



UOHSX008WQAY

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0194/2016/VZ-47852/2016/323/EBr

Brno 5. prosince 2016

V řízení o rozkladu ze dne 19. 7. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **EKO servis Varnsdorf a.s.**, IČO 25042149, se sídlem ul. Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 8. 7. 2013 a 15. 10. 2013 Advokátní kancelář Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s.r.o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc ze dne 1. 7. 2016 vydanému ve správním řízení

ve věci nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov**“, zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 5. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 5. 2013 pod ev. č. 347305 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 5. 2013 pod ev. č. 2013/S 088-149896, a jehož zrušení bylo 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,

ve věci nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov**“, na kterou byla dne 3. 9. 2013 uzavřena smlouva o zajištění sběru, svozu, využití a odstraňování komunálního odpadu č. ORŽP 18/2013 se společností – Technické služby Šluknov, spol. s r.o., IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov,

a ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky

s názvem „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“, na kterou byla dne 3. 9. 2013 uzavřena smlouva o zajištění sběru, svozu, využití a odstraňování komunálního odpadu č. ORŽP 18/2013 se společností – Technické služby Šluknov, spol. s r.o., IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov,

jehož dalšími účastníky jsou

- zadavatel – **město Šluknov**, IČO 00261688, se sídlem Náměstí Míru 1, 407 77 Šluknov,
- vybraný uchazeč – **Technické služby Šluknov, spol. s r.o.**, IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc ze dne 1. 7. 2016

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 3. 5. 2013 odeslal zadavatel – město Šluknov, IČO 00261688, se sídlem Náměstí Míru 1, 407 77 Šluknov (dále jen „zadavatel“), oznámení veřejné zakázky „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“, zadávané 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.“), k uveřejnění podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

2. Dne 28. 6. 2013 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče – Technické služby Šluknov, spol. s r.o., IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Dne 13. 8. 2013 rozhodl zadavatel o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona s odůvodněním, že „*v zadávací dokumentaci výslovně nestanovil jaká povolení a oprávnění bude v rámci posuzování nabídek, resp. kvalifikace požadovat.*“
4. Dne 28. 8. 2013 doručil navrhovatel – EKO servis Varnsdorf a.s., IČO 25042149, se sídlem Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf (dále jen „**navrhovatel**“), zadavateli námitky z téhož dne proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. V těchto námitkách navrhovatel uvádí, že pochybení zadavatele spočívalo ve vadném posouzení nabídky vybraného uchazeče s ohledem na požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci a mohlo být odstraněno zrušením rozhodnutí o výběru této nabídky a vyloučením vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku I.
5. Dne 3. 9. 2013 uzavřel zadavatel bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení 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“ s vybraným uchazečem (dále jen „**veřejná zakázka II.**“).
6. Dne 5. 9. 2013 rozhodl zadavatel o nevyhovění námitkám navrhovatele ze dne 28. 8. 2013, neboť trval na důvodech, které ho vedly ke zrušení zadávacího řízení. Toto rozhodnutí obdržel navrhovatel dne 9. 9. 2013.
7. Dne 9. 9. 2013 doručil zadavatel navrhovateli doplnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. V tomto doplnění zadavatel uvádí, že v době přípravy a zahájení zadávacího řízení nesplňoval vybraný uchazeč podmínky pro zadání veřejné zakázky podle tzv. in-house výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona. Situace se však v průběhu zadávacího řízení změnila a vybraný uchazeč podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona začal splňovat. Zadavatel se tak domnívá, že pro zrušení zadávacího řízení lze dále uplatnit důvod podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, tedy že odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, která nastala v době od zahájení zadávacího řízení a kterou zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil.
8. Dne 13. 9. 2013 doručil navrhovatel zadavateli námitky z téhož dne proti rozhodnutí zadavatele, které mu bylo doručeno dne 9. 9. 2013. Rozhodnutím ze dne 20. 9. 2013 zadavatel těmto námitkám navrhovatele ze dne 13. 9. 2013 nevyhověl.
9. Dne 13. 9. 2013 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem při zadávání veřejné zakázky I. (dále jen „**návrh I.**“).
10. Doručením návrhu I. navrhovatele dne 13. 9. 2013 bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0565/2013/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Navrhovatel namítal, že nabídka vybraného uchazeče byla nepřijatelná ve smyslu § 22 odst. 1 zákona, 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. Navrhovatel v návrhu dále brojil proti postupu zadavatele, který se nepřijatelností

nabídky vybraného uchazeče nezabýval a namísto toho, aby nabídku vybraného uchazeče ze zadávacího řízení vyloučil, rozhodl o zrušení zadávacího řízení.

11. Návrhem I. se navrhovatel domáhal uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona v podobě zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. ze dne 13. 8. 2013. Součástí návrhu I. byl i návrh navrhovatele 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.
12. Dne 21. 10. 2013 doručil navrhovatel Úřadu návrh směřující proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení na veřejnou zakázku II. (dále jen „**návrh II.**“).
13. Doručením návrhu II. bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ. Návrh II. směřoval proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, když smlouva byla uzavřena v rámci jednacích řízení bez uveřejnění, které bylo použito pro přímé zadání zakázky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona, přičemž navrhovatel byl přesvědčen, že nebyly splněny podmínky tohoto typu řízení a navrhoval uložení zákazu plnění smlouvy dle § 118 odst. 2 písm. a) zákona, neboť se dle jeho názoru zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.
14. Dne 18. 12. 2013 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-23175/2013/523/Krk spojil správní řízení vedená pod sp. zn. ÚOHS-S0565/2013/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ, a to v zájmu dodržení zásady uvedené v § 6 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), podle které správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady, a vzhledem k tomu, že obě správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se týkají veřejné zakázky se stejným předmětem plnění, je spojení takových správních řízení hospodárným opatřením. Dne 26. 2. 2014 rozšířil Úřad přípisem č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-3471/2014/523/MSc z moci úřední předmět správního řízení o šetření možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

II. Původní prvostupňové rozhodnutí

15. Dne 9. 6. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-12105/2014/523/MSc (dále jen „**původní prvostupňové rozhodnutí**“).
16. Výrokem I. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona tím, že zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku I., aniž by byly naplněny důvody pro jeho zrušení, neboť v daném případě 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, ani se v průběhu zadávacího řízení nevyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
17. Úřad k výroku I. odkázal v odůvodnění původního prvostupňového rozhodnutí na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010, v němž NSS uvedl, že „*jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která*

by mohla vyústit v korupci či nepřipustnou veřejnou odplatu, a tedy přesně v duchu výkladu provedeného krajským soudem. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.“

18. V odůvodnění výroku I. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad dále konstatoval, že zadavatel stanovil profesní kvalifikační předpoklad s ohledem na předmět veřejné zakázky I. zcela dostatečně a v souladu se zákonem, neboť ze zadávacích podmínek jasně vyplývá, jaké doklady mají uchazeči o veřejnou zakázku I. předložit. K důvodu zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona tak, jak ho zadavatel specifikoval v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 13. 8. 2013, Úřad uvedl, že skutečnost, že zadavatel je přesvědčen o nedostatečném stanovení profesního kvalifikačního předpokladu, neboť výslovně nestanovil jaká konkrétní povolení a oprávnění požaduje, nemůže být důvodem ke zrušení zadávacího řízení. Takto odůvodněné zrušení zadávacího řízení není v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) zákona ani v souladu s výše citovaným rozsudkem NSS, neboť se v daném případě nejedná o objektivní důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. V daném případě nedošlo ke stanovení předmětného kvalifikačního předpokladu v rozporu se zákonem a zadavatel tedy měl v zadávacím řízení pokračovat, např. postupem dle § 59 odst. 4 zákona.
19. K doplnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení o důvod dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, přičemž důvodem opravňujícím zrušení zadávacího řízení měla být možnost zadat veřejnou zakázku II. mimo rámec zákona na základě výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona (dále jen „výjimka in-house“) Úřad uvedl, že využití výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona si musí zadavatel ujasnit ještě před tím, než zahájí zadávací řízení podle zákona. Pokud je takovéto řízení již zahájeno, nelze in-house výjimku využít. Úřad tedy shrnul, že eventuální možnost použití výjimky in-house není relevantním důvodem pro zrušení zadávacího řízení. Současně Úřad konstatoval, že je zřejmé, že tento důvod zrušení zadávacího řízení nestojí mimo sféru zadavatele, tj. nelze hovořit o tom, že s přihlédnutím ke všem okolnostem zadavatel nemohl tuto skutečnost předvídat.
20. Výrokem II. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad zrušil podle § 118 odst. 1 zákona rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 8. 2013 o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. a dále zrušil nedatované doplnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a písemné zprávy, jež bylo navrhovateli doručeno dne 9. 9. 2013.
21. K výroku III. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že v zadávacím řízení zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl o uložení povinnosti zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
22. Výrokem IV. Úřad podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 3. 9. 2013 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem na veřejnou zakázku II. zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 zákona.
23. Výrokem V. Úřad správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zastavil, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly

zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona.

24. V odůvodnění výroků IV. a V. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad uvedl, že byly kumulativně splněny všechny podmínky zakotvené v ustanovení zákona, které by aplikaci tzv. in-house výjimky umožnily. Jelikož zadavatel využil výjimky in-house oprávněně, nebyl povinen postupovat při zadání veřejné zakázky II. dle zákona (včetně povinnosti uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona), z čehož vyplývá, že se zadavatel nedopustil při zadání veřejné zakázky II. spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Z uvedeného důvodu Úřad správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání uvedeného správního deliktu zastavil.

III. Předchozí rozhodnutí předsedy Úřadu

25. Dne 18. 6. 2014 obdržel Úřad v zákonem stanovené lhůtě rozklad zadavatele z téhož dne směřující proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí. Dne 25. 6. 2014 dále Úřad obdržel v zákonem stanovené lhůtě rozklad navrhovatele z téhož dne směřující taktéž proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí.
26. V řízení o uvedených rozkladech vydal předseda Úřadu dne 8. 3. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R210,227/2014/VZ-35176/2016/322/DRu (dále jen „**předchozí rozhodnutí předsedy Úřadu**“), v němž původní prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
27. V citovaném předchozím rozhodnutí předsedy Úřadu je mimo jiné konstatováno, že *„způsob dokazování, na základě kterého Úřad dospěl k závěrům ohledně dosažení hranice 80 % příjmů vybraného uchazeče plynoucích z rozpočtu zadavatele, je nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů. Správní orgán se totiž nemůže omezovat na tvrzení účastníka řízení, ale musí zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Závěry Úřadu v této otázce však vycházejí výhradně z jednotlivých vyjádření zadavatele, aniž by Úřad přistoupil ke shromáždění takových podkladů pro vydání rozhodnutí, které zjišťují stav věci, o němž nejsou dány důvodné pochybnosti. Vzhledem k výše uvedenému konstatují, že nepovažují skutkový stav za dostatečně zjištěný tak, aby o něm nebyly důvodné pochyby, když Úřad převzal tvrzení zadavatele za svá a to bez jakékoliv jejich verifikace, doplnění či konkretizace (...) Při novém projednání Úřad v souladu se zásadou vyšetřovací posoudí veškeré podklady, které zjišťují stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, nejen podklady a vyjádření předložené samotným zadavatelem. Vyjádření zadavatele, k nimž bude při zjišťování objemu činností přihlíženo, budou podloženy relevantními zjištěními Úřadu o stavu věci, tj. např. smlouvami či jinými listinami z účetnictví či rozpočtů zadavatele, vybraného uchazeče či zadavatelem financovaných subjektů. Úřad dále posoudí, zda nezahrnutí té části plateb, u nichž nejsou vystavovány faktury, resp. u těch, které nebyly hrazeny v tržních cenách, by mohlo mít vliv na podíl objemu činnosti vykonávané pro zadavatele a jím zřizované organizace. Úřad posoudí, zda tyto nefakturované částky a ty, které nebyly hrazeny v tržních cenách, měly vůbec být do výpočtu objemu činností vykonávaných pro zadavatele a jím zřizovaných organizací zahrnuty“.*
28. Ve vztahu k výroku II. původního prvostupňového rozhodnutí, který se týkal uložení nápravného opatření, tj. zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení

na veřejnou zakázku I., je v citovaném předchozím rozhodnutí předsedy Úřadu uvedeno, že tento výrok je „závislý na závěru Úřadu ve věci výroku IV. napadeného rozhodnutí [zamítnutí návrhu na uložení zákazu 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*“.

IV. Pokračování ve správním řízení a vydání napadeného rozhodnutí

29. Přípisem č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-11988/2016/541/MSc ze dne 24. 3. 2016 Úřad účastníky řízení vyrozuměl o pokračování ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0565,0642/2013/VZ.
30. Dne 1. 7. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
31. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh I. navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem II. Úřad rozhodl, že návrh navrhovatele II. na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 3. 9. 2013 se podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem III. Úřad dále rozhodl, že se správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zadavatelem podle § 117a písm. d) zákona zastavuje, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
32. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že v době podání nabídek vybraný uchazeč nedisponoval povolením krajského úřadu ve smyslu § 14 odst. 1 zákona č. 185/2001 Sb. o odpadech a o změně některých dalších zákonů ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o odpadech**“). V šetřeném případě však zadavatel v zadávací dokumentaci nestanovil požadavek na předložení příslušného rozhodnutí krajského úřadu, kterým by byl uchazeči udělen souhlas k provozování zařízení k využívání, odstraňování, sběru nebo výkupu odpadů a s jeho provozním řádem dle § 14 odst. 1 zákona o odpadech. Vzhledem k tomu, že požadavek na disponování příslušným souhlasem k provozování zařízení ve vztahu k zadavatelem stanoveným druhům (katalogovým číslům) odpadů nebyl v daném případě obsažen v rámci kvalifikačních předpokladů ani nebyl v zadávací dokumentaci obsažen jako jiný požadavek zadavatele, který by musel uchazeč splňovat při podání nabídky, neměl zadavatel zákonnou možnost vybraného uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění takového požadavku zadavatele.
33. Úřad dále uvedl, že v daném případě měl zadavatel v důsledku informací zjištěných v průběhu zadávacího řízení (viz námitky navrhovatele ze dne 12. 7. 2013 a stanovisko zpracované Jiřím Vykukem) důvodnou pochybnost o způsobilosti vybraného uchazeče plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu, současně však zadavatel nebyl oprávněn vybraného uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení ani jej vyzvat k objasnění předložených informací či dokladů či doložení dalších informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace, neboť v zadávacích podmínkách nestanovil požadavek na doložení souhlasu k provozování zařízení dle § 14 odst. 1 zákona o odpadech (dále jen „**souhlas ve smyslu zákona o odpadech**“) ve vztahu ke všem druhům odpadu uvedeným v příloze 1.3 „Technické údaje o druzích množství odpadů v tunách/rok“ zadávací dokumentace.

Zadavatel se tedy dostal do situace, kdy nemohl *de facto* v zadávacím řízení tak, aby naplnilo svůj cíl, dále pokračovat. V tomto případě měl tedy Úřad za to, že se jednalo o důvod hodný zvláštního zřetele, pro který nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Dle Úřadu bylo možné uvedený důvod hodný zvláštního zřetele považovat za objektivní, tj. stojící vně zadavatele, neboť se tento důvod vyskytl v průběhu zadávacího řízení v souvislosti s námitkami navrhovatele ze dne 12. 7. 2013 a následně vypracovaného odborného stanoviska Jiřím Vykukem. Dle názoru Úřadu tak došlo k naplnění podmínek umožňujících zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

34. V odůvodnění výroku II. a III. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že dle § 118 odst. 2 zákona je pro posouzení možnosti uložit zákaz plnění smlouvy v daném případě klíčové, zda se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Z uvedeného důvodu se Úřad nejdříve zabýval skutečností, zda byl zadavatel povinen před uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem postupovat podle zákona nebo zda byl oprávněn využít výjimku in-house. Vzhledem k tomu, že pro aplikaci in-house výjimky musí být kumulativně splněny podmínky zakotvené zákonem, zkoumal Úřad naplnění těchto podmínek v bodě 137 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. V bodě 163 odůvodnění napadeného rozhodnutí poté Úřad dospěl k závěru, že zákonné podmínky k tomu, aby zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na základě in house výjimky, byly splněny, v důsledku čehož bylo možné konstatovat, že zadavatel postupoval při uzavření smlouvy ze dne 3. 9. 2013 s vybraným uchazečem v souladu se zákonem. Na tomto závěru nic nemění ani skutečnost, že zadavatel v oznámení o zadání veřejné zakázky II. na profilu zadavatele uvedl jako druh řízení jednací řízení bez uveřejnění, a to z důvodu, že příslušný formulář na profilu zadavatele nedisponoval jiným vhodným označením (viz vyjádření zadavatele ze dne 4. 11. 2013), neboť zadavatel současně v citovaném oznámení uvedl, že se jedná o „*přímé zadání veřejné zakázky společnosti, jejímž vlastníkem je 100 % město Šluknov dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona*“.
35. Úřad tedy konstatoval, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel využil in-house výjimky oprávněně, nebyl povinen postupovat při zadání veřejné zakázky dle zákona (včetně povinnosti uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona), z čehož vyplývá, že se zadavatel nedopustil při zadání veřejné zakázky II. spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Z uvedeného důvodu Úřad správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání uvedeného správního deliktu zastavil, jak je uvedeno ve výroku III. napadeného rozhodnutí.
36. Na základě všech výše uvedených skutečností a v souvislosti se všemi zjištěnými poznatky Úřad shrnul, že neshledal v postupu zadavatele rozpor se zákonem, kdy tento uzavřel dne 3. 9. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu na základě aplikace in-house výjimky, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 21. 10. 2013 na zákaz plnění smlouvy tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

V. Námitky rozkladu

37. Dne 19. 7. 2016 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 4. 7. 2016. Navrhovatel podal rozklad v zákonné lhůtě.

38. Navrhovatel nesouhlasí s výrokem I. ani s výrokem II. napadeného rozhodnutí a má zejména za to, že Úřad neposuzoval postup zadavatele ve všech souvislostech.
39. V první části rozkladu navrhovatel rozporuje splnění zákonných předpokladů pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. K této části pak uvádí následující námitky.
40. Nejprve navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu uvedeným v bodech 125 a 128 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tedy že zadavatel neměl jinou možnost, než zadávací řízení na veřejnou zakázku I. zrušit. K tomu navrhovatel dále uvádí, že zadavatel sice nestanovil přesné označení a konečný výčet dokladů, které je třeba za účelem prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů předložit, toto však s ohledem na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu nebylo nezbytně nutné (viz správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S195/2007/VZ). Jestliže tedy bylo z vymezení předmětu veřejné zakázky I. zřejmé, že tento zahrnuje nakládání s předem stanovenými druhy odpadů, a to předem stanoveným způsobem, bylo dle navrhovatele povinností každého uchazeče doložit takové doklady k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů, ze kterých by vyplývalo, že tento uchazeč je profesně způsobilým zajistit celý předmět plnění veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč tyto předpoklady v nabídce neprokázal a v rozhodné době ani objektivně nesplňoval, nebylo dle navrhovatele nezbytně nutné zadávací řízení na veřejnou zakázku I. rušit z důvodu, že si zadavatel v zadávací dokumentaci nestanovil výslovně požadavek, aby uchazeči pro naplnění profesních kvalifikačních předpokladů doložili rozhodnutí příslušného krajského úřadu, kterým by byl uchazeči udělen souhlas k provozování zařízení k využívání, odstraňování, sběru nebo výkupu odpadů ve smyslu § 14 odst. 1 zákona o odpadech (dále jen „**souhlas ve smyslu zákona o odpadech**“), když tento požadavek vyplýval jednoznačně z vymezení předmětu veřejné zakázky. V daném případě tak namísto zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. postačovalo, aby zadavatel vybraného uchazeče z tohoto zadávacího řízení pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů vyloučil.
41. Navrhovatel má dále za to, že důvody zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. tvrzené zadavatelem nelze považovat za dostatečné a objektivní, neboť hlavním důvodem pro zrušení tohoto zadávacího řízení byla snaha zadavatele zadat veřejnou zakázku I. předem vybranému uchazeči, který se na její plnění začal chystat v podobě objednávek svozové techniky, kontejnerů atd. již v době, kdy nebylo ještě oficiálně rozhodnuto o výběru nejvhodnější nabídky. Díky tomu, že vybranému uchazeči nebylo vzhledem k absenci profesních kvalifikačních předpokladů možné zadat veřejnou zakázku I. v probíhajícím zadávacím řízení, bylo třeba toto zadávací řízení dle navrhovatele účelově zrušit.
42. Další námitkou navrhovatele uvedenou v rozkladu je skutečnost, že vybraný uchazeč nesplňoval i další kvalifikační předpoklady, pro které mohl být ze zadávacího řízení vyloučen, a to aniž by bylo nutné celé toto zadávací řízení rušit. Vybraný uchazeč dle navrhovatele totiž nebyl schopen prokázat ani splnění technických kvalifikačních předpokladů v podobě předložení seznamu významných služeb v odpadovém hospodářství realizovaných v posledních třech letech, a to z důvodu, že služby obdobné předmětu veřejné zakázky I. v rozhodné době neposkytoval. Dle navrhovatele tedy není pravdou, že zadavatel nemohl jinak, než zadávací řízení zrušit, aby se vyhnul riziku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem.

43. Navrhovatel je přesvědčen, že existuje-li byť i jen jediný zákonný důvod pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, pak nelze jiný uměle konstruovaný důvod považovat za důvod hodný zvláštního zřetele pro zrušení celého zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, lze-li zamýšleného cíle (eliminaci rizika uzavření smlouvy s nezpůsobilým uchazečem) dosáhnout jiným mírnějším prostředkem. Navrhovatel v této souvislosti upozorňuje na konstatování Úřadu v bodě 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
44. Závěrem první části rozkladu směřující proti výroku I. napadeného rozhodnutí má navrhovatel za to, že existovaly i další důvody, pro které mohl vybraného uchazeče ze zadávacího řízení vyloučit, aniž by zrušení zadávacího řízení bylo jediným způsobem, jak se vyhnout uzavření smlouvy právě s tímto rizikovým uchazečem. Krom nesplnění technických kvalifikačních předpokladů obsahovala nabídka rovněž mimořádně nízké nabídkové ceny dílčích plnění a dále obsahovala dle navrhovatele nepravdivé prohlášení v podobě podepsaného a tedy závazného návrhu smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, způsobilé uvést zadavatele v omyl, přičemž v takovém případě nelze uzavřít, že by nabídka vybraného uchazeče byla řádná a úplná. Tato mohla být vyloučena již při otevírání obálek, resp. v okamžiku zjištění vadného prohlášení vybraného uchazeče mohla být vyloučena podle § 76 zákona ve spojení s § 22 odst. 1 písm. d) zákona. (k tomu viz rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 4. 2006, č. j. 21 Cdo 826/2005)
45. V druhé části rozkladu navrhovatel rozporuje naplnění podmínek pro použití in-house výjimky.
46. Nejprve navrhovatel v rámci této části rozkladových námitek uvádí, že předložené dokumenty a informace od zadavatele a vybraného uchazeče k doložení splnění podmínek pro použití in-house výjimky jsou nevěrohodné a účelově upravené tak, aby vyhověly záměru obou účastníků správního řízení, což vyplývá například z vyjádření vybraného uchazeče ze dne 29. 4. 2014 v porovnání s jeho vyjádřením ze dne 6. 6. 2016, v nichž se promítá podstatný rozdíl objemu prací činěných nad rámec paušální smlouvy za totožné období. Dále navrhovatel k tomuto podotýká, že Úřad vyšel z pravdivosti předložených dokumentů, jak zadavatele, tak vybraného uchazeče aniž je blíže přezkoumával, přičemž se kupříkladu jednalo o vybraným uchazečem tvrzený objem prací nad rámec paušální smlouvy či věrohodnost předávacích protokolů. Zároveň má navrhovatel za to, že prostřednictvím paušální smlouvy o pronájmu dopravních prostředků došlo k účelové úpravě vykazovaných plnění a protiplnění mezi oběma stranami tak, aby zdánlivě byly naplněny podmínky pro použití in-house výjimky.
47. K výše uvedené věrohodnosti předávacích protokolů navrhovatel dále uvádí, že pochybnosti vzbuzují kupříkladu údaje o objemu vykazovaných činností ze strany vybraného uchazeče. Navrhovatel totiž v rámci koncernové struktury ví o tom, jaké množství a charakter odpadu vyvezl vybraný uchazeč na skládku vlastněnou subjektem, který stejně jako navrhovatel spadá do koncernu Marius Pedersen a.s. Navrhovatel k tomuto svému tvrzení dokládá údaje za leden 2012, kdy podle tvrzení vybraného uchazeče a zadavatele vyvezl vybraný uchazeč pro zadavatele 65 kontejnerů odpadu, ačkoli ve stejné době navrhovatel eviduje ve své evidenci jen 40 dodávek odpadu vybraným uchazečem na nejbližší skládku, z toho 12 dodávek se týkalo uličních smetků, které jsou ale v předávacích protokolech vykazovány odděleně od kontejnerů. Ve skutečnosti tak bylo na nejbližší skládku vybraným uchazečem uskutečněno dle navrhovatele 28 dodávek odpadu zadavatele v kontejnerech, což

představuje rozpor s tvrzením vybraného uchazeče v rozsahu celých 37 kontejnerů. Odchytky se dle navrhovatele týkají i dalších měsíců. Navrhovatel tento rozpor dokládá údaji získanými z dotčené skládky.

48. Navrhovatel má dále pochybnosti o tom, zda zadavatelem a vybraným uchazečem prezentovaný způsob vykazování a evidování činností nad rámec paušální smlouvy a bez řádného a průkazného ocenění, není daňovou optimalizací zisku na straně vybraného uchazeče a tedy obcházením zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o dani z přidané hodnoty**“) a zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o daních z příjmů**“).
49. Dále navrhovatel konstatuje, že Úřad v napadeném rozhodnutí porovnával nesrovnatelné údaje, když si stanovil podíl činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele vůči celkovým nákladům vybraného uchazeče ve sledovaném roce.
50. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že Úřad vycházel při prokazování splnění podmínek pro použití in-house výjimky z údajů za celé účetní období roku 2013, ačkoli ke zrušení zadávacího řízení a k přímému zadání došlo již v průběhu roku 2013, konkrétně 3. 9. 2013. Průkaznými a jedinými relevantními výsledky hospodaření by měly být dle navrhovatele pouze takové, které byly skutečně vykázány na konci příslušného účetního období, když po celou dobu běhu účetního období probíhá optimalizace toků. Navrhovatel má proto za to, že výsledky hospodaření za rok 2013 by neměly být brány jako rozhodující pro posouzení naplnění in-house výjimky, resp. tyto údaje by měly být brány jen jako orientační vzhledem k údajům za předchozí ukončené účetní období roku 2012 (kdy podmínky pro použití in-house výjimky naplněny nebyly).
51. K tomuto navrhovatel dále dodává, že zároveň nesouhlasí se skutečností, že Úřad dovozoval oprávněnost přímého zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči v září 2013 na základě údajů z roku 2014, tedy z období, kdy již bylo plněno podle uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku.
52. Dále navrhovatel v rozkladu uvádí, že z výpisu z obchodního rejstříku ani z jiných veřejných zdrojů není zřejmé, zda v roce 2012 došlo k nějaké relevantní reorganizaci vybraného uchazeče, se kterou by bylo možné spojit odlišné zjišťování naplnění podmínek pro použití in-house výjimky než ze tří účetních období předcházejících účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Navrhovatel k Úřadem uváděné reorganizaci dále dodává, že tato nebyla ani zadavatelem ani vybraným uchazečem jakkoli tvrzena či doložena. Podle Úřadu tato spočívala v souhlasu zadavatele s pořízením nákladního vozu na svoz komunálního odpadu a pořízení nádob a kontejnerů na odpad. Jak je však dle navrhovatele zřejmé zejména z Věstníku veřejných zakázek, vybraný uchazeč nikdy nerealizoval řádné zadávací řízení na dodávku – koupi svozového vozidla a nádob a kontejnerů na komunální odpad, ačkoli pořizovací hodnota by činila více než 2 mil. Kč. Pokud by tedy skutečně strany měly v úmyslu provést reorganizaci směrem k naplnění in-house výjimky, tak by musel vybraný uchazeč techniku za účelem plnění služeb pro zadavatele řádně soutěžit podle zákona. K tomu však nedošlo. Navrhovatel dále podotýká, že k této tvrzené reorganizaci došlo až poté, kdy už měly být naplněny podmínky pro použití in-house výjimky ze zákona. Dle navrhovatele měl tedy Úřad na základě výše uvedeného vzít za podstatné rozhodné období

mezi lety 2010 až 2012, jakožto tři účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy.

Závěr rozkladu

53. Navrhovatel se domáhá, aby předseda Úřadu výrok I. a II. napadeného rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému posouzení.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

54. Na úvod svého vyjádření se zadavatel ztotožňuje se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí. Dále se vyjadřuje k námitkám rozkladu nejprve směřujícím co do zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. Zadavatel je přesvědčen o tom, že v rámci profesní kvalifikace nemohl prověřovat souhlas k nakládání s odpady, který uděluje krajský úřad, protože toto oprávnění nebylo požadováno v zadávacích podmínkách. Souhlas k nakládání s odpady není dle zadavatele oprávněním k podnikání, oprávnění k podnikání se v tomto případě prokazuje výpisem z živnostenského rejstříku.
55. Dále zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že další argumenty navrhovatele týkající se zrušení zadávacího řízení jsou ryze spekulativní a nesouvisí s předmětem správního řízení. Co se týče technických kvalifikačních předpokladů, má zadavatel za to, že vybraný uchazeč předložil dostatečné reference, neboť provoz sběrného dvora je činnost, která spadala pod vymezený rámec technického kvalifikačního předpokladu. Důvod pro vyloučení vybraného uchazeče ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. tedy dle zadavatele neexistoval a předmětné zadávací řízení tak bylo zrušeno oprávněně.
56. Zároveň zadavatel uvedl, že cena vybraného uchazeče rozhodně mimořádně nízká nebyla, přičemž tento argument v minulých vyjádřeních popíral sám navrhovatel, když srovnával svoji cenu s cenou vybraného uchazeče a uváděl, že cena vybraného uchazeče je jen o 144 383 Kč za rok výhodnější.
57. Zadavatel se také vyjádřil k druhé části rozkladu navrhovatele rozporující naplnění podmínek ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona. K této problematice nejprve uvedl, že navrhovatel v rozkladu nepředkládá žádné důkazy svědčící o úmyslném manipulování či falšování protokolů a jiných dokladů předložených zadavatelem. Dále zadavatel konstatoval, že navrhovatelem odkazovaná paušální smlouva o nájmu dopravních prostředků existuje mezi zadavatelem a vybraným uchazečem již od roku 2008, přičemž je pouze každý rok aktualizovaná. Dále zadavatel trvá na tom, že in-house výjimku použil oprávněně, neboť vybraný uchazeč dlouhodobě prováděl činnosti ve prospěch zadavatele v dostatečném objemu.
58. Závěrem svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby Úřad zamítl předmětný rozklad navrhovatele a potvrdil napadené rozhodnutí.

Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu navrhovatele

59. Vybraný uchazeč se ve svém vyjádření zejména vyjadřuje k tvrzení navrhovatele týkajícímu se množství návozu za leden 2012. K tomuto vybraný uchazeč uvádí, že nikdy netvrdil, že všechny uvedené kontejnery byly odvezeny na nejbližší skládku tak, jak uvádí navrhovatel. Vybraný uchazeč naopak konstatuje, že na skládku, která spadá do koncernu zmiňovaného

navrhovatelem, bylo odvezeno jen množství kontejnerů uvedené navrhovatelem, zbytek kontejnerů byl vyvezen do jiných koncových zařízení. K tomu vybraný uchazeč dále dodává, že v roce 2010 prošel sběrný dvůr rozsáhlou rekonstrukcí, jejímž účelem bylo započítí třídění odpadu a tím i snížení množství vyváženého odpadu na skládku. Tento odpad se tak vyvážel do jiných koncových zařízení, případně na vlastní deponie.

60. Závěrem vybraný uchazeč konstatuje, že pokud by zadavatel neobdržel počátkem roku 2013 od navrhovatele výpověď ze smlouvy, která upravovala svoz odpadu, nebyl by zadavatel nucen zabývat se předmětem obou přezkoumávaných veřejných zakázek.

VI. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

62. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
63. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl, že se návrh I. navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Dále Úřad postupoval správně, když ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl, že se návrh II. navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené dne 3. 9. 2013 zamítá, neboť taktéž nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. A závěrem Úřad rozhodl správně, když ve výroku III. konstatoval, že se správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zastavuje, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
64. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

VII. K námitkám rozkladu

K právní moci výroků napadeného rozhodnutí

65. Podle § 82 odst. 3 správního řádu, pokud odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, a pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci.
66. Podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona Úřad uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

67. Navrhovatel podal rozklad proti výroku I. a II. napadeného rozhodnutí. Ve výrocih, proti kterým navrhovatel podal rozklad, nenabylo napadené rozhodnutí právní moci.
68. Napadené rozhodnutí však nenabylo právní moci ani ve výroku III., ačkoliv proti tomuto výroku nebyl rozklad zadavatele ani navrhovatele podán, a to z toho důvodu, že ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu jde o výrok, který tvoří nedílný celek s výrokem II., proti kterému směřuje rozklad navrhovatele.
69. Navrhovatel se svým rozkladem domáhá vyhovění jeho návrhu II., kterým se podle § 114 odst. 2 zákona domáhal uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 zákona spočívajícího v uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku II. Ačkoli tedy rozklad navrhovatele směřuje výslovně pouze proti výroku I. a II. napadeného rozhodnutí, je podmínkou pro uložení nápravného opatření navrhovaného navrhovatelem, tj. pro uložení zákazu plnění smlouvy, rozhodnutí Úřadu o spáchání správního deliktu zadavatelem tak, jak je uvedeno v § 118 odst. 2 zákona.
70. Výrokem III. napadeného rozhodnutí však Úřad správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zadavatelem zastavil, neboť v takovéto části věci tohoto správního řízení zahájené z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona.
71. Přestože navrhovatel nebyl oprávněn podat rozklad proti výroku III. napadeného rozhodnutí, což také nečinil, tvoří výrok III. s výrokem II. napadeného rozhodnutí nedílný celek. Tento závěr vychází přímo ze zákonné konstrukce podmínek, za nichž zákon předpokládá uložení nápravného opatření v podobě uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku. Nedílnost výroků II. a III. napadeného rozhodnutí v přezkoumávaném případě tak vyvěrá z faktu, že rozhodnutí Úřadu o žádosti navrhovatele v podobě návrhu II. je bezesbytku závislé na vyřešení otázky ve věci eventuálního spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Rozhodování Úřadu ve věci eventuálního spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tak bezprostředně zcela ovlivňuje rozhodování o právech navrhovatele, a proto není možné vnímat rozhodování Úřadu v těchto dvou formálně a procesně oddělených otázkách jinak, než jako rozhodování, jehož výsledky tvoří nedílný celek ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu.
72. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že výrok III. ve věci podezření ze spáchání správního deliktu zadavatelem, který nemohl být napaden rozkladem navrhovatele, vzhledem k právním důsledkům pro návrh na uložení zákazu plnění smlouvy (tj. pro rozhodnutí o žádosti navrhovatele) tvoří nedílný celek s výrokem II. ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy.
73. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že žádný z výroků napadeného rozhodnutí nenabyl právní moci.

K námitkám týkajícím se splnění zákonných předpokladů pro zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I.

74. Navrhovatel ve svém rozkladu nejprve namítá, že nesouhlasí se závěrem Úřadu, že zadavatel neměl jinou možnost, než zadávací řízení na veřejnou zakázku I. zrušit. K tomu navrhovatel uvádí, že zadavatel mohl uchazeče ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. vyloučit proto,

že nesplnil profesní kvalifikační předpoklady, které si zadavatel určil v zadávacích podmínkách.

75. Základní otázkou pro posouzení, zda zadavatel měl či neměl jinou možnost, než zadávací řízení na veřejnou zakázku I. zrušit tedy je, zda k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů vymezených zadavatelem v zadávacích podmínkách bylo nutné doložit v nabídkách uchazečů souhlas ve smyslu zákona o odpadech. Lépe řečeno, zda z vymezení profesních kvalifikačních předpokladů v bodě 9.3 zadávací dokumentace veřejné zakázky I. vyplývá, že uchazeči byli k nabídce povinni doložit výše uvedený souhlas ve smyslu zákona o odpadech. V případě, že by po posouzení výše uvedené základní otázky bylo závěrem zjištění, že z vymezení profesních kvalifikačních předpokladů v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky I. nevyplývá povinnost přiložit k nabídkám souhlas ve smyslu zákona o odpadech, znamenalo by to, že žádného z uchazečů o veřejnou zakázku nelze na základě absence tohoto souhlasu ve smyslu zákona o odpadech ze zadávacího řízení vyloučit.
76. Profesní kvalifikační předpoklady vymezil zadavatel v bodě 9.3 zadávací dokumentace následovně: „*Profesní kvalifikační kritéria splňuje dodavatel, který splnil podmínky podle § 54 písm. a) a b) zákona. Splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel tak, že předloží:*
- písm. a) – výpis z obchodního rejstříku či výpis z jiné evidence*
- písm. b) – doklad o oprávnění k podnikání – pro příslušný předmět podnikání (přeprava odpadů, nakládání s odpady, nakládání s nebezpečnými odpady)“*
77. K § 54 písm. b) zákona považuji za nutné zejména poznamenat, že dokladem o oprávnění k podnikání bude v naprosté většině veřejných zakázek výpis z živnostenského nebo obchodního rejstříku dokládající živnostenské oprávnění jednotlivých subjektů. Významné však je, že oprávnění k podnikání musí zahrnout celý rozsah předmětu veřejné zakázky, tzn., že pokud předmět veřejné zakázky tvoří více činností, které jsou předmětem samostatných živností (popř. licencí nebo koncesí), musí dodavatel předložit výpis pro všechna oprávnění k podnikání, která jsou nezbytná pro plnění celého předmětu veřejné zakázky. Povinností dodavatele tedy je prokázat, že tento je držitelem všech oprávnění k podnikání, která odpovídají předmětu plnění veřejné zakázky I.
78. V nyní projednávaném případě zadavatel v zadávacích podmínkách u stanovení profesních kvalifikačních předpokladů pouze odkázal na § 54 písm. a) a b) zákona, přičemž u písmene b) specifikoval, že požaduje doložit doklady o oprávnění k podnikání pro příslušné předměty podnikání. Nutno opětovně podotknout, že dokladem o oprávnění k podnikání se primárně myslí výpis z živnostenského nebo obchodního rejstříku dokládající živnostenské oprávnění jednotlivých subjektů. V daném případě tedy z konkrétního vymezení zadávacích podmínek vyplynula skutečnost, že dodavatel měl k nabídce přiložit výpisy dokládající jednotlivá živnostenská oprávnění, a to jednak oprávnění k činnosti spojené se shromažďováním, soustředováním, sběrem, výkupem, tříděním, přepravou, skladováním, úpravou, využíváním a odstraňováním odpadu (tzv. volná živnost), a jednak oprávnění k podnikání v oblasti nakládání s nebezpečnými odpady (tzv. vázaná živnost). Požadavek na předložení příslušného souhlasu ve smyslu zákona o odpadech však v zadávací dokumentaci obsažen nebyl, přičemž tato skutečnost vyvolala pochybnosti uchazečů, které vyústily až v podání návrhu k Úřadu. Pokud by tedy zadavatel v zadávacích podmínkách vymezil, které konkrétní

doklady k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů požaduje, vyhnul by se nastalé situaci a zároveň by dosáhl transparentnosti zadávacích podmínek na veřejnou zakázku I. K této problematice je potřeba také dodat, že zadavatel k posouzení prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů jednotlivých uchazečů za účelem řádného plnění veřejné zakázky I. předmětný souhlas ve smyslu zákona o odpadech skutečně potřeboval, neboť bez něj by žádný z uchazečů nemohl plnit předmět veřejné zakázky I. tak, jak byl vymezen v bodě 2 zadávací dokumentace.

79. V daném případě lze tedy konstatovat, že pro zachování transparentnosti zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. bylo nezbytně nutné vymezit, jaké konkrétní doklady byli uchazeči o veřejnou zakázku I. povinni ke svým nabídkám pro prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů připojit. Vzhledem k tomu, že zadavatel tuto skutečnost v bodě 9.3 zadávací dokumentace veřejné zakázky I. nevymezil, nezbyvá mi než souhlasit se závěrem Úřadu obsaženým zejména v bodě 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že zadavatel neměl zákonnou možnost vybraného uchazeče vyloučit z účasti v předmětném zadávacím řízení z důvodu nesplnění v zadávacích podmínkách neuvedeného požadavku na prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů.
80. Co se týká odkazovaného rozhodnutí vydaného ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S195/2007/VZ, mám za to, že skutkový stav v tomto rozhodnutí uvedený na nyní projednávaný případ nedopadá, neboť se v něm jednalo o prokazování splnění kvalifikace v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. b) zákona, přičemž dle § 64 odst. 3 zákona se v jednacím řízení bez uveřejnění splnění kvalifikace vyzvaného zájemce neprokazuje. Na základě těchto okolností sám Úřad v odůvodnění tohoto odkazovaného rozhodnutí podotknul, že nepovažuje skutečnosti uvedené v odkazovaném rozhodnutí za porušení zákona, a proto je také neučinil součástí výroku rozhodnutí.
81. Vzhledem k výše uvedenému mám za to, že námitka navrhovatele směřující proti závěru Úřadu, že zadavatel neměl jinou možnost než zadávací řízení veřejné zakázky I. zrušit, není důvodná.
82. K námitce navrhovatele, že hlavním důvodem pro zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky I. byla snaha zadavatele zadat předmětné plnění předem vybranému uchazeči, uvádím následující. Důvodem pro zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. byla skutečnost, že se zadavatel dostal do situace, kdy nemohl de facto pokračovat v zadávacím řízení tak, aby naplnilo svůj cíl v podobě uzavření smlouvy na tuto veřejnou zakázku. Jednak proto, že nebyl oprávněn vybraného uchazeče vyloučit z účasti v daném zadávacím řízení, ač měl pochybnost o tom, že není řádně kvalifikován pro plnění veřejné zakázky I., a současně proto, že zadavatel netransparentně nastavil zadávací podmínky, čímž došlo k rozporům mezi uchazeči o tom, jaké doklady jsou pro prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů nezbytné. Tento důvod zrušení zadávacího řízení uvedl zadavatel nejen v písemné zprávě zadavatele dle § 85 zákona ze dne 14. 8. 2013, nýbrž jej potvrdil napadeným rozhodnutím také Úřad. Pokud tedy navrhovatel v rozkladu uvádí, že důvod zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. byl jiný, jedná se o ničím nepodloženou spekulaci, která nemá právní relevanci, neboť navrhovatel v rozkladu nepředložil jediný pro danou věc relevantní důkaz, jež by tento jeho názor potvrdil. Nemám proto sebemenší důvod souhlasit s tvrzením navrhovatele směřujícím k účelovosti postupu zadavatele, neboť pokud by zadavatel měl od počátku v plánu zadat předmětné plnění vybranému uchazeči

v souvislosti s použitím in-house výjimky, nezahajoval by před tímto zadáním otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku I.

83. Zároveň nelze přisvědčit ani argumentaci navrhovatele, že se na plnění veřejné zakázky začal vybraný uchazeč chystat již v době, kdy ještě nebylo oficiálně rozhodnuto o výběru nejvhodnější nabídky. K této námitce považuji za nutné podotknout, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky bylo učiněno dne 28. 6. 2013. Z rozkladu navrhovatele vyplývá, že kontejnery na komunální odpad a objednávka svozové techniky byla ze strany vybraného uchazeče učiněna začátkem července 2013. Ke zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze strany zadavatele došlo 22. 7. 2013. Pokud tedy navrhovatel v rozkladu namítá, že vybraný uchazeč začal činit kroky k zajištění si potřebného vybavení pro plnění veřejné zakázky, je z výše uvedených údajů zřejmé, že tak činil až poté co mu bylo oznámeno, že se stal na základě rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vybraným uchazečem a zároveň před tím, než toto rozhodnutí bylo ze strany zadavatele zrušeno. Ani tato skutečnost tedy nemůže být brána jako podporující argumentaci navrhovatele o účelovosti zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I.
84. Na základě výše uvedeného, s ohledem na to, že navrhovatel v rozkladu nepředložil žádné relevantní důkazy k prokázání svého tvrzení o účelovosti postupu zadavatele, mám za to, že ani tato námitka navrhovatele není důvodná.
85. K námitce navrhovatele, že vybraný uchazeč mohl být ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. vyloučen také díky nesplnění technických kvalifikačních předpokladů, uvádím následující. Nejprve považuji za nutné odkázat na výše (v bodě 82 odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvedený důvod zrušení zadávacího řízení ze strany zadavatele, z něhož jasně vyplývá, že zadávací řízení bylo zrušeno zejména díky nesprávně vymezeným požadavkům na doložení dokladů ke splnění profesních kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 54 písm. b) zákona. Zároveň je potřeba konstatovat, že žádný ze tří uchazečů o veřejnou zakázku I. nepředložil v rámci své nabídky souhlas ve smyslu zákona o odpadech. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že i kdyby vybraný uchazeč nesplnil technické kvalifikační předpoklady dané zadávacími podmínkami veřejné zakázky I., na důvodu zrušení zadávacího řízení by to nic nezměnilo. Vymezení profesních kvalifikačních předpokladů by se danou okolností nezměnilo a zadavatel by chtěl nechtěl být nucen zadávací řízení z důvodu netransparentnosti zadávacích podmínek zrušit. Nemám tedy za to, že by posouzení, zda vybraný uchazeč prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů, bylo pro nyní projednávanou problematiku splnění zákonných předpokladů pro zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona podstatné. Důvod zrušení zadávacího řízení se totiž nevztahoval pouze k osobě vybraného uchazeče, resp. k nutnosti jeho vyloučení ze zadávacího řízení, nýbrž k nastavení zadávacích podmínek veřejné zakázky I. platných pro všechny uchazeče. Zároveň považuji za nutné také dodat, že i kdyby bylo potenciálně možné vybraného uchazeče vyloučit ze zadávacího řízení veřejné zakázky I. pro nesplnění technických kvalifikačních předpokladů, zadavatel by se své důvodné pochybnosti o způsobilosti jiného uchazeče plnit veřejnou zakázku nezbavil, neboť jak bylo řečeno výše, ani jeden z uchazečů o veřejnou zakázku souhlas ve smyslu zákona o odpadech v rámci své nabídky nepředložil. Z výše uvedených důvodů ani tuto námitku navrhovatele neshledávám důvodnou.
86. K námitce navrhovatele, že existuje-li zákonný důvod pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, pak nelze jiný uměle vykonstruovaný důvod považovat za důvod hodný zvláštního

zřetele pro zrušení celého zadávacího řízení, neboť lze zamýšleného cíle (eliminace rizika uzavření smlouvy s nezpůsobilým uchazečem) dosáhnout jiným, mírnějším prostředkem, uvádím následující. Jak již bylo řečeno výše, zadavatelem uvedený důvod zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku I. nespočíval jen v eliminaci rizika uzavření smlouvy s nezpůsobilým vybraným uchazečem, nýbrž s jakýmkoli uchazečem, který by potenciálně nebyl schopen realizovat veřejnou zakázku I. díky nedostatku v podobě souhlasu ve smyslu zákona o odpadech. Vzhledem k tomu, že si zadavatel tento souhlas ve smyslu zákona o odpadech výslovně nevymínil v zadávacích podmínkách, nedá se říci, že by nabídky uchazečů byly s těmito zadávacími podmínkami v rozporu, přičemž zároveň nelze ani říci, že by tito uchazeči byli prokazatelně schopni realizovat předmět veřejné zakázky I. Chyba tedy nebyla v nabídce vybraného uchazeče či jiných uchazečů, nýbrž v nastavení zadávacích podmínek jako takových, konkrétně v nastavení prokázání profesních kvalifikačních předpokladů ze strany zadavatele. Vzhledem k tomu, že se jednalo o chybu uvedenou v zadávací dokumentaci, tedy na počátku celého procesu zadávání veřejné zakázky I. neměl zadavatel jinou možnost při její nápravě než předmětné zadávací řízení zrušit. Na základě výše uvedeného nelze tedy souhlasit s názorem navrhovatele, že zadavatelem zamýšleného cíle bylo možno dosáhnout mírnějším prostředkem, konkrétně vyloučením vybraného uchazeče, ať už z jakéhokoliv důvodu.

87. V rámci této námitky dále navrhovatel odkazuje na bod 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z tohoto bodu jasně vyplývá to, co bylo již uvedeno výše, tedy, že zadavatel neměl reálně jinou možnost, jak v zadávacím řízení na veřejnou zakázku I. pokračovat než jej zrušit. S ohledem na uvedené v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí nemohu tedy nesouhlasit s názorem Úřadu, že nesprávné vymezení zadávacích podmínek bylo oprávněným důvodem pro zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Ani tuto námitku navrhovatele proto neshledávám důvodnou.
88. Co se týká poslední námitky navrhovatele směřující proti výroku I. napadeného rozhodnutí, mám za to, že na její vypořádání lze aplikovat stejné závěry, jaké již byly uvedeny výše (viz bod 74 a následující tohoto rozhodnutí), neboť se stále jedná pouze o totožná tvrzení navrhovatele o dalších důvodech, pro které mohl zadavatel vybraného uchazeče ze zadávacího řízení vyloučit. Ani tato námitka s ohledem na výše uvedené nemůže tedy odůvodnit změnu či zrušení napadeného rozhodnutí.

K námitkám týkajícím se naplnění podmínek pro použití in-house výjimky ze zákona

89. Navrhovatel předně namítá, že předložené dokumenty a informace, z nichž Úřad při svém rozhodnutí vycházel, byly nevěrohodné a účelově upravené tak, aby zdánlivě byly naplněny podmínky pro použití in-house výjimky, a zároveň navrhovatel namítá, že Úřad vyšel z pravdivosti předložených dokumentů jak zadavatele, tak vybraného uchazeče aniž je blíže přezkoumával.
90. K této námitce konstatuji, že Úřad vzal za podklad svého rozhodnutí důkazy předložené jednak zadavatelem a jednak vybraným uchazečem, které ve vzájemné souvislosti dostatečně, nejen kupříkladu v bodě 90 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, posoudil a ze kterých při zjišťování stavu věci vycházel.
91. K tomuto považuji za nutné dodat, že Úřad po vydání předchozího rozhodnutí předsedy Úřadu učinil kroky směřující právě k dostatečnému zjištění skutkového stavu, aby o něm

nebyly důvodné pochyby. Konkrétně Úřad od zadavatele po vydání usnesení č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-11996/2016/541/MSc ze dne 31. 3. 2016 obsahujícím výzvu k zaslání veškerých dokumentů vztahujících se k projednávané věci obdržel dne 13. 4. 2016 faktury vystavené vybraným uchazečem zadavateli v letech 2012 a 2013, knihu faktur vybraného uchazeče ze stejného období, předávací protokoly mezi vybraným uchazečem a zadavatelem a jiné dokumenty blíže specifikované v bodech 94 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Dále Úřad dne 25. 4. 2016 vydal usnesení č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-17383/2016/541/MSc z téhož dne, kterým k zajištění účelu správního řízení určil zadavateli a vybranému uchazeči lhůtu sedmi dnů k provedení úkonu v podobě doložení činností, jež jsou vykonávány vybraným uchazečem v rámci tzv. paušální smlouvy, včetně doložení této paušální smlouvy a sdělení, zda jsou platby za tyto činnosti zahrnuty v rámci knihy vydaných faktur předložené Úřadu dne 18. 4. 2016. V rámci výše uvedeného usnesení Úřad dále zadavateli a vybranému uchazeči určil totožnou lhůtu k doložení činností, jež jsou vykonávány vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele nad rámec tzv. paušální smlouvy, resp. k objasnění skutečnosti, zda veškeré činnosti, jež byly Úřadu doloženy dne 18. 4. 2016 prostřednictvím předávacích protokolů a nebyly ze strany vybraného uchazeče fakturovány, resp. nebyly ze strany zadavatele žádným způsobem hrazeny, včetně vysvětlení a doložení skutečnosti, jakým způsobem byly tyto činnosti zadavatelem objednávané.

92. Krom výše uvedeného usnesení obsahujícího výzvu k objasnění určitých skutečností vydal Úřad dne 12. 5. 2016 další usnesení k zajištění účelu správního řízení č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-20210/2016/541/MSc, kterým opět určil zadavateli a vybranému uchazeči lhůtu k objasnění a doložení dalších dokumentů a údajů, kupříkladu se jednalo o doložení podrobného propočtu, jakým zadavatel a vybraný uchazeč dospěli k jednotlivým částkám uvedeným v tabulkách obsahujících podíl objemu činností pro zadavatele na celkovém objemu činností vybraného uchazeče za roky 2012 a 2013. Dále Úřad vydal dne 31. 5. 2016 usnesení č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-23158/2016/541/MSc z téhož dne, kterým k zajištění účelu správního řízení požadoval po zadavateli a vybraném uchazeči další objasnění a sdělení týkající se nyní projednávané problematiky.
93. Na základě zadavatelem a vybraným uchazečem předložených dokumentů a vysvětlení navazujících na výše uvedená usnesení dospěl Úřad k relevantním závěrům, které dostatečně odůvodnil v napadeném rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že zjištění skutkových okolností Úřadem po vydání předchozího rozhodnutí předsedy Úřadu bylo dostatečné pro vydání napadeného rozhodnutí, dospěl jsem k závěru, že Úřad při posouzení skutkového stavu postupoval v souladu s právními předpisy. Skutková zjištění Úřadu vycházela z podkladů pro vydání rozhodnutí, které byly shromážděny ve spise. Úřad během správního řízení tedy provedl zjištění dostatečná, neboť jím zjištěný stav věci přezkoumatelně a správně podpírá výroky napadeného rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené se tedy nelze ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že by Úřad vyšel z pravdivosti předložených dokumentů, aniž by je blíže přezkoumával, neboť tento si naopak pravdivost předložených dokumentů zjišťoval doplňujícími dotazy v podobě výše uvedených usnesení.
94. Co se týká účelové úpravy vykazovaných plnění a protiplnění mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, konkrétně dle navrhovatele prokazatelné z vyjádření vybraného uchazeče, uvádím následující. Dne 29. 4. 2014 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, jehož přílohou byla struktura příjmů (bez DPH) za rok 2012. Dne 6. 6. 2016 obdržel Úřad další

vyjádření vybraného uchazeče, jehož obsahem bylo krom jiného také doložení objemu činností, jež byly vykonávány vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele v roce 2014. Jak již z výše uvedeného vyplývá, z vyjádření vybraného uchazeče ze dne 29. 4. 2014 byla zřejmá částka objemu činností vykonaných v roce 2012. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 6. 6. 2016 naopak dokládalo objem činností, jež byly vykonávány vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele v roce 2014. Nelze se tedy ztotožnit s názorem navrhovatele uvedeným v rozkladu, že vyjádření vybraného uchazeče o objemu prací realizovaných pro zadavatele se rozchází způsobem, který vzbuzuje pochybnosti o správnosti uváděných údajů, neboť se nejednalo o údaje poskytnuté za stejné období roku 2012, nýbrž v případě vyjádření uchazeče z roku 2014 se jednalo o předmětné údaje za rok 2012 a v případě vyjádření vybraného uchazeče z roku 2016 se jednalo o předmětné údaje za rok 2014.

95. Co se týká navrhovatelovy namítané pochybnosti o věrohodnosti předávacích protokolů z důvodu odlišných údajů poskytnutých navrhovatelem od údajů uvedených vybraným uchazečem v předmětných předávacích protokolech o objemu vykazovaných činností, uvádím následující. V rámci této námítky souhlasím s vyjádřením vybraného uchazeče k rozkladu navrhovatele shrnutým v bodě 59 až 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž podotýkám, že vybraný uchazeč v žádném z poskytnutých dokumentů netvrdil, že návozy kontejnerů vozil na nejbližší skládku tak, jak uvádí navrhovatel. Záviselo pouze na jeho rozhodnutí, kolik kontejnerů a kde vyveze. Ani tuto námítku navrhovatele tedy nemohu shledat důvodnou, neboť jednoznačně neprokazuje nevěrohodnost údajů předložených vybraným uchazečem Úřadu.
96. K samotné pochybnosti navrhovatele o věrohodnosti dokumentů předložených v tomto správním řízení ze strany zadavatele a vybraného uchazeče považuji za nutné konstatovat následující. Dle § 50 odst. 4 správního řádu platí, že správní orgán hodnotí podklady pro vydání rozhodnutí, zejména důkazy, podle své úvahy a přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci. V daném správním řízení byl ze strany zadavatele a vybraného uchazeče předložen rozsáhlý důkazní materiál. Po jeho podrobném prozkoumání mám za to, že co se týká předmětů prováděných stavebních prací, dodávek a služeb, tyto obecně souhlasí s ročním obdobím, v němž se tyto práce provádějí, tedy kupříkladu předávací protokol na zimní údržbu komunikací a chodníků je datován ke dni 7. 1. 2013, stavba vánočního stromu a vánoční výzdoba je v předávacím protokolu datována ke dni 3. 12. 2012. Doklady s ohledem na časovou souvislost s plněním v nich obsažených nevyvolávají tedy žádných pochybností o jejich věrohodnosti. Zároveň považuji za nutné také podotknout, že zadavatel nepředkládal pouze dokumenty osvědčující provádění prací pro něj samotného, nýbrž také pro jím zřizované organizace jako je třeba mateřská škola či základní škola. Dokumenty prokazující provádění těchto prací zadavatel připojil například jako přílohu ke svému vyjádření ze dne 19. 5. 2016. Pokud by tedy docházelo k účelovým úpravám vykazovaného plnění jak tvrdí navrhovatel, musel by být do těchto úprav zapojen široký okruh osob, což s ohledem na existenci samostatných kontrolních mechanismů organizací zřizovaných zadavatelem rovněž nepokládám za pravděpodobné. Obecně mám tedy za to, že navrhovatelem namítanou účelovou úpravu vykazovaných plnění a protiplnění mezi zadavatelem a vybraným uchazečem nepodpírají ani výše uvedené skutečnosti.
97. Závěrem k této skupině námitek tedy shrnuji, že žádný z předložených dokumentů jak ze strany vybraného uchazeče tak zadavatele nezbuzoval pochybnosti o účelové úpravě

vykazovaných plnění a protiplnění mezi těmito subjekty, a proto ani tuto námitku navrhovatele neshledávám důvodnou.

98. K námitce navrhovatele, že vybraný uchazeč na základě optimalizace zisku obešel zákon o dani z přidané hodnoty a zároveň zákon o daních z příjmů, uvádím následující. Úřad dle § 112 zákona vykonává dohled nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh. Pravomocí Úřadu jednoznačně tedy není zkoumat, zda zadavatel či vybraný uchazeč jednal v souladu se zákonem o dani z přidané hodnoty či zákonem o daních z příjmů. Pravomocí Úřadu naopak je přezkoumávat, zda zadávací řízení na veřejnou zakázku proběhlo v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu, že se tato předmětná námitka netýká úkonů zadavatele v rámci zadávacího řízení a nedopadá tedy do oblasti práva veřejných zakázek, nemůže v rámci řízení o rozkladu navrhovatele obstát.
99. K námitce navrhovatele, že Úřad porovnával nesrovnatelné údaje, když si stanovil pro určení, zda vybraný uchazeč vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele podíl činností vybraného uchazeče vykonávaných ve prospěch zadavatele vůči celkovým nákladům vybraného uchazeče, uvádím následující. V bodě 143 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad odkázal na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, která zejména uvádí, že pro výkon převážné činnosti je rozhodující obrat, kterého subjekt dosáhne na základě rozhodnutí o zadání zakázky, a to včetně obratu uskutečněného s uživateli plnění. Na tuto skutečnost Úřad reagoval v bodě 158 odůvodnění napadeného rozhodnutí tak, že v nyní projednávaném případě by nebylo vhodné použít pro výpočet podílu činnosti kritérium obratu, neboť by došlo ke zkreslení hodnoty podílu činností vykonávaných ve prospěch zadavatele, jelikož nefakturované činnosti do obratu vybraného uchazeče nikterak nevstupují. Úřad tedy přistoupil v napadeném rozhodnutí ke stanovení podílu činností vykonávaných ve prospěch zadavatele vůči celkovým nákladům vybraného uchazeče v daném roce. K tomu dále podotýkám, že v tomto konkrétním případě je nutné se také držet názoru vyslovenému ve výkladovém stanovisku Úřadu uveřejněném na internetových stránkách Úřadu (viz www.uohs.cz/download/Sekce_VZ/Methodiky/inhouse.pdf), které bylo v odůvodnění napadeného rozhodnutí taktéž zmíněno v bodě 146 jeho odůvodnění. Toto výkladové stanovisko Úřadu zejména shrnulo, že splnění podmínky výkonu podstatné činnosti ve prospěch zadavatele je vždy nutno posuzovat případ od případu, tedy právě s ohledem na specifické okolnosti daného případu, které se v rámci nyní projednávané problematiky skutečně vyskytly. Se závěrem Úřadu, týkajícím se metody výpočtu zohledňující celkové náklady vybraného uchazeče proto s ohledem na specifické okolnosti daného případu souhlasím a ani tuto námitku navrhovatele neshledávám důvodnou.
100. K námitce navrhovatele, že Úřad nesprávně vycházel při prokazování splnění podmínek pro použití in-house výjimky z údajů za celé účetní období roku 2013, uvádím následující. Z výše uvedeného výkladového stanoviska Úřadu uveřejněného na internetových stránkách Úřadu taktéž vyplývá, že rozhodným obdobím pro posouzení, zda jsou kumulativně naplněny podmínky užití in-house výjimky, by měl být rozpočtový rok, v němž je veřejná zakázka zadávána. Nelze tedy souhlasit s navrhovatelem, že výsledky hospodaření za rok 2013 by neměly být brány jako rozhodující pro posouzení naplnění in-house výjimky. Naopak výsledky z předchozího účetního období by měly být dle výše uvedeného výkladového stanoviska brány pouze jako doplňující a orientační, což také Úřad správně ve svém

rozhodnutí zohlednil. Vzhledem k výše uvedenému ani tuto námitku navrhovatele neshledávám důvodnou.

101. K námitce týkající se nesouhlasu navrhovatele se skutečností, že Úřad dovozoval oprávněnost přímého zadání veřejné zakázky na základě údajů z roku 2014, uvádím následující. Údaje z roku 2014 týkající se podílu činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele Úřad uvedl v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí v bodech 159 a 161. V bodě 161 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konkrétně uvedl následující: *„Úřad konstatuje, 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.“* Vzhledem k výše citovanému mám za to, že Úřad v rámci napadeného rozhodnutí konstatoval naplnění podmínky výkonu podstatné části své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele ve vztahu k údajům za rok 2013, přičemž jako doplnění tohoto závěru konstatoval, že již od roku 2012 a zároveň také v roce 2014 měl objem činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele vzrůstající tendenci. Základem jeho úvahy byly tedy zejména údaje z roku 2013, stejně jak předpokládá Úřad ve svém výkladovém stanovisku uveřejněném na internetových stránkách Úřadu (viz www.uohs.cz/download/Sekce_VZ/Methodiky/inhouse.pdf). Údaje, které byly vzaty v potaz z ostatních let, měly pouze doplňující a orientační charakter, jehož cílem bylo prokázání patrného nárůstu podílu činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele, a to od roku 2012 až do roku 2014. Ani tuto námitku vzhledem k výše uvedeným skutečnostem tudíž neshledávám důvodnou.
102. K námitkám týkajícím se Úřadem, v bodech 165 a 166 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tvrzené reorganizace činností vybraného uchazeče, uvádím následující. Úřad tuto skutečnost zohlednil v závěru odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze *„nad rámeček uvedeného“*, z čehož vyplývá, že tato část námitek navrhovatele nesměřovala proti nosné argumentaci Úřadu, nýbrž proti závěrům vysloveným obiter dictum. K tomu dále konstatuji, že z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 179/2015-75 ze dne 20. 11. 2015 vyplývá následující: *„Ohledně údajného pochybení krajského soudu ve vztahu k jeho závěru učiněnému obiter dictum, že žalovaný měl provést dokazování stran technické proveditelnosti nastartování bagru s elektrickým zařízením pracujícím s napětím 24 V osobním vozidlem, jež může poskytnout napětí pouze 12 V, musí Nejvyšší správní soud uvést, že se nejedná o nosnou argumentaci krajského soudu, která byla důvodem pro zrušující výrok napadeného rozsudku. Argumentace směřující proti závěrům vysloveným obiter dictum přitom není přípustná.“* Dále se touto problematikou zabývalo také usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 52/2006-74 ze dne 21. 11. 2007, v němž tento soud konstatoval následující: *„Argumentoval-li (pozn. Úřadu: stěžovatel) proti právnímu názoru krajského soudu, který nepředstavoval vlastní rozhodovací důvod, a byl učiněn, jak shora uvedeno, jen nezávazně, obiter dictum, nemůže taková kasační stížnost napadeným rozsudkem účinně otrást a míří mimo.“* K těmto závěrům vyplývajícím ze soudní judikatury považuji za nutné také dodat, že byť k nim soudy dospěly v rámci správního soudnictví, jsou tyto obecně aplikovatelné také na správní řízení. Na základě výše citované rozhodovací praxe soudů konstatuji, že navrhovatelem uvedené námitky v rozkladu týkající se reorganizace činností vybraného uchazeče nejsou přípustné, neboť body 165 a 166 odůvodnění napadeného rozhodnutí byly

Úřadem zmíněny jen jako tzv. obiter dictum, tedy takovou část rozhodnutí, která shrnuje další podpůrné argumenty a která není autoritativní.

103. Na závěr považuji za nutné také uvést, že argumentace učiněná Úřadem v bodech 165 a 166 odůvodnění napadeného rozhodnutí a týkající se § 13 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek byla vzhledem k ustanovení § 273 odst. 1 citovaného zákona nadbytečná, neboť k zahájení zadávání veřejné zakázky I. i veřejné zakázky II. došlo přede dnem nabytí účinnosti výše citovaného zákona, což znamená, že i řízení vedené Úřadem se dokončí podle dosavadního zákona, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění. S ohledem na skutečnost, že se zároveň jedná o řízení o návrhu navrhovatele, nepřichází v úvahu ani možnost posouzení, zda zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek neobsahuje pro zadavatele příznivější právní úpravu, jak je tomu naopak v řízení o správních deliktech. Na základě výše uvedeného ani tyto námitky navrhovatele neshledávám důvodnými.

VIII. Závěr

104. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
105. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výrocích tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Šluknov, Náměstí Míru 1, 407 77 Šluknov
2. Advokátní kancelář Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s.r.o., Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové
3. Technické služby Šluknov, spol. s r.o., Císařský 378, 407 77 Šluknov

Vypraveno dne:

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