



UOHSX009IWRO

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0100/2017/VZ-15213/2017/541/MSc

Brno: 17. května 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 10. 3. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 29. 3. 2017 JUDr. Petrem Tomanem, LL.M., advokátem, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28497333, se sídlem Trojanova 12, 120 00 Praha 2,
- 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,

ve věci přezkoumání postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky na zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy od 1. 7. 2017 mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – nedodržel při vyřízení námitek společnosti – ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 – ze dne 13. 2. 2017 postup stanovený v § 245

odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 citovaného zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 27. 2. 2017 podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, jelikož postup zadavatele při vyřízení předmětných námitek navrhovatele ve vztahu k namítaným skutečnostem obsahuje v souvislosti s určením rozhodné právní úpravy, podle níž bylo o těchto námitkách rozhodnuto, vnitřní rozpor spočívající v tom, že zadavatel na námitky navrhovatele podané dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, aplikoval jinou normu – zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, přitom námitky dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, odmítl, ač pro to nebyly splněny důvody dle § 110 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, současně však zadavatel rozhodnutí o odmítnutí námitek odůvodnil tím, že námitky vůbec není možné podat, přitom v rozhodnutí o námitkách poučil stěžovatele o možnosti podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, když jim nevyhověl, ač o nich dle § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, nerozhodoval, a dále přitom v předmětném rozhodnutí o námitkách argumentoval i úpravou relevantní v této věci, tedy zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, předmětné rozhodnutí o odmítnutí námitek přitom odeslal ve lhůtě dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tj. 15. den od obdržení námitek, čímž je uvedené rozhodnutí zadavatele nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, a rovněž se v předmětném rozhodnutí o námitkách zadavatel dostatečně konkrétně a podrobně nevyjádřil k námitkám týkajícím se nesplnění podmínek pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, čímž je uvedené rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 2. 2017 o námitkách stěžovatele – ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4.

III.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – **ukládá**

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ZADAVATELE

1. Usnesením Rady hlavního města Prahy č. 2806 ze dne 15. 11. 2016 bylo rozhodnuto o zrušení veřejné zakázky s názvem „Zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy“ ev. č. 351826 a dále o pokračování v přípravě zajištění správy provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy společností se 100% majetkovou účastí hlavního města Prahy splňující podmínky vertikální spolupráce podle § 11 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ nebo „zákon č. 134/2016 Sb.“).
2. Dne 16. 11. 2016 zadavatel – HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 29. 3. 2017 JUDr. Petrem Tomanem, LL.M., advokátem, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28497333, se sídlem Trojanova 12, 120 00 Praha 2 (dále jen „zadavatel“) – následně vydal rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 6. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 6. 2013 pod ev. č. 351826, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2013 a dne 23. 8. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 11. 6. 2013 pod ev. č. 2013/S 111-189781, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 130-224506 a dne 24. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 164-285668 (dále jen „veřejná zakázka z roku 2013“).
3. Usnesením Rady hlavního města Prahy č. 3053 ze dne 6. 12. 2016 bylo rozhodnuto o zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy od 1. 1. 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona od dosavadního správce veřejného osvětlení společnosti – 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 (dále jen „navrhovatel“).
4. Usnesením Rady hlavního města Prahy č. 3208 ze dne 20. 12. 2016 bylo konstatováno, že nabídka podaná navrhovatelem v rámci jednacím řízení bez uveřejnění je pro zadavatele nepřijatelná z důvodu ekonomické nevýhodnosti.
5. Usnesením Rady hlavního města Prahy č. 3209 ze dne 20. 12. 2016 bylo schváleno uzavření příkazní smlouvy se společností – TRADE CENTRE PRAHA a.s., IČO 00409316, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2 (dále jen „TRADE CENTRE PRAHA a.s.“) – 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.
6. Dne 27. 12. 2016 uzavřel zadavatel se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. příkazní smlouvu č. PRK/83/04/026346/2016 (dále jen „příkazní smlouva“). Předmětem uvedené smlouvy dle článku III. „Předmět smlouvy“ je zajištění obstarávání správy veřejného osvětlení v zastoupení zadavatele, a to při využití postupu dle § 63 odst. 5 zákona, konkrétně

zajišťování havarijní a operativní údržby veřejného osvětlení, včetně zajišťování zaměstnanců; zajištění nepřetržitého provozu dispečinku veřejného osvětlení, včetně zajišťování zaměstnanců; zajišťování postupného přebírání veřejného osvětlení a věcí souvisejících, včetně organizace tohoto přebírání.

7. Dne 29. 12. 2016 uzavřel následně zadavatel se společností – PREdistribuce, a.s., IČO 27376516, se sídlem Svornosti 3199/19a, 150 00 Praha 5 (dále jen „PREdistribuce, a.s.“) – smlouvu o poskytování služeb k zajištění fungování veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy, a to v návaznosti na jednací řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona zahájeného dne 27. 12. 2016. Předmětem uvedené smlouvy je zajišťování havarijní a operativní údržby veřejného osvětlení a zajišťování nepřetržitého provozu dispečinku veřejného osvětlení.
8. V programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy dne 14. 2. 2017 byl bodem 21. uveden materiál „*k uzavření smlouvy „Smlouva o správě, provozu a údržbě veřejné osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy“ od 1. 7. 2017“* (dále jen „veřejná zakázka“).
9. Dne 13. 2. 2017 podal navrhovatel zadavateli námitky z téhož dne proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky na zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hlavního města Prahy mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Navrhovatel v podaných námitkách argumentoval především tím, že ve vztahu ke společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. nebyly naplněny podmínky pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona a že v daném případě nebyly naplněny ani podmínky umožňující využití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona.
10. Ze zápisu z 6. jednání Rady hlavního města Prahy ze dne 14. 2. 2017 vyplývá, že výše uvedený bod 21. byl stažen z projednávání.
11. Rozhodnutím ze dne 27. 2. 2017 zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
12. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení svých námitek za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 10. 3. 2017 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 10. 3. 2017.

II. OBSAH NÁVRHU NAVRHOVATELE

13. Dne 10. 3. 2017 obdržel Úřad návrh navrhovatele z téhož dne, který se týká postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Navrhovatel uvádí, že se z veřejně dostupných zdrojů dozvěděl, že zadavatel připravuje uzavření smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. (případně s jinou společností majetkově propojenou se zadavatelem), jejímž předmětem by mělo být zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení zadavatele, konkrétně byl na programu zasedání Rady hlavního města Prahy dne 14. 2. 2017 uveden jako bod č. 21 materiál k uzavření smlouvy na uvedený předmět od 1. 7. 2017. Navrhovatel byl přesvědčen, že se zadavatel rozhodl zvolit účelově takový postup, který vyloučí všechny ostatní účastníky soutěže na trhu, neboť jednotlivé kroky zadavatele prokazují, že účelem jeho postupu je zadat předmětnou veřejnou zakázku přímo společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. (či jiné společnosti majetkově propojenou se zadavatelem) na základě výjimky dle § 11 zákona či v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona.

14. Navrhovatel dále nesouhlasí se závěrem zadavatele učiněným v rozhodnutí o námitkách ze dne 27. 2. 2017, že se předmětné námitky navrhovatele vztahují k veřejné zakázce z roku 2013 a o těchto námitkách by tak mělo být rozhodnuto dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“ nebo „zákon č. 137/2006 Sb.“). Navrhovatel poukazuje na to, že v takovém případě by zadavatel byl povinen rozhodnout o podaných námitkách v režimu ZVZ. Dle navrhovatele však zadavatel rozhodl o předmětných námitkách v režimu zákona, neboť námitky odmítl, přičemž dle § 111 ZVZ může zadavatel námitkám vyhovět či nevyhovět. Navrhovatel je toho názoru, že odůvodnění rozhodnutí o námitkách je vnitřně rozporné, nejasné, nejednoznačné a obsahově zmatené. Navrhovatel rovněž upozorňuje na skutečnost, že zadavatel o námitkách navrhovatele rozhodl v 15denní lhůtě, tj. ve lhůtě dle zákona (nikoliv ZVZ). Navrhovatel uvádí, že zadavatel v předmětném rozhodnutí také nikterak neodůvodnil, na základě čeho dospěl k závěru, že námitky směřují vůči postupu zadavatele v souvislosti s veřejnou zakázkou z roku 2013. Dle navrhovatele totiž námitky jednoznačně směřují proti plánovanému uzavření smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. postupem mimo zákon nebo dle § 63 odst. 5 zákona, přičemž je nepochybné, že záměr uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku vzešel najevo z programu jednání Rady hlavního města Prahy plánovaného na 14. 2. 2017, tedy již za účinnosti zákona. Navrhovatel rovněž poukazuje na skutečnost, že dle § 245 odst. 1 zákona je zadavatel povinen vyjádřit se ke všem skutečnostem uvedených v námitkách, přičemž absence vypořádání některého z argumentů představuje důvod nepřezkoumatelnosti. V daném případě se dle navrhovatele zadavatel ke svému postupu směřujícímu k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku při využití výjimky dle § 11 zákona či v jednacím řízení dle § 63 odst. 5 zákona nevyjádřil dostatečně srozumitelně a podrobně, resp. se nevyjádřil vůbec. Navrhovatel se domáhá, aby Úřad rozhodnutí zadavatele o námitkách zrušil dle § 263 odst. 5 zákona z důvodu jeho nepřezkoumatelnosti pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů a aby uložil zadavateli za spáchání správního deliktu dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona pokutu.
15. Navrhovatel uvádí, že zadavatel je povinen zajistit činnosti správy, provozu a údržby veřejného osvětlení v zadávacím řízení dle zákona, neboť zadavatel naplňuje definici zadavatele dle § 4 odst. 1 písm. d) zákona, předmět veřejné zakázky představuje veřejnou zakázku na služby dle § 14 odst. 2 zákona a s ohledem na předpokládanou hodnotu se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku.
16. Navrhovatel uvádí, že v daném případě nejsou ve vztahu ke společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. splněny podmínky umožňující využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona, tedy tzv. in-house výjimku. Dle navrhovatele v první řadě nebyla naplněna podmínka stanovená v § 11 odst. 1 písm. c) zákona požadující, aby více než 80 % celkové činnosti bylo prováděno při plnění úkolů svěřených ovládané osobě zadavatelem. Navrhovatel z dikce § 13 zákona dovozuje, že pro určení podílu činnosti dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona se bere v úvahu činnost, která je předmětem příkazní smlouvy. S ohledem na to, že společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. nikdy nevykonávala činnost související se správou veřejného osvětlení, je dle názoru navrhovatele zcela zřejmé, že podmínka dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona nemůže být vůbec naplněna. Navrhovatel rovněž upozorňuje, že společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. nedisponuje potřebnými personálními ani technickými kapacitami, jak vyplývá z vyjádření jmenované společnosti pro společnost COST CONTROL, s.r.o. ze dne 26. 7. 2016, aby byla předmětné činnosti schopna realizovat. Navrhovatel se domnívá, že společnost

TRADE CENTRE PRAHA a.s. ve spolupráci se zadavatelem dlouhodobě připravovala nezákonné převzetí know-how a zaměstnanců navrhovatele. Dle navrhovatele tak hrozí, že společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. bude nucena řadu služeb či dodávek zajišťovat prostřednictvím externích dodavatelů nebo bude usilovat o nezákonné převzetí know-how a zaměstnanců navrhovatele. Navrhovatel je přesvědčen, že podmínka dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona musí být vykládána tak, aby bylo vyloučeno účelové uzavírání smluv s nekompetentními dodavateli, kteří by popotávané činnosti „přeprodávali“ dalším dodavatelům, a aby bylo vyloučeno nehospodárné vynakládání veřejných prostředků.

17. Navrhovatel se dále domnívá, že v daném případě není naplněna ani podmínka stanovená v § 11 odst. 1 písm. a) zákona spočívající v ovládnání společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. obdobně jako vnitřní organizační jednotky zadavatele. Navrhovatel z rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) dovozuje, že pro aplikovatelnost výjimky „in-house“ a) musí být veřejný zadavatel výlučným vlastníkem subjektu, kterému veřejnou zakázku hodlá zadat, b) pro posouzení, zda zadavatel vykonává kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, je třeba zohlednit relevantní právní předpisy a další okolnosti, c) předmětná společnost musí podléhat kontrole umožňující veřejnému zadavateli uplatnit rozhodující vliv jak nad strategickými cíli, tak nad důležitými rozhodnutími této společnosti. Navrhovatel argumentuje, že v daném případě vystupuje zadavatel jako akcionář společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s., který má možnost účastnit se valné hromady a volit dozorčí radu. Dozorčí rada však nepůsobí jako statutární orgán akciové společnosti a neřídí tedy přímo činnost společnosti. Představenstvo, které je jako jediný orgán oprávněno vykonávat obchodní vedení společnosti, přitom není ustanovováno valnou hromadou, ale je pouze voleno dozorčí radou. Dle názoru navrhovatele z uvedeného plyne, že zadavatel nemá přímý vliv nad složení orgánu, společnosti, který rozhoduje o obchodním vedení společnosti. Navrhovatel dále argumentuje, že jednotliví členové orgánů společnosti mají dle příslušné právní úpravy (zákona o obchodních korporacích) jednat jako řádní hospodáři, tedy pečlivě, s potřebnými znalostmi a především loajálně vůči společnosti. Navrhovatel dále zdůrazňuje, že dle uvedené právní úpravy není nikdo oprávněn udělovat představenstvu pokyny týkající se obchodního vedení společnosti. Dozorčí rada navíc ani nemá výkonné pravomoci v tom smyslu, aby mohla jednotlivé úkony představenstvu či zaměstnancům společnosti uložit, neboť dozorčí rada má především kontrolní pravomoc a její působnost je zákonem dána jako dohled nad výkonem působnosti představenstva a nad činností společnosti. Dle navrhovatele nemá zadavatel ani rozhodující vliv na rozhodování dozorčí rady, neboť platí, že nikdo není oprávněn udělovat dozorčí radě pokyny týkající se její zákonné povinnosti kontroly působnosti představenstva.
18. Navrhovatel se dále domnívá, že zadavatel by mohl při postupu směřujícím k zajištění předmětu veřejné zakázky uzavřít smlouvu se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. či jinou osobou majetkově propojenou se zadavatelem dle § 63 odst. 5 zákona. Navrhovatel má za to, že pro využití jednacního řízení bez uveřejnění dle citovaného ustanovení zákona nejsou naplněny podmínky, neboť zde není dána krajně naléhavá okolnost. Navrhovatel uvádí, že taková okolnost nemůže spočívat v tom, že by zadavatel nebyl schopen řádně a v souladu s právními předpisy vybrat dodavatele plnění veřejné zakázky v příslušném zadávacím řízení, ani touto okolností nemůže být zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku z roku 2013. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel nerozhodl o zrušení uvedeného zadávacího řízení bez zbytečného odkladu ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ. Navrhovatel argumentuje, že

průtahy ve správním řízení vedeném v uvedené věci nemohly představovat objektivní skutečnosti stojící vně zadavatele, navíc zadavatel měl možnost využít institutů na obranu proti nečinnostem správních orgánů.

19. Navrhovatel ve svém návrhu žádá, aby Úřad zadavateli zakázal pokračovat v návrhem napadeném postupu, zejména aby mu zakázal uzavřít smlouvu na předmět veřejné zakázky se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. či jinou osobou majetkově propojenou se zadavatelem mimo zadávací řízení či postupem dle § 63 odst. 5 zákona, činit jakékoliv úkony nebo kroky, které by směřovaly k uzavření uvedené smlouvy a poptat předmětné plnění jiným postupem než v otevřeném zadávacím řízení. Eventuálně navrhovatel žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 27. 2. 2017 z důvodu nepřezkoumatelnosti a pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

20. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 10. 3. 2017 a 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. S0100/2017/VZ.
21. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
22. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0100/2017/VZ-09226/2017/541/MSc ze dne 17. 3. 2017.

Vyjádření zadavatele ze dne 20. 3. 2017

23. Dne 20. 3. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne k návrhu navrhovatele. Zadavatel zde nejdříve shrnuje dosavadní vývoj týkající se jednotlivých veřejných zakázek na zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení v hlavním městě Praze a obsah návrhu navrhovatele.
24. Zadavatel se domnívá, že v daném případě není dle zákona dána pravomoc pro přezkoumání podaného návrhu ze strany Úřadu. Zadavatel uvádí, že návrh navrhovatele se týká postupu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, přičemž stěžejní část argumentace navrhovatele spočívá v neoprávněném využití výjimky dle § 11 zákona. Zadavatel argumentuje, že dle § 2 odst. 1, resp. § 11 odst. 1 zákona se však uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce nepovažuje za zadání veřejné zakázky, přičemž dle § 248 zákona je Úřad oprávněn vykonávat dozor nad zadáváním veřejných zakázek. Dle zadavatele postup směřující k případnému uzavření smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. na základě vertikální spolupráce není postupem v zadávacím řízení, neboť nejde o zadání veřejné zakázky. Zadavatel dovozuje, že navrhovatel nebyl oprávněn podat svůj návrh dle § 253 zákona, neboť by se v daném případě z důvodu uplatnění výjimky dle § 11 zákona nejednalo o zadání veřejné zakázky a zadavatel by nebyl povinen postupovat v zadávacím řízení.

25. Z důvodu procesní opatrnosti se zadavatel rovněž vyjádřil k jednotlivým skutečnostem namítaným v návrhu navrhovatele. Zadavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, že jeho postup by byl obcházením ZVZ či zákona nebo by šlo o účelový postup s cílem vyloučení soutěže na trhu. Zadavatel dodává, že pokud bude v budoucnu postupovat podle ustanovení § 11 zákona, bude se jednat o postup v souladu se zákonem.
26. Zadavatel se dále domnívá, že se s námitkami navrhovatele vypořádal řádným způsobem v souladu se zákonem a v zákonné lhůtě vyplývající z aktuální právní úpravy. Dle zadavatele předmětné rozhodnutí o námitkách stojí na principu, že námitky navrhovatele vycházejí a navazují na zrušené zadávací řízení na veřejnou zakázku z roku 2013 a na postup zadavatele s tímto zadávacím řízením spojeným a na něj navazujícím. Zadavatel uvádí, že režim zákona na předmětné námitky, pokud se týče otázky zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku z roku 2013, jak navrhovatel námitky sám vymezil, nedopadá, neboť dopadá jen na nově zahájená zadávací řízení. Současně zadavatel uvedl, že ustanovení ZVZ, neumožňují podání námitek proti postupu zadavatele směřujícímu k uzavření smlouvy mimo zadávací řízení. Zadavatel je přesvědčen, že námitky navrhovatele by byly nepřípustné i při aplikaci zákona, neboť by se jednalo o námitky směřující proti zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, přičemž tyto námitky byly vztaženy k možnému použití vertikální spolupráce dle § 11 zákona, tj. postupu zadavatele, který zákon nepovažuje za zadání veřejné zakázky.
27. Zadavatel má rovněž za to, že se v námitkách podrobně vypořádal s argumentací navrhovatele k otázce vertikální spolupráce, a to v širším historickém kontextu i z hlediska rozhodovací praxe SDEU. Zadavatel uvádí, že všechny podmínky pro realizaci vertikální spolupráce ve vztahu ke společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. byly splněny. Zadavatel uvádí, že společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. ve smyslu § 11 odst. 1 písm. a) zákona sám ovládá, přičemž v této společnosti nemá majetkovou účast žádná jiná osoba, čímž je naplněna i podmínka dle § 11 odst. 1 písm. b) zákona. Dle zadavatele je naplněna i podmínka dle ustanovení § 11 odst. 1 písm. c) zákona, neboť společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. provádí více než 80 % celkové činnosti při plnění úkolů svěřených jí zadavatelem. Zadavatel se neztotožňuje s výkladem podmínky dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona činěné navrhovatelem, ale tuto podmínku vykládá v tom smyslu, že předmětný 80% podíl činností se týká veškerých činností ovládané osoby a nikoliv jen obdobných činností jako ty, které by měly být ovládané osobě teprve zadány. Zadavatel se rovněž neztotožňuje s názorem navrhovatele, že by společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. nebyla kompetentní k realizaci předmětu veřejné zakázky, ani s tvrzením navrhovatele, že uvedená společnost ve spolupráci se zadavatelem dlouhodobě připravovala převzetí know-how a zaměstnanců navrhovatele.
28. Zadavatel dále argumentuje, že společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. je nepochybně právnickou osobou, přičemž z ustanovení § 11 zákona nevyplývá, že by případná smlouva se zadavatelem mohla být uzavřena se všemi právnickými osobami vyjma akciové společnosti. Zadavatel argumentuje, že má ve jmenované společnosti postavení nejvyššího orgánu a to, že jako jediný akcionář přijímá rozhodnutí v působnosti valné hromady. Dle příslušných stanov je to tedy zadavatel, kdo schvaluje dlouhodobou koncepci podnikatelské činnosti společnosti a jejich změn, stejně jako rozhoduje o investičních záměrech převyšujících 20 % základního kapitálu společnosti. Zadavatel dále uvádí, že volba a odvolání dozorčí rady, stejně jako udělování pokynů a schvalování zásad jeho činnosti (není-li to v rozporu s právními předpisy) náleží do jeho působnosti coby jediného akcionáře. Zadavatel tedy

nemá pochyb o tom, že sám ovládá společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. ve smyslu ustanovení § 11 odst. 1 písm. a) a § 11 odst. 2 zákona, neboť má rozhodující vliv na strategické cíle společnosti i na její významná rozhodnutí.

29. K navrhovatelem namítanému nenaplnění podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona z důvodu neexistence krajně naléhavé okolnosti ve smyslu citovaného ustanovení zákona v návaznosti na zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku z roku 2013 zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0772/2016/VZ-09008/2017/541/PDz ze dne 13. 3. 2017, ve kterém bylo konstatováno, že zrušení tohoto zadávacího řízení bylo učiněno v souladu se zákonem. Zadavatel poznamenává, že jeho postup je rovněž důsledkem přístupu navrhovatele, který v rámci předchozího jednacího řízení bez uveřejnění předložil pro zadavatele nepřijatelnou nabídku.
30. Zadavatel považuje návrh navrhovatele za zjevně účelový, nedůvodný a ničím nepodložený. Zadavatel poznamenává, že obzvláště předjímání navrhovatele o možné realizaci předmětného plnění, či jeho částí prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění stojí zcela mimo rámec odhadnutelných postupů zadavatele. Zadavatel ve svém vyjádření navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele dle § 265 písm. c) zákona zamítl, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat, či aby návrh zamítl dle § 265 písm. a) zákona.

Vyjádření zadavatele ze dne 3. 4. 2017

31. Dne 3. 4. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne označené jako návrh zadavatele na doplnění důkazů. Zadavatel zde uvádí, že navrhovatel v podaném návrhu řádně netvrdil ani neprokazoval vznik či hrozbu újmy na jeho právech dle ustanovení § 250 odst. 1 zákona. Zadavatel argumentuje, že dle § 11 zákona má při splnění zákonných předpokladů možnost využít vertikální spolupráce, přičemž tímto postupem nemůže dojít ke vzniku či hrozbě újmy na právech navrhovatele či jiného potenciálního dodavatele.
32. Zadavatel dále upozorňuje, že navrhovatelem byla v souvislosti s veřejnými zakázkami na zajištění správy veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy iniciována další správní řízení vedená u Úřadu. Zadavatel odkazuje na řízení vedená pod sp. zn. S0004/2017/VZ a S0076/2017/VZ a dále na správní řízení vedené pod sp. zn. S0772/2016/VZ zahájené na návrh společnosti – ELTODO OSVETLENIE, s.r.o., IČO 36170151, se sídlem Rampová 5, 040 01 Košice, Slovenská republika – která je personálně i majetkově propojená s navrhovatelem. Zadavatel uvádí, že v citovaných správních řízeních je použita společná argumentace navrhovatele ve vztahu k naplnění podmínek dle § 11 zákona, přičemž zadavatel se obdobně jako další účastníci uvedených správních řízení k argumentaci navrhovatele podrobně vyjádřili. Vzhledem k uvedenému učinil zadavatel předmětná vyjádření v citovaných správních řízeních včetně předložených důkazů dokládajících splnění podmínek § 11 zákona součástí svých tvrzení v nyní vedeném správním řízení. Současně zadavatel požádal Úřad, aby správní spisy vedené pod sp. zn. S0004/2017/VZ, S0076/2017/VZ a S0772/2016/VZ (zejména předmětná vyjádření) připojil jako důkaz.

Vyjádření navrhovatele ze dne 3. 4. 2017

33. Dne 3. 4. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, v němž reaguje na tvrzení zadavatele uvedená v jeho vyjádření ze dne 20. 3. 2017. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách nijak nevyjádřil ke svému postupu souvisejícímu

s uzavřením smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. nebo jinou osobou mimo rámec zákona při využití výjimky dle § 11 odst. 1 zákona a omezil se na konstatování, že v daném případě je rozhodná právní úprava obsažená v ZVZ, která však neposkytuje navrhovateli obranu proti postupu zadavatele, jak byla vymezena v námitkách. K ostatním tvrzením navrhovatele a postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky mimo zadávací řízení se pak zadavatel dle navrhovatele vyjádřil pouze nezávazně ve formě „obiter dictum“, přičemž vyjádření zadavatele obsahuje pouze prostý výčet judikatury bez jakéhokoliv propojení na navrhovatelem uváděná tvrzení. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel svým přístupem při vyřizování námitek zcela rezignoval na požadavky stanovené v § 245 zákona a jeho jednání vykazuje znaky hrubé netransparentnosti v rozporu s § 6 zákona. Navrhovatel nadto uvádí, že zadavatel v rámci svého vyjádření ze dne 20. 3. 2017 předkládá nové skutečnosti, které však v rámci svého rozhodnutí o námitkách nezmínil, a které nebyly důvodem pro jeho rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele. Úřad by se proto dle navrhovatele měl zabývat pouze důvody uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o námitkách, eventuálně by měl v souladu s § 263 odst. 5 zákona rozhodnutí o námitkách zrušit z důvodu nepřezkoumatelnosti.

34. Dle navrhovatele je nespornou skutečností, že na programu zasedání Rady zadavatele konané dne 14. 2. 2017 byl pod bodem č. 21 programu zařazen materiál „*k uzavření smlouvy „Smlouva o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy“ od 1. 7. 2017*“. Dle informací dostupných navrhovateli se mělo jednat o novou smlouvu, která měla být uzavřena se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. s obdobným předmětem plnění, jaký měly smlouva předložená zadavatelem na veřejnou zakázku z roku 2013, příkazní smlouva a smlouva se společností PREdistribuce, a.s. Navrhovatel zdůrazňuje, že jeho námitky i návrh směřovaly proti uzavření nové smlouvy, o jejímž uzavření mělo být jednáno na výše uvedeném zasedání Rady zadavatele, nikoliv na veřejnou zakázku z roku 2013, jak naznačuje zadavatel. V této souvislosti navrhovatel žádá, aby Úřad doplnil dokazování o materiál předložený k bodu č. 21 programu výše uvedeného zasedání Rady zadavatele, včetně všech jeho příloh, důvodové zprávy a případných příloh k této zprávě, jako i dalších souvisejících dokumentů.
35. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele ohledně nedostatku pravomoci Úřadu v případech, které se nepovažují za zadání veřejné zakázky, přičemž odkazuje na § 248 odst. 1 písm. b) zákona, dle něhož je Úřad oprávněn rozhodovat o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu se zákonem. Podle názoru navrhovatele tak možnost podání námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona, resp. návrhu dle § 250 odst. 1 písm. f) zákona, proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, zcela zjevně opravňuje dodavatele domáhat se obranu proti postupu zadavatele mimo režim zadávacího řízení a dává Úřadu pravomoc přezkoumat alespoň splnění podmínek pro takový postup. Navrhovatel současně poukazuje na rozlišování pojmů „zadání“ a „zadávací“, přičemž zákon definici pojmu zadávací neobsahuje (a to ani v kontextu výjimky dle § 11 zákona), nicméně důvodová zpráva uvádí, že se jedná o obecný pojem zahrnující nejen zadávací veřejných zakázek v zadávacím řízení, ale i zadávací veřejných zakázek mimo něj, a to například pokud jde o výjimky. Dle navrhovatele je nutno odmítnout výklad, při kterém by pro znemožnění obrany dodavatelů proti nezákonnosti postupu zadavatele stačilo, pokud by zadavatel postup mimo zadávací řízení označil za vertikální spolupráci dle § 11 zákona.

36. V návaznosti na tvrzení zadavatele, že návrh navrhovatele je nekonkrétní, navrhovatel konstatuje, že ve světle tohoto vyjádření nelze rozhodnutí zadavatele o námitkách označit jinak, než za nicotný právní akt. Navrhovatel dále vyslovuje názor, že pro posouzení rozsahu činností dle § 11 odst. 1 zákona i s ohledem na § 13 zákona, jakož i účel a smysl zákona, je rozhodující rozsah činností představující předmět smlouvy, která má být postupem dle § 11 zákona uzavřena. Postup dle § 11 zákona proto dle navrhovatele nelze využít v případě jakékoliv ovládané osoby, ale toliko v případě ovládané osoby, pokud více než 80 % činností takto ovládané osoby představuje předmět veřejné zakázky, která má být zadána mimo zadávací řízení, a současně jsou tyto činnosti poskytované ovládající nebo s ní propojené osobě. Dle navrhovatele je výklad předkládaný zadavatelem nesprávný a ve svém důsledku umožňuje zadavateli zadat veškeré veřejné zakázky společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s., a tím jí fakticky vystavit blanko pověření na další „přezadání“ takto poptávaného plnění bez možnosti jakékoliv efektivní kontroly.
37. Jako přílohu ke svému vyjádření navrhovatel Úřadu zaslal plnou moc vystavenou společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. pro společnost PREdistribuce, a.s. k převzetí součástí veřejného osvětlení, na nichž má být předmět plnění veřejné zakázky vykonáván. Společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. tak dle názoru navrhovatele zcela zjevně není schopna předmětné plnění poskytovat, nedisponuje dostatečným technickým ani personálním vybavením, a jediným cílem pro uzavření smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. je tak umožnění zadání veřejné zakázky mimo režim zákona a její následné „přezadávání“ externím dodavatelům.
38. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem se navrhovatel domáhá uložení stejného nápravného opatření, jaké již žádal v rámci svého návrhu, tj. uložení zákazu zadavateli podle § 263 odst. 7 zákona pokračovat v návrhem napadeném postupu, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, eventuálně uložení nápravného opatření dle § 265 odst. 5 zákona ve formě zrušení rozhodnutí o námitkách ze dne 27. 2. 2017.

Další průběh správního řízení

39. Usnesením č. j.ÚOHS-S0100/2017/VZ-12533/2017/541/MSc ze dne 18. 4. 2017 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k zaslání bližšího vymezení veřejné zakázky a uvedení jejího aktuálního stavu.
40. Usnesením č. j. ÚOHS-S0100/2017/VZ-12873/2017/541/MSc ze dne 21. 4. 2017 Úřad na žádost zadavatele prodloužil lhůtu stanovenou mu usnesením č. j. ÚOHS-S0100/2017/VZ-12533/2017/541/MSc ze dne 18. 4. 2017.

Vyjádření zadavatele ze dne 26. 4. 2017

41. Dne 26. 4. 2017 obdržel Úřad v návaznosti na výše uvedená usnesení vyjádření zadavatele z téhož dne. Zadavatel zde nejdříve upozorňuje na nesprávně vymezený předmět správního řízení, neboť dle zadavatele má být předmětem řízení přezkum postupu, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem (v oznámení o zahájení správního řízení a výše uvedených usneseních nebylo uvedeno „v rozporu se zákonem“). Zadavatel dále uvádí, že žádnou veřejnou zakázku na zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy od 1. 7. 2017 nepřipravuje a v roce 2017 ani nepřipravoval, neboť vertikální spolupráce dle § 11 zákona se nepovažuje za veřejnou zakázku, jak vyplývá z důvodové zprávy k zákonu a komentářové literatury. Dle

zadavatele Úřad předjímá své rozhodnutí, neboť označuje předmětnou zakázku za veřejnou zakázku, aniž by rozhodl o tom, zda postup zadavatele je či není v souladu s § 11 zákona.

42. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že se rozhodl nadále zajišťovat veřejnou službu správy a údržby veřejného osvětlení na svém území výlučně sám prostřednictvím vertikální spolupráce se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. a již nechce ani v budoucnu zajištění uvedených služeb zadávat jako veřejnou zakázku v zadávacím řízení dle zákona. Zadavatel upřesnil, že předmětem plnění smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. jsou činnosti obdobné, jaké do 31. 12. 2016 zajišťoval navrhovatel, tj. služby k zajištění správy, provozu a údržby u zařízení veřejného osvětlení a souvisejících zařízení na území hl. m. Prahy.
43. K doložení bližší specifikace předmětu plnění veřejné zakázky zadavatel doložil část konceptu smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. a současně upozornil, že se jedná o interní a neveřejné listiny zadavatele neurčené ke zveřejnění, neboť jde výhradně o koncepty připravované za účelem jednání rady zadavatele. Předmětem uvedené smlouvy je dle přílohy č. 1 této smlouvy:
 - a. správa zařízení veřejného osvětlení,
 - b. údržba (oprava) veřejného osvětlení,
 - c. provoz zařízení veřejného osvětlení,
 - d. související administrativní a informační činnosti.
44. Zadavatel dále doplnil, že cena uvedeného plnění koresponduje s vyšší cenou, za kterou vykonával navrhovatel správu a údržbu veřejného osvětlení v roce 2016, tj. cca 140 mil. Kč. K aktuálnímu stavu věci zadavatel uvedl, že dosud nedošlo k uzavření smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s., neboť dosud nebylo radou zadavatele schváleno její konečné znění ani souhlas s jejím uzavřením. Zadavatel dále uvedl, že nadále činí kroky k uzavření smlouvy s TCP, tj. připravuje návrh smlouvy a podklady pro jednání rady, která má návrh i uzavření smlouvy odsouhlasit, a současně vyčkává na rozhodnutí Úřadu v dané věci.

Další průběh správního řízení

45. Usnesením č. j. ÚOHS-S0100/2017/VZ-12190/2017/541/MSc ze dne 27. 4. 2017 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
46. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0100/2017/VZ-13736/2017/541/MSc ze dne 28. 4. 2017 nařídil Úřad z moci úřední podle § 61 odst. 1 správního řádu zadavateli předběžné opatření, kterým mu uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

Návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření ze dne 28. 4. 2017

47. Dne 28. 4. 2017 obdržel Úřad podání navrhovatele, v němž navrhovatel žádal, aby Úřad zadavateli uložil předběžné opatření nařizující zadavateli zdržet se jakéhokoli právního jednání směřujícího k zadání předmětné veřejné zakázky. Navrhovatel konkrétně požadoval, aby Úřad zadavateli uložil zdržet se uzavření smlouvy na veřejnou zakázku se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. či jinou osobou majetkově propojenou se zadavatelem, a zdržet se jakýchkoliv úkonů či kroků, které by mohly k uzavření předmětné smlouvy směřovat. Navrhovatel v této své žádosti předně shrnul svou argumentaci obsaženou v návrhu ze dne

10. 3. 2017. Nezbytnost nařízení předběžného opatření následně navrhovatel zdůvodnil hrozícím uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku po uplynutí blokační lhůty § 246 odst. 1 písm. d) zákona, čím by došlo ke zmaření účelu správního řízení, kterým je přezkoumání zákonnosti postupu zadavatele.

Další průběh správního řízení

48. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0100/2017/VZ-14344/2017/541/MSc ze dne 5. 5. 2017 zamítl Úřad návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, neboť v dané věci již Úřad vydal z moci úřední fakticky totožné předběžné opatření, kterého se navrhovatel domáhal svým podáním ze dne 28. 4. 2017.
49. Dne 5. 5. 2017 obdržel Úřad žádost zadavatele o prodloužení lhůty, ve které se účastníci řízení mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel v rámci své žádosti poukázal na rozsah spisu a nutnost pečlivého prostudování všech relevantních dokumentů.
50. Přípisem č. j. ÚOHS-S0100/2017/VZ-14343/2017/541/MSc ze dne 5. 5. 2017 Úřad vyrozuměl zadavatele, že žádosti o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí nevyhověl, přičemž poukázal na skutečnost, že zadavatel je oprávněn vyjádřit se k podkladům do 9. 5. 2017.

Vyjádření navrhovatele ze dne 5. 5. 2017

51. Dne 5. 5. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, v němž navrhovatel vyjadřuje své přesvědčení, že veškerá jím v návrhu uváděná tvrzení a argumenty byly jednoznačně podpořeny a prokázány podklady obsaženými ve správním spise. V návaznosti na své předchozí vyjádření navrhovatel opakovaně dovozuje pravomoc Úřadu k přezkumu postupu zadavatele s odkazem na ustanovení § 248 odst. 1 zákona. Navrhovatel dále odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu ve vztahu k újmě, dle které v zásadě postačí, aby byla újma prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost získat veřejnou zakázku, přičemž v daném případě je dle navrhovatele z postupu zadavatele zřejmé, že zadavatel v daném případě zcela vyloučil ostatní dodavatele z možnosti předmětné plnění získat. Na základě toho je dle navrhovatele nepochybné, že možným dodavatelům včetně navrhovatele tímto postupem zadavatelem vzniká újma a nelze jim proto upírat právo požadovat přezkoumání postupu zadavatele, který může představovat nezákonný postup směřující k zadávání veřejné zakázky.
52. Navrhovatel opakovaně shrnuje své argumenty obsažené v návrhu, dle kterých nejsou naplněny podmínky dle § 11 zákona pro postup mimo zadávací řízení formou vertikální spolupráce. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že lze považovat za splněnou podmínku ovládnutí společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. zadavatelem obdobně jako své vnitřní organizační složky, a to s ohledem na skutečnost, že jmenovaná společnost je akciovou společností založenou za účelem dosahování zisku, která je oprávněna prosazovat své cíle nezávisle na svých akcionářích. Navrhovatel současně opakovaně zdůrazňuje, že zadavatel nemá přímý vliv na složení představenstva společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s., které rozhoduje o obchodním vedení, a není tak schopen uplatňovat rozhodující vliv nad jeho rozhodnutími obdobným způsobem jako v případě organizačních složek. Navrhovatel nesouhlasí ani s názorem zadavatele, že je nerozhodné, jaké činnosti je schopna v rámci vertikální spolupráce ovládaná osoba vykonávat, a je postačující, aby více než 80 % celkové

činnosti takto ovládané osoby bylo vykonáváno ve prospěch ovládající osoby bez ohledu na předmět těchto činností, neboť dle přesvědčení navrhovatele je pro posouzení rozsahu činností dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona, i s ohledem na § 13 zákona jako i účel a smysl zákona, rozhodující rozsah činností představující předmět smlouvy, která má být postupem dle § 11 zákona uzavřena. Dle navrhovatele je rozhodující, aby byla ovládaná osoba, tedy společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s., v daném případě skutečně schopna veškeré plnění dle smlouvy uzavřené na základě in-house výjimky sama poskytnout a aby nedocházelo k dalšímu přezadávání takto poptávaného plnění, přičemž navrhovatel již dříve poukázal na skutečnost, že jmenovaná společnost není bez podstatného rozšíření personálních a technických kapacit schopna toto plnění sama zajišťovat.

53. Skutečnost, že předmětná smlouva má plněna prostřednictvím třetích osob, které již zcela zjevně nesplňují podmínky dle § 11 zákona, musí dle navrhovatele plynout i z návrhu této smlouvy, která byla předložena k bodu č. 21 programu zasedání Rady zadavatele a provedení které v celém jejím rozsahu navrhovatel požadoval. Navrhovatel však poukazuje na to, že zadavatelem byl bez řádného zdůvodnění předložen návrh smlouvy pouze z části a zcela byly vynechány strany 7 až 28 této smlouvy. Navrhovatel proto nepovažuje takto provedené dokazování za dostatečné a trvá na předložení návrhu smlouvy v celém jejím rozsahu.
54. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že za vědomí, konzultace a koordinace se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. byl Jiřím Skálou vypracován plán převzetí zaměstnanců a prostředků koncernu ELTODO společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. jako dceřinou společností zadavatele. Současně se měl Jiří Skála dle navrhovatele podílet na přípravě a revizi smluv mezi zadavatelem a společnostmi TRADE CENTRE PRAHA a.s. a PREdistribuce, a.s., včetně přípravy a revize předmětné smlouvy. Navrhovatel konstatuje, že vzhledem k tomu, že neproběhlo násilné a protiprávní převzetí části koncernu ELTODO v předpokládaných termínech, společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. nebyla a doposud není schopna plnění dle předmětné smlouvy sama poskytovat, přičemž jí má být za tyto činnosti poskytnuta úplata ve výši přibližně 140 mil. Kč ročně, ačkoliv v otevřeném řízení byla jako nejvhodnější zadavatelem vyhodnocena nabídková cena ve výši toliko 92 mil. Kč za stejné plnění.
55. Zadavatelem navržené dokazování (připojení spisů správních řízení sp. zn. S0004/2017/VZ, S0076/2017/VZ, S0772/2016/VZ) považuje navrhovatel za rozsáhlé a nadbytečné, resp. procesně nepřípustné, neboť veškeré skutečnosti ve vztahu k přípustnosti postupu dle § 11 zákona byly zadavatelem uvedeny i v tomto řízení a zadavatel neuvedl, jaké další skutečnosti by jím navrženými důkazy měly být prokázány. Dle názoru navrhovatele tudíž lze mít důvodné pochybnosti o tom, zda lze provedením těchto důkazů zajistit lepší objasnění skutkového stavu věci. Úřad by proto dle navrhovatele měl upřednostnit hospodárné vyřízení věci bez zbytečných průtahů, které by mohly vzniknout z provedení nadbytečných úkonů a důkazů. Současně navrhovatel upozorňuje, že není účastníkem správního řízení vedeného pod sp. zn. S0772/2016/VZ, a není tedy dle jeho názoru možné tento správní spis připojit k probíhajícímu správnímu řízení.
56. K argumentu zadavatele vztahujícímu se k podnětu vedenému Úřadem pod sp. zn. P1821/2016/VZ, v rámci kterého neměl Úřad shledat důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, navrhovatel uvádí, že zadavatel k tomuto tvrzení nepředložil žádné důkazy a ve spisu není založeno ani jakékoliv rozhodnutí či sdělení Úřadu v této věci. Z uvedeného

důvodu se navrhovatel nemůže kvalifikovaně vyjádřit k této námitce zadavatele, přičemž pokud by Úřad měl vycházet ze skutečností uvedených ve jmenovaném spise, navrhovatel žádá o možnost seznámení se s jeho obsahem.

57. Na základě výše uvedených skutečností se navrhovatel domáhá toho, co bylo již specifikováno v rámci jeho návrhu a předchozího vyjádření.

Vyjádření zadavatele ze dne 9. 5. 2017

58. Dne 9. 5. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel opakovaně upozorňuje na nesprávně vymezený předmět řízení. Zadavatel vyjadřuje své přesvědčení, že navrhovateli v daném případě dle ustanovení § 241 odst. 1 písm. c) zákona vůbec nepřísluší oprávnění podat námitky. Zadavatel dále odkazuje na § 11 zákona upravující pravidla vertikální spolupráce, v němž je dle jeho názoru výslovně konstatováno, že se v daném případě nejedná o zadání veřejné zakázky, přičemž dle zadavatele vertikální spolupráci nepovažuje za veřejnou zakázku ani důvodová zpráva k zákonu. Jelikož se dle zadavatele v probíhajícím správním řízení zjistilo, že připravovaná smlouva splňuje podmínky vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona, nejedná se tedy v šetřeném případě o zadání veřejné zakázky, natož v rozporu se zákonem, a proto jsou námitky navrhovatele zcela nepřijatelné. V této souvislosti zadavatel opakovaně upozorňuje na absenci zákonné pravomoci Úřadu dle § 248 odst. 1 písm. b) zákona vykonávat dozor nad jeho postupem, přičemž smlouvy oprávněně připravované v režimu § 11 zákona jsou dle jeho názoru zcela vyloučeny z věcné působnosti zákona. Zadavatel poukazuje na šetření podnětu vedené Úřadem pod sp. zn. P1821/2016/VZ, dle kterého Úřad podle zadavatele považoval jeho postup při uzavření příkazní smlouvy za naplňující podmínky vertikální spolupráce, když nezačal v dané věci správní řízení.
59. Zadavatel je přesvědčen, že navrhovatel ve svém návrhu řádně neprokázal vznik či hrozbu újmy na jeho právech, přičemž tvrzení navrhovatele považuje zadavatel za naprosto neurčité, vágní a nemající oporu ve skutkovém stavu věci. Jestliže zákon výslovně předpokládá zajištění veřejné služby prostřednictvím vertikální spolupráce, kterou ani nepovažuje za zadání veřejné zakázky v režimu zákona, pak zadavatel dle svého názoru může zcela dle svého uvážení svěřit plnění druhé smluvní straně, aniž by tím mohla být komukoli způsobena újma či její hrozba spočívající v nemožnosti se ucházet o poskytování takového plnění.
60. S tvrzením navrhovatele, že zadavatel ve svém předchozím vyjádření uváděl nové skutečnosti oproti svému rozhodnutí o námitkách, a proto by k nim Úřad neměl přihlížet, zadavatel zásadně nesouhlasí, neboť dle jeho názoru z žádného zákonného ustanovení takový postup nevyplývá. Zadavatel rovněž odmítá vystavení jakéhokoliv bílko pověření společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. v souvislosti s připravovanou smlouvou, naopak poukazuje na body 3.1. a 3.2. připravované smlouvy, dle kterých sama společnost TRADE CENTRE PRAHA a.s. měla provádět služby zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení, tedy nikoliv třetí osoba, jak uvádí navrhovatel.
61. Zadavatel konstatuje, že se navrhovateli svým brojením proti jeho veškerým úkonům daří uzavření smlouvy s dodavatelem blokovat, a to již téměř 5 měsíců. Zadavatel uvádí, že v takovém případě nemá na výběr žádnou zákonnou možnost, jak poskytování služby veřejného osvětlení na území Prahy zajistit, přičemž buď vystaví občany města Prahy reálně

hrozícímu riziku vzniku škody na jejich zdraví či majetku, nebo se zadavatel sám vystaví riziku uložení zákazu plnění takové smlouvy s dodavatelem a možné sankci za správní delikt v případě, že smlouvu s dodavatelem v rozporu se zákonem v blokační době uzavře. O takovém úmyslu navrhovatele svědčí dle zadavatele i jeho návrh na vydání předběžného opatření, kterým se navrhovatel snaží blokovat nejen uzavření dané smlouvy, ale už i proces její přípravy, ačkoliv k tomu neexistuje žádný relevantní důvod. Zadavatel dodává, že Úřad jím vydané rozhodnutí o nařízení předběžného opatření neodůvodňuje nesplněním podmínky vertikální spolupráce, ale že získal pochybnost o zákonnosti rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 27. 2. 2017, které je ovšem dle názoru zadavatele s ohledem na shora uvedené důvody naprosto nepodstatné. V souvislosti s tím by měl Úřad dle názoru zadavatele přihlídnout k účelu a smyslu jednotlivých ustanovení zákona, neboť námitky dodavatele mají zastavit případný nezákonný proces při zadání veřejné zakázky a nikoliv bránit zákonnému postupu zadavatele. Zadavatel je tedy názoru, že uložení předběžného opatření v podobě zákazu uzavření smlouvy připravované mimo režim zákona se naprosto příčí smyslu a účelu zákona, když jediným důvodem pro jeho uložení má být pochybnost Úřadu o zákonnosti rozhodnutí o námitkách dle § 245 zákona, který se však uplatní pouze v případě zadání veřejné zakázky v režimu zákona.

62. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že návrh navrhovatele je zcela bezdůvodný, a proto jej navrhuje zamítnout.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

63. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržených dokumentů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel při vyřízení námitek navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 27. 2. 2017 podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, jelikož postup zadavatele při vyřízení předmětných námitek navrhovatele ve vztahu k namítaným skutečnostem obsahuje v souvislosti s určením rozhodné právní úpravy, podle níž bylo o těchto námitkách rozhodnuto, vnitřní rozpor spočívající v tom, že zadavatel na námitky navrhovatele podané dle zákona aplikoval jinou normu – ZVZ, přitom námitky dle ZVZ, odmítl, ač pro to nebyly splněny důvody dle § 110 odst. 7 ZVZ, současně však zadavatel rozhodnutí o odmítnutí námitek odůvodnil tím, že námitky vůbec není možné podat, přitom v rozhodnutí o námitkách poučil stěžovatele o možnosti podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, když jim nevyhověl, ač o nich dle § 111 odst. 1 ZVZ nerozhodoval, a dále přitom v předmětném rozhodnutí o námitkách argumentoval i úpravou relevantní v této věci, tedy zákonem, předmětné rozhodnutí o odmítnutí námitek přitom odeslal ve lhůtě dle zákona, tj. 15. den od obdržení námitek, čímž je uvedené rozhodnutí zadavatele nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, a rovněž se v předmětném rozhodnutí o námitkách zadavatel dostatečně konkrétně a podrobně nevyjádřil k námitkám týkajícím se nesplnění podmínek pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona a jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona, čímž je uvedené rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

64. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah, nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12, § 155, 156, 189 a 190 zákona.
65. Podle § 2 odst. 2 zákona veřejnou zakázkou je veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2 zákona, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona, koncese na služby podle § 174 odst. 3 zákona nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 zákona.
66. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
67. Podle § 11 odst. 1 zákona se za zadání veřejné zakázky nepovažuje uzavření smlouvy, kterou uzavírá veřejný zadavatel s jinou právnickou osobou jako dodavatelem, pokud
 - a) sám nebo společně s jinými veřejnými zadavateli ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky,
 - b) v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel nebo ovládající veřejní zadavatelé a
 - c) více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právnickými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.
68. Podle § 16 odst. 5 zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanoví k okamžiku zahájení zadávacího řízení, nebo k okamžiku zadání veřejné zakázky, pokud nebyla zadána v zadávacím řízení.
69. Podle § 16 odst. 6 zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanoví na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje nebo informace, vychází z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem.
70. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen "stěžovatel").
71. Podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona námitky podle § 241 odst. 1 zákona se podávají písemně a lze je podat proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
72. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně

vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

73. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
74. Podle § 248 odst. 1 zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, při kterém
- a) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu postupoval v souladu s tímto zákonem,
 - b) rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem,
 - c) ukládá nápravná opatření,
 - d) rozhoduje o návrhu podle § 267 zákona,
 - e) kontroluje podle kontrolního řádu soulad úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek s tímto zákonem.
75. Podle § 250 odst. 1 zákona lze návrh podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele, a to zejména proti
- a) zadávacím podmínkám,
 - b) dobrovolnému oznámení,
 - c) vyloučení účastníka zadávacího řízení,
 - d) rozhodnutí o výběru dodavatele,
 - e) volbě druhu zadávacího řízení, nebo
 - f) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.
76. Podle § 251 odst. 1 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
77. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách;

v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námítky s totožným obsahem. Tyto nové námítky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.

K právnímu postavení zadavatele

78. Úřad předně posoudil, zda zadavatel naplňuje definici zadavatele podle zákona.
79. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
80. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
81. Jak je zřejmé z čl. 1 bodu 1. ústavního zákona č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávných celků a o změně ústavního zákona České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel hlavní město Praha je vyšším územním samosprávným celkem.
82. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavateli hlavní město Praha svědčí postavení veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, neboť je územním samosprávným celkem.

K otázce pravomoci Úřadu

83. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20. 3. 2017 namítal, že v šetřeném případě není dána pravomoc Úřadu pro přezkoumání podaného návrhu, zabýval se Úřad nejprve touto otázkou.
84. Zadavatel z textace ustanovení § 2 odst. 1, resp. § 11 odst. 1 zákona, tj. že za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy upravující vertikální spolupráci dle § 11 zákona, dovozuje, že pro uzavření vertikální spolupráce není třeba aplikovat zadávací řízení, resp. že případný postup zadavatele směřující k uzavření smlouvy prostřednictvím vertikální spolupráce nelze považovat za postup směřující k zadání veřejné zakázky. Dle výkladu zadavatele tak Úřad v šetřeném případě není příslušný přezkoumávat postup zadavatele směřující k případnému uzavření smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. na základě uplatnění postupu dle § 11 zákona a ani navrhovatel nebyl v tomto případě oprávněn k podání návrhu.
85. Úřad uvádí, že pravomoc Úřadu vychází z ustanovení § 248 zákona, dle kterého mimo jiné vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, přičemž jak vyplývá z ustanovení § 248 odst. 1 písm. b) zákona, Úřad rozhoduje taktéž o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem. Citovaná pravomoc byla Úřadu svěřena tímto zákonem nově, přičemž primárním účelem této kompetence Úřadu je možnost účinně reagovat (tzn. před samotným uzavřením smlouvy na předmět plnění) na situace, kdy se zadavatel, aniž by splnil zákonné podmínky, rozhodne realizovat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení.

86. Jako nezbytný prvek pro aktivaci takového přezkumu je v zákoně zakotvena taktéž nově možnost podání námitek proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem [viz ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona], a taktéž možnost podání návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení [viz ustanovení § 250 odst. 1 písm. f) zákona]. Koncepce této formy obrany ze strany dodavatelů si tak klade za cíl, aby mohly být podávány námitky (návrh) proti postupu směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, pokud se stěžovatel domnívá, že se jedná o postup, který je v rozporu se zákonem. Takovýmto namítaným postupem může být např. nesplnění podmínek pro využití některé výjimky z postupu dle zákona, neboť pokud by zadavatel příslušné podmínky výjimky nesplnil, byl by jeho postup nepochybně zadáním veřejné zakázky či koncese mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem.
87. Dle ustanovení § 241 odst. 1 zákona přitom platí, že námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky (včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu a zvláštních postupů podle části šesté zákona) hrozí nebo vznikla újma. Úřad v předmětném případě dovozuje, že základní podmínkou, aby mohlo být podání navrhovatele považováno za faktické námitky ve smyslu zákona, je, že se musí týkat osoby, která splňuje definici zadavatele, a současně se musí týkat postupu zadavatele souvisejícím s podlimitní nebo nadlimitní veřejnou zakázkou, případně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona, přičemž navrhovateli namítaným postupem zadavatele musí hrozit nebo vzniknout újma.
88. Za účelem ověření, zda Úřadu v konkrétním případě přináleží pravomoc k přezkumu namítaných skutečností ze strany navrhovatele, resp. zda byly splněny zákonem stanovené podmínky pro takovýto přezkum, zabýval se Úřad předně skutkovým stavem souvisejícím s podáním námitek navrhovatele, jelikož z hlediska vymezení pravomoci Úřadu, jak bylo uvedeno výše, je v daném případě relevantní skutečnost, zda došlo k faktickému podání námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona.
89. V přezkoumávaném případě podal navrhovatel dne 13. 2. 2017 zadavateli námitky, které jsou označeny jako „*námitky proti postupu zadavatele – Hlavního města Prahy směřujícímu k zadání veřejné zakázky na zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy mimo zadávací řízení v rozporu se zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek*“. V uvedených námitkách navrhovatel zejména namítal, že v případě společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. nejsou splněny podmínky pro využití výjimky dle § 11 zákona a žádal, aby zadavatel neuzavíral se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. či jinou osobou majetkově propojenou se zadavatelem smlouvu. Tyto námitky tak lze bezpochyby vnímat, jako námitky ve smyslu ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona, jelikož navrhovatel v nich napadá postup zadavatele, který na základě údajného využití výjimky ze zákona směřuje k nezákonnému zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, jelikož dle jeho přesvědčení zákonné podmínky pro vertikální spolupráci dle § 11 zákona nebyly v daném případě splněny.
90. V souvislosti s výše uvedeným Úřad současně ověřil, zda podané námitky navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 splňují požadavky kladené na ně ustanovením § 241 odst. 1 zákona.

91. V šetřeném případě není sporu o tom, že předmětné námitky směřují proti postupu zadavatele, jelikož jak Úřad dovodil výše (viz bod 78. – 82. odůvodnění rozhodnutí), Hlavní město Praha je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona.
92. Dále se zabýval Úřad tím, zda je možné charakterizovat plnění, které je předmětem uzavřené příkazní smlouvy, jako podlimitní či nadlimitní veřejnou zakázku, případně koncesi.
93. Z přílohy č. 1 návrhu smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, která byla přílohou vyjádření zadavatele ze dne 26. 4. 2017, vyplývá, že předmětem této smlouvy má být správa zařízení veřejného osvětlení, údržba (oprava) veřejného osvětlení, provoz zařízení veřejného osvětlení a související administrativní a informační činnosti.
94. Úřad uvádí, že při určení, zda dané plnění lze považovat za veřejnou zakázku, je nutno primárně vycházet z vymezení veřejné zakázky obsaženého v § 2 odst. 2 zákona, dle kterého je veřejnou zakázkou veřejná zakázka na dodávky, služby a stavební práce, a dále koncese na služby nebo stavební práce.
95. Z hlediska charakteru činností, které měly být vykonávány v rámci veřejné zakázky, lze jednoznačně dojít k závěru, že se jedná o služby. Je však zřejmé, že pro určení povahy těchto služeb, resp. pro určení, zda se jedná v daném případě o veřejnou zakázku na služby, je nutné zohlednit širší hledisko formálního pojetí přezkoumávaného předmětu plnění. Určením konkrétních znaků, při jejichž naplnění lze označit předmět plnění jako veřejnou zakázku, se za účinnosti předchozí právní úpravy zabýval Krajský soud v Brně, který v rozsudku č. j. 62 Af 35/2012-48 ze dne 18. 4. 2013 uvedl následující znaky veřejné zakázky: „a) vzniká smluvní vztah mezi zadavatelem (který je vymezen v ust. § 2 ZVZ) a dodavatelem (event. dodavatelem), b) předmětem veřejné zakázky jsou dodávky, služby nebo stavební práce (plnění veřejné zakázky), c) zadavatel požaduje získání plnění veřejné zakázky, d) dodavatel (event. dodavatelé) poskytuje plnění veřejné zakázky, e) dodavatel za poskytnutí plnění veřejné zakázky požaduje úplatu (úplata je znakem tohoto „obchodu“) a f) zadavatel za poskytnutí plnění veřejné zakázky poskytuje dodavatelům (event. dodavatelům) úplatu“, přičemž dovozené znaky veřejné zakázky lze dle názoru Úřadu aplikovat nadále i za účinnosti nynějšího zákona, resp. i na šetřený případ posuzovaný podle zákona. Z uvedeného Úřad dovoduje, že z hlediska stanovení, zda lze určité plnění obecně označit za veřejnou zakázku ve smyslu zákona, je relevantní charakter plnění a existence závazku výše popsaného „protiplnění“ v rámci vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, nikoliv pouze skutečnost, zda k uzavření smlouvy došlo či má dojít na základě zadávacího řízení nebo za využití některé z výjimek. Jinými slovy řečeno, pokud formální postup zadavatele, který fakticky zadává veřejnou zakázku, neodpovídá zákonem vymezenému postupu při zadávání veřejné zakázky, neznamená tato skutečnost, že předmět plnění tímto postupem zadavatele objektivně tuto charakteristiku ztrácí.
96. V daném případě je zadavatel v situaci, kdy má záměr uzavřít smlouvu o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, tj. na činnosti, jež zadavatel s ohledem na povinnost správy veřejného osvětlení musí zajistit skrze své vlastní kapacity či případně s využitím dodavatelů. Je přitom zřejmé, že pokud by se zadavatel v dané situaci rozhodl pro přímé uzavření (úplatné) smlouvy s kterýmkoliv z dodavatelů bez ohledu na existenci zákona, bylo by dovozeno, že takovýto postup nebyl v souladu se

zákonem, jelikož takovýto případný vztah by naplňoval všechny znaky veřejné zakázky, tak jak byly definovány ve výše citovaném rozsudku. Uvedenou hypotézu potvrzuje i skutečnost, že zadavatel usiluje o uzavření předmětné smlouvy v režimu vertikální spolupráce dle § 11 zákona, tedy v rámci postupu mimo zadávací řízení, což tedy znamená, že pokud by uvedenou smlouvu případně neuzavřel s odkazem na využití tohoto postupu, byla by zřejmá jeho povinnost zadat předmět plnění v souladu se zákonem, a to buď na základě zadávacího řízení, nebo s využitím jiné výjimky z postupu v zadávacím řízení. S ohledem na provedený popis stavu věci nelze jinak než dojít k závěru, že v daném případě námitky navrhovatele směřovaly proti postupu zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky na služby, resp. je namítáno, že postup zadavatele směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem. V opačném případě by nastala situace, že by byla vyloučena efektivní ochrana dodavatele, když by zadavatel toliko tvrdil postup dle § 11 zákona. Efektivnímu přezkumu a ochraně dodavatele před nezákonným postupem zadavatele ani nedostojí závěr, že námitkami nelze brojit, jestliže zadavatel při postupu odkazuje na § 11 zákona, neboť pokud by nebylo lze podat námitky poukazující na to, že zadavatel směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, a s tím je spojena blokáce dle § 246 zákona tak, aby nebyla uzavřením smlouvy zmařena reálná ochrana dodavatele, pak by docházelo dle názoru Úřadu k nepřipustným situacím, že dodavatel relevantně namítá důvod uvedený v § 241 odst. 2 písm. c) zákona, připravuje podání návrhu či dokonce podal návrh dle § 250 odst. 1 písm. f) zákona, avšak zadavatel uzavírá smlouvu a tím zcela vyloučil přezkum toho, zda jsou splněny podmínky uvedené v § 11 zákona. Přitom nemůže být dle názoru Úřadu relevantním argumentem to, že „blokáce“ takových námitek brání zadavateli v zcela jasném zákonném postupu. Tu nelze spatřovat rozdíl oproti jiným veřejným zakázkám. Platí, že pokud je naplnění podmínek pro postup zadavatele, jak tvrdí, zcela jasný, pak rychle dokáže postupem dle zákona (§ 245 zákona) zareagovat a námitky vyřídit, přičemž v nich jasně, podrobně a srozumitelně odůvodní dodavateli, že na plnění financované z veřejných rozpočtů uzavře smlouvu zákonně dle § 11 zákona. Nelze vidět ani žádný rozdíl v přezkumné činnosti Úřadu, který je pak povinen se případně podaným a na námitky navazujícím návrhem věcně zabývat, přičemž v případě zákonného postupu zadavatele návrhu logicky nevyhoví. Přitom k žádným „průtahům“ nemůže docházet, pokud jako průtah zadavatel neoznačuje to, že zákon stanovuje právo na přístup k ochraně u zadavatele (námitky), resp. u Úřadu (návrh), s čím však musí zadavatel počítat. Není tak činěno žádného rozdílu ve vztahu k efektivní ochraně před namítaným nezákonným postupem zadavatele u např. otevřeného řízení a posuzovanou situací. Nelze přitom přehlížet ani to, jak je nadefinován vztah vertikální spolupráce v evropských směrnicích (obsahově jde o veřejnou zakázku) a toto Úřad posoudil s ohledem na faktický stav již výše, přičemž vždy je zřejmé dle názoru Úřadu, že jestliže zadavatel poptává určité plnění a toto odpovídá svými znaky veřejné zakázce, jak je výše uvedeno, nelze dodavateli ochranu pro jasné meritorní posouzení správnosti postupu zadavatele ve formě práva podat námitky a na ně navazující blokáce dle § 246 zákona nepřiznat. Je třeba odmítnout absurdní výklad, že námitky zadavatel nemusí reflektovat a postup dle § 246 zákona se neuplatní, přičemž v případě podání návrhu by se v čase, o němž by v zásadě zcela rozhodoval zadavatel (viz argumentace shora, kdy by zadavatel libovolně smlouvu uzavřel), v rámci přezkumu předběžně posuzovalo [Úřad připomíná, aniž by jakkoli bylo bráněno zadavateli ve zmaření přezkumu v intencích návrhu dle § 250 odst. 1

písm. f) zákona], zda byly naplněny podmínky § 11 zákona. Pokud by bylo zjištěno, že nikoli, tak by se absurdně zpětně náhle aktivovala povinnost zadavatele námítky vyřídit (§ 245 zákona), dále též na to navazující blokace v § 246 zákona, ale přitom by v tomto výkladu a aplikaci zákona bylo zadavateli umožněno smlouvu předtím uzavřít. Jak vidno, takovému výkladu Úřad nemůže přiznat relevanci a považuje jej za nesprávný a tím nezákonný, byť nepřehlíží (a shora se s tím – naplněním znaků veřejné zakázky – vypořádal) znění § 11 zákona, jež nejde zcela v intencích evropského práva.

97. V této souvislosti Úřad upozorňuje, že je nezbytné rozlišovat mezi pojmy „zadání“ a „zadávání“ tak, jak jsou užívány v rámci zákona. Zatímco „zadání“ je definováno v § 2 odst. 1 zákona tak, že se jím rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce, zákon neobsahuje samostatnou definici pojmu „zadávání“, resp. „zadávání veřejné zakázky“. V kontextu zákona je pojmu „zadávání“ užíváno, jak při postupu v zadávacím řízení, tak i při postupu zadavatele mimo zadávací řízení. Např. ustanovení § 2 odst. 1 zákona užívá „zadávání veřejné zakázky“ ve vztahu k smlouvám upravujícím spolupráci zadavatele dle § 7 až 12, § 155, 156, 189 a 190 zákona, § 29 písm. c) zákona používá pojmu „zadávání“ pro postup mimo zadávací řízení v kontextu uvedené výjimky, či § 31 tohoto pojmu používá v rámci veřejné zakázky malého rozsahu. Uvedený výklad potvrzuje i důvodová zpráva k zákonu, která poznamenává, že *„oproti předchozí právní úpravě není definován pojem zadávání. Tento pojem je v textu zákona používán v jeho obecném významu a zahrnuje tak nejen zadávání veřejných zakázek v zadávacím řízení, ale i zadávání veřejných zakázek mimo něj, a to například pokud jde o výjimky nebo o zadávání zakázek osobou, která není zadavatelem apod.“*
98. V návaznosti na výše dovozený závěr stran charakteru předmětu plnění jako veřejné zakázky se Úřad dále zabýval skutečností, zda je splněna taktéž další podmínka vyplývající z ustanovení § 241 odst. 1 zákona, a to že se jednalo o veřejnou zakázku podlimitní či nadlimitní. Z vyjádření zadavatele ze dne 26. 4. 2017 vyplývá, že předmětem veřejné zakázky, na kterou má zadavatel záměr uzavřít se společností TRADE CENTRE PRAHA a.s. smlouvu, jsou obdobné činnosti vykonávané za obdobnou cenu, jaké do 31. 12. 2016 zajišťoval navrhovatel, tj. činnosti realizované v rámci veřejné zakázky „Správa, provoz a údržba veřejného osvětlení na území Hlavního města Prahy od 1. 1. 2016“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na kterou uzavřel zadavatel s navrhovatelem dne 22. 12. 2015 dodatek č. 12 ke smlouvě ze dne 20. 11. 1998 (dále jen „veřejná zakázka z roku 2015“). Vzhledem ke skutečnosti, že v citovaném vyjádření zadavatel specifikoval, že předpokládanou cenu předmětného plnění odhaduje na 140 mil. Kč (v oznámení o zadání veřejné zakázky z roku 2015 je uvedena předpokládaná hodnota ve výši 164 mil. Kč), jedná se tak nepochybně o nadlimitní veřejnou zakázku. Úřad tak považuje i tuto zákonnou podmínku pro podání námitek v daném případě za splněnou.
99. Úřad dále uvádí, že z hlediska možnosti podat námítky dle zákona (jsou-li naplněny další podmínky) obecně postačí, pokud se stěžovatel domnívá (tvrdí a prokazuje), že zadavatel postupoval při zadávání podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky (včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu a zvláštních postupů podle části šesté zákona) v rozporu se zákonem a tímto postupem stěžovateli hrozí nebo vznikla újma. O to více to platí v situaci, kdy dodavatel je konfrontován s omezeným počtem informací (oproti postupu zadavatele

v zadávacím řízení, jako např. v otevřeném řízení, kdy dodavatel má po zahájení řízení k dispozici řadu informací, co zadavatel požaduje a jak hodlá postupovat), jestliže zadavatel postupuje mimo zadávací řízení. V souvislosti s uvedením újmy v případě námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona Úřad uvádí, že pokud by postupem zadavatele nehrozila navrhovateli újma, nemohl by proti takovému postupu brojit námitkami podle uvedeného ustanovení zákona. V šetřeném případě navrhovatel namítal zejména postup zadavatele v souvislosti s využitím výjimky podle § 11 zákona a újmu spatřoval v nemožnosti ucházet se o předmětnou veřejnou zakázku a případně příslušné plnění pro zadavatele realizovat. Je tedy zřejmé, že v případě, kdy by se prokázalo, že zadavatel nenaplnil zákonné podmínky umožňující využití vertikální spolupráce, musel by poptávat plnění postupem podle zákona v některém z druhů zadávacího řízení, kterého by se mohl účastnit i navrhovatel, který podal námitky a kterému tak v době, kdy brojil proti postupu zadavatele, hrozila újma spočívající v nemožnosti účastnit se případného zadávacího řízení. Pro úplnost Úřad uvádí, že případná skutečnost, kdy by se následně prokázalo, že námitkami napadnutý postup zadavatele byl v souladu se zákonem, nemá na podané námitky již žádný vliv. Úřad tedy konstatuje, že v případě podání námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona směřujících proti uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona, není z hlediska oprávněnosti podat námitky a jejich právních účinků relevantní, zda se následně prokáže, že zadavatel předmětnou výjimku využil v souladu se zákonem či nikoliv (tj. zda se následně bude jednat o zadání veřejné zakázky či nikoliv s odkazem na § 2 odst. 1, resp. § 11 odst. 1 zákona).

100. V návaznosti na výše uvedené Úřad dospěl k závěru, že námitky navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 dostály požadavkům vyplývajícím z ustanovení § 241 a násl. zákona a současně je lze jak z formálního, tak obsahového hlediska považovat za námitky dle ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona.
101. Úřad se neztotožnil s názorem zadavatele, že předmětné námitky by měly být považovány za námitky ve smyslu ZVZ, neboť se dle názoru zadavatele týkají veřejné zakázky z roku 2013. Z obsahu i označení námitek navrhovatele je totiž zřejmé, že směřují proti postupu zadavatele usilujícího o uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mimo zadávací řízení (za využití postupu dle § 11 zákona) po 1. 10. 2016, nikoliv proti uzavření smlouvy v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku z roku 2013. Nutno poznamenat, že zadávací řízení na veřejnou zakázku z roku 2013 bylo zrušeno rozhodnutím zadavatele ze dne 16. 11. 2016 a že zadavatel v tomto zadávacím řízení ani nemohl využít postupu dle § 11 zákona. Úřad tak nemá pochyb, že námitky navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 jsou námitkami ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona.
102. Úřad se rovněž neztotožnil s argumentací 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 námitky ve smyslu ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona, jelikož se jedná o námitky 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 stačilo, 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.

103. Úřad dále ve vztahu k dovození přezkumné pravomoci v daném případě uvádí, že podání námitek splňujících zákonné podmínky (k čemuž v přezkoumávaném případě, jak Úřad dovodil výše, došlo) má za následek aktivaci ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) zákona, dle kterého zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli. Stejně tak tomu je i v případě podání námitek podle ustanovení § 241 odst. 2 písm. c) zákona, jelikož pouze aktivací takovéto „blokační“ lhůty může být zajištěn účinný přezkum postupu zadavatele mimo zadávací řízení před samotným uzavřením smlouvy. V případě, že zadavatel neuzavře smlouvu v blokační lhůtě a rozhodne o námitkách, je dodavatelům dle § 250 odst. 1 písm. f) zákona umožněno podat návrh proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, přičemž jak již uvedl Úřad výše, dle ustanovení § 248 odst. 1 písm. b) zákona je Úřad nadán pravomocí rozhodovat o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem (při nenaplnění této hypotézy lze uplatnit nápravné opatření dle ustanovení § 263 odst. 7 zákona). Z uvedeného tak Úřadu jednoznačně vyplývá jeho pravomoc k doзору nad postupem zadavatele v šetřeném případě, kdy je navrhovatelem zpochybňována jak zákonnost postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, tak zákonnost rozhodnutí o námitkách navrhovatele.
104. Vzhledem k výše uvedenému tak Úřad k otázce pravomoci k přezkoumání postupu zadavatele směřujícího k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mimo zadávací řízení dle § 11 zákona dovodil závěr, že je mu dána pravomoc k přezkoumání, zda v šetřeném případě je namítaný postup zadavatele v souladu se zákonem, resp. zda zadavatel rozhodl o námitkách navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 v souladu se zákonem.

K otázce újmy jako náležitosti návrhu

105. Na základě argumentace zadavatele uvedené v jeho vyjádření ze dne 3. 4. 2017 se Úřad zabýval údajnou vadou návrhu navrhovatele spočívající v neoznačení a neprokázání vzniku či hrozby újmy na jeho právech ve smyslu § 250 odst. 1 zákona.
106. Úřad uvádí, že § 250 odst. 1 zákona podává příkladný výčet úkonů, proti nimž lze podat návrh, domnívá-li se navrhovatel, že tyto úkony (či opomenutí) zadavatele nejsou v souladu se zákonem a v jejich důsledku vznikla nebo hrozí navrhovateli újma na právech. Ustanovení § 251 odst. 1 zákona stanovuje jako náležitost návrhu mimo jiné označení, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech [při nesplnění této náležitosti Úřad správní řízení dle § 257 písm. b) zákona zastaví]. Ustanovení § 253 zákona dále uvádí náležitosti návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, přičemž se jedná o uvedení plnění,

které zadavatel hodlá mimo zadávací řízení pořídit, a postupu, kterým zadavatel hodlá předmětné plnění pořídit.

107. Ke vztahu namítaného porušení zákona a možné újmy navrhovatel ve svém návrhu uvedl mimo jiné, že *„újmá, která navrhovateli v souvislosti s výše uvedeným nezákonným jednáním zadavatele vznikla, resp. hrozí na jeho právech, spočívá v tom, že navrhovateli (a případným dalším potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku) je znemožněno se účastnit řádného zadávacího řízení podle ZZVZ, k němuž je zadavatel při zadání takové zakázky povinen v důsledku nenaplnění pro možnost postupovat mimo ZZVZ, podat do takového zadávacího řízení nabídku a stát se případně vybraným uchazečem, s nímž by byla uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky“*.
108. V podaném návrhu musí být dle § 251 odst. 1 zákona mimo jiné uvedeno, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Z návrhu navrhovatele tedy musí být patrné konkrétní porušení zákona zadavatelem, tak aby bylo možno posoudit, zda zadavatel konkrétní ustanovení zákona dodržel či nikoliv.
109. Úřad poznamenává, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou v okamžiku podání návrhu není možné přesně stanovit, avšak musí být nesporné, že došlo k újmě na právech eventuálního dodavatele.
110. Co se týče uvedení újmy jakožto náležitosti návrhu, tak Úřad odkazuje na aktuální rozhodovací praxi týkající se zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kterou lze přiměřeně vztáhnout i na vymezení újmy dle zákona č. 134/2016 Sb., jež se co do obsahového vymezení nezměnila a je zřejmá i kontinuita na úpravu předcházející, a to např. na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R289,291/2015/VZ-23692/2016/321/BRy ze dne 2. 6. 2016, ve kterém je k náležitostem návrhu konstatováno, že *„ust. § 114 odst. 3 zákona stanovuje nikoliv povinnost tvrdit či prokázat reálnou nebo hrozící újmu, ale toliko povinnost tvrdit porušení zákona, v důsledku něhož účastníkovi vznikla nebo hrozí újma“*. V rozhodnutí ÚOHS-R292/2015/VZ-03515/2016/321/Edy ze dne 1. 2. 2016 potom předseda Úřadu konstatoval, že *„předmětem správního řízení není zjišťování, zda navrhovateli skutečně vznikla újma nebo zkoumání účelovosti postupu navrhovatele, ale přezkoumání úkonů zadavatele, v nichž navrhovatel spatřuje porušení zákona, v jehož důsledku mu hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, tj. i např. újma na právu podat nabídku v zadávacím řízení“*. Z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R309/2014/VZ-32013/2015/323/PMo ze dne 7. 10. 2015 dále vyplývá, že obligatorní náležitostí je uvedení újmy pouze u taxativně vyjmenovaných druhů námitek.
111. Úřad tedy konstatuje, že z ustanovení § 251 odst. 1 zákona nevyplývají požadavky týkající se specifikace újmy, která navrhovateli hrozí nebo vznikla v důsledku nezákonného postupu zadavatele. Úřad má za to, že postačuje, je-li z návrhu zřejmé, v čem je spatřováno porušení zákona, přičemž toto porušení zákona musí být potenciálně způsobilé způsobit navrhovateli újmu.
112. Z návrhu navrhovatele je patrné, že navrhovatel brojil proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, přičemž navrhovatel se zejména domníval, že

nejsou naplněny podmínky dle § 11 zákona. Úřad má tedy za to, že z návrhu je dostatečně patrné, v čem konkrétně navrhovatel spatřuje možné porušení zákona zadavatelem, tak aby mohl Úřad posoudit, zda zadavatel konkrétní ustanovení zákona dodržel či nikoliv.

113. Úřad konstatuje, že v daném případě je v předmětném návrhu z hlediska možnosti dovození existence potenciální újmy na straně navrhovatele dostačující, že navrhovatel brojil proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení při nesplnění podmínek dle § 11 zákona. Úřad má tedy za to, že návrh navrhovatele splnil náležitost spočívající v uvedení, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech.

K otázce přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách

114. Vzhledem k tomu, že navrhovatel v podaném návrhu namítal nepřezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 2. 2017 o námitkách navrhovatele, a vzhledem k ustanovení § 263 odst. 5 zákona zabýval se Úřad posouzením náležitostí uvedeného rozhodnutí o námitkách.
115. Úřad předně akcentuje, že námitky navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 jsou námitkami ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona, jak Úřad konstatoval výše. Rozhodnutí zadavatele o těchto námitkách je tak nutno posuzovat rovněž v kontextu zákona.
116. Úřad konstatuje, že stěžovatel (navrhovatel) podal námitky dle zákona č. 134/2016 Sb. Jimi zpochybňoval postup zadavatele po 1. 10. 2016, který dle jeho tvrzení směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb. Neobstojí tedy závěr zadavatele, že námitky směřují vůči postupu zadavatele v souvislosti s nadlimitní veřejnou zakázkou zadavatele, jejíž zadávání bylo zahájeno v roce 2013 a na kterou se aplikuje zákon č. 137/2006 Sb. Uvedené by svědčilo (a prvotní úvaha Úřadu nejprve vedla k tomuto závěru), že postup zadavatele je nezákonný a nikoli nepřezkoumatelný, když aplikoval na uvedený případ (námitky) nesprávnou právní normu.
117. Při bližším zkoumání rozhodnutí o námitkách a při zohlednění smyslu institutu námitek se však Úřad důsledně zabýval tím, že na jasně formulované námitky poukazující na to, že zadavatel svým postupem směřuje v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb. k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, reagoval rozhodnutím o námitkách, v němž – v rozporu se svými závěry obsaženým právě v tomto rozhodnutí o námitkách o absenci práva stěžovatele brojit námitkami proti napadenému postupu zadavatele – námitky „odmítá“, přičemž v odůvodnění odkazuje na zákon č. 137/2006 Sb. Přitom však mezi relevantními normami (body 7, 9, 10-14) cituje ustanovení § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., a to že „zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoli, s uvedením důvodu“. Reálně však, o čemž svědčí důvody pro „odmítnutí námitek“ obsažené v bodech 15 – 18 rozhodnutí o námitkách, pro závěr zadavatele o odmítnutí nebyly rozhodné úvahy o relevanci jednotlivých uplatněných námitek v tom smyslu, že by se všemi zabýval a stěžovateli sdělil, proč jim nevyhovuje, nýbrž jen k některým námitkám, jež si zadavatel sám vyselekoval, připojil důvody, proč dle jeho názoru nejsou oprávněné, přitom však své rozhodnutí měl založeno, což je třeba opakovat, na tom, že námitkami nemohl stěžovatel vůbec postup zadavatele napadat.

118. Zadavatel uvedl některé své úvahy k vybraným námitkám jako *obiter dictum*, tedy nad rámec, ovšem z formulace zadavatele plyne, že ty nepovažoval za stěžejní pro svůj postup při vyřizování námitek, když závěry zřejmě opřel o formální důvody. Tomu ovšem neodpovídá to, že zadavatel mezi relevantní aplikované normy uvedl § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., který – jak výše uvedeno – ukládá zadavateli povinnost námitky vyřídit a věcně se jimi zabývat, tzn. nejde toto ustanovení aplikovat obecně v situaci, kdy námitky případně nebylo lze podat či se námitky musely odmítnout dle § 110 odst. 7 zákona.
119. Úřad přitom nepřehlédl, že zadavatel v bodu 15 uvádí i části textu § 110 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., ovšem paradoxně nezmiňuje a zřejmě tedy ani neaplikuje rozhodnou normu pro odmítnutí námitek dle zákona č. 137/2006 Sb. obsaženou ve větě páté § 110 odst. 7 tohoto zákona, která právě stanovuje případy, za nichž lze námitky odmítnout.
120. Přitom jestliže rozhodnutím o námitkách bylo zadavatelem stěžovateli fakticky sděleno, že s námitkami naložil dle zákona č. 137/2006 Sb. (to nezákonně, jak shora uvedeno), ovšem přitom je odmítl, pak je třeba uvést, že k odmítnutí námitek podaných dle zákona č. 134/2016 Sb., je z rozhodnutí zadavatele zcela nesrozumitelné, zda se při svém nesprávném náhledu na námitky opíral o důvod v § 110 odst. 7 věty páté zákona č. 137/2006 Sb., který ani necituje (přitom však jiné odmítnutí dle normy č. 137/2006 Sb. nebylo možné). Dle uvedeného ustanovení je možné námitky odmítnout tehdy, pokud neobsahují předepsané náležitosti jako písemnost námitek, uvedení toho, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují, v čem je spatřováno porušení zákona, resp. (v určitých případech) jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá.
121. Zadavatel však v odůvodnění námitky dle zákona č. 137/2006 Sb. odmítá, přitom však nikde netvrdí, že by stěžovatelovy námitky (když již aplikoval zákon č. 137/2006 Sb.) předepsané náležitosti jako písemnost námitek, uvedení toho, kdo je podává či proti kterému úkonu zadavatele směřují, případně v čem je spatřováno porušení zákona apod. absentovaly.
122. Ve výroku rozhodnutí o námitkách při odmítnutí přitom zadavatel neuvedl žádnou normu. Z odůvodnění rozhodnutí plyne, že zadavatel zřejmě aplikoval normu § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., podle které lze při věcném nevyhovění námitkám tyto toliko zamítnout. Zadavatel založil odmítnutí námitek na tom, že vůbec jimi nelze proti postupu zadavatele brojit, tedy na čistě formálním důvodu. Věcně se (a to ještě jen v části) námitkami zabýval jen nad rámec, což sám akcentoval. Současně se v odůvodnění na několika místech vyjadřuje i k tomu, proč nelze mít postup stěžovatele za relevantní dle zákona č. 134/2016 Sb., podle kterého reálně stěžovatel námitky podal. Naprostou nesrozumitelnost a chaotičnost postupu pak zadavatel podtrhl poučením o opravném prostředku, kdy v odůvodnění rozhodnutí sděluje, že námitky vůbec nemohl stěžovatel proti jeho postupu uplatnit, tím současně sděluje, že ani není možné návrhem jeho postup zpochybňovat, přitom absurdně současně poučuje na závěr rozhodnutí o námitkách stěžovatele v části „Poučení o opravném prostředku“ o tom, že „je možné podat návrh na zahájení řízení“ u Úřadu, když zadavatel námitkám nevyhověl. Úřad připomíná, že jen u těch námitek (s výjimkou určitých situací, které zde pro stručnost není třeba popisovat, když se na věc neuplatní), které byly podány řádně a včas, lze uvažovat o podání návrhu u Úřadu ve stejné věci.

123. Zadavatel tímto zcela nesrozumitelně zase dává najevo, že námitky věcně přezkoumával a vyřizoval, ač se všemi v reálu nezabýval a ani to nebyl rozhodný důvod pro jejich „odmítnutí“. Úřad se však zabýval důsledně i tím, zda se k argumentaci stěžovatele zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádřil. Ani to však, jak dále rozvedeno, nebylo možné shledat.
124. Postup zadavatele, kdy na námitky oprávněně podané dle zákona č. 134/2016 Sb. reaguje zadavatel tím, že na ně aplikuje jinou normu (dřívější, a to zákon č. 137/2006 Sb.), přitom námitky odmítne, ač pro to nejsou splněny dle § 110 odst. 7 této normy důvody a zadavatel to ani netvrdí, přitom však tvrdí, že námitky vůbec není možné podat, současně poučí stěžovatele o možnosti podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele tehdy, když zadavatel námitkám věcně nevyhověl, přitom se vyjadřuje i věcně k části námitek (a to jen těm, které si vyselekoval a určil si tak autonomně, ke kterým se vyjádří a ke kterým nikoli), současně argumentuje a odkazuje i na úpravu relevantní v této věci, a to zákon č. 134/2016 Sb., pak nezbývá Úřadu než konstatovat, že postup zadavatele, který měl dostát pravidlům obsaženým v § 245 zákona č. 134/2016 Sb., je naprosto nepřezkoumatelný, a to pro nesrozumitelnost, přičemž v části uplatněných námitek zcela v rozporu s § 245 odst. 1 a § 263 odst. 5 absentují úvahy minimálně k části stěžovatelem vznesených námitek.
125. Úřad dále v obecné rovině uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), podle které požadavek transparentnosti „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
126. V souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona je tedy zadavatel povinen v rozhodnutí o námitkách uvést zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, přičemž součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Úřad v tomto smyslu odkazuje na důvodovou zprávu k zákonu, ve které je uvedeno, že „je to primárně zadavatel, který musí vědět, co a jakým způsobem poptává. Musí tedy být schopen svůj postup obhájit (pokud jej přezkoumatelným způsobem obhájit neumí, měl by se především zamyslet nad tím, zda jeho postup v zadávacím řízení, zpochybněný námitkou, je správný a zda nemá spíše přistoupit k opatření k nápravě). Pokud bude v námitkách uvedeno něco, co věcně s řešenou problematikou nesouvisí, je přezkoumatelným vypořádáním i sdělení, že daný argument s řešenou věcí nesouvisí, a to včetně uvedení důvodů, pro které na tento svůj závěr zadavatel usuzuje. Dané ustanovení je stěžejní pro reálnou možnost obrany stěžovatele. Není v souladu s odstavcem 1, pokud se zadavatel k námitkám jen obecně vyjádří ve smyslu např. že "technickou kvalifikaci nastavil přiměřeně" (bez dalšího). Smyslem ustanovení je zvýšení

efektivitu institutu námitek, tzn. zadavatel by se měl námitkami odpovědně zabývat, brát je i jako příležitost k nápravě svého postupu)“.

127. Úřad uvádí, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.
128. Podá-li stěžovatel zadavateli námitky, je zadavatel povinen se jimi zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezduvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, *de facto* nucen podávat návrh k Úřadu (přičemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kauci) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní. Za této situace by pak bylo krajně nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl) opřenou o relevantní podklady, na základě které by dosáhl zamítnutí návrhu (s následným převodem navrhovatelem složené kauce na účet státního rozpočtu).
129. Právě s cílem předejít naposledy zmíněným situacím zákonodárce v předmětných zákonných ustanoveních konstruoval takové pojetí vyřizování námitek, které zajišťuje, že stěžovatel nebude na svých právech dotčen neochotou (či snad dokonce neschopností) zadavatele svůj postup racionálně hájit.
130. Pokud zadavatel, resp. jím vyhotovené rozhodnutí o námitkách, nevyhoví požadavku na přezkoumatelnost, může Úřad v souladu s ustanovením § 263 odst. 5 zákona uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Zadavatel je v takovém případě povinen přezkoumatelným způsobem o námitkách rozhodnout znovu, neboť zákonodárce v předmětném ustanovení formuloval právní fikci, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Takto „podané“ námitky pak nemohou být považovány za opožděné.
131. Se zřetelem na vše shora uvedené tedy Úřad přikročil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 2. 2017 o námitkách navrhovatele vyhoví nárokům, které na něj klade

zákon, jinými slovy, zda se v rozhodnutí o námitkách zadavatel vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v nich tvrzených, resp. zda není rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné.

132. Z hlediska bližšího vymezení pojmu nepřezkoumatelnosti Úřad v obecné rovině odkazuje na rozhodovací praxi správních soudů. V rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 92/2012 – 45 ze dne 17. 1. 2013 je např. konstatováno, že „*nepřezkoumatelnost rozhodnutí je dána hrubými vadami správního rozhodnutí, ať již se jedná o nedostatky týkající se odůvodnění rozhodnutí (nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů) nebo o vnitřní rozpor mezi výrokem rozhodnutí a jeho odůvodněním či rozporností samostatného textu odůvodnění (nepřezkoumatelnost pro nesrozumitelnost; k tomu blíže srov. citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Ads 58/2003-75)*“. Ve zmiňovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Ads 58/2003 – 75 ze dne 4. 12. 2003 soud uvedl, že „*pojem nepřezkoumatelnosti není v soudním řádu správním ani v občanském soudním řádu, který by bylo možno použít podpůrně, blíže objasněn. Výklad tohoto pojmu je věcí právní nauky. Za nesrozumitelné lze obecně považovat takové soudní rozhodnutí, jehož výrok je vnitřně rozporný, kdy nelze zjistit, zda soud žalobu zamítl nebo o ní odmítl rozhodnout, případy, kdy nelze seznat co je výrok a co odůvodnění, dále rozhodnutí, z něhož není patrné, které osoby jsou jeho adresátem, rozhodnutí s nevhodnou formulací výroku, která má za následek, že rozhodnutí nikoho nezavazuje apod. Nedostatkem důvodů pak nelze rozumět dílčí nedostatky odůvodnění soudního rozhodnutí, ale pouze nedostatek důvodů skutkových. Skutkovými důvody, pro jejichž nedostatek je možno rozhodnutí soudu zrušit pro nepřezkoumatelnost, budou takové vady skutkových zjištění, která utvářejí rozhodovací důvody, typicky tedy tam, kde soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem anebo tam, kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy v řízení byly provedeny*“.
133. K uvedenému Úřad poznamenává, že zákon, stejně jako soudní judikatura, rozlišují dva typy nepřezkoumatelnosti – nepřezkoumatelnost pro nesrozumitelnost a nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů. Za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost lze považovat rozhodnutí obsahující podstatné vnitřní rozpory (mezi výrokem a odůvodněním nebo v rámci samotného textu odůvodnění) či takové rozhodnutí, z něž nelze zjistit, jak vlastně bylo ve věci rozhodnuto. O nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů lze hovořit v situaci, kdy v rozhodnutí nejsou řádně vypořádány všechny namítané skutečnosti, případně kdy rozhodnutí není odůvodněno vůbec nebo je odůvodněno nedostatečně (netransparentně) vzhledem k požadavkům zákona.
134. V šetřeném případě navrhovatel svými námitkami ze dne 13. 2. 2017, které byly zadavateli doručeny téhož dne, brojil proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, jednalo se tedy o námitky dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona. Navrhovatel konkrétně namítal, že v souvislosti s veřejnou zakázkou a ve vztahu k společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. nejsou naplněny podmínky pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona, a navrhovatel rovněž namítal, že nedošlo ani k naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona.
135. O uvedených námitkách navrhovatele zadavatel rozhodl dne 27. 2. 2017 a toto rozhodnutí doručil navrhovateli dne 28. 2. 2017. Na titulní straně (ve výroku) uvedeného rozhodnutí je

uvedeno, že zadavatel námitky stěžovatele odmítá. V bodu 6. (odůvodnění) rozhodnutí o námitkách zadavatel následně uvedl, že námitkám stěžovatele v plném rozsahu nevyhověl. Tato skutečnost (že o námitkách navrhovatele bylo rozhodnuto tak, že jim bylo nevyhověno) je patrná rovněž z bodu 17. a z poučení tohoto rozhodnutí. Zadavatel v předmětném rozhodnutí o námitkách dále uvedl, že měl „každopádně věcně za nesporné“, že námitky stěžovatele směřují vůči postupu zadavatele v souvislosti s veřejnou zakázkou z roku 2013, tj. veřejnou zakázkou, jejíž zadávání se řídilo ustanovením ZVZ. Zadavatel následně uvedl, že námitky navrhovatele nejsou dle ZVZ přípustné po procesní stránce. Zadavatel rovněž v rozhodnutí o námitkách uvedl, že se *obiter dictum* vyjádřil k argumentaci stěžovatele ohledně výjimky „in-house“, přičemž v tomto bodě zadavatel v obecné rovině shrnul příslušná ustanovení ZVZ, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU a rozhodovací praxe SDEU. K navrhovatelem namítanému nenaplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nikterak nevyjádřil, pouze uvedl, že ve vztahu k veřejné zakázce nečiní žádné úkony v režimu zadávacího řízení.

136. Úřad dále poznamenává, že zadavatel o námitkách navrhovatele rozhodl ve lhůtě 15 dnů, resp. v této lhůtě od doručení námitek odeslal rozhodnutí o námitkách navrhovateli. Dle § 245 odst. 1 zákona přitom lhůta pro vyřízení námitek činí právě 15 dnů, kdežto dle § 111 odst. 1 ZVZ je to jen 10 dnů.
137. Úřad posoudil rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a dospěl k závěru, že toto rozhodnutí není srozumitelné ani dostatečně podrobné ve smyslu § 245 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti, aby mohlo být považováno za přezkoumatelné. Předně není z rozhodnutí o námitkách zřejmé, jak přesně zadavatel v dané věci rozhodl, neboť rozhodnutí obsahuje vnitřní rozpory. Konkrétně na titulní straně rozhodnutí je uvedeno, že zadavatel námitky navrhovatele odmítá, kdežto např. v bodu 6. předmětného rozhodnutí je uvedeno, že zadavatel námitkám v plném rozsahu nevyhověl. Úřad poznamenává, že odmítnutí a nevyhovění námitkám jsou rozdílné způsoby vyřízení námitek, neboť odmítnuty jsou námitky, kterým není vyhověno dle § 245 odst. 2 zákona (či námitky neobsahující náležitosti dle § 110 odst. 7 ZVZ), naproti tomu nevyhovění námitek se týká výhradně postupu zadavatele dle ZVZ (viz § 111 odst. 2 ZVZ). Uvedenou nejasnost potvrzuje rovněž skutečnost, že zadavatel o námitkách navrhovatele rozhodl ve lhůtě 15 dnů, tj. ve lhůtě dle zákona, ačkoliv v rámci odůvodnění uvedl, že námitky navrhovatele považuje za námitky ve smyslu ZVZ. Vzhledem k uvedeným rozporům tak dle názoru Úřadu nelze předmětné rozhodnutí o námitkách považovat za dostatečně srozumitelné.
138. Co se týká skutečností namítaných navrhovatelem v námitkách, zadavatel se v předmětném rozhodnutí vyjádřil k podmínkám využití výjimky „in-house“, jedná se však o obecné shrnutí¹ příslušných ustanovení ZVZ, zadávací směrnice a rozhodovací praxe SDEU. Zadavatel se v tomto bodě nevyjádřil ke konkrétním namítaným skutečnostem týkajícím se naplnění příslušných podmínek v případě společnosti TRADE CENTRE PRAHA a.s. K navrhovatelem namítanému nenaplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona se zadavatel potom v rozhodnutí o námitkách nevyjádřil

¹ pravděpodobně částečně vycházející z odborného článku dostupného na <http://www.bulletin-advokacie.cz/vybrane-instituty-prava-verejnych-zakazek>

vůbec. Dle Úřadu je tak nepochybné, že zadavatel nedodržel povinnost vyjádřit se dostatečně podrobně ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách a z tohoto důvodu je předmětné rozhodnutí o námitkách nutno považovat za nepřezkoumatelné i pro nedostatek důvodů.

139. Úřad rovněž poznamenává, že z rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele nejsou zřejmé ani myšlenkové pochody, na základě kterých dospěl zadavatel k závěru, že předmětné námitky směřující proti možnému budoucímu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mimo zadávací řízení se týkají veřejné zakázky z roku 2013 zadávané v otevřeném řízení, které zadavatel svým rozhodnutím ze dne 16. 11. 2016 zrušil. Vzhledem ke skutečnosti, že rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele je na uvedené myšlence z velké části založeno a zadavatel tento svůj právní názor náležitě neodůvodnil, nelze tak předmětné rozhodnutí považovat za souladné se zákonem, zejména se zásadou transparentnosti.
140. Úřad konstatuje, zadavatel nedodržel při vyřízení námitek navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, neboť postup zadavatele při vyřízení předmětných námitek navrhovatele ve vztahu k namítaným skutečnostem obsahuje v souvislosti s určením rozhodné právní úpravy, podle níž bylo o těchto námitkách rozhodnuto, vnitřní rozpor, čímž je uvedené rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 27. 2. 2017 nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, a rovněž se zadavatel v předmětném rozhodnutí o námitkách dostatečně konkrétně a podrobně nevyjádřil k námitkám týkajícím se nesplnění podmínek pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona a jednacího řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona, čímž je uvedené rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Z uvedeného důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

K uložení nápravného opatření

141. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.
142. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nedodržel při vyřízení námitek navrhovatele ze dne 13. 2. 2017 postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona v návaznosti na zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 27. 2. 2017 podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, přičemž uvedené rozhodnutí zadavatele je tak nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost a pro nedostatek důvodů.
143. Vzhledem k tomu, že došlo k naplnění podmínky dle § 263 odst. 5 zákona, je Úřad oprávněn rozhodnout o uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách. V šetřeném případě se Úřad domnívá, že rozhodnutí zadavatele o námitkách trpí natolik vážnými vadami, které způsobují jeho nepřezkoumatelnost, přičemž nepřezkoumatelnost

uvedeného rozhodnutí namítal rovněž navrhovatel ve svém návrhu, že jako nejvhodnější nápravné opatření posoudil Úřad právě zrušení tohoto rozhodnutí zadavatele o námitkách. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad o uložení nápravného opatření tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

144. Pro úplnost Úřad uvádí, že dle § 263 odst. 5 zákona platí, že okamžikem nabytí právní moci tohoto rozhodnutí byly navrhovatelem podány nové námitky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné. Přičemž současně tímto okamžikem dojde k aktivaci ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) zákona, podle kterého nesmí zadavatel uzavřít s dodavatelem smlouvu do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli. Bude tedy na zadavateli, aby o námitkách navrhovatele znovu rozhodl, a to způsobem, který bude souladný s § 245 odst. 1 zákona.
145. Úřad uvádí, že dalšími v návrhu namítanými okolnostmi se již nezabýval, neboť skutečnost, že rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele trpí vadou nepřezkoumatelnosti, je důvodem pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 5 zákona. Zkoumání dalších důvodů svědčících dle navrhovatele o nezbytnosti uložit nápravné opatření dle § 263 odst. 7 zákona je v dané situaci nadbytečné, neboť zadavatel je v souladu s § 263 odst. 5 zákona povinen opětovně o námitkách navrhovatele rozhodnout. Vzhledem k uvedenému považoval Úřad za nadbytečné rovněž připojení dokladů ze spisů správních řízení vedených pod sp. zn. S0004/2017/VZ, S0076/2017/VZ a S0772/2016/VZ, jak navrhoval zadavatel ve svém vyjádření ze dne 3. 4. 2017.
146. Úřad dále poznamenává, že dle § 263 odst. 8 zákona platí, že ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu, přičemž rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek. Vzhledem ke skutečnosti, že v daném případě nelze zadavateli zakázat uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, neboť předmětem přezkumu je postup zadavatele mimo zadávací řízení, má Úřad za to, že účelu citovaného ustanovení bylo dosaženo uložení zadavateli předběžného opatření dle § 61 odst. 1 správního řádu.

K uložení úhrady nákladů řízení

147. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
148. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil zadavateli nápravné opatření, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

149. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2017000100.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. JUDr. Petr Toman, LL.M., advokát, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., Trojanova 12, 120 00 Praha 2
2. 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