vykonávaných TS Šluknov ve prospěch zadavatele 71,3 %, v roce 80,9 % a v roce 2014 87,4 %. Proto žalovaný dospěl k závěru, který následně aproboval i předseda ÚOHS, že „*v roce (účetním období), ve kterém došlo k zadání veřejné zakázky II., tedy v roce 2013, přesahoval objem činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele (včetně osob u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) hranici 80 % a současně je mezi lety 2012 a 2014 patrný nárůst tohoto podílu činností. Na základě výše uvedených skutečností a s přihlédnutím k povaze činností, které vybraný uchazeč vykonává pro jiné subjekty než zadavatel (či osoby, v nichž má zadavatel vylučná majetková práva), je Úřad přesvědčen, že tyto činnosti mají převážně doplňkový charakter k činnostem, které vybraný uchazeč vykonává pro zadavatele, a jednalo se tak převážně o činnosti v rámci nevyužitých kapacit na straně vybraného uchazeče. Vzhledem k tomu, že činnosti vykonávané vybraným uchazečem pro ostatní subjekty mají pouze okrajový charakter a činnosti ve prospěch zadavatele tvoří podstatnou a rozhodující část obchodních aktivit vybraného uchazeče, je tímto splněna další podmínka pro využití výjimky in-house.*“ (viz bod 161 rozhodnutí žalovaného).
36. S tímto konstatováním se ovšem krajský soud neztotožňuje, neboť je založeno na několika problematických aspektech, které ve svém souhrnu činí uvedený závěr o splnění oné podmínky výkonu podstatné části činnosti TS Šluknov ve prospěch zadavatele pro využití tzv. *in-house* výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách nejednoznačným, nepřezkoumatelným a tedy nacházejícím se v rozporu s výše formulovanými požadavky plynoucím ze zásady transparentnosti.
37. Krajský soud předně nesouhlasí s postupem žalovaného, který uvedený závěr, že „*objem činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele (včetně osob u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) přesahoval hranici 80 %*“ formuloval primárně na základě zjištěných údajů pro účetní období roku 2013 a 2014, tedy zohlednil období nacházející se převážně po uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku II (uzavřena dne 3. 9. 2013), zatímco ve vztahu k období 2012 konstatoval, že podíl činností vykonávaných TS Šluknov ve prospěch zadavatele činil jen 71,3 %. V citovaném § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách je nicméně ona podmínka formulována, že vybraný uchazeč „*vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele*“, tedy zákon o veřejných zakázkách splnění této podmínky váže k časovému období (ke dni), kdy má být dojit k využití tzv. *in-house* výjimky, nicméně žalovaný splnění této dílčí podmínky dovozuje až na základě skutečností vzniklých až po uplatnění postupu na základě tzv. *in-house* výjimky ze strany zadavatele, když do celkového souhrnu činností vykonávaných TS Šluknov ve prospěch zadavatele zahrnul i činnosti (plnění), která TS Šluknov již vykonával právě na základě smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku II.
38. V neposlední řadě krajský soud další problematický aspekt v závěrech žalovaného, resp. předsedy ÚOHS spatřuje ve skutečnosti, že žalovaný do uvedeného výpočtu (souhrnu plnění) zahrnul i tzv. nefakturované činnosti, tj. činnosti, které nebyly zadavateli fakturovány a nebyly tedy zadavatelem hrazeny. Žalovaný tento krok zdůvodnil tím, že tyto činnosti lze zahrnout do celkového souhrnu

činností, neboť obecně platí, že vztahy mezi veřejným zadavatelem a jím vlastněným a řízeným subjektem nemusí být vždy založeny na tržních podmínkách. Takovýto podřízený subjekt totiž může vykonávat určité činnosti ve prospěch příslušného veřejného zadavatele za netržní ceny či zcela bezplatně. Žalovaný „*má za to, že i takovéto činnosti jsou nepochybně činnostmi vykonávanými „ve prospěch tohoto veřejného zadavatele“ ve smyslu ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) zákona, a je tedy nutné je, jsou-li věrohodně doloženy, zohlednit.*“

39. Jakkoliv krajský soud obecně s tímto názorem souhlasí, neboť konvenuje s právním závěrem formulovaným v rozsudku SDEU C-15/13 ze dne 8. 5. 2014, ve věci *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH proti Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, na který poukazuje i žalovaný, „*orgán veřejné správy, který je veřejným zadavatelem, má možnost vykonat úkoly veřejného zájmu, které mu přísluší, vlastními prostředky, správními, technickými a jinými, aniž je povinen se obrátit na vnější subjekty nenáležící k jeho organizačním složkám, a že tato výjimka může být rozšířena na situace, v nichž smluvní partner je subjektem právně odlišným od veřejného zadavatele, pokud veřejný zadavatel vykonává nad subjektem, jemuž je veřejná zakázka zadána, kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a pokud tento subjekt s veřejným zadavatelem či zadavateli, které jej vlastní, uskutečňuje převážnou část své činnosti (v tomto smyslu viz rozsudky Teckal, EU:C:1999:562, bod 50, jakož i Stadt Halle a RPL Lochau, EU:C:2005:5, body 48 a 49). V takových případech lze mít za to, že veřejný zadavatel využívá vlastních prostředků*“. Na rozdíl od žalovaného, resp. předsedy ÚOHS nemá však za to, že by byl splněn onen požadavek, aby tyto nefakturované činnosti byly řádně doloženy. Důraz na jeho splnění v nyní projednávaném případě přitom nabývá na významu především z toho důvodu, jaké množství (podíl) v celkovém objemu činností vykonávaných TS Šluknov ve prospěch zadavatele tvoří. Žalovaný totiž vycházel z důkazních materiálů, předložených zadavatelem, konkrétně z přehledu faktur a množství předávacích protokolů, jejichž předmětem bylo nemalé množství činností, aniž by však tyto činnosti důkladněji posoudil, resp. náležitě zdůvodnil způsob jejich ocenění a tedy i částku, kterou jim v rámci uvedeného výpočtu za jednotlivá účetní období přiřkl (např. 2 807 690 Kč za rok 2012 či 2 893 952,70 Kč za rok 2013). Krajský soud proto konstatuje, že žalovaný svůj závěr o tom, že „*objem činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele (včetně osob u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) přesahoval hranici 80 %*“, zčásti opírá o nedostatečná skutková zjištění, přičemž ze zadavatelem předložených důkazních materiálů vyvozuje skutečnosti a dílčí zjištění, aniž by své úvahy podrobněji zdůvodnil (zejména absentuje konkretizace jednotlivých nefakturovaných činností a způsob jejich ocenění). V tomto ohledu tak lze do jisté míry přisvědčit tvrzení žalobce, že by závěr žalovaného o tom, že do výkonu podstatné části činnosti je možné jakékoli nefakturované částky, bylo lze hodnotit za zcela účelový a nacházející se v rozporu s restriktivním výkladem podmínek pro použití tzv. *in-house* výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

VI. Závěr a náklady řízení

40. Krajský soud s ohledem na výše uvedené závěry shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS zrušil pro nezákonnost podle § 78 odst. 1 s. ř. s. a současně mu věc vrátil k dalšímu řízení. V dalším řízení je žalovaný vázán právním názorem krajského soudu (§ 78 odst. 5 s. ř. s.) a bude tedy na něm, aby zajistil nápravu shora vytčených vad.
41. O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.
42. Žalobce dosáhl v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Odměna žalobcova zástupce (advokáta) a náhrada hotových výdajů byla stanovena podle § 35 odst. 2 s. ř. s. a vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. V daném případě se jednalo o čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení,

žaloba, další podání ve věci samé, účast na jednání soudu) a čtyři režijní paušály, a to ve výši 4×300 Kč a 4×300 Kč [§ 7 bod 5, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a), d) a g), § 13 odst. 3 advokátního tarifu], tedy celkem 13 600 Kč. Krajský soud dále přiznal náhradu cestovních výdajů ve výši 2 649 Kč (po korunovém zaokrouhlení). Při jejich výpočtu vycházel z následujících vstupních údajů: vůz Škoda Octavia, RZ 3H0 5573; vzdálenost Hradec Králové - Brno – Hradec Králové = 340 km; spotřeba byla určena dle údajů v technickém průkazu o spotřebě pro kombinovaný provoz podle norem Evropské unie podle § 158 odst. 4 zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, ve výši $6,2 \frac{1}{100}$ km; sazba základní náhrady za 1 km činí 4,70 Kč [§ 157 odst. 4 písm. b) zákoníku práce; § 1 písm. b) vyhlášky č. 511/2021 Sb.]; cena za litr automobilového benzínu 95 oktanů podle vyhlášky č. 511/2021 Sb. činí 37,10 Kč. Krajský soud přiznal právnímu zástupci žalobce také náhradu za promeškaný čas podle § 14 odst. 1 písm. a) a odst. 3 advokátního tarifu, a to ve výši 1 100 Kč (11 započatých půlhodin za cestu na jednání soudu z Hradce Králové do Brna a zpět). Celkové náklady za zastoupení tak činí částku ve výši 17 349 Kč. Protože zástupce žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšují se náklady řízení o částku 3 643 Kč, odpovídající dani (21 %), kterou je povinen z odměny za zastupování a z náhrad hotových výdajů odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (§ 57 odst. 2 s. ř. s.). Žalobci dále přísluší náhrada za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč.

43. Celkem tedy byla žalobci vůči žalovanému přiznána náhrada nákladů ve výši 23 992 Kč. K jejímu zaplacení soud určil přiměřenou lhůtu.
44. Osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu nákladů řízení nemá, neboť jí soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout, a k náhradě dalších (jiných) nákladů krajský soud neshledal žádný vážný důvod (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 12. ledna 2022

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu