



UOHSX00G1NPV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0060/2022/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-14184/2022/500

Brno 28. 4. 2022

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 z moci úřední dne 21. 2. 2022, jehož účastníkem je

- obviněný – městys Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 11. 2021 Mgr. Tomášem Hrstkou, advokátem, ev. č. ČAK 18698, se sídlem Teplého 2786, 530 02 Pardubice,

ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) cit. zákona a přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) cit. zákona obviněným při zadávání veřejné zakázky „Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“ v jednacím řízení bez uveřejnění, 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:

I.

Obviněný – městys Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol – se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že dne 29. 1. 2021 uzavřel s obchodní společností Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., IČO 46356967, se sídlem Ku Ptáku 387, 284 01

Kutná Hora, „Smlouvu o úpisu akcií“ na předmět plnění veřejné zakázky „Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, 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, **přes zákaz jejího uzavření stanovený v § 246 odst. 1 písm. c) cit. zákona, tj. před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele běžící od podání námitek stěžovatelem – Together to target s.r.o., IČO 01508865, se sídlem Žofínská 233/10, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava – dne 8. 1. 2021 do 2. 2. 2021, čímž mohl ovlivnit výběr dodavatele.**

II.

Obviněný – městys Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol – se v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“ v jednacím řízení bez uveřejnění, 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, dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že v rozporu s § 245 odst. 1 cit. zákona nevyřídil námitky stěžovatele – Together to target s.r.o., IČO 01508865, se sídlem Žofínská 233/10, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava – ze dne 7. 1. 2021 proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, tj. nedešlal rozhodnutí o námitkách do 15 dnů od doručení námitek dne 8. 1. 2021.

III.

Obviněný – městys Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol – se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“ v jednacím řízení bez uveřejnění, 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, nedodržel postup stanovený v § 55 cit. zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 63 odst. 3 písm. b) cit. zákona ve spojení s § 63 odst. 4 cit. zákona, na které obviněný odkazoval, neboť obviněný neprokázal, že by řádný provoz a správu vodohospodářské infrastruktury obviněného, jejichž realizace byla účelem zadání předmětné veřejné zakázky, mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný dodavatel – Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., IČO 46356967, se sídlem Ku Ptáku 387, 284 01 Kutná Hora, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dne 29. 1. 2021 uzavřel obviněný s cit. vybraným dodavatelem „Smlouvu o úpisu akcií“.

IV.

Za spáchání přestupků uvedených ve výrocích I. až III. tohoto rozhodnutí se obviněnému – městys Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 130 000,- Kč (sto třicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

V.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů, **se obviněnému – městy Suchdol**, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol – **ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – městy Suchdol, IČO 00236462, se sídlem Suchdol 1, 285 02 Suchdol, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 11. 2021 Mgr. Tomášem Hrstkou, advokátem, ev. č. ČAK 18698, se sídlem Teplého 2786, 530 02 Pardubice (dále jen „obviněný“ nebo „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 na základě „Výzvy k podání nabídky“ ze dne 25. 1. 2021 (dále jen „Výzva“) jednací řízení bez uveřejnění (dále též jako „JŘBU“) za účelem zadání veřejné zakázky „Vstup městy Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět veřejné zakázky obviněný vymezil v čl. 5 „Předmět veřejné zakázky“ Výzvy, ve kterém uvedl, že *„[p]ředmětem této veřejné zakázky je 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. Za pořízení nově upsaných akcií vybraného dodavatele vloží zadavatel na základě podané nabídky do vybraného dodavatele peněžitý vklad ve výši 2.323.662,- Kč a rovněž nepeněžitý vklad oceněný na 23.000.000,- Kč.“*
3. V čl. 4 „Předpokládaná hodnota veřejné zakázky“ Výzvy obviněný stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 25 323 662,- Kč bez DPH.
4. Dne 28. 1. 2021 byla obviněnému prostřednictvím elektronického nástroje Tender arena doručena nabídka 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“).
5. Dne 29. 1. 2021 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem „Smlouvu o úpisu akcií“ na předmětnou veřejnou zakázku (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.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, vydal ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ dne 6. 4. 2021 rozhodnutí č. j. ÚOHS-11600/2021/500/Alv. Tímto rozhodnutím Úřad zamítl podle § 265 písm. a) zákona návrh navrhovatele – Together to target s.r.o., IČO 01508865, se sídlem Žofínská 233/10, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava (dále jen „navrhovatel“ nebo „stěžovatel“) – ze dne 18. 2. 2021 na uložení zákazu plnění smlouvy (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“).
7. Rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0075/2021/VZ, č. j. ÚOHS-18512/2021/161/TMi ze dne 9. 6. 2021 (dále jen „zrušující rozhodnutí o rozkladu“) předseda Úřadu zrušil prvostupňové rozhodnutí, neboť dospěl k závěru, že obviněný uzavřel smlouvu s vybraným dodavatelem v tzv. blokační lhůtě podle § 246 odst. 1 písm. c) zákona.
8. Dne 5. 8. 2021 Úřad – vázán právními názory předsedy Úřadu uvedenými ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu – vydal ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ rozhodnutí č. j. ÚOHS-26518/2021/500/Alv (dále jen „rozhodnutí Úřadu“), kterým obviněnému podle § 264 odst. 1 zákona uložil zákaz plnění smlouvy, ve znění dodatku č. 1 ze dne 15. 6. 2021, neboť smlouva byla uzavřena postupem dle § 254 odst. 1 písm. b) zákona přes zákaz jejího uzavření stanovený v § 246 odst. 1 písm. c) zákona.
9. Rozhodnutí Úřadu bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0133/2021/VZ, č. j. ÚOHS-35818/2021/161/TMi ze dne 25. 10. 2021 (dále jen „rozhodnutí o rozkladu“).
10. Dne 6. 8. 2021 Úřad obdržel podnět týkající se postupu obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky (a dne 28. 11. 2021 další podnět obdobného znění). Podatel podnětu upozorňoval na to, že se obviněný svým jednáním dopustil
 - přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, když veřejnou zakázku zadal vybranému dodavateli bez řádného provedení zadávacího řízení,
 - přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, když smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným dodavatelem uzavřel přes zákaz jejího uzavření stanovený v § 246 odst. 1 písm. c) zákona,
 - přestupku dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, když v rozporu s § 245 odst. 1 zákona nevyřídil námitky podané dne 8. 1. 2021.
11. Přípisem č. j. ÚOHS-36729/2021/524/OPi ze dne 2. 11. 2021 požádal Úřad obviněného o zaslání sdělení, v němž obviněný uvede – nad rámec argumentace předložené v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ – podrobné důvody, pro které zvolil pro zadání

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

předmětné veřejné zakázky postup v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, resp. důvody, pro které uzavřel dne 29. 1. 2021 na plnění předmětu veřejné zakázky smlouvu právě s vybraným dodavatelem. Současně požádal Úřad obviněného o doložení jeho tvrzení relevantními podklady, je-li to možné.

12. Dne 12. 11. 2021 obdržel Úřad sdělení obviněného z téhož dne.

Sdělení obviněného ze dne 12. 11. 2021

13. Obviněný uvádí, že dlouhodobě plánoval vstup do společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, *„neboť stávající režim nakládání s vodohospodářskou infrastrukturou na území zadavatele byl pro zadavatele nevýhodný a zejména pak nevyhovující. Z tohoto důvodu (a rovněž v návaznosti na uveřejnění rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 10. 2020, č. j. 9 As 139/2020-125) rada zadavatele rozhodla na jednání konaném dne 18. 1. 2021, že vstup zadavatele do VHS bude podřízen režimu zákona o zadávání veřejných zakázek a k zadání „pořízení akcií“ VHS bude využito jednacím řízení bez uveřejnění, (...). Zadavatel je přesvědčen, že daná veřejná zakázka může být splněna jen jediným dodavatelem, a to právě VHS, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž – upsání nových akcií VHS (při současném provedení peněžitého a nepeněžitého vkladu do této společnosti) totiž nemůže nabídnout žádný jiný dodavatel, přičemž neexistuje ani jiný dodavatel, který by byl schopen nabídnout zadavateli srovnatelnou kombinaci zajištění provozu vodohospodářské struktury zadavatele, ani kombinaci hospodářských výsledků, složení orgánů či složení účastnické základny atd. Jediným pro zadavatele myslitelným dodavatelem tak byla právě VHS. Jen o vstup do této společnosti měl zadavatel zájem.“*.
14. Obviněný dále zdůrazňuje, že v šetřeném případě *„bylo předmětem veřejné zakázky pořízení akcií, a to pořízení originálním způsobem nabytí – tedy upsáním nových akcií. Takovou veřejnou zakázku už ze své podstaty nemůže provést žádný jiný subjekt než právě ten dodavatel, jehož akcie chce zadavatel získat (v tomto případě VHS). Žádný jiný subjekt není schopen zadavateli dodat nově upsané akcie VHS – je proto nade vší pochybnost jasné, že o upsání nových akcií (společně se zvýšením základního kapitálu) nemůže rozhodnout nikdo jiný než samotná VHS.“*.
15. Jedním z důvodů pro postup v JŘBU byl dle obviněného *„fakt, že VHS je majitelem související vodohospodářské infrastruktury, na kterou je napojena právě i vodohospodářská infrastruktura zadavatele, přičemž VHS se v rámci své podnikatelské činnosti zaměřuje právě na region, v němž se infrastruktura zadavatele nachází. VHS je navíc vlastníkem páteřního vodovodního řadu, který vede z Kutné Hory do Sázavy a prochází právě přímo územím zadavatele a na který je již v současné době napojena východní část území zadavatele. Z technického hlediska by bylo vložení vodohospodářské struktury do jiné společnosti výrazně obtížněji představitelné (a zároveň nežádoucí), přičemž tímto postupem by došlo ke znemožnění koordinace provozů vodohospodářské infrastruktury v rámci regionu zadavatele. Obdobně navíc postupovalo a postupuje množství obcí v daném regionu. Zadavatel v tomto směru rovněž poukazuje na fakt, že vložení vodohospodářské infrastruktury zadavatele do majetku VHS by zadavatel dosáhl i bezkonkurenční výše ceny za stočné – a to právě z důvodu technického propojení souvisejících infrastruktur. I tato skutečnost (tedy možnost dosažení co nejnižší ceny za vodné a stočné) byla dalším z mnoha motivů zadavatele k vložení vodohospodářské infrastruktury právě do VHS, (...).“*.

16. Obviněný rovněž poukazuje na skutečnost, že „[m]ožnost spolupráce s dalšími obcemi v regionu prostřednictvím účastenství ve společné VHS přitom tvoří perfektní rámec pro rozvoj vodohospodářské infrastruktury zadavatele na jeho území (jakož i dalších zúčastněných obcí na jejich území). Takový rámec spolupráce by přitom nemohl zajistit zkrátka nikdo jiný[] než právě VHS.“.
17. Obviněný doplňuje, že „při svém výběru zohlednil i existující postavení společnosti VHS na poli vodohospodářských společností. Zadavatel zhodnotil podnikatelský záměr této společnosti i způsob, jakým se snaží tento záměr naplňovat, stejně tak zadavatel zvažil stávající obsazení orgánů VHS a vizi jejich členů o budoucnosti společnosti.“.
18. Obviněný je taktéž názoru, že „Úřad není oprávněn přezkoumávat, zda je zadavatelem zvolený způsob postupu (tj. volba právě pořízení akcí) vhodn[ý], hospodárn[ý], zastupiteln[ý] apod.“.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

19. Po přezkoumání podkladů, které jsou součástí spisu v této věci vedeného, Úřad dospěl k závěru, že obviněný nepostupoval v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou v souladu se zákonem, a proto dne 11. 2. 2022 vydal podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“), příkaz sp. zn. ÚOHS-S0060/2022/VZ, č. j. ÚOHS-05327/2022/500 z téhož dne (dále jen „příkaz“), jímž rozhodl
 - ve výroku I. příkazu, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že dne 29. 1. 2021 uzavřel s Vodohospodářskou společností Vrchlice – Maleč smlouvu na předmět plnění předmětné veřejné zakázky 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 stěžovatelem dne 8. 1. 2021 do 2. 2. 2021, čímž mohl ovlivnit výběr dodavatele,
 - ve výroku II. příkazu, že obviněný se v souvislosti se zadáváním předmětné veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že v rozporu s § 245 odst. 1 zákona nevyřídil námitky stěžovatele ze dne 7. 1. 2021 proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, tj. neodeslal rozhodnutí o námitkách do 15 dnů od doručení námitek dne 8. 1. 2021,
 - ve výroku III. příkazu, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 55 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 63 odst. 3 písm. b) zákona ve spojení s § 63 odst. 4 zákona, na které obviněný odkazoval, neboť obviněný neprokázal, že by řádný provoz a správu vodohospodářské infrastruktury obviněného, jejichž realizace byla účelem zadání předmětné veřejné zakázky, mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný dodavatel, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dne 29. 1. 2021 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem smlouvu,
 - ve výroku IV. příkazu podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona o uložení pokuty obviněnému za spáchání přestupků dle výroků I. až III. příkazu ve výši 150 000,- Kč.

20. Dnem 21. 2. 2022, kdy byl příkaz doručen obviněnému, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno předmětné správní řízení. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.
21. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 1. 3. 2022 odpor z téhož dne.
22. Usnesením č. j. ÚOHS-07638/2022/524 ze dne 2. 3. 2022 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
23. Dne 15. 3. 2022 obdržel Úřad stanovisko obviněného z téhož dne.

Stanovisko obviněného ze dne 15. 3. 2022

K porušení zákazu uzavřít smlouvu v blokační lhůtě

24. Obviněný Úřadu vytýká, že v příkazu pouze opakuje závěry předsedy Úřadu učiněné v rozhodnutí o rozkladu, namísto toho, aby se zabýval argumenty obviněného přednesenými v rozkladu sp. zn. ÚOHS-R0133/2021/VZ či v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ (např. výkladem závěrů Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 44/2018-261 ze dne 22. 4. 2020).
25. Obviněný je názoru, že námitky stěžovatele směřovaly výlučně proti pořízení akcií mimo zadávací řízení, přičemž je nezpochybnitelné, že *„by zadavatel námitky vypořádal jen a pouze konstatováním, že nebude akcie pořizovat mimo zadávací řízení. Nelze nepodloženě předpokládat, že by zadavatel podateli námitek sdělil, že hodlá využít jednacím řízení bez uveřejnění a dovozovat z toho následné hypotetické scénáře, (...). Nevyřízení námitek jejich podatele fakticky nepřipravilo o žádné možnosti procesní obrany, neboť by o jednacím řízení bez uveřejnění s největší pravděpodobností nevěděl ani v případě, že by jeho námitky byly vypořádány. Stejně tak platí, že ani kdyby byla smlouva o úpisu akcií uzavřena až po konci blokační lhůty[,] nebylo by postavení navrhovatele či podatele námitek jiné – podatel námitek (stěžovatel) by se i po vyřízení námitek o uzavření smlouvy dozvěděl stejně až ex post, neboť to je stav, který je bytostně spjatý s jednacím řízení[m] bez uveřejnění. Blokační lhůta v tomto případě nehrála žádnou roli a funkce, které jí připisuje Úřad jsou na daný případ neaplikovatelné (...).“*. Stejně tak je obviněný názoru, že nedodržení blokační lhůty nemohlo mít jakýkoli vliv na výběr dodavatele, neboť dodavatelem nově upisovaných akcií může být toliko akciová společnost, které patří (v šetřeném případě Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč).
26. Obviněný k tomu dodává, že je fakticky *„vyloučeno, aby akcie dodal kdokoli, natož pak stěžovatel, který je zjevně jen prostředníkem, za kterým stojí patrně mnohem silnější společnost, v jejichž zájmu není vložení vodohospodářské infrastruktury zadavatele do VHS Vrchlice – Maleč.“*

K nevyřízení námitek

27. Obviněný předně akcentuje, že stěžovatele nelze považovat za aktivně legitimovaného k podání předmětných námitek, neboť ten je *„prázdnou schránkou, která nedisponuje zaměstnanci ani kapitálem k tomu, aby byl schopen zajistit dodání akcií VHS Vrchlice – Maleč.“*. Podání takové osoby pak dle obviněného nelze považovat za oprávněné námitky a jejich nevyřázení tak není přestupkem dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.

K nesplnění podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění

28. Obviněný nesouhlasí s tím, že mu nic nebránilo, aby předmětnou veřejnou zakázku zadal v nějakém „otevřenějším“ zadávacím řízení. Dle obviněného „[n]elze provést zadávací řízení, v němž by mohly být podávány nabídky na nejrůznější způsoby nakládání s vodohospodářskou infrastrukturou, dokonce vč. vytvoření in-house subjektu, do něž by byla infrastruktura vložena, neboť takové nabídky by byly naprosto nesouměřitelné. Je-li Úřad jiného názoru, nechť tento svůj názor precizně rozebere a osvětlí, jak by měl zadavatel postupovat. Předpokladem pro podání souměřitelných nabídek (a potažmo tedy pro rovnou soutěž dodavatelů) je, že zadavatel stanoví, co od dodavatelů chce. Toto rozhodnutí – ohledně formy obchodu, který se má odehrát – pak není ještě součástí zadávání veřejné zakázky a dozorová pravomoc Úřadu se na něj tudíž nevztahuje. (...) Nelze [] akceptovat, aby Úřad znemožnil zadavateli rozhodnutí o konkrétní podobě naložení s vodohospodářskou infrastrukturou – to by totiž mohlo dospět až do fáze, kdy Úřad zakáže obci prodat svou vodohospodářskou infrastrukturu, protože přeci jejím skutečným záměrem bylo zajistit, aby se o tuto infrastrukturu i nadále někdo staral, a klidně tedy nemusela přistoupit k prodeji, ale mohla provést některé z ‚otevřených‘ zadávacích řízení a zajistit její provoz prostřednictvím pachtu. Případně by pak mohlo hrozit, že Úřad zasáhne do snahy zadavatele pořídit pro své zaměstnance automobily, protože by přece stejného záměru mohli dosáhnout i pořízením jízdních kol, motorek či jízdenek na MHD.“
29. Obviněný dále podotýká, že skutečným předmětem veřejné zakázky bylo „pořízení nově upisovaných akcií, které může z důvodů technických, právních (a logických) dodat jen a pouze VHS Vrchlice-Maleč. V takovém případě tedy bylo využití jednacího řízení bez uveřejnění oprávněné a ani využití ‚otevřenějšího‘ zadávacího řízení by nevedlo ke změně výběru dodavatele, neboť nově upisované akcie při současném vkládání vodohospodářské infrastruktury do dané akciové společnosti, by mohl dodat jen jediný dodavatel, a to VHS Vrchlice-Maleč. Nejen, že se tedy přestupek popisovaný Úřadem nestal, ale postup zadavatele navíc ani nemohl mít vliv na výběr dodavatele.“
30. V další části stanoviska pak obviněný odkazuje na všechna svá vyjádření předložená v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ. Obviněný dále namítá nesprávně stanovenou výši pokuty s ohledem na jim zmiňované polehčující okolnosti.
31. Obviněný navrhuje, aby Úřad předmětné správní řízení zastavil, neboť ke spáchání žádného z přestupků nedošlo.
32. Obviněný rovněž požádal o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-07638/2022/524 ze dne 2. 3. 2022.

Další průběh správního řízení

33. Usnesením č. j. ÚOHS-09498/2022/524 ze dne 16. 3. 2022 určil Úřad obviněnému novou lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
34. Dne 5. 4. 2022 obdržel Úřad vyjádření obviněného z téhož dne.

Vyjádření obviněného ze dne 5. 4. 2022*K porušení zákazu uzavřít smlouvu v blokační lhůtě*

35. Obviněný trvá na tom, že blokační lhůta se vztahovala pouze k stěžovatelem namítanému postupu obviněného mimo zadávací řízení, nikoli k postupu v JŘBU, přičemž obviněný nesouhlasí s aplikovatelností rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 44/2018-261 ze dne 22. 4. 2020 a s tím souvisejícím výkladem rozsahu „působnosti“ blokační lhůty. Obviněný je názoru, že právo stěžovatele brojit proti uzavření smlouvy v JŘBU nebylo dotčeno, neboť u JŘBU „*právní úprava počítá s tím, že proti jeho využití budou moci brojit dodavatelé zejména až po uzavření smlouvy (ostatně – jednací řízení bez uveřejnění je koncipováno jako zadávací řízení, o kterém se zpravidla dozví jen jeho účastníci a nikdo jiný).*“
36. Obviněný dále opětovně zmiňuje, že předmětem plnění veřejné zakázky byly nově upisované akcie, které mohl dodat pouze vybraný dodavatel. V této souvislosti obviněný odmítá názor předsedy Úřadu, že se jedná o jednu z variant, kterými lze dosáhnout „skutečného záměru zadavatele“, jímž má být zajištění správy a provozu vodohospodářské infrastruktury. V dané věci se obviněný odkazuje na svoji argumentaci uvedenou v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ (zejména na vyjádření ze dne 28. 7. 2021 k podkladům rozhodnutí a rozklad ze dne 9. 9. 2021 proti rozhodnutí Úřadu) a v rámci žaloby proti rozhodnutí o rozkladu.

K nevyřízení námitek

37. Obviněný rovněž trvá na tom, že stěžovatel nebyl aktivně legitimován k podání námitek, přičemž v této věci odkazuje na svoji argumentaci uplatněnou v rámci žaloby proti rozhodnutí o rozkladu, v níž mj. poukazuje na skutečnost, že emisi akcií může z povahy věci zajistit jen akciová společnost, „*[n]avrhovatel je společností, která podle dostupných informací není jakkoli činná v oblasti provozování vodovodů a kanalizací. Neuzavírá smlouvy, které by byly publikovány v registru smluv, a ekonomické ukazatele, které navrhovatel o svém hospodaření uveřejnil, prokazují, že se jedná o prakticky prázdnou schránku bez zaměstnanců a významnějšího kapitálu. Sídlo navrhovatele je v budově, kde sídlí přinejmenším desítky dalších společností, přičemž navrhovatel na této budově ani nemá žádnou svou ceduli. Jediná společnice a jednatelka navrhovatele je navíc společníkem a/nebo statutárním orgánem přinejmenším několika dalších společností (převážně sídlících na téže adrese), které rovněž nejsou závratně ekonomicky aktivní.*“

K nesplnění podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění

38. Obviněný zdůrazňuje, že nepoptával zajištění správy a provozu vodohospodářské infrastruktury, nýbrž nově upisované akcie konkrétní společnosti. Obviněný je názoru, že Úřad „*nejedná o tom, zda bylo pořízení akcií provedeno v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, ale jedná o tom, že měl zadavatel vlastně postupovat jinak, než právě poptávkou nově upisovaných akcií. Už jen z tohoto důvodu jsou závěry Úřadu (resp. jeho předsedy) naprosto nesmyslné.*“ I zde se obviněný odkazuje na svoji argumentaci uvedenou v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ a v rámci žaloby proti rozhodnutí o rozkladu.
39. Na závěr obviněný nesouhlasí se stanovením výše pokuty v rámci příkazu, neboť dle jeho názoru nebylo vzato v potaz několik výrazně polehčujících okolností, např. skutečnost, že povinnost poptávat akcie prostřednictvím zadávacího řízení bude patrně brzy zrušena,

neboť Ministerstvo pro místní rozvoj předložilo mj. v této věci k projednání vládou České republiky novelu zákona².

Další průběh správního řízení

40. Usnesením č. j. ÚOHS-12148/2022/524 ze dne 7. 4. 2022 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
41. Dne 27. 4. 2022 obdržel Úřad přípis obviněného, jímž doplnil svá předchozí vyjádření o svoji repliku z téhož dne k vyjádření předsedy Úřadu k žalobě proti rozhodnutí o rozkladu. V předmětné replice obviněný setrvává na tom, že stěžovatel nebyl aktivně legitimován k podání námitek, resp. návrhu k Úřadu, a rovněž nesouhlasí s tím, že „*nedodržení zákonné blokační lhůty v tomto případě jakkoli zkrátilo navrhovatele na jeho právech na obranu proti postupu zadavatele.*“. Obviněný dále v rámci repliky nesouhlasí s tvrzením předsedy Úřadu, že „*zadavatel je oprávněn rozhodnout o svých vlastní[ch] potřebách a zadat veřejnou zakázku za účelem jejich naplnění. Není však možné přiznat právní ochranu jednání zadavatele, který k zajištění svých potřeb zvolí takový postup, který zcela eliminuje hospodářskou soutěž.*“. V této souvislosti je obviněný názoru, že „*hospodářská soutěž se neprojevuje pouze tím, že se mohou všichni potenciální zájemci o kterýkoli aspekt prováděné majetkové operace účastnit zadávacího řízení. Fakt, že se zadavatel rozhodl postupovat tak, že vstoupí do společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s., je výsledkem dlouhé debaty a poměrování různých variant v orgánech městyse a výběr právě tohoto postupu je výsledkem existující hospodářské soutěže. Schémat provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu je v České republice vícero a zúčastněné subjekty mezi sebou volně soutěží – z mnoha nejrůznějších důvodů (...) si pak žalobce³ zvolil vstup do dané akciové společnosti, což v žádném případě nelze hodnotit jako postup, který by ‚eliminoval hospodářskou soutěž‘ (‚otevřené‘ zadávací řízení není jediným nástrojem, jak zajistit soutěž mezi stranami).*“. Obviněný je dále přesvědčen, že tvrdí-li předseda Úřadu, že pořízení akcií v JŘBU, o kterém hovoří Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 As 139/2020-125 ze dne 29. 10. 2020 (dále jen „rozsudek NSS“), je myslitelné jen v případě „investičního nákupu akcií z titulu jejich výhodnosti“, pak nic takového z daného rozsudku neplyne a předseda Úřadu ani nevysvětlil, jak k takovému závěru dospěl.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

42. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření obviněného rozhodl o spáchání přestupků obviněným tak, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
43. Již na tomto místě Úřad uvádí, že jeho závěry vychází ze zrušujícího rozhodnutí o rozkladu, rozhodnutí Úřadu a rozhodnutí o rozkladu, která byla vydána v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ a příslušných řízeních o rozkladu. K tomu Úřad dále dodává, že bytí byly závěry předsedy Úřadu vyslovené ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu a v rozhodnutí o rozkladu učiněny v jiném správním řízení (ÚOHS-S0068/2021/VZ), Úřad nemá prostor se od

² Dostupné na <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=ALBSCCIG5R9R>

³ tj. obviněný

nich jakkoli odchýlit, neboť se týkají téže věci. Prvostupňovému správnímu orgánu, byť by třeba původně zastával odlišný právní názor, v tomto smyslu v demokratickém právním státě naprosto nepřísluší jakkoli polemizovat s posouzením téže věci jeho nadřízeným správním orgánem.

Relevantní ustanovení zákona

44. 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.
45. Podle § 2 odst. 3 zákona je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. Tato povinnost se považuje za splněnou, pokud je veřejná zakázka zadána na základě rámcové dohody postupem podle části šesté hlavy II, v dynamickém nákupním systému podle části šesté hlavy III nebo pořizována od centrálního zadavatele nebo jeho prostřednictvím podle § 9 zákona.
46. Podle § 3 zákona se zadávacím řízením pro účely tohoto zákona rozumí
 - a) zjednodušené podlimitní řízení,
 - b) otevřené řízení,
 - c) užší řízení,
 - d) jednací řízení s uveřejněním,
 - e) jednací řízení bez uveřejnění,
 - f) řízení se soutěžním dialogem,
 - g) řízení o inovačním partnerství,
 - h) koncesní řízení, nebo
 - i) řízení pro zadání veřejné zakázky ve zjednodušeném režimu.
47. Podle § 55 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky v nadlimitním režimu použít otevřené řízení nebo užší řízení a za splnění dále uvedených podmínek také jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, řízení se soutěžním dialogem nebo řízení o inovačním partnerství.
48. Podle § 63 odst. 3 zákona může zadavatel také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť
 - a) předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon,
 - b) z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo
 - c) je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.
49. Podle § 63 odst. 4 zákona podmínky podle § 63 odst. 3 písm. b) a c) zákona jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

50. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
51. Podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona námitky podle § 241 odst. 1 zákona se podávají písemně a lze je podat proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
52. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
53. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhová, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
54. Podle § 246 odst. 1 písm. c) zákona zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl.
55. Podle § 250 odst. 1 zákona lze návrh podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele, a to zejména proti
 - a) zadávacím podmínkám,
 - b) dobrovolnému oznámení,
 - c) vyloučení účastníka zadávacího řízení,
 - d) rozhodnutí o výběru dodavatele,
 - e) volbě druhu zadávacího řízení, nebo
 - f) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.
56. Podle § 251 odst. 3 zákona pokud zadavatel o námitkách ve lhůtě podle § 245 odst. 1 zákona nerozhodl, musí být návrh podle § 250 odst. 1 zákona doručen Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem.
57. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
58. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

Zjištěné skutečnosti

59. Dne 8. 1. 2021 podal navrhovatel obviněnému námitky ze dne 7. 1. 2021 proti postupu obviněného směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení (dále jen „námitky“), v nichž obviněného s odkazem na rozsudek NSS upozornil na skutečnost, že obviněným „*plánované nabytí akcií společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice Maleč, a.s. je [] nepochybně nadlimitní veřejnou zakázkou na dodávky, která podléhá zadávacímu řízení v režimu ZVZ*“, a vzhledem k tomu, že z veřejně dostupných informací nevyplývá, že by zadavatel zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku, jejímž předmětem by bylo nabytí příslušných akcií, je „*nepochybné, že celý proces nabývání akcií společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice Maleč, a.s. je v rozporu se zákonem.*“.
60. Obviněný na základě Výzvy ze dne 25. 1. 2021 zahájil jednací řízení bez uveřejnění na veřejnou zakázku.
61. V čl. 1 „Úvod“ Výzvy obviněný uvedl, že dlouhodobě plánoval vstup do Vodohospodářské společnosti Vrchlice – Maleč, a to s ohledem na skutečnost, že „*[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.*
- 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 (...).*
- 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.“.*
62. V Písemné zprávě zadavatele ze dne 1. 3. 2021, jež byla uveřejněna na profilu zadavatele dne 2. 3. 2021, obviněný podává podrobnější odůvodnění použití JŘBU:
- Obviněný uvádí, že rozsudek NSS se týkal výrazně odlišné situace, neboť v tomto případě jde o provedení peněžitého a nepeněžitého majetku obviněného za získání nově upsaných akcií, tudíž se nejedná o investiční nákup stávajících akcií, a tedy o „pořízení

věci“ ve smyslu § 14 odst. 1 zákona, nýbrž o vstup do vybrané akciové společnosti za účelem kapitálového zapojení do této konkrétní akciové společnosti, kterou dle obviněného není možné vybrat na základě jednoznačně formulovaných hodnotících kritérií.

- Obviněný je přesvědčen, že zde z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž mezi dodavateli, kteří by soutěžili o to, který z nich pojme více společníků či získá do svého majetku více vodohospodářské infrastruktury.
- Obviněný dále uvádí, že vybraný dodavatel je vlastníkem související vodohospodářské infrastruktury, na kterou je napojena infrastruktura obviněného, kdy vybraný dodavatel „*vlastní páteřní vodovodní řad vedoucí z Kutné Hory do Sázavy procházející mj. přímo územím zadavatele, na který je již v současné době napojena východní část území zadavatele. Vložení vodohospodářské infrastruktury do jiné vodohospodářské společnosti by bylo z technického hlediska absolutně nežádoucí a rovněž by neumožnilo koordinaci provozů vodárenské infrastruktury v rámci regionu.*“. Vybraný dodavatel se zaměřuje na oblast, v níž se nachází vodohospodářská infrastruktura obviněného. Díky zvolenému postupu bude mít obviněný dohled nad cenotvorbou za vodné a stočné a navíc možnost spolupráce s dalšími okolními obcemi v regionu prostřednictvím účastenství ve vybraném dodavateli s možností dalšího rozvoje této infrastruktury, kdy žádný jiný dodavatel tuto možnost spolupráce nenabízí.
- Obviněný zhodnotil veškerá rizika spojená s pořízením nově emitovaných akcií vybraného dodavatele a dospěl k závěru, že nejvhodnější volbou je právě majetková účast ve vybraném dodavateli k zajištění řádného provozu vodohospodářské infrastruktury na jeho území. Dle obviněného mu nemůže být dávana k tíži volba tohoto investičního řešení, „*neboť každá obec je v obecné rovině oprávněna k účasti v podnikatelsky aktivních právnických osobách.*“.
- Dle obviněného v daném případě neexistuje žádný jiný dodavatel, který by byl schopen zajistit vstup obviněného do vybraného dodavatele za totožných podmínek, neboť nové akcie emituje právě vybraný dodavatel, a současně ani nemůže žádný jiný dodavatel zajistit, aby spolu se vstupem obviněného do vybraného dodavatele došlo ke vnesení vkladů obviněného k zajištění řádné správy vodohospodářské infrastruktury na území obviněného. Dále dle obviněného nebylo možné přistoupit ani k derivátnímu pořízení již stávajících akcií, neboť by mohlo dojít k situaci, kdy by se sice obviněný stal akcionářem vybraného dodavatele, avšak bez vložení vodohospodářských infrastruktur a základní cíl (zajištění správy vodohospodářské infrastruktury) by tedy zůstal nenaplněn.
- Obviněný rovněž zohlednil postavení vybraného dodavatele na poli vodohospodářských společností a zhodnotil jeho podnikatelský záměr i způsob, jakým se snaží tento záměr naplňovat. Obviněný taktéž zvážil stávající obsazení orgánů vybraného dodavatele a vizi jeho členů o budoucnosti společnosti.
- Obviněný je názoru, že „*[z]amýšlený postup zadavatele je tedy investováním, které se řídí zcela jinými pravidly než prostý výběr dodávek, který běžně podléhá zadávacím řízením podle zákona (...).*“.

63. Dne 29. 1. 2021 uzavřel obviněný smlouvu s vybraným dodavatelem.

64. 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, výtlačky.

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 (...).“

65. 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:	<i>[n]a majetkový účet obce veden[ý] na CDCP oznámený upisovatelem</i>
Emisní kurs jedné akcie:	<i>6.213 Kč (...)</i>
Celkový emisní kurs akcií:	<i>25.323.662,- Kč (...)</i>
Peněžitý vklad:	<i>2.323.662,- Kč (...) na rekonstrukci ČOV Suchdol.“</i>

66. 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.“*
67. 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.“*
68. 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 (...).“*
69. 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, (...).“*
70. 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 nepeněžitého vkladu bylo za podmínek uvedených v této smlouvě schváleno zastupitelstvem obce dne 17. 12. 2020, (...).“*
71. 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.“*

K výroku I. tohoto rozhodnutí

72. Dne 8. 1. 2021 odeslal navrhovatel obviněnému námítky, kterými brojil proti postupu směřujícímu k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mezi obviněným a vybraným dodavatelem mimo zadávací řízení, přičemž námítky byly obviněnému doručeny téhož dne. Obviněný na tyto námítky nijak nereagoval, protože tzv. blokační lhůta, v níž obviněný 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, tedy od 8. 1. 2021 do 2. 2. 2021. Obviněný následně zahájil na základě Výzvy jednací řízení bez uveřejnění a dne 29. 1. 2021 uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu.

73. Jak uvedl předseda Úřadu ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu, *„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 navrhovatel domáhal ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ, o kterém bylo rozhodnuto rozhodnutím Úřadu.
74. K tomu předseda Úřadu ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu doplnil: *„Jak je patrné z návěti § 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.“*
75. V této věci lze podpůrně odkázat také na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 44/2018-261 ze dne 22. 4. 2020, podle kterého se zákaz uzavřít smlouvu vztahuje na smlouvy mající nejen totožný předmět, ale také totožné subjekty. V rozsudkem řešeném případě tak zadavatel i přes zákaz uzavřít smlouvu vyplývající z předběžného opatření Úřadu mohl uzavřít smlouvu s jiným dodavatelem, poněvadž i přes totožný předmět z ní rozdílnost subjektů činí jinou smlouvu, než kterou Úřad zakázal uzavřít. I přes odlišnost vůči nyní posuzovanému případu spočívající v tom, že v případě zmíněného rozsudku vyplýval zákaz uzavřít smlouvu z Úřadem vydaného předběžného opatření, lze dovodit závěr, že totožnost smlouvy je dána shodou v jejím předmětu a smluvních stranách. V nyní posuzovaném případě obviněný uzavřel smlouvu, která se v klíčových definičních znacích (předmět smlouvy a smluvní strany) shodovala se smlouvou, jejímuž uzavření bránila blokační lhůta, pouze byla uzavřena jiným postupem (v zadávacím řízení). To z ní však nečiní jinou smlouvu v duchu zmíněného rozsudku, a běžící blokační lhůta se tak vztahovala i na ni. V této souvislosti Úřad podotýká, že nesouhlasí-li obviněný s aplikovatelností závěrů soudu na daný případ, kterou se zabýval předseda Úřadu ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu, potažmo v rozhodnutí o rozkladu, kdy názory předsedy Úřadu v této věci jsou v rámci tohoto správního řízení toliko převzaty (neboť, jak bylo vysvětleno již výše, Úřad je jimi vázán, neboť se jedná o posouzení téže věci), Úřad jakožto prvoinstanční orgán nemůže s právními názory předsedy Úřadu v šetřeném případě polemizovat (uvedené se vztahuje rovněž na výklad/aplikovatelnost závěrů rozsudku NSS na šetřený případ provedený předsedou Úřadu), na rozdíl od obviněného, který proti závěrům předsedy Úřadu může brojit např. žalobou u příslušného správního soudu (jak obviněný ostatně učinil podáním žaloby proti rozhodnutí o rozkladu). Vázanost právním názorem nadřízeného správního orgánu může být prolomena toliko v důsledku nových

skutkových zjištění či při změně právní úpravy v průběhu správního řízení⁴. Ani k jedné z těchto skutečností však v šetřeném případě nedošlo.

76. V kontextu šetřeného případu je pak nutno zohlednit i tu skutečnost, že postupuje-li zadavatel k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je pro případné stěžovatele velice složité (někdy i nemožné) zjistit, že k takovému postupu dochází. Nejinak tomu je i při postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v JŘBU, jehož zahájení není zadavatel povinen oznamovat neomezenému počtu dodavatelů. Dozvěděl-li se tedy navrhovatel v šetřeném případě o záměru obviněného, proti němuž brojil podanými námitkami, bylo by, jak zdůraznil předseda Úřadu ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu, nepřiměřené nevztahovat blokační lhůtu dle § 246 odst. 1 písm. c) zákona běžící z důvodu podání (a nevypořádání) námitek navrhovatele i na uzavření téže smlouvy mezi týmiž subjekty v JŘBU.
77. Úřad konstatuje, že blokační lhůta dle § 246 odst. 1 písm. c) zákona ve spojení s § 251 odst. 3 zákona běžela ode dne odeslání námitek navrhovatelem dne 8. 1. 2021 do 2. 2. 2021 a uzavřel-li obviněný dne 29. 1. 2021 s vybraným dodavatelem smlouvu na veřejnou zakázku, učinil tak v rozporu se zákazem jejího uzavření dle dotčeného § 246 odst. 1 písm. c) zákona. Úřad opakuje, že je nerozhodné, že námitky navrhovatele směřovaly proti postupu obviněného mimo zadávací řízení (a stejně tak tvrzení obviněného, že by podané námitky vypořádal pouze tak, že nehodlá pořizovat akcie mimo zadávací řízení), zatímco obviněný uzavřel smlouvu v JŘBU. Smlouva, kterou obviněný uzavřel v JŘBU, taktéž podléhala blokační lhůtě plynoucí v návaznosti na podání námitek navrhovatelem, a to s ohledem na totožnost předmětu a jejich subjektů. K tomu lze s odkazem na rozhodnutí o rozkladu doplnit, že *„[u]zavřením smlouvy dne 29. 1. 2021 [] zadavatel znemožnil navrhovateli podání návrhu k Úřadu na uložení nápravného opatření například podle § 263 odst. 7 zákona, tedy možnosti, kterou mu měla zákonná blokační lhůta zajišťovat až do dne 2. 2. 2021. Nelze tedy souhlasit s tvrzením, že blokační lhůta ztratila svůj smysl nebo že vzhledem k faktickému vyhovění námitkám nemohla navrhovateli postupem zadavatele vzniknout žádná újma. Navrhovatel totiž v námitkách brojil nejen proti skutečnosti, že zadavatel postupuje mimo zadávací řízení, ale zejména proti samotnému konkrétnímu postupu směřujícímu k uzavření smlouvy, který zadavatel měl realizovat. K jeho nápravě uzavřením smlouvy v JŘBU nijak nedošlo, poněvadž neveřejnost JŘBU je v zásadě obdobná jako v případě postupu mimo zadávací řízení. Skutečnost, že proti JŘBU nejsou běžně námitky vzhledem k jeho neveřejnosti podávány, neznamená, že proti postupu v JŘBU nelze námitky podat, naopak ustanovení § 241 odst. 2 písm. b) zákona umožňuje podat námitky proti zvolenému druhu zadávacího řízení, a tím současně aktivovat blokační lhůtu. Jestliže navrhovatel zjistil záměr zadavatele a brojil proti němu námitkami, které zadavatel nijak nevypořádal, nelze navrhovateli takový postoj zadavatele přičítat k tíži a upírat mu jeho zákonnou možnost efektivní obrany. Stejně tak nelze aprobovat postup zadavatele, který podané námitky nijak nevypořádal, ale toliko napadený postup bez dalšího realizoval pouze s tím rozdílem, že jej realizoval jako postup v JŘBU.“*
78. Úřad dále uvádí, že skutková podstata přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona vyžaduje, aby nedodržení pravidel stanovených zákonem ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele. Aby tedy došlo k naplnění tohoto znaku skutkové podstaty přestupku podle

⁴ Jak vyplývá i z odborné komentářové literatury, k tomu srov. např. Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019. Systém Beck online.

citovaného ustanovení zákona, musí nezákonným postupem obviněného dojít k ovlivnění nebo alespoň potenciálnímu ovlivnění výběru dodavatele. Zákon tedy v případě přestupku podle citovaného ustanovení zákona nevyžaduje výlučně prokázání vlivu na výběr dodavatele, postačí takové jednání (postup) zadavatele, které mohlo mít potenciální vliv na výběr dodavatele.

79. V této souvislosti Úřad podotýká, že pokud by obviněný v blokační lhůtě podle § 246 odst. 1 písm. c) zákona neuzavřel smlouvu, mohl se stěžovatel domáhat zákazu jejího uzavření a meritorního přezkumu postupu obviněného směřujícího k uzavření smlouvy mimo zadávací řízení, případně přezkumu postupu obviněného v jednacím řízení bez uveřejnění, pokud by se o tomto postupu stěžovatel dozvěděl. Nelze proto vyloučit, že by Úřad v případně zahájeném správním řízení na návrh obviněnému zakázal pokračovat v postupu směřujícím k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení podle § 263 odst. 7 zákona, případně mohl uložit zákaz uzavřít smlouvu i v probíhajícím jednacím řízení bez uveřejnění. Obviněný následně mohl ustoupit od svých dosavadních kroků a v některém z druhů zadávacích řízení podle § 3 zákona vybrat dodavatele jiného. Byť obviněný opakovaně uvádí, že předmětem veřejné zakázky je pořízení nově upisovaných akcií vybraného dodavatele, který je jediným možným dodavatelem daného plnění, Úřad je i v této věci vázán právním názorem předsedy Úřadu, který ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu konstatoval, že *„pravým důvodem pro majetkový vstup do vybraného zadavatele nebyla obchodní investice, nýbrž zajištění řádné správy a provozu vodohospodářské infrastruktury“*, k čemuž předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu doplnil, že *„[t]ento závěr potvrzuje skutečnost, že se v daném případě nejednalo o prostou výměnu nově upsaných akcií za peníze, nýbrž zadavatel rovněž vložil do vybraného dodavatele svou vodohospodářskou infrastrukturu. Vybraný dodavatel se tak de facto stane správcem vodohospodářské infrastruktury v městysu Suchdol, neboť zadavatel již nemá provoz a správu předmětné vodohospodářské infrastruktury ve své moci. Zadavatel tak fakticky rozdělil postup směřující k naplnění jeho potřeby, kterou je správa a provoz vodohospodářské infrastruktury, do několika úkonů, a to úpisu akcií vybraného dodavatele, převodu vodohospodářské infrastruktury a následného poskytování vodohospodářských služeb.“*.
80. S ohledem na shora uvedené Úřad uzavírá, že postup obviněného mohl mít vliv na výběr dodavatele, když obviněný navrhovateli znemožnil efektivní obranu proti svému postupu před uzavřením smlouvy.
81. Posledním znakem skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona je zadání veřejné zakázky, tedy uzavření smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 2 odst. 1 zákona. Vzhledem k tomu, že dne 29. 1. 2021 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem smlouvu na veřejnou zakázku, došlo k naplnění i tohoto znaku skutkové podstaty přestupku podle předmětného ustanovení zákona.
82. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že dne 29. 1. 2021 uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky 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 stěžovatelem dne 8. 1. 2021 do 2. 2. 2021, čímž mohl ovlivnit výběr dodavatele, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

83. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné. Tato povinnost zadavatele je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
84. Z § 245 odst. 1 zákona tedy vyplývá, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, tzn. musí konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem odůvodnit, proč pokládá argumentaci stěžovatele za nesouvisející, resp. lichou.
85. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení, resp. při zadávání veřejné zakázky právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava v § 245 odst. 1 zákona.
86. Důležitost institutu námitek a jejich vyřízení vyplývá i z úmyslu zákonodárce sankcionovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat způsobem stanoveným zákonem [k tomu srov. § 268 odst. 1 písm. d) zákona].
87. Zákon vyjma požadavku na řádné odůvodnění rozhodnutí o námitkách jednoznačně stanovuje zadavateli povinnost spočívající v odeslání rozhodnutí o námitkách stěžovateli, a to do 15 dnů od doručení námitek. Zákon rovněž mj. stanoví, že nesplnění některé z povinností podle § 245 odst. 1 zákona naplňuje skutkovou podstatu přestupku, za který lze uložit pokutu až do výše 20 mil. Kč.
88. V kontextu šetřeného případu Úřad předně k obviněným tvrzené absenci aktivní legitimity stěžovatele/navrhovatele k podání námitek, resp. návrhu k Úřadu uvádí, že touto otázkou se zabýval již v rozhodnutí Úřadu, v němž dospěl k závěru, že s ohledem na skutečnost, že předmětem podnikání stěžovatele je výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, stěžovatel disponuje mj. živnostenskými oprávněními „provozování vodovodů a kanalizací a úprava a rozvod vody“ a „zprostředkování obchodu a služeb“ a s ohledem na to, že předmětem veřejné zakázky je pořízení nově upsaných akcií Vodohospodářské společnosti Vrchlice – Maleč, tedy společnosti působící mj. v oblasti provozování vodovodů a kanalizací, nelze vyloučit alespoň teoretickou možnost účasti navrhovatele v předmětném zadávacím řízení, a tedy ani teoretickou možnost jejího získání. Uvedl-li tedy navrhovatel, že jeho újma spočívá v nemožnosti plnit veřejnou zakázku a dosáhnout tím zisku, shledal Úřad takové

vymezení újmy za dostatečné a legitimující navrhovatele k podání návrhu k Úřadu, a to i při zohlednění skutečností zmiňovaných obviněným (nepředložení konkrétní nabídky obviněnému, neexistence zveřejněné smlouvy ve věci vodohospodářské aktivity navrhovatele v Registru smluv, neexistence webových stránek, navrhovatel nedisponuje zaměstnanci, objem transakcí uvedený ve výsledku hospodaření navrhovatele).

89. K tomu předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu doplnil: *„Pakliže je třeba vnímat postup zadavatele šířeji, tedy jako postup směřující k zajištění správy a provozu vodohospodářské infrastruktury, je nutné obdobnou optikou nahlížet i na újmu hrozící navrhovateli vyplývající z postupu zadavatele. Navrhovatel v bodě 16 návrhu uvedl, že dne 22. 9. 2020 kontaktoval zadavatele s cílem získání podkladů, které by mu umožnily předložit zadavateli nabídku poradenství pro vytvoření městské společnosti, která by provozovala vodovody a kanalizace ve vlastnictví zadavatele. V důsledku uzavření smlouvy pak dle bodu 18 návrhu vznikla navrhovateli újma ve formě ušlého zisku z podnikatelské činnosti při potenciální realizaci veřejné zakázky. Na základě výše uvedeného lze shrnout, že zadavatel uzavřel smlouvu s cílem zajistit správu a provoz vodohospodářské infrastruktury, neboť tuto smlouvu nelze posuzovat izolovaně, ale toliko jako součást určitého řetězce kroků (úpis akcií, převod vodohospodářské infrastruktury, vodohospodářské služby). Navrhovatel v návrhu hrozící újmu definoval jako ztrátu potenciální možnosti zajištění správy a provozu vodohospodářské infrastruktury zadavatele (buď formou poradenství), a byl dle zjištění Úřadu (...) hypoteticky schopný zajistit záměr zadavatele (zajistit správu a provoz vodohospodářské infrastruktury). Nelze tedy vyloučit, že postupem zadavatele mohla navrhovateli vzniknout či hrozit újma. Lze tak uzavřít, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepochybil, když rozhodl, že navrhovatel byl aktivně legitimován k podání návrhu.“*
90. Jak uvedl předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu, jsou-li tvrzení obviněného ohledně nedostatku aktivní legitimace stěžovatele k podání námitek, resp. návrhu založeny na tom, že stěžovatel nebyl schopen dodat obviněnému požadované akcie vybraného dodavatele, nelze na veřejnou zakázku, resp. smlouvu na její plnění nahlížet *„jako na prostý úpis akcií, ale jako na součást procesu, jehož výsledkem je zajištění vodohospodářských služeb. Námitky se tak zcela míjejí s podstatou závěru, že navrhovatel byl k podání návrhu aktivně legitimován, a je nutno je tedy odmítnout.“*
91. Nyní již Úřad přistoupí k posouzení postupu obviněného v souvislosti s podanými námitkami stěžovatele. Stěžovatel se dozvěděl o domnělém postupu obviněného směřujícím k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení z veřejně dostupných zdrojů dne 4. 1. 2021 a dne 8. 1. 2021, tj. ve lhůtě dle § 242 odst. 1 zákona, doručil obviněnému námitky. Obviněný však o námitkách ve lhůtě podle § 245 odst. 1 zákona, tedy nejpozději do 25. 1. 2021 (s ohledem na obecná pravidla pro počítání času), nerozhodl, a nerozhodl o nich ani po této lhůtě.
92. Z uvedeného tedy vyplývá, že obviněný neodeslal stěžovateli rozhodnutí o námitkách dle § 245 odst. 1 zákona ve lhůtě 15 dnů ode dne, kdy mu byly námitky doručeny. Úřad na základě uvedených skutečností považuje za prokázané, že postup obviněného, který do 15 dnů od doručení námitek neodeslal stěžovateli rozhodnutí o námitkách, ve kterém by uvedl, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, jednoznačně naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona, dle kterého je za přestupek považováno porušení některé z povinností dle § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. tohoto rozhodnutí

93. Úřad v obecné rovině k jednacímu řízení bez uveřejnění uvádí, že se jedná o takové zadávací řízení, které svou povahou představuje výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn užít pouze za předpokladu, že naplní zákonem taxativně vymezené podmínky. Důvodem je, že tento druh zadávacího řízení je ze své povahy nejméně transparentním a pro hospodářskou soutěž nejméně „otevřeným“ druhem zadávacího řízení (neplatí např. zákonná povinnost uveřejnit informaci o jeho zahájení vůči neomezenému počtu potenciálních dodavatelů). Zadavatel v případě užití tohoto druhu zadávacího řízení oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak *de facto* dochází k omezení hospodářské soutěže. Jedná se však o takové omezení hospodářské soutěže, které je zákonem předvídané, kdy důvody pro možnost užití jednacího řízení bez uveřejnění jsou v zákoně uvedeny taxativně a z jiných než zákonem stanovených důvodů tedy nemůže zadavatel tento druh zadávacího řízení využít.
94. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být pouze krajním řešením, a to v těch případech, kdy není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem v některém z pohledu hospodářské soutěže otevřenějších zadávacích řízeních. Obdobně se vyjádřil i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, když uvedl, že *„[z]adáání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v ‚klasickém‘ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.⁵“*
95. V této souvislosti Úřad uvádí, že ustanovení, která představují výjimky z pravidel pro zadávání veřejných zakázek (tzn. rovněž ustanovení upravující použití jednacího řízení bez uveřejnění), musejí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících takovou výjimku nese ten, kdo se jich dovolává, tedy v případě JŘBU zadavatel. Uvedené závěry vyplývají z rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie (viz např. rozsudek ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004) a opakovaně je uvádí i rozhodovací praxe tuzemských soudů (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-54 ze dne 11. 1. 2013). Obdobné závěry ohledně důkazního břemene vyslovil Nejvyšší správní soud rovněž v rozsudku č. j. 8 As 149/2014-68 ze dne 31. 8. 2015. K citovaným rozsudkům Úřad uvádí, že ačkoliv se uvedená judikatura vztahuje k postupu zadavatele dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tato skutečnost na posouzení šetřené věci v době účinnosti zákona ničeho nemění, neboť postavení JŘBU jakožto výjimečného a krajního řešení zadání veřejné zakázky použitelného pouze při splnění stanovených podmínek, které je nutno vykládat restriktivně, zůstalo i v nové právní úpravě zachováno.
96. K použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. b) ve spojení s § 63 odst. 4 zákona pak Úřad v obecné rovině konstatuje, že zákon umožňuje užití JŘBU v případě existence jediného možného, z povahy věci předem určeného dodavatele, který může předmět dané veřejné zakázky splnit, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž. Zadavatel v tomto případě musí prokázat nemožnost plnění dané veřejné zakázky jiným dodavatelem, kdy nepostačuje pouze zadavatelův subjektivní dojem. V této souvislosti

⁵ tj. v té době účinného zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů – pozn. Úřadu.

je dále nutno podotknout, že charakter technických důvodů opravňujících zadavatele zadat veřejnou zakázku v JŘBU musí být takový, aby tyto důvody ve svém důsledku znamenaly jednoznačnou nezbytnost zadání předmětné veřejné zakázky právě vybranému dodavateli. Z dokladů prokazujících existenci technických důvodů pro použití JŘBU, aby mohly být považovány za relevantní podklady obsahující odborné technické hodnocení prokazující technickou výlučnost vybraného dodavatele, musí vyplývat, jaké konkrétní technické důvody existují a vedou k tomu, že předmět šetřené veřejné zakázky nemůže realizovat jiný dodavatel než vybraný dodavatel. Současně platí, že zadavatel nesmí svým předchozím jednáním bezdůvodně stav exkluzivity pro jediného dodavatele sám vytvořit či stanovit zadávací podmínky záměrně tak, aby vyloučily hospodářskou soutěž.

97. V šetřeném případě se z Výzvy, Písemné zprávy zadavatele a vyjádření obviněného ze dne 1. 3. 2021 k návrhu, na jehož základě bylo vedeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ, podává, že obviněný za účelem zajištění řádné správy vodohospodářské infrastruktury na svém území zvolil řešení formou vstupu do vybraného dodavatele, a to prostřednictvím vložení či převedení peněžitého a nepeněžitého (vodohospodářské infrastruktury ve vlastnictví obviněného) majetku obviněného do vybraného dodavatele výměnou za úpis nově emitovaných akcií vybraného dodavatele. K realizaci tohoto plnění zadal obviněný na základě závěrů rozsudku NSS ohledně povahy předmětného plnění jako veřejné zakázky na dodávky předmětnou veřejnou zakázku v JŘBU s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) zákona.
98. Obviněný postup v JŘBU odůvodňuje tím, že jeho požadavek spočívající ve vložení peněžitého a nepeněžitého majetku obviněného do vybraného dodavatele za účelem řádné správy vodohospodářské infrastruktury nelze provést žádným jiným dodavatelem než právě vybraným dodavatelem. Dle obviněného neexistuje hospodářská soutěž mezi dodavateli, kteří by soutěžili o to, který z nich pojme více společníků či získá do svého majetku více vodohospodářské infrastruktury. Obviněný dále argumentuje tím, že vybraný dodavatel se zaměřuje na oblast, resp. působí v regionu, ve kterém se nachází předmětná infrastruktura obviněného. Nadto vybraný dodavatel již vlastní páteřní vodovodní řad vedoucí z Kutné Hory do Sázavy, jenž prochází přímo územím obviněného, kdy je již na tento vodovodní řad napojena východní část území obviněného (uvedené obviněný doložil mapovými podklady).
99. Dalším důvodem pro postup v JŘBU je dle obviněného skutečnost, že prostřednictvím účastenství ve vybraném dodavateli bude také moci spolupracovat s dalšími obcemi v regionu, které již participují ve vybraném dodavateli, což je dle obviněného nejvhodnější rámec pro rozvoj vodohospodářské infrastruktury na jeho území, resp. na území všech zúčastněných obcí a celého regionu; takovou spolupráci s jinými obcemi dle obviněného nenabízí žádný jiný dodavatel, tudíž v tomto směru taktéž z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž.
100. Na základě shora uvedeného dospěl Úřad v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ v prvostupňovém rozhodnutí k závěru, že pokud se obviněný rozhodl pro vstup do vybraného dodavatele, přičemž toto své rozhodnutí relevantně odůvodnil záměrem převést svou vodohospodářskou infrastrukturu do vlastnictví vybraného dodavatele za účelem řádné správy a provozu této infrastruktury (byť existují i jiné varianty řešení pro řádný provoz vodohospodářské infrastruktury, ty však nesplňují záměr obviněného spočívající především v převedení nepeněžitého majetku v podobě vodovodu, kanalizace a ČOV do správy konkrétní společnosti, ve které by obviněný vlastnil část akcií a tímto

způsobem se podílel na správě vodohospodářské infrastruktury jako jeden z akcionářů společně s dalšími územně samosprávnými celky), byl postup v JŘBU oprávněný.

101. S tímto závěrem se však předseda Úřadu ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu neztotožnil, a to s ohledem na skutečnost, že je-li pravým důvodem pro majetkový vstup obviněného do vybraného dodavatele zajištění řádné správy a provozu vodohospodářské infrastruktury, a nikoli obchodní investice, je nutné posoudit také to, zda stejného cíle nemohl obviněný dosáhnout i jinými prostředky, než je právě majetkový vstup do vybraného dodavatele. Jak již bylo zmíněno výše, skutečnost, že pravým důvodem pro majetkový vstup obviněného do vybraného dodavatele bylo zajištění řádné správy a provozu vodohospodářské infrastruktury, dle názoru předsedy Úřadu vyjádřeného v rozhodnutí o rozkladu potvrzuje to, že *„se v daném případě nejednalo o prostou výměnu nově upsaných akcií za peníze, nýbrž zadavatel rovněž vložil do vybraného dodavatele svou vodohospodářskou infrastrukturu. Vybraný dodavatel se tak de facto stane správcem vodohospodářské infrastruktury v městysu Suchdol, neboť zadavatel již nemá provoz a správu předmětné vodohospodářské infrastruktury ve své moci. Zadavatel tak fakticky rozdělil postup směřující k naplnění jeho potřeby, kterou je správa a provoz vodohospodářské infrastruktury, do několika úkonů, a to úpisu akcií vybraného dodavatele, převodu vodohospodářské infrastruktury a následného poskytování vodohospodářských služeb.“*. K tomu předseda Úřadu s odkazem na rozsudek NSS doplnil, že *„má-li zadavatel zájem o vstup do konkrétní společnosti, a jeho požadavky tak může splnit jediný dodavatel, může veřejnou zakázku zadat prostřednictvím JŘBU. Uvedený závěr jistě lze vztáhnout k investičnímu nákupu akcií, kdy zadavatel má oprávněný zájem o akcie určité společnosti z titulu jejich výhodnosti. V posuzovaném případě však zadavatel svým postupem zjevně chtěl zajistit provoz a správu své vodohospodářské infrastruktury prostřednictvím vybraného dodavatele. Pořízením akcií výměnou za vložení vodohospodářské infrastruktury tak zadavatel de facto zcela bez soutěže vybral dodavatele, aniž by se jednalo o jediný možný postup vedoucí k naplnění záměru zadavatele. Ostatně jak zmínil Nejvyšší správní soud ve shora citovaném rozhodnutí, i v tam posuzovaném případě, kdy zadavatel pořizoval akcie a závod přepravní společnosti, se nejednalo o situaci, kdy požadavky zadavatele mohl splnit pouze jediný dodavatel. Na tomto místě je třeba připomenout, že sám zadavatel ve správním řízení přiznal, že důvodem vstupu do vybraného dodavatele je zajištění správy vodohospodářské infrastruktury na území zadavatele (viz vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele: „nesmí být ztráceno ze zřetele, že zadavatel vstupuje do VHS proto, aby zajistil řádnou správu vodohospodářské infrastruktury na území městyse Suchdol’ nebo ‚V tomto scénáři by pak mohl zadavatel dokonce dospět do naprosto paradoxní situace, že se sice stane akcionářem VHS, nepodaří se mu však do této společnosti vložit vodohospodářskou infrastrukturu a základní cíl celé operace tedy zůstane nenaplněn, byť se již zadavatel stal akcionářem VHS a za nakoupené akcie utratil nemalé finanční prostředky.‘). Nemůže tedy být sporu o tom, že záměrem zadavatele bylo zajistit provoz a správu vodohospodářské infrastruktury a vstup do vybraného dodavatele byl pouze jedním z možných postupů, jak záměr naplnit. Jestliže existovalo více dodavatelů, kteří mohli naplnit záměr zadavatele, nejednalo se o situaci, kterou ve výše citovaném rozsudku popsal Nejvyšší správní soud. Zadavatel totiž rozhodl o realizaci svého záměru určitým způsobem, aniž by provedl transparentní zadávací řízení na provoz a správu vodohospodářské infrastruktury, což byl jeho deklarovaný záměr.“*.

102. Byť není úkolem Úřadu poskytovat v rámci vedených správních řízení obecně závazné návody, jak mají zadavatelé postupovat při originárním nabývání akcií (Úřad je zákonem zmocněn toliko k přezkumu postupu zadavatele ve vztahu k zákonu)⁶, předseda Úřadu v souvislosti s dalšími možnými prostředky, jimiž lze dosáhnout cíle obviněného (správa a provoz vodohospodářské infrastruktury), ve zrušujícím rozhodnutí o rozkladu zmínil, že daného cíle by bylo rovněž možné dosáhnout zadáním veřejné zakázky na služby nebo prostřednictvím koncese na služby, pokud by tomu nebránily technické důvody. K tomu předseda Úřadu doplnil, že si lze „představit rovněž situaci, kdy záměrem zadavatele může být vytvoření interního (in-house) dodavatele společně s okolními obcemi, jejichž vodohospodářská infrastruktura navazuje na infrastrukturu zadavatele. Při existenci takového interního dodavatele by v budoucnu zadavatel mohl využít tzv. in-house výjimky v rámci vertikální spolupráce, a zajistit tak správu a provoz vodohospodářské infrastruktury prostřednictvím vybraného dodavatele, aniž by se jednalo o veřejnou zakázku. Jednou z podmínek pro takový postup podle § 11 odst. 1 písm. b) zákona je, aby v onom in-house dodavateli neměla majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejní zadavatelé. Je proto vždy na místě důkladně zkoumat i záměr a pohnutky zadavatele, aby bylo možné posoudit, zda jeho postup nesměřoval k vytvoření in-house dodavatele. V takovém případě by totiž technické důvody dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona mohly být naplněny, neboť jiný dodavatel nebude v takové pozici, aby se za obdobných podmínek in-house dodavatelem stal. Nelze opomenout, že v případě spolupráce několika obcí je vstup do dodavatele (a vytvoření in-house dodavatele) koordinovaným postupem, což dále zužuje okruh potenciálních dodavatelů. Aby ale bylo možné tento závěr zohlednit, je třeba, aby jej zadavatel ve správním řízení řádně tvrdil a dokázal.“.
103. Úřad předně s odkazem na zrušující rozhodnutí o rozkladu uvádí, že se neztotožňuje s tvrzením obviněného, že „Úřadu [] nepřísluší posuzovat, jaký byl skutečný záměr zadavatele či co bylo pravým důvodem pro majetkový vstup do VHS, neboť k tomu Úřad není při své přezkumné činnosti svěřené zákonem a na základě zákona oprávněn.“. Úřadu byla ve smyslu § 1 zákona ve spojení s § 248 zákona svěřena pravomoc k výkonu dozoru nad zadáváním podlimitních a nadlimitních veřejných zakázek a zvláštními postupy. Hlavním úkolem Úřadu tak je zabezpečit naplnění smyslu a cíle zákona, kdy prostřednictvím férové hospodářské soutěže je dosahováno efektivního vynakládání veřejných prostředků. Z hlediska uvedeného tedy Úřad vykonává dozor nad dodržováním zákona a je mu svěřena pravomoc ukládat nápravná opatření nebo sankce. Argumentace obviněného směřuje k tomu, že vymezení předmětu veřejné zakázky a zamýšlený způsob jejího pořízení nelze podrobit přezkumu orgánem dozoru. Za takového stavu by se však zákonná úprava zadávání veřejných zakázek stala obsoletní.
104. Nyní již tedy Úřad přistoupí – v intencích právních závěrů předsedy Úřadu – k posouzení skutkových okolností šetřeného případu.

⁶ K tomu srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 35/2015-80 ze dne 28. 6. 2017, v němž soud mj. judikoval: „S námitkami, kterými žalobce brojil proti zjištění skutkového stavu, souvisí námitka porušení principu dobré správy, kterou žalobce fakticky brojil proti tomu, že z postupu žalovaného není zřejmé, jaký postup by žalovaného v budoucnu uspokojil, tedy že mu nebyl předložen jasný návod, jak v budoucnu postupovat. Není úkolem Úřadu ani žalovaného, aby ve správním řízení o konkrétním správním deliktu dával žalobci jasné pokyny či návod, jak zcela konkrétně postupovat v budoucnu v dané zakázce.“

105. Úřad uvádí, že mu nejsou známy žádné technické důvody, které by obviněnému bránily v popotávání plnění spočívajícího v zajištění správy a provozu vodohospodářské infrastruktury obviněného prostřednictvím některého z „otevřenějších“ a pro hospodářskou soutěž mnohem méně omezujících druhů zadávacího řízení, a ani obviněný žádné takové relevantní technické důvody neuvedl ani neprokázal/nedoložil. Není tedy vyloučena možnost, že by mohli existovat další dodavatelé, kteří by se o veřejnou zakázku mohli úspěšně ucházet. V této souvislosti lze ostatně poukázat na skutečnost, že v roce 2020 provozovala vodohospodářskou infrastrukturu obviněného společnost Energie AG Kolín a.s., IČO 47538457, se sídlem Orebitská 885, 280 02 Kolín⁷, a je tak zjevné, že daná infrastruktura nemusí být provozována výhradně Vodohospodářskou společností Vrchlice – Maleč (byť tento model provozování shledává obviněný nevýhodným a nevyhovujícím).
106. Ačkoli si je Úřad vědom toho, že případný záměr obviněného spočívající ve „vytvoření interního (in-house) dodavatele společně s okolními obcemi, jejichž vodohospodářská infrastruktura navazuje na infrastrukturu zadavatele“, by musel být tvrzen a doložen/prokázán v rámci správního řízení, což však obviněný v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ neučinil, přistoupil Úřad k ověření dané skutečnosti i v rámci šetření podnětu.
107. Za tímto účelem požádal Úřad obviněného o sdělení podrobných důvodů (nad rámec argumentace předložené v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ), pro které zvolil pro zadání předmětné veřejné zakázky postup v JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, resp. důvodů, pro které uzavřel dne 29. 1. 2021 na plnění předmětu veřejné zakázky smlouvu právě s vybraným dodavatelem (viz bod 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
108. Obviněný v rámci daného sdělení *de facto* pouze zopakoval důvody pro užití JŘBU, které již uvedl v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ (viz body 13. až 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Byť obviněný opětovně uvedl, že obdobně postupují i okolní obce, přičemž „[m]ožnost spolupráce s dalšími obcemi v regionu prostřednictvím účastenství ve společné VHS přitom tvoří perfektní rámec pro rozvoj vodohospodářské infrastruktury zadavatele na jeho území (jakož i dalších zúčastněných obcí na jejich území)“, obviněný netvrdil ani nedoložil/neprokázal, že by jeho záměrem (spolu s okolními obcemi) bylo vytvoření interního (in-house) dodavatele ve smyslu § 11 zákona.
109. Argumentuje-li obviněný rovněž „ekonomickou stránkou“ svého postupu, který obviněnému umožní ovlivnit výši ceny za vodné a stočné, pak k tomu Úřad s odkazem na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016 uvádí, že „(...) snaha zadavatele býti ‚dobrým hospodářem‘ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.“. V této souvislosti pak Úřad dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013-131 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud uvedl, že „(...) sama zásada hospodárnosti[] nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacího řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“.

⁷ Viz https://www.obecsudol.cz/assets/File.ashx?id_org=15908&id_dokumenty=2813

110. Úřad na základě výše uvedených skutečností shrnuje, že obviněný neprokázal, že by z technických důvodů neexistoval jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky, tj. zajistit správu a provoz vodohospodářské infrastruktury obviněného, a že by tak byly ve vztahu k použití předmětného jednacního řízení bez uveřejnění splněny podmínky pro jeho použití.
111. K tomu Úřad dodává, že nezákonný postup obviněného mohl mít vliv na výběr dodavatele, neboť použitím jednacního řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, resp. zcela vyloučil možnost účasti jakéhokoliv jiného dodavatele než Vodohospodářské společnosti Vrchlice – Maleč, přičemž nelze vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával plnění odpovídající předmětu veřejné zakázky (spočívající v zajištění správy a provozu vodohospodářské infrastruktury) v jiném (otevřenějším) druhu zadávacího řízení, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli obviněnému nabídnout výhodnější plnění.
112. S ohledem na vše shora uvedené rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty

113. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona a přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
114. Podle § 270 odst. 5 zákona promlčecí doba činí 5 let.
115. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
116. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda neuplynula promlčecí doba stanovená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupků uvedených ve výroci I. a III. tohoto rozhodnutí došlo dne 29. 1. 2021 uzavřením smlouvy. Ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí došlo dne 26. 1. 2021, tedy den následující po dni, kdy obviněnému uplynula lhůta pro odeslání rozhodnutí o námitkách podle § 245 odst. 1 zákona.
117. Z výše uvedených údajů tak vyplývá, že promlčecí doba dle § 270 odst. 5 zákona ve vztahu k projednávaným přestupkům neuplynula a odpovědnost obviněného za přestupky nezanikla.
118. Podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích se za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
119. V souladu s § 41 odst. 1 zákona o přestupcích se proto Úřad nejprve zabýval otázkou, který přestupek je v šetřeném případě nejpřísněji trestný, tj. za který z nich je možno uložit nejpřísnější (nejvyšší) pokutu.
120. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona za přestupek podle § 268 odst. 1 zákona, nepoužije-li se postup podle § 268 odst. 3 zákona, se uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky,

nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) až c) zákona.

121. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona za přestupek podle § 268 odst. 1 zákona, nepoužije-li se postup podle § 238 odst. 3 zákona, se uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
122. Úřad uvádí, že za přestupky uvedené ve výrocích I. a III. tohoto rozhodnutí lze obviněnému uložit správní trest pokuty ve výši do 2 532 366,- Kč po zaokrouhlení (10 % z celkové ceny veřejné zakázky ve výši 25 323 662,- Kč) a za přestupek uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí ve výši do 20 000 000,- Kč.
123. S ohledem na § 41 odst. 1 zákona o přestupcích přistoupí Úřad k uložení pokuty za přestupek uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí, který shledává za nejpřísněji trestný. K přestupkům uvedeným ve výrocích I. a III. tohoto rozhodnutí Úřad přihlédně jako k přitěžující okolnosti.
124. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédně zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
125. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti cit. ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
126. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
127. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námítky, které lze podat proti a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek, b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. V šetřeném případě nedošlo k zákonem předvídanému postupu dle § 245 odst. 1 zákona, neboť obviněný zcela rezignoval na svoji povinnost vyřídit námítky, jimiž stěžovatel brojil proti domnělému nezákonnému postupu obviněného směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, čímž odepřel stěžovateli právo na autentický názor obviněného na veškeré vznesené připomínky. Pochybení v podobě nepřezkoumání námitek stěžovatele, kterého se obviněný dopustil, přitom není možné hodnotit vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo, jako marginální.
128. Úřad dále při zvažování výše pokuty přihlédl k následkům spáchání přestupku. Obviněný v daném případě nezákonným postupem způsobil situaci, kdy se stěžovatel vůbec nedozvěděl

o postoji obviněného vůči jím namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách (zejména tu skutečnost, že obviněný sice postupuje mimo zadávací řízení, ale v dané věci hodlá zahájit jednací řízení bez uveřejnění). Legitimní očekávání stěžovatele, že na jeho námitky bude ze strany obviněného náležitě a včas reagováno, tak nebylo naplněno a naplněn nebyl ani základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje obviněného k nim a sdělení skutečnosti, proč námitkám příp. nevyhovuje, pokud by tak obviněný učinil. Přitom úkon zadavatele spočívající ve vyřízení námitek, resp. poskytnutí věcného stanoviska zadavatelem stěžovateli, nelze nikterak zhojit či nahradit. „Informační deficit“ na straně stěžovatele tak „donutil“ stěžovatele bez dalších informací iniciovat správní řízení před Úřadem, kdy v této souvislosti byl stěžovatel povinen složit nemalou finanční částku jako kauci.

129. Co se týká dalších okolností, za kterých byl přestupek uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí spáchán, Úřad shledal ve smyslu § 40 písm. b) zákona o přestupcích jako přitěžující okolnost spáchání přestupků uvedených ve výroci I. a III. tohoto rozhodnutí, kdy v důsledku přestupku dle výroku I. tohoto rozhodnutí došlo k situaci, kdy se stěžovatel již nemohl domáhat zákazu uzavření smlouvy a meritorního přezkumu postupu obviněného, a v důsledku přestupku dle výroku III. tohoto rozhodnutí k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže. V souvislosti se závažností přestupku obviněného dle výroku III. tohoto rozhodnutí, který představuje přitěžující okolnost, však Úřad rovněž zohlednil tu skutečnost, že problematika „nákupu akcií“ v kontextu zákona o zadávání veřejných zakázek je komplikovaná, ustálená rozhodovací praxe se teprve vytváří, kdy i jednotlivé instance Úřadu a správních soudů ne vždy zastávají shodný názor na danou věc (k tomu srov. průběh rozhodování v rámci správního řízení vedeného ve věci sp. zn. ÚOHS-S0330/2017/VZ a na něj navazující rozhodnutí předsedy Úřadu a správních soudů, na které odkazuje i obviněný, a průběh rozhodování v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0068/2021/VZ a na něj navazujících rozhodnutí předsedy Úřadu), a tu skutečnost, že je v úmyslu zákonodárce povinnost poptávat akcie prostřednictvím zadávacího řízení ze zákona do budoucna vypustit⁸. Na druhou stranu nelze odhlédnout ani od skutečnosti, že bez ohledu na právní složitost si byl zadavatel své povinnosti podřídit uzavíranou smlouvu právnímu režimu veřejné zakázky vědom; v tomto smyslu se tedy jakékoli své „nevědomosti“ dovolávat nemůže.
130. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupky, za které je obviněnému nyní ukládán trest, nejsou v souběhu s dalšími přestupky obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 28/2009 – 62 ze dne 18. 6. 2009, popřípadě rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016. V prvně uvedeném rozsudku soud dovodil, že *„při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 – 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam,*

⁸ Ministerstvo pro místní rozvoj předložilo mj. v této věci k projednání vládou České republiky novelu zákona.

kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“ Soud dále pokračuje tak, že „[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).*“

131. Úřad se tedy zabýval otázkou, zda přestupky, za které je obviněnému ukládána sankce, nejsou v souběhu s dalšími přestupky obviněného, resp. zda se obviněný nedopustil právě projednávaných přestupků dříve, než bylo vydáno rozhodnutí, jímž mu byla uložena pokuta za spáchání jiného přestupku. Úřad konstatuje, že mu není z úřední činnosti známo, že by se obviněný dopustil dalších přestupků, za které by mu byla uložena sankce, protože tedy není dán důvod k uplatnění institutu souhrnného trestu. V této souvislosti Úřad doplňuje, že při stanovení výše pokuty zohlednil rovněž skutečnost, že obviněný nebyl doposud trestán za spáchání přestupku dle zákona, tj. jedná se o jeho první pochybení. Na druhou stranu je však třeba vzít v potaz, že přestupek spočívající v úplné ignoraci podaných námitek je nutno pokládat za jeden z vůbec nejzávažnějších, neboť ve svém důsledku zásadním způsobem ohrožuje práva dodavatelů v rámci jejich ochrany proti nezákonnému postupu zadavatele; tato okolnost zcela brání uložení pokuty v takové výši, kterou by bylo možno vnímat jako symbolickou.
132. Při ukládání sankce obviněnému Úřad zohlednil také výpadek mj. daňových příjmů obviněného jakožto územního samosprávného celku v souvislosti s opatřeními vlády ve věci zmírnění či zastavení šíření koronaviru SARS-CoV-2.
133. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu obviněného. Z rozpočtu obviněného na rok 2022⁹ vyplývá, že obviněný kalkuluje v oblasti příjmů s prostředky k použití ve výši 54 432 000,40 Kč. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).
134. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená pokuta projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám,

⁹ Dostupné na https://www.obecsuchdol.cz/assets/File.ashx?id_org=15908&id_dokumenty=4121

kteřé zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení pokuty. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.

135. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
136. Pokuta uložená ve výroku IV. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřizovaný u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

K výroku V. tohoto rozhodnutí – náklady řízení

137. Podle § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.
138. Podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích správní orgán uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
139. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, musel správní orgán vycházet z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.
140. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.
141. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupků, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného, a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
142. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřizovaný u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2022000060.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní 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, 604 55 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 zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

Mgr. Tomáš Hrstka, advokát, Teplého 2786, 530 02 Pardubice

Vypraveno dne

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