



UOHSX00K3RGQ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0068/2021/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-31296/2024/500

Brno 15. 8. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 18. 2. 2021, jehož účastníky jsou

- zadavatel – městys Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 20. 4. 2021 Mgr. Tomášem Hrstkou, advokátem, ev. č. ČAK 18698, se sídlem 17. listopadu 238, 530 02 Pardubice,
- navrhovatel – Together to target s.r.o., IČO 01508865, se sídlem Smetanovo náměstí 979/2, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 2. 2021 Mgr. Janem Seidelem, advokátem, ev. č. ČAK 15976, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7,
- obchodní společnost Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., IČO 46356967, se sídlem Ku Ptáku 387, 284 01 Kutná Hora,

ve věci návrhu ze dne 18. 2. 2021 na uložení zákazu plnění „Smlouvy o úpisu akcií“ uzavřené dne 29. 1. 2021 mezi cit. zadavatelem a cit. obchodní společností Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., v jednacím řízení bez uveřejnění „Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“, kdy oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 2. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-004780 a v Úředním věstníku Evropské unie téhož dne pod ev. č. 2021/S 025-059526,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Together to target s.r.o., IČO 01508865, se sídlem Smetanovo náměstí 979/2, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava – **ze dne 18. 2. 2021 na uložení zakazu plnění „Smlouvy o úpisu akcií“ uzavřené dne 29. 1. 2021** mezi zadavatelem – městysem Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol – a obchodní společností Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., IČO 46356967, se sídlem Ku Ptáku 387, 284 01 Kutná Hora, **v jednacím řízení bez uveřejnění „Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“**, kdy oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 2. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-004780 a v Úředním věstníku Evropské unie téhož dne pod ev. č. 2021/S 025-059526, **se podle § 265 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.**

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – městysem Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 20. 4. 2021 Mgr. Tomášem Hrstkou, advokátem, ev. č. ČAK 18698, se sídlem 17. listopadu 238, 530 02 Pardubice (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 26. 1. 2021 odesláním Výzvy k podání nabídky ze dne 25. 1. 2021 (dále jen „Výzva“) jednacím řízením bez uveřejnění (dále též jako „JŘBU“) „Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“ (dále jen „zadávací řízení“).
2. Předmětem zadávacího řízení je dle čl. [5] „Předmět veřejné zakázky“ Výzvy „*pořízení nově upsaných akcií vybraného dodavatele v hodnotě stanovené představenstvem vybraného dodavatele dne 18. 9. 2020, tj. pořízení celkem 4.075 akcií v jmenovité hodnotě 1.000,- Kč, kdy emisní kurz jedné akcie činí 6.213,- Kč.*“
3. V čl. [4] „Předpokládaná hodnota veřejné zakázky“ Výzvy zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu plnění na 25 323 662,- Kč bez DPH.
4. V čl. [10] „Lhůta pro podání nabídky“ Výzvy zadavatel dále stanovil lhůtu pro podání nabídek do 29. 1. 2021, 10:00 hod.
5. Dne 28. 1. 2021 obdržel zadavatel nabídku vybraného dodavatele – Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., IČO 46356967, se sídlem Ku Ptáku 387, 284 01 Kutná Hora (dále jen „vybraný dodavatel“ nebo „Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč“).
6. Dne 29. 1. 2021 uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem „Smlouvu o úpisu akcií“ (dále jen „Smlouva“), přičemž informace o uzavření Smlouvy byly dne 5. 2. 2021 uveřejněny ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie a dne 12. 2. 2021 rovněž na profilu zadavatele¹.

¹ Dostupné na <https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003940/zakazka/402052> - pozn. Úřadu.

7. Navrhovatel – Together to target s.r.o., IČO 01508865, se sídlem Smetanovo náměstí 979/2, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava², ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 2. 2021 Mgr. Janem Seidelem, advokátem, ev. č. ČAK 15976, se sídlem Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7 (dále jen „navrhovatel“) – dne 18. 2. 2021 podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na uložení zakazu plnění Smlouvy z téhož dne (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel předně uvádí, že o uzavření Smlouvy se dozvěděl dne 9. 2. 2021 z Věstníku veřejných zakázek.
9. Navrhovatel namítá, že zadavatel uzavřel Smlouvu v rozporu s § 254 odst. 1 písm. a) zákona bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli byl k tomuto povinen, a dále v rozporu s § 254 odst. 1 písm. b) zákona přes zákaz jejího uzavření stanovený § 246 odst. 1 písm. c) zákona.
10. Dále navrhovatel uvádí, že působí v oboru provozování vodovodů a kanalizací ve vlastnictví měst a obcí. S cílem získání podkladů k předložení nabídky poradenství pro vytvoření „městské společnosti“, která bude provozovat vodovody a kanalizace ve vlastnictví zadavatele, navrhovatel dne 22. 9. 2020 kontaktoval zadavatele s žádostí o poskytnutí informací týkajících se infrastrukturního majetku, který měl zadavatel dle zveřejněného „Záměru městyse Suchdol č. 18“ ze dne 11. 9. 2020 převést na vybraného dodavatele. Zadavatel však na tuto žádost/nabídku navrhovatele a ani na jeho pozdější dopis ze dne 22. 11. 2020 nereagoval.
11. Navrhovatel je názoru, že mu v důsledku uzavření Smlouvy „v rozporu se zákonem vznikla újma ve formě ušlého zisku z podnikatelské činnosti při potenciální realizaci veřejné zakázky.“. Navrhovatel namítá, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl by navrhovatel podat nabídku na veřejnou zakázku, která by mohla být pro zadavatele výhodnější než nabytí 4 075 ks akcií vybraného dodavatele za emisní kurz 6 213,- Kč/kus. Výhodnost potenciální nabídky navrhovatel spatřuje například v možnosti zprostředkování prodeje akcií vybraného dodavatele za nižší cenu u zájemců o prodej takových akcií, či ve formě poskytnutí poradenství při vytvoření výhodnějšího modelu participace zadavatele na vybraném dodavateli, případně při zajištění vkladu daného majetku do jiné vodohospodářské společnosti výměnou za akcie či podíl v takové obchodní společnosti za výhodnějších podmínek než v daném případě.

K návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona

12. Navrhovatel uvádí, že podle rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 9 As 139/2020-125 ze dne 29. 10. 2020 (dále jen „rozsudek NSS“) je pořízování akcií akciové společnosti ze strany obce veřejnou zakázkou na dodávky. Zadavatel byl tedy dle navrhovatele povinen zadat tuto nadlimitní veřejnou zakázku podle zákona. Navrhovatel však nesouhlasí s užitím jednacího řízení bez uveřejnění, neboť dle navrhovatele nebyly splněny podmínky podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona a ani jiné zákonné důvody odůvodňující užití JŘBU.
13. Navrhovatel má za to, že odůvodnění užití JŘBU ze strany zadavatele je nedostatečné, neboť zadavatel pouze v obecné rovině konstatuje, že technické důvody vylučují

² Do 24. 1. 2023 se sídlem Žofinská 233/10, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava

hospodářskou soutěž, když vybraný dodavatel vlastní a provozuje značnou část vodohospodářské infrastruktury navazující na vodohospodářskou infrastrukturu zadavatele.

14. Navrhovatel uvádí, že pro zajištění řádného provozování vodohospodářské infrastruktury se nevyžaduje, aby veškeré provozně související či navazující vodovody a kanalizace vlastnil jeden subjekt. V případě rozdílných vlastníků jsou tito vlastníci podle zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů (zákon o vodovodech a kanalizacích), ve znění pozdějších předpisů, povinni spolu uzavřít písemnou dohodu o úpravě vzájemných práv a povinností při provozování takové infrastruktury.
15. Dle navrhovatele také není vyloučeno, aby vodohospodářskou infrastrukturu zadavatele provozoval jiný subjekt než vybraný dodavatel, jak tomu ostatně bylo i v roce 2020, kdy tuto infrastrukturu měla provozovat společnost Energie AG Kolín, a.s.³ Navrhovatel dodává, že provozování vodohospodářské infrastruktury třetími subjekty je běžně zadávaným předmětem koncesí na služby soutěžených podle zákona. Navrhovatel považuje důvod, že vybraný dodavatel vlastní vodohospodářskou infrastrukturu v okolí městyse Suchdol, za nezpůsobilý pro použití JŘBU, neboť není nutné, aby vlastníkem této infrastruktury byl jeden subjekt.
16. Dále je navrhovatel přesvědčen, že na trhu je nepochybně několik akciových společností, které by byly připraveny přijmout vklad peněžitého i nepeněžitého majetku od zadavatele výměnou za akcie, a to i za výhodnějších podmínek, než je tomu u vybraného dodavatele.
17. Navrhovatel taktéž namítá, že akcie vybraného dodavatele lze pořídit i jiným způsobem, a to například koupí od stávajících akcionářů. Právě uvedené však dle navrhovatele není možné – jako tomu je v šetřeném případě – u upisování nových akcií při zvyšování základního kapitálu vybraného dodavatele. Navrhovatel namítá, že tento stav exkluzivity si vytvořil zadavatel sám, když se s vybraným dodavatelem předem domluvil na uvedeném řešení a způsobu nabytí akcií.
18. Dle navrhovatele nebyl dán jediný důvod pro zadání veřejné zakázky tímto způsobem, který shledává nevhodným a nevýhodným, neboť tržní cena za nabytí takových akcií je dle navrhovatele několikanásobně nižší, než byla sjednána mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem. Navrhovatel tak *„není jasné, o jaký relevantní technický důvod by se mělo v daném případě jednat, aby mohla být[,] byt jenom teoreticky[,] hospodářská soutěž vyloučena v souladu se zákonem“*, přičemž důkazní břemeno ohledně odůvodnění JŘBU náleží výhradně zadavateli. Na základě výše uvedeného má navrhovatel za to, že zadavatel užil JŘBU neoprávněně, tj. v rozporu se zákonem.
19. Nadto navrhovatel poukazuje na skutečnost, že vklad v peněžité a nepeněžité výši byl dohodnut již v září 2020 a vybraný dodavatel zapsal obchodní podmínky nabytí akcií zadavatelem do obchodního rejstříku již dne 19. 10. 2020, kdy tyto podmínky bez dalšího odsouhlasilo zastupitelstvo zadavatele dne 17. 12. 2020. Dle navrhovatele je toto známkou nezákonného postupu zadavatele a také toho, že zadávacímu řízení na předmětnou veřejnou zakázku předcházela domluva obou stran.

³ Navrhovatel uvedené dokládá přípisem „Věc: Změna ceny pro vodné a stočné od 1. ledna 2020“ ze dne 10. 1. 2020 dané společnosti adresovaným zadavateli.

20. Dále navrhovatel poukazuje na nesrovnalosti v datu uzavření Smlouvy, kdy z textu „Prohlášení vkladatele o vnesení nepeněžitých vkladů“ ze dne 29. 1. 2021 vyplývá, že předmětná Smlouva byla uzavřena dne 30. 9. 2020 a nikoli až dne 29. 1. 2021.
21. Navrhovatel rovněž namítá, že záměr zadavatele o vkladu pozemků parcelní číslo 1143 a 1144 v k. ú. městyse Suchdol nikdy nebyl zveřejněn podle § 39 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů.
22. Navrhovatel pro úplnost dodává, že do dne podání tohoto návrhu nemohl být vnesen do majetku vybraného dodavatele nepeněžitý vklad zadavatele, tudíž předmět Smlouvy doposud nebyl splněn.

K návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona

23. Navrhovatel uvádí, že dne 8. 1. 2021 podal zadavateli námitky ze dne 7. 1. 2021 proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Jelikož zadavatel na tyto námitky nereagoval, podal navrhovatel dne 1. 2. 2021 návrh k Úřadu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení⁴.
24. Navrhovatel má za to, že zadavateli tak běžela v období od 24. 1. 2021 do 2. 2. 2021 blokační lhůta podle § 246 odst. 1 písm. c) zákona, v průběhu které nesměl uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Zadavatel však uzavřel Smlouvu dne 29. 1. 2021, čímž postupoval v rozporu se zákonem.
25. Navrhovatel na základě výše uvedených skutečností navrhuje, aby Úřad v souladu s § 264 odst. 1 zákona uložil zadavateli zákaz plnění Smlouvy.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

26. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 18. 2. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
27. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč.
28. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 22. 2. 2021.
29. Dne 1. 3. 2021 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření z téhož dne a dokumentaci o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 1. 3. 2021

30. Zadavatel předně odkazuje na svou argumentaci podanou Úřadu v rámci šetření podnětu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P0012/2021/VZ a v rámci již zastaveného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0041/2021/VZ.

⁴ O předmětném návrhu bylo vedeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0041/2021/VZ – pozn. Úřadu

31. K námitce navrhovatele ve věci uzavření Smlouvy postupem dle § 254 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel uvádí, že tato námitka je neoprávněná, neboť navrhovatel v návrhu, na jehož základě bylo Úřadem vedeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0041/2021/VZ, brojil proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, avšak zadavatel neuzavřel žádnou smlouvu mimo zadávací řízení, nýbrž v rámci JŘBU. Zákonný zákaz uzavřít smlouvu tak v tomto případě zadavatele nezatížil.
32. Zadavatel dále uvádí, že jeho vstup do vybraného dodavatele byl připravován dlouhé měsíce a v důsledku rozsudku NSS byl tento proces přerušen a nahrazen postupem podle zákona v zadávacím řízení (JŘBU). Zadavatel tedy považuje tvrzení navrhovatele, že byla smlouva uzavřena v září roku 2020 za neopodstatněné, neboť v září 2020 byl dohodnut pouze vstup zadavatele do vybraného dodavatele a dále byly stanoveny společné parametry postupu.
33. Tvrzení navrhovatele o pluralitě dodavatelů vhodných pro vložení vodohospodářské infrastruktury zadavatele považuje zadavatel za čistě účelové a tvrzení navrhovatele o jeho schopnosti zajistit akcie vybraného dodavatele i od stávajících akcionářů považuje zadavatel za nedůvěryhodné. Závěry navrhovatele o ne hospodárnosti vstupu zadavatele do vybraného dodavatele nevypovídají dle zadavatele nic o případném porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek. K tomuto zadavatel uvádí, že v poslední době vstoupilo do vybraného dodavatele množství veřejných zadavatelů lokalizovaných v okolí Kutné Hory a Kolína, kdy navrhovatel postup těchto obcí nenapadl, a zadavatel má tedy za to, že navrhovatel nehájí své postavení a ekonomické zájmy, ale útočí pouze na stávající politickou reprezentaci zadavatele.
34. Zadavatel dále uvádí, že závěry rozsudku NSS nedopadají na případ zadavatele, neboť situace řešená v rozsudku NSS i povaha řešené „úplaty“ byla zcela odlišná. Liberecký kraj odkupoval již existující akcie s odlišným záměrem než nyní zadavatel, který vstupuje do vybraného dodavatele na základě peněžitého a nepeněžitého vkladu za současného úpisu nových akcií. Tento originární způsob pořizování akcií pak lze dle zadavatele provést jen v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť neexistuje jiný dodavatel, který by byl schopen zajistit zadavateli vstup do vybraného dodavatele za stejných relevantních podmínek. Tyto nově upisované akcie emituje výhradně samotná akciová společnost a nikdo jiný. Žádný jiný dodavatel tudíž nemohl zajistit zadavateli, aby s jeho vstupem do vybraného dodavatele došlo i k vnesení vkladů dle předem stanovených podmínek a v dojednaném ocenění. Zadavatel dále upozorňuje, že s derivátním nabytím akcií se nepojí peněžitý a nepeněžitý vklad, který zadavatel požadoval provést.
35. Zadavatel uvádí, že vstupuje do vybraného dodavatele, aby zajistil řádnou správu vodohospodářské infrastruktury na území městyse Suchdol, tudíž se nejedná o investiční nakupování akcií, jako tomu bylo v případě řešeném v rozsudku NSS.
36. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že by zadavatel vytvořil stav exkluzivity pro vybraného dodavatele; v případě pořizování akcií nelze o exkluzivitě ve smyslu navrhovatelem cit. rozhodnutí vůbec hovořit. Zadavatel je toho názoru, že je oprávněn vstoupit do konkrétní společnosti, pokud není možné dosáhnout požadovaného cíle silami jiných dodavatelů. Zadavatel připouští, že jistě existuje celá řada jiných možností, jak uspokojit potřebu zadavatele, avšak v nyní projednávaném případě je situace odlišná, neboť požadavek zadavatele na zajištění provozu vodohospodářské infrastruktury prostřednictvím vložení této

infrastruktury do konkrétního vybraného dodavatele, za současné majetkové účasti zadavatele na tomto dodavateli, nemůže být z povahy věci zajištěn jiným dodavatelem. Závěrem zadavatel dodává, že transakce provedená zadavatelem a vybraným dodavatelem se vůbec neodehrává na trhu, a tedy i z tohoto důvodu zde hospodářská soutěž z technických důvodů neexistuje.

37. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel nemohla vzniknout újma spočívající v nemožnosti zúčastnit se zadávacího řízení. Toto tvrzení navrhovatele považuje zadavatel za účelové, spekulativní a ničím nepodložené. Zadavatel k tomuto dále zdůrazňuje, že navrhovatel nikdy zadavateli nepředložil jakoukoli konkrétní nabídku; navrhovatel ani není zadavateli – na rozdíl od v regionu působícího vybraného dodavatele – nijak znám. Ačkoli navrhovatel tvrdí, že působí v oblasti vodohospodářství měst a obcí, tak v Registru smluv není evidována jediná uzavřená smlouva, navrhovatel je právnickou osobu bez zaměstnanců, bez webových stránek a z veřejně dostupných zdrojů nelze zjistit, v jakém oboru navrhovatel podniká. Dle veřejně dostupných výsledků hospodaření navrhovatele se navíc objemy transakcí navrhovatele pohybují řádově v jiných jednotkách, než o kterých se vedlo předmětné zadávací řízení. Dle zadavatele by mohl navrhovatel působit pouze jako zprostředkovatel nikoli jako účastník zadávacího řízení.
38. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby Úřad podaný návrh zamítl, neboť není důvodný a podala jej osoba, která k tomu není oprávněna.

Další průběh správního řízení

39. Dne 11. 3. 2021 obdržel Úřad od zadavatele mapové podklady obsahující mapy s vyznačeným vedením vodovodu ve vlastnictví vybraného dodavatele přes městyse Suchdol a jeho části Dobřeň a Solopysky, katastrální situační výkres městyse Suchdol a výřez mapové situace městyse Suchdol s vyznačením vodovodu ve vlastnictví zadavatele a vybraného dodavatele.
40. Usnesením ze dne 22. 3. 2021 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel a vybraný dodavatel se k podkladům pro vydání rozhodnutí ve lhůtě stanovené Úřadem ani později nevyjádřili.
41. Dne 23. 3. 2021 obdržel Úřad od navrhovatele vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 23. 3. 2021

42. Navrhovatel se předně vyjadřuje k některým „*nepravdivým, resp. zavádějícím tvrzením*“ zadavatele.
43. K porušení zákonného zákazu uzavřít smlouvu navrhovatel vyjma argumentace uvedené již v návrhu uvádí, že nemohl podat námitky proti zadání veřejné zakázky v JŘBU, neboť zadavatel oznámení o zahájení JŘBU nezveřejnil. Navrhovatel zdůrazňuje záměr zadavatele zadat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení, kdy až na základě upozornění navrhovatele na rozsudek NSS přistoupil zadavatel k zadání veřejné zakázky v JŘBU.
44. Dále navrhovatel považuje argumentaci zadavatele ve věci originárního a derivátního způsobu nabytí akcií za nedůvodnou a zavádějící, neboť způsob nabytí akcií je pro posouzení toho, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, irelevantní. V šetřeném případě jsou dle navrhovatele naplněny definiční znaky veřejné zakázky ve smyslu § 2 odst. 1 zákona.

45. Navrhovatel dále považuje v předmětné věci za „ *zcela irrelevantní, že cílem zadavatele bylo dosáhnout převod[u] svého vodohospodářského majetku do vlastnictví VHS.*“. Dle navrhovatele mohl zadavatel nabýt již stávající akcie vybraného dodavatele od jeho akcionářů, což by dle navrhovatele bylo pro zadavatele výhodnějším řešením. K tomuto navrhovatel uvádí, že cena akcií uvedená ve Smlouvě je devětkrát vyšší než cena, za kterou vybraný dodavatel vykupuje své stávající akcie, čímž je Smlouva dle navrhovatele nehospodárná a neefektivní⁵. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel měl zadat v otevřenějším zadávacím řízení alespoň tu část veřejné zakázky, kterou tvoří peněžitý vklad zadavatele, neboť v tomto případě by mohl zadavatel nabýt akcie vybraného dodavatele výhodněji klasickým úplatným převodem stávajících akcií od akcionářů vybraného dodavatele.
46. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel stále neuvedl důvody, proč o výběru vybraného dodavatele rozhodl již několik měsíců před zahájením JŘBU. Dle navrhovatele zadavatel neuvedl žádné relevantní důvody pro užití JŘBU ani v „Písemné zprávě zadavatele“ ze dne 1. 3. 2021. Argumentace zadavatele v ní uvedená by dávala smysl k vodovodům, avšak již ne ke kanalizaci, která dle navrhovatele mohla být převedena do správy jiných akciových společností. Na podporu tohoto tvrzení navrhovatel doručil Úřadu znalecký posudek č. 8424-100/2020 ze dne 30. 10. 2020 zpracovaný Ing. Miroslavem Kolářem ve věci ocenění splaškové kanalizace Suchdol a Dobřeň včetně příslušenství, ČOV, pozemků parc. č. 1143 a 1144, a vodovodního řádu Suchdol, to vše na katastrálním území zadavatele, z něhož dle navrhovatele vyplývá, že hodnota vodovodu zadavatele činí jen 5 % dané obvyklé ceny a zbylých 95 % obvyklé ceny tvoří hodnota kanalizace a ČOV.
47. Navrhovatel namítá, že při vkladu majetku zadavatele do vybraného dodavatele se sníží schopnost zadavatele ovlivňovat cenu vodného a stočného, protože zadavatel bude mít ve vybraném dodavateli zanedbatelný počet hlasů. Zadavatel může naopak v případě provozování vodohospodářské infrastruktury provozovatelem ovlivňovat cenu vodného a stočného skrze výši nájmu, který by provozovatel platil zadavateli. K tomuto navrhovatel s odkazem na článek „Tunel jako z divokých 90. let, nebo dobrá investice. Suchdol se zbaví svého vodovodu“ dodává, že cena vodného a stočného v obcích, ve kterých již působí vybraný dodavatel, je vyšší, než je v současné době cena vodného a stočného na území zadavatele.
48. Na základě výše uvedeného má navrhovatel za to, že není vyloučeno, aby vodohospodářskou infrastrukturu zadavatele provozoval jiný subjekt než vybraný dodavatel, pokud by toto plnění bylo předmětem koncesí na služby zadávaných podle zákona.
49. Navrhovatel dodává, že doposud nebyl splněn předmět Smlouvy; navrhovatel uvedené usuzuje především z vlastnického práva k převáděným pozemkům uvedeného v Katastru nemovitostí, které jsou do dne odeslání vyjádření navrhovatele k podkladům stále ve vlastnictví zadavatele.

Rozhodnutí ve věci

50. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-11600/2021/500/Alv ze dne 6. 4. 2021 (dále jen „původní prvostupňové rozhodnutí“) rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu

⁵ Tato svá tvrzení navrhovatel dokládá Výroční zprávou vybraného dodavatele za rok 2019 a Zápisem z jednání řádné valné hromady vybraného dodavatele ze dne 27. 2. 2017 – pozn. Úřadu.

navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. V uvedeném rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že

- užití JŘBU zadavatelem pro zadání předmětné veřejné zakázky bylo oprávněné, protože Úřad neshledal důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 254 odst. 1 písm. a) zákona,
- podal-li navrhovatel dne 8. 1. 2021 zadavateli námitky proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, běžela tzv. „blokační lhůta“ dle § 246 odst. 1 písm. c) zákona ve vztahu k navrhovatelem namítanému postupu zadavatele, tj. postupu zadavatele mimo zadávací řízení, protože Úřad neshledal důvod pro uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené v šetřeném zadávacím řízení ani podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona.

Řízení o rozkladu R0075/2021/VZ

51. Dne 14. 4. 2021 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí vedený pod sp. zn. ÚOHS-R0075/2021/VZ.

Rozhodnutí o rozkladu

52. O rozkladu navrhovatele proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-18512/2021/161/TMi ze dne 9. 6. 2021 (dále jen „původní druhostupňové rozhodnutí“), kterým původní prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
53. Předseda Úřadu zrušil původní prvostupňové rozhodnutí s ohledem na *„nesprávný závěr Úřadu ohledně běhu blokační lhůty prezentovaný v bodě 114 napadeného rozhodnutí. V něm Úřad uvedl, že námitky navrhovatele mířily na postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. I blokační lhůta proto podle Úřadu běžela pouze ve vztahu k uzavření smlouvy mimo zadávací řízení, a na uzavření smlouvy v JŘBU se tak nevztahovala.“*
54. Předseda Úřadu v původním druhostupňovém rozhodnutí konstatoval, že původní prvostupňové rozhodnutí *„nebylo ve věci posouzení oprávněnosti použití JŘBU dostatečně odůvodněno“* a vyložil důvody, pro které dospěl k závěru, že zadavatel porušil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku vyplývající z § 246 odst. 1 písm. c) zákona.
55. Navrhovatel podal zadavateli dne 8. 1. 2021 námitky proti jeho postupu mimo zadávací řízení směřujícímu k uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu, že zadavatel na námitky navrhovatele nereagoval, blokační lhůta, v níž zadavatel nesměl uzavřít smlouvu s vybraným dodavatelem, běžela v souladu s § 246 odst. 1 písm. c) zákona ve spojení s § 251 odst. 3 zákona v délce 25 dnů ode dne odeslání námitek navrhovatelem, tj. od 8. 1. 2021 do 2. 2. 2021. Tato blokační lhůta *„znemožňovala zadavateli uzavřít smlouvu s vybraným dodavatelem, jejímž předmětem byl vstup zadavatele do vybraného dodavatele. Jednalo se tedy o totožný předmět smlouvy mezi totožnými subjekty, jako v případě smlouvy, kterou zadavatel a vybraný dodavatel uzavřeli dne 29. 1. 2021 v JŘBU a jejíhož zákazu plnění se nyní navrhovatel domáhá. Jak je patrné z návěští § 246 odst. 1 zákona, právě zadavatel, dodavatel a řešená smlouva (resp. její předmět) jsou klíčovými definičními znaky, které vymezují účinky blokační lhůty. Není tedy rozhodné, v jakém zadávacím řízení nebo v jakém postupu mimo zadávací řízení zadavatel postupuje. Shodují-li se předmět smlouvy a smluvní strany, blokační lhůta, která se aktivovala podáním námitek*

proti konkrétnímu postupu, brání uzavření smlouvy se stejným předmětem plnění mezi stejnými subjekty. Bylo by v rozporu s účelem blokačních lhůt, kdyby se vztahovaly výhradně k určitému typu zadávacího řízení či postupu mimo zadávací řízení, zatímco v jiném typu zadávacího řízení by bylo možné tutéž smlouvu uzavřít a zmařit tak možnost nápravy protiprávního postupu zadavatele.“.

56. Předseda Úřadu v novém projednání věci Úřad zavázal „*právním názorem, dle kterého platí, že uzavření smlouvy bránil běh blokační lhůty. Otázkou naplnění důvodů pro použití JŘBU se tak již Úřad nebude blíže zabývat.“.*
57. S ohledem na shora uvedené předseda Úřadu dospěl k závěru, že „*Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil otázku naplnění podmínky pro uložení zakazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona, a to v důsledku nesprávného závěru, že se blokační lhůta běžící podle § 246 odst. 1 písm. c) zákona na základě nevypořádaných námitek navrhovatele vztahovala pouze k postupu zadavatele směřujícímu k uzavření smlouvy mimo zadávací řízení. Odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k naplnění podmínek pro použití JŘBU pak shledávám nedostatečným, avšak opětovné přezkoumání splnění podmínek pro použití JŘBU nemusí být v novém projednání věci nezbytné.“.*

Nové projednání věci Úřadem

58. Úřad – vázán právními názory předsedy Úřadu uvedenými v původním druhostupňovém rozhodnutí – rozhodnutím č. j. ÚOHS-26518/2021/500/Alv ze dne 5. 8. 2021 (dále jen „*prvostupňové rozhodnutí*“) rozhodl
- ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí dle § 264 odst. 1 zákona o uložení zakazu zadavateli plnit Smlouvu, neboť ta byla uzavřena postupem dle § 254 odst. 1 písm. b) zákona přes zákaz jejího uzavření stanovený v § 246 odst. 1 písm. c) zákona, tj. před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele běžící od podání námitek navrhovatelem dne 8. 1. 2021 do 2. 2. 2021,
 - ve výroku II. prvostupňového rozhodnutí dle § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, o uložení povinnosti zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

Řízení o rozkladu R0133/2021/VZ

59. Dne 26. 8. 2021 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne (a dne 9. 9. 2021 jeho doplnění) proti prvostupňovému rozhodnutí vedený pod sp. zn. ÚOHS-R0133/2021/VZ.
60. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-35818/2021/161/TMi ze dne 25. 10. 2021 (dále jen „*druhostupňové rozhodnutí*“) rozklad zadavatele zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

Soudní přezkum

Řízení u Krajského soudu v Brně

61. Zadavatel podal proti druhostupňovému rozhodnutí žalobu ke Krajskému soudu v Brně, který rozsudkem č. j. 62 Af 51/2021-91 ze dne 5. 1. 2023 (dále jen „*rozsudek KS*“) rozhodl tak, že prvostupňové i druhostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Soud v předmětném rozsudku dospěl k následujícím závěrům.

62. Soud předně konstatoval, že Smlouva „*vůbec není smlouvou na plnění, jež by mělo být považováno za veřejnou zakázku povinně zadávanou v některém ze zadávacích řízení podle ZZVZ*“, neboť „*[p]odstatou transakce, k níž byla v nyní posuzované věci uzavřena smlouva, je majetkový vstup žalobce do Vodohospodářské společnosti Vrchlice – Maleč, a.s. prostřednictvím pořízení nově upisovaných akcií, tj. získání podílu v existující obchodní korporaci. Podřízením takové transakce režimu zadávání veřejných zakázek neodpovídá zadávacím směrnicím ani ZZVZ.*“. K tomu soud doplnil, že „*pořízení nově upisovaných akcií, tj. získání podílu v existující obchodní korporaci, je jednáním, jež ústí, jen v majetkovou účast zadavatele v obchodní korporaci, a jde tudíž o výsledek shodný jako by byl v případě, kdy by zadavatel dle svého strategického rozhodnutí nehodlal získat podíl v existující (konkrétní) korporaci, nýbrž by si založil ‚novou‘ (svoji dceřinou) obchodní korporaci (kupř. pro možnost vertikální spolupráce podle § 11 ZZVZ, jež není zadáním veřejné zakázky; § 2 odst. 1 druhá věta ZZVZ); žádné omezení posléze uvedeného postupu přitom ZZVZ neupravuje, ZZVZ ani neukládá zadavatelům, aby při zakládání ‚nových‘ (svých dceřiných) obchodních korporací jakákoli ustanovení ZZVZ jakkoli zohledňovali.*“.
63. Soud tedy uzavřel, že zadavatel nemusel podle zákona vůbec postupovat, nicméně zadával-li „*Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.*“ jako veřejnou zakázku v JŘBU, „*pak v situaci, kdy se v mezidobí nerozhodl pro jeho zrušení (§ 127 odst. 2 písm. g/ ZZVZ), byl povinen ZZVZ dodržet (§ 4 odst. 4 ZZVZ).*“. Za této situace pak bylo možno podat k Úřadu proti postupu zadavatele návrh na uložení zákazu plnění Smlouvy, to však pouze za předpokladu, že by takový návrh byl podán oprávněnou (aktivně legitimovanou) osobou. Takovou osobou však navrhovatel není, neboť újma, kterou tvrdí „*(tj. nemožnost předložit nabídku poradenství pro vytvoření městské společnosti, která by provozovala vodovody a kanalizace ve vlastnictví žalobce), nemohla ani hypoteticky (nikdy) nastat. Jestliže předmětem žalobcovy ‚poptávky‘ byly jen akcie konkrétní předem vybrané obchodní korporace, nemohla tuto ‚poptávku‘ uspokojit osoba zúčastněná na řízení; tu mohla uspokojit jen konkrétní předem vybraná obchodní korporace.*“. Uvedené tak mělo vést k zamítnutí návrhu dle § 265 písm. b) zákona.

Řízení u Nejvyššího správního soudu

64. Úřad podal proti rozsudku KS kasační stížnost k NSS, jehož desátý senát postoupil danou věc „*k rozhodnutí rozšířenému senátu, neboť dospěl k právnímu názoru odlišnému od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (§ 17 odst. 1 s. ř. s.). Konkrétně desátý senát nesouhlasí se závěrem devátého senátu v rozsudku Liberecký kraj⁶, že pořízení závodu či akcií spadá pod předmět veřejné zakázky na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.*“.
65. Rozšířený senát NSS usnesením č. j. 10 As 6/2023-62 ze dne 19. 6. 2024 (dále jen „usnesení NSS“) rozhodl v dané věci tak, že
- „*[p]ředmět veřejné zakázky na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění účinném do 15. 7. 2023, je třeba vykládat tak, aby svým rozsahem odpovídal pojmu výrobek dle čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení*

⁶ Rozsudek NSS č. j. 9 As 139/2020-125 ze dne 29. 10. 2020

směrnice 2004/18/ES, nikoliv nutně pojmu věc ve smyslu § 489 občanského zákoníku. To vylučuje, aby předmětem veřejné zakázky na dodávky byly akcie“, a

- věc vrátil k projednání a rozhodnutí desátému senátu.

66. Rozšířený senát předně konstatoval, že „[p]okud (...) cenné papíry vůbec nespádají do předmětu veřejné zakázky na dodávky ve smyslu zákona o zadávání veřejných zakázek, neuplatní se pravidlo vyplývající z § 4 odst. 4, resp. odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek, podle kterého je zadavatel povinen postupovat podle uvedeného zákona v případě, že zahájí zadávací řízení, aniž k tomu byl povinen, až do jeho ukončení. Důvodem je skutečnost, že se v takovém případě nejedná o zadání veřejné zakázky podle § 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.“. Zahájil-li tedy zadavatel zadávací řízení dle zákona, nemá tato skutečnost za následek povinnost dodržet ustanovení zákona (včetně blokační lhůty) a nespádají-li cenné papíry do věcné působnosti zákona, nebyl Úřad ani oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy dle § 264 odst. 1 zákona.
67. Rozšířený senát dále dospěl k závěru, že „[z]ákonodárce při definování předmětu veřejné zakázky na dodávky v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek nevyjádřil zřetelně úmysl rozšířit působnost českého zákona nad rámec směrnice 2014/24/EU, tedy mj. i na oblast nabývání cenných papírů. Sousloví věci, zvířata nebo ovladatelné přírodní síly je proto nutné chápat pouze jako odpovídající český ekvivalent unijního pojmu výrobek při současném zachování významu daného pojmu pramenícího ze směrnice.“. K tomu rozšířený senát doplnil, že novelizací zákona⁷ (konkrétně pak § 14 odst. 1 zákona) zákonodárce reagoval na rozsudek NSS, přičemž z důvodové zprávy se podává, že se nejednalo o věcnou změnu zákona, nýbrž o upřesnění transpozice.
68. Vzhledem k závěrům rozšířeného senátu vysloveným v usnesení NSS vzal Úřad dne 16. 7. 2024 kasační stížnost zpět.

Nové projednání věci Úřadem

69. Pokračování správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 18. 7. 2024.
70. Usnesením ze dne 1. 8. 2024 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Účastníci řízení se k podkladům rozhodnutí ve lhůtě stanovené Úřadem ani později nevyjádřili.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

71. Úřad – vzhledem k závazným právním názorům NSS vysloveným v usnesení NSS – přezkoumal na základě § 248 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů rozhodl podle § 265 písm. c) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona.
72. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

⁷ Provedenou zákonem č. 166/2023 Sb., kterým se mění zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

Relevantní ustanovení zákona a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU

73. Podle čl. 2 „Definice“ odst. 8) Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES se veřejnými zakázkami na dodávky rozumějí veřejné zakázky, jejichž předmětem je koupě výrobků, leasing výrobků nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní. Veřejná zakázka na dodávky může jako vedlejší předmět zahrnovat umístění stavby a instalační práce.
74. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah, nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12 zákona, § 155, 156, 189 a 190 zákona.
75. Podle § 4 odst. 4 zákona pokud zadavatel podle § 4 odst. 1 až 3 zákona zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon.
76. Podle § 14 odst. 1 zákona⁸ veřejnou zakázkou na dodávky je veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.
77. Podle § 265 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

Zjištěné skutečnosti

78. V Oznámení o výsledku zadávacího řízení (ev. č. formuláře F2021-004780) zadavatel k důvodům použití JŘBU uvedl: *„Zadavatel dlouhodobě plánoval vstup do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s. V této společnosti je již v současné době zúčastněno několik měst a obcí z okolí zadavatele a rovněž kvůli tomu již tato společnost vlastní a provozuje značnou část vodohospodářské infrastruktury navazující na vodohospodářskou infrastrukturu ve vlastnictví zadavatele. Pořízení akcií zadavatel provádí prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu ust. § 63 a násl. zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť je přesvědčen, že jsou splněny podmínky uvedené v ust. § 63 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek, protože z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž.“*
79. K tomu zadavatel v čl. [1] „Úvod“ Výzvy doplnil: *„V září roku 2020 dospěl zadavatel a vybraný dodavatel k dohodě o vstupu zadavatele do vybraného dodavatele prostřednictvím provedení peněžitého a nepeněžitého vkladu a úpisem nových akcií. Dne 18. 9. 2020 představenstvo vybraného dodavatele přijalo usnesení, jimiž mj. schválilo ocenění peněžitého vkladu zadavatele ve výši 2.323.662,- Kč, ocenění nepeněžitého vkladu zadavatele ve výši 23.000.000,- Kč a upsání nových akcií pro zadavatele za peněžité a nepeněžité vklady (...).*

⁸ Podle § 14 odst. 1 zákona, účinného od 16. 7. 2023, je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht. Pro účely věty první se za pořízení věci nepovažuje pořízení cenného papíru nebo jiného investičního nástroje, obchodního závodu, jeho samostatné organizační složky nebo podílu v obchodní korporaci.

Do procesu pořízení akcií vybraného dodavatele vstoupil nový právní názor Nejvyššího správního soudu, který ve svém rozsudku ze dne 29. 10. 2020, č. j. 9 As 139/2020-125, konstatoval, že pořízení akcií je třeba v té nejobecnější rovině považovat za veřejnou zakázku na dodávky ve smyslu ust. § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Tento právní názor musel zadavatel akceptovat a přizpůsobit tomu svůj postup. Ačkoli má zadavatel i v současné době výhrady k tomu, že by mělo jím plánované pořízení akcií vybraného dodavatele naplňovat znaky zadávání veřejné zakázky na dodávky, z opatrnosti a v souladu s výše popsaným právním názorem Nejvyššího správního soudu připravil toto zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku na dodávky.

Pořízení akcií zadavatel provádí (v souladu s usnesením Rady městyse Suchdol ze dne 18. 1. 2021) prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu ust. § 63 a násl. zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť je přesvědčen, že jsou splněny podmínky uvedené v ust. § 63 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek, protože z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž.“

80. V čl. I. „Úvodní ustanovení“ Smlouvy bylo smluvními stranami vymezeno mj. následující:

„1.1. Dne 18. 9. 2020 rozhodlo na svém zasedání představenstvo společnosti o zvýšení základního kapitálu společnosti upsáním nových akcií o částku 4.075.000.00 Kč (...), a to upsáním 4 075 kusů (...) kmenových listinných akcií společnosti znějících na jméno, o jmenovité hodnotě jedné akcie 1.000 Kč (...), jejichž převoditelnost je omezena v souladu se stanovami společnosti.

(...)

1.3. Představenstvo společnosti na svém zasedání dne 18. 9. 2020 rozhodlo, že upisovatel je oprávněn upsat část akcií odpovídajících části zvýšení základního kapitálu, a to vnesením následujícího

A) nepeněžitého vkladu:

Městyse Suchdol, IČO: 00236462, jehož předmětem ocenění je kanalizace včetně ČOV, pozemků pč. 1143 a pč. 1144 a příslušenství a vodovod, pozemku pč. 101/59 a příslušenství v katastrálním území Suchdol a k.ú. Dobřeň.

Kanalizace v obou katastrálních územích je oddílná splašková.

Splaškovou kanalizaci tvoří stavební objekty:

SO 01 – Gravitační splaškové řady.

SO 01 – ČOV.

SO 02 – čerpací stanice, výtlaky.

SO 02 – Kanalizační stoky.

(...)

B) peněžitého vkladu:

Peněžitý vklad ve výši 2.323.662,- Kč (...) na rekonstrukci ČOV Suchdol.

Ocenění peněžitého vkladu: 2.323.662,- Kč (...), emisní kurs jedné akcie: 6.213,- Kč (...), počet akcií: 374 (...) kusy, emisní kurs všech akcií: 2.323.662,- Kč (...).“

81. Dle čl. II. „Předmět smlouvy“ odst. 2.1. Smlouvy se smluvní strany „vzhledem ke skutečnostem uvedeným v článku I. této smlouvy a zájmu upisovatele upsat nové akcie společnosti dohodly na následujícím úpisu akcií upisovatelem, a to vnesením níže uvedeného nepeněžitého a peněžitého vkladu, přičemž akcie budou upisovateli vydány jako jedna hromadná listina nahrazující jednotlivé listinné akcie:

Počet upisovaných akcií: 4.075 kusů (...)
Jmenovitá hodnota akcie: 1.000 Kč (...)
Podoba akcie: zaknihovaná
Forma akcie: na jméno
Druh akcie: kmenová
Převoditelnost akcie: v souladu s článkem 8 stanov společnosti
Číselné označení akcií: [n]a majetkový účet obce veden[ý] na CDCP oznámený upisovatelem
Emisní kurs jedné akcie: 6.213 Kč (...)
Celkový emisní kurs akcií: 25.323.662,- Kč (...)
Peněžitý vklad: 2.323.662,- Kč (...) na rekonstrukci ČOV Suchdol.“

82. V čl. II. „Předmět smlouvy“ odst. 2.2 Smlouvy bylo sjednáno: „*Představenstvo společnosti rozhodlo, že rozdíl mezi hodnotou nepeněžitého vkladu určenou na základě znaleckého posudku ke dni vkladu a emisním kursem akcií, které mají být vydány upisovateli jako protiplnění za nepeněžitý vklad, ve výši 5 687 Kč (...), je společnost povinna vyplatit upisovateli.“*

83. V čl. II. „Předmět smlouvy“ odst. 2.3 Smlouvy bylo dále sjednáno: „*Upisovatel podpisem této smlouvy oběma smluvními stranami upisuje všechny akcie uvedené v odst. 2.1. a je povinen vnést nepeněžitý vklad do 50 (padesáti) dnů ode dne uzavření této Smlouvy.“*

84. V čl. II. „Předmět smlouvy“ odst. 2.4 Smlouvy bylo rovněž sjednáno: „*Upisovatel podpisem této smlouvy oběma smluvními stranami upisuje všechny akcie uvedené v odst. 2.1. a je povinen zaplatit emisní kurs peněžitého vkladu do 50 (padesáti) dnů ode dne uzavření této Smlouvy na účet společnosti (...).“*

85. V čl. III. „Prohlášení společnosti“ Smlouvy je uvedeno následující:

„3.1. Společnost se zavazuje poskytnout upisovateli veškerou potřebnou součinnost pro vnesení nepeněžitého vklad[u].

3.2. Společnost se zavazuje, že vydá upisovateli akcie, resp. hromadnou listinu nahrazující jednotlivé akcie, uvedené v odst. 2.1. bez zbytečného odkladu po zápisu zvýšení základního kapitálu společnosti do obchodního rejstříku a provedení vkladu nemovitého majetku do katastru nemovitostí.

3.3. Společnost se zavazuje, že připiše upisovateli akcie uvedené v odst. 2.1 bez zbytečného odkladu po zápisu zvýšení základního kapitálu společnosti do obchodního rejstříku na majetkový účet [] upisovatele, vedený v navazující evidenci účastníkem centrálního depozitáře, (...).“

86. V čl. IV. „Prohlášení upisovatele“ Smlouvy pak bylo uvedeno: „Záměr vkladatele převést předmět vkladu byl v souladu s ust. § 39 zákona o obcích řádně zveřejněn na úřední desce obce od 11. 9. 2020 do 28. 9. 2020. Vnesení nepeněžitýho vkladu bylo za podmínek uvedených v této smlouvě schváleno zastupitelstvem obce dne 17. 12. 2020, (...).“
87. Dodatkem č. 1 ze dne 15. 6. 2021 došlo ke změně čl. II. „Předmět smlouvy“ odst. 2.3 Smlouvy, který nově zní: „Upisovatel podpisem této smlouvy oběma smluvními stranami upisuje všechny akcie uvedené v odst. 2.1. a je povinen vnést nepeněžitý vklad do 2. 7. 2021 do majetku společnosti.“

Právní posouzení

88. Navrhovatel se podaným návrhem domáhá uložení zákazu plnění Smlouvy uzavřené v JŘBU (k němuž zadavatel přistoupil s ohledem na rozsudek NSS), jejímž předmětem je úpis nově emitovaných akcií vybraného dodavatele výměnou za ne/peněžitý majetek zadavatele.
89. V šetřeném případě je stěžejní otázkou, zda se v případě nabývání cenných papírů (akcií) jedná o veřejnou zakázku na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona. Danou otázkou se v šetřeném případě zabýval rozšířený senát NSS, který v usnesení NSS závazně dospěl k následujícímu.
90. NSS se zejména zabýval tím, zda Česká republika přistoupila v rámci transpozice evropských zadávacích směrnic⁹ prostřednictvím § 14 odst. 1 zákona, který ve znění účinném do 15. 7. 2023 definuje dodávky jako *pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil*, k širšímu vymezení okruhu vztahů, které podléhají pravidlům o zadávání veřejných zakázek na dodávky. Tomuto však NSS nepřisvědčil, a to zejména s ohledem na široké chápání pojmu „výrobek“ v judikatuře Soudního dvora Evropské unie, pod který nepochybně spadají nejen ovladatelné přírodní síly, ale i zvířata. K tomu NSS doplnil, že „[o]dklon od unijního pojetí předmětu veřejné zakázky na dodávky nelze dovodit ani ze systematiky českého zákona. Je pravda, že na rozdíl od předchozího zákona o veřejných zakázkách zákonodárce v rámci obecných výjimek z povinnosti postupovat podle zákona nezmínil veřejné zakázky, jejichž předmětem je vydání nebo převod cenných papírů či jiných finančních nástrojů nebo jiné operace prováděné zadavatelem za účelem získání peněžních prostředků či kapitálu [srov. § 18 odst. 2 písm. b) zákona o veřejných zakázkách]. Lze však přisvědčit předkládajícímu senátu, že pokud zákonodárce chápe pojem věc použitý v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek eurokonformně, pak ani není namístě, aby obdobnou výjimku v nynějším § 29 zákona (obecné výjimky) výslovně upravoval. Při eurokonformním pojetí pojmu věc (jako výrobek, respektive zboží ve smyslu SFEU) totiž cenné papíry pod definicí veřejné zakázky na dodávky vůbec zahrnout nelze. Nevzniká tak v podstatě ani prostor dávat zadavateli na výběr, zda bude v případě transakce tohoto typu podle zákonem stanovených pravidel postupovat, či nikoliv.“

⁹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES, Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014 o udělování koncesí.

91. NSS konstatoval, že „vymezení předmětu veřejné zakázky na dodávky ve směrnici 2014/24/EU není nijak zásadně odlišné od její definice v § 14 odst. 1 českého zákona. Pojem výrobek je totiž podstatně širší, než by se na první pohled mohlo zdát. Nelze přitom jednoduše konstatovat, že by chápání pojmu věc ve stejném významu, jaký má v občanském zákoníku, automaticky vedlo k rozšíření působnosti zákona o zadávání veřejných zakázek na širší okruh právních vztahů, než na které dopadá směrnice, jak uvádí předkládající senát. Uvedené nepochybně platí v nyní posuzované věci týkající se pořízení akcií, neboť občanský zákoník cenné papíry považuje za věc (§ 489 až 544), zatímco v unijním pojetí cenné papíry jakožto finanční nástroje sloužící k pohybu kapitálu pod pojem výrobek, i přes jeho široký dopad, zahrnout nelze (...)“.
92. NSS tedy, jak již bylo zmíněno výše, uzavřel, že „[z]ákonodárce při definování předmětu veřejné zakázky na dodávky v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek nevyjádřil zřetelně úmysl rozšířit působnost českého zákona nad rámec směrnice 2014/24/EU, tedy mj. i na oblast nabývání cenných papírů. Sousloví věci, zvířata nebo ovladatelné přírodní síly je proto nutné chápat pouze jako odpovídající český ekvivalent unijního pojmu výrobek při současném zachování významu daného pojmu pramenícího ze směrnice. Předmětem veřejné zakázky na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění účinném do 15. 7. 2023, proto není každá věc odpovídající definici v § 489 občanského zákoníku. Předmět veřejné zakázky na dodávky podle citovaného ustanovení je třeba vykládat tak, aby svým rozsahem odpovídal pojmu výrobek dle čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice 2014/24/EU, nikoliv nutně pojmu věc ve smyslu § 489 občanského zákoníku. To vylučuje, aby předmětem veřejné zakázky na dodávky byly akcie.“.
93. Bylo-li tedy předmětem plnění šetřené Smlouvy pořízení nově upsaných akcií vybraného dodavatele, Úřadu nezbývá než s ohledem na zmíněné závěry NSS konstatovat, že dotčené plnění není veřejnou zakázkou na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona a zadavatel jej tedy nebyl ani povinen zadávat dle zákona. Byť zadavatel postupoval při uzavírání Smlouvy v zadávacím řízení (JŘBU), tato skutečnost – jak vyložil NSS v usnesení NSS – nemá v šetřeném případě za následek povinnost zadavatele dodržet ustanovení zákona (§ 4 odst. 4 zákona) včetně (případné) tzv. blokační lhůty. Šetřená Smlouva (a postup zadavatele s ní spojený) vůbec nespadá do působnosti zákona (a tedy ani dozorové činnosti Úřadu dle § 248 zákona), protože ani návrh navrhovatele nesměruje proti postupu, který by byl zadavatel povinen dodržovat podle zákona.
94. S ohledem na vše shora uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 602 00 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261

odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. Mgr. Tomáš Hrstka, advokát, 17. listopadu 238, 530 02 Pardubice
2. Mgr. Jan Seidel, advokát, Dělnická 213/12, 170 00 Praha 7
3. Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., Ku Ptáku 387, 284 01 Kutná Hora

Vypraveno dne

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