



UOHSX00G192S

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0194/2016/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-13784/2022/163

Brno 3. 5. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 19. 7. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **EKO servis Varnsdorf a.s.**, IČO 25042149, se sídlem ul. Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 15. 10. 2013 advokátní kancelář PPS advokáti s.r.o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové,

proti výroku II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc ze dne 1. 7. 2016 vydanému ve věci návrhu navrhovatele ze dne 21. 10. 2013 na uložení zakazu plnění smlouvy č. ORŽP 18/2013 ze dne 3. 9. 2013 uzavřené na nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „**Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov**“ mezi zadavatelem –

- město **Šluknov**, IČO 00261688, se sídlem nám. Míru 1, 407 77 Šluknov, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 7. 3. 2013 společností e-tenders, s.r.o., IČO 29244919, se sídlem Heršpická 813/5, 639 00 Brno, a
- společností **Technické služby Šluknov, spol. s r.o.**, IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov,

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

Výroky II a III rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc ze dne 1. 7. 2016

**r u š í m**

a věc v tomto rozsahu

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Postup zadavatele před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku**

1. Město Šluknov, IČO 00261688, se sídlem nám. Míru 1, 407 77 Šluknov, (dále jen „**zadavatel**“) zahájilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „**ZVZ**“)<sup>1</sup> otevřené řízení na nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 5. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 5. 2013 pod ev. č. 347305 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 5. 2013 pod ev. č. 2013/S 088-149896, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky spočíval ve shromažďování, sběru, přepravě, úpravě, využívání a odstraňování komunálních odpadů na území města Šluknov včetně předávání komodit z odděleného sběru provozovatelům kolektivních systémů zpětného odběru.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky (včetně opce vyhrazené v bodě 15 zadávací dokumentace) činila v souladu s § 14 odst. 1 písm. b) ZVZ částku ve výši 19 800 000 Kč bez DPH.
4. Zadavatel dne 28. 6. 2013 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Technické služby Šluknov, spol. s r.o., IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov, (dále jen „**Technické služby Šluknov**“). Účastník zadávacího řízení společnost EKO servis Varnsdorf a.s., IČO 25042149, se sídlem ul. Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf, (dále jen „**navrhovatel**“) doručil zadavateli dne 12. 7. 2013 námitky z téhož dne proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel rozhodnutím ze dne 22. 7. 2013 těmito námitkám vyhověl a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušil.
5. Dne 13. 8. 2013 zadavatel rozhodl podle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku (dále jen „**rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“); zadavatel toto

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na ZVZ, ve vztahu k posouzení uzavření smlouvy na veřejnou zakázku na základě in-house výjimky se jedná o znění zákona účinné ke dni uzavření této smlouvy.

rozhodnutí následně doplnil nedatovaným úkonem o důvod zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. d) ZVZ.

6. Dne 3. 9. 2013 uzavřel zadavatel se společností Technické služby Šluknov smlouvu č. ORŽP 18/2013, jejímž předmětem je realizace předmětu veřejné zakázky (dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku**“ nebo „**smlouva ze dne 3. 9. 2013**“). Zadavatel uzavření této smlouvy odůvodnil využitím tzv. in-house výjimky z působnosti zákona podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ (dále jen „**in-house výjimka**“).

## II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

7. Dne 13. 9. 2013 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 112 ZVZ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele podle § 114 odst. 1 ZVZ na zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení (dále jen „**návrh I**“ nebo „**návrh proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“). Doručením návrhu I bylo dne 13. 9. 2013 zahájeno podle § 113 ZVZ správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0565/2013/VZ.
8. Dne 21. 10. 2013 doručil navrhovatel Úřadu návrh podle § 114 odst. 2 písm. a) ZVZ na uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ z důvodu jejího uzavření bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení (dále jen „**návrh II**“ nebo „**návrh na uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku**“), neboť dle navrhovatele nebyly splněny podmínky pro její uzavření na základě in-house výjimky. Doručením návrhu II bylo zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ.
9. Úřad dne 18. 12. 2013 spojil z moci úřední usnesením č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-23175/2013/523/KRk správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0565/2013/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ za účelem vedení společného řízení o návrhu I a návrhu II, neboť se uvedená správní řízení týkala totožné veřejné zakázky. Úřad dále dne 28. 2. 2014 přípisem č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-3471/2014/523/MSc ze dne 26. 2. 2014 rozšířil z moci úřední předmět správního řízení o řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ z důvodu, že zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, aniž by byly splněny podmínky pro její zadání na základě in-house výjimky.
10. Úřad tedy vedl jedno společné řízení ve smyslu § 140 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) o třech věcech – návrhu I proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, návrhu II na uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku a ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ. V souladu s § 140 odst. 6 správního řádu se otázka, kdo je účastníkem společného řízení, pro účely uplatnění § 27 odst. 1 správního řádu ve společném řízení posuzuje tak, jako kdyby řízení probíhala samostatně. V návaznosti na toto ustanovení zákona byli účastníky řízení ve věci návrhu I navrhovatel a zadavatel, účastníky řízení ve věci návrhu II jsou navrhovatel a strany smlouvy na veřejnou zakázku (tj. zadavatel a společnost Technické služby Šluknov) a účastníkem řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ je pouze zadavatel.

### **III. Rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 6. 2014**

11. Dne 6. 6. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-12105/2014/523/MSc (dále jen „**rozhodnutí ze dne 6. 6. 2014**“).
12. Výrokem I rozhodnutí ze dne 6. 6. 2014 Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. d) a e) ZVZ tím, že zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, aniž by byly naplněny důvody pro jeho zrušení, neboť v daném případě neodpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil, a ani se v průběhu zadávacího řízení nevyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nebylo lze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
13. Výrokem II rozhodnutí ze dne 6. 6. 2014 Úřad zrušil podle § 118 odst. 1 ZVZ rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení vč. jeho doplnění.
14. Ve výroku III rozhodnutí ze dne 6. 6. 2014 Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
15. Výrokem IV rozhodnutí ze dne 6. 6. 2014 Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 ZVZ.
16. Výrokem V rozhodnutí ze dne 6. 6. 2014 Úřad zastavil správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, neboť nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a ZVZ.

### **IV. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 8. 3. 2016**

17. Proti rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 6. 2014 podali rozklad zadavatel i navrhovatel. V řízení o těchto rozkladech bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R210,227/2014/VZ-35176/2016/322/DRu ze dne 8. 3. 2016, kterým bylo rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 6. 2014 zrušeno a věc Úřadu vrácena k novému projednání.

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

18. Dne 1. 7. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
19. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ návrh I proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
20. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ návrh II na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
21. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad zastavil podle § 117a písm. d) ZVZ správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dle § 120 odst. 1

písm. c) ZVZ, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 ZVZ.

22. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že společnost Technické služby Šluknov v době podání nabídky nedisponovala ve vztahu ke všem zadavatelem stanoveným druhům (katalogovým číslům) odpadů souhlasem krajského úřadu ve smyslu § 14 odst. 1 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o odpadech**“) k provozování zařízení k využívání, odstraňování, sběru nebo výkupu odpadů a s jeho provozním řádem (dále jen „**souhlas dle zákona o odpadech**“). Úřad byl toho názoru, že vzhledem k tomu, že požadavek na disponování tímto souhlasem a jeho předložení nebyl součástí požadavků zadavatele na kvalifikaci a ani nebyl v zadávací dokumentaci obsažen jako jiný požadavek zadavatele, který by musel uchazeč splňovat při podání nabídky, zadavatel z tohoto důvodu nemohl vyloučit společnost Technické služby Šluknov z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel však měl v důsledku absence tohoto dokladu důvodnou pochybnost o způsobilosti společnosti Technické služby Šluknov plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu, současně však dle Úřadu nebyl oprávněn tohoto dodavatele vyloučit z účasti v zadávacím řízení a ani ho podle § 59 odst. 4 ZVZ vyzvat k doložení dalších informací či dokladů, neboť předložení souhlasu dle zákona o odpadech nebylo povinnou náležitostí nabídky. Zadavatel se tak dle Úřadu dostal do situace, kdy nemohl v zadávacím řízení pokračovat tak, aby naplnilo svůj cíl. V návaznosti na uvedené dospěl Úřad k závěru, že se jednalo o důvod hodný zvláštního zřetele, pro který nebylo lze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Dle Úřadu bylo možné tento důvod považovat za objektivní, tj. stojící vně zadavatele, neboť se vyskytl v průběhu zadávacího řízení v souvislosti s námitkami navrhovatele a následně vypracovaného odborného stanoviska. Dle přesvědčení Úřadu tak došlo k naplnění podmínek umožňujících zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ.
23. V odůvodnění výroků II a III napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že dle § 118 odst. 2 ZVZ je pro posouzení možnosti uložit zákaz plnění smlouvy v daném případě klíčové, zda se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ. Z uvedeného důvodu se Úřad nejdříve zabýval skutečností, zda byl zadavatel povinen před uzavřením smlouvy se společností Technické služby Šluknov postupovat podle ZVZ nebo zda byl oprávněn využít in-house výjimku. Vzhledem k tomu, že pro aplikaci in-house výjimky musely být kumulativně splněny podmínky zakotvené v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, zkoumal Úřad naplnění těchto podmínek v bodě 137 a násl. napadeného rozhodnutí. V bodě 163 napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že zákonné podmínky k tomu, aby zadavatel uzavřel smlouvu se společností Technické služby Šluknov na základě in-house výjimky, byly splněny, v důsledku čehož bylo možné konstatovat, že zadavatel postupoval při uzavření smlouvy ze dne 3. 9. 2013 v souladu se ZVZ.

#### VI. Rozklad navrhovatele ze dne 19. 7. 2016

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

25. Ve vztahu k výroku I napadeného rozhodnutí navrhovatel v rozkladu zejména namítal, že z vymezení předmětu veřejné zakázky bylo zřejmé, že tento zahrnoval nakládání s předem stanovenými druhy odpadů, a to předem stanoveným způsobem, a proto bylo povinností každého uchazeče doložit takové doklady k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů, ze kterých vyplývalo, že je profesně způsobilým zajistit celý předmět plnění veřejné zakázky. V daném případě místo zrušení zadávacího řízení postačovalo, kdyby zadavatel vyloučil společnost Technické služby Šluknov ze zadávacího řízení pro nesplnění profesních kvalifikačních předpokladů.
26. K výroku II napadeného rozhodnutí navrhovatel v rozkladu uvádí, že předložené dokumenty a informace od zadavatele a společnosti Technické služby Šluknov, kterými dokládali splnění podmínek pro použití in-house výjimky, jsou nevěrohodné a účelově upravené tak, aby vyhověly záměru obou účastníků správního řízení. To dle navrhovatele vyplývá například z vyjádření společnosti Technické služby Šluknov ze dne 29. 4. 2014 v porovnání s jejím vyjádřením ze dne 6. 6. 2016, v nichž se promítá podstatný rozdíl objemu prací činěných nad rámec paušální smlouvy za totožné období. Navrhovatel Úřadu vytýká, že vyšel z pravdivosti předložených dokumentů jak zadavatele, tak společnosti Technické služby Šluknov, aniž je blíže přezkoumával. Zároveň má navrhovatel za to, že prostřednictvím paušální smlouvy o pronájmu dopravních prostředků došlo k účelové úpravě vykazovaných plnění a protiplnění mezi oběma stranami tak, aby byly zdánlivě naplněny podmínky pro použití in-house výjimky. Navrhovatel v rámci koncernové struktury ví o tom, jaké množství a charakter odpadu vyvezla společnost Technické služby Šluknov na skládku vlastněnou subjektem, který stejně jako navrhovatel spadá do koncernu Marius Pedersen a.s. Navrhovatel k tomuto svému tvrzení dokládá údaje za leden 2012, kdy podle tvrzení společnosti Technické služby Šluknov a zadavatele vyvezla společnost Technické služby Šluknov pro zadavatele 65 kontejnerů odpadu, ačkoli ve stejné době navrhovatel eviduje ve své evidenci jen 40 dodávek odpadu společností Technické služby Šluknov na nejbližší skládku, z toho 12 dodávek se týkalo uličních smetků, které jsou ale v předávacích protokolech vykazovány odděleně od kontejnerů. Ve skutečnosti tak bylo na nejbližší skládku společností Technické služby Šluknov uskutečněno dle navrhovatele 28 dodávek odpadu zadavatele v kontejnerech, což představuje rozpor s tvrzením společnosti Technické služby Šluknov v rozsahu celých 37 kontejnerů. Odchytky se dle navrhovatele týkají i dalších měsíců. Navrhovatel tento rozpor dokládá údaji získanými z dotčené skládky.
27. Navrhovatel má dále pochybnosti o tom, zda zadavatelem a společností Technické služby Šluknov prezentovaný způsob vykazování a evidování činností nad rámec paušální smlouvy a bez řádného a průkazného ocenění, není daňovou optimalizací zisku na straně společnosti Technické služby Šluknov, a tedy obcházením zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů a zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.
28. Navrhovatel dále namítá, že Úřad porovnával nesrovnatelné údaje, když stanovil podíl činností vykonávaných společností Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele vůči celkovým nákladům společnosti Technické služby Šluknov ve sledovaném roce.
29. Navrhovatel rovněž namítá, že Úřad vycházel při prokazování splnění podmínek pro použití in-house výjimky z údajů za celé účetní období roku 2013, ačkoli ke zrušení zadávacího řízení a k přímému zadání došlo již v průběhu roku 2013, konkrétně dne 3. 9. 2013. Průkaznými

a jedinými relevantními výsledky hospodaření by měly být dle navrhovatele pouze takové výsledky, které byly skutečně vykázány na konci příslušného účetního období, když po celou dobu běhu účetního období probíhá optimalizace toků. Navrhovatel má proto za to, že výsledky hospodaření za rok 2013 by neměly být brány jako rozhodující pro posouzení naplnění in-house výjimky, resp. tyto údaje by měly být brány jen jako orientační vzhledem k údajům za předchozí ukončené účetní období roku 2012, kdy podmínky pro použití in-house výjimky naplněny nebyly.

30. Navrhovatel zároveň nesouhlasí se skutečností, že Úřad dovozoval oprávněnost přímého zadání veřejné zakázky společnosti Technické služby Šluknov v září 2013 na základě údajů z roku 2014, tedy z období, kdy již bylo plněno podle smlouvy na veřejnou zakázku.
31. Dle navrhovatele z výpisu z obchodního rejstříku ani z jiných veřejných zdrojů není zřejmé, zda v roce 2012 došlo k nějaké relevantní reorganizaci společnosti Technické služby Šluknov, se kterou by bylo možné spojovat odlišné zjišťování naplnění podmínek pro použití in-house výjimky než ze 3 účetních období předcházejících účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Navrhovatel k Úřadem uváděné reorganizaci dodává, že tato nebyla ani zadavatelem ani společností Technické služby Šluknov jakkoli tvrzena či doložena. Podle Úřadu tato spočívala v souhlasu zadavatele s pořízením nákladního vozu na svoz komunálního odpadu a pořízení nádob a kontejnerů na odpad. Jak je však dle navrhovatele zřejmé zejména z Věstníku veřejných zakázek, společnost Technické služby Šluknov nikdy nerealizovala řádné zadávací řízení na dodávku – koupi svozového vozidla a nádob a kontejnerů na komunální odpad, ačkoli pořizovací hodnota by činila více než 2 mil. Kč. Pokud by tedy skutečně strany měly v úmyslu provést reorganizaci směrem k naplnění in-house výjimky, tak by společnost Technické služby Šluknov musela techniku za účelem plnění služeb pro zadavatele řádně soutěžit podle ZVZ. K tomu však nedošlo. Navrhovatel dále podotýká, že k této tvrzené reorganizaci došlo až poté, kdy už měly být naplněny podmínky pro použití in-house výjimky ze ZVZ. Dle navrhovatele měl tedy Úřad na základě výše uvedeného vzít za podstatné rozhodné období mezi lety 2010 až 2012, jakožto 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy.

#### **Návrh rozkladu**

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

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 26. 7. 2016 k rozkladu**

33. Zadavatel se ztotožnil se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí. K problematice naplnění podmínek dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ zadavatel uvedl, že navrhovatel v rozkladu nepředkládá žádné důkazy svědčící o úmyslném manipulování či falšování protokolů a jiných dokladů předložených zadavatelem. Dále zadavatel konstatuje, že navrhovatelem odkazovaná paušální smlouva o nájmu dopravních prostředků existuje mezi zadavatelem a společností Technické služby Šluknov již od roku 2008, přičemž je pouze každý rok aktualizována. Zadavatel trvá na tom, že in-house výjimku použil oprávněně, neboť společnost Technické služby Šluknov dlouhodobě prováděla činnosti ve prospěch zadavatele v dostatečném objemu. Zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu rozklad navrhovatele zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

### **Vyjádření společnosti Technické služby Šluknov ze dne 24. 7. 2016 k rozkladu**

34. Společnost Technické služby Šluknov se ve vyjádření k rozkladu zejména vyjadřuje k tvrzení navrhovatele týkajícímu se množství návozu za leden 2012. K tomu uvádí, že nikdy netvrdila, že všechny uvedené kontejnery byly odvezeny na nejbližší skládku tak, jak uvádí navrhovatel. Společnost Technické služby Šluknov naopak konstatuje, že na skládku, která spadá do koncernu zmiňovaného navrhovatelem, bylo odvezeno jen množství kontejnerů uvedené navrhovatelem, zbytek kontejnerů byl vyvezen do jiných koncových zařízení. V roce 2010 prošel sběrný dvůr rozsáhlou rekonstrukcí, jejímž účelem bylo započítí třídění odpadu a tím i snížení množství vyváženého odpadu na skládku. Tento odpad se tak vyvážel do jiných koncových zařízení, případně na vlastní deponie.

### **VII. Řízení o rozkladu**

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

#### **Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016**

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

#### **Soudní přezkum rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016**

37. Navrhovatel podal proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016 žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**KS v Brně**“), který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 29 Af 13/2017-101 ze dne 20. 8. 2019 tak, že rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016 zrušil a věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení (dále jen „**rozsudek KS v Brně ze dne 20. 8. 2019**“). KS v Brně dospěl k závěru, že zadavatel neprokázal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, a proto z tohoto důvodu nebyl oprávněn zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku. Úřad podal proti rozsudku KS v Brně ze dne 20. 8. 2019 kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu (dále jen „**NSS**“), který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 6 As 169/2019-42 ze dne 26. 3. 2020 tak, že ji zamítl (dále jen „**rozsudek NSS ze dne 26. 3. 2020**“).

#### **Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020**

38. Dne 19. 6. 2020 bylo vydáno nové rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ, č. j. ÚOHS-18649/2020/323/PBI (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020**“), jehož výrokem I byl zrušen výrok I napadeného rozhodnutí a věc vrácena Úřadu v tomto rozsahu k novému projednání a výrokem II byly potvrzeny výroky II a III napadeného rozhodnutí a rozklad v tomto rozsahu zamítnut.
39. V odůvodnění výroku I rozhodnutí ze dne 19. 6. 2020 dospěl předseda Úřadu v souladu s rozsudkem KS v Brně ze dne 20. 8. 2019 a rozsudkem NSS ze dne 26. 3. 2020 k závěru, že byl nesprávný závěr Úřadu ve výroku I napadeného rozhodnutí (ve věci návrhu I proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení), že zadavatel zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku dle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ oprávněně.



40. V odůvodnění výroku II rozhodnutí ze dne 19. 6. 2020 bylo předně uvedeno, že KS v Brně v rozsudku ze dne 20. 8. 2019 neposuzoval zákonnost výroků II a III napadeného rozhodnutí, ale pouze jeho výroku I. Současně zde bylo konstatováno, že rozhodnutí o výroku II napadeného rozhodnutí nebylo nijak závislé na rozhodnutí o výroku I napadeného rozhodnutí. Vzhledem k těmto skutečnostem nebyl důvod přistoupit ke změně právního posouzení výroků II a III napadeného rozhodnutí provedeného v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016, a proto předseda Úřadu setrval na svém právním názoru a výroky II a III napadeného rozhodnutí opětovně potvrdil. Předseda Úřadu se v odůvodnění výroku II rozhodnutí ze dne 19. 6. 2020 ztotožnil s Úřadem v tom, že byly splněny podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku na základě in-house výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, a proto nebyl dán důvod pro uložení nápravného opatření zadavateli podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ spočívajícího v uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku, a naopak byly splněny podmínky pro zamítnutí návrhu II výrokem II napadeného rozhodnutí podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ. S ohledem na to byl shledán správným rovněž závěr Úřadu obsažený ve výroku III napadeného rozhodnutí, že zadavatel nebyl povinen před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ, a proto se nedopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ. Předseda Úřadu uzavřel, že Úřad výrokem II napadeného rozhodnutí (ve věci návrhu II na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku) i výrokem III napadeného rozhodnutí [ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ] rozhodl správně a v souladu se ZVZ.

#### **Soudní přezkum výroku II rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020**

41. Navrhovatel podal proti výroku II rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020 žalobu ke KS v Brně, který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 29 Af 50/2020-108 ze dne 12. 1. 2022 tak, že výrok II rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020 zrušil a věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení (dále jen „**rozsudek KS v Brně ze dne 12. 1. 2022**“).
42. KS v Brně v rozsudku ze dne 12. 1. 2022 uvedl, že použití tzv. in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ právní úprava podmiňuje splněním několika podmínek, které „*musí být se zohledněním konkrétních skutkových okolností posuzovaného případu jejího použití vykládány restriktivně*“. Použití této výjimky sice vylučuje aplikaci úpravy ZVZ týkající se dílčích druhů zadávacích řízení a veřejných zakázek, nicméně z této skutečnosti nelze dovodit, že by tímto postupem mohly být sistovány či přímo negovány obecné principy, na nichž je úprava zadávacích řízení a veřejných zakázek postavena a které jsou účastníci zadávacích řízení povinni respektovat. Jedním z těchto principů je zásada transparentnosti. Ve vztahu k případnému použití in-house výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ se dle KS v Brně tato zásada musí nutně promítat do povinnosti zadavatele příslušné veřejné zakázky zcela srozumitelným, předvídatelným a především přezkoumatelným způsobem prokázat splnění zákonných podmínek pro použití této výjimky, a to primárně za účelem zajištění efektivní kontroly a přezkumu přípustnosti, resp. zákonnosti takto zadavatelem zvoleného postupu ze strany správních orgánů, příp. soudů. KS v Brně na rozdíl od Úřadu dospěl k názoru, že tyto požadavky v nyní projednávaném případě nebyly ze strany zadavatele splněny. Konkrétně má tento soud za to, že zadavatelem nebylo jednoznačným a přezkoumatelným způsobem prokázáno splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti společnosti Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele.

43. KS v Brně předně nesouhlasí s postupem Úřadu, který závěr, že objem činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele (včetně osob, u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) přesahoval hranici 80 %, formuloval primárně na základě zjištěných údajů pro účetní období roku 2013 a 2014, tedy zohlednil období nacházející se převážně po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dne 3. 9. 2013, zatímco ve vztahu k období 2012 konstatoval, že podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele činil jen 71,3 %. V § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ je nicméně ona podmínka formulována tak, že vybraný uchazeč „*vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele*“, tedy ZVZ splnění této podmínky váže ke dni, kdy má dojít k využití in-house výjimky. Úřad nicméně splnění této dílčí podmínky dovodil na základě skutečností vzniklých až po uplatnění postupu na základě in-house výjimky ze strany zadavatele.
44. Další problematický aspekt v závěrech Úřadu spatřuje KS v Brně ve skutečnosti, že Úřad do souhrnu plnění zahrnul i tzv. nefakturované činnosti, tj. činnosti, které nebyly zadavateli fakturovány a nebyly tedy zadavatelem hrazeny. Na rozdíl od Úřadu nemá tento soud za to, že by byl splněn požadavek, aby tyto nefakturované činnosti byly řádně doloženy. Důraz na jeho splnění v nyní projednávaném případě přitom dle KS v Brně nabývá na významu především z toho důvodu, jaké množství (podíl) v celkovém objemu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele tvoří. KS v Brně uvedl, že zadavatel nedostatečně zdůvodnil způsob jejich ocenění, a tedy i částku, kterou jim lze za jednotlivá účetní období přiřknout. Tento soud proto uzavřel, že Úřad svůj závěr o tom, že „*objem činností vykonávaných vybraným uchazečem ve prospěch zadavatele (včetně osob, u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) přesahoval hranici 80 %*“, zčásti opřel o nedostatečná skutková zjištění.

**Pokračování v řízení o rozkladu proti výroku II napadeného rozhodnutí po zrušení výroku II rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020 Krajským soudem v Brně**

45. Po zrušení výroku II rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020 rozsudkem KS v Brně ze dne 12. 1. 2022, doručení tohoto rozsudku Úřadu dne 14. 2. 2022 a vrácení souvisejícího správního spisu ze strany KS v Brně dne 8. 3. 2022 byli účastníci řízení vyrozuměni přípisem sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ, č. j. ÚOHS-10048/2022/163 ze dne 23. 3. 2022 o pokračování v řízení o rozkladu proti výroku II napadeného rozhodnutí.

**Stanovisko předsedy Úřadu**

46. V návaznosti na závazný právní názor vyslovený v rozsudku KS v Brně ze dne 12. 1. 2022 jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad výroků II a III napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost výroku II napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a dospěl jsem k následujícímu závěru.
47. Výroky II a III napadeného rozhodnutí jsou nezákonné z důvodu nesprávného právního posouzení naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ.

48. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroků II a III napadeného rozhodnutí a vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání.

### **VIII. K důvodům zrušení výroků II a III napadeného rozhodnutí**

#### **Vymezení věci**

49. Navrhovatel podal rozklad proti výrokům I a II napadeného rozhodnutí. Části rozkladu napadající výrok I napadeného rozhodnutí již bylo vyhověno výrokem I rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020. Řízení o rozkladu je proto nadále vedeno pouze za účelem posouzení výroku II napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl ve věci návrhu navrhovatele podle § 114 odst. 2 písm. a) ZVZ na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ. Předmětem tohoto řízení o rozkladu je současně i posouzení zákonnosti výroku III napadeného rozhodnutí, přestože navrhovatel proti tomuto výroku rozklad nepodal (a ani ho podat nemohl).
50. Úřad výrokem III napadeného rozhodnutí rozhodl ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ tak, že řízení v této části zastavil podle § 117a písm. d) ZVZ, neboť nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 ZVZ.
51. Podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 ZVZ uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 ZVZ.
52. Podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ, ačkoli byl podle ZVZ povinen toto oznámení uveřejnit.
53. Z právě uvedených ustanovení ZVZ je patrné, že za předchozí právní úpravy, podle níž je postup zadavatele posuzován, mohl Úřad uložit podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pouze pokud se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ. Vzhledem k tomu bylo nezbytné, aby Úřad za účelem vyřízení návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku z moci úřední rozšířil toto řízení o posouzení toho, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ. Pouze pokud by Úřad shledal, že zadavatel tento delikt spáchal, mohl vyhovět návrhu II a uložit zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ.
54. Vzhledem k takto koncipované předchozí právní úpravě tvoří ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu výroky II a III napadeného rozhodnutí nedílný celek, neboť rozhodnutí ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ má bezprostřední vliv na rozhodnutí o návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku (výrok II napadeného rozhodnutí je závislý na jeho výroku III).
55. Zadavatel odůvodnil uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dne 3. 9. 2013 se společností Technické služby Šluknov bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení tím, že tuto veřejnou zakázku zadal podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ na základě tzv. in-house

výjimky z působnosti zákona. V šetřeném případě je proto stěžejní posouzení toho, zda byly naplněny podmínky dle tohoto ustanovení zákona. Úřad v rámci výroků II a III napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že podmínky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ v posuzovaném případě naplněny byly. Tento závěr je v návaznosti na rozsudek KS v Brně ze dne 12. 1. 2022 z následujících důvodů nesprávný.

**Posouzení naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ**

56. Podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ nebyli zadavatelé povinni zadávat podle ZVZ veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem bylo poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonávala podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které měl veřejný zadavatel výlučná majetková práva; veřejný zadavatel měl výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponoval sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě, nebo pokud taková osoba měla právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, neměla vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonával kontrolu nad hospodařením takové osoby.
57. Z právě uvedeného vyplývá, že za účinnosti ZVZ, který dopadá na posuzovaný případ, bylo možné zadat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení na základě tzv. in-house výjimky za současného splnění těchto 3 podmínek:
- a. dodávky, služby nebo stavební práce byly poskytnuty „*veřejnému zadavateli*“,
  - b. veřejný zadavatel měl v osobě dodavatele „*výlučná majetková práva*“,
  - c. dodavatel vykonával ve prospěch veřejného zadavatele „*podstatnou část své činnosti*“.

Dle rozsudku KS v Brně ze dne 12. 1. 2022 musí být tyto podmínky se zohledněním konkrétních skutkových okolností posuzovaného případu vykládány restriktivně.

58. V posuzovaném případě není sporu o tom, že zadavatel byl ke dni uzavření smlouvy na veřejnou zakázku veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) ZVZ a že byl jediným společníkem společnosti Technické služby Šluknov, a tedy že byly splněny první 2 podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ [viz písm. a) a b) předchozího bodu tohoto rozhodnutí]. Navrhovatel však napadá splnění poslední podmínky [viz písm. c) předchozího bodu tohoto rozhodnutí], když tvrdí, že společnost Technické služby Šluknov nevykonávala ve prospěch zadavatele „*podstatnou*“ část své činnosti.
59. V § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ nebyly upraveny podmínky pro uzavření smlouvy na základě in-house výjimky tak podrobně jako nyní v § 11 a § 13 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“). Vzhledem k tomu bylo nezbytné při výkladu neurčitého právního pojmu „*podstatná část činnosti*“ využít judikaturu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**SDEU**“) a jako výkladové vodítko rovněž právní úpravu obsaženou v novém ZZVZ, která z judikatury SDEU vychází.
60. Na rozdíl od současného ZZVZ nebyla v ZVZ zejména stanovena procentuální hranice výkonu činností ve prospěch veřejného zadavatele, při jejímž překročení bylo možné konstatovat, že příslušný dodavatel pro veřejného zadavatele vykonával „*podstatnou*“ část své celkové činnosti. Podle rozsudku SDEU C-340/04 ve věci Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune

di Busto Arsizio, AGESP SpA, ze dne 11. 5. 2006 mohly mít činnosti pro subjekty odlišné od zadavatele pouze marginální (okrajový) charakter a podle rozsudku SDEU C-295/05 ve věci Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado, ze dne 19. 4. 2007 bylo možné do podílu činnosti, kterou vykonává dodavatel ve prospěch zadavatele, zahrnout i činnosti, které vykonává ve prospěch subjektů, jež jsou zadavatelem zřizovány nebo ovládány, resp. ve kterých zadavatel disponuje výlučnými majetkovými právy. V posuzovaném případě byly takovými subjekty Základní škola Šluknov a Mateřská škola Šluknov.

61. V aktuální právní úpravě je v § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ stanovena jako jedna z podmínek, při jejichž splnění může zadavatel uzavřít smlouvu na základě in-house výjimky mimo režim zákona v rámci tzv. vertikální spolupráce, hranice ve výši 80 % z celkového podílu činností dodavatele ve prospěch zadavatele. Tato procentuální hodnota nahradila v ZZVZ neurčitý právní pojem „podstatná“ část činnosti ve prospěch zadavatele stanovený v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Ostatně již v důvodové zprávě k ZVZ bylo uvedeno, že *„obecně se v evropském pojetí považuje za převážnou činnost dosahující kolem 80 % obratu osoby“*.
62. Úřad proto v bodě 152 ve spojení s bodem 148 napadeného rozhodnutí uvedl, že při posouzení otázky, zda společnost Technické služby Šluknov vykonávala ve prospěch zadavatele podstatnou část činnosti ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, analogicky použil ustanovení § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ, v němž je stanovena hranice ve výši 80 %.
63. V bodě 153 napadeného rozhodnutí Úřad uvedl tabulku vztahující se k rokům 2012-2014, kterou vytvořil na základě dokladů obdržených od zadavatele a společnosti Technické služby Šluknov. Úřad ze zde obsažených údajů vypočítal a uvedl v bodě 159 napadeného rozhodnutí, že v roce 2012 činil podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele (či jemu podřízených organizací) 71,3 %, v roce 2013 80,9 % a v roce 2014 již 87,4 %.
64. V návaznosti na to Úřad v bodě 161 napadeného rozhodnutí konstatoval, že v roce 2013 přesahoval objem činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele (včetně osob, u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) hranici 80 % a že mezi lety 2012 a 2014 je současně patrný nárůst tohoto podílu. Především na základě těchto skutečností dospěl Úřad k závěru, že společnost Technické služby Šluknov vykonávala ve prospěch zadavatele podstatnou část své činnosti, a proto byla splněna i poslední podmínka pro využití in-house výjimky stanovená v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. V návaznosti na rozsudek KS v Brně ze dne 12. 1. 2022 uvádím, že tento závěr Úřadu je z následujících důvodů založen na nesprávném právním posouzení věci.
65. Za prvé, zadavatel uzavřel se společnostmi Technické služby Šluknov smlouvu na veřejnou zakázku dne 3. 9. 2013, a proto mělo být posouzení splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti společností Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele provedeno k tomuto datu. Jak uvedl KS v Brně v rozsudku ze dne 12. 1. 2022, *„[v] citovaném § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách je nicméně ona podmínka formulována, že vybraný uchazeč ‚vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele‘, tedy zákon o veřejných zakázkách splnění této podmínky váže k časovému období (ke dni), kdy má být dojít k využití tzv. in-house výjimky“*. Úřad však toto posouzení nesprávně provedl i se zohledněním roku 2014 a do činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch

zadavatele v roce 2013 nesprávně zahrnul i činnosti, které byly uskutečněny až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku (tj. v září-prosinci 2013). Už z tohoto důvodu nemá údaj ve výši 80,9 %, který Úřad ve vztahu k roku 2013 zjistil, vypovídací hodnotu, neboť ho vypočítal na základě nesprávných vstupních údajů. Co se týká roku 2012, který bylo možné při posouzení věci zohlednit, v tomto roce činil podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele a jemu podřízených organizací pouze 71,3 %, což je výrazně méně než požadovaných 80 %.

66. Za druhé, Úřad do výpočtu podílu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele zahrnul i tzv. nefakturované činnosti, tj. činnosti, které nebyly společnostmi Technické služby Šluknov vůči zadavateli fakturovány a zadavatelem nijak hrazeny. KS v Brně v této souvislosti v rozsudku ze dne 12. 1. 2022 poukázal na to, že zadavatel byl povinen při zadání zakázky na základě in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ dodržet zásadu transparentnosti tím způsobem, že byl povinen srozumitelně, předvídatelně a především přezkoumatelně prokázat splnění všech zákonných podmínek pro použití této výjimky, a to primárně za účelem zajištění efektivní kontroly a přezkumu přípustnosti, resp. zákonnosti zadavatelem zvoleného postupu ze strany správních orgánů, příp. soudů.
67. Zadavatel doložil provedení nefakturovaných činností prostřednictvím řady předávacích protokolů vyhotovených zadavatelem a společnostmi Technické služby Šluknov s tím, že v každém předávacím protokolu byla vyčíslena cena těchto činností. Úřad součet těchto částek za jednotlivé roky 2012, 2013 a 2014 zahrnul do objemu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele. Jak vyplývá z rozsudku KS v Brně ze dne 12. 1. 2022, zadavatel náležitě nezdůvodnil a nedoložil způsob ocenění jednotlivých nefakturovaných činností, a proto je Úřad nemohl bez dalšího zahrnout do výpočtů, kterými zjišťoval míru podílu činností společnosti Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele. Dle KS v Brně důraz na řádné doložení nefakturovaných činností nabývá na významu z toho důvodu, jaké množství (podíl) tvořily v celkovém objemu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele.

### **Shrnutí**

68. Lze tedy shrnout, že Úřad závěr o tom, že objem činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele (včetně osob, u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) přesahoval hranici 80 %, založil na nesprávném právním posouzení věci, neboť do výpočtu podílu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele nesprávně zahrnul (i) činnosti, které byly uskutečněny až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dne 3. 9. 2013, a (ii) nefakturované činnosti, aniž by zadavatel objektivním, věrohodným, jednoznačným a přezkoumatelným způsobem prokázal způsob jejich ocenění, což lze označit za postup, který je v rozporu s restriktivním výkladem podmínek pro použití in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Výroky II a III napadeného rozhodnutí tak jsou založeny na nesprávném právním posouzení splnění podmínek pro využití in-house výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, a proto jsem je tímto rozhodnutím pro jejich nezákonnost zrušil.
69. Úřad v rámci nového projednání věci znovu posoudí, zda byla splněna podmínka pro zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky spočívající v tom, zda před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 3. 9. 2013 vykonávala společnost Technické služby Šluknov pro

zadavatele podstatnou část své činnosti ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Úřad přitom nebude vycházet z údajů za rok 2014 a v případě roku 2013 zahrne do výpočtu pouze činnosti, které společnost Technické služby Šluknov uskutečnila do uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Jednotlivé nefakturované činnosti lze zohlednit, pouze pokud by byl ze strany zadavatele a/nebo společnosti Technické služby Šluknov transparentně zdůvodněn a doložen způsob jejich ocenění.

#### **IX. Závěr**

70. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem, vázán právním názorem KS v Brně, dospěl k závěru, že výroky II a III napadeného rozhodnutí spočívají na nesprávném právním posouzení věci. Vzhledem k tomu jsou splněny zákonné podmínky pro jejich zrušení a vrácení věci Úřadu v tomto rozsahu k novému projednání. Úřad je v rámci nového projednání věci vázán ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu závazným právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí o rozkladu a rovněž v rozsudku KS v Brně ze dne 12. 1. 2022.

### **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:**

1. e-tenders, s.r.o., Heršpická 813/5, 639 00 Brno
2. PPS advokáti s.r.o., Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové
3. Technické služby Šluknov, spol. s r.o., Císařský 378, 407 77 Šluknov

#### **Vypraveno dne:**

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