UOHSX00DFBUV

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka:
ÚOHS-R0065/2020/VZ
Číslo jednací:
ÚOHS-17305/2020/323/MPe

Brno: 9. června 2020

V řízení o rozkladu ze dne 26. 3. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **BusLine LK s.r.o.,** IČO 05666384, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 12. 2019 Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-08059/2020/522/JKr ze dne 12. 3. 2020 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0024/2020/VZ ve věci přezkoumání postupu zadavatele –

- **Liberecký kraj,** IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, Liberec 460 01,

směřujícího k zadání veřejné zakázky, jejímž předmětem má být pořízení akcií, závodu či jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa a.s., IČO 25497987, se sídlem Rotavská 2656/2b, Stodůlky, 155 00 Praha 5, mimo zadávací řízení,

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

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-08059/2020/522/JKr ze dne 12. 3. 2020 vydané ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0024/2020/VZ

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1] k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 téhož zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 14. 1. 2020 návrh navrhovatele – BusLine LK s.r.o., IČO 05666384, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 12. 2019 Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1, (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání postupu zadavatele – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, Liberec 460 01, (dále jen „**zadavatel**“) – směřujícího k zadání veřejné zakázky, jejímž předmětem má být pořízení akcií, závodu či jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa a.s., IČO 25497987, se sídlem Rotavská 2656/2b, Stodůlky, 155 00 Praha 5, (dále jen „**ČSAD Česká Lípa**“), mimo zadávací řízení.

2. Dnem 14. 1. 2020, kdy Úřad obdržel návrh, 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.

3. Návrh navrhovatele směřoval proti postupu zadavatele směřujícímu ke koupi akcií, závodu nebo jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, přičemž v návrhu navrhovatel uvedl, že zadavatel směřuje k přímému zadání zakázky na dopravu v Libereckém kraji společnosti ČSAD Česká Lípa a snaží se tak obejít svou povinnost realizovat zadávací řízení tím, že nakoupí akcie, závod nebo jeho část uvedené společnosti sám nebo prostřednictvím jím ovládaných společností, jimiž jsou Autobusy LK, s.r.o., IČO 06897517, se sídlem U Jezu 525/4, 460 01 Liberec, (dále jen „**Autobusy LK**“) nebo ČSAD Liberec, a.s., IČO 25045504, se sídlem České mládeže 594/33, 460 06 Liberec, (dále jen „**ČSAD Liberec**“). Namítaný postup zadavatele označil navrhovatel v návrhu za obcházení zákona, a proto navrhl, aby Úřad zakázal zadavateli zadat mimo zadávací řízení veřejnou

[1] Je-li v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení předmětného řízení na veřejnou zakázku.

zakázku spočívající v nabytí majetkové účasti, a to pořízení akcií nebo závodu či jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa.

II. Napadené usnesení

4. Dne 12. 3. 2020 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-08059/2020/522/JKr ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0024/2020/VZ (dále jen „**napadené usnesení**“).

5. Úřad napadeným usnesením rozhodl, že se správní řízení podle § 66 odst. 1 písm. b) SŘ zastavuje, neboť návrh (žádost) navrhovatele ze dne 14. 1. 2020 je zjevně právně nepřípustný.

6. Úřad zastavení správního řízení odůvodnil tím, že z předložených podkladů pro rozhodnutí nezjistil záměr samotného zadavatele přímo (tj. mimo zadávací řízení) pořídit akcie (tj. obchodní podíl), závod či část závodu společnosti ČSAD Česká Lípa. Zároveň tak dle Úřadu nic nenasvědčuje domněnce navrhovatele, že zadavatel hodlá při pořízení akcií či závodu nebo části závodu společnosti ČSAD Česká Lípa porušit či obejít zákon. Zadavatel navíc veřejnou zakázku na pořízení výše uvedeného plnění doposud nezadal a sám sdělil, že za účelem zajištění dopravní obslužnosti v oblasti Českolipska prostřednictvím společnosti Autobusy LK zvažuje více variant, přičemž odkup již existujícího dopravce je pouze jednou z možných variant a pro případ jejího zadání si je vědom svých zákonných povinností. Úřad k věci navíc dodal, že pokud by zadavatel skutečně směřoval k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení a navrhovatel by se chtěl proti takovému postupu účinně bránit, mohl by tak učinit až ve chvíli, kdy bude návrh na uzavření smlouvy na veřejnou zakázku projednán a schválen příslušnými orgány zadavatele, neboť přezkoumatelným nemůže být úkon zadavatele, který je teprve součástí procesu tvorby jeho vůle. Přezkoumatelný je totiž až úkon, který je jeho skutečným projevem vůle navenek. V šetřeném případě však Úřad neshledal ani indicii svědčící byť i jen o existenci procesu tvorby vůle zadavatele směřující k pořízení akcií, závodu či jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa mimo zadávací řízení, a proto správní řízení zastavil pro zjevnou nepřípustnost návrhu.

III. Námitky rozkladu

7. Dne 26. 3. 2020 podal navrhovatel k Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému usnesení. Ze správního spisu vyplývá, že napadené usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 12. 3. 2020. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

8. Navrhovatel v rozkladu brojí proti závěru Úřadu týkajícímu se nejasnosti o tom, proti jakému postupu či úkonu zadavatele návrh vlastně směřuje. Tuto výtku Úřadu pokládá navrhovatel za formalismus, neboť již v návrhu uvedl, že plnění, které hodlá zadavatel mimo zadávací řízení pořídit, je majetková účast, popřípadě závod či jeho část, ve společnosti ČSAD Česká Lípa. Stejně tak bylo dle navrhovatele v návrhu popsáno, co zadavatel zatím pro zadání zakázky mimo zadávací řízení činil. Navrhovatel totiž uvedl, že zadavatel namísto toho, aby realizoval zadávací řízení, v němž by poptával např. autobusy, odbavovací zařízení nebo jiné nutné vybavení, hodlá mimo zadávací řízení takové potřebné vybavení pořídit od ČSAD Česká Lípa pod zástěrkou jiného právního jednání, čímž je koupě akcií, resp. závodu nebo jeho části ČSAD Česká Lípa.

9. Navrhovatel rovněž v rozkladu uvádí, že pojem postup směřující k zadání veřejné zakázky není zákonem nikterak definován, resp. není stanoveno, jaké projevy záměru zadavatele spadají pod pojem „postup“, a jaké nikoliv. Dle navrhovatele navíc pojem „postup“ jednoduše zahrnuje takové počínání (jednání, kroky), jejichž cílem je zadání zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, přičemž jednání zadavatele popsaná v návrhu lze dle navrhovatele bezpochyby pod tento pojem podřadit. Navrhovatel proto shrnuje, že Úřad postupoval nesprávně, když jednání zadavatele popsaná v návrhu nepovažoval za postup směřující k zadání veřejné zakázky, a proto je dle navrhovatele závěr Úřadu o předčasnosti návrhu zcela nesprávný, a to i s ohledem na samotnou dikci zákona.

10. Navrhovatel rovněž vytýká Úřadu, že se s některými námitkami navrhovatele uvedenými v návrhu nevypořádal, a proto shledává napadené usnesení rovněž částečně nepřezkoumatelné.

Závěr rozkladu

11. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

12. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 3. 4. 2020, jež Úřad obdržel dne 6. 4. 2020, uvedl, že v této fázi rozhodovacích procesů týkajících se zajištění dopravní obslužnosti na území Českolipska není prostor pro pouhé domněnky a spekulace navrhovatele. Pokud navrhovatel není schopen konkretizovat postup zadavatele, jež shledává za rozporný se zákonem, resp. za obcházení zákona, není přirozeně schopen uvést, proč je tento postup v rozporu se zákonem. Od Úřadu pak nelze očekávat, že bude přezkoumávat všechny možné varianty, které by všechny subjekty, jež navrhovatel označí, mohly v budoucnu zvažovat. Zadavatel navíc uvádí, že zvažuje vícero variant, přičemž odkup ČSAD Česká Lípa je pouze jednou z možností, a doposud je konkrétní způsob řešení předmětem dalších vnitřních úvah a interních rozhodovacích procesů zadavatele.

13. Zadavatel dodává, že postup, jež by bylo možno napadnout návrhem, musí mít určitou kvalifikovanou podobu, což v daném případě není splněno. Zadavatel navíc není povinen v této fázi úvah začít zajišťovat kapacity, neboť je zcela na rozhodnutí zadavatele, jakým způsobem tyto kapacity zajistí, nelze však z tohoto dovozovat nezákonný postup zadavatele. Navrhovatel neuvádí žádné odůvodněné argumenty nebo důkazy, ze kterých by bylo možné dovodit, že zadavatel v souladu se zákonem nepostupuje či nebude postupovat. Tvrzené obcházení zákona proto nemůže být založeno toliko na nepodložených spekulacích navrhovatele.

14. Zadavatel však ve svém vyjádření zdůraznil, že bude při svém postupu, jenž bude skutečně směřovat k zadání veřejné zakázky, postupovat v mezích příslušných právních předpisů, neboť si je vědom svých zákonných povinností.

15. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení potvrdil a podaný rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného usnesení a řízení, které vydání usnesení předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

18. Úřad tím, že napadeným usnesením rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného usnesení a zamítnutí podaného rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

19. Navrhovatel namítá, že zadavatel hodlá mimo zadávací řízení pořídit plnění, jež spočívá v pořízení majetkové účasti popř. závodu či jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa, přičemž tímto hodlá obejít zákon. Dle navrhovatele byly úkony zadavatele, jimiž směřuje k zadání veřejné zakázky, v návrhu dostatečně popsány a Úřad měl posoudit jednání zadavatele za rozporné se zákonem, přičemž zcela nesprávně označil návrh podaný navrhovatelem za předčasný.

20. Úřadu navrhovatel vytýká nedostatečné vypořádání všech dílčích námitek uvedených v návrhu.

Relevantní ustanovení právních předpisů

21. Dle § 14 odst. 1 veřejnou zakázkou na dodávky je veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle odstavce 3. Pořízením se rozumí koupě, nájem nebo pacht.

22. Dle § 248 odst. 1 zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, při kterém:

a) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu postupoval v souladu s tímto zákonem,
b) rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem,
c) ukládá nápravná opatření,
d) rozhoduje o návrhu podle § 267 zákona,
e) kontroluje podle kontrolního řádu soulad úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek s tímto zákonem.

23. Dle § 250 odst. 1 zákona lze návrh podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele, a to zejména proti:

a) zadávacím podmínkám,
b) dobrovolnému oznámení,
c) vyloučení účastníka zadávacího řízení,
d) rozhodnutí o výběru dodavatele,
e) volbě druhu zadávacího řízení, nebo
f) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.

24. Dle § 253 zákona je náležitostí návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, uvedení plnění, které zadavatel hodlá mimo zadávací řízení pořídit, a postupu, kterým zadavatel hodlá předmětné plnění pořídit.

25. Dle § 263 odst. 7 zákona Úřad zadavateli zakáže pokračovat v návrhem napadeném postupu, pokud v řízení o návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, zjistí, že postup zadavatele je v rozporu s tímto zákonem nebo jej obchází.

26. Dle § 45 odst. 3 správního řádu žádost nesmí být zjevně právně nepřípustná. Takovou žádost správní orgán neprojednává a řízení zastaví (§ 66). Usnesení se oznamuje účastníkům, kteří byli o zahájení řízení uvědoměni.

27. Dle § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže byla podána žádost zjevně právně nepřípustná.

Obecně k otázce zjevné právní nepřípustnosti

28. Dle komentářové literatury: *„zjevná právní nepřípustnost nastane tehdy, pokud je již ze samotné žádosti na první pohled patrné, že jí nelze vyhovět*“. (viz Vedral, J: *Správní řád-komentář*, 2. vyd., Bova Polygon, Praha, 2012, str. 482). Obdobně pak Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 7. 5. 2008, č. j. 2 As 74/2007 – 55, uvedl, že: *„zjevná právní nepřípustnost představuje neurčitý právní pojem, který je však nutno vykládat restriktivním způsobem. Podle ustanovení § 45 odst. 3 správního řádu totiž takovou žádost správní orgán neprojednává a řízení zastaví. Z důvodu ochrany práv účastníků řízení je proto možno k tomuto způsobu rozhodnutí přikročit jen tehdy, jestliže je skutečně již na první pohled zřejmé, že žádosti nelze vyhovět. To znamená, že tato nepřípustnost musí být patrna již ze samotné žádosti, nikoliv teprve z výsledků dalšího dokazování či zjišťování*.“

29. *„Žádost může být kvalifikována jako zjevně nepřípustná, pokud při jejím posuzování nebude správní orgán muset uplatňovat správní uvážení, resp. vykládat neurčité právní pojmy.*“ (viz Vedral, J: *Správní řád-komentář*, 2. vyd., Bova Polygon, Praha, 2012, str. 484). Pokud by však Úřad uplatnil správní uvážení nebo vykládal užité neurčité právní pojmy, musel by ve věci rozhodnout meritorně, čili zamítnout žádost, neboť by za takové procesní situace nebyla naplněna podmínka zjevnosti právní nepřípustnosti ve smyslu § 66 odst. 1 písm. b), resp. § 45 odst. 3 správního řádu. Komentář k § 45 odst. 3 správního řádu k problematice zjevné právní nepřípustnosti totiž uvádí, že: *„Smyslem tohoto ustanovení* je to*, aby se takovou žádostí, u které je zcela zjevné, že jí nemůže být vyhověno, neboť to právní úprava neumožňuje, správní orgán nemusel po věcné stránce zabývat,*

neboť by to bylo zjevně bezpředmětné (a odporující § 6 odst. 2) a výsledek řízení by byl naprosto stejný.“ (viz Vedral, J: *Správní řád-komentář*, 2. vyd., Bova Polygon, Praha, 2012, str. 482).

30. Výše uvedené doplnil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 22. 12. 2018, č. j. 1 As 365/2018 – 59, v němž konstatoval, že: *„že zjevná právní nepřípustnost žádosti musí být zřejmá již na první pohled a k tomuto závěru nelze dospět teprve z výsledků dalšího dokazování či zjišťování. V této souvislosti je však třeba zdůraznit, že ono další dokazování či zjišťování se týká meritorního posuzování věci a vyhodnocení přiložených podkladů k žádosti, nikoli ověřování splnění základních procesních podmínek pro vedení řízení. Zjištění, zda řízení nebrání právní překážka, nelze považovat za judikaturou zapovězené dokazování či zjišťování. Naopak, soud považuje za zcela logické a samozřejmé, že je povinností správního orgánu tyto záležitosti zkoumat. Důvod mj. tkví též v hospodárnosti správního řízení, protože by nebylo účelné vést řízení, v němž by byly řešeny již rozhodnuté záležitosti. Zároveň je zřejmé, že v rámci posouzení žádosti z hlediska její zjevné právní nepřípustnosti musí správní orgán činit určité kroky, které potvrdí správnost takovéhoto rozhodnutí. V opačném případě by se jeho rozhodnutí blížilo svévoli. Musí však postupovat velmi obezřetně a nepřesáhnout mez dovoleného ověřování procesních podmínek*.“

Ke zjevné právní nepřípustnosti návrhu v projednávaném případě

31. Úřad napadeným usnesením shledal, že návrh, resp. žádost navrhovatele je zjevně právně nepřípustná, a proto správní řízení dle § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu zastavil. Návrh navrhovatele byl shledán předčasným, jelikož směřoval vůči úkonům, jež jsou teprve součástí procesu tvorby vůle zadavatele a nemohou být proto v této fázi přezkoumatelné. Z návrhu navíc nebylo zřejmé, proti jakému postupu či úkonu zadavatele návrh směřuje, neboť nebyl označen žádný jednoznačný projev vůle zadavatele směřující k přímému uzavření smlouvy s konkrétním obsahem. Navrhovatel tedy nesplnil povinnost dle § 253 zákona.

32. Navrhovatel se ovšem domnívá, že předmět plnění, jež zadavatel hodlá mimo zadávací řízení pořídit, specifikoval dostatečně a dostál tak povinnosti vymezené v § 253 zákona. V návrhu totiž uvedl, jaké plnění hodlá zadavatel mimo zadávací řízení pořídit, a to majetkovou účast (akcie), popř. závod či jeho část společnosti ČSAD Česká Lípa. Navrhovatel je toho názoru, že se zadavatel tímto snaží obejít zákon, neboť pod zástěrkou jiného právního jednání spočívajícího v koupi akcií, resp. závodu či jeho části ČSAD Česká Lípa, hodlá k zajištění dopravní obslužnosti na Českolipsku pořídit primárně potřebné vybavení právě od této společnosti.

33. Pro závěry ohledně zjevné právní nepřípustnosti jsou rozhodná dvě rozhodnutí Úřadu, a to rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 25. 6. 2018, č. j. ÚOHS-R0057/2018/VZ-18785/2018/323/EBr (dále jen „**rozhodnutí R0057/2018**“) a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 12. 2017, č. j. ÚOHS-R0148/2017/VZ-35396/2017/323/EBr (dále jen „**rozhodnutí R0148/2017**“). Stěžejní v této věci je rovněž rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 27. 5. 2020, č. j. 31 Af 70/2018-131 (dále jen „**rozsudek KS**“).

34. V rozhodnutí R0057/2018 Úřad rozhodl, že je třeba § 14 vykládat tak, že pořízení akcií (tj. podílu v obchodní společnosti), závodu či části závodu společnosti je veřejnou zakázkou na dodávky, neboť pořizované plnění spadá pod definici „věci“ ve smyslu § 489 občanského

zákoníku a může být tedy předmětem veřejné zakázky na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona, a proto je akcie, závod či jeho část potřeba soutěžit.

35. Navrhovatel namítá, že zadavatel hodlá koupit akcie, závod či jeho část společnosti ČSAD Česká Lípa, přičemž hodlá snížit hodnotu pořizovaného plnění tak, aby ho nemusel soutěžit. To je totiž možné pouze v případě, že se jedná o podlimitní sektorovou veřejnou zakázku. Skutečnost, že se v tomto případě jedná o sektorového zadavatele, příp. sektorovou veřejnou zakázku není mezi stranami sporné, neboť to vyplývá již ze samotného návrhu navrhovatele, konkrétně bod 39 odůvodnění návrhu. V takovém případě by byl zadavatel povinen postupovat v režimu zákona pouze u nadlimitní veřejné zakázky.

36. Rozhodnutí R0057 ovšem bylo zrušeno rozsudkem KS, jež byl vydán v době přípravy tohoto rozhodnutí. Dle citovaného rozsudku je totiž nezbytné vykládat § 14 odst. 1 zákona v souladu s tzv. zadávací směrnicí, resp. Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES Text s významem pro EHP (dále jen „**zadávací směrnice**“), čili eurokonformně. Vzhledem k tomu, že čl. 2 odst. 8 zadávací směrnice uvádí, že se veřejnými zakázkami na dodávky rozumějí veřejné zakázky, jejichž předmětem je koupě výrobků, leasing výrobků nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní, nelze za věc ve smyslu § 14 odst. 1 zákona považovat akcie, závod či jeho část. Jak ostatně uvádí také Krajský soud v Brně v citovaném rozsudku: „*Přestože důvodová zpráva ‚veřejnou zakázku na dodávky' definuje jako ‚pořízení věcí hmotných a nehmotných, ovladatelných přírodních sil a zvířat ve smyslu [občanského zákoníku]', a odkazuje tedy zprvu na obecnou úpravu věcí obsaženou v českém právním řádu, následně dodává, že ‚mezinárodní i evropské právo označuje pořizovaný předmět za výrobek nebo zboží'. Uvedené upřesnění pojmu ‚věc' pak rovněž nasvědčuje tomu, že zákonodárce považuje za nutné vykládat jej pro účely zadávání veřejných zakázek v souladu s mezinárodním a evropským právem, a směřuje tak k plné transpozici zadávací směrnice*.“

37. Na tomto místě je vhodné uvést, že Úřadu nepřísluší s uvedeným názorem soudu polemizovat jinak než kasační stížností, přičemž rozhodnutí soudu v této chvíli plně respektuje a musí jej aplikovat v obdobných věcech.

38. Za současného stavu věcí platí, že by tedy zadavatel nebyl povinen soutěžit ani podlimitní veřejnou zakázku, neboť dle rozsudku KS nelze akcie, závod či jeho část podřadit pod pojem věc dle § 14 odst. 1 zákona. Pokud tedy navrhovatel v předmětné věci napadá kroky zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, jejímž předmětem je pořízení akcií, závodu či jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa, pak je nezbytné konstatovat, že s ohledem na eurokonformní výklad § 14 odst. 1 nelze považovat pořízení předmětu plnění v podobě akcie, závodu či části závodu společnosti ČSAD Česká Lípa za veřejnou zakázku na dodávku. Úřad by tedy za předpokladu existence úkonů zadavatele směřujících k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, které v krocích zadavatel spatřuje navrhovatel, nemohl ve věci uložit nápravné opatření dle zákona, neboť tento na pořízení výše specifikovaného plnění nedopadá.

39. Vzhledem k tomu, že již ze samotného znění podaného návrhu je zjevné, že nelze kroky zadavatele, jež navrhovatel v návrhu popsal, považovat ani za úkony, které by k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení měly směřovat, je vhodné se vyjádřit také k povaze

těchto úkonů a Úřadem konstatované zjevné právní nepřípustnosti návrhu s ohledem na jeho předčasnost, resp. vypořádat se s rozkladovými námitkami.

40. Posledním rozhodnutím, které je třeba v této věci aplikovat, je totiž rozhodnutí R0148/2017, kterým byla dovozena zjevná právní nepřípustnost návrhu na zahájení správního řízení s ohledem na jeho předčasnost, jelikož tento návrh mířil vůči úkonům, které nelze považovat za úkony směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Ve zmiňovaném rozhodnutí totiž zaznělo, že: *„postup zadavatele musí mít jakousi kvalifikovanou podobu, přičemž z něj musí být jasné, že tento směřuje k zadání veřejné zakázky. Musí se tedy jednat o konkrétní kroky zadavatele, kterými dává najevo, že hodlá uzavřít kupříkladu smlouvu ve smyslu § 11 zákona. (…) Výše uvedený fakt podtrhuje také ustanovení § 253 zákona formulující zvláštní náležitosti návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Vedle všech obecných i zvláštních náležitostí návrhu, formulovaných v předcházejících ustanoveních zákona, je zde navrhovatel povinen rovněž specifikovat plnění, jež zadavatel hodlá zadat mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek, a postup, kterým zadavatel hodlá předmětné plnění pořídit.“* Tyto závěry byly následně potvrzeny i Krajským soudem v Brně, a to rozsudkem ze dne 5. 8. 2019, č. j. 31 Af 11/2018-252. V kontextu citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně jsem následně přistoupil k vypořádání rozkladových námitek.

41. Navrhovatel v návrhu stručně popsal dosavadní kroky zadavatele, přičemž uvedl, že zadavatel se snaží účelově snížit hodnotu společnosti ČSAD Česká Lípa tím, že vydal „Oznámení předběžných informací pro veřejnou zakázku na služby“, jež bylo uveřejněno v Úředním věstníku Evropské Unie dne 10. 12. 2019, (dále jen „**Oznámení**“), aby mohl nakoupit akcie, závod či jeho část této společnosti.

42. Dílčí námitce navrhovatele uvedené v bodě 32 tohoto rozhodnutí tedy nelze přisvědčit, neboť z podaného návrhu skutečně nevyplývá, jaké konkrétní plnění hodlá zadavatel mimo zadávací řízení pořídit, tedy zda hodlá pořídit akcie, závod či část závodu společnosti ČSAD Česká Lípa. Navrhovatel v návrhu rovněž neuvedl konkrétní způsob zadání veřejné zakázky, resp. zda se bude jednat o zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení či dokonce o vertikální spolupráci neboli „in-house“. Návrh navrhovatele byl vskutku velmi obecný. Navrhovatel nadto podal v totožné věci vícero návrhů a každý z nich směřoval vůči několika možným variantám plnění, jež zadavatel hodlá mimo zadávací řízení pořídit a zároveň každý z návrhů směřoval vůči jinému zadavateli, resp. vůči zadavateli v nyní projednávaném případě a jím ovládaným společnostem, a to společnosti Autobusy LK a ČSAD Liberec, v souvisejících případech. V žádném z návrhů však navrhovatel blíže nespecifikoval předmět plnění, ani postup, kterým konkrétní zadavatel hodlá požadované plnění pořídit. Nutno podotknout, jak vyplývá ze zjištěného skutkového stavu, že žádná z napadených variant doposud nebyla zadavatelem nebo jím ovládanými osobami realizována.

43. Prozatím navíc není zřejmé, jestli se zadání předmětné veřejné zakázky mimo zadávací řízení bude skutečně realizovat, neboť Liberecký kraj, resp. zadavatel zvažuje právě několik variant a doposavad nebyla žádná z těchto variant vybrána. Jako nejvhodnější z nich se zadavateli sice jeví varianta zajištění provozních kapacit odkupem již existujícího dopravce, nicméně ani tato varianta nebyla prozatím projednána a schválena příslušnými orgány zadavatele, byť za tímto účelem byl zpracován „Návrh postupu vč. reálného harmonogramu přípravy vedoucí k zajištění dopravní obslužnosti oblasti Českolipska vnitřním dopravcem“ ze dne

9. 9. 2019 (dále jen „**Návrh postupu**“), který zpracovává možné varianty zajištění dopravní obslužnosti v projednávaném případě, přičemž tyto varianty jsou shrnuty v bodě 43 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Návrh postupu ovšem nelze považovat za právně závazný, neboť neobsahuje přesně stanovený postup s konkrétním zadavatelem, nýbrž obsahuje toliko variantu zajištění dopravní obslužnosti od ČSAD Liberec, jejímž majoritním akcionářem je právě společnost Autobusy LK, jež byla zřízena rovněž za účelem zajištění dopravní obslužnosti na Českolipsku. Není tedy patrné, která ze společností bude daným zadavatelem. Zadavatel v projednávané věci vydal rovněž Oznámení, které také nelze považovat za závazné tedy ve smyslu, že by byl zadavatel povinen realizovat svou potřebu zajistiti dopravní obslužnost na Českolipsku tímto způsobem, jelikož obsahuje pouze předběžné informace.

44. Zároveň není jisté, zda zadavatel veřejnou zakázku hodlá zadat sám nebo prostřednictvím jím ovládaných společností. Pokud tedy navrhovatel v návrhu uvedl plnění, které „možná“ hodlá zadavatel pořídit, tedy si sám není jistý, zda zadavatel dané plnění hodlá pořídit a v jaké podobě. Námitku navrhovatele týkající se dostatečnosti specifikace pořizovaného plnění je nutné proto považovat za lichou.

45. Navrhovatel dále sděluje, že návrh nemůže být předčasný, jelikož zadavatel již v rámci svých orgánů projednává formy získání plnění od společnosti ČSAD Česká Lípa, z čehož nepochybně vyplývá, že zadavatel již vešel do jednání s touto společností a již učinil úkony směřující k zadání veřejné zakázky, které tak podléhají přezkumu Úřadu. Ze zákona navíc nevyplývá, že je zapotřebí, aby napadené kroky zadavatele měly kvalifikovanou podobu, tedy, aby byly projednány a schváleny příslušnými orgány zadavatele. Takový závěr Úřadu je dle navrhovatele nesprávný a nezákonný, neboť Úřad nemůže dovozovat další podmínky návrhu nad rámec zákona.

46. V tomto případě je však nezbytné považovat návrh navrhovatele za předčasný, jelikož zadavatel prozatím neučinil žádné kroky směřující k odkupu akcií či závodu, resp. jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa. Podaný návrh tak směřuje vůči úkonům, které zadavatel doposud neučinil. Pokud bychom posoudili povahu úkonů, které zadavatel již v souvislosti s předmětem tohoto řízení učinil, pak je nutné konstatovat, že tyto kroky lze zařadit toliko k úkonům, jež jsou teprve součástí procesu tvorby jeho vůle a nemohou být proto ve smyslu § 248 zákona Úřadem přezkoumány, neboť je nelze považovat za postup směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.

47. V daném případě je patrné, že ani sám navrhovatel není schopen z dosavadního postupu zadavatele označit konkrétní způsob, jakým hodlá zadavatel přistoupit k přímému uzavření smlouvy. Ostatně úkony, které navrhovatel popisuje, nelze vůbec považovat za projevení vůle zadavatele navenek, z něhož by bylo zřejmé, jakým způsobem bude při zadávání veřejné zakázky postupovat. Takové úkony Úřad nepřezkoumává, neboť nijak nesměřují k přímému zadání předmětné veřejné zakázky. Obdobně i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 5. 8. 2019, č. j. 31 Af 11/2018-252 konstatuje, že: „*aby bylo ovšem možné hovořit o postupu či úkonu, který skutečně směřuje k přímému uzavření smlouvy, musí být navenek projevena jednoznačná vůle zadavatele přistoupit k přímému uzavření smlouvy a alespoň v základních obrysech musí být zřejmé, jakým způsobem toho hodlá zadavatel dosáhnout (např. kterou zákonnou výjimku z povinnosti zadat zakázku v rámci zadávacího řízení hodlá využít)*.“

48. Pro doplnění je možné odkázat také na bod 35 odůvodnění rozsudku Soudního dvora ze dne 11. ledna 2005 ve věci C-26/03, Stadt Halle a RPL Lochau, dle kterého: „*Přezkumu nepodléhají jednání, která představují pouhý předběžný průzkum trhu nebo která jsou čistě přípravná a jsou součástí vnitřní úvahy zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky*.“ Jinými slovy přezkoumatelný nemůže být úkon, který je teprve součástí procesu tvorby vůle zadavatele, jež nelze považovat za skutečný projev vůle navenek.

49. Návrh je proto v nyní projednávané věci předčasný, a tudíž zjevně právně nepřípustný, neboť kroky zadavatele, jež by Úřad mohl považovat za úkony směřující k zadání veřejné zakázky, musí mít určitou kvalifikovanou podobu, což v projednávaném případě nemají. Učiněné kroky zadavatele nelze ani za úkony směřující k zadání veřejné zakázky považovat a Úřad je proto není schopen přezkoumat. Obdobné závěry nalezneme také ve výše citovaném rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 8. 2019, č. j. 31 Af 11/2018-252, kde je uvedeno, že: „*jestliže tedy žalobce brojil návrhem proti postupu, který zjevně nebyl postupem směřujícím k přímému uzavření smlouvy, nýbrž toliko přípravným jednáním směřujícím teprve k utvoření jednoznačné vůle zadavatele, jednalo se o návrh právně nepřípustný*.“

50. Se zřetelem k výše uvedenému jsem tedy neshledal nezákonnost napadeného rozhodnutí, neboť Úřad tak, jak rozhodl, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Návrh navrhovatele je skutečně předčasný, neboť napadá kroky zadavatele, jež jsou toliko přípravným jednání směřujícím teprve k utvoření jednoznačné vůle zadavatele. Z důvodů již uvedených lze proto konstatovat, že Úřad správní řízení dle § 66 odst. 1 písm. b) zastavil v souladu se zákonem, neboť návrh je zjevně právně nepřípustný.

51. Nad rámec zdůrazňuji, že i za předpokladu existence úkonů směřujících k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, resp. absence předčasnosti návrhu, nebylo by možné návrh navrhovatele přezkoumat, neboť dle rozsudku KS zákon na pořízení akcií, závodu či jeho části nedopadá.

K namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí

52. Navrhovatel v rozkladu namítá, že způsob vypořádání některých návrhových námitek odkazem na související rozhodnutí vydaná v řízeních vedených pod sp. zn. ÚOHS-S0038/2020/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0023/2020/VZ považuje za nepřezkoumatelný. Stejně tak považuje navrhovatel za nepřezkoumatelné vypořádání námitky týkající se netransparentního postupu zadavatele pouhým odkazem na celkový kontext napadeného usnesení.

53. V případě odkazu na rozhodnutí vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0038/2020/VZ navíc navrhovatel uvádí, že vypořádání námitky týkající se nedostatků zadavatelem zveřejněného Oznámení v odkazovaném rozhodnutí nenalezl, neboť toto řízení bylo usnesením ze dne 9. 3. 2020, č. j. ÚOHS-04851/2020/522JKr zastaveno pro nezaplacení kauce.

54. S ohledem na výše uvedené považuje navrhovatel napadené usnesení za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

55. Předně k dané věci uvádím, že pokud Úřad shledal návrh navrhovatele zjevně právně nepřípustným a svůj závěr přezkoumatelným způsobem odůvodnil, pak nezbývá než shledat

celý návrh navrhovatele za vypořádaný. V dané věci je nepochybné, že návrh navrhovatele je předčasný, a tudíž zjevně právně nepřípustný.

56. Navrhovateli lze dát částečně za pravdu v části týkající se námitky vymezené v bodě 53 odůvodnění tohoto rozhodnutí, neboť Úřad skutečně odkázal na vypořádání námitky týkající se nedostatku zadavatelem zveřejněného Oznámení na rozhodnutí, v němž navrhovatel vypořádání této námitky nenalezl, neboť dané řízení bylo tímto rozhodnutím zastaveno z procesních důvodů. V této věci jsem však vyhověl rozkladu zadavatele, přičemž rozhodnutí vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0023/2020/VZ bylo zrušeno a vráceno Úřadu k novému projednání, přičemž tento je zavázán rozhodnout o celém návrhu. Tímto plně odkazuji při vypořádání námitky uvedené v návrhu týkající se daného Oznámení na toto nové rozhodnutí Úřadu, kde bude následně vypořádána.

57. Závěrem je možné shrnout, že z odůvodnění napadeného usnesení je patrné, jakými úvahami se Úřad při hodnocení skutkových a právních otázek řídil, stejně tak je zřejmé, jakým způsobem se s námitkami navrhovatele vypořádal, tudíž nelze považovat napadené usnesení za nepřezkoumatelné. Podobně posuzoval otázku nepřezkoumatelnosti rozhodnutí pro nedostatek důvodů i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 25. 10. 2018, č. j. 4 As 132/2018 – 63, v němž uvedl, že: „*Za nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou považována zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení*.“ Obdobné však platí i pro správní orgány.

58. Se zřetelem k výše uvedenému proto nezbývá než konstatovat, že napadené usnesení je přezkoumatelné, neboť Úřad zohlednil veškeré skutečnosti a vypořádal všechny relevantní námitky a zcela tak vyhověl požadavkům kladeným na odůvodnění rozhodnutí.

Shrnutí

59. Závěrem lze shrnout, že v šetřeném případě jsem neshledal existenci konkrétních kroků zadavatele ke koupi akcií, závodu či jeho části společnosti ČSAD Česká Lípa. V souvislosti s uvedeným také nic nenasvědčuje tomu, že by zadavatel hodlal při svém postupu obejít zákon. Zadavatel navíc ve Vyjádření k rozkladu ze dne 3. 4. 2020 dodává, že si je vědom všech svých zákonných povinností v souvislosti s případným zadáním veřejné zakázky a pro případ jejího zadání bude postupovat v souladu se zákonem a jinými příslušnými právními předpisy. Nelze jinak než konstatovat, že návrh na zahájení správního řízení byl podán předčasně, a proto je i zjevně právně nepřípustný. Napadené usnesení rovněž nelze považovat za nepřezkoumatelné, neboť Úřad vypořádal všechny relevantní námitky navrhovatele.

60. Nad rámec k námitkám týkajícím se souvisejících řízení, a to řízení vedených pod sp. zn. ÚOHS-S0023/2020/VZ, ÚOHS-S0025/2020/VZ, ÚOHS-S0026/2020/VZ, odkazuji na jejich vypořádání v příslušných rozhodnutích, resp. na související rozhodnutí o rozkladech proti nim. Konkrétně pak na rozhodnutí vydaná v řízení vedených pod sp. zn. ÚOHS-R0064/2020/VZ, ÚOHS-R0066/2020/VZ, ÚOHS-R0067/2020/VZ.

VII. Závěr

61. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení z důvodu uváděných v rozkladu.

62. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, Liberec 460 01
2. Mgr. Jiří Honěk, advokát, Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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