UOHSX006K3RC

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R409/2013/VZ-25973/2014/323/BRy Brno 8. prosince 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 9. 12. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 12. 12. 2013 a doplněném podáním ze dne 16. 12. 2013, podaném zadavatelem –

- **Městem Chodov,** IČO 00259349, se sídlem Komenského 1077, 357 35 Chodov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo ze dne 25. 11. 2013, vydaném ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 27 odst. 1 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele stanoveného v § 5 odst. 1 citovaného zákona, při uzavírání smlouvy o nájmu rozvodného tepelného zařízení ze dne 15. 8. 2011 se společností Sokolovská uhelná, právní nástupce, a.s., IČO 26348349, se sídlem Staré náměstí 69, 356 01 Sokolov,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo ze dne 25. 11. 2013

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**) jako orgán příslušný podle ust. § 24 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon“**), k výkonu dohledu nad dodržováním zákona, zahájil dne 11. 9. 2013 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – městem Chodov, IČO 00259349, se sídlem Komenského 1077, 357 35 Chodov (dále jen **„zadavatel“**), podle ust. § 27 odst. 1 písm. a) zákona, v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatelem stanoveného v ust. § 5 odst. 1 zákona při uzavírání smlouvy o nájmu rozvodného tepelného zařízení ze dne 15. 8. 2011 se společností Sokolovská uhelná, právní nástupce, a.s., IČO 26348349, se sídlem Staré náměstí 69, 356 01 Sokolov (dále jen **„vybraný uchazeč“** nebo **„nájemce“**). Za účastníka správního řízení zahájeného z moci úřední Úřad označil zadavatele.

2. Úřad si na základě obdrženého podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci související s uzavřením smlouvy o nájmu tepelného zařízení ze dne 15. 8. 2011 (dále jen **„smlouva o nájmu“**), kterou uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel pojal záměr pronájmu souboru nemovitého a movitého teplofikačního majetku. Tento záměr zadavatel zveřejnil na své úřední desce dne 12. 7. 2011. Na základě tohoto uveřejnění zadavatel obdržel celkem 7 nabídek. Současně bylo zjištěno, že předpokládané příjmy plynoucí z provozování rozvodného tepelného zařízení mezi lety 2012-2016 byly vypočteny částkami v rozmezí 88 568 000 Kč až 114 922 793 Kč ročně. Dne 15. 8. 2011 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o nájmu.

3. Z obdržené dokumentace Úřad získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval při uzavírání smlouvy o nájmu s vybraným uchazečem v souladu s ust. § 5 odst. 1 zákona, když neprovedl koncesní řízení, a proto oznámením ze dne 10. 9. 2013 č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-17179/2013/522/LKo zahájil správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 25. 11. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo (dále jen **„napadené rozhodnutí“**), ve kterém výrokem I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 27 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ust. § 5 odst. 1 zákona uzavřel dne 15. 8. 2011 s vybraným uchazečem smlouvu o nájmu rozvodného tepelného zařízení, aniž by provedl koncesní řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem II. Úřad za spáchaný správní delikt uložil pokutu ve výši 300 000 Kč.

5. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že se nejprve zabýval otázkou, zda smlouva o nájmu, uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, naplnila zákonem specifikované pojmové znaky koncesní smlouvy dle ust. § 16 zákona. Úřad konstatoval, že první pojmový znak koncesní smlouvy byl naplněn tím, že služby stanovené v bodě 6.4 smlouvy o nájmu, a to zejména dodávky tepla, rozvod teplé užitkové vody (dále jen **„TUV“**) odběratelům v katastrálním území Dolní Chodov, mají nepochybně charakter služby, přičemž dle bodu 2.4, 6.1.1 a 6.4 smlouvy o nájmu zadavatel přenechává poskytování těchto služeb nájemci – vybranému uchazeči a nájemce – vybraný uchazeč se zároveň zavazuje poskytovat služby spojené s provozem předmětného rozvodného tepelného zařízení řádně a včas. Druhý pojmový znak koncesní smlouvy, uzavřená smlouva o nájmu, naplňuje v bodě 8.5, kterým se zadavatel zavazuje umožnit vybranému uchazeči účtovat za poskytování dodávky tepla a rozvod TUV ode dne účinnosti smlouvy. Třetí pojmový znak byl naplněn tím, že v bodě 6.1. smlouvy o nájmu je uvedeno, že nájemce – vybraný uchazeč bude spravovat a provozovat rozvodné tepelné zařízení svým jménem, na své podnikatelské riziko a na vlastní odpovědnost vlastními pracovníky. Úřad tak uzavřel, že uzavřená smlouva o nájmu naplňuje všechny pojmové znaky koncesní smlouvy uvedené v ust. § 16 odst. 1 a 2 zákona. Současně Úřad neshledal podmínky pro použití zákonné výjimky stanovené v ust. § 3 zákona.

6. Vzhledem k tomu, že došlo k uzavření koncesní smlouvy a nebyly splněny podmínky pro užití zákonné výjimky dle ust. § 3 zákona, Úřad přistoupil ke zjišťování předpokládaných celkových příjmů nájemce z nájemní smlouvy. Celkové předpokládané příjmy nájemce v roce 2012 činily 89 646 000 Kč s tím, že v každém následném roce do roku 2016 Úřad vynásobil předpokládaný příjem dle vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, přičemž dospěl k závěru, že příjem koncesionáře již v prvním roce přesáhne částku 20 000 000 Kč a tuto částku přesáhne i v každém následném roce plnění koncesní smlouvy.

7. Úřad uvedl, že zadavatel nesplnil výjimku stanovenou v ust. § 5 odst. 2 zákona a byl proto povinen při uzavírání koncesní smlouvy postupovat dle zákona. K tomu Úřad dále uzavřel, že pokud zadavatel nevybral koncesionáře v koncesním řízení podle zákona, pak porušil ust. § 5 odst. 1 zákona. Pokud by tedy zadavatel postupoval v souladu se zákonem a provedl koncesní řízení, pak nelze vyloučit, že by obdržel více nabídek jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než vybraný uchazeč. Postup zadavatele tak mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

8. Úřad uzavřel, že se zadavatel svým jednáním dopustil správního deliktu podle ust. § 27 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad uvedl, že skutečnost, že smlouva o nájmu dosud nenabyla účinnosti,

neměla vliv na posouzení formální stránky spáchání správního deliktu, neboť k naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu došlo již v okamžiku uzavření smlouvy.

9. Při ukládání pokuty za spáchaný správní delikt Úřad vypočetl horní hranici možné pokuty částkou 22 626 739 Kč. Při určení výše pokuty Úřad zohlednil to, že postup zadavatele zásadně narušil samotný princip zadání koncesí na služby a takové omezení či vyloučení principu soutěže je jedním z nejzávažnějších porušení zákona. Současně Úřad při posouzení okolností uvedl, že to, že zadavatel konzultoval pronájem rozvodného tepelného zařízení s odborem veřejné podpory Úřadu a dále, že uzavřená smlouva nenabyla účinnosti, nelze hodnotit jako polehčující okolnosti, neboť zadavatel jednal s Úřadem až poté, co mu byla Úřadem zaslána informace v souvislosti s obdržením podnětu, a současně uzavřená smlouva o nájmu nenabyla účinnosti na základě okolností, které však byly nezávislé na vůli zadavatele. Úřad uloženou pokutu ve výši 300 000 Kč posoudil za dostatečnou a současně naplňující preventivní i represivní funkci.

10. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 25. 11. 2013.

III. Námitky rozkladu

11. Uvedené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 9. 12. 2013, který byl dne 10. 12. 2013 podán k poštovní přepravě a který Úřad obdržel dne 12. 12. 2013. Ve smyslu ust. § 40 odst. 1 písm. d) správního řádu tak byla lhůta k podání rozkladu zachována, neboť zadavatel tento dne 10. 12. 2013 podal k poštovní přepravě. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě a jeho podáním došlo k zahájení správního řízení o rozkladu. Podaný rozklad zadavatel doplnil dalším podáním ze dne 16. 12. 2013, které Úřad obdržel dne 17. 12. 2013.

12. Zadavatel v podaném rozkladu resp. v jeho doplnění ze dne 16. 12. 2013 uvedl, že nesouhlasí se závěrem Úřadu, podle kterého má veřejný zadavatel povinnost při poskytnutí svého energetického zařízení jinému subjektu za účelem provozování pro zabezpečování veřejných potřeb povinnost řídit se koncesním zákonem. Dle zadavatele předmětem úpravy zákona není obecná povinnost zadavatele řídit se zákonem při smluvním poskytnutí svého energetického zařízení jiné osobě. Pokud by tomu tak mělo být, pak by zákon musel být koncipován obdobně jako zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon o veřejných zakázkách“**), který v ust. § 1 uvádí, že upravuje postupy při zadávání veřejných zakázek, když z tohoto ustanovení je zřejmé, že postup při zadávání veřejných zakázek se obligatorně řídí zákonem o veřejných zakázkách. Oproti tomu však zákon ve svých ustanoveních takové vymezení předmětu jako zákon o veřejných zakázkách nemá. Zadavatel má za to, že je třeba se zabývat otázkou, zda územní samosprávný celek má povinnost při poskytování svého majetku jiným osobám povinnost postupovat dle koncesního zákona nebo zda zákon upravuje pouze postup při uzavírání koncesních smluv, aniž by takovou obecnou povinnost stanovil.

13. Zadavatel dále poukázal na skutečnost, že při výběru nového provozovatele postupoval při výběru podle zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„obecní zřízení“** nebo **„zákon o obcích“**) a zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„občanský zákoník“**). K tomu poukázal na skutečnost, že považuje za sporné, který z uvedených právních předpisů má vyšší právní sílu a který lépe chrání celospolečenský právní zájem při nakládání s majetkem veřejnoprávní korporace.

Současně zadavatel poukázal na skutečnost, že koncesní smlouva dle zákona je závazkovým vztahem sui generis, který není upraven občanským zákoníkem, ale pouze zákonem. Zadavatel se domnívá, že pokud postupoval podle obecního zřízení a občanského zákoníku, když současně zákon nestanoví obecnou povinnost veřejným zadavatelům postupovat podle zákona, pak se nemohl dopustit žádného porušení zákona.

14. V podaném rozkladu zadavatel provedl srovnání postupu dle zákonné úpravy obsažené v obecním zřízení a občanském zákoníku a úpravy obsažené v zákoně, přičemž uvedl, že zásadní rozdíl spočívá pouze v délce, po kterou mohou dodavatelé podávat své nabídky a ve způsobu zveřejnění, tedy v okruhu osob, které mají možnost se s vyhlášeným záměrem nebo zahájením řízení seznámit. Dále uvedl, že po porovnání koncesní smlouvy a nájemní smlouvy považuje tyto, dle obsahových náležitostí, za téměř shodné. Současně upozornil na kogentní úpravu uvedenou v ust. § 39 odst. 1 obecního zřízení, když z hlediska tohoto ustanovení není dán žádný legislativní prostor pro uplatnění ustanovení zákona tak, aby nedošlo k porušení obecního zřízení. Právní úpravu pak zadavatel považuje za nepřehlednou a roztříštěnou.

15. Zadavatel uvedl, že Úřad mu svým rozhodnutím uložil sankci, avšak ve smyslu ust. § 25 zákona neuložil žádné nápravné opatření a ani nerozhodl o neplatnosti již uzavřené smlouvy o nájmu případně i jednotlivých právních úkonů, které zadavatel učinil. Současně ani v odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad neuvádí, jak má zadavatel napravit tvrzené porušení zákona. Udělení pokuty bez dalšího opatření se tak jeví jako projev vrchnostenské libovůle, nikoliv jako výkon státní správy ve smyslu správního řádu.

16. Zadavatel v podaném rozkladu poukázal na skutečnost, že uzavřená smlouva o nájmu obsahuje odkládací podmínku, kterou spojuje účinnost smlouvy s okamžikem nabytí licence nájemcem. Nesplnění této odkládací podmínky tak znamená, že právní úkon dosud nenabyl účinnosti a pokud nedojde ke splnění podmínky tak účinnosti ani nenabude. Zadavatel nesporoval závěr Úřadu o tom, že k naplnění skutkové podstaty správního deliktu došlo již okamžikem uzavření smlouvy, nicméně Úřad měl přihlédnout k tomu, že smlouva o nájmu nebyla fakticky uvedena do života, a nikdo tak nebyl poškozen na svých právech. Uložení sankce ve výši několika stovek tisíc korun, na základě sporné legislativy považuje zadavatel za nespravedlnost.

17. Zadavatel má za to, že Úřad při rozhodování o uložení sankce měl přihlédnout k tomu, že společnost MARSERVIS s. r. o., IČO 46886061, se sídlem Vančurova 341, 357 35 Chodov, jednající v rozporu s dobrými mravy a v rozporu se zákonem, parazituje na majetku zadavatele již 20 roků, čímž připravila zadavatele o stovky milionů korun. Zadavatel se tak snažil tento nežádoucí stav napravit.

18. Zadavatel dále poukázal na skutečnost, že s Úřadem komunikoval, avšak komunikoval s odborem veřejné podpory, přičemž Úřad je dle všech okolností úřadem bez dalšího vnitřního členění. S ohledem na závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí zadavatel dovodil, že odborné stanovisko jednoho odboru Úřadu není směrodatné, protože problém neprošel všemi odbory Úřadu. K tomu zadavatel dále uvedl, že metodickou činnost Úřadu a pomoc veřejnosti považuje za nulovou.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel navrhl, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a věc byla vrácena Úřadu k novému projednání, eventuálně aby bylo napadené rozhodnutí změněno tak, aby byla uložená pokuta zrušena.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí dle ust. § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád“**) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

22. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo ze dne 25. 11. 2013, rozhodl výrokem I. tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 27 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ust. § 5 odst. 1 zákona uzavřel dne 15. 8. 2011 s vybraným uchazečem smlouvu o nájmu rozvodného tepelného zařízení, aniž by provedl koncesní řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a výrokem II. uložil zadavateli za spáchaný správní delikt pokutu ve výši 300 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

23. Zadavatel ve svém rozkladu převážně popisuje skutkový stav a své postupy před zadáním koncese, přičemž jeho námitky v obecné rovině směřují proti postupu Úřadu.

24. Zadavatel v podaném rozkladu předně namítá, že mu není stanovena povinnost řídit se koncesním zákonem, neboť tento zákon upravuje pouze podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv, když zákon nestanovuje takovou obecnou působnost, jakou stanovuje zákon o veřejných zakázkách. S takovou argumentací zadavatele se však nelze ztotožnit.

25. K argumentu zadavatele považuji za důležité upozornit zejména na skutečnost, že předmětem právní úpravy obsažené v koncesním zákoně je vymezení předpokladů, za kterých mohou být uzavírány koncesní smlouvy, tj. specifické smlouvy mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty, jejichž předmětem je zajištění určité služby či provedení díla, které slouží typicky veřejným potřebám.

26. V daném případě je tak třeba zohlednit odlišnost koncesní smlouvy od jiných smluvních typů a od smluv uzavřených na plnění veřejných zakázek, od kterých se odlišuje především

způsobem protiplnění, které je poskytováno koncesionáři za jím realizovanou službu či dílo. Zatímco v případě veřejné zakázky jde o běžný nákup zboží, služeb či stavebních prací, kdy smluvní partner za plnění provedené na základě smlouvy uzavřené se zadavatelem obdrží od zadavatele určité (typicky peněžité) protiplnění, v případě koncesí je plnění ze strany koncesionáře kompenzováno poskytnutím možnosti brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, případně lze tuto formu kompenzace kombinovat i s částečnou úplatou ze strany zadavatele. Namísto přímé platby od zadavatele jsou tedy v případě koncesních smluv finanční zdroje k uspokojení nároků koncesionáře vyplývajících z poskytování služby či provedení díla získávány v převážné míře z výtěžku provozování určité služby či díla, které jsou předmětem koncesního vztahu.

27. Je zřejmé, že pravidla, za nichž veřejní zadavatelé vstupují do smluvních vztahů za účelem zajištění služeb či stavebních prací, jsou upravena především zákonem o veřejných zakázkách, který stanoví pravidla, jež musí zadavatelé dodržet v rámci procesu výběru příslušného dodavatele. Účelem normativní úpravy tohoto postupu je tedy zajištění co nejhospodárnějšího vynakládání veřejných prostředků a rovněž garantování spravedlivé a rovnoprávné soutěže mezi jednotlivými dodavateli, kteří mají zájem dodat zadavateli zboží, služby či stavební práce. Stejným účelem je však vedena i úprava koncesního řízení obsažená v zákoně, tj. normativně upravený postup směřující k uzavření koncesní smlouvy. Také v tomto případě jde o to, aby byl pro uzavření koncesní smlouvy zadavatelem vybrán dodavatel (koncesionář) transparentním způsobem, kterým bude všem zúčastněným dodavatelům garantováno rovné zacházení, jelikož lze mít za to, že pouze tento postup dává nejlepší předpoklady pro výběr optimálního smluvního partnera a optimální nabídky. Je tedy možné konstatovat, že koncese a veřejné zakázky spojují společné základní rysy i celá řada dalších aspektů, zejména pak zásady, kterými se řídí zadávací proces vedoucí k výběru dodavatele pro uzavření smlouvy. Je možné říci, že v případě koncese se de facto jedná o zvláštní druh veřejné zakázky, který však oproti „klasickým“ veřejným zakázkám vykazuje určité specifické rysy.

28. K argumentu zadavatele, že zákon neobsahuje úpravu, jakou má zakotvenou zákon o veřejných zakázkách, uvádím, že vzhledem k výše řečenému tento považuji za účelový. Je zřejmé, že zákon o veřejných zakázkách v ust. § 1 vymezuje předmět jeho působnosti mimo jiné tak, že upravuje postupy při zadávání veřejných zakázek. Dále podobně jako zákon v ust. § 2 vymezuje, kdo je zadavatelem, obsahuje vymezení veřejných zakázek a povinností stanovených zadavatelům při zadávání veřejných zakázek a současně, stejně jako zákon, obsahuje výjimku z jeho působnosti. Zákon o veřejných zakázkách tedy stejně jako zákon, s ohledem na daný případ, vymezuje podmínky a postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, a to srovnatelným způsobem, jako vymezuje zákon podmínky a postup zadavatele při uzavírání koncesní smlouvy. Pokud tedy zadavatel uzavřenou smlouvou naplní znaky koncesní smlouvy a nevztahuje se na něj výjimka z působnosti stanovená v ust. § 5 odst. 2 zákona, pak je povinen postupovat dle tohoto zákona. Pokud by měl být přijat argument zadavatele, pak by to vedlo k tomu, že pokud by zadavatel uzavřel jakoukoliv smlouvu, která by však svou povahou byla smlouvou koncesní, pak by na něj zákon nemohl nikdy dopadat, a orgán dohledu by neměl možnost sankcionovat jednání, která vybočují z rámce zákona. Takový výklad by však dále vedl k tomu, že zadavatel by bez zadání v řádném koncesním řízení mohl uzavírat takové smlouvy s libovolnými uchazeči bez toho, aby umožnil otevřenou

soutěž a aby tak bylo zabezpečeno účelné vynakládání veřejných finančních prostředků. Takový výklad však nelze připustit, a proto námitku zadavatele nepovažuji za důvodnou.

29. Z hlediska určení toho, zda je zadavatel povinen postupovat podle koncesního zákona je zásadní, zda okruh práv a povinností, vyplývajících ze záměru uzavřít smlouvu nebo z uzavřené smlouvy, odpovídá okruhu vymezenému v ust. § 16 a násl. zákona. Jinak řečeno, zda smlouva, kterou zadavatel uzavře je smlouvou koncesní dle zákona. Je zřejmé, že koncesní zákon v ust. § 1 obsahuje vymezení předmětu jeho působnosti. V daném případě jde o podmínky a postupy při uzavírání koncesní smlouvy. Současně v ust. § 2 zákona je vymezeno, kdo je podle tohoto zákona považován za zadavatele a tedy, kdo je v případě, že bude uzavírat koncesní smlouvu povinen postupovat dle zákona. Dále v ust. § 16 a násl. zákona jsou vymezeny náležitosti koncesní smlouvy, které určují jakou smlouvu je tedy možno považovat za koncesní smlouvu dle zákona. Současně pak zákon v ust. § 5 odst. 2 stanoví, že zadavatel nemusí postupovat podle tohoto zákona, pokud činí předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty (dále jen **„DPH“**), přičemž však je povinen dodržet zásady uvedené v § 3a zákona.

30. Z uvedených ustanovení zákona vyplývá, že pokud subjekt splní podmínky stanovené v ust. § 2 zákona, pak je ve smyslu zákona považován za zadavatele. Dále za situace, kdy uzavírá smlouvu naplňující znaky ust. § 16 a násl. zákona pak se jedná o koncesní smlouvu, přičemž platí, že pokud předpokládaný příjem koncesionáře z uzavřené koncesní smlouvy činí více než 20 000 000 Kč bez DPH, pak je zadavatel, při jejímž uzavření povinen postupovat dle zákona. Z hlediska tohoto posouzení bylo v daném případě nezbytné analyzovat práva a povinnosti vyplývající z uzavřené smlouvy.

31. V rozhodovaném případě bylo ve správním řízení prokázáno, že zadavatel uzavřel dne 15. 8. 2011 s nájemcem smlouvu o nájmu rozvodného tepelného zařízení. Předmětem této smlouvy byl pronájem a provozování rozvodného tepelného zařízení za účelem dodávky tepla a teplé a užitkové vody za podmínek stanovených uzavřenou smlouvou a v souladu se zákonem č. 458/2000 Sb., energetický zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„energetický zákon“**), přičemž nájemce se zavázal za podmínek uvedených ve smlouvě dodávat teplo a TUV zadavateli a třetím osobám. Současně se nájemce smlouvou o nájmu zavázal zadavateli platit nájemné ve výši 5 000 000 Kč ročně. Z uzavřené smlouvy o nájmu dále vyplývá, že nájemce má spravovat a provozovat rozvodné tepelné zařízení na své podnikatelské riziko a na vlastní odpovědnost a současně má hradit veškeré výdaje na správu rozvodného tepelného zařízení. Z přílohy č. 1 smlouvy o nájmu, konkrétně z podkladové kalkulace ceny tepelné energie pro rok 2012-2016 pak vyplývá, že tržby z prodeje nájemce v každém roce činí více než 20 000 000 Kč bez DPH.

32. Z provedeného dokazování tedy plyne, že zadavatel s nájemcem uzavřel smlouvu, která je svou povahou smlouvou koncesní, neboť naplňuje zákonné znaky, které jsou zákonem pro koncesní smlouvu stanoveny. Konkrétně se jedná o znaky vyjmenované v ust. § 16 odst. 1 a 2 zákona, podle kterých se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, a dále podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář. V rozhodovaném případě z obsahu smlouvy o nájmu vyplývá, že zadavatel umožnil nájemci brát užitky vyplývající z poskytování služeb, k jejichž poskytování se uzavřením smlouvy

nájemce zavázal, a to konkrétně k poskytování služeb spojených s provozem rozvodného tepelného zařízení, kterými jsou mimo jiné dodávky tepla a TUV odběratelům. Současně též uzavřenou smlouvou o nájmu bylo stanoveno, že nájemce nese podstatnou část rizik, neboť rozvodné tepelné zařízení spravuje a provozuje svým jménem, na své podnikatelské riziko a na vlastní odpovědnost svými pracovníky. Tímto tedy došlo i k naplnění dalšího zákonného znaku koncesní smlouvy. Z hlediska znění ust. § 16 zákona tedy smlouva o nájmu, uzavřená mezi zadavatelem a nájemcem, naplňuje znaky koncesní smlouvy ve smyslu zákona a je tedy třeba na ni nahlížet dle jejího skutečného obsahu ve smyslu zákona. Závěr Úřadu, obsažený v napadeném rozhodnutí, a to ten, že uzavřená smlouva o nájmu naplnila všechna zákonné znaky koncesní smlouvy, považuji dle výše uvedeného za správný a odpovídající znění zákona.

33. Vzhledem k tomu, že zadavatel uzavřel s nájemcem smlouvu, která je svým obsahem smlouvou koncesní pak dle ust. § 1 zákona byl při jejím uzavírání povinen postupovat podle zákona, neboť tento upravuje podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv. Taková povinnost pro zadavatele nastává v případě, pokud na něj nedopadá některá ze zákonných výjimek, a to buď ve smyslu ust. § 5 zákona, které stanoví, že zadavatel nemusí postupovat podle této části zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty anebo ve smyslu ust. § 3 zákona, které dopadá na případy, kdy zadavatel uzavře smlouvu, která spadá pod zákonné výjimky v uvedeném ustanovení vyjmenované. V rozhodovaném případě bylo ve správním řízení prokázáno, že předpokládaný příjem koncesionáře v každém roce trvání smlouvy o nájmu překročí limit stanovený v ust. § 5 odst. 2 zákona, což znamená, že tuto výjimku zadavatel nebyl oprávněn použít. Dále z hlediska znění ust. § 3 zákona současně vyplývá, že uzavřená smlouva o nájmu svou povahou ani svým obsahem neodpovídá žádné ze smluv vyjmenovaných v předmětném ustanovení. Otázkou, zda zadavatel naplnil výjimku stanovenou v ust. § 3 zákona se Úřad zabýval v napadeném rozhodnutí, a to konkrétně v odstavcích 40 až 45, když jeho závěr o tom, že uzavřená smlouva nebyla uzavřena k plnění závazku veřejné služby, považuji za správný a odpovídající zjištěnému skutkovému stavu. Vzhledem k uvedenému tedy zadavatel nebyl oprávněn využít ani tuto výjimku z působnosti zákona.

34. Pokud tedy zadavatel uzavřel koncesní smlouvu a nebyl oprávněn využít žádnou ze zákonných výjimek, pak byl povinen při uzavírání koncesní smlouvy postupovat dle zákona. Zákon ve svých ustanoveních stanoví povinnosti a postup zadavatele při uzavírání koncesní smlouvy a v koncesním řízení, a to z hlediska zahájení, průběhu, posuzování a hodnocení nabídek, výběru koncesionáře, náležitostí koncesní smlouvy apod. Zákon tak upravuje postup zadavatele, který je zadavatel povinen dodržet, pokud uzavírá koncesní smlouvu. V daném případě zadavatel uzavřel koncesní smlouvu, avšak při jejím uzavírání nepostupoval v souladu se zákonem, neboť koncesní řízení neprovedl vůbec, a to přesto, že k tomu ve smyslu zákona byl povinen. Takový závěr vyslovil i Úřad v napadeném rozhodnutí, přičemž uvádím, že tento tedy považuji za správný a souladný se zněním zákona.

35. Podle ust. § 27 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře koncesní smlouvu. Z hlediska naplnění znaků správního deliktu platí, že zadavatel se dopustí spáchání správního deliktu, pokud

a) nedodrží postup stanovený zákonem, přičemž b) tímto podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a současně c) uzavřel koncesní smlouvu. V daném případě bylo ve správním řízení prokázáno, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, když postupoval zcela mimo jeho rámec, přičemž tento postup byl způsobilý ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel zahájil koncesní řízení podle zákona, pak mohl obdržet jiné vhodnější a výhodnější nabídky. Poslední podmínka, kterou je uzavření koncesní smlouvy pak byla naplněna dne 15. 8. 2011, kdy zadavatel uzavřel koncesní smlouvu. Zadavatel tak svým jednáním naplnil všechny zákonné znaky správního deliktu. Úřad tedy napadeným rozhodnutím rozhodl správně, když konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu a jeho rozhodnutí tak považuji za správné a souladné se zákonem.

36. Zadavatel dále v podaném rozkladu argumentoval tím, že je povinen se řídit ustanoveními obecního zřízení, které v ust. § 39 vymezuje povinnost obce zveřejnit záměr dispozice s majetkem s tím, že tato norma se nezmiňuje o povinnosti postupovat podle jiných právních norem. Zadavatel má za to, že pokud, dle svého názoru, postupoval v souladu se zákonem o obcích, pak se nemohl dopustit porušení zákona. K tomuto uvádím, že je zřejmé, že v daném případě zákon o obcích vymezuje obecné povinnosti obce při nakládání se svým majetkem. Oproti této obecné úpravě však zákon vymezuje specifický způsob nakládání se specifickým majetkem zadavatele. V daném případě tak jde o vztah obecného zákona, kterým je zákon o obcích a speciálního zákona, kterým je zákon, přičemž platí zásada „lex specialis derogat legi generali“, tedy, že speciální zákon ruší zákon obecný. To znamená, že v případě, kdy na určitý okruh právního jednání dopadá speciální zákon, pak je adresát tohoto právního předpisu povinen postupovat podle speciálního zákona. Zadavatel tedy v daném případě byl povinen postupovat podle zákona, který je k obecnímu zřízení z hlediska okruhu povinností při nakládání se specifickým majetkem obce zákonem speciálním. S ohledem na uvedené uvádím, že pokud tedy byl zadavatel povinen postupovat dle speciálního předpisu, pak měl naplnit povinnosti stanovené mu právě tímto speciálním zákonem, pokud však tyto povinnosti nenaplnil, pak se dopustil porušení zákona a nic na tom nemůže změnit skutečnost, že obecný zákon mu určité povinnosti neukládá. Námitka vznesená zadavatelem tedy nemůže obstát. S uvedeným souvisí i shrnutí zadavatele v rozkladu, kterým porovnal rozdíly v postupu mezi uzavíráním smlouvy podle obecního zřízení a občanského zákoníku, přičemž toto srovnání ve světle výše uvedené argumentace považuji za nerelevantní, neboť stejně jako v případě obecního zřízení je i v případě občanského zákoníku zákon speciálním právním předpisem, který upravuje zvláštní způsob kontraktace u koncesí, přičemž platí, že jde o speciální zákon, který má před obecným zákonem přednost.

37. Zadavatel dále v podaném rozkladu uvedl, že Úřad napadeným rozhodnutím uložil pouze sankci, aniž by ve smyslu ust. § 25 zákona uložil nápravné opatření. K této námitce uvádím, že k uložení nápravného opatření ve smyslu ust. § 25 zákona může Úřad přistoupit pouze v případě, že zadavatel nedodrží postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy. Ačkoliv je z hlediska znění zákona předmětná problematika složitější, poukazuji zejména na to, že základním dělícím prvkem pro to, zda lze uložit nápravné opatření či zda je možné uložit sankci je skutečnost, zda již byla uzavřena koncesní smlouva. Ve smyslu ust. § 25 zákona lze uložit nápravné opatření pouze v případě, že dosud

nebyla uzavřena smlouva. Pokud však již byla uzavřena smlouva pak ve smyslu ust. § 27 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel naplnil znaky pro spáchání správního deliktu a v takovém případě se dle ust. § 27 odst. 2 zákona za spáchaný správní delikt ukládá pokuta a nikoliv nápravné opatření, jak se zadavatel nesprávně domnívá. Úřad tedy postupoval v souladu se zákonem, když za spáchaný správní delikt uložil pokutu, neboť nápravné opatření v rámci daného správního řízení nemohl uložit. Vznesenou námitku zadavatele tedy považuji za nedůvodnou, neboť z hlediska znění zákona Úřad nemohl postupovat tak, jak zadavatel uvádí v podaném rozkladu. Současně takový postup Úřadu tedy nelze považovat za projev libovůle, jak uvádí zadavatel v podaném rozkladu, neboť Úřad postupoval zcela v souladu se zákonem.

38. Zadavatel dále argumentoval tím, že uzavřená smlouva dosud není účinná, a to jednak z toho důvodu, že obsahovala odkládací podmínku, týkající se udělení licence k provozování zařízení nájemci a dále proto, že rozvodné tepelné zařízení stále na základě udělené licence provozuje předchozí nájemce. K této námitce uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou, neboť z hlediska naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu je jeho spáchání dovršeno okamžikem uzavření smlouvy bez ohledu na to, zda se pak smlouva stane či nestane účinnou.

39. Zadavatel dále uvedl, že rozhodnutí Úřadu, kdy uložil pokutu v řádu několika stovek tisíc korun, aniž by byl kdokoliv zkrácen na svých právech, považuje za nespravedlivou. K tomu uvádím, že takovou argumentaci nepovažuji za relevantní. V průběhu správného řízení bylo prokázáno, že se zadavatel dopustil svým jednáním správního deliktu, přičemž tímto jednáním došlo k ohrožení společensky významného a chráněného zájmu, kterým je zajištění spravedlivé a otevřené soutěže. Jednání zadavatele bylo jednáním protiprávním a z hlediska zákona byly naplněny veškeré podmínky pro uložení sankce za toto protiprávní jednání. Úřad v napadeném rozhodnutí současně hodnotil okolnosti, za kterých došlo ke spáchání správního deliktu, přičemž hodnotil, zda se v každém konkrétním případě jedná či nejedná o polehčující okolnosti. Takový postup Úřadu je v souladu se zákonem, nesouhlasím tak s námitkou zadavatele o nespravedlnosti vydaného rozhodnutí, přičemž uvádím, že takto vznesenou námitku považuji za zcela obecnou a nesměřující proti zákonnosti či věcné správnosti napadeného rozhodnutí. Současně poukazuji na skutečnost, že ačkoliv se pokuta uložená ve výši 300 000 Kč může zadavateli zdát jako nespravedlivá či nepřiměřeně vysoká, za situace kdy horní hranice možné pokuty ve smyslu ust. § 27 odst. 2 koncesního zákona činila částku 22 626 739 Kč, pak je zřejmé, že Úřad zadavateli uložil pokutu na úplně spodní hranici možné výše pokuty. Za takového stavu tedy uloženou pokutu nelze považovat za nespravedlivou či nepřiměřeně vysokou. K námitce zadavatele uvádím, že tuto nepovažuji za důvodnou, neboť Úřad se při uložení pokuty vypořádal se všemi zákonnými hledisky, uvedenými v ust. § 27b odst. 2 zákona, když přihlédl k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán, což vyplývá zejména z odstavců 61 až 74 napadeného rozhodnutí.

40. Zadavatel současně argumentoval tím, že oslovil Úřad v souvislosti se záměrem pronajmout rozvodné tepelné zařízení, když ho tedy Úřad mohl na nesprávný postup včas upozornit. K této námitce uvádím, že z odpovědi Úřadu na dotaz zadavatele je zřejmé, že tento dotaz se týkal otázky poskytnutí veřejné podpory, když právě z hlediska poskytnutí veřejné podpory zadavatel odpověď od Úřadu obdržel. Z této komunikace zadavatele s Úřadem současně nevyplývá, že by se zadavatel dotazoval na to, jak má při uzavírání smlouvy postupovat, tedy

zda má či nemá postupovat podle zákona. Současně upozorňuji na skutečnost, že v případě obecně vznesených dotazů Úřad nezná všechny okolnosti případu, aby mohl zadavateli poskytnout všechny relevantní informace o jeho případu, když nadto ještě podotýkám, že taková odpověď poskytnutá Úřadem nemá právní závaznost. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí správně zhodnotil, že okolnost, že zadavatel oslovil Úřad, není možné považovat za polehčující okolnost daného případu, neboť zadavatel s Úřadem komunikoval až poté, co mu byla zaslána informace v souvislosti s obdrženým podnětem a současně šlo o dotaz týkající se poskytování veřejné podpory.

41. Z hlediska dalších námitek vznesených v rozkladu, jako byla např. námitka směřující proti metodické činnosti Úřadu, uvádím, že tyto neodpovídají znění ust. § 82 odst. 2 správního řádu, neboť v nich zadavatel netvrdí, v čem spatřuje rozpor s právními předpisy nebo nesprávnost rozhodnutí nebo řízení, jež mu předcházelo. V rozsahu dalších vznesených námitek jsem tedy věcnou správnost napadeného rozhodnutí nepřezkoumával.

42. Na základě podaného rozkladu jsem tedy ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek, splňujících podmínky stanovené v ust. § 82 odst. 2 správního řádu a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, který vydání napadeného rozhodnutí předcházel, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu a zda tak byly splněny podmínky pro uložení sankce. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k výše uvedenému závěru, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

43. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné, neboť závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané. Závěrem tedy shrnuji, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu a za tento mu uložil pokutu.

VI. Závěr

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

45. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

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. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží
1. město Chodov, Komenského 1077, 357 35 Chodov

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