



UOHSX00CZG92

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0398/2019/VZ-35832/2019/532/KSt

Brno: 30. prosince 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4. 11. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 11. 2019 advokátní kancelář HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – Czech Property Investments, a.s., IČO 42716161, se sídlem Vladislavova 1390/17, Nové Město, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 5. 12. 2019 JUDr. Tomášem Rybářem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09564, se sídlem Purkyňova 2121/3, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání postupu zadavatele směřujícího k uzavření „akcionářské smlouvy“ a následného založení společného podniku, jehož záměrem má být realizace transformace severní části velkého rozvojového území Bubny, a která bude zahrnovat modernizaci stávajících a případně výstavbu nových vestibulů (vstupů) stanice metra Holešovice, se společností Nové Holešovice Development a.s., IČO 07201214, se sídlem Pobřežní 667/78, Karlín, 186 00 Praha 8, mimo zadávací řízení,

**rozhodl takto:**

I.

**Návrh navrhovatele** – Czech Property Investments, a.s., IČO 42716161, se sídlem Vladislavova 1390/17, Nové Město, 110 00 Praha 1 – **ze dne 4. 11. 2019 se v části vztahující se k postupu zadavatele** – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9 – **směřujícím k údajnému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a to uzavřením „akcionářské smlouvy“ a následného založení společného podniku, jehož záměrem má být realizace transformace severní části velkého rozvojového území Bubny, a která bude zahrnovat modernizaci stávajících a případně výstavbu nových vestibulů (vstupů) stanice metra Holešovice, se společností Nové Holešovice Development a.s., IČO 07201214, se sídlem Pobřežní 667/78, Karlín, 186 00 Praha 8, podle ustanovení § 265 písm. a) citovaného zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.**

II.

**Návrh navrhovatele** – Czech Property Investments, a.s., IČO 42716161, se sídlem Vladislavova 1390/17, Nové Město, 110 00 Praha 1 – **ze dne 4. 11. 2019 se v části vztahující se k údajné nepřezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele** – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9 – **ze dne 25. 10. 2019 o námitkách jmenovaného navrhovatele ze dne 11. 10. 2019**, podle ustanovení § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. POSTUP ZADAVATELE

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 11. 11. 2019 advokátní kanceláří HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – oznámil dne 26. 9. 2019 prostřednictvím tiskové zprávy svůj záměr uzavřít se společností Nové Holešovice Development a.s., IČO 07201214, se sídlem Pobřežní 667/78, Karlín, 186 00 Praha 8 (dále jen „společnost NHD“ nebo „partner“) akcionářskou smlouvu, na jejímž základě následně vznikne první společný podnik se soukromým investorem v podobě akciové společnosti (dále jen „společný podnik“ nebo „akciová společnost“).
2. Podle uvedené tiskové zprávy je záměrem společného podniku zmodernizovat severní vestibul stanice metra Nádraží Holešovice a přetransformovat jeho nejbližší okolí ohraničené ze severu železniční tratí a vymezené přibližně ulicemi Partyzánská, Vrbenského a Argentinská v moderní městskou čtvrt, v níž budou zastoupeny všechny funkce moderního heterogenního města – kanceláře, bydlení a služby.

3. Dne 11. 10. 2019 obdržel zadavatel námitky navrhovatele – Czech Property Investments, a.s., IČO 42716161, se sídlem Vladislavova 1390/17, Nové Město, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 5. 12. 2019 JUDr. Tomášem Rybářem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09564, se sídlem Purkyňova 2121/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne proti postupu zadavatele při uzavírání akcionářské smlouvy, který směřuje k založení společného podniku, aniž by zadavatel vybral partnera v zadávacím řízení. Současně s touto uplatněnou námitkou navrhovatel upozorňuje v podaných námitkách na to, že činnost, kterou má společný podnik na základě akcionářské smlouvy vykonávat, zahrnuje koncesi na stavební práce, resp. veřejnou zakázku na stavební práce týkající se mimo jiné i revitalizace stanice metra Nádraží Holešovice. V takovém případě by tedy podle navrhovatele mělo být předmětné plnění zadáváno v zadávacím řízení podle zákona.
4. Zadavatel rozhodnutím ze dne 25. 10. 2019 námitky navrhovatele odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), přičemž rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s důvody uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o námitkách nesouhlasil, podal dne 4. 11. 2019 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání postupu zadavatele, který směřuje jednak proti nepřezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o námitkách a dále proti postupu zadavatele, který dle názoru navrhovatele směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, a to jak v souvislosti s výběrem partnera, se kterým chce založit společný podnik, tak současně proti záměru činností, které mají být společným podnikem plněny (dále jen „návrh“), k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Podle § 249 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 4. 11. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu navrhovatele rovněž dne 4. 11. 2019.
7. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-30244/2019/532/KSt ze dne 6. 11. 2019.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-30339/2019/532/KSt ze dne 7. 11. 2019 stanovil Úřad navrhovateli dodatečnou lhůtu k provedení úkonu, a to doplnění návrhu o doklad o složení kauce ve výši podle § 255 odst. 1 nebo 2 zákona. Doklad o složení kauce doručil navrhovatel Úřadu dne 8. 11. 2019.
10. Poté, co Úřad umožnil dne 18. 11. 2019 navrhovateli nahlédnout do správního spisu, vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-33282/2019/532/KSt ze dne 3. 12. 2019, kterým částečně nevyhověl žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S0398/2019/VZ podle § 38 odst. 5 správního řádu ve spojení s § 271 odst. 2

zákona, a to v rozsahu části spisu, která zahrnuje písemnost – akcionářská smlouva, vč. příl. č. 1, č. 2 a č. 5 – u níž ke dni 18. 11. 2019 neměl Úřad postaveno najisto, zda bude uvedená písemnost podkladem rozhodnutí.

11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-33497/2019/532/KSt ze dne 4. 12. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
12. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-34081/2019/532/KSt ze dne 10. 12. 2019 účastníkům řízení, a to na základě žádosti navrhovatele ze dne 5. 12. 2019, prodloužil lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-33497/2019/532/KSt ze dne 4. 12. 2019, ve které se podle § 261 odst. 3 zákona mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí, a to do dne 16. 12. 2019.
13. Úřad vydal dne 16. 12. 2019 usnesení č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-34155/2019/532/KSt, poté, co dne 6. 12. 2019 umožnil navrhovateli nahlédnout do správního spisu, kterým částečně nevyhověl žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S0398/2019/VZ podle § 38 odst. 5 správního řádu ve spojení s § 271 odst. 2 zákona, a to v rozsahu části písemnosti – akcionářská smlouva, vč. příl. č. 1, č. 2 a č. 5 – která není podkladem rozhodnutí.
14. Dále vydal Úřad dne 16. 12. 2019 usnesení č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-34270/2019/532/KSt, poté, co dne 10. 12. 2019 umožnil zadavateli nahlédnout do správního spisu, kterým částečně nevyhověl žádosti zadavatele o nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S0398/2019/VZ podle § 38 odst. 5 správního řádu ve spojení s § 271 odst. 2 zákona, a to v rozsahu části písemnosti – akcionářská smlouva, vč. příl. č. 1, č. 2 a č. 5 – která není podkladem rozhodnutí.
15. Dne 18. 12. 2019 vydal Úřad předběžné opatření č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-35147/2019/532/KSt, kterým podle § 61 odst. 1 správního řádu zadavateli z moci úřední nařídil zákaz uzavřít akcionářskou smlouvu a následně založit společný podnik, jehož záměrem má být realizace transformace severní části velkého rozvojového území Bubny, a která bude zahrnovat modernizaci stávajících a případně výstavbu nových vestibulů (vstupů) stanice metra Holešovice, se společností NHD.

#### **Obsah návrhu**

16. Navrhovatel svým návrhem napadá jednak nepřezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele o námitkách, když se domnívá, že zadavatel nedostatečným a zmatečným způsobem vypořádal jeho námitky, v důsledku čehož považuje rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné. Dále navrhovatel napadá postup zadavatele směřující k uzavření akcionářské smlouvy se společností NHD za účelem založení společného podniku, když podle navrhovatele měl zadavatel již při výběru partnera postupovat podle zákona. Navrhovatel dále napadá tu skutečnost, že společný podnik bude na základě akcionářské smlouvy realizovat mimo jiné i projekt týkající se revitalizace stanice metra Nádraží Holešovice (dále rovněž i jako „první projekt“), což podle jeho názoru představuje veřejnou zakázku na stavební práce, resp. koncesi na stavební práce, a tedy že předmětné plnění by mělo být zadáváno v zadávacím řízení podle zákona.

17. V úvodu návrhu navrhovatel nejprve shrnuje průběh předcházející podání návrhu. Uvádí, že dne 26. 9. 2019 zveřejnil zadavatel tiskovou zprávu, kterou informoval, že představenstvo a dozorčí rada zadavatele schválily akcionářskou smlouvu a stanovy nově zakládané společnosti, tedy společného podniku, jehož jedinými akcionáři budou zadavatel a společnost NHD. K tomu navrhovatel dodává, že akcionářská smlouva ani znění jejích relevantních ustanovení mu nebyly ani po podání námitek, ani na základě žádosti postupem podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, zpřístupněny, ačkoliv se podle jeho názoru jedná o stěžejní podklad pro posuzování souladu postupu zadavatele se zásadou transparentnosti a s pravidly veřejného zadávání.
18. Úřad nejprve shrnuje tu část návrhu týkající se postupu zadavatele směřujícího k uzavření akcionářské smlouvy se společností NHD za účelem založení společného podniku, a zda zadavatel uvedeným postupem (záměrem uzavřít akcionářskou smlouvu) zadává veřejnou zakázku na stavební práce, resp. koncesi na stavební práce, tzn. tu problematiku, vůči níž navrhovatel brojil podanými námitkami.
19. Navrhovatel považuje za nesporné, že je zadavatel veřejným zadavatelem a že při výkonu relevantní činnosti spadá pod režim sektorových zakázek. Dále za nesporný považuje záměr zadavatele vložit pozemky v jeho vlastnictví do společného podniku, jak vyplývá z tiskové zprávy zadavatele uveřejněné dne 26. 9. 2019. Současně považuje za nesporný úmysl zadavatele vyloučit společný podnik z pravidel pro veřejné zakázky, a to v návaznosti na vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách („*Není cílem zadavatele ze Společného podniku jeho dominantním ovládním učinit veřejného zadavatele ve smyslu § 4 ZZVZ.*“).
20. Navrhovatel je toho názoru, že z vyjádření zadavatele a zástupce jediného akcionáře zadavatele vyplývá, že příslušné orgány zadavatele schválily postup, resp. zahájily postup směřující k zadání stavebních prací spočívajících v modernizaci, revitalizaci a transformaci severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice společnému podniku. Navrhovatel uvádí, že uvedený postup zadavatele u něj vzbuzuje důvodné obavy z toho, že samotné uzavření akcionářské smlouvy a touto smlouvou nastavený mechanismus spolupráce mezi zadavatelem a partnerem ve formě společného podniku, bude fakticky znamenat zadání koncese společnému podniku ve prospěch partnera, aniž by partner byl vybrán v rámci transparentního zadávacího řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že plnění, které je předmětem činnosti společného podniku, materiálně naplňuje definiční znaky koncese na stavební práce, resp. veřejné zakázky na stavební práce a upozorňuje, že z hlediska veřejného zadávání a ochrany hospodářské soutěže je zásadní, aby došlo k transparentnímu výběru partnera dle zákona.
21. Navrhovatel se domnívá, že již v rovině samotného založení společného podniku není postup zadavatele v souladu se zákonem, neboť ten zadavateli ukládá, aby investora vybral transparentním způsobem. Dále dodává, že první projekt a projekt (blíže viz bod 146. odůvodnění tohoto rozhodnutí), které má realizovat společný podnik, mají charakter veřejné zakázky a měly by být zadávány v zadávacím řízení. Pokud tedy nedošlo k transparentnímu výběru soukromého investora, společný podnik může poskytovat plnění zadavateli pouze jako dodavatel vybraný na základě zadávacího řízení. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že případné plnění nebude sektorovou veřejnou zakázkou.

22. Navrhovatel je toho názoru, že obsahem ujednání mezi zadavatelem a partnerem je založení subjektu společně ovládaného veřejným subjektem (zadavatelem) a soukromým partnerem a dovozuje, že se jedná o založení institucionálního publicprivate partnership (dále jen „IPPP“). Dodává, že ačkoliv založení IPPP není na úrovni českého ani evropského práva veřejných zakázek upraveno, je podle jeho názoru nutné, aby se při výběru soukromého partnera aplikoval zákon, především princip transparentnosti.
23. Navrhovatel má za to, že činnost, kterou má (podle jemu dostupných zdrojů) vytvářet společný podnik, má charakter veřejné zakázky (popř. koncese), a proto měl zadavatel povinnost ji zadat v zadávacím řízení podle zákona. Dodává, že konkrétně se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, jejímž předmětem bude výstavba v okolí stanice metra Nádraží Holešovice (projektu), popřípadě že se jedná o koncesi na stavební práce. Navrhovatel odkazuje na ustálenou judikaturu, a to na rozsudek SDEU sp. zn. C-215/09 ze dne 22. 12. 2010 ve věci Mehiläinen v Oulun kaupunki, podle níž pokud založení společného podniku není objektivně oddělitelné od veřejné zakázky, měl být předmětem zadávacího řízení výběr soukromého partnera. Dle navrhovatele je nadto nutné zkoumat, zda předmětná kapitálová operace, na základě které je založen společný podnik, ve skutečnosti nezakrývá uzavření takové smlouvy, jež by jinak byla kvalifikována jako veřejná zakázka nebo koncese.
24. Navrhovatel dovozuje, že zadavatel svým postupem porušil povinnost dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek a v této souvislosti považuje za irelevantní argumentaci zadavatele, že se jedná nanejvýše o podlimitní sektorovou veřejnou zakázku. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel měl soukromého partnera pro společný podnik vybrat transparentním nediskriminačním způsobem, a to primárně v zadávacím řízení podle zákona nebo alternativně jiným způsobem umožňujícím ucházet se o účast ve společném podniku širšímu okruhu soukromých investorů v souladu se základními zásadami.
25. Navrhovatel trvá na tom, že činnost, kterou má vykonávat společný podnik, zahrnuje veřejnou zakázku, což dovozuje ze skutečnosti, že deklarovaným účelem založení společného podniku bude alespoň zčásti první projekt, který by sám o sobě mohl být zadavatelem zadán v zadávacím řízení jako veřejná zakázka na stavební práce. Dodává, že přestavba vestibulu stanice metra slouží k uspokojování potřeb veřejného zájmu a souvisí s relevantní činností zadavatele. Domnívá se, že pokud by první projekt realizoval společný podnik bez zadávacího řízení a mimo režim zákona, obcházel by zákon. Uvádí, že v souvislosti s prvním projektem lze uvažovat o přenosu relevantní činnosti na společný podnik a s tím související klasifikaci sektorové veřejné zakázky. Dodává, že převod určité části z celkového objemu relevantní činnosti na jiný subjekt nezbavuje povinnosti zadávat tato plnění v režimu zákona.
26. Navrhovatel uvádí, že realizace stavebních prací spočívajících v přestavbě, modernizaci, transformaci a nové výstavbě v lokalitě stanice metra Nádraží Holešovice je nepochybně stavebními pracemi ve smyslu ustanovení § 14 odst. 3 zákona. Stejně tak mechanismus, kdy společný podnik, kterému bude zadána realizace stavebních prací, bude za realizaci těchto činností čerpat protiplnění spočívající v braním užitků vyplývajících z provozu stavby, které bude výsledkem poskytnutých stavebních prací, a zároveň na tohoto „dodavatele“ bude přeneseno provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozu stavby. Na základě uvedeného navrhovatel dovozuje, že účel činnosti společného podniku naplňuje definiční znaky koncese na stavební práce ve smyslu ustanovení § 174 odst. 2 zákona. Dále uvádí, že

úplata poskytovaná společnému podniku jakožto dodavateli nemusí spočívat pouze v penězích, ale může se jednat i o jiné protiplnění nebo nepřímou úhradu, kterou může být i převedení vlastnického práva k pozemkům zadavatele. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 62 Ca 31/2009 ze dne 3. 2. 2011.

27. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že plnění není dostatečně konkretizováno. Skutečnost, že neexistuje žádný konkrétní projekt stavby, je podle názoru navrhovatele irelevantní, neboť rozsah a podoba stavebních prací jsou determinovány vlastním areálem vestibulu metra Nádraží Holešovice a rovněž ve veřejně dostupném návrhu územní studie.
28. Navrhovatel vylučuje možnost výjimky pro zadání koncese malého rozsahu s ohledem na celkovou velikost záměru. Pro účely ověření tohoto tvrzení navrhovatel navrhuje jako důkaz vypracování znaleckého posudku nebo odborného stanoviska.
29. Navrhovatel považuje za podstatné, že podle vyjádření zadavatele bude provozování vestibulu činností zadavatele, což podle navrhovatele potvrzuje fakt, že plnění poskytované společným podnikem zadavateli má charakter veřejné zakázky, neboť stavební práce spočívající v revitalizaci severního vestibulu metra Nádraží Holešovice souvisí s relevantní činností zadavatele.
30. Navrhovatel odmítá, že by byl zadavatel ve výběru soukromého partnera objektivně limitován stávajícími vlastnickými vztahy. Podle názoru navrhovatele nejsou pro realizaci projektu pozemky investora nejen unikátní, ale nejsou ani potřeba. Upozorňuje, že jednotlivé budovy předpokládané návrhem územní studie lze realizovat jednotlivě a není nutné realizovat blokovou výstavbu jako celek. Navrhovatel uvádí, že pokud zadavatel tvrdí, že je zaručen převod pozemků nezbytných pro realizaci záměru společného podniku, které vlastní propojené osoby, měl by to dostatečně transparentně dokázat. Dále navrhovatel uvádí informace, které lze ohledně vlastníků dotčených pozemků zjistit z veřejně dostupných zdrojů. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že by projekt neměl soutěžit na volném trhu, neboť je limitován stávajícími vlastnickými vztahy a dodává, že pro takový závěr neshledává oporu v zákoně. Navrhovatel současně poukazuje na rozpor v argumentaci zadavatele, podle níž je investor unikátním partnerem z důvodu vlastnictví některých dotčených pozemků a na druhou stranu má být společný podnik založen pro realizaci vícero projektů.
31. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel hodlá s partnerem založit společný podnik a následně má v úmyslu na něj (na společný podnik) převést pozemky zadavatele a pozemky hlavního města Prahy a takto založený společný podnik má realizovat veřejnou zakázku na stavební práce, resp. koncesi na stavební práce. Z uvedeného navrhovatel dovozuje, že zadavatel činí kroky vedoucí k zadání koncese na stavební práce, resp. veřejné zakázky na stavební práce společnému podniku, a to bez zadávacího řízení. Podle názoru navrhovatele tak zadavatel získá od společného podniku požadované plnění (koncese na stavební práce, popř. stavební práce), aniž by došlo v zadávacím řízení k výběru investora pro založení společného podniku a výběru společného podniku jako dodavatele požadovaného plnění. Uvádí, že skutečnost, že se na základním kapitálu společného podniku většinově účastní soukromý subjekt, tj. společnost NHD, vylučuje aplikaci výjimky vyplývající z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) (rozsudek SDEU sp. zn. C-107/98 ze dne 18. 11. 1999 ve věci Teckal) spočívající v tom, že veřejný zadavatel nemusí zadávat v zadávacím řízení zakázky

subjektům, nad nimiž má kontrolu obdobnou té nad vlastními organizačními složkami. Z uvedeného dovozuje, že zadavatel bude postupovat v rozporu se zákonem, pokud zadá veřejnou zakázku společnému podniku bez toho, aby byl vybrán v zadávacím řízení.

32. Podle navrhovatele se v případě společného podniku neuplatní ani výjimka obsažená v rozsudku SDEU sp. zn. C-196/08 ze dne 15. 10. 2009 ve věci Acozet, umožňující veřejnému zadavateli zadat veřejnou zakázku (koncesi) přímo společnému podniku se smíšeným kapitálem, protože její uplatnění předpokládá, že soukromý partner účastníci se ve společném podniku byl vybrán v zadávacím řízení a společný podnik má již od začátku výlučný účel poskytovat předmět veřejné zakázky či koncese.
33. Navrhovatel dodává, že i v případě prvního projektu by byl zadavatel nucen postupovat podle zákona, neboť tento je nekomerčního charakteru a souvisí s relevantní činností zadavatele (provozování městské hromadné dopravy), přičemž navrhovatel neshledává žádnou možnost pro využití jakékoliv zákonné výjimky pro zadání prvního projektu společnému podniku.
34. Navrhovatel dále poznamenává, že zamýšlená majetková účast partnera ve společném podniku, do kterého zadavatel vstupuje jako menšinový vlastník a vzdává se ovládání této osoby, směřuje k vyjmutí společného podniku z režimu veřejného zadavatele, avšak pouze k zakázkám, které by zadával společný podnik. Nad rámec uvedeného se však navrhovatel domnívá, že vzhledem k určitým okolnostem nelze vyloučit, že společný podnik bude veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona.
35. Současně navrhovatel upozorňuje, že i v případě, že by jedna z částí projektu nebyla veřejnou zakázkou podle zákona, byl by zadavatel povinen zadat celý projekt v zadávacím řízení, neboť podle názoru navrhovatele představuje první projekt neoddělitelné plnění od projektu ve smyslu § 32 zákona.
36. Navrhovatel se v návaznosti na argumentaci zadavatele domnívá, že se zadavatel pokouší obejít zákonnou povinnost zadat veřejnou zakázku postupem pro zadání sektorové veřejné zakázky, resp. sektorové koncese. Znaky koncese navrhovatel dovozuje z toho, že dodavatel, kterému bude zadána realizace stavebních prací, bude za realizaci těchto prací čerpat protiplnění spočívající v braní užitků vyplývajících z provozu stavby, které budou výsledkem poskytnutých stavebních prací a že bude na tohoto dodavatele přeneseno provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozu stavby. Současně navrhovatel dovozuje, že stavební práce v lokalitě stanice metra Nádraží Holešovice spočívající v rekonstrukci vestibulů metra a ve výstavbě a rekonstrukci přilehlých prostor jsou relevantní činností, čímž spadají pod režim sektorových zakázek.
37. Navrhovatel dále uvádí, že mu hrozí újma v podobě popření jeho práva na účast v zadávacím řízení a v případném ušlém zisku. Navrhuje proto, aby Úřad uložil nápravné opatření podle § 263 odst. 7 zákona spočívající v zákazu pokračovat v postupu, který vede k založení společného podniku a současně, aby Úřad v souladu s § 263 odst. 8 zákona uložil do pravomocného ukončení tohoto řízení zadavateli zákaz uzavření akcionářské smlouvy (anebo obdobného ujednání s investorem), kterou má být založen společný podnik.
38. V souvislosti s výše uvedenou vymezenou částí argumentace navrhovatele týkající se postupu zadavatele, který vede k údajnému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení,



a kterou uplatnil již v námitkách, navrhovatel v návrhu upozorňuje na konkrétní části rozhodnutí o námitkách, které se podle jeho názoru jeví jako nesrozumitelné, a tudíž nepřezkoumatelné.

39. Navrhovatel považuje jako protichůdná a nepřezkoumatelná vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách, v nichž zadavatel potvrzuje, že akcionářská smlouva obsahuje ujednání, že společný podnik má zajistit revitalizaci vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice a následně, podle názoru navrhovatele, toto ujednání relativizuje v další části rozhodnutí o námitkách tím, že společný podnik má předmětnou revitalizaci zajistit právně nevynutitelným způsobem.
40. Dále k argumentaci zadavatele reagující na tvrzení navrhovatele ze strany 3 námitek (kde navrhovatel uvádí, že zadavatelem zahájený proces je již v pokročilém stádiu, a že uvedeným postupem zadavatel obchází zákon, ačkoliv tento postup naplňuje všechny definiční znaky koncese na stavební práce, neboť předmětný postup zadavatele směřuje k zadání stavebních prací společnému podniku a protiplnění zadavatele vůči společnému podniku má spočívat v braní užitků ze stavby a na společný podnik mají být přenesena provozní rizika spojená s braním užitků) navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách nepředkládá argumentaci, na základě které by šlo učinit závěr, že společný podnik nenaplňuje znaky koncese, a to zejména z důvodu neposkytnutí akcionářské smlouvy, což zpochybňuje pravdivost příslušných tvrzení zadavatele.
41. K argumentaci zadavatele reagující na tvrzení navrhovatele na straně 4 námitek, že z katastru nemovitostí a obchodního rejstříku nevyplývá, že by dceřiná společnost partnera byla hlavním vlastníkem pozemků v dané lokalitě, neboť dle záznamů v katastru nemovitostí jsou vlastníky pozemků fyzické a právnické osoby, které však nejsou propojeny s partnerem, navrhovatel uvádí, že se zadavatel s námitkou nevypořádal a neuvedl dostatečné důvody, pro které shledává investora unikátním partnerem. Zadavatel podle jeho názoru uvedl nepravdivé tvrzení, že pouze menšina projektu zasahuje na pozemky vlastníků odlišných od investora nebo třetích osob s investorem propojených. Upozorňuje, že zadavatel opomenul přiložit přílohu, na kterou ve svém vyjádření odkazuje.
42. Navrhovatel rovněž spatřuje nedostatečnost odůvodnění rozhodnutí o námitkách v tom, kdy zadavatel pouze tvrdí a nijak neprokazuje, že by nastíněné uspořádání, kdy zadavatel bude mít ve společném podniku podíl ve výši 33 % a v tříčlenném představenstvu jednoho člena, nasvědčovalo tomu, že zásadní rozhodnutí bude nutné učinit při vzájemné spolupráci s partnerem ve společném podniku.
43. K argumentaci zadavatele reagující na tvrzení navrhovatele na straně 5 námitek, že argumenty zadavatele nemají oporu ve skutečnostech, které jsou navrhovateli známy, a že to nezprošťuje zadavatele, jako veřejného zadavatele dle § 4 odst. 1 zákona, povinnosti postupovat při výběru dodavatele podle zákona, když na stavbu je třeba nahlížet jako na celek, v rámci kterého dojde k poskytnutí plnění, na které by zadavatel musel veřejnou zakázku vypsat, a že v takovém případě tedy nelze uplatnit žádné zákonem stanovené výjimky, navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách dostatečně nedoplnil povědomí navrhovatele o skutkovém stavu a neodůvodnil, proč ve svém postupu nespátřuje obcházení zákona. Dodává, že se zadavatel rovněž nevyjádřil k absenci transparentnosti ve svém postupu.

44. Dále navrhovatel upozorňuje na část argumentace zadavatele na straně 11 rozhodnutí o námitkách a uvádí, že tato část ilustruje nepřezkoumatelnost celého rozhodnutí o námitkách pro jeho nedostatečné odůvodnění. Navrhovatel poznamenává, že zadavatel nemůže navrhovateli „vyčítat“ jeho interpretaci výroků zadavatele v médiích, když právě nedostatek informací a netransparentnost postupu zadavatele vedly k tvrzenému „nepochopení“ jeho postupu.
45. Dále se navrhovatel domnívá, že závěr uvedený v rozhodnutí o námitkách pod bodem a) nelze bez možnosti přezkoumání akcionářské smlouvy učinit, a proto považuje rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné. K závěru uvedenému pod body b) a c) rozhodnutí o námitkách navrhovatel uvádí, že tyto závěry nejsou s ohledem na povahu projektu správné a námitky považuje v tomto rozsahu za nevypořádané.
46. S ohledem na výše uvedené skutečnosti považuje navrhovatel rozhodnutí zadavatele o námitkách za nepřezkoumatelné, k čemuž dodává, že již pouhé nezpřístupnění akcionářské smlouvy je důvodem pro uložení nápravného opatření Úřadem spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách pro nepřezkoumatelnost. Navrhovatel tedy požaduje, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření dle § 263 odst. 5 zákona spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách pro jeho nepřezkoumatelnost.

#### **Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 14. 11. 2019**

47. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 14. 11. 2019, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž sděluje následující.
48. Zadavatel ve svém vyjádření předně odmítá tvrzení navrhovatele ohledně nepřezkoumatelnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách a dodává, že rozhodnutí adekvátně reaguje na všechna skutková a právní tvrzení podaných námitek, a to v souladu s rozhodovací praxí Úřadu komplexně a srozumitelně. Dodává, že ani návrh navrhovatele nepoukazuje na žádné tvrzení, resp. na žádný konkrétní bod námitek, na který by zadavatel adekvátně nereagoval, naopak navrhovatel dovozuje nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách pouze z neposkytnutí vybraných podkladů.
49. Zadavatel dále uvádí, že příloha č. 1 rozhodnutí o námitkách nebyla navrhovateli zaslána, neboť se jedná o ojedinělé reziduum v textu rozhodnutí, a tato příloha nefiguruje v žádném seznamu příloh. Dodává, že uvedená příloha byla z konceptu rozhodnutí o námitkách vypuštěna, neboť obsahovala pouze schéma vlastnických vztahů v daném území z veřejně přístupného katastru nemovitostí, které bylo navrhovateli již ke dni podání námitek známo, neboť navrhovatel se znalostí těchto informací sám argumentuje.
50. K neposkytnutí akcionářské smlouvy zadavatel uvádí, že se nejedná o dokument, který by byl zadavatel povinen navrhovateli poskytnout. Dodává, že možnost navrhovatele porovnat, zda jsou poskytnuté informace v souladu se stávajícím zněním akcionářské smlouvy, nepovažuje zadavatel za rozhodující, a to i s ohledem na skutečnost, že akcionářská smlouva dosud nebyla uzavřena a její dílčí ustanovení tak mohou doznat změn. Dále dodává, že obdobné dokumenty definující rámec budoucí podnikatelské činnosti jsou zásadně důvěrné povahy a obsahují obchodní tajemství, a proto by podle jeho názoru bylo přiložení akcionářské smlouvy jako celku v rozporu s běžnými obchodními zvyklostmi.

51. Zadavatel se dále ohrazuje proti argumentačnímu bodu navrhovatele, že napadený postup zadavatele může představovat veřejnou zakázku na stavební práce a uvádí, že se jedná o zcela nové tvrzení, které navrhovatel na žádném místě dříve podaných námitek neuvedl. S odkazem na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu dodává, že nové skutečnosti může navrhovatel v návrhu uplatnit pouze v případě, že tyto nemohl vůči zadavateli uplatnit dříve, a pouze za předpokladu, že nemožnost dřívějšího uplatnění daných skutečností prokáže. Z uvedeného důvodu se zadavatel domnívá, že tvrzení obsažená zejména v části VI.2 návrhu nejsou podle § 251 odst. 4 zákona přípustná.
52. Zadavatel dále uvádí, že dle stanoviska vypracovaného externím poradcem nepředstavuje záměr uzavřít akcionářskou smlouvu takový postup, který by byl zadavatel povinen realizovat prostřednictvím zadávacího řízení na veřejnou zakázku na stavební práce, a to i při zohlednění skutečnosti, že dílčí součástí první fáze projektu má být i rekonstrukce severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice.
53. Zadavatel dále uvádí, že o veřejnou zakázku by se jednalo pouze v případě kumulativního naplnění jejích pojmových znaků (uzavření smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, povinnost dodavatele poskytnout zboží, služby nebo stavební práce, úplatnost smluvního vztahu – poskytnutí protiplnění ze strany zadavatele).
54. Zadavatel nerozporuje, že naplňuje znaky veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona, nicméně ve vztahu k prvnímu projektu uvádí, že se nemůže jednat o „zadání veřejné zakázky“ ve smyslu § 2 zákona, neboť společný podnik v souladu se současným záměrem akcionářské smlouvy nebude založen za účelem výlučné realizace plnění, které by naplňovalo definiční znaky veřejné zakázky. Dodává, že k provedení předmětné rekonstrukce nebude společný podnik bezpodmínečně vázán (není mu dána povinnost poskytnout zboží, služby nebo stavební práce), naopak jsou ve smlouvě předvídané podmínky, za kterých je tato část z předmětného záměru vyňata a upřesňuje, co v dané souvislosti akcionářská smlouva stanovuje.
55. Dodává, že provedení rekonstrukce severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice je pouze dílčí součástí podnikatelského záměru, který má za cíl vybudovat, revitalizovat a dále komerčně využívat nemovitosti v dotčeném území. K tomu doplňuje, že na této skutečnosti nic nemění ani dílčí vyjádření zástupců zadavatele či hlavního města Prahy coby jediného akcionáře zadavatele. Zadavatel dodává, že i v případě, kdy by zamýšlená rekonstrukce severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice (tj. zamýšlený první projekt) naplnila znaky veřejné zakázky na stavební práce, s ohledem na plánovanou výši investice do rekonstrukce [... obchodní tajemství ...] Kč by se jednalo nanejvýš o podlimitní sektorovou veřejnou zakázku, kterou lze ze strany zadavatele zadat mimo režim zákona.
56. Zadavatel dále uvádí, že ačkoliv bude mít z provedených stavebních prací jako společník společného podniku hospodářský prospěch, tyto stavební práce bude realizovat společný podnik na vlastní účet a na vlastní odpovědnost, bez adekvátní přímé úplaty ze strany zadavatele.
57. K argumentaci navrhovatele, že zamýšlený postup může představovat koncesi na stavební práce, zadavatel odkazuje na svou argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách a dodává, že se navrhovatel k předloženým argumentům zadavatele nijak nevyjadřuje. Podle

názoru zadavatele návrh neobsahuje žádnou dodatečnou argumentaci, kterou by navrhovatel tuto námitku podpořil.

58. Zadavatel upozorňuje na skutečnost, že znaky koncese uvedené v § 174 odst. 2 zákona musí být naplněny současně, a tedy že se o koncesi na stavební práce nejedná v případě nesplnění kteréhokoli z definičních znaků. Zadavatel dodává, že akcionářská smlouva nezakládá závazek společného podniku poskytovat zadavateli služby či provést pro zadavatele dílo, které by bylo ze strany zadavatele vůči společnému podniku jakkoli vymahatelné. V dané souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 7. 2018, č. j. ÚOHS R0063,0064/2018/VZ-20856/2018/321/OMa, v němž předseda Úřadu shledal právě existenci konkrétní podoby závazku a jeho vymahatelnost jako zásadní pro dovození existence koncese. Dále zadavatel upozorňuje na rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 1. 2017, č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-00709/2017/521/OPi, v němž Úřad dovodil, že smlouva nenaplnňuje pojmový znak koncesní smlouvy (dle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení), jestliže neobsahuje též závazek koncesionáře poskytovat služby. Zadavatel dodává, že pokud se společný podnik rozhodne projekt z jakýchkoli důvodů nerealizovat, zadavatel jej nemůže s ohledem na absenci odpovídajících smluvních závazků společného podniku donutit ani soudní cestou k provedení stavebních prací týkajících se revitalizace stanice metra Nádraží Holešovice, nanejvýše může svou účast na společném podniku ukončit.
59. O koncesi podléhající režimu zákona se podle názoru zadavatele nemůže jednat ani v případě prvního projektu, protože smluvní podmínky jeho realizace se od realizace projektu jako takového nijak neliší. Společný podnik není k provedení příslušných prací povinen a není ani účelem převést na společný podnik výkon relevantní činnosti zadavatele v rozsahu provozování stanice metra Nádraží Holešovice, neboť provoz této rekonstruované stanice bude i nadále zajišťovat zadavatel v rámci výkonu své provozní činnosti. Zadavatel doplňuje, že tedy nebude docházet k přenosu žádného zvláštního provozního rizika ze strany zadavatele na společný podnik, který ponese pouze podnikatelské riziko k projektu jako celku, avšak od počátku, ve stejném rozsahu jako kterýkoli jiný soukromý investor. Zadavatel dodává, že pokud by mělo být uvedené vnímáno jako přenos provozního rizika, mohla by pojmové znaky koncese naplňovat jakákoli kapitálová účast kteréhokoli veřejného zadavatele na jakémkoli podnikatelském subjektu.
60. Zadavatel dále dodává, že předmětem spolupráce nemá být ani převod staveb společného podniku po uplynutí určité doby na zadavatele, neboť zadavatel se pouze účastní společného podniku, který má z developerské činnosti na vlastní účet a na vlastní odpovědnost generovat zisk. Pro úplnost zadavatel dodává, že projekt má být realizován na pozemcích, jichž se společný podnik stane výlučným vlastníkem, a s odkazem na ustálenou evropskou rozhodovací praxi (rozsudek SDEU ze dne 25. 3. 2010, C-451/08 ve věci Helmut Müller GmbH proti Bundesanstalt für Immobilienaufgaben) dovozuje, že i z tohoto důvodu se nemůže jednat o koncesi na stavební práce.
61. Zadavatel dodává, že je nepochybné, že osoby propojené s partnerem jsou jedinými developery s relevantním vlastnickým či spoluvlastnickým vztahem k dotčeným pozemkům. Realizace projektu bez partnera tedy není možná, neboť již stávající vlastnické a spoluvlastnické vztahy činí z partnera unikátního partnera pro účely projektu, bez jehož souhlasu projekt v zamýšlené podobě nelze realizovat. Dodává, že pokud není z obchodního

rejstříku patrné propojení mezi třetími osobami a partnerem, není to relevantní z hlediska závěru o zákonnosti postupu zadavatele.

62. Zadavatel dále uvádí základní informace týkající se účelu společného podniku. Zadavatel jako hlavní cíl spolupráce vnímá možnost podílet se dlouhodobě na podnikatelském záměru a zajistit dodatečný zdroj svého financování. S ohledem na skutečnost, že nedisponuje příslušným know-how v oblasti developerské činnosti, jeví se mu jako nezbytné, aby za tímto účelem založil nový podnik za účasti kvalifikovaného smluvního partnera. Dodává, že z ekonomického hlediska je společný podnik momentálně nejvýhodnější variantou, která bude do budoucna generovat zisk přesahující jednorázový prodej pozemků či jiný postup.
63. Zadavatel závěrem uvádí, že pokud předmětný záměr nepředstavuje veřejnou zakázku ani koncesi, je lhostejné, pokud jej bude realizovat od něj odlišný subjekt, který nebude mít postavení zadavatele. Zadavatel dále uvádí, že podle aktuálně zvažované podoby akcionářské smlouvy nemůže být společný podnik vůči zadavateli v postavení in-house dodavatele. Zadavatel dodává, že nemá v úmyslu od společného podniku odebírat služby, dodávky či stavební práce, a upřesňuje, že pokud by v budoucnu taková potřeba vyvstala, bude aplikovat příslušný zadávací režim.
64. Zadavatel uvádí, že záměr uzavřít akcionářskou smlouvu předložil k právnímu posouzení externímu poradci, který dospěl k závěru, že za daných předpokladů není dána důvodná pochybnost ohledně souladu se zákonem. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl.
65. Zadavatel upozornil, že přiložený návrh akcionářské smlouvy, včetně jeho příloh, je přísně důvěrný, a to v celém rozsahu. Vzhledem k tomu žádá, aby s ním Úřad zacházel v režimu obchodního tajemství dle ustanovení § 271 odst. 2 zákona a nikterak jej nezpřístupnil třetím osobám, např. prostřednictvím nahlížení do správního spisu.

#### **Vyjádření navrhovatele ze dne 3. 12. 2019**

66. Navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 3. 12. 2019, které Úřad obdržel téhož dne, reaguje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 14. 11. 2019. Uvádí, že nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že v rozhodnutí o námitkách odkázal na všechna relevantní ustanovení akcionářské smlouvy. Dodává, že skutečnost, že akcionářská smlouva může být předmětem změn, svědčí o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel se domnívá, že bez zpřístupnění relevantních částí akcionářské smlouvy nelze posoudit povahu „prvků zamýšlené spolupráce“ mezi zadavatelem a investorem. Navrhovatel se domnívá, že je v rozporu s ustálenou rozhodovací praxí správních soudů označit celý dokument jako obchodní tajemství a dodává, že se nejedná ani o standardní praxi zadavatele.
67. K názoru zadavatele, že se navrhovatel v podaném návrhu zaobíral možností, že by v daném případě zamýšlený postup zadavatele mohl představovat veřejnou zakázku na stavební práce, resp. skrytou veřejnou zakázku, a že se jedná o novou skutečnost, kterou navrhovatel neuvedl v námitkách, navrhovatel uvádí, že ve svých námitkách výslovně uvedl, že předmětný postup zadavatele může, kromě koncese na stavební práce, alternativně představovat zadání veřejné zakázky na stavební práce mimo zadávací řízení a cituje konkrétní část str. 3 námitek. Současně navrhovatel dodává, že s ohledem na ustanovení § 2 odst. 3 zákona je pojem „veřejná zakázka“ především legislativní zkratkou zahrnující nejen veřejnou zakázku *per se*, ale i koncesi, a v tomto smyslu je také navrhovatelem využíván.

Dodává, že kvůli celkově netransparentnímu postupu zadavatele je velice obtížné určit, v jakém režimu měl zadavatel veřejnou zakázku zadat. Dále navrhovatel upozorňuje, že i rozhodovací praxe Úřadu potvrdila, že návrh proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je podáván ve specifické situaci, kdy je navrhovatel v informační nevýhodě, a proto je možno z povahy věci upřesňovat popis plnění, které zadavatel hodlá mimo zadávací řízení pořídit a postupu, kterým toho hodlá dosáhnout. Podle názoru navrhovatele tedy nedošlo k podstatnému rozšíření obsahu námitek, neboť předmětným plněním jsou od začátku navrhovatelem definované stavební práce, což nerozporuje ani zadavatel.

68. Navrhovatel dodává, že pokud by se ukázalo, že nebyly splněny definiční znaky koncese na stavební práce, např. s ohledem na konkrétní způsob poskytnutí protiplnění ze strany zadavatele, kterým podle obsahu akcionářské smlouvy skutečně nemusí být poskytnutí užitků, neznámá to, že nebudou splněny pojmové znaky veřejné zakázky. Uvádí, že obecně jsou pojmovými znaky veřejné zakázky ve smyslu § 2 zákona (včetně koncese) pouze úplatnost, konkrétně určené smluvní strany a předmět smlouvy, kterými jsou v daném případě stavební práce, resp. realizace projektu. Podle názoru navrhovatele jsou všechna tato kritéria splněna – cílem společného podniku je development konkrétní lokality na daných pozemcích, přičemž přinejmenším v rozsahu rekonstrukce či revitalizace vestibulu metra je předmět veřejné zakázky dostatečně konkrétní.
69. Navrhovatel pro vyloučení všech pochybností dodává, že pokud by Úřad posoudil předmětnou část návrhu týkající se argumentace, že zadavatel svým postupem naplňuje znaky veřejné zakázky na stavební práce, jako nové skutečnosti ve smyslu § 251 odst. 4 zákona, jedná se o takové skutečnosti, které reagují na obsah rozhodnutí o námitkách. V případě, že by však Úřad přisvědčil argumentaci zadavatele, a dospěl k závěru, že v části VI.2 návrhu se jedná o jeho nepřípustné rozšíření, pak navrhovatel z důvodu procesní opatrnosti podává podnět k zahájení řízení o přezkumu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky na stavební práce, případně veřejné zakázky na služby mimo zadávací řízení.
70. Navrhovatel dále opakuje svou argumentaci vznesenou v návrhu k definičním znakům koncese a projevuje nesouhlas s názorem zadavatele, že se v návrhu nijak nevyjádřil k jeho argumentům v dané věci. Dále navrhovatel upozorňuje, že dodatečná argumentace v návrhu není nejen vyžadována zákonem, ale mohla by být považována za uvedení nových skutečností.
71. K argumentaci zadavatele, že se společný podnik k poskytnutí stavebních prací nezavazuje, navrhovatel uvádí, že pro ověření této skutečnosti nepostačí pouhá deklarace, že neexistuje vymahatelnost ze strany zadavatele. Navrhovatel dodává, že akcionářská smlouva je ze své povahy smluvního závazku mezi dvěma smluvními stranami vymahatelná, avšak bez posouzení jejího obsahu nelze konstatovat, nakolik konkrétní je závazek zadavatele poskytnout pozemky a nakolik je specifikován závazek na těchto pozemcích provádět kroky vedoucí k výstavbě projektu. Navrhovatel dovozuje, že pokud akcionářská smlouva stanovuje podmínky pro navýšení ceny vkládaných pozemků v návaznosti na nabytí účinnosti stavebního povolení, jedná se bezpochyby o výstavbu, a tedy závazek provést nebo zajistit provedení stavebních prací. Navrhovatel dodává, že existence závazku ve smyslu soukromého práva není dle právních teoretiků dotčena absencí či zánikem jeho vymahatelnosti. Shrnuje, že tedy i nevymahatelný závazek je stále závazkem.

72. K rozsudku SDEU sp. zn. C-451/08 ze dne 25. 3. 2010, ve věci Helmut Müller GmbH proti Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, z něhož zadavatel cituje v souvislosti s výlučným vlastnictvím pozemků společného podniku, navrhovatel uvádí, že zadavatel účelově opomíjí uvést další otázky, kterými se soud v daném případě zabýval. Uvádí, že se jednalo o transparentní proces, kde vlastník pozemků z pozice veřejného subjektu nejprve uveřejnil svůj záměr ohledně dané lokality a že následně probíhala soutěž. Dále dodává, že první a druhá otázka uvedeného rozsudku se zabývá tím, zda „*pojmem veřejné zakázky na stavební práce ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice 2004/18 vyžaduje, aby stavební práce, které jsou předmětem zakázky, byly fakticky nebo fyzicky provedeny na účet veřejného zadavatele a v jeho přímém hospodářském zájmu, nebo zda postačí, aby tyto stavební práce odpovídaly veřejnému účelu, jako je územní rozvoj části obce*“. Navrhovatel upozorňuje, že právě hospodářský zájem zadavatel ve svém vyjádření k návrhu akcentuje a dále z předmětného vyjádření dovozuje, že přímá úplata zadavatele spočívá ve vložení pozemků do společného podniku, a že hospodářský prospěch zadavatele představuje zisk plynoucí ze společného podniku. Dále navrhovatel uvádí, že právě kapitálová účast zadavatele na společném podniku se jeví jako účast ve smyslu hospodářského zájmu, a to v podobě rizik i ekonomických výhod společného podniku. Uvádí, že založení společného podniku představuje cestu, jak se vyhnout režimu zákona, ačkoliv se materiálně jedná o veřejnou zakázku. Navrhovatel cituje z uvedeného rozsudku odpověď k první a druhé otázce: „*pojmem veřejné zakázky na stavební práce (...) nevyžaduje, aby stavební práce, které jsou předmětem zakázky, byly fakticky nebo fyzicky provedeny na účet veřejného zadavatele v případě, že tyto práce jsou prováděny v přímém hospodářském zájmu tohoto zadavatele. Skutečnost, že tento zadavatel vykonává regulační pravomoci v oblasti územního rozvoje, nestačí pro splnění posledně uvedené podmínky*“. Navrhovatel dodává, že poslední citovaná věta nemá v případě společného projektu relevanci, neboť zadavatel takové regulační pravomoci nevykonává. Navrhovatel uzavírá, že v případě společného podniku jsou stavební práce, které budou v budoucnu prováděny v souvislosti s projektem, v přímém hospodářském zájmu zadavatele.
73. K argumentu zadavatele, že nelze být koncesionářem na vlastním pozemku, navrhovatel uvádí, že převedení pozemků do vlastnictví společného podniku představuje součást postupu, jímž zadavatel obchází zákon.
74. Navrhovatel dále uvádí, že z prohlášení náměstka hl. m. Prahy pro dopravu vyplývá, že jednou z podmínek spolupráce zadavatele a investora ve společném podniku je získání stavebního povolení (ještě před převodem pozemků). Navrhovatel k tomuto odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2019, sp. zn. 33 Cdo 118/2019 a uvádí, že povinnost vložit pozemky do společného podniku vázaná na vydání stavebního povolení by mohla být považována za podmínku nesplnitelnou a nepřihlíželo by se k ní. Zadavatel by tak podle názoru navrhovatele byl povinen splnit svou povinnost vkladu pozemků do společného podniku bezpodmínečně.
75. Dále je navrhovatel toho názoru, že o splnění definičních znaků koncese vypovídá vyjádření zástupce zadavatele, který uvedl, že „*Cena představuje dosažený kompromis zohledňující například povinnost investice do modernizace vestibulu metra, princip společného podniku, kdy jeden partner zajišťuje financování celého projektu a nese tím de facto celé riziko neúspěchu, zatímco druhý partner je proti neúspěchu zajištěn nepřevoditelností pozemků*“.

*a bez nutnosti spolufinancovat projekt má zajištěný podíl na zisku.“. V návaznosti na uvedené navrhovatel dovozuje, že úvahy zadavatele o nesplnění definičních znaků koncesní smlouvy jsou liché.*

76. K tvrzené výlučnosti partnera a účelu společného podniku navrhovatel uvádí, že zhodnocení pozemků zadavatele formou investice a jejich rozvoje ve spolupráci se soukromým partnerem není špatnou volbou, ale zvolený způsob výběru partnera v pořádku není. Navrhovatel v uvedeném postupu zadavatele spatřuje účelový záměr uměle zastřít účastí v kapitálové společnosti zadání veřejné zakázky.
77. Navrhovatel dále dovozuje rozpornost tvrzení zadavatele podle toho, že na jednu stranu zadavatel hovoří o výlučnosti partnera a na stranu druhou o tom, že by k realizaci projektu s investorem ani nemuselo dojít. Z uvedeného navrhovatel dovozuje, že založení společného podniku je reálně oddělitelné od projektu samotného. Je toho názoru, že investor není unikátní pro realizaci projektu. Navrhovatel dodává, že i v případě oddělitelnosti projektu a společného podniku by měl zadavatel postupovat transparentně dle pravidel veřejného zadávání. Navrhovatel dodává, že projekt je v jeho podstatné části uskutečnitelný bez zapojení subjektů, které disponují vlastnickými právy k dotčeným pozemkům, což dovozuje ze skutečnosti, že investor nemá ve vztahu k bloku východních budov vlastnická práva k dotčeným pozemkům. Z vyjádření členky dozorčí rady zadavatele pak navrhovatel dovozuje, že jediným účelem projektu je oprava vestibulu metra, který úzce souvisí s veřejným zájmem i relevantní činností zadavatele. Navrhovatel uzavírá, že jediným cílem založení společného podniku je zastření zadání veřejné zakázky, a tedy obcházení smyslu a účelu zákona.

#### **Přípis zadavatele ze dne 11. 12. 2019**

78. Dne 11. 12. 2019 obdržel Úřad od zadavatele přípis z téhož dne, ve kterém se zadavatel vyjádřil k žádosti navrhovatele o prodloužení lhůty k vyjádření k podkladům pro rozhodnutí.
79. K tomu zadavatel uvádí, že transakce týkající se založení společného podniku je připravována tak, aby postupy zadavatele při disponování s majetkem byly dlouhodobě účelné a efektivní. Revitalizace stanice metra Nádraží Holešovice pak tvoří pouze menší část projektu a v případě zablokování plánovaného postupu zadavatele nemusí mít ostatní zainteresované osoby další zájem na spolupráci se zadavatelem, což ve svém důsledku může mít dopady na hospodaření zadavatele. Případné prodražení projektu či jeho pozastavení může mít rovněž nevhodné důsledky na rozvoj lokality stanice metra Nádraží Holešovice.
80. Vzhledem k tomu, že argumentace navrhovatele v námitkách a následně i v návrhu je obsáhlá, má zadavatel za to, že navrhovatel svůj postup důkladně zvážil a konzultoval, a že obsah spisového materiálu nevyžaduje dodatečné seznamování se s novými podklady. Proto zadavatel vnímá žádost navrhovatele o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí za účelovou. Zadavatel proto žádá Úřad, aby zohlednil i výše uvedené faktory týkající se rozvoje daného území a hospodárnosti postupu, a aby rozhodl v době pokud možno co nejkratší.



**Vyjádření zadavatele ze dne 12. 12. 2019**

81. Dne 12. 12. 2019 obdržel Úřad od zadavatele přípis z téhož dne, ve kterém se zadavatel vyjádřil k podkladům pro rozhodnutí, v němž se vyjadřuje k podání navrhovatele ze dne 3. 12. 2019.
82. K navrhovatelem tvrzené nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách zadavatel uvádí, že navrhovatel svou argumentaci v dané věci staví na tom, že mu nebyla spolu s rozhodnutím o námitkách poskytnuta pracovní verze připravované akcionářské smlouvy o založení společného podniku. Zadavatel k tomuto uvádí, že text připravované smlouvy je přísně důvěrné povahy a jako celek je možné ji označit za obchodní tajemství, což podle jeho názoru nelze zpochybnit žádným argumentem navrhovatele. Upozorňuje na skutečnost, že je nezbytné rozlišovat mezi uzavřenou smlouvou a jejím návrhem, kdy proces jednání ještě není uzavřen. Dodává, že pokud může dojít ke změně jakékoli části připravované smlouvy, musí být vlastní text smlouvy chráněn jako celek v důvěrném režimu. Rovněž podotýká, že uveřejňovací povinnost dopadne na akcionářskou smlouvu až v okamžiku, kdy její text bude finální a oběma stranami podepsaný. Zadavatel je přesvědčen, že zpřístupněním relevantních informací vyjadřujících skutečný účel akcionářské smlouvy a společného podniku zadavatel naplnil své zákonné povinnosti zejména ve vztahu k nezbytné míře odůvodnění vypořádání námitek navrhovatele.
83. Podle názoru zadavatele navrhovatel nijak nevyvrací skutečnost, že podaným návrhem došlo k rozšíření podaných námitek a upozorňuje na skutečnost, že ačkoliv v souladu s koncepcí zákona spadají koncese pod pojem veřejná zakázka, definiční znaky koncese se od definičních znaků veřejné zakázky stricto sensu významně liší. Zadavatel podotýká, že navrhovatel v tomto směru nepřednesl žádnou argumentaci (např. dovozením či předpokladem jakékoli přímé či nepřímé úplaty ze strany zadavatele). Současně zadavatel poukazuje na argumentační paradox, kdy navrhovatel odůvodňuje absenci skutkového tvrzení v námitkách nezpřístupněním akcionářské smlouvy, avšak již v návrhu a posléze v jeho replice ze dne 3. 12. 2019 předkládá tvrzení ohledně zadání veřejné zakázky na stavební práce, ačkoliv v době podání těchto vyjádření navrhovatel aktuálním zněním akcionářské smlouvy stále nedisponoval. Zadavatel se domnívá, že předmětný návrhový bod je v rozporu s § 251 odst. 4 zákona.
84. Zadavatel nicméně připouští, že realizace účelu společného podniku může zahrnovat i rekonstrukci souvisejícího objektu vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice, avšak současně upozorňuje, že dle předpokládané hodnoty investice by se mohlo jednat nanejvýš o podlimitní sektorovou zakázku na stavební práce.
85. Zadavatel je toho názoru, že navrhovatel ani ve vyjádření ze dne 3. 12. 2019 nevypořádává přednesené argumenty zadavatele vztahující se k naplnění definičních znaků koncese a nevyvrací případnost odkazů zadavatele na související rozhodovací praxi. Zadavatel upozorňuje, že v žádném vyjádření netvrdí, že uzavření akcionářské smlouvy nezakládá žádný závazkový vztah, dodává však, že akcionářská smlouva v žádném případě nezakládá závazek společného podniku poskytovat zadavateli služby či provést pro zadavatele dílo, které by bylo ze strany zadavatele vůči společnému podniku jakkoli vymahatelné. Dodává, že s ohledem na absenci odpovídajících smluvních závazků společného podniku k tomu nemůže

společný podnik donutit ani soudní cestou, nanejvýše může zadavatel svou účast na společném podniku ukončit.

86. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na rozsudek SDEU ze dne 25. 3. 2010, ve věci C-451/08, Helmut Müller GmbH proti Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, z něho plyne, že *»„[p]ojem veřejné zakázky na stavební práce“ ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice 2004/18 vyžaduje, aby úspěšný uchazeč měl přímo nebo nepřímo provést stavební práce, které jsou předmětem zakázky, a aby splnění této povinnosti mohlo být soudně vymáháno podle pravidel stanovených vnitrostátním právem.«*. Zadavatel dodává, že společný podnik se nezavazuje provést jakékoliv práce ve prospěch zadavatele, a že naplněním účelu akcionářské smlouvy má dojít k realizaci komplexního developerského projektu, který nemá sloužit k uspokojování potřeb, resp. základního účelu založení zadavatele (resp. k zajištění služeb spočívajících v zajištění hromadné dopravy na území hlavního města Prahy), nýbrž ke standardní podnikatelské činnosti. Dodává, že realizace projektu má probíhat bez adekvátní přímé či nepřímé úplaty ze strany zadavatele, za finančních podmínek pro zadavatele výhodných.
87. Zadavatel dále uvádí, že pokud navrhovatel dovozuje účel společného podniku z vybraných mediálních výroků představitelů hlavního města Prahy nebo zadavatele, nelze mít tyto závěry za směrodatné, neboť „mediální zkratka“ vyžaduje zdůraznění těch prvků, které se týkají širší veřejnosti a které mají bezprostřední dopad na veřejný prostor.
88. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel v souvislosti s částí akcionářské smlouvy týkající se smlouvy o budoucí smlouvě kupní ve vztahu k převedení dotčených pozemků na společný podnik odkazuje na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2019, sp. zn. 33 Cdo 118/2019, přičemž uvedený odkaz navrhovatele považuje zadavatel za zcela nepřijatelný. Uvádí, že v rozsudkem posuzovaném případě byl sjednán závazek obsahující podmínku pro doplacení kupní ceny navázanou na vydání správního rozhodnutí ve správním řízení, které není možné ani iniciovat z vůle vlastníka dotčené věci, a v němž vlastník ani nemůže být účastníkem. Dodává, že akcionářská smlouva nestanoví závazek zajistit stavební povolení, ale naopak je předvídáno alternativní smluvní ujednání pro případ jeho nevydání ve stanoveném termínu, jehož uplatněním nedojde k jednostrannému dopadu do majetkové sféry zúčastněných subjektů.
89. K podmínce přenosu provozního rizika zadavatel uvádí, že realizace projektu bude výlučně v kompetenci společného podniku a ten tak ponese pouze podnikatelské riziko k projektu jako celku jako kterýkoli jiný soukromý investor realizující investiční výstavbu. Zadavatel dodává, že navrhovatel ani nepopisuje, co by mělo být obsahem takového přenosu rizika. Zdůrazňuje, že pokud budou splněny podmínky k uskutečnění revitalizace vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice v rámci prvního projektu, není v návaznosti na to záměrem ani účelem převést na společný podnik výkon relevantní činnosti zadavatele v rozsahu provozování stanice metra. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0063,0064/2018/VZ-20856/2018/321/OMa, ve kterém byly dovozeny znaky koncese u pachtovní smlouvy z toho důvodu, že pachtýř se zavázal k provozování služeb sportovního centra a takovýto smluvní vztah představoval spíše závazek, nežli oprávnění k provozování předmětných služeb. Zadavatel uvádí, že k ničemu takovému v případě společného podniku nedochází, společný podnik nebude pověřen výkonem žádných činností spadajících do předmětu činnosti zadavatele a nemůže se tedy jednat

o přenos provozního rizika, který by zakládal naplnění definičních znaků koncese na stavební práce či koncese na služby.

90. Zadavatel dále uvádí, že bez zapojení subjektů, které disponují věcnými právy k dotčeným pozemkům, není projekt uskutečnitelný. Podle jeho názoru není zcela zřejmé, jakou argumentační váhu mají tvrzení navrhovatele o oddělitelnosti jednotlivých částí projektu a poukazuje na jejich nelogičnost. Uvádí, že pokud zadavatel vlastní pozemky, které spolu územně souvisí a zároveň je pro jejich využití nezbytné zapojení třetího subjektu oprávněného disponovat s ostatními zapojenými parcelami, jeví se zadavateli jako nelogické nevyužít synergického efektu realizace projektu jako celku.
91. Zadavatel je přesvědčen, že jeho postup je nejen v souladu s právními předpisy, ale též představuje postup hospodárný. Uvádí, že návrh navrhovatele je zcela neopodstatněný a měl by být zamítnut.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 16. 12. 2019**

92. Navrhovatel v úvodu svého vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 16. 12. 2019, jež Úřad obdržel téhož dne, shrnuje postup, který předcházel podání návrhu a následně popisuje úkony, které učinil navrhovatel a Úřad v průběhu správního řízení.
93. Dále navrhovatel uvádí, že má výhrady k postupu Úřadu v řízení týkajícího se nahlížení do správního spisu uskutečněného dne 18. 11. 2019. Navrhovatel se domnívá, že mu nebylo umožněno uplatňovat procesní práva, která jsou mu z pozice účastníka řízení zákonem zaručena, neboť Úřad otálel s vydáním usnesení ze dne 3. 12. 2019, kterým částečně nevyhověl žádosti navrhovatele o nahlédnutí do spisu ze dne 15. 11. 2019 ve smyslu § 38 odst. 5 správního řádu, a to v rozsahu části spisu, jež obsahuje „akcionářskou smlouvu“ a její přílohy č. 1, 2 a 5, s odůvodněním, že Úřad ke dni 18. 11. 2019 neměl postaveno na jisto, zda se bude jednat o podklady pro rozhodnutí (dále jen „usnesení 1“).
94. Podle navrhovatele je usnesení 1 ve smyslu § 38 odst. 5 správního řádu usnesením, které se vydává bez předchozího řízení, a proto by mělo být vydáno bezodkladně. Navrhovatel uvádí, že mu nebyl umožněn přístup do celého spisu v rámci nahlížení dne 18. 11. 2019, přičemž o jeho záměru do spisu nahlédnout byl Úřad zpraven již dne 15. 11. 2019, kdy obdržel žádost o nahlédnutí do spisu. S ohledem na zásadu rychlosti správního řízení ve smyslu § 6 správního řádu považuje navrhovatel za nestandardní, když zákonem vyžadované usnesení 1 ve smyslu § 38 odst. 5 správního řádu vydal Úřad teprve dne 3. 12. 2019, tj. o 15 dní později.
95. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že usnesení 1 je usnesením, kterým se upravuje vedení správního řízení ve smyslu § 262 písm. a) zákona. Navrhovateli by měla být dána možnost podat proti usnesení 1 rozklad. S ohledem na judikaturu správních soudů by neměl mít navrhovatel jakožto účastník řízení užší rozsah procesních práv než osoby, jež žádají o nahlížení „pouze“ z titulu právního zájmu ve smyslu § 38 odst. 2 správního řádu. Podle judikatury se nejedná v případě těchto osob o usnesení, kterým se upravuje vedení řízení a mají tak právo podat rozklad i proti usnesení o odepření nahlížení do spisu či jeho části dle § 38 odst. 5 správního řádu, jak je zřejmé z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 75/2009 – 78 ze dne 4. 6. 2010. Navrhovatel se dále domnívá, že Úřad měl postupovat shodně se svým vlastním postupem ve správních řízeních v oblasti hospodářské soutěže, v nichž předseda Úřadu běžně projednává rozklady proti usnesení dle § 38 odst. 5

správního řádu, jak je zřejmé z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R32/2010/HS-9702/2010/310/JMa.

96. Navrhovatel dále uvádí, že ve lhůtě stanovené Úřadem pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí nahlédl dne 6. 12. 2019 do spisu, přičemž klíčové podklady rozhodnutí, tj. „akcionářská smlouva“ a její přílohy, mu nebyly zpřístupněny, o čemž Úřad vydal protokol o nahlížení ve smyslu § 18 odst. 1 správního řádu (dále jen „protokol ze dne 6. 12. 2019“). Navrhovatel dále podotýká, že mu bylo dne 16. 12. 2019 doručeno usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0398/2019/VZ-34155/2019/532/KSt z téhož dne (dále jen „usnesení 2“), kterým mu Úřad částečně neumožnil nahlédnout do spisu podle § 38 odst. 5 správního řádu z důvodu ochrany obchodního tajemství zadavatele. Navrhovatel se domnívá, že obsah protokolu ze dne 6. 12. 2019 je nesrozumitelný, neboť z něj nelze určit, které konkrétní podklady ze spisu byly zpřístupněné k nahlédnutí a které nikoliv. Navrhovatel zdůrazňuje, že mu nebyla zpřístupněna položka 10 správního spisu a nebylo mu umožněno učinit si z ní výpisy ani požadovat pořízení kopií.
97. S ohledem na skutečnost, že navrhovatel obdržel usnesení 2 v den, kdy končila lhůta pro vyjádření se k podkladům a současně procesní výhrady navrhovatele k usnesení 1 zůstaly nedotčeny, žádá navrhovatel Úřad o stanovení dodatečné třídenní lhůty pro vyjádření se k usnesení 2. Navrhovatel se domnívá, že pokud mu usnesení 2 bylo doručeno v okamžiku, kdy k němu nemůže efektivně zaujmout plnohodnotné a kvalifikované stanovisko, svědčí tento postup Úřadu o arbitrárním vedení řízení, v důsledku čehož je navrhovateli bráněno v uplatnění procesních práv účastníka řízení.
98. Navrhovatel dále uvádí, že vydání usnesení, jímž byla stanovena lhůta k vyjádření se k podkladům rozhodnutí ze dne 4. 12. 2019, působí překvapivě, když o den dříve Úřad vydal usnesení 1, v němž je uvedeno, že Úřad doposud neukončil shromažďování podkladů, a když k uzavření podkladů došlo den poté, co navrhovatel odeslal Úřadu své vyjádření (repliku k vyjádření zadavatele). Navrhovatel pochybuje, zda Úřad shromáždil všechny relevantní podklady ve smyslu § 50 správního řádu, a zda ty, které má Úřad k dispozici, náležitě posoudil.
99. Navrhovatel rozporuje věrohodnost podkladů rozhodnutí, zejména věrohodnost návrhu akcionářské smlouvy a jejích příloh. Navrhovatel považuje za zásadní pro zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, aby si Úřad od zadavatele vyžádal finální a neměnné znění návrhu akcionářské smlouvy, které má zadavatel v úmyslu podepsat, přičemž autenticitu a neměnnost daného znění konečného návrhu akcionářské smlouvy by měl, podle názoru navrhovatele, zadavatel doložit zápisy ze schůze příslušných orgánů zadavatele, jež předmětnou verzi k podpisu schválily.
100. Navrhovatel se domnívá, že shromážděné podklady nejsou dostačující pro rozhodnutí Úřadu. Uvádí, že obsahem spisu není žádná finanční či ekonomická analýza, jež by podložila argumenty zadavatele týkající se jeho motivace vstoupit do společného podniku. Navrhovatel je toho názoru, že nezbytným důkazem by v daném případě měla být ekonomická analýza, kterou má dle tiskové zprávy Magistrátu hlavního města Prahy pro zadavatele zpracovat společnost KPMG. Navrhovatel vyjadřuje pochybnost, zda uvedenou analýzu měl zadavatel ke dni vyjádření k návrhu. Dodává, že pokud zadavatel tvrdí, že vystupuje v pozici investora, měl by disponovat odhadem návratnosti své investice do

společného podniku. Navrhovatel uvádí, že pokud bude návratnost taková, že by do společného podniku nevstoupil na místo zadavatele jiný soukromý investor, lze uvažovat o tom, že se zadavatel účastí ve společném podniku vzdává vlastního majetku ve prospěch investora. Navrhovatel uvádí, že pokud tak zadavatel činí, očekává za to určité protiplnění, což je jeden ze znaků veřejné zakázky, popř. se vzdává vlastního majetku bez dalšího, což může vykazovat znaky veřejné podpory.

101. Navrhovatel se dále domnívá, že ve správním spisu chybí jakýkoli důkaz, který by podložil tvrzení zadavatele, že plánovaná výše investice do rekonstrukce v případě prvního projektu je [... obchodní tajemství ...] Kč (např. kvalifikovaný odhad ceny, resp. nákladů na přestavbu vestibulu metra Nádraží Holešovice) a upozorňuje na to, že pouze hodnota zpracování projektové dokumentace pro rekonstrukci stanice metra běžně přesahuje 40 milionů Kč (odkazuje na zadavatelem zahájené zadávací řízení na vypracování projektové dokumentace pro rekonstrukci stanice metra Flora v předpokládané hodnotě 49 milionů Kč bez DPH).
102. Navrhovatel dodává, že pokud zadavatel nepředloží relevantní podklad, jenž by dokázal jím tvrzenou hodnotu prvního projektu, navrhuje alternativně jako důkaz vypracování znaleckého posudku nebo odborného stanoviska ve smyslu § 261 odst. 2 zákona.
103. Navrhovatel se domnívá, že se zadavatel snaží účelově snížit hodnotu veřejné zakázky, neboť určená cena 4500 Kč za metr čtvereční hrubé podlažní plochy vkládaných pozemků zadavatele nemá tržní charakter. Podle názoru navrhovatele by si měl Úřad od zadavatele vyžádat posudek, z něž vyplývá předmětná částka za metr čtvereční pozemků zadavatele.
104. Navrhovatel uzavírá, že si Úřad musí pro zachování zásady materiální pravdy vyžádat od zadavatele všechny uvedené podklady tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, neboť v opačném případě by mohlo nedostatečné zjištění skutkového stavu mít za následek nezákonnost rozhodnutí Úřadu.
105. Navrhovatel navrhuje přerušit správní řízení do doby, než Úřad takové podklady získá.

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

106. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména vyjádření účastníků řízení, obdržených podkladů a vlastních zjištění, rozhodl o zamítnutí návrhu podaného navrhovatelem v celém rozsahu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Právní postavení zadavatele**

107. Úřad primárně posoudil, zda je splněn předpoklad stanovený v § 4 zákona, tedy zda je vůbec dána osoba zadavatele veřejné zakázky. K tomu Úřad uvádí následující.
108. Podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
  1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
  2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.

109. Z dikce ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona vyplývá, že do kategorie veřejných zadavatelů se řadí i tzv. jiná právnická osoba, která byla ustanovena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou či obchodní povahu, a současně je tato jiná právnická osoba v určitém vztahu ke konkrétnímu veřejnému zadavateli, přičemž tento vztah může být založen buď na základě převážného financování této jiné právnické osoby ze strany veřejného zadavatele, případně na tom, že konkrétní veřejný zadavatel může uplatňovat rozhodující vliv v této jiné právnické osobě nebo že volí více než polovinu členů v statutárním nebo kontrolním orgánu této jiné právnické osoby.
110. Z obchodního rejstříku zadavatele bylo zjištěno, že jediným akcionářem Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost je hlavní město Praha. Nemůže být proto sporu o tom, že je zde naplněna jedna (§ 4 odst. 1 písm. e) bod 2. zákona) ze shora popsaných podmínek pro konstatování, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona. Jestliže 100 % akcií drží hlavní město Praha, které je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona, pak předpoklad výše popsaného „uplatňování rozhodujícího vlivu“ jiného veřejného zadavatele je beze zbytku splněn.
111. Pokud jde o naplnění i druhé z podmínek pro učinění závěru, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona, a sice podmínky uspokojování potřeb veřejného zájmu, pak Úřad konstatuje následující. Platí, že za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat takové potřeby, které jsou spojeny s obecným zájmem nad jejich výkonem a které se stát prostřednictvím orgánů státní správy (resp. územní samosprávné celky na základě zvláštních právních předpisů) rozhodne uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním ponechává rozhodující vliv. Do předmětu podnikání Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost náleží mj. „*provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro) a lanové dráhy (Petřín a ZOO) a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze*“ a „*silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče*“. Lze tak dovodit, že provozování tramvajové dráhy, speciální a lanové dráhy, drážní dopravy a silniční motorové dopravy nemá sloužit k uspokojení potřeb konkrétních jednotlivců, případně úzké skupiny osob, nýbrž k uspokojení obyvatel hlavního města Prahy, potažmo jeho návštěvníků. Provozování metra, tramvajové a autobusové dopravy (tudíž městské hromadné dopravy) není adresnou činností, ale naopak činností, která slouží k zajištění potřeb veřejnosti jako celku. Vzhledem k právě řečenému Úřad dovozuje, že je tímto splněna i podmínka vymezená v § 4 odst. 1 písm. e) bod 1 zákona.
112. Lze tak shrnout, že zadavatel naplňuje obě podmínky stanovené v § 4 odst. 1 písm. e) zákona, když byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu v oblasti městské dopravy a zároveň je veřejným zadavatelem (hl. m. Prahou) ovládán, tudíž je veřejným zadavatelem dle tohoto ustanovení zákona.
113. Dále je třeba rovněž zohlednit, že zadavatel vykonává relevantní činnost ve smyslu § 153 odst. 1 písm. f) zákona.
114. Podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové dopravy nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“).

115. Podle § 4 odst. 3 zákona při zadávání sektorových veřejných zakázek podle § 151 zákona, včetně sektorových koncesí podle § 176 odst. 3 zákona, je zadavatelem také osoba uvedená v § 151 odst. 2 zákona. Za sektorovou veřejnou zakázku je ve smyslu § 151 zákona považována veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.
116. Jak je uvedeno výše, zadavatel je akciovou společností, jejímž jediným akcionářem je hl. město Praha, které vůči němu uplatňuje rozhodující vliv. Je rovněž nesporné, že jednou z činností zadavatele je provozování městské hromadné dopravy v hl. městě Praze. Zadavatel je provozovatelem dopravní sítě poskytující službu veřejnosti a je tedy splněna podmínka výkonu relevantní činnosti podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona. Úřad konstatuje, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost je veřejným zadavatelem, který zároveň vykonává i relevantní činnost podle citovaného ustanovení zákona.
117. S ohledem na shora popsané tudíž Úřad na tomto místě činí dílčí závěr, a sice ten, že osoba zadavatele veřejné zakázky je ve zde projednávané věci bezpochyby dána.

#### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

##### **Relevantní ustanovení zákona a dalších právních předpisů**

118. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah, nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12 zákona, § 155 zákona, § 156 zákona, § 189 zákona a § 190 zákona.
119. Veřejnou zakázkou je podle § 2 odst. 2 zákona veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2 zákona, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona, koncese na služby podle § 174 odst. 3 zákona nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 zákona.
120. Podle § 2 odst. 3 zákona je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. Tato povinnost se považuje za splněnou, pokud je veřejná zakázka zadána na základě rámcové dohody postupem podle části šesté hlavy II zákona, v dynamickém nákupním systému podle části šesté hlavy III zákona nebo pořizována od centrálního zadavatele nebo jeho prostřednictvím podle § 9 zákona.
121. Podle § 5 věty první zákona se dodavatelem rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nebo více těchto osob společně.
122. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
123. Ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel podle § 6 odst. 2 zákona dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
124. Veřejnou zakázkou na dodávky je podle § 14 odst. 1 zákona veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.

125. Podle § 14 odst. 2 zákona je veřejnou zakázkou na služby veřejná zakázka, jejímž předmětem je poskytování jiných činností, než uvedených v § 14 odst. 3 zákona.
126. Podle § 14 odst. 3 zákona je veřejnou zakázkou na stavební práce veřejná zakázka, jejímž předmětem je
- a) poskytnutí činnosti uvedené v oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému pro účely veřejných zakázek podle přímo použitelného předpisu Evropské unie (dále jen "hlavní slovník jednotného klasifikačního systému"),
  - b) zhotovení stavby, nebo
  - c) poskytnutí souvisejících projektových činností, pokud jsou zadávány společně se stavebními pracemi podle § 14 odst. 3 písm. a) nebo b) zákona.
127. Podle § 14 odst. 4 zákona je stavbou pro účely tohoto zákona výsledek stavebních nebo montážních prací vytvářející jednotný celek, který je sám o sobě dostatečný k plnění hospodářské nebo technické funkce. Bez ohledu na právní formu spolupráce mezi zadavatelem a dodavatelem se za veřejnou zakázku na stavební práce považuje rovněž zhotovení stavby odpovídající požadavkům stanoveným zadavatelem, přičemž za odpovídající požadavkům stanoveným zadavatelem se považuje stavba, u níž má zadavatel rozhodující vliv na druh nebo projekt stavby.
128. Podle § 158 odst. 1 zákona není zadavatel povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem podle § 25 zákona.
129. Za zadání koncese na stavební práce se podle § 174 odst. 2 zákona považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel
- a) zadá poskytnutí činnosti podle § 14 odst. 3 písm. a), b) nebo c) zákona dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z provozování stavby, která je výsledkem poskytnutých stavebních prací, nebo v tomto právu společně s platbou a
  - b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozování stavby.
130. Podle § 174 odst. 3 zákona se za zadání koncese na služby považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel
- a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c) zákona, dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a
  - b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.
131. Podle § 174 odst. 4 zákona se má za to, že došlo k přenesení provozního rizika podle § 174 odst. 2 a 3 zákona, pokud dodavateli za běžných tržních podmínek není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese. Může se jednat o riziko na straně poptávky, riziko na straně nabídky, nebo riziko na straně poptávky i nabídky. Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, pokud část provozního rizika přenesená na dodavatele zahrnuje skutečné



vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty dodavateli nebyly pouze zanedbatelné.

132. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté zákona, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
133. Úřad podle § 265 písm. a) zákona návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
134. Podle § 15 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), právní osobnost je způsobilost mít v mezích právního řádu práva a povinnosti.
135. Podle § 20 odst. 1 občanského zákoníku je právnická osoba organizovaný útvar, o kterém zákon stanoví, že má právní osobnost, nebo jehož právní osobnost zákon uzná. Právnická osoba může bez zřetele na předmět své činnosti mít práva a povinnosti, které se slučují s její právní povahou.
136. Podle § 118 občanského zákoníku má právnická osoba právní osobnost od svého vzniku do svého zániku.
137. Podle § 126 odst. 1 občanského zákoníku právnická osoba vzniká dnem zápisu do veřejného rejstříku.
138. Podle § 489 občanského zákoníku je věc v právním smyslu vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí.
139. Podle § 506 odst. 1 občanského zákoníku je součástí pozemku prostor nad povrchem i pod povrchem, stavby zřízené na pozemku a jiná zařízení s výjimkou staveb dočasných, včetně toho, co je zapuštěno v pozemku nebo upevněno ve zdech.
140. Podle § 506 odst. 2 občanského zákoníku není-li podzemní stavba nemovitou věcí, je součástí pozemku, i když zasahuje pod jiný pozemek.
141. Podle § 1746 odst. 2 občanského zákoníku mohou strany uzavřít i takovou smlouvu, která není zvláště jako typ smlouvy upravena.
142. Podle § 15 odst. 1 zákona č. 90/2012 o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obchodních korporacích“), je vkladem peněžní vyjádření hodnoty předmětu vkladu do základního kapitálu obchodní korporace. U akciové společnosti se vklad označuje jako jmenovitá nebo účetní hodnota akcie.
143. Podle § 250 odst. 1 zákona o obchodních korporacích k založení společnosti se vyžaduje přijetí stanov. Ten, kdo přijal stanov a podílí se na úpisu akcií, je zakladatel.
144. Podle § 4 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, činí finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce 149 224 000 Kč.

### Skutečnosti vyplývající z obdržených dokumentů

- 145. [... obchodní tajemství ...]
- 146. [... obchodní tajemství ...]
- 147. [... obchodní tajemství ...]
- 148. [... obchodní tajemství ...]
- 149. [... obchodní tajemství ...]

### Právní posouzení

- 150. Navrhovatel v podaném návrhu brojí proti záměru zadavatele uzavřít akcionářskou smlouvu se společností NHD za účelem následného založení společného podniku. Domnívá se, že zadavatel založením společného podniku obchází zákonnou povinnost zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, resp. že činí kroky, které bezprostředně směřují k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Navrhovatel je jednak přesvědčen, že již samotný postup zadavatele směřující k založení společného podniku není v souladu se zákonem, neboť se domnívá, že již při výběru investora (společníka) měl zadavatel povinnost postupovat podle zákona. Současně navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že činnost, kterou má společný podnik na základě akcionářské smlouvy vykonávat (minimálně část projektu týkající se modernizace severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice, která je součástí celkového záměru společného podniku, kterým je kromě zmíněné modernizace severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice i transformace severní části velkého rozvojového území Bubny v moderní městskou čtvrť), zahrnuje veřejnou zakázku na stavební práce (a to jak veřejnou zakázku na stavební práce v užším slova smyslu, tak koncese na stavební práce), a tedy že předmětné plnění by mělo být zadáváno v zadávacím řízení podle zákona. Podle názoru navrhovatele tedy zadavatel získá od společného podniku požadované plnění mj. v podobě modernizace severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice, aniž by došlo v zadávacím řízení k výběru investora (společníka) pro založení společného podniku a k výběru společného podniku jako dodavatele požadovaného plnění.
- 151. Z výše popsaného je zřejmé, že argumentace navrhovatele se projevuje ve více rovinách. Navrhovatel namítá, resp. otázkou sporu je tedy skutečnost, zda v prověřovaném případě:
  - je zadavatel povinen vybrat partnera (společníka), s nímž hodlá uzavřít akcionářskou smlouvu za účelem následného založení společného podniku, v zadávacím řízení,
  - zadavatel uvedeným postupem (záměrem uzavřít akcionářskou smlouvu) zadává veřejnou zakázku na stavební práce (potažmo koncesi na stavební práce).
- 152. Úřad na tomto místě pro vyloučení jakýchkoli pochybností, potažmo za účelem vymezení předmětu řízení, reaguje na argumentaci zadavatele, podle níž navrhovatel v podaných námitkách nenamítal, že by zamýšlený postup zadavatele týkající se stavebních plánů v podobě realizace záměru vyplývajícího z odst. (C) preambule návrhu akcionářské smlouvy (viz bod 145. odůvodnění tohoto rozhodnutí) mohl v daném případě představovat veřejnou zakázku na stavební práce, resp. „skrytou“ veřejnou zakázku, a že se tak jedná o nově tvrzenou skutečnost, ke které by Úřad podle § 251 odst. 4 zákona neměl přihlížet. Úřad k tomuto uvádí, že navrhovatel na straně 3 námitek mj. uvedl: „Z výše uvedených vyjádření Zadavatele a zástupce jediného akcionáře Zadavatele vyplývá, že příslušné orgány

*Zadavatele schválily postup, resp. zahájily proces, směřující k zadání stavebních prací spočívajících v modernizaci, revitalizaci a transformaci severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice (...) Společnému podniku (...) Zadavatel schválil a zahájil úkony, fakticky vedoucí k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Zadavatel namísto vypsání řádného zadávacího řízení (koncesního řízení dle § 174 a násl. ZZVZ, alternativně též otevřeného řízení na veřejnou zakázku na stavební práce) dle názoru Stěžovatele obchází ZZVZ (...).*“ S ohledem na uvedené neshledal Úřad tu část návrhu, jež se týká postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky na stavební práce týkající se modernizace severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice (resp. argumentaci navrhovatele, podle níž se jedná o skrytou veřejnou zakázku), za nové tvrzení navrhovatele uplatněné až v rámci návrhu, neboť předmětné části návrhu předcházely řádně a včas podané námítky. Úřad dodává, že již z obsahu námitek je zjevné, že navrhovatel svou argumentaci uplatňuje jak k možné veřejné zakázce v užším slova smyslu, tak ve vztahu ke koncesi (která je ve smyslu § 2 odst. 2 rovněž definována jako veřejná zakázka). S ohledem na výše uvedené tedy Úřad přistoupil k přezkumu návrhu v celém rozsahu, tj. Úřad se v rámci předmětného správního řízení bude zabývat argumentací navrhovatele, která se týká postupu zadavatele směřujícího k zadání údajné veřejné zakázky (v užším slova smyslu) i koncese ve vztahu k plánovaným stavebním akcím. Úřad nad rámec uvedeného poznamenává, že v daném případě by posouzení postupu zadavatele výhradně ve vztahu k možnému zadání veřejné zakázky (v podobě koncese i veřejné zakázky) výlučně z pohledu veřejné zakázky či koncese na stavební práce znamenalo ze strany Úřadu přepjatý formalismus. Argumentaci navrhovatele je potřeba chápat v rovině, že má za to, že zadavatelův postup naplňuje znaky veřejné zakázky, kterou je povinen zadat v zadávacím řízení, a to bez ohledu na kategorizaci veřejných zakázek ve smyslu § 2 odst. 2 zákona ve spojení s § 14 zákona (event. § 174 zákona), čemuž dle názoru Úřadu odpovídá jak obsah podaných námitek, tak i návrhu. Je lhostejno, že místy navrhovatel výslovně uvádí pojem „na stavební práce“, neboť z obsahu návrhu (potažmo i z obsahu námitek) je zřejmé, že navrhovatel uplatňuje svou argumentaci všeobecně na postup zadavatele, který směřuje k údajnému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.

153. Úřad konstatuje, že jeho kompetence při výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy jsou vymezeny v ustanovení § 248 zákona. Podle citovaného ustanovení zákona je Úřadu svěřen dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem o zadávání veřejných zakázek a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, kterými jsou uzavírání rámcové dohody (§ 131 zákona a násl.), dynamický nákupní systém (§ 138 zákona a násl.) a soutěž o návrh (§ 143 zákona a násl.). Ustanovení § 248 zákona podává taxativní výčet činností, které Úřad při tomto dozoru vykonává, a to:

- podle ustanovení § 248 odst. 1 písm. a) a b) zákona Úřad rozhoduje o tom, **zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu** postupoval v souladu se zákonem, případně **zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení**, je v souladu se zákonem;
- podle ustanovení § 248 odst. 1 písm. c) a d) zákona Úřad **ukládá nápravná opatření a rozhoduje o návrhu na ukončení fáze inovačního partnerství** podle § 267 zákona;

- podle ustanovení § 248 odst. 1 písm. e) zákona Úřad **kontroluje podle zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), soulad úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek** se zákonem;
- podle ustanovení § 248 odst. 2 zákona má Úřad zvláštní **pravomoc přezkoumávat rovněž veřejné zakázky malého rozsahu, pokud zadavatel za účelem zadání veřejné zakázky malého rozsahu zahájil zadávací řízení**;
- podle ustanovení § 248 odst. 2 zákona má Úřad taktéž v rámci prováděného dozoru nad zadáváním veřejných zakázek pravomoc **projednávat přestupky podle tohoto zákona a ukládat sankce**, v tomto případě pokuty, za jejich spáchání. Úřad tak činí v samostatně zahájeném správním řízení o přestupku, které není možno zahájit na návrh účastníka správního řízení, ale pouze Úřadem z moci úřední.

154. S odkazem na předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad poznamenává, že za situace, kdy jednání zadavatele, resp. kontraktační proces nesměřuje k uzavření smlouvy na plnění, jež by naplňovalo zákonem vymezené znaky veřejné zakázky, popř. koncese (k tomu v podrobnostech viz níže), není Úřad k přezkumu takového postupu zadavatele kompetentní, a zadavateli za tento postup nelze uložit žádné nápravné opatření ve smyslu zákona, a to ani dle § 263 odst. 7 zákona. Jinými slovy řečeno, k tomu, aby byl Úřad příslušný k přezkumu postupu zadavatele, musí být takový postup „označitelný“ za zadávání veřejné zakázky, resp. koncese; v opačném případě není kompetence Úřadu k přezkumu takového postupu zadavatele dána. Pro rozptýlení jakýchkoliv pochybností Úřad akcentuje, že uvedené však neplatí v situaci, kdy Úřad přezkoumává postup zadavatele, který nespadá pod režim zákona, jako ve zde řešeném případě, kdy je předmětem sporu právě skutečnost, zda postup zadavatele naplňuje znaky zadávání veřejné zakázky (ve smyslu rozsahu § 2 odst. 2 zákona), a měl být tento postup uplatňován v rámci zadávacího řízení, jak lze dovodit ze znění ustanovení § 248 odst. 1 písm. b) zákona.

155. S ohledem na skutečnosti namítané navrhovatelem v návrhu je dle Úřadu zřejmé, že **návrh napadá postup zadavatele směřující k údajnému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení**. Jak již bylo uvedeno výše, **otázkou sporu je mj. posouzení skutečnosti, zda je zadavatel povinen vybrat partnera (společníka), s nímž hodlá uzavřít akcionářskou smlouvu, v zadávacím řízení, tzn. zda výběr společníka, se kterým by měla být uzavřena akcionářská smlouva, potažmo následně založena akciová společnost, představuje veřejnou zakázku**. Dále je ve vztahu k namítaným skutečnostem nutné posoudit, zda zadavatel uvedeným postupem, tj. záměrem uzavřít akcionářskou smlouvu, která obsahuje i ujednání o možných budoucích stavebních pracích, zadává veřejnou zakázku, potažmo koncesi na stavební práce, tzn. **zda postup zadavatele směřující k uzavření akcionářské smlouvy směřuje k zadání veřejné zakázky na stavební práce (potažmo koncese na stavební práce)**, event. jakékoliv veřejné zakázky, mimo zadávací řízení.

156. Pro vyloučení všech případných pochybností **Úřad uvádí, a to i s ohledem na argumentaci uplatňovanou navrhovatelem, že předmětem přezkumu může být výlučně „jenom“ postup zadavatele**, tzn. Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9. V rámci předmětného správního řízení nelze posuzovat a přijímat závěry k postupu, či budoucím postupům jiných subjektů. Stejně tak je pro posouzení věci nerozhodné eventuální právní postavení možné budoucí akciové

společnosti zakládané zadavatelem a společností NHD, zda-li tato má povinnost postupovat dle zákona. Úřad tedy není ve zde projednávané věci kompetentní vyjadřovat se k tomu, jakou činnost a v jakém režimu (zda dle zákona) má vykonávat potenciální budoucí společný podnik zadavatele a společnosti NHD. V tomto správním řízení je posuzován výlučně postup zadavatele ve výše specifikovaných rovinách, které navrhovatel nastínil.

*K postupu zadavatele směřujícímu k výběru společníka k uzavření akcionářské smlouvy*

157. Vzhledem k výše uvedenému se Úřad předně zabýval tím, zda postup zadavatele při výběru partnera (společníka), s nímž zadavatel hodlá uzavřít akcionářskou smlouvu, a tedy ve svém důsledku založit akciovou společnost, vůbec naplňuje znaky veřejné zakázky ve smyslu zákona, a zda tedy měl být výběr tohoto smluvního partnera zadavatelem uskutečněn v zadávacím řízení, tzn. zda se jedná o zadávání veřejné zakázky.
158. Podle § 2 odst. 1 věty první zákona se zadáním veřejné zakázky rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.
159. Z právě citovaného ustanovení zákona pak lze poměrně jednoduše dovodit, že za zadání veřejné zakázky zákonodárce považuje uzavření smluvního vztahu s následujícími znaky:
- stranami smlouvy jsou zadavatel (viz § 4 zákona) a dodavatel (viz § 5 zákona)
  - předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací (viz § 14 zákona) zadavateli
  - vztah mezi stranami je úplatný.
160. Ve vztahu k jednotlivým podmínkám, které musí být naplněny, aby bylo možno na určitý právní vztah pohlížet jako na veřejnou zakázku, nelze přehlédnout ani existující judikaturu, která výčet znaků veřejné zakázky do určité míry zkonkretizovala a výčet jednotlivých znaků je tak širší. V minulosti se totiž soudy opakovaně zabývaly výkladem naplnění pojmových znaků pro veřejnou zakázku [byť byla dále uvedená judikatura vytvořena za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), lze ji nepochybně použít i za účinnosti zákona, neboť z hlediska základních pojmových znaků veřejné zakázky nedoznala současná právní úprava, čili zákon, oproti ZVZ žádné změny].
161. V rozsudku ze dne 21. 4. 2016 sp. zn. 62 Af 15/2015 Krajský soud v Brně vymezil následujících šest podmínek, které musí být kumulativně splněny, aby se jednalo o veřejnou zakázku:
- musí se jednat o smluvní vztah mezi zadavatelem (jak je definován zákonem) a jedním nebo více dodavateli
  - předmětem takového právního vztahu musí být dodávky, služby nebo stavební práce
  - zadavatel musí požadovat získání předmětu plnění (tedy dodávek, služeb nebo stavebních prací)
  - toto plnění mu musí poskytovat dodavatel
  - dodavatel musí požadovat za své plnění úplatu
  - tuto úplatu podle smlouvy poskytuje zadavatel či jiná osoba.
162. K tomu Krajský soud v Brně dodal, že *„[p]ovahu kontrahovaného smluvního vztahu (...) tedy konkrétně to, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, nelze posuzovat podle formy, která je k uspokojení požadavku zadavatele po konkrétním plnění zvolena, nýbrž podle materiálního*

obsahu zadavatelova požadavku a faktické povahy a obsahu jednotlivých úkonů, prostřednictvím kterých má být zadavatelův požadavek uspokojen.“. Touto úvahou Krajský soud v Brně navázal na již ustálenou judikaturu týkající se tzv. dissimulovaných veřejných zakázek, jejíž závěry byly instruktivně shrnuty v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2013 sp. zn. 62 Af 35/2012 takto: „Formální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, stejně jako jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva, tu není rozhodující. Smlouva na veřejnou zakázku není zvláštním smluvním typem (...) Naplnění znaků veřejné zakázky může být založeno i kombinací několika soukromoprávních úkonů, pokud z nich vyplývá zadavatelova povinnost poskytnout plnění, jež je vyjádřitelné v penězích a jež je svojí povahou, se zohledněním kontextu všech práv a povinností zadavatele vyplývajících ze všech takto spolu souvisejících a na sebe navazujících soukromoprávních úkonů, zadavatelovým výdajem.“. Právě uvedené Úřad interpretuje tak, že má-li být určitý právní vztah posuzován z toho hlediska, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, musí být takový právní vztah posuzován jednak materiálně (jeho formální označení je nerozhodné), jednak ve své komplexitě (není rozhodující, zda je založen jedním či vícero právními jednáními).

163. Ve vztahu k obecným východiskům týkajících se naplnění pojmu veřejná zakázka je v tomto ohledu možno odkázat i na obsah důvodové zprávy k zákonu, v níž je mj. uvedeno následující *»(...) zadání veřejné zakázky, kterým rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby či stavební práce. Charakteristikou veřejné zakázky je úplatnost, tedy zadavatel „platí“ za poskytnuté plnění, přičemž „úplata“ nemusí probíhat jen prostřednictvím peněz, může být realizována jinou formou (...) Rozhodující je také skutečnost, že platí zadavatel. V případě, že zadavatel poskytuje plnění (prodává, pronajímá) a sám je příjemcem úhrady, není uzavření takové smlouvy již zadáním veřejné zakázky. Další charakteristikou je povinnost na straně dodavatele spočívající v poskytnutí plnění (...) Zadáním veřejné zakázky není uzavření takové smlouvy, která nenaplnuje zákonné znaky zadání veřejné zakázky. V takovém případě uzavření smlouvy není tímto zákonem regulováno vůbec.«* (pozn. zvýraznění jsou provedena Úřadem).
164. Již z výše uvedeného je zjevné, že nelze na každé jednání zadavatele nahlížet jako na takové, které by představovalo jednání vedoucí k zadání veřejné zakázky (která by potažmo měla být zadána v zadávacím řízení), tzn. nelze na každý krok zadavatele, který činí, hledět prizmatem zákona. Zadavatel je při svém počínání vázán zákonem pouze za situace, že v jeho jednání lze nalézt znaky vedoucí k zadávání veřejné zakázky, avšak ne každé jednání tyto znaky naplní a lze jej subsumovat pod „zadávání veřejné zakázky“. Pokud by tomu tak bylo, nebylo by ani potřeba, aby zákonodárce definoval, jaké prvky musí být naplněny, aby se vůbec jednalo o veřejnou zakázku, jelikož pod pojem veřejné zakázky by spadalo jakékoliv jednání zadavatele.
165. Úřad na tomto místě sděluje, že v daném případě je zadavatel veden snahou založit akciovou společnost, jejíž činnost hodlá směřovat určitým směrem. Není sporu o tom, že zadavatel je takovým subjektem práva – právnickou osobou s právní subjektivitou (právní osobností) ve smyslu § 15 odst. 1 občanského zákoníku ve spojení s § 20 občanského zákoníku, který je oprávněn zakládat vlastní společnosti, tzn. i akciovou společnost. Počet zakladatelů (společníků) akciové společnosti může být vícečetný, akciovou společnost tedy může založit

více zakladatelů (a může mít i více společníků). Možnost, způsob a postup při jejím založení a vzniku upravují relevantní právní předpisy (např. zákon o obchodních korporacích, občanský zákoník), kterými jsou subjekty, jež hodlají společnost založit, vázáni. Naopak postup při zakládání akciové společnosti zákon neupravuje.

166. Co se týče posouzení otázky výběru samotného partnera pro založení akciové společnosti, má Úřad za to, že je třeba zaměřit se na zodpovězení otázky v kontextu shora nastíněného výkladu definice veřejné zakázky, tzn. zda v daném případě společnost NHD pro zadavatele představuje (a) **dodavatele**; (b) společnost NHD v kontextu výše řešené problematiky zadavateli **nabízí (dodává) plnění**; (c) **plnění je úplatné** (zadavatel za něj zaplatí dodavateli). „Stěžejním“ dokumentem, o němž opírá svou argumentaci navrhovatel, je v šetřeném případě akcionářská smlouva, kterou zadavatel hodlá uzavřít se společností NHD, přičemž právě „její místo“ v akcionářské smlouvě, by mělo být dle navrhovatele považováno za veřejnou zakázku a mělo být „soutěženo v režimu zákona“.
167. V daném případě nelze přehlédnout, že v souvislosti se zakládáním akciové společnosti zadavatel rozvíjí svou částečnou obchodní činnost a hodlá spoluzaložit akciovou společnost, která má být směřována určitým směrem. K tomu potřebuje vhodného partnera, a to mj. i s ohledem na vlastnictví jednotlivých pozemků v dané lokalitě (popř. partnera s takovým postavením, díky kterému bude schopen získat další pozemky v dotčené lokalitě), finanční zajištění apod., aby mohlo být dosaženo účelu, ke kterému je akciová společnost zakládána. Dle názoru Úřadu nelze zadavateli upírat možnost (právo s ohledem na jeho postavení právnické osoby s vlastní právní osobností), aby vyvíjel i aktivity související se založením nové obchodní společnosti, jejíž činnost bude zaměřena určitým konkrétním směrem (spočívajícím v zajištění výstavby, rozvoji určité lokality), jelikož je to jeho oprávnění vyplývající z jiných právních předpisů a dle názoru Úřadu zákon v tomto směru neobsahuje žádné relevantní ustanovení, které by zadavateli kladlo nějaká omezení.
168. S uzavřením akcionářské smlouvy, tedy krokem, ke kterému se ve zde posuzovaném případě chystá zadavatel, jsou logicky spjaty i kroky vedoucí k založení a vzniku akciové společnosti. Právě akcionářská smlouva, resp. její uzavření, má totiž dle názoru navrhovatele vést k obcházení zákona zadavatelem. Úřad tudíž pokládá za vhodné v obecné rovině popsat charakter akcionářské smlouvy jako takové, stejně tak pojednat o konkrétních ustanoveních akcionářské smlouvy, jež má být uzavřena mezi zadavatelem a společností NHD, která jsou z jeho pohledu relevantní pro rozhodnutí věci. K tomu Úřad konstatuje následující.
169. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že akcionářskou smlouvu lze označit jako typ *inominátní smlouvy*, neboť její obsah není striktně vymezen žádným právním předpisem (není upravena jako konkrétní typ smlouvy), přičemž možnost uzavření takové smlouvy vyplývá z § 1746 odst. 2 občanského zákoníku. Charakteristickým rysem tzv. *inominátní (nepojmenované) smlouvy* je, že její obsahový rámec určují a formulují sami její účastníci. Typicky jsou v akcionářské smlouvě upravovány např. strategické zaměření obchodního vedení a základní principy podnikání akciové společnosti, způsob a podmínky rozdělení zisku mezi společníky, předkupní právo ostatních společníků k akciím, postup při řešení patových situací vzniklých z rozporů mezi společníky, podmínky ukončení účasti společníka ve společnosti apod. Nejvyšší soud České republiky ve svém rozsudku sp. zn. 33 Cdo 1977/2007, ze dne 9. 9. 2009 uvedl: „*U nepojmenovaných smluv určují obsah smlouvy její účastníci, kteří si upraví vzájemná práva a povinnosti, jež tvoří obsah smlouvy, která je právním důvodem jejich*

vzniku. Teprve není-li v určité otázce účastníky nic smluveno, použijí se na závazkový právní vztah, vzniklý z nepojmenované smlouvy, analogicky ta zákonná ustanovení, která upravují závazkový právní vztah obsahem a účelem nejbližší.“. Nezřídka jsou součástí akcionářské smlouvy i stanovy (ve zde šetřené veřejné zakázce, jak vyplývá z návrhu znění akcionářské smlouvy, jež byla Úřadu zadavatelem předložena, by stanovy měly představovat přílohu č. 1 této smlouvy a je zjevné, že tyto se v budoucnu v jejich konkrétní podobě mají stát přílohou č. 1 akcionářské smlouvy), s jejichž přijetím je potom spojováno založení akciové společnosti. Akcionářská smlouva tedy představuje určitý „krok“ k založení nové právní entity, tj. akciové společnosti, zejména za situace je-li s jejím uzavřením imanentně spjato i přijetí stanov (viz § 250 odst. 1 zákona o obchodních korporacích), jako je tomu v tomto konkrétním případě. Pokud jde o samotný vznik akciové společnosti, tak ten je potom spojen se splněním právními předpisy vyžadovanými dalšími náležitostmi a jejím následným zapsáním do obchodního rejstříku (viz § 126 odst. 1 občanského zákoníku), čímž akciová společnost získá i právní osobnost (viz § 118 občanského zákoníku). Je tak možno shrnout, že akcionářská smlouva sama o sobě představuje jistý „předstupeň“ pro vznik akciové společnosti, kdy její smysl tkví zejména v úpravě podstatných náležitostí pro založení a fungování „budoucí“ akciové společnosti.

170. [... obchodní tajemství ...]

171. [... obchodní tajemství ...]

172. Po přezkumu obsahu návrhu akcionářské smlouvy, ve vztahu k postupu zadavatele při výběru společníka k uzavření akcionářské smlouvy, Úřad neshledal, kromě cíle založit akciovou společnost a upravit práva a povinnosti akcionářů a směřování činnosti zakládáné společnosti, že by tento zahrnoval prvky dalšího smluvního vztahu, jenž by představoval v jednání zadavatele naplnění znaků veřejné zakázky, kterou by byl zadavatel povinen zadat v některém z druhů zadávacích řízení (v podrobnostech viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak již Úřad uvedl v bodu 166. odůvodnění tohoto rozhodnutí, k naplnění znaků veřejné zakázky je třeba v jednání zadavatele nalézt to, že společnost NHD pro zadavatele představuje dodavatele ve smyslu zákona, který mu nabízí (dodává) úplatné plnění. Právě posouzení této otázky je odpovědí na to, zda výběr partnera pro založení akciové společnosti představuje veřejnou zakázku.

173. Osobu dodavatele v kontextu zákona nelze vnímat libovolně. Zákon pojem dodavatele definuje v § 5. Dle § 5 věty první zákona se dodavatelem rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací. Z uvedeného je tedy zjevné, že definice dodavatele je v dikci zákona velmi úzce spjata s tím, že se musí jednat o subjekt, který nabízí zadavateli určitý druh plnění (poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací), které je zákonem dále rovněž definováno. Osobu dodavatele a dodávané úplatné plnění lze tak vnímat jako „spojité nádoby“, a to v tom smyslu, že aby se jednalo o zadávání veřejné zakázky, musí existovat dodavatel, kterým je poskytováno určité úplatné protiplnění vůči zadavateli. Zákon v tomto směru rozeznává veřejné zakázky na dodávky, služby a stavební práce.

174. V § 14 odst. 1 zákona je definováno, že veřejnou zakázkou na dodávky je veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou



součástí veřejné zakázky na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.

175. Úřad předně konstatuje, že výběr osoby společníka, se kterým bude zakládána akciová společnost, v sobě nese znaky veřejné zakázky na dodávky, což odůvodňuje následovně. Z akcionářské smlouvy nevyplývá, že by zadavatel po společnosti NHD požadoval cokoli dodat (a to jak ve formě koupě, nájmu či pachtu). V ustanoveních akcionářské smlouvy nelze sledovat naplnění znaků veřejné zakázky na dodávky, jelikož v ní není obsažen žádný závazek společnosti NHD vůči zadavateli, tzn. že by mělo být z její strany poskytnuto jakékoliv úplatné protiplnění (a to ani ve formě dodávek) zadavateli. Zadavatel ani nepožaduje dodání žádného plnění v podobě dodávky. Postupem vedoucím k založení akciové společnosti se společnost NHD nezavazuje dodat zadavateli zákonem definované plnění – věc, zvíře či ovladatelné přírodní síly. Společnost NHD tedy tím, že se chystá se zadavatelem založit akciovou společnost, zadavateli „neprodává“ žádné plnění, což je právě charakteristickým rysem veřejné zakázky na dodávky.
176. Na uvedeném ničeho nemění ani skutečnost, že jak zadavatel, tak společnost NHD do budoucí společnosti (zakládané akciové společnosti) budou dávat vklad ve smyslu § 15 zákona o obchodních korporacích (a to jak v podobě peněžitého, tak nepeněžitého plnění); vložení vkladu do zakládané společnosti nepředstavuje dle názoru Úřadu úplatné protiplnění mezi zadavatelem a společností NHD naplňující definici veřejné zakázky na dodávky. Tato plnění (vklady) jsou oběma stranami investovány do jiného subjektu, což činí i s ohledem na právní úpravu týkající se způsobu zakládání akciové společnosti (bez vložení vkladu by ani společnost nemohla vzniknout). Na tato „plnění“, jak ze strany zadavatele, tak společnosti NHD, nelze nahlížet optikou zákona, nehledě na to, že se nejedná o plnění, které by poptával zadavatel „pro sebe“ a jemu bylo poskytnuto. Zákon zadavatele nikterak neomezuje v možnosti použít své prostředky na založení společnosti (bez ohledu na to, o jakou formu se jedná). Úřad proto neshledal, že by ve výběru partnera (společníka) k uzavření akcionářské smlouvy, a to i s přihlédnutím k obsahu návrhu akcionářské smlouvy, vyplýval závazek druhé smluvní strany, tj. společnosti NHD, poskytnout zadavateli jakékoliv plnění, jehož předmětem by bylo pořízení věcí, zvířat či ovladatelných přírodních sil. Výběr partnera pro založení akciové společnosti tedy nepředstavuje veřejnou zakázku na dodávku, resp. poskytnutí dodávky. Úřad nikterak nerozporuje, že akcionářská smlouva obsahuje závazky související se založením a fungováním zakládané akciové společnosti, ale na tyto závazky nelze nahlížet jako na ty, které naplňují znaky veřejné zakázky na dodávky.
177. Úřad k výše uvedenému poznamenává, že je mu z jeho úřední činnosti známo, že v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0330/2017/VZ-08408/2018/521/MŽi ze dne 19. 3. 2018 (potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0057/2018/VZ-18785/2018/323/EBr ze dne 25. 6. 2018) Úřad rozhodl, že akcie spadá pod definici „věci“ ve smyslu § 489 občanského zákoníku, a může tak být předmětem veřejné zakázky na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona. Nicméně je nutno upozornit na skutečnost, že předmětem veřejné zakázky přezkoumávané v citovaném rozhodnutí Úřadu se jednalo o nákup akcií již existujících společností, tj. zadavatel nákupem akcií vstupoval „zvenčí“ do těchto již existujících akciových společností a kupoval si tak od dodavatele existující věc, s níž měl pak spojena určitá práva. V případě šetřeném v tomto správním řízení však zadavatel akcie existující společnosti nenakupuje; společnost NHD zadavateli žádné akcie „neprodává“. Zadavatel je

totiž tím, kdo se podílí na vytvoření nové entity – akciové společnosti, jejímž bude zakladatelem. V daném případě se tak nejedná o situaci, kdy by společnost NHD disponovala akciemi určité společnosti a od ní zadavatel akcie nakupoval – společnost NHD zadavateli žádné takové plnění nenabízí. Právě touto skutečností se liší šetřený postup zadavatele v tomto správním řízení od postupu zadavatele šetřeného ve správním řízení sp. zn. S0330/2017/VZ. Úřad má tudíž za to, že závěry učiněné ve shora citovaném rozhodnutí nejsou na posuzovaný případ přiléhavé.

178. S ohledem na právě řečené má Úřad za prokázané, že lze vyloučit, že by postup zadavatele při výběru společníka pro založení akciové společnosti odpovídal postupu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky na dodávky. Zjednodušeně řečeno získáním společníka pro založení akciové společnosti zadavatel „nenakupuje od dodavatele plnění spočívající v dodávkách“. Nad rámec uvedeného Úřad pro úplnost doplňuje, že byť akcionářská smlouva obsahuje závazky související se založením a fungováním zakládané akciové společnosti a společnost NHD, stejně tak zadavatel, mají nějaké plnění vložit do zakládané společnosti, nelze na vklad související se zakládáním akciové společnosti hledět jako na úplatné protiplnění mezi stranami (zadavatelem a společností NHD), které by představovalo veřejnou zakázku, neboť toto „plnění“ (vklad) je činěno vůči zakládané společnosti, aby vůbec mohla vzniknout.
179. Stejně tak má Úřad za to, že postup zadavatele vedoucí k výběru společníka k založení akciové společnosti nelze z logiky věci kvalifikovat jako veřejnou zakázku na stavební práce. Z povahy věci je v tomto případě vyloučeno nazírat na zamýšlený výběr společníka společnosti jako na stavební práci.
180. Veřejnou zakázkou na stavební práce je podle § 14 odst. 3 zákona veřejná zakázka, jejímž předmětem je provedení stavebních činností, které jsou uvedeny v oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému, dále pak zhotovení stavby a také související projektová činnost, pokud je zadávána společně se stavebními pracemi. Zde je třeba oddělit druhou argumentační rovinu podaného návrhu, tj. zda z akcionářské smlouvy nevyplývá provádění stavebních prací, resp. zda lze ze znění akcionářské smlouvy dovozovat postup zadavatele vedoucí k zadání veřejné zakázky na stavební práce. Tato otázka však stojí samostatně a nelze ji směřovat s postupem při výběru společníka pro uzavření akcionářské smlouvy, potažmo založení akciové společnosti. Ostatně ani sám navrhovatel nepředkládá argumentaci v tom smyslu, že by společnost NHD měla být vůči zadavateli poskytovatelem (dodavatelem) stavebních prací. Dle přesvědčení Úřadu je tudíž možno bez dalšího konstatovat, že postup zadavatele při výběru společníka pro založení akciové společnosti nelze považovat za postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky na stavební práce.
181. Co se týče posouzení, zda výběr společníka k uzavření akcionářské smlouvy, a tedy i de facto založení akciové společnosti, představuje veřejnou zakázku na služby, Úřad konstatuje, že veřejná zakázka na služby je definována v § 14 odst. 2 zákona, a to tak, že jejím předmětem je poskytování jiných služeb, než uvedených v odst. 3 (v odst. 3 je uvedena definice veřejné zakázky na stavební práce, pozn. Úřadu). Zjednodušeně lze veřejnou zakázku na služby chápat tak, že není veřejnou zakázkou na dodávky nebo stavební práce. Jedná se tak o jakousi zbytkovou kategorii plnění. V tomto ohledu je však třeba upozornit, že z právě uvedeného vymezení veřejné zakázky na služby nelze automaticky dovozovat, že výběr společníka pro založení společnosti představuje veřejnou zakázku na služby. Gros posouzení

totiž spočívá v tom, jestli výběrem společníka zadavatel získává dodavatele, který mu poskytuje nějaké úplatné plnění spočívající ve službě (výkonu určité činnosti). Skutečnost, že zadavatel a společnost NHD při uzavírání akcionářské smlouvy spolu se zakládáním akciové společnosti činí v souladu určité kroky vedoucí k založení nové právnické osoby, neznamená naplnění znaků ani veřejné zakázky na služby, neboť společnost NHD zadavateli ničeho nenabízí, neposkytuje mu za úplatu žádnou činnost (službu). Zadavatel a společnost NHD postupují v intencích právních předpisů, týkajících se postupu při zakládání akciové společnosti, na což nemá zákon dopad. V tomto směru Úřad opětovně nikterak nerozporuje, že akcionářská smlouva obsahuje závazky související se založením a fungováním zakládané akciové společnosti a společnost NHD má vykonat de facto určité činnosti, ale na tyto nelze nahlížet jako na ty, které naplňují znaky veřejné zakázky na služby, neboť nejsou činěny vůči zadavateli, ale vůči zakládané společnosti, aby vůbec mohla vzniknout. V daném případě tedy Úřad neshledal ani naplnění znaků veřejné zakázky na služby.

182. [... obchodní tajemství ...]

183. Pro úplnost Úřad dodává, že s ohledem na skutečnost, že základním znakem koncese [k tomu srov. § 174 odst. 2 písm. b) a odst. 3 písm. b) zákona] je přenos provozního rizika spojeného s braním užitků z provozování stavby či poskytování služeb na dodavatele, přičemž předmětem uvažovaného postupu zadavatele s cílem uzavřít akcionářskou smlouvu se společností NHD nejsou ani stavební práce, ani služby, je tato možnost per definitionem vyloučena.

184. Úřad tak má za to, že v postupu zadavatele směřujícím k výběru společníka k uzavření akcionářské smlouvy (založení akciové společnosti) nelze shledávat naplnění znaků veřejné zakázky. Tudíž se jedná o postup zadavatele, který je mimo působnost zákona. Dle názoru Úřadu na uvedeném ničeho nemění ani to, že v budoucnu je možnost zisku jak pro zadavatele, tak pro společnost NHD, vyplývající z činnosti nově zakládané akciové společnosti. Smyslem a účelem zákona upravujícího zadávání veřejných zakázek je zajistit efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků v co nejširší hospodářské soutěži, avšak v daném případě zadavatel žádné finanční prostředky v souvislosti s výběrem partnera pro uzavření akcionářské smlouvy (založení akciové společnosti) ve smyslu zákona nevynakládá. Vynakládání prostředků v podobě vkladu do založení akciové společnosti není tím, co by zákon reguloval. Smyslem a účelem zákona se opakovaně zabývaly i soudy (z tohoto pohledu je dle názoru Úřadu lhostejné, zda byly dané závěry vysloveny k ZVZ či k aktuálně platnému zákonu). Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 konstatoval, že cílem zákona je „zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (...).“ Obdobně se pak Nejvyšší správní soud vyjádřil i v rozsudku č. j. 8 Afs 60/2009-78 ze dne 31. 5. 2010, kde připomněl, že „účelem právní regulace veřejných zakázek je mj. zajištění transparentnosti, efektivnosti, účelnosti a hospodárnosti při vynakládání veřejných prostředků. Musejí být vytvářeny předpoklady, aby smluvní vztahy, při nichž dochází k plnění z veřejných prostředků, zadavatelé uzavírali při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí (...).“ Smyslem a účelem zákona je tedy zajistit efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků v co nejširší hospodářské soutěži, avšak na postup zadavatele, který vkládá své prostředky do

založení nové společnosti, zákon nedopadá, neboť není naplněna definice veřejné zakázky – absentuje poskytnutí plnění, které by zadavatel tímto získal od dodavatele. Jak již bylo i výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí uvedeno, i důvodová zpráva k zákonu jednoznačně uvádí, že ne na každé jednání zadavatele dopadá zákon (viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

185. Úřad tudíž tuto část odůvodnění rozhodnutí uzavírá s konstatováním, že postup zadavatele při výběru partnera (společníka), s nímž hodlá uzavřít akcionářskou smlouvu, nenaplnuje znaky veřejné zakázky ve smyslu § 2 zákona, a z tohoto důvodu zadavatel není povinen předmětný výběr partnera uskutečnit v zadávacím řízení podle zákona.

*K postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky (koncese) na stavební práce uzavřením akcionářské smlouvy*

186. Jak bylo uvedeno výše, navrhovatel v návrhu rovněž namítá to, že zadavatel uzavřením akcionářské smlouvy zadává veřejnou zakázku či koncesi na stavební práce, což dovozuje dle charakteru plánované činnosti akciové společnosti, která by měla zahrnovat modernizaci severního vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice a transformaci jeho nejbližšího okolí. Úřad se tedy s ohledem na argumentaci předloženou navrhovatelem zaměřil na to, zda lze v postupu zadavatele směřujícímu k uzavření akcionářské smlouvy shledávat i údajné zadání veřejné zakázky (či koncese) na stavební práce.

187. Tu Úřad podotýká, jak bylo uvedeno již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí (viz body 158. až 164. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že zákon klade konkrétní nároky na to, co je veřejnou zakázkou; jaké znaky musí naplňovat. V opačném případě se jedná o postup, který není zákonem regulován a nedopadá na něj ani pravomoc Úřadu (viz body 153. a 154. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Veřejná zakázka na stavební práce je pak definována v § 14 odst. 3 zákona, podle kterého veřejnou zakázkou na stavební práce je veřejná zakázka, jejímž předmětem je poskytnutí činnosti uvedené v oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému pro účely veřejných zakázek podle přímo použitelného předpisu Evropské unie, zhotovení stavby, nebo poskytnutí souvisejících projektových činností, pokud jsou zadávány společně se stavebními pracemi.

188. [... obchodní tajemství ...]

189. [... obchodní tajemství ...]

190. Úřad se tedy nejprve bude zabývat tím, zda lze z dostupných informací, vyplývajících z obsahu návrhu akcionářské smlouvy, v jednání zadavatele shledávat naplnění výše definovaných znaků směřujících k zadání veřejné zakázky na stavební práce, tzn. zda zadavatel uzavřením akcionářské smlouvy poptává od dodavatele plnění, kterým bude úplatné provedení stavebních prací. Na tomto místě Úřad opětovně upozorňuje, že k tomu, aby mohlo být konstatováno, že se jedná o veřejnou zakázku, musí být kumulativně splněny všechny zákonem definované pojmové znaky veřejné zakázky.

191. [... obchodní tajemství ...]

192. [... obchodní tajemství ...]

193. [... obchodní tajemství ...]

194. [... obchodní tajemství ...]

195. S ohledem na výše uvedené má Úřad postaveno na jisto, že z akcionářské smlouvy nevyplývá, že by zadavatel zadával veřejnou zakázku na stavební práce související s prvním projektem (modernizací stanice metra Nádraží Holešovice). Pro úplnost Úřad dodává, že s ohledem na obsah jednotlivých ujednání v akcionářské smlouvě nelze dovodit, že by zadavatel poptával v souvislosti s prvním projektem jakékoliv jiné plnění, a to buď v podobě dodávek, nebo služeb, neboť takové informace v návrhu akcionářské smlouvy zcela absentují. V tomto ohledu jedinou blíže vymezenou skutečností jsou pouze činnosti související s možnou modernizací stanice metra Nádraží Holešovice, u nichž by z povahy možného typu plnění bylo lze hovořit o stavebních pracích, avšak, jak Úřad zevrubně popsal výše, možné plánované stavební práce nenaplnují vůči zadavateli definici veřejné zakázky na stavební práce tak, jak je definována zákonem. V návaznosti na uvedené skutečnosti Úřad neshledal, že by postup zadavatele směřující k uzavření akcionářské smlouvy v souvislosti s modernizací stanice metra Nádraží Holešovice představoval zadání veřejné zakázky na stavební práce, dodávky či služby, neboť v daném případě nejsou naplněny definiční znaky veřejné zakázky.
196. Úřad pro úplnost v obecné rovině ve shodě s argumentací zadavatele poznamenává, že pokud by zadavatel s ohledem na výkon relevantní činnosti, která je mu svěřena, hodlal zadat revitalizaci stanice metra Nádraží Holešovice jako veřejnou zakázku na stavební práce, bylo by lze hovořit o sektorové veřejné zakázce zadávané veřejným zadavatelem při výkonu relevantní činnosti [předmětem podnikání zadavatele je totiž mimo jiné i provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro) a lanové dráhy (Petřín a ZOO) a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze, což odpovídá relevantní činnosti podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona, neboť se jedná o výkon činnosti související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy].
197. Podle § 158 odst. 1 zákona není zadavatel povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem podle § 25 zákona. Podle § 4 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, je stanoven finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce ve výši 149 224 000 Kč.
198. Zadavatel tak není povinen zadávat v zadávacím řízení sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje limitu stanoveného prováděcím předpisem ve výši 149 224 000 Kč. Pokud by tedy zadavatel v souvislosti s výkonem relevantní činnosti zadával sektorovou veřejnou zakázku, která by svou hodnotu nedosahovala limitu pro nadlimitní veřejnou zakázku, není dle zákona takovou veřejnou zakázku povinen zadávat v zadávacím řízení podle zákona.
199. [... obchodní tajemství ...]
200. Úřad tedy uzavírá, že postup zadavatele při uzavírání akcionářské smlouvy neshledává jako takový, který by naplňoval znaky veřejné zakázky na stavební práce (či dodávky nebo služby), kterou by byl zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení; resp. zadavatel prostřednictvím akcionářské smlouvy nepoptává poskytnutí dodávek, služeb či stavebních prací.

201. S ohledem na výše uvedené závěry Úřadu je zjevné, že v daném případě nelze ani shledávat naplnění znaků koncese. Dle zákona (viz § 174 odst. 2 zákona) se za zadání koncese na stavební práce považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel:
- a) zadá poskytnutí činnosti podle § 14 odst. 3 písm. a), b) nebo c) zákona dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z provozování stavby, která je výsledkem poskytnutých stavebních prací, nebo v tomto právu společně s platbou a
  - b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozování stavby,
- přičemž všechny shora uvedené zákonné znaky musí být splněny kumulativně, tzn. nesplnění jediného z uvedených znaků znamená, že příslušný smluvní vztah nemůže být za koncesi považován.
202. Jelikož Úřad dovedl, že v daném případě nejsou naplněny znaky veřejné zakázky na stavební práce (zadavatel uzavřením akcionářské smlouvy nezadává provedení činností dle § 14 odst. 3 písm. a), b) nebo c) zákona), není naplněn již první z pojmových znaků koncese tak, jak je definuje zákon.
203. Stejně tak vzhledem k tomu, že Úřad výše dovedl, že v daném případě nejsou naplněny ani znaky veřejné zakázky na služby (zadavatel nezadává poskytnutí služeb), je možnost takového postupu zadavatele – zadání koncese na služby, která je v § 174 odst. 3 zákona definována tak, že za koncese na služby se považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel
- a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c) zákona, dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a
  - b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb
- per definitionem vyloučena.

*K dalším argumentům navrhovatele*

204. Úřad pro úplnost k argumentaci navrhovatele týkající se údajných prováděných stavebních prací akciovou společností pro zadavatele (což, jak Úřad zevrubně popsal výše, v předmětném vztahu neshledal) a nemožností postupovat prostřednictvím vertikální spolupráce upravené v § 11 zákona s odkazem na závěry rozsudku SDEU C-107/98 ve věci Teckal (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ve kterém je právě řešena tzv. „in house“ problematika, tedy situace, kdy se zjednodušeně řečeno za veřejnou zakázku nepovažuje uzavření smlouvy na plnění, které má být zadáno subjektu, nad nímž má veřejný zadavatel kontrolu obdobnou té nad vlastními organizačními složkami a v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel a která vykonává více než 80 % celkové činnosti při plnění úkolů, které ji byly svěřeny ovládající osobou, sděluje, že tuto považuje za zcela nepřiléhavou, neboť splnění podmínek pro vertikální spolupráci ani v tomto případě nebylo předmětem daného správního řízení, a to s ohledem na to, jaké úkony zadavatele jsou nyní posuzovány. Zadavatel zakládá akciovou společnost a nezadává veřejnou zakázku na stavební práce akciové společnosti (která ještě ani nevznikla) a není

tedy na místě posuzovat, zda by byl zadavatel této budoucí akciové společnosti oprávněn v rámci vertikální spolupráce zadat plnění v podobě stavebních prací.

205. Stejně tak Úřad považuje za nepřiléhavou argumentaci ve vztahu ke zde řešené problematice rozsudkem SDEU ve věci sp. zn. C-196/08 ze dne 15. 10. 2009 ve věci Acoset (viz bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a z něj vyplývající výjimky, kdy zadavatel může přímo zadat provádění určitých služeb partnerovi za předpokladu, že tento partner byl předem vybrán např. s ohledem na jeho schopnosti v řádném výběrovém řízení. Jak totiž vyplývá z výše uvedených závěrů Úřadu, při výběru partnera za účelem založení společného podniku nebyl zadavatel povinen postupovat v zadávacím řízení, neboť tento postup (uzavření akcionářské smlouvy a založení akciové společnosti) nenaplňuje znaky veřejné zakázky ve smyslu § 2 zákona, přičemž z akcionářské smlouvy nelze vůči zadavateli dovozovat ani žádné další „plnění“, které by mu mělo být poskytnuto.
206. Stejně tak jako liché pro posouzení tohoto případu považuje Úřad tvrzení navrhovatele týkající se menšinové majetkové účasti zadavatele ve společném podniku a tím vzdání se ovládní této osoby, které pak směřuje k vyjmutí společného podniku z režimu veřejného zadavatele a potažmo postupu dle zákona (viz bod 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad uvádí, že zákon neklade na zadavatele žádné podmínky v tom smyslu, jaké právnické osoby a s kým jsou oprávněni zakládat (a že by mohli zakládat výlučně takové společnosti, které by následně naplnily definici zadavatele, který by byl povinen postupovat v režimu zákona). Tu Úřad opětovně akcentuje, že mu v rámci tohoto správního řízení nepřisluší hodnotit, jaké postavení z hlediska zákona by měla mít budoucí akciová společnost zakládaná zadavatelem a společností NHD, a zda na ni (její jednání) bude zákon dopadat, tzn. zda naplní definici zadavatele dle zákona.
207. Ve vztahu k úvahám navrhovatele zachyceným v bodu 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí týkajících se smíšené veřejné zakázky dle § 32 zákona Úřad poznamenává, že ani problematiku smíšených veřejných zakázek nepovažuje za případnou pro zde posuzovanou právní otázku. Dle § 32 odst. 1 zákona platí, že smíšenou zakázkou se rozumí zakázka, která je z části veřejnou zakázkou, kterou je zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení, a z části zakázkou, na kterou se tato povinnost nevztahuje. Úřad však v žádné z částí jednání zadavatele, která v souvislosti s uzavřením akcionářské smlouvy, potažmo zakládáním akciové společnosti činí, neshledal naplnění znaků veřejné zakázky. V kontextu právě uvedeného pak Úřad nepovažuje ani za přílehlavý odkaz na rozsudek SDEU ve věci C-215/09 ze dne 22. 12. 2010 týkající se oddělitelnosti plnění.
208. Ohledně upozornění navrhovatele na závěry rozsudku SDEU ve věci C-451/08 ze dne 25. 3. 2010 (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že uvedený rozsudek byl vydán v návaznosti na žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se výkladu pojmu veřejná zakázka na stavební práce ve smyslu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. K uvedenému je potřeba upozornit, že soud v rámci předmětného rozsudku řešil několik předběžných otázek, k nimž vyslovil konkrétní závěry. Ačkoliv navrhovatel upozornil na závěr, podle něhož pojem veřejná zakázka na stavební práce **nevyžaduje**, aby stavební práce, které jsou předmětem zakázky, byly fakticky nebo fyzicky provedeny na účet veřejného zadavatele v případě, že tyto práce jsou prováděny v přímém hospodářském zájmu tohoto zadavatele, je třeba upozornit na další závěr

uvedeného soudu, podle něhož pojem veřejná zakázka na stavební práce **vyžaduje**, aby „úspěšný uchazeč měl přímo nebo nepřímo povinnost provést stavební práce, které jsou předmětem zakázky, a aby splnění této povinnosti mohlo být soudně vymáháno podle pravidel stanovených vnitrostátním právem.“. S ohledem na výše uvedené závěry je tedy zřejmé, že pokud nelze v návaznosti stanovené podmínky akcionářské smlouvy realizaci stavebních prací ze strany zadavatele nárokovat, neboť jak již bylo dovozeno výše, společný podnik nemusí s ohledem na podmínky uvedené v akcionářské smlouvě stavební práce realizovat, je bezpředmětné v daném případě zkoumat, zda příslušné stavební práce budou prováděny v přímém hospodářském zájmu zadavatele.

209. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2019, sp. zn. 33 Cdo 118/2019, podle něhož by povinnost vložit pozemky do společného podniku vázaná na vydání stavebního povolení mohla být považována za podmínku nespílitelnou a nepřihlíželo by se k ní a zadavatel by tak podle názoru navrhovatele byl povinen splnit svou povinnost vkladu pozemků do společného podniku bezpodmínečně, Úřad uvádí, že není příslušný k přijímání závěrů o zákonnosti jednotlivých smluvních ujednání, která nespádají pod režim zákona a Úřadu svěřené pravomoci.
210. K argumentaci navrhovatele týkající se postupu Úřadu v souvislosti s vydáním usnesení 1 a usnesení 2 (viz body 93. až 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí) konstatuje Úřad následující. Jestliže navrhovatel tvrdí, že mu Úřad odepřel nahlédnout do „akcionářské smlouvy“ a jejích příloh, v důsledku čehož byl navrhovatel zkrácen na svých procesních právech, pak Úřad předepisuje, že takto nepostupoval svévolně, nýbrž s ohledem na to, že zadavatel označil předmětnou písemnost, tj. „akcionářskou smlouvu“, včetně příloh č. 1, č. 2 a č. 5, za obchodní tajemství v celém rozsahu, kdy Úřad vyhodnotil, že obsah předmětných dokumentů by mohl naplňovat znaky obchodního tajemství dle dikce § 504 občanského zákoníku. Úřad nadto akcentuje, že po uzavření podkladů pro rozhodnutí byly navrhovateli zpřístupněny všechny části spisu, které byly označeny jako podklad pro rozhodnutí, přičemž některé části spisu byly v rámci nahlížení do spisu zpřístupněny pouze v režimu pro nahlížení do dokumentů obsahujících obchodní tajemství. S ohledem na výše uvedené tak má Úřad za to, že navrhovatel nebyl postupem Úřadu nikterak zkrácen na svých právech; nehledě na to, že dokumenty v rozsahu, vůči němuž směřoval návrh navrhovatele, byly navrhovateli v rámci předmětných nahlížení do spisu v zásadě zpřístupněny.
211. K názoru navrhovatele, že předmětná usnesení měl Úřad vydávat bezodkladně po proběhlém nahlédnutí do spisu, Úřad uvádí, že si je vědom obsahu ustanovení § 71 odst. 1 správního řádu, podle něhož je správní orgán povinen vydat rozhodnutí bez zbytečného odkladu. Jak však vyplývá z § 71 odst. 3 správního řádu, Úřad je pro vydání rozhodnutí vázán lhůtou 30 dnů od zahájení řízení, kterou lze v určitých případech prodloužit až na 60 dnů. Úřad uvádí, že v případě usnesení 1 i usnesení 2 rozhodl o žádostech navrhovatele do 30 dnů od jejich podání, a proto s ohledem na výše uvedené povinnosti vyplývající ze správního řádu nepovažuje argumentaci navrhovatele o nutnosti bezodkladného vydání usnesení o částečném nevyhovění žádosti o nahlédnutí do spisu navrhovatele za odůvodněnou. Úřad není toho názoru, že by vydání předmětných usnesení s určitým časovým odstupem po proběhlých nahlíženích ze strany navrhovatele mělo jakýkoli dopad na zákonnost tohoto rozhodnutí.



212. S názorem navrhovatele, že usnesení o částečném odepření žádosti o nahlédnutí do správního spisu nepatří mezi usnesení, jimiž se upravuje vedení správního řízení ve smyslu § 262 písm. a) zákona, Úřad nesouhlasí a upozorňuje, že obě navrhovatelem realizovaná nahlížení do spisu byla provedena v průběhu správního řízení, a tedy příslušné ustanovení zákona, které stanovuje, že podání rozkladu není přípustné proti usnesení, jímž se upravuje vedení správního řízení, byl Úřad povinen aplikovat. K odkazu navrhovatele na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 6. 2010, č. j. 5 As 75/2009 Úřad uvádí, že ve zde řešeném případě soud potvrdil, že v případě probíhajícího řízení lze nahlížení do spisu označit jako úkon správního orgánu, jímž se upravuje vedení řízení, neboť účastníku řízení je tímto procesním prostředkem dáвана možnost uplatnit další procesní práva, především právo vyjádřit se k dosud shromážděným důkazům či jiným podkladům rozhodnutí apod.
213. Pokud navrhovatel zpochybňuje obsah protokolu ze dne 6. 12. 2019, pak Úřad uvádí, že následným usnesením o částečném odepření žádosti navrhovatele o nahlížení do spisu, tj. usnesením 2, bylo navrhovateli jednoznačně sděleno, že mu bylo umožněno nahlédnout do těch částí spisu, jež jsou podkladem pro rozhodnutí. Úřad podotýká, že navrhovatel byl tedy seznámen se všemi podklady, na základě nichž Úřad vydá své rozhodnutí, přičemž předmětné usnesení 2, které bylo navrhovateli doručeno poslední den lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, nebylo jako podklad pro vydání rozhodnutí označeno. Z uvedeného důvodu se tedy lhůta pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí na uvedený dokument nevztahuje. S ohledem na uvedené tedy Úřad nevyhověl žádosti navrhovatele a nestanovil mu dodatečnou lhůtu pro vyjádření se k předmětnému usnesení.
214. Pokud navrhovatel zpochybňuje rozsah shromážděných podkladů a navrhuje provedení dalších důkazů, pak Úřad konstatuje, že k provedení navrhovaných důkazů (vyžádání ekonomických analýz, znaleckého posudku či odborného stanoviska) nepřistoupil, neboť shromážděné podklady v současném okamžiku považuje za úplné pro rozhodnutí věci. Úřad k tomu podotýká, že není jeho povinností takový krok (provedení dalších důkazů) na návrh účastníka řízení automaticky volit, pokud neshledá jeho objektivní nutnost pro potřeby svého přezkumu. Úřad v tomto ohledu odkazuje též na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 80/2012-65 ze dne 18. 9. 2014: „[t]eprve pokud právní posouzení věci orgánem dohledu nedospěje k jednoznačnému závěru, je na místě opatřit si znalecký posudek k otázkám skutkovým. Znalecké posouzení není postaveno naroveň posouzení právnímu, nýbrž jde o podpůrný důkazní prostředek pro právní výklad.“. Ustanovení § 3 správního řádu, které v obecné rovině vyjadřuje zásadu materiální pravdy, zavazuje správní orgán zjistit skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti v rozsahu, který je nezbytný pro soulad s požadavky zásady legality, zásady zákazu zneužívání pravomoci a správní úvahy, zásady proporcionality a ochrany dobré víry, zásady ochrany veřejného zájmu, zásady nestranného přístupu či legitimního očekávání. Díkce § 3 správního řádu tak představuje pro správní orgán mantinely, ve kterých se pohybuje při určování rozsahu a způsobu, jakým zjišťuje skutečnosti nezbytné pro vydání rozhodnutí. Správní orgán, resp. Úřad přitom není vázán návrhy účastníků řízení, nýbrž potřebou provést pouze takové důkazy, které jsou nezbytné ke zjištění stavu věci. Je to pak právě Úřad, který je způsobilý posoudit potřebu provedení toho kterého důkazu k prokázání té které skutečnosti či naopak zhodnotit, že provedení toho kterého důkazu je vzhledem k dostatečné podloženosti určité skutečnosti či okolnosti nadbytečné.

215. Co se týče návrhu navrhovatele, aby si Úřad od zadavatele vyžádal aktuální znění akcionářské smlouvy, pak Úřad uvádí, že zadavatel Úřadu příslušné znění akcionářské smlouvy v průběhu správního řízení předložil a Úřad nemá důvod o tomto znění jakkoli pochybovat. Pokud navrhovatel zpochybňuje aktuálnost znění akcionářské smlouvy, které bylo učiněno podkladem pro vydání rozhodnutí, nedoložil v daném případě žádný důkaz, na základě kterého by bylo možné postavit najisto, že zadavatel v současné době disponuje zcela jiným zněním akcionářské smlouvy, než tím, které předložil Úřadu, a jež by na Úřadem učiněném závěru cokoli měnilo.
216. Co se týče návrhu navrhovatele na vyžádání posudku, z něhož by vyplývala cena, resp. částka za metr čtvereční pozemků zadavatele, pak Úřad sděluje, že s ohledem na výše uvedené závěry, v nichž Úřad dovodil, že uzavřením akcionářské smlouvy zadavatel nezadáva veřejnou zakázku ani koncesi, Úřad nepovažoval předmětný návrh důkazu za relevantní pro rozhodnutí věci, a tudíž k jeho vyžádání nepřistoupil.
217. Z výše uvedených důvodů proto Úřad nepřistoupil k přerušení správního řízení za účelem získání dalších podkladů, jak navrhuje navrhovatel, neboť má za to, že v průběhu správního řízení shromážděné podklady jsou zcela dostačující pro rozhodnutí věci, resp. ke zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
218. Konečně k názoru navrhovatele, že se zadavatel účastí ve společném podniku vzdává vlastního majetku ve prospěch investora, Úřad odkazuje na výše uvedené závěry, z nichž je zřejmé, že zadavatel své nemovitosti společnému podniku prodá a obdrží za ně sjednanou cenu, a tedy pozemky převáděné na společný podnik nelze kvalifikovat jako plnění ze strany zadavatele za provedení stavebních prací.
219. Úřad s ohledem na výše uvedené neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona a z tohoto důvodu **návrh navrhovatele v části vztahující se k postupu zadavatele směřujícímu k uzavření akcionářské smlouvy a následného založení společného podniku**, jehož záměrem má být realizace transformace severní části velkého rozvojového území Bubny, a která bude zahrnovat modernizaci stávajících a případně výstavbu nových vestibulů (vstupů) stanice metra Holešovice, se společností NHD, **zamítl**, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí**

##### **Relevantní ustanovení zákona**

220. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
221. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti
- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
  - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
  - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.

222. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
223. Podle § 245 odst. 1 zákona odešle zadavatel do 15 dnů od doručení námitek rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhová, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
224. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.

#### **Skutečnosti vyplývající z obdržených dokumentů**

225. Dne 11. 10. 2019 doručil navrhovatel zadavateli námitky z téhož dne podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona proti postupu zadavatele při uzavírání akcionářské smlouvy. Podle navrhovatele dojde uzavřením akcionářské smlouvy k založení společného podniku bez toho, že by zadavatel vybral partnera v zadávacím řízení podle zákona. Současně navrhovatel upozorňuje, že činnost, kterou má společný podnik na základě akcionářské smlouvy vykonávat, zahrnuje koncesi na stavební práce, resp. veřejnou zakázku na stavební práce týkající se mimo jiné i revitalizace stanice metra Nádraží Holešovice, protože mělo být předmětné plnění zadáváno v zadávacím řízení podle zákona.
226. Zadavatel dne 25. 10. 2019 rozhodl podle § 245 odst. 2 zákona o námitkách navrhovatele tak, že je odmítl. Podle zadavatele uzavření akcionářské smlouvy, na základě které dojde k založení společného podniku mezi zadavatelem a partnerem, nepředstavuje zadání veřejné zakázky na stavební práce, když stavební práce bude zadávat společný podnik na vlastní účet, tedy bez úplaty ze strany zadavatele. Rovněž tak se nejedná ani o koncesi na stavební práce, neboť nedojde k přenosu provozního rizika ze strany zadavatele na společný podnik. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 25. 10. 2019.

#### **Právní posouzení**

227. Navrhovatel ve svém návrhu mj. namítá, že rozhodnutí zadavatele ze dne 25. 10. 2019 o námitkách navrhovatele ze dne 11. 10. 2019 je nepřezkoumatelné a Úřad by měl zadavateli uložit nápravné opatření dle § 263 odst. 5 zákona. Dle názoru Úřadu se zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 25. 10. 2019 o námitkách navrhovatele ze dne 11. 10. 2019 podanými námitkami věcně zabýval a jednotlivé námitky nevypořádával toliko formálně, nýbrž věcnou argumentací. Zadavatel k jednotlivým namítaným skutečnostem uvádí věcnou argumentaci, která je dle názoru Úřadu dostatečná a představuje ucelený argumentační rámec ve vztahu v námitkách rozporovaných postupech zadavatele souvisejících s plánovaným uzavřením akcionářské smlouvy a následným založením společného podniku se společností NHD. Podle názoru Úřadu předmětné rozhodnutí o námitkách dostojí požadavkům, které na něj klade ustanovení § 245 odst. 1 zákona a lze jej považovat za srozumitelné a přezkoumatelné

(a reagující na všechny navrhovatelem namítané skutečnosti), k čemuž Úřad uvádí následující.

228. Navrhovatel považuje jako protichůdná a nepřezkoumatelná vyjádření zadavatele, v nichž zadavatel potvrzuje, že akcionářská smlouva obsahuje ujednání, že společný podnik má zajistit revitalizaci vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice a následně, podle názoru navrhovatele, toto ujednání relativizuje v další části rozhodnutí o námitkách tím, že společný podnik má předmětnou revitalizaci zajistit právně nevynutitelným způsobem. K uvedenému Úřad sděluje, že uvedená vyjádření zadavatele nepovažuje za protichůdná, neboť v návaznosti na vyjádření, že akcionářská smlouva obsahuje příslušné ujednání o revitalizaci vestibulu stanice metra Nádraží Holešovice, zadavatel popisuje další ujednání akcionářské smlouvy, z nichž plyne, že předmětný první projekt (modernizace stanice metra Nádraží Holešovice) nemusí být realizován, když na straně 4 rozhodnutí o námitkách uvádí: [... obchodní tajemství ...]
229. Navrhovatel je dále přesvědčen, že zadavatel nepředkládá argumentaci, na základě které by bylo možné učinit závěr, že společný podnik nenaplní znaky koncese, a to zejména z důvodu neposkytnutí akcionářské smlouvy a zpochybňuje pravdivost příslušných tvrzení zadavatele. Úřad uvádí, že zadavatel reagoval na námitky navrhovatele týkající se naplnění znaků koncese v kapitole III. rozhodnutí o námitkách a uvedl podrobné vyjádření ve vztahu k této problematice, když uvedl znaky, které musí být v případě koncese kumulativně splněny a k těmto jednotlivým znakům se ve vztahu k projednávanému případu vyjádřil. Dále upozornil na skutečnost, že akcionářská smlouva nezakládá závazek společného podniku poskytovat zadavateli služby či provést dílo, a že akcionářská smlouva rovněž nepředpokládá přenos provozního rizika na společný podnik. Pokud tedy zadavatel v rozhodnutí o námitkách odkazoval na ujednání uvedená v akcionářské smlouvě, popsal, co z nich vyplývá a na základě těchto skutečností dovedl závěr, že společný podnik nenaplní znaky koncese, považuje Úřad rozhodnutí o námitkách v této části za přezkoumatelné. Úřad nepřehlédl, že zadavatel svou argumentaci neopřel pouze o ustanovení v akcionářské smlouvě, ale podpůrně argumentoval i odkazem na evropskou rozhodovací praxi. Úřad uvádí, že ze skutečnosti, že zadavatel navrhovateli v souvislosti s rozhodnutím o námitkách neposkytl znění návrhu akcionářské smlouvy, nelze dovozovat nezákonnost postupu zadavatele při vyřizování námitek navrhovatele. Předmětné ustanovení zákona (viz § 245 odst. 1 zákona) nezakládá povinnost zadavateli svá vyjádření a vysvětlení dokládat důkazy. Úřad tedy v tomto ohledu neshledal v případě neposkytnutí návrhu akcionářské smlouvy k ověření tvrzených skutečností nezákonnost v postupu zadavatele při vyřizování navrhovatelem podaných námitek.
230. K argumentaci zadavatele reagující na tvrzení navrhovatele na straně 4 námitek (kapitola III. námitek), která se týkala odůvodnění výběru partnera pro spolupráci na plánovaném projektu, navrhovatel uvádí, že se zadavatel s námitkou nevypořádal a neuvedl dostatečné důvody, pro které shledává investora unikátním partnerem. Zadavatel podle jeho názoru uvedl nepravdivé tvrzení, že pouze menšina projektu zasahuje na pozemky vlastníků odlišných od investora nebo třetích osob s investorem propojených (vyjádření zadavatele na straně 10 rozhodnutí o námitkách). Navrhovatel v tomto ohledu upozorňuje i na to, že zadavatel opomenul přiložit přílohu, na kterou v rozhodnutí o námitkách odkazuje. [... obchodní tajemství ...] Úřad předně k nezaslání v textu rozhodnutí o námitkách avizované

přílohy č. 1 uvádí, že ani v tomto případě neshledal rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné, neboť v daném případě zadavatel ohledně vlastnictví pozemků odkázal na katastrální mapy a upozornil, co lze z uvedeného zdroje zjistit. Pokud chtěl zadavatel své tvrzení původně podpořit i přílohou a nakonec ji k rozhodnutí o námitkách nepřiložil, Úřad nepovažuje tento postup za natolik netransparentní, aby bylo lze rozhodnutí o námitkách považovat za nesrozumitelné či nedostatečně reagující na namítané skutečnosti navrhovatelem v námitkách. Zadavatel v textu rozhodnutí o námitkách opřel svá tvrzení o veřejně dostupné informace. Pochybnosti navrhovatele o pravdivosti či nepravdivosti některých tvrzení zadavatele rovněž nezakládají důvod pro zrušení rozhodnutí o námitkách, neboť Úřad v daném případě posuzuje, zda se zadavatel k podaným námitkám vyjádřil podrobně a srozumitelně. Pokud tedy navrhovatel s některým tvrzením zadavatele v rozhodnutí o námitkách nesouhlasí nebo jej zpochybňuje, je oprávněn podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem, což ostatně v prověřovaném případě navrhovatel učinil.

231. Navrhovatel rovněž dovozuje nedostatečnost odůvodnění rozhodnutí o námitkách v případě, kdy zadavatel pouze tvrdí a nijak neprokazuje, že by nastíněné uspořádání nasvědčovalo tomu, že zásadní rozhodnutí bude nutné učinit při vzájemné spolupráci s partnerem ve společném podniku. V reakci na námitky navrhovatele na str. 4 námitek, v nichž navrhovatel mj. upozornil, že zadavatel s výjimkou některých rozhodnutí nebude ovládající osobou společného podniku a v orgánu (představenstvu), kterému přísluší obchodní vedení společnosti, bude mít menšinové postavení, zadavatel na straně 11 rozhodnutí o námitkách mj. uvedl: [... obchodní tajemství ...] K uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel je povinen na námitky reagovat a odůvodnit jejich odmítnutí. Není již však podle zákona povinen své argumenty dokládat důkazy. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad v daném případě posuzuje, zda se zadavatel k podaným námitkám vyjádřil podrobně a srozumitelně. Z reakce zadavatele obsažené v rozhodnutí o námitkách je zjevné, že navrhovatele seznamoval s plánovaným rozdělením uspořádání vztahů ve společném podniku. Skutečnost, že zadavatel toto své tvrzení navrhovateli nedoložil předložením návrhu akcionářské smlouvy, nelze považovat za nezákonnost postupu zadavatele při vyřizování námitek podaných navrhovatelem.
232. Dále navrhovatel upozorňuje na část argumentace zadavatele na straně 11 rozhodnutí o námitkách a uvádí, že tato část ilustruje nepřezkoumatelnost celého rozhodnutí o námitkách pro jeho nedostatečné odůvodnění. Navrhovatel poznamenává, že zadavatel nemůže navrhovateli „vyčítat“ jeho interpretaci výroků zadavatele v médiích, když právě nedostatek informací a netransparentnost postupu zadavatele vedly k tvrzenému „nepochopení“ jeho postupu. Úřad ověřil, že na straně 11 rozhodnutí o námitkách zadavatel reagoval mj. na námitky navrhovatele, jež se týkaly citace vyjádření zadavatele uveřejněného v médiích dne 29. 9. 2019, podle něhož má být výsledkem mimo jiné modernizace vestibulu metra Nádraží Holešovice do určitého nejzazšího data, když navrhovatel v podaných námitkách upozornil, že mu není známo, že by existovala právní povinnost do určitého nejzazšího data modernizovat vestibul metra Nádraží Holešovice. Na uvedenou námitku zadavatel v rozhodnutí o námitkách reagoval následovně: [... obchodní tajemství ...] Úřad k uvedenému uvádí, že v tomto případě nelze přičítat k tíži zadavatele skutečnost, že navrhovatel postavil námitky na vlastním výkladu informací zadavatele uvedených v tisku. Úřad upozorňuje, že pokud měl zadavatel snahu v rozhodnutí o námitkách uvést předmětné

tvrzení na pravou míru, tzn. pokud objasnil navrhovateli, co uvedený pojem „nejzazší termín“ znamená, nelze uvedenou část námitek považovat za nevypořádanou.

233. K argumentaci zadavatele reagující na tvrzení navrhovatele na straně 5 námitek, v nichž navrhovatel mj. zpochybňuje argumenty zadavatele, zabývá se menšinou majetkovou účastí zadavatele ve společném podniku a rovněž se zabývá zákonnými výjimkami, které umožňují zadavateli nevypisovat zadávací řízení, navrhovatel uvádí, že zadavatel dostatečně nedoplnil povědomí navrhovatele o skutkovém stavu a neodůvodnil, proč ve svém postupu nespátřuje obcházení zákona. Dodává, že se zadavatel rovněž nevyjádřil k absenci transparentnosti ve svém postupu. Úřad k uvedenému sděluje, že uvedená námitka nesměřuje vůči konkrétnímu vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách, pouze obecně odkazuje na vyjádření zadavatele ve vztahu k tvrzením navrhovatele na straně 5 námitek. Úřad ověřil, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách vždy ke každé části námitek nejprve příslušnou část přesně do textu rozhodnutí o námitkách převzal a následně se k dané části námitek vyjádřil. Uvedený postup tak učinil i v případě tvrzení navrhovatele uvedených na straně 5 námitek, když v reakci na předmětné námitky na straně 12 rozhodnutí o námitkách uvedl, že v návaznosti na předchozí vyjádření v rozhodnutí o námitkách dostatečně doplnil povědomí navrhovatele o skutkovém stavu a vyvrátil jeho pochybnosti, potvrdil, že nebude v postavení zadavatele a dodal, že dílčí části projektu budou realizovány na vlastní účet a odpovědnost společného podniku. Dále odkázal na argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách, na základě níž dovedl, že projekt ani první projekt nenaplnují definiční znaky koncese a vyjádřil se rovněž k „výjimkám“ uvedeným v § 11 a § 12 zákona. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel reagoval na vznesené námitky navrhovatele v dané části dostatečně komplexně a srozumitelně. Pokud navrhovatel namítá, že se zadavatel nevyjádřil k absenci transparentnosti ve svém postupu, Úřad uvádí, že v příslušné části námitek navrhovatel pouze obecně konstatuje, že v případě stavby by musel zadavatel při dodržení povinností a zásad uvedených v zákoně vypsát zadávací řízení, případně v úvodu námitek navrhovatel uvedl, že zadavatel, jakožto veřejný zadavatel je povinen zadávat obdobná plnění v režimu zákona a vždy povinen jednat v souladu se zásadou transparentnosti, přiměřenosti atd. Úřad k právě řečenému uvádí, že v daném případě se jedná o konstatování navrhovatele, že při zadávání veřejné zakázky v zadávacím řízení je nezbytné postupovat mj. transparentně. K uvedenému Úřad poznamenává, že zadavatel vypořádal námitku, z jakého důvodu nepovažuje svůj postup za směřující k zadání veřejné zakázky, a proto uvedenou námitku navrhovatele považuje Úřad za zcela irelevantní.
234. [... obchodní tajemství ...] navrhovatel uvádí, že tyto závěry nejsou s ohledem na povahu projektu správné a námitky považuje v tomto rozsahu za nevypořádané. K citovaným závěrům rozhodnutí o námitkách Úřad souhrnně uvádí, že v nich zadavatel shrnuje podstatu své argumentace, na základě které dospěl k závěru, že uzavření akcionářské smlouvy, na základě níž dojde k založení společného podniku mezi zadavatelem a partnerem, nepředstavuje ani zadání veřejné zakázky na stavební práce, ani zadání koncese na stavební práce. Zadavatel v těchto závěrech již tedy nereaguje na žádný konkrétní argument navrhovatele. Skutečnost, že navrhovatel nepovažuje uvedené závěry za správné, a že nesouhlasí s obsahem tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, nemůže založit nezákonnost předmětného rozhodnutí.

235. Úřad pro úplnost dále poznamenává, že navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 3. 12. 2019 uvádí, že nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že v rozhodnutí o námitkách odkázal na všechna relevantní ustanovení akcionářské smlouvy a dodává, že skutečnost, že akcionářská smlouva může být předmětem změn, svědčí o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách. Domnívá se, že bez zpřístupnění relevantních částí akcionářské smlouvy nelze posoudit povahu prvků zamýšlené spolupráce mezi zadavatelem a partnerem. K uvedenému Úřad opakuje, že zadavatel není povinen svá vyjádření a argumentaci uvedená v rozhodnutí o námitkách podložit důkazy, tzn. že ani v tomto případě nebyl zadavatel povinen poskytnout v rámci rozhodnutí o námitkách dokument, prostřednictvím jehož obsahu se s námitkami navrhovatele vypořádal. Úřad podotýká, že ani případné budoucí změny akcionářské smlouvy nemohou založit nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách, neboť je zřejmé, že zadavatel při vypořádání námitek pracoval s návrhem akcionářské smlouvy v aktuálním znění a nikoliv s případným budoucím dokumentem, který dosud neexistuje.
236. Úřad s ohledem na výše uvedené neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona a z tohoto důvodu **návrh navrhovatele v části vztahující se k údajné nepřezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele ze dne 25. 10. 2019 o námitkách navrhovatele ze dne 11. 10. 2019**, podle ustanovení § 265 písm. a) zákona **zamítl**, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti výrokům I. a II. tohoto 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 – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### Obdrží:

1. HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Tomáš Rybář, Ph.D., advokát, Purkyňova 2121/3, 110 00 Praha 1

### Vypraveno dne:

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