



UOHSX00HDQ0Y

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0011/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-11945/2023/163

Brno 30. 3. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 20. 1. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **EKO servis Varnsdorf a.s.**, IČO 25042149, se sídlem ul. Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 15. 10. 2013 advokátní kancelář PPS advokáti s.r.o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S565,S642/2013/VZ, č. j. ÚOHS-00647/2023/500 ze dne 5. 1. 2023,

vydanému ve věci návrhu navrhovatele ze dne 21. 10. 2013 na uložení zákazu plnění smlouvy č. ORŽP 18/2013 ze dne 3. 9. 2013 uzavřené na nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“ mezi zadavatelem –

- město **Šluknov**, IČO 00261688, se sídlem nám. Míru 1, 407 77 Šluknov, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 31. 1. 2023 Mgr. Bc. Tomášem Auerem, advokátem, ev. č. ČAK 20566, se sídlem Teplého 2786, 530 02 Pardubice, a
- společností **Technické služby Šluknov, spol. s r.o.**, IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov,

a současně v řízení zahájeném dne 28. 2. 2014 z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu jmenovaným zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných

zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kterého se měl dopustit zadáním výše specifikované veřejné zakázky mimo zadávací řízení,

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 rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S565,S642/2013/VZ, č. j. ÚOHS-00647/2023/500 ze dne 5. 1. 2023

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 v souvislosti se zadáváním šetřené veřejné zakázky

1. Město Šluknov, IČO 00261688, se sídlem nám. Míru 1, 407 77 Šluknov, (dále jen „**zadavatel**“) zahájilo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „**ZVZ**“) ¹ otevřené řízení na nadlimitní veřejnou zakázku na služby s názvem „Zajištění sběru, svozu a odstranění komunálního odpadu ve městě Šluknov“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 5. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 5. 2013 pod ev. č. 347305 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 5. 2013 pod ev. č. 2013/S 088-149896, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky byly shromažďování, sběr, přeprava, úprava, využívání a odstraňování komunálních odpadů na území města Šluknov včetně předávání komodit z odděleného sběru provozovatelům kolektivních systémů zpětného odběru.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky (včetně opce vyhrazené v bodě 15 zadávací dokumentace) činila v souladu s § 14 odst. 1 písm. b) ZVZ částku ve výši 19 800 000 Kč bez DPH.
4. Zadavatel dne 13. 8. 2013 rozhodl podle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ o zrušení zadávacího řízení (dále jen „**rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“); zadavatel své rozhodnutí následně doplnil (nedatovaným úkonem) o důvod zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. d) ZVZ.
5. Dne 3. 9. 2013 zadavatel uzavřel se společností Technické služby Šluknov, spol. s r.o., IČO 25410539, se sídlem Císařský 378, 407 77 Šluknov, (dále jen „**Technické služby Šluknov**“) smlouvu č. ORŽP 18/2013, jejímž předmětem byla realizace předmětu veřejné zakázky (dále

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na ZVZ, ve vztahu k posouzení uzavření smlouvy na veřejnou zakázku na základě in-house výjimky se jedná o znění ZVZ účinné ke dni jejího uzavření.

jen „**smlouva na veřejnou zakázku**“ nebo „**smlouva ze dne 3. 9. 2013**“). Zadavatel uvedl, že tuto smlouvu uzavřel na základě tzv. in-house výjimky z působnosti zákona podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ (dále jen „**in-house výjimka**“).

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

6. Dne 13. 9. 2013 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 112 ZVZ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh společnosti EKO servis Varnsdorf a.s., IČO 25042149, se sídlem ul. Svatopluka Čecha 1277, 407 47 Varnsdorf, (dále jen „**navrhovatel**“) podle § 114 odst. 1 ZVZ na zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení (dále jen „**návrh proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“). Doručením tohoto návrhu bylo téhož dne zahájeno podle § 113 ZVZ správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. **ÚOHS-S0565/2013/VZ**.
7. Dne 21. 10. 2013 doručil navrhovatel Úřadu návrh podle § 114 odst. 2 písm. a) ZVZ na uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ z důvodu jejího uzavření bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení (dále jen „**návrh na uložení zakazu plnění smlouvy**“), neboť dle navrhovatele nebyly splněny podmínky pro její uzavření na základě in-house výjimky. Doručením tohoto návrhu bylo téhož dne zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. **ÚOHS-S0642/2013/VZ**.
8. Dne 18. 12. 2013 Úřad spojil z moci úřední usnesením č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-23175/2013/523/KRk správní řízení sp.zn. ÚOHS-S0565/2013/VZ a sp.zn. ÚOHS-S0642/2013/VZ a přípisem č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-3471/2014/523/MSc ze dne 26. 2. 2014 rozšířil předmět tohoto správního řízení o **řízení ve věci možného spáchání správního deliktu** zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ z důvodu, že zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, aniž by byly splněny podmínky pro postup na základě in-house výjimky.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 6. 6. 2014 a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 8. 3. 2016

9. Dne 6. 6. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S565,642/2013/VZ-12105/2014/523/MSc, které bylo zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R210,227/2014/VZ-35176/2016/322/DRu ze dne 8. 3. 2016 a věc vrácena Úřadu k novému projednání.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016

10. Dne 1. 7. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0565,0642/2013/VZ-27840/2016/541/MSc (dále jen „**rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016**“). Výrokem I tohoto rozhodnutí Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ návrh proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem II tohoto rozhodnutí Úřad zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ návrh na uložení zakazu plnění smlouvy, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem III tohoto rozhodnutí Úřad zastavil podle § 117a písm. d) ZVZ správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem dle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 ZVZ.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016

11. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0194/2016/VZ-47852/2016/323/EBr ze dne 5. 12. 2016 potvrdil rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016 a zamítnul rozklad navrhovatele ze dne 19. 7. 2016 podaný proti tomuto rozhodnutí Úřadu (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016**“).

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 8. 2019 a Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 3. 2020

12. Navrhovatel podal proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016 žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**KS v Brně**“), který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 29 Af 13/2017-101 ze dne 20. 8. 2019 tak, že rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 12. 2016 zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. KS v Brně dospěl k závěru, že zadavatel neprokázal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, a proto nebyl oprávněn z tohoto důvodu zrušit zadávací řízení. Proti tomuto rozsudku podanou kasační stížnost Nejvyšší správní soud (dále jen „**NSS**“) zamítl rozsudkem č. j. 6 As 169/2019-42 ze dne 26. 3. 2020.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020

13. Dne 19. 6. 2020 vydal předseda Úřadu rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ, č. j. ÚOHS-18649/2020/323/PBI (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020**“), jehož výrokem I byl zrušen výrok I rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016 a věc mu vrácena v tomto rozsahu k novému projednání a výrokem II byly potvrzeny výroky II a III rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016 a v tomto rozsahu zamítnut rozklad navrhovatele ze dne 19. 7. 2016.

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 1. 2022

14. Navrhovatel podal proti výroku II rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19. 6. 2020 žalobu ke KS v Brně, který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 29 Af 50/2020-108 ze dne 12. 1. 2022 tak, že tento výrok zrušil a věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení (dále jen „**rozsudek KS v Brně ze dne 12. 1. 2022**“).

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 3. 5. 2022

15. Dne 3. 5. 2022 jsem vydal rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0194/2016/VZ, č. j. ÚOHS-13784/2022/163 (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 3. 5. 2022**“), kterým jsem zrušil výroky II a III rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016 a věc jsem v tomto rozsahu vrátil Úřadu k novému projednání. V návaznosti na rozsudek KS v Brně ze dne 12. 1. 2022 jsem dospěl k závěru, že Úřad do výpočtu podílu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele nesprávně zahrnul (i) činnosti, které byly uskutečněny až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dne 3. 9. 2013, a (ii) činnosti, které nebyly ze strany společnosti Technické služby Šluknov vůči zadavateli fakturovány, a tedy ani zadavatelem následně hrazeny (dále jen „**nefakturované činnosti**“), aniž by zadavatel objektivním, věrohodným, jednoznačným a přezkoumatelným způsobem prokázal způsob jejich ocenění.

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 1. 2023

16. Dne 5. 1. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S565,S642/2013/VZ, č. j. ÚOHS-00647/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

17. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh na uložení zákazu plnění smlouvy zamítá podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ, neboť Úřad nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 ZVZ.
18. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se správní řízení v části vedené ve věci možného spáchání přestupku dle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ zadavatelem zastavuje podle § 117a písm. d) ZVZ, neboť Úřad nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 ZVZ.
19. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že z ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ vyplývá, že pro aplikaci tzv. in-house výjimky z působnosti zákona musí být kumulativně splněny 3 podmínky, které je třeba vykládat restriktivně se zohledněním konkrétních skutkových okolností posuzovaného případu. Ke dvěma prvním podmínkám Úřad uvedl, že neshledal pochyb o tom, že byly v šetřeném případě naplněny, neboť zadavatel je jakožto územní samosprávný celek veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) ZVZ a rovněž jediným společníkem společnosti Technické služby Šluknov.
20. Ve vztahu k poslední sporné a návrhem napadené podmínce, podle níž musel dodavatel vykonávat ve prospěch zadavatele podstatnou část své činnosti, Úřad předně uvedl, že v ZVZ nebyla v této souvislosti určena žádná procentuální hranice, tak jako je tomu v současném zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), kde je v § 11 stanoven podíl činnosti ve výši 80 %. Úřad proto posoudil naplnění předmětné podmínky rovněž s ohledem na konkrétní okolnosti případu. Současně podotknul, že v důvodové zprávě k ZVZ bylo uvedeno, že *„obecně se v evropském pojetí považuje za převážnou činnost dosahující kolem 80 % obratu osoby“*.
21. Úřad přistoupil ke stanovení podílu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele (a jemu podřízených organizací) vůči celkovým nákladům této společnosti. Dle Úřadu nebylo vhodné použít kritérium obratu, neboť nefakturované činnosti do obratu nevstupují, a proto by došlo ke zkreslení výsledků.
22. Úřad přistoupil v rámci nového posouzení věci k dalšímu šetření skutečností vztahujících se k nefakturovaným činnostem. Zadavatel mu za tímto účelem v podrobnostech doložil charakter vykonávaných činností, konkrétní dílčí částky a jednotkové ceny, jimiž byly tyto činnosti oceněny. Jak přitom zadavatel sdělil ve vyjádření ze dne 22. 7. 2022, stanovení těchto částek sice nebylo založeno na závěrech ze znaleckých posudků, avšak zadavatel při jejich vyměření vyšel z částek v místě a čase obvyklých pro daný typ činností. Uvedené ceny dle zadavatele byly stanoveny ve výši, jež by byla standardně fakturována a zaplácena, přičemž Úřad neměl na základě shromážděných skutečností důvod uvedenému nedůvěřovat. Úřad tak měl za prokázané, že se zadavatel snažil ve vztahu k nefakturovaným činnostem dostat závěrům mého rozhodnutí ze dne 3. 5. 2022 i rozsudku KS v Brně ze dne 12. 1. 2022, a proto bylo možné tyto činnosti zohlednit pro účely posouzení splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti společnosti Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele.
23. Úřad v rámci nového posouzení věci rovněž vyzval zadavatele k doložení údajů vztahujících se k teplu dodávanému ze strany společnosti Technické služby Šluknov základní škole ve Šluknově a přistoupil k revizi období, ve kterém bylo posouzeno splnění podmínek in-house výjimky. Úřad tak přihlédl k údajům za rok 2012 a jako rozhodné období zohlednil údaje od počátku roku 2013 do uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

24. Na základě nově zjištěných skutečností Úřad přistoupil k posouzení, zda v šetřeném případě byla naplněna i poslední podmínka pro užití in-house výjimky z působnosti ZVZ. Úřad konstatoval, že ze shromážděných údajů vyplynulo, že v roce 2012 činil podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov pro zadavatele a jím řízené organizace 71,3 % a v období leden–srpen 2013 se jednalo o podíl činnosti ve výši 80,9 %. Úřad současně nabyl přesvědčení, že činnosti vykonávané společnostmi Technické služby Šluknov pro ostatní subjekty měly převážně doplňkový charakter a že se jednalo převážně o aktivity v rámci nevyužitých kapacit na straně této společnosti. Vzhledem k tomu Úřad dospěl k závěru, že byla naplněna i poslední podmínka stanovená v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ spočívající ve výkonu podstatné části činnosti dodavatele ve prospěch veřejného zadavatele, a proto bylo možné konstatovat, že zadavatel při uzavření smlouvy na veřejnou zakázku postupoval v souladu s tímto ustanovením zákona.

IV. Rozklad navrhovatele ze dne 20. 1. 2023

25. Dne 20. 1. 2023 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „rozklad“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 6. 1. 2023. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na sobotu 21. 1. 2023. Ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) správního řádu je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě pondělí 23. 1. 2023. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
26. Navrhovatel v rozkladu předně namítá, že se Úřad neřídil závazným právním názorem KS v Brně ani předsedy Úřadu, neboť přihlížel k nefakturovaným činnostem, aniž by je zadavatel transparentně doložil. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatelem předložené přehledy plnění připojené k jednotlivým předávacím protokolům neobsahují oproti předávacím protokolům, které již byly ve spisu a byly shledány nedostatečnými, žádné podrobnější informace vztahující se ke kalkulaci nefakturovaných činností a nikterak nekonkretizují způsob jejich ocenění.
27. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že je zcela nedostatečné pouhé obecné tvrzení zadavatele nepodložené konkrétními důkazy, že při ocenění nefakturovaných činností bylo vycházeno z částek v místě a čase obvyklých pro daný typ činností, neboť se jedná o netransparentní zdůvodnění, které nelze přezkoumat. Závěr Úřadu uvedený v bodě 187 napadeného rozhodnutí, že *„Úřad nemá na základě shromážděných skutečností důvod uvedenému nedůvěřovat“*, navrhovatel považuje v kontextu požadavků KS v Brně a předsedy Úřadu na dodržení zásady transparentnosti za excesivní a svévolný.
28. Navrhovatel připomíná, že splnění podmínek pro zadání zakázky formou in-house je třeba dle výkladové praxe interpretovat restriktivně. Důkazní břemeno, že skutečně existují výjimečné okolnosti odůvodňující odchylku od obecných pravidel, je přitom na tom subjektu, který se této výjimky dovolává. Zadavatel nepředložil Úřadu žádné relevantní vysvětlení ve vztahu k tvrzeným nefakturovaným činnostem a jejich ocenění, a proto k těmto činnostem nemělo být ze strany Úřadu vůbec přihlíženo.
29. Navrhovatel je současně toho názoru, že je již chybný závěr Úřadu o tom, že do výpočtu činností poskytnutých společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele mohou být zahrnuty nefakturované činnosti. Navrhovatel uvádí, že mu v tomto ohledu přisvědčil KS

v Brně, že zahrnutí nefakturovaných činností do výpočtu je účelovým krokem nacházejícím se v rozporu s restriktivním výkladem podmínek pro použití in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Navrhovatel v této souvislosti namítá, že jsou dány zcela zásadní pochybnosti o tom, zda nefakturované činnosti byly skutečně provedeny zadarmo, a to navíc za situace, kdy jiné činnosti byly společností Technické služby Šluknov vůči zadavateli běžně fakturovány. Dle navrhovatele společnost Technické služby Šluknov jako obchodní společnost jen těžko může poskytovat své služby bez jakéhokoliv protiplnění. Navíc pokud tyto činnosti byly prováděny bezplatně, pak je nelze ani nikterak ocenit. Dle navrhovatele nelze ani přehlédnout skutečnost, že na dané plnění nebylo vypsáno žádné zadávací řízení, byť to Úřad v bodě 187 napadeného rozhodnutí nepovažuje ze zcela nejasných důvodů za podstatné. Navíc by tímto došlo k úplnému popření zákonných daňových povinností ze strany společnosti Technické služby Šluknov, a to jak ve vztahu k DPH, tak ve vztahu k dani z příjmů.

30. Navrhovatel rovněž namítá, že v daném případě nelze použít nákladovou metodu, kterou používá Úřad. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) sp. zn. C-340/04 ve věci Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA ze dne 11. 5. 2006, podle něhož byl rozhodující obrat. Dle navrhovatele je možné využít nákladovou metodu pouze za situace, kdy obrat nelze určit, což však v posuzovaném případě neplatí. Navrhovatel v bodě 36 rozkladu spočítal, že podíl obratu společnosti Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele činil v roce 2013 pouze 62,5 %. Tato hodnota přitom ani vzdáleně nedosahuje hranice 80 %, kterou jako orientační užívá Úřad s odkazem na § 11 ZZVZ.
31. Navrhovatel taktéž namítá, že Úřad v rozporu se samotným principem zvolené nákladové metody neporovnává celkové náklady společnosti Technické služby Šluknov s jejími náklady vztahujícími se k činnostem provedeným v předmětném období ve prospěch zadavatele, nýbrž s obratem, a to včetně nefakturovaných činností, které sice do obratu reálně nevstupují, ale pro tyto potřeby měly být oceněny zadavatelem v tržních cenách. Úřad tedy poměruje zcela nesouvisející veličiny (náklady vs. obrat), a proto je zjevné, že jím zvolená metoda výpočtu je zkreslující, zavádějící a nelze podle ní postupovat.
32. V neposlední řadě navrhovatel uvádí, že z Úřadem provedených výpočtů (byť se jedná o výpočty zkreslující a zavádějící) nevyplývá, že by činnosti společnosti Technické služby Šluknov měly ve vztahu k jiným subjektům pouze marginální charakter.

Návrh rozkladu

33. Navrhovatel navrhuje, abych napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému posouzení.

Vyjádření zadavatele ze dne 6. 2. 2023 k rozkladu

34. Zadavatel ve vyjádření ze dne 6. 2. 2023 k rozkladu uvádí, že v reakci na výzvy Úřadu předložil množství nových dokladů, které hodnověrným způsobem dokládají náklady společnosti Technické služby Šluknov a nefakturované činnosti a způsob jejich ocenění. Není tedy pravdou, že by se jednalo o doklady, které již dříve byly součástí spisu, a tudíž že nepředložil žádné nové relevantní podklady vztahující se k nefakturovaným činnostem. Zadavatel konstatuje, že ocenění jednotlivých nefakturovaných činností stanovil způsobem standardně užívaným napříč všemi obchodními sférami, kdy je výsledná cena kalkulována jako násobek jednotkové

ceny a počtu těchto jednotek. Nadto zadavatel zcela odmítá tvrzení navrhovatele, že se jedná o „údajně“ odvedené činnosti. Zadavatel ho považuje za účelové a bez relevantního odůvodnění.

35. K navrhovatelem tvrzenému zákazu započítávání nefakturovaných činností zadavatel předně uvádí, že není pravdou, že by tento názor zazněl v rozsudku KS v Brně ze dne 12. 1. 2022. Dle zadavatele tento soud naopak konstatoval, že vztahy mezi veřejným zadavatelem a jím vlastněným a řízeným subjektem nemusí být vždy založeny na tržních podmínkách a takovýto podřízený subjekt může vykonávat určité činnosti ve prospěch veřejného zadavatele za netržní ceny či zcela bezplatně. Dle zadavatele in-house výjimka *a priori* míří právě na takové subjekty (ovládané osoby), které se hospodářské soutěže v podstatě neúčastní, neboť vykonávají podstatnou část své činnosti ve prospěch ovládajícího veřejného zadavatele. Cílem veřejným zadavatelem založené a ovládané právnické osoby totiž není generování zisku, jako je tomu u standardních obchodních společností, nýbrž zajištění konkrétních činností a úkolů ve prospěch tohoto veřejného zadavatele. Skutečnost, že si subjekt založený a ovládaný veřejným zadavatelem může dovolit poskytovat služby, dodávky či stavební práce tomuto veřejnému zadavateli zadarmo či za netržní ceny, dle mínění zadavatele naopak právě podtrhuje fakt, že se jedná o osobu ovládanou, jejímž primárním cílem není dosahování zisku, nýbrž plnění úkolů svěřených ovládajícím veřejným zadavatelem.
36. Zadavatel je dále toho názoru, že po společnosti Technické služby Šluknov ani po zadavateli (jakož ani po žádném jiném subjektu) nelze rozumně požadovat, aby veškeré vykonávané činnosti byly ohodnoceny na základě znaleckých posudků. Taková povinnost nevyplývá z žádného právního předpisu, a proto je nutné vycházet z cen v místě a čase obvyklých. Zadavatel uvádí, že při výpočtu hodnoty nefakturovaných činností bylo vycházeno ze stejných (či obdobných) položek, které byly standardně fakturovány a které odpovídaly tehdejší ceně v místě a čase obvyklé (nejedná se tedy o částky nahodilé, jak tvrdí navrhovatel).
37. K další námitce rozkladu zadavatel podotýká, že fakt, že subjekt poskytne své služby bez požadavku na protiplnění, nezakládá v žádném případě porušení daňových předpisů (nadto ani sám navrhovatel neuvádí, o jaké konkrétní daňové povinnosti by se mělo jednat). Zadavatel je rovněž přesvědčen o tom, že Úřad ani jeho předseda nemají pravomoc dodržování těchto předpisů kontrolovat.
38. Zadavatel rovněž připomíná, že ZVZ žádnou procentuální výši výkonu činností ve prospěch zadavatele nezakotvoval ani blíže nespecifikoval, a proto považuje za nedůvodnou námitku navrhovatele, že jím provedené výpočty nedosahují hranice 80 % činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov pro zadavatele. Zadavatel je toho názoru, že podmínka výkonu podstatné části činnosti společnosti Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele (příp. jím zřízených a ovládaných osob) byla naplněna, neboť činnost této společnosti na poli hospodářské soutěže měla pouze marginální charakter (a to i za předpokladu, že by nedošlo k dosažení navrhovatelem opakovaně uváděných 80 % z celkového objemu činností).
39. Zadavatel uzavřel, že je přesvědčen o tom, že byly naplněny veškeré podmínky pro užití in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, a proto navrhuje, abych rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

V. Řízení o rozkladu

40. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

41. 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.
42. Napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci vztahujícího se k posouzení naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ.
43. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

VI. K napadenému rozhodnutí a námitkám rozkladu

K důvodům zrušení výroků I a II napadeného rozhodnutí

44. Zadavatel uzavřel se společností Technické služby Šluknov smlouvu na veřejnou zakázku bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení na tuto veřejnou zakázku. Zadavatel tento postup odůvodnil tím, že smlouvu ze dne 3. 9. 2013 uzavřel na základě tzv. in-house výjimky z působnosti zákona zakotvené v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Vzhledem k tomu bylo v šetřeném případě stěžejní posoudit, zda byly naplněny všechny zde stanovené podmínky. Úřad dospěl k závěru, že tyto podmínky naplněny byly, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I a II napadeného rozhodnutí (blíže viz body 17 a 18 tohoto rozhodnutí).
45. Úřad napadené rozhodnutí vydal poté, co jsem rozhodnutím ze dne 3. 5. 2022 zrušil výroky II a III jeho rozhodnutí ze dne 1. 7. 2016 a věc jsem mu v tomto rozsahu vrátil k novému projednání (blíže viz body 10 a 15 tohoto rozhodnutí). V rámci nového posouzení věci byl Úřad vázán v souladu s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu závazným právním názorem vysloveným v mém rozhodnutí ze dne 3. 5. 2022, který navazoval na závazný právní názor KS v Brně vyjádřený v rozsudku ze dne 12. 1. 2022 (srov. bod 70 mého rozhodnutí ze dne 3. 5. 2022).
46. V § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, ve znění ke dni 3. 9. 2013, bylo stanoveno, že *„zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva; veřejný zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě, nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele,*

nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby“.

47. Z právě citované právní normy vyplývá, že zadavatelé podle ní mohli zadat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení za současného splnění těchto 3 podmínek:

- a. dodávky, služby nebo stavební práce byly poskytnuty **veřejnému zadavateli**,
- b. veřejný zadavatel měl v osobě dodavatele **výlučná majetková práva**,
- c. dodavatel vykonával ve prospěch veřejného zadavatele **podstatnou část své činnosti**.

Dle rozsudku KS v Brně ze dne 12. 1. 2022 je nezbytné tyto podmínky vykládat restriktivně se zohledněním konkrétních skutkových okolností posuzovaného případu.

48. V šetřeném případě není sporu o tom, že ke dni uzavření smlouvy na veřejnou zakázku byl zadavatel veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) ZVZ a jediným společníkem společnosti Technické služby Šluknov, tedy že byly naplněny první dvě podmínky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Navrhovatel však návrhem na uložení zákazu plnění smlouvy napadl splnění poslední podmínky, podle níž bylo nezbytné, aby společnost Technické služby Šluknov vykonávala ve prospěch zadavatele podstatnou část své činnosti.

Ke způsobu doložení nefakturovaných činností

49. Navrhovatel v rozkladu namítá (blíže viz body 26-28 tohoto rozhodnutí), že se Úřad dostatečně neřídil svým závazným právním názorem vyjádřeným v rozhodnutí ze dne 3. 5. 2022, neboť přihlédl k nefakturovaným činnostem, aniž by zadavatelem byly transparentně doloženy. **Námítka je důvodná.**

50. Rozhodnutím ze dne 3. 5. 2022 jsem Úřadu mimo jiné uložil, že v rámci nového projednání věci může zohlednit nefakturované činnosti (za účelem stanovení podílu činností prováděných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele), pouze pokud bude ze strany zadavatele objektivním, věrohodným, jednoznačným a přezkoumatelným způsobem prokázán způsob jejich ocenění.

51. Tuto povinnost jsem Úřadu uložil v souladu s rozsudkem KS v Brně ze dne 12. 1. 2022, podle něhož „*ve vztahu k případnému použití tzv. in-house výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách se tak zásada transparentnosti musí nutně promítat do **povinnosti zadavatele** příslušné veřejné zakázky zcela srozumitelným, předvídatelným a **především přezkoumatelným způsobem prokázat**² splnění výše uvedených zákonných podmínek pro použití této výjimky, a to primárně za účelem zajištění efektivní kontroly a přezkumu přípustnosti, resp. zákonnosti takto zadavatelem zvoleného postupu ze strany správních orgánů, příp. soudů“.* Tento soud (kromě jiného) vymezil, že je nezbytné, aby byl náležitě zdůvodněn způsob ocenění nefakturovaných činností, a potažmo i celková částka, kterou lze těmto činnostem přiřknout za jednotlivá účetní období. Důraz na splnění tohoto požadavku v projednávaném případě přitom dle KS v Brně nabývá na významu především z toho důvodu, jaké množství (podíl) tvoří nefakturované činnosti v celkovém objemu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele.

² Zvýraznění bylo provedeno předsedou Úřadu.

52. S navrhovatelem lze souhlasit v tom, že splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky formou in-house výjimky je třeba posuzovat restriktivně a že důkazní břemeno ohledně naplnění těchto podmínek nese zadavatel. Tento přístup dokonce platí i v řízení o přestupku, které je ovládáno zásadou vyšetřovací, podle níž odpovědnost za shromáždění důkazů o skutkovém stavu nese správní orgán, a nikoliv obviněný. V této souvislosti lze přiměřeně vyjít z bohaté rozhodovací praxe vztahující se k prokazování oprávněnosti využití jednacního řízení bez uveřejnění, které představuje výjimku z otevřenějších forem zadávacího řízení, u něž z povahy věci dochází k omezení či úplnému vyloučení hospodářské soutěže (obdobně jako v případě in-house výjimky). Jak např. uvedl NSS v nedávném rozsudku č. j. 4 As 31/2023-26 ze dne 9. 3. 2023, jednací řízení bez uveřejnění lze použít „pouze výjimečně a jen za zákonem stanovených podmínek, které je třeba vykládat přísně restriktivně s tím, že důkazní břemeno k prokázání naplnění těchto podmínek tíží zadavatele (viz rozsudek NSS ze dne 31. 8. 2020, č. j. 2 As 126/2019-78)“. Tento závěr platí dle NSS i v řízení o přestupku s tím, že „judikatura se detailně zabývala i rozložením důkazního břemene v řízení o přestupku, jehož podstatou je nedodržení pravidel pro zadání veřejné zakázky v JŘBU. Zdůraznila, že i v tomto řízení se uplatní obecné principy dokazování v řízení o přestupku. Nicméně současně poukázala na to, že důvody pro užití JŘBU může tvrdit a je povinen prokázat zadavatel, neboť pouze on ví, proč zvolil tento druh zadávacího řízení. Zadavatel je tedy povinen v řízení o přestupku tvrdit důvody užití JŘBU a tyto důvody prokázat (viz rozsudky NSS ze dne 12. 3. 2020, č. j. 10 As 372/2019-56, a ze dne 24. 2. 2021, č. j. 2 As 251/2019-52). Nepostačí, aby zadavatel tvrdil skutečnosti, pro něž JŘBU použil, nýbrž je povinen tato tvrzení i prokázat. Přitom má plnit důkazní povinnost vlastními prostředky, nikoliv spoléhat na to, že důkazní prostředky bude vyhledávat či je obstará správní orgán (viz rozsudek NSS ze dne 31. 3. 2021, č. j. 10 As 344/2019-60). Důkazní povinnost může zadavatel splnit i důkazními prostředky, které vznikly až po zadání zakázky, pokud lze jimi prokázat skutkový stav k okamžiku zahájení zadávacího řízení (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 8. 2019, č. j. 62 Af 93/2017-94, publ. pod č. 4173/2021 Sb. NSS)“. Ve vztahu k právě šetřenému případu to znamená, že pokud zadavatel nedisponoval a ani nedisponuje patřičnými důkazními prostředky, nelze než konstatovat, že neměl přistoupit k zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky, ale měl ji zadat v řádném zadávacím řízení.
53. Ze správního spisu je patrné, že Úřad v rámci nového projednání věci opakovaně vyzval zadavatele k doložení dalších skutečností vztahujících se k nefakturovaným i fakturovaným činnostem poskytnutým společností Technické služby Šluknov zadavateli a jemu podřízeným organizacím a celkovým nákladům této společnosti za leden-srpen 2013. V návaznosti na to zadavatel zaslal Úřadu několik vyjádření s řadou příloh, které jsou v elektronické verzi spisu sp. zn. ÚOHS-S642/2013/VZ vedeny pod položkami č. 152, 153, 155, 157, 159, 161 a 170.
54. K nefakturovaným činnostem a jejich ocenění se vztahuje vyjádření zadavatele ze dne 22. 7. 2022 (položka spisu č. 153), které patří mezi podklady napadeného rozhodnutí, a jeho přílohy „Souhrn vykonávaných činností“, „Přehled nacenění za rok 2013“ a 15 předávacích protokolů. Tyto přílohy obsahují podrobné kalkulace nefakturovaných činností poskytnutých společností Technické služby Šluknov zadavateli (či jemu podřízeným organizacím) s uvedením jejich množství s přesností na dny, jednotkových cen a celkových částek vypočítaných z těchto údajů. U jednotlivých nefakturovaných činností je popsán jejich charakter a místo jejich výkonu.

55. V předmětném vyjádření ze dne 22. 7. 2022 zadavatel uvedl, že „*k otázce konkretizování způsobu stanovení ocenění jednotlivých nefakturovaných činností zadavatel dále doplňuje, že již dříve zasláné ocenění nefakturovaných činností vycházelo z cen v místě a čase obvyklých. Při stanovení jednotlivých částek zadavatel zohledňoval zejména ceny, které (by) byly standardně fakturovány (a to ať už vybraným uchazečem či zcela jiným dodavatelem v pozici vybraného uchazeče) a zaplacený, přičemž právě z těchto v místě a čase obvyklých částek při nacenění nefakturovaných činností vycházel. Zadavatel je přesvědčen, že tento postup ocenění nefakturovaných činností je nutno považovat za oprávněný a správný. Zadavatel se rovněž domnívá, že po něm nelze rozumně požadovat, aby při oceňování nefakturovaných činností vycházel kupříkladu vždy jen ze znaleckých posudků, u nichž je dovozována presumpce správnosti, a to tím spíše, není-li ke zpracování znaleckých posudků zadavatel coby územní samosprávný celek povinen ani při úplatných převodech hmotných nemovitých věcí ve smyslu zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů. Nadto znalecké ocenění by bylo často nákladnější než samotná hodnota poskytovaných služeb a dodávek vybraného uchazeče*“. Jak je patrné z bodu 36 tohoto rozhodnutí, zadavatel na této argumentaci setrval i ve vyjádření k rozkladu.
56. Úřad v bodě 187 napadeného rozhodnutí uvedl k tomuto zdůvodnění zadavatele a nově obdrženým podkladům vztahujícím se k nefakturovaným činnostem, že „*nemá na základě shromážděných skutečností důvod uvedenému nedůvěřovat. Úřad má tak na základě těchto doložených skutečností za prokázané, že zadavatel se snažil dostat závěrům rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 3. 5. 2022 a rozsudku ze dne 12. 1. 2022 ve vztahu k nefakturovaným činnostem*“. V bodě 188 napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k dílčímu závěru, že „*za situace, kdy byl v rámci nového posouzení věci ze strany zadavatele ve vztahu k nefakturovaným činnostem doložen způsob jejich kalkulace a ocenění, resp. kdy byl doložen v podrobnostech nejen obsah uskutečněných plnění, ale i jejich dílčí a jednotkové ceny a objasněn byl způsob jejich stanovení, lze pro účely posouzení splnění podmínky výkonu podstatné části činnosti vybraného uchazeče ve prospěch zadavatele (včetně osob, u nichž zadavatel disponoval majetkovými právy) tyto nefakturované činnosti zohlednit*“.
57. S tímto hodnocením provedeným Úřadem se neztotožňuji, neboť z podkladů napadeného rozhodnutí nelze nijak ověřit tvrzení zadavatele, že jednotkové ceny, které použil při ocenění nefakturovaných činností, odpovídají cenám v místě a čase obvyklým. Nelze akceptovat, aby v situaci, kdy byl zadavatel povinen prokázat, že in-house výjimku využil oprávněně, a to navíc při jejím restriktivním výkladu (viz body 47 a 50-52 tohoto rozhodnutí), Úřad založil své rozhodnutí pouze na tom, že v tomto ohledu nemá zadavateli důvod nedůvěřovat. Závěr Úřadu, že nefakturované činnosti lze zohlednit v rámci posuzování naplnění in-house výjimky, tedy spočívá na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu věci a je nepřezkoumatelný, neboť je založen na ničím nepodloženém tvrzení zadavatele týkajícím se způsobu stanovení jednotkových cen, a nikoliv na objektivních podkladech, jak Úřadu bylo uloženo rozhodnutím ze dne 3. 5. 2022.
58. Právě uvedené platí nejen ve vztahu k nefakturovaným činnostem zahrnutým do výpočtu podílu činností, které měla společnost Technické služby Šluknov provádět ve prospěch zadavatele v lednu-srpnu 2013 (srov. bod 193 napadeného rozhodnutí), ale i v roce 2012, neboť Úřad při posouzení věci přihlédl i k tomuto období (srov. body 191 a 193 napadeného rozhodnutí). Ve vztahu k roku 2012 dokonce ze strany zadavatele ani k doplnění žádných

nových podkladů nedošlo, jako ve vztahu předmětné části roku 2013 (srov. bod 54 tohoto rozhodnutí).

59. Lze tedy shrnout, že se ztotožňují s námitkou rozkladu, že pouhé obecné tvrzení zadavatele nepodložené žádnými podklady, že při ocenění nefakturovaných činností vyšel z cen v místě a čase obvyklých, neodpovídá závaznému právnímu názoru vyjádřenému v mém rozhodnutí ze dne 3. 5. 2022, stejně jako závaznému právnímu názoru KS v Brně vymezenému v rozsudku ze dne 12. 1. 2022, podle něhož Úřad mohl zohlednit nefakturované činnosti (za účelem stanovení podílu činností prováděných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele), pouze pokud by byl ze strany zadavatele objektivním a přezkoumatelným způsobem prokázán způsob jejich ocenění. Jelikož Úřad v napadeném rozhodnutí zohlednil nefakturované činnosti, aniž by zadavatel řádně doložil způsob jejich ocenění, založil svůj závěr o tom, že byly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky na základě in-house výjimky, na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu věci.

K metodě výpočtu podílu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele

60. Navrhovatel v rozkladu taktéž namítá (blíže viz bod 31 tohoto rozhodnutí), že Úřad v rozporu se samotným principem zvolené nákladové metody neporovnává celkové náklady společnosti Technické služby Šluknov s jejími náklady vztahujícími se k činnostem provedenými touto společností ve prospěch zadavatele, nýbrž s jejím obratem. **Námitka je důvodná.**
61. Úřad v bodě 182 napadeného rozhodnutí uvedl, že podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele stanovil na základě nákladového hlediska, neboť kritérium obratu nepovažoval za vhodné použít vzhledem k tomu, že do výpočtu bylo vhodné zahrnout i nefakturované činnosti, které do obratu z povahy věci nevstupují.
62. Z bodů 192 a 193 napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad celkové náklady společnosti Technické služby Šluknov za předmětné období (zjištěné z jejich výsledovek) neporovnal s jejími náklady vztahujícími se k činnostem, které tato společnost prováděla pro zadavatele a jemu podřízené organizace, ale s příjmy (obratem) této společnosti (zjištěnými zejména z knih vydaných faktur společnosti Technické služby Šluknov a ze seznamů přijatých faktur zadavatele).
63. Obecně vzato lze předpokládat, že pokud společnost Technické služby Šluknov fakturovala za provedené činnosti, tak tyto částky vždy sestávaly nejen z nákladů, ale i ze zisku (to znamená, že se obrat nerovnal nákladům). Konkrétně např. z příloh vyjádření zadavatele ze dne 20. 10. 2022 jasně vyplývá, že jednotková cena ve výši 514,23 Kč/GJ bez DPH, kterou Úřad zohlednil v bodě 189 napadeného rozhodnutí pro účely výpočtu ceny tepla dodaného společnostmi Technické služby Šluknov základní škole ve Šluknově, byla tvořena z nákladů i zisku. Rovněž v případě nefakturovaných činností zadavatel výslovně uvedl, že je stanovil na základě jednotkových cen, které by byly standardně fakturovány (společností Technické služby Šluknov či zcela jiným dodavatelem) a zaplacený, tj. že byly oceněny v tržních cenách (tedy že předmětné jednotkové ceny zahrnují nejen náklady, ale i zisk).
64. Vzhledem k uvedenému se ztotožňují s námitkou rozkladu, že Úřad poměřoval zcela nesouvisející veličiny (náklady vs. obrat), a proto je jím vypočítaný podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele zavádějící a na jeho základě

nemohl v rámci posouzení věci činit žádné závěry (pokud nyní odhlédneme od toho, že nefakturované činnosti – jako jedna ze vstupních hodnot – nebyly řádně doloženy – viz předchozí část odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K dalším námitkám rozkladu

65. K námitce navrhovatele, v níž zpochybňuje právo zadavatele a Úřadu zohlednit při výpočtu podílu činností i nefakturované činnosti (blíže viz bod 29 tohoto rozhodnutí), předně uvádím, že není pravdou, že KS v Brně tuto možnost ve svém rozsudku vyloučil. V bodě 39 ve spojení s bodem 38 rozsudku ze dne 12. 1. 2022 tento soud uvedl, že souhlasí s názorem Úřadu, že nefakturované činnosti lze zahrnout do celkového souhrnu činností, neboť obecně platí, že vztahy mezi veřejným zadavatelem a jím vlastněným a řízeným subjektem nemusí být vždy založeny na tržních podmínkách. Takovýto podřízený subjekt totiž může vykonávat určité činnosti ve prospěch příslušného veřejného zadavatele za netržní ceny či zcela bezplatně. I takovéto činnosti jsou nepochybně činnostmi vykonávanými ve prospěch tohoto veřejného zadavatele ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ a lze je tedy zohlednit (jsou-li věrohodně doloženy). KS v Brně podotknul, že tento názor „konvenuje s právním závěrem formulovaným v rozsudku SDEU C-15/13 ze dne 8. 5. 2014, ve věci *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH proti Datenlotsen Informationssysteme GmbH* [...] *Na rozdíl od žalovaného, resp. předsedy ÚOHS nemá však za to, že by byl splněn onen požadavek, aby tyto nefakturované činnosti byly řádně doloženy*“. KS v Brně tedy v šetřeném případě neměl výhrady proti zohlednění nefakturovaných činností ani jejich bezplatnému charakteru, ale proti tomu, že nebyly zadavatelem dostatečně prokázány.
66. V tomto ohledu se ztotožňuji s názorem zadavatele uvedeným ve vyjádření k rozkladu, že in-house výjimka míří na subjekty (ovládané osoby), které se hospodářské soutěže v podstatě neúčastní, neboť vykonávají podstatnou část své činnosti ve prospěch ovládajícího veřejného zadavatele. Cílem takové veřejným zadavatelem založené a ovládané právnické osoby pak z povahy věci není generování zisku, jako je tomu u standardních obchodních společností, nýbrž zajištění konkrétních činností a úkolů ve prospěch tohoto zadavatele. Skutečnost, že si takový subjekt může dovolit poskytovat služby, dodávky či stavební práce tomuto veřejnému zadavateli zadarmo či za netržní ceny, naopak podtrhuje fakt, že se jedná o osobu ovládanou, jejímž primárním cílem není dosahování zisku, nýbrž plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem. Společnost Technické služby Šluknov odpovídá za svůj hospodářský výsledek svému jedinému společníkovi, kterým je zadavatel (tj. město Šluknov).
67. S navrhovatelem nesouhlasím ani v tom, že poskytnuté činnosti není možné ocenit jen proto, že nebyly fakturovány. S takovými činnostmi jsou jednak spojeny konkrétní náklady, které vyčíslit lze (např. na mzdy či na zakoupení použitého materiálu), a rovněž je možné určit i jejich tržní hodnotu (pokud by se aplikovala metoda obratu). Je však pravdou, že se v posuzovaném případě opakovaně ukazuje, že řádné doložení nefakturovaných činností je poměrně složité.
68. Dle navrhovatele nelze ani přehlédnout skutečnost, že na nefakturované činnosti nebylo zadavatelem vypsáno žádné zadávací řízení. K této námitce uvádím, že podle § 7 odst. 1 ZVZ „*veřejnou zakázkou je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto*

zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy“.

69. Z právě citovaného ustanovení ZVZ vyplývá, že jedním z pojmových znaků veřejné zakázky je její úplatnost, což znamená, že o veřejnou zakázku se (mimo jiné) jedná, pouze pokud se zadavatel zaváže, že dodavateli za poskytnuté dodávky, služby či stavební práce zaplatí, resp. poskytne nějakou protihodnotu. Proto pokud byly společnostmi Technické služby Šluknov poskytnuty zadavateli nefakturované činnosti bezplatně, nejednalo se o veřejné zakázky, které by byl povinen zadat v zadávacím řízení. Námitka navrhovatele je tudíž nedůvodná.
70. K námitce navrhovatele brojící proti porušení daňových povinností ze strany společnosti Technické služby Šluknov, uvádím, že Úřad není kompetentní tuto problematiku posuzovat. Jak je navrhovateli jistě známo, Úřad vykonává dle § 112 ZVZ dohled nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěží o návrh. Pravomocí Úřadu však není zkoumat, zda společnost Technické služby Šluknov jednala v souladu se zákonem o DPH či zákonem o daních z příjmů.
71. Ani námitky navrhovatele, že lze podíl činnosti stanovit jen prostřednictvím obratu a nelze použít nákladovou metodu a že z Úřadem provedených výpočtů (byť se jedná o výpočty zkreslující a zavádějící) nevyplývá, že by činnosti společnosti Technické služby Šluknov měly ve vztahu k jiným subjektům pouze marginální charakter (viz body 30 a 32 tohoto rozhodnutí), neshledávám důvodnými.
72. V této souvislosti je třeba upozornit na to, že § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ pracuje s neurčitým právním pojmem „*podstatná část činnosti*“, aniž by stanovil konkrétní hranici, kdy lze činnost dodavatele považovat za podstatnou, a proto ani nijak nekonkretizuje metodu výpočtu tohoto podílu (jak již činí aktuální právní úprava v § 11 a 13 ZZVZ). Tvrzení navrhovatele v rozkladu, že nákladovou metodu je možno využít pouze za situace, kdy nelze určit obrat, tudíž neodpovídá právní úpravě, která dopadá na posuzovaný případ.
73. Dále je nutné zdůraznit, že vzhledem ke konstrukci § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ se zadavatel nachází v pozici obviněného, neboť v návaznosti na řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy je vůči němu vedeno i řízení o přestupku. Jsem přitom toho názoru, že k tíži obviněného nelze klást skutečnost, že postupoval podle nejednoznačné právní normy. To znamená, že ho nelze uznat vinným ze spáchání přestupku jenom proto, že podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov v jeho prospěch nepřekročil hranici 80 %, neboť ji ZVZ nestanovil. Pokud tedy Úřad ve vztahu k roku 2012 zjistil podíl činností ve výši 71,3 % (nyní odhlížím od toho, že se jedná o hodnotu nedostatečně podloženou a vypočítanou zavádějícím způsobem), dle mého názoru nepochybil, když tuto výši zohlednil ve prospěch zadavatele (srov. body 23 a 24 tohoto rozhodnutí), přestože nedosahuje hranice 80 % (tuto hodnotu lze použít pouze jako vodítko, a nikoliv jako právní povinnost, kterou by byl zadavatel povinen bezpodmínečně dodržet). Ze stejného důvodu nelze nyní tvrdit, že zadavatel a Úřad mohli určit podíl činnosti jen na základě průměrného obratu, a nikoliv nákladové metody. Úřad současně logicky zdůvodnil, že tuto metodu zvolil proto, že nefakturované činnosti do obratu nevstupují. Tuto metodu zná navíc i § 13 ZZVZ, a proto nelze říci, že by Úřad postupoval excesivně, když z ní chtěl vyjít.

Shrnutí a závazný právní názor

74. Lze tedy shrnout, že Úřad závěr o tom, že společnost Technické služby Šluknov vykonávala ve prospěch zadavatele podstatnou část své činnosti ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, založil na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu věci, a proto je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a nezákonné. Úřad nedostatečně zohlednil závazný právní názor vyjádřený v mém rozhodnutí ze dne 3. 5. 2022, že nefakturované činnosti lze zahrnout do podílu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele, pouze pokud bude z jeho strany transparentně doložen způsob jejich ocenění. Podklady, ze kterých Úřad vyšel v rámci nového projednání věci, tento imperativ nespĺňují, neboť z nich nelze ověřit tvrzení zadavatele, že nefakturované činnosti vypočítal z jednotkových cen v místě a čase obvyklých, které byly v předmětném období standardně fakturovány. Hodnota nefakturovaných činností uvedených v tabulce v bodě 193 napadeného rozhodnutí, které Úřad zahrnul do výpočtu za období leden-srpen 2013, ale i nefakturovaných činností za období roku 2012 (viz bod 193 napadeného rozhodnutí ve spojení s tabulkou v bodě 153 rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 7. 2016), tudíž není dostatečně podložená. Podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele, ke kterému Úřad dospěl mimo jiné i na základě nefakturovaných činností, proto není možné považovat za objektivní a věrohodný.
75. Dále jsem toho názoru, že Úřad navzdory proklamaci, že v šetřené věci aplikoval nákladovou metodu, tuto ve skutečnosti nepoužil, neboť při výpočtu podílu činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele srovnával nesouvisející veličiny, a to obrát společnosti Technické služby Šluknov vykázaný ve vztahu k zadavateli a jemu podřízeným organizacím s celkovými náklady této společnosti vynaloženými v předmětném období.
76. V návaznosti na mé závěry Úřad v rámci nového projednání věci zváží, zda opětovně zadavateli umožní doložit přezkoumatelným způsobem (tj. prostřednictvím konkrétních objektivních podkladů), jak byly stanoveny jednotkové ceny, na jejichž základě byla vypočítána hodnota nefakturovaných činností poskytnutých společnostmi Technické služby Šluknov zadavateli a jemu podřízeným organizacím v roce 2012 a v lednu-srpnu 2013. Úřad přitom vezme v potaz, že tato skutečnost bude mít vliv i na jeho rozhodnutí v řízení o přestupku, které je na jednu stranu ovládáno zásadou vyšetřovací, zatímco na druhou stranu je to právě zadavatel, kdo využil výjimku z působnosti ZVZ, a proto v souladu s konstantní judikaturou je to právě on (a nikoliv Úřad), kdo je povinen prokázat, že byly naplněny všechny podmínky pro její využití.
77. Pokud zadavatel objektivním a věrohodným způsobem doloží způsob stanovení jednotkových cen, na jejichž základě došlo k ocenění nefakturovaných činností, Úřad zjistí podíl činností vykonávaných společnostmi Technické služby Šluknov ve prospěch zadavatele na základě metody, která bude mít vypovídací hodnotu. To znamená, že Úřad bude vůči sobě srovnávat stejné veličiny, a to náklady společnosti Technické služby Šluknov vztahující se k činnosti, které tato společnost vykonala pouze ve prospěch zadavatele a jemu podřízených organizací, vůči celkovým nákladům této společnosti, případně obrát společnosti Technické služby Šluknov vztahující se k činnosti, které tato společnost vykonala pouze ve prospěch zadavatele a jemu podřízených organizací, vůči celkovému obrátu této společnosti.
78. Vzhledem k tomu, že Úřad společně s řízením o návrhu na uložení zákazu plnění vede i řízení ve věci možného spáchání přestupku [v návaznosti na konstrukci § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ],

Úřad ve prospěch zadavatele (který se nachází v pozici obviněného) mimo jiné přihlédně i k tomu, že ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ obsahovalo neurčitý právní pojem „*podstatná část činnosti*“. Na postup zadavatele, ke kterému došlo již v roce 2013, nelze nahlížet optikou pozdější judikatury a aktuální právní úpravy (tj. ZZVZ), která je podrobnější, když kromě jiného striktně stanoví hranici 80 % podílu činnosti [§ 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ] a metodu jeho výpočtu (§ 13 ZZVZ). Skutečnost, že právní norma aplikovaná v šetřené věci byla neurčitá, nemůže jít k tíži obviněného. V této souvislosti rovněž upozornuji na to, že zadavatel ve vyjádření ze dne 19. 12. 2022 k podkladům rozhodnutí odkázal na položku č. 4 elektronické verze spisu sp. zn. ÚOHS-S642/2013/VZ, pod níž je evidována žádost zadavatele ze dne 31. 7. 2013 a následná kladná odpověď Ministerstva pro místní rozvoj na dotaz zadavatele, zda jsou splněny podmínky pro zadání šetřené veřejné zakázky na základě in-house výjimky. V případě rozhodování o spáchání přestupku a uložení pokuty se bude muset Úřad vypořádat i s touto argumentací zadavatele.

VII. Závěr

79. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí spočívá na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu věci vztahujícím se k posouzení naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky podle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Vzhledem k tomu jsem oba výroky napadeného rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. V rámci nového projednání věci bude Úřad ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán závazným právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

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. Mgr. Bc. Tomáš Auer, advokát, Teplého 2786, 530 02 Pardubice
2. PPS advokáti s.r.o., Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové
3. Technické služby Šluknov, spol. s r.o., Císařský 378, 407 77 Šluknov

Vypraveno dne

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