



UOHSX00G51SA

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0042/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-17426/2022/161

Brno 31. 5. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 30. 3. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne podaném navrhovatelem –

- **Apeiron advisory s. r. o.**, IČO 10944010, se sídlem Kaprova 42/14, 110 00 Praha – Staré Město, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 3. 2022, sp. zn. ÚOHS-S0029/2022/VZ, č. j. ÚOHS-09682/2022/510, vydanému ve správním řízení vedeném o návrhu ze dne 19. 1. 2022 na zákaz plnění smlouvy na koncesi „**PROVOZOVÁNÍ VODOHOSPODÁŘSKÉ INFRASTRUKTURY VE VLASTNICTVÍ OBCE VELKÉ PŘÍLEPY**“ uzavřené dne 31. 12. 2021 mezi zadavatelem –
- **obec Velké Přílepy**, IČO 00241806, se sídlem Pražská 162, 252 64 Velké Přílepy, a vybraným dodavatelem –
- **Vodovody a kanalizace Beroun, a. s.**, IČO 46356975, se sídlem Mostníkovská 255/3, 266 01 Beroun – Beroun-Závodí,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 3. 2022, sp. zn. ÚOHS-S0029/2022/VZ, č. j. ÚOHS-09682/2022/510

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon**“<sup>1</sup>) 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 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 19. 1. 2022 návrh navrhovatele – Apeiron advisory s. r. o., IČO 10944010, se sídlem Kaprova 42/14, 110 00 Praha – Staré Město (dále též „**navrhovatel**“<sup>1</sup>) – datovaný téhož dne.
2. Na základě podaného návrhu bylo dne 19. 1. 2022 zahájeno správní řízení o uložení zákazu plnění koncesní smlouvy uzavřené dne 31. 12. 2021 (dále též „**koncesní smlouva**“) mezi zadavatelem – obcí Velké Přílepy, IČO 00241806, se sídlem Pražská 162, 252 64 Velké Přílepy (dále též „**zadavatel**“) a vybraným dodavatelem Vodovody a kanalizace Beroun, a. s., IČO 46356975, se sídlem Mostníkovská 255/3, 266 01 Beroun – Beroun-Závodí (dále též „**vybraný dodavatel**“) na plnění koncese „PROVOZOVÁNÍ VODOHOSPODÁŘSKÉ INFRASTRUKTURY VE VLASTNICTVÍ OBCE VELKÉ PŘÍLEPY“ (dále též „**koncese**“).
3. Zadavatel původně zadával koncesi na provozování vodohospodářské infrastruktury ve svém vlastnictví na dobu plnění 5 let s předpokládaným příjmem koncesionáře 54,76 mil. Kč. Toto koncesní řízení však bylo ukončeno uplynutím zadávací lhůty.
4. Zadavatel poté dne 7. 10. 2021 odeslal 4 dodavatelům výzvu k podání nabídky na koncesi s předpokládanou dobou trvání koncese od 1. 1. 2022 do 30. 6. 2023. Předpokládaná hodnota koncese činila 18,61 mil. Kč bez DPH. Lhůta pro podání nabídek končila dne 8. 11. 2021.
5. Navrhovatel dne 27. 12. 2021 zadavateli adresoval námítky proti postupu zadavatele mimo koncesní řízení. Navrhovatel v námítkách uvedl, že zadavatel dne 5. 10. 2020 zahájil zadávací

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného koncesního řízení.

řízení dle zákona na koncesi provozovatele vodohospodářské infrastruktury s předpokládanou hodnotou 54 765 000 Kč. Dále uvedl, že uvedené zadávací řízení bylo zrušeno usnesením zastupitelstva zadavatele č. UZ-82-9/21 ze dne 23. 8. 2021 a ihned poté rozhodlo zastupitelstvo zadavatele usnesením č. UZ-84-9/21 z téhož dne, že již nebude postupovat podle zákona a vybere provozovatele vodohospodářské infrastruktury prostřednictvím koncese malého rozsahu. Dle názoru navrhovatele zadavatel zcela účelově stanovil dobu plnění koncese na 1,5 roku s předpokládanou hodnotou 18 613 000 Kč těsně pod finanční limit 20 mil. Kč dle § 178 ZZVZ, aby se vyhnul řádnému zadávacímu řízení dle zákona. Navrhovatel v námitkách navrhl, aby zadavatel postup směřující k zadání koncese mimo zadávací řízení zrušil a zahájil řádné zadávací řízení.

6. Zadavatel dne 31. 12. 2021 uzavřel s vybraným dodavatelem koncesní smlouvu a dne 10. 1. 2022 odmítl námitky navrhovatele s tím, že svůj postup označil za zákonný.
7. Navrhovatel na zadavatelovy kroky zareagoval návrhem ze dne 19. 1. 2022 doručeným Úřadu téhož dne, kterým se domáhá uložení zákazu plnění koncesní smlouvy ze dvou důvodů:
  - a) z důvodu uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoliv byl zadavatel k takovému postupu povinen, tedy ve smyslu § 254 odst. 1 písm. a) zákona, a
  - b) z důvodu uzavření smlouvy v blokační době aktivované námitkami navrhovatele ze dne 27. 12. 2021, tedy ve smyslu § 254 odst. 1 písm. b) zákona.

## II. Napadené rozhodnutí

8. Úřad po přezkoumání postupu zadavatele vydal dne 18. 3. 2022 rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0029/2022/VZ, č. j. ÚOHS-09682/2022/510 (dále též „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh navrhovatele zamítl dle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
9. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí se podává, že v posuzované věci se jedná o koncesi malého rozsahu a není tedy dán důvod pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 254 odst. 1 písm. a) zákona. Zadavatel byl oprávněn dobu plnění koncese stanovit na 1,5 roku a tomuto období vypočetl správně předpokládanou hodnotu. Výpočet předpokládané hodnoty koncese navrhovatel ostatně nezpochybňuje.
10. Úřad nevyhověl ani návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy pro její uzavření v blokační době. Dovedil totiž, že námitky navrhovatele věcně nezpochybňovaly, že by se jednalo o koncesi malého rozsahu, nezpochybňovaly ani její hodnotu, pouze dobu trvání. Takové námitky nebyly přípustné dle § 241 odst. 1 zákona. Proto zadavateli nezačala běžet lhůta pro vyřízení námitek a nezačala běžet ani blokační doba dle § 246 odst. 1 písm. b) zákona. K uzavření koncesní smlouvy tak nemohlo dojít v blokační době. Tím postrádá relevanci i obrana navrhovatele proti způsobu, jakým jeho námitky zadavatel odmítl.

## III. Námitky rozkladu

11. Navrhovatel obdržel napadené rozhodnutí dne 19. 3. 2022 a dne 30. 3. 2022 proti němu podal rozklad datovaný téhož dne. Rozklad byl podán řádně a včas.

12. Navrhovatel předně nesouhlasí s tím, že by jím podané námitky nebyly námitkami dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona, tedy námitkami vůči postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem.
13. Navrhovatel zdůrazňuje, že svými námitkami nepochybně nebrojil proti délce trvání koncese malého rozsahu, ale proti nezákonnému postupu zadavatele, který původní koncesi účelově rozdělil, aby ji mohl zadat mimo zadávací řízení. Dále navrhovatel upozorňuje na rozhodovací praxi správních soudů a Úřadu, podle které platí, že v případě podání námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona směřujících proti uzavření smlouvy mimo zadávací řízení není z hlediska oprávněnosti podat námitky a jejich právních účinků (zejm. aktivace běhu blokační doby) relevantní, zda se následně prokáže, že zadavatel předmětnou výjimku využil v souladu se zákonem.
14. Navrhovatel dále uvádí, že vzhledem k tomu, že podal zákonné námitky, počala běžet blokační doba. Protože zadavatel uzavřel koncesní smlouvu na koncesi před uplynutím blokační doby, je dle navrhovatele dán důvod pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona. Navrhovatel v této souvislosti poukazuje také na to, že zadavatel podané námitky řádně nevyřídil, neboť neobsahují prakticky žádné odůvodnění, ani řádné poučení o možnosti podat návrh k Úřadu.
15. Dle navrhovatele se zadavatel svým postupem dopustil také správních deliktů ve smyslu ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona a § 268 odst. 1 písm. d) zákona, tedy přestupků spočívajících v tom, že nebyla dodržena pravidla zadávání, a v tom, že nebyly řádně vyřízeny námitky.
16. Dále navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že v posuzovaném případě není důvod pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel měl od r. 2014 uzavřenu koncesní smlouvu na stejný předmět plnění, tedy provozování vodohospodářské infrastruktury ve vlastnictví zadavatele. Dne 5. 10. 2020 zadavatel zahájil koncesní řízení, které mělo navazovat na koncesní smlouvu z roku 2014. Toto koncesní řízení bylo zrušeno usnesením zastupitelstva zadavatele dne 23. 8. 2021, přičemž v ten samý den byla usnesením zastupitelstva zadavatele vyhlášena koncese coby koncese malého rozsahu, a to bez jakéhokoli zdůvodnění. Navrhovatel má tedy za to, že zadavatel původně plánovanou koncesi rozdělil na části, a to tak, že tyto koncese jsou účelově poptávány mimo zadávací řízení (resp. minimálně posuzovaná koncese coby první z nich). Dle názoru navrhovatele tedy zadavatel účelově obchází zákon. Navrhovatel uvádí, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, byl by povinen zadat koncesi na provozování vodohospodářské infrastruktury v zadávacím řízení a uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Dle navrhovatele je tudíž dán také důvod pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona.
17. Navrhovatel namítá i další porušení zákona a zásad správního řízení, mimo jiné uvádí, že pokud byly shledány důvody pro zamítnutí návrhu (s čímž však navrhovatel nesouhlasí), měl být návrh zamítnut podle § 265 písm. c) zákona a navrhovateli měla být vrácena kauce.

#### **Závěr rozkladu**

18. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

19. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
20. K rozkladu navrhovatele se podáním ze dne 7. 4. 2022 vyjádřil zadavatel, který se zcela ztotožnil s napadeným rozhodnutím.
21. K rozkladu navrhovatele se podáním ze dne 6. 4. 2022 vyjádřil i vybraný dodavatel, který uvedl, že postup zadavatele byl zákonný. Zadavatel poté, kdy bylo původní koncesní řízení ukončeno uplynutím zadávací lhůty, zadal koncesi malého rozsahu na přechodnou dobu, v níž proběhne nové koncesní řízení. Postupem zadavatele nedošlo k porušení či k obcházení zákona, proto by měl být rozklad zamítnut.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně právně posoudil otázku přípustnosti námitek navrhovatele. Dále, ačkoliv správně konstatoval, že ve věci se jedná o koncesi malého rozsahu, nenavázal na tento dílčí závěr procesně příslušným způsobem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k dalšímu řízení a rozhodnutí.

#### **V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí**

##### *K přípustnosti námitek*

24. Dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona platí, že námitky lze podat proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
25. I zakázka malého rozsahu (dále též „**VZMR**“), stejně jako koncese malého rozsahu (dále též „**KMR**“) jsou veřejnými zakázkami ve smyslu § 2 odst. 2 zákona a jsou tedy „zadávané“. Na zadavatele se tak vztahují určité povinnosti dané zákonem o zadávání veřejných zakázek s výhradou povinností vyplývajících ze zadávání veřejných zakázek v zákonem předpokládaném druhu zadávacího či koncesního řízení (§ 31 zákona totiž stanovuje v tomto smyslu výjimku pro VZMR a § 178 zákona stanovuje obdobnou výjimku pro KMR). Platí však, že proti postupu zadavatele je možná obrana dle části třinácté zákona v podobě námitek, na což navazuje zadavatelova povinnost námitky vyřídit dle § 245 zákona a povinnost dodržet blokační dobu dle § 246 zákona.
26. Proti postupu zadavatele zadávajícího VZMR či KMR je v zásadě přípustný jediný typ námitek, a sice právě námitky dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona, které zpochybňují oprávněnost zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Svou podstatou se tedy musí jednat o námitky

postavené na argumentaci, že se v případě veřejné zakázky nejedná o veřejnou zakázku nebo koncesi malého rozsahu.

27. Tento přístup potvrzuje i komentářová literatura: „Podle § 241 odst. 1 je vyloučeno, aby dodavatel prostřednictvím námitek brojil proti postupu zadavatele při zadávání koncese malého rozsahu mimo zadávací řízení a přezkum daného postupu je dle § 248 odst. 1 vyjmut rovněž z rozhodovací pravomoci ÚOHS. Uvedené však neznamená, že dodavatel je zbaven možnosti podat námitky podle § 241 odst. 2 písm. c) v případě, kdy se domnívá, že zadavatel koncesi malého rozsahu mimo zadávací řízení zadává nezákonně.<sup>2</sup> (...) Sama otázka, zda zadavatel zvolil zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení oprávněně, souvisí s důvodností daných námitek a promítne se až do výsledného posouzení námitek (setrvá-li zadavatel na svém postupu, neboť se domnívá, že je oprávněný, námitky odmítne dle § 245 odst. 2), a nikoliv do posouzení toho, zda mohly být námitky podány či nikoliv.“<sup>3</sup>
28. Z názvu námitek navrhovatele (*Námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek*), jakož i z jejich obsahu (viz bod 5 tohoto rozhodnutí) není pochyb, že navrhovatel brojí proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, což navrhovatel považuje za nezákonný postup.
29. Podstatou námitek navrhovatele je totiž tvrzení, že zadavatel účelově rozdělil původní koncesi, s předpokládanou hodnotou 54,76 mil. Kč, na více částí tak, aby mohl využít výjimku dle § 178 zákona. Navrhovatel tedy namítá, že podmínky pro uplatnění výjimky dle § 178 zákona ve skutečnosti naplněny nejsou, a to právě z důvodu účelového rozdělení původní koncese. Navrhovatel tak v námitkách jednoznačně uvádí tvrzení, která jsou relevantní z hlediska § 241 odst. 2 písm. c) zákona.
30. Nelze se totiž ztotožnit se závěrem napadeného rozhodnutí, dle kterého navrhovatel nesouhlasí toliko se zadavatelem stanovenou dobou trvání koncese v délce 1,5 roku, jak je uzavřeno v bodech 87-91 napadeného rozhodnutí. Ačkoliv se na první pohled může zdát, že uvedená argumentace Úřadu je správná, nelze odhlédnout od skutečnosti, že hodnota koncese na provozování hospodářské infrastruktury je nutně odvozena od délky trvání takové koncese, neboť se jedná o plnění, které je trvalého charakteru. Pokud tedy navrhovatel tvrdil, že z původní koncese s předpokládanou hodnotou 54,76 mil. Kč byla účelově oddělena koncese v kratší době trvání s předpokládanou hodnotou 18,61 mil. Kč, jednalo se o námitku směřující (byť nepřímo) i do výše předpokládané hodnoty koncese, která je s její délkou trvání nutně spojena. Opačný přístup lze považovat za příliš formalistický.
31. Na základě shora uvedených skutečností tak lze vyslovit dílčí závěr, že námitky navrhovatele jsou přípustné. Vzhledem k této skutečnosti byl jejich doručením zadavateli aktivován zákaz uzavření smlouvy ve smyslu ustanovení § 246 odst. 1 písm. b) zákona. Uzavřel-li zadavatel v průběhu blokační doby koncesní smlouvu, zákaz uzavření smlouvy porušil. Je tedy nutno konstatovat, že ani závěry obsažené v 92 napadeného rozhodnutí nejsou správné.

<sup>2</sup> Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1159.

<sup>3</sup> Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1399.

*K rozhodnutí o námitkách*

32. Námitky navrhovatele odmítl zadavatel rozhodnutím ze dne 10. 1. 2022 takto: *„Zadavatel se pečlivě seznámil s obsahem Námitek, a musí konstatovat, že Námitky nelze považovat za důvodné. Zadavatel postupoval výhradně v souladu s platnou legislativou ČR a v souladu se zadávací dokumentací zrušeného koncesního řízení „Provozování vodohospodářské infrastruktury obce Velké Přílepy“ ze dne 6.10.2020, tak v souladu se zadávací dokumentací koncesního řízení „Provozování vodohospodářské infrastruktury ve vlastnictví obce Velké Přílepy“ vypsaného dne 7.10.2021 Poradcem Zadavatele.*

*Zadavatel nadále uvádí, po vypořádání závazků vyplývajících z uzavřené koncesní smlouvy s vítězem koncesního řízení na veřejnou zakázku „Provozování vodohospodářské infrastruktury ve vlastnictví obce Velké Přílepy“, bude postupovat i nadále výhradně v souladu s platnou legislativou ČR.“*

33. Z citace rozhodnutí zadavatele je patrné, že nelze hovořit o tom, že by se zadavatel k námitkám podrobně a srozumitelně vyjádřil, jak mu ukládá ustanovení § 245 odst. 1 zákona. Zadavatel ve svém rozhodnutí věcnou podstatu námitek zcela míjí. Rozhodnutí o námitkách je bezobsažné a jediný zadavatelův argument – postup v souladu se zákonem – je genericky využitelný v jakékoliv situaci, v níž by se mohl zadavatel ocitnout.

34. K povinnosti zadavatele rozhodnout řádně i o námitkách proti postupu mimo zadávací řízení se vyjádřil i rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 90/2017-54 ze dne 7. 8. 2019. V uvedeném rozsudku Krajský soud v Brně konstatoval, že *„pokud však jde o možnost podat námitky v tom smyslu, že podmínky pro zadávání veřejné zakázky malého rozsahu (mimo zadávací řízení na základě výjimky podle § 31 ZZVZ) splněny nebyly, neboť se o veřejnou zakázku malého rozsahu nejedná, pak takové námitky přípustné jsou podle § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ a zadavatel má povinnost je vyřídít postupem podle § 245 ZZVZ. (...) byť by při volbě jednoho z možných způsobů výlučně jazykového výkladu § 241 ZZVZ mohlo z textu tohoto ustanovení vyplývat, že námitky lze podat pouze tehdy, postupuje-li zadavatel v rozporu se ZZVZ, považuje zdejší soud takový výklad za absurdní, neboť v takovém případě by posuzování důvodnosti podaných námitek muselo předcházet posuzování jejich přípustnosti. Samotný zákonodárce, jak plyne z důvodové zprávy k § 245 ZZVZ, předpokládal, že námitky lze uplatnit i v případech, kdy zadavatel postupuje v souladu se ZZVZ, a v takovém případě zadavatel musí být „...schopen svůj postup obhájit (...). Pokud bude v námitkách uvedeno něco, co věcně s řešenou problematikou nesouvisí, je přezkoumatelným vypořádáním i sdělení, že daný argument s řešenou věcí nesouvisí, a to včetně uvedení důvodů, pro které na tento svůj závěr zadavatel usuzuje.“*

35. Zadavatel podstatu své argumentace o zadání koncese malého rozsahu v délce trvání 1,5 let s předpokládanou hodnotou 18,61 mil. Kč vyjevil až ve svém vyjádření k návrhu tak, že určil dobu koncese na 1,5 roku, během kterého by měl zadavatel prostor na přípravu a provedení nového koncesního řízení, neboť původní koncesní řízení vedené v souladu se zákonem bylo zrušeno. Zadavatel tak tvrdil, že využil koncese malého rozsahu z důvodu aktuální, urgentní potřeby spravování vodohospodářského majetku obce a z důvodu obtížnosti tvorby koncesní dokumentace, nikoliv pouze účelově, aby se vyhnul postupům stanoveným v zákoně. Tato tvrzení, byť jim bylo přisvědčeno (viz níže), tak nemohl navrhovatel vzít v potaz ve chvíli, kdy podal návrh v projednávané věci. Rozhodnutí o námitkách tak nesplnilo svůj základní účel,

kterým je objasnění důvodu zadavatelova postupu. Navrhovatelova obrana proti takovémuto rozhodnutí je tedy zcela důvodná.

*K charakteru koncese*

36. Navrhovatel trvá na tom, že zadavatel účelově rozdělil koncesi na služby tak, aby splňovala podmínky koncese malého rozsahu, čímž zadavatel mínil dosáhnout oprávnění zadat koncesi mimo zadávací či koncesní řízení.
37. Ve věci je Úřadu z úřední činnosti známo, že zadavatel původně zadával koncesi na provozování vodohospodářské infrastruktury ve svém vlastnictví na dobu plnění 5 let s předpokládaným příjmem koncesionáře 54,76 mil. Kč. Toto koncesní řízení však bylo ukončeno uplynutím zadávací lhůty, k tomu viz blíže rozhodnutí Úřadu ze dne 10. 8. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0239/2021/VZ, č. j. ÚOHS-27215/2021/500/Alv. Na vzniklou situaci zareagoval zadavatel dle svých slov tím, že se rozhodl zadat KMR na dobu 1,5 roku, a v získaném čase hodlal zahájit nové koncesní řízení.
38. Při posouzení postupu zadavatele stran předmětné koncese jsem se ztotožnil se závěry, které vyslovil Úřad v bodech 100 a násl. napadeného rozhodnutí. Koncesní smlouvu lze uzavřít jen na dobu určitou. Zadavatel vysvětlil, z jakého důvodu omezil dobu trvání koncese na 1,5 roku, tento důvod se jeví legitimní a zákon zadavateli jeho postup nezapovídá, naopak ve vztahu k délce trvání koncesních smluv je stanoven toliko horní limit pěti let, na něž může zadavatel zadat koncesi bez dalších podmínek. Ve vztahu k zadavatelem nově zvolené době trvání koncese navrhovatel stanovenou hodnotu koncese nezpochybňuje a ta zhruba odpovídá poměru původní hodnoty koncese a doby jejího trvání.
39. O nepřípustném dělení koncese by bylo možno uvažovat až tehdy, pokud by zadavatel dobu trvání koncese stanovoval opakovaně a zjevně účelově tak, že by docházelo k řetězení koncesí malého rozsahu, aniž by pro to existoval rozumný důvod.
40. Uzavírám tedy, že postup zadavatele, který zadal KMR na dobu trvání 1,5 roku s tím, že předpokládá realizaci koncesního řízení dle § 180 zákona, nevykazuje znaky nezákonnosti či účelového obcházení zákona. V této otázce tak nelze přisvědčit argumentaci obsažené v části E podaného rozkladu.

*K návrhu na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy*

41. Dle § 248 odst. 1 písm. c) zákona vykonává Úřad 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, a pro zvláštní postupy podle části šesté, při kterém ukládá nápravná opatření.
42. Z komentářové literatury se podává, že „z přezkumu ÚOHS jsou jednoznačně formulovanou konstrukcí v odstavci 1 komentovaného ustanovení vyloučeny VZMR. Podle této právní normy nepodléhají doзору ÚOHS nad dodržováním ZVZ ani koncese malého rozsahu, tj. koncese, jejichž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší než 20 mil. Kč bez DPH. Na zadávání VZMR a koncesí malého rozsahu se tedy dozorová působnost ÚOHS nevztahuje, s výjimkou případů, kdy došlo k nezákonnému dělení takové veřejné zakázky (námitkám dodavatele a navazujícímu



*přezkumu totiž podléhá také volba režimu zadávané veřejné zakázky a postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se ZVZ).“<sup>4</sup>*

43. Z ustanovení § 248 zákona, konkrétně z jeho odst. 1 písm. c), tedy vyplývá, že Úřad je oprávněn vykonávat dozor a ukládat nápravná opatření pouze v případech *podlimitních a nadlimitních veřejných zakázek včetně koncesí*, avšak s výjimkou KMR. Limity věcné pravomoci Úřadu dané ustanovením § 248 zákona jsou i bránou do ustanovení § 254 zákona, tedy do zvláštního ustanovení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy.
44. Tento závěr ostatně potvrzuje i již citovaný komentář: *„Ustanovení § 254 ZVZ koncepčně vychází z § 114 odst. 2 ZVZ 2006, když obě ustanovení upravují podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele k ÚOHS v období po uzavření smlouvy zadavatele s vybraným uchazečem (dodavatelem). ZVZ 2006 i ZVZ přitom vychází z principu, že v takovém případě lze podat výhradně návrh na uložení zákazu plnění uzavřené smlouvy. Podání takového návrhu však oba právní předpisy omezují pouze na vybrané případy, které se v obou právních předpisech v určité části shodují, nicméně ZVZ tyto důvody dále rozšiřuje a precizuje. Oproti ZVZ 2006 obsahuje ZVZ navíc speciální úpravu lhůt a náležitostí podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy. Významným rozdílem obou právních předpisů je skutečnost, že navrhovatel je oprávněn v režimu ZVZ (za stanovených podmínek) podat návrh na uložení zákazu plnění smlouvy u nadlimitních i podlimitních veřejných zakázek, přičemž za účinnosti ZVZ 2006 byla tato možnost pouze u nadlimitních veřejných zakázek.“<sup>5</sup>*
45. Navrhovatel se v posuzované věci domáhal uložení zákazu plnění smlouvy z důvodů dle § 254 odst. 1 písm. a) i písm. b) zákona, tedy jak proto, že byla koncesní smlouva uzavřena bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, tak proto, že byla koncesní smlouva uzavřena v blokační době aktivované jeho námitkami proti postupu zadavatele, viz bod 7 tohoto rozhodnutí.
46. Jak vyplývá ze shora citovaných zákonných ustanovení, Úřad je oprávněn vykonávat dozor a ukládat nápravná opatření pouze v případě koncesí, nikoliv KMR. Je-li tedy podán návrh v podobě, v jaké jej učinil navrhovatel, Úřad se zabývá otázkou, zda se o KMR jedná, či nikoliv, a na tomto posouzení závisí oprávnění uložit nápravné opatření.
47. Pokud by Úřad shledal, že se jedná o koncesi, a nikoliv o koncesi malého rozsahu, byly by dány důvody pro uložení zákazu plnění koncesní smlouvy ve smyslu § 254 odst. 1 písm. a) zákona. V posuzovaném případě by navíc byly dány i důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 254 odst. 1 písm. b) zákona, neboť zadavatel koncesní smlouvu uzavřel v blokační době.
48. Zadavatel tedy uzavřením smlouvy v blokační době vždy riskuje uložení zákazu jejího plnění se všemi důsledky z toho plynoucími, zejm. s rizikem jejího zneplatnění. Zadavatel je však nepochybně oprávněn posoudit, zda jsou námitky proti VZMR či KMR relevantní, či zda se jedná o zjevně nedůvodné námitky, a podle výsledku posouzení zvážit míru rizika a zvolit další postup. Zadavatel však není oprávněn rezignovat na řádné rozhodnutí o námitkách ve vztahu k vysvětlení, na jakém základě staví své oprávnění realizovat VZMR či KMR.

<sup>4</sup> Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, komentář k § 248.

<sup>5</sup> Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, komentář k § 254.

49. Pokud však Úřad shledal – jako v tomto případě – že se jedná o KMR, není oprávněn nápravné opatření v podobě zákazu plnění smlouvy uložit, neboť KMR jsou z jeho dozorové činnosti dle § 248 odst. 1 písm. c) zákona výslovně vyloučeny.
50. Dle § 265 písm. c) platí, že Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona. Pod toto zákonné ustanovení se řadí i situace, kdy Úřadu brání v rozhodnutí ve věci nedostatek působnosti, k čemuž odkazují na hojnou rozhodovací praxi Úřadu a rovněž komentář: *„Dle komentovaného ustanovení ÚOHS zamítne návrh, pokud tento nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dle ZVZ dodržovat, tedy zamítne návrh v případě, že o podaném návrhu nebude ÚOHS věcně příslušný rozhodovat. V souladu s § 248 je ÚOHS pověřen výkonem dozoru nad dodržováním pravidel zadavateli při postupu stanoveném ZVZ, zadávacími podmínkami pro zadání veřejné zakázky a dále přezkumem v souvislosti se zvláštními postupy zadavatelů podle části šesté ZVZ, mezi které patří rámcové dohody, DNS a soutěže o návrh. ÚOHS nepřezkoumává postup zadavatele např. při zadávání VZMR (s výjimkou postupu dle § 248 odst. 2, resp. § 4 odst. 4 nebo 5, tedy zadání VZMR při dobrovolné volbě přísnějšího režimu) a koncesí malého rozsahu.“*<sup>6</sup>
51. Návrh v posuzované věci nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona. Řízení o návrhu je proto na místě zastavit ve smyslu § 265 písm. c) zákona. Na zastavení řízení dle tohoto ustanovení pak navazuje vrácení kauce dle § 255 odst. 6 zákona.

## VI. Závěr

52. Po zvážení všech aspektů posuzované věci a rozkladových námitek navrhovatele jsem shledal, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně právně posoudil otázku přípustnosti námitek navrhovatele. Dále, ačkoliv Úřad správně konstatoval, že ve věci se jedná o koncesi malého rozsahu, nenavázal na tento dílčí závěr procesně příléhavým způsobem.
53. V posuzovaném případě bylo primárním argumentem návrhu tvrzení, že se nejedná o koncesi malého rozsahu, neboť zadavatel postupuje účelově a koncesi nezákonně dělí. Úřad učinil řádná skutková zjištění a na základě nich dospěl ke správnému dílčímu závěru, že se o koncesi malého rozsahu jedná. Na tento závěr však musí nutně navazovat konstatování, že v případech koncesí malého rozsahu není Úřad oprávněn zvažovat uložení opatření k nápravě, a to včetně zákazu plnění smlouvy, neboť mu v tom brání ustanovení § 248 zákona vymezující jeho věcnou pravomoc.
54. V dalším řízení proto Úřad při vědomí závazného právního názoru vysloveného v tomto rozhodnutí zvolí procesní postup tak, aby lépe odpovídal skutkovému stavu v tomto správním řízení.

---

<sup>6</sup> Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, komentář k § 265.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

1. Apeiron advisory s.r.o., Kaprova 42/14, 110 00 Praha – Staré Město,
2. obec Velké Přílepy, Pražská 162, 252 64 Velké Přílepy,
3. Vodovody a kanalizace Beroun, a.s., Mostníkovská 255/3, 266 01 Beroun – Beroun-Závodí

### **Vypraveno dne**

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