



UOHSX00AGZYP

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0115/2017/VZ-28357/2017/323/KKř

Brno 3. října 2017

V řízení o rozkladu ze dne 14. 7. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal zadavatel –

- **Český rozhlas**, IČO 45245053, se sídlem Vinohradská 1409/12, 120 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 6. 2017, č. j. ÚOHS-S0189/2017/VZ-19785/2017/542/ODv, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v části 3 nazvané „Zadávání veřejných zakázek“ veřejné zakázky „**Právní služby pro potřeby Českého rozhlasu a Rady Českého rozhlasu**“ zadávané ve zjednodušeném režimu, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 2. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-003545, ve znění opravy uveřejněné dne 6. 3. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 9. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 028-050301, ve znění opravy uveřejněné pod ev. č. 2017/S 045-082903 dne 4. 3. 2017, kde dalším účastníkem řízení je navrhovatel –

- **Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o.**, IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0189/2017/VZ-19785/2017/542/ODv ze dne 30. 6. 2017

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Český rozhlas, IČO 45245053, se sídlem Vinohradská 1409/12, 120 00 Praha, (dále jen „**zadavatel**“) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, (dále jen „**zákon**“)¹ zadávací řízení na část 3 nazvanou „Zadávání veřejných zakázek“ veřejné zakázky „Právní služby pro potřeby Českého rozhlasu a Rady Českého rozhlasu“ zadávané ve zjednodušeném režimu, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 2. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-003545, ve znění opravy uveřejněné dne 6. 3. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 9. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 028-050301, ve znění opravy uveřejněné pod ev. č. 2017/S 045-082903 dne 4. 3. 2017 (dále jen „**část 3 veřejné zakázky**“ nebo „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem části 3 veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla zadavatelem stanovena na částku 1.600.000 Kč bez DPH, byla realizace právního poradenství v oblasti zadávání veřejných zakázek, což mělo zahrnovat především přípravu a zpracování zadávacích podmínek a dalších dokumentů v rámci zadávacího řízení, zastupování zadavatele ve všech fázích zadávacího řízení a zajištění všech dílčích úkonů v zadávacím řízení, konzultace a zastupování zadavatele po skončení zadávacího řízení bez ohledu na druh zadávacího řízení – včetně zastupování zadavatele ve správním řízení před Úřadem a soudy, a to jak při zajišťování dodávek nebo služeb, tak při zajišťování stavebních prací.
3. Zadavatel co do části 3 veřejné zakázky obdržel mimo jiné nabídku od „Společnosti pro Český rozhlas“, která vznikla na základě smlouvy o společnosti ze dne 9. 3. 2017 (dále jen „**Společnost pro Český rozhlas**“) a jejímž vedoucím účastníkem byla dle textu jmenované smlouvy advokátní kancelář Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno, (dále jen „**navrhovatel**“). Skutečnost,

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, v daném případě ve smyslu ustanovení § 67 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

že zadavatel považoval předmětnou nabídku za nabídku Společnosti pro Český rozhlas, vyplývá též z písemné zprávy o hodnocení nabídek ze dne 4. 4. 2017.

4. Dne 7. 4. 2017 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky na část 3 veřejné zakázky, což však následně navrhovatel rozporoval prostřednictvím námitek. Navrhovatelem podané námitky zadavatel rozhodnutím ze dne 5. 5. 2017 odmítl dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona s odůvodněním, že námitky nebyly podány oprávněnou osobou, neboť námitky byly podány proti jinému úkonu či opomenutí, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky a postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, přičemž takové námitky může dle ustanovení § 241 odst. 3 zákona podat pouze účastník předmětného zadávacího řízení, kterým však navrhovatel dle zadavatele není.
5. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel domníval, že zadavatel jeho námitky nevyřídil v souladu se zákonem, podal dne 15. 5. 2017 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0189/2017/VZ-19785/2017/542/ODv ze dne 30. 6. 2017 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval nedodržení postupu ze strany zadavatele při zadávání části 3 veřejné zakázky, a to konkrétně při vyřizování námitek, když předmětné námitky navrhovatele odmítl podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, přestože byly podány osobou k takovému úkonu oprávněnou, v důsledku čehož měl zadavatel povinnost dodržet ustanovení § 245 odst. 1 zákona, avšak tu porušil, když se v rozhodnutí zadavatele ze dne 5. 5. 2017 o námitkách navrhovatele podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem v námitkách, respektive se z věcného hlediska obsahem námitek vůbec nezabýval, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad nápravné opatření spočívající ve zrušení předmětného rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, v návaznosti na což výrokem III. zároveň uložil zadavateli až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem zákaz uzavřít v zadávacím řízení na část 3 veřejné zakázky smlouvu. Úřad výrokem IV. následně určil povinnost zadavatele uhradit náklady řízení ve výši 30.000 Kč.
7. Úřad se nejdříve zabýval právním postavením zadavatele, přičemž s ohledem na relevantní zákonná ustanovení uzavřel, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona. Dále pak Úřad přistoupil k posouzení otázky účastenství v zadávacím řízení, resp. aktivní legitimace k podání námitek podle § 241 odst. 3 zákona, přičemž dospěl k závěru, že postavení účastníka při podání námitek ve smyslu § 241 odst. 3 zákona náleží nejen společnosti, jež podala nabídku, jako celku, ale rovněž jejím jednotlivým společníkům. Své závěry přitom Úřad opřel o skutečnost, že při výkladu jednotlivých ustanovení upravujících institut námitek nelze užít jen jazykový výklad, nýbrž je třeba zohlednit především účel a samotný smysl námitek, jímž je ochrana dodavatele majícího zájem na získání veřejné zakázky před újmou způsobenou postupem zadavatele. Přitom v případě, že nabídku do zadávacího řízení podala společnost čítající vícero společníků, je nutné

zohlednit, že všichni členové předmětné společnosti mají zájem na získání veřejné zakázky a k jejímu získání učinili relevantní kroky.

8. S ohledem na tyto úvahy Úřad uzavřel, že zadavatel pochybil, když odmítl námitky navrhovatele s odůvodněním, že tyto nebyly podány oprávněnou osobou, přičemž dodal, že pokud nebyl důvod pro odmítnutí námitek dán (tj. námitky fakticky byly podány oprávněnou osobou), pak měl zadavatel povinnost se podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem uplatněným v námitkách vyjádřit, což však v posuzovaném případě neučinil. Z tohoto důvodu Úřad přistoupil ke zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a k uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 14. 7. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 30. 6. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. V úvodu rozkladu zadavatel uvádí, že je nadále přesvědčen o správnosti svého postupu, když odmítl námitky navrhovatele proti rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, neboť navrhovatel nebyl osobou oprávněnou k jejich podání, nýbrž takovou osobou byla pouze Společnost pro Český rozhlas. Zadavatel svého přesvědčení nabyl jazykovým výkladem § 241 odst. 3 zákona, přičemž v tomto kontextu zdůrazňuje, že ani neměl jinou možnost jak postupovat v souvislosti s vyřízením námitek navrhovatele, a to když do vydání napadeného rozhodnutí nebyl ze strany Úřadu poskytnut jakýkoliv výklad předmětného ustanovení. K tomu zadavatel doplňuje, že v důsledku absence prováděcích právních předpisů a právních stanovisek včetně závazného výkladu předmětné problematiky a dále s ohledem na (samotným Úřadem uznanou) odlišnost staré a stávající právní úpravy, nezbylo zadavateli nic jiného, než postupovat dle textu zákona, který však nemohl vykládat extenzivně.
11. Zadavatel namítá též nepřiléhavost právní argumentace Úřadu týkající se aktivní legitimace určitých osob k podání námitek v rámci té které fáze zadávacího řízení, která dle něj vychází z dřívější rozhodovací praxe a nyní – za účinnosti zákona – k ní již není dán prostor, což naznačuje i snaha zákonodárce ukotvit nová pravidla pro podání námitek (tj. omezení okruhu stěžovatelů na osoby účastníci se zadávacího řízení v případech podání námitek, jež se týkají jiných úkonů či opomenutí zadavatele, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky a postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení).
12. Za právně absurdní zadavatel považuje interpretaci Úřadu, podle níž by § 241 odst. 1 a § 241 odst. 3 zákona označoval stejný okruh subjektů, kteří mají možnost podat námitky. Podle zadavatele naopak ustanovení § 241 odst. 1 zákona dopadá na kteréhokoliv dodavatele, jemuž postupem zadavatele v zadávacím řízení vznikla nebo hrozí újma, zatímco § 241 odst. 3 zákona zakotvuje aktivní legitimaci k podání námitek pouze pro účastníky zadávacího řízení. V této souvislosti zadavatel dále uvádí, že právní názor Úřadu je příliš extenzivním výkladem ustanovení § 241 odst. 3 zákona, který nadto zcela odporuje § 47 odst. 1 zákona. Ustanovení § 47 odst. 1 zákona přitom vymezuje osoby, jež jsou účastníci zadávacího řízení, a to aniž by pamatovalo na „*dodavatele, jež prokázal reálný zájem na získání veřejné zakázky*“

a který učinil k získání veřejné zakázky relevantní kroky a jež je platně společníkem společnosti“.

13. Postavení účastníka zadávacího řízení podle názoru zadavatele mohlo fakticky vzniknout pouze Společnosti pro Český rozhlas, nikoliv navrhovateli samotnému. V opačném případě by totiž mohlo být dovozeno i to, že reálný zájem na získání veřejné zakázky mají všichni společníci té které obchodní společnosti atd. a tudíž i oni by – vycházející z logiky Úřadu – byli oprávněni podat do zadávacího řízení námitky.
14. Zadavatel rozporuje závěry Úřadu i ve světle toho, že se Úřad nijak blíže nezabýval tím, jak napříště na členy společnosti nahlížet – tedy zda je i přes uzavřenou společenskou smlouvu považovat za samostatné subjekty, a to se všemi důsledky (např. v podobě běhu lhůt), které to s sebou může přinést. K tomu zadavatel v rozkladu předkládá různé situace, které mohou v průběhu zadávacího řízení nastat, přičemž na nich prezentuje tvrzenou absurdnost napadených úvah Úřadu. Uvedené pak zadavatel uzavírá tak, že právní konstrukce podaná Úřadem nemá v současné právní úpravě institutu námitek oporu a jako taková je neudržitelná.
15. Dále zadavatel v rozkladu uvádí, že nedostatek v podobě nesprávného označení subjektu, jenž podává námitky proti určitému postupu zadavatele v zadávacím řízení, není možné zhojit rozšiřujícím výkladem zákona. V závěru rozkladu zadavatel upozorňuje i na to, že by mu jeho přesvědčení a argumentace neměla být kladena k tíži (jak pociťuje z bodu 70. odůvodnění napadeného rozhodnutí), když bylo jeho právem se k podkladům rozhodnutí vyjádřit.
16. Zadavatel brojí i proti výroku IV. napadeného rozhodnutí, kterým byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení, neboť má za to, že zde jsou dány relevantní důvody (nová, dosud nerozhodovaná otázka a judikатурní nouze) pro upuštění od takové povinnosti.

Závěr rozkladu

17. S ohledem na skutečnosti uváděné v rozkladu a na přesvědčení zadavatele, že je napadené rozhodnutí věcně nesprávné, zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

19. Dne 27. 7. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele z téhož dne, v němž navrhovatel předně uvedl, že souhlasí s věcnými závěry Úřadu a současně že trvá na svém přesvědčení o aktivní legitimaci k podání námitek proti hodnocení nabídek a rozhodnutí o výběru dodavatele. Následně navrhovatel ve svém vyjádření glosuje jednotlivé námitky zadavatele prezentované v rozkladu (zejména ty, jež se dotýkají

extenzivnosti interpretace institutu námitek a skutečného, reálného zájmu na získání veřejné zakázky).

20. Vzhledem k tomu, že navrhovatel je nadále přesvědčen o nesprávnosti a nezákonnosti postupu zadavatele, navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zadavatele zamítl.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
23. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

24. Zadavatel v rozkladu předně uvádí, že je i přes argumentaci Úřadu předestřenou v napadeném rozhodnutí nadále přesvědčen o správnosti svého postupu, neboť trvá na tom, že námitky navrhovatele proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky odmítl v souladu s textem ustanovení § 241 odst. 3 zákona. S právě předestřeným názorem zadavatele se však nemohu ztotožnit, když naopak musím přisvědčit úvahám Úřadu, který nevycházel z pouhého textu ustanovení zákona, nýbrž reflektoval též smysl a účel § 241 odst. 3 zákona. Takový přístup přitom považuji za žádoucí a plně odpovídající právnímu mínění Ústavního soudu České republiky, který byl předestřen například v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 33/97, Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, sv. 9, str. 399 a násl. [str. 407], vyhlášený pod č. 30/1998 Sb., v němž se hovoří o tom, že *„[d]alším naprosto neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace, vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (...).“* K obdobným závěrům dospěl i rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozsudku č. j. 6 A 97/2001-39 ze dne 12. 10. 2004, v němž za nesprávný označil přístup orgánu ochrany přírody, jenž ve svém rozhodnutí vycházel z dikce konkrétního ustanovení, *„tedy toliko z jazykového výkladu, pomíjeje, že jazykový výklad je sice výkladem prvotním, ale pouze a jedině v tom smyslu, že se jím interpret poprvé seznamuje s obsahem právní normy, která je ukryta ve vykládaném právním předpisu. Zda extenze a intenze právní normy je skutečně taková, jak se zdá z jazykového výkladu právního předpisu, musí potvrdit nebo vyvrátit ostatní výkladové metody – především výklad teleologický, logický, systematický a případně historický, jejichž závěry je nezbytné poměřovat imperativem ústavně konformní interpretace a aplikace.“*
25. V posuzovaném případě Úřad interpretoval § 241 odst. 3 zákona pomocí výkladu e ratione legis, jelikož pouhý jazykový výklad by zcela popřel smysl či účel institutu námitek a v zásadě

by ani nemohl odpovídat úmyslu zákonodárce. Ten skutečně rozdělil úkony zadavatele proti nimž mohou dodavatelé podat námitky do dvou okruhů. Prvním jsou ty úkony, proti nimž mohou podat námitky pouze účastníci zadávacího řízení a druhým ty, proti nimž mohou podat námitky i ti dodavatelé, kteří se účastníky ve smyslu § 47 odst. 1 zákona nestali nebo „prozatím“ nestali. Úřad však mantinel daný zákonodárcem nepřekročil. Je přitom třeba mít na paměti, že Úřad k provedenému výkladu předmětného ustanovení přistoupil především s ohledem na specifika šetřené otázky, za něž je třeba považovat zejména tu skutečnost, že navrhovatel byl společníkem Společnosti pro Český rozhlas (tj. společníkem účastníka zadávacího řízení na veřejnou zakázku), tedy osoba, která vůči zadavateli projevila zcela evidentní zájem získat plnění části 3 veřejné zakázky. Jinými slovy řečeno, navrhovatel byl de facto v postavení jakési neoddělitelné součásti uskupení, které se účastnilo zadávacího řízení na veřejnou zakázku a požívalo statusu účastníka ve smyslu § 47 odst. 1 zákona. Tím tedy navrhovatel dostatečně osvědčil svůj zájem na získání veřejné zakázky, a jako takovému mu postupem zadavatele mohla prokazatelně hrozit nebo vzniknout újma i jinými úkony, než je nesprávné stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky či nezákonný postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Pokud tedy navrhovateli hrozila újma i jinými postupy zadavatele v zadávacím řízení – a to hlavně v souvislosti s jeho postavením v předmětném zadávacím řízení, pak mu nemohlo být oprávněně upřeno právo podat vůči takovému postupu námitky, resp. domoci se odpovídající reakce zadavatele na včas a řádně předložené námitky.

26. V tomto kontextu upozorňuji, že Úřad nesměšuje stěžovatele podle § 241 odst. 1 a § 241 odst. 3 zákona, jak v rozkladu uvádí zadavatel, nýbrž v souladu s teleologickým výkladem právních norem reaguje na skutečnost, že v šetřeném případě podal námitky proti výběru nejvhodnější nabídky (tj. proti jinému úkonu zadavatele, než je stanovení zadávacích podmínek, volba druhu zadávacího řízení, režimu veřejné zakázky nebo postup zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení) navrhovatel, kterého sice nelze a priori označit za účastníka zadávacího řízení v tom nejužším slova smyslu, avšak je možné na něj nahlížet jako na osobu mající prokazatelný zájem na získání veřejné zakázky a k jejímuž získání tento učinil odpovídající kroky v zadávacím řízení. Úřad v napadeném rozhodnutí nijak nepopírá, že zákon přiznává aktivní legitimaci k podání určitých námitek pouze účastníkům zadávacího řízení a nikoliv všem potenciálním dodavatelům, nicméně v zájmu ochrany práv na zadávacím řízení zainteresovaných dodavatelů pomocí relevantního výkladu dovedl, že postavení účastníka (v širším slova smyslu) pro podání námitek dle § 241 odst. 3 zákona náleží jak společnosti, podala-li nabídku, tak jejím jednotlivým společníkům. Nedomnívám se, že by taková úvaha Úřadu byla nějakým „excesem“, neboť odpovídá logice zákonodárce, který přiznal aktivní legitimaci k podání námitek podle § 241 odst. 3 zákona jen některým osobám účastnícím se zadávacího řízení, tedy osobám, které mají zájem na získání veřejné zakázky a k jejímu získání podnikly příslušné kroky. Pro úplnost podotýkám, že Úřad přiznal postavení účastníka zadávacího řízení jednotlivým společníkům společnosti účastnící se toho kterého zadávacího řízení, a to proto, že u takových osob je možné objektivně presumovat jejich zájem získat veřejnou zakázku – a to na základě jejich sdružení se za takovým účelem a podání nabídky pod vzniklou právní formou. Tyto závěry Úřadu však nelze zobecňovat a paušalizovat na jakékoliv další případy či vzniknuvší situace, zejména ty, kdy by se některý dodavatel, jakožto třetí osoba neúčastnící se zadávacího řízení ani sám ani

v rámci jakékoliv „spolupráce“ či sdružení se s jinými dodavateli, například dodatečně dovolával svého zájmu na plnění veřejné zakázky.

27. V reakci na zadavatelův odkaz na obsah § 47 odst. 1 zákona konstatuji, že předmětné ustanovení skutečně nevymezuje účastníka zadávacího řízení jako dodavatele, který prokázal reálný zájem na získání veřejné zakázky a který k získání veřejné zakázky učinil relevantní kroky, přičemž tento je zároveň platným společníkem společnosti. Ustanovení § 47 odst. 1 zákona za účastníka zadávacího řízení označuje toliko dodavatele, který vyjádřil předběžný zájem podle § 58 odst. 5 nebo § 129 odst. 4 zákona, podal žádost o účast nebo nabídku, popřípadě který zahájil jednání se zadavatelem v zadávacím řízení. Domnívám se však, že o navrhovateli lze svým způsobem říci, že podal do zadávacího řízení nabídku, byť tuto nabídku podal v rámci Společnosti pro Český rozhlas, tedy nikoliv samostatně, nýbrž společně s dalším společníkem jmenované společnosti a to jejím jménem. Tato podpůrná úvaha jen dokresluje fakt, že navrhovatel skutečně a „hmatatelně“ projevil zájem na získání veřejné zakázky, zadávacího řízení se účastnil prostřednictvím Společnosti pro Český rozhlas vzniklé právě za účelem účasti v předmětném zadávacím řízení, což ve svém důsledku mimo jiné znamená i to, že navrhovateli mohla vzniknout nebo alespoň hrozit újma v důsledku postupu zadavatele učiněném i v té části zadávacího řízení, v níž by jinak hrozila újma jen účastníkům zadávacího řízení.
28. I přesto, že jsem o správnosti závěrů Úřadu (jak byly tyto rozebrány výše) přesvědčen, považuji za vhodné v tomto kontextu poukázat též na dikci zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“), neboť mám za to, že přílehlavá ustanovení občanského zákoníku jasně určují, jak mělo být ze strany zadavatele na navrhovatele, jakožto podatele námitek za Společnost pro Český rozhlas, názíráno.
29. Společnost ve smyslu § 2716 odst. 1 občanského zákoníku vzniká tehdy, jestliže se několik osob zaváže sdružit se jako společníci za společným účelem činnosti nebo věci.
30. Podle § 2730 odst. 1 občanského zákoníku si mohou společníci rozdělit působnost při spravování společných záležitostí způsobem, jaký uznají za vhodný, přičemž pokud tak neučiní, považuje se každý společník vzhledem k takovému záležitostem za příkazníka ostatních společníků.
31. V ustanovení § 2737 odst. 1 občanského zákoníku je řečeno, že pokud jedná „*společník ve společné záležitosti s třetí osobou, považuje se za příkazníka všech společníků. Ujednají-li si společníci něco jiného, nelze to namítat vůči třetí osobě, která jedná v dobré víře.*“
32. Dle ustanovení § 2737 odst. 2 občanského zákoníku platí, že pokud jedná společník ve společné záležitosti s třetí osobou vlastním jménem, mohou ostatní společníci uplatňovat práva z toho vzniklá; třetí osoba je však zavázána jen vůči tomu, kdo s ní právně jednal. To neplatí, bylo-li třetí osobě známo, že společník jedná na účet společnosti.
33. Smlouva o společnosti uzavřená podle § 2716 a násl. občanského zákoníku mezi navrhovatelem a Mgr. Petrem Pernicou, advokátem, IČO 04195141, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno – Černá pole, (dále jen „**Smlouva**“), která byla zadavateli v rámci zadávacího řízení (konkrétně jako součást nabídky na veřejnou zakázku) prokazatelně předložena, ve svém článku 1.4 určuje navrhovatele za osobu oprávněnou zastupovat Společnost pro Český rozhlas vůči zadavateli i třetím osobám a současně v článku 3.1

stanovuje zmocnění následujícího textu: „[s]mluvní strany tímto zmocňují FIALA TEJKAL (tj. navrhovatel – pozn. předsedy Úřadu) ke všem procesním úkonům spojeným s účastí Společnosti v zadávacím řízení Veřejné zakázky, zejména k podání a podpisu Nabídky a v rámci ní návrhu smlouvy či smlouvy na plnění veřejné zakázky, podání a doplňování opravných prostředků, doručování a přijímání veškerých písemností, a to vše i tehdy, je-li potřeba k takovému zastoupení zvláštní plná moc dle zvláštního zákona.“ Prostřednictvím článku 3.2 Smlouvy pak smluvní strany zmocňují navrhovatele k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky.

34. Mohu shrnout, že byt' obecně platí, že si smluvní strany smlouvy o společnosti mohou upravit působnost při spravování společných záležitostí dle libosti, pro právní vztahy těchto smluvních stran s třetími osobami je taková úprava de facto bez významu, jelikož třetí osoby nejsou společenskou smlouvou vázány (srov. Švestka, J.; Dvořák, J.; Fiala, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. Svazek VI. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, s. 362). Tomu pak odpovídá dikce občanského zákoníku ohledně právního jednání smluvních stran smlouvy o společnosti s třetí osobou, která reflektuje ochranu dobré víry třetí osoby, jíž nemůže být z povahy věci znám obsah společenské smlouvy. Občanský zákoník však zároveň stanoví z tohoto pravidla výjimku, a to pro případy, kdy třetí osoba prokazatelně ví, kdo je za společnost oprávněn dle společenské smlouvy jednat, resp. jaká je vůle kontrahentů. Pak právní jednání takto zmocněné osoby zavazuje společnost jako celek, přestože jednající osoba jednala s „obeznámenou“ třetí osobou vlastním jménem. A to je dle mého názoru stav, který nastal v právě šetřeném případě. Zadavateli totiž byla v rámci zadávacího řízení předložena mimo jiné Smlouva, z jejíhož obsahu bylo zcela evidentní, že za Společnost pro Český rozhlas jedná navrhovatel, který je zmocněn ke všem procesním úkonům spojeným s účastí Společnosti pro Český rozhlas v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Tudíž i přesto, že navrhovatel jednal vlastním jménem – a to když podal námítky proti hodnocení nabídek a rozhodnutí o výběru dodavatele nikoliv explicitně za Společnost pro Český rozhlas, měl toto jednání zadavatel posoudit jako jednání zavazující celou Společnost pro Český rozhlas, resp. jako námítky podané účastníkem zadávacího řízení, neboť se zde aktivovala druhá věta ustanovení § 2737 odst. 2 občanského zákoníku.
35. Pro výše nastíněné posouzení přitom není relevantní, že vztah mezi zadavatelem a navrhovatelem vznikl na základě postupu podle zákona, jakožto veřejnoprávního předpisu, neboť v případě absence zvláštní úpravy obsažené v zákoně je třeba posoudit věc – způsob jednání za Společnost pro Český rozhlas a s tím související – podle předpisů soukromoprávních, tj. podle příslušných ustanovení občanského zákoníku.
36. V této souvislosti a nad rámec uvedeného si dovoluji poznamenat, že je s podivem, že (kupříkladu) dne 7. 4. 2017 zadavatel dodal do datové schránky navrhovatele oznámení o výběru nejvhodnější nabídky na část 3 veřejné zakázky – tedy s navrhovatelem komunikoval v rámci zadávacího řízení takovým způsobem, z něž je zřejmé, že navrhovatele považoval za zástupce Společnosti pro Český rozhlas, avšak v rámci námitkového řízení, k němuž se dle textu Smlouvy rovněž váže zástupčí oprávnění navrhovatele, již na navrhovatele (bez jakéhokoliv důvodu) takto nenazíral.
37. Vráťm-li se ale zpět k rozkladu zadavatele, mohu říci, že tento dále argumentoval tak, že ani neměl jinou možnost jak postupovat v souvislosti s vyřízením námitek navrhovatele, a to když do vydání napadeného rozhodnutí nebyl ze strany Úřadu poskytnut jakýkoliv výklad

dotčených ustanovení. K tomu mohu uvést, že zákon je v době vydání tohoto rozhodnutí účinný přibližně rok, přičemž i s ohledem na jeho přechodná a závěrečná ustanovení nebylo možné v tak krátké době utvořit rozhodovací praxi, potažmo judikaturu, ke všem ustanovením zákona, která nemusí být zcela jasná nebo která je nutné z jakéhokoliv jiného důvodu zobecnit prostřednictvím rozhodování. Avšak i přes tuto „judikaturní nouzi“ nemohl zadavatel legitimně očekávat, že nepřihlédnutí k relevantním ustanovením jemu předložené Smlouvy, dále k příslušným ustanovením občanského zákoníku a potažmo též smyslu a účelu zákona, resp. institutu námitek, mu nebude kladena za vinu. Nadto je třeba říci, že rozhodovací praxe se utváří právě postupným rozhodováním konkrétních případů, tudíž vzniká vždy v některém případě prvně, aniž by se o ni mohl jí dotčený subjekt v čase svého konání či nekonání opřít. Tento jev provázející často především novou právní úpravu přitom nelze účinně eliminovat jakýmkoliv preventivními kroky zákonodárce, dohledového orgánu nebo jiného zainteresovaného subjektu, žel je třeba vždy rozhodovat určitou vzniknuvší situaci prvně, a to s důsledky pro někoho, kdo o tom kterém výkladu právní normy v době šetřeného jednání nemusel objektivně vědět.

38. Je pravdou, že „nová“ právní úprava obsažená v zákoně oproti již neplatné a neúčinné dikci zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**původní zákon**“) na první pohled upravuje okruh stěžovatelů odlišně, tedy tak, že vyčleňuje některá jednání zadavatele, proti nimž lze brojit prostřednictvím námitek pouze ze strany uchazečů. Nicméně je třeba v této otázce poukázat na text ustanovení § 110 odst. 1 a 2 původního zákona, podle něhož mohli zdůvodněné námitky při zadávání podlimitních a nadlimitních veřejných zakázek proti veškerým úkonům zadavatele podat všichni dodavatelé, kteří měli zájem na získání určité veřejné zakázky a kterým v důsledku tvrzeného porušení původního zákona úkonem zadavatele vznikla nebo hrozila újma. To znamená, že byť podání námitek proti úkonu zadavatele nebylo explicitně limitováno na určitou fázi zadávacího řízení, resp. poměr dodavatele k zadávacímu řízení, je evidentní, že i přesto musela být naplněna podmínka zájmu dodavatele o veřejnou zakázku a dále existence či hrozba újmy na právech dodavatele, což samo o sobě i tehdy vylučovalo možnost dodavatelů neúčastnících se zadávacího řízení například podat námitky proti výběru nejvhodnější nabídky. V tomto ohledu zákonodárce prostřednictvím ustanovení § 241 odst. 3 zákona danou problematiku pouze „upřesnil“, avšak oproti původnímu zákonu ji nijak nezpřisnil. Uvedené tedy znamená, že tehdy i nyní bude nutné u stěžovatelů na určité úkony zadavatele primárně zkoumat především jejich prokazatelně projevený zájem na získání veřejné zakázky. Takový zájem pak zpravidla bude představovat zejména učinění některého z odpovídajících úkonů podle § 47 odst. 1 zákona, avšak v minimu případů může nastat i situace (jako například právě nyní), kdy stěžovatel – nepoživající postavení účastníka zadávacího řízení v užším smyslu – bude mít na věci dostatečně odůvodněný zájem. V právním státě by pak bylo nemyslitelné, aby relevantní zájem takového dodavatele nepožíval ochrany. K uvedenému závěru lze přitom dospět logickou úvahou reflektující smysl a účel zákona, aniž by bylo na místě takový výklad označovat za extenzivní, jak v rozkladu činí zadavatel.
39. Poněkud absurdní je konstatování zadavatele, podle něž jsou závěry Úřadu neudržitelné, jelikož by napříště mohlo být dovozeno i to, že reálný zájem na získání veřejné zakázky mají všichni společníci té které obchodní společnosti či družstva a tudíž i oni by byli oprávněni podat do zadávacího řízení námitky. Zde je třeba říci, že takové tvrzení vyvrací už samotná povaha obchodních společností a družstev, jakožto právnických osob majících právní

subjektivitu, u nichž není pochyb (to pak případně i s ohledem na veřejnou evidenci takových osob), kdo je oprávněn za ně obchodně jednat a jaká je jejich vnitřní, organizační struktura. Jinými slovy řečeno, na obchodní společnost či družstvo se nahlíží jako na jednu svébytnou právnickou osobu, zatímco její konkrétní společníci, akcionáři či členové družstva apod. jsou v jejím rámci svým způsobem „irelevantní“, neboť práva a povinnosti obecně lpí přímo na té které právnické osobě v podobě obchodní společnosti nebo družstva. Vzhledem k právě uvedenému je tedy vyloučeno, aby bylo možné zájem na získání veřejné zakázky dovozovat u jednotlivých společníků apod.

40. Zadavatel napadá závěry Úřadu i ve světle toho, že se Úřad nijak blíže nezabýval tím, jak napříště na členy společnosti nahlížet – tedy zda je i přes uzavřenou společenskou smlouvu považovat za samostatné subjekty, a to se všemi důsledky (např. v podobě běhu lhůt), které to s sebou může přinést. Nedomnívám se však, že by taková „absence informací“ měla jakýkoliv vliv na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí. Jak jsem již dovedl výše v tomto rozhodnutí, zadavatel měl především postupovat podle ustanovení jemu předložené Smlouvy, v němž si smluvní strany výslovně ujednaly, kdo bude Společnost pro Český rozhlas a v jakém rozsahu zastupovat a dále měl zohlednit relevantní ustanovení občanského zákoníku, z něž zcela evidentně vyplývá, že i přesto, že navrhovatel při podání námitek proti hodnocení nabídek a rozhodnutí o výběru dodavatele jednal vlastním jménem, měl toto jednání navrhovatele zadavatel posoudit jako jednání zavazující celou Společnost pro Český rozhlas, resp. jako námítka podané účastníkem zadávacího řízení, neboť se zde aktivovala druhá věta ustanovení § 2737 odst. 2 občanského zákoníku. Tímto způsobem jsou pak řešitelné i zadavatelem v rozkladu nastíněné potenciální situace. Ze skutkového stavu v šetřeném případě, ani z výkladu příslušných ustanovení zákona provedeného Úřadem, nijak nevyplývá, že by zadavatel měl např. samostatně doručovat jednotlivým účastníkům sdružení, jak naznačuje zadavatel.
41. Dále zadavatel v rozkladu uvádí, že nedostatek v podobě nesprávného označení subjektu, jenž podává námítka proti určitému postupu zadavatele v zadávacím řízení, není možné zhojit rozšiřujícím výkladem zákona. Jak již bylo rovněž konstatováno, výklad učiněný Úřadem v napadeném rozhodnutí není extenzivní, nýbrž je zcela odpovídající smyslu a účelu zákona, resp. institutu námitek a jako takový reflektuje ochranu subjektů, které mají zřejmý zájem na získání veřejné zakázky, k čemuž zároveň učinili podstatné kroky v podobě sdružení se za tímto účelem a podání společné nabídky. S ohledem na přílehlavá ustanovení občanského zákoníku přitom není ani možné a priori tvrdit, že došlo k nesprávnému označení dodavatele, jenž vůči úkonu zadavatele v zadávacím řízení podával námítka (viz výše). Avšak i kdyby bylo úmyslem navrhovatele v podaných námítkách explicitně uvést, že tyto podává za Společnost pro Český rozhlas a v důsledku opomenutí to neučinil, pak není možné, aby zadavatel bez dalšího přistoupil k tak formalistickému úkonu, kdy by námítka navrhovatele odmítl pro případné „drobné pochybení“ navrhovatele v jeho podání. Zadavatel v předmětném případě disponoval Smlouvou a zároveň s navrhovatelem komunikoval v rámci zadávacího řízení jakožto se zástupcem Společnosti pro český rozhlas, tudíž lze předpokládat, že mu bylo známo navrhovatelovo zástupčí oprávnění, resp. jeho rozsah, proto měl i námítka navrhovatele podané jménem navrhovatele a které pod toto předmětné zástupčí oprávnění spadaly, uzнат jako úkon Společnosti pro Český rozhlas.

42. V rozkladu zadavatel uvádí i to, že by mu jeho přesvědčení a argumentace neměla být kladena k tíži (jak pociťuje z bodu 70. odůvodnění napadeného rozhodnutí), když bylo jeho právem se k podkladům rozhodnutí vyjádřit. V této části rozkladu mi není zřejmé, proti čemu zadavatel brojí, neboť z napadeného rozhodnutí není evidentní, že by Úřad zadavateli cokoliv připisoval k tíži či že by na některé okolnosti věci nahlížel jako na přitěžující, a to proto, že zde ani nebyl na takové úvahy prostor. Úřad pouze shledal pochybení zadavatele při zadávání části 3 veřejné zakázky, a to konkrétně při vyřizování námitek, když zadavatel nedodržel § 245 odst. 1 zákona a místo naplnění tam stanovené povinnosti odmítl námitky navrhovatele podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, přestože byly podány osobou k takovému úkonu oprávněnou, na což Úřad reagoval uložením nápravného opatření spočívajícího ve zrušení předmětného rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a uložením zákazu uzavřít v zadávacím řízení na část 3 veřejné zakázky smlouvu až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem. Úřad zadavateli za konstatované pochybení neukládal sankci (s ohledem na fázi zadávacího řízení), nýbrž mu uložil uhradit náklady řízení v paušální částce 30.000 Kč. Ke konstatování pochybení a následnému postupu však Úřad vůbec nezkoumal a ani nemusel zkoumat jakékoliv okolnosti, které by bylo lze zadavateli klást k tíži nebo naopak ve prospěch. Proto tato námitka zadavatele není důvodná.
43. Zadavatel brojí i proti výroku IV. napadeného rozhodnutí, kterým byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení, neboť má za to, že zde jsou dány relevantní důvody (nová, dosud nerozhodovaná otázka a judikaturní nouze) pro upuštění od takové povinnosti. K tomu uvádím následující. Podle ustanovení § 266 odst. 2 zákona lze z důvodů zvláštního zřetele hodných na žádost účastníka řízení od uložení povinnosti nahradit náklady správního řízení před Úřadem zcela nebo zčásti upustit. Jinými slovy řečeno, upuštění od povinnosti úhrady nákladů řízení je možné pouze v odůvodněných případech nebo mimořádných situacích, kdy Úřad přihlédne ke zvláštním důvodům na straně zadavatele. Úřad proto musí zhodnotit, zda důvody, uváděné v rozkladu zadavatele, lze zahrnout mezi důvody hodné zvláštního zřetele, které odůvodňují upuštění od povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení. Zadavatel mezi těmito důvody uvádí skutečnost, že v šetřené věci byla právní otázka rozhodována podle zákona prvně, tudíž on sám musel v zadávacím řízení postupovat za neexistence rozhodovací praxe, stejně jako za neexistence výkladových stanovisek. V uvedeném však nespátřuji nic, co by představovalo důvod takového mimořádného významu, pro nějž by bylo na místě zčásti či zcela upustit od povinnosti nahradit náklady správního řízení. Přijetí každého nového zákona totiž s sebou přináší po určitou přechodnou dobu jakousi nejistotu, jakým způsobem budou jeho jednotlivá ustanovení vykládána. I po toto období však musí adresáti té které normy tuto respektovat a aplikovat tak, aby naplnili její smysl a účel, přičemž při jejím porušení musí očekávat odpovídající reakci. Přestože se zadavateli může jevit jakkoliv nespravedlivé, že až v souvislosti s jeho zadávacím řízením se utváří rozhodovací praxe Úřadu, nelze takovému jevu souvisejícímu s nabytím účinnosti zákona jakkoliv účinně zabránit a zohledňovat ho ve správním řízení. Nadto v právě posuzovaném případě není možné odhlédnout ani od toho, že zadavatel měl v souladu s příslušnými ustanoveními občanského zákoníku a dále s ohledem na text Smlouvy na navrhovatele hledět jako na zástupce účastníka zadávacího řízení, tj. Společnosti pro Český rozhlas.

44. Při uložení povinnosti nahradit náklady řízení tak Úřad postupoval v souladu se zákonem, neboť s uloženíím nápravného opatření podle § 263 a násl. zákona je přímo ex lege Úřadu uloženo rozhodnout (v rámci jeho rozhodnutí) o povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení. Uzavírám, že zadavatel neprokázal žádné důvody zvláštního zřetele hodné, na základě kterých by Úřad mohl náklady řízení zcela nebo zčásti prominout v souladu s § 266 odst. 2 zákona.

Závěr

45. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu zadavatele.
46. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Český rozhlas, Vinohradská 1409/12, 120 00 Praha
2. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Helfertova 2040/13, 613 00 Brno

Vypraveno dne:

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