



UOHSX00JRM7R

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0050/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-20961/2024/162

Brno 24. 5. 2024

V řízení o rozkladu ze dne 19. 3. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Statutární město Pardubice**, IČO 00274046, se sídlem Pernštýnské náměstí 1, 530 02 Pardubice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0880/2023/VZ, č. j. ÚOHS-09979/2024/500 ze dne 5. 3. 2024, vydanému ve správním řízení o přestupku zahájeném z moci úřední,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění obviněným při zadávání veřejné zakázky „**Vypracování územní plánu města Pardubice**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 7. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 7. 2011 pod ev. č. 60062478,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0880/2023/VZ, č. j. ÚOHS-09979/2024/500 ze dne 5. 3. 2024

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup obviněného a průběh správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“¹) 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, obdržel podnět k prošetření postupu obviněného – Statutární město Pardubice, IČO 00274046, se sídlem Pernštýnské náměstí 1, 530 02 Pardubice (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) v souvislosti s uzavřením dodatku č. 3 ze dne 28. 3. 2022 ke smlouvě o dílo ze dne 18. 11. 2011 uzavřené s vybraným dodavatelem – HaskoningDHV Czech Republic, spol. s r. o., IČO 45797170, se sídlem Sokolovská 100/94, 186 00 Praha 8 (dále jen „**původní dodavatel**“) – na realizaci veřejné zakázky „Vypracování územní plánu města Pardubice“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 7. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 7. 2011 pod ev. č. 60062478 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 28. 3. 2022 byl mezi obviněným, původním dodavatelem a společností Ateliér Cihlář-Svoboda s.r.o., IČO 08438391, se sídlem Na Máčovně 1610, 266 01 Beroun (dále jen „**nový dodavatel**“) uzavřen dodatek č. 3 ke smlouvě na veřejnou zakázku (dále jen „**dodatek č. 3**“).
3. Stěžovatel v podnětu uvádí, že dle něj nebyly splněny podmínky § 222 odst. 10 písm. b) zákona a jednalo se o nepřípustnou podstatnou změnu závazku. Stěžovatel namítá, že 1) nový dodavatel není právním nástupcem původního dodavatele, neboť ve skutečnosti nedošlo k převodu závodu, ale jen k postoupení smluv a dalších práv a povinností a 2) nový dodavatel nesplňuje kvalifikaci původně požadovanou u veřejné zakázky.
4. Na základě uvedeného podnětu Úřad od obviněného vyžádal dokumentaci o zadávacím řízení a vyjádření k obsahu podnětu. Dne 4. 7. 2023 Úřad obdržel dokumentaci o zadávacím řízení a vyjádření obviněného k podnětu ze dne 3. 7. 2023 (dále jen „**vyjádření k podnětu**“).

¹ Pro posouzení, zda zadavatel při uzavírání dodatku č. 3 dodržel povinnosti uložené mu zákonem, je rozhodné znění zákona účinné v době uzavření dodatku č. 3.

5. Ve vyjádření k podnětu obviněný předně argumentuje tím, že dle něj § 222 zákona dopadá pouze na ty změny závazků, které jsou přímým důsledkem právního jednání zadavatele. Zadavatel přitom nemohl nastalé právní jednání nijak ovlivnit, k převodu části závodu došlo v daném případě „automaticky“ bez ohledu na jeho jednání. Zadavatel si vyžádal od nového dodavatele dokumenty a řádně prověřil, zda došlo ke splnění kvalifikace a po prověření uzavřel dodatek č. 3. Zadavatel uvádí, že se nedopustil jednání, v jehož důsledku by došlo k podstatné změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, když s péčí řádného hospodáře postupoval v souladu s § 222 odst. 10 písm. b) zákona.
6. Dne 21. 12. 2023 vydal Úřad příkaz č. j. ÚOHS-51067/2023/500 z téhož dne (dále jen „**příkaz**“), kterým rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky v § 222 odst. 1 a 10 zákona, když bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona ke smlouvě o dílo na realizaci veřejné zakázky, kterou uzavřel dne 18. 11. 2011 s původním dodavatelem, uzavřel dodatek č. 3, jehož předmětem je nahrazení původního dodavatele novým dodavatelem, čímž ve smyslu § 222 odst. 10 zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na plnění veřejné zakázky po dobu jeho trvání, aniž by toto nahrazení bylo podle § 222 odst. 10 písm. a) či b) zákona možné, neboť nový dodavatel nesplňoval kritéria kvalifikace stanovená zadávací dokumentací původního zadávacího řízení, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele. Výrokem II příkazu uložil Úřad obviněnému za spáchání uvedeného přestupku pokutu ve výši 130 000 Kč.
7. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 29. 12. 2023 odpor z téhož dne (dále jen „**odpor obviněného**“). Obviněný v odporu uvádí, že v daném případě byly splněny podmínky, tj. že bylo postaveno najisto 1) že nabyvatel prokazující se referencí původního dodavatele nabyl část závodu a 2) tato část závodu realizovala referenční zakázky, které na něj přešly a kterými prokazuje kvalifikaci, což plyne ze smlouvy o prodeji části závodu a z obchodního rejstříku. Obviněný uvádí, že s ohledem na to, že (i) byla vymezena specializovaná složka zaměřená na projekty územního plánování, (ii) která byla předmětem prodeje, (iii) referenční zakázky spočívaly ve zpracování územních plánů, tj. spadaly pod převáděnou činnost a (iv) původní dodavatel ukončil likvidaci a žádné realizační zázemí v něm nezůstalo, lze učinit závěr, že jinde než v rámci části závodu převedeného na nového dodavatele, se referenční zakázky realizovat nemohly. Obviněný namítá přístup Úřadu zkoumající jednotlivosti, přičemž činnost územního plánování nevyžaduje rozsáhlé vybavení, nebo zaměstnance. Odborné činnosti mohli být zajišťovány poddodavatelsky.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 5. 3. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0880/2023/VZ, č. j. ÚOHS-09979/2024/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky v § 222 odst. 1 a 10 zákona, když bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona ke smlouvě o dílo na realizaci veřejné zakázky, kterou uzavřel dne 18. 11. 2011 s původním dodavatelem, uzavřel dne 28. 3. 2022 dodatek č. 3, jehož předmětem je nahrazení původního dodavatele novým dodavatelem, čímž ve smyslu § 222 odst. 10 zákona umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na plnění uvedené veřejné zakázky po dobu jeho trvání, aniž by toto nahrazení bylo podle § 222 odst. 10 písm. a) či b) zákona možné, neboť nový dodavatel nesplňoval

kritéria kvalifikace stanovená zadávací dokumentací zadávacího řízení, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele.

10. Výrokem II napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému za spáchání přestupku pokutu ve výši 130 000 Kč a výrokem III uložil Úřad obviněnému uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
11. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že obviněný si v zadávací dokumentaci veřejné zakázky nevyhradil změnu dodavatele, tj. podmínky pro připuštění změny podle § 222 odst. 10 písm. a) zákona nebyly naplněny. Ohledně případného splnění podmínky dle § 222 odst. 10 písm. b) zákona Úřad konstatoval, že z předložených podkladů nevyplývá realizace referenčních zakázek novým dodavatelem, resp. odštěpené části původního dodavatele (nadto obviněný měl k posouzení jen anonymizovanou smlouvu o převodu). Obviněnému nebyl předložen dostatek průkazných podkladů, ze kterých by jednoznačně vyplývalo, že referenční zakázky plnila právě a pouze odštěpená část původního dodavatele a jelikož jimi obviněný nedisponoval, nemohl učinit jednoznačný závěr o tom, že je nový dodavatel způsobilý plnit veřejnou zakázku dle podmínek technické kvalifikace zadávací dokumentace veřejné zakázky. Nebylo tedy prokázáno, že nový dodavatel je nositelem dotčených referencí, tudíž je novému dodavateli nelze přičíst bez dalšího. Obviněný i přesto shledal dokumenty jako dostačující pro splnění podmínek technické kvalifikace zadávací dokumentace a uzavřel dodatek č. 3, kterým došlo k nahrazení vybraného dodavatele. Zadavatel tedy nepostupoval v souladu s § 222 odst. 1 zákona, a zároveň nebyly naplněny podmínky § 222 odst. 10 zákona a zadavatel tak měl povinnost, v případě nahrazení vybraného dodavatele, provést nové zadávací řízení, což neučinil, a svým jednáním tak ovlivnil výběr dodavatele, když znemožnil dalším potenciálním dodavatelům účastnit se zadávacího řízení, jež měl dle zákona provést. Obviněný se tedy dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

III. Rozklad obviněného

12. Dne 19. 3. 2024 obdržel Úřad rozklad obviněného z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 6. 3. 2024. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
13. Obviněný podává rozklad do všech výroků napadeného rozhodnutí, přičemž namítá nesprávná skutková zjištění a nesprávné právní posouzení ze strany Úřadu. Dle obviněného Úřad extenzivním výkladem § 222 odst. 1 a 10 zákona požaduje po obviněném plnění povinností, které mu zákon neukládá, za což jej následně sankcionuje a popírá smysl a účel právní úpravy umožňující změnu závazku. Obviněný namítá, že jestliže dochází ke změně závazku bez ohledu na právní jednání/vůli zadavatele, nedochází k záměrnému obcházení původního zadávacího řízení. Obviněný uvádí, že jednal efektivně, účelně a hospodárně, když pokračoval v plnění dle smlouvy v novém dodavatelem, který splňoval kvalifikaci. Obviněný nemohl nastalou situaci (prodej části závodu) ovlivnit a po posouzení smlouvy o převodu neshledal důvody pro nenaplnění podmínky právního nástupnictví dle § 222 odst. 10 písm. b) zákona. Obviněný uvádí, že původní dodavatel byl organizačně členěn do samostatných oddělení a namítá, že Úřad zkoumá jednotlivosti. Odbornou a personální kontinuitu zajišťuje RNDr. Milan Svoboda, autorizovaný architekt pro obor územního plánování, jednatel nového dodavatele, který byl zaměstnancem i poddodavatelem původního dodavatele.

14. Obviněný opakuje, že v daném případě (i) byla vymezena specializovaná složka pro projekty územního plánování, (ii) která byla předmětem prodeje, (iii) referenční zakázky spadaly pod převáděnou činnost a (iv) po likvidaci původního dodavatele v něm nezůstalo realizační zázemí. Obviněný jednal v souladu se zákonem. Nový dodavatel v roce 2021 realizoval návrh územního plánu města Rumburk jako poddodavatel, přičemž tato zakázka odpovídala požadavku na technickou kvalifikaci veřejné zakázky; nový dodavatel je a byl kvalifikovaný k pokračování předmětného plnění. K dodatečnému doložení referenčních zakázek obviněný uvádí, že další zakázky byly Úřadu doloženy, jelikož to bylo po obviněném vyžadováno a doložil vše, co bylo v jeho možnostech. K porušení § 222 odst. 10 zákona nedošlo a obviněný nespáchal přestupek dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

Závěr rozkladu

15. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

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

17. Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání věci rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, byl podle § 98 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí v plném rozsahu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise předseda Úřadu dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že rozhodl tak, jak je shora uvedeno, nerozhodl v souladu se zákonem, neboť neposoudil správně právní otázku, k jakému časovému okamžiku musí být prokázána kvalifikace nového dodavatele v případě nahrazení původního dodavatele novým dodavatelem. Z tohoto důvodu je nezbytné napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání, v jehož rámci Úřad znovu posoudí spornou otázku kvalifikace nového dodavatele v předmětném případě, a to ve smyslu § 222 odst. 10 písm. b) zákona. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou uvedeny podrobné důvody, které vedly k tomuto závěru.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

20. V předmětném řízení je stěžejní posouzení, zda se obviněný v důsledku uzavření dodatku č. 3 dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, když ve smyslu § 222 odst. 10 písm. b) zákona zhodnotil, že po převodu části závodu nový dodavatel splňuje kritéria kvalifikace dle zadávací dokumentace veřejné zakázky.
21. Podle § 222 odst. 1 zákona není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.

22. Dle § 222 odst. 10 zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku také nahrazení dodavatele jiným dodavatelem. Nahrazení dodavatele jiným dodavatelem je však možné
- a) v případě uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 2 zákona, nebo
 - b) pokud změna v osobě dodavatele je důsledkem právního nástupnictví v souvislosti s přeměnou dodavatele, jeho smrtí nebo převodem jeho závodu, popřípadě části závodu, a nový dodavatel splňuje kritéria kvalifikace stanovená v zadávací dokumentaci původního zadávacího řízení.
23. Dle § 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.
24. Jak bylo uvedeno výše, ve smyslu § 222 odst. 1 zákona zadavatel **nesmí umožnit** podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení. Dle odstavce 10 tohoto ustanovení platí, že podstatnou změnou je i nahrazení dodavatele jiným dodavatelem, ovšem takové nahrazení je možné ve dvou případech, a sice pokud došlo k uplatnění změn vyhrazených dle § 100 odst. 2 zákona, nebo pokud je změna dodavatele důsledkem právního nástupnictví mj. v případě převodu závodu či části závodu a nový dodavatel splňuje kritéria kvalifikace dle zadávací dokumentace zadávacího řízení.

K otázce, kdy musí zadavatel posoudit kvalifikaci nového dodavatele

25. V napadeném rozhodnutí založil Úřad závěr o naplnění přestupku ze strany obviněného zejména na tom, že obviněný ke dni uzavření dodatku č. 3 nedisponoval dostatečným množstvím dokladů, ze kterých by jednoznačně plynulo, že dotčené referenční zakázky realizoval nový dodavatel, resp. odštěpená část původního dodavatele.
26. Výše citované ustanovení § 222 odst. 10 písm. b) zákona ovšem není formulováno tak, že by změnu dodavatele zákon připouštěl pouze v případě, že má zadavatel k určitému časovému okamžiku doloženo splnění kvalifikace novým dodavatelem, jak nesprávně dovozuje napadené rozhodnutí.
27. Dle § 222 odst. 10 písm. b) zákona je tak potřebné pouze, aby **nový dodavatel objektivně splňoval kritéria kvalifikace stanovená zadávací dokumentací původního zadávacího řízení**. Další povinnosti, které Úřad v napadeném rozhodnutí dovozuje ve vztahu k obviněnému, tj. zejména mít před umožněním předmětné změny prokázáno splnění kvalifikace novým dodavatelem, už jdou nad rámec zákona.
28. Z uvedeného tedy plyne, že nelze § 222 odst. 10 písm. b) zákona vykládat v tom smyslu, že zadavatel musí aktivně posuzovat kvalifikaci nového dodavatele, a to jen na základě podkladů, které nový dodavatel předložil zadavateli výlučně před akceptací změny dodavatele. Takováto povinnost pro zadavatele z ničeho nevyplývá. Ostatně nový dodavatel kvalifikován buď je nebo není.

29. Pokud tedy zadavatel na posouzení kvalifikace nového dodavatele rezignuje, a přesto změnu závazku § 222 odst. 10 písm. b) zákona umožní, pak v případě, že tento nový dodavatel původní kritéria kvalifikace splňuje, pak nejde o změnu zakázanou, a přeštek spáchán nebude. Úřad tedy v daném případě nemůže vycházet toliko z dokumentů a skutečností, které byly obviněnému předloženy novým dodavatelem před uzavřením dodatku č. 3 a všechny jiné později předložené důkazní prostředky odmítnout jakožto *de facto* opožděné a nebrat je do úvahy, ale musí řádně zohlednit všechny předložené dokumenty a zjištěné skutečnosti. Protože Úřad právě takto nepostupoval, zatížil své rozhodnutí vadou nezákonnosti.
30. Zákon tedy neřeší otázku okamžiku prokazování kvalifikace nového dodavatele. Jinou otázkou však je, k jakému časovému okamžiku musí nový dodavatel kvalifikací již disponovat. Ze smyslu § 222 odst. 10 písm. b) zákona jasně plyne, že nový dodavatel musí být kvalifikován již v době, kdy zadavatel umožňuje změnu závazku v subjektu dodavatele. Jinak by totiž docházelo k tomu, že veřejnou zakázku bude po změně závazku plnit nekvalifikovaný dodavatel.
31. **Lze tedy shrnout, že zákon neukládá zadavatelům povinnost posuzovat splnění kritérií kvalifikace nového dodavatele k určitému časovému okamžiku.**
32. Navíc lze poukázat na to, že ohledně pravidel pro prokazování kvalifikace v jednotlivých zadávacích řízeních zákon výslovně stanovuje, v jakých fázích zadávacího řízení musí účastník zadávacího řízení zadavateli předložit dokumenty prokazující kvalifikaci a že je zadavatel povinen vyloučit vybrané uchazeče, kteří kvalifikaci k určitému okamžiku neprokázali. Pro účely změny závazků už zákon takovými pravidly nedisponuje.
33. Lze uvést, že v případě zkoumání splnění výjimky dle § 222 odst. 10 zákona, tj. že se v daném případě nejedná o podstatnou změnu závazku, prokazuje splnění této výjimky zadavatel, a tudíž na něm leží tzv. důkazní břemeno ohledně prokázání nepodstatnosti realizované změny. V případě správního řízení vedeného ohledně možného spáchání přeštku správní orgán po zjištění skutečností nasvědčujících spáchání přeštku následně dává prostor obviněnému k předložení důkazů, které by byly způsobilé zprostit jej podezření o spáchání přeštku, v daném případě prokázat splnění podmínek výjimky dle § 222 odst. 10 písm. b) zákona. Následně je opět na správním orgánu, aby posoudil, zda předloženými podklady obviněný prokázal své tvrzení, či nikoliv.
34. Ze všeho výše uvedeného plyne, že pokud tedy obviněný zpětně doloží dokumenty na podporu svého tvrzení, že v době **umožnění změny** závazku nový dodavatel **splňoval** původní kritéria kvalifikace, pak ať už je měl k dispozici v době uzavření předmětného dodatku, anebo později, nelze takovýto postup obviněnému vytýkat jakožto nesouladný se zákonem. Úřad tak obviněnému dodatečné doložení kvalifikace nového dodavatele umožnit musí.

K převodu závodu

35. Obviněný v daném případě namítal, že na to, zda změna závazku nastane, neměl žádný vliv, protože k ní došlo bez jeho přičinění převodem závodu. Pro meritorní posouzení věci je tedy potřebné se zaobírat nastalým právním nástupnictvím, přičemž obecně může jít v případě změny v osobě dodavatele o případ univerzální nebo i singulární sukcese. Právě o singulární sukcesí se jedná v nynějším případě převodu části závodu (shodně konstatoval i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 4 As 72/2012-52 ze dne 24. 1. 2013). Smlouva o převodu závodu

obecně nabývá účinnosti okamžikem uzavření. V případě převodu závodu pak nastává změna v subjektu závazku již nabytím závodu, resp. jeho části a zadavatel na tento akt nemá vliv.

36. Ohledně posouzení zákonnosti změny dodavatele převodem části závodu lze odkázat též na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 10/2022-392 ze dne 20. 7. 2023, kde se v bodě 62 uvádí: *„...hraniční jsou situace jako ta nynější, kdy dodavatel koupí jen část jiného subjektu (obchodní závod) a tvrdí, že reference na něj přešla jako komponent této části. Kromě prokazování samotného přechodu tu vyvstává další podmínka – referenční zakázku musí realizovat právě ta část, která přechází na právního nástupce. A to je případ vybraného dodavatele. Ten musí v řízení prokázat, že (i) skutečně nabyl část závodu, a že (ii) právě tato část závodu realizovala referenční zakázky, které na něj přešly a které dokládá v zadávacím řízení“.*
37. K první podmínce, tj. k nabytí části závodu, lze uvést následující. Podle § 2175 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“) mohou při koupi závodu strany jednotlivou položku závodu vyloučit, pokud tím celek neztratí vlastnost závodu. Jednotlivé složky závodu při převodu přitom nemusí být ve smlouvě výslovně konkretizovány, pro platnost smlouvy, resp. určitost předmětu, bude postačovat, pokud bude vymezen převáděný závod nebo jeho část, a taktéž není rozhodné ani to, že převádějí nemá zaměstnance, nebo že nemá uzavřeny obchodní smlouvy, viz rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Odo 1058/2003 ze dne 27. 7. 2005. Ustanovení § 2180 občanského zákoníku řeší zmiňovaný okamžik nabytí závodu, přičemž zákoník zde rozlišuje zejména situace, že kupující je zapsán do obchodního rejstříku (odstavec 1) a situace, že tomu tak není (odstavec 2).
38. V tomto ohledu lze korigovat závěry Úřadu uvedené v bodu 61 napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl: *„O nesplnění první z výše uvedených podmínek, tedy podmínky právního nástupnictví, se v podnětu opíral stěžovatel, když namítal, že uzavřením smlouvy o převodu závodu ve skutečnosti nedošlo k převodu závodu či jeho části, ale došlo pouze k postoupení několika smluv a ke sjednání dalších dílčích práv a povinností. Úřad k tomu dodává, že není orgánem věcně příslušným k posouzení zákonnosti uzavřené smlouvy o převodu části závodu a není tak v jeho pravomoci posoudit potenciální neplatnost smlouvy, tedy zda skutečně došlo k převodu části závodu či nikoliv. Úřad uzavírá, že na základě doložené smlouvy o převodu části závodu, jež byla signována původním dodavatelem i novým dodavatelem, tedy převodcem části závodu i jeho nabyvatelem, neshledává důvody pro nenaplnění podmínky existence právního nástupnictví dle § 222 odst. 10 písm. b) zákona, neboť ze smlouvy vyplývá, že ji obě strany uzavřely za účelem převodu části závodu a uvedená podmínka týkající se právního nástupnictví je tak splněna.“.*
39. K právě uvedenému lze uvést, že Úřadu obecně není zapovězeno posuzovat otázky soukromého práva, a to včetně otázky platnosti právního jednání. To plyne z ustanovení § 57 správního řádu, který se týká institutu tzv. předběžné otázky. S ohledem na to, že správní řád správnímu orgánu otázku platnosti právního jednání posoudit nezapovídá, a na to, že ani ze soukromého práva neplyne, že by neplatnost nastávala až tehdy, vysloví-li ji civilní soud ve svém rozsudku, správní orgán se i touto otázkou zabývat obecně může. Zda by tak měl Úřad činit, či nikoliv, závisí výlučně od toho, jestli odpověď na takovou otázku potřebuje pro svoje rozhodnutí. K tomu viz zejména body 24-27 a body 55-61 rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe ze dne 16. 17. 2019, kde byla tato problematika podrobně rozebrána. Je třeba připomenout, že Krajský soud v Brně ve výše

citovaném rozsudku č. j. 30 Af 10/2022-392 dovedil, že nový dodavatel musí prokázat, že skutečně nabyt část závodu. Neplatným právním jednáním však k nabytí závodu, resp. jeho části obecně vzato nedochází.

40. Z podnětu podatele vyplynuly argumenty, že úmyslem stran předmětné smlouvy nebylo převést závod, resp. jeho část, ale pouhé jednotlivosti, přičemž převáděné jednotlivosti nenaplňují ve svém souhrnu životaschopnou část závodu, a tudíž k převodu závodu, resp. jeho části nedošlo. Otázka samotné platnosti smlouvy přitom nebyla zdůrazňována. Každopádně, pokud by úmyslem stran ve skutečnosti nebylo převést část závodu jako celek, logicky by k takovému převodu ani dojít nemohlo, ať už by byla smlouva neplatná, nebo případně ve smyslu § 575 občanského zákoníku platná jako jiné právní jednání. Pak by ale nebyla splněna podmínka § 222 odst. 10 písm. b) zákona, tj. aby ke změně závazku došlo v důsledku právního nástupnictví v souvislosti s převodem části závodu.
41. S ohledem na výše uvedené, problematiku převodu nelze přejít pouhým poukazem na to, že Úřadu nepřísluší se předmětnou otázkou zabírat a plytkým konstatováním, že úmysl stran bylo část závodu převést. Úřad musí identifikovat konkrétní ujednání ve smlouvě, z nichž úmysl převést část závodu plyne, aby mohl dospět k závěru, zda byla splněna podmínka právního nástupnictví v souvislosti s převodem části závodu pro možné uplatnění § 222 odst. 10 zákona.
42. Dále lze v souvislosti s problematikou převodu závodu konstatovat, že zadavatel se dopustí spáchání přestupku nedodržením pravidla § 222 odst. 1 a 10 zákona (až) tehdy, když umožní podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Otázkou ovšem zůstává, kdy v případě právního nástupnictví v souvislosti s převodem závodu, resp. jeho části, dochází k onomu umožnění změny závazku. Je jisté, že pokud zadavatel a nový dodavatel pouze uzavřou dodatek, kterým vezmou na vědomí právní stav, který nastal s nabytím závodu, tj. že nový dodavatel vstoupil do práv původního dodavatele, nedochází uzavřením takového dodatku ke změně závazku v subjektu dodavatele. Za umožnění změny závazku tedy musí být považován nejbližší úkon zadavatele, kterým zadavatel konzumuje výhody z takto (bez jeho vůle) vzniklého právního stavu, ačkoliv by tak činit nemusel. To může nastat např. prvním odebráním plnění od nového dodavatele.
43. Druhou podmínkou, kterou je potřebné splnit pro umožnění nahrazení dodavatele dle § 222 odst. 10 písm. b) zákona, jak je výše naznačeno, je, aby nový dodavatel splňoval kvalifikační kritéria původní veřejné zakázky. Jde přitom o projev zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. V nynějším případě byly ohledně tohoto posuzovány reference získané převodem závodu od původního dodavatele.
44. V souvislosti s referenčními zakázkami Úřad uvádí, že tyto jsou součástí závodu, neboť dle § 502 občanského zákoníku je závod organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Obchodní závod tvoří hmotné i nehmotné složky podnikání, tedy např. věci hmotné (movité i nemovité), zaměstnanci, klientela, pověst (goodwill), obchodní tajemství, nebo i reference. Nejvyšší soud v rozsudku sp. zn. 32 Cdo 3256/2017 ze dne 26. 4. 2018 judikoval: „...podnik ve smyslu obchodního zákoníku je třeba chápat jako ucelený organizovaný soubor podnikání, jako svébytný ekonomický organismus, jenž sestává ze složky hmotné (věci nemovitých a movitých), složky nehmotné (pohledávek a jiných majetkových hodnot, například práv z průmyslového nebo

jiného duševního vlastnictví) a složky osobní (lidských zdrojů, jež jsou k dispozici, zejména jejich kvality). Ze zákonné definice podniku nelze ovšem dovodit, že pojmovou náležitostí podniku je přítomnost všech těchto složek podnikání, není proto vyloučeno, že určitý podnik - vzhledem ke specifickým příslušného podnikání - nebude všechny tyto komponenty obsahovat". Dále se dle § 502 občanského zákoníku má za to, že závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu. Koupí závodu (nebo jeho části) pak podle § 2175 odst. 1 občanského zákoníku nabývá kupující vše, co k závodu jako celku náleží, přičemž o koupi závodu se jedná i v případě, že strany z koupě jednotlivou položku vyloučí, aniž tím celek ztratí vlastnost závodu. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 10/2022-392 ze dne 20. 7. 2023 ohledně přechodu referencí uvedl: „Dodavatel tyto ‚cizí‘ reference typicky získá koupí závodu nebo fúzí. Pak na něj přechází spolu se zaměstnanci a materiálním vybavením též možnost uplatňovat takto nabyté referenční zakázky k prokázání vlastní technické kvalifikace. Samozřejmě vyvstává otázka, co vlastně musí takový uchazeč zadavateli prokázat – zda jen převod závodu nebo podrobnější údaje o celé transakci“.

45. Reference, tedy zkušenost s určitým plněním tak není vázána na konkrétní osoby, tj. zaměstnance, kteří se na plnění zakázky podíleli, ale náleží právnické osobě, resp. zde závodu, jako celku (k tomuto viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S247,293,294,295,296,297,298/2013/VZ-23645/2013/513/EDo ze dne 3. 12. 2013, potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R426/2013/VZ-7690/2014/310/PMo).
46. V případě převodu závodu (nebo jeho části) je rozhodné, zda byl převeden závod, nebo právě ta jeho část, která předmětné referenční zakázky realizovala, a to včetně odpovídajícího realizačního zázemí. Tuto skutečnost je přitom povinen doložit dodavatel, který se prokazuje takto získanými referencemi.
47. I zde lze opět odkázat na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 10/2022-392 ze dne 20. 7. 2023, kde se uvádí: „Především se jeví racionální závěry žalovaného, že v obchodním životě dochází při podnikání k různým změnám. Zaměstnanci odcházejí, realizační zázemí (hmotný majetek – typicky stroje) stárne nebo se poškozuje. Nezřídka proto podnikatel najímá nové zaměstnance a modernizuje realizační zázemí. Jde-li proto o konkrétní zaměstnance a konkrétní věci, krajský soud si uvědomuje, že tu bude velká fluktuace. Zvláště, pokud od splnění referenční zakázky uplynulo několik let – nyní zadavatel stanovil jako referenční období pět let. Nelze zapomínat, že v rámci zadávacího řízení musí dodavatel samozřejmě prokázat, že má odborné zaměstnance a adekvátní realizační zázemí k tomu, aby zadanou zakázku realizoval. To není předmětem hodnocení při posuzování referenčních zakázek. Proto je podle krajského soudu nutno klást zejména důraz na to, zda lze divizi 4 spojovat s referenčními zakázkami jako subjekt, který měl na realizaci zakázky ten největší vliv – řízení, organizace, odpovědnost. Je nutno naopak odmítnout žalobcovu argumentaci, že pro plnění referenčních zakázek musela divize 4 určitě využívat i jiné divize, například divizi 6 (tesařské výrobky a železobetonové konstrukce) nebo divizi 1 (zámečnické práce, inženýrské a podzemní sítě). To jistě ano, nicméně dodavatel běžně používá pro různé úkoly své poddodavatele. To ale neznamená, že zakázku nerealizuje nebo ji nemůže používat jako svou referenci. Proto podílela-li se nějaká z těchto dalších divizí na plnění referenčních zakázek, vůbec to nesnižuje relevanci doložených referencí a roli divize 4.“
48. K přechodu referencí musí přitom dojít na základě faktického stavu (reálné zkušenosti), a to za předpokladu, že na nabyvatele části závodu skutečně přešly v dostatečně relevantní

míře prostředky převodce části závodu, které k plnění konkrétních referenčních zakázek tento předchůdce využíval. Zadavatel přitom může závěr o tom, že nešlo jen o formální převod, učinit i z anonymizovaných dokladů, pokud mu poskytují dostatečný podklad pro rozhodnutí, viz bod 69 rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 10/2022-392. Zde je však třeba upozornit, že v odkazovaném případě šlo o posouzení kvalifikace v probíhajícím zadávacím řízení, a tudíž musel mít zadavatel postaveno najisto, že je kvalifikace splněna. V tomto případě jde o řízení o přestupku, a proto je třeba dokazování provádět v intencích shora popsanych. Lze souhlasit s obviněným, že přitom nelze zkoumat jednotlivosti, ale převáděnou část je potřebné zkoumat jako celek ve vztahu k závodem realizované činnosti.

Shrnutí

49. Jak již bylo uvedeno výše, § 222 odst. 10 písm. b) zákona nelze vykládat v tom smyslu, že zadavatel musí posuzovat kvalifikaci nového dodavatele k určitému časovému okamžiku. Takováto povinnost pro zadavatele ze zákona neplyne. Zadavatel dle zákona „pouze“ nesmí umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku tak, že by se novým dodavatelem stal dodavatel nekvalifikovaný. Jiný výklad daného ustanovení by byl extenzivním výkladem zákona a byl by v rozporu se zásadami správního trestání, jelikož o přestupek se může jednat pouze v případě, že zákon dané jednání, či opomenutí za přestupek výslovně označuje.
50. Kromě referenčních zakázek „Územní plán Havlíčkův Brod“, „Územní plán Šternberk“, „Územní plán Bílina“ a „Územní plán Lovosice“ je proto dle výše uvedeného v nynějším případě nutné řádně zohlednit a posoudit i zpracování návrhu územního plánu města Rumburk, který zpracoval nový dodavatel jako poddodavatel původního dodavatele, jakožto podklad pro posouzení kvalifikačních předpokladů nového dodavatele. V dalším řízení proto Úřad posoudí tvrzení obviněného ohledně této referenční zakázky.
51. Ohledně posouzení všech nashromážděných podkladů lze odkázat i na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 10/2022-392, kde se uvádí: „...zadavatel měl k dispozici smlouvu o prodeji závodu (anonymizován údaj o ceně) a přílohy (anonymizovány části), přičemž vybraný uchazeč zřejmě zpřístupnil z příloh pouze to, co souviselo s referenčními zakázkami. Žalovaný (tj. Úřad – pozn. předsedy Úřadu) si pak vyžádal plné znění smlouvy a příloh, které mu vybraný uchazeč zaslal. Ve své argumentaci je nepoužil. Krajský soud k tomu podotýká, že pokud by tak učinil, nic závadného by na tom nebylo. Mohl by tím podle krajského soudu zvýšit důvěryhodnost svého rozhodování, kdyby ujistil žalobce, že ve správním řízení ověřil z plného znění smlouvy, že žalobcova podezření jsou lichá“. Uvedené aprobuje postup zohlednění všech dostupných informací a podkladů.
52. **Úřad tedy bude v dalším řízení zkoumat samotný převod části závodu na nového dodavatele (zda se případně jednalo o formální nákup referencí, nebo došlo k reálnému převodu části závodu) a následně, zda nový dodavatel splňuje kritéria kvalifikace veřejné zakázky k okamžiku umožnění změny závazku, tj. v okamžiku odebrání plnění, a to na základě všech dostupných dokumentů. S ohledem na zjištěné skutečnosti Úřad posoudí, zda se obviněný dopustil přestupku dle zákona.**

VI. Závěr

53. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a se správními předpisy, je třeba konstatovat, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému posouzení Úřadu, a proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Úřad bude při novém rozhodnutí ve věci vázán právními názory vyjádřenými v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Statutární město Pardubice, Pernštýnské náměstí 1, 530 02 Pardubice

Vypraveno dne

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