



UOHSX008HK7Y

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0174/2016/VZ-22767/2016/511/SVá

Brno: 27. května 2016

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 17. 3. 2016 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Správa úložišť radioaktivních odpadů, IČO 66000769, se sídlem Dlážďená 1004/6, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 3. 2016 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem ev. č. ČAK 10739, vykonávajícím advokacii jako společník Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 7, 110 00 Praha 1,
  - navrhovatel – ARCADIS CZ a.s., IČO 41192168, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5,
- ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v souvislosti se zamýšleným zadáním veřejné zakázky „Ověření vhodnosti horninového prostředí pro umístění hlubinného úložiště VJP a RAO ve stanovených průzkumných územích“, ve vztahu k níž bylo Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 1. 2016 pod ev. č. zakázky 630684 ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 021-033940 ve znění oprav uveřejněných dne 13. 2. 2016 pod ev. č. 2016/S 031-050110,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Správa úložišť radioaktivních odpadů, IČO 66000769, se sídlem Dlážďená 1004/6, 110 00 Praha 1 – **nedodržel postup** stanovený v § 146 odst. 2 zákona

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když dne 26. 1. 2016 uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. zakázky 630684 Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2016, ačkoliv pro to nebyla splněna zákonná podmínka, neboť pro uskutečnění záměru uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky „Ověření vhodnosti horninového prostředí pro umístění hlubinného úložiště VJP a RAO ve stanovených průzkumných územích“ s dodavatelem Česká geologická služba, IČO 00025798, se sídlem Klárov 131/3, 118 00 Praha 1 a s dodavatelem DIAMO, státní podnik, IČO 00002739, se sídlem Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem bez zadávacího řízení, který deklaroval ve výše uvedeném Oznámení, nejsou splněny podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) citovaného zákona a zadavatel je tedy ve vztahu k uvedené veřejné zakázce povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** úkon zadavatele spočívající v uveřejnění Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante dne 26. 1. 2015 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. zakázky 630684, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2016, a dne 30. 1. 2016 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2016/S 021-033940, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 2. 2016 pod ev. č. 2016/S 031-050110, jímž zadavatel uveřejnil záměr uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku „Ověření vhodnosti horninového prostředí pro umístění hlubinného úložiště VJP a RAO ve stanovených průzkumných územích“ s dodavatelem Česká geologická služba, IČO 00025798, se sídlem Klárov 131/3, 118 00 Praha 1, a s dodavatelem DIAMO, státní podnik, IČO 00002739, se sídlem Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem.

## III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Česká republika – Správa úložišť radioaktivních odpadů, IČO 66000769, se sídlem Dlážděná 1004/6, 110 00 Praha 1 – **ukládá**

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ÚKONY ZADAVATELE

1. Zadavatel - Česká republika – Správa úložišť radioaktivních odpadů, IČO 66000769, se sídlem Dlážděná 1004/6, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“ nebo „Správa úložišť radioaktivních odpadů“) odeslal dne 25. 1. 2016 k uveřejnění Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante, které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 1. 2016 pod ev. č. zakázky

630684, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2016, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 021-033940, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 2. 2016 pod ev. č. 2016/S 031-050110 (dále jen „Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante“ nebo též „dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu“), za účelem uveřejnění záměru uzavřít smlouvu na zadání veřejné zakázky „Ověření vhodnosti horninového prostředí pro umístění hlubinného úložiště VJP a RAO ve stanovených průzkumných územích“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Podle Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante se má jednat o veřejnou zakázku na služby a jejím cílem je „získání geologických, strukturních, hydrogeologických, geochemických, geomechanických a geofyzikálních dat a jejich interpretace tak, aby byla využitelná pro bezpečnostní posouzení, na základě nichž bude postupně snižován počet lokalit vedoucí k výběru optimální lokality jak z hlediska dlouhodobé bezpečnosti uložení VJP a RAO, tak z hlediska celospolečenské akceptovatelnosti“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem dle Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante vyčíslena částkou 200.000.000,- Kč bez DPH.
4. V Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante zadavatel uvedl, že veřejnou zakázku hodlá zadat s využitím in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) a podle článku 12 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 (dále jen „Směrnice 2014/24/EU“) příspěvkové organizaci Česká geologická služba, IČO 00025798, se sídlem Klárov 131/3, 118 00 Praha 1 (dále jen „Česká geologická služba“) a státnímu podniku DIAMO, státní podnik, IČO 00002739, se sídlem Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem (dále jen „DIAMO, s. p.“).
5. Proti záměru zadavatele uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku s využitím in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona podala dne 25. 2. 2016 námitky obchodní společnost ARCADIS CZ a.s., IČO 41192168, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5 (dále jen „navrhovatel“).
6. V námitkách ze dne 25. 2. 2016 navrhovatel vyjádřil nesouhlas s postupem zadavatele směřujícím k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mimo režim zákona, neboť podle přesvědčení navrhovatele pro tento postup nejsou splněny zákonné podmínky uvedené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona. Navrhovatel se neztotožňuje s tvrzením zadavatele, že zadavatel nad dodavatelem Česká geologická služba a DIAMO, s. p. vykonává kontrolu, tj. že má přímý vliv na jejich hospodaření a rozhodování o dalších strategických otázkách souvisejících s fungováním a činnostmi předmětných dodavatelů. Stejně tak navrhovatel nepovažuje za splněnou druhou podmínku pro užití in-house výjimky, a to splnění předpokladu, že Česká geologická služba a DIAMO, s. p. vykonávají podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele. Zamýšleným postupem by zadavatel (podle navrhovatele) porušil povinnost zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení na základě § 21 odst. 2 zákona a povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 26 zákona, čímž by došlo i k porušení základních zásad postupu zadavatele vyjádřených v § 6 odst. 1 zákona. Uzavřením smlouvy by se pak zadavatel podle navrhovatele dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

7. Navrhovatel v námitkách upozornil rovněž na existenci dosud pravomocně neskončeného správního řízení vedeného před Úřadem pod sp. zn. S5/2015/VZ na návrh účastníka s názvem „7 lokalit“ složeného z navrhovatele a dalších dvou subjektů (Česká geologická služba, IČO 00025798, se sídlem Klárov 131/3, 118 21 Praha 1 a GeoTec-GS, a.s., IČO 25103431, se sídlem Chmelová 2920/6, 106 00 Praha 10), jehož předmětem je přezkoumání zákonnosti postupu téhož zadavatele v souvislosti se zrušením zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Provedení geologického průzkumu 7 lokalit pro zvláštní zásah do zemské kůry pro ukládání radioaktivních odpadů v podzemních prostorech v etapě vyhledávání“ zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 16. 5. 2014 pod ev. č. 369430 (dále jen „původní veřejná zakázka“). Podle navrhovatele je předmět veřejné zakázky, již zadavatel hodlá zadat mimo rámec zákona, obdobný předmětu původní veřejné zakázky a uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky s předmětem obdobným předmětu zrušené původní veřejné zakázky před vydáním pravomocného rozhodnutí Úřadu o opravném prostředku by se zadavatel dopustil též porušení § 84 odst. 6 zákona.
8. Navrhovatel v námitkách uvedl, že předmět veřejné zakázky je totožný se službami tvořícími část předmětu původní veřejné zakázky a předmět obou veřejných zakázek se liší v zásadě pouze v tom, že veřejná zakázka oproti původní veřejné zakázce nezahrnuje provedení projektu geologických prací podle vyhlášky č. 369/2004 Sb. V této souvislosti navrhovatel poukázal rovněž na skutečnost, že ač došlo oproti původní veřejné zakázce u stávající veřejné zakázky k zúžení jejího předmětu a rozsahu poptávaných služeb, uveřejněná předpokládaná hodnota veřejné zakázky (200.000.000,- Kč bez DPH) je vyšší, než nabídková cena uchazeče vybraného v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku před jeho zrušením (184.350.000,- Kč bez DPH).
9. Navrhovatel v námitkách vyjadřuje rovněž domněnku, že zrušení zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku bylo účelové, kdy účelem zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku nemuselo být zadání původní veřejné zakázky v otevřené hospodářské soutěži, nýbrž bezplatné získání technického řešení a způsobu provádění díla, když kvalita a podrobnost technického řešení a způsobu provádění díla byla jedním z dílčích hodnotících kritérií.
10. O námitkách navrhovatele rozhodnul zadavatel dne 7. 3. 2016 tak, že námitkám nevyhověl, neboť podle zadavatele jsou ve vztahu k dodavatelům Česká geologická služba a DIAMO, s. p. splněny obě zákonné podmínky pro využití tzv. in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona. Zároveň se zadavatel ohradil proti obvinění z účelovosti postupu jak ve vztahu ke zrušení původní veřejné zakázky, tak i ve vztahu k záměru in-house zadání předmětné veřejné zakázky.
11. Rozhodnutí o námitkách ze dne 7. 3. 2016 navrhovatel obdržel dne 8. 3. 2016. Jelikož rozhodnutím zadavatele ze dne 7. 3. 2016 nebylo vyvráceno přesvědčení navrhovatele o tom, že pro realizaci záměru zadavatele zadat veřejnou zakázku postupem mimo rámec zákona nejsou splněny zákonné podmínky, podal navrhovatel ve lhůtě podle § 114 odst. 4 zákona k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

## II. OBSAH NÁVRHU

12. V návrhu na zahájení řízení ze dne 17. 3. 2016 navrhovatel vytýká postupu zadavatele stejné nedostatky jako v námitkách ze dne 25. 2. 2016, neboť s argumenty zadavatele uvedenými v rozhodnutí o námitkách se navrhovatel neztotožnil.
13. Navrhovatel popisuje průběh zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku, které bylo zrušeno rozhodnutím zadavatele ze dne 28. 11. 2014. Zákonnost rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení na zadání původní veřejné zakázky je předmětem dosud pravomocně neskončeného správního řízení vedeného před Úřadem pod sp. zn. S5/2015/VZ.
14. Navrhovatel v návrhu opakuje přesvědčení, že za daných okolností (nesplnění podmínek pro užití in-house výjimky stanovených v § 18 odst. 1 odst. e) zákona) by se zadavatel realizací svého záměru uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky s odkazem na výjimku dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona a zároveň by se (v případě, že by smlouva byla uzavřena před vydáním pravomocného rozhodnutí Úřadu o původní veřejné zakázce) dopustil porušení ustanovení § 84 odst. 6 zákona, neboť podle tohoto ustanovení zadavatel nesmí zahájit zadávací řízení, kterému předcházelo zadávací řízení s obdobným předmětem plnění, před zrušením takového předchozího zadávacího řízení. Argumentace navrhovatele směřuje k závěru, že zadávací řízení na plnění původní veřejné zakázky nelze považovat za zrušené, dokud Úřad o zákonnosti jeho zrušení pravomocně nerozhodne.
15. K nesplnění zákonných podmínek pro užití výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona (dále jen „in-house výjimka“) navrhovatel uvádí následující. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že zadavatel nad dodavatelem Česká geologická služba a DIAMO, s. p. vykonává kontrolu, tj. že má přímý vliv na jejich hospodaření a rozhodování o dalších strategických otázkách souvisejících s fungováním a činností předmětných dodavatelů. Současně navrhovatel zpochybňuje naplnění i druhé podmínky pro využití in-house výjimky, a to skutečnosti, že Česká geologická služba a DIAMO, s. p. vykonávají podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele. Ze skutečnosti, že Česká geologická služba jako státní příspěvková organizace a DIAMO, s. p. jakožto státní podnik vykonávají podstatnou část své činnosti ve prospěch České republiky, nelze dle navrhovatele dovodit, že zároveň vykonávají podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele jakožto organizační složky státu.
16. V souvislosti s možným porušením ustanovení § 84 odst. 6 zákona navrhovatel upozorňuje na neřešitelnost situace, k níž by došlo případným uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Pokud by Úřad v dosud probíhajícím řízení o zákonnosti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení na zadání původní veřejné zakázky nakonec zrušil rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, existovaly by tak vedle sebe na jedné straně probíhající zadávací řízení na původní veřejnou zakázku a na straně druhé smlouva na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění.
17. Podle navrhovatele na věci nic nemění ani rozhodnutí, kterým Úřad shledal rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku jako oprávněné. Toto prvoinstanční rozhodnutí Úřadu dosud nenabýlo právní moci pro podaný rozklad navrhovatele a správní řízení tak stále není ukončeno. Presumpce správnosti vydaných správních rozhodnutí (odkazovaná zadavatelem v rozhodnutí o námitkách) nemůže být dle

navrhovatele uplatněna na prvostupňové rozhodnutí Úřadu, které bylo napadeno řádným opravným prostředkem.

18. Navrhovatel v návrhu dále poznamenává, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách nevypořádal s argumentem navrhovatele, že ačkoliv v případě veřejné zakázky došlo oproti původní veřejné zakázce k zúžení předmětu a rozsahu poptávaných služeb, předpokládaná hodnota veřejné zakázky se oproti nabídkové ceně vybraného uchazeče v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku navýšila. V návaznosti na tuto skutečnost navrhovatel dospívá k názoru, že argumentace úsporou veřejných prostředků, uváděná zadavatelem k odůvodnění svého zamýšleného postupu při zadání předmětné veřejné zakázky, není věrohodná.
19. Navrhovatel v návrhu opakuje rovněž své přesvědčení (vyjádřené již v námitkách), že zrušení zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku bylo ze strany zadavatele účelové a že zadavatel ani nemusel mít zájem zadat původní veřejnou zakázku v otevřené hospodářské soutěži, přičemž záměrem zadavatele podle navrhovatele mohlo být bezplatné získání technického řešení a způsobu provádění díla.
20. Navrhovatel polemizuje s argumentem zadavatele, podle kterého se zadavatel dostal v důsledku 15 měsíců trvajících správního řízení (v souvislosti se zrušením zadávacího řízení na zadání původní veřejné zakázky) do extrémní časové tísně. K tomu navrhovatel jednak uvádí, že předchozí zrušení zadávacího řízení zadavatelem může být (v souladu s rozhodovací praxí Úřadu) vykládáno tak, že časovou tíseň zapříčinil právě zadavatel, a dále, že zadavatelovo tvrzení o existenci extrémní časové tísně je popřeno skutečností, že dodavatelé Česká geologická služba a DIAMO, s. p. mají dle sdělení zadavatele subdodavatelská plnění pro účely realizace veřejné zakázky zadávat v zadávacím řízení podle zákona.
21. Závěrem svého návrhu se navrhovatel domáhá, aby Úřad v souladu s § 118 odst. 1 zákona zrušil veškeré úkony zadavatele směřující k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky bez realizace zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Současně se navrhovatel domáhá vydání předběžného opatření, kterým by Úřad zadavateli uložil zákaz uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky postupem mimo režim zákona za využití výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona, a to do doby nabytí právní moci rozhodnutí ve věci.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

22. Dne 17. 3. 2016 obdržel Úřad návrh navrhovatele z téhož dne. Dnem obdržení návrhu bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení.
23. Účastníky správního řízení podle ust. § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
24. Oznámením č. j. ÚOHS-S0174/2016/VZ-12163/2016/511/SVá ze dne 24. 3. 2016 Úřad uvědomil o zahájení správního řízení všechny účastníky řízení.

25. Usnesením č. j. ÚOHS-S0174/2016/VZ-12969/2016/511/SVá ze dne 30. 3. 2016 Úřad určil navrhovateli lhůtu k doložení plné moci či pověření k podání návrhu na zahájení správního řízení.
26. Dne 29. 3. 2016 doručil zadavatel Úřadu písemné vyjádření z téhož dne k návrhu na zahájení řízení a dokumentaci o veřejné zakázce. Obsahem vyjádření zadavatele ze dne 29. 3. 2016 se Úřad bude zabývat níže.
27. Dne 31. 3. 2016 doručil navrhovatel Úřadu dvě plné moci k podání návrhu na zahájení správního řízení a k zastoupení ve správním řízení.
28. Žádostí č. j. ÚOHS-S0174/2016/VZ-13675/2016/511/SVá ze dne 1. 4. 2016 požádal Úřad navrhovatele o sdělení bankovních údajů pro vrácení přeplatku kauce.
29. Usnesením č. j. ÚOHS-S174/2016/VZ-13921/2016/511/SVá ze dne 4. 4. 2016 Úřad určil navrhovateli lhůtu k identifikaci osoby zmocněnce pro správní řízení podle ust. § 33 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“).
30. Dne 4. 4. 2016 doručil navrhovatel Úřadu identifikaci osoby zmocněnce pro správní řízení. Téhož dne navrhovatel doručil Úřadu sdělení bankovních údajů pro vrácení přeplatku kauce.
31. Usnesením č. j. ÚOHS-S0174/2016/VZ-14020/2016/511/SVá ze dne 7. 4. 2016 Úřad rozhodl o žádosti navrhovatele o nařízení předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky tak, že řízení o této žádosti se zastavuje, neboť žádost je zjevně právně nepřípustná.
32. Žádostmi č. j. ÚOHS-S0174/2016/VZ-14853/2016/511/SVá ze dne 7. 4. 2016 a č. j. ÚOHS-S0174/2016/VZ-16108/2016/511/Svá ze dne 15. 4. 2016 Úřad požádal dodavatele Česká geologická služba a DIAMO, s. p. o poskytnutí údajů nezbytných pro posouzení, zda tito dodavatelé vykonávají podstatnou část své činnosti ve prospěch zadavatele.
33. Dne 14. 4. 2016 Úřad poukázal na účet zadavatele přeplatek kauce ve výši 100.000,- Kč.
34. Dne 20. 4. 2016 doručil dodavatel Česká geologická služba Úřadu písemné podání ze dne 15. 4. 2016, jehož přílohou zaslal Úřadu požadované údaje o zakázkách realizovaných v letech 2013, 2014 a 2015 a v období od 1. 1. 2016 do 31. 3. 2016.
35. Dne 22. 4. 2016 doručil dodavatel DIAMO, s. p. písemné podání z téhož dne, jehož obsahem sdělil Úřadu požadované údaje o celkovém ročním obrátu za roky 2013, 2014 a 2015 s vyčíslením výše obrátu odpovídajícího činnosti realizované ve prospěch zadavatele.
36. Dne 5. 5. 2016 doručil dodavatel Česká geologická služba Úřadu písemné podání ze dne 28. 4. 2016, ve kterém Úřadu sdělil požadované údaje o celkovém ročním obrátu za roky 2013, 2014 a 2015.
37. Usnesením č. j. ÚOHS-S0174/2016/VZ-19555/2016/511/SVá ze dne 6. 5. 2016 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Současně Úřad stanovil zadavateli lhůtu pro podání informace o úkonech případně realizovaných v souvislosti se zamýšleným zadáním veřejné zakázky v průběhu správního řízení.
38. Dne 11. 5. 2016 navrhovatel nahlédl do správního spisu vedeného v této věci pod sp. zn. S0174/2016/VZ.

39. Dne 13. 5. 2015 doručil navrhovatel Úřadu písemné vyjádření z téhož dne, v němž se vyjádřil k podkladům rozhodnutí. Obsahem vyjádření navrhovatele ze dne 13. 5. 2016 se Úřad bude zabývat níže.

40. Zadavatel se ve lhůtě stanovené Úřadem ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 29. 3. 2016**

41. Ve svém vyjádření ze dne 29. 3. 2016 zadavatel opakuje argument uvedený v rozhodnutí o námitkách ze dne 7. 3. 2016, že obě zákonné podmínky pro užití § 18 odst. 1 písm. e) zákona jsou splněny, neboť

- zadavatel je jakožto organizační složka státu součástí státu, tedy České republiky;
- jak DIAMO, s. p., tak ČGS, p. o. jsou ovládány státem (Českou republikou) a stát v nich má výlučná majetková práva ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) zákona;
- jak DIAMO, s. p., tak ČGS, p. o. vykonávají převážnou část svých činností pro stát a jeho organizační složky, popř. pro subjekty výlučně ovládané státem.

42. Zadavatel uvádí, že při zadání veřejné zakázky plánovaným způsobem bude plně respektován zákon, neboť in-house výjimka podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona je zavedena pro případy, které jsou obdobou delegace plnění úkolů na interní organizační složku zadavatele, což je právě případ předmětné veřejné zakázky. Zadavatel trvá na názoru, že stát jako zadavatele nelze nutit k zadání zakázky na volném trhu v případě, kdy je schopen danou zakázku zajistit interními prostředky. Zadavatel hodlá využít k plnění svěřených úkolů subjekty, které plně ovládá stát, jehož je zadavatel organizační složkou. Tyto subjekty vykonávají převážnou část svých činností (podle zadavatele v obou případech více než 80 %) pro stát a tedy jejich činnost jako činnost „in-house subjektu“ nebude mít významnější dopad na trh.

43. Zadavatel zásadně odmítá obvinění z účelovosti jeho postupu a ze snahy zmařit účel správního řízení vedeného u Úřadu pod sp. zn. S5/2015/VZ. Zadavatel se dostal do extrémní časové tísně v důsledku skutečnosti, že toto správní řízení trvá již cca 15 měsíců a stále nebylo vydáno pravomocné rozhodnutí. Připravované in-house zadání veřejné zakázky je jedním z kroků, jež byl zadavatel nucen zvážit za účelem odvrácení zmaření celého projektu, jehož je veřejná zakázka součástí.

44. Zadavatel konstatuje, že s dodavatelem Česká geologická služba a DIAMO, s. p. dosud žádné konkrétní jednání o veřejné zakázce nevedl a že s ohledem na (blíže nespecifikované) rozhodnutí Ministerstva průmyslu a obchodu ČR jakožto zřizovatele zadavatele k in-house zadání veřejné zakázky nakonec s největší pravděpodobností přistoupeno nebude.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 5. 2016**

45. Ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 5. 2016 se navrhovatel se vyjádřil k vyjádření zadavatele ze dne 29. 3. 2016, ke sdělení dodavatele Česká geologická služba ze dne 15. 4. 2016 a ke sdělení dodavatele DIAMO, s. p. ze dne 22. 4. 2016.

46. K obsahu vyjádření zadavatele ze dne 29. 3. 2016 se navrhovatel vyjádřil tak, že zadavatel přesvědčivě neobhájil naplnění zákonných předpokladů pro použití in-house výjimky ani se nevypořádal s argumenty navrhovatele uvedenými v článku IV. návrhu. Dále navrhovatel poukazuje na rozpor mezi jednotlivými tvrzeními zadavatele, kdy na jedné straně zadavatel



uvádí, že je schopen danou zakázku zajistit interními prostředky, a na druhé straně uvádí, že dodavatelé Česká geologická služba a DIAMO, s. p. budou subdodavatelská plnění pro účely realizace veřejné zakázky pořizovat v režimu zákona. Navrhovatel dále zpochybňuje tvrzení zadavatele, že do extrémní časové tísně by se měl zadavatel dostat v důsledku skutečnosti, že dosud nebylo vydáno pravomocné rozhodnutí ve správním řízení vedeném u Úřadu pod sp. zn. S 5/2015/VZ. Konečně navrhovatel podotýká, že pokud by zadavatel nezrušil zadávací řízení na původní veřejnou zakázku, mohla být veřejná zakázka v současné době již realizována.

47. K obsahu sdělení dodavatele Česká geologická služba ze dne 15. 4. 2016 navrhovatel vyjádřil pochybnost o realizaci zakázky, jež měla být ze strany tohoto dodavatele realizovaná ve prospěch Správy úložišť radioaktivních odpadů v roce 2016. Navrhovatel odkazuje na profil zadavatele, podle kterého ve věci veřejné zakázky shodného názvu měl zadavatel vydat rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky teprve 27. 4. 2016; minimálně do 12. 5. 2016 tak podle navrhovatele nemohla být na tuto zakázku ještě ani uzavřena smlouva.
48. K obsahu sdělení dodavatele DIAMO, s. p. ze dne 22. 4. 2016 navrhovatel uvedl, že část předmětu podnikání dodavatele DIAMO, s. p. týkající se provádění průzkumů lokalit pro zvláštní zásah do zemské kůry pro ukládání radioaktivních odpadů v podzemních prostorech byla zapsána do zakládací listiny tohoto dodavatele až 29. 1. 2016, tedy až po uveřejnění řádného formuláře Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante. Dílčí část předmětné veřejné zakázky se přitom zadavatel pokusil zadat dodavateli DIAMO, s. p. již dříve v rámci jednacímho řízení bez uveřejnění. Navrhovatel vyslovuje domněnku účelovosti jednotlivých kroků zadavatele.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

49. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona šetřený případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu návrhu a jeho příloh, vyjádření zadavatele a skutečností zjištěných v průběhu správního řízení dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 146 odst. 2 zákona, když dne 26. 1. 2016 uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante, ačkoliv pro to nebyla splněna zákonná podmínka, neboť pro uskutečnění v něm uvedeného záměru zadavatele uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky s dodavatelem Česká geologická služba a s dodavatelem DIAMO, s. p. bez zadávacího řízení nejsou splněny podmínky uvedené v § 18 odst. 1 písm. e) citovaného zákona a zadavatel je tudíž povinen ve vztahu k veřejné zakázce uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

##### **Postavení zadavatele**

50. Úřad se nejprve zabýval posouzením právního postavení České republiky - Správy úložišť radioaktivních odpadů coby zadavatele ve smyslu § 2 zákona.
51. Podle § 2 odst. 2 písm. a) zákona veřejným zadavatelem je Česká republika.
52. Z povinně zveřejňovaných informací dostupných na webových stránkách Správy úložišť radioaktivních odpadů vyplývá, že Správa úložišť radioaktivních odpadů byla zřízena k 1. 6. 1997 Ministerstvem průmyslu a obchodu ČR jako státní organizace na základě § 26

zákona č. 18/2997 Sb., o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „atomový zákon“). Od roku 2001 je Správa úložišť radioaktivních odpadů na základě § 51 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZMČR“) organizační složkou státu ve smyslu § 3 odst. 1 zákona.

53. Podle § 3 odst. 2 ZMČR organizační složka státu není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
54. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že Česká republika - Správa úložišť radioaktivních odpadů je veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona.

#### **Postavení dodavatele Česká geologická služba**

55. Z opatření č. 4/12 Ministerstva životního prostředí o vydání úplného znění zřizovací listiny České geologické služby ze dne 10. 2. 2012 přístupného na webových stránkách České geologické služby vyplývá, že Česká geologická služba je státní příspěvková organizace, ve vztahu k níž vykonává funkci zřizovatele v souladu s ust. § 54 ZMČR Ministerstvo životního prostředí ČR.
56. Česká geologická služba byla zřízena Ministerstvem životního prostředí na základě zákonného zmocnění obsaženého v § 17 odst. 2 zákona č. 62/1988 Sb., o geologických pracích a o Českém geologickém úřadu, ve znění pozdějších předpisů a účelem jejího zřízení byl výkon státní geologické služby na území České republiky.

#### **Postavení dodavatele DIAMO, státní podnik**

57. Z úplného znění zakládací listiny státního podniku DIAMO přístupného na webových stránkách DIAMO, s. p. vyplývá, že zakládací listina státního podniku DIAMO byla vydána s účinností od 1. 7. 1988 a upravena s účinností od 10. 12. 1997, přičemž zakladatelskou funkci vůči státnímu podniku DIAMO vykonává Česká republika – Ministerstvo průmyslu a obchodu.
58. Ze zakládací listiny dále vyplývá, že základním cílem a předmětem podnikání státního podniku DIAMO, s. p. je likvidace a sanace provozů a zařízení spojených s těžbou a úpravou nerostů a jinou průmyslovou činností, včetně zmírnění ekologických škod způsobených touto činností, současně se správou a údržbou břemen s tím spojených na území České republiky, současně také státem garantované a ekologicky ohleduplné provádění průzkumů lokalit pro zvláštní zásah do zemské kůry pro ukládání radioaktivních odpadů v podzemních prostorech, dále pak těžba a úprava nerostů.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

59. Podle § 17 písm. m) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadáváním závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy.

60. Podle ust. § 18 odst. 1 písm. e) 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.
61. Podle ust. § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení
- a) otevřené řízení,
  - b) užší řízení,
  - c) jednací řízení s uveřejněním,
  - d) jednací řízení bez uveřejnění,
  - e) soutěžní dialog,
  - f) zjednodušené podlimitní řízení.
62. Podle ust. § 26 odst. 1 zákona zadávací řízení zahajuje zadavatel odesláním
- a) oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo
  - b) výzvy o zahájení zadávacího řízení.
63. Podle ust. § 26 odst. 2 zákona za oznámení o zahájení zadávacího řízení se pro účely tohoto zákona považuje
- a) oznámení otevřeného řízení, užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním nebo soutěžního dialogu veřejným zadavatelem,
  - b) oznámení otevřeného řízení, užšího řízení nebo jednacího řízení s uveřejněním sektorovým zadavatelem,
  - c) pravidelné předběžné oznámení sektorového zadavatele, pokud je použito jako způsob zahájení užšího řízení či jednacího řízení s uveřejněním,
  - d) zjednodušené oznámení v případě zadávání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému.
64. Podle ust. § 26 odst. 3 zákona za výzvu o zahájení zadávacího řízení se pro účely tohoto zákona považuje
- a) písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění,
  - b) písemná výzva k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení,
  - c) písemná výzva k podání nabídek v řízení na základě rámcové smlouvy.
65. Podle § 146 odst. 2 zákona zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, může uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu.

**Relevantní ustanovení dalších dotčených právních předpisů**

**Zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZMČR“)**

66. Podle § 3 odst. 1 ZMČR organizačními složkami státu (dále jen „organizační složka“) jsou ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon; obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.
67. Podle § 3 odst. 2 ZMČR organizační složka není právnickou osobou. Tím není dotčena její působnost nebo výkon předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů a její jednání v těchto případech je jednáním státu.
68. Podle § 3 odst. 3 ZMČR organizační složka je účetní jednotkou, pokud tak stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon.
69. Podle § 6 ZMČR pokud stát vystupuje jako účastník právních vztahů, je právnickou osobou.
70. Podle § 9 odst. 1 ZMČR hospodaření s určitým majetkem přísluší té organizační složce, která je účetní jednotkou a potřebuje jej k plnění funkcí státu nebo jiných úkolů v rámci své působnosti nebo stanoveného předmětu činnosti, popřípadě přísluší zřizovateli organizační složky, nerozhodl-li v souvislosti s jejím zánikem o jiném způsobu naložení s majetkem; tím není dotčen postup podle ustanovení § 19a, § 19b odst. 1 a 3 a § 55b. Není-li dále stanoveno jinak, příslušná organizační složka s majetkem rovněž nakládá, a to způsobem a za podmínek podle tohoto zákona.
71. Podle § 54 odst. 1 ZMČR státní příspěvkové organizace jsou právnickými osobami a hospodaří s majetkem. Přitom se řídí zvláštními právními předpisy a těmi ustanoveními tohoto zákona, která se vztahují na organizační složky příslušné hospodařit s majetkem podle § 9, nejde-li o úkony vyhrazené pouze ministerstvům.
72. Podle § 54 odst. 2 ZMČR státní příspěvkové organizace nemají vlastní majetek; za podmínek stanovených tímto zákonem nabývají majetek pro stát a jejich příslušnost hospodařit s majetkem se řídí ustanovením § 9.

**Zákon č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o státním podniku“)**

73. Podle § 2 odst. 1 zákona o státním podniku státní podnik (dále jen „podnik“) je právnickou osobou provozující podnikatelskou činnost s majetkem státu vlastním jménem a na vlastní odpovědnost.
74. Podle § 2 odst. 2 zákona o státním podniku podnik má právo hospodařit s majetkem státu a nemá vlastní majetek.
75. Podle § 3 odst. 1 zakladatelem podniku je stát. Jeho jménem vykonává funkci zakladatele ministerstvo, do jehož působnosti spadá předmět podnikání podniku, pokud zákon nestanoví jinak.

**Zákon č. 62/1988 Sb., o geologických pracích a o Českém geologickém úřadu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „geologický zákon“)**

76. Podle § 17 odst. 1 geologického zákona výkonem státní geologické služby se shromažďují a poskytují údaje o geologickém složení území, ochraně a využití přírodních nerostných zdrojů a zdrojů podzemních vod a o geologických rizicích.
77. Podle § 17 odst. 2 geologického zákona pro výkon státní geologické služby zřídí ministerstvo Českou geologickou službu.

**Relevantní judikatura Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“ nebo „Soudní dvůr“)**

78. Z rozsudku SDEU č. C-107/98 ze dne 18. 11. 1999 ve věci Teckal Srl. v. Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (dále jen „Teckal“) vyplývá, že zadat veřejnou zakázku přímo, tj. bez zadávacího řízení, osobě odlišné od zadavatele lze, pokud veřejný orgán, který je zadavatelem, vykonává nad osobou, již je veřejná zakázka zadávána, kontrolu obdobnou té, kterou zadavatel vykonává nad vlastními organizačními složkami, za podmínky, že tato osoba vykonává podstatnou část své činnosti s ovládajícím veřejným zadavatelem či zadavateli (viz bod 50. rozsudku).
79. Uvedený závěr SDEU aplikoval i v dalších rozsudcích, například v rozsudku č. C-26/03 ze dne 11. 1. 2005 ve věci Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREU Leuna (viz bod 49. rozsudku), v rozsudku č. C-29/04 ze dne 10. 11. 2005 ve věci Komise Evropských společenství v. Rakouská republika (viz bod 34. rozsudku) nebo v rozsudku č. 340/04 ze dne 11. 5. 2006 ve věci Carbotermo SpA a Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA (viz bod 33. rozsudku) a dalších.
80. V rozsudku č. C-458/03 ze dne 13. 10. 2005 ve věci Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG (dále jen „Parking Brixen“) Soudní dvůr uvedl, že podmínky udělení koncese, obdobné těm, které SDEU stanovil v bodě 50. rozsudku Teckal, musí být vykládány restriktivně (viz bod 62. a 63. rozsudku). SDEU dále konstatoval, že kontrola vykonávaná nad držitelem koncese veřejným orgánem udělujícím koncesi sice musí být obdobná kontrole, kterou tento orgán vykonává nad vlastními organizačními složkami, není ale nutné, aby s touto kontrolou byla ve všech bodech totožná. Kontrola ovšem musí zahrnovat možnost rozhodujícího vlivu jak nad strategickými cíli, tak nad důležitými rozhodnutími držitele koncese (viz bod 65. rozsudku).
81. Podle rozsudku SDEU č. 340/04 ze dne 11. 5. 2006 ve věci Carbotermo SpA a Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA (dále jen „Carbotermo“) mají podmínky pro přímé zadání veřejné zakázky osobě odlišné od zadavatele stanovené rozsudkem Teckal za cíl zejména vyhnout se narušení hospodářské soutěže (viz bod 59. rozsudku). Z citovaného rozsudku v této souvislosti plyne, že požadavek, aby osoba, které je veřejná zakázka zadána, uskutečňovala „podstatnou“ část své činnosti se zadavatelem nebo ve prospěch zadavatele, který v ní má podíl, má za cíl zajistit použití postupů při zadávání veřejných zakázek stanovených unijním právem v případě, kdy osoba (podnik) kontrolovaná jedním nebo více zadavateli je činná na trhu, a tedy může soutěžit s jinými. Tato osoba totiž není nezbytně zbavena svobody jednat z pouhé skutečnosti, že jí týkající se rozhodnutí jsou kontrolována zadavatelem, který ji vlastní, pokud ještě může vykonávat významnou část své hospodářské

činnosti s jinými osobami (viz bod 60. a 61. rozsudku). SDEU se v citovaném rozsudku vyslovil v tom smyslu, že pro splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti osoby, které je zakázka zadávána, se zadavatelem zakázky má mít jakákoliv jiná činnost této osoby pouze okrajový charakter (viz bod 63. rozsudku). SDEU v citovaném rozsudku rovněž uvedl, že okolnost, že zadavatel vlastní, sám nebo s jinými veřejnými orgány, veškerý kapitál osoby, které byla zakázka zadána, naznačuje, nikoliv však rozhodujícím způsobem, že zadavatel vykonává nad touto osobou kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami (viz bod 37. rozsudku).

82. Podle rozsudku SDEU č. C-371/05 ze dne 17. 7. 2008 ve věci Komise Evropských společenství v. Italská republika (dále jen „Komise v. Itálie“) musí být veřejný zadavatel s to nad osobou, které zadává zakázku přímo, vykonávat strukturální a funkční kontrolu (viz bod 26. rozsudku).
83. Podle rozsudku SDEU č. C-324/07 ze dne 13. 11. 2008 ve věci Coditel Brabant SA v. Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale (dále jen „Coditel Brabant“) je nutné, aby kontrola vykonávaná nad držitelem koncese byla účinná (viz bod 46. rozsudku). SDEU došel v posuzovaném případě k závěru, že kontrola vykonávaná výlučně veřejnými orgány nad rozhodnutími osoby týkajícími se jejich činností, která jsou přijímána statutárními orgány této osoby složenými ze zástupců veřejných orgánů, umožňuje těmto veřejným orgánům vykonávat nad osobou kontrolu, která je obdobná kontrole, jež vykonávají nad svými vlastními organizačními složkami (viz bod 42. rozsudku).
84. V rozsudku ze dne 29. 11. 2012 ve spojených věcech č. C-182/11 Econord Spa v. Comune di Cagno, Comune di Varese a č. C-183/11 Econord Spa v. Comune di Sobiate, Comune di Varese (dále jen „Econord“) Soudní dvůr uvedl, že pro splnění podmínky výkonu kontroly nad subjektem odlišným od zadavatele, jež by byla obdobná kontrole vykonávaná zadavatelem nad jeho vlastními organizačními složkami, je rozhodující jak podíl na základním kapitálu, tak postavení zadavatele v řídicích orgánech uvedeného subjektu (viz bod 33. rozsudku). SDEU dále dodal, že se nesmí jednat toliko o formální účast zadavatele v této osobě nebo v orgánu zajišťujícím její řízení, nýbrž musí docházet reálně k ovlivňování rozhodnutí této osoby (viz bod 31. rozsudku).

#### **Skutečnosti vyplývající z podkladů správního řízení**

85. K záměru zadavatele zadat veřejnou zakázku se vztahují následující listiny:
- oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante uveřejněné ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 1. 2016 ve znění opravy uveřejněné dne 10. 2. 2016 (dále jen „oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“),
  - námitky navrhovatele ze dne 25. 2. 2016,
  - rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 7. 3. 2016.
86. Z části II.1.4 Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante vyplývá, že předmětem veřejné zakázky mají být geologicko–průzkumné práce spočívající v získání geologických, strukturních, hydrogeologických, geochemických, geomechanických a geofyzikálních dat a jejich interpretace tak, aby byla využitelná pro výběr lokality vhodné pro uložení „VJP a RAO“. V části II.1.4 Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante se uvádí okruhy činností, jež má veřejná zakázka zahrnovat, přičemž podrobný rozsah prací mají obsahovat projekty

geologických prací uveřejněné na webových stránkách zadavatele. Součástí veřejné zakázky má být rovněž poskytnutí odborné podpory při geologickém hodnocení lokalit a jejich širšího okolí v režimu souborného regionálního geologického mapování a výzkumu.

87. Z přílohy D 1 Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante vyplývá, že zadavatel plánuje pro splnění termínů uložených vládou zadat veřejnou zakázku s využitím in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona a podle článku 12 Směrnice EU ústřední vládní instituci, příspěvkové organizaci Česká geologická služba a státnímu podniku DIAMO, s. p. založenému podle § 3 odst. 2 zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku k uspokojování významných celospolečenských strategických nebo veřejně prospěšných zájmů. V příloze D 1 Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante se dále uvádí, že zadání veřejné zakázky za použití in-house výjimky je dle platné právní úpravy přípustné, neboť

„(i) zadavatel (stát) vykonává nad ČGS a DIAMO kontrolu a má v něm výlučná majetková práva;

(ii) ČGS a DIAMO vykonávají pro zadavatele (stát) podstatnou část své činnosti;

(iii) ČGS a DIAMO v případě, že část zakázky nebudou schopni plnit vlastními silami, bude své dodavatele zajišťovat podle ZVZ a

(iv) státní podnik DIAMO byl zřízen MPO mj. s cílem provádět průzkumy lokalit pro ukládání radioaktivních odpadů v podzemních prostorech“.

88. Obsahem námitek navrhovatele ze dne 25. 2. 2016 se Úřad podrobně zabýval v bodech 6., 7., 8. a 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

89. Obsahem rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 7. 3. 2016 se Úřad zabýval v bodě 10. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

90. Z podkladů doručených Úřadu ze strany dodavatele Česká geologická služba vyplývají následující skutečnosti. Dodavatel Česká geologická služba dosáhl za období let 2013 – 2015 celkového obrátu 1.282.901.398,48 Kč. Ve prospěch zadavatele (Správa úložišť radioaktivních odpadů) v tomto období nerealizoval žádnou zakázku.

91. Z podkladů doručených Úřadu ze strany dodavatele DIAMO, s. p. vyplývá, že dodavatel DIAMO, s. p. dosáhl za období let 2013 – 2015 celkového obrátu 12.208.580.382,- Kč, z toho ve prospěch zadavatele (Správa úložišť radioaktivních odpadů) realizoval v tomto období zakázky v celkové hodnotě 57.801.861,- Kč.

#### **K použití výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) obecně**

92. Úřad nejprve obecně uvádí, že při výběru dodavatele na poskytnutí služeb, dodávek nebo stavebních prací je veřejný zadavatel vázán pravidly a předepsanými postupy zákona, nejedná-li se o některou z výjimek, kdy lze působnost zákona vyloučit, a zadavatel tak není povinen tato pravidla a postupy ze zákona aplikovat.

93. Jednou z takových výjimek je možnost využití tzv. in-house zadávání upraveného v ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) zákona, tedy zadání veřejné zakázky osobě, která je vůči zadavateli ve vztahu interního (in-house) dodavatele. Podle uvedeného ustanovení není veřejný zadavatel povinen postupovat podle zákona, jestliže předmětem veřejné zakázky 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.

94. Platná právní úprava tak stanoví pro uplatnění in-house výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) zákona následující podmínky, které musí být splněny kumulativně:
- plnění na základě veřejné zakázky je poskytnuté veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch zadávajícího veřejného zadavatele (splňuje tzv. „kritérium výkonu činnosti“),
  - veřejný zadavatel má v osobě poskytující plnění (tj. v osobě dodavatele) výlučná majetková práva (splňuje tzv. „kritérium kontroly“).

#### **Ke způsobilosti organizační složky státu být samostatným zadavatelem**

95. Před posuzováním splnění podmínek stanovených pro uplatnění in-house výjimky v § 18 odst. 1 písm. e) zákona je nezbytné v první řadě objasnit právní postavení subjektu stojícího v postavení zadavatele, ve vztahu k němuž bude splnění těchto podmínek posuzováno. Tato otázka má pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele v souvislosti s šetřenou veřejnou zakázkou zásadní význam, neboť na jejím zodpovězení závisí, zda splnění podmínek stanovených v § 18 odst. 1 písm. e) zákona je třeba posuzovat ve vztahu k České republice (jak uvádí zadavatel) nebo ve vztahu ke Správě úložišť radioaktivních odpadů. Způsob, jakým zákonodárce vymezil zákonnou definici veřejného zadavatele v ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona (tj. „*veřejným zadavatelem je Česká republika*“) totiž může navádět k úvaze, že splnění podmínek podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona je třeba posuzovat vždy ve vztahu k České republice, a to bez ohledu na skutečnost, která organizační složka státu v daném konkrétním případě jménem České republiky jedná. Takový výklad však nelze přijmout, a to z následujících důvodů.
96. Jak vyplývá z rozsudků popsanych výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie se při výkladu základních pojmů zadávacího práva obecně drží zásady materiálního (funkčního) pojetí vztahů vznikajících v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, což se do institutu in-house výjimky promítá tím, že při posuzování splnění podmínek pro její využití není rozhodující právní forma dotčených subjektů, nýbrž skutečný obsah jejich vztahů, tedy to, jakým způsobem dané subjekty vůči sobě reálně vystupují.
97. V případě České republiky upravuje vystupování státu v právních vztazích a postavení organizačních složek státu, jakož i podmínky hospodaření s majetkem státu, ZMČR. Podle ust. § 6 ZMČR pokud stát vystupuje jako účastník právních vztahů, je právnickou osobou. V právních vztazích však stát nikdy nejedná sám o sobě, ale jedná vždy výlučně prostřednictvím organizačních složek, jichž se toto právní jednání týká. Jednotlivé organizační složky státu tak sice nejsou právnickými osobami a nemají právní osobnost, avšak disponují určitou funkční samostatností v rámci plnění funkcí státu nebo jiných úkolů v rámci své působnosti nebo stanoveného předmětu činnosti. Relativně samostatné fungování jednotlivých organizačních složek lze dovodit i z § 9 odst. 1 ZMČR, podle něhož organizační složky státu, které jsou účetními jednotkami, jsou příslušné hospodařit s majetkem státu, který potřebují k plnění svých úkolů, a podle téhož ustanovení jsou způsobilé s tímto majetkem rovněž nakládat; každá organizační složka státu přitom



hospodaří pouze s takovou částí majetku státu, k níž jí právo hospodaření „přísluší“ (§ 9 odst. 1 ZMČR) a současně není oprávněna hospodařit s majetkem, k němuž je příslušná hospodařit jiná organizační složka. V oblasti zadávání veřejných zakázek se pak tato funkční samostatnost organizačních složek státu projevuje tak, že veřejné zakázky týkající se oblasti jejich působnosti zadávají právě tyto jednotlivé organizační složky, byť jménem státu.

98. Všechny shora uvedené argumenty přispívají k premise o funkční (nikoliv právní) samostatnosti organizačních složek státu a tudíž k možnosti vyvodit závěr, že k organizační složce státu je nutno pro účely zadávání veřejných zakázek postupem podle zákona přistupovat jako k samostatnému zadavateli. Od tohoto závěru se pak odvozuje nutnost posuzovat splnění podmínek uvedených v § 18 odst. 1 písm. e) zákona (pro užití in-house výjimky) nikoliv ve vztahu k České republice jako celku, avšak vždy pouze ve vztahu k té organizační složce státu, jejímž prostřednictvím v daném případě stát veřejnou zakázku zadává.
99. Vztáhnuv tento obecný závěr na daný konkrétní případ Úřad dospěl k dílčímu závěru, že při zkoumání splnění podmínek pro užití in-house výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona je třeba posuzovat splnění kritéria výkonu činnosti, jakož i splnění kritéria kontroly, nikoliv ve vztahu k České republice jako celku, nýbrž v souladu s funkčním pojetím zadavatele poněkud úžeji, a to ve vztahu k organizační složce státu Správa úložišť radioaktivních odpadů, byť je tato formálně právně označovaná jako „ČR – Správa úložišť radioaktivních odpadů“.

**Ke splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti dodavatele ve prospěch zadavatele**

100. K posouzení splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti dodavatele ve prospěch zadavatele Úřad přistoupil v souladu s výše uvedeným dílčím závěrem a tedy tak, že posuzoval, zda každý z dodavatelů (Česká geologická služba a DIAMO, s. p.) splňuje tuto podmínku ve vztahu k organizační složce státu Správa úložišť radioaktivních odpadů coby samostatnému zadavateli. Při posuzování výkonu podstatné části činnosti Úřad vzal u každého z dodavatelů v úvahu průměrný celkový obrat za tři předcházející kalendářní roky a obrat z činnosti vykonané v tomto období ve prospěch zadavatele.
101. Z šetření Úřadu popsaného v bodě 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplynulo, že dodavatel Česká geologická služba v období od 1. 1. 2013 do 31. 12. 2015 nerealizoval ve prospěch zadavatele žádnou zakázku, tj. podíl zadavatele na celkovém obratu dodavatele za sledované období je 0 %.
102. Z šetření Úřadu popsaného v bodě 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplynulo, že dodavatel DIAMO, s. p. realizoval v období od 1. 1. 2013 do 31. 12. 2015 ve prospěch zadavatele zakázky, které představují 0,47 % celkového obratu dodavatele za uvedené období.
103. Úřad konstatuje, že jelikož dodavatel Česká geologická služba nerealizoval za předchozí tři kalendářní roky ve prospěch zadavatele žádnou činnost, je zcela zjevné, že podmínka výkonu podstatné části činnosti pro zadavatele v případě tohoto dodavatele z povahy věci splněna být nemůže. Pokud jde o dodavatele DIAMO, s. p., Úřad uvádí, že ačkoliv ani ze zákona ani z relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie nevyplývá žádná konkrétní procentuální hranice, která by vymezovala „podstatnou“ část činnosti ve smyslu ust. § 18 odst. 1 písm. e) zákona, je nepochybné, že rozsah činnosti nedosahující 0,5 % celkového

obratu dodavatele za poslední 3 kalendářní roky podstatnou částí činnosti není. Podmínka výkonu podstatné části činnosti dodavatele ve prospěch zadavatele není tedy splněna ani u dodavatele Česká geologická služba, ani u dodavatele DIAMO, s. p.

**Ke splnění podmínky existence a výkonu výlučných majetkových práv zadavatele v osobě dodavatele**

104. Jak již bylo konstatováno výše, pro možnost užití tzv. in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona musí být splněny obě uvedené podmínky, tj. kritérium výkonu činnosti a kritérium kontroly, současně. Za situace, kdy podmínka výkonu podstatné části činnosti dodavatele pro zadavatele není splněna ani u jednoho z dodavatelů, není již pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele rozhodné, zda u dodavatelů byla splněna podmínka existence a výkonu výlučných majetkových práv zadavatele v osobě dodavatele, neboť i pokud by tato podmínka naplněna byla, požadavek kumulativního splnění kritéria výkonu činnosti a kritéria kontroly splněn není. S ohledem na zásadu hospodárnosti správního řízení tedy Úřad již tuto otázku v rámci správního řízení nezkoumal.

**Právní závěry**

105. V bodech 100. – 103. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad dovodil, že dodavatel Česká geologická služba ani dodavatel DIAMO, s. p. nesplňují podmínku výkonu podstatné části činnosti dodavatele ve prospěch zadavatele. Tato skutečnost sama o sobě postačuje k závěru, že podmínky pro užití in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona u předmětné veřejné zakázky ve vztahu k uvedeným dodavatelům splněny nejsou.
106. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 29. 3. 2016 uvádí, že návrh nového zákona o zadávání veřejných zakázek nepovažuje takovouto kontraktaci (kdy zadavatel hodlá využít k plnění úkolů mu svěřených subjekty, které plně ovládá stát, jehož je zadavatel organizační složkou) vůbec za zadání veřejné zakázky. K tomu Úřad uvádí, že zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek publikovaný dne 29. 4. 2016 nabude účinnosti prvním dnem šestého kalendářního měsíce po dni jeho vyhlášení, tedy dne 1. 10. 2016. Do nabytí účinnosti zákona č. 134/2016, o zadávání veřejných zakázek jsou zadavatelé povinni postupovat podle platné a účinné úpravy zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého jsou z obecné působnosti zákona přípustné pouze výjimky uvedené v ust. § 18 zákona.
107. Podle § 146 odst. 2 zákona zadavatel může uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu pouze v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Ze skutečností, které zadavatel uvedl v příloze D 1 k Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante, vyplývá, že podmínky pro použití in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona splněny nejsou a že tedy zadavatel pro uskutečnění uveřejněného záměru uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky je povinen veřejnou zakázku zadat v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona.
108. Podle zvoleného druhu zadávacího řízení musí zadavatel zadávací řízení zahájit buď podle ust. § 26 odst. 1 písm. a) zákona odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění nebo podle ust. § 26 odst. 1 písm. b) zákona odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení. Zahájení zadávacího řízení odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení

(postupem podle ust. § 26 odst. 1 písm. b) zákona) připadá v úvahu pouze v případech uvedených v ust. § 26 odst. 3 zákona, jimiž jsou zahájení jednacím řízení bez uveřejnění, zahájení zjednodušeného podlimitního řízení a zahájení řízení na základě rámcové smlouvy. Žádné z druhů zadávacích řízení vyjmenovaných v ust. § 26 odst. 3 zákona však nelze použít v daném případě při zadání veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota činí 200.000.000,- Kč bez DPH (odpovídá nadlimitní veřejné zakázce) a která má další zadavatelem popsané parametry. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel je povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v jednom z takových druhů zadávacího řízení, jenž by zahájil postupem podle ust. § 26 odst. 1 písm. a) zákona, tedy odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění. Je-li zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, není splněna podmínka pro možnost uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ust. § 146 odst. 2 zákona, a zadavatel tedy tím, že ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku EU ve vztahu k předmětné veřejné zakázce uveřejnil Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex ante, nedodržel postup stanovený v tomto ustanovení zákona.

109. Nedodržení postupu stanoveného v § 146 odst. 2 zákona přitom mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky v dané veřejné zakázce, neboť uveřejněním Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex ante zadavatel veřejně deklaroval svůj záměr uzavřít smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku s konkrétními dvěma dodavateli bez zadávacího řízení. Realizací uveřejněného záměru by zadavatel de facto zcela vyloučil řádnou soutěž o veřejnou zakázku, které by se jinak mohli účastnit další potenciální uchazeči (mj. navrhovatel), přičemž nelze vyloučit, že některý z nich by požadované plnění zadavateli nabídl za výhodnějších podmínek, než daní dva zadavatelem určené dodavatelé.
110. Na základě shora uvedeného Úřad uzavírá, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 146 odst. 2 zákona, když dne 26. 1. 2016 uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2016, ačkoliv pro to nebyla splněna zákonná podmínka, když pro uskutečnění záměru uvedeného ve výše uvedeném oznámení uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky s dodavatelem Česká geologická služba a s dodavatelem DIAMO, s. p. bez zadávacího řízení nejsou splněny podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) citovaného zákona a zadavatel je tedy ve vztahu k uvedené veřejné zakázce povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
111. Pro úplnost Úřad dodává k navrhovatelem namítanému možnému porušení ust. § 84 odst. 6 zákona, že toto ustanovení dopadá na případy, kdy zadavatel zahájil nové zadávací řízení (s obdobným předmětem plnění), aniž by zrušil zadávací řízení původní. V případě předmětné veřejné zakázky zadavatel zadávací řízení na zadání původní veřejné zakázky zrušil a nové zadávací řízení nezahájil, tedy k situaci předvídané daným ustanovením zákona nedošlo.

#### **K uložení nápravného opatření**

112. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit

výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

113. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásady rovného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Zadavatel v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou učinil doposud jediný úkon spočívající v uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku „Ověření vhodnosti horninového prostředí pro umístění hlubinného úložiště VJP a RAO ve stanovených průzkumných územích“ (Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante) ve Věstníku veřejných zakázek. Aby byl zásah Úřadu efektivní a vedl skutečně k nápravě, jako opatření k nápravě Úřad zvolil zrušení právě tohoto úkonu zadavatele, a to i s ohledem na možné důsledky uveřejněného Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante do budoucna ve vztahu k možnostem uložení zakazu plnění smlouvy Úřadem dle § 118 odst. 2 zákona.

#### **K uložení úhrady nákladů řízení**

114. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Prováděcí právní předpis, vyhláška č. 328/2006 sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30.000,- Kč.
115. Vzhledem k tomu, že ve výroku II. Úřad zrušil úkon zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení se platí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2016000174.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží**

1. Mgr. Tomáš Kruták, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., Revoluční 7, 110 00 Praha
2. ARCADIS CZ a.s., se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5

**Vypraveno dne**

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