



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Radovana Havelce a soudců JUDr. Jaroslava Vlašína a JUDr. Tomáše Rychlého v právní věci žalobce **hlavního města Prahy**, se sídlem Praha 1, Mariánské náměstí 2, zastoupeného JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem se sídlem Praha 4, Na Pankráci 1683/127, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti **I) TRADE CENTRE PRAHA a. s.**, se sídlem Praha 2, Blanická 1008/28, **II) ELTODO OSVĚTLENÍ s. r. o.**, se sídlem Praha 4, Novodvorská 1010/14, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 11. 4. 2019, č. j. 62 Af 69/2017 – 193,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá.**
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 4 114 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce JUDr. Viléma Podešvy, LL.M., advokáta.
- III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

[1] Žalobce zahájil dne 4. 6. 2013 otevřené (zadávací) řízení na nadlimitní veřejnou zakázku nazvanou „Zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy“. Následně rozhodla rada žalobce o zrušení tohoto zadávacího řízení a dne 6. 12. 2016 schválila záměr realizovat předmět příslušné zakázky od

1. 1. 2017 formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), v rámci něhož vyzvala k jednání a podání nabídky dosavadního správce veřejného osvětlení, osobu zúčastněnou na řízení II), podnikajícího pod tehdejší obchodní firmou ELTODO-CITELUM, s. r. o. Usnesením ze dne 20. 12. 2016, č. 3208, rada žalobce konstatovala, že nabídka osoby zúčastněné na řízení II) je z důvodu ekonomické nevýhodnosti nepřijatelná. Současně usnesením č. 3209 z téhož dne schválila uzavření příkazní smlouvy s osobou zúčastněnou na řízení I) s tím, že jejím předmětem bude zajištění provozu dispečinku, odstraňování poruch havárií a souvisejících administrativních a informačních činností v rámci provozu veřejného osvětlení na území žalobce od 1. 1. 2017.

[2] Dne 23. 12. 2016 podala osoba zúčastněná na řízení II) žalobci podání označené jako *námítky proti postupu zadavatele* směřujícímu k zadání veřejné zakázky (na zajištění provozu dispečinku, odstraňování poruch havárií a souvisejících administrativních a informačních činností v rámci provozu veřejného osvětlení na území žalobce od 1. 1. 2017) mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek. Namítala, že postup žalobce směřující k tomu, že by mu služby, které původně poptával nejprve v otevřeném řízení a následně v jednacím řízení bez uveřejnění, měla na základě příkazní smlouvy, uzavřené mimo zadávací řízení, poskytovat osoba zúčastněná na řízení I), je v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, respektive představuje obcházení tohoto zákona. Argumentovala primárně tím, že nejsou splněny podmínky pro uzavření (příkazní) smlouvy v rámci tzv. vertikální spolupráce podle § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalobce toto podání podle § 245 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek rozhodnutím ze dne 6. 1. 2017 jako nedůvodné odmítl.

[3] Ještě před vydáním tohoto rozhodnutí žalobce uzavřel dne 27. 12. 2016 s osobou zúčastněnou na řízení I) příkazní smlouvu č. PRK/83/04/026346/2016, jejímž předmětem bylo obstarání zajištění správy veřejného osvětlení, ve specifikovaném rozsahu, „a to při využití § 63 odst. 5“ zákona o zadávání veřejných zakázek.

[4] Osoba zúčastněná na řízení II) následně podala dne 30. 12. 2016 žalovanému návrh na uložení zákazu plnění této příkazní smlouvy. Namítala, že žalobce nebyl podle § 246 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek oprávněn danou smlouvu uzavřít, neboť dosud nerozhodl o jejích námitkách podaných podle § 241 odst. 2 písm. c) téhož zákona. Současně namítala, že žalobce postupuje v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, případně tento zákon obchází tím, že plnění, které má charakter veřejné zakázky, a které také původně poptával prostřednictvím následně zrušeného zadávacího řízení, mu má poskytovat osoba zúčastněná na řízení I) na základě příkazní smlouvy uzavřené bez zadávacího řízení. Podle osoby zúčastněné na řízení II) byla předmětem příkazní smlouvy nadlimitní veřejná zakázka ve smyslu § 25 zákona o zadávání veřejných zakázek, a to zakázka na služby podle § 14 odst. 2 téhož zákona. Podle osoby zúčastněné na řízení II) směřoval žalobce k zadání předmětné veřejné zakázky mimo zadávací řízení na základě tzv. *in-house* výjimky podle § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek, přičemž uzavřením příkazní smlouvy tento postup završil. Podle osoby zúčastněné na řízení II) však nebyly pro daný postup splněny podmínky.

pokračování

[5] Žalovaný na základě tohoto návrhu zahájil dne 4. 1. 2017 řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Následně rozhodnutím ze dne 28. 3. 2017, č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-10823/2017/541/MSc, žalobci podle § 264 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek uložil zákaz plnění příkazní smlouvy s tím, že ji žalobce uzavřel v rozporu s § 246 odst. 1 písm. b) téhož zákona, aniž by nejprve rozhodl o námitkách osoby zúčastněné na řízení II). Žalovaný přitom nepřiváděl argumentaci žalobce, že v dané věci vůbec není dána jeho pravomoc, protože uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce se podle § 2 odst. 1 a § 11 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek nepovažuje za zadání veřejné zakázky (věc tedy byla dle názoru žalobce mimo věcnou působnost žalovaného – pozn. NSS). Žalovaný vycházel z náhledu, že předmětem přezkumu na podkladě námitek podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek, je právě ověření, zda jsou skutečně splněny podmínky pro obstarání plnění na základě některé z výjimek z postupu podle zákona o zadávání veřejných zakázek. Rozklad žalobce a rozklad osoby zúčastněné na řízení I) proti uvedenému rozhodnutí předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 31. 7. 2017, č. j. ÚOHS-R0068,0082/2017/VZ-21978/2017/323/Ebr, zamítl.

[6] Žalobce podal proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu ke Krajskému soudu v Brně, který ji shledal důvodnou a shora uvedeným rozsudkem výše uvedené rozhodnutí o rozkladu i rozhodnutí žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[7] Krajský soud vymezil, že podstatou sporu je, zda lze podat námitky proti postupu zadavatele směřujícímu k uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce. V případě negativní odpovědi by se totiž na zadavatele vůbec nemohla vztahovat blokační lhůta podle § 246 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek. Krajský soud zodpověděl vymezenou otázku negativně a dospěl k závěru, že námitky proti uvedenému postupu podat nelze.

[8] Vycházel přitom z předpokladu, že žalovaný nezpochybňoval, že žalobce a osoba zúčastněná na řízení I) uzavřeli příkazní smlouvu v rámci vertikální spolupráce. Dále vycházel z toho, že uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce není výjimkou z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, nýbrž podle § 11 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek a podle § 2 odst. 1 téhož zákona se vůbec nejedná o zadání veřejné zakázky. Poukázal na to, že daná ustanovení jsou promítnutím čl. 12 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „zadávací směrnice“).

[9] Krajský soud upozornil, že námitky lze podle § 241 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek podat pouze proti úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení, volbě druhu zadávacího řízení, anebo proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Postup směřující k uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce však nelze podřadit pod žádné z uvedených jednání, neboť v případě vertikální spolupráce žádné zadávací řízení neprobíhá. Nejedná-li se vůbec o zadání veřejné zakázky, nemůže se jednat ani o postup směřující k zadání veřejné zakázky mimo veřejné řízení.

[10] Nebyla-li osoba zúčastněná na řízení II) oprávněna podat námitky, nemohla pak podle krajského soudu běžet blokační lhůta podle § 246 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť ta je vázána právě na podání (přípustných) námitek. Žalobce tak podle krajského soudu nemohl uzavřením smlouvy s osobou zúčastněnou na řízení I) postupovat v rozporu s daným ustanovením. Krajský soud přisvědčil žalobci, že napadené rozhodnutí vyjadřuje spíše „*přání*“ žalovaného, aby bylo uzavírání smluv v rámci vertikální spolupráce podrobeno příslušnému přezkumu, aniž by však měl takový přístup zákonnou oporu.

[11] Krajský soud dále nepřisvědčil žalovanému, že by závěr o nemožnosti podat námitky proti postupu zadavatele v rámci vertikální spolupráce vedl k tomu, že se proti danému postupu nemohou dodavatelé nikterak bránit. Dodavatelé totiž mohou podat návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, a to s argumentací, že nebyly splněny podmínky vertikální spolupráce. Současně krajský soud poukázal na možnost žalovaného zahájit podle § 249 téhož zákona správní řízení z moci úřední, jež by bylo zaměřeno na posouzení, zda jsou splněny podmínky pro uzavření smlouvy podle § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[12] Na podporu svého názoru, že námitky podat nelze, argumentoval krajský soud i tím, že uvedené omezení odpovídá tomu, že vertikální spolupráce je zákonem předvídaným vyloučením volné soutěže. Tomu koresponduje omezený dohled žalovaného.

[13] Dále krajský soud upozornil, že by bylo problematické určit, od jakého okamžiku by se měla odvíjet lhůta pro podání námitek ve smyslu § 242 zákona o zadávání veřejných zakázek. Uvedl, že se tato lhůta odvíjí ode dne, kdy se podatel námitek dozvěděl o domnělém porušení zákona o zadávání veřejných zakázek zadavatelem, popřípadě ode dne, kdy byly uveřejněny či doručeny úkony zadavatele oznamované v dokumentech, které je třeba uveřejňovat či oznamovat. Takové úkony při uzavírání smluv v rámci vertikální spolupráce nejsou stanoveny, v důsledku čehož podle krajského soudu neexistuje jasný okamžik, k němuž by se stěžovatel vůbec mohl dozvědět, že k uzavírání smlouvy v rámci vertikální spolupráce dochází. V důsledku toho by byli zadavatelé povinni vyčkávat s uzavřením smlouvy neomezeně dlouho.

[14] Proti rozsudku krajského soudu podal žalovaný (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“).

[15] Stěžovatel uvádí, že podstatným argumentem napadeného rozsudku je mimo jiné to, že možnost přezkumu úkonů zadavatele směřujících k uzavření vertikální spolupráce teprve na základě návrhu na uložení zákazu plnění uzavřené smlouvy je v souladu se smyslem a účelem směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (směrnice 89/665/EHS byla dále změněna směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí – doplněno NSS; dále bude

pokračování

směrnice 89/665/EHS, ve znění uvedených změn, označována jako „přezkumná směrnice“). Podle stěžovatele teprve následný přezkum v souladu s účelem dané směrnice není. Jejím smyslem je totiž zjednatí nápravy, v případě chybného postupu zadavatele, ještě před uzavřením případné smlouvy; po jejím uzavření již postup zadavatele nelze zhojit. Náhled krajského soudu je proto podle stěžovatele v rozporu s povinností zajistit efektivní přezkum postupů zadavatele dle uvedené směrnice.

[16] Stěžovatel dále poukazuje na to, že krajský soud připustil možnost přezkumu postupu zadavatele, který směřuje k uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce, před uzavřením takové smlouvy, na základě řízení zahájeného stěžovatelem z úřední povinnosti. Podle stěžovatele však krajský soud pominul, že v rámci takového řízení nelze uložit odpovídající nápravné opatření, tj. zakázat zadavateli pokračovat v postupu, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Toto opatření totiž lze podle § 263 odst. 7 zákona o zadávání veřejných zakázek uložit pouze v řízení zahájeném na návrh.

[17] Dále stěžovatel namítá, že napadený rozsudek je částečně nepřezkoumatelný pro nesrozumitelnost, která je důsledkem jeho vnitřní rozpornosti. Tu spatřuje v tom, že je nelogické, aby byl možný přezkum postupu zadavatele jak před, tak po uzavření smlouvy z úřední povinnosti, ale aby nebyl možný administrativně méně náročný přezkum „dodavatelský“, na základě námitek. Stěžovatel rovněž namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů. Během jednání před krajským soudem totiž na uvedený vnitřní rozpor poukázal, krajský soud se s ním však nevypořádal.

[18] Stěžovatel dále nesouhlasí s náhledem krajského soudu, že námitky ve vztahu k úkonům, které jsou zadavatelem označeny jako vertikální spolupráce, nelze podřadit pod žádné z písmen ustanovení § 241 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek, včetně jeho písmene c). Daný náhled krajského soudu vychází totiž z předpokladu, že zadavatel postupuje v rámci vertikální spolupráce legitimně. Krajský soud však podle stěžovatele odhlédl od toho, že tomu tak být nemusí. Stěžovatel má za to, že krajský soud ztotožňuje otázku přípustnosti námitek s otázkou jejich věcné důvodnosti.

[19] Analogicky stěžovatel poukazuje na případ, kdy zadavatel postupuje při zadání veřejné zakázky, kterou považuje za zakázku malého rozsahu, mimo zadávací řízení. Pokud by bylo rozhodné, jak zadavatel zakázku označí, nebylo by i v tomto případě možné podat proti jeho úkonům námitky, neboť ty lze podle § 241 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek podat pouze proti postupu zadavatele, který souvisí se zadáním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky. Na podporu svého názoru stěžovatel odkazuje na rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 2. 2017, č. j. 9 As 195/2015-68, který se týkal možnosti přezkumu zakázek malého rozsahu podle dřívějšího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Podle stěžovatele Nejvyšší správní soud dovodil, že stěžovatel je oprávněn přezkoumávat postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, a to nikoliv pouze v intencích toho, zda se skutečně o zakázku malého rozsahu jedná, ale rovněž může posoudit, zda zadavatel postupoval v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek. Podle zákona o veřejných zakázkách představovalo zadávání

veřejných zakázek malého rozsahu výjimky z působnosti zákona, obdobně jako je tomu podle nynějšího zákona o zadávání veřejných zakázek v případě vertikální spolupráce.

[20] Stěžovatel je tudíž přesvědčen, že možnost podání námitek nelze odvozovat od toho, jak se postup zadavatele jeví navenek, respektive od toho, jak jej sám zadavatel označí, ale je třeba vycházet z obsahu podaných námitek. Pokud v nich jejich podatel tvrdí, že postup zadavatele ve skutečnosti směřuje k zadání veřejné zakázky, je třeba takové podání považovat za námitky ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek.

[21] Stěžovatel nesouhlasí rovněž s argumentací krajského soudu, že by zadavatelé museli v důsledku nemožnosti určení jasného okamžiku, od něhož běží lhůta k podání námitek, s uzavřením smluv v rámci vertikální spolupráce vyčkávat neomezeně dlouho. Krajský soud při dané úvaze podle stěžovatele patrně vycházel z blokační lhůty podle § 246 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Ve vztahu k úkonům zadavatele, označeným jako vertikální spolupráce, je však relevantní blokační lhůta zakotvená v § 246 odst. 1 písm. b) téhož zákona, která běží od okamžiku podání námitek.

[22] Žalobce se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnil s názorem krajského soudu, že postup zadavatele spočívající v uzavírání smlouvy v rámci vertikální spolupráce nelze napadnout námitkami. Stěžovatel se podle něho snaží možnost jejich podání dovodit nad rámec jednoznačného znění zákona o zadávání veřejných zakázek, které takovou možnost nepřipouští. Pokud se stěžovatel domnívá, že by měla existovat možnost podání námitek, je podle žalobce na něm, aby inicioval příslušnou změnu zákona. Žalobce souhlasí rovněž s náhledem krajského soudu, že by v případě připuštění námitek ve vztahu k vertikální spolupráci nebylo možné stanovit jasný okamžik, od kterého by se měla odvíjet lhůta pro jejich podání, což by vedlo k právní nejistotě dotčených subjektů. Poukaz stěžovatele na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu vztahujícího se k zadávání veřejných zakázek malého rozsahu podle dřívější právní úpravy je podle žalobce nepřipadný, neboť stěžovatel pomíjí, že při zadávání veřejných zakázek jsou zadavatelé povinni dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek, zatímco v případě vertikální spolupráce tomu tak není.

[23] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2 věty první s. ř. s.

[24] Kasační stížnost není důvodná.

[25] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval namítanou nepřezkoumatelností rozsudku krajského soudu. Platí totiž, že nepřezkoumatelný rozsudek zpravidla nenabízí prostor k úvahám o námitkách věcného charakteru a je nezbytné jej bez dalšího zrušit. Stěžovatel přitom považuje napadený rozsudek za nepřezkoumatelný jak pro nedostatek důvodů, tak pro nesrozumitelnost.

[26] Za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů označuje konstantní judikatura tohoto soudu zejména takové rozhodnutí, v němž soud zcela opomene vypořádat některou

pokračování

z relevantních žalobních námitek (viz například rozsudky ze dne 27. 6. 2007, č. j. 3 As 4/2007-58, ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, či ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004-74, citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná z www.nssoud.cz), respektive pokud z jeho odůvodnění není zřejmé, proč nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení a proč žalobní námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené, a to zejména tehdy, jde-li o právní argumentaci, na níž je postaven základ žaloby (viz například rozsudek ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44).

[27] Za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost lze pak obecně považovat takové rozhodnutí soudu, z jehož výroku nelze zjistit, jak soud ve věci rozhodl, tj. zda žalobu zamítl, odmítl nebo jí vyhověl, případně, jehož výrok je vnitřně rozporný. Pod tento pojem spadají také případy, kdy nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, kdo jsou účastníci řízení a kdo byl rozhodnutím zavázán (srov. rozsudek tohoto soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75).

[28] Napadený rozsudek uvedenými nedostatky netrpí. Stěžovatel spatřuje jeho nepřezkoumatelnost v tom, že se podle něho krajský soud nevypořádal s jeho argumentem, že je nelogické, aby byl mohl postup zadavatele, označený jako vertikální spolupráce, podrobit přezkumu stěžovatel, nikoliv však dodavatel na podkladě podaných námitek. Nelogičnost daného závěru shledává stěžovatel v tom, že „zadavatelský“ přezkum je administrativně náročný.

[29] Nejvyšší správní soud této námitce nepřisvědčil, neboť neshledal, že by se krajský soud s danou argumentací nevypořádal, ani že by jím přijatý závěr o nepřípustnosti námitek byl v uvedeném ohledu vnitřně rozporný. Jakkoli totiž krajský soud danou argumentaci stěžovatele v napadeném rozsudku výslovně nezmnínil, věcně na ni reagoval. Učinil tak primárně v odst. 20 odůvodnění, v němž vysvětlil, že jakkoli je snaha stěžovatele o podřazení vertikální spolupráce „*pod přezkumné procesy*“ pochopitelná, jedná se „*spíše o [jeho] přání*“, které nemá oporu v zákoně o zadávání veřejných zakázek. Současně v odst. 22 navázal vysvětlením, že vertikální spolupráce představuje zákonem aprobované omezení volné soutěže mezi dodavateli, čemuž pak odpovídá omezený dohled nad daným postupem. Nejvyšší správní soud takové odůvodnění nepovažuje za nikterak rozporné. Tím spíše neshledal, že by zakládalo nesrozumitelnost napadeného rozsudku ve smyslu shora odkazované judikatury. Z napadeného rozsudku je zřejmé, jak krajský soud ve věci rozhodl, včetně toho z jakých důvodů žalobě vyhověl. O tom, že stěžovatel těmito důvodům porozuměl, avšak věcně s nimi nesouhlasí, ostatně svědčí již to, že s nimi v kasační stížnosti polemizuje. Nadto je třeba podotknout, že údajně nevypořádaná argumentace není argumentací žalobní; ani její nevypořádání by tedy bez dalšího nemohlo vyvolat nepřezkoumatelnost rozsudku, neboť povinností soudu je vypořádat všechny body žaloby [§ 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s., § 75 odst. 2 věta první s. ř. s.], Kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. tudíž není dán.

[30] Nejvyšší správní soud proto přistoupil k posouzení kasační argumentace, již stěžovatel brojí proti právnímu hodnocení věci krajským soudem [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.].

[31] Mezi účastníky není sporu, že jádrem posouzení je, zda může osoba, která se považuje za dotčenou postupem veřejného zadavatele při uzavírání smlouvy – dle názoru zadavatele - v rámci vertikální spolupráce ve smyslu § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek, respektive za dotčenou postupem, který podle ní podmínky vertikální spolupráce nesplňuje, podat proti tomuto postupu námitky, o nichž by byl zadavatel před uzavřením smlouvy povinen nejprve rozhodnout.

[32] Podle § 241 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek platí, že *námitky může podat dodavatel, kterému **postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky**, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté* **brozí nebo vznikla újma.**

[33] V posuzované věci není pochyb o tom, že postup žalobce nikterak nesouvisel se zadáním koncese, ani se nejednalo o některý ze zvláštních postupů vymezených v části šesté zákona o zadávání veřejných zakázek. Co se rozumí *veřejnou zakázkou*, respektive *zadáním veřejné zakázky*, stanoví kombinací pozitivního a negativního vymezení ustanovení § 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Negativní vymezení dle věty druhé tohoto ustanovení zní, že se za *zadání veřejné zakázky* **nepovažuje uzavření [...]** *smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12, § 155, 156, 189 a 190.*

[34] Ustanovení § 11 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek (na který též odkazuje věta druhá § 2 odst. 1 tohoto zákona) zakotvuje vertikální spolupráci v rámci skupiny (tzv. *in-house výjimku*), když za *zadání veřejné zakázky [...]* **nepovažuje uzavření smlouvy, kterou uzavírá veřejný zadavatel s jinou právnickou osobou jako dodavatelem, pokud**

- a) *sám nebo společně s jinými veřejnými zadavateli ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky,*
- b) *v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel nebo ovládající veřejní zadavatelé a*
- c) *více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právnickými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.*

[35] Krajský soud správně poukázal na to, že citované ustanovení je implementací čl. 12 zadávací směrnice. Podle tohoto článku platí, že jsou-li splněny všechny stanovené podmínky, *veřejná zakázka* *zadaná veřejným zadavatelem veřejnoprávní či soukromoprávní právnické osobě* **spadá mimo oblast působnosti této směrnice.**

[36] Nejvyšší správní soud tudíž souhlasí s krajským soudem, že ze znění ustanovení § 241 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, stejně jako ze znění čl. 12 zadávací směrnice, lze dovodit, že v případě postupu zadavatele v rámci vertikální spolupráce, respektive postupu, u něhož má zadavatel za to, že splňuje všechny podmínky vertikální spolupráce, a tedy že nesleduje zadání veřejné zakázky, námitky podat nelze, neboť uzavírání takové smlouvy vůbec neprobíhá v režimu zákona o zadávání veřejných zakázek.

pokračování

[37] Na tento závěr nemá vliv ani argumentace smyslem a účelem přezkumné směrnice, s nimiž je dle stěžovatele nemožnost podat námitky proti postupu uzavírání smlouvy v rámci vertikální spolupráce, respektive nemožnost posoudit, zda jsou splněna kritéria vertikální spolupráce ještě před případným uzavřením smlouvy, v rozporu. Stěžovatel se předně mylí, uvádí-li, že stěžejním argumentem napadeného rozsudku je náhled krajského soudu, že nemožnost podat námitky proti postupu označenému zadavatelem jako vertikální spolupráce, odpovídá smyslu dané směrnice. Taková argumentace se v napadeném rozsudku vůbec nenachází. Krajský soud v rámci ústního vyhlášení napadeného rozsudku k přezkumné směrnici toliko stručně uvedl, že z ničeho nevyplývá, že by výklad, k němuž se přiklonil, byl s ohledem na účel dané směrnice nedostatečný. To ostatně koresponduje skutečnosti, že krajský soud posuzoval konkrétní případ, kdy bylo řízení před stěžovatelem zahájeno na základě návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy (§ 254 zákona o zadávání veřejných zakázek). Podání tohoto návrhu, který logicky přichází v úvahu teprve po uzavření napadané smlouvy, přitom zákon nepodmiňuje předchozím neúspěšným uplatněním námitek u dodavatele. Argumentace krajského soudu, že osoby, jež se považují za dotčené vertikální spolupráci, by i tak disponovaly prostředky, jimž by mohly dosáhnout posouzení, zda jsou skutečně podmínky takové spolupráce splněny, je přitom pouze podpůrná.

[38] Nejvyšší správní soud pouze na okraj uvádí, že nepovažuje výklad, k němuž krajský soud dospěl, za jakkoli rozporný se smyslem a účelem přezkumné směrnice, za který stěžovatel považuje možnost dodavatelů (dotčených osob) bránit se proti postupu zadavatele ještě před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Stěžovatel totiž v rámci své argumentace zcela pomíjí znění čl. 1 odst. 1 dané směrnice, podle jehož věty první platí, že *tato směrnice [...] vztahuje na zakázky podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU [tj. zadávací směrnice], nejsou-li v souladu s čl. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 a 37 uvedené směrnice z její působnosti vyjmuty.*

[39] Povinnost členských států zakotvit ve své vnitrostátní úpravě prostředky k zajištění efektivního a rychlého přezkumu postupů zadavatelů, což je účel přezkumné směrnice (viz její čl. 1 odst. 1 věta čtvrtá), na který stěžovatel poukazuje, se tudíž na postup zadavatelů v rámci vertikální spolupráce, jež je upravena v čl. 12 zadávací směrnice, vůbec nevztahuje. Daný postup je z působnosti této směrnice vyjmut. Pokud je takový postup mimo působnost zadávací směrnice, je pak již výlučným rozhodnutím zadavatele, jak bude s dodavatelem v rámci vertikální spolupráce kontrahovat. Zásah žalovaného jako orgánu veřejné moci do tohoto postupu, jakoby šlo o zadání veřejné zakázky, by pak byl postupem mimo zákonnou pravomoc žalovaného (*ultra vires*).

[40] Stěžovatel dále na podporu svého náhledu o přípustnosti námitek proti postupu, který zadavatel považuje za vertikální spolupráci ve smyslu § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek, analogicky poukazuje na možnost přezkumu postupu zadavatelů v obdobných případech, a to při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, jež podle současné právní úpravy není zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení, a je pouze povinen dodržet zásady zadávání veřejných zakázek (§ 31 zákona o zadávání veřejných zakázek). Dovolává se přitom závěrů vyslovených rozšířeným senátem tohoto soudu v rozsudcích ze dne 26. 1. 2011, č. j. 2 Afs 132/2009-275, a ze dne 2. 2. 2017, č. j. 9 As

195/2015-68, ve vztahu k zakázkám malého rozsahu, na půdorysu tehdy platné právní úpravy zákona o veřejných zakázkách.

[41] Nejvyššímu správnímu soudu na podkladě nyní posuzované kasační stížnosti nepřísluší, aby se vyjadřoval ke stěžovatelským argumentům, že proti postupu zadavatele, označenému jako zadání veřejné zakázky malého rozsahu, lze podle současné právní úpravy podat námitky (s argumentací, že příslušná zakázka s ohledem na její předpokládanou hodnotu ve skutečnosti zakázkou malého rozsahu není a její zadavatel tak postupuje podle výjimky podle § 31 zákona o zadávání veřejných zakázek nezákonně), neboť v posuzované věci se o postup podle uvedeného ustanovení nejedná.

[42] Stěžovateli lze přisvědčit v tom, že rozšířený senát tohoto soudu v rozsudku č. j. 9 As 195/2015-68, ve vztahu k tehdy účinnému zákonu o veřejných zakázkách, dospěl k závěru, že stěžovateli náležela věcná působnost k výkonu dohledu nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu (kde nebylo podle § 18 odst. 5 vyžadováno zadávání dle tohoto zákona), konkrétně zda zadavatel neporušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 tohoto zákona.

[43] Stěžovatel však pomíjí, že rozšířený senát v daném rozsudku současně výslovně potvrdil závěr vyslovený dříve v rozsudku č. j. 2 Afs 132/2009-275, dle kterého „[j]e [...] zřejmé, že vzhledem ke znění § 110 odst. 1 ZVZ [který upravoval možnost podání námitek, a který je obdobou nynějšího § 241 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek] *nebude možné, aby osoba dotčená postupem zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu podala před zahájením řízení o přezkoumání úkonů zadavatele námitky, o kterých by nejprve zadavatel musel rozhodnout*“. Závěr, že u veřejných zakázek malého rozsahu je možnost podání námitek (podle tehdejší právní úpravy) vyloučena, přitom Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 Afs 132/2009-275 opřel o premisu, že zadávání veřejných zakázek malého rozsahu dle § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách vůbec neprobíhalo v režimu daného zákona.

[44] Obdobně je tomu přitom v případě uzavírání smluv v rámci vertikální spolupráce podle současné právní úpravy. Shora citovaná ustanovení § 2 odst. 1 a § 11 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, v návaznosti na čl. 12 zadávací směrnice, výslovně stanoví, že se takový postup *nepovažuje za zadání veřejné zakázky*. Jde o typové situace ještě vzdálenější postupům veřejného zadávání, oproti zadávání veřejných zakázek malého rozsahu dle § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, neboť posledně zmiňované zakázky byly považovány za *veřejné zakázky*, pouze se při jejich zadávání nemusely dodržovat zákonem stanovené postupy (musely být dodrženy pouze základní principy veřejného zadávání uvedené v § 6 odst. 1). Smlouva uzavřená za podmínek vyplývajících z § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek ovšem za veřejnou zakázku vůbec považována není (viz odst. 1 citovaného ustanovení) a postup jejího uzavření i plnění spadá zcela mimo oblast působnosti pravidel zadávání veřejných zakázek.

[45] Z logiky věci pak vyplývá, že pokud zadavatel nezadáva *veřejnou zakázku* (respektive je přesvědčen, že jeho postup vzhledem k naplnění příslušných podmínek oprávněně nesleduje *zadání veřejné zakázky*), nelze po něm požadovat, aby se podřídil režimu zákona o zadávání veřejných zakázek. Při postupu, který vůbec není zadávacím

pokračování

řízením na veřejnou zakázku ve smyslu zákona, tudíž zadavatel o podání, jakkoli je označeno jako „námitky“ ve smyslu § 241 zákona o zadávání veřejných zakázek, není vůbec povinen (formálně) rozhodovat ve smyslu § 245 uvedeného zákona. Postačí, pokud obdržené podání vyřídí neformálně, připsím, v němž podateli sdělí, proč o něm nebude rozhodovat, tedy že postupuje v souladu s § 11 uvedeného zákona a nezadáva veřejnou zakázku.

[46] Krajský soud v nyní posuzované věci správně vycházel z toho, že obdrželi stěžovatel návrh na přezkum úkonů zadavatele, o němž má zadavatel za to, že splňuje všechna kritéria vertikální spolupráce, musí na prvním místě posoudit, zda jsou skutečně příslušné podmínky ve smyslu § 11 zákona o zadávání veřejných zakázek a související judikatury Soudního dvora Evropské unie naplněny. Tedy, zda zadavatel postupuje mimo zadávací řízení (tj. zcela mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek) oprávněně. Stěžovatel se totiž může dále (meritorně) zabývat pouze takovým návrhem, který směřuje proti postupu, který je zadavatel podle zákona o zadávání veřejných zakázek povinen dodržovat [§ 265 písm. c) uvedeného zákona].

[47] Stěžovatel tudíž v případě návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele (v nynější věci konkrétně návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy) měl posoudit, (pouze to) zda se skutečně jedná o vertikální spolupráci. V případě kladného závěru nemohl postupovat jinak, než takový návrh podle § 265 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek, bez jakéhokoliv dalšího meritorního posuzování, zamítnout, neboť nesměruje proti postupu při zadávání veřejných zakázek. Teprve kdyby stěžovatel shledal, že podmínky vertikální spolupráce splněny nebyly, mohl by rozhodnout s ohledem na podaný návrh některým ze způsobů předvídaných v § 248 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[48] Ostatně, tvrzení stěžovatele uvedené při jednání před krajským soudem a ve stručnosti zmíněné rovněž v kasační stížnosti, že v nynější věci neposuzoval, zda postup žalobce splňoval podmínky vertikální spolupráce, a že za rozhodující pro uložení zákazu plnění příkazní smlouvy považoval již samotnou skutečnost, že byla uzavřena před tím, než žalobce rozhodl o podání osoby zúčastněné na řízení II) označeném jako námitky, nekoresponduje skutečnému průběhu řízení před stěžovatelem. Z obsahu správního spisu totiž vyplývá, že se stěžovatel tím, zda byly naplněny podmínky vertikální spolupráce, ve skutečnosti poměrně podrobně zabýval. Toto posouzení však již následně nepromítl do odůvodnění vydaných rozhodnutí.

[49] Stěžovatel tak na prvním místě žalobce v oznámení o zahájení řízení o návrhu osoby zúčastněné na řízení II) ve smyslu § 254 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek vyzval, aby, pokud nepostupuje v zadávacím řízení, sdělil důvody pro takový postup. Na tuto výzvu žalobce reagoval v podání označeném jako vyjádření zadavatele k návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ze dne 9. 1. 2017. Sdělil v něm (mimo jiné), že v zadávacím řízení nepostupuje, a to z důvodu navázání vertikální spolupráce s osobou zúčastněnou na řízení I).

[50] Ve zjevné návaznosti na toto vyjádření pak následně stěžovatel žalobce a osobu zúčastněnou na řízení I) usnesením ze dne 13. 1. 2017, č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-01381/2017/541/MSc, vyzval, aby ve stanovené lhůtě sdělili

a doložili podíl činností, jež jsou prováděny osobou zúčastněnou na řízení I) při plnění úkolů, které jí byly svěřeny žalobcem nebo jinými právníckými osobami, které žalobce ovládá jako své vnitřní organizační jednotky, na celkovém obratu žalobce za tři účetní období předcházející účetnímu období ve kterém došlo k uzavření příkazní smlouvy. Jinými slovy, stěžovatel žalobce a osobu zúčastněnou na řízení I) vyzval k doložení, že splňují kritéria vertikální spolupráce ve smyslu § 11 odst. 1 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek. K prověření, zda jsou splněna, pak směřovala i další usnesení stěžovatele, a to ze dne 24. 1. 2017, č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-02461/2017/541/MSc, jímž žalobce a osobu zúčastněnou na řízení I) vyzval k předložení odpovídajících faktur a smluv, a ze dne 9. 2. 2017, č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-04861/2017/541/MSc, jímž reagoval na předložené přehledy faktur, neboť zjevně považoval za nezbytné dále prověřit výši obratu (podíl činností) vykonávaných osobou zúčastněnou na řízení I) pro žalobce.

[51] Jakkoli tedy stěžovatel v kasační stížnosti uvádí, že „*nikterak nekomentuje, zda zadavatel v daném případě dle výjimky [o vertikální spolupráci] postupoval v souladu se zákonem*“, fakticky se touto otázkou v průběhu vedeného řízení poměrně obsírně zabýval. Právě výsledek takového posouzení, tedy zda se o vertikální spolupráci jednalo či nikoliv, mělo být rozhodným podkladem pro případné nápravné opatření. Stěžovatel naopak nemohl rozhodnout o zákazu plnění napadené smlouvy jen na podkladě toho, že žalobce nejprve nevyřídil podání označené jako námítka. Jak bylo již výše vyloženo, měl-li žalobce za to, že legitimně postupuje v rámci vertikální spolupráce, tedy mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek, nebyl o daném podání povinen rozhodovat.

[52] Nejvyšší správní soud na okraj dodává, že mu je z úřední činnosti známo, že dotčená příkazní smlouva byla v části [čl. III, bod 3.1. písm. a) a b)] rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 11. 4. 2019, č. j. 62 Af 68/2017-209 (aprobovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2020, č. j. 2 As 126/2019-78), kvalifikována jako smlouva o zastoupení zadavatele ve smyslu § 43 zákona o zadávání veřejných zakázek. Tedy, jakožto smlouva, na jejímž základě se žalobce nechal osobou zúčastněnou na řízení I) „toliko“ zastoupit v rámci administrace jednacím řízení bez uveřejnění, v rámci něhož žalobce následně dne 29. 12. 2016 uzavřel smlouvu „*o poskytování služeb k zajištění fungování veřejného osvětlení na území hlavního města Prahy*“ se společností PREdistribuce, a. s. V tomto rozsahu tak zjevně příkazní smlouva nemohla být smlouvou uzavíranou v rámci vertikální spolupráce, současně se však nemohlo jednat ani o zadání veřejné zakázky s osobou zúčastněnou na řízení I). I tento dílčí předmět příkazní smlouvy měl stěžovatel při rozhodování o návrhu osoby zúčastněné na řízení II) vzít v úvahu; v kontextu uvedeného tak měl uvážit, zda v příslušném rozsahu nebyl podaný návrh zjevně právně nepřipustný [§ 66 odst. 1 písm. b) správního řádu], neboť v daném rozsahu vůbec nebyl předmětem příkazní smlouvy závazek k poskytnutí plnění (dodávek či služeb, či stavebních prací) ve smyslu § 14 zákona o zadávání veřejných zakázek. V daném rozsahu byla příkazní smlouva pouze specifickou, v zákoně o zadávání veřejných zakázek výslovně zakotvenou, dohodou o zastoupení zadavatele (žalobce) v rámci následného jednacím řízení bez uveřejnění. Postupem směřujícím k zadání veřejné zakázky, proti němuž mohla osoba zúčastněná na řízení II) v tomto ohledu případně následně brojit námitkami, potažmo postupem na přezkoumání úkonů žalobce, jakožto zadavatele, tak bylo teprve následné jednacím řízení bez uveřejnění, v jehož rámci žalobce uzavřel smlouvu o

pokračování

poskytování služeb se společností PREDistribuce, a. s. (z uvedeného rozsudku č. j. 62 Af 68/2017-209 ostatně vyplývá, že tak učinila).

[53] Vzhledem k tomu, že u vertikální spolupráce nepřichází v úvahu podání námitek, je bezpředmětné zabývat se stěžovatelem nastolenými otázkami počátku běhu lhůty pro jejich podání a běhu blokační lhůty, jež je spojena právě s podáním námitek.

[54] Ze shora uvedených důvodů tak Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji dle § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. zamítl.

[55] O náhradě nákladů tohoto řízení bylo rozhodnuto ve smyslu § 60 odst. 1, věty první s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Vzhledem k tomu, že stěžovatel byl v řízení o kasační stížnosti procesně neúspěšný, právo na náhradu nákladů řízení mu nenáleží. Pokud jde o procesně úspěšného účastníka – žalobce, jeho náklady jsou tvořeny částkou 3 100 Kč za jeden úkon právní služby jeho zástupce (vyjádření ke kasační stížnosti) podle § 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátní tarif, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“). Přiznána byla též náhrada hotových výdajů zástupce, která činí dle § 13 odst. 3 advokátního tarifu 300 Kč za úkon právní služby. Celkem tak jsou náklady zastoupení tvořeny částkou 3 400 Kč. Jelikož advokát doložil, že je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se uvedená odměna o částku odpovídající této dani. Celkovou částku 4 114 Kč představující náhradu nákladů řízení je stěžovatel povinen zaplatit žalobci do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce.

[56] Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti stěžovatele, neboť jim v tomto řízení nebyla soudem uložena žádná povinnost a Nejvyšší správní soud neshledal ani existenci okolností hodných zvláštního zřetele, které by odůvodňovaly jiný postup (§ 60 odst. 5 s. ř. s., za použití § 120 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 19. listopadu 2021

Mgr. Radovan Havelec
předseda senátu