



UOHSX00AA9FK

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.: ÚOHS-R0068,0082/2017/VZ-21978/2017/323/Ebr

Brno 31. července 2017

V řízení o rozkladu ze dne 7. 4. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne společností –

- **TRADE CENTRE PRAHA a.s.**, IČO 00409316, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 3. 2017 JUDr. Radimem Křížem, ev. č. ČAK 4141, advokátem se sídlem K Vodici 1/1127, 104 00 Praha 10,

a v řízení o rozkladu ze dne 12. 4. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **hlavní město Praha**, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha – Staré Město, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 10. 5. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., ev. č. ČAK 11323, advokátem advokátní kanceláře ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-10823/2017/541/MSc ze dne 28. 3. 2017, vydanému ve věci návrhu na uložení zákazu plnění příkazní smlouvy č. PRK/83/04/026346/2016 uzavřené dne 27. 12. 2016 mezi výše uvedenou společností a zadavatelem, který byl podán navrhovatelem –

- **ELTODO-CITELUM, s.r.o.**, IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 22. 12. 2016 společností Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-10823/2017/541/MSc ze dne 28. 3. 2017

p o t v r z u j i

a podané rozklady

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 20. 12. 2016 bylo usnesením č. 3209 Rady zadavatele – hlavního města Praha, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „**zadavatel**“), schváleno uzavření příkazní smlouvy se společností – TRADE CENTRE PRAHA a.s., IČO 00409316, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2 (dále jen „**společnost TCP**“) – jejímž předmětem je zajištění provozu dispečinku, odstraňování poruch a havárií a souvisejících administrativních a informačních činností v rámci provozu veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy od 1. 1. 2017 (dále jen „**činnosti správce**“).
2. Dne 23. 12. 2016 doručila společnost – ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“), zadavateli námítky z téhož dne proti jeho postupu směřujícímu k zadání veřejné zakázky na zajištění činností správce mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**zákon**“).
3. Dne 27. 12. 2016 uzavřel zadavatel se společností TCP příkazní smlouvu č. PRK/83/04/026346/2016 (dále jen „**příkazní smlouva**“), jejímž předmětem bylo dle článku III. zajištění obstarávání správy veřejného osvětlení společností TCP v zastoupení zadavatele jeho jménem a na jeho účet (dále jen „**předmět příkazní smlouvy**“), a to při využití postupu dle § 63 odst. 5 zákona. Konkrétně se společnost TCP zavázala pro zadavatele obstarávat následující činnosti:
 - a. zajišťování havarijní a operativní údržby veřejného osvětlení, včetně zajišťování zaměstnanců,
 - b. zajištění nepřetržitého provozu dispečinku veřejného osvětlení, včetně zajišťování zaměstnanců,
 - c. zajišťování postupného přebírání veřejného osvětlení a věcí souvisejících, včetně organizace tohoto přebírání, a to dle smlouvy mezi zadavatelem a navrhovatelem a dále zajišťování vyjadřování se za zadavatele jako správce veřejného osvětlení ve správních řízeních, včetně zajišťování souvisejících administrativních

a informačních činností v rámci provozu veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy.

4. Dne 30. 12. 2016 doručil navrhovatel Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a společností TCP na zajištění činností správce (dále jen „**návrh**“), a tímto dnem Úřad podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájil toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0004/2017/VZ.
5. Ve svém návrhu navrhovatel uvedl, že se ze zápisu o jednání konaném dne 28. 12. 2016 dozvěděl, že došlo k uzavření smlouvy mezi zadavatelem a společností TCP ve věci správy veřejného osvětlení, a že považuje postup zadavatele spočívající v uzavření příkazní smlouvy bez realizace zadávacího řízení se společností TCP, která dle jeho názoru není schopna předmět veřejné zakázky z nedostatku personálních, technických a odborných kapacit plnit, za učiněný v rozporu se zákonem, resp. za postup směřující k účelovému obcházení zákona.
6. Dne 4. 1. 2017 doručil Úřad zadavateli pod č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-00308/2017/541/MSc přípis z téhož dne, kterým mu oznámil, že došlo k zahájení tohoto správního řízení.
7. Dne 6. 1. 2017 zadavatel svým rozhodnutím z téhož dne odmítl námítky navrhovatele.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 28. 3. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-10823/2017/541/MSc z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Výrokem I. Úřad uložil zákaz plnění příkazní smlouvy, neboť tato byla uzavřena přes zákaz jejího uzavření stanovený v § 246 odst. 1 písm. b) zákona, když ji zadavatel uzavřel dne 27. 12. 2016, tedy „do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli“, které byly zadavateli podány 23. 12. 2016 a které zadavatel odmítl až rozhodnutím ze dne 6. 1. 2017. Úřad přitom podle § 264 odst. 3 zákona stanovil lhůtu 6 měsíců počínající dnem nabytí právní moci napadeného rozhodnutí, po jejímž uplynutí bude plnění příkazní smlouvy zakázáno.
10. Výrokem II. Úřad podle § 266 odst. 1 zákona uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení.
11. Svoji pravomoc Úřad odůvodnil tím, že bez absolutního účinku blokační lhůty při podání námitek podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona by jeho přezkumná pravomoc závisela na tom, zda zadavatel označí svůj postup mimo zadávací řízení za postup podle § 11 zákona.
12. V bodě 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí k tomu uvedl následující: „*V této souvislosti Úřad považuje za nutné výslovně odmítnout argumentaci zadavatele, že pokud zadavatel směřuje k uzavření smlouvy na základě postupu dle ustanovení § 11 zákona, kdy se takovéto uzavření smlouvy nepovažuje za zadání veřejné zakázky, nelze podat proti takovému postupu námítky ve smyslu ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona, jelikož se jedná o námítky směřující proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky, k čemuž v takovém případě ve výsledku nedojde. K uvedené argumentaci Úřad konstatuje, že smyslem námitek dle ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona je, jak již bylo uvedeno výše, obrana dodavatelů v situacích, kdy dle jejich názoru dochází k nezákonnému postupu zadavatele využívajícího*

neoprávněně výjimky ze zákona, tedy že fakticky dochází k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. V tomto ohledu tedy pokud k takovéto situaci dochází, je zřejmé, že je v případě podání takovýchto námitek plně dodržena dikce zákona, a to, že směřují proti postupu zadavatele, který směřuje k faktickému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem. Úřad proto nepřisvědčil uvedené argumentaci zadavatele, přičemž dodává, že při výkladu zákona uplatněném zadavatelem by postačilo, pokud by zadavatel svůj postup mimo zadávací řízení jednoduše označil jako postup dle ustanovení § 11 zákona, čímž by znemožnil jakoukoliv možnost obrany ze strany dodavatelů proti nezákonnému postupu zadavatele, což by šlo zcela proti smyslu úpravy účinného přezkumu postupu zadavatelů při postupu mimo zadávací řízení.“

13. Napadené rozhodnutí Úřad odůvodnil především tím, že bez ohledu na to, zda na vztah mezi zadavatelem a společností TCP lze nahlížet, jako na vertikální spolupráci podle § 11 zákona, byl zadavatel vázán tzv. blokační lhůtou podle § 246 odst. 1 zákona, ve které byl povinen zdržet se podpisu smlouvy až do doby vyřízení námitek, případně uplynutí dalších tam stanovených lhůt.
14. V bodě 128 odůvodnění napadeného rozhodnutí uzavřel následující: „*Úřad uvádí, že v případě návrhu na zákaz plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona, je Úřad dle § 264 odst. 1 zákona povinen zadavateli uložit zákaz plnění smlouvy, pokud zadavatel uzavřel smlouvu přes zákaz jejího uzavření stanovený zákonem nebo předběžným opatřením. V takovémto případě při posouzení naplnění podmínek pro uložení zákazu plnění smlouvy nehraje roli, zda zadavatel jinak postupoval v souladu se zákonem či zda uzavření smlouvy v blokační době může mít faktický vliv na výběr dodavatele. V šetřeném případě tak z hlediska uložení zákazu plnění smlouvy není relevantní, zda zadavatel využil předmětnou výjimku stanovenou v § 11 zákona oprávněně či nikoliv.“*
15. Odložení účinnosti zákazu plnění příkazní smlouvy pak Úřad odůvodnil tím, že zadavatel prokázal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem, a že odklad účinnosti zákazu plnění příkazní smlouvy o 6 měsíců je dostatečná doba k tomu, aby zadavatel byl schopen zajistit činnosti, jež jsou předmětem této smlouvy, postupem v souladu se zákonem.

III. Námítky rozkladu společnosti TCP

16. Dne 7. 4. 2017 obdržel Úřad rozklad společnosti TCP z téhož dne, jímž brojí proti výroku I. napadeného rozhodnutí v celém rozsahu. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 29. 3. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
17. Společnost TCP brojí proti výroku I. napadeného rozhodnutí pro právní vady, které způsobují nezákonnost a namítá nedostatek kompetence Úřadu dle § 248 odst. 1 písm. b) zákona, který si měl dle jeho názoru nejdříve položit předběžnou otázku souladu postupu při zadání zakázky mimo režim zákona s tímto zákonem, neboť podání námitek není možné, když postup zadavatele není „v rozporu“ se zákonem a v tomto případě byl § 11 naplněn.
18. Společnost TCP uvádí, že v napadeném rozhodnutí zcela absentuje vypořádání argumentů z jeho vyjádření poskytnutých v průběhu správního řízení Úřadu o splnění podmínek pro vertikální spolupráci se zadavatelem, která navíc není standardní výjimkou. Dodává,

že argumentace Úřadu v bodě 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí o dopadech svévolného označení režimu in-house na (ne)možnost přezkumu úkonů zadavatele neobstojí, vzhledem k možnosti řízení z moci úřední na podnět dodavatelů nebo i bez podnětu.

19. Je současně přesvědčen, že v přezkoumávaném případě nebyly splněny ani všechny náležitosti návrhu, neboť navrhovatel nevymezil újmu, která mu postupem zadavatele měla vzniknout, alespoň kvalitativně, tedy to, o jaký konkrétní druh újmy šlo. V dalším odkázal na svá vyjádření poskytnutá v průběhu správního řízení.

Závěr rozkladu

20. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Námitky rozkladu zadavatele

21. Dne 12. 4. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne, jímž brojí proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 29. 3. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
22. Zadavatel brojí proti oběma výrokům napadeného rozhodnutí, které považuje za nesprávné, nezákonné a nepřezkoumatelné. Je přesvědčen, že Úřad nesprávně posoudil svoji pravomoc k přezkoumání jeho postupu, neboť při splnění podmínek podle § 11 zákona se nejedná o zadání ve smyslu § 2 odst. 1 zákona, a není tedy dán předpoklad jeho pravomoci podle § 248 odst. 1 písm. b) zákona. Posouzení oprávněnosti postupu in-house bylo tedy předběžnou otázkou, ke které se Úřad nevyjádřil, a napadené rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné.
23. Tvrzení Úřadu o zmaření přezkumu bez přiznání absolutního účinku blokační lhůtě podle zadavatele taktéž neobstojí, a to vzhledem k možnosti zahájení správního řízení ex-offo na podnět dotčených dodavatelů nebo i bez nutnosti podnětu. Zdůrazňuje přitom, že v rámci řízení o podnětu P1821/2016/VZ dle § 258 zákona, jehož obsahem byly obsahově stejné námitky, jako v návrhu navrhovatele, tedy včetně námitek neoprávněného postupu dle § 11 zákona, Úřad „*neshledal důvody*“ pro zahájení správního řízení z moci úřední.
24. Zadavatel v návaznosti na výše uvedené zpochybňuje i oprávnění navrhovatele k podání námitek dle § 241 odst. 1 písm. c) zákona, neboť postup zadavatele nesměřoval k zadání veřejné zakázky a nebyl ani v rozporu se zákonem, a stejně tak rozporuje i existenci překážky uzavření příkazní smlouvy dle § 246 odst. 1 písm. b) zákona.
25. Dále zadavatel uvádí, že Úřad při zkoumání oprávnění navrhovatele k podání námitek zcela nesprávně zhodnotil naplnění nezbytného znaku hrozby či vzniku újmy. K tomu zadavatel dodává, že v případě uzavření příkazní smlouvy za podmínek vertikální spolupráce, tedy v souladu se zákonem, nemohla navrhovateli žádná újma hrozit, natož vzniknout.
26. Dále zadavatel namítá, že i kdyby navrhovatel byl oprávněn námitky proti jeho postupu podat, pak by zákonná překážka uzavření příkazní smlouvy vznikla až okamžikem podání takových námitek, ke kterému došlo 23. 12. 2016, ve 13:40 hod., což bylo hodinu před uzavřením podatelny den před Štědrým dnem a vánočními svátky. S ohledem na tuto skutečnost zadavatel uvádí, že neměl reálnou možnost se s existencí předmětných námitek

seznámit, neboť kompetentní osoby se dozvěděly o jejich podání teprve až 27. 12. 2016 odpoledne, tedy až v době, kdy už byla příkazní smlouva ze strany zadavatele podepsána a odeslána kurýrem společností TCP. Dle zadavatele tedy s ohledem na výše uvedené v době jeho podpisu příkazní smlouvy neexistovala žádná blokační doba pro uzavření smlouvy, přičemž nelze v tomto ohledu ani dovozovat ze strany zadavatele úmyslné porušení zákona.

27. Dále je dle zadavatele třeba při zkoumání podmínek uzavření příkazní smlouvy přihlídnout k účelu a smyslu jednotlivých ustanovení zákona, konkrétně ustanovení o námitkách navrhovatele a na ně vázanou blokační lhůtu, neboť jejich účelem je primárně zastavit případný nezákonný proces při zadání veřejné zakázky. Zákaz uzavření smlouvy dle § 246 odst. 1 písm. b) zákona se dle zadavatele tedy uplatní pouze v případě zadání veřejné zakázky v režimu zákona, což se ovšem v daném případě nestalo.
28. Úřad dle zadavatele nakonec nesprávně dovodil i dostatečnou ochranu veřejného zájmu v podobě odkladu zákazu plnění příkazní smlouvy o 6 měsíců. Dle zadavatelova přesvědčení jsou zde dány podmínky pro aplikaci § 264 odst. 4 zákona vzhledem k pokusům navrhovatele blokovat uzavření příkazní smlouvy s jinými dodavateli, o čemž svědčí i další návrhy vedené u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-S0100/2017/VZ v kombinaci s výkladem o automatické „aktivaci“ blokační lhůty přijímanému Úřadem, díky které může každé podání námitek (nejen navrhovatelem) odložit podpis smlouvy vždy až o cca 100 dní.

Závěr rozkladu

29. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrh na uložení zákazu plnění příkazní smlouvy zamítá.

V. Vyjádření navrhovatele k rozkladům

30. Dne 20. 4. 2017 a dále dne 24. 4. 2017 byla Úřadu doručena vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele a k rozkladu společnosti TCP.
31. Co se týká vyjádření k oběma výše uvedeným rozkladům, má navrhovatel za to, že tyto nejsou věcně opodstatněné. Navrhovatel se plně ztotožňuje s Úřadem v tom, že pravomoc Úřadu vychází z ustanovení § 248 zákona a dále, že smyslem námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona je obrana dodavatelů v situacích, kdy fakticky dochází k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Dále navrhovatel uvádí, že výklad institutu námitek jak společnosti TCP, tak zadavatele by zcela bezprecedentně vylučoval účinný a včasný přezkum nezákonných postupů zadavatelů obcházejících zákon, přičemž dodává, že zadavatel sám znemožnil uzavřením příkazní smlouvy přezkum svého postupu, který směřoval k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Dle názoru navrhovatele dále nehraje při posouzení naplnění podmínek pro uložení zákazu plnění příkazní smlouvy roli, zda zadavatel jinak postupoval v souladu se zákonem, či zda uzavření příkazní smlouvy v blokační době může mít faktický vliv na výběr dodavatele. V šetřeném případě tak není relevantní, zda zadavatel postupoval dle § 11 zákona oprávněně či nikoliv. Co se týká povinnosti prokázat existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem odůvodňujících neuložení zákazu plnění příkazní smlouvy, tu má dle navrhovatele toliko zadavatel, a proto jakékoliv argumenty nebo návrhy důkazů ze strany společnosti TCP jsou v této věci zcela irelevantní. Navrhovatel je dále přesvědčen, že zadavatel si je vědom protiprávnosti svého postupu a snaží se pouze najít způsob, jakým by mohlo dojít k přímému

zadání předmětné veřejné zakázky společnosti, která však není vůbec schopna toto plnění poskytnout.

32. Závěrem svých vyjádření navrhovatel žádá, aby předseda vydal rozhodnutí, v němž rozklady společnosti TCP i zadavatele zamítne a napadené rozhodnutí potvrdí.

VI. Replika zadavatele k vyjádření navrhovatele

33. Dne 7. 7. 2017 doručil zadavatel Úřadu svou repliku k výše uvedeným vyjádřením navrhovatele. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že uzavření příkazní smlouvy dle § 11 zákona není „zadáním“ veřejné zakázky, což s ohledem na znění § 241 odst. 2 písm. c) zákona vylučuje podání námitek. V souvislosti s tímto zadavatel konstatuje, že navrhovatel ignoruje jednoznačně formulovaná ustanovení zákona a svou aktivní legitimaci k podání námitek odvozuje od tvrzeného obecného účelu právní úpravy v podobě zajištění účinné a včasné ochrany práv potenciálních dodavatelů. Dále zadavatel podotýká, že v případě uzavření příkazní smlouvy dle § 11 zákona se jedná o zajištění potřeb zadavatele jiným způsobem než soutěží mezi dodavateli, což je postup explicitně umožněný zákonem, a tudíž pouze ze skutečnosti, že navrhovatel v minulosti poskytoval stejné služby zadavateli nelze činit závěr o oprávněné újmě navrhovatele v souvislosti s tímto postupem zadavatele. K naplnění podmínek pro postup dle § 11 zákona zadavatel uvádí, že nemůže souhlasit s výkladem, že pro naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona je nutné, aby společnost TCP prokazatelně pro zadavatele vykonávala 80 % své činnosti, která má být předmětem příkazní smlouvy. Výše uvedená podmínka nesměřuje totiž dle zadavatele k tomu, aby činnosti vykonával kvalifikovaný dodavatel, který v minulosti obdobné činnosti pro zadavatele vykonával, ale k tomu, aby činnosti prováděl dodavatel, který podstatnou část své činnosti neprovádí na trhu, ale naopak pro zadavatele. Závěrem svého vyjádření se zadavatel pozastavuje nad problematikou odložení účinnosti nápravného opatření, když konstatuje, že s ohledem na účelovou snahu navrhovatele celý proces obstruovat nelze vyloučit, že lhůta 6 či 12 měsíců nemusí být dostatečná.

VII. Řízení o rozkladech a stanovisko předsedy Úřadu

34. Úřad po doručení rozkladů neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladech.

Stanovisko předsedy Úřadu

35. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k závěru uvedenému ve výrokové části tohoto rozhodnutí, který v podrobnostech odůvodňuji níže.

VIII. K námitkám rozkladu

K možnosti podat námitky

36. Základní otázkou, kterou si je třeba v rámci nyní projednávané problematiky primárně položit, je, zda navrhovatel měl ve smyslu § 241 odst. 1 zákona ve spojení s § 241 odst. 2 písm. c) zákona oprávnění podat námitky zadavateli, který svým postupem směřoval k uzavření příkazní smlouvy mimo zadávací řízení dle § 11 zákona, neboť pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel uzavřel smlouvu přes zákaz jejího uzavření, stanovený v § 246 odst. 1 písm. b) zákona, pak podmínkou pro možnost konstatování takového pochybení je oprávnění podat proti postupu zadavatele námitky, které pak blokační lhůtu aktivují.
37. Zákon k problematice námitek obecně uvádí, že tyto může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona je pak možné podat námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem.
38. Úřad se naplněním výše uvedených podmínek zabýval v bodech 93 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, když uvedl, že není sporu o tom, že námitky navrhovatele směřovaly proti postupu zadavatele, dále, že z hlediska charakteru činností vykonávaných na základě příkazní smlouvy a na základě dalších faktorů lze konstatovat, že předmětem plnění mělo být poskytování služeb, také uvedl, že ve smyslu institutu předpokládané hodnoty veřejné zakázky sjednaná odměna pro společnost TCP dosahuje výše pro nadlimitní veřejnou zakázku, a závěrem, že navrhovateli na základě postupu zadavatele hrozí nebo vznikla újma spočívající v nemožnosti účastnit se případného zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Zároveň bylo dle Úřadu možné námitky navrhovatele vnímat jako námitky ve smyslu ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona, jelikož v nich navrhovatel napadl postup zadavatele, který na základě využití výjimky ze zákona směřoval k údajně nezákonnému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. V návaznosti na tyto skutečnosti Úřad v bodě 106 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že námitky navrhovatele dostály požadavkům vyplývajícím z ustanovení § 241 zákona.
39. Výše uvedená tvrzení Úřadu považuji za správná a dodávám k nim následující. Nejprve pokládám za nutné zmínit zejména komentářovou literaturu vztahující se k § 241 odst. 2 písm. c) zákona, která uvádí, že „[d]le písm. b) a c) jsou stěžovatelé oprávněni podat námitky rovněž proti samotné volbě druhu zadávacího řízení či režimu veřejné zakázky, resp. proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem. Obě tato písmena mají společné to, že se jedná o úkony zadavatele mimo samotné zadávací řízení, a to že jej buď předcházejí [písm. b)], nebo jej obcházejí [písm. c)]. Dalším společným znakem je skutečnost, že námitky (podobně jako u zadávacích podmínkách) zde může podat jakýkoliv dodavatel, nikoliv pouze účastník zadávacího řízení, což je logický předpoklad, protože v okamžiku podání námitek proti těmto úkonům či opomenutím není zadávací řízení vůbec zahájeno, či není ještě zahájeno“ (viz PODEŠVA, Vilém. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 881).

40. S ohledem na výše uvedené mám, totožně jako Úřad v napadeném rozhodnutí, za to, že v nyní projednávaném případě mohl navrhovatel námitky podat. Navrhovatel byl totiž přesvědčen, že zadavatel hodlá příkazní smlouvu na předmětnou „veřejnou zakázku“ uzavřít s využitím institutu vertikální spolupráce v rozporu se zákonem. V očích navrhovatele tedy zadavatel fakticky směřoval k zadání plnění, které vykazuje znaky veřejné zakázky mimo zadávací řízení, a to v rozporu se zákonem.
41. Za smysl institutu námitek lze obecně označit prvotní možnost obrany dodavatele před nezákonným postupem zadavatele předcházející obraně v podobě podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. V zásadě totiž není vyloučeno, že může dojít k situaci, kdy zadavatel námitkám ze strany dodavatele vyhoví, přičemž v tu chvíli již nebude nutný přezkum postupu zadavatele před Úřadem. Institut námitek je tedy jakýmsi „předstupněm“ možné obrany dodavatele proti postupu zadavatele před podáním návrhu k Úřadu. I přesto, že zákon v § 11 odst. 1 výslovně uvádí, že vertikální spolupráce mezi zadavatelem a jinou právnickou osobou jako dodavatelem se nepovažuje za zadání veřejné zakázky, nelze s ohledem na smysl institutu námitek říci, že v případě, kdy bude zadavatel směřovat k uzavření smlouvy s dodavatelem na základě vertikální spolupráce, nebude možné se proti takovému postupu ze strany dodavatelů bránit. Fakticky totiž i tento postup zadavatele směřuje k uzavření smlouvy, jejímž předmětem je plnění, které zcela naplňuje znaky veřejné zakázky (jak dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí), avšak zadavatel využívá institutu vertikální spolupráce k zajištění takového plnění osobou, o níž tvrdí, že splňuje všechny podmínky uvedené v § 11 zákona, tedy k zadání jinak veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Ani zadavatel sám nerozporuje, že by Úřad měl mít pravomoc posoudit, zda byly splněny všechny podmínky pro postup dle § 11 zákona, avšak jeho výklad ustanovení zákona, týkajících se existence blokační lhůty v případě podání námitek, resp. jeho závěr o nemožnosti podání námitek před uzavřením smlouvy by vedl k odepření možnosti obrany dodavatelů proti výše popsanému jednání zadavatelů, což by šlo zcela proti smyslu úpravy účinného přezkumu postupu zadavatelů.
42. V takovém případě by to totiž znamenalo, že i když se dodavatel dozví o úmyslu zadavatele uzavřít smlouvu na základě § 11 zákona, přičemž má za to, že pro využití takového postupu nejsou splněny všechny předpoklady, neměl by ve fázi před uzavřením předmětné smlouvy žádný prostředek, jak se proti jejímu uzavření bránit. Musel by vyčkat, až tato smlouva bude uzavřena a až následně podávat návrh dle § 254 zákona. Tato konstrukce se mi však nejeví jako správná, a to zejména s ohledem na obecný účel právní úpravy v podobě zajištění účinné a včasné ochrany práv potenciálních dodavatelů a potřeby zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění smlouvy. Pro snadné vyloučení možnosti podání námitek a zároveň následného podání návrhu k Úřadu před uzavřením smlouvy by pak totiž postačovalo, aby zadavatel označil svůj postup jako směřující k uzavření smlouvy na základě vertikální spolupráce, přičemž poté by až do uzavření smlouvy bylo znemožněno posouzení správnosti použití předmětné výjimky dle § 11 zákona.
43. Zároveň považuji za nutné uvést, že v probíhajícím zadávacím řízení je nejúčelnější přezkum postupu zadavatele, tedy posouzení naplnění pravidel, které zákon stanoví, ještě před uzavřením smlouvy, kdy má Úřad možnost uložit nápravné opatření a případný závadný stav zhojit. Po uzavření smlouvy se pak již nabízí pouze uložení zákazu plnění smlouvy, který je podmíněn podáním návrhu. Uložení pokuty za spáchaný správní delikt v době, kdy došlo

k uzavření smlouvy, již závadný stav neodstraní, nýbrž jej pouze trestá. Zadavatel i společnost TCP v tomto kontextu namítají, že posoudit případné nenaplnění podmínek pro použití § 11 zákona může Úřad i ve správním řízení zahájeném z moci úřední. To je zajisté možné za situace, že se o takovém postupu zadavatele Úřad dozví, což je často nereálné. O takovém postupu zadavatele bude mít spíše informace dodavatel, mající zájem poskytnout zadavateli plnění, které má být předmětem smlouvy. Současně je třeba poukázat na skutečnost, že pokud by se Úřad o takovém jednání dozvěděl např. na základě podaného podnětu, do doby než Úřad získá podklady k posouzení postupu zadavatele, na základě kterých by případně mohl přistoupit k nařízení předběžného opatření v podobě zákazu uzavřít smlouvu, bude tato pravděpodobně již uzavřena a výše uvedený přezkum postupu zadavatele tak bude znemožněn. V tuto chvíli je nutné opětovně podotknout, že výsledkem správního řízení zahájeného z moci úřední po uzavření smlouvy dle § 11 zákona nikdy nemůže být zákaz plnění této smlouvy, nýbrž pouze konstatování spáchání správního deliktu spojené s uložením pokuty zadavateli, což ostatně vyplývá z § 264 odst. 1 zákona, v němž je uvedeno, že zákaz plnění smlouvy lze uložit pouze v řízení zahájeném na návrh. Na základě výše uvedeného lze tedy konstatovat, že vyloučení možnosti podání námitek před uzavřením smlouvy dle § 11 zákona by vedlo k na ni navazující nemožnosti podání návrhu k Úřadu, což by de facto znemožnilo nebo velice výrazně ztížilo uložení opatření k nápravě postupu zadavatele, jakožto neúčelnějšího způsobu předcházení porušení zákona. Zákon totiž podmiňuje podání návrhu na přezkum mimo jiné podáním námitek.

44. Lze tedy shrnout, že za situace, kdy bylo Úřadem řádně dovozeno, že plnění smlouvy, vůči jejímuž uzavření navrhovatel brojí, naplnilo všechny podmínky, za kterých je možno jej označit jako veřejnou zakázku, pak je navrhovatel na základě výše uvedeného oprávněn podat námitky ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona i v případě, kdy má pochybnosti o tom, zda zadavatel bude oprávněně postupovat při uzavírání smlouvy s jinou právnickou osobou jako dodavatelem v souladu s § 11 zákona.
45. S ohledem na výše uvedený obecný závěr o možnosti podat námitky před uzavřením smlouvy dle § 11 zákona dále považuji za nutné zohlednit okolnosti, za nichž byly v nyní projednávaném případě námitky podány. Co se týká splnění zákonných podmínek pro podání námitek, tyto jsem již shrnul v bodě 38 tohoto rozhodnutí a mám za to, že se k nim Úřad dostatečně vyjádřil v bodě 93 a násl. napadeného rozhodnutí. Z tohoto důvodu je považuji za splněné. Dále však považuji za nutné se vyjádřit k době doručení námitek. Přílohou návrhu navrhovatele doručenému Úřadu je krom jiného kopie námitek. Na této kopii je razítko zadavatele s vyznačením data doručení námitek, k němuž došlo dne 23. 12. 2016. Z uzavřené příkazní smlouvy pak vyplývá, že následně dne 27. 12. 2016 došlo k akceptaci nabídky ze strany zadavatele společností TCP, čímž došlo k jejímu uzavření. Nutno dodat, že ani jedna z výše uvedených skutečností není mezi účastníky sporná. Závěrem lze tedy shrnout, že námitky navrhovatel doručil zadavateli v souladu s § 241 odst. 2 písm. c) zákona, a to před uzavřením příkazní smlouvy dle § 11 zákona.

K aktivaci blokační lhůty

46. V tuto chvíli je nutné dále zmínit, že se k institutu námitek váže zákaz uzavření smlouvy uvedený v § 246 zákona, přičemž pro něj zákon upravuje jednotný režim bez možnosti jej obejít či zneplatnit. Lze tedy říci, že v případě podání námitek zadavateli nastupuje za každých okolností výše uvedená blokační lhůta. Jestliže tedy byly podány námitky proti

postupu zadavatele podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona, běžela blokační lhůta pro uzavření příkazní smlouvy do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, což je konkrétně upraveno v § 246 odst. 1 písm. b) zákona.

47. Rozhodnutí o námitkách stěžovateli (resp. navrhovateli) bylo v nyní projednávaném případě doručeno dne 6. 1. 2017. S ohledem na výše uvedené lze tedy konstatovat, že až do tohoto dne běžela dle § 246 odst. 1 písm. b) zákona zadavateli blokační lhůta, přičemž nutno podotknout, že tato v případě odmítnutí námitek ze strany zadavatele měla poté v souladu s § 246 odst. 1 písm. c) zákona běžet i nadále. Jestliže tedy zadavatel, jak již bylo dovozeno výše v bodě 45 tohoto rozhodnutí, uzavřel se společností TCP příkazní smlouvu dne 27. 12. 2016, došlo tím k nedodržení výše uvedené blokační lhůty a tedy k porušení § 246 odst. 1 písm. b) zákona, jak bylo konstatováno Úřadem v napadeném rozhodnutí.

K možnosti podat návrh

48. Na námitky a s nimi související blokační lhůtu navazuje dále také podání návrhu k Úřadu, a to proti úkonům i opomenutím zadavatele. Toto je upraveno v § 250 zákona, přičemž komentářová literatura k němu uvádí následující: „*Komentované ustanovení vymezuje úkony zadavatele, proti kterým je možno podat návrh k ÚOHS. Tento výčet se prakticky shoduje s výčtem úkonů a opomenutí v § 241 odst. 1, proti kterým bylo možno podávat námitky, což je logická návaznost, neboť námitky jsou pro podání návrhu dle tohoto ustanovení neopomenutelným krokem. Oproti výčtu v § 241 je však výčet vzhledem k uvozujícímu slovu "zejména" pouze taxativní, a tedy je teoreticky možno podávat návrh i proti jiným úkonům zadavatele. Tato možnost je ovšem nadále limitována tím, že primárně je nezbytné, aby návrhu předcházely námitky.*“ (viz PODEŠVA, Vilém. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 911)
49. Obecně lze říci, že na námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení [§ 241 odst. 2 písm. c) zákona] může navazovat návrh navrhovatele proti témuž postupu zadavatele [§ 250 odst. 1 písm. f) zákona] a zároveň také výkon dozoru ze strany Úřadu nad zadáváním veřejných zakázek, při kterém se rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem [§ 248 odst. 1 písm. b) zákona].
50. Pokud tedy v nyní projednávaném případě byly navrhovatelem podány námitky v souladu s § 241 odst. 2 písm. c) zákona a těmto nebylo ze strany zadavatele vyhověno, je z výše uvedeného zřejmé, že by navrhovatel měl mít oprávnění ve smyslu § 250 odst. 1 písm. f) zákona podat návrh k Úřadu. Avšak s ohledem na to, že v průběhu blokační lhůty zadavatel uzavřel se společností TCP příkazní smlouvu, nemohl již navrhovatel podat návrh na přezkoumání úkonů či opomenutí zadavatele, nýbrž mohl ve smyslu § 250 odst. 2 podat pouze návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona. Do doby uzavření příkazní smlouvy byla pravomoc Úřadu k projednání návrhu dána dle § 248 odst. 1 písm. b) zákona, neboť byly podány námitky podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona, o kterých byl zadavatel povinen rozhodnout, a do doby jeho rozhodnutí běžela, jak již bylo dovozeno výše, blokační lhůta ve smyslu § 246 odst. 1 písm. b) zákona. Po uzavření smlouvy je dána pravomoc Úřadu k přezkoumání postupu zadavatele v této věci § 264 odst. 1 zákona. Pokud tedy bylo dovozeno, že zadavatel uzavřel předmětnou smlouvu přes zákaz jejího uzavření

v § 246 odst. 1 písm. b) zákona, pak byl Úřad povinen na základě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy tento uložit, neboť byly pro tento postup splněny všechny podmínky.

K dalším námitkám rozkladu

51. K námitce společnosti TCP, že Úřad byl nejprve povinen postavit najisto, zda byly dány všechny aspekty působnosti zákona a teprve v případě, že by dospěl k závěru o neoprávněném postupu zadavatele na základě výjimky in-house (tedy k závěru, že nešlo o vertikální spolupráci), by mohl dospět i k závěru, že podání námitek navrhovatelem skutečně způsobilo počátek běhu blokační lhůty, uvádím následující.
52. Jak již bylo řečeno výše, pro blokační lhůtu ve smyslu § 246 zákona nejsou v zákoně vymezeny žádné výjimky, za kterých by tato byla vyloučena. Nutně to tak musí znamenat, že zákaz uzavření příkazní smlouvy po podání námitek ze strany navrhovatele začal běžet a zadavatel byl povinen tuto blokační lhůtu bezvýhradně respektovat a měl povinnost vyčkat s uzavřením příkazní smlouvy do doby, než rozhodne o námitkách navrhovatele, a to bez ohledu na to, zda byl přesvědčen, že svým postupem neporušil zákon. Pokud to však zadavatel neučinil a ještě před rozhodnutím o námitkách uzavřel příkazní smlouvu se společností TCP, jednal, jak již bylo dovozeno výše, v rozporu s ustanovením § 246 zákona.
53. Co se týká zkoumání oprávněnosti postupu zadavatele v rámci vertikální spolupráce, mám za to, že v nyní projednávaném případě bylo očividné, že zadavatel porušil ustanovení upravující zákaz uzavření příkazní smlouvy, přičemž dalšími v návrhu namítanými pochybeními zadavatele nebylo nutné se zabývat, neboť samotná skutečnost, že zadavatel porušil § 246 zákona je důvodem pro uložení zákazu plnění smlouvy. V tomto ohledu mám za to, že by šetření dalších skutečností uvedených v návrhu nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu vliv. Bylo by tedy neúčelné, aby se Úřad věcně zabýval všemi možnými důvody pro uložení nápravného opatření. Pokud tedy Úřad dospěl k závěru, že alespoň jeden důvod pro uložení nápravného opatření existoval, bylo zkoumání existence dalších případných důvodů nadbytečné (viz rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 7/2006-200 ze dne 11. 8. 2009). S ohledem na výše uvedené neshledávám námitky rozkladů směřující k nedostatku kompetence Úřadu pro projednání návrhu či k nevypořádání se s argumenty dokládajícími splnění podmínek pro vertikální spolupráci důvodnými. Současně však s ohledem na výše uvedené ani naplnění podmínek § 11 zákona nemůže mít vliv na nedodržení jiného pravidla, stanoveného zákonem, a to pravidla uvedeného v § 246 odst. 1 písm. b) zákona.
54. K námitce společnosti TCP rozporující skutečnost konstatovanou Úřadem v bodě 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tedy že by mohlo dojít svévolným označováním režimu in-house ke znemožnění možnosti obrany ze strany dodavatelů, odkazují na bod 43 odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde je odůvodněno, proč skutečně hlavní účinnou obranou dodavatele, jež může případně vyústit v nápravu postupu zadavatele, který hodlá uzavřít smlouvu mimo zadávací řízení, je primárně návrh na zahájení správního řízení. Pokud by tedy došlo k odepření možnosti podat návrh k přezkumu postupu zadavatele dle § 11 zákona, byla by možnost obrany ze strany dodavatelů minimálně velmi okleštěná. Proto souhlasím s právním posouzením Úřadu, že námitky proti postupu zadavatele dle § 11 zákona před uzavřením smlouvy je možné podat. S ohledem na výše uvedené nelze než souhlasit s Úřadem a ani tuto námitku společnosti TCP a zadavatele neshledat důvodnou.

55. Další námitkou společnosti TCP a zároveň zadavatele bylo, že navrhovatel nevymezil ve svém návrhu újmu, která mu postupem zadavatele měla vzniknout, přičemž dle zadavatele při uzavření příkazní smlouvy za podmínek vertikální spolupráce nemohla navrhovateli žádná újma hrozit, natož vzniknout.
56. Ve vztahu k této námitce musím pro přehlednost nejdříve uvést, že zde není sporu o tom, zda v případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy musí být v podaném návrhu uvedeno, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, neboť je zřejmé, že Úřad (stejně jako zadavatel) nepochybuje o nutnosti v návrhu navrhovatele specifikovat konkrétní porušení zákona zadavatelem, které může zapříčinit vznik nebo alespoň hrozbu újmy na právech navrhovatele. Sporná je však otázka, zda navrhovatel takovou specifikaci, a to zejména z pohledu vzniku či hrozby újmy na jeho právech, v návrhu předestřel, resp. zda ji předestřel dostatečně konkrétně.
57. Nutno podotknout, že s výše uvedenou argumentací se Úřad dostatečně a správně vypořádal již v bodech 113 až 117 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Navrhovatel totiž na straně 6 návrhu výslovně uvedl, že „*v souvislosti s namítaným porušením ZZVZ na straně Zadavatele Navrhovateli vznikla újma v tom, že mu bylo účelově a nezákonně znemožněno ucházet se o možnost poskytovat Zadavateli požadované plnění, resp. stát se vybraným uchazečem a takové plnění pro zadavatele realizovat*“. Jinými slovy řečeno, navrhovatel se cítil být dotčen na svých právech tím, že mu zadavatel upřel alespoň potenciální možnost účastnit se zadávacího řízení na veřejnou zakázku, v níž by popřípadě mohl uspět jako vítězný dodavatel. Mám za to, že takovýmto vyjádřením návrh navrhovatele splnil náležitost spočívající v uvedení, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Navrhovatel totiž není povinen reálnou nebo hrozící újmu prokazovat, nýbrž musí toliko uvést, v čem pozoruje porušení zákona, v jehož důsledku mu vznikla nebo může vzniknout újma na jeho právech. Tvrzenou hrozící újmu navrhovatele na právu podat nabídku v zadávacím řízení považuji tedy s ohledem na konstantní rozhodovací praxi Úřadu zmíněnou v bodě 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí a zároveň s ohledem na okolnosti nyní projednávaného případu za dostatečnou, neboť v případě, kdy by zadavatel nenaplnil podmínky pro vertikální spolupráci a jednal tedy v rozporu se zákonem, mohlo by toto jeho porušení zákona potenciálně způsobit navrhovateli újmu v podobě nemožnosti ucházet se o poskytování předmětného plnění zadavateli.
58. Rozhodovací praxe Úřadu, potvrzená judikaturou správních soudů, připouští, aby újma na právech navrhovatele spočívala pouze ve ztrátě potenciální možnosti získat veřejnou zakázku. V tomto kontextu odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013, v němž je uvedeno, že „*[k] tomu zda podmínka hrozící nebo vzniklé újmy byla splněna, soud vycházel také z rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310-Asc, kde se uvádí: „Co se týče vyjádření újmy, lze souhlasit s navrhovatelem (a potažmo i s napadeným rozhodnutím), že v zásadě postačí, aby byla prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Pro úplnost dodávám, že újma je pojmem širším, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, a to zejména proto, že v raných stádiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být přinejmenším obtížné určit, zda by stěžovatelova nabídka vůbec mohla být vybrána jako*

nejvhodnější.' Zájem na získání určité veřejné zakázky by naopak neměl přicházet v úvahu v případech, kdy je nepochybné, že dodavatel zakázku není vůbec oprávněn plnit, například tehdy, pokud nemá potřebné živnostenské nebo jiné veřejnoprávní povolení k plnění veřejné zakázky. Tak tomu v daném případě ale není. Z obecně dostupných zdrojů, zejména zpráv z médií, je navíc známo, že žalobkyně v minulosti již pro zadavatele poskytovala plnění související s železniční dopravou. Tato skutečnost vyplývá též ze správního spisu. Podmínka, že žalobkyně má alespoň hypotetický zájem na získání veřejné zakázky, tedy byla splněna. Bylo by příliš požadovat po žalobkyni, která je dle svých tvrzení postižena diskriminačním použitím jednacích řízení bez uveřejnění, aby prokázala svůj zájem na získání veřejné zakázky tak, že by de facto musela předložit vlastní nabídku vlaků v daném zadávacím řízení před tím, než by se mohla bránit v přezkumném řízení, (srov. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 12. 2. 2004 ve věci C-230/02, Grossmann Air Service).“

59. Touto problematikou se dále zabýval také rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 96/2013-234 ze dne 28. 3. 2017, který k aktivní legitimaci k podání návrhu, konstatoval následující: *„přezkumné řízení zahájené podle § 114 zákona o veřejných zakázkách musí být dostupné co nejširšímu okruhu navrhovatelů. Prostředkem k dosažení tohoto cíle je co nejméně restriktivní a maximálně benevolentní výklad § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013-272, č. 3142/2015 Sb. NSS; www.nssoud.cz). Při extenzivním charakteru posuzování návrhové legitimacy se tak zvyšuje role pouhé potenciality splnění podmínek, a to zejména ve vztahu k definici stěžovatele ve smyslu § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.“* Krajský soud v Brně dále dodal, že je v tomto ohledu irelevantní, pokud se navrhovatel dosud neúčastnil veřejných zakázek v oblasti IT. Ačkoliv jde o rozsudek, posuzující právní úpravu dle zákona č. 137/2006 Sb., zákona o veřejných zakázkách, lze tyto závěry vztáhnout i na zákon, neboť pokud jde o posouzení aktivní legitimacy k podání návrhu, jde o závěr obecný. Lze tedy konstatovat, že na základě výše uvedeného rozsudku by okruh možných dodavatelů aktivně legitimovaných k podání námitek měl být co možná nejširší, přičemž zde Krajský soud v Brně ani nepovažuje s ohledem na prokázání hypotetického zájmu na získání veřejné zakázky za nutné, aby dodavatel již v minulosti měl zkušenosti s poskytováním plnění souvisejícím s předmětem veřejné zakázky, v rámci které podává zadavateli námítka.
60. Doplnuji, že v právě šetřeném případě tedy nelze pochybovat o tom, že navrhovatel zřejmě je způsobilým dodavatelem z pohledu výše citovaných rozsudků, neboť jak opakovaně uvedl sám zadavatel, navrhovatel pro něj obdobné služby zajišťoval již v minulosti. Proto mohu konstatovat, že podmínka spočívající minimálně v hypotetickém zájmu na získání veřejné zakázky byla splněna, pročež tedy navrhovateli mohla vzniknout tvrzená újma na jeho právu účastnit se zadávacího řízení na plnění předmětu veřejné zakázky. Z tohoto důvodu neshledávám ani tuto námítka společnosti TCP a zadavatele za důvodnou.
61. K námítce zadavatele, že neměl před podpisem příkazní smlouvy reálnou možnost se s existencí námitek navrhovatele seznámit, neboť tyto byly podány na podatelnu zadavatele den před Štědrým dnem v 13:40 hod., uvádím následující. S touto námítkou se již dostatečně a správně vypořádal Úřad v bodě 122 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Nad rámec zde uvedeného proto jen opakovaně uvádím, že doručení námitek zadavateli bylo doloženo navrhovatelem již při podání návrhu, a to v podobě kopie předmětných námitek, na níž je razítko zadavatele s vyznačeným datem jejich doručení. Tuto skutečnost tedy považuji

za prokázanou, a co se týká dalších okolností, mám za to, že zadavatel má v rámci svého organizačního uspořádání řídit a organizovat činnost svých zaměstnanců tak, aby byl schopen řádně splnit zákonem stanovené povinnosti bez ohledu na probíhající vánoční svátky. Vzhledem k odůvodnění Úřadu v bodě 122 a s ohledem na výše uvedené tedy nepovažuji tuto námitku zadavatele za důvodnou.

62. Závěrečnou námitkou zadavatele je nesprávné dovození dostatečné ochrany veřejného zájmu odkladem zákazu plnění příkazní smlouvy o 6 měsíců, když zadavatel tvrdí, že jsou zde dány podmínky pro aplikaci § 264 odst. 4 zákona vzhledem k pokusům navrhovatele blokovat uzavření smlouvy s jinými dodavateli.
63. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval možnou existencí důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem na odklad zákazu plnění z příkazní smlouvy či neuložení zákazu plnění z této smlouvy v bodech 130 a násl. napadeného rozhodnutí. K této problematice považuji za nutné podotknout, že břemeno tvrzení i břemeno důkazní ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele, spojených s veřejným zájmem, vyžadujících pokračování plnění příkazní smlouvy leží na zadavateli, přičemž ten obě výše uvedená břemena musí unést již ve svém vyjádření k návrhu, tedy ve lhůtě 10 dnů od doručení návrhu. Po uplynutí této lhůty již zadavatel není oprávněn tvrzení a návrhy důkazních prostředků měnit nebo rozšiřovat (viz § 254 odst. 5 zákona).
64. V nyní projednávaném případě se zadavatel ve vyjádření k návrhu opíral jak o § 264 odst. 3, tak o § 264 odst. 4 zákona, když jeho jediným argumentem pro stanovení lhůty, jejímž uplynutím je zakázáno plnění příkazní smlouvy, byl zejména zájem na zajištění kontinuity poskytování služby veřejného osvětlení, aby nedocházelo k ohrožení života, zdraví a majetku nejen obyvatel hlavního města Prahy, nýbrž všech osob se na území hlavního města Prahy pohybujících. S touto argumentací se Úřad náležitě vypořádal v bodech 130 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Žádné jiné tvrzení ani návrhy důkazních prostředků nebyly ze strany zadavatele v jeho vyjádření se k návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ze dne 9. 1. 2017 uvedeny. Úřad se tedy v odůvodnění napadeného rozhodnutí zabíral pouze důvody hodnými zvláštního zřetele tvrzenými zadavatelem ve vyjádření k návrhu, když správně v bodě 154 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že odklad účinnosti zákazu plnění příkazní smlouvy o 6 měsíců je dostatečná doba k tomu, aby zadavatel byl schopen zajistit činnosti, jež jsou předmětem příkazní smlouvy a zároveň, že tento odklad považuje k ochraně daného veřejného zájmu za dostatečný a není tedy nutné postupovat dle § 264 odst. 4 zákona.
65. Obiter dictum pak uvádím, že odklad účinnosti zákazu plnění příkazní smlouvy začíná běžet až na základě právní moci rozhodnutí, což v nyní projednávaném případě znamená až vydáním tohoto druhostupňového rozhodnutí. V následujících 6 měsících by měl tedy zadavatel předmět plnění příkazní smlouvy znovu zadat, pokud jej bude stále potřebovat. Pokud však navrhovatel či jiný dodavatel opětovně podá proti novému postupu zadavatele námitky, je primárně na zadavateli, aby takovéto námitky řádně vypořádal. Síla přesvědčivého odůvodnění může vést k vyvrácení pochybností dodavatele. Pokud však i přes takové vypořádání námitek bude podán návrh k Úřadu, bude již Úřad za předpokladu, že zadavatel bude ctít blokační lhůtu stanovenou zákonem, posuzovat toliko naplnění podmínek pro vertikální spolupráci, čehož se zadavatel primárně domáhá. V případě, že budou naplněny všechny podmínky pro postup podle § 11 zákona, nebude zde zákonný

důvod uzavření takové smlouvy dle § 11 jakkoli blokovat. Toliko k argumentaci zadavatele uvedené v rozkladu směřující na nutnost aplikace § 264 odst. 4 zákona z důvodu urputného brojení navrhovatele proti veškerým úkonům zadavatele souvisejícím se zajištěním služby veřejného osvětlení, čímž se dle zadavatele navrhovateli daří poskytování těchto služeb blokovat.

IX. Závěr

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

JUDr. Vilém Podešva, LL.M., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

JUDr. Radim Kříž, K Vodici 1/1127, 104 00 Praha 10

Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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