



UOHSX00AA5SJ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.ÚOHS-R0077,0078/2017/VZ-20038/2017/323/KKř

Brno: 4. července 2017

V řízení o rozkladu ze dne 26. 4. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jež podal zadavatel –

- **HLAVNÍ MĚSTO PRAHA**, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 10. 5. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem zapsaným v seznamu advokátů ČAK pod ev. č. 11323 a jednatelem ve společnosti ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/172, 140 00 Praha 4,

a zároveň o rozkladu ze dne 27. 4. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podala obchodní společnost –

- **PREdistribuce, a. s.**, IČO 27376516, se sídlem Svornosti 3199/19a, 150 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 3. 2017 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, Kruták & Partners, advokátní kancelář, s. r. o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

kde dalším účastníkem je navrhovatel –

- **ELTODO-CITELUM, s.r.o.**, IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 25. 1. 2017 společností Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1,

proti výrokům II. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 4. 2017, č. j. ÚOHS-S0076/2017/VZ-12268/2017/541/MSc, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci

návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy o poskytování služeb k zajištění fungování veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy ze dne 29. 12. 2016, uzavřené v rámci jednacího řízení bez uveřejnění na veřejnou zakázku „**Zajištění kritických činností nutných k zajištění fungování osvětlení v hl. m. Praze po 1. 1. 2017**“, jež bylo výše specifikovaným zadavatelem zahájeno dne 27. 12. 2016 odesláním výzvy k podání nabídek podle § 67 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek,

jsem podle § 152 odst. 5 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-S0076/2017/VZ-12268/2017/541/MSc ze dne 12. 4. 2017 v jeho výrocích II. a III.

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“), zahájilo dne 27. 12. 2016 odesláním výzvy k podání nabídek podle § 67 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**zákon**“)¹, jednací řízení bez uveřejnění na veřejnou zakázku „**Zajištění kritických činností nutných k zajištění fungování osvětlení v hl. m. Praze po 1. 1. 2017**“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky je dle přílohy č. 1 výzvy k podání nabídek ze dne 27. 12. 2016 zajišťování havarijní a operativní údržby veřejného osvětlení a zajišťování nepřetržitého provozu dispečinku veřejného osvětlení.
2. Z dokumentace o veřejné zakázce, konkrétně z písemné zprávy zadavatele ze dne 4. 1. 2017 plyne, že zadavatel odůvodnil využití jednacího řízení bez uveřejnění s odkazem na § 63 odst. 5 zákona, tedy že použil jednacího řízení bez uveřejnění v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nebylo možné dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním. V písemné zprávě je dále uvedeno, že na společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s., IČO 00409316, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2 (dále jen „**TRADE CENTRE PRAHA a.s.**“) – která je zároveň ve výzvě k podání nabídek, jakož i v následujících dokumentech týkajících se předmětného

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

zadávacího řízení, označena za zadavatele – byly úkoly spojené s provozem osvětlení v hlavním městě Praze přeneseny zcela neočekávaně v závěru roku 2016. Vzhledem k tomu, že provoz veřejného osvětlení je předmětem veřejného zájmu, musely být proto kritické činnosti nutné k provozu veřejného osvětlení zadány v jednacím řízení bez uveřejnění, a to s tím, že v nejkratším možném termínu bude zadána veřejná zakázka v řádném zadávacím řízení.

3. Zadavatel rozhodl dne 29. 12. 2016 o výběru nejvhodnější nabídky na plnění předmětu veřejné zakázky, a to nabídky jediného účastníka předmětného zadávacího řízení – obchodní společnosti PREDistribuce, a.s., IČO 27376516, se sídlem Svornosti 3199/19a, 150 00 Praha 5 (dále jen „**PREDistribuce, a.s.**“). Téhož dne zadavatel uzavřel se společností PREDistribuce, a.s. smlouvu o poskytování služeb k zajištění fungování veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy (dále jen „**smlouva o poskytování služeb**“).
4. Dne 17. 2. 2017 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na uložení zákazu plnění ze smlouvy o poskytování služeb, který podala obchodní společnost ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“). Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. S0076/2017/VZ.

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí ze dne 12. 4. 2017, č. j. ÚOHS-S0076/2017/VZ-12268/2017/541/MSc (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým prostřednictvím výroku I. podle § 265 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb v části směřující proti uzavření jmenované smlouvy přes zákaz jejího uzavření stanovený zákonem, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 264 odst. 1 zákona uložil zákaz plnění smlouvy o poskytování služeb, neboť předmětná smlouva byla uzavřena bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo předběžného oznámení, ačkoli byl zadavatel povinen toto oznámení nebo předběžné oznámení uveřejnit, když při postupu dle § 63 odst. 5 zákona nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona a uzavřel smlouvu na předmět plnění v jednacím řízení bez uveřejnění na dobu neurčitou bez stanovení rozvazovací podmínky, z níž bude zřejmé, kdy k rozvázání s ohledem na důvody použití jednacím řízení bez uveřejnění v této veřejné zakázce dojde. Zákaz plnění smlouvy byl přitom podle § 264 odst. 3 zákona Úřadem uložen s účinností od 6 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30.000 Kč.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejdříve zabýval spornou otázkou účastenství konkrétních osob v předmětném správním řízení. V tomto kontextu pak s ohledem na textaci příkazní smlouvy č. PRK/83/04/026346/2016 ze dne 27. 12. 2016 uzavřené mezi zadavatelem a TRADE CENTRE PRAHA a.s. (dále jen „**příkazní smlouva**“) a dále na relevantní ustanovení zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů dospěl k závěru, že příkazní smlouva zakládá vztah, jenž je nutné považovat za smluvní (přímé) zastoupení zadavatele ve smyslu § 43 odst. 1 zákona, protože je tedy zadavatel – hlavní město Praha – jak

smluvní stranou smlouvy o poskytování služeb, tak zadavatelem (podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona) v právě šetřeném zadávacím řízení.

7. Následně se Úřad zabýval údajnou vadou návrhu navrhovatele, kterou v rámci správního řízení namítala společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s., přičemž na základě přílehlavých ustanovení zákona uzavřel, že návrh navrhovatele byl podán dle § 254 odst. 3 zákona včas i řádně, a to když návrh splnil obligatorní náležitost spočívající v uvedení, v čem je ze strany navrhovatele spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech.
8. Ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že i přes tvrzení navrhovatele nezjistil, že by k uzavření smlouvy o poskytování služeb došlo přes zákaz jejího uzavření stanovený zákonem, neboť příslušný zákaz uzavření smlouvy dle § 246 odst. 1 písm. b) zákona nebyl účinný vůči předmětné veřejné zakázce, a to z toho důvodu, že námitky navrhovatele ze dne 23. 12. 2016 nelze (s ohledem na to, že se jedná o námitky dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona) vztáhnout k veřejné zakázce zadávané v zadávacím řízení (přičemž smlouva o poskytování služeb byla uzavřena na základě výsledku zadávacího řízení, konkrétně jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona).
9. K otázce oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad nejprve obecně uvedl předpoklady pro oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to v návaznosti na zásadu transparentnosti podávanou v § 6 odst. 1 zákona. Na základě takto „vytvořené platformy“ Úřad dovedl, že *„dodávky či služby mohou být prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona zajištěny pouze po nezbytně nutnou dobu, tedy po dobu, kdy trvá krajně naléhavá situace, resp. než bude zadavatel schopen příslušný předmět plnění zajistit jiným způsobem v souladu se zákonem“*. Podle Úřadu zadavatel přitom v daném případě pochybil právě v souvislosti se skutečností, že uzavřel smlouvu o poskytování služeb na dobu neurčitou sic s možností výpovědi, avšak nikoliv s odpovídající rozvazovací podmínkou, která by byla navázána na zadání veřejné zakázky v „řádném“ zadávacím řízení. Tím zadavatel vytvořil stav, kdy není objektivně zřejmé a tím i transparentní, na jakou dobu je veřejná zakázka v jednacím řízení bez uveřejnění uzavírána, což již samo o sobě představuje nezákonnost jeho postupu. Dále se Úřad v tomto kontextu zabýval problematikou neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení. K tomu Úřad konstatoval, že zadavatel měl (resp. musel) uveřejnit oznámení zahájení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie dle § 212 odst. 3 písm. b) zákona, neboť v jednacím řízení bez uveřejnění postupoval v rozporu se zákonem.
10. Ve vztahu k výše uvedeným porušením zákona přijal Úřad nápravné opatření podle § 264 odst. 1 zákona spočívající v zákazu plnění smlouvy. Úřad však zároveň zohlednil existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem a vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle § 264 odst. 3 zákona, což se prakticky projevilo v odkladu účinnosti uloženého zákazu o 6 měsíců, neboť to je dle Úřadu doba přiměřená k tomu, aby byl zadavatel schopen úspěšně provést zadávací řízení souladné se zákonem.

III. Rozklad zadavatele

11. Dne 26. 4. 2017 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 12. 4. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. Dle svého textu rozklad zadavatele směřuje toliko do výroků II. a III. napadeného rozhodnutí, kteréžto jsou dle zadavatele nesprávné, nezákonné a nepřezkoumatelné.
13. První okruh rozkladových námitek zadavatel směřuje proti závěru Úřadu o dostatečnosti specifikace porušení zákona, v jehož důsledku navrhovatel vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Podle zadavatele z dikce ustanovení § 250 odst. 1 zákona plyne, že ne každý nezákonný úkon či opomenutí zadavatele je předpokladem pro podání návrhu na zahájení řízení u Úřadu, nýbrž je jím jen takové „pochybení“, v jehož důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele. V opačném případě, tj. nedošlo-li k ohrožení či vzniku újmy na právech navrhovatele, je dle názoru zadavatele namíste postup podle § 257 písm. b) zákona. V tomto kontextu pak zadavatel dále uvádí, že navrhovatel ve svém návrhu jemu údajně hrozící újmu nijak blíže nespécifikoval, když pouze uvedl, že mu bylo znemožněno ucházet se o plnění předmětu veřejné zakázky, čili stát se vybraným uchazečem. K tomu zadavatel uvádí, že navrhovatel nesvědčí žádné právo stát se dodavatelem služeb odpovídajících předmětu veřejné zakázky, tím spíše, když se o tuto „možnost“ připravil sám svým jednáním. Dále v rozkladu zadavatel popisuje průběh jednání s navrhovatelem, v rámci něž měl zájem s navrhovatelem (jakožto dosavadním správcem veřejného osvětlení) uzavřít smlouvu obdobného (avšak širšího rozsahu) plnění, nicméně mezi ním a navrhovatelem nedošlo ke shodě, což zadavatel odůvodňuje neadekvátními požadavky navrhovatele na finanční plnění za poskytované služby. S ohledem na to byl zadavatel dle svých slov nucen postupovat tak, jak postupoval, v čemž však nespátřuje žádnou nezákonnost či důvod, pro něž by měla na právech navrhovatele vzniknout či hrozit újma. Zadavatel k tomu rovněž připomíná, že se do budoucna chystá předmětné plnění pokrývat prostřednictvím vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona s jím vlastněnou společností TRADE CENTRE PRAHA a.s.
14. Dalším okruhem rozkladových námitek zadavatel brojí proti konstatování Úřadu, že postupoval v rozporu se zákonem, když v rámci jednacího řízení bez uveřejnění uzavřel smlouvu o poskytování služeb na dobu neurčitou, aniž by do předmětné smlouvy ukotvil i adekvátní rozvazovací podmínku. S odkazem na příslušná ustanovení zákona zadavatel v této souvislosti dovodil, že Úřadu nepřísluší zkoumání jednotlivých smluvních ujednání a smluvních podmínek, a pokud se v této věci mýlí, pak i tak Úřad tuto otázku nesprávně vyhodnotil. Zadavatel je totiž přesvědčen, že institut výpovědi (s výpovědní lhůtou jednoho měsíce) je dostatečným prostředkem pro to, aby mohl smlouvu o poskytování služeb pružně ukončit v návaznosti na zajištění předmětu plnění veřejné zakázky v rámci vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona (se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s.).
15. Zadavatel v rozkladu uvádí, že si je vědom účelu § 63 odst. 5 zákona, avšak je zároveň toho názoru, že mu uzavřením smlouvy o poskytování služeb dostál, neboť z textu šetřené smlouvy je evidentní, že se jedná o smluvní vztah řešící přechodnou krajní nouzi zadavatele při zajištění správy a údržby veřejného osvětlení, a to v nezbytném rozsahu zajištění řešení havárií a dispečinku veřejného osvětlení. Okamžik ukončení smlouvy o poskytování služeb pak je dle zadavatele zcela objektivně určitelný a zjistitelný, když tento nastane výpovědí

podanou zadavatelem v důsledku možnosti uzavření smlouvy o správě a údržbě veřejného osvětlení dle § 11 zákona se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. (což se však v souvislosti s tvrzeným obstrukčním jednáním navrhovatele dosud nedařilo).

16. Dále je zadavatel přesvědčen i o tom, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, a to proto, že Úřad vůbec neposuzoval naplnění podmínek jednacího řízení bez uveřejnění, což právě je stěžejní pro konstatování porušení zákona. K tomu zadavatel dodává, že pokud Úřad ukládá trest v podobě zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb v době, kdy jsou objektivně dány důvody pro její plnění, a činí tak jen s odůvodněním okolností, které podle něj mohou nastat v budoucnu, ale není vůbec zřejmé, zda se tak někdy vůbec stane, pak nelze než takové rozhodnutí označit za odporující zákonu. Přitom nastolení takového stavu (včetně odůvodnění uložení zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb) je podle zadavatele nesprávné, jelikož Úřad bez předchozího zkoumání splnění podmínek § 63 odst. 5 zákona trestal zadavatele „předem“ za případné (teoretické) budoucí neoprávněné užití jednacího řízení bez uveřejnění, a to na základě konkrétního ustanovení smlouvy o poskytování služeb, aniž by přihlédl k celkovému kontextu dané věci.
17. V rozkladu zadavatel napadá i správnost úvah Úřadu ohledně dostatečnosti ochrany veřejného zájmu na zachování provozu veřejného osvětlení pouze v podobě odkladu zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb. K tomu zadavatel rekapituluje fakt, že je ze své pozice povinen předmět plnění veřejné zakázky řádně zajišťovat, aby dostal svým povinností a dále fakt, že se již od roku 2013 snaží najít dodavatele na zajištění služeb veřejného osvětlení prostřednictvím otevřeného zadávacího řízení. Zadavatel je rovněž přesvědčen, že s ohledem na opakované obstrukce navrhovatele není schopen v době 6 měsíců řádně ukončit jakékoliv zákonné zadávací řízení a tedy zajistit služby, jež jsou předmětem smlouvy o poskytování služeb, jinak. Nadto pokud by Úřad aplikoval svůj výklad oprávnění k podání námitek, spolu s aktivací blokační lhůty, pak by bylo v podstatě nemožné v mezích zákona zadat jakoukoliv veřejnou zakázku, pokud by potenciální dodavatel opakovaně námitkami napadal kterýkoliv postup zadavatele v zadávacím řízení. Zadavatel v této souvislosti vznesl otázku, kolikrát může navrhovatel svého „práva“ vznášet námitky proti postupu zadavatele při uzavření smlouvy využít a zda se zde neuplatní ustanovení § 48 správního řádu.
18. Zadavatel k dané otázce uzavírá, že uložený odklad zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb o 6 měsíců je způsobilý ohrozit jeho povinnost nepřetržitého poskytování veřejné služby, pročez je nutné namísto § 264 odst. 3 zákona aplikovat § 264 odst. 4 zákona, tedy zákaz plnění příslušné smlouvy neuložit.

Závěr rozkladu zadavatele

19. S ohledem na to, že je zadavatel přesvědčen o nesprávnosti a nezákonnosti napadeného rozhodnutí, navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu změnil tak, že se návrh na uložení zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb zamítá.

IV. Rozklad společnosti PREdistribuce a.s.

20. Dne 27. 4. 2017 obdržel Úřad rozklad společnosti PREdistribuce, a.s. z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo společnosti PREdistribuce, a.s. doručeno dne 12. 4. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

21. Dle svého textu rozklad společnosti PREdistribuce, a.s. směřuje toliko do výroků II. a III. napadeného rozhodnutí, kteréžto jsou dle společnosti PREdistribuce, a.s. nezákonné a nelze s nimi souhlasit.
22. Společnost PREdistribuce, a.s. ve svém rozkladu předně namítá, že Úřadem konstatované pochybení v podobě absence rozvazovací podmínky ve smlouvě o poskytování služeb nepředstavuje „důvod“, kterým navrhovatel ve svém návrhu argumentoval. Úřad je přitom dle dikce zákona vázán důvody, z nichž má vyplývat nezákonnost postupu zadavatele a které byly vymezeny v návrhu, přičemž tyto nemůže rozšiřovat (srov. § 251 odst. 4 zákona), ani je konkretizovat z příliš obecných tvrzení navrhovatele. S ohledem na uvedené je tak podle společnosti PREdistribuce, a.s. zřejmé, že na „nenamítaném“ důvodu nelze založit rozhodnutí o uložení zákazu plnění smlouvy, tím méně v řízení, které nelze vůbec zahájit z úřední povinnosti. Z tohoto důvodu tedy Úřad procesně pochybil.
23. Vedle uvedeného společnost PREdistribuce, a.s. namítá též nesprávnost a nezákonnost napadeného rozhodnutí. K tomu je v rozkladu dále argumentováno tak, že ze zákona (zejména § 63 odst. 5) nevyplývá, ani není stanoveno, že lze zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění pouze na nezbytně dlouhou (omezenou) dobu a že obecně přijatý restriktivní výklad možnosti použít jednacím řízení bez uveřejnění není možné vztáhnout k obsahu smlouvy uzavřené na základě takového řízení. Podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění jsou v zákoně stanoveny taxativním způsobem a nemohou být nad rámec zákona rozšiřovány i na jiné případy (to neplyne pak ani z důvodové zprávy, judikatury, rozhodovací praxe). V tomto kontextu společnost PREdistribuce, a.s. uvádí, že uložení zákazu plnění smlouvy je svého druhu veřejnoprávní sankcí, přičemž v rámci správního trestání se nepřipouští použití analogie nebo extenzivního výkladu.
24. Společnost PREdistribuce, a.s. je přesvědčena, že jistotu ohledně okamžiku ukončení smluvního vztahu uzavřeného v jednacím řízení bez uveřejnění by nepřinesla ani rozvazovací podmínka navázaná na zadání veřejné zakázky v „řádném“ zadávacím řízení, která dle Úřadu absentuje, neboť pokud by zadavatel nečinil žádné kroky směřující k zahájení příslušného zadávacího řízení, pak by byl výsledek stejný, jako když by se rozhodl nikdy nevyužít možnost výpovědi. Provizornost a dočasnost smlouvy o poskytování služeb přitom podle mínění společnosti PREdistribuce, a.s. dostatečně prezentuje velmi krátká výpovědní doba, která značí budoucí úmysl zadavatele postupovat podle § 11 zákona.
25. Z důvodu, že je společnost PREdistribuce, a.s. přesvědčena o správnosti postupu zadavatele, pak považuje za bezpředmětný též závěr Úřadu o povinnosti zadavatele uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení.

Závěr rozkladu společnosti PREdistribuce a.s.

26. Vzhledem ke všemu uvedenému společnost PREdistribuce, a.s. navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb v plném rozsahu zamítá.

V. Řízení o rozkladu

27. Úřad po doručení rozkladu zadavatele i společnosti PREdistribuce, a.s. neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladech.

Vyjádření zadavatele k rozkladu společnosti PREdistribuce a.s.

28. Úřad obdržel vyjádření zadavatele k rozkladu společnosti PREdistribuce, a.s. ze dne 4. 5. 2017, v němž sdělil, že se s tímto rozkladem a jeho odůvodněním ztotožňuje a nemá k němu žádné námitky. Současně se zadavatel vyjádřil tak, že se připojuje k procesnímu návrhu společnosti PREdistribuce, a.s. na rozhodnutí předsedy Úřady o jím podaném rozkladu.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

29. Navrhovatel poskytl Úřadu vyjádření k rozkladu zadavatele ze dne 5. 5. 2017, v němž uvádí, že s argumenty zadavatele nesouhlasí a považuje je za věcně neopodstatněné.
30. V reakci na zadavatelův rozklad navrhovatel zejména upozorňuje na to, že ve svém návrhu jednoznačně uvedl jak jednání zadavatele, v němž spatřuje nezákonný postup, tak důsledek v podobě hrozící újmy, čímž naplnil zákonné náležitosti návrhu, protože je v tomto ohledu závěr Úřadu věcně i právně správný. Navrhovatel se ztotožňuje i s ostatními úvahami Úřadu, naproti čemuž rozporuje jednotlivé body zadavatelova rozkladu.
31. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považuje argumentaci zadavatele za irelevantní z hlediska věcné i právní správnosti napadeného rozhodnutí, navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zadavatele zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu společnosti PREdistribuce a.s.

32. Vyjádřením ze dne 10. 5. 2017 navrhovatel Úřadu sdělil své stanovisko též k rozkladu společnost PREdistribuce, a.s., v rámci nějž konstatoval, že s námitkami společnosti PREdistribuce, a.s. nesouhlasí a považuje je za věcně neopodstatněné.
33. Navrhovatel ve svém vyjádření mimo jiné uvedl, že Úřad předmět správního řízení nad rámec důvodů uvedených v návrhu nerozšířil, když naopak vycházel z textu návrhu navrhovatele, protože tedy muselo být napadené rozhodnutí vydáno v souladu se zákonnými požadavky na správní rozhodování. Navrhovatel se s odkazem na zásadu procesní ekonomie a rozhodovací praxi Úřadu ztotožňuje i s postupem Úřadu, který konstatoval rozpor postupu zadavatele se zákonem při zjištění nesplnění jedné z kumulativních podmínek dle § 63 odst. 5 zákona, aniž by se zabýval ostatními předpoklady dle jmenovaného ustanovení zákona.
34. S ohledem na své přesvědčení formulované v předmětném vyjádření navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad společnosti PREdistribuce, a.s. zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Vyjádření společnosti PREdistribuce a.s. k rozkladu zadavatele a průběhu řízení

35. Vyjádřením ze dne 28. 6. 2017 společnost PREdistribuce, a.s. Úřadu sdělila své stanovisko k rozkladu zadavatele a dosavadnímu průběhu řízení, v rámci nějž konstatovala, že s námitkami zadavatele souhlasí jak v souvislosti s nedostatky návrhu, tak v souvislosti s porušením podmínky uzavření smlouvy dle § 63 zákona.
36. V souvislosti s nedostatky návrhu odkázala na svůj rozklad a zopakovala, že navrhovatel přímo v návrhu nijak nespécifikoval, v čem spatřuje nezákonnost, a že pouhý odkaz na porušení § 63 odst. 5 zákona bez bližšího odůvodnění přitom nelze považovat za splnění podmínek pro podání návrhu. Dále uvedla, že Úřad odhlédl od jiných mechanismů

zajišťujících možnost rychlého ukončení smlouvy i kontextu celé situace, a zdůraznila svůj nesouhlas s argumentací navrhovatele i Úřadu, že možnost výpovědi s krátkou výpovědní dobou není dostatečně objektivní. Závěrem vyslovila souhlas se zadavatelem v tom, že odklad zákazu plnění smlouvy není s ohledem na danou situaci dostatečný.

37. S ohledem na své přesvědčení formulované v předmětném vyjádření společnost PREdistribuce, a.s. navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrh na uložení zákazu plnění smlouvy zamítá.

K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

38. Oba rozklady, tj. rozklad zadavatele a rozklad společnosti PREdistribuce, a.s., směřují pouze do výroků II. a III. napadeného rozhodnutí, přičemž jeho výrok I. nebyl rozklad zadavatele a společnosti PREdistribuce, a.s. napaden. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
39. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad zamítl návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb v části směřující proti uzavření jmenované smlouvy přes zákaz jejího uzavření stanovený zákonem, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 264 odst. 1 zákona uložil zákaz plnění smlouvy o poskytování služeb, neboť předmětná smlouva byla uzavřena bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo předběžného oznámení, ačkoli byl zadavatel povinen toto oznámení nebo předběžné oznámení uveřejnit, když při postupu dle § 63 odst. 5 zákona nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona a uzavřel smlouvu na předmět plnění v jednacím řízení bez uveřejnění na dobu neurčitou bez stanovení rozvazovací podmínky, z níž bude zřejmé, kdy k rozvázání s ohledem na důvody použití jednacím řízení bez uveřejnění v této veřejné zakázce dojde. Zákaz plnění smlouvy byl přitom podle § 264 odst. 3 zákona Úřadem uložen s účinností od 6 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30.000 Kč.
40. Vzhledem k tomu, že Úřad výše specifikovanou část návrhu navrhovatele vyjmul a rozhodl o ní samostatným výrokem tak, že se návrh v dané části zamítá, zatímco jinou jeho část posuzoval zvlášť a v ní obsaženým argumentům přisvědčil, na což se následně navazuje výrok III. napadeného rozhodnutí, je zřejmé, že výrok I. stojí samostatně. Jinými slovy řečeno, výrok I. není závislý na výroku II. a III. napadeného rozhodnutí a z tohoto pohledu s nimi tak netvoří nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že nenapadený výrok I. napadeného rozhodnutí nabude samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výrokem I. napadeného rozhodnutí byla zamítnuta část návrhu navrhovatele, přičemž navrhovatel proti tomuto výroku napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil.
41. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí, které bylo zadavateli i společnosti PREdistribuce, a.s. doručeno dne 12. 4. 2017, ve výroku I. nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu

tedy výrok I. napadeného rozhodnutí nabyt dne 28. 4. 2017 samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v této části vyloučen.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

VI. K námitkám rozkladů

Rozklad zadavatele

45. Zadavatel ve svém rozkladu předně namítá, že Úřad neoprávněně akceptoval navrhovatelem údajně nedostatečně specifikované porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma. Ve vztahu k této námitce musím pro přehlednost nejdříve uvést, že zde není sporu o tom, zda v případě návrhu na uložení zakazu 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.
46. Ke vztahu namítaného porušení zákona a možné újmy navrhovatel v návrhu výslovně uvedl mimo jiné, že „*v souvislosti s namítaným porušením ZZVZ na straně HMP, resp. společnosti TCP Navrhovateli vznikla újma v tom, že mu bylo účelově a nezákonně znemožněno ucházet se o možnost poskytovat Zadavateli HMP, resp. společnosti TCP 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 do podrobností v návrhu prokazovat reálnou nebo hrozící újmu, nýbrž musí toliko uvést, v čem pozoruje porušení zákona, v jehož důsledku mu vznikla nebo může vzniknout újma na jeho právech. Zde je nutno podotknout, že navrhovatel skutečně nemá právo stát se vybraným dodavatelem, jak argumentuje zadavatel, avšak má právo podat nabídku v zadávacím řízení. Toto právo mu nicméně bylo postupem zadavatele „upřeno“ (což

představuje onu újmu), a to tím, že zadavatel poptával plnění veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona, kteréžto navrhovatel označuje za neoprávněně užitě (tedy jde o vyjádření toho, v čem je spatřováno porušení zákona). Tím tedy navrhovatel dle mého názoru v míře vyžadované daným ustanovením zákona dostal svým procesním povinnostem z hlediska úplnosti podaného návrhu, protože zde jistě není prostor pro postup podle § 257 písm. b) zákona, když v navrhovatelově návrhu neabsentuje vyjádření skutečností, které jsou obligatorní náležitostí návrhu (tj. dle dikce § 257 písm. b) zákona označení toho, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma).

47. Nad rámec mohu uvést, že 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 jednacího 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*).“
48. Doplnuji, že v právě šetřeném případě nelze pochybovat o tom, že navrhovatel zřejmě je způsobilým dodavatelem z pohledu výše citovaného rozsudku, 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, protože tedy navrhovateli mohla vzniknout tvrzená újma na jeho právu účastnit se zadávacího řízení na plnění předmětu veřejné zakázky. Na výše uvedeném ničehož nemění ani skutečnost, že zadavatel před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění s navrhovatelem o uzavření smlouvy na plnění obdobného (širšího) předmětu veřejné zakázky neúspěšně jednal, neboť takový stav a priori nevylučuje, že by byl navrhovatel v rámci možného zadávacího řízení na veřejnou zakázku schopen nabídnout ekonomicky

výhodnou nabídku, která by se mohla stát nabídkou vítěznou. Stejně irelevantní je i tvrzení zadavatele, že se do budoucna chystá předmětné plnění pokrývat prostřednictvím vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona s jím vlastněnou společností TRADE CENTRE PRAHA a.s., jelikož takový budoucí záměr nemůže zhojit Úřadem dovozené pochybení zadavatele v rámci řízení o této věci. S ohledem na vše uvedené mohu argumentaci zadavatele vztahující se k otázce dostatečnosti specifikace újmy navrhovatele v jeho návrhu jako nepřipadnou odmítnout.

49. Dalším okruhem rozkladových námitek zadavatel brojí proti konstatování Úřadu, že postupoval v rozporu se zákonem, když v rámci jednacího řízení bez uveřejnění uzavřel smlouvu o poskytování služeb na dobu neurčitou, aniž by do předmětné smlouvy ukotvil i adekvátní rozvazovací podmínku. Před tím, než se dostanu k vypořádání jednotlivých námitek zadavatele, považuji za nezbytné se nejdříve stručně a obecně vyjádřit k otázce samotného použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť je účelné v širších souvislostech uvést, proč je zákonná úprava tohoto druhu zadávacího řízení, potažmo též judikatura správních soudů (která se bezezbytku aplikuje na předmětný druh zadávacího řízení i v případě jednacích řízení bez uveřejnění zahájených podle „nového“ zákona), natolik „přísná“ až restriktivní. Zadávací řízení bez uveřejnění, jakožto typ řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, je možné použít toliko ve výjimečných případech a za situace, jsou-li splněny veškeré podmínky stanovené zákonem. Výjimečnost použití jednacího řízení bez uveřejnění (tj. v zákonem taxativně vymezených případech) je odůvodněna mimo jiné tím, že jde o málo formalizovaný druh zadávacího řízení, kladoucí na zadavatele poměrně omezené požadavky a jako takový je relativně málo transparentním druhem zadávacího řízení. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek v podobě dílčích předpokladů použití jednacího řízení bez uveřejnění, jež jsou uvedeny v jednotlivých ustanoveních § 63 a násl. zákona, a to proto, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo ze strany zadavatelů zneužíváno. Vzhledem k tomu, že v jednacím řízení bez uveřejnění se může zadavatel obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, lze hovořit o určitém omezení hospodářské soutěže, avšak ze zákonem akceptovatelných důvodů. I přesto je zákonná úprava použití jednacího řízení bez uveřejnění koncipována (až na výjimky) jako pouhé oprávnění, nikoliv povinnost v případech zde stanovených zadat veřejnou zakázku v tomto druhu zadávacího řízení.
50. Na tomto místě pro podporu řečeného poukazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, v němž se hovoří o tom, že *„rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu. I Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 11. 2012, čj. 1 Afs 23/2012-102, z tohoto pojetí vycházel a konstatoval, že z druhů zadávacích řízení, které upravuje § 21 ZVZ, je jednací řízení bez uveřejnění v porovnání s ostatními postupy bezesporu postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovatelným (jedním z důvodů je např. skutečnost, že zadavatel v rámci tohoto postupu přímo oslovuje konkrétního zájemce bez jakkoliv formalizovaného výběru; dále je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci apod.). I z takto podaného východiska je tedy důvodu vycházet“.*

51. Takovýto restriktivní výklad vyplývá i z práva Evropské unie či judikatury Soudního dvora Evropské unie, neboť Společenství se dlouhodobě zasahuje o posílení (zejména) záruky transparentnosti a zákazu diskriminace, jemuž přímé zadávání veřejných zakázek mimo soutěž de facto odporuje. Jako příklad takového postoje mohu uvést citaci z bodu 13 odůvodnění směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2007/66/ES, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek, kde se uvádí, že „[z]a účelem boje proti protiprávnímu přímému zadávání zakázek, které Soudní dvůr označil za nejzávažnější porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek ze strany veřejného zadavatele či zadavatele, by měly být stanoveny účinné, přiměřené a odrazující sankce. Smlouva uzavřená na základě protiprávního přímého zadání zakázky by proto měla být v zásadě považována za neúčinnou“. K nezbytnosti restriktivního výkladu užití výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění pak odkazují příkladmo na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora) ze dne 14. 9. 2004 ve věci Komise Evropských společenství proti Italské republice, sp. zn. C-385/02.
52. V právě projednávaném případě se zadavatel odkazuje na použití § 63 odst. 5 zákona, tj. na možnost využít jednací řízení bez uveřejnění v případech, kdy je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním. K tomu opět nejprve obecně uvádím, že aplikace § 63 odst. 5 zákona je možná pouze v případě, kdy je objektivně a beze vší pochybnosti prokázáno, že ke splnění zákonem předpokládaných podmínek (tedy „danost“ krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nezpůsobil a ani ji nemohl předvídat a dále není možné dodržet při zadávání veřejné zakázky lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním) došlo kumulativně, neboť nenaplnění – byť i jen jediné dílčí podmínky – neumožňuje zadavateli jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona použít. Z uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel je oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění pouze tehdy, pokud u něj vznikla naléhavá situace, která pro svou akutní či krizovou povahu dosahuje krajní intenzity a její řešení není bez bezprostředního a neodkladného (odpovídajícího) zásahu objektivně možné, aniž by to sebou neneslo nepřijatelné negativní následky, přičemž zadavatel takovou situaci svým jednáním nebo opomenutím nezpůsobil, ani se v důsledku její nepředvídatelnosti na ni nemohl připravit popřípadě ji odvrátit a zároveň z časových důvodů nelze veřejnou zakázku realizovat prostřednictvím jiného druhu zadávacího řízení. V tomto kontextu rovněž předesílám, že předmětem plnění veřejné zakázky zadávané v rámci jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 5 zákona mohou být pouze dodávky, služby či stavební práce bezprostředně související s nápravou takto vzniklého krajního stavu, nikoliv další plnění, které již nelze označit za nezbytné k odvrácení krajně naléhavé situace (srov. DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. Vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 396 s.).
53. Úřad v napadeném rozhodnutí prvně posuzoval otázku, zda byla naplněna podmínka danosti krajně naléhavé okolnosti, pro niž by za případného kumulativního naplnění všech ostatních zákonných předpokladů bylo možné postupovat podle § 63 odst. 5 zákona. K tomu nejdříve uvádím, že jsem nepřehlédl, že v šetřeném případě tato skutečnost není explicitně vyjádřena, což sice nepovažuji za šťastnou formulaci textu odůvodnění napadeného rozhodnutí, nicméně v ní nespátřuji ani příčinu nezákonnosti nebo nepřezkoumatelnosti

napadeného rozhodnutí (jak tuto zadavatel v rozkladu namítá), když z kontextu odůvodnění bodu 135. a násl. napadeného rozhodnutí lze tento fakt (tj. zaměření se Úřadu na krajně naléhavý stav) seznat. Úřad při posuzování této problematiky přitom zohlednil širší souvislosti, a to když de facto dovedl, že krajně naléhavá okolnost zpravidla netrvá neomezeně dlouho, nýbrž je časově limitována na určité období, v rámci nějž jsou potřeby zadavatele uspokojovány plněním získaným na základě jednacího řízení bez uveřejnění (tedy došlo k odvrácení krizového stavu s jeho negativními dopady), avšak v průběhu této doby zřejmě musí dojít k situaci, kdy zadavatel bude mít prostor pro to, aby předmět plnění mohl poptávat v některém z transparentnějších druhů zadávacích řízení, jak jsou tyto podávány v § 3 zákona. Jinými slovy, Úřad v posouzení možné přítomnosti či nepřítomnosti podmínky krajně naléhavé okolnosti zohlednil skutečnost, že z krizové situace není možné „těžit“ a získat tak dlouhodobou spolupráci s dodavatelem poptávaného plnění mimo odpovídající druh zadávacího řízení, resp. promítl do svých úvah též základní zásady zadávání veřejných zakázek, v jejich světle zohlednil smysl ustanovení § 63 odst. 5 zákona a dále opakovaně judikovaný restriktivní přístup k tomuto méně formálnímu zadávacímu řízení (jímž jednací řízení bez uveřejnění bezesporu je).

54. S předestřenými závěry Úřadu se ztotožňuji, avšak považuji za vhodné doplnit, že do budoucna bude vždy nutné posuzovat každý případ zadávání v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 5 zákona individuálně a rozlišovat, o jaký druh veřejné zakázky v tom kterém případě půjde, neboť je zřejmé, že vznikne-li potřeba (v důsledku krajně naléhavé okolnosti) zadat veřejnou zakázku na stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění například z důvodu havarijního poškození mostní konstrukce při záplavách, bude logické, aby rekonstrukci mostu po celé její trvání prováděl dodavatel (dodavatelé) vybraný na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona, aniž by bylo nutné současně se zadáním takové zakázky zahájit zadávací řízení s obdobným předmětem plnění na dokončení havarijní opravy mostu v rámci odpovídajícího druhu zadávacího řízení. S ohledem na rozmanitost možných životních situací pak jistě mohou nastat i případy, že nebude objektivně vhodné (tj. nepůjde o subjektivní těžkosti se změnou dodavatele vzniknuvší na straně zadavatele) změnit dodavatele i v případě veřejných zakázek na dodávky či služby, nicméně lze předpokládat, že v takovýchto případech povětšinou spíše nastane situace – jako v daném případě – že „nouzovým“ pokrytím poptávaných dodávek, resp. služeb bude mít zadavatel dostatečný prostor pro to, aby zahájil zadávací řízení odpovídajícího předmětu v některém z vhodnějších druhů zadávacích řízení.
55. Dále, ačkoliv jsem si vědom toho, že časová limitace plnění na základě smlouvy uzavřené v rámci jednacího řízení bez uveřejnění není v zákoně výslovně jmenována, mohu říci, že z povahy věci jde o logický předpoklad požadavku krajně naléhavé okolnosti, a to když taková okolnost postupem doby ztrácí intenzitu krajnosti a naléhavosti právě z důvodu, že byla odvrácena poskytnutím plnění získaného v jednacím řízení bez uveřejnění (při naplnění ostatních předpokladů stanovených zákonem). Jinými slovy řečeno, s ohledem na to, že krajně naléhavá okolnost je dočasným stavem, měl by být dočasný i vztah, který byl navázán ve snaze takovou krajní situaci řešit. V opačném případě by totiž mohlo dojít k tomu, že jinak oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění se s odstupem času stane nepřiměřeným řešením (původně krajně naléhavé) situace. Pouze podpůrně v tomto případě odkazuji na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci Komise Evropských společenství proti Italské republice, sp. zn. C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, kde (byť v jiné souvislosti

a u skutkově odlišného případu) bylo konstatováno, že „pokud se jedná o ustanovení o výjimce, které musí být vykládáno restriktivně, je třeba zvolit spíše výklad, který omezí dobu, po kterou platí výjimka, než takový, který ji prodlouží“. Nazíráno na právě řešenou věc touto optikou (resp. obecně přijatou tendencí), pak lze lépe seznat důvody, které Úřad vedly k takovému restriktivnímu výkladu pojmu krajně naléhavá okolnost.

56. Pro vše výše uvedené lze tedy shledat podmínění trvání smluvního vztahu vzešlého z jednacích řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona trváním krajně naléhavé okolnosti, za zcela logický a zákonný požadavek, který vychází z potřeby vykládat podmínky použití předmětného druhu zadávacího řízení restriktivně a s přihlédnutím k základním zásadám zadávacích řízení. Nad rámec uvádím, že se nedomnívám, že by vyslovením takového požadavku (dovozeného v rámci posouzení krajně naléhavé okolnosti) bylo jakkoliv zasaženo do právní jistoty zadavatelů či jiných osob, neboť tuzemská rozhodovací praxe, stejně jako judikatura Soudního dvora Evropské unie, dlouhodobě tenduje k omezující interpretaci jakýchkoliv výjimek ze zadávacích řízení či podmínek, na jejich základě je možné provést málo formalizované zadávací řízení, protože tedy bylo lze očekávat, že i s přijetím zákona uplatní orgán dozoru restriktivní výklad podmínek použití jednacích řízení bez uveřejnění.
57. Když jsem tedy výše uvedl, proč se ztotožňuji se závěry Úřadu ohledně nutnosti omezit smluvní závazek vzešlý z jednacích řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona pouze na dobu, po níž lze dovozovat trvání krajně naléhavé okolnosti, mohu nyní přistoupit k jednotlivým skutečnostem namítaným v rozkladu zadavatele.
58. Zadavatel ve svém rozkladu argumentuje tak, že Úřadu nepřísluší zkoumání jednotlivých smluvních ujednání a smluvních podmínek. K tomu mohu uvést, že obecně je Úřad značně limitován ve zkoumání vhodnosti či přiměřenosti soukromoprávních podmínek zadavatele stanovených ve smlouvě, avšak s výjimkou zjevných excesů, které by nadto mohly mít dopady na soutěžní prostředí (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2014, č. j. 9 Afs 21/2013-39). Nicméně zde ze strany Úřadu nešlo o posuzování smluvních podmínek či ujednání, nýbrž o prosté zjištění, na jakou dobu je smlouva mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem uzavírána, kteréžto má právě význam pro posouzení naplnění jedné z podmínek použití jednacích řízení s uveřejněním. Převzetí informace o tom, zda je smlouva mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem uzavřena na dobu určitou či neurčitou jistě nenaplnuje pojem zkoumání soukromoprávních podmínek, neboť zjištění ohledně doby trvání smlouvy uzavřené v zadávacím řízení má nepopíratelný význam nejen pro právě šetřený případ, ale i pro řadu dalších otázek spadajících do přezkumné pravomoci Úřadu, například pro posouzení o správnosti zvoleného režimu veřejné zakázky (s ohledem na stanovení předpokládané hodnoty v případě smluv uzavíraných na dobu neurčitou). Tuto námitku zadavatele tedy mohu jako nedůvodnou odmítnout.
59. Dále zadavatel uvádí, že je přesvědčen o tom, že institut výpovědi, resp. výpovědní lhůta jednoho měsíce, je dostatečným prostředkem pro to, aby v budoucnu mohl smlouvu o poskytování služeb pružně ukončit v návaznosti na zajištění předmětu plnění veřejné zakázky v rámci vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona (se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s.). V tomto případě akcentuji, že zadavatel si ve smlouvě o poskytování služeb explicitně ujednal, že smlouvu lze „ukončit písemnou dohodou smluvních stran nebo výpovědí s výpovědní dobou v délce jednoho měsíce, která začne běžet od prvního dne měsíce

následujícího po doručení výpovědi druhé smluvní straně a skončí posledním dnem tohoto měsíce“, což lze označit za výpovědní dobu kratší oproti „standardům“ (známých mi z úřední činnosti), nicméně takové ujednání nenutí zadavatele učinit vše, co po něm lze spravedlivě požadovat, aby spolupráci s dodavatelem vybraným v rámci jednacích řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona ukončil v co nejkratším termínu a naopak zadal předmět plnění v jiném druhu zadávacího řízení, které lépe odpovídá významu předmětu veřejné zakázky. To tedy znamená, že zde sice je dána možnost smluvních stran ukončit smlouvu o poskytování služeb v přiměřené době, avšak není zde nutná záruka, že zadavatel bude fakticky nucen učinit opatření (tj. zadat předmět veřejné zakázky v rámci odpovídajícího druhu zadávacího řízení, popřípadě tedy využít postupu podle § 11 zákona) vedoucí k ukončení předmětné spolupráce smluvních stran, resp. že bude skutečně limitovat smlouvu o poskytování služeb jen na dobu, po níž trvá krajně naléhavá potřeba zajistit takové plnění, a tuto dobu nebude „uměle“ prodlužovat svou nečinností.

60. Ztotožňuji se tedy s tvrzením Úřadu, že samotné nastavení výpovědní doby je nedostatečným prostředkem k zajištění toho, aby smlouva o poskytování služeb trvala skutečně jen po nezbytně dlouhou dobu (tj. dobu, po kterou musí být zajišťováno plnění, jehož potřeba vznikla v důsledku krajně naléhavé okolnosti). Takového zabezpečení – aby zadavatel neotálel se zadáním veřejné zakázky a čerpáním plnění odpovídajícímu předmětu smlouvy uzavřené v jednacím řízení bez uveřejnění – lze dosáhnout primárně uzavřením smlouvy na dobu určitou, popřípadě (sekundárně) neurčitou, avšak s adekvátní rozvazovací podmínkou. V této souvislosti však musím upozornit na to, že Úřadem příkladmo označená rozvazovací podmínka (viz bod 141. odůvodnění napadeného rozhodnutí) skutečně není vhodně zvolena, neboť ani tato nenutí zadavatele urychlit zahájení zadávacího řízení. To však nic nemění na tom, že jiná rozvazovací podmínka, tj. určitá objektivní situace, která není v moci zadavatele, by byla zřejmě jediným možným akceptovatelným prostředkem (vedle sjednané „kratší“ výpovědní doby), který by bylo lze použít v případě, že by zadavatel z nějakého důvodu uzavřel v rámci jednacích řízení bez uveřejnění smlouvu na dobu neurčitou. Vzhledem k uvedenému tedy nemohu než nesouhlasit s tvrzením zadavatele, že sjednaný „institut výpovědi“ je dostatečným prostředkem pro to, aby mohl smlouvu o poskytování služeb pružně ukončit v návaznosti na zajištění předmětu plnění veřejné zakázky v rámci, dle tvrzení zadavatele, zamýšlené vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona. Ze soutěžního hlediska je totiž třeba, aby bylo transparentně stanoveno, kdy k takové výpovědi dojde.
61. Nad rámec vypořádání námitek na tomto místě uvádím, že v ideálním případě by výsledným vztahem vyplývajícím z jednacích řízení bez uveřejnění měla být smlouva mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem uzavřená na dobu určitou za současného ukotvení možnosti danou smlouvu vypovědět, když by ukončení smlouvy bylo vázáno na jednu (objektivní, navázanou na uplynutí času) nebo druhou (subjektivní) okolnost podle toho, která by během plnění nastala dříve. Při zohlednění všech individuálních skutečností té které věci by pak jako sekundární možnost měla nastoupit možnost zadavatele uzavřít takovou smlouvu na dobu neurčitou, avšak při současném závazku ukončit smlouvu v důsledku aktivace objektivní skutečnosti (nezávislé na vůli zadavatele, tj. výše zmiňovaná rozvazovací podmínka) a vymezení podmínek, za kterých pak dojde k ukončení čerpání plnění ze smlouvy uzavřené v jednacím řízení bez uveřejnění. Takovéto závěry, které do jisté míry omezují autonomii vůle smluvních stran, pak vychází právě z obsahu pojmu krajně naléhavé okolnosti (tedy jedné

z podmínek pro užití jednacního řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona), jak tato byla rozebrána výše.

62. S ohledem na právě uvedené nemohu souhlasit s námitkou zadavatele, že uzavřením smlouvy o poskytování služeb zadavatel účelu § 63 odst. 5 zákona dostal, byť mu lze dát za pravdu v tom, že smluvní vztah je limitován na nezbytně nutný rozsah zajištění řešení havárií a dispečinku veřejného osvětlení (viz článek II. odstavce 5. smlouvy o poskytování služeb a příloha č. 1 ke smlouvě o poskytování služeb). Ze smlouvy však již nevyplývá, že se jedná o vztah řešící přechodnou nouzi zadavatele při zajištění správy a údržby veřejného osvětlení, neboť smlouva neobsahuje ustanovení, které by vyjadřovalo onu přechodnost či omezenost doby, po kterou bude na základě smlouvy o poskytování služeb plněno. Problematickým z hlediska zákona je tedy fakt, že smlouva o poskytování služeb může trvat neomezeně dlouho i přesto, že nutnost plnit na základě předmětné smlouvy reálně mohla pominout v souvislosti s aktivitou zadavatele, který však není nucen k jednání, jež by vedlo k zadání veřejné zakázky obdobného předmětu plnění v rámci transparentnějšího postupu. Na tomto místě znovu připomínám, že z krizové situace není možné profitovat a získat tak dlouhodobou spolupráci s dodavatelem poptávaného plnění mimo odpovídající druh zadávacího řízení tam, kde to neodůvodňují objektivní skutečnosti.
63. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že okamžik ukončení smlouvy o poskytování služeb je určitelný a zjistitelný, když tento nastane výpovědí podanou zadavatelem v důsledku možnosti uzavření smlouvy o správě a údržbě veřejného osvětlení dle § 11 zákona se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. (což se však v souvislosti s tvrzeným obstrukčním jednáním navrhovatele dosud nedařilo). K této námitce zadavatele mohu konstatovat, že fakt, že je jistá či daná podmínka ukončení smlouvy o poskytování služeb – tedy sjednaná výpovědní doba (popřípadě možnost dohody smluvních stran) – ničehož nevypovídá o okamžiku ukončení předmětné smlouvy z hlediska času, což je právě gros celé věci. Zadavatel v rozkladu sice uvádí, že smlouvu o poskytování služeb vypoví tehdy, bude-li mít příležitost uzavřít smlouvu o správě a údržbě veřejného osvětlení dle § 11 zákona se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s., nicméně tato skutečnost ze smlouvy o poskytování služeb nijak nevyplývá a je tudíž závislá pouze na vůli zadavatele, zda tak skutečně učiní či nikoliv. I z tohoto pohledu tedy shledávám smlouvu o poskytování služeb neurčitou ve smyslu času jejího ukončení, což odporuje závěrům a úvahám vysloveným výše v tomto rozhodnutí, potažmo pak v napadeném rozhodnutí. Ve vztahu k tvrzením zadavatele ohledně obstrukčních praktik navrhovatele uvádím, že mi nepřísluší hodnotit jakékoliv možné cíle, které navrhovatel v předmětném řízení sleduje.
64. Rozkladem zadavatel napadá též způsob, jakým Úřad konstatoval pochybení zadavatele, když dle zadavatele Úřad vůbec neposuzoval naplnění podmínek jednacního řízení bez uveřejnění, přestože to je stěžejní otázka pro konstatování porušení zákona. V souvislosti s touto námitkou odkazuji na bod 53. odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde jsem již uvedl, že Úřad i přes nevhodné vyjádření svých úvah prvotně cílil k posouzení podmínky spočívající v existenci krajně naléhavé okolnosti, jakožto jednoho z předpokladů možnosti užití jednacního řízení bez uveřejnění, a to v širších souvislostech takové podmínky. K tomu pouze dodávám, že Úřad vyloučil možnost, že by krajně naléhavá okolnost (jak ji zadavatel označil) v daném případě mohla trvat neomezeně dlouhou dobu, po níž by mohlo být oprávněně plněno na základě časově nelimitované smlouvy o poskytování služeb. Z tohoto důvodu tedy

Úřad neshledal naplnění podmínky krajně naléhavé okolnosti pro celou dobu plnění podle smlouvy o poskytování služeb, což znamená, že taková podmínka nemohla být po takovou dobu udržitelná a posuzované jednací řízení bez uveřejnění zákonně použité. Použití jednací řízení bez uveřejnění je přitom možné pouze tehdy, pokud „krajní nouze“ přetrvává, v opačném případě pak již nemohou být naplněny zákonné předpoklady podle § 63 odst. 5 zákona. Přitom vzhledem k tomu, že Úřad uzavřel, že v šetřeném případě neshledal předpoklad krajně naléhavé okolnosti, která by nebyla s to aktivitou zadavatele v přiměřené době pominout a k jejímuž zhojení či řešení je možné použít jednací řízení bez uveřejnění, pak již z důvodu procesní ekonomie nezkoumal další předpoklady ve smyslu § 63 odst. 5 zákona (k tomu viz bod 146. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

65. V tomto kontextu zadavatel též namítá, že pokud Úřad ukládá trest v podobě zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb v době, kdy jsou objektivně dány důvody pro její plnění, a činí tak jen s odůvodněním okolností, které podle něj mohou nastat v budoucnu, ale není vůbec zřejmé, zda se tak někdy vůbec stane, pak nelze než takové rozhodnutí označit za odporující zákonu. Není mi známo, na základě čeho se zadavatel domnívá, že Úřad shledal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, když z textu napadeného rozhodnutí plyne pravý opak. Úřad, jak již bylo řečeno, de facto dovedl, že podmínkou pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je mimo jiné trvání krajně naléhavé okolnosti po dobu, kdy bude plněno na základě smlouvy uzavřené v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, zatímco od doby, kdy pomine krajní naléhavost okolností věci, by mělo dojít rovněž k ukončení takového plnění, resp. v tomto případě smluvního vztahu založeného smlouvou o poskytování služeb, neboť zde již s naprostou jistotou nebudou dány podmínky pro užití postupu podle § 63 odst. 5 zákona. Protože však zadavatel svůj smluvní vztah se společností PREDistribuce, a.s. nijak nelimitoval (ať už dobou určitou nebo adekvátní rozvazovací podmínkou), přestože je jisté, že jakákoliv případná krajní naléhavost nemůže přetrvat po dobu, po níž může smlouva o poskytování služeb ze své povahy zavazovat její smluvní strany, je zřejmé, že nemohou být po celou dobu trvání smlouvy o poskytování služeb naplněny ani předpoklady stanovené § 63 odst. 5 zákona. Ačkoliv se v případě „odpadnutí naléhavosti“ řešit určitou situaci do jisté míry jedná o skutečnost mající svůj význam až v budoucnosti, je zřejmé, že ji založilo jednání zadavatele učiněné již v minulosti, a to při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Proto bylo namísto rozhodnout tak, jak učinil Úřad v napadeném rozhodnutí.
66. Podotýkám rovněž, že se nejedná o trestání zadavatele „předem“ za případné (teoretické) budoucí neoprávněné užití jednacího řízení bez uveřejnění, jak výrok Úřadu označil zadavatel, jelikož jde skutečně o sankci za pochybení, kterého se dopustil zadavatel tím, že uzavřel smlouvu o poskytování služeb v rámci jednacího řízení bez uveřejnění na dobu neurčitou bez stanovení rozvazovací podmínky, z níž by bylo zřejmé, kdy k rozvázání s ohledem na důvody použití jednacího řízení bez uveřejnění v této veřejné zakázce dojde, což ve svém důsledku představovalo rovněž narušení zásady transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona.
67. Poslední okruh rozkladových námitek zadavatele se stáčí k údajně nesprávnému zohlednění dostatečnosti ochrany veřejného zájmu na zachování provozu veřejného osvětlení pouze v podobě odkladu zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb. Mám však oproti zadavateli za to, že se Úřad s touto otázkou vypořádal dostatečně podrobně a při uvážení a zohlednění

všech okolností dané věci, stejně jako celkového kontextu situace vznikuvší u zadavatele v souvislosti s poptáváním služeb spočívajících v zajištění správy veřejného osvětlení, pročez na toto odůvodnění v plné míře odkazují. Nicméně musím doplnit, a to v kontextu námítky zadavatele, že není schopen v době 6 měsíců řádně ukončit jakékoliv zákonné zadávací řízení, že ustanovení § 264 odst. 3 zákona je koncipováno jako výjimečná možnost Úřadu zmírnit předmětné nápravné opatření (srov. HERMAN, P., FIDLER, V. a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 1. Vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, 559 s.), nikoliv jeho povinnost. Zároveň poukazuji na to, že odkladná lhůta vážící se na zákaz plnění smlouvy může být ve své maximální délce (dle zákona) 12 měsíců. V nyní šetřeném případě Úřad tohoto mimořádného institutu využil, přičemž určil šestiměsíční odkladný účinek u zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb, čili poskytl zadavateli časový prostor – dle mého názoru dostatečný – aby nastalou situaci vyřešil způsobem, který nebude odporovat zákonu. Je třeba mít na paměti, že Úřad shledal pochybení zadavatele, resp. porušení § 6 odst. 1 zákona tím, že zadavatel nesprávně použil postup podle § 63 odst. 5 zákona, a toto má být z pozice Úřadu odpovídajícím způsobem napraveno. Nelze ani odhlížet od toho, že pokud by zde nebyly dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem a vyžadující pokračování plnění smlouvy, pak by došlo k zákazu plnění smlouvy již mnohem dříve (tj. okamžikem právní moci rozhodnutí o uložení nápravného opatření), aniž by měl zadavatel časový prostor zajistit si plnění jiným způsobem. Zde takovou možnost má, avšak tato musí být časově omezena tak, aby nutila zadavatele konat. Důsledek uložení nápravného opatření v podobě zákazu plnění smlouvy odloženého o Úřadem určenou dobu pak lze chápat i v tom smyslu, že je zadavatel nucen co nejdříve zabezpečit plnění poskytované na základě smlouvy, kteréžto má být zakázáno, v rámci zákonného postupu. Nelze přitom předjímat, že zadavateli „Úřadem poskytnutá lhůta“, či správně odkladný účinek zákazu plnění smlouvy, nebude (z důvodu jednání třetích osob) postačovat pro to, aby zabezpečil požadované plnění zákonným způsobem. Úřad v bodě 171. odůvodnění napadeného rozhodnutí jasně uvedl, že odklad účinnosti zákazu plnění smlouvy o 6 měsíců je, s ohledem na charakter předmětného plnění a s přihlédnutím k nejdelším možným lhůtám pro podání nabídek (žádostí o účast) vyplývajícím ze zákona a časovému aspektu souvisejícím s následným výběrem dodavatele, dostatečná doba. Pokud však přesto dojde k situaci, že se nějakým úkonem třetí osoby (či dodavatele) neočekávaně zadávací řízení prodlouží, pak je na zadavateli, jak danou situaci uchopí a v mezích zákona zajistí předmětné plnění tak, aby toto nebylo napříště ohroženo.

68. Nad rámec uvedeného upozorňuji na to, že na Úřad nelze přenášet odpovědnost za to, že zadavatel v přiměřené době zákonným způsobem nezajistí plnění, které je podle jiného právního předpisu povinen zajišťovat. Úřad totiž neodpovídá za to, že zadavatel nepostupoval při poptávání předmětu plnění určitého významu v souladu se zákonem. Je to zadavatel, kdo musí být v otázkách zadávacích řízení bdělý práva tak, aby se v ideálním případě ani nedostal do situace, kdy bude nucen v časové tísní (vzniklé v důsledku zákazu plnění smlouvy) zajistit předmět plnění jinak.
69. Zadavatel v tomto kontextu zároveň poukazuje na to, že uložený odklad zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb o 6 měsíců je způsobilý ohrozit jeho povinnost nepřetržitého poskytování veřejné služby, pročez je nutné namísto § 264 odst. 3 zákona aplikovat § 264 odst. 4 zákona, tedy zákaz plnění příslušné smlouvy neuložit. I zde musím říci, že zadavatel nemá žádný právní nárok na aplikaci § 264 odst. 4 zákona ze strany Úřadu, tím spíše, leží-li

na něm důkazní břemeno ohledně prokázání nedostatečnosti ochrany veřejného zájmu pouhým odložením účinnosti nápravného opatření spočívajícího v zákazu plnění smlouvy. V daném případě přitom zadavatel neprokázal, že by k ochraně veřejného zájmu nepostačil odkladný účinek zákazu plnění smlouvy, neboť pouze spekuloval o tom, že v době 6 měsíců nebude schopen s ohledem na objektivní okolnosti zajistit předmět plnění v některém z druhů zadávacích řízení, aniž by se snažil předložit jakékoliv důkazy o tom, že veřejný zájem není odkladným účinkem zákazu plnění smlouvy dostatečně chráněn. Proto nyní tento argument zadavatele jako nedůvodný odmítám.

Rozklad společnosti PREdistribuce a.s.

70. Společnost PREdistribuce, a.s. ve svém rozkladu předně namítá, že Úřadem konstatované pochybení v podobě absence rozvazovací podmínky ve smlouvě o poskytování služeb nepředstavuje „důvod“, kterým navrhovatel ve svém návrhu argumentoval. Úřad je přitom dle dikce zákona vázán důvody, z nichž má vyplývat nezákonnost postupu zadavatele a které byly vymezeny v návrhu, přičemž tyto nemůže rozšiřovat (srov. § 251 odst. 4 zákona), ani je konkretizovat z příliš obecných tvrzení navrhovatele. K tomu mohu uvést následující. Navrhovatel ve svém návrhu mimo jiné vyjádřil přesvědčení, že v daném případě nebylo možné na uzavření smlouvy o poskytování služeb aplikovat ustanovení § 63 odst. 5 zákona, neboť pro to nebyly naplněny zákonné podmínky. Dále v návrhu pak tuto otázku navrhovatel podrobněji rozvinul, když se vyjádřil k nenaplnění samotných předpokladů stanovených v § 63 odst. 5 zákona. Jinými slovy řečeno, navrhovatel brojil proti správnosti a zákonnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona, přičemž rozporoval zejména existenci krajně naléhavé okolnosti, jakožto jedné z podmínek oprávněného užití jednacího řízení bez uveřejnění. Vzhledem k tomu, že Úřad prvně přistoupil k posouzení otázky danosti podmínky krajně naléhavé okolnosti v šetřeném případě, mám za to, že nijak oproti návrhu nerozšířil důvody, z nichž má vyplývat nezákonnost postupu zadavatele, jelikož se prvotně zabýval přítomností krajně naléhavé okolnosti, kteroužto v podstatě vyložil jako časově omezenou dobu, na níž má být závislé rovněž omezení doby platnosti a účinnosti smluvního závazku navázaného v jejím důsledku.
71. Byť tedy absenci rozvazovací podmínky ve smlouvě o poskytování služeb navrhovatel výslovně nenamítal, je evidentní, že rozporoval (zejména) existenci krajně naléhavé okolnosti, v rámci jejíhož posouzení Úřad dospěl k závěrům, jak jsou tyto vyjádřeny v napadeném rozhodnutí a podrobně rozebrány v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad tedy nerozšířil tvrzení navrhovatele formulované v návrhu, pokud danou věc opřel o nutnost limitace smluvního závazku vzešlého z jednacího řízení bez uveřejnění pouze na dobu, po níž by bylo lze shledat krajně naléhavou okolnost, neboť nevyhovění této zákonné podmínce bylo navrhovatelem namítáno a de facto i Úřadem konstatováno, a to z hlediska celého časového období, po něž by smlouva o poskytování služeb mohla být pro její smluvní strany závazná. Co se týče problematiky nutnosti omezovat dobu platnosti smluv uzavřených v rámci jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona pouze na určité časové období, po něž by bylo popřípadě přípustné či akceptovatelné navázání takové spolupráce zadavatele a dodavatele, odkazuji na své úvahy a závěry výše, kde je v podrobnostech rozvedeno, na základě čeho a proč je nutné vykládat předmětné ustanovení zákona takto restriktivním způsobem.

72. K této námitce společnosti PREDistribuce, a.s. tedy mohu uzavřít, že Úřad nešel nad rámec návrhu navrhovatele, a to když posuzoval namítanou absenci podmínky přítomnosti krajně naléhavých okolností, v rámci níž – s ohledem na smysl a účel zákona a základních zásad ovládajících zadávací řízení – dovodil potřebu časového omezení smluv uzavřených v jednacím řízení bez uveřejnění. Z tohoto důvodu tedy nelze hovořit o tom, že by Úřad jakkoliv procesně pochybil.
73. Společnost PREDistribuce, a.s. dále upozorňuje na to, že ze zákona (zejména § 63 odst. 5) nevyplývá, ani není stanoveno, že lze zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění pouze na nezbytně dlouhou (omezenou) dobu a že obecně přijatý restriktivní výklad možnosti použít jednacím řízení bez uveřejnění není možné vztáhnout k obsahu smlouvy uzavřené na základě takového řízení. I na tomto místě z velké části odkazují na již uvedené, neboť obdobnou námitku, jakou vznáší společnost PREDistribuce, a.s., formuloval ve svém rozkladu rovněž zadavatel, a tato již byla v textu výše vypořádána. Co se však týče otázky údajného vztáhnutí restriktivního výkladu možnosti použít jednacím řízení bez uveřejnění vůči obsahu smlouvy, musím nad rámec uvedeného říci, že ve faktickém postupu Úřadu nespátřuji ničeho, co by vybočovalo z mezí působnosti Úřadu, neboť tento předmětnou úvahu učinil čistě s ohledem na text zákona, resp. na jeho smysl a účel, přičemž vyjma zjištění o době platnosti a účinnosti smlouvy o poskytování služeb spolu s možnostmi jejího ukončení, ponechal jakékoliv hodnocení soukromoprávních podmínek stranou tak, jak je nucen s odkazem na příslušnou judikaturu správních soudů. Jinak řečeno, dovozoval-li Úřad nutnost omezit smlouvu uzavřenou v rámci jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona pouze na dobu nezbytně nutnou k zajištění poptávaného plnění, tedy dobu, kdy by se dalo hovořit o existenci krajně naléhavé okolnosti, činil tak s ohledem na účel nejen samotného § 63 odst. 5 zákona, ale rovněž na účel či smysl zákona jako celku, včetně základních zásad podávaných v § 6 zákona. V tomto kontextu považuji za vhodné doplnit, že je zřejmé, že každé zákonné ustanovení nelze posuzovat toliko samostatně, nýbrž je třeba jej vykládat rovněž v kontextu ostatních ustanovení zákona, neboť jen tak je možné dostát úmyslu zákonodárce účinně a efektivně regulovat určitou oblast jednání osob, které jsou takovému právnímu předpisu podrobeny. Platí-li uvedené, pak není možné samostatně, bez ostatních ustanovení zákona, interpretovat ani § 63 odst. 5 zákona, neboť odpoutáním ho od jiných zákonných pravidel, včetně základních zásad zadávání veřejných zakázek, by již nemohlo dojít k naplnění cílů zákona, jimiž je především zabezpečení hospodárného vynakládání finančních prostředků z veřejných zdrojů.
74. Dále, podle rozkladové argumentace společnosti PREDistribuce, a.s. jsou podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění v zákoně stanoveny taxativním způsobem a nemohou být nad rámec zákona rozšiřovány i na jiné případy. S uvedeným konstatováním obecně souhlasím, neboť výklad Úřadu skutečně nemůže rozšiřovat kogentní pravidla ukotvená v zákoně nad jeho rámec. V daném případě se však o žádné další požadavky neoprávněně kladené na zadavatele nejednalo. Úřad totiž posuzoval jen naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 5 zákona, a to aniž by zakládal jiné předpoklady nutné pro oprávněné použití jednacím řízení bez uveřejnění. Nutnost limitovat smluvní závazek vycházející z jednacím řízení bez uveřejnění totiž plyne z obsahu pojmu „krajně naléhavá okolnost“ a v jeho mantinelech také byl dovozen. Nejde přitom o jakousi další podmínku uplatněnou Úřadem mimo taxativní rámec § 63 odst. 5 zákona, ale o praktické posouzení jednoho ze zákonných předpokladů při současném zohlednění

smyslu a účelu zákona a zejména povinnosti zadavatele postupovat při zadávání veřejných zakázek transparentně a přiměřeně.

75. Nedomnívám se ani, že by závěry Úřadu vycházely z použití analogie nebo extenzivního výkladu, když naopak vyplývají z obsahové stránky pojmu „krajně naléhavá okolnost“ interpretovaného v duchu rozumného uspořádání společenských vztahů v oblasti zadávání veřejných zakázek a požadavku na restriktivní pojetí možnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění (opakovaně dovozeného jak tuzemskou judikaturou, tak judikaturou Soudního dvora Evropské unie).
76. V rozkladu společnost PREdistribuce, a.s. poukazuje též na to, že jistotu ohledně okamžiku ukončení smluvního vztahu uzavřeného v jednacím řízení bez uveřejnění by nepřinesla ani rozvazovací podmínka navázaná na zadání veřejné zakázky v „řádném“ zadávacím řízení, která dle Úřadu absentuje, neboť pokud by zadavatel nečinil žádné kroky směřující k zahájení příslušného zadávacího řízení, pak by byl výsledek stejný, jako když by se rozhodl nikdy nevyužít možnost výpovědi. V tomto bodě rozkladu musím dát společnosti PREdistribuce, a.s. za pravdu, jelikož jak jsem již uvedl v odstavci 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí, tato Úřadem příkladmo formulovaná rozvazovací podmínka není způsobilá přimět zadavatele zahájit příslušné a zákonné zadávací řízení, které by vedlo k úspěšnému zadání veřejné zakázky obdobného předmětu plnění. Nicméně, jak již bylo rovněž řečeno, tato rozvazovací podmínka navázaná na zadání veřejné zakázky v „řádném“ zadávacím řízení byla v odůvodnění napadeného rozhodnutí uváděna pouze jako (nevhodně zvolený) příklad, bez přímého vlivu na správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí. Není totiž vzhledem ke všemu uvedenému pochyb o tom, že v právě posuzovaném případě bylo nutné ve smlouvě o poskytování služeb ukotvit nějakou rozvazovací podmínku, která by však nebyla závislá na konání či nekonání zadavatele, nýbrž která by byla objektivního rázu a stanovená zásadně tak, aby nastala v důsledku okolností mimo sféru vlivu zadavatele, avšak zřejmě stále určitým způsobem související se zadáním veřejné zakázky. De facto tedy mělo dojít k tomu, že by se smluvní strany smlouvy o poskytování služeb zavázaly ukončit spolupráci poté, co by se aktivovala rozvazovací podmínka, jež by v průběhu trvání smlouvy musela objektivně nastat, a tento fakt by nutil zadavatele být aktivním co se týče zadání předmětu veřejné zakázky v řádném zadávacím řízení v co nejkratším možném termínu tak, aby bylo vyhověno dikci § 63 odst. 5 zákona.
77. Mám za to, že „evidentní“ provizornost a dočasnost smlouvy o poskytování služeb neznačí krátká výpovědní doba, jak tvrdí společnost PREdistribuce, a.s., neboť tato pouze umožňuje v případě vůle smluvní strany předmětnou spolupráci flexibilně ukončit, avšak ničehož nevypovídá o tom, zda a kdy takovou vůli smluvní strany budou mít, stejně tak nijak nezavazuje zadavatele urychleně učinit adekvátní kroky k tomu, aby smlouva o poskytování služeb uzavřená v rámci jednacím řízení bez uveřejnění, byla co nejdříve ukončena ve prospěch jiného jeho závazku sjednaného na základě transparentnějšího postupu podle zákona. Proto ani ve světle této rozkladové námítky společnosti PREdistribuce, a.s. neshledávám napadené rozhodnutí nesprávným či nezákonným.
78. Poslední rozkladový argument směřuje k Úřadem dovozené povinnosti zadavatele uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, kteroužto společnost PREdistribuce, a.s. považuje za bezpředmětnou, a to s ohledem na své přesvědčení o správnosti postupu zadavatele. K tomu mohu uvést, že pokud jsem dospěl k závěrům, jak jsou tyto výše formulovány, tedy

že se zadavatel dopustil pochybení, když netransparentně použil jednacích řízení bez uveřejnění s odkazem na § 63 odst. 5 zákona, pak je na místě rovněž konstatovat, že zadavatel byl povinen uveřejnit oznámení zahájení zadávacího řízení, neboť se zde neuplatní postup podle § 67 odst. 1 zákona. Protože společnost PREDistribuce neuvádí žádné podrobnější námitky, které by brojily proti předmětnému závěru, odkazují na tomto místě v podrobnostech na body 147. a násl. odůvodnění napadené rozhodnutí, kde Úřad konstatuje, z jakého důvodu označil za nedostatek v postupu zadavatele i tuto skutečnost.

Společně k oběma rozkladům

79. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v jeho výrocích II. a III. a jeho věcnou správnost v rozsahu všech námitek vznesených jak zadavatelem, tak společností PREDistribuce, a.s. a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení zákazu plnění smlouvy o poskytování služeb, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzením zadavatele i společnosti PREDistribuce, a.s. ohledně nesprávnosti, nezákonnosti, popřípadě nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí.

Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Vilém Podešva, advokát a jednatel, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/172, 140 00 Praha 4
2. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Kruták & Partners, advokátní kancelář, s. r. o., Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1
3. 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