UOHSX00DJ1MH

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka:
ÚOHS-R0194/2016/VZ
Číslo jednací:
ÚOHS-18649/2020/323/PBl

Brno 19. června 2020

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 zastoupena na základě plných mocí ze dne 8. 7. 2013 a ze dne 15. 10. 2013 advokátní kanceláří PPS advokáti 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 společném řízení

- ve věci návrhu navrhovatele ze dne 13. 9. 2013 na přezkoumání úkonů zadavatele – město Šluknov, IČO 00261688, se sídlem nám. Míru 1, 407 77 Šluknov – učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky na služby s názvem „**Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov**“, zadávané v otevřeném 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 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 návrhu navrhovatele ze dne 21. 10. 2013 na uložení zákazu plnění smlouvy č. ORŽP 18/2013 o zajištění sběru, svozu, využití a odstranění komunálního odpadu uzavřené dne 3. 9. 2013 mezi zadavatelem a společností Technické služby Šluknov, spol. s r.o.,

IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov, na nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě 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, o čemž bylo dne 28. 2. 2014 zahájeno řízení z moci úřední, z důvodu, že zadavatel dne 3. 9. 2013 uzavřel se společností Technické služby Šluknov, spol. s r.o., IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov smlouvu č. ORŽP 18/2013 o zajištění sběru, svozu, využití a odstranění komunálního odpadu na nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“,

jehož dalšími účastníky jsou

- zadavatel – **město Šluknov**, IČO 00261688, se sídlem nám. Míru 1, 407 77 Šluknov, a
- strana smlouvy ze dne 3. 9. 2013 – **Technické služby Šluknov, spol. s r.o.**, IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov,

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

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc ze dne 1. 7. 2016 podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

r u š í m

a věc v tomto rozsahu

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

II.

Výroky II a III rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc ze dne 1. 7. 2016 podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad v tomto rozsahu

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky

1. Město Šluknov, IČO 00261688, se sídlem nám. Míru 1, 407 77 Šluknov, (dále jen „**zadavatel**“) zahájilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“ nebo „**zákon č. 137/2006 Sb.**“)[1] zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávanou v otevřeném 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 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, (dále jen „**zadávací řízení**“).

2. Předmět plnění veřejné zakázky spočíval ve shromažďování, sběru, přepravě, úpravě, využívání a odstraňování komunálních odpadů na území města Šluknov včetně předávání komodit z odděleného sběru provozovatelům kolektivních systémů zpětného odběru.

3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky (včetně opce vyhrazené v bodě 15 zadávací dokumentace) byla stanovena v souladu s § 14 odst. 1 písm. b) zákona a činila 19 800 000 Kč bez DPH.

4. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem 3 nabídky. Dne 28. 6. 2013 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Technické služby Šluknov, spol. s r.o., IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov, (dále jen „**společnost TS Šluknov**“).

5. Dne 12. 7. 2013 doručil zadavateli uchazeč EKO servis Varnsdorf a.s., IČO 25042149, se sídlem ul. Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf, (dále jen „**navrhovatel**“) námitky z téhož dne proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 28. 6. 2013. Rozhodnutím ze dne 22. 7. 2013 zadavatel námitkám navrhovatele vyhověl a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušil.

6. Dne 13. 8. 2013 rozhodl zadavatel o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona (dále jen „**rozhodnutí o zrušení ZŘ**“). Zadavatel shledal, že existovaly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které po něm nebylo možné požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Zadavatel zjistil (v návaznosti na námitky navrhovatele ze dne 12. 7. 2013), že společnost TS Šluknov nedisponovala všemi potřebnými povoleními, která byla potřeba k realizaci veřejné zakázky. Současně však dle svého mínění v zadávací dokumentaci výslovně nestanovil, jaká povolení a oprávnění bude v rámci posuzování nabídek, resp. kvalifikace požadovat. Žádný ze tří uchazečů v nabídce nepředložil doklady

[1] *Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se v případě posouzení zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku o znění účinné ke dni zahájení tohoto zadávacího řízení. V případě posouzení zadání veřejné zakázky na základě „in-house“ výjimky se jedná o znění zákona účinné ke dni uzavření smlouvy na VZ. Ve vztahu k posouzení odpovědnosti za přestupek a určení druhu a výměry sankce, resp. správního trestu, se jedná o znění zákona č. 137/2006 Sb. účinné ke dni spáchání přestupku (v šetřeném případě k datu uzavření smlouvy na VZ), ledaže by pro zadavatele byla nová právní úprava výhodnější. Ve vztahu k postupu v řízení o správním deliktu se jedná o znění zákona účinné přede dnem nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.*

k nakládání s konkrétními skupinami odpadů, což by dle názoru zadavatele vedlo k možnému vyloučení všech uchazečů z účasti v zadávacím řízení.

7. Dne 3. 9. 2013 uzavřel zadavatel se společností TS Šluknov smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky č. ORŽP 18/2013 o zajištění sběru, svozu, využití a odstranění komunálního odpadu (dále jen „**smlouva na VZ**“ nebo „**smlouva ze dne 3. 9. 2013**“). Zadavatel tuto smlouvu uzavřel bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení na základě obecné výjimky z působnosti zákona stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona (dále jen „**in-house výjimka**“).

8. Zadavatel následně doplnil rozhodnutí o zrušení ZŘ o důvod uvedený v § 84 odst. 2 písm. d) zákona (dále jen „**doplnění rozhodnutí o zrušení ZŘ**“). V tomto doplnění, které navrhovateli doručil dne 9. 9. 2013, zadavatel uvedl, že v době přípravy a zahájení zadávacího řízení nesplňovala společnost TS Šluknov podmínky pro zadání veřejné zakázky podle in-house výjimky. Situace se však v průběhu zadávacího řízení změnila a společnost TS Šluknov podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona začala splňovat. Zadavatel se tak domníval, že pro zrušení zadávacího řízení byl rovněž možné 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.

II. Správní řízení vedené Úřadem

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 podle § 114 odst. 1 zákona na zrušení rozhodnutí o zrušení ZŘ (dále jen „**návrh I**“ nebo „**návrh proti rozhodnutí o zrušení ZŘ**“). Doručením návrhu I bylo dne 13. 9. 2013 zahájeno podle § 113 zákona správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0565/2013/VZ.

10. Dne 21. 10. 2013 doručil navrhovatel Úřadu návrh podle § 114 odst. 2 písm. a) zákona na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona z důvodu jejího uzavření bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení (dále jen „**návrh II**“ nebo „**návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ**“). Dle navrhovatele nebyly splněny podmínky pro uzavření smlouvy (zadání veřejné zakázky) na základě in-house výjimky. Doručením návrhu II bylo zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ.

11. Dne 18. 12. 2013 spojil Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-23175/2013/523/KRk výše uvedená správní řízení vedená pod sp. zn. ÚOHS-S0565/2013/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ vzhledem k tomu, že se týkala totožného předmětu plnění veřejné zakázky.

12. Dne 28. 2. 2014 rozšířil Úřad přípisem č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-3471/2014/523/MSc ze dne 26. 2. 2014 z moci úřední předmět správního řízení o šetření možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

13. Úřad tedy vede společné řízení ve smyslu § 140 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) o třech věcech – návrhu proti rozhodnutí o zrušení ZŘ, návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ a ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. V souladu s § 140 odst. 6 správního řádu se otázka, kdo je účastníkem společného řízení, pro účely uplatnění § 27 odst. 1 správního rádu ve společném řízení posuzuje tak, jako kdyby řízení probíhala samostatně. V návaznosti na toto ustanovení zákona jsou účastníky řízení ve věci návrhu I

navrhovatel a zadavatel, účastníky řízení ve věci návrhu II navrhovatel a strany smlouvy na VZ, tj. zadavatel a společnost TS Šluknov a účastníkem řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona pouze zadavatel.

III. Prvostupňové rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 6. 2014

14. Dne 6. 6. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-12105/2014/523/MSc (dále jen „**první prvostupňové rozhodnutí**“).

15. Výrokem I prvního 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, 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.

16. Výrokem II prvního prvostupňového rozhodnutí Úřad zrušil podle § 118 odst. 1 zákona rozhodnutí o zrušení ZŘ a doplnění rozhodnutí o zrušení ZŘ.

17. Ve výroku III prvního prvostupňového rozhodnutí uložil Úřad zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

18. Výrokem IV prvního prvostupňového rozhodnutí Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 zákona.

19. Výrokem V prvního prvostupňového rozhodnutí Úřad zastavil správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona.

IV. Rozhodnutí o rozkladech ze dne 8. 3. 2016

20. Dne 18. 6. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne a dne 25. 6. 2014 rozklad navrhovatele z téhož dne proti prvnímu prvostupňovému rozhodnutí. Oba rozklady byly Úřadu doručeny v zákonem stanovených lhůtách.

21. V řízení o uvedených rozkladech bylo dne 8. 3. 2016 vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R210,227/2014/VZ-35176/2016/322/DRu (dále jen „**první rozhodnutí o rozkladu**“), v němž bylo první prvostupňové rozhodnutí zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání.

22. V prvním rozhodnutí o rozkladu bylo mimo jiné uvedeno, že „*způsob dokazování, na základě kterého Úřad dospěl k závěrům ohledně dosažení hranice 80 % příjmů vybraného uchazeče* [tj. společnosti TS Šluknov – pozn. předsedy Úřadu] *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. (…) 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 jim zřizovaných organizací zahrnuty".

23. Ve vztahu k výroku II prvního prvostupňového rozhodnutí, kterým bylo zrušeno rozhodnutí o zrušení ZŘ a doplnění rozhodnutí o zrušení ZŘ, bylo v prvním rozhodnutí o rozkladu uvedeno, že tento výrok je „*závislý na závěru Úřadu ve věci výroku IV. napadeného rozhodnutí* [tj. návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ – pozn. předsedy Úřadu]. *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"*.

V. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016

24. Dne 1. 7. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc (dále jen „**napadené rozhodnutí**").

25. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh proti rozhodnutí o zrušení ZŘ, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.

26. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.

27. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad zastavil podle § 117a písm. d) zákona správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.

28. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že společnost TS Šluknov v době podání nabídky nedisponovala ve vztahu ke všem zadavatelem stanoveným druhům (katalogovým číslům) odpadů souhlasem 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**") k provozování zařízení k využívání, odstraňování, sběru nebo výkupu odpadů a s jeho provozním řádem (dále jen „**souhlas dle zákona o odpadech**"). Vzhledem k tomu, že požadavek na disponování tímto souhlasem a jeho předložení nebyl obsažen v rámci kvalifikačních předpokladů a ani nebyl v zadávací dokumentaci obsažen jako jiný požadavek zadavatele, který by musel uchazeč splňovat při podání nabídky, zadavatel z tohoto důvodu nemohl vyloučit společnost TS Šluknov z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel měl v důsledku absence souhlasu dle zákona o odpadech důvodnou pochybnost o způsobilosti společnosti TS Šluknov plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu, současně však nebyl oprávněn tohoto dodavatele vyloučit z účasti

v zadávacím řízení a ani ho podle § 59 odst. 4 zákona vyzvat k doložení dalších informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace vzhledem k tomu, že v zadávacích podmínkách nestanovil požadavek na doložení souhlasu dle zákona o odpadech. Zadavatel se tak dle Úřadu 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 a následně vypracovaného odborného stanoviska. Dle názoru Úřadu tak došlo k naplnění podmínek umožňujících zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

29. 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 se společností TS Šluknov postupovat podle zákona nebo zda byl oprávněn využít in-house výjimku. 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 dospěl Úřad k závěru, že zákonné podmínky k tomu, aby zadavatel uzavřel smlouvu se společností TS Šluknov na základě in-house výjimky, byly splněny, v důsledku čehož bylo možné konstatovat, že zadavatel postupoval při uzavření smlouvy ze dne 3. 9. 2013 v souladu se zákonem.

30. 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 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.

VI. Rozklad navrhovatele ze dne 19. 7. 2016

31. Dne 19. 7. 2016 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti výrokům I a II napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 4. 7. 2016. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

32. K výroku I napadeného rozhodnutí navrhovatel v rozkladu uvádí, že nesouhlasí se závěrem Úřadu, že zadavatel neměl jinou možnost, než zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit. Z vymezení předmětu veřejné zakázky bylo zřejmé, že tento zahrnuje nakládání s předem stanovenými druhy odpadů, a to předem stanoveným způsobem, a proto dle navrhovatele bylo povinností každého uchazeče doložit takové doklady k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů, ze kterých by vyplývalo, že je profesně způsobilým zajistit celý předmět plnění veřejné zakázky. V daném případě místo zrušení zadávacího řízení na

veřejnou zakázku postačovalo, aby zadavatel vyloučil společnost TS Šluknov ze zadávacího řízení pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů.

33. Navrhovatel dále v rozkladu uvádí, že společnost TS Šluknov nebyla schopna 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 v rozhodné době neposkytovala. Dle navrhovatele tedy není pravdou, že zadavatel nemohl jinak, než zadávací řízení zrušit, aby se vyhnul riziku uzavření smlouvy se společností TS Šluknov. Dle navrhovatele obsahovala nabídka společnosti TS Šluknov rovněž mimořádně nízké nabídkové ceny dílčích plnění a dále nepravdivé prohlášení v podobě závazného návrhu smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, způsobilé uvést zadavatele v omyl, přičemž v takovém případě nelze uzavřít, že by nabídka této společnosti byla řádná a úplná. Tato mohla být vyloučena již při otevírání obálek, resp. v okamžiku zjištění vadného prohlášení společnosti TS Šluknov mohla být vyloučena podle § 76 zákona ve spojení s § 22 odst. 1 písm. d) zákona.

34. 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.

35. Navrhovatel má dále za to, že důvody zrušení zadávacího řízení nelze považovat za dostatečné a objektivní, neboť hlavním důvodem pro zrušení zadávacího řízení byla snaha zadavatele zadat veřejnou zakázku společnosti TS Šluknov, která se na její plnění začala chystat v podobě objednávek svozové techniky, kontejnerů atd. již v době, kdy nebylo ještě oficiálně rozhodnuto o výběru nejvhodnější nabídky. Vzhledem tomu, že společnosti TS Šluknov nebylo vzhledem k absenci profesních kvalifikačních předpokladů možné zadat veřejnou zakázku v probíhajícím zadávacím řízení, zadavatel zadávací řízení účelově zrušil.

36. K výroku II napadeného rozhodnutí navrhovatel v rozkladu uvádí, že předložené dokumenty a informace od zadavatele a společnosti TS Šluknov, kterými dokládali splnění podmínek pro použití in-house výjimky, jsou nevěrohodné a účelově upravené tak, aby vyhověly záměru obou účastníků správního řízení. To dle navrhovatele vyplývá například z vyjádření společnosti TS Šluknov ze dne 29. 4. 2014 v porovnání s jejím vyjádřením ze dne 6. 6. 2016, v nichž se promítá podstatný rozdíl objemu prací činěných nad rámec paušální smlouvy za totožné období. Navrhovatel Úřadu vytýká, že vyšel z pravdivosti předložených dokumentů, jak zadavatele, tak společnosti TS Šluknov, aniž je blíže přezkoumával. 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. Navrhovatel v rámci koncernové struktury ví o tom, jaké množství a charakter odpadu vyvezla společnost TS Šluknov 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 společnosti TS Šluknov a zadavatele vyvezla společnost TS Šluknov pro zadavatele 65 kontejnerů odpadu, ačkoli ve stejné době navrhovatel eviduje ve své evidenci jen 40 dodávek odpadu společností TS Šluknov 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 společností TS Šluknov uskutečněno dle navrhovatele 28 dodávek odpadu zadavatele v kontejnerech, což představuje rozpor s tvrzením společnosti TS Šluknov v rozsahu celých 37 kontejnerů. Odchylky se dle navrhovatele týkají i dalších měsíců. Navrhovatel tento rozpor dokládá údaji získanými z dotčené skládky.

37. Navrhovatel má dále pochybnosti o tom, zda zadavatelem a společností TS Šluknov prezentovaný způsob vykazování a evidování činností nad rámec paušální smlouvy a bez řádného a průkazného ocenění, není daňovou optimalizací zisku na straně společnosti TS Šluknov a tedy obcházením zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o DPH**“) a zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon o daních z příjmů**“).

38. Navrhovatel dále namítá, že Úřad porovnával nesrovnatelné údaje, když si stanovil podíl činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele vůči celkovým nákladům společnosti TS Šluknov ve sledovaném roce.

39. Navrhovatel rovněž 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 dne 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).

40. Navrhovatel zároveň nesouhlasí se skutečností, že Úřad dovozoval oprávněnost přímého zadání veřejné zakázky společnosti TS Šluknov v září 2013 na základě údajů z roku 2014, tedy z období, kdy již bylo plněno podle uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku.

41. Dle navrhovatele z výpisu z obchodního rejstříku ani z jiných veřejných zdrojů není zřejmé, zda v roce 2012 došlo k nějaké relevantní reorganizaci společnosti TS Šluknov, se kterou by bylo možné spojovat 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 dodává, že tato nebyla ani zadavatelem ani společností TS Šluknov 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, společnost TS Šluknov nikdy nerealizovala 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 společnost TS Šluknov musela 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

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

Vyjádření zadavatele ze dne 26. 7. 2016 k rozkladu

43. Zadavatel se ztotožňuje se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí. Zadavatel je přesvědčen o tom, že v rámci profesní kvalifikace nemohl prověřovat souhlas dle zákona o odpadech, protože nebyl požadován v zadávacích podmínkách. Tento souhlas není dle zadavatele oprávněním k podnikání, oprávnění k podnikání se v tomto případě prokazuje výpisem z živnostenského rejstříku. Ostatní argumenty navrhovatele týkající se zrušení zadávacího řízení jsou dle zadavatele ryze spekulativní a nesouvisí s předmětem správního řízení. Dle zadavatele neexistoval důvod pro vyloučení společnosti TS Šluknov ze zadávacího řízení, a proto bylo zrušeno oprávněně.

44. K problematice naplnění podmínek dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona zadavatel uvádí, že navrhovatel v rozkladu nepředkládá žádné důkazy svědčící o úmyslném manipulování či falšování protokolů a jiných dokladů předložených zadavatelem. Dále zadavatel konstatuje, že navrhovatelem odkazovaná paušální smlouva o nájmu dopravních prostředků existuje mezi zadavatelem a společností TS Šluknov již od roku 2008, přičemž je pouze každý rok aktualizovaná. Dále zadavatel trvá na tom, že in-house výjimku použil oprávněně, neboť společnost TS Šluknov dlouhodobě prováděla činnosti ve prospěch zadavatele v dostatečném objemu.

45. Závěrem svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu zamítl rozklad navrhovatele a potvrdil napadené rozhodnutí.

Vyjádření společnosti TS Šluknov ze dne 24. 7. 2016 k rozkladu

46. Společnost TS Šluknov se ve vyjádření k rozkladu zejména vyjadřuje k tvrzení navrhovatele týkajícímu se množství návozů za leden 2012. K tomu uvádí, že nikdy netvrdila, že všechny uvedené kontejnery byly odvezeny na nejbližší skládku tak, jak uvádí navrhovatel. Společnost TS Šluknov 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. V roce 2010 prošel sběrný dvůr rozsáhlou rekonstrukcí, jejímž účelem bylo započetí třídění odpadu a tím i snížení množství vyváženého odpadu na skládku. Tento odpad se tak vyvážel do jiných koncových zařízení, případně na vlastní deponie.

VII. Rozhodnutí o rozkladu ze dne 5. 12. 2016

47. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

48. Předseda Úřadu rozhodl o rozkladu navrhovatele ze dne 19. 7. 2016 rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0194/2016/VZ-47852/2016/323/EBr ze dne 5. 12. 2016 tak, že napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítnul (dále jen „**druhé rozhodnutí o rozkladu**“).

VIII. Soudní přezkum druhého rozhodnutí o rozkladu

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 8. 2019

49. Navrhovatel podal proti druhému rozhodnutí o rozkladu žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 29 Af 13/2017-101 ze dne 20. 8. 2019 tak, že druhé rozhodnutí o rozkladu zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení (dále jen „**rozsudek KS ze dne 20. 8. 2019**“). Krajský soud v odůvodnění tohoto rozsudku dospěl k závěru, že *zadavatel neprokázal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a proto nebyl oprávněn zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku.*

50. Dle názoru krajského soudu nelze v dané věci jednoznačně hovořit o „netransparentním“ způsobu nastavení zadávacích podmínek (konkrétně profesních kvalifikačních předpokladů), neboť z bodu 9.3 písm. b) zadávací dokumentace, ale i ze samotného předmětu veřejné zakázky vyplývá, že k její realizaci bude nezbytné disponovat oprávněním k nakládání se všemi druhy odpadů, včetně nebezpečných odpadů, tedy i souhlasem dle zákona o odpadech. Přestože se požadavek disponovat a předložit tento souhlas v textu zadávací dokumentace výslovně neuvádí, lze dle krajského soudu očekávat, že do zadávacího řízení na veřejnou zakázku s tak specifickým předmětem se budou hlásit pouze uchazeči, kteří jím disponují, anebo přinejmenším jsou obeznámeni s tím, že jím disponovat musí.

51. Krajský soud je pak především toho názoru, že osoba zúčastněná na řízení se neocitla v situaci, kdy zrušení zadávacího řízení bylo jedinou reálnou a zákonnou alternativou, jak tvrdili zadavateli i Úřadu.

52. Zadavateli dle názoru krajského soudu nic nebránilo v tom, aby za účelem zajištění realizace předmětu veřejné zakázky zákonným způsobem postupoval podle § 59 odst. 4, a to ve vztahu ke všem třem uchazečům shodným způsobem. Pokud by v přiměřené lhůtě daný uchazeč nebyl schopen souhlas dle zákona o odpadech nezbytný pro realizaci předmětu veřejné zakázky předložit, zatímco ostatní uchazeči ano, pak tato skutečnost rozhodně nemůže být dle krajského soudu důvodem pro zrušení celého zadávacího řízení a tedy vyřazení všech uchazečů, ač splňujících podmínky zadávací dokumentace, nýbrž toliko důvodem pro vyřazení toho uchazeče, který tyto podmínky nesplňuje.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 3. 2020

53. Úřad podal proti rozsudku KS ze dne 20. 8. 2019 kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu (dále jen „**NSS**“), který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 6 As 169/2019 - 42 ze dne 26. 3. 2020 tak, že ji zamítl (dále jen „**rozsudek NSS ze dne 26. 3. 2020**“).

54. NSS v odůvodnění rozsudku ze dne 26. 3. 2020 uvedl, že vyhodnotil jako správný závěr krajského soudu, že v posuzovaném případě nebyly dány důvody zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby pokračoval v zadávacím řízení. Zadavatel se dle NSS neocitl v bezvýchodné situaci, kdy by zrušení zadávacího řízení bylo jedinou možností dalšího postupu.

55. Zadavatel v zadávacích podmínkách veřejné zakázky požadoval, aby uchazeči v rámci prokázání profesních kvalifikačních předpokladů doložili doklad o oprávnění k podnikání – pro příslušný předmět podnikání (přeprava odpadů, nakládání s odpady, nakládání s nebezpečnými odpady). Výklad Úřadu, že pojem „doklad o oprávnění k podnikání“ zahrnuje prakticky pouze výpis z živnostenského rejstříku či živnostenský list, nemůže dle názoru NSS obstát.

56. NSS se ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že pokud předmět veřejné zakázky zahrnoval činnosti, pro něž je třeba souhlas dle zákona o odpadech, zadavatel požadoval, aby uchazeči doložili oprávnění k podnikání „pro příslušný předmět podnikání (přeprava odpadů, nakládání s odpady, nakládání s nebezpečnými odpady)“, a podle § 54 písm. b) zákona o veřejných zakázkách se profesní kvalifikační předpoklad prokazuje dokladem o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, bylo z toho možné dovodit, že uchazeči budou muset disponovat i souhlasem dle zákona o odpadech a budou muset zadavateli prokázat splnění tohoto kvalifikačního předpokladu. Z tohoto důvodu je dle NSS správný i závěr krajského soudu, že zrušení zadávacího řízení nebylo jedinou možností zadavatele a přednost měla dostat výzva k předložení dalších dokladů prokazujících splnění kvalifikace, v tomto případě souhlasu dle zákona o odpadech.

IX. Pokračování v řízení o rozkladu navrhovatele ze dne 19. 7. 2016 po zrušení druhého rozhodnutí o rozkladu krajským soudem

57. Po zrušení druhého rozhodnutí o rozkladu rozsudkem KS ze dne 20. 8. 2019 a zamítnutí kasační stížnosti rozsudkem NSS ze dne 26. 3. 2020 byli účastníci řízení vyrozuměni přípisem sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ, č. j. ÚOHS-10688/2020/323/PBl ze dne 9. 4. 2020 o pokračování v řízení o rozkladu navrhovatele ze dne 19. 7. 2016 vedeném pod sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ.

Vyjádření navrhovatele ze dne 4. 5. 2020

58. Dne 4. 5. 2020 obdržel předseda Úřadu vyjádření navrhovatele z téhož dne, jehož obsahem je shrnutí dosavadního průběhu správního řízení, vyjádření navrhovatele k otázce zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona a jeho názor na otázku naplnění podmínek pro uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky.

59. Dle navrhovatele nebyl zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení nejen s odkazem na ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, ale ani s odkazem na ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona. Zároveň je dle navrhovatele evidentní, že společnost TS Šluknov nesplňovala zákonné podmínky pro zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky.

60. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že zruší rozhodnutí zadavatele o zrušení ZŘ a uloží zadavateli zákaz plnění smlouvy na VZ. Pokud by předseda Úřadu napadené rozhodnutí nezměnil, pak navrhuje, aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému posouzení.

Stanovisko předsedy Úřadu

61. 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 napadaného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise a s respektováním závazného právního názoru vysloveného v rozsudku KS ze dne 20. 8. 2019 a v rozsudku NSS ze dne 26. 3. 2020 jsem dospěl k následujícímu závěru.

62. Výrok I napadeného rozhodnutí je nezákonný z důvodu nesprávného právního posouzení naplnění podmínek pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Výroky II a III napadeného rozhodnutí jsou správné a v souladu se zákonem.

63. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroku I a potvrzení výroků II a III napadeného rozhodnutí.

X. K důvodům zrušení výroku I napadeného rozhodnutí

Shrnutí relevantních skutečností

64. Zadavatel obdržel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku 3 nabídky. Zadavatelem jmenovaná hodnotící komise je posoudila a dospěla k závěru, že všechny nabídky splnily stanovené zadávací podmínky. Následně bylo provedeno hodnocení nabídek, na jehož základě zadavatel rozhodl o výběru nabídky společnosti TS Šluknov, jakožto nabídky s nejnižší nabídkovou cenou.

65. Navrhovatel podal proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky námitky, v nichž mimo jiné namítal, že společnost TS Šluknov nedisponuje všemi potřebnými povoleními, která byla k realizaci veřejné zakázky potřeba.

66. Zadavatel námitkám navrhovatele vyhověl tak, že rozhodnutí o výběru společnosti TS Šluknov zrušil. Zadavatel následně ověřil tvrzení navrhovatele o nezpůsobilosti společnosti TS Šluknov plnit veřejnou zakázku a zjistil, že společnost TS Šluknov nedisponuje souhlasem dle zákona o odpadech ve vztahu ke všem druhům odpadů stanoveným v příloze č. 1.3 zadávací dokumentace, a to konkrétně položkám papír a lepenka (kat. č. 200101), sklo (kat. č. 200102), plasty (kat. č. 200139) a kompozitní obaly (kat. č. 150105); blíže viz bod 123 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

67. Společnost TS Šluknov tedy nebyla oprávněna realizovat celý předmět veřejné zakázky. Současně byl zadavatel přesvědčen, že její nabídka splňuje zadávací podmínky a nemá zákonný důvod pro její vyloučení z účasti v zadávacím řízení, a proto by ji měl jakožto uchazeče s nejnižší nabídkovou cenou vybrat a uzavřít s ní smlouvu. Z pohledu zadavatele ovšem existovalo neúměrné riziko, že společnost TS Šluknov nebude oprávněna veřejnou zakázku plnit, což by mohlo vést k neekonomickému vynaložení veřejných prostředků.

68. Zadavatel byl v této souvislosti zejména toho názoru, že v zadávací dokumentaci výslovně nestanovil, jaká povolení a oprávnění bude v rámci posuzování kvalifikace požadovat, a že ze zadávacích podmínek nevyplývala povinnost uchazečů předložit souhlas dle zákona o odpadech ve vztahu k druhům odpadů uvedeným v příloze č. 1.3 zadávací dokumentace.

69. Uvedené okolnosti považoval zadavatel za důvody hodné zvláštního zřetele, pro které po něm nebylo možné požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a proto ho podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušil.

70. Pro úplnost podotýkám, že zadavatel doplnil rozhodnutí o zrušení ZŘ ještě o důvod podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona (blíže viz bod 8 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad však tento důvod zrušení zadávacího řízení v odůvodnění napadeného rozhodnutí neposuzoval, a to se zdůvodněním, že zadavatel zrušil zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona oprávněně a *„jeden oprávněný důvod pro zrušení zadávacího řízení je dostačující“* (blíže viz bod 131 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

K námitce, že zadavatel měl jinou možnost, než zrušit zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona

71. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že zadavatel neměl jinou možnost, než zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit. Z vymezení předmětu veřejné zakázky bylo dle navrhovatele zřejmé, že tento zahrnuje nakládání s předem stanovenými druhy odpadů, a to předem stanoveným způsobem, a proto bylo povinností každého uchazeče doložit takové doklady k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů, ze kterých by vyplývalo, že je profesně způsobilým zajistit celý předmět plnění veřejné zakázky. Navrhovatel je přesvědčen, že lze-li eliminace rizika uzavření smlouvy s nezpůsobilým uchazečem dosáhnout jiným mírnějším prostředkem (v posuzovaném případě jeho vyloučením ze zadávacího řízení), pak nelze zrušit celé zadávací řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

72. Úřad se v odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí ztotožnil s důvody zrušení zadávacího řízení uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o zrušení ZŘ a dospěl k závěru, že v daném případě byly naplněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Úřad v bodě 122 odůvodnění napadeného rozhodnutí zejména uvedl, že *„ze zadavatelem stanoveného profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. b) zákona, v rámci kterého zadavatel požadoval předložit doklad o oprávnění k podnikání, vyplývá, že k prokázání splnění tohoto profesního kvalifikačního předpokladu postačí předložení výpisu z živnostenského rejstříku či živnostenských listů pro příslušné předměty podnikání, jak v daném případě učinili uchazeči o veřejnou zakázku. Z tohoto důvodu má Úřad za to, že zadavatel posoudil prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem“*. V bodě 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad doplnil, že *„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“*.

73. V bodě 127 odůvodnění napadeného rozhodnutí dále Úřad 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* [tj. společnosti TS Šluknov – pozn. předsedy Úřadu] *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 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“*.

74. V bodě 128 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uzavřel, že *„v situaci, kdy zadavatel nebyl oprávněn vybraného uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení a současně existovalo oprávněné riziko, že vybraný uchazeč nebude schopen předmět veřejné zakázky plnit, nebylo možno na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval a uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na předmět veřejné zakázky. V tomto případě lze mít tedy za to, že se jednalo o důvod hodný zvláštního zřetele, pro který nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval“.*

75. S právě uvedenými závěry Úřadu prezentovanými v odůvodnění napadeného rozhodnutí se v návaznosti na právní názor vyslovený v rozsudku KS ze dne 20. 8. 2019 a rozsudku NSS ze dne 26. 3. 2020 z následujících důvodů neztotožňuji.

76. Podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona může zadavatel bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

77. Úřad uvedl v bodě 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí k důvodu zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, že *„oprávněným důvodem pro zrušení zadávacího řízení dle citovaného ustanovení zákona může být rovněž situace, kdy zadavatel nemá reálně jinou možnost, jak v zadávacím řízení pokračovat, než toto zadávací řízení zrušit“*. S tímto závěrem souhlasí i NSS v bodě 18 odůvodnění rozsudku ze dne 26. 3. 2020, kde doplnil, že *„[z]adavatele nelze nutit, aby dokončil zadávací řízení a uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, pokud by tím porušil zákon. Na druhou stranu však každé zadávací řízení musí nějakým způsobem skončit. Nenabízí-li se jiná cesta, musí být možné zadávací řízení zrušit. Již v citovaném rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009 - 109 přitom Nejvyšší správní soud označil důvod pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách za ‚zbytkový‘. Pokud tedy není možné zadávací řízení ukončit výběrem nejvhodnější nabídky uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem ani je zrušit z jiného důvodu, jedná se o důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách“*.

78. Úřad dospěl v posuzovaném případě ve shodě se zadavatelem k závěru, že zadavatel neměl reálně jinou možnost, jak v zadávacím řízení pokračovat, než zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit, a proto postupoval podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona oprávněně. Tento závěr vychází z nesprávného právního názoru zadavatele aprobovaného Úřadem, že zadavatel v zadávacích podmínkách nepožadoval, aby uchazeči jako součást nabídky předložili souhlas dle zákona o odpadech a prokázali tak, že jsou dostatečně kvalifikovaní k provedení celého předmětu plnění veřejné zakázky.

79. V bodě 9.3 písm. b) zadávací dokumentace zadavatel požadoval, aby uchazeči prokázali splnění profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. b) zákona předložením *„dokladu o oprávnění k podnikání – pro příslušný předmět podnikání (přeprava odpadů, nakládání s odpady, nakládání s nebezpečnými odpady)“*.

80. Podle § 54 písm. b) zákona splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci.

81. Jak uvádí NSS v bodě 23 odůvodnění rozsudku ze dne 26. 3. 2020, pojem „doklad o oprávnění k podnikání“ nezahrnuje pouze výpis z živnostenského rejstříku či živnostenský list. V § 54 písm. b) zákona je totiž uvedeno, že tímto dokladem je „zejména“ doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci. Dle NSS se *„[s]lovem ‚zejména‘ standardně uvozuje demonstrativní výčet, což znamená, že do dané množiny ‚dokladů o oprávnění k podnikání‘ patří více prvků než jen ty, které jsou výslovně uvedeny. Zadavatel navíc v zadávacích podmínkách živnostenské oprávnění vůbec nezmínil, požadoval jednoduše doklad o oprávnění k podnikání pro přepravu odpadů, nakládání s odpady a nakládání s nebezpečnými odpady“*.

82. Podle § 14 odst. 1 zákona o odpadech lze zařízení k využívání, odstraňování, sběru nebo výkupu odpadů provozovat pouze na základě rozhodnutí krajského úřadu, kterým je udělen souhlas k provozování tohoto zařízení a s jeho provozním řádem [v tomto rozhodnutí o rozkladu je tento souhlas označován jako „souhlas dle zákona o odpadech“].

83. Jak uvádí NSS v bodě 24 odůvodnění rozsudku ze dne 26. 3. 2020, *„[t]o znamená, že podnikat v rozsahu zahrnujícím činnosti vymezené v § 14 odst. 1 zákona o odpadech lze pouze s platným souhlasem krajského úřadu. Tento souhlas tak lze považovat za doklad o oprávnění k podnikání ve smyslu § 54 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, neboť bez něj určitý druh podnikání není možný. Nejvyšší správní soud se proto ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že pokud předmět veřejné zakázky zahrnoval činnosti, pro něž je třeba souhlas podle § 14 zákona o odpadech, zadavatel požadoval, aby uchazeči doložili oprávnění k podnikání ‚pro příslušný předmět podnikání (přeprava odpadů, nakládání s odpady, nakládání s nebezpečnými odpady)‘, a podle § 54 písm. b) zákona o veřejných zakázkách se profesní kvalifikační předpoklad prokazuje dokladem o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, bylo z toho možné dovodit, že uchazeči budou muset disponovat i souhlasem podle zákona o odpadech a budou muset zadavateli prokázat splnění tohoto kvalifikačního předpokladu“*.

84. Lze tedy shrnout, že z bodu 9.3 písm. b) zadávací dokumentace ve spojení s § 54 písm. b) zákona vyplývá, že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku byli uchazeči povinni prokázat splnění profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. b) zákona předložením dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, což v daném případě byl nejen doklad prokazující příslušná živnostenská oprávnění, ale i souhlas dle zákona o odpadech v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky. Jak uvedl krajský soud v bodě 33 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019, *„nelze v dané věci jednoznačně hovořit o ‚netransparentním‘ způsobu nastavení zadávacích podmínek (konkrétně profesních kvalifikačních předpokladů)“*, což byl stěžejní výchozí argument zadavatele pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, když v rozhodnutí o zrušení ZŘ zejména uvedl, že *„v zadávací dokumentaci výslovně nestanovil, jaká povolení a oprávnění bude v rámci posuzování nabídek, resp. kvalifikace požadovat“*.

85. Skutečnost, že žádný ze tří účastníků zadávacího řízení nesplnil povinnost předložit v nabídce souhlas dle zákona o odpadech, však nemohla být důvodem pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a to především z toho důvodu, že zadavatel měl jinou – „mírnější“ – zákonnou alternativu, jak tuto situaci řešit. Zadavatel měl totiž možnost postupovat podle § 59 odst. 4 zákona, podle něhož *„[v]eřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další*

informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace musejí nastat ve lhůtě podle § 52". Zadavatel měl tedy možnost vyzvat účastníky zadávacího řízení podle § 59 odst. 4 zákona k dodatečnému předložení souhlasu dle zákona o odpadech v rozsahu potřebném pro realizaci veřejné zakázky, a ty uchazeče, kteří by ho nepředložili, pro nesplnění kvalifikace vyloučit podle § 60 odst. 1 zákona z účasti v zadávacím řízení. Není tedy pravdou to, co uvedl Úřad v bodě 127 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že se zadavatel dostal do situace, kdy nemohl v zadávacím řízení tak, aby naplnilo svůj účel, dále pokračovat.

86. Vzhledem k tomu, že měl zadavatel zákonnou možnost pokračovat uvedeným způsobem, neocitl se v bezvýchodné situaci, kdy by zrušení zadávacího řízení bylo jedinou možností dalšího postupu. Ve skutečnosti, že společnost TS Šluknov, která podala nabídku s nejnižší nabídkovou cenou, v dané době nedisponovala souhlasem dle zákona o odpadech v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, proto nelze spatřovat „objektivní důvod hodný zvláštního zřetele", při jehož splnění bylo možné přistoupit ke zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

87. V posuzovaném případě tedy nebyly naplněny zákonné předpoklady pro zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a proto je opačný závěr Úřadu uvedený v odůvodnění napadeného rozhodnutí nesprávný a rozkladová námitka navrhovatele shrnutá v bodě 71 odůvodnění tohoto rozhodnutí důvodná.

Shrnutí k novému projednání návrhu I po zrušení výroku I napadeného rozhodnutí

88. V rámci nového projednání věci se bude Úřad řídit závazným právním názorem vyjádřeným v tomto rozhodnutí o rozkladu, že zadavatel zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona v rozporu se zákonem.

89. V návaznosti na to Úřad vypořádá zbylou část návrhu I, tedy zejména posoudí, zda byly naplněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku z důvodu podstatné změny okolností dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona. Jak uvedl NSS v bodě 27 odůvodnění rozsudku ze dne 26. 3. 2020, *„[v] dalším řízení tak žalovaný* [tj. Úřad – pozn. předsedy Úřadu] *bude muset řádně posoudit i to, zda lze za podstatnou změnu okolností odůvodňující zrušení zadávacího řízení považovat skutečnost, že společnost TS Šluknov později začala dle názoru zadavatele splňovat podmínky pro přímé zadání zakázky na základě in-house výjimky [§ 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách]"*.

XI. K důvodům potvrzení výroku II napadeného rozhodnutí

K ověření, zda již nebyl splněn závazek ze smlouvy na VZ

90. K výroku II napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl o návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ, předně uvádím, že jsem na profilu zadavatele[2] ověřil, zda již nebyla smlouva na VZ splněna. Pokud by již byl závazek ze smlouvy na VZ splněn, nebylo by účelné se rozkladem proti výroku II napadeného rozhodnutí věcně zabývat a řízení o návrhu II by muselo být zastaveno podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu pro jeho bezpředmětnost. Z profilu zadavatele vyplývá, že smlouva na VZ, která byla uzavřena na

[2] *viz https://verejne.zakazky.mesto-sluknov.cz/vz00000039*

dobu neurčitou, je společností TS Šluknov stále plněna, a proto má i v současné době význam námitky rozkladu věcně vypořádat.

Ke skutečnosti, že krajský soud neposoudil zákonnost výroku II napadeného rozhodnutí

91. V žalobě, kterou podal navrhovatel proti druhému rozhodnutí o rozkladu, o níž rozhodl krajský soud rozsudkem ze dne 20. 8. 2019 tak, že druhé rozhodnutí o rozkladu zrušil, se navrhovatel domáhal posouzení nejen výroku I napadeného rozhodnutí, ale i výroku II napadeného rozhodnutí a navazujících závěrů předsedy Úřadu, že byly splněny podmínky pro uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky.

92. Krajský soud k této části žaloby uvedl pouze v bodě 36 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019, že s ohledem na jeho závěr, že zadavatel nebyl oprávněn zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, *„nepovažuje za žádoucí, aby se v této fázi podrobněji zabýval námitkami žalobce vztahujícími se ke způsobu realizace veřejné zakázky II. a tedy otázkou 2), zda byly splněny zákonné podmínky pro použití tzv. in-house výjimky ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Jak ostatně naznačil předseda ÚOHS v rozhodnutí ze dne 8. 3. 2016, kterým zrušil rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 6. 2014, zrušení zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. a následná realizace veřejné zakázky II., obě se týkající téhož předmětu plnění, představují spolu vzájemně související skutečnosti. Bude tedy na předsedovi ÚOHS, příp. na žalovaném, aby krajským soudem vyslovený právní názor o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce I. ze strany osoby zúčastněné na řízení zohlednil při úvaze o přijetí příslušných opatření k nápravě nastalé situace a při hodnocení námitek žalobce vztahujících se ke způsobu realizace veřejné zakázky II“*.

93. Krajský soud tedy vůbec neposuzoval zákonnost a správnost výroku II napadeného rozhodnutí a navazujících závěrů předsedy Úřadu vyslovených v druhém rozhodnutí o rozkladu, a pouze v této souvislosti uvádí, že zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku a následné uzavření smlouvy na VZ představují spolu vzájemně související skutečnosti, protože se týkají téhož předmětu plnění, přičemž odkázal na první rozhodnutí o rozkladu. Na konci bodu 36 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019 krajský soud uvádí, že má předseda Úřadu při posouzení námitek navrhovatele vztahujících se k uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky zohlednit jeho závěry o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

94. Krajský soud v bodě 36 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019 odkazuje na první rozhodnutí o rozkladu. V bodě 80 odůvodnění prvního rozhodnutí o rozkladu bylo uvedeno, že uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o zrušení ZŘ a doplnění rozhodnutí o zrušení ZŘ je závislé na závěru Úřadu ohledně zákonnosti uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky, protože *„pokračování v zadávacím řízení na předmět plnění, který zůstane plněn na základě již uzavřené smlouvy, by bylo bezpředmětným“*.

95. Odkaz krajského soudu na první rozhodnutí o rozkladu tedy nijak neosvětluje to, jak by měl Úřad, resp. jeho předseda zohlednit závěry krajského soudu o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona při posouzení námitek navrhovatele vztahujících se k uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky, protože v bodě 80 odůvodnění prvního rozhodnutí o rozkladu bylo uvedeno, že rozhodnutí ve věci návrhu I je závislé na rozhodnutí ve věci návrhu II, zatímco z bodu 36 odůvodnění rozsudku ze dne

20. 8. 2019 vyplývá opak, a to že mají být v rámci rozhodnutí ve věci návrhu II nějak zohledněny závěry krajského soudu týkající se návrhu I.

96. Krajský soud tedy v bodě 36 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019 uvádí, že při posouzení námitek navrhovatele vztahujících se k uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky mají být zohledněny závěry o nezákonnosti zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, aniž by však současně uvedl, které konkrétní závěry má na mysli a jakým způsobem mají být Úřadem, resp. jeho předsedou zohledněny. Bod 36 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019 je tedy bohužel natolik nekonkrétní, že se jím nelze řídit.

97. Navrhovatel k bodu 36 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019 uvádí v bodech 59 a 60 vyjádření ze dne 4. 5. 2020, že *„[v] rámci rozhodování o zákazu plnění smlouvy uzavřené v rámci in-house, by tedy ÚOHS měl zohlednit i nezákonnost zrušení zadávacího řízení ze strany zadavatele“*, a *„[p]okud tak zadavatel zrušil zadávací řízení nezákonně, pak ani nebyl oprávněn na to samé plnění uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky formou in-house“*. Navrhovatel tedy parafrázuje krajský soud a dodává, že pokud zadavatel zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku nezákonně, nebyl oprávněn na to samé plnění uzavřít smlouvu na VZ na základě in-house výjimky. Navrhovatel však již nepíše, zda tento názor opírá o nějaké ustanovení zákona. Vzhledem k obsáhlosti jeho vyjádření se lze domnívat, že kdyby takové ustanovení zákona znal (resp. by existovalo), jistě by na ně poukázal.

Posouzení závislosti rozhodnutí o výroku II napadeného rozhodnutí (a návrhu II) na rozhodnutí o výroku I napadeného rozhodnutí (a návrhu I)

98. Nejen v reakci na bod 36 odůvodnění rozsudku ze dne 20. 8. 2019 (viz předchozí body odůvodnění tohoto rozhodnutí) jsem posoudil, zda a jak zohlednit konstatovanou nezákonnost zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona při hodnocení námitek navrhovatele vztahujících se ke způsobu zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky. Z následujících důvodů jsem dospěl k závěru, že rozhodnutí o výroku II napadeného rozhodnutí (ve věci návrhu II na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ) není nijak závislé na rozhodnutí o výroku I napadeného rozhodnutí (ve věci návrhu I proti rozhodnutí o zrušení ZŘ).

99. Zadavatel uzavřel smlouvu na VZ podle v § 18 odst. 1 písm. e) zákona na základě tzv. in-house výjimky z působnosti zákona. Pokud zde uvedené podmínky (blíže viz body 105 a 106 odůvodnění tohoto rozhodnutí) byly splněny, uzavřel smlouvu na VZ mimo režim zákona oprávněně, a to nezávisle na skutečnosti, jestli ve stejné době probíhalo zadávací řízení na stejnou veřejnou zakázku, neboť taková podmínka v § 18 odst. 1 písm. e) zákona stanovena není.

100. Na tento případ ani nedopadá § 84 odst. 6 zákona, podle něhož *„zadavatel není oprávněn zahájit zadávací řízení, kterému předcházelo zadávací řízení s obdobným předmětem plnění, před zrušením takového předchozího zadávacího řízení“*. Je to z toho důvodu, že smlouva na VZ nebyla uzavřena v zadávacím řízení, ale na základě in-house výjimky ze zákona.

101. Navrhovatel podal návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ v souladu s § 114 odst. 2 písm. a) zákona. Úřad navrhované nápravné opatření ukládá podle § 118 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 120 odst. 1 písm. c) zákona, pouze pokud zadavatel uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146

odst. 1 zákona, ačkoli ho byl povinen podle zákona uveřejnit. To, zda Úřad uloží nápravné opatření spočívající v zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku, tedy závisí pouze na splnění této jediné podmínky. Pokud tedy Úřad dospěl v posuzovaném případě k závěru, že zadavatel uzavřel smlouvu na VZ na základě in-house výjimky oprávněně, a proto před tím nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, Úřad nebyl oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy na VZ, a naopak byl povinen návrh II zamítnout.

102. V návaznosti na výše uvedené tedy shrnuji, že rozhodnutí o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ není dle mého názoru nijak závislé na posouzení otázky, zda zadavatel zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku oprávněně. Zamítnutí ani vyhovění návrhu I v rámci nového projednání věci tedy nemůže mít žádný vliv na výsledek posouzení naplnění podmínek pro uložení zákazu plnění smlouvy na VZ. Je to z toho důvodu, že otázku zákonnosti zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku nelze podřadit pod podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona ani § 118 odst. 2 písm. a) zákona, jejichž splnění Úřad v řízení o návrhu II posuzuje, a ustanovení § 84 odst. 6 zákona na daný případ nedopadá. Výrok II napadeného rozhodnutí ve věci návrhu II tedy může nabýt samostatně právní moci nezávisle na výroku I napadeného rozhodnutí ve věci návrhu I.

K dalšímu postupu ve vztahu k výroku II napadeného rozhodnutí po zrušení druhého rozhodnutí o rozkladu krajským soudem

103. Jak je výše podrobně rozvedeno, krajský soud v rozsudku ze dne 20. 8. 2019 vůbec neposuzoval zákonnost výroku II napadeného rozhodnutí a navazujících právních závěrů vyslovených v druhém rozhodnutí o rozkladu. Současně jsem v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí dospěl k závěru, že rozhodnutí o výroku II napadeného rozhodnutí (ve věci návrhu II na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ) není nijak závislé na rozhodnutí o výroku I napadeného rozhodnutí (ve věci návrhu I proti rozhodnutí o zrušení ZŘ). Vzhledem k tomu nebylo nutné přistoupit ke změně právního posouzení výroku II napadeného rozhodnutí provedeného v druhém rozhodnutí o rozkladu. Po novém projednání rozkladu rozkladovou komisí jsem proto na tomto právním názoru setrval a výrok II napadeného rozhodnutí opětovně tímto rozhodnutím potvrdil.

104. V této souvislosti ještě konstatuji, že jsem dne 4. 5. 2020 obdržel vyjádření navrhovatele z téhož dne (blíže viz body 58-60 odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomuto vyjádření jsem při vypořádání námitek rozkladu přihlížel, avšak v intencích § 82 odst. 4 správního řádu, v němž je zakotvena zásada koncentrace řízení a hlavně § 89 odst. 2 správního řádu, podle něhož se správnost napadaného rozhodnutí posuzuje pouze v rozsahu námitek uvedených v rozkladu.

Stručné shrnutí postupu Úřadu při posouzení naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky

105. Podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona zadavatelé nebyli povinni zadávat podle zákona veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem bylo poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonávala podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které měl veřejný zadavatel výlučná majetková práva; veřejný zadavatel měl výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponoval sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě, nebo pokud taková

osoba měla právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, neměla vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonával kontrolu nad hospodařením takové osoby.

106. Z citovaného ustanovení zákona vyplývá, že za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., který dopadá na posuzovaný případ, bylo možné zadat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení na základě tzv. in-house výjimky za současného splnění těchto tří podmínek:

    a. dodávky, služby nebo stavební práce byly poskytnuty „veřejnému zadavateli“,

    b. veřejný zadavatel měl v osobě dodavatele „výlučná majetková práva“,

    c. dodavatel vykonával ve prospěch veřejného zadavatele „podstatnou část své činnosti“.

107. Úřad uvedl ve vztahu k posuzovanému případu v bodech 139 a 140 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že zadavatel je územním samosprávným celkem, a že byl jediným společníkem společnosti TS Šluknov, a proto byly splněny první dvě podmínky stanovené v 18 odst. 1 písm. e) zákona [viz písm. a) a b) předchozího bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí]. Závěr Úřadu ohledně naplnění těchto dvou podmínek je dle mého názoru správný, nevzbuzuje žádné pochybnosti a ani navrhovatel ho nenapadá.

108. Navrhovatel však rozporuje splnění poslední podmínky, aby společnost TS Šluknov vykonávala ve prospěch zadavatele „podstatnou část své činnosti“. Úřad naplnění této podmínky posoudil v bodech 141-162 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

109. V § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb. nebyly upraveny podmínky pro uzavření smlouvy na základě tzv. in-house výjimky tak podrobně jako nyní v § 11 a § 13 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“ nebo „**zákon č. 134/2016 Sb.**“). Vzhledem k tomu postupoval Úřad při posouzení smlouvy na VZ a při výkladu neurčitého právního pojmu „podstatná část činnosti“ nejen podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona, ale zohlednil ve větší míře i judikaturu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**SDEU**“), jakož i úpravu v zákoně č. 134/2016 Sb., která z judikatury SDEU vychází, a rovněž vlastní výkladové stanovisko týkající se „in-house zadávání“ uveřejněné na internetových stránkách Úřadu[3] (v listinném spisu vedeném ve věci je založeno pod položkou č. 12 v rámci dílčí složky, která je v obsahu spisu vedena jako položka č. 2; dále jen „**výkladové stanovisko Úřadu**“), které také z judikatury SDEU vychází.

110. V zákoně č. 137/2006 Sb. (na rozdíl od ZZVZ) nebyla zejména uvedena procentuální hranice výkonu činností ve prospěch veřejného zadavatele, při jejímž překročení by bylo možné konstatovat, že příslušný dodavatel pro veřejného zadavatele vykonával „podstatnou“ část své celkové činnosti. Jak je patrné z bodů 143-145 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad při výkladu tohoto neurčitého právního pojmu zohlednil rozsudek SDEU C-340/04 ve věci Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA ze dne 11. 5. 2006, (dále jen „**rozsudek Carbotermo**“), podle něhož mohou mít činnosti pro subjekty odlišné od zadavatele pouze marginální (okrajový) charakter, a rozsudek SDEU C-295/05 ve věci Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado ze dne 19. 4. 2007, podle něhož lze do podílu činnosti, kterou vykonává dodavatel ve prospěch zadavatele, zahrnout i činnosti, které vykonává ve prospěch

[3] *viz www.uohs.cz/download/Sekce_VZ/Metodiky/inhouse.pdf*

subjektů, jež jsou zadavatelem zřizovány nebo ovládány, resp. ve kterých zadavatel disponuje výlučnými majetkovými právy. V posuzovaném případě byly takovými subjekty např. Základní škola Šluknov či Mateřská škola Šluknov (více viz bod 153 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

111. Úřad shromáždil za účelem zjištění rozsahu a charakteru činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele rozsáhlý důkazní materiál (viz např. body 118-122 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a to mimo jiné i v návaznosti na první rozhodnutí o rozkladu, jímž bylo zrušeno první prvostupňové rozhodnutí právě z důvodu nedostatečného zjištění skutkového stavu týkajícího se naplnění podmínek pro uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky.

112. Úřad vypočítal, že v roce 2013, kdy byla smlouva na VZ uzavřena, přesahoval objem činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele (včetně osob, u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) hranici 80 % (blíže viz body 153 a 159 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Hranice ve výši 80 % z celkového podílu činností dodavatele ve prospěch zadavatele je v aktuální právní úpravě stanovena v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ jako jedna z podmínek, při jejichž splnění může zadavatel uzavřít smlouvu na základě in-house výjimky mimo režim zákona v rámci tzv. vertikální spolupráce. Tato procentuální hodnota v ZZVZ nahradila neurčitý právní pojem „podstatná“ část činnosti ve prospěch zadavatele stanovený v § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb.

113. Protože tedy v zákoně č. 137/2006 Sb., který dopadá na posuzovaný případ, nebyla stanovena žádná procentuální hranice výkonu činnosti ve prospěch zadavatele, při jejímž překročení by bylo možné konstatovat, že se jednalo o „podstatnou“ část činnosti, mohl Úřad hranici 80 % stanovenou v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ použít pouze jako vodítko, a naplnění podmínky výkonu podstatné části činnosti ve prospěch zadavatele musel **posoudit v širších souvislostech a se zohledněním konkrétních skutkových okolností případu**, a to i v návaznosti na své výkladové stanovisko, podle něhož *„[n]epostačuje tedy pouhý nadpoloviční podíl činnosti a neuplatní se zde ani pravidlo 80 % podílu činnosti (přestože jej zmiňuje důvodová zpráva), neboť analogické použití výjimky upravené pro sektorové zadavatele judikatura ESD nepřipouští (viz rozsudek Carbotermo). Pro uplatnění výjimky nelze stanovit konkrétní jednoduché pravidlo, tj. přesné procento z obratu dodavatele (v některých případech nelze vyloučit také kvalitativní kritéria). Splnění této podmínky bude vždy nutno posuzovat případ od případu“*.

114. Úřad vzhledem k uvedenému nezohlednil v rámci posouzení splnění podmínky výkonu podstatné části činností společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele pouze „kvantitativní“, ale správně též „kvalitativní“ okolnosti případu, a proto např. v bodě 160 odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na charakter činností vykonávaných společností TS Šluknov pro subjekty odlišné od zadavatele a v bodě 161 odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že tyto činnosti měly převážně doplňkový charakter k činnostem, které společnost TS Šluknov vykonávala pro zadavatele, a že se jednalo převážně o činnosti v rámci nevyužitých kapacit na straně této společnosti.

115. Úřad dle mého názoru posoudil všechny relevantní skutečnosti a dospěl tak v bodě 162 odůvodnění napadeného rozhodnutí ke správnému závěru, že společnost TS Šluknov vykonávala podstatnou část svých činností ve prospěch zadavatele za „netržních“ podmínek,

a s ohledem na charakter a okrajový rozsah činností, jež vykonávala ve prospěch osob odlišných od zadavatele v rámci tržního prostředí, nemohlo vést zadání posuzované veřejné zakázky s využitím in-house výjimky k podstatnému omezení nebo narušení hospodářské soutěže.

116. Úřad tak dle mého názoru posoudil naplnění podmínek pro uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky v souladu s účelem § 18 odst. 1 písm. e) zákona, kterým bylo zadavatelům umožnit efektivní pořizování dodávek, služeb či stavebních prací s využitím „vlastních zdrojů“ bez nutnosti provést zadávací řízení, a to za předpokladu, že tím nenaruší hospodářskou soutěž.

K námitce zpochybňující věrohodnost důkazních prostředků

117. Navrhovatel v rozkladu předně namítá, že předložené dokumenty a informace, z nichž Úřad při svém rozhodnutí vycházel, jsou nevěrohodné a účelově upravené tak, aby zdánlivě byly naplněny podmínky pro použití in-house výjimky, a zároveň namítá, že Úřad vyšel z pravdivosti předložených dokumentů jak zadavatele, tak společnosti TS Šluknov, aniž je blíže přezkoumával.

118. Jak vyplývá z bodu 22 odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad byl povinen na základě právního závěru vysloveného v prvním rozhodnutí o rozkladu doplnit zjištění skutkového stavu týkajícího se naplnění podmínek pro uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti. Po posouzení odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí a podkladů rozhodnutí doplněných do spisu jsem toho názoru, že Úřad nedostatky prvního prvostupňového rozhodnutí napravil.

119. Konkrétně Úřad po vydání usnesení č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-11996/2016/541/MSc ze dne 31. 3. 2016 obsahujícího výzvu k zaslání veškerých dokumentů vztahujících se k projednávané věci obdržel od zadavatele dne 13. 4. 2016 faktury vystavené společností TS Šluknov zadavateli v letech 2012 a 2013, knihu faktur společnosti TS Šluknov ze stejného období, předávací protokoly mezi společností TS Šluknov a zadavatelem a jiné dokumenty blíže specifikované v bodech 94 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

120. Úřad dále vydal usnesení č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-17383/2016/541/MSc ze dne 25. 4. 2016, kterým k zajištění účelu správního řízení určil zadavateli a společnosti TS Šluknov lhůtu k doložení činností, jež byly společností TS Šluknov vykonávány v rámci tzv. paušální smlouvy, včetně doložení této paušální smlouvy a sdělení, zda platby za tyto činnosti byly zahrnuty v knize vydaných faktur předložené Úřadu dne 18. 4. 2016. Úřad dále požadoval po zadavateli a společnosti TS Šluknov doložení činností, jež byly společností TS Šluknov vykonávány ve prospěch zadavatele nad rámec tzv. paušální smlouvy, a objasnění činností, jež byly Úřadu doloženy dne 18. 4. 2016 prostřednictvím předávacích protokolů a nebyly ze strany společnosti TS Šluknov fakturovány, resp. nebyly ze strany zadavatele žádným způsobem hrazeny, včetně vysvětlení a doložení, jakým způsobem byly tyto činnosti zadavatelem objednávány.

121. Dne 12. 5. 2016 vydal Úřad k zajištění účelu správního řízení další usnesení č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-20210/2016/541/MSc, kterým opět určil zadavateli a společnosti TS Šluknov lhůtu k objasnění a doložení dalších dokumentů a údajů, kupříkladu se jednalo o doložení podrobného propočtu, jakým zadavatel a společnost TS Šluknov dospěli

k jednotlivým částkám uvedeným v tabulkách obsahujících podíl objemu činností pro zadavatele na celkovém objemu činností společnosti TS Šluknov za roky 2012 a 2013. Usnesením č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-23158/2016/541/MSc ze dne 31. 5. 2016 požadoval Úřad po zadavateli a společnosti TS Šluknov další objasnění a sdělení týkající se projednávané problematiky.

122. Úřad v reakci na výše uvedená usnesení obdržel od zadavatele a společnosti TS Šluknov dokumenty a vysvětlení, na základě kterých, spolu s ostatními podklady založenými ve spisu, dospěl dle mého názoru k relevantním závěrům, které v napadeném rozhodnutí dostatečně odůvodnil. Úřadem zjištěný stav věci přezkoumatelně a správně podpírá výrok II napadeného rozhodnutí, a proto se domnívám, že Úřad v tomto ohledu postupoval v souladu se správním řádem. Neztotožňuji se proto s tvrzením navrhovatele, že Úřad vyšel z pravdivosti předložených dokumentů, aniž by je blíže přezkoumával, neboť si naopak jejich pravdivost ověřoval doplňujícími dotazy v podobě výše uvedených usnesení a následně je ve vzájemné souvislosti dostatečně posoudil.

123. K navrhovatelem namítané účelové úpravě vykazovaných plnění a protiplnění mezi zadavatelem a společností TS Šluknov, která má být prokazatelná z vyjádření společnosti TS Šluknov, uvádím následující.

124. Dne 29. 4. 2014 obdržel Úřad vyjádření společnosti TS Šluknov, jehož přílohou byla struktura příjmů (bez DPH) za rok 2012. Dne 6. 6. 2016 obdržel Úřad další vyjádření společnosti TS Šluknov, jehož obsahem bylo krom jiného také doložení objemu činností, jež byly vykonávány společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele v roce 2014. Jak již z výše uvedeného vyplývá, z vyjádření společnosti TS Šluknov ze dne 29. 4. 2014 byla zřejmá částka objemu činností vykonaných v roce 2012. Vyjádření společnosti TS Šluknov ze dne 6. 6. 2016 naopak dokládalo objem činností, jež byly vykonávány společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele v roce 2014. Nelze se tedy ztotožnit s názorem navrhovatele uvedeným v rozkladu, že vyjádření společnosti TS Šluknov 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 společnosti TS Šluknov z roku 2014 se jednalo o údaje za rok 2012 a v případě vyjádření společnosti TS Šluknov z roku 2016 se jednalo o údaje za rok 2014.

125. K navrhovatelem namítané pochybnosti o správnosti údajů v předávacích protokolech týkajících se objemu vykazovaných činností o svozu kontejnerů uvádím, že souhlasím s vyjádřením společnosti TS Šluknov k rozkladu shrnutým v bodě 46 odůvodnění tohoto rozhodnutí, a podotýkám, že společnost TS Šluknov v žádném z poskytnutých dokumentů netvrdila, že kontejnery vozila na nejbližší skládku tak, jak uvádí navrhovatel. Záviselo pouze na jejím rozhodnutí, kolik kontejnerů a kam vyveze. Ani tuto námitku navrhovatele tedy neshledávám důvodnou, protože neprokazuje nevěrohodnost údajů, které Úřadu předložila společnost TS Šluknov.

126. K samotné pochybnosti navrhovatele o věrohodnosti dokumentů (zejména předávacích protokolů dokládajících provedení nefakturovaných činností) předložených v tomto správním řízení ze strany zadavatele a společnosti TS Šluknov považuji za nutné konstatovat následující.

127. 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 tomto správním řízení byl ze strany zadavatele a společnosti TS Šluknov 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 nepokládám za pravděpodobné. Mám tedy za to, že navrhovatelem namítanou účelovou úpravu vykazovaných plnění a protiplnění mezi zadavatelem a společností TS Šluknov nepodpírají ani výše uvedené skutečnosti.

128. Závěrem k této skupině námitek tedy shrnuji, že žádný z předložených dokumentů jak ze strany společnosti TS Šluknov, tak zadavatele nevzbuzuje pochybnosti o účelové úpravě vykazovaných plnění a protiplnění mezi těmito subjekty, a proto tuto námitku navrhovatele neshledávám důvodnou.

K námitce týkající se nefakturovaných činností

129. Navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřadu nebyly předloženy objektivní důkazy o charakteru a rozsahu činností nad rámec paušální smlouvy a tedy zadavatel a společnost TS Šluknov neunesli v této věci důkazní břemeno, a proto Úřad neměl k těmto nefakturovaným částkám vůbec přihlížet.

130. K této námitce uvádím, že se Úřad tzv. nefakturovanými činnostmi zabýval zejména v bodech 154-157 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a jsem toho názoru, že této otázce věnoval dostatečnou pozornost a posoudil ji správně. Jak uvedl sám Úřad v bodě 154 odůvodnění napadeného rozhodnutí, v šetřeném případě považoval za *klíčové* zjistit, zda lze do výpočtu podílu činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele zahrnout i činnosti, jež nebyly zadavateli fakturovány a tedy zadavatelem hrazeny. Úřad v návaznosti na první rozhodnutí o rozkladu nejdříve doplnil zjištění stavu věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, a teprve poté tuto otázku posoudil.

131. Úřad dle mého názoru vyšel ze správné úvahy, že vztahy mezi zadavatelem a jím podřízenou obchodní společností, která se od vnitřního organizačního útvaru liší „jen“ v tom, že má vlastní právní osobnost, nemusí být a z povahy věci ani nebudou založeny na tržních podmínkách a mohou být vykonávány i bezplatně. Nelze proto odmítnout započítat do podílu činností i ty činnosti, které společnost TS Šluknov vykonala pro zadavatele bezúplatně, neboť i tímto způsobem byly naplňovány úkoly, které zadavatel této společnosti svěřil a pro které ji zřídil. Jak je uvedeno v bodě 25 rozsudku SDEU ve věci C-15/13 ze dne 8. 5. 2014,

*„**orgán veřejné správy, který je veřejným zadavatelem, má možnost vykonat úkoly veřejného zájmu, které mu přísluší, vlastními prostředky, správními, technickými a jinými*** [Pozn.: zvýraznění provedeno předsedou Úřadu]*, aniž je povinen se obrátit na vnější subjekty nenáležející k jeho organizačním složkám, a že tato výjimka může být rozšířena na situace, v nichž smluvní partner je subjektem právně odlišným od veřejného zadavatele, pokud veřejný zadavatel vykonává nad subjektem, jemuž je veřejná zakázka zadána, kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a pokud tento subjekt s veřejným zadavatelem či zadavateli, které jej vlastní, uskutečňuje převážnou část své činnosti (v tomto smyslu viz rozsudky Teckal, EU:C:1999:562, bod 50, jakož i Stadt Halle a RPL Lochau, EU:C:2005:5, body 48 a 49). V takových případech lze mít za to, že veřejný zadavatel využívá vlastních prostředků“*. V posuzovaném případě tedy mohly být nefakturované činnosti zahrnuty do souhrnu činností vykonaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele, pokud byly, jak zdůraznil Úřad v bodě 154 odůvodnění napadeného rozhodnutí, řádně doloženy.

132. Společnost TS Šluknov doložila nefakturované činnosti prostřednictvím předávacích protokolů. Jak vyplývá z bodů 155-157 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad tyto protokoly náležitě posoudil a dle mého názoru dospěl ke správnému závěru, že tyto činnosti lze považovat za prokázané. Jak uvádí zadavatel ve vyjádření ze dne 26. 7. 2016 k rozkladu, navrhovatel v rozkladu ani žádné důkazy svědčící o manipulování či falšování protokolů nebo jiných dokladů nepředkládá.

133. I s přihlédnutím k tomu, co jsem již uvedl v bodech 125 a 126 odůvodnění tohoto rozhodnutí, shledávám námitku navrhovatele, že Úřad neměl k nefakturovaným činnostem přihlížet, jako nedůvodnou.

K námitce, že Úřad stanovil podíl činností prostřednictvím nesprávné metody

134. K námitce navrhovatele, že Úřad porovnával nesrovnatelné údaje, když stanovil pro určení, zda společnost TS Šluknov vykonávala ve prospěch zadavatele podstatnou část svých činností, podíl činností této společnosti vykonávaných ve prospěch zadavatele vůči celkovým nákladům společnosti TS Šluknov, uvádím následující.

135. Předně poukazuji na to, že zákon č. 137/2006 Sb. (na rozdíl od § 13 ZZVZ) neobsahoval žádné vodítko, jak se má podíl činností dodavatele vykonávaných ve prospěch zadavatele určit. Jak vyplývá z bodu 143 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad si byl vědom toho, že v rozsudku Carbotermo vycházel SDEU při výpočtu podílu činností z ekonomického ukazatele obratu. Současně měl Úřad na zřeteli novou právní úpravu v § 13 odst. 1 ZZVZ, podle níž *„není-li možno určit tento obrat, použijí se jako základ pro výpočet v případě vertikální spolupráce celkové náklady právnické osoby“* (viz body 151 a 152 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

136. Úřad se ke skutečnosti, proč v posuzovaném případě nepoužil metodu obratu, vyjádřil zejména v bodě 158 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde konstatoval, že použití metody obratu by zkreslilo hodnotu podílu činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele, neboť v daném případě nebyly některé činnosti fakturovány a tyto do obratu společnosti TS Šluknov nijak nevstupují. Jak Úřad uvedl ve svém výkladovém stanovisku, *„z obecného hlediska lze podmínku převážné činnosti ve prospěch zadavatele splnit i v případě, že úhrada za činnost ve prospěch zadavatele nebude směřovat přímo od*

zřizovatele nebo zakladatele, neboť se v praxi mohou vyskytnout i případy, kdy všechny podmínky pro ‚in-house zadávání' budou naplněny, avšak přímé platby od zřizovatele budou z povahy věci znemožněny a budou hrazeny z jiných zdrojů".

137. V zákoně č. 137/2006 Sb. nebyla uvedena procentuální výše, při jejímž splnění by bylo možné považovat podíl činností vykonávaných ve prospěch zadavatele za „podstatný", a tudíž tento zákon ani neobsahoval metodu výpočtu tohoto podílu. Domnívám se proto, že za situace, kdy Úřad při posuzování naplnění podmínek pro uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky podpůrně ověřil naplnění hodnoty 80 % stanovené v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ, který na daný případ nedopadá, mohl podpůrně vyjít i z § 13 odst. 1 ZZVZ, jenž na daný případ rovněž nedopadá, podle něhož lze jako základ pro výpočet podílu činností použít nejen obrat dodavatele, ale v některých případech i jeho celkové náklady. Je však třeba zdůraznit, že vzhledem k absenci obdobné úpravy v zákoně č. 137/2006 Sb. zohlednil Úřad při posouzení naplnění podmínky výkonu podstatné části činností ve prospěch zadavatele i další neméně důležité skutečnosti a okolnosti případu (blíže viz body 113-116 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Námitku navrhovatele proti „nákladové metodě" výpočtu podílu činností proto shledávám nedůvodnou.

K námitce, že Úřad vycházel z údajů za celý rok 2013

138. K námitce navrhovatele, že Úřad při posouzení splnění podmínek pro použití in-house výjimky nesprávně vycházel z údajů za celé účetní období roku 2013, uvádím následující.

139. Stejně jako zákon č. 137/2006 Sb. nestanovil, kolik procent činností musel dodavatel provádět ve prospěch zadavatele, aby se jednalo o „podstatnou" část z jeho celkové činnosti, a jakým způsobem by se měl takový podíl činností určovat, nestanovil ani rozhodné období, v jehož rámci se mělo naplnění podmínek pro zadávání veřejné zakázky na základě in-house výjimky posuzovat. Tato skutečnost explicitně nevyplývala ani z relevantní judikatury SDEU. Z evropské judikatury naopak vyplývala nutnost zabývat se splněním podmínek výjimky v kontextu příslušné veřejné zakázky a v konkrétním časovém rámci zvážit veškeré relevantní okolnosti daného případu s tím, že pro posouzení splnění podmínek pro použití in-house výjimky je v určitých případech potřeba brát v úvahu také období po okamžiku zadání zakázky (srov. rozsudek SDEU ve věci sp. zn. C-573/07 Sea ze dne 10. 9. 2009).

140. Vzhledem k tomu, že úprava „in-house zadávání" byla v zákoně č. 137/2006 Sb. stručnější, resp. obsahovala neurčitý právní pojem „podstatná část činností", vytvořil Úřad výkladové stanovisko, v němž mimo jiné uvedl, že *„rozhodným obdobím pro posouzení, zda jsou kumulativně naplněny obě podmínky, by měl být rozpočtový rok, v němž je veřejná zakázka zadávána"*. Tímto výkladovým stanoviskem se Úřad řídil i při posouzení právě šetřené věci a za rozhodné období primárně považoval rok 2013, v němž byla smlouva na VZ uzavřena. Přihlédnul však i k údajům za rok 2012 a k nárůstu podílu činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele mezi lety 2012 a 2014 (viz body 159 a 161 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

141. V této souvislosti opětovně zdůrazňuji, že Úřad naplnění podmínek pro uzavření smlouvy na VZ posuzoval v širším kontextu než jen prismatem procentuálního podílu činností ve prospěch zadavatele, a to s ohledem na účel § 18 odst. 1 písm. e) zákona (blíže viz body 113-116 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

142. Vzhledem k uvedenému shledávám námitku navrhovatele, že Úřad nesprávně vycházel z údajů za celé účetní období roku 2013, jako nedůvodnou.

K námitce, že Úřad dovozoval oprávněnost přímého zadání veřejné zakázky na základě údajů z roku 2014

143. K námitce týkající se nesouhlasu navrhovatele se skutečností, že Úřad dovozoval oprávněnost přímého zadání veřejné zakázky na základě údajů z roku 2014, uvádím následující.

144. Údaje z roku 2014 týkající se podílu činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele uvedl Úřad v bodech 159 a 161 odůvodnění napadeného rozhodnutí. V bodě 161 odůvodnění napadeného rozhodnutí konkrétně konstatoval, 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“*. Úřad tedy v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval překročení hranice 80 % ve vztahu k údajům za rok 2013, přičemž jako doplnění tohoto závěru uvedl, že již od roku 2012 a zároveň také v roce 2014 měl objem činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele vzrůstající tendenci. Základem úvahy Úřadu byly tedy zejména údaje z roku 2013, stejně jak předpokládá ve svém výkladovém stanovisku. Údaje, které byly vzaty v potaz z ostatních let, měly pouze doplňující a orientační charakter, jehož cílem bylo poukázání na nárůst podílu činností vykonávaných společností TS Šluknov ve prospěch zadavatele. Ani tuto námitku proto neshledávám důvodnou.

K námitce, že společnost TS Šluknov obešla zákon o DPH a zákon o daních z příjmů

145. K námitce navrhovatele, že společnost TS Šluknov z důvodu optimalizace zisku obešla zákon o DPH a zároveň zákon o daních z příjmů, uvádím následující.

146. Úřad dle § 112 zákona vykonává dohled nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh. Pravomocí Úřadu tedy jednoznačně není zkoumat, zda zadavatel či společnost TS Šluknov jednali v souladu se zákonem o DPH či zákonem o daních z příjmů. Tedy vzhledem k tomu, že tato námitka nedopadá do oblasti působnosti Úřadu, není v rámci tohoto řízení o rozkladu důvodná.

K námitkám týkajícím se reorganizace činností společnosti TS Šluknov

147. K námitkám týkajícím se reorganizace činností společnosti TS Šluknov, tvrzené Úřadem v bodech 165 a 166 odůvodnění napadeného rozhodnutí, uvádím následující.

148. Úřad tuto skutečnost zohlednil v závěru odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze *„nad rámec uvedeného“*. Námitky navrhovatele týkající se reorganizace činností společnosti TS Šluknov tedy nesměřují proti nosné argumentaci Úřadu, nýbrž proti závěrům vysloveným tzv. *obiter dictum*.

149. V této souvislosti lze odkázat na rozsudek NSS č. j. 4 As 179/2015-75 ze dne 20. 11. 2015, v němž bylo uvedeno, že *„[o]hledně údajného pochybení krajského soudu ve vztahu k jeho závěru učiněnému obiter dictum* […] *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“. V usnesení č. j. 8 As 52/2006-74 ze dne 21. 11. 2007 NSS konstatoval, že *„[a]rgumentoval-li* [stěžovatel – pozn. předsedy Úřadu] *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 otřást a míří mimo“.* Byť NSS k těmto závěrům dospěl v rámci správního soudnictví, jsou obecně aplikovatelné také na správní řízení.

150. Lze tedy konstatovat, že námitky navrhovatele týkající se reorganizace činností společnosti TS Šluknov nejsou důvodné, protože směřují proti neautoritativní části odůvodnění napadeného rozhodnutí, která byla zmíněna jen nad rámec jeho nosné argumentace.

Shrnutí k posouzení výroku II napadeného rozhodnutí

151. V návaznosti na výše uvedené a na to, co Úřad uvedl v bodech 141-162 odůvodnění napadeného rozhodnutí, souhlasím s Úřadem v tom, že činnosti vykonávané společností TS Šluknov pro ostatní subjekty měly pouze okrajový charakter, a činnosti ve prospěch zadavatele a jemu podřízené organizace tvořily podstatnou a rozhodující část obchodních aktivit této společnosti, a proto v posuzovaném případě byla splněna i podmínka, aby společnost TS Šluknov vykonávala ve prospěch zadavatele „podstatnou část své činnosti“.

152. Byly tak splněny všechny podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona (srov. body 105-107 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a proto Úřad dospěl ke správnému závěru, že zadavatel uzavřel smlouvu na VZ na základě in-house výjimky oprávněně. Vzhledem k tomu nebyl dán důvod pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona spočívajícího v uložení zákazu plnění smlouvy na VZ, a naopak byl dán důvod pro zamítnutí návrhu II podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona.

XII. K důvodům potvrzení výroku III napadeného rozhodnutí

K právní moci výroku III napadeného rozhodnutí

153. 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.

154. Podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona uloží Úřad zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

155. Navrhovatel podal rozklad proti výrokům I a II napadeného rozhodnutí. V tomto rozsahu nenabylo napadené rozhodnutí právní moci. Napadené rozhodnutí však nenabylo právní moci ani ve výroku III, ačkoliv proti němu žádný rozklad podán nebyl, a to z toho důvodu, že ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu jde o výrok, který tvoří nedílný celek s výrokem II napadeného rozhodnutí, proti němuž podal rozklad navrhovatel.

156. Pro úplnost je nutné dodat, že výroky I-III napadeného rozhodnutí nabyly právní moci poté, co byly potvrzeny druhým rozhodnutím o rozkladu. Po zrušení druhého rozhodnutí o rozkladu rozsudkem KS ze dne 20. 8. 2019 však tyto výroky pozbyly právní moci a je o nich znovu rozhodováno tímto rozhodnutím o rozkladu.

157. Navrhovatel se rozkladem proti výroku II napadeného rozhodnutí domáhá vyhovění návrhu II, kterým se podle § 114 odst. 2 písm. a) zákona domáhal uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona spočívajícího v uložení zákazu plnění smlouvy na VZ. Podmínkou pro uložení tohoto nápravného opatření je rozhodnutí Úřadu o spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tak, jak je uvedeno v § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Výrokem III napadeného rozhodnutí však Úřad správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zastavil, neboť nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.

158. Přestože navrhovatel nebyl oprávněn podat rozklad proti výroku III napadeného rozhodnutí, což také neučinil, 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 tak v přezkoumávaném případě vyvěrá z faktu, že rozhodnutí Úřadu o návrhu II je bezezbytku 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.

159. S ohledem na výše uvedené jsem proto dospěl k závěru, že výrok III napadeného rozhodnutí ve věci podezření ze spáchání správního deliktu zadavatelem, který nemohl být napaden rozkladem navrhovatele, tvoří nedílný celek s výrokem II napadeného rozhodnutí ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na VZ, který rozkladem napaden byl. S ohledem na to jsem dospěl k závěru, že žádný z výroků napadeného rozhodnutí není v době tohoto rozhodování o rozkladu pravomocný.

Posouzení výroku III napadeného rozhodnutí

160. Ve vztahu k řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona jsem nejdříve z úřední povinnosti ověřil, zda již nedošlo k zániku odpovědnosti za projednávaný správní delikt, a dospěl jsem k závěru, že nikoliv, a to ani podle právní úpravy účinné v době možného spáchání správního deliktu (tj. k datu uzavření smlouvy na VZ), a v návaznosti na čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů, dle kterého se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější, ani podle pozdější právní úpravy. V této souvislosti podotýkám, že by neuplynula ani 5letá promlčecí doba stanovená dle § 270 ZZVZ, a to v důsledku jejího stavění po dobu, kdy byla o předmětu tohoto řízení vedena řízení u krajského soudu a NSS – v návaznosti na § 41 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, dle něhož stanoví-li zvláštní zákon ve věcech přestupků, kárných nebo disciplinárních nebo jiných správních deliktů lhůty pro zánik odpovědnosti, popřípadě pro výkon rozhodnutí, tyto lhůty po dobu řízení před soudem podle tohoto zákona neběží. A objektivní 10letá promlčecí doba stanovená v § 270 odst. 8 ZZVZ uplyne až dne 3. 9. 2023.

161. Podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

162. V rámci posouzení zákonnosti a správnosti výroku II napadeného rozhodnutí (viz body 90-152 odůvodnění tohoto rozhodnutí) jsem dospěl shodně s Úřadem k závěru, že byly splněny všechny podmínky pro uzavření smlouvy na VZ na základě in-house výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona. S ohledem na tuto skutečnost nebyl zadavatel povinen před uzavřením smlouvy na VZ uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, a proto se nedopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

163. Vzhledem k uvedenému rozhodl Úřad správně, když výrokem III napadeného rozhodnutí zastavil správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, a proto jsem výrok III napadeného rozhodnutí potvrdil výrokem II tohoto rozhodnutí.

XIII. Závěr

164. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že výrok I napadeného rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci, jsem dospěl k závěru, že byly splněny zákonné podmínky pro jeho zrušení a vrácení věci Úřadu v tomto rozsahu k novému projednání. Při novém projednání návrhu I bude Úřad ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán závazným právním názorem vysloveným v rozsudku KS ze dne 20. 8. 2019, v rozsudku NSS ze dne 26. 3. 2020 a právními závěry uvedenými v tomto rozhodnutí o rozkladu.

165. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad při vydání výroků II a III napadeného rozhodnutí postupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu těchto výroků napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem výroky II a III napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad v tomto rozsahu zamítl.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
1. město Šluknov, nám. Míru 1, 407 77 Šluknov
2. PPS advokáti 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