



UOHSX00ANLDT

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0394/2017/VZ-36081/2017/541/MSc

Brno: 11. prosince 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 29. 9. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- navrhovatel – ELTODO OSVĚTLENÍ, s.r.o. (dříve 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,
- strany smlouvy:
 - 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 10. 5. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
 - TCP - Vinohrady, a.s., IČO 25672541, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 27. 11. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

ve věci návrhu na uložení zakazu plnění Rámcové smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy ze dne 31. 8. 2017,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ELTODO OSVĚTLENÍ, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 – ze dne 29. 9. 2017 na uložení zakazu plnění Rámcové smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy ze dne 31. 8. 2017 **se** podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ZADAVATELE

1. V programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy konaného dne 14. 2. 2017 byl jako 21. bod uveden materiál „*k uzavření smlouvy „Smlouva o správě, provozu a údržbě veřejné osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy“ od 1. 7. 2017“* .
2. Dne 13. 2. 2017 podal navrhovatel – ELTODO OSVĚTLENÍ, s.r.o. (dříve 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“) – zadavateli – 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 10. 5. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, advokátem, ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – 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 č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Navrhovatel v podaných námitkách argumentoval primárně tím, že ve vztahu ke společnosti – TRADE CENTRE PRAHA a.s., IČO 00409316, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2 (dále jen „TRADE CENTRE PRAHA“) – nebyly naplněny podmínky pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona a že v daném případě nebyly naplněny ani podmínky umožňující využití jednacního řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona.
3. Ze zápisu z 6. jednání Rady hlavního města Prahy ze dne 14. 2. 2017 vyplývá, že výše uvedený 21. bod programu byl stažen z projednávání.
4. V návaznosti na námitky ze dne 13. 2. 2017 podal navrhovatel Úřadu pro ochranu hospodářské (dále jen „Úřad“) návrh ze dne 26. 6. 2017. V rámci správního řízení zahájeného na základě uvedeného návrhu a vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, které směřují 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 zákonem, Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-24110/2017/541/MSc ze dne 18. 8. 2017 uložil na návrh navrhovatele ze dne 9. 8. 2017 zadavateli zákaz uzavřít smlouvu o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, jež měla být dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, 21. bodem jednání a jejímž předmětem je závazek dodavatele provádět

správu, provoz a údržbu (vč. revizí a oprav), popř. další činnosti na předmětných zařízeních (dále jen „předběžné opatření“).

5. Dne 31. 8. 2017 uzavřel zadavatel se společností TCP - Vinohrady, a.s., IČO 25672541, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 27. 11. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „TCP Vinohrady“), Rámcovou smlouvu o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy č. INO/35/04/001928/2017 (dále jen „rámcová smlouva“).
6. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-25910/2017/541/MSc ze dne 5. 9. 2017 Úřad zrušil výše uvedené předběžné opatření.

II. OBSAH NÁVRHU NA ZÁKAZ PLNĚNÍ SMLOUVY

7. Dne 29. 9. 2017 doručil navrhovatel Úřadu návrh z téhož dne na uložení zákazu plnění rámcové smlouvy. Navrhovatel uvádí, že se dne 22. 9. 2017 dozvěděl, že dne 31. 8. 2017 došlo k uzavření rámcové smlouvy mezi zadavatelem a společností TCP Vinohrady. Navrhovatel upozorňuje, že tato smlouva byla uzavřena před vydáním rozhodnutí o zrušení předběžného opatření, které s ohledem na podaný rozklad ani ke dni podání předmětného návrhu navrhovatele nenabýlo právní moci.
8. Navrhovatel vyjádřil přesvědčení, že rámcová smlouva byla uzavřena v rozporu s předběžným opatřením a ve smyslu § 254 odst. 1 písm. b) zákona se domáhá uložení zákazu plnění rámcové smlouvy. Navrhovatel považuje krok zadavatele, který přistoupil k uzavření rámcové smlouvy před tím, než došlo ke zrušení předběžného opatření, za zcela jasné a bezprecedentní porušení zákazu uzavřít smlouvu tak, jak byla vymezena v předběžném opatření. Dle navrhovatele je zcela zřejmé, že dokud nebylo pravomocně ukončeno správní řízení vedené pod sp. zn. S0252/2017/VZ nebo dokud Úřad pravomocně předběžné opatření nezrušil, nebyl zadavatel oprávněn uzavřít smlouvu, jež byla předmětem předběžného opatření. Navrhovatel pokládá za nepochybné, že předběžné opatření vylučuje možnost, aby zadavatel rámcovou smlouvu uzavřel jednak z toho důvodu, že rámcová smlouva má totožný předmět, jaký je specifikován v rozhodnutí o předběžném opatření, jednak rámcová smlouva byla uzavřena se společností majetkově propojenou se zadavatelem. Dle navrhovatele by se předběžné opatření mělo vztahovat na uzavření jakékoliv smlouvy mezi zadavatelem a třetí osobou, jejímž předmětem jsou činnosti uvedené ve výroku předmětného rozhodnutí o předběžném opatření. Předběžné opatření tedy zadavateli zakazovalo uzavření rámcové smlouvy, neboť předmět rámcové smlouvy odpovídá fragmentu smlouvy, jež měla být na programu jednání Rady hlavního města Prahy dne 14. 2. 2017. Navrhovatel dále argumentuje, že předběžné opatření bylo uloženo na základě návrhu navrhovatele ze dne 9. 8. 2017, jehož petit zněl tak, aby Úřad zadavateli mimo jiné zakázal „uzavření smlouvy se společností TCP nebo jinou osobou majetkově propojenou s HMP, jejímž předmětem by bylo zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy (nebo jakýchkoliv dílčích činností s tím souvisejících)“. Dle navrhovatele z odůvodnění rozhodnutí o předběžném opatření vyplývá, že Úřad vyhověl uvedené části návrhu navrhovatele a uložil předběžné opatření v tomto rozsahu. Podle navrhovatele je tudíž zcela zřejmé, že předběžné opatření uložené na základě

tohoto návrhu se vztahuje na jakoukoli osobu dodavatele. V opačném případě by byl řádný přezkum úkonů zadavatele narušen a řízení by ztratilo svůj smysl. Navrhovatel má za to, že předběžné opatření navazuje na „blokační lhůty“ podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona a má obdobný obsah, rozsah a účel jako tyto lhůty. Nelze si představit, že zadání předmětu veřejné zakázky sice jinému subjektu, než bylo původně „plánováno“, ale v blokační lhůtě, by mohlo být považováno za postup souladný se zákonem, neboť takové jednání vykazuje jasné znaky porušování a obcházení zákona.

9. Navrhovatel dále namítá, že je dán i důvod k uložení zákazu plnění rámcové smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož zadavatel veřejnou zakázku zadal mimo režim zákona za užití tzv. vertikální spolupráce, ačkoliv nebyly v daném případě naplněny podmínky dle § 11 zákona. Navrhovatel uvádí, že nedošlo k naplnění podmínky ovládnutí společnosti TCP Vinohrady obdobně jako vnitřní organizační jednotky zadavatele podle § 11 odst. 1 písm. a) zákona. Dle navrhovatele, aby bylo možné shledat potřebný stupeň kontroly nad společností TCP Vinohrady, je nutné, aby zadavatel ovládal společnost TRADE CENTRE PRAHA obdobně jako svou vnitřní organizační jednotku a současně TRADE CENTRE PRAHA musí ovládat TCP Vinohrady obdobně jako svou vnitřní organizační jednotku, resp. stejně jako by zadavatel ovládal své vnitřní organizační jednotky. Dle mínění navrhovatele není ani jedna z těchto podmínek splněna. Navrhovatel zdůrazňuje, že jak vyplývá z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), v případě, že je osoba ovládána akciovou společností, je pravděpodobnost, že bude dosaženo potřebného stupně kontroly, značně snížena, a je nutné dokázat, že zadavatel předmětnou společnost ovládá nad rámec běžné úpravy obchodních korporací. Míra ovládnutí musí přitom být velmi vysoká, na úrovni principu subordinace, jímž je ovládána veřejná správa a který zadavatel uplatňuje právě vůči svým odborům. Navrhovatel je přesvědčen, že kontrola, kterou vykonává zadavatel nad TRADE CENTRE PRAHA se nijak neliší, od kontroly, kterou vykonává jakýkoli jediný akcionář akciové společnosti s dualistickým systémem, přičemž to, že je představenstvo voleno dozorčí radou, také není nikterak výjimečné. Neobvyklým ustanovením stanov není ani povinnost schvalování investičních záměrů nad 20 % základního kapitálu valnou hromadou. Dle navrhovatele je dále u akciové společnosti zesílen prvek nezávislosti obchodního vedení společnosti na vůli akcionářů. Za nedostatečnou míru kontroly považuje navrhovatel rovněž vztahy mezi společnostmi TCP Vinohrady a TRADE CENTRE PRAHA. Navrhovatel argumentuje, že obchodní vedení společnosti TCP Vinohrady náleží statutárnímu řediteli a správní radě, které podle stanov dokonce přísluší rozhodovat o základním zaměření obchodního vedení společnosti, a ostatní pravomoci valné hromady nijak nevybočují z obvyklé působnosti valné hromady.
10. Navrhovatel dále uvádí, že nedošlo k naplnění podmínky vykonávání více než 80 % činnosti společnosti TCP Vinohrady při plnění úkolů, které jí byly svěřeny zadavatelem podle § 11 odst. 1 písm. c) zákona ve spojení s § 13 odst. 2 zákona. Vzhledem k tomu, že se společnost TCP Vinohrady od svého vzniku až do nedávné doby nezabývala žádnou z činností, jež jsou předmětem veřejné zakázky, je dle navrhovatele nutné vycházet z věty druhé § 13 odst. 2 zákona, avšak pouze pokud bude možné dovodit, že došlo k reorganizaci činností této společnosti. Navrhovatel je přesvědčen, že ve společnosti TCP Vinohrady žádná reorganizace činností ve smyslu § 13 odst. 2 zákona vůbec proběhnout nemohla, protože neexistovala a neexistuje žádná činnost, kterou by bylo možné reorganizovat. Navrhovatel má za to, že změny týkající se stanov společnosti TCP Vinohrady realizované v přímé časové souvislosti

s uzavřením rámcové smlouvy nejsou ničím jiným než účelovým vytvořením mechanismu, kterým budou předmětné služby dále přezadávány dalším subjektům, a tak bude docházet k účelovému dělení a přezadávání zakázek a s tím nevyhnutelně spojenému předražování poskytovaného plnění. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu i přes výslovné ujištění (v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ), že dokud nebude v dané věci pravomocně rozhodnuto, nebude činit žádné kroky. Dle navrhovatele o zjevné nehospodárnosti postupu zadavatele navíc svědčí i to, že podle bodu 5.5 rámcové smlouvy by měla být společnosti TCP Vinohrady poskytnuta jednorázová záloha k úhradě vstupních nákladů spojených se zahájením předmětu plnění ve výši 110 mil. Kč. Navrhovatel poznamenává, že dle komentářové literatury může přezadávání většiny předmětu plnění smlouvy uzavřené na základě vertikální spolupráce naplňovat znaky účelového obcházení zákona a zneužití práva.

11. Navrhovatel žádá, aby Úřad svým rozhodnutím uložil zákaz plnění rámcové smlouvy a aby zadavateli uložil pokutu za správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 29. 9. 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. S0394/2017/VZ.
13. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou:
 - navrhovatel,
 - strany smlouvy:
 - zadavatel,
 - TCP Vinohrady.
14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0394/2017/VZ-28569/2017/541/MSc ze dne 3. 10. 2017, ve kterém mimo jiné uvedl, že v souladu s § 251 odst. 5 zákona mohou účastníci řízení v zákonem stanovené lhůtě navrhopvat důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy.

Vyjádření zadavatele ze dne 9. 10. 2017

15. Dne 9. 10. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel uvádí, že nejsou splněny zákonné podmínky pro uložení zakazu plnění rámcové smlouvy. Zadavatel argumentuje, že nebyl vázán žádným předběžným opatřením spočívajícím v zakazu uzavřít rámcovou smlouvu, neboť předmětné předběžné opatření bylo účinné pouze ve vztahu ke smlouvě o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, jež měla být dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, 21. bodem jednání, a tato smlouva vykazuje oproti rámcové smlouvě výrazné odlišnosti, a to jak z hlediska osoby dodavatele, tak z hlediska koncepce a struktury smlouvy. Zadavatel uvádí, že při uzavření rámcové smlouvy se společností TCP Vinohrady postupoval zcela v souladu se zněním výrokové části rozhodnutí o předběžném opatření. Zadavatel byl dle svého názoru oprávněn rámcovou smlouvu uzavřít, protože zákaz

stanovený v rozhodnutí o předběžném opatření se (stejně jako tzv. „blokační“ lhůta dle § 246 zákona) nevztahoval na uzavření rámcové smlouvy ale pouze na uzavření smlouvy, která měla být dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, 21. bodem jednání, čímž byla tato smlouva vymezena jak z hlediska svého předmětu a struktury, tak z hlediska subjektu dodavatele, se kterým zadavatel zamýšlel na základě návrhu usnesení Rady hlavního města Prahy kontrahovat. Zadavatel má za to, že by byl oprávněn uzavřít smlouvu s TCP Vinohrady i v podobě původní smlouvy. Rámcovým charakterem smlouvy, kdy zadavatel zahájení realizace každé části předmětu plnění rámcové smlouvy umožní vydáním příslušné instrukce, je navíc posíleno zajištění splnění podmínek vertikální spolupráce dle § 11 zákona.

16. Zadavatel se ohrazuje proti nařčení navrhovatele, že by prostřednictvím rámcové smlouvy mělo docházet k účelovému přezadávání předmětu veřejné zakázky, neboť ze znění rámcové smlouvy (a souvisejícího plánu činnosti) je totiž zřejmé, že TCP Vinohrady bude předmětné služby zajišťovat primárně vlastními kapacitami. V případě, že však bude některé dílčí služby realizovat prostřednictvím subdodavatelů, pak je třeba respektovat, že společnost TCP Vinohrady naplňuje definici veřejného zadavatele dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona, a tedy by v takovém případě byla povinna postupovat v souladu se zákonem. Zadavatel rovněž odmítá účelové srovnání ceny dle rámcové smlouvy s cenami dle Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek v otevřeném řízení s názvem „Zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy“ z roku 2013, neboť je nutné zohlednit časový odstup, který je významný jak z hlediska cenového vývoje, tak z hlediska zastarávání a znehodnocování souvisejícího zařízení, ale především je nutné zohlednit fakt, že v případě rámcové smlouvy je třeba počítat s vybudováním kapacit TCP Vinohrady. Zadavatel poznamenává, že v souvislosti s prokázáním hospodárnosti svých kroků si v rámci úvah o budoucím zajištění provozu a správy veřejného osvětlení nechal od společnosti COST CONTROL s.r.o. zpracovat cenové posouzení, které je přílohou plánu činnosti.
17. Zadavatel uvádí, že dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, měla být 21. bodem jednání smlouva, která by byla uzavřena se společností TRADE CENTRE PRAHA. Předmětné předběžné opatření se tak nevztahovalo na případné uzavření smlouvy s odlišným subjektem. Zadavatel se domnívá, že je třeba odmítnout argumentaci navrhovatele, která spočívá v představě, že Úřad vyhověl první části petitu návrhu na vydání předběžného opatření, neboť z výrokové části předmětného rozhodnutí je jednoznačně patrné, že smlouva, která měla být zatížena zákazem uzavření, je jednoznačně definována z hlediska subjektu dodavatele tím, že je odkazováno na smlouvu, která dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, měla být 21. bodem jednání. Zadavatel poznamenává, že Úřad je při rozhodování vázán obsahem návrhu, nikoli však rozdělením petitu.
18. Ke splnění podmínek dle § 11 zákona zadavatel předně poznamenává, že vertikální spolupráce není v rámci systematického členění zákona řazena mezi výjimky. Zadavatel dále odkazuje na ustanovení § 11 odst. 2 zákona, dle které platí, že k naplnění podmínky ovládnutí může docházet i ze strany jiné právnické osoby, která je sama tímž veřejným zadavatelem ovládána obdobně jako jeho vnitřní organizační jednotka. Tato situace v případě rámcové smlouvy nastala, neboť zadavatel je jediným akcionářem TRADE CENTRE PRAHA a TRADE CENTRE PRAHA je jediným akcionářem TCP Vinohrady. Zadavatel ve vztahu k ovládnutí TRADE

CENTRE PRAHA uvádí, že má postavení nejvyššího orgánu této společnosti, neboť jako jediný akcionář přijímá rozhodnutí v působnosti valné hromady, přičemž schvaluje dlouhodobou koncepci podnikatelské činnosti a rozhoduje o významných investičních záměrech. Zadavatel poznamenává, že společnost TRADE CENTRE PRAHA má zřízeno představenstvo a dozorčí radu a volba odvolávání dozorčí rady spadá výlučně do působnosti zadavatele. Zadavatel uvádí, že je ve smyslu stanov rovněž oprávněn udělovat pokyny představenstvu a schvalovat zásady jeho činnosti, nejsou-li v rozporu s právními předpisy. Dle stanov rovněž platí, že zadavatel coby jediný akcionář rozhoduje svými usneseními, která jsou pro společnost a její orgány závazná. Zadavatel se dále domnívá, že má přímý vliv na obsazení statutárního orgánu společnosti (představenstva), neboť volí členy dozorčí rady, která následně volí představenstvo společnosti. Zadavatel ve svém vyjádření dále dodává, že nespátňuje podstatný rozdíl mezi ovládním společnosti TRADE CENTRE PRAHA a ovládním organizační jednotky zadavatele, neboť zcela obdobně má možnost ovlivňovat svou vůli ve svých organizačních jednotkách, např. příspěvkových organizacích, kde má statutární orgán rovněž jistou rozhodovací autonomii. Zadavatel dále konstatuje, že je oprávněn udělovat orgánům společnosti TRADE CENTRE PRAHA pokyny týkající se obchodního vedení ve smyslu § 81 odst. 1 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obchodních korporacích“). Zadavatel je přesvědčen, že ovládá společnost TRADE CENTRE PRAHA ve smyslu § 11 odst. 1 písm. a) a § 11 odst. 2 zákona s obdobnou intenzitou jako své vnitřní organizační jednotky, neboť má rozhodující vliv na strategické cíle společnosti i na její významná rozhodnutí, jak navíc potvrdil Úřad v zatím nepravomocném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-25297/2017/541/MSc ze dne 30. 8. 2017.

19. Zadavatel se domnívá, že ovládá-li společnost TRADE CENTRE PRAHA jako svou organizační jednotku ve smyslu naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. a) ZZVZ, pak totožný závěr je možné učinit rovněž ve vztahu mezi zadavatelem a TCP Vinohrady. Zadavatel uvádí, že společnost TCP Vinohrady je ovládána společností TRADE CENTRE PRAHA obdobně, jako je společnost TRADE CENTRE PRAHA ovládána ze strany zadavatele. Zadavatel dále zdůrazňuje, že dle čl. 7 stanov společnosti TCP Vinohrady ve znění rozhodnutí jediného akcionáře ze dne 24. 8. 2017 byl způsob vnitřní struktury společnosti TCP Vinohrady změněn na monistický, přičemž právě prostřednictvím změny stanov společnosti TCP Vinohrady a zněním rámcové smlouvy dochází dle zadavatele k ovládní TCP Vinohrady nad rámec běžné úpravy obchodních korporací. Zadavatel má také za to, že ovládní společnosti TRADE CENTRE PRAHA i TCP Vinohrady je možné demonstrovat rovněž na skutečnosti, že byl schopen iniciovat změnu stanov TCP Vinohrady, přípravu plánu činnosti a zajistit přípravu a uzavření rámcové smlouvy.
20. K otázce splnění podmínky podílu obratu dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona zadavatel uvádí, že právní úprava předpokládá dva odlišné způsoby určení podílů činností ve prospěch zadavatele, a to posouzení obrátů ovládané společnosti v minulosti, resp. (v případě společností s kratší dobou existence či společností po reorganizaci) posouzení očekávané budoucí struktury činnosti na základě plánu činnosti. Dle zadavatele je dále zřejmé, že předmětná podmínka necílí na jakoukoliv kvalifikaci či zkušenosti dodavatele s konkrétním plněním, ale pouze na to, aby „jiná osoba“ neprováděla podstatnou část svých činností na volném trhu. Zadavatel uvádí, že společnost TCP Vinohrady od doby svého vzniku nevyvíjela žádnou ekonomickou činnost, a to zejména nikoliv v posledních 3 účetních obdobích.

Vzhledem k uvedenému tak bylo přistoupeno k reorganizaci společnosti TCP Vinohrady, aby v budoucnu mohla působit jako správce veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy; pro posouzení splnění zákonné podmínky pro vertikální spolupráci dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona je tedy potřeba vycházet z plánu činnosti, dle kterého je zřejmé, že v důsledku proběhnuté reorganizace společnosti TCP Vinohrady bude tato společnost do budoucna vykonávat minimálně 80 % své činnosti (resp. 100 % své činnosti) výhradně pro zadavatele. Dle zadavatele plán činnosti ve smyslu § 13 odst. 2 zákona věrohodně prokazuje, že budou dosahovány podmínky dle § 13 odst. 1 zákona, tedy že bude splněna podmínka pro vertikální spolupráci dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona.

21. Zadavatel se domnívá, že rámcová smlouva byla uzavřena zcela v souladu s pravidly dle zákona a navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl a zákaz plnění rámcové smlouvy neukládal.

Další průběh správního řízení

22. Usnesením č. j. ÚOHS-S0394/2017/VZ-29766/2017/541/MSc ze dne 13. 10. 2017 určil Úřad zadavateli lhůtu k zaslání návrhu Smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, jež měla být dle programu bodem jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, a zaslání předmětného plánu činnosti.

Vyjádření zadavatele ze dne 20. 10. 2017

23. Dne 23. 10. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 20. 10. 2017, jehož přílohou byly následující doklady
- návrh smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, jež měla být dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, 21. bodem jednání,
 - plán činnosti společnosti TCP Vinohrady, jak byl projednán Radou hlavního města Prahy dne 31. 8. 2017,
 - materiál společnosti Cost Control s. r. o. ohledně správy, provozu a údržby systému veřejného osvětlení hlavního města Prahy vykonávané novým subjektem ze srpna 2017,
 - harmonogram převzetí veřejného osvětlení.

Další průběh správního řízení

24. Usnesením č. j. ÚOHS-S0394/2017/VZ-32979/2017/541/MSc ze dne 8. 11. 2017 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele ze dne 16. 11. 2017

25. Dne 16. 11. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel předně Úřad informoval o změně svého názvu s účinností od 30. 10. 2017 na ELTODO OSVĚTLENÍ, s.r.o. Navrhovatel setrvává na svém právním názoru, že zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu přes zákaz jejího uzavření plynoucího z předběžného opatření.

Navrhovatel je přesvědčen, že v dané situaci, kdy zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu nikoliv se společností TRADE CENTRE PRAHA, ale s její 100% vlastněnou dceřinou společností TCP – Vinohrady, a kdy doplnil do názvu smlouvy slovo „rámcová“ a několik ustanovení do textu této smlouvy, která má jinak naprosto identický předmět plnění jako návrh smlouvy, k němuž bylo vztaženo předběžné opatření, se jedná o zcela zjevné porušování předběžného opatření. Dle navrhovatele by nevyvození příslušných právních důsledků ze zcela zřejmého porušení předběžného opatření nutně vedlo k aprobaci právního jednání, které umožní zadavatelům obcházet zákon, porušovat pravomocná a vykonatelná rozhodnutí Úřadu a povede ke znesnadňování, resp. znemožňování přezkumných řízení v takových případech, tedy vytvoření právního stavu v rozporu s přezkumnými směrnici. Navrhovatel považuje za zcela absurdní, že zadavatel v řízeních před Krajským soudem v Brně argumentoval nemožností zajistit veřejné osvětlení pro hlavní město Prahu z důvodu předmětného předběžného opatření, aby vzápětí toto plnění zajistil uzavřením rámcové smlouvy s tvrzením, že tím předběžné opatření neporušil. Navrhovatel dále setrvává na svém názoru, že Úřad v rozhodnutí o předběžném opatření zcela vyhověl první části petitu uvedeného v návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření, předběžné opatření se tak vztahovalo i na smlouvu uzavřenou s jinou osobou majetkově propojenou se zadavatelem. Navrhovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 1708/2011 ze dne 30. 8. 2012 (týkající předběžného opatření vydaného v civilním soudním řízení), dle kterého při nejasnosti výroku usnesení soudu o nařízení předběžného opatření je nutno přihlídnout také k obsahu návrhu na jeho nařízení. Navrhovatel dále poznamenal, že předmětem řízení vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ je „*přezkoumání postupu zadavatele, který směřuje 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 zákonem*“, přičemž předmět příslušné smlouvy je definován bez ohledu na osobu dodavatele.

26. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel Úřadu v předchozím správním řízení předložil pouze fragment návrhu smlouvy, která měla být 21. bodem jednání dle programu 6. jednání Rady HMP konaného dne 14. 2. 2017, a Úřad tak při nařízení předběžného opatření vycházel ze smlouvy v podobě, jak mu byla zadavatelem předložena. Dle navrhovatele je tedy nepochybné, že předběžné opatření se musí vztahovat na jakoukoli smlouvu uzavřenou zadavatelem, jejíž předmět se shoduje s předmětem, který byl Úřadu poskytnut zadavatelem, přičemž jakákoli ostatní smluvní ujednání, které nebyla v předloženém fragmentu smlouvy obsažena, jsou zcela nerozhodná. Navrhovatel dále zpochybňuje věrohodnost předmětného návrhu smlouvy, který zadavatel předložil Úřadu jako přílohu svého vyjádření ze dne 20. 10. 2017 v rámci nyní vedeného správního řízení, neboť tento návrh smlouvy vykazuje významné odlišnosti od textu fragmentu návrhu smlouvy, který měl Úřad k dispozici v době vydání předběžného opatření (konkrétně jsou zde odlišnosti v nadepsání smlouvy, osobě zastupující zadavatele, uvedení čísla účtu zadavatele, přidání bodu odkazujícího na naplnění podmínek dle § 11 odst. 1 zákona do úvodních ustanovení smlouvy a v rozdílných odkazech na přílohy smlouvy). Dle navrhovatele z uvedené listiny předložené v tomto správním řízení nelze seznat, zda se skutečně jednalo o podklad, který měl být dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy konaného dne 14.2.2017 21. bodem jednání. Navrhovatel uvádí, že předmětná listina byla předložena v pouhé kopii, která není opatřena doložkou o provedené konverzi originálu do elektronické podoby, rovněž chybí veškeré přílohy návrhu smlouvy a ke smlouvě není připojena ani

důvodová zpráva k připravovanému uzavření smlouvy. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel předložil v tomto správním řízení jako návrh smlouvy zcela odlišný dokument, než jaký předložil v předchozím řízení. Nyní předložený návrh smlouvy proto není dle navrhovatele možné považovat za věrohodný důkaz toho, jaký byl skutečný obsah smlouvy, který měl být dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy konaného dne 14. 2. 2017 21. bodem jednání.

27. K argumentu zadavatele, že rámcová smlouva je specifická kvůli svému rámcovému charakteru a speciálnímu smluvnímu mechanismu k naplnění podmínek § 11 zákona, navrhovatel uvádí, že toto ustanovení postrádá logické opodstatnění, neboť pokud je společnost TCP Vinohrady skutečně ovládána zadavatelem, nemůže si sama určit, že významnou část své činnosti již nebude provádět při plnění úkolů svěřených zadavatelem, ani nemůže ovlivnit skutečnost, zda ji zadavatel ovládá jako svoji vnitřní organizační jednotku či dokonce to, kdo v ní drží majetkovou účast. Navrhovatel vyvozuje závěr, že pokud zadavatel tvrdí, že zakotvení předmětného smluvního závazku resp. mechanismu „prokazování“ naplnění podmínek § 11 zákona do rámcové smlouvy tuto smlouvu odlišuje od původního návrhu smlouvy, znamená to, že buď zadavatel nad TCP Vinohrady nevykonává dostatečnou kontrolu, a tudíž nejsou splněny podmínky § 11 zákona, nebo tento „mechanismus“ je naprosto účelový a má pouze „zakrýt“ porušení předběžného opatření.
28. Za nedůvodný považuje navrhovatel nárůst ceny plnění rámcové smlouvy ve srovnání s cenovými nabídkami obsaženými v zadávacím 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 uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 6. 2013 pod ev. č. 351826. Navrhovatel se dále domnívá, že finanční prostředky, které dle rámcové smlouvy poskytne zadavatel společnosti TCP Vinohrady na vybudování kapacit k realizaci předmětu této smlouvy i cena za poskytování předmětných služeb, která je vyšší než cena tržní, jsou nedovolenou veřejnou podporou poskytovanou z veřejných prostředků. Navrhovatel se rovněž domnívá, že pro naplnění smyslu a účelu přezkumných řízení v záležitostech veřejných zakázek dle příslušné přezkumné směrnice je třeba, aby byly vymáhány povinnosti a vyvozovány příslušné důsledky plynoucí z porušení rozhodnutí o předběžných opatřeních. V daném případě by tedy Úřad dle přesvědčení navrhovatele měl s ohledem na zcela zjevné porušení předběžného opatření ze strany zadavatele z této skutečnosti bezodkladně vyvodit jediný možný důsledek, kterým je uložení zákazu plnění rámcové smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona. Navrhovatel rovněž poukazuje na to, že v souvislosti s pořizováním plnění týkajícího se veřejného osvětlení v hlavním městě Praze se zadavatel v minulosti již opakovaně dopustil obdobných porušení zákona, kdy uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku i přes zákaz jejího uzavření.
29. Navrhovatel dále ve svém vyjádření setrvává na názoru, že v souvislosti s uzavřením rámcové smlouvy se společností TCP Vinohrady nebyly naplněny podmínky dle § 11 odst. 1 písm. a) a c) zákona umožňující využití vertikální spolupráce, resp. že zadavatel naplnění uvedených podmínek neprokázal. Navrhovatel je přesvědčen, že není naplněna podmínka ovládnutí „obdobně jako své vnitřní organizační jednotky“ ani mezi zadavatelem a společností TRADE CENTRE PRAHA, ani mezi uvedenou společností a TCP Vinohrady. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že v případě územně samosprávných celků, jakým je i zadavatel, je jednou ze

základních povinností jeho úředníků dle § 16 odst. 1 písm. c) zák. č. 312/2002 Sb., o úřednících územních samosprávných celků a o změně některých zákonů, v platném znění, plnit pokyny vedoucích úředníků, a v případě písemného příkazu dokonce i pokud je dle názoru dané osoby, jíž je příkaz adresován, takový příkaz v rozporu s právními předpisy. Takovou míru ovládnutí dle navrhovatele nelze zcela jistě docílit v případě akciové společnosti toliko z pozice jediného akcionáře, ve které jsou členové statutárního orgánu povinni jednat s péčí řádného hospodáře.

30. Navrhovatel konstatuje, že postup zadavatele se vyznačuje netransparentností a snahou obcházet zákon, když zadavatel využívá institutu vertikální spolupráce, ze své povahy výjimečného, vyžadujícího pečlivé odůvodnění, a uzavírá na jeho základě smlouvy zavazující ho vydávat významné částky z veřejných prostředků po dobu dalších 10 let, aniž by disponoval relevantními podklady (zejména věrohodným plánem činnosti), jež by ho k takovému postupu opravňovaly. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel nepředložil podle § 254 odst. 5 zákona do 10 dnů ode dne doručení návrhu veškerou dokumentaci k veřejné zakázce a ohledně svého postupu vedoucímu k uzavření rámcové smlouvy. Dle navrhovatele totiž není možné uvedenou povinnost vykládat tak, aby v případě řízení před Úřadem, kdy je přezkoumáván postup zadavatele mimo režim zákona, což je jedno z nejzávažnějších porušené unijní úpravy veřejných zakázek, byla povinnost zadavatele předkládat dokumentaci ke svému postupu menší, než v případě, kdy se přezkoumává jeho postup v zadávacím řízení. Navrhovatel uvádí, že vzhledem k tomu, že správní řízení bylo zahájeno dne 29. 9. 2017 a zadavatel do 10 dnů žádné podklady nad rámec svého vyjádření Úřadu nepředložil, jsou jakékoli další podklady, informace, tvrzení, návrhy důkazů nebo důkazy samotné v tomto ohledu již nepřípustné, a Úřad k nim není oprávněn přihlížet, což platí zejména k prokázání naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona a zadavatelem dodatečně předloženého plánu činnosti. Navrhovatel se rovněž domnívá, že po uplynutí lhůty podle § 251 odst. 5 zákona (upravující koncentraci řízení) nebyl zadavatel oprávněn předkládat důkazy a uvádět skutečnosti, které by odůvodňovaly jeho postup mimo zadávací řízení, a ani Úřad nebyl oprávněn ho k takovému postupu vyzývat. Navrhovatel dále ve svém vyjádření upozorňuje, že se zadavatel nedovolával důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s existencí veřejného zájmu na plnění rámcové smlouvy ve smyslu § 264 odst. 3 nebo 4 zákona. Navrhovatel navíc vyslovil názor, že provozování veřejného osvětlení není veřejnou službou ani činností, na které by dle platné a účinné právní úpravy byl veřejný zájem, resp. činnosti, které jsou předmětem rámcové smlouvy, nejsou pro provoz veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy nezbytné. V tomto smyslu tak navrhovatel nespatřuje žádný důvod či překážku, která by vylučovala možnost Úřadu uložit zákaz plnění rámcové smlouvy.
31. Navrhovatel žádá, aby Úřad svým rozhodnutím uložil zákaz plnění rámcové smlouvy a aby za přestupek dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona uložil zadavateli pokutu.

Žádost zadavatele ze dne 21. 11. 2017

32. Dne 21. 11. 2017 obdržel Úřad žádost zadavatele z téhož dne, ve které zadavatel požádal o stanovení nové lhůty, ve které by se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel svoji žádost odůvodnil tím, že se při nahlížení do správního spisu seznámil s vyjádřením

navrhovatele ze dne 16. 11. 2017, které dle názoru zadavatele obsahuje zavádějící tvrzení. Zadavatel považuje za nezbytné se k těmto tvrzením vyjádřit.

33. Přípisem č. j. ÚOHS-S0394/2017/VZ-34568/2017/541/MSc ze dne 23. 11. 2017 sdělil Úřad zadavateli, že jeho žádosti ze dne 21. 11. 2017 nevyhověl.

Vyjádření zadavatele ze dne 23. 11. 2017

34. Dne 23. 11. 2017 (tj. po uplynutí lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0394/2017/VZ-32979/2017/541/MSc ze dne 8. 11. 2017, ve které se zadavatel mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí) obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 23. 11. 2017 k podkladům rozhodnutí. Zadavatel zde setrvává na svém právním názoru, že nejsou splněny zákonné podmínky pro uložení zákazu plnění rámcové smlouvy, neboť zadavatel při jejím uzavření postupoval v souladu se zákonem. Zadavatel uvádí, že rámcová smlouva nebyla uzavřena v rozporu s předběžným opatřením, neboť to bylo ve výroku I. jasně vztaženo výhradně ke společnosti TRADE CENTRE PRAHA. K argumentaci navrhovatele opírající se o rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 1708/2011 ze dne 30. 8. 2012 zadavatel poznamenal, že tento rozsudek není v posuzovaném případě použitelný, protože pro posouzení obsahu rozhodnutí o předběžném opatření není nutné vyřešení žádných právních otázek, když smlouva, jejíž uzavření je předběžným opatřením zakázáno, je jednoznačně identifikována ve výrokové části předmětného rozhodnutí. Zadavatel rovněž konstatoval, že pokud navrhovatel nepovažoval závěry rozhodnutí o předběžném opatření za dostatečně zřejmé nebo pokud se domníval, že absentuje výrok o zamítnutí části návrhu spočívající právě v zákazu uzavření smlouvy rovněž s třetími osobami odlišnými od společnosti TRADE CENTRE PRAHA, měl se proti takové vadě rozhodnutí Úřadu bránit podáním rozkladu. Jelikož navrhovatel však této procesní možnosti nevyužil, je proto dle zadavatele jeho argumentace irelevantní.
35. K údajnému rozporu ve stanoviscích zadavatele v tomto správním řízení a v soudních řízeních vedených pod sp. zn. 62Af 69/2017 a sp. zn. 62Af 68/2017 zadavatel uvedl, že zákaz uzavření smlouvy ve smyslu § 246 zákona byl definován petitum námitek, resp. návrhu, který zahrnoval rovněž třetí osoby. Následně se však okolnosti změnily, když blokační lhůta uplynula a dne 21. 8. 2017 bylo zadavateli doručeno rozhodnutí o předběžném opatření, ve kterém byla smlouva, jejíž uzavření bylo Úřadem zakázáno, jednoznačně definovaná „pouze“ jako původní smlouva, která měla být uzavřena se společností TRADE CENTRE PRAHA. Zadavatel se ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, že úpravy provedené v rámcové smlouvě jsou buďto přiznáním zadavatele, že nad TCP Vinohrady nevykonává dostatečnou kontrolu, nebo jsou tyto úpravy účelovým mechanismem, který má pouze zakrýt porušení předběžného opatření. Zadavatel uvádí, že zpřísnil podmínky rámcové smlouvy tak, aby spolu se stanovami společnosti TCP Vinohrady vyloučily jakékoliv pochybnosti o splnění podmínek vertikální spolupráce dle § 11 zákona. Zadavatel se dále ohrazuje proti nařčení navrhovatele, že plnění veřejné zakázky by mělo být „přezadáváno“ subdodavatelům, neboť z rámcové smlouvy i plánu činnosti je zřejmé, že TCP Vinohrady bude předmětné služby zajišťovat primárně vlastními kapacitami. V případě, že některé dílčí služby bude realizovat prostřednictvím subdodavatelů, je však třeba respektovat, že společnost TCP Vinohrady naplňuje definici veřejného zadavatele a je tak povinna postupovat v souladu se zákonem.
36. K odlišnostem návrhu smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA, který byl předložen v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0100/2017/VZ a v tomto správním řízení, zadavatel

uvádí, že ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0100/2017/VZ nebyl povinen předkládat návrh smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, jež měla být na programu 6. jednání Rady HMP konaného dne 14. 2. 2017, neboť byl povinen doložit toliko doklady k vymezení předmětu a předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Předložená verze oproti prefinálnímu návrhu smlouvy pak dle tvrzení zadavatele podléhala dílčím změnám, které ovšem neměly vliv na posuzování ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0100/2017/VZ, jelikož příslušné vyjádření a blíže nespecifikované doklady byly požadovány pouze kvůli informacím o předmětu příslušné smlouvy a předpokládané hodnotě veřejné zakázky, a tyto informace byly v pracovní verzi příslušné smlouvy obsaženy. Mírná formální odlišnost předmětných návrhů smlouvy dle zadavatele ani nemohla mít žádný vliv na rozhodnutí o předběžném opatření. Zadavatel uvedl, že verze návrhu smlouvy předložená v tomto správním řízení je uložena v interním systému zadavatele, ve kterém je možné jednoznačně určit původ a změny takového dokumentu. Zadavatel uvádí, že tato verze návrhu smlouvy s TRADE CENTRE PRAHA byla jednoznačně součástí tisku, který měl být na programu 6. jednání Rady HMP konaného dne 14. 2. 2017 21. bodem jednání.

37. Zadavatel dále setrvává na svém názoru, že v daném případě byly naplněny podmínky pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona. K judikatuře SDEU citované navrhovatelem zadavatel poznamenává, že odkazovaná rozhodnutí řeší případy, kdy byly ovládaným společností přiznány velmi široké pravomoci, které byly v konkrétních případech posouzeny jako vybočující z běžné úpravy obchodních korporací, v řešeném případě se však jedná o stav, kdy zadavatel naopak pravomoci TCP Vinohrady omezil nad rámec předpokládaný zákonem o obchodních korporacích. Zadavatel dále uvádí, že dle plánu činnosti je tak zřejmé, že v důsledku proběhnuvší reorganizace společnosti TCP Vinohrady bude tato společnost do budoucna vykonávat minimálně 80 % své činnosti (resp. plných 100 % své činnosti) výhradně pro zadavatele, je tak zřejmé, že bude splněna podmínka pro vertikální spolupráci dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona.
38. Zadavatel dále uvádí, že v daném případě nebylo možno Úřadu předat žádné zadávací podmínky ani dokumentaci k zadávacímu řízení, protože ve vztahu k uzavření rámcové smlouvy nepostupoval v zadávacím řízení, ale postupem vertikální spolupráce dle § 11 zákona. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že zadavatel neprokázal důvody pro případný odklad účinnosti zákazu plnění rámcové smlouvy, ale domnívá se, že existence veřejného zájmu vyžadujícího pokračování plnění rámcové smlouvy, musí být jednoznačně Úřadu známa na základě jeho úřední činnosti. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl a neukládal zákaz plnění rámcové smlouvy.

Vyjádření TCP Vinohrady ze dne 26. 11. 2017

39. Dne 27. 11. 2017 (tj. po uplynutí lhůty, ve které se bylo možno vyjádřit k podkladům rozhodnutí) obdržel Úřad vyjádření společnosti TCP Vinohrady ze dne 26. 11. 2017, ve kterém se jmenovaná společnost plně ztotožňuje s právním posouzením ze strany zadavatele a s jím uplatněnou argumentací, že v daném případě byly naplněny všechny zákonné podmínky ve smyslu § 11 odst. 1 zákona. Společnost TCP Vinohrady poznamenala, že právě prochází reorganizací, během které je důsledně naplňován plán činnosti ze dne 24. 8. 2017, na jehož základě (kromě jiného) došlo k uzavření rámcové smlouvy. TCP Vinohrady dále

považuje za prokázané, že na základě prováděné reorganizace je právnickou osobou zřízenou pro výkon činností, které lze považovat za činnosti ve veřejném zájmu. Společnost TCP Vinohrady se rovněž ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, že v souvislosti s uzavřenou rámcovou smlouvou by mělo docházet k obcházení zákona, neboť společnost TCP Vinohrady, je sama o sobě veřejným zadavatelem, který je povinen postupovat dle zákona. Společnost TCP Vinohrady ve shodě se zadavatelem považuje podaný návrh za nedůvodný a požaduje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl a zákaz plnění rámcové smlouvy neukládal.

Opakovaná žádost zadavatele ze dne 28. 11. 2017

40. Dne 28. 11. 2017 obdržel Úřad žádost zadavatele z téhož dne, ve které se vyjádřil k nevyhovění své žádosti ze dne 21. 11. 2017. Zadavatel považuje za významné, aby mu byla dána možnost vyjádřit se k tvrzením navrhovatele obsaženým v jeho vyjádření ze dne 16. 11. 2017. Zadavatel jako přílohu své žádosti předložil úplnou kopii tisku č. R-23943A, který byl připraven k projednání Radou hlavního města Prahy dne 14. 2. 2017. Zadavatel žádá, aby Úřad příložený dokument zohlednil jako podklad rozhodnutí nebo aby stanovil novou lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
41. Přípisem č. j. ÚOHS-S0394/2017/VZ-35123/2017/541/MSc ze dne 29. 11. 2017 sdělil Úřad zadavateli, že jeho žádosti ze dne 28. 11. 2017 nevyhověl.

Žádost zadavatele ze dne 5. 12. 2017

42. Dne 5. 12. 2017 obdržel Úřad žádost zadavatele z téhož dne o stanovení nové lhůty, ve které by se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel svoji žádost odůvodnil tak, že skutečnost, že předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0148/2017/VZ-35396/2017/323/EBR ze dne 4. 12. 2017 zrušil rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-25297/2017/541/MSc ze dne 30. 8. 2017 a správní řízení vedené pod sp. zn. S0252/2017/VZ zastavil, neboť návrh navrhovatele ze dne 26. 6. 2017 je zjevně právně nepřipustný z důvodu jeho předčasnosti, je novou skutečností, která může mít vliv na nyní vedené správní řízení, neboť správní řízení vedené pod sp. zn. S0252/2017/VZ bylo dle zadavatele vedeno v rozporu s právními předpisy, a Úřad tak neměl pravomoc v jeho rámci vydat rozhodnutí o předběžném opatření.

Vyjádření zadavatele ze dne 6. 12. 2017

43. Dne 6. 12. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, ve kterém zadavatele opakovaně uvedl, že zrušení rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-25297/2017/541/MSc ze dne 30. 8. 2017 je novou skutečností, která má mít vliv na nyní vedené správní řízení. Zadavatel se domnívá, že ze závěrů rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0148/2017/VZ-35396/2017/323/EBR ze dne 4. 12. 2017 je možno dovodit závěr, že v působnosti Úřadu nebylo vést správní řízení sp. zn. S0252/2017/VZ a tedy v působnosti Úřadu nevylo ani vydat předběžné opatření. Dle názoru zadavatele tak Úřad nebyl věcně příslušný k vydání rozhodnutí o předběžném opatření, a proto je toto rozhodnutí nicotné.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

44. 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 zamítl návrh navrhovatele na uložení zakazu plnění rámcové smlouvy podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

45. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
46. 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.
47. Podle § 11 odst. 2 zákona veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby. K takovému ovládaní může docházet i ze strany jiné právnické osoby, která je sama tímž veřejným zadavatelem ovládána obdobně jako jeho vnitřní organizační jednotka.
48. Podle § 13 odst. 1 zákona pro určení podílu činností podle § 11 odst. 1 písm. c) nebo § 12 písm. c) zákona se bere v úvahu průměrný obrat, pokud je činnost, která je předmětem smlouvy, hrazena jejími příjemci v plné výši. Není-li možno určit tento obrat, použijí se jako základ pro výpočet v případě vertikální spolupráce celkové náklady právnické osoby a v případě horizontální spolupráce náklady vzniklé v souvislosti s činností, kterých se tato spolupráce týká.
49. Podle § 13 odst. 2 zákona se podíl činností vypočítá v souhrnu za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Vznikla-li nebo zahájila-li právnická osoba příslušnou činnost později nebo došlo k reorganizaci jejích činností, postačí, že dosažení podmínek podle § 13 odst. 1 zákona je věrohodné, zejména na základě plánů činnosti.
50. Podle § 254 odst. 1 zákona návrh na uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku může podat navrhovatel, který tvrdí, že zadavatel uzavřel smlouvu
 - a) bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení nebo výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, ačkoli byl povinen toto oznámení, předběžné oznámení nebo výzvu k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení uveřejnit, ledaže uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 zákona,

- b) přes zákaz jejího uzavření stanovený tímto zákonem nebo předběžným opatřením,
 - c) na základě postupu mimo zadávací řízení, ačkoli mu bylo pokračování v tomto postupu zakázáno rozhodnutím podle § 263 odst. 7 zákona, nebo
 - d) postupem podle § 135 odst. 3 nebo § 141 odst. 4 zákona, přičemž porušil pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky na základě rámcové dohody nebo v dynamickém nákupním systému a tím ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr dodavatele.
51. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

K právnímu postavení zadavatele

52. Úřad předně posoudil, zda zadavatel naplňuje definici zadavatele podle zákona.
53. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
54. 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.
55. 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.
56. 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 výroku rozhodnutí

57. Navrhovatel návrh na zákaz plnění rámcové smlouvy odůvodňuje jednak tím, že tato smlouva byla uzavřena přes zákaz jejího uzavření stanovený předběžným opatřením, jednak nesplněním podmínek pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona. Úřad se nejdříve zabýval zodpovězením otázky, zda se zákaz uzavřít smlouvu stanovený rozhodnutím o předběžném opatření vztahoval na rámcovou smlouvu, kterou zadavatel uzavřel se společností TCP Vinohrady.

K zakazu uzavřít smlouvu na základě předběžného opatření

58. Úřad v obecné rovině uvádí, že zákon (na rozdíl od předchozí právní úpravy) neobsahuje zvláštní ustanovení upravující ukládání předběžných opatření, ale primárně spoléhá na zákonné blokační lhůty dle § 246 zákona, v nichž zadavatel nesmí uzavřít smlouvu. Úřad nicméně může podle § 61 správního řádu (z moci úřední nebo na požádání účastníka) v průběhu správního řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření. Správní řád současně stanoví obecné důvody, pro které Úřad může předběžné opatření nařídit. Může tak učinit tehdy, dojde-li k závěru, že je třeba zatím, tzn. dokud nenastanou účinky rozhodnutí ve věci, upravit poměry účastníků řízení nebo existuje-li obava, že by bylo ohroženo provedení exekuce. Kromě důvodů, pro které lze předběžné opatření nařídit, upravuje § 61 odst. 1

správního řádu též okruh možných omezení, jež mohou z rozhodnutí o předběžném opatření vyplývat pro dotčené osoby. Předběžným opatřením lze účastníkovi správního řízení nebo jiné osobě přikázat, aby něco vykonal, něčeho se zdržel nebo něco strpěl, anebo zajistit věc, která může sloužit jako důkazní prostředek, nebo věc, která je předmětem exekuce.

59. Rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-24110/2017/541/MSc ze dne 18. 8. 2017 Úřad podle § 61 odst. 1 správního řádu ve výroku I. uložil zadavateli „*zákaz uzavřít smlouvu o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, jež měla být dle programu 6. jednání Rady hlavního města Prahy, které se mělo konat dne 14. 2. 2017, 21. bodem jednání a jejímž předmětem je závazek dodavatele provádět správu, provoz a údržbu (vč. revizí a oprav), popř. další činnosti na těchto zařízeních*

- *veřejné osvětlení,*
 - *veřejné elektrické osvětlení,*
 - *veřejné plynové osvětlení,*
- *související zařízení,*
 - *slavnostní osvětlení,*
 - *veřejné hodiny a veřejné věžní hodiny,*
 - *elektrické přípojky městského mobiliáře,*
 - *přisvětlení přechodů pro chodce,*

která se nacházejí na území a ve vlastnictví hlavního města Prahy ke dni faktického zahájení správy, provozu a údržby (vč. revizí a oprav) spravovaných zařízení, popř. dalších činností uvedených v předmětné smlouvě, jež měla být přílohou č. 1 k usnesení Rady HMP ze dne 14. 2. 2017“.

60. Ve výroku II. rozhodnutí j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-24110/2017/541/MSc ze dne 18. 8. 2017 Úřad zamítl návrh navrhovatele ze dne 9. 8. 2017 na nařízení předběžného opatření, jímž by mělo být zadavateli uloženo zdržet se jakýchkoliv úkonů nebo kroků, které by mohly směřovat k uzavření smlouvy na zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hlavního města Prahy se společností TRADE CENTRE PRAHA nebo jejím prostřednictvím s jinou třetí osobou.

61. S ohledem na formulaci výroku I. rozhodnutí o předběžném opatření Úřad konstatuje, že je jednoznačně seznatelné, že Úřad zadavateli zakázal uzavřít smlouvu, která měla být 21. bodem 6. jednání Rady hlavního města Prahy konaného dne 14. 2. 2017. Z návrhu smlouvy, jenž měl být předmětem uvedeného jednání Rady, je dále zřejmé, že předmětná smlouva o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy měla být uzavřena mezi zadavatelem a společností TRADE CENTRE PRAHA. Dle názoru Úřadu tak není přiléhavý odkaz navrhovatele na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 1708/2011 ze dne 30. 8. 2012, dle kterého při nejasnosti výroku o nařízení předběžného opatření, kdy nelze dovodit, jaké povinnosti jsou předběžným opatřením ukládány, je nutno přihlídnout také k obsahu návrhu na jeho nařízení. V šetřeném případě je totiž z výroku rozhodnutí o předběžném opatření možno jednoznačně dovodit, jaká

povinnost byla zadavateli uložena a není tak nutno při určování účinku vydaného předběžného opatření přihlížet k obsahu návrhu na jeho nařízení.

62. Skutečnost, že se předběžné opatření vztahuje ke smlouvě, která by měla být uzavřena zadavatelem se společností TRADE CENTRE PRAHA, je patrná rovněž z odůvodnění rozhodnutí o předběžném opatření, ve kterém Úřad v bodě 16. uvedl, že „*předběžné opatření nařízené ve výroku I., tj. uložení zakazu uzavřít smlouvu s TCP (pozn. Úřadu: tj. TRADE CENTRE PRAHA), považuje Úřad za dostatečně účinný nástroj k zatímní úpravě poměrů u zadavatele*“. Tímto bylo Úřadem jasně deklarováno, že předmětný výrok je formulován k omezení smluvního vztahu pouze mezi zadavatelem a společností TRADE CENTRE PRAHA. Nelze se ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že by z odůvodnění rozhodnutí o předběžném opatření vyplývalo, že by Úřad předběžné opatření uložil rovněž k dalším osobám majetkově propojeným se zadavatelem.
63. Úřad poznamenává, že předběžné opatření, tak jak bylo uloženo ve výroku I. předmětného rozhodnutí, má přímou vazbu na předmět správního řízení vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ, jehož předmětem bylo posouzení splnění podmínek pro využití vertikální spolupráce právě u společnosti TRADE CENTRE PRAHA. Ve správním řízení vedeným pod sp. zn. S0252/2017/VZ bylo navrhovatelem totiž napadáno nesplnění konkrétních podmínek dle § 11 zákona umožňujících využití vertikální spolupráce v případě společnosti TRADE CENTRE PRAHA. Skutečnosti související s uvedenou společností tak byly v daném správním řízení posuzovány a v tomto smyslu bylo i vydáno předběžné opatření. Úřad poznamenává, že v daném případě by ani nebylo reálně možno v rámci správního řízení posuzovat, zda jsou naplněny podmínky umožňující využití vertikální spolupráce u blíže neurčených subjektů, neboť tyto podmínky dle § 11 zákona (forma ovládnání, majetková účast, podíl na činnosti) se vztahují vždy ke konkrétní osobě dodavatele. V případě správního řízení vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ Úřad zadavateli uložil předběžné opatření spočívající v zakazu uzavřít smlouvu se společností TRADE CENTRE PRAHA, z čehož vyplývá, že Úřad jasně deklaroval rozsah uloženého předběžného opatření. Není tak nyní případný extenzivní výklad činěný navrhovatelem v tomto správním řízení, neboť jak již Úřad uvedl, ke konkrétnímu předmětu správního řízení bylo vydáno odpovídající předběžné opatření, tj. zákaz uzavřít smlouvu se společností TRADE CENTRE PRAHA, a není možné interpretovat nařízené předběžné opatření tak, že se vztahuje i na další subjekty.
64. Dne 31. 8. 2017 uzavřel zadavatel na totožný předmět plnění (jako byl vymezen v rozhodnutí o předběžném opatření) se společností TCP Vinohrady rámcovou smlouvou. Tato smlouva kromě odlišné osoby dodavatele obsahuje ve srovnání s návrhem smlouvy, jenž měl být předmětem jednání Rady hlavního města Prahy konaného dne 14. 2. 2017, i další odlišnosti, a to především článek III. rámcové smlouvy, jenž obsahuje navíc následující ustanovení:
- „3.5. Tato Smlouva je sjednána jako rámcová na dobu stanovenou v čl. IV odst. 1. Plnění na základě této Smlouvy jsou smluvní strany povinny realizovat pouze na základě a v souladu s Instrukcemi, pokud z textu této Smlouvy nevyplývá jinak.*
- 3.6. Každá Instrukce musí obsahovat alespoň:*
- *Bližší vymezení Předmětu plnění;*
 - *Vymezení Spravovaného zařízení;*

- *Cenu za poskytovaná plnění nebo způsob jejího určení;*
- *Dobu trvání Správy; a*
- *Předávací protokol Spravovaného zařízení.*

3.7. Před vydáním každé Instrukce Objednatel Správci v souladu s čl. III odst. 10, se Správce zavazuje Objednateli prokázat v rozsahu dostatečném pro Objednatele, že:

- *ve vztahu k němu splňuje podmínky § 11 odst. 1 zákona o ZVZ; a*
- *(i) disponuje dostatečnými kapacitami, aby Instrukci mohl splnit, nebo (ii) v případě, že Správce bude užívat subdodavatelů, že tito mají dostatečné kapacity (případně společně se Správce) a při kontraktaci s nimi byly dodrženy postupy dle zákona o ZVZ.*

3.8. Objednatel je povinen do 15 dní ode dne, kdy mu Správce předloží poslední z dokumentů nebo poskytne poslední informaci dle čl. III odst. 7 Správce informovat, zda skutečnosti dle uvedeného článku Smlouvy považuje za prokázané.

3.9. V případě, že Objednatel nepovažuje skutečnosti dle čl. III odst. 7 za prokázané, vyzve Správce k nápravě, resp. doložení chybějících dokumentů nebo poskytnutí chybějících informací.

3.10. V případě, že Objednatel považuje skutečnosti dle čl. III odst. 7 za prokázané, udělí Správci instrukci, aby začal provádět tu část Předmětu plnění, vůči které prokázal splnění podmínek uvedených v čl. III odst. 7 (dále jen „Instrukce“). Správce je následně povinen zahájit realizaci Předmětu plnění v souladu s Instrukcí a touto Smlouvou.“

65. Na základě srovnání rámcové smlouvy a předmětného návrhu smlouvy, k němuž bylo vztaheno předběžné opatření, Úřad konstatuje, že tyto smlouvy vykazují podstatné odlišnosti, a to jak v osobě smluvní strany (dodavatele), tak v mechanismu poskytování plnění na základě instrukcí zadavatele (v případě rámcové smlouvy). Vzhledem k tomu, že předběžným opatřením bylo zadavateli zakázáno uzavřít smlouvu, která by odpovídala návrhu smlouvy, o němž měla jednat Rada hlavního města Prahy dne 14. 2. 2017, a z důvodu, že uzavřená rámcová smlouva je od tohoto návrhu smlouvy odlišná, jak bylo dovozeno výše, Úřad konstatuje, že předběžné opatření nelze vztahovat na rámcovou smlouvu a dovozovat tak, že zadavatel byl povinen řídit se obsahem předběžného opatření, vztahujícího se toliko na zákaz uzavřít smlouvu s jasně definovanými parametry se společností TRADE CENTRE PRAHA (viz výrok I. rozhodnutí o předběžném opatření). Rámcová smlouva tedy nebyla dle právního názoru Úřadu uzavřena v rozporu s předběžným opatřením.
66. Dle názoru Úřadu není určující, že rámcová smlouva i předmětný návrh smlouvy mají fakticky totožný předmět plnění (tj. správu, provoz a údržbu veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy), ani to, že rámcová smlouva byla uzavřena se společností majetkově propojenou se zadavatelem, jak navrhovatel namítá v návrhu, neboť uvedené smlouvy vykazují významné odlišnosti, a to především v osobě dodavatele nebo v mechanismu poskytování plnění na základě instrukcí. Zákaz uzavřít smlouvu stanovený předběžným opatřením tak nelze vztáhnout k rámcové smlouvě, kterou zadavatel uzavřel se společností TCP Vinohrady, jak Úřad dovodil výše.

67. K argumentaci navrhovatele zpochybňující věrohodnost návrhu smlouvy, jenž měl být předmětem jednání Rady hlavního města Prahy konaného dne 14. 2. 2017, neboť návrh smlouvy, který Úřad obdržel v tomto správním řízení, ve srovnání s „fragmentem“ této smlouvy zaslaným Úřadu v předchozím správním řízení obsahuje určité odlišnosti v textu, uvádí Úřad následující. V době vydání rozhodnutí o předběžném opatření měl Úřad k dispozici část návrhu smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy, která byla označena jako „Příloha č. 1 k usnesení Rady HMP č. ze dne 14. 2. 2017“. Tato část návrhu smlouvy obsahovala mimo jiné vymezení smluvních stran a článek III. definující předmět smlouvy. Úřad dále akcentuje, že obě „verze“ návrhu předmětné smlouvy, jež Úřad od zadavatele obdržel, shodně obsahují jako smluvní strany zadavatele a společnost TRADE CENTRE PRAHA, rovněž tak je shodně vymezen ve článku III. předmět těchto smluv. Úřad proto konstatuje, že rozdíly v osobě dodavatele a mechanismu poskytování plnění mezi rámcovou smlouvou a návrhem smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy (tak jak jsou tyto rozdíly popsány výše) se týkají obou předmětných „verzí“ návrhu smlouvy, resp. že případné drobné odlišnosti v textu mezi předmětnými „verzemi“ návrhu smlouvy nejsou ve vztahu k předběžnému opatření podstatné, jelikož účelem předběžného opatření byla zatímni úprava poměrů mezi zadavatelem a společností TRADE CENTRE PRAHA v situaci, kdy Úřad v rámci správního řízení posuzoval naplnění podmínek dle § 11 zákona v případě uvedené společnosti.
68. K argumentaci navrhovatele, že předběžné opatření by se mělo vztahovat i na smlouvu uzavřenou s jinou osobou majetkově propojenou se zadavatelem, neboť navrhovatel toto požadoval v petitu svého návrhu na vydání předběžného opatření, Úřad uvádí, že v daném případě je relevantní výrok I. rozhodnutí o předběžném opatření, kterým Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít předmětnou smlouvu, tj. smlouvu se společností TRADE CENTRE PRAHA a nikoliv s jinými osobami. Úřad poznamenává, že v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ, jehož předmět spočíval s ohledem na argumentaci navrhovatele v daném správním řízení v posouzení splnění podmínek pro využití vertikální spolupráce dle § 11 zákona u společnosti TRADE CENTRE PRAHA, nespátřuje legitimitu postupu v uložení předběžného opatření, kterým by byl zadavateli případně uložen zákaz uzavřít smlouvu s daným předmětem s jinou osobou (kromě TRADE CENTRE PRAHA) majetkově propojenou se zadavatelem. Jinými slovy Úřadu není zřejmé, jakou právní relevanci by mělo vyslovení závěru o splnění či nesplnění podmínek pro využití vertikální spolupráce v konkrétním případě společnosti TRADE CENTRE PRAHA ve vztahu k neurčitému okruhu osob majetkově propojených se zadavatelem a jeho právu s nimi uzavírat smlouvu.
69. Úřad dále poznamenává, že v situaci, kdy je namítáno nesplnění podmínek pro postup mimo zadávací řízení z důvodu nenaplnění podmínek pro vertikální spolupráci vztažených ke konkrétnímu dodavateli a kdy je v tomto smyslu dán zákaz uzavřít smlouvu, nelze za obcházení zákona považovat, pokud zadavatel uzavře smlouvu (byť s obdobným předmětem plnění) s jiným dodavatelem. Úřad má za to, že extenzivní výklad činěný navrhovatelem v tom smyslu, že předmětný zákaz uzavřít smlouvu by se v daném případě měl vztahovat na veškeré smlouvy s daným předmětem plnění (tj. zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy), resp. na všechny dodavatele, nelze přijmout. Předběžné opatření uložené v takovémto rozsahu by totiž nebylo možno považovat za adekvátní zatímni upravení poměrů u zadavatele, neboť by vzhledem

k předmětu správního řízení nepřiměřeně zasáhlo do práv zadavatele uzavřít smlouvu postupem, který není nijak zpochybněn z hlediska zákona.

70. Ve vztahu k žádosti zadavatele ze dne 5. 12. 2017 Úřad poznamenává, že si je vědom skutečnosti, že rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0148/2017/VZ-35396/2017/323/EBr ze dne 4. 12. 2017 předseda Úřadu zrušil rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-25297/2017/541/MSc ze dne 30. 8. 2017 a správní řízení vedené pod sp. zn. S0252/2017/VZ zastavil. Uvedená skutečnost, že došlo k zastavení správního řízení vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ z důvodu zjevné právní nepřipustnosti návrhu navrhovatele ze dne 26. 6. 2017 proti postupu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, nemá dle názoru Úřadu žádný vliv na správní řízení vedené pod sp. zn. S0394/2017/VZ ve věci návrhu na uložení zakazu plnění rámcové smlouvy, neboť výše uvedená skutečnost (tj. zrušení meritorního rozhodnutí) nemá vliv na právní účinky předběžného opatření v době uzavření rámcové smlouvy. V tomto smyslu Úřad odkazuje na závěry Nejvyššího správního soudu uvedené v rozsudku č. j. 1 As 79/2008 – 128 ze dne 4. 2. 2009, ve kterém je konstatováno, že *„právní řád je založen na zásadě presumpce správnosti aktů vydaných orgány veřejné správy, dle níž se má za to, že správní akt je zákonný a správný, a to až do okamžiku, kdy příslušný orgán zákonem předvídanou formou prohlásí správní akt za nezákonný a zruší jej (srov. k tomu Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 7. vydání, Praha, C.H. Beck 2009, s. 225, resp. v judikatuře NSS např. rozsudek ze dne 22. 5. 2008, č. j. 6 As 45/2005 - 188). Po celou dobu své existence až do svého eventuálního zrušení vyvolává správní akt právní následky, zakládá práva a povinnosti. Zrušení správního aktu má účinky toliko ex nunc, které působí výlučně do budoucna, akt již tedy nemůže v budoucnu založit další práva a povinnosti. Odrazem této zásady z pohledu vztahu jedinec – správní orgán je zásada ochrany dobré víry a ochrany nabytých práv (viz např. náleží ÚS ze dne 9. 10. 2003, sp. zn. IV. ÚS 150/01, Sb. n. a u., sv. 31, č. 117, s. 69). Jedinou výjimku představuje skupina nicotných aktů, u nichž se má za to, že nebyly nikdy vydány, a tudíž nemohly působit právní následky ani v minulosti. Prohlášení nicotnosti, které jen formálně odstraňuje neexistující akt, proto působí ex tunc (viz rozsudek rozšířeného senátu NSS ze dne 22. 7. 2005, č. j. 6 A 76/2001 - 96, část V., též pod č. 793/2006 Sb. NSS)“*. Úřad dále poznamenává, že v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0148/2017/VZ-35396/2017/323/EBr ze dne 4. 12. 2017 předseda Úřadu konstatoval, že návrh navrhovatele ze dne 26. 6. 2017 je zjevně právně nepřipustný z důvodu jeho předčasnosti, ale již se nikterak nevyjadřoval k věcné příslušnosti Úřadu ani k vydanému předběžnému opatření, natož aby prohlásil nicotnost předmětného rozhodnutí o předběžném opatření ve smyslu § 77 odst. 2 správního řádu. Úřad tedy nemá důvod se domnívat, že by předmětné rozhodnutí o předběžném opatření bylo nicotné. Vzhledem k uvedenému tak Úřad nevyhověl žádosti zadavatele ze dne 5. 12. 2017 o stanovení nové lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
71. Úřad proto uzavírá, že rámcová smlouva nebyla uzavřena v rozporu s předběžným opatřením, neboť tuto smlouvu uzavřel zadavatel se společností TCP Vinohrady, zatímco z výroku i odůvodnění rozhodnutí o předběžném opatření je patrné, že předběžným opatřením byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu se společností TRADE CENTRE PRAHA (tj. s odlišným subjektem, než s nímž uzavřel zadavatel následně rámcovou smlouvu), přičemž předběžné opatření, tak jak bylo uloženo, má přímou vazbu na předmět správního řízení vedeného pod sp. zn. S0252/2017/VZ. Rámcová smlouva navíc obsahovala vůči návrhu

smlouvy, ke kterému bylo vztaženo předběžné opatření, i další odlišnosti, a to v mechanismu poskytování plnění na základě instrukcí.

K naplnění podmínek pro využití vertikální spolupráce

72. Dalším bodem návrhu navrhovatele je námitka, že v souvislosti s uzavřením rámcové smlouvy se společností TCP Vinohrady, nebyly splněny podmínky pro využití vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona.
73. Úřad obecně uvádí, že ustanovení § 11 zákona upravuje situace, ve kterých dochází k tzv. vertikální spolupráci, v rámci které není zadavatel povinen, jsou-li naplněny zákonem definované podmínky, postupovat v zadávacím řízení dle zákona. Smysl uvedené výjimky tkví v tom, že pokud má veřejný zadavatel možnost vykonávat určitou část svých úkolů vlastními kapacitami, aniž by se obracel na „vnější subjekty“ účastníci se hospodářské soutěže, není důvodu, aby musel podstupovat zadávací řízení ve fakticky stejné situaci, kdy sice dané úkoly bude vykonávat dodavatel formálně od zadavatele odlišný, nicméně reálně v obdobném postavení jako jeho organizační jednotka (tzv. in-house).
74. K zákonné úpravě vertikální spolupráce Úřad poznamenává, že § 11 zákona implementuje čl. 12 zadávací směrnice. Úprava obsažená ve směrnici přitom zohledňuje a kodifikuje judikované závěry SDEU, ze které koncept in-house zadávání historicky vychází. Při výkladu předmětných ustanovení zákona je tak vhodné zohlednit nejen znění uvedené směrnice, ale i relevantní judikaturu SDEU.
75. Pro uplatnění vertikální spolupráce je v souladu s § 11 odst. 1 zákona nutné kumulativní naplnění tří podmínek:
- a) zadavatel musí sám nebo s jinými zadavateli vykonávat nad jinou právnickou osobou coby dodavatelem kontrolu obdobnou, jak ji vykonává nad vlastními organizačními složkami,
 - b) je vyloučen jakýkoli soukromý vstup kapitálu do ovládané právnické osoby.
 - c) ovládaná právnická osoba vykonává více než 80 % celkové činnosti při plnění úkolů, které jí byly svěřeny veřejným zadavatelem nebo zadavateli nebo jimi ovládanými právnickými osobami.

i) k naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. a) zákona

76. Co se týče první uvedené podmínky, tak její obsah je dále konkretizován ustanovením § 11 odst. 2 zákona, které stanoví, že veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby, přičemž k ovládaní může docházet i ze strany jiné právnické osoby, která je sama tímž veřejným zadavatelem ovládána obdobně jako jeho vnitřní organizační jednotka.
77. Relevantní judikatura SDEU je shrnuta v rozsudcích ve věci C-182/11 a C-183/11 z 29. 12. 2012, kde soud konstatoval, že „podle ustálené judikatury je „obdobná kontrola“ dána, pokud je předmětný subjekt podřízen kontrole umožňující veřejnému zadavateli ovlivnit jeho rozhodnutí. Musí se jednat o možnost rozhodujícího vlivu jak nad strategickými cíli, tak nad důležitými rozhodnutími tohoto subjektu (rozsudky Parking Brixen, bod 65; Coditel Brabant, bod 28, a Sea, bod 65). Jinými slovy musí být veřejný zadavatel s to nad tímto

subjektem vykonávat strukturální a funkční kontrolu (rozsudek Komise v. Itálie, bod 26). Soudní dvůr rovněž vyžaduje, aby tato kontrola byla účinná (rozsudek Coditel Brabant, bod 46). V souladu s judikaturou v případě využití subjektu společně vlastněného několika veřejnými orgány může být „obdobná kontrola“ vykonávána společně těmito orgány, aniž by bylo nezbytné, aby byla vykonávána jednotlivě každým z nich (v tomto smyslu viz rozsudky Coditel Brabant, body 47 a 50, jakož i Sea, bod 59). Z toho plyne, že v případě, že se veřejný orgán stane menšinovým akcionářem akciové společnosti s výhradně veřejnou kapitálovou účastí, za účelem zadání řízení veřejné služby této společnosti, pak kontrola, kterou nad ní orgány veřejné správy, které jsou členy této společnosti, vykonávají, může být kvalifikována jako obdobná kontrole, kterou vykonávají nad svými vlastními organizačními složkami, je-li těmito orgány vykonávána společně (rozsudek Sea, bod 63). (...) Postavení veřejného zadavatele v subjektu, jemuž je zakázka zadávána a který je ve společném vlastnictví, nezajišťující jakoukoli možnost podílet se na kontrole tohoto subjektu by totiž otvíralo možnost k obcházení užití pravidel unijního práva v oblasti veřejných zakázek a koncesí na služby, neboť čistě formální účast na takovémto subjektu nebo na společném orgánu zajišťujícím jeho řízení by zbavovala tohoto veřejného zadavatele povinnosti zahájit nabídkové řízení podle pravidel unijního práva... (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 21. července 2005, Coname, C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, bod 24)“.

78. Úřad konstatuje, že z citované judikatury SDEU vyplývá závěr, který je rovněž obsažen v ustanovení § 11 odst. 2 zákona, že veřejný zadavatel ovládá jinou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky, pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí ovládané osoby, přičemž se musí jednat o účinnou, strukturální a funkční kontrolu, nikoliv o pouhou formální účast. Ustanovení § 11 odst. 2 výslovně připouští ovládání prostřednictvím „mezičlánku“ další obdobně ovládané osoby. Úřad dále poznamenává, že z rozhodovací praxe SDEU nikterak nevyplývá, že by podmínka obdobné kontroly nemohla být obecně splněna v případě, že ovládaná osoba má právní formu akciové společnosti, neboť např. z rozsudku SDEU ve věci C-573/07 ze dne 10. 9. 2009 vyplývá závěr, že uvedená podmínka může být splněna rovněž v případě akciové společnosti.
79. V šetřeném případě je z výpisu z obchodního rejstříku patrné, že společnost TCP Vinohrady je akciová společnost, jež je stoprocentně vlastněna společností TRADE CENTRE PRAHA. Společnost TRADE CENTRE PRAHA je akciová společnost, jejímž jediným akcionářem je zadavatel [je tak splněna podmínka dle § 11 odst. 1 písm. b) zákona]. Při posouzení splnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. a) zákona v návaznosti na § 11 odst. 2 zákona je potom nezbytné provést posouzení úrovně ovládání mezi zadavatelem a společností TRADE CENTRE PRAHA, i mezi uvedenou společností a TCP Vinohrady. Úřad se nejdříve zaměřil na posouzení toho, zda zadavatel ovládá společnost TRADE CENTRE PRAHA obdobně jako své vnitřní organizační jednotky.
80. Ze stanov společnosti TRADE CENTRE PRAHA schválených dne 13. 6. 2017 vyplývá, že jmenovaná společnost si zvolila dualistický systém vnitřní struktury ve smyslu § 396 odst. 1 zákona o obchodních korporacích, tj. systém vnitřní struktury společnosti, ve kterém se zřizuje představenstvo a dozorčí rada. V čl. 9 bodu předmětných stanov je uvedeno, že valná hromada je nejvyšším orgánem společnosti, přičemž do její výlučné působnosti mimo jiné náleží schvalování dlouhodobé koncepce podnikatelské činnosti společnosti a jejich změn, volba a odvolávání členů dozorčí rady, rozhodnutí o rozdělení zisku, rozhodnutí

o investičních záměrech přesahujících 20 % základního kapitálu, či udělování pokynů představenstvu a schvalování zásad činnosti představenstva, nejsou-li v rozporu s právními předpisy. V článku 10 stanov je uvedeno, že představenstvo je statutárním orgánem, jemuž přísluší obchodní vedení společnosti. V posledním citovaném článku stanov jsou rovněž stanoveny skutečnosti, o kterých může představenstvo rozhodovat pouze po předchozím souhlasu dozorčí rady, a oblasti, o kterých je představenstvo povinno průběžně informovat dozorčí radu. Z článku 11 citovaných stanov vyplývá, že členy představenstva volí a odvolává dozorčí rada.

81. Na základě uvedených skutečností Úřad vyvozuje, že v šetřeném případě došlo k naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. a) zákona, neboť zadavatel má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí společnosti TRADE CENTRE PRAHA. Zadavatel totiž jako jediný akcionář společnosti TRADE CENTRE PRAHA rozhoduje v působnosti valné hromady, kteréžto dle stanov společnosti přísluší rozhodovat mimo jiné o dlouhodobé koncepci podnikatelské činnosti a jejích změnách či o investičních záměrech přesahujících 20 % základního kapitálu. Uvedené oblasti rozhodování lze nepochybně podřadit pod oblast strategických cílů a významných rozhodnutí, na které má tak zadavatel rozhodující vliv. Současně je možno konstatovat, že zadavatel vykonává nad společností TRADE CENTRE PRAHA strukturální a funkční kontrolu (ve smyslu výše citované judikatury SDEU), neboť volí členy dozorčí rady, tj. má přímý vliv na složení kontrolního orgánu společnosti, který dohlíží na výkon působnosti představenstva a na činnost společnosti.
82. Z předmětných stanov dále vyplývá, že zadavatel, resp. valná hromada je oprávněna udělovat pokyny představenstvu a schvalovat zásady jeho činnosti, není-li to v rozporu s právními předpisy. Uvedené oprávnění je přitom limitováno ustanovením § 435 odst. 3 zákona o obchodních korporacích, dle kterého není nikdo oprávněn udělovat představenstvu pokyny týkající se obchodního vedení, člen představenstva přitom může požádat valnou hromadu (zadavatele) o udělení pokynu týkajícího se obchodního vedení ve smyslu § 51 odst. 2 zákona o obchodních korporacích. Uvedené však nic nemění na skutečnosti, že zadavatel má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí společnosti TRADE CENTRE PRAHA, neboť obchodní vedení společnosti, které je výlučnou kompetencí představenstva, lze charakterizovat jako „*průběžnou pravidelnou správu záležitostí společnosti a jejího podniku, tzn. rozhodování o organizačních, technických, obchodních, personálních, finančních aj. otázkách běžného života*“, viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Afs 24/2003 – 81 ze dne 18. 3. 2005. Valná hromada vedle toho může udílet závazné koncepční, strategické pokyny, přičemž takové zásahy do řízení společnosti se mohou týkat „*usměrňování podnikatelské činnosti společnosti v dlouhodobém horizontu, např. z hlediska zásad dlouhodobé investiční politiky, rozhodování jakým směrem se společnost bude vyvíjet, které významné aktivity bude rozvíjet a které naopak utlumí či zruší apod.*“, viz usnesení Nejvyššího soudu č. j. 5 Tdo 488/2008-I. ze dne 27. 8. 2008.
83. K argumentaci navrhovatele využívající rozsudku SDEU ve věci C-458/03 ze dne 13. 10. 2005 Úřad uvádí, že se ve srovnání s nyní posuzovaným případem jedná o odlišný skutkový stav. SDEU v případě akciové společnosti Stadtwerke Brixen AG dovodil, že veřejný zadavatel nevykonával nad uvedenou společností kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad vlastními složkami, neboť v daném případě představenstvo uvedené společnosti mělo mimo jiné „*široké pravomoci běžné správy společnosti s možností přijmout jakýkoliv akt, který bude*

považovat za užitečný nebo nutný k uskutečnění předmětu činnosti společnosti“; kapitál uvedené společnosti navíc měl být povinně v krátké době otevřen vstupu dalšího kapitálu a územní působnost činností společnosti byla rozšířena na celou zemi a zahraničí. Navíc se v citovaném případě jednalo o udělení koncese na veřejné služby. Úřad je přesvědčen, že v nyní šetřeném případě není společnosti TRADE CENTRE PRAHA dána taková volnost a zadavatel ovládá společnost TRADE CENTRE PRAHA na dostatečné úrovni ve smyslu požadavků zákona, neboť má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby, jak Úřad dovodil výše.

84. K argumentaci navrhovatele, který se domnívá, že běžná úroveň ovládnutí v rámci obchodních korporací není dostačující, neboť je povinností členů orgánů společnosti chovat se jako řádní hospodáři, resp. preferovat zájmy společnosti před zájmy společníků, Úřad uvádí, že takovýto výklad navrhovatele považuje ve vztahu k předmětné výjimce za přehnaně restriktivní, neboť povinnost jednat s péčí řádného hospodáře se obecně týká členů volených orgánů všech právnických osob (dle § 159 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Pokud ustanovení § 11 odst. 2 zákona výslovně připouští ovládnutí právnické osoby prostřednictvím jiné právnické osoby, která je veřejným zadavatelem ovládána, má Úřad za to, že předmětná podmínka [dle § 11 odst. 1 písm. a) zákona] je splněna v případě akciové společnosti s dualistickým systémem vnitřní struktury a za situace, kdy členy představenstva volí dozorčí rada. V šetřeném případě je navíc naplnění předmětné podmínky „posíleno“, neboť do kompetencí valné hromady náleží mj. schvalování investičních záměrů přesahujících 20 % základního kapitálu, jakož i dalších činností, kterými může akcionář prostřednictvím valné hromady fakticky řídit a ovládat vedení společnosti. Úřad dále uvádí, že za situace, kdy valná hromada má vliv na složení dozorčí rady, resp. představenstva, je stěžejní představitelná situace, kdy by jediný akcionář (zadavatel) nemohl uplatnit svůj vliv, když mu prostřednictvím valné hromady náleží volba a odvolání členů dozorčí rady, tedy zprostředkovaně přes tyto osoby i členů představenstva.
85. Následně Úřad posoudil způsob, jakým společnost TRADE CENTRE PRAHA ovládá TCP Vinohrady. Ze stanov TCP Vinohrady přijatých dne 18. 6. 2014 ve znění rozhodnutí jediného akcionáře při výkonu působnosti valné hromady společnosti TCP Vinohrady ze dne 24. 8. 2017 vyplývá, že uvedená společnost má monistický systém vnitřní struktury, ve kterém jsou orgánem společnosti valná hromada, statutární ředitel a správní rada. V čl. 9 bodu předmětných stanov je uvedeno, že valná hromada je nejvyšším orgánem společnosti, přičemž do její výlučné působnosti mimo jiné náleží „*schvalování dlouhodobé koncepce podnikatelské činnosti společnosti a jejich změn, při vědomí toho, že účelem společnosti je poskytovat hlavnímu městu Praze, případně jiným hlavním městem Prahou ovládaným osobám, technické služby v režimu vertikální spolupráce ve smyslu § 11 ZZVZ*“, volba a odvolávání členů správní rady, rozhodnutí o rozdělení zisku, či „*udělování pokynů statutárnímu řediteli a schvalování zásad činnosti statutárního ředitele, netýkajících se obchodního vedení, a nejsou-li v rozporu s právními předpisy*“. V článku 10 stanov je uvedeno, že statutární ředitel je statutárním orgánem, jemuž přísluší obchodní vedení společnosti, ale nepřisluší mu rozhodovat o zaměření obchodního vedení společnosti, což přísluší správní radě. V posledním citovaném článku stanov jsou rovněž stanoveny skutečnosti, o kterých může statutární ředitel rozhodovat pouze po předchozím souhlasu správní rady, a oblasti, o kterých je povinen průběžně informovat správní radu. Z článku 11

citovaných stanov vyplývá, že statutárního ředitele volí a odvolává správní rada; statutárním ředitelem přitom může být i předseda správní rady.

86. Obdobně jako mezi zadavatelem a společností TRADE CENTRE PRAHA Úřad na základě skutečností obsažených v příslušných stanovách vyvodil, že i v případě ovládnutí společnosti TCP Vinohrady ze strany TRADE CENTRE PRAHA došlo k naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. a) zákona, neboť TRADE CENTRE PRAHA má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí společnosti TCP Vinohrady. Společnost TRADE CENTRE PRAHA totiž jako jediný akcionář společnosti TCP Vinohrady rozhoduje v působnosti valné hromady, kteréžto dle stanov společnosti přísluší rozhodovat mimo jiné o dlouhodobé koncepci podnikatelské činnosti a jejích změnách, navíc přímo ve stanovách je zakotven účel společnosti TCP Vinohrady, kterým je poskytování technických služeb zadavateli v režimu vertikální spolupráce dle § 11 zákona. Uvedení této skutečnosti na ni navazující pravomoci správní rady přímo do stanov společnosti TCP Vinohrady přitom Úřad považuje za posílení mechanismu kontroly uvedené společnosti jdoucí nad rámec standardní úpravy dle zákona o obchodních korporacích. Z předmětných stanov dále vyplývá, že valná hromada je oprávněna udělovat pokyny statutárnímu řediteli a schvalovat zásady jeho činnosti (netýkající se obchodního vedení). Uvedené oblasti rozhodování lze nepochybně podřadit pod oblast strategických cílů a významných rozhodnutí, na které má tak společnost TRADE CENTRE PRAHA rozhodující vliv. Současně je možno konstatovat, že TRADE CENTRE PRAHA vykonává nad společností TCP Vinohrady strukturální a funkční kontrolu (ve smyslu výše citované judikatury SDEU), neboť volí členy správní rady, tj. má přímý vliv na složení orgánu, který určuje základní zaměření obchodního vedení společnosti a který má rovněž kontrolní funkci ve vztahu k činnosti statutárního ředitele.
87. Vzhledem k tomu, že Úřad výše dovodil, že zadavatel ovládá společnost TRADE CENTRE PRAHA obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, neboť má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí, a tato společnost obdobně ovládá společnost TCP Vinohrady, Úřad konstatuje, v šetřeném případě došlo k naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. a) zákona.

ii) k naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona

88. Úřad dále posoudil naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona. Tato podmínka umožňující využití výjimky pro vertikální spolupráci požaduje, aby více než 80 % celkové činnosti ovládané osoby bylo prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem. Bližší pravidla pro určení podílu činností stanovuje § 13 zákona, ve kterém je mimo jiné upřesněno, že při určení podílu činností se bere v úvahu průměrný obrat, pokud je činnost, která je předmětem smlouvy, hrazena jejími příjemci v plné výši, a že předmětný podíl činností se vypočítá v souhrnu za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Dle § 13 odst. 2 věty druhé zákona platí, že vznikla-li nebo zahájila-li právnická osoba příslušnou činnost později nebo došlo k reorganizaci jejích činností, postačí, že dosažení předmětných podmínek je věrohodné, zejména na základě plánů činnosti.
89. Úřad poznamenává, že citované ustanovení § 13 odst. 2 zákona vychází z čl. 12 odst. 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, kde je mj. uvedeno: „*Pokud kvůli datu, ke kterému byly příslušná právnická osoba nebo veřejný*

zadavatel založeny nebo zahájily činnost, nebo z důvodu reorganizace jejich činností není obrat nebo jiný ukazatel založený na činnosti, jako například náklady za předchozí tři roky, buď dostupný, nebo přestal být relevantní, postačí prokázat, zejména prostřednictvím plánů činnosti, že hodnocení činnosti je věrohodné.“

90. K předmětnému ustanovení zákona se vyjadřuje rovněž důvodová zpráva k zákonu, která uvádí, že „*v případě vzniku právnické osoby či jejího zahájení příslušné činnosti později, nebo dojde k reorganizaci jejich činností (to znamená, že se změní struktura dosud prováděných činností), postačí, pokud splní předmětné podmínky za období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti, nebo od reorganizace jejich činností, jestliže současně existuje předpoklad splnění těchto podmínek do budoucna“*.
91. Komentářová literatura¹ k danému ustanovení zákona dále podává některé další podrobnosti: „*Komentované ustanovení obsahuje i zvláštní právní úpravu pro případ osob, které existují kratší než referenční tříleté období. Pokud dotčená osoba vznikla anebo zahájila svoji činnost později než v posledních třech letech, anebo vlivem reorganizace činností této osoby je nemožné určit podíl činnosti dle výše uvedeného pravidla, postačí, pokud je možné věrohodným způsobem prokázat, že podíl činnosti odpovídá stanoveným podmínkám. Toto alternativní prokázání splnění podmínek vertikální nebo horizontální spolupráce může plynout například z plánů činnosti dotčené osoby, zpravidla doplněných o údaje o dosavadním obratu či nákladech od doby vzniku osoby či zahájení její činnosti nebo od doby reorganizace činnosti. V těchto případech považujeme za nezbytné přiměřeně zkoumat věrohodnost obsažených údajů v plánu činnosti, pokud nejsou opřeny o dokumenty zpracovávané dle zvláštních právních předpisů (například účetní závěrka).“*
92. Úřad tedy konstatuje, že smysl ustanovení § 13 odst. 2 věty druhé zákona tkví v možnosti prokázat naplnění podmínky podílu celkové činnosti ve smyslu § 11 odst. 1 písm. c) zákona i v případě, kdy příslušný údaj za rozhodné období není možno zjistit, neboť předmětná osoba nově vznikla nebo v daném období nevykonávala žádnou činnost, nebo tento podíl činnosti není do budoucna relevantní, neboť došlo k reorganizaci činností dané osoby. V takovém případě je na základě ustanovení § 13 odst. 2 zákona (resp. příslušného ustanovení výše citované směrnice) zřejmé, že postačí, pokud je dosažení podmínek týkajících se podílu činností věrohodně doloženo do budoucna, typicky na základě zpracovaného plánu činnosti. Požadavky na podrobnost plánu činnosti jsou pak z podstaty věci vyšší, pokud ovládaná osoba v minulosti (ve sledovaném období) vykonávala i jiné činnosti než prováděné při plnění úkolů svěřených jí ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právnickými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé ovládají jako své vnitřní organizační jednotky, v takovém případě je vhodné doložit rovněž údaje o dosavadním obratu či nákladech za období předcházející reorganizaci činností ovládané právnické osoby.
93. Úřad uvádí, že v šetřeném případě nelze stanovit předmětný podíl činnosti společnosti TCP Vinohrady v rozhodném období (za předchozích 3 účetních obdobích), protože uvedená společnost v této době (od roku 2002) nevyvíjela žádnou ekonomickou činnost, jak je patrné z plánu činnosti TCP Vinohrady ze dne 24. 8. 2017 i z výročních zpráv této společnosti z let

¹ Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017.

2014, 2015 a 2016. V souladu s § 13 odst. 2 větou druhou zákona je tak nutno posoudit věrohodnost naplnění předmětného podílu činnosti do budoucna, a to především na základě plánu činnosti.

94. V plánu činnosti společnosti TCP Vinohrady ze dne 24. 8. 2017 je mimo jiné uvedeno, že Společnost TCP Vinohrady bude vykonávat činnost správce veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy, tedy bude zajišťovat správu, provoz a údržbu veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy. Uvedená činnost bude dle plánu činnosti vykonávána výhradně pro zadavatele případně pro další jím ovládané entity a bude představovat 100 % činnosti společnosti, ta tedy nebude vykonávat jinou ekonomickou či podnikatelskou činnost.
95. V citovaném plánu činnosti je dále uvedeno, že společnost TCP Vinohrady bude při vykonávání předmětných činností spolupůsobit, aby nedošlo k takové změně poměrů, která by znamenala, že přestanou být splněny zákonné podmínky pro vertikální spolupráci ve smyslu § 11 zákona. Plán činnosti navíc poznamenává, že společnost TCP Vinohrady bude naplňovat definici veřejného zadavatele podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona, a proto se bude tato společnost povinna při zajištění předmětných činností, pokud je nebude vykonávat vlastními kapacitami, řídit postupy dle zákona.
96. Obdobně je v článku 1 stanov společnosti TCP Vinohrady stanoveno, že účelem společnosti je poskytování technických služeb (zejména týkajících se veřejného osvětlení) zadavateli, a to v rámci vertikální spolupráce dle § 11 zákona, přičemž z tohoto důvodu společnost nesmí vykonávat méně jak 80 % své podnikatelské činnosti pro zadavatele či jím ovládané právnické osoby. V citovaném článku stanov je rovněž uvedeno, že společnost naplňuje definici veřejného zadavatele podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona, a proto je povinna se při své činnosti řídit postupy dle zákona.
97. Z důvodu, že plán činnosti předpokládá, že 100 % činnosti společnosti TCP Vinohrady bude vykonáváno pro zadavatele, kdy v době vypracování plánu činnosti uvedená společnost nevykonávala žádnou ekonomickou činnost, a vzhledem k tomu, že ve stanovách společnosti TCP Vinohrady je zakotveno splnění podmínky týkající se podílu činnosti dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona, má Úřad za to, že plán činnosti je dostatečně věrohodný ve smyslu § 13 odst. 2 zákona. Věrohodnost předmětného plánu činnosti dále dle názoru Úřadu dokládá zpracování harmonogramu činnosti, který je přílohou plánu činnosti i skutečnost, že společnost TCP Vinohrady v rozhodném období nevykonávala na trhu žádnou obchodní činnost a nic nenaznačuje tomu, že by takovou činnost (pro jiné subjekty než zadavatele) měla do budoucna vykonávat. Úřad poznamenává, že ani sám návrhovač nevznáší konkrétní námitky proti věrohodnosti plánu činnosti, ani neuvádí, že by v předloženém plánu činnosti nějaké podstatné skutečnosti absentovaly. Úřad tedy konstatuje, že v případě společnosti TCP Vinohrady došlo rovněž k naplnění podmínky dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona.
98. K argumentaci návrhovače, že ustanovení věty druhé § 13 odst. 2 zákona je možno aplikovat pouze pokud došlo k reorganizaci činností dané společnosti, přičemž v případě TCP Vinohrady žádná reorganizace činností proběhnout nemohla, protože neexistuje žádná činnost, kterou by bylo možné reorganizovat, Úřad uvádí následující. Z uvedeného ustanovení zákona a stejně tak i z čl. 12 odst. 5 příslušné zadávací směrnice je patrné, že

dosažení podmínky obratu (zejména) na základě věrohodného plánu činnosti lze posuzovat nejen v případě, kdy došlo k reorganizaci činností společnosti, ale i pokud právnická osoba vznikla nebo zahájila svoji činnost později než před třemi účetními obdobími předcházejícími účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Dle Úřadu tak není potřeba zkoumat okolnosti případné reorganizace společnosti TCP Vinohrady, neboť je naplněna podmínka, že „právnická osoba zahájila příslušnou činnost později“. V daném případě není ani dle názoru Úřadu rozhodující, že sám zadavatel uvádí, že u společnosti TCP Vinohrady dochází k reorganizaci, neboť, jak vyplývá z výročních zpráv za období let 2014, 2015 a 2016, tato společnost nevykonávala žádnou činnost a *de facto* se tak jedná o obdobnou situaci jako v případě nově vzniklé společnosti.

99. K námitce navrhovatele, který uzavření rámcové smlouvy pokládá za účelový mechanismus, kterým budou předmětné služby „přezadávány“ dalším subjektům a bude tak docházet k obcházení zákona, Úřad poznamenává, že uzavřená rámcová smlouva ani plán činnosti společnosti TCP Vinohrady nenasvědčují tomu, že by jmenovaná společnost neměla předmět veřejné zakázky realizovat vlastními kapacitami. Rámcová smlouva i plán činnosti sice obsahují ustanovení umožňující společnosti TCP Vinohrady využít poddodavatele (např. bod 11.4 rámcové smlouvy udává, že TCP Vinohrady zajišťuje provádění činností dle této smlouvy zejména svými zaměstnanci nebo třetími osobami a odst. 6 písm. f) plánu činnosti uvádí, že pokud nebude jmenovaná společnost některé činnosti vykonávat vlastními kapacitami, je povinna se řídit postupy dle zákona), z dikce příslušných ustanovení je však patrné, že se jedná pouze o relativně běžnou možnost zajistit část předmětu pomocí třetích osob. Navíc, jak je explicitně uvedeno v předmětném plánu činnosti i ve stanovách TCP Vinohrady, tato společnost by měla být v souvislosti s realizací předmětu rámcové smlouvy veřejným zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona a jako takový by společnost TCP Vinohrady byla povinna postupovat při případné realizaci plnění prostřednictvím poddodávek dle zákona. O skutečnosti, že společnost TCP Vinohrady bude zajišťovat předmět rámcové smlouvy převážně vlastními kapacitami, hovoří rovněž bod 5.5 rámcové smlouvy, dle kterého zadavatel poskytne společnosti TCP Vinohrady finanční prostředky k úhradě vstupních nákladů spojených se zahájením plnění předmětu rámcové smlouvy a nutných pro řádné plnění tohoto předmětu. Avšak jak již bylo uvedeno, ani skutečnost, že se na předmětu plnění rámcové smlouvy budou podílet i třetí osoby, není překážkou pro aplikaci ustanovení § 11 zákona v případě, že jsou splněny zákonné podmínky pro takovýto postup.
100. K argumentaci navrhovatele obsažené v jeho vyjádření ze dne 16. 11. 2017, že zadavatel měl dle § 254 odst. 5 zákona doručit kompletní dokumentaci k předmětné veřejné zakázce v zákonem stanovené lhůtě, resp. že v souladu se zásadou koncentrace obsaženou v § 251 odst. 5 zákona nebyl zadavatel oprávněn předkládat dodatečné důkazy a uvádět skutečnosti, které by odůvodňovaly jeho postup mimo zadávací řízení, a ani Úřad nebyl oprávněn ho k takovému postupu vyzývat, uvádí Úřad následující. Z ustanovení § 254 odst. 5 zákona jednoznačně vyplývá, že pokud zadavatel nepostupuje v zadávacím řízení, sdělí Úřadu důvody pro takový postup, což zadavatel v daném případě učinil, když v rámci vyjádření ze dne 9. 10. 2017 uvedl, že ve vztahu k uzavření rámcové smlouvy nepostupoval v zadávacím řízení, ale postupem vertikální spolupráce dle § 11 zákona a blíže se vyjádřil i k naplnění jednotlivých podmínek umožňujících využít tento postup. Podle uvedeného ustanovení zákona přitom zadavatel není povinen překládat Úřadu žádnou další dokumentaci. Dle názoru Úřadu tedy zadavatel postupoval v souladu s § 254 odst. 5 zákona, když na základě

obdrženého návrhu zaslal Úřadu vyjádření se sdělením důvodů, pro které nepostupoval v zadávacím řízení. Dále k názoru navrhovatele, že si měl Úřad s ohledem na zásadu koncentrace dle § 251 odst. 5 zákona při šetření věci vystačit pouze s podklady zaslánymi zadavatelem v příslušné lhůtě, Úřad uvádí, že ustanovení § 251 odst. 5 zákona se vztahuje k navrhování důkazů, uvádění nových skutečností nebo činění jiných návrhů. V daném případě označil zadavatel plán činnosti jako důkaz (a dokonce z něj citoval) již ve svém vyjádření k návrhu doručeném Úřadu dne 9. 10. 2017, tj. ve lhůtě dle citovaného ustanovení zákona. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětem vedeného správního řízení je taktéž otázka naplnění podmínek pro postup dle § 11 zákona a jelikož Úřad považoval za vhodné ověřit skutečnosti tvrzené v předmětném vyjádření zadavatele, vyzval zadavatele, jakožto subjekt disponující příslušnými podklady rozhodnutí k zaslání relevantních dokumentů (především plánu činnosti), aby Úřad mohl dostatečně zjistit stav věci, ověřit tvrzení zadavatele a rozhodnout o návrhu navrhovatele.

101. Vzhledem k tomu, že Úřad výše konstatoval, že rámcová smlouva nebyla uzavřena přes zákaz jejího uzavření stanovený předběžným opatřením, a vzhledem k tomu, že došlo k naplnění podmínek dle § 11 zákona pro využití vertikální spolupráce, rozhodl Úřad podle § 265 odst. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele na uložení zákazu plnění rámcové smlouvy, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Vilém Podešva, LLM, advokát, Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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