UOHSX005A02H

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R152,154/2013/VZ-19952/2013/310/DBa Brno 16. října 2013

Ve správním řízení o rozkladech doručených Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 23. 5. 2013 vybraným uchazečem –

- společností **Enerwood s.r.o.**, IČ 28142128, se sídlem Střelecký ostrov 27/3, 370 01 České Budějovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 30. 1. 2013 Mgr. Viktorem Pavlíkem, advokátem, se sídlem Opatovická 4, 110 00 Praha 1,

a dne 24. 5. 2013 zadavatelem –

- **ČEZ Distribuční služby, s.r.o.**, IČ 26871823, se sídlem 28. října 3123/152, 709 02 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 15. 5. 2013 Advokátní kanceláří Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČ 24225029, se sídlem Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S47/2013/VZ-8411/2013/513/PPo ze dne 7. 5. 2013, ve věci uložení zákazu plnění **Rámcové smlouvy o dílo č. 4400021568** uzavřené dne 10. 12. 2012 mezi ČEZ Distribuční služby, s.r.o., IČ 26871823, se sídlem 28. října 3123/152, 709 02 Ostrava – Moravská Ostrava, a společností Enerwood s.r.o., IČ 28142128, se sídlem Střelecký ostrov 27/3, 370 01 České Budějovice, a jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **FORESTER SERVIS, s.r.o.**, IČ 27789624, se sídlem Rybí 171, 742 65 Rybí, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 1. 11 2012 Mgr. Janem Farkačem, advokátem, se sídlem Střední 595/26, 602 00 Brno-Královo Pole,

jsem podle ustanovení § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) citovaného zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S47/2013/VZ-8411/2013/513/PPo ze dne 7. 5. 2013

r u š í m

a správní řízení

z a s t a v u j i,

neboť návrh ze dne 15. 1. 2013 se stal zjevně bezpředmětným.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1], k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 16. 1. 2013 návrh navrhovatele – společnosti FORESTER SERVIS, s.r.o., IČ 27789624, se sídlem Rybí 171, 742 65 Rybí (dále jen „**navrhovatel**“), na uložení zákazu plnění Rámcové smlouvy o dílo č. 4400021568 uzavřené dne 10. 12. 2012 (dále jen „**Rámcová smlouva**“) mezi zadavatelem – ČEZ Distribuční služby, s.r.o., IČ 26871823, se sídlem 28. října 3123/152, 709 02 Ostrava – Moravská Ostrava (dále jen „**zadavatel**“), a vybraným uchazečem – společností Enerwood s.r.o., IČ 28142128, se sídlem Střelecký ostrov 27/3, 370 01 České Budějovice (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

2. Předmětem plnění Rámcové smlouvy je podle bodu II. této smlouvy *„odstranění či okleštění stromoví a jiných porostů ohrožujících bezpečné a spolehlivé provozování zařízení distribuční soustavy (dále jen „DS“) včetně provedení následné likvidace takto vzniklého klestu a zbytků po těžbě.“* Jak vyplývá z bodu VIII. „Doba trvání a zánik smlouvy“, byla Rámcová smlouva uzavřena na dobu určitou, a to do 31. 12. 2020.

3. Vzhledem k tomu, že navrhovatel byl přesvědčen, že zadavatel porušil zákon tím, že uzavřel Rámcovou smlouvu v rozporu s § 21 odst. 2 zákona, neboť veřejnou zakázku zadal bez zadávacího řízení, podal dne 15. 1. 2013 k Úřadu návrh podle § 114 odst. 2 písm. a) zákona na uložení zákazu plnění Rámcové smlouvy. Svůj návrh odůvodnil navrhovatel tím, že na straně zadavatele nebyl dán žádný objektivní důvod k tomu, aby předmětná veřejná zakázka nemohla být zadána v některém ze zákonem předvídaných druhů zadávacích řízení.

[1] Pozn.: *Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.*

4. V souvislosti s šetřením případu vyzval Úřad zadavatele usnesením č. j. ÚOHS-S47/2013/VZ-2156/2013/513/PPo ze dne 6. 2. 2013 ke sdělení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, na niž byla uzavřena Rámcová smlouva, a současně ke sdělení, jakým způsobem byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena.

5. V reakci na výzvu Úřadu zaslal zadavatel sdělení ze dne 13. 2. 2013, které Úřad obdržel dne 18. 2. 2013. Ke stanovení předpokládané hodnoty zadavatel uvádí, že na základě jeho předchozích zkušeností a výpočtů, činí předpokládaná hodnota 100 000 000,- Kč za rok plnění Rámcové smlouvy.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 7. 5. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S47/2013/VZ-8411/2013/513/PPo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel při uzavírání Rámcové smlouvy dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel Rámcovou smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona v návaznosti na § 26 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona zákaz plnění Rámcové smlouvy a to s účinností od 3 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí.

7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je zadavatel sektorovým zadavatelem podle zákona. K tomuto Úřad uvedl, že z notářského zápisu sepsaného dne 5. 9. 2005, který je uložen ve Sbírce listin v obchodním rejstříku u zadavatele, zjistil, že byl zadavatel založen jediným společníkem, a to ČEZ, a.s. Z webových stránek zadavatele Úřad dále zjistil, že zadavatel byl založen za účelem komplexního zajištění služeb v oblasti provozování, odstraňování poruch, údržby a oprav distribuční soustavy.

8. Podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**energetický zákon**“), musí být subjektu, který zamýšlí distribuovat elektřinu, udělena licence. Jak vyplývá z § 3 odst. 3 energetického zákona, licence jsou v České republice udělovány Energetickým regulačním úřadem (dále jen „**ERÚ**“). Z webových stránek ERÚ bylo Úřadem zjištěno, že ke dni vyhotovení napadeného rozhodnutí, zadavatel licenci k distribuci elektřiny udělenu neměl. Současně však Úřad zjistil, že jedním ze subjektů, jenž má k distribuci elektřiny udělenu licenci, je společnost ČEZ Distribuce, a.s., IČ 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín IV-Podmokly (dále jen „**ČEZ Distribuce, a.s.**“). ČEZ Distribuce, a. s. vzniklo oprávnění k zahájení licencované činnosti, tedy k distribuci elektřiny, dne 1. 10. 2010.

9. Jak vyplývá z výše uvedeného, zadavatel licenci k distribuci elektřiny, resp. k provozování distribuční soustavy, udělenu nemá. Uvedená skutečnost však ještě nikterak nesvědčí o závěru, že zadavatel v praxi relevantní činnost spjatou s provozováním distribuční soustavy nevykonává. Úřad konstatoval, že pro posouzení, zda byly v šetřeném případě naplněny

znaky výkonu relevantní činnosti, je nutno vzít do úvahy nejen právní, ale i faktické faktory výkonu příslušné činnosti. Skutečnost, že určitý subjekt nemá k výkonu činnosti udělenu licenci, či jinou formu oprávnění předpokládanou normami veřejného práva, ještě bez dalšího neznamená, že na něj nelze nahlížet jako na vykonavatele relevantní činnosti ve smyslu zákona.

10. K zodpovězení otázky, zda zadavatel reálně relevantní činnost týkající se provozování distribuční soustavy vykonává, nebo nikoliv, musí být postaveno najisto, který subjekt vůbec může být provozovatelem distribuční soustavy, a současně definovat, jaké činnosti lze pod „provoz distribuční soustavy“ subsumovat. Zde Úřad vycházel z dokumentu nazvaného „Pravidla provozování distribučních soustav“ (dále jen „**Pravidla**“). Jako zpracovatel výše uvedeného dokumentu, jenž je datován k listopadu roku 2011, je uveden ČEZ Distribuce, a.s. Tento dokument byl současně schválen i ze strany ERÚ. V předmluvě textu Pravidel je, mimo jiného, řečeno, že jde o dokument, který je koncipován v zájmu uživatelů distribučních soustav jako komplexní materiál, jenž poskytuje souhrnně všechny potřebné informace bez nutnosti pracovat s mnoha souvisejícími právními, technickými a dalšími doklady. Na straně 13 Pravidel je definován provozovatel distribuční soustavy, a to jako *„fyzická či právnická osoba, která je držitelem licence na distribuci elektřiny …“* Na téže straně Pravidel je rovněž následujícím způsobem definováno provozování distribuční soustavy: *„veškerá činnost provozovatele distribuční soustavy související se zabezpečením spolehlivé distribuce elektřiny; provozování distribuční soustavy je ve vztahu k dotčeným nemovitostem věcným břemenem.“*

11. Relevantní činnosti slouží k zabezpečení potřeb veřejného zájmu. V šetřeném případě relevantní činnost spočívá v provozování distribuční soustavy. Prostřednictvím distribuční soustavy dochází k rozvodu elektrické energie k jednotlivým koncovým uživatelům, čímž dochází k uspokojování potřeb veřejného zájmu. Z logiky věci je zřejmé, že k tomu, aby skutečně elektrická energie „doputovala“ až ke koncovým uživatelům, musí distribuční soustava bezvadně fungovat. Úřad uvedl, že k takovémuto „bezvadnému fungování“ musí být provozovatelem distribuční soustavy zabezpečen velice rozsáhlý okruh činností, zahrnující, mimo jiného, i údržbu distribuční soustavy formou kácení stromoví, jež by dodávku elektrické energie koncovým uživatelům mohlo narušovat. Právě uvedený závěr ostatně vyplývá i z faktu, že „provozováním distribuční soustavy“ je myšlena „veškerá činnost“ spjatá se spolehlivou distribucí elektrické energie koncovým uživatelům.

12. ČEZ Distribuce, a.s. má udělenu licenci k distribuci elektřiny, což znamená, že je bez dalšího provozovatelem distribuční soustavy. Z práv uvedeného současně plyne, že jako provozovatel distribuční soustavy musí (resp. měl by) ČEZ Distribuce, a.s. zajišťovat „veškeré činnosti spjaté se spolehlivou distribucí elektrické energie koncovým uživatelům“. Jak Úřad zjistil z výroční zprávy zadavatele za rok 2011, hlavní činnosti zadavatele spočívají v provozování a údržbě elektrického zařízení, odstraňování poruch a provádění drobných oprav. Pod kategorii „provoz“ je výroční zprávou dále zahrnuta, mimo jiného, i realizace delegovaných povinností držitele licence na distribuci elektřiny. Oním „držitelem licence na distribuci elektřiny“ je ČEZ Distribuce, a.s. Z právě řečeného tudíž prokazatelně vyplývá, že ČEZ Distribuce, a.s. delegoval, tedy přenesl určité činnosti spjaté s provozováním distribuční soustavy na zadavatele, aby je tento fakticky vykonával. Ačkoliv ve výše uvedené výroční zprávě zadavatele není přímo vymezen okruh činností, jež byly na zadavatele ze strany ČEZ Distribuce, a.s. delegovány, měl Úřad za to, že argumentum a contrario není

nikterak vyloučeno, že některou z těchto povinností tvoří i povinnosti, které vyplývají z předmětu plnění šetřené veřejné zakázky, tedy odstraňování a oklešťování vegetace ohrožující bezpečné a spolehlivé provozování zařízení distribuční soustavy.

13. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad uvedl, že předmět plnění veřejné zakázky, tedy odstraňování a oklešťování vegetace ohrožující bezpečné a spolehlivé provozování zařízení distribuční soustavy, lze považovat za nedílnou součást činností souvisejících s provozováním distribuční soustavy a tedy za relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) bod 2. zákona. Úřad tudíž konstatoval, že držitel licence a tedy i provozovatel distribuční soustavy (ČEZ Distribuce, a.s.) má z energetického zákona stanovenu, mimo jiného, i povinnost kácet přebytečné, či distribuční soustavu ohrožující stromoví. Tím, že ČEZ Distribuce, a.s. delegoval určitou výseč oněch „veškerých činností spjatých se spolehlivou distribucí elektrické energie“ na zadavatele, tedy odstraňování a oklešťování stromoví, přešla na zadavatele bez dalšího i povinnost kácení stromoví pro ČEZ Distribuce, a.s. provádět. Na právě uvedeném nemůže ničeho změnit ani fakt, že zadavatel licenci k provozování distribuční soustavy udělenu nemá. Úřad proto uvedl, že v šetřeném případě byla shledána existence relevantní činnosti, a to ve formě odstraňování a oklešťování vegetace ohrožující bezpečné a spolehlivé provozování zařízení distribuční soustavy, na kterou byla uzavřena Rámcová smlouva.

14. Ke splnění předpokladu podle § 2 odst. 6 písm. b) zákona Úřad uvedl, že Česká republika držela ke dni 19. 6. 2012 69,78% akcií ve společnosti ČEZ, a.s. Za situace, kdy Česká republika vlastní 69,78% akcií ve společnosti ČEZ, a.s., lze mít za prokázané, že v této společnosti může uplatňovat dominantní vliv, jelikož disponuje většinou hlasovacích práv. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele datovanému ke dni 23. 4. 2013 vyplývá, že jediným společníkem zadavatele je ČEZ, a.s., jenž vlastní 100% obchodního podílu. Je pak zřejmé, že ČEZ, a.s. disponuje většinou hlasovacích práv a v důsledku toho může nad zadavatelem uplatňovat dominantní vliv podle § 2 odst. 6 písm. b) bod 2. zákona.

15. Úřad dále konstatoval, že snaha o efektivní alokaci veřejných prostředků platí bez ohledu na skutečnost, kolik subjektů na vynakládání veřejných prostředků participuje, tedy bez ohledu na to, kolika subjekty veřejné prostředky „protékají“, než jsou poskytnuty soukromému subjektu jako kompenzace za realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Jak bylo řečeno již výše, dominantní vliv nad zadavatelem uplatňuje ČEZ, a.s. Nad společností ČEZ, a.s. pak dominantní vliv uplatňuje samotná Česká republika, coby nejvýznamnější oferent veřejných zakázek. Vzhledem k uvedeným skutečnostem Úřad uvedl, že nad zadavatelem je Českou republikou uplatňován dominantní vliv, byť prostřednictvím ČEZ, a.s. Tento „mezistupeň“ co se týče uplatňování dominantního vlivu, nemůže, podle názoru Úřadu, nic měnit na faktu, že Česká republika, coby nejvýznamnější veřejný zadavatel, má zájem na řádném plnění okruhu činností upravených Rámcovou smlouvou. Je zřejmé, že Česká republika nemůže sama o sobě v plné míře uspokojovat veřejné potřeby ve všech oblastech společenského života. I proto rozhodnutím státu (České republiky) došlo k založení ČEZ, a.s. Smyslem tohoto kroku ze strany České republiky bylo zabezpečit potřeby společnosti v oblasti elektroenergetiky. ČEZ, a.s. postupně založil ke snadnějšímu uspokojení veřejných potřeb, delegovaných na něj de iure Českou republikou, několik svých dceřiných společností. Jednou z těchto dceřiných společností je i zadavatel. Z výše popsaného postupu je zřetelně vypozorovatelný veřejný zájem, který Česká republika má na oblast elektroenergetiky, byť tuto činnost nevykonává sama, nýbrž prostřednictvím delegovaných

subjektů. Úřad měl tudíž za prokázané, že nad zadavatelem je uplatňován dominantní vliv ze strany veřejného zadavatele (České republiky), čímž je naplněna dikce § 2 odst. 6 písm. b) zákona.

16. S ohledem na uvedené skutečnosti dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se v šetřeném případě nachází v pozici sektorového zadavatele ve smyslu § 2 odst. 6 písm. b) zákona, jelikož vykonává relevantní činnost, přičemž je nad ním uplatňován dominantní vliv ze strany České republiky.

17. Ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky Úřad uvedl, že dle sdělení zadavatele ze dne 13. 2. 2013, tento za okruh služeb, na jejichž plnění byla uzavřena Rámcová smlouva, vynaloží 100 000 000 Kč za rok. Rámcová smlouva byla uzavřena na dobu určitou, a to do 31. 12. 2020. Ve vyjádření k návrhu zadavatel uvedl, že okruh činností upravených Rámcovou smlouvou pro něj do 30. 4. 2013 zajišťuje navrhovatel. Úřad měl tudíž za to, že z Rámcové smlouvy bude fakticky plněno po dobu 7 let a 8 měsíců. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky tedy činí cca 766 666 666 Kč. Úřad tedy konstatoval, že šetřená veřejná zakázka je veřejnou zakázkou na služby, přičemž se prokazatelně jedná o nadlimitní veřejnou zakázku. V souladu s § 19 odst. 1 zákona tudíž zadavatel byl povinen v zadávacím řízení postupovat podle zákona.

18. K neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení Úřad uvedl, že zadavatel uzavřel Rámcovou smlouvu na realizaci veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit. V důsledku toho se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

19. K uložené pokutě Úřad uvedl, že v Rámcové smlouvě není uvedena celková cena za realizaci veřejné zakázky. Rámcová smlouva pouze obsahuje v bodu IV. „Cena plnění a platební podmínky“ ustanovení, že smluvní strany se dohodly, že cena za předmět dílčího plnění bude uvedena samostatně pro každé dílčí plnění v objednávce. Z uvedeného důvodu proto nelze přesně určit z Rámcové smlouvy ani z jiných podkladů správního řízení celkovou cenu veřejné zakázky a proto je nutné za horní hranici možné pokuty v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona považovat částku ve výši 20 000 000,- Kč. Úřad dále konstatoval, že v šetřeném případě nebylo jednoznačně prokázáno, že bylo již z Rámcové smlouvy plněno, musí tak být uplatněna zásada in dubio pro reo, což znamená, že na zadavatele musí být nahlíženo tak, jakoby ještě vybranému uchazeči za plnění poskytnuté z titulu Rámcové smlouvy žádné finanční prostředky nevynaložil. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokutu ve výši 100 000 Kč, přičemž tuto pokutu považuje vzhledem k souvislostem případu za dostačující.

20. K uloženému zákazu plnění smlouvy Úřad konstatoval, že byly naplněny podmínky ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona pro uložení zákazu plnění smlouvy. Úřad dále posoudil, zda zde nejsou důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění smlouvy. K tomuto Úřad uvedl, že důvod pro pokračování smlouvy předestřený zadavatelem nelze považovat za důvod naplňující veřejný zájem v natolik silné intenzitě, aby jím bylo možné zdůvodnit pokračování plnění Rámcové smlouvy a tím i tolerování porušení zákona. Úřad tedy rozhodl tak, že uložil zákaz plnění Rámcové smlouvy, avšak s účinností od 3 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí.

Stanovenou lhůtu považoval Úřad za dostatečnou, neboť v jejím průběhu lze vypsat a realizovat nové otevřené či užší zadávací řízení v režimu zákona.

III. Námitky rozkladu

Rozklad vybraného uchazeče

21. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 23. 5. 2013 rozklad vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč se neztotožňuje se závěrem Úřadu, že zadavatel je sektorovým zadavatelem, přičemž se domnívá, že k takovémuto závěru dospěl Úřad na základě nesprávného a účelového extenzivního výkladu ustanovení týkajícího se relevantní činnosti.

22. Vybraný uchazeč odkazuje na § 4 odst. 1 písm. c) bod 2. zákona, který používá pojem „provozování distribuční soustavy“. Zadavatel byl přitom založen za účelem „zajištění služeb v oblasti provozování, odstraňování poruch, údržby a oprav distribuční soustavy.“ Dle vybraného uchazeče nelze uvedené pojmy ztotožňovat. Vybraný uchazeč má za to, že ze zákona, energetického zákona, zadávacích směrnic a dalších relevantních právních předpisů je zcela jednoznačné, co se myslí relevantní činností, co se myslí provozováním distribuční soustavy a která osoba je za provozovatele distribuční soustavy považována. Následně vybraný uchazeč cituje právní předpisy vymezující pojmy „provozovatel distribuční soustavy“ a pojem „provozování distribuční soustavy“, a to odst. 6 článku 2, kapitoly I Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2009/72/ES ze dne 13. 7. 2009, o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou (dále jen „**směrnice č. 2009/72/ES**“), odst. 1 článku 25, kapitoly VI směrnice č. 2009/72/ES, § 25 odst. 1 energetického zákona a Pravidla.

23. Z citovaných předpisů vyplývá, že provozováním distribuční soustavy se rozumí veškerá činnost provozovatele distribuční soustavy související se zabezpečením spolehlivé distribuce elektřiny. Provozováním distribuční soustavy tak není každá jednotlivá dílčí činnost související se zabezpečením spolehlivé distribuce elektřiny, ale veškerá činnost související se zabezpečením spolehlivé distribuce elektřiny. Stejně tak má vybraný uchazeč za to, že provozováním distribuční soustavy není veškerá činnost jakéhokoliv subjektu související se zabezpečením spolehlivé distribuce elektřiny, ale veškerá činnost právě a jenom provozovatele související se zabezpečením spolehlivé distribuce elektřiny.

24. Vybraný uchazeč má navíc za to, že licence udělená provozovateli na provozování distribuční soustavy je nepřenosná a vztahuje se výlučně na osobu, které byla udělena. V této souvislosti vybraný uchazeč odkazuje na článek JUDr. Dany Ondrejové, Ph.D. a cituje z něj. Dle vybraného uchazeče nelze z výroční zprávy, kde je uvedeno, že pod kategorii „provoz“ je dále zahrnuta, mimo jiné, i realizace delegovaných povinností držitele licence na distribuci elektřiny, dojít k jednoznačnému závěru, že ČEZ Distribuce, a.s. delegoval určité činnosti spjaté s provozováním distribuční soustavy na zadavatele, aby je tento fakticky vykonával. Vybraný uchazeč dále poukazuje na to, že v předmětné výroční zprávě oním „provozem“ je myšleno provozování elektrického zařízení, nikoliv však provozování distribuční soustavy, což jsou dva zcela odlišné pojmy. I kdyby však ČEZ Distribuce, a.s. delegoval určité činnosti spjaté s provozováním distribuční soustavy na zadavatele, stále by to neznamenalo, že by zadavatel prováděl veškerou činnost provozovatele distribuční soustavy.

25. K odst. 45 napadeného rozhodnutí, k větě *„zadavatel v praxi relevantní činnost spjatou s provozováním distribuční soustavy nevykonává“*, vybraný uchazeč uvádí, že se jedná o nonsens. Zákon v § 4 odst. 1 písm. c) uvádí, že relevantní činností se rozumí provozování distribuční soustavy. Slovní spojení *„relevantní činnost spjatá s provozováním distribuční soustavy“* tak v souladu s citovaným ustanovením zákona fakticky znamená *„provozování distribuční soustavy spjaté s provozováním distribuční soustavy“* nebo případně *„relevantní činnost spjatá s relevantní činností“*.

26. Ke konstatování Úřadu v odstavci 45 napadeného rozhodnutí, že *„fakt, že určitý subjekt nemá k výkonu činnosti udělenou licenci, či jinou formu oprávnění předpokládanou normami veřejného práva, ještě bez dalšího neznamená, že na něj nelze nahlížet jako na vykonavatele relevantní činnosti ve smyslu zákona“*, vybraný uchazeč uvádí, že pokud veřejnoprávní předpisy vyžadují k vykonávání nějaké činnosti licenci, nelze bez této licenci předmětnou činnost vykonávat ani právně ani fakticky. V opačném případě by se nepochybně takováto osoba dopouštěla správního deliktu dle energetického zákona.

27. Vybraný uchazeč dále má za to, že na zadavatele nelze nahlížet jako na vykonavatele relevantní činnosti – provozování distribuční soustavy ve smyslu zákona, neboť dle komentovaného znění dotčených ustanovení zákona vykonavatelem relevantní činnosti – provozování distribuční soustavy může být pouze provozovatel distribuční soustavy. Stejně tak i dle Metodiky zadávání veřejných zakázek ze dne 15. 7. 2012, zpracované Ministerstvem pro místní rozvoj ČR, se za sektorového zadavatele v odvětví elektroenergetiky považuje pouze vlastník či uživatel (nájemce) přenosové nebo distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti.

28. Vybraný uchazeč dále považuje za chybný závěr Úřadu v odstavci 50 napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že *„předmět plnění veřejné zakázky, tedy odstraňování a oklešťování vegetace ohrožující bezpečné a spolehlivé provozování zařízení distribuční soustavy, lze považovat za nedílnou součást činností souvisejících s provozováním distribuční soustavy a tedy za relevantní činnost ve smyslu ust. § 4 odst. 1 písm. c) bod 2. ZVZ“*. Dle komentovaného znění ust. § 4 odst. 1 písm. c) bod 2. zákona lze relevantní činnost vymezit jako činnost, kterou vykonává zadavatel a která je výslovně uvedena v ust. § 4. Jiné činnosti než výslovně v předmětném ustanovení vymezené nelze za relevantní činnost ve smyslu zákona považovat. Pokud zadavatel relevantní činnost nevykonává, není naplněn základní pojmový znak a nelze jej proto za sektorového zadavatele považovat. V § 4 zákona je jako relevantní činnost výslovně uvedeno provozování distribuční soustavy, nikoliv však činnosti související s provozováním distribuční soustavy.

29. Vybraný uchazeč dále poukazuje na teleologický výklad § 4 zákona. Pokud by zákonodárce zamýšlel, aby za relevantní činnost byly považovány i činnosti související s provozováním distribuční soustavy, nepochybně by to v předmětném ustanovení výslovně uvedl, když takto vymezil relevantní činnosti např. v oblasti dopravních sítí (§ 4 odst. 1 písm. f) zákona), stejně tak i v oblasti poštovních služeb (§ 4 odst. 1 písm. g) zákona a § 4 odst. 1 písm. h) zákona). Pokud tedy v § 4 zákona není výslovně uvedeno, že relevantní činnost je činnost související s provozováním distribuční soustavy, nelze kteroukoli činnost související s provozováním distribuční soustavy a tedy i činnost, která je předmětem předmětné zakázky, považovat za činnost relevantní.

30. Vybraný uchazeč dále doplňuje, že z obecného hlediska je relevantní činnost činností, u níž se dosud nevytvořilo plné konkurenční prostředí. Vybraný uchazeč však má za to, že činnost spočívající v odstraňování a oklešťování vegetace podléhá nepochybně dostatečné konkurenci a už z tohoto důvodu nemůže být tato činnost považována za činnost relevantní.

31. Vybraný uchazeč dále zpochybňuje závěry Úřadu uvedené v odstavci 56 napadeného rozhodnutí, kde Úřad dochází k závěru, že je zřetelně vypozorovatelný veřejný zájem, který ČR má na oblast elektroenergetiky, byť tuto činnost nevykonává sama, nýbrž prostřednictvím delegovaných subjektů. Vybraný uchazeč k těmto závěrům uvádí, že v oblasti elektroenergetiky na území ČR není činný pouze ČEZ, a.s., ale rovněž několik dalších subjektů na České republice nezávislých. Vybraný uchazeč tedy činnosti, které jsou předmětem Rámcové smlouvy, obecně nevykonává pouze pro zadavatele, nýbrž pro spoustu dalších odlišných subjektů. Dle vybraného uchazeče se tak nelze ztotožnit se závěrem Úřadu, že by Česká republika měla zájem na řádném plnění okruhu činností upravených Rámcovou smlouvou.

32. S ohledem na vše výše uvedené tak má vybraný uchazeč za to, že zadavatel není sektorovým zadavatelem a nebyl tak povinen zadat předmětnou zakázku v režimu zákona. Úřad pak ani nebyl pravomocný přezkoumat postup zadavatele a předmětné řízení je tak postiženo procesní vadou, když Úřad jednal a rozhodl v rozporu s právními předpisy. S ohledem na to jsou nesprávné i výroky II. a III. napadeného rozhodnutí.

33. K zákazu plnění smlouvy vybraný uchazeč uvádí, že má za to, že jsou zde důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění smlouvy. Vybraný uchazeč odkazuje na kalamitní či poruchové situace, přičemž má za to, že v případě, že zákaz plnění Rámcové smlouvy nabude účinnosti, je zde riziko, že by zadavatel v takto krátké době nebyl schopen uzavřít dílčí smlouvu s konkrétním dodavatelem, jak předvídá Úřad a byl by tak ohrožen nejen majetek ale zdraví i životy třetích osob.

34. Úvaha Úřadu, že pokud dojde k dostatečnému prořezu stromoví během účinnosti Rámcové smlouvy vybraným uchazečem, pak takový prořez vydrží do doby, než zadavatel vybere dodavatele v souladu se zákonem, je dle vybraného uchazeče zcela mylná. Prořez stromoví nelze považovat za činnost opakujícího se charakteru, ale za činnost soustavnou. Stejně tak nelze uvažovat o tom, že by se provedl prořez najednou tak, aby vydržel do doby, než zadavatel vybere nového dodavatele.

35. Dle vybraného uchazeče dále není možné vybrat během tříměsíční lhůty dodavatele v novém zadávacím řízení. Už jen zpracování zadávací a kvalifikační dokumentace vyžaduje odbornou přípravu závislou na čas. I v případě jednacího řízení s uveřejněním by musela být lhůta pro doručení žádostí o účast nejméně 37 dnů. Lhůta pro podání nabídky by musela být nejméně 24 dnů. Další dobu je třeba vyhradit pro posouzení kvalifikace, otevření obálek, posouzení a hodnocení nabídek, jednání se zájemci atd. Po oznámení o výběru nejvhodnější nabídky pak zadavatel minimálně po dobu dalších 15 dnů nesmí uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem. Pokud by pak byly podány proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky námitky, kterým by zadavatel nevyhověl, nesmí zadavatel před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a je-li tento návrh podán včas, ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek, uzavřít smlouvu. Přičemž s ohledem na jednání navrhovatele lze předpokládat, že by tento opětovně činil veškeré kroky k zabránění uzavření

smlouvy. S ohledem na uvedené vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu, v případě, že shledá, že zadavatel je sektorovým zadavatelem a neshledal by existenci důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování smlouvy, alespoň prodloužil dobu účinnosti rozhodnutí až do doby provedení nového zadávacího řízení.

36. Vybraný uchazeč dále považuje uložení zákazu plnění smlouvy za sankci nepřiměřeně přísnou. I kdyby byl závěr Úřadu ohledně postavení zadavatele jako sektorového zadavatele, správný, byl by tento závěr Úřadu postaven na zcela nových a nepředvídatelných závěrech. Vybraný uchazeč má za to, že zadavatele nelze sankcionovat za to, že při posouzení svého postavení postupoval v souladu s platnými právními předpisy a naopak Úřad svým extenzivním výkladem dospěl ke zcela opačnému závěru než zadavatel. Zadavatel navíc nezadal předmětnou zakázku přímo vybranému uchazeči, ale realizoval výběrové řízení pro výběr vhodného dodavatele a naplnil tak zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu nediskriminace. Vybraný uchazeč tedy navrhuje, aby předseda Úřadu, v případě, že shledá, že zadavatel je sektorovým zadavatelem, zrušil výrok III. napadeného rozhodnutí, neboť uložená sankce je nepřiměřeně přísná a v rozporu s legitimním očekáváním.

Závěr rozkladu

37. Na základě výše uvedeného vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a správní řízení zastavil.

Rozklad zadavatele

38. Dne 24. 5. 2013 Úřad obdržel v zákonné lhůtě rozklad zadavatele. Zadavatel má za to, že napadené rozhodnutí je zatíženo zásadními vadami způsobujícími jeho nezákonnost, věcnou nesprávnost a nepřezkoumatelnost.

39. Zadavatel má za to, že nenaplňuje ani základní a nezbytný definiční znak sektorového zadavatele, jímž je provozování některé z činností uvedených v § 4 zákona. K nesprávnému závěru, že zadavatel je sektorovým zadavatelem, přitom Úřad dospěl na základě zcela nedostačujícího zjištění skutkového stavu věci, přičemž z těchto kusých a nedostatečných skutkových zjištění učinil nesprávné právní závěry, nemající oporu v právních předpisech. Skutkové a právní závěry Úřadu uvedené v odůvodnění napadeného rozhodnutí si navíc na řadě míst vzájemně odporují a/nebo jsou zcela nedostatečně podložené, což způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

40. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí jako celek stojí na nesprávném a nezákonném závěru o postavení společnosti ČEZ Distribuční služby, s.r.o. coby sektorového zadavatele, přičemž výhradně subjekt, který je zadavatelem ve smyslu definice uvedené v § 2 zákona, je povinen při zadávání zakázek postupovat podle zákona, je zjevné, že napadené rozhodnutí je v celém svém rozsahu nezákonné, neboť společnost ČEZ Distribuční služby, s.r.o. zákonnou definici zadavatele, ať už sektorového či jiného nenaplňuje. Společnost ČEZ Distribuční služby, s.r.o. se tak nemohla dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, není možné ji za správní delikt, který nespáchala, uložit pokutu dle § 120 odst. 2 zákona, stejně jako není možné uložit zákaz plnění smlouvy ve smyslu § 118 odst. 2 zákona.

41. Zadavatel dále v rozkladu uvádí, že tento rozklad bude navrhovatelem (pozn.: zde zadavatel zřejmě chybně uvedl, že rozklad bude doplněn navrhovatelem namísto zadavatelem) následně doplněn o podrobné zdůvodnění, a to ve lhůtě 30 dnů od podání rozkladu.

Závěr rozkladu

42. Závěrem rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladech

43. Dne 31. 5. 2013 Úřad obdržel vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu zadavatele. Vybraný uchazeč uvádí, že se ztotožňuje s názorem zadavatele, že tento není sektorovým zadavatelem, přičemž odkazuje na svůj rozklad ze dne 23. 5. 2013.

44. Dne 11. 6. 2013 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného uchazeče. Navrhovatel uvádí, že souhlasí se závěrem Úřadu, že zadavatel je sektorovým zadavatelem. Uloženou pokutu však navrhovatel považuje za nepřijatelnou, přičemž vzhledem k závažnosti spáchaného správního deliktu navrhuje pokutu ve výši 10 000 000,- Kč. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu potvrdil výroky I. a III. napadeného rozhodnutí.

45. Dne 11. 6. 2013 Úřad rovněž obdržel vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele. Navrhovatel uvádí, že zadavatel podal prakticky blanketní rozklad, což dle jeho názoru nelze. Navíc je pouze na uvážení Úřadu, zda poskytne účastníkům řízení lhůtu k doplnění či vyjádření a nikoliv na vůli jednotlivých účastníků, aby si sami takto vymínili dalších 30 dnů k doplnění rozkladu. Navrhovatel se dále domnívá, že se zadavatel snaží účelově oddálit vydání rozhodnutí předsedy Úřadu a prodlužuje tím protiprávní stav, kdy zakázku realizuje vybraný uchazeč, který nebyl vybrán v zadávacím řízení. Navrhovatel dále žádá, aby v případě, že Úřad umožní zadavateli svůj rozklad doplnit, Úřad poskytl dostatečnou lhůtu k vyjádření i ostatním účastníkům řízení.

46. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

47. Dne 21. 6. 2013 Úřad obdržel podání zadavatele, ve kterém zadavatel uvádí, že v souladu s čl. VIII. odst. 3.3 Rámcové smlouvy ukončil Rámcovou smlouvu písemnou výpovědí ze dne 30. 5. 2013, která byla vybranému uchazeči doručena dne 31. 5. 2013. Přílohou podání jsou pak ověřené kopie výpovědi a dokladu o doručení. Výpovědí Rámcové smlouvy došlo k ukončení Rámcové smlouvy včetně všech potvrzených objednávek, přičemž výpovědní doba činí 2 měsíce a počíná běžet prvním dnem kalendářního měsíce následujícího po doručení výpovědi. Výpovědní doba tak skončí 31. 7. 2013.

48. Zadavatel dále uvádí, že ukončením Rámcové smlouvy v důsledku výpovědi se stal návrh navrhovatele bezpředmětným a je tak na místě, aby Úřad v souladu s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu řízení zastavil (zadavatel odkazuje na usnesení č. j. ÚOHS-S243/2012/VZ-12448/2012/530/KSt ze dne 12. 7. 2012, kde tak Úřad v obdobném případě učinil). Zadavatel pro úplnost uvádí, že na základě výpovědi bude plnění Rámcové smlouvy ukončeno v kratší lhůtě (2 měsíce), než byla lhůta, kterou stanovil Úřad pro zákaz plnění smlouvy v napadeném rozhodnutí (3 měsíce). Zadavatel tak navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené

rozhodnutí a zastavil správní řízení podle § 90 odst. 4 správního řádu, neboť nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

Stanovisko předsedy Úřadu

49. Dle ustanovení 152 odst. 4 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.

50. Dle ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.

51. Dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.

52. Vzhledem k tomu, že zadavatel ukončil Rámcovou smlouvu výpovědí ze dne 30. 5. 2013, přičemž výpovědní doba skončila dne 31. 7. 2013, stal se návrh navrhovatele bezpředmětným, neboť nelze uložit zákaz plnění smlouvy, když závazkový vztah vzniklý z této smlouvy již zanikl. Tím, že zadavatel vypověděl Rámcovou smlouvu a uběhla výpovědní doba tak *de facto* bylo vyhověno návrhu, ve kterém navrhovatel požadoval uložení zákazu plnění smlouvy. Návrh navrhovatele ze dne 15. 1. 2013 se tak stal zjevně bezpředmětným. Z důvodu této skutkové okolnosti nejsem oprávněn přezkoumat ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, nejsem rovněž oprávněn přezkoumat správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, protože ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu ukládá odvolacímu orgánu bez dalšího napadeného rozhodnutí zrušit a řízení zastavit, zjistí-li odvolací orgán, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení.

53. Výpověď Rámcové smlouvy a uplynutí výpovědní doby je právní skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, a to dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu. Vzhledem k vypovězení Rámcové smlouvy a uplynutí výpovědní doby již nelze rozhodnout o nápravném opatření ve smyslu ustanovení § 118 odst. 2 zákona. Vypovězením Rámcové smlouvy a uplynutím výpovědní doby tak předmět tohoto správního řízení odpadl, neboť není možné rozhodnout o tom, čeho se navrhovatel domáhá.

54. Rovněž jsem přezkoumal skutečnost, zda nedošlo k naplnění podmínky dle ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu, dle které nemůže odvolací orgán zastavit řízení, jestliže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků, a jelikož jsem dospěl k tomu, že tato skutečnost nenastala, mohl jsem přistoupit k zastavení správního řízení dle ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu ve spojení s ustanovením § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

V. Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že zadavatel ukončil Rámcovou smlouvu výpovědí, přičemž výpovědní doba již uplynula, jsem dospěl k závěru, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení ve smyslu ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu ve spojení s ustanovením § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Advokátní kanceláří Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Viktor Pavlík, advokát, Opatovická 4, 110 00 Praha 1
3. Mgr. Jan Farkač, advokát, Střední 595/26, 602 00 Brno-Královo Pole

Vypraveno dne

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