



UOHSX00B0U2F

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S363/2014/VZ-10690/2018/531/VNe

Brno: 11. dubna 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13.5.2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve veřejné zakázce „Rekonstrukce mostu v ul. Kamenná v Jablonci nad Nisou“, kterou realizoval prostřednictvím Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20.4.2004 se společností Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 2349/7, 466 01 Jablonec nad Nisou,

**rozhodl** takto:

**Správní řízení** vedené pod sp. zn. S363/2014/VZ ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem – Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou – při realizaci veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu v ul. Kamenná v Jablonci nad Nisou“, kterou smluvně sjednal prostřednictvím Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20.4.2004 se společností Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 7, 466 01 Jablonec nad Nisou, tím, že při uzavření předmětného Dodatku č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo ze dne 20.4.2004 neoprávněně postupoval na základě výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) citovaného zákona

mimo režim zákona, aniž by splnil podmínku, aby společnost Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 2349/7, 466 01 Jablonec nad Nisou, se kterou byl Dodatek č. 9 uzavřen, vykonávala podstatnou část své činnosti ve prospěch jmenovaného zadavatele, a nezadal tak předmět plnění vyplývající z Dodatku č. 9 v některém z případných druhů zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, **se** podle § 117a písm. d) citovaného zákona **zastavuje**, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Statutární město Jablonec nad Nisou, IČO 00262340, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou (dále jen „zadavatel“) – učiněných v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu v ul. Kamenná v Jablonci nad Nisou“, kterou realizovala prostřednictvím Dodatku č. 9 ze dne 29.8.2011 (dále jen „veřejná zakázka“) k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20.4.2004 společnost Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25475509, se sídlem Souběžná 2349/7, 466 01 Jablonec nad Nisou (dále jen „vybraný uchazeč“ či „společnost Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o.“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Z předložené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.
3. Ve věci předmětné veřejné zakázky zadavatel nejprve zahájil dne 19.5.2011 užší řízení (ve Věstníku veřejných zakázek bylo oznámení o zahájení uveřejněno dne 23.5.2011 pod ev. číslem 6006041402001), které následně zrušil rozhodnutím Rady města Jablonce nad Nisou (dále jen „Rada“), která zrušením vyhověla námitce směřující proti omezování počtu zájemců v užším řízení (ve Věstníku veřejných zakázek bylo zrušení zadávacího řízení uveřejněno dne 11.7.2011 pod ev. č. 6006041451001). Rada současně rozhodla o novém zadání předmětné veřejné zakázky formou zjednodušeného podlimitního řízení. Dne 12.7.2011 Rada zrušila své rozhodnutí o novém zadání veřejné zakázky formou zjednodušeného podlimitního řízení a schválila Dodatek č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené s vybraným uchazečem dne 20.4.2004, přičemž zadavatel svůj postup odůvodnil tím, že mezi vybraným uchazečem a zadavatelem je možné aplikovat výjimku podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona.
4. Dne 29.8.2011 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo č. 25-2004-OSM/DSU ze dne 20.4.2004 (dále jen „Dodatek č. 9“).
5. Předmět veřejné zakázky zadavatel vymezil v čl. III. bod 2.1 Dodatku č. 9 jako „*rekonstrukce stávajícího přemostění Lužické Nisy, které je v havarijním stavu. Dílo bude zhotoveno dle projektové dokumentace, kterou zpracovala projekční kancelář (...). Stavba je rozdělena na následující stavební objekty – SO 101 rekonstrukce vozovky, SO 190 dopravní značení, SO 191 dopravní opatření, SO 201 rekonstrukce mostu ul. Kamenná.*“.

- Podle čl. III. bod 2.5 Dodatku č. 9 sjednaná cena za předmět plnění veřejné zakázky činila 7 430 020 Kč bez DPH (tj. 8 916 024 Kč vč. DPH).

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

- Vzhledem k tomu, že z předložených podkladů získal Úřad pochybnosti o tom, zda vztah zadavatele s vybraným uchazečem naplňoval veškeré podmínky pro použití výjimky pro postup mimo režim zákona podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona, zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.
- Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
- Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-7835/2014/523/JDo ze dne 12.5.2014, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Současně Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-7857/2014/523/JDo z téhož dne určil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení.
- Dne 13.5.2014, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení z moci úřední.
- Usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-11471/2014/523/JDo ze dne 4.6.2014 Úřad účastníku řízení určil lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě určené shora citovaným usnesením k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

### Vyjádření zadavatele ze dne 22.5.2014

- Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 22.5.2014, jenž Úřad obdržel téhož dne, v němž uvádí, že pro postup podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona byly zcela určitě naplněny obě podmínky podle zákona. Podle zadavatele je nesporné, že má ve společnosti Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., výlučná majetková práva. Základním účelem založení vybraného uchazeče je hospodářské využívání majetku zadavatele a provozování veřejně prospěšných činností pro zadavatele. Vybraný uchazeč neprovádí činnost pro jiné osoby, a to ani marginálně.
- Z výkazu zisku a ztráty dle účetní závěrky za rok 2010 a 2011, jakož i z přehledu fakturace z činnosti vybraného uchazeče pro zadavatele vyplývá, že vybraný uchazeč provádí podstatnou část své činnosti pro zadavatele.
- V roce 2010 je ve výkazu zisku a ztráty u položky „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“ celková účetní hodnota 82 269 000 Kč a u fakturace za činnost pro zadavatele 65 269 000 Kč. Z uvedeného vyplývá, že fakturace ve prospěch zadavatele byla v uvedeném období 79,5 %.
- V roce 2011 je ve výkazu zisku a ztrát u položky „Tržba za prodej vlastních výrobků a služeb“ celková účetní hodnota 90 138 000 Kč a fakturace za činnost pro zadavatele 71 211 051 Kč, z čehož plyne, že fakturace za činnost ve prospěch zadavatele byla v uvedeném období 79 %.
- Z ustálené judikatury Soudního dvora Evropské unie pak dle zadavatele vyplývá, že v rámci výjimky „in house“ se o podstatnou část činnosti ve prospěch zadavatele jedná v případě, kdy činnost vybraného uchazeče (dodavatele) je vyhrazena zadavateli, přičemž ostatní jiná

činnost má okrajový charakter. Smyslem výjimky podle zadavatele je vyloučit z aplikace zákona takové veřejné zakázky, které jsou zadávány zadavatelem jeho vlastním vnitřním „organizačním jednotkám“, neboť zde nedochází k narušení hospodářské činnosti.

17. Závěrem svého vyjádření zadavatel shrnuje, že v předmětné veřejné zakázce byly zákonné podmínky pro postup podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona kumulativně naplněny, neboť veřejné prostředky byly poskytnuty společnosti, která je vlastněna zadavatelem, veřejnou zakázku realizovala za cenu obvyklou a dlouhodobě zajišťuje více než podstatnou část své činnosti pro zadavatele.

#### **Rozhodnutí Úřadu ze dne 18.7.2014**

18. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-15217/2014/523/JDo ze dne 18.7.2014 ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel při realizaci veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavření předmětného Dodatku č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo ze dne 20.4.2004 neoprávněně postupoval na základě výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. j) zákona mimo režim zákona, aniž by splnil podmínku, aby vybraný uchazeč, se kterým byl Dodatek č. 9 uzavřen, vykonával podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele, a nezadal tak předmět plnění vyplývající z Dodatku č. 9 v některém z případných druhů zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
19. Současně Úřad ve výroku II. shora citovaného rozhodnutí rozhodl o uložení pokuty zadavateli za spáchání správního deliktu ve výši 80 000 Kč.
20. Proti výše zmíněnému rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 4.8.2014, který byl Úřadu doručen dne 5.8.2014.

#### **Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19.11.2015**

21. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R283/2014/VZ-39790/2015/323/KHo ze dne 19.11.2015, které nabylo právní moci téhož dne (dále jen „první druhostupňové rozhodnutí“), potvrdil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-15217/2014/523/JDo ze dne 18.7.2014 a podaný rozklad zadavatele zamítl.

#### **Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 22.9.2017**

22. Zadavatel podal proti prvnímu druhostupňovému rozhodnutí žalobu ke Krajskému soudu v Brně, jíž se domáhal zrušení předmětného rozhodnutí. Krajský soud v Brně rozsudkem č. j. 31 Af 5/2016-79 ze dne 22.9.2017 (dále jen „rozsudek soudu“) první druhostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu zpět k dalšímu řízení.
23. Krajský soud předně uvedl, že veřejná zakázka byla zadávána v době účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jenž v ustanovení § 18 odst. 1 písm. j) zákona upravoval výjimku z působnosti zákona pro tzv. interní zadávání, která je označována termínem „in-house“. Podle citovaného ustanovení zákona zadavatel není povinen zadávat veřejné zakázky podle tohoto zákona, jestliže jejich předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává *podstatnou část své činnosti* ve prospěch tohoto veřejného zadavatele, a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva. Termín „podstatná část činnosti“ přitom představoval neurčitý právní pojem. Krajský soud v dalším konstatoval, že dne 1.10.2016 nabyl účinnosti „nový“

zákon upravující problematiku veřejných zakázek, a sice zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“ či „ZZVZ“). Zákon o zadávání veřejných zakázek přitom neurčitý právní pojem „výkon podstatné části činnosti“ upřesnil, a to tak, že byla stanovena pevná hranice 80 % (§ 11 odst. 1 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek).

24. Krajský soud v dalším sdělil, že, s ohledem na aktuální judikaturu Nejvyššího správního soudu, zejména usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16.11.2016 č. j. 5 As 104/2013-46, je povinen vykládat právní normy ústavně konformně, a tedy zohlednit zásadu vyplývající z čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina základních práv a svobod“), podle níž je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější. Podle Krajského soudu *„je proto nezbytné (...) vyjít nikoliv z právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu, ale aplikovat právní úpravu pozdější, pro pachatele správního deliktu příznivější. S ohledem na výše uvedené, je nutno aplikovat ustanovení § 11 odst. 1 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek, které nově specifikuje podmínku výkonu podstatné části činnosti.“*
25. V dalším Krajský soud uvedl, že Úřad *„při hodnocení rozsahu činnosti vycházel pouze z faktur, které společnost Technické služby Jablonec nad Nisou s.r.o. vystavila žalobci (tj. zadavateli, pozn. Úřadu). Z napadeného rozhodnutí není patrné, že by žalovaný (tj. předseda Úřadu, pozn. Úřadu) zohlednil plnění ve prospěch příspěvkových organizací žalobce či jiných subjektů, které žalobce ovládá, což jak bylo shora dovozeno, je postup rozporný jak se závěry Soudního dvora Evropské unie, tak s ustanovením § 11 odst. 1 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek. Tento postup mohl mít za následek chybně vypočtenou výši obrátu pod hranici 80 %.“*
26. Podle Krajského soudu musí být zohledněny i ty činnosti, jež společnost Technické služby Jablonec nad Nisou, s.r.o., vykonávala i pro jiné subjekty, než pouze pro zadavatele. Krajský soud doplnil, že *„je nutno postavit na jisto, zda společnost Technické služby Jablonec nad Nisou s.r.o. naplnila procentuální rozsah objemu činnosti ve výši 80 % ve prospěch žalobce, či nikoliv. Rozsah činnosti pro žalobce je zcela primární otázkou, která musí být zodpovězena, aby bylo možno rozhodnout o tom, že žalobce postupoval v rozporu s dikcí zákona.“* Dle Krajského soudu musí být předsedou Úřadu znovu přezkoumáno i naplnění podmínky týkající se kvalitativní stránky pro použití tzv. „in-house“ výjimky, a to ve světle nové právní úpravy.

#### **Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22.12.2017**

27. Po novém projednání rozkladu předseda Úřadu vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-R283/2014/VZ-37626/2017/323/LVa ze dne 22.12.2017, které nabylo právní moci téhož dne (dále jen „druhé druhostupňové rozhodnutí“), jímž zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-15217/2014/523/JDo ze dne 18.7.2014 (dále jen „napadené rozhodnutí“) a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
28. Předseda Úřadu v druhém druhostupňovém rozhodnutí poukázal na skutečnost, že ustanovení § 11 odst. 1 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek nově specifikuje podmínku výkonu podstatné části činnosti ovládané osoby ve prospěch osoby ovládající tak, že ji pevně stanovuje na 80 %. V souladu s posouzením Krajského soudu je tedy nutno na základě zásady plynoucí z čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zohlednit novou

právní úpravu, tj. úpravu obsaženou v zákoně o zadávání veřejných zakázek, neboť tato je pro zadavatele příznivější, když stanovuje mírnější podmínku pro umožnění postupu v režimu in-house.

29. S odkazem na shora řečené předseda úřadu uvedl, že „[p]ři novém posouzení věci se tedy Úřad bude řídit novou právní úpravou, a sice § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ, které stanoví mírnější podmínky vertikální spolupráce než zákon, neboť za podstatnou část činnosti ve prospěch zadavatele považuje již jen 80 %.“.
30. V odůvodnění druhého druhostupňového rozhodnutí předseda Úřadu současně sdělil, že s ohledem na závazný právní názor Krajského soudu je třeba „nově zjistit skutkový stav. Výše obrátu vybraného uchazeče ve prospěch zadavatele mohla být určena nesprávně, neboť Úřad vycházel pouze z faktur, které vybraný uchazeč vystavil zadavateli, resp. z rozhodnutí Úřadu neplyne, zda byly Úřadem zohledněny i ty činnosti, které vybraný uchazeč vykonával pro jiné subjekty, které zadavatel ovládá (zejména příspěvkové organizace zadavatele).“.
31. Dále předseda Úřadu shledal nezbytným, aby Úřad „doplnil skutková zjištění, aby byly zohledněny i činnosti, které vybraný uchazeč vykonával rovněž pro (ostatní) zadavatelem ovládané subjekty (také vzhledem k tomu, že v průběhu soudního řízení zadavatel přednesl skutková tvrzení stran výše obrátu přesahující tuto hranici), a aby následně mohlo být posouzeno, zda vybraný uchazeč naplnil podmínky vertikální spolupráce dle § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ.“. Předseda Úřadu rovněž uložil Úřadu, aby znovu provedl „hodnocení kvalitativní stránky činnosti vybraného uchazeče, a to ve světle nové právní úpravy tzv. in-house zakázek.“.

#### **Nové projednání věci Úřadem**

32. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-00817/2018/531/VNe ze dne 9.1.2018 účastníka řízení vyrozuměl o pokračování správního řízení. Současně Úřad účastníkovi řízení usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-00824/2018/531/VNe z téhož dne určil lhůtu, ve které mohl navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
33. Usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-00918/2018/531/VNe ze dne 11.1.2018 určil Úřad zadavateli lhůty k provedení úkonů, konkrétně k předložení seznamu jím ovládaných osob za roky 2008 - 2011, a to včetně doložení této skutečnosti relevantními informacemi a materiály, kupříkladu v podobě stanov ovládaných osob, dále k předložení finančního přehledu za činnosti vykonané vybraným uchazečem za roky 2008 - 2011 pro zadavatele a další zadavatelem ovládané osoby, k předložení celkové činnosti vybraného uchazeče za roky 2008 - 2011, včetně doložení této skutečnosti relevantními materiály, např. v podobě faktur, apod., a konečně ke sdělení, zda vybraný uchazeč v letech 2008 - 2011 prováděl činnosti při plnění úkolů, které mu byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem, tzn. zadavatelem, i ve vztahu k jiným veřejným zadavatelům než zadavateli, popř. jemu ovládaným osobám, přičemž v případě, že ano, o doložení této skutečnosti formou finančního vyjádření za tyto činnosti, např. fakturami, apod.
34. Dne 17.1.2018 obdržel Úřad žádost zadavatele z téhož dne o prodloužení lhůt určených shora citovaným usnesením Úřadu, a to do 30.1.2018. Úřad žádosti zadavatele plně vyhověl

a tyto lhůty usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-01555/2018/531/VNe ze dne 17.1.2018 prodloužil.

35. Usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-04093/2018/531/Est ze dne 9.2.2018 Úřad určil zadavateli lhůty k provedení úkonů, a sice ke sdělení, zda některé činnosti vykonané vybraným uchazečem za roky 2008, 2009, 2010 a 2011 pro ostatní subjekty, tzn. nikoliv pro zadavatele a pro zadavatelem ovládané osoby, byly vykonávány při plnění úkolů, které mu byly svěřeny zadavatelem nebo zadavatelem ovládanými osobami, včetně označení těchto činností, resp. konkrétních položek, ve finančním přehledu za činnosti vykonané vybraným uchazečem za roky 2008 - 2011, tj. v přehledu za poskytnutá plnění vybraným uchazečem za období let 2008 - 2011, jenž byl Úřadu zadavatelem zaslán dne 29.1.2018, dále k objasnění rozporu mezi finančním přehledem za činnosti vykonané vybraným uchazečem, tj. přehledem poskytnutých plnění tímto subjektem, jenž byl Úřadu zadavatelem zaslán dne 29.1.2018, a finančním přehledem za činnosti vykonané vybraným uchazečem, tj. přehledem poskytnutých plnění, jenž byl Úřadu zadavatelem zaslán v roce 2013 v souvislosti s šetřením podnětu sp. zn. P405/2013/VZ, a to za roky 2010 a 2011, a konečně k označení konkrétních položek z finančního přehledu za činnosti vykonané vybraným uchazečem, tj. z přehledu za poskytnutá plnění tímto subjektem za roky 2008 - 2011, jenž byl Úřadu zadavatelem zaslán dne 29.1.2018, jejichž finanční hodnota je zahrnuta v položce II. 1. „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“ výkazu zisku a ztráty za jednotlivé roky 2008, 2009, 2010 a 2011.
36. Usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-05538/2018/531/VNe ze dne 23.2.2018 Úřad určil zadavateli lhůty k provedení úkonů, a sice k objasnění rozdílu mezi celkovým finančním přehledem za činnosti vykonané vybraným uchazečem, jenž Úřad obdržel od zadavatele dne 29.1.2018, a položkou II. 1. „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“ (řádek č. 05) výkazu zisku a ztráty, a to za roky 2008, 2009, 2010 a 2011, přičemž v případě, že jsou některá plnění z celkového finančního přehledu vybraného uchazeče za předemné roky zahrnuta do položky IV. „Ostatní provozní výnosy“ (řádek č. 26) výkazů zisku a ztráty, popř. do jiné položky (položek) výkazů zisku a ztráty, o doložení této skutečnosti relevantními materiály, a k předložení jednotlivých faktur za roky 2008, 2009, 2010 a 2011 za veškerá plnění poskytnutá vybraným uchazečem pro zadavatele, pro jím ovládané osoby i pro ostatní, zadavatelem neovládané subjekty, jejichž celkový přehled Úřad obdržel od zadavatele dne 29.1.2018.
37. Dne 1.3.2018 obdržel Úřad žádost zadavatele z téhož dne o prodloužení lhůt určených shora citovaným usnesením Úřadu, a to do 12.3.2018. Úřad žádosti zadavatele plně vyhověl a tyto lhůty usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-06341/2018/531/VNe ze dne 1.3.2018 prodloužil.
38. Usnesením č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-08745/2018/531/VNe ze dne 22.3.2018 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
39. Zadavatel se ve lhůtě určené usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-08745/2018/531/VNe ze dne 22.3.2018 k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 26.1.2018**

40. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-00918/2018/531/VNe ze dne 11.1.2018 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 26.1.2018, jež Úřad obdržel dne 29.1.2018. Zadavatel uvedl, že vybraný uchazeč v letech 2008, 2009, 2010 a 2011 neprováděl činnosti

při plnění úkolů, které mu byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem, tzn. zadavatelem, i ve vztahu k jiným veřejným zadavatelům než zadavateli, popř. jemu ovládaným osobám. Přílohou předmětného vyjádření zadavatel učinil Úřadem požadované informace a podklady, a to konkrétně seznam jím ovládaných osob za období let 2008 - 2011, finanční přehled činnosti vykonávané vybraným uchazečem za roky 2008, 2009, 2010 a 2011 pro zadavatele a další zadavatelem ovládané osoby, a celkový finanční přehled činnosti vybraného uchazeče za roky 2008, 2009, 2010 a 2011.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 16.2.2018**

41. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-04093/2018/531/Est ze dne 9.2.2018 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 16.2.2018, které Úřad obdržel téhož dne. Zadavatel v něm sdělil, že „v rozhodném období nebyly poskytovány spol. Technické služby města Jablonec nad Nisou, s.r.o. (...) činnosti svěřené jí zadavatelem a jím ovládanými osobami při plnění úkolů jmenovitě svěřeným zadavatelem např. pro statutární město Liberec či pro Severočeské komunální služby s.r.o. Z tohoto důvodu jsou položky činnosti poskytnuté těmto subjektům uvedeny v celkovém finančním a přehledu činnosti TSMJN.“. Dále zadavatel uvedl, že „rozpor mezi finančními výkazy zaslánými zadavatelem v roce 2013 a zasláným v lednu 2018 spočívá v tom, že zatímco v roce 2013 byly zaslány pouze výkazy činnosti TSMJN vykonané v dotčeném období pouze pro osobu zadavatele, tak výkazy zasláné ÚOHS v lednu 2018 již v sobě konzumují i činnosti TSMJN vykonané i pro zadavatelem ovládané organizace.“. K výroku 3. shora citovaného usnesení pak zadavatel sdělil, že všechny položky z celkového finančního přehledu zasláného Úřadu dne 29.1.2018 jsou zahrnuty v položce II.1. „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“ výkazů zisku a ztráty.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 12.3.2018**

42. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S363/2014/VZ-05538/2018/531/VNe ze dne 23.2.2018 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 12.3.2018, které Úřad obdržel téhož dne. Zadavatel v tomto vyjádření uvedl, že meritem činnosti a tržeb vybraného uchazeče jsou faktury, jejichž seznam byl Úřadu zaslán ve formě finančního přehledu činnosti, přičemž zde převládají tržby za prodej služeb uvedené ve výkazech zisku a ztráty na ř. 05. K objasnění rozdílu mezi výkazy zisku a ztráty a finančními přehledy zadavatel uvedl, že „plnění jsou také zahrnuta na výkazech v položkách na ř. 26 „Ostatní provozní náklady“ a dalších, jejichž seznam přikládáme. Dále uvádíme, že ne všechny tržby nebo příjmy jsou z faktur, jsou zde i jiné podklady, tržby pokladnou bez rozlišení plátce, dle smluv nebo z jiného titulu bez rozlišení plátce. Rozlišení je možné pouze u fa vydaných, v jiných případech nebylo do systému ani ukládáno pro malý význam v celku. (...).“ Ke svému vyjádření připojil zadavatel v příloze rozpis jednotlivých položek s odkazem na příslušný doklad, pod nímž byla platba zaúčtována, a to dle inventury účtů, pro řádky č. 05 „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“, č. 20 „Tržby z prodeje dlouhodobého majetku“, č. 21 „Tržby za prodej materiálu“ a č. 26. „Ostatní provozní výnosy“, vše za roky 2008, 2009, 2010 a 2011.
43. Dále zadavatel uvedl, že na základě výzvy Úřadu předkládá faktury za roky 2008, 2009, 2010 a 2011 za veškerá plnění poskytnutá vybraným uchazečem, které zasílá s ohledem na velikost souboru na kompaktním disku (CD) dodatečně prostřednictvím poštovních služeb. Úřad obdržel průvodní dopis zadavatele ze dne 12.3.2018 s připojeným technickým nosičem dat obsahujícím požadované soubory faktur dne 15.3.2018.



### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

44. Úřad na základě § 112 a násl. ustanovení zákona přezkoumal znovu případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření a informací předložených zadavatelem, a na základě vlastních zjištění rozhodl ve smyslu § 117a písm. d) zákona o zastavení správního řízení, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### Relevantní ustanovení zákona

45. Podle § 2 odst. 1 zákona se pro účely zákona za zadavatele veřejné zakázky považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
46. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejným zadavatelem
- a) Česká republika,
  - b) státní příspěvková organizace,
  - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
  - d) jiná právnická osoba, pokud
    1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
    2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
47. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
48. Podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva; veřejný zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby.

#### Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

49. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.

50. Podle § 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“), je obec základním územním samosprávným společenstvím občanů; tvoří územní celek, který je vymezen hranicí území obce.
51. Podle § 11 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek se za zadání veřejné zakázky nepovažuje uzavření smlouvy, kterou uzavírá veřejný zadavatel s jinou právnickou osobou jako dodavatelem, pokud
- a) sám nebo společně s jinými veřejnými zadavateli ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky,
  - b) v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel nebo ovládající veřejní zadavatelé a
  - c) více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právnickými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.
52. Podle § 11 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby. K takovému ovládaní může docházet i ze strany jiné právnické osoby, která je sama tímž veřejným zadavatelem ovládána obdobně jako jeho vnitřní organizační jednotka.
53. Podle § 11 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek se za zadání veřejné zakázky nepovažují případy, kdy právnická osoba ovládaná podle odstavce 1 písm. a) uzavře smlouvu s dodavatelem, v němž nemá přímou majetkovou účast žádná soukromá osoba a který je
- a) veřejným zadavatelem, který ji ovládá, nebo
  - b) jinou právnickou osobou ovládanou veřejným zadavatelem podle písmene a).
54. Podle § 11 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek se pro účely odstavce 4 soukromou osobou rozumí jiná osoba než stát, veřejnoprávní korporace, jiná právnická osoba zřízená zákonem nebo právnická osoba, v níž mají účast pouze stát, veřejnoprávní korporace nebo jiná právnická osoba zřízená zákonem.
55. Podle § 13 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek se pro určení podílu činností podle § 11 odst. 1 písm. c) nebo § 12 písm. c) bere v úvahu průměrný obrat, pokud je činnost, která je předmětem smlouvy, hrazena jejími příjemci v plné výši. Není-li možno určit tento obrat, použijí se jako základ pro výpočet v případě vertikální spolupráce celkové náklady právnické osoby a v případě horizontální spolupráce náklady vzniklé v souvislosti s činností, kterých se tato spolupráce týká.
56. Podle § 13 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek se podíl činností vypočítá v souhrnu za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Vznikla-li nebo zahájila-li právnická osoba příslušnou činnost později nebo došlo k reorganizaci jejích činností, postačí, že dosažení podmínek podle odstavce 1 je věrohodné, zejména na základě plánů činnosti.

### K postavení zadavatele

57. Úřad se nejprve zabývá otázkou, zda zadavatel v šetřeném případě spadá do některé z kategorií zadavatelů podle § 2 odst. 1 zákona. Podle citovaného ustanovení zákona je za zadavatele veřejné zakázky považován veřejný, sektorový, případně dotovaný zadavatel. Na základě § 2 odst. 2 písm. c) zákona náleží do kategorie veřejných zadavatelů i územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky. Podle § 1 zákona o obcích platí, že obec je základním územním samosprávným společenstvím občanů; tvoří územní celek, který je vymezen hranicí území obce. S ohledem na uvedené skutečnosti Úřad tudíž tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Statutární město Jablonec nad Nisou, coby základní územní samosprávný celek, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona. Osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tudíž zcela prokazatelně dána.

### K výroku tohoto rozhodnutí

58. Úřad nejprve obecně uvádí, že při výběru dodavatele na poskytnutí služeb, dodávek nebo stavebních prací je zadavatel vázán pravidly a předepsanými postupy zákona, nejedná-li se o některou z výjimek přicházejících do úvahy, kdy lze působnost zákona vyloučit, a zadavatel tak není povinen pravidla a postupy vyplývající ze zákona aplikovat (tedy zejména není povinen dané plnění zadat v zadávacím řízení dle zákona).

59. Jednou z takových výjimek je možnost využití tzv. „in house“ zadávání, tedy zadání veřejné zakázky osobě, která je vůči zadavateli ve vztahu „interního“ (in house) dodavatele. Právě na uplatnění výjimky „in house“ se zadavatel v šetřeném případě odkazuje, když zadal plnění veřejné zakázky přímo vybranému uchazeči bez zadávacího řízení uzavřením Dodatku č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20.4.2004.

60. Úřad dále konstatuje, že původ zákonné výjimky „in house“ plyne z rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), proto byl původně výklad této výjimky založen právě na relevantních rozhodnutích SDEU a respektoval postupný vývoj v její interpretaci. Odrazem judikatury SDEU, která dospěla k závěru, že orgán veřejné správy, který je veřejným zadavatelem, má možnost vykonat úkoly veřejného zájmu, které mu přísluší, vlastními prostředky, správními, technickými a jinými, aniž je povinen se obrátit na vnější subjekty nenáležící k jeho organizačním složkám (vlastními prostředky se rozumí i smluvní partner odlišný od subjektu veřejného zadavatele, který je však pod jeho kontrolou a pokud zároveň tato osoba je pod kontrolou veřejného zadavatele, která je obdobná té, kterou veřejný zadavatel vykonává nad vlastními organizačními složkami a zároveň tato osoba uskutečňuje s veřejným zadavatelem převážnou část své činnosti), se v právním řádu České republiky stala úprava in house zadávání veřejných zakázek v ustanovení § 18 odst. 1 písm. j) zákona. Podle citovaného ustanovení zákona zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku podle zákona, jestliže jsou kumulativně splněny následující předpoklady: (i) plnění předmětu veřejné zakázky je poskytováno zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto zadavatele a (ii) zadavatel má v této osobě výlučná majetková práva. Přestože došlo k zakotvení in house výjimky do zákona, těžištěm pro

zodpovězení řady otázek spojených s in house zadáváním zůstávala judikatura SDEU a její stěžejní rozhodnutí, kupříkladu rozsudek SDEU ve věci C-107/98 Teckal Srl proti Comune di Viano a Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia ze dne 18.11.1999, ve věci C-26/03 Stadt Halle a RPL Lochau ze dne 11.1.2005, ve věci C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración des Estado ze dne 19.4.2007 apod.

61. Podrobnější úpravu institutu „in house“ objasňující řadu otázek spojených s výkladem in house zadávání pak přinesla nová právní úprava obsažená v zákoně o zadávání veřejných zakázek, a to konkrétně v jeho ustanoveních § 11 až 13, která představuje implementaci čl. 12 Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU a čl. 28 Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/25/EU. Zákon o zadávání veřejných zakázek již jednoznačně stanoví, že není vyžadováno zadání veřejné zakázky v režimu zákona v případě tzv. vertikální spolupráce, tj. pokud jsou splněny následující „in house“ podmínky: (i) zadavatel uzavírá smlouvu s jinou právní osobou jako dodavatelem, přičemž ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, (ii) v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel a (iii) více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo jinými právními osobami, které ovládající veřejný zadavatel rovněž ovládá jako své vnitřní organizační jednotky (viz § 11 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek).
62. Úřad na tomto místě sděluje, že v napadeném rozhodnutí posuzoval postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky, resp. oprávněnost použití výjimky in-house pro její zadání podle § 18 odst. 1 písm. j) zákona. Jak však bylo uvedeno v rozsudku soudu, na zde projednávanou věc je třeba aplikovat právní úpravu pozdější, čili ZZVZ, jelikož je tato pro zadavatele příznivější, a to konkrétně ustanovení § 11 odst. 1 ZZVZ (viz bod 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jedná se tak o aplikaci čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, přičemž je možno uvést, že novou právní úpravu lze chápat jako příznivější, neboť stanovuje přesnou procentuální hranici pro uplatnění výjimky in-house (více než 80 % vykonávané činnosti), když v ustanovení § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ definuje, pro jaké subjekty je započítáváno plnění poskytované právní osobou, kdy se nemusí jednat pouze o plnění poskytované ze strany této právní osoby ve prospěch zadavatele, který ji ovládá, nýbrž i o plnění ve prospěch dalších subjektů, jež zadavatel ovládá jako své vnitřní organizační jednotky. Současně také ZZVZ stanovuje, že do činnosti se započítává provádění činností při plnění úkolů, které dané osobě byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem. Předseda Úřadu přitom svým druhým druhostupňovým rozhodnutím uložil Úřadu povinnost řídit se při novém posouzení věci ZZVZ (viz body 28. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad byl povinen tento závazný názor předsedy Úřadu, který byl původně vyjádřen i v rozsudku soudu, respektovat, a proto v novém projednání věci aplikoval čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod a posoudil, zda jsou kumulativně splněny předpoklady upravené v ustanovení § 11 odst. 1 písm. a), b) a c) ZZVZ nutné k tomu, aby vybraný uchazeč naplnil podmínky vertikální spolupráce pro aplikaci výjimky „in-house“. K tomu Úřad uvádí následující.

*Ke splnění podmínky týkající se ovládání osoby vybraného uchazeče zadavatelem*

63. Úřad v intencích § 11 odst. 1 písm. a) ZZVZ předně přezkoumal, zda zadavatel ovládá osobu vybraného uchazeče obdobně jako své vnitřní organizační jednotky. Úřad uvádí, že návod

k tomu, jak posoudit, zda lze hovořit o ovládnání příslušné osoby zadavatelem, poskytuje § 11 odst. 2 ZZVZ. Podle ustanovení § 11 odst. 2 věty první ZZVZ zadavatel ovládá právní osobu jako své vnitřní organizační jednotky, pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právní osoby. Mělo by se tedy jednat v případě této právní osoby o subjekt, který de facto funguje jako vnitřní organizační jednotka ovládajícího subjektu a pouze z formálního či praktického hlediska má samostatnou právní osobnost. Z formulace předmětného ustanovení ZZVZ je zřejmé, že je třeba posuzovat stupeň vlivu a kontroly, kterou ovládající subjekt na subjekt ovládaný uplatňuje, neboť nepostačuje, že je ovládající veřejný zadavatel výlučným vlastníkem ovládaného subjektu, ale musí zde být přítomen rovněž volný prvek spočívající v reálném nastavení řídicích procesů a kontroly ve vztahu k ovládanému subjektu. Ovládající osoba totiž musí mít reálnou možnost ovlivňovat a definovat strategické cíle ovládané osoby a současně činit korekci jejích významných rozhodnutí, popř. alespoň mít možnost tak učinit. Za strategické cíle pak lze považovat nejvyšší cíle ovládané osoby, v nichž jsou sdělovány její poslání a cíle, tedy určitá koncepce její činnosti, která pak bude v praxi realizována prostřednictvím jednotlivých rozhodnutí při jejím běžném fungování. Úřad se tedy s odkazem na shora řečené zaměřil na posouzení stupně ovládnání vybraného uchazeče ze strany zadavatele a přezkoumal, zda může zadavatel reálně ovlivňovat strategické cíle a kontrolovat významná rozhodnutí vybraného uchazeče.

64. Z výpisu z obchodního rejstříku bylo Úřadem zjištěno, že vybraný uchazeč, coby společnost s ručením omezeným, má jediného společníka, který je držitelem 100 % obchodního podílu, a jímž je zadavatel. Co se týče struktury a způsobu řízení tohoto typu právní osoby, mají zásadní postavení orgány právní osoby, kterými jsou v případě společnosti s ručením omezeným valná hromada, dozorčí rada a jednatel nebo jednatele. Ze zakladatelských dokumentů vybraného uchazeče, konkrétně z čl. X. „Valná hromada“, odst. 2 zakladatelské listiny ze dne 28.6.2007 (dále jen „zakladatelská listina“), vyplývá, že valná hromada vybraného uchazeče se nekoná a působnost valné hromady vykonává jediný společník, kterým je zadavatel. Článek X. „Valná hromada“ zakladatelské listiny vybraného uchazeče obsahuje podrobný výčet oprávnění, která náleží do působnosti valné hromady, mezi nimiž jsou uvedeny např. pod písm. b) *„schvalování řádné, mimořádné a konsolidované a v případech stanovených zákonem i mezitímní účetní závěrky, rozdělení zisku a úhrady ztrát“*, pod písm. c) *„schvalování rozpočtu společnosti na následující rok“*, pod písm. j) *„rozhodování o udělení a odvolání prokury“*, pod písm. l) *„rozhodování o převodu a nájmu podniku nebo jeho části nebo rozhodnutí o uzavření takové smlouvy ovládanou osobou“*, pod písm. o) *„schválení ovládací smlouvy, smlouvy o převodu zisku a smlouvy o tichém společenství a jejich změn“*, pod písm. p) *„vyslovení souhlasu s uzavřením, změnou nebo ukončením platnosti smlouvy s předmětem plnění, jehož celková hodnota u jednoho smluvního partnera za dobu platnosti smlouvy je nebo do budoucna má být vyšší než 2.000.000,- Kč“*, pod písm. q) *„vyslovení předchozího souhlasu s prodejem nemovitého majetku, s jeho koupí, zatížením, nebo nájmem na dobu delší než jeden rok“*, pod písm. r) *„vyslovení předchozího souhlasu s uzavřením úvěrové smlouvy nebo smlouvy o půjčce“* apod. Z čl. XI. „Jednatelé“ zakladatelské listiny vybraného uchazeče vyplývá, že společnost má tři jednatele, které jmenuje jediný společník při výkonu působnosti valné hromady. Kromě běžných jednatelských oprávnění stanoví zakladatelská listina vybraného uchazeče pro jednatele určitá omezení, a to např. v případě, že dojde ke zcizování nemovitostí, uzavírání

úvěrů, půjček, postoupení pohledávek a pořizování listin obsahujících právní úkon s plněním přesahujícím 500 000,- Kč, je vyžadován podpis dvou jednatelů. Pokud jde o třetí orgán vybraného uchazeče, čili dozorčí radu, i její členy volí jediný společník, tj. zadavatel, při výkonu působnosti valné hromady, což je zřejmé z čl. XII. „Dozorčí rada“ zakladatelské listiny vybraného uchazeče. Úřad na základě uvedených skutečností dospěl k závěru, že v zakladatelské listině popsaný způsob fungování vybraného uchazeče a jeho orgánů zcela evidentně svědčí o jeho „podřízenosti“ osobě zadavatele, který prostřednictvím svých oprávnění daných zakladatelskou listinou získává kontrolu a disponuje rozhodovacími pravomocemi o všech významných skutečnostech spojených s jeho fungováním. Tato skutečnost se dle názoru Úřadu v praxi odráží např. v cílech, které si vybraný uchazeč stanovil, a jež jsou uvedeny např. ve Výroční zprávě za rok 2011. Podle ní je hlavním cílem a účelem založení vybraného uchazeče „*poskytování běžných, nezbytných komunálních služeb městu Jablonec nad Nisou společností tak, aby objem a kvalita poskytovaných služeb odpovídala potřebám Města. Práce prováděné pro Město jsou pro společnost prioritním cílem.*“. Pokud tedy zadavatel může volit a odvolávat jednatele, členy dozorčí rady, rozhodovat o uzavírání smluv s plněním přesahujícím 2 mil. Kč, úvěrových smluv a smluv o zcizování nemovitého majetku, rozhodovat o rozpočtu a schvalovat účetní závěrky vybraného uchazeče, může vykonávat velmi vysoký stupeň kontroly a do značné míry ovlivňovat jednání vybraného uchazeče, když řídí a určuje takové činnosti, které mohou mít významný dopad na fungování vybraného uchazeče, pak nelze mít pochyb o tom, že zadavatel vybraného uchazeče ovládá obdobně jako své vnitřní organizační jednotky. Z pohledu Úřadu se jedná o takový stupeň kontroly a ovládnutí vybraného uchazeče ze strany zadavatele, které nedávají prostor k pochybám, že zadavatel má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby. Úřad tedy vyslovuje dílčí závěr, a sice ten, že v šetřeném případě došlo ke splnění první z posuzovaných podmínek, tzn. podmínky podle § 11 odst. 1 písm. a) ZZVZ.

*Ke splnění podmínky výlučné majetkové účasti*

65. Úřad se dále zabýval tím, zda je ve zde projednávané věci splněna i podmínka ve smyslu § 11 odst. 1 písm. b) zákona, tj. podmínka, že ve vybraném uchazeči, coby ovládané osobě, nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající zadavatel, čili zadavatel.
66. Z výpisu z obchodního rejstříku vybraného uchazeče bylo Úřadem zjištěno, že zadavatel byl v době uzavření Dodatku č. 9 ke smlouvě na plnění veřejné zakázky výlučným vlastníkem vybraného uchazeče, když byl držitelem 100 % obchodního podílu, jak bylo ostatně Úřadem v podrobnostech dovozeno v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad pro úplnost dodává, že zcela identický stav platí i ke dni vydání tohoto rozhodnutí. S odkazem na výše uvedené tak Úřad konstatuje, že neexistuje žádná pochybnost o výlučné majetkové účasti zadavatele v osobě vybraného uchazeče, a proto lze uzavřít, že taktéž podmínka podle § 11 odst. 1 písm. b) ZZVZ je splněna.

*Ke splnění podmínky, aby více než 80 % celkové činnosti vybraného uchazeče bylo prováděno při plnění úkolů, které mu byly svěřeny zadavatelem*

67. Úřad se konečně zabýval zjištěním, zda došlo ke splnění i poslední z podmínek, tzn. podmínky podle § 11 odst. 1 písm. c) zákona, jež, Úřad opakuje, požaduje, aby více než 80 % celkové činnosti ovládané osoby bylo prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny

ovládajícím zadavatelem, popř. ovládajícími zadavateli nebo jinými právníckými osobami, které ovládající zadavatel nebo zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky. K tomu Úřad konstatuje následující.

68. Úřad předně v obecné rovině sděluje, že tato třetí podmínka, kterou přináší od 1.10.2016 nová právní úprava zakotvená v ZZVZ, byla zavedena nově, neboť v dosavadní judikatuře SDEU byla formulována tak, že ovládaná právnícká osoba musí ve prospěch ovládajícího zadavatele vykonávat „*podstatnou část své činnosti*“, tedy že činnost pro jiné osoby musí mít pouze marginální a spíše nahodilý charakter. Nová právní úprava odstraňuje interpretační nejistoty a přináší stanovení kvantitativně určeného objemu činností, které musí ovládaná právnícká osoba vykonávat při plnění úkolů svěřených ovládajícím zadavatelem, aby mohlo být zadávání veřejné zakázky mezi relevantními subjekty případně považováno za „in house“ zadávání. Zákon o zadávání veřejných zakázek tak v tomto ohledu (z kvantitativního hlediska) pregnančně stanovuje hranici více než 80 %.
69. Úřad na tomto místě poznamenává, že nepřehlédl, že mu bylo druhým druhostupňovým rozhodnutím uloženo, aby se v rámci nového projednání věci zabýval i naplněním kvalitativní stránky pro použití tzv. „in-house“ výjimky (viz bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad k tomu uvádí, že předchozí právní úprava, tj. zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neobsahovala, rozdílně od ZZVZ, přesné určení hranice objemu vykonávaných činností pro naplnění výjimky „in-house“, kdy pracovala s neurčitým právním termínem „*podstatná část výkonu činnosti*“. Vzhledem k právě řečenému proto musely být při posuzování oprávněnosti použití výjimky in-house podle zákona brány do úvahy kvantitativní a kvalitativní aspekty daného případu. Takto Úřad ostatně postupoval i v napadeném rozhodnutí. Lze uvést, že kvalitativní stránka (aspekt), zjednodušeně řečeno, spočívala v přihlídnutí k povaze osoby, jež vykonávala onu „*podstatnou část svých činností*“ ve prospěch konkrétního veřejného zadavatele, tj. v posouzení toho, zda činnost vykonávaná pro osoby odlišné od tohoto veřejného zadavatele má toliko nahodilý charakter (čili nejde o činnost spočívající např. v účasti v zadávacích řízeních na veřejné zakázky zadávané jinými zadavateli za účelem generování zisku). Úřad nicméně upozorňuje, že ZZVZ již s touto kvalitativní stránkou nepracuje, když jednoznačně stanovuje hranici, tj. kvantitativní stránku, ve výši více než 80 %. Úřad má tedy za to, že pokud bude v konkrétním případě postaveno najisto, že více než 80 % celkové činnosti příslušné ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právníckými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky, pak je to pro konstatování, že bylo možné aplikovat výjimku in-house (samozřejmě při současném splnění podmínek podle § 11 odst. 1 písm. a) a b) ZZVZ, jež se však nijak netýkají kvalitativní stránky), zcela dostačující. Jinak řečeno, jestliže bude tato procentuální hranice dána, pak již není třeba zjišťovat a ověřovat, jakou povahu mají zbývající činnosti vykonávané touto ovládanou osobou, tzn. podle ZZVZ již není dle přesvědčení Úřadu zapotřebí zkoumat kvalitativní stránku případu.
70. Ve světle výše učiněných závěrů tedy Úřad přistoupil „pouze“ ke zjištění toho, zda více než 80 % z celkového objemu činností vybraného uchazeče bylo v rozhodném období (za které je třeba pokládat roky 2008 až 2010 – k tomu v podrobnostech viz níže) prováděno při plnění úkolů, které mu byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem, tj. zadavatelem, přičemž se

již nijak nezabýval kvalitativní stránkou (aspektem) věci, neboť to již není ZZVZ vyžadováno. K tomu Úřad uvádí následující.

71. Úřad předesílá, že v rozsudku soudu bylo mj. uvedeno, že Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel při hodnocení rozsahu činnosti pro uplatnění výjimky in-house pouze z faktur, jež byly vystaveny vybraným uchazečem zadavateli, avšak nezohlednil plnění poskytnuté ze strany vybraného uchazeče ve prospěch příspěvkových organizací zadavatele, popř. jiných subjektů, které zadavatel ovládá (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Předsedou Úřadu bylo proto druhým druhostupňovým rozhodnutím Úřadu uloženo, aby v novém projednání věci zohlednil i ty činnosti, které vybraný uchazeč vykonával rovněž pro ostatní zadavatelem ovládané subjekty (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad si tedy s ohledem na závazný právní názor předsedy Úřadu v rámci nového projednání věci, za účelem posouzení splnění podmínky předvídané v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ, od zadavatele mj. vyžádal zaslání seznamu jím ovládaných osob a předložení finančního přehledu vybraného uchazeče za činnosti vykonané v letech 2008 až 2011 pro zadavatele a další zadavatelem ovládané osoby. Ze zadavatelem předložených informací a materiálů bylo Úřadem zjištěno následující.
72. Pokud jde o seznam zadavatelem ovládaných osob, jenž Úřad od zadavatele obdržel, ten zahrnuje, kromě vybraného uchazeče, tyto subjekty:
- SPORT Jablonec nad Nisou, s.r.o., IČO 25434411, se sídlem U Stadionu 4586/1, 466 01 Jablonec nad Nisou,
  - Eurocentrum Jablonec nad Nisou s.r.o., IČO 25412604, se sídlem Jiráskova 2047/7, 466 01 Jablonec nad Nisou,
  - Centrum sociálních služeb Jablonec nad Nisou, p.o., IČO 43256503, se sídlem Emilie Floriánové 1736/8, 466 01 Jablonec nad Nisou (v době uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky Palackého 4424, 466 04 Jablonec nad Nisou),
  - Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Lovecká 11, příspěvková organizace, IČO 72048069, se sídlem Lovecká 249/11, 466 01 Jablonec nad Nisou,
  - Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Jugoslávská 13, příspěvková organizace, IČO 72048107, se sídlem Jugoslávská 1885/13, 466 01 Jablonec nad Nisou,
  - Mateřská škola Jablonec nad Nisou - Mšeno, Mechová 10, příspěvková organizace, IČO 72048131, se sídlem Mechová 3645/10, 466 04 Jablonec nad Nisou,
  - Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Střelecká 14, příspěvková organizace, IČO 72048085, se sídlem Střelecká 1067/14, 466 01 Jablonec nad Nisou,
  - Mateřská škola Jablonec nad Nisou - Rýnovice, Československé armády 37, příspěvková organizace, IČO 72048115, se sídlem Československé armády 37/16, 466 05 Jablonec nad Nisou,
  - Mateřská škola Jablonec nad Nisou - Jablonecké paseky, Tichá 19, příspěvková organizace, IČO 72048166, se sídlem Tichá 3892/19, 466 02 Jablonec nad Nisou,
  - Mateřská škola Jablonec nad Nisou - Kokonín, Dolní 3969, příspěvková organizace, IČO 72048140, se sídlem Dolní 3969, 468 01 Jablonec nad Nisou,



- Mateřská škola Jablonec nad Nisou - Mšeno, Josefa Hory 31, příspěvková organizace, IČO 72048174, se sídlem Josefa Hory 4097/31, 466 04 Jablonec nad Nisou,
- Základní umělecká škola, Jablonec nad Nisou, Podhorská 47, příspěvková organizace, IČO 75122308, se sídlem Podhorská 2500/47, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Dům dětí a mládeže Vikýř, Jablonec nad Nisou, Podhorská 49, příspěvková organizace, IČO 75122294, se sídlem Podhorská 946/49, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou, 5. května 76, příspěvková organizace, IČO 43257399, se sídlem 5. května 272/76, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou - Mšeno, Arbesova 30, příspěvková organizace, IČO 72743271, se sídlem Arbesova 4015/30, 466 04 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou, Pasířská 72, příspěvková organizace, IČO 72742950, se sídlem Pasířská 750/72, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou, Pivovarská 15, příspěvková organizace, IČO 72743115, se sídlem Pivovarská 1850/15, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Mateřská škola speciální Jablonec nad Nisou, Palackého 37, příspěvková organizace, IČO 72743433, se sídlem Palackého 2482/37, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou - Kokonín, Rychnovská 216, příspěvková organizace, IČO 72743191, se sídlem Rychnovská 216, 468 01 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou, Liberecká 26, příspěvková organizace, IČO 72742879, se sídlem Liberecká 3999/26, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou - Mšeno, Mozartova 24, příspěvková organizace, IČO 72743034, se sídlem Mozartova 3678/24, 466 04 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou, Na Šumavě 43, příspěvková organizace, IČO 43257721, se sídlem Na Šumavě 2300/43, 466 02 Jablonec nad Nisou,
- Základní škola Jablonec nad Nisou - Rýnovice, Pod Vodárnou 10, příspěvková organizace, IČO 72743352, se sídlem Pod Vodárnou 88/10, 466 05 Jablonec nad Nisou,
- Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Švédská 14, příspěvková organizace, IČO 72743778, se sídlem Švédská 3494/14, 466 02 Jablonec nad Nisou (v době uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Uhelná 5, příspěvková organizace, IČO 72743778, se sídlem Uhelná 991/5, 466 01 Jablonec nad Nisou),
- Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Havlíčkova 4, příspěvková organizace, IČO 75109522, se sídlem Havlíčkova 130/4, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Mateřská škola Montessori Jablonec nad Nisou, Zámecká 10, příspěvková organizace, IČO 86797034, se sídlem Zámecká 223/10, 466 06 Jablonec nad Nisou,
- Nemocnice Jablonec nad Nisou, p.o., IČO 00829838, se sídlem Nemocniční 4446/15, 466 01 Jablonec nad Nisou (v době uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky Nemocniční ulice, 466 60 Jablonec nad Nisou),

- Jablonecké kulturní a informační centrum, o.p.s., IČO 28686454, se sídlem Kostelní 1/6, 466 01 Jablonec nad Nisou (v době uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky Mírové náměstí 3100, 466 01 Jablonec nad Nisou),
- Městské divadlo Jablonec nad Nisou, o.p.s., IČO 25035746, se sídlem Liberecká 1900/5, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- Městská správa nemovitostí Jablonec nad Nisou, s.r.o. v likvidaci, IČO 28667620, se sídlem Mírové náměstí 3100/19, 467 51 Jablonec nad Nisou,
- JAVOZ, s.p., v likvidaci, Jablonec nad Nisou, IČO 00079251, se sídlem třída Budovatelů 7, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- F A M I S /Fasády, Modernizace, Inženýring, Stavby/ akciová společnost v Jablonci nad Nisou, IČO 14864142, se sídlem U přehrady čp. 40, 466 01 Jablonec nad Nisou,
- P A N, státní podnik „v likvidaci“, IČO 00671754, se sídlem Podhorská ul. 22, 466 01 Jablonec nad Nisou.

73. Úřad přezkoumal, zda se v případě shora jmenovaných subjektů jedná skutečně o osoby ovládané zadavatelem. Úřad při ověřování této skutečnosti vycházel z výpisů z obchodního rejstříku, z rejstříku obecně prospěšných společností a dále ze zakládacích, resp. řízovacích listin těchto subjektů. V případě subjektů, které byly založeny a fungují jako společnosti s ručením omezeným, bylo zjištěno, že zadavatel je výlučným vlastníkem celého obchodního podílu u každé z těchto právnických osob, jako jediný společník vystupuje v působnosti valné hromady, volí členy dozorčí rady, jmenuje jednatele a provádí řadu dalších řídicích a ovládacích činností ve vztahu k těmto subjektům. Úřad má tedy za to, že dané společnosti zadavatel ovládá jako své vnitřní organizační jednotky. V případě subjektů, které byly zřízeny jako příspěvkové organizace, bylo Úřadem zjištěno, že ve všech případech je jejich řízovatelem zadavatel, jenž je např. oprávněn kdykoliv v průběhu roku provést kontrolu zaměřenou na stav a způsob hospodaření příslušné příspěvkové organizace, přičemž zisk vytvořený v doplňkové činnosti mohou příspěvkové organizace použít jen ve prospěch jejich hlavní činnosti, pokud řízovatel, tzn. zadavatel, nepovolí jiné využití apod. I ve vztahu k těmto subjektům tak má Úřad za prokázané, že je zadavatel ovládá jako své vnitřní organizační jednotky. V případě shora uvedených subjektů založených jako obecně prospěšné společnosti bylo ze strany Úřadu ověřeno, že jejich zakladatelem je zadavatel, který je oprávněn podle zakládacích listin jmenovat členy správní rady coby vrcholného orgánu obecně prospěšné společnosti a členy dozorčí rady coby orgánu kontrolního, a dále je např. oprávněn projednat výroční zprávu o činnosti a hospodaření těchto obecně prospěšných společností. I zde je tedy prvek ovládaní z pohledu Úřadu zjevně dán. Vztah zadavatele coby ovládající osoby a předmětných subjektů coby osob ovládaných byl shora popsaným způsobem ověřen a lze tedy konstatovat, že prvek ovládaní je u subjektů vyjmenovaných v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí, jež mají právní formu společnosti s ručením omezeným, příspěvkové organizace a obecně prospěšné společnosti přítomen, tzn. Úřad činí závěr, že zadavatel je ovládající osobou shora jmenovaných právnických osob, resp. tyto subjekty ovládá jako své vnitřní organizační jednotky (v podrobnostech Úřad odkazuje na položky 51 až 53 vedeného správního spisu). Co se týče subjektů s právní formou státní podnik a akciová společnost, pak Úřad s ohledem na jeho zjištění, že v průběhu let 2008 až 2010 nebylo poskytováno ze strany vybraného uchazeče,

a tedy ani fakturováno, žádné plnění pro tyto subjekty, a nebylo tedy možné započítat žádné plnění do množiny plnění poskytovaného vybraným uchazečem zadavateli a jím ovládaným osobám, nepřezkoumával, zda jsou (byly) tyto subjekty zadavatelem ovládané. Úřad neshledal důvodným se z uvedené příčiny přítomností prvku ovládaní u těchto subjektů blíže zabývat, neboť by to bylo pro rozhodnutí věci irelevantní. Pro úplnost Úřad doplňuje, že zjistil, že v letech 2008 až 2010 vybraný uchazeč fakturoval za poskytnutá plnění konkrétně těmto subjektům vyjmenovaným v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí: Eurocentrum Jablonec nad Nisou s.r.o., Základní škola Jablonec nad Nisou, Liberecká 26, příspěvková organizace, Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Uhelná 5, příspěvková organizace, Základní škola Jablonec nad Nisou - Mšeno, Mozartova 24, příspěvková organizace, Základní škola Jablonec nad Nisou, Na Šumavě 43, příspěvková organizace, SPORT Jablonec nad Nisou, s.r.o., Mateřská škola speciální Jablonec nad Nisou, Palackého 37, příspěvková organizace, Nemocnice Jablonec nad Nisou, p.o., Centrum sociálních služeb Jablonec nad Nisou, p.o., Základní škola Jablonec nad Nisou - Kokonín, Rychnovská 216, příspěvková organizace, Jablonecké kulturní a informační centrum, o.p.s. a Mateřská škola Jablonec nad Nisou, Jugoslávská 13, příspěvková organizace.

74. Úřad dále přistoupil ke zjištění objemu činností vykonaných vybraným uchazečem pro zadavatele a jím ovládané osoby, jejichž sumarizaci Úřad provedl v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad k tomu předně uvádí, že v napadeném rozhodnutí vycházel při zjišťování tohoto objemu z finančního přehledu obsahujícího soubor faktur, na základě nichž vybraný uchazeč fakturoval zadavateli vykonanou činnost. Tento objem činnosti byl „poměřován“ s hodnotou výnosů uvedenou ve výkazech zisku a ztráty vybraného uchazeče, a to za roky 2010 a 2011, mezi něž byly Úřadem započítány i tržby z prodeje služeb, tržby za prodej materiálu a majetku a ostatní výnosy. Výpočet provedený Úřadem v napadeném rozhodnutí byl korigován prvním druhostupňovým rozhodnutím v tom smyslu, že pro stanovení objemu činnosti vybraného uchazeče jsou z výkazů zisku a ztráty relevantní pouze řádky č. 01 „Tržby za prodej zboží“ a č. 05 „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“. K výše uvedenému předseda Úřadu v prvním druhostupňovém rozhodnutí uvedl, že *„obratem se v běžném ekonomickém styku rozumí součet řádku č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty, tj. položek „Tržby za prodej zboží“ a „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“, neboť v případě těchto položek se jedná o výnosy z činnosti, která je předmětem podnikání dodavatele. V případě položek „Tržby z prodeje dlouhodobého majetku a materiálu“ (řádek č. 19 výkazu zisku a ztráty) či „Ostatní provozní výnosy“ (řádek č. 26 výkazu zisku a ztráty) se pak jedná o výnosy mimořádné, které se běžně v rámci obrátu neuvádějí. Z (...) napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad se blíže pojmem „obrat“ a obsahem tohoto pojmu nezabýval a jako základ pro určení, zda vybraný uchazeč vykonával podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele, vycházel z výnosů vybraného uchazeče v rozhodném období, tj. konkrétně z položek „Tržby za vlastní výrobky“, „Tržby z prodeje služeb“, „Tržby za zboží“, „Prodej materiálu a majetku“ a „Ostatní výnosy“. Tento postup Úřadu nepovažují za správný, neboť (...) pro posouzení možné aplikace „in-house“ výjimky je rozhodná skutečnost, že dodavatel uskutečňuje ve prospěch zadavatele většinu své činnosti, tedy nepochybně činnosti, kterou vykonává v rámci svého předmětu podnikání, a nikoliv tedy dosahování jiných mimořádných výnosů, byť s činností dodavatele spojených. (...) Úřad, neměl-li pro to zvláštní důvod, měl (...) vycházet z obrátu vybraného uchazeče určeného součtem položek řádků č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty (jedná se o položky „Tržby za prodej zboží“ a „Tržby*

za prodej vlastních výrobků a služeb“). (...) Úřad do provedeného výpočtu nesprávně zahrnul i položky „Prodej materiálu“ a „Ostatní výnosy““. Úřad dále sděluje, že v provedeném výpočtu nebyly zahrnuty platby za činnosti vykonané vybraným uchazečem pro zadavatelem ovládané osoby, přičemž časovým obdobím, ve vztahu k němuž byl objem činnosti stanoven, byly roky 2010 a 2011. Úřad opětovně konstatuje, že mu bylo druhým druhostupňovým rozhodnutím uloženo, aby při posuzování naplnění podmínek pro použití výjimky in house aplikoval pozdější právní úpravu, čili ZZVZ, a aby byly při zjišťování (a následném vyčíslování) objemu činností vykonaných vybraným uchazečem zohledněny i ty činnosti, jež vybraný uchazeč vykonával i pro ostatní zadavatelem ovládané subjekty. Úřad tedy při novém projednání věci do objemu činností vybraného uchazeče započtl, nad rámec činností vykonaných pro zadavatele, i činnosti vykonané pro zadavatelem ovládané osoby, kdy fakt, že se jedná o ovládané osoby, byl Úřadem dovozen v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pokud se jedná o zjištění „rozhodného období“, za které by měl být objem činností vykonaných vybraným uchazečem zjištěn, pak Úřad vycházel z § 13 odst. 2 ZZVZ, podle kterého se podíl činností vypočítá v souhrnu za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Smlouva na plnění šetřené veřejné zakázky byla ve formě Dodatku č. 9 uzavřena dne 29.8.2011. Úřad konstatuje, že vzhledem k právě řečenému a současně s ohledem na skutečnost, že z výkazů zaslaných zadavatelem je zřejmé, že účetní období účetní jednotky – vybraného uchazeče představuje příslušný kalendářní rok, je zapotřebí vycházet z období let 2008 až 2010, tj. roky 2008 až 2010 představují ono „rozhodné období“ pro zjištění (a vyčíslení) objemu činnosti vybraného uchazeče.

75. Úřad uvádí, že pro určení objemu celkové činnosti vybraného uchazeče vycházel i z již uváděného názoru předsedy Úřadu, že relevantní pro posouzení věci jsou stěžejní tržby za prodej vlastních služeb a výrobků uvedené na řádku č. 05 výkazů zisku a ztráty (řádek č. 01 výkazů zisku a ztráty vykazuje v letech 2008 až 2010 shodně nulové hodnoty), neboť se týkají činnosti, kterou vybraný uchazeč „běžně“ vykonává. Úřad nepřehlédl, že výkazy zisku a ztráty obsahují i tržby za prodej dlouhodobého majetku a materiálu [(řádky č. 20 a 21), kdy např. v § 4a odst. 2 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů, je uvedeno, že do obratu se nezahrnuje úplata z prodeje dlouhodobého majetku]. Dále např. položku ostatní provozní výnosy [(řádek č. 26), kdy podle § 27 vyhlášky č. 500/2002 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, pro účetní jednotky, které jsou podnikateli účtujícími v soustavě podvojného účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, daná položka obsahuje zejména smluvní pokuty a úroky z prodlení, výnosy z postoupených pohledávek a výnosy z odepsaných pohledávek, inventarizační rozdíly, dotace k úhradě nákladů nebo k úhradě jiné ekonomické újmy a pojistná plnění, která nejsou uvedena v položce "XIII. Mimořádné výnosy"]. Uvedené položky Úřad nepovažuje za příjmy vztahující se k vlastní činnosti vybraného uchazeče, jež je blíže popsána ve výroční zprávě a která souvisí s předmětem jím vykonávané činnosti, a proto tyto výnosy nebyly Úřadem do objemu činnosti vybraného uchazeče započítány. V případě tržeb z prodeje dlouhodobého majetku a materiálu lze mít za to, že prodej dlouhodobého majetku, v rozhodném období zejména vozů a strojů (např. nákladní vozidlo Avia, kolový nakladač UNC, recyklátor BAGELA aj.) a prodej materiálu (např. písek, motorová nafta aj.), představuje prodej majetku, který je pro prodávající subjekt nadbytečný, tj. jedná se o tržby z přebytku materiálu či strojů, kdy cílem je snížení

nákladů na jejich údržbu či skladování, čili nejde o tržby z výkonů směřujících primárně k dosahování výdělku. Pod položku „materiál“, o níž je účtováno na řádce č. 21 výkazu zisku a ztráty, se zařazují takové suroviny či materiál, které byly primárně pořizovány k vlastní spotřebě, nikoliv k prodeji. Pokud by účetní jednotka zajišťovala materiál výhradně pro jiné subjekty, bylo by o daném materiálu dle názoru Úřadu účtováno jako o zboží a výnosy by pak byly označeny jako tržby z prodeje zboží. Pokud se jedná o ostatní provozní výnosy, pak ani v jejich případě nelze hovořit o příjmech pocházejících z vlastní činnosti vybraného uchazeče. Nejde dle názoru Úřadu o plnění, jež by pocházela primárně z vlastní činnosti účetní jednotky, byť s její činností do jisté míry samozřejmě souvisí. Nejedná se však o plánovanou činnost subjektu, která by vycházela z předmětu její činnosti, ale většinou o důsledek určitých právních skutečností, které nastaly, a které daný subjekt nemohl ovlivnit (typicky pojistné plnění, smluvní pokuta apod.).

76. Úřad konstatuje, že shora popsáný způsob určení celkového obrátu, resp. objemu činnosti vybraného uchazeče koresponduje se závěry předsedy Úřadu obsaženými v prvním druhostupňovém rozhodnutí, v němž se mj. uvádí: „Pro určení obrátu je třeba vycházet z výkazu zisku a ztráty, coby nedílné součásti účetní závěrky upravené v § 18 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o účetnictví**“). Při sestavování výkazu zisku a ztráty, resp. účetní závěrky, jsou účetní jednotky povinny postupovat podle účetních předpisů, (...).

*Vyhláška č. 500/2002 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, pro účetní jednotky, které jsou podnikateli účtujícími v soustavě podvojného účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, pak v § 20 až 38a uvádí obsahové vymezení jednotlivých položek výkazu zisku a ztráty, přičemž základní uspořádání a označování položek je uvedeno v přílohách 2 a 3 uvedené vyhlášky.*

*K tomu dále uvádím, že obrátem se v běžném ekonomickém styku rozumí součet řádku č. 1 a 5 výkazu zisku a ztráty, tj. položek „Tržby za prodej zboží“ a „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“, neboť v případě těchto položek se jedná o výnosy z činnosti, která je předmětem podnikání dodavatele. V případě položek „Tržby z prodeje dlouhodobého majetku a materiálu“ (řádek č. 19 výkazu zisku a ztráty) či „Ostatní provozní výnosy“ (řádek č. 26 výkazu zisku a ztráty) se pak jedná o výnosy mimořádné, které se běžně v rámci obrátu neuvádějí.“*

Úřad v této souvislosti konstatuje, že výše učiněné závěry předsedy Úřadu týkající se zjištění obrátu vybraného uchazeče nebyly rozsudkem soudu nijak popřeny ani zpochybněny, byť bylo první druhostupňové rozhodnutí rozsudkem soudu zrušeno. Dle přesvědčení Úřadu však bylo důvodem pro zrušení to, že bylo zapotřebí na věc aplikovat pozdější (příznivější) právní úpravu a dále to, že v napadeném rozhodnutí Úřad nezapočítal do obrátu vybraného uchazeče i činnosti, jež tento vykonával i pro zadavatelem ovládané subjekty. Úřad má tedy za to, že rozsudek soudu nemá na relevanci shora popsáných závěrů týkajících se výpočtu obrátu žádný dopad a Úřad je tedy byl oprávněn při novém projednání věci při zjišťování objemu celkové činnosti vybraného uchazeče použít.

77. Za účelem přehlednosti Úřad sestavil níže uvedenou tabulku reflektující shora uvedené skutečnosti. V prvním, resp. druhém, sloupci tabulky je uvedena částka, která představuje veškeré tržby za prodej výrobků a služeb vybraného uchazeče, tj. částka z řádku č. 05 výkazu

zisku a ztráty za příslušný rok, tj. částka představující celkový obrat vybraného uchazeče. Úřad pro úplnost opakuje, že řádek č. 01 výkazů zisku a ztráty vybraného uchazeče vykazuje v letech 2008 až 2010 shodně nulové hodnoty, a proto tento řádek nebyl logicky Úřadem nijak započítáván. V dalším sloupci předmětné tabulky Úřad uvádí v peněžích objem činností vykonaných vybraným uchazečem pro zadavatele a jím ovládané osoby, tj. tento sloupec obsahuje kvantitativní vyjádření objemu činností pro tyto subjekty. Jedná se o činnosti, o nichž ZZVZ hovoří jako „o činnostech prováděných při plnění úkolů, které byly vybranému uchazeči svěřeny zadavatelem, popř. jím ovládanými osobami“. Úřad při tomto vycházel z finančních přehledů za roky 2008 až 2010, které obdržel od zadavatele dne 29.1.2018 (viz bod 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tj. z částek fakturovaných vybraným uchazečem zadavateli a jím ovládaným osobám tak, jak vyplynuly z doplnění dokazování s ohledem na závazný právní názor předsedy Úřadu uvedený v druhém druhostupňovém rozhodnutí.

rok	Celková vykonávaná činnost vybraného uchazeče - tržby z prodeje zboží a služeb (řádek č. 05 výkazu zisku a ztráty) bez DPH	Objem činnosti vykonané vybraným uchazečem pro zadavatele a jím ovládané osoby v daném období bez DPH
2008	72 276 000,- Kč	61 486 831,98 Kč
2009	88 922 000,- Kč	74 526 914,21 Kč
2010	82 269 000,- Kč	65 796 382,97 Kč
Průměrná hodnota za roky 2008 - 2010	81 155 666,- Kč	67 270 043,05 Kč

78. Úřad v dalším uvádí, že postup pro výpočet podílu činností podle § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ upravuje ustanovení § 13 ZZVZ. Na základě aplikace tohoto postupu bylo Úřadem z údajů uvedených v dané tabulce vypočteno, že vybraný uchazeč vykonával v letech 2008, 2009 a 2010 z jeho celkové činnosti ve prospěch zadavatele a ve prospěch jím ovládaných osob činnosti v rozsahu 85,07 % v roce 2008, 83,81 % v roce 2009 a 79,98 % v roce 2010, tj. v průměru za celé období let 2008 až 2011 se jednalo o činnost v rozsahu 82,96 % z celkové činnosti vybraného uchazeče.
79. Z Úřadem provedeného výpočtu je tak zřejmé, že vybraný uchazeč prováděl v letech 2008 až 2010 pro zadavatele a jím ovládané osoby v průměru téměř 83 % z celkové jím vykonávané činnosti. Vzhledem k právě řečenému je tak evidentně splněn předpoklad stanovený v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ, tj. aby více než 80 % celkové činnosti ovládané osoby bylo prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právníckými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.
80. Ve světle všech výše učiněných závěrů tak nelze konstatovat jinak, než že ve zde projednávané věci byly prokazatelně kumulativním způsobem splněny všechny podmínky předvídané v ustanovení § 11 odst. 1 písm. a), b) a c) ZZVZ, pročež byl zadavatel oprávněn pro zadání šetřené veřejné zakázky použít zákonnou výjimku „in house“, tzn. byl oprávněn s vybraným uchazečem uzavřít smlouvu na její realizaci, aniž by musel předmět plnění veřejné zakázky zadat v některém z druhů zadávacího řízení upravených zákonem.

81. Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že z vyjádření zadavatele ze dne 12.3.2018 a z jeho příloh, jež tvoří, mimo jiné, rozpis jednotlivých položek s odkazem na příslušný doklad, pod nímž byla platba zaúčtována, a to dle inventury účtů pro řádek č. 05 „Tržby za prodej vlastních výrobků a služeb“ za roky 2008, 2009 a 2010, vyplývá, že kromě fakturovaných činností vybraný uchazeč vykonával další činnosti, jež nebyly fakturovány, ale byly dalším příjmem započítaným do tržeb ze služeb vybraného uchazeče. Jak však zadavatel v předmětném vyjádření uvedl, „*v jiných případech nebylo do systému ani ukládáno pro malý význam v celku.*“. Z právě řečeného plyne, že rozlišení plateb je možné pouze u vydaných faktur. Lze mít za to, že součástí plnění poskytovaného vybraným uchazečem v letech 2008 až 2010 byly i nefakturované činnosti, z nichž některé mohly být vykonány pro zadavatele, popř. pro zadavatelem ovládané osoby, a tudíž reálná výše procentuálního poměru objemu činností vykonaných pro zadavatele a jím ovládané osoby a celkové vykonané činnosti vybraného uchazeče by v případě „rozklíčování“ těchto plateb byla dále navýšena. Úřad uvádí, že platby, které vybraný uchazeč obdržel mimo fakturované částky, neučinil předmětem dalšího zkoumání z důvodu procesní ekonomie, neboť i bez započítání těchto příjmů do finanční částky za služby poskytnuté zadavateli a jím ovládaným osobám bylo jednoznačně prokázáno, že činnost vybraného uchazeče ve prospěch zadavatele a jím ovládaných osob v předmětném období let 2008 až 2010 představovala takový objem z celkové činnosti vybraného uchazeče, že byla naplněna i třetí podmínka pro aplikaci in house výjimky předvídaná v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ (k tomu viz výše).
82. Úřad tedy uzavírá, že zadavatel byl oprávněn za účelem realizace veřejné zakázky uzavřít s vybraným uchazečem Dodatek č. 9 k Rámcové smlouvě o dílo uzavřené dne 20.4.2004, aniž by musel předmět plnění zadat v některém ze zákonem upravených druhů zadávacího řízení, tj. byl oprávněn použít zákonnou výjimku in house, přičemž se tímto postupem nemohl dopustit spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a proto nejsou dány důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
83. Úřad proto rozhodl o zastavení předmětného správního řízení tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## 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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

**Obdrží**

Statutární město Jablonec nad Nisou, Mírové náměstí 3100/19, 466 01 Jablonec nad Nisou

**Vypraveno dne**

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