



UOHSX00BAPAO

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.: ÚOHS-R0063,0064/2018/VZ-19647/2018/321/ZSř

Brno 4. července 2018

V řízení o rozkladu ze dne 23. 4. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném zadavatelem -

- **Městská část Praha 17**, IČO 00231223, se sídlem Žalanského 291/12b, 163 00 Praha - Řepy, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 12. 2017 Advokátní kancelář Hartmann, Jelínek, Fráňa a partneři, s.r.o., IČO 24784681, se sídlem Sokolovská 5/49, 186 00 Praha 8,

a současně o rozkladu ze dne 20. 4. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném obchodní společností -

- **Infinit s.r.o.**, IČO 27904989, se sídlem Jablonského 639/4, 170 00 Praha 7 - Holešovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 20. 12. 2017 Mgr. Matějem Skalickým, advokátem, ev. č. ČAK 15089, advokátní kancelář MÜLLER & SKALICKÝ advokátní kancelář s.r.o., IČO 06292925, se sídlem Krkonošská 1512/11, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0477/2017/VZ-10163/2018/521/Mži ze dne 6. 4. 2018, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 7. 12. 2017 na návrh navrhovatele -

- **Saunia, s.r.o.**, IČO 27633594, se sídlem Olivova 2096/4, Nové Město, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 30. 11. 2017 Mgr. Radovanem Kubáčem, advokátem, ev. č. ČAK 14150, advokátní kancelář Nedelka Kubáč advokáti s.r.o., se sídlem Olivova 4, 110 00 Praha 1,

na uložení zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, uzavřené dne 26. 7. 2017 mezi výše označeným zadavatelem a výše označenou obchodní společností mimo zadávací řízení,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0477/2017/VZ-10163/2018/521/Mži ze dne 6. 4. 2018

potvrzuji

a podaný rozklad výše označeného zadavatele a podaný rozklad obchodní společností Infnit s.r.o., IČO 27904989, se sídlem Jablonského 639/4, 170 00 Praha 7 – Holešovice

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - Městská část Praha 17, IČO 00231223, se sídlem Žalanského 291/12b, 163 00 Praha - Řepy, který je ve správním řízení dále zastoupen na základě plné moci ze dne 18. 12. 2017 Advokátní kanceláří Hartmann, Jelínek, Fráňa a partneři, s.r.o., IČO 24784681, se sídlem Sokolovská 5/49, 186 00 Praha 8 (dále jen „**zadavatel**“), vyhlásil dne 29. 9. 2016 uveřejněním podmínek veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku (dále též jen „**podmínky veřejné soutěže**“) na své úřední desce veřejnou soutěž s názvem „Výběr provozovatele Víceúčelového sportovního centra Na Chobotě“ (dále jen „**veřejná soutěž**“), vyhlášenou podle § 1772 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“).
2. V čl. 4. podmínek veřejné soutěže zadavatel uvedl, že tyto podmínky stanoví způsob postupu při výběru provozovatele „Víceúčelového sportovního centra Na Chobotě“, včetně odborné spolupráce při výstavbě sportovního centra, které zadavatel dle svého záměru postaví do roku 2018 na pozemcích parcelních čísel 1327/13, 1327/17, 1327/19 zapsaných v katastru nemovitostí vedeném Katastrálním úřadem pro hlavní město Prahu, katastrální pracoviště Praha, na LV č. 82 pro katastrální území Řepy, a které bude ve vlastnictví hlavního města Prahy, přičemž zadavateli bude svěřena správa tohoto víceúčelového sportovního centra (dále jen „**sportovní centrum**“). V bodě 6.4 podmínek veřejné soutěže zadavatel upřesnil své investiční náklady na výstavbu sportovního centra částkou 300 000 000 Kč.

3. Dle bodu 6.2 podmínek veřejné soutěže mělo být účelem veřejné soutěže uzavření smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní na propachtování sportovního centra (dále též jen „**smlouva o smlouvě budoucí pachtovní**“) a současně uzavření smlouvy o spolupráci, na jejímž základě bude budoucí provozovatel sportovního centra poskytovat zadavateli odbornou spolupráci při jeho výstavbě (dále jen „**smlouva o spolupráci**“). Návrhy obou označených smluv tvořily přílohy podmínek veřejné soutěže.
4. Účel budoucí pachtovní smlouvy dle smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní zadavatel v bodu 6.3 podmínek veřejné soutěže specifikoval jako: „*celoroční provozování Víceúčelového sportovního centra Na Chobotě a poskytování všech souvisejících služeb. Záměrem je najít takové řešení pachtu, které by jak po stránce ekonomické, tak po stránce kvality podnikatelského záměru z dlouhodobého hlediska nejlépe naplňovalo poslání celého komplexu Víceúčelového sportovního centra Na Chobotě, tedy zvýšení úrovně a rozsahu nabídky služeb pro občany a návštěvníky a posílení rozvoje zdravého životního stylu a podpory zdraví. Jedná se o pacht všech jednotlivých částí areálu, tj. sportovní haly I. s hledištěm pro 400 diváků s hrací plochou o rozměrech 40,1x27,7 m, světlá výška 9,55 m, sportovní haly II. - tréninkové s hrací plochou o rozměrech 15,8x27,7 m, šaten (11 šaten sportovců z toho 2 šatny pro imobilní a šatnu pro rozhodčí včetně sociálního zázemí, část šaten v podzemním podlaží bude sloužit pro venkovní sportoviště), krytého bazénu (bazén 25x8 m, hloubka 1,2-1,6 m, oddělená relaxační část 25x4 m a malý dětský bazén o velikosti 28,2 m²), venkovní část areálu (4 tenisové kurty, 2 hřiště beachvolejbal), parkování v areálu pro 123 vozů z toho krytá část parkingu pod sportovní halou s kapacitou 81 vozů a otevřený parking 42 vozů, fitness cca 360 m², ubytovacího zařízení s dvoulůžkovými pokoji se samostatným sociálním zařízením, kapacita cca 60 lůžek, restaurace pro cca 80 lidí a salonek. Výsledkem vhodného řešení je synergické fungování všech jednotlivých částí areálu, tak, aby byl celý areál z dlouhodobého hlediska ekonomicky samostatný a byly využívány všechny části areálu. Ke změně využití části areálu může dojít pouze se souhlasem vyhlášovatele.“*
5. Na základě výsledku veřejné soutěže zadavatel uzavřel dne 26. 7. 2017 s obchodní společností Infinit s.r.o., IČO 27904989, se sídlem Jablonského 639/4, 170 00 Praha 7 - Holešovice, která je ve správním řízení dále zastoupena na základě plné moci ze dne 20. 12. 2017 Mgr. Matějem Skalickým, advokátem, ev. č. ČAK 15089, advokátní kancelář MÜLLER & SKALICKÝ advokátní kancelář s.r.o., IČO 06292925, se sídlem Krkonošská 1512/11, 120 00 Praha 2 (dále jen „**budoucí dodavatel**“), smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní na provozování sportovního centra, a dále smlouvu o spolupráci, ev. č. 2017/0190, k níž následně dne 3. 11. 2017 uzavřel dodatek č. 1. Součástí smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní je v části II. též znění budoucí pachtovní smlouvy, která má být uzavřena podle § 2332 a násl. občanského zákoníku (dále jen „**budoucí pachtovní smlouva**“).
6. Předmětem uzavřené smlouvy o spolupráci je závazek budoucího dodavatele poskytovat zadavateli v rámci vzájemné spolupráce v souvislosti s výstavbou sportovního centra bezúplatně služby za účelem dosažení toho, aby sportovní centrum odpovídalo funkčnímu záměru budoucího dodavatele, jeho provozně-technickým a provozně-ekonomickým požadavkům, a aby bylo sportovní centrum dokončeno v předpokládaném čase a nepřekročilo předpokládané investiční náklady (body 1.2 a 1.3 smlouvy o spolupráci). Smlouva o spolupráci v bodu 9.5 výslovně odkazuje na současné uzavření smlouvy o smlouvě

budoucí pachtovní a pro případ jejího ukončení zakotvuje oprávnění zadavatele od smlouvy o spolupráci odstoupit.

7. Účelem budoucí pachtovní smlouvy má být v návaznosti na bod 6.3 podmínek veřejné soutěže dle bodu I. 1 smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní a dle bodu I. 1.1 ve spojení s čl. VII. v ní obsaženého znění budoucí pachtovní smlouvy provoz sportovního centra v celém definovaném rozsahu areálu a za definovaných podmínek (dále též jen „**provoz sportovního centra**“, „**pacht**“, „**koncese na služby**“, „**veřejná zakázka**“ nebo „**smíšená zakázka**“).
8. K závazným základním součástem sportovního centra dle bodu I. 1 smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní patří v souladu s bodem 6.3 podmínek veřejné soutěže sportovní hala I., sportovní hala II., šatny, krytý bazén, venkovní část areálu zahrnující 4 tenisové kurty a 2 hřiště pro beachvolejbal, parkoviště, fitness, wellness, ubytovací zařízení, restaurace a salonek v definovaných parametrech (dále též jen „**funkční součásti**“). Stejný rozsah funkčních součástí stanoví i budoucí pachtovní smlouva v čl. I. bodě 1.1, v němž dále předvídá případné další stavby, které budou budoucím dodavatelem pro zadavatele na příslušných pozemcích vybudovány. Dle bodů 7.1 a 7.2 budoucí pachtovní smlouvy se budoucí dodavatel zavázal provozovat sportovní centrum v rozsahu všech jeho funkčních součástí, a to v souladu s příloženým podnikatelským záměrem, včetně povinnosti dovybavit sportovní centrum v definovaném rozsahu.
9. Dle bodu 4.1 budoucí pachtovní smlouvy má činit ujednané pachtovné za předmět pachtu ročně částku ve výši 7 500 000 Kč bez DPH (dále jen „**pachtovné**“). Budoucí pachtovní smlouva má být dle bodu 3.1 svého znění uzavřena na dobu 15 let s možností prodloužení o dalších 5 let.
10. Dne 7. 12. 2017 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, návrh navrhovatele - Saunia, s.r.o., IČO 27633594, se sídlem Olivova 2096/4, Nové Město, 110 00 Praha 1, který je ve správním řízení dále zastoupen na základě plné moci ze dne 30. 11. 2017 Mgr. Radovanem Kubáčem, advokátem, ev. č. ČAK 14150, advokátní kancelář Nedelka Kubáč advokáti s.r.o., se sídlem Olivova 4, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“), na uložení zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní z téhož dne (dále jen „**návrh**“).
11. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
12. Dne 2. 1. 2018 navrhovatel zaslal Úřadu doplnění návrhu (dále jen „**doplnění návrhu**“), v němž uvedl, že v den podání návrhu podal z procesní opatrnosti v téže věci námítky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení a navrhl, aby Úřad na podaný návrh nahlížel též v rozsahu těchto námitek a zakázal zadavateli pokračovat v postupu směřujícím k uzavření budoucí pachtovní smlouvy.

II. Napadené rozhodnutí

13. Na základě projednání návrhu a posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 6. 4. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0477/2017/VZ-10163/2018/521/MŽi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
14. Napadeným rozhodnutím rozhodl Úřad ve výroku I. o tom, že se zadavateli podle § 264 odst. 1 zákona ve spojení s § 254 odst. 1 písm. a) zákona ukládá zákaz plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní mezi zadavatelem a budoucím dodavatelem, neboť smlouva o smlouvě budoucí pachtovní byla uzavřena mimo zadávací řízení bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, případně předběžného oznámení, ačkoli byl zadavatel povinen toto oznámení, příp. předběžné oznámení uveřejnit ve Věstníku veřejných zakázek, příp. v Úředním věstníku Evropské unie, neboť se jedná o smlouvu na koncesi ve smyslu § 174 odst. 3 zákona, jejímž předmětem jsou dle bodu 7.1 v části II. smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní (znění budoucí pachtovní smlouvy) služby spočívající v zajištění provozu sportovního centra v rozsahu dle čl. I. odst. 1.1 budoucí pachtovní smlouvy, konkrétně tedy v zajištění provozu dvou sportovních hal vč. šaten, krytého bazénu, venkovní části areálu zahrnující 4 tenisové kurty a 2 hřiště na beachvolejbal, parkování v areálu, fitness, ubytovacího zařízení a restaurace se salónkem, kterou byl zadavatel povinen dle § 176 zákona zadat v některém z přípustných druhů zadávacích řízení.
15. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí byla zadavateli, podle § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, uložena povinnost k úhradě nákladů řízení.
16. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve vypořádal s významem doplnění návrhu, načež uvedl, že by se jednalo o nepřípustné rozšíření předmětu řízení, nad rámec podaného návrhu na zákaz plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, a proto k němu nepřihlížel (body 183. - 187. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
17. Úřad se dále v návaznosti na učiněná skutková zjištění zabýval posouzením povahy smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, tj. posouzením otázky, zda již uzavření smlouvy o smlouvě budoucí ve smyslu § 1785 občanského zákoníku lze považovat za smlouvu na veřejnou zakázku ve smyslu zákona, načež dospěl k závěru, že s ohledem na jednoznačný závazek stran k uzavření budoucí pachtovní smlouvy, jejíž konkrétní znění tvoří součást smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, a dále s ohledem na provázanost se smlouvou o spolupráci, která byla podmínkou uzavření smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, lze z materiálního hlediska na smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní nahlížet jako na zadání veřejné zakázky, neboť hospodářský účel smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní a budoucí pachtovní smlouvy je totožný (body 188. - 207. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
18. V návaznosti na označený závěr se Úřad zabýval naplněním dalších znaků veřejné zakázky, tj. tím, zda se jedná o takový právní vztah, kdy osoba, která je v postavení zadavatele dle zákona, poptává zboží, služby nebo stavební práce (předmět plnění), z tohoto důvodu uzavírá s dodavatelem písemnou smlouvu, na základě které dodavatel dodává předmět plnění a zadavatel za to poskytuje dodavateli protiplnění v jakékoli formě vyjádřitelné v penězích (znak úplatnosti), načež dospěl k závěru, že všechny uvedené pojmové znaky byly naplněny (body 208. - 225. odůvodnění napadeného rozhodnutí). K naplnění znaku

úplatnosti Úřad uvedl, že úplata v daném případě spočívá v oprávnění k braní užitků z provozu sportovního centra, přičemž ujednané pachtovné tuto (nepřímou) úplatu jen marginálně snižuje (body 219. - 224. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

19. Úřad dále upřesnil, že veřejná zakázka v dotčeném případě naplňuje i všechny pojmové znaky koncese na služby podle § 174 odst. 3 zákona, neboť budoucí dodavatel získává protiplnění za poskytované služby z braní užitků (typicky vstupné) a nese též provozní riziko spojené s provozováním sportovního centra, včetně absence zajištění návratnosti jeho investic (body 226. - 231. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad proto konstatoval, že uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní došlo k zadání veřejné zakázky ve smyslu § 2 odst. 1 zákona, která je koncesí na služby ve smyslu § 174 odst. 3 zákona a která měla být zadávána podle § 176 zákona v koncesním řízení, včetně povinnosti uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek, případně v Úředním věstníku Evropské unie podle § 212 odst. 3 zákona, neboť v daném případě nebyly dány ani důvody pro uplatnění některé z výjimek dle zákona (body 232. - 247. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
20. Úřad se zabýval rovněž ostatními námitkami účastníků, z nichž žádnou neshledal důvodnou, a uzavřel, že byly naplněny všechny zákonné podmínky pro uložení zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní ve smyslu § 264 odst. 1 zákona.

III. Rozklad zadavatele

21. Dne 23. 4. 2018 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 9. 4. 2018. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
22. Zadavatel svůj rozklad uvozuje tím, že je stavitelem a investorem sportovního centra, které se s ohledem na svou povinnost k péči řádného hospodáře rozhodl propachtovat. Zadavatel je přesvědčen, že postupoval v souladu se zákonem a doplňuje, že budoucího dodavatele vybral ve veřejné soutěži, která splňovala všechny zásady dle § 6 zákona, přičemž nabídka budoucího dodavatele byla nejvýhodnější, a to i na základě nejvyššího nabídnutého pachtovného.
23. Zadavatel namítá, že plnění budoucí pachtovní smlouvy nesplňuje znaky koncese ve smyslu citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 35/2012-48 ze dne 18. 4. 2013 (viz bod 208. odůvodnění napadeného rozhodnutí), což odůvodňuje tím, že v daném případě není naplněn znak poskytování služeb budoucím dodavatelem zadavateli a že Úřad svůj opačný závěr dostatečně neodůvodnil.
24. Zadavatel je naopak přesvědčen, že budoucí pachtovní smlouva je pachtovní smlouvou ve smyslu § 2332 odst. 1 občanského zákoníku, která vedle oprávnění budoucího dodavatele sportovní centrum užívat a požívat zahrnuje i povinnost budoucího dodavatele o věc pečovat jako řádný hospodář. Zadavatel nerozumí pojmu „čistý pacht“, užitému Úřadem v bodě 216. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a doplňuje, že i pachtovní smlouva podle občanského zákoníku umožňuje propachtovateli stanovit pachtýři další podmínky pro užívání a požívání propachtované věci.
25. Zadavatel sděluje, že je třeba posuzovat odděleně závazky plynoucí z budoucí pachtovní smlouvy a provozování sportovního centra budoucím dodavatelem v rámci jeho vlastní

podnikatelské činnosti. Zadavatel uvádí, že provoz sportovního centra je užíváním předmětu pachtu a jeho pojmovým znakem, nikoliv poskytováním služeb zadavateli, zde navíc v neurčitě specifikovaném rozsahu, bez označení konkrétních služeb. Zadavatel má za to, že v intencích argumentace Úřadu by každý pacht nebo nájem musel být považován současně za koncesi.

26. Zadavatel namítá, že Úřad aspekt poskytování služeb budoucím dodavatelem zadavateli nevyšvětlil, což činí napadené rozhodnutí vnitřně rozporným a nepřezkoumatelným.
27. V bodě 28. rozkladu zadavatel doplňuje, že pod pojmem provozování sportovního centra nelze rozumět poskytování služeb veřejnosti, ale pouze povinnost budoucího dodavatele starat se o areál sportovního centra tak, aby nechátral. Zadavatel doplňuje, že uvedené představuje pravý úmysl obou smluvních stran smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní ve smyslu § 556 občanského zákoníku.
28. Zadavatel dále poukazuje, že koncese primárně nepředpokládá platby poskytované dodavatelem zadavateli, přičemž v nyní řešené věci se budoucí dodavatel zavázal hradit zadavateli značné pachtovné.
29. Zadavatel uvádí, že zákon by měl být vykládán ve smyslu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014 o udělování koncesí (dále jen „**koncesní směrnice**“), z jejíhož recitálu 15 dle názoru zadavatele vyplývá, že za koncesi by neměl být považován pacht, ve kterém jsou stanoveny povinnosti pachtýře ve vztahu k údržbě propachtované věci.
30. Dále zadavatel uvádí, že Úřad postupoval v rozporu se svou rozhodovací praxí, neboť ve skutkově obdobných případech (VZ/S18/05, ÚOHS-S0719/2016/VZ) již dříve dovodil, že se o koncesi nejedná. V této souvislosti zadavatel tvrdí, že konkrétní služby nikdy nepoptával, ani to neměl v úmyslu.
31. Zadavatel rovněž setrvává na svém stanovisku, že na daný případ je plně aplikovatelná výjimka z povinnosti postupovat v zadávacím řízení podle § 29 písm. h) zákona a Úřad se v této souvislosti dopouští nesprávného výkladu.
32. Zadavatel zpochybňuje též aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu, který dle jeho názoru nedoložil vznik možné újmy.
33. K uloženému nápravnému opatření zadavatel sděluje, že Úřad nebyl oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy o smlouvě budoucí, neboť tento typ smlouvy pojmově není smlouvou na plnění, které by obecně odpovídalo předmětu veřejné zakázky, přičemž taková „hlavní“ smlouva dosud uzavřena nebyla. Zadavatel má za to, že Úřad v daném případě upřednostnil nepřípustné rozšíření svých pravomocí před ústavně konformním výkladem.
34. Zadavatel se domnívá, že Úřad překročil rámeček vymezený mu návrhem navrhovatele, neboť vedle smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní posuzoval i smlouvu o spolupráci, jejíhož přezkumu se navrhovatel nedomáhal.
35. Závěrem zadavatel obhajuje zákonnost svého postupu a sděluje, že v minulosti koncesi na poskytování služeb zvažoval, nicméně ji vyhodnotil jako ekonomicky nevýhodnou a v rámci povinnosti hospodárně nakládat s majetkem zvolil alternativu v podobě pachtu, jehož prostřednictvím získá nejenom pachtovné, ale i závazek budoucího dodavatele

provozovat sportovní centrum za definovaných podmínek v souladu s oprávněnými zájmy zadavatele a veřejným zájmem. Zadavatel doplňuje, že spuštění zkušebního provozu sportovního centra je plánováno na podzim 2018 a že nezahájení provozu mu způsobí značnou škodu. Zadavatel se domnívá, že zvolil nejehospodárnější využití veřejných prostředků, jemuž by v právním státě měla být poskytována podpora v souladu se smyslem a účelem zákonných ustanovení.

Závěr rozkladu zadavatele

36. Zadavatel vzhledem k uplatněným rozkladovým námitkám předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí zrušil a návrh navrhovatele zamítl.

Vyjádření budoucího dodavatele k rozkladu zadavatele

37. Dne 30. 4. 2018 obdržel Úřad vyjádření budoucího dodavatele k rozkladu zadavatele z téhož dne, v němž se budoucí dodavatel s většinou rozkladových námitek ztotožnil a doplnil, že mu v případě nesplnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní vznikne škoda v souvislosti s přípravnými náklady na provoz sportovního centra.

IV. Rozklad budoucího dodavatele

38. Dne 20. 4. 2018 podal budoucí dodavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 6. 4. 2018. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
39. Budoucí dodavatel namítá, že uzavření smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní není zadáním veřejné zakázky a zpochybňuje související argumentaci Úřadu, což odůvodňuje tím, že se jedná toliko o přípravnou kontraktační fázi, z níž žádná povinnost poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce nevyplývá a takovou povinnost nelze dovozovat ani ve spojení se smlouvou o spolupráci.
40. Dále budoucí dodavatel uvádí, že Úřad není oprávněn dovozovat poptání služeb jako znak koncesní smlouvy z okolností, tj. například z podmínek veřejné soutěže či zápisů z jednání, ale výlučně z výslovných smluvních ujednání smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní. Úřad tedy dle názoru budoucího dodavatele překročil svou pravomoc, když posuzoval i související dokumenty.
41. Dovodit závazek k poskytování služeb jako znaku koncese z obsahu smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní pak dle názoru budoucího dodavatele nelze. Argumentaci Úřadu vedoucí k opačnému závěru má budoucí dodavatel za nedostatečně odůvodněnou. Budoucí dodavatel doplňuje, že vymezení předmětu pachtu (areálu sportovního centra) ve smlouvě o smlouvě budoucí pachtovní bez ohledu na své účelové určení neznamena současně vymezení odpovídajících služeb. Jakýkoliv závazek k poskytování služeb by pak musel být dostatečně určitý, aby byl vymahatelný. Poskytování služeb nelze dle budoucího dodavatele spatřovat v jeho povinnosti objekt užívat, která je již součástí pachtu.
42. K regulaci cen vstupného budoucí dodavatel uvádí, že vstupné bylo nastaveno v tržní hodnotě a že je zadavatel povinen ze zákona dbát, aby jeho majetek nebyl zneužit k maximalizaci zisku. Ve vztahu k povinnosti vybavit sportovní centrum zařízením v rozsahu dle předloženého podnikatelského záměru budoucí dodavatel sděluje, že toto zařízení bude zase vyklizeno a nejedná se tedy o službu poskytovanou zadavateli. K významu smlouvy

o spolupráci budoucí dodavatel sděluje, že užívací právo areálu je předmětem úhrady pachtovného a nemůže představovat odměnu za poradenství dle smlouvy o spolupráci.

43. Budoucí dodavatel poukazuje též na možnou aplikaci výjimek z povinnosti zadavatele postupovat v zadávacím řízení podle § 29 písm. h) zákona a podle § 178 zákona, a doplňuje, že nebylo prokázáno, zda by případná předpokládaná hodnota koncese převýšila limit pro koncesní řízení malého rozsahu a zda by tedy byl zadavatel vůbec povinen postupovat podle zákona.
44. Závěrem budoucí dodavatel namítá, že se Úřad s námitkami účastníků vypořádal jen velmi stručně, nezjistil dostatečně skutečný stav věci z úřední povinnosti a poukazuje na dílčí rozpory v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

Závěr rozkladu budoucího dodavatele

45. Budoucí dodavatel vzhledem k uplatněným rozkladovým námitkám předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrh navrhovatele jako nedůvodný zamítá.

Vyjádření zadavatele k rozkladu budoucího dodavatele

46. Dne 2. 5. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu budoucího dodavatele z téhož dne, v němž zadavatel uvedl, že s většinou rozkladových námitek a závěrečným návrhem souhlasí, neboť tyto korespondují s jeho vlastní argumentací.

V. Řízení o rozkladech

47. Úřad po doručení obou rozkladů neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladech.
48. Po projednání rozkladů 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 rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
49. Úřad rozhodl ve všech výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladů a potvrzení napadeného rozhodnutí.

VI. K námitkám rozkladů

50. S ohledem na podobnost uplatněných rozkladových námitek ze strany zadavatele a budoucího dodavatele (oba jmenovaní účastníci správního řízení dále též jen „**označení účastníci**“), se níže po uvedení základních zákonných východisek vyjádřím k jednotlivým okruhům rozkladové argumentace obou označených účastníků správního řízení společně.

K vymezení předmětu koncese na služby

K předpokladům aplikace zákona

51. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky dle zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Podle § 2 odst. 2 zákona platí, že veřejnou zakázkou je veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2 zákona, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona, koncese na služby podle § 174 odst. 3 zákona nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 zákona.
52. Podle § 174 odst. 3 zákona se za zadání koncese na služby považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c) zákona, tj. jiných činností než činností vymezených jako veřejná zakázka na stavební práce, dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.
53. Ustanovení § 174 odst. 4 zákona doplňuje domněnku, že se má za to, že došlo k přenesení provozního rizika podle § 174 odst. 3 zákona, pokud dodavateli za běžných tržních podmínek není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese. Může se jednat o riziko na straně poptávky, riziko na straně nabídky, nebo riziko na straně poptávky i nabídky. Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, pokud část provozního rizika přenesená na dodavatele zahrnuje skutečné vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty dodavateli nebyly pouze zanedbatelné.
54. Podle § 2 odst. 3 zákona je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. Tato povinnost se považuje za splněnou, pokud je veřejná zakázka zadána na základě rámcové dohody postupem podle části šesté hlavy II, v dynamickém nákupním systému podle části šesté hlavy III nebo pořizována od centrálního zadavatele nebo jeho prostřednictvím podle § 9 zákona. Taxativní výčet druhů zadávacího řízení obsahuje § 3 zákona.
55. Podle § 174 odst. 1 zákona je zadavatel povinen postupovat podle části osmé zákona v případě veřejných zakázek, které jsou koncesemi na stavební práce nebo koncesemi na služby; zadavatel dále použije část první, část druhou, část sedmou hlavu I a část desátou až třináctou, není-li dále stanoveno jinak. Podle § 176 odst. 1 zákona je zadavatel povinen zadat koncesi v koncesním řízení, nepoužije-li jiný druh zadávacího řízení podle § 55 zákona.
56. Podle § 180 odst. 1 zákona zadavatel zahajuje koncesní řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění způsobem podle § 212 zákona, kterým vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek.
57. K citované relevantní právní úpravě konstatuji, že naplňuje-li plnění poptávané zadavatelem znaky veřejné zakázky, potažmo koncese na služby ve smyslu příslušných ustanovení zákona, je zadavatel obecně (nestanoví-li zákon dále jinak) povinen zadat plnění veřejné zakázky v zadávacím řízení dle zákona. Zákon v daném případě představuje lex specialis k obecné úpravě soukromoprávních vztahů dle občanského zákoníku. S osobní působností zákona, tj. s postavením zadavatele jako veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, se Úřad vypořádal v bodech 112. - 117. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Uvedená skutečnost není v nyní projednávané věci sporná.

58. Stěžejní rozpor mezi závěry Úřadu a rozkladovou argumentací označených účastníků spočívá v posouzení toho, zda se v případě předmětu budoucí pachtovní smlouvy jedná o plnění koncese na služby podléhající režimu zákona, nebo toliko o soukromoprávní vztah mezi zadavatelem a budoucím dodavatelem, v daném případě o pacht ve smyslu § 2332 a násl. občanského zákoníku, při jehož zadání zadavatel nebyl povinen postupovat v zadávacím řízení podle zákona.
59. K vytčené právní otázce dále vyjadřuji v návaznosti na dílčí námitky označených účastníků svá stanoviska.

K naplnění znaků pachtovní smlouvy

60. Podle § 2332 občanského zákoníku se pachtovní smlouvou propachtovatel zavazuje přenechat pachtýři věc k dočasnému užívání a požívání a pachtýř se zavazuje platit za to propachtovateli pachtovné nebo poskytnout poměrnou část výnosu z věci.
61. Na základě budoucí pachtovní smlouvy zadavatel hodlá přenechat budoucímu dodavateli sportovní centrum k dočasnému užívání a požívání a budoucí dodavatel se za to zavazuje hradit zadavateli pachtovné. V nejobecnější rovině tedy sděluji, že budoucí pachtovní smlouva pojmové znaky pachtovní smlouvy naplňuje.
62. Na základě prosté skutečnosti, že budoucí pachtovní smlouva naplňuje obecné pojmové znaky pachtu dle občanského zákoníku, však ještě nelze dospět k závěru, že se nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona. Zákon upravuje postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek a při výběru dodavatele; při uzavírání smluv na plnění veřejných zakázek však využívá standardních smluvních typů dle občanského zákoníku. Závěr, že se v daném případě jedná o pachtovní smlouvu dle občanského zákoníku, tedy v žádném případě nevyklučuje, že se současně jedná o veřejnou zakázku, při jejímž zadávání byl zadavatel povinen postupovat podle ustanovení zákona.
63. Klíčové je v daném případě posouzení, zda budoucí pachtovní smlouva naplňuje též znaky veřejné zakázky ve smyslu zákona. V případě, že nikoliv, jednalo by se o smluvní vztah, který Úřad označil v bodě 216. odůvodnění napadeného rozhodnutí pojmem „čistý pacht“. Úřad v označeném bodě jednoznačně a srozumitelně uvádí, že tímto pojmem v konkrétním případě míní situaci, kdy propachtovatel neurčuje pachtýři ve vztahu k propachtované věci povinnosti, které by měly směřovat k uspokojování potřeb samotného propachtovatele. Pod pojmem „čistý“ pacht je tedy třeba v kontextu nyní řešené věci rozumět závazkový vztah, který nevykazuje prvky jiného smluvního vztahu (nebo prvky veřejné zakázky), než právě prvky pachtu ve smyslu § 2332 občanského zákoníku (dále též jen „**čistý pacht**“).
64. Námitku nesrozumitelnosti pojmu „čistý pacht“ (body 19 - 20 rozkladu zadavatele) s ohledem na výše uvedené odmítám jako nedůvodnou.
65. Pro úplnost sděluji, že skutečnost, že zadavatel nazval závazkový vztah, jež má být uzavřen s budoucím dodavatelem, pachtovní smlouvou podle § 2332 občanského zákoníku, není rozhodná, neboť podstatný je v dané věci skutečný materiální obsah závazkového vztahu, nikoliv jeho označení. Volbou typizovaného smluvního vztahu tedy nelze obcházet působnost příslušných právních norem dopadajících na daný skutkový stav jako celek.
66. V této souvislosti odkazuji například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 25/2009 - 159 ze dne 2. 2. 2011, v němž označený soud uvedl: „*Povahu kontrahovaného smluvního*

vztahu z pohledu ZVZ [zákon] ... tedy konkrétně to, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, nelze posuzovat podle formy, která je k uspokojení požadavku zadavatele po konkrétním plnění zvolena, nýbrž podle materiálního obsahu zadavatelova požadavku a faktické povahy a obsahu jednotlivých úkonů, prostřednictvím kterých má být zadavatelův požadavek uspokojen. Z pohledu naplnění shora uvedených šesti podmínek (znaků veřejné zakázky) tedy není podstatné, jakým kontraktačním procesem je dosaženo uspokojení zadavatelova požadavku, nýbrž co je oním požadavkem, v čem má spočívat plnění ve prospěch zadavatele a v čem má spočívat protiplnění ze strany zadavatele. Není rozhodné, jaké smluvní typy mají být pro realizaci zadavatelova požadavku použity, ani není rozhodné, nakolik kombinovaná struktura jednotlivých smluvních vztahů, které mají sloužit k uspokojení zadavatelova požadavku, je využita, kolik subjektů do takových vztahů vstupuje a nakolik jsou jednotlivé vztahy atomizovány. Stejně jako může být zadavatelův požadavek realizován prostřednictvím formálně jednoduchého dvoustranného vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, přichází v úvahu i realizace zadavatelova požadavku prostřednictvím komplikovaného, kombinovaného několikastranného vztahu, v němž se vyskytují i jiné subjekty než jen zadavatel a dodavatel“.

67. Pro účely posouzení povinnosti zadavatele postupovat v režimu zákona je tedy třeba vyhodnotit, zda budoucí pachtovní smlouva současně nevykazuje i znaky veřejné zakázky. Případná kombinace závazkových vztahů v rámci jedné budoucí pachtovní smlouvy nezbavuje zadavatele povinností podle zákona.

K pojetí čistého pachtu jako veřejné zakázky

68. Pro přehlednost a osvětlení dané problematiky považuji za účelné vyjádřit se k posouzení otázky, zda i čistý pacht může naplňovat znaky veřejné zakázky.
69. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky dle zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Podle § 2 odst. 2 zákona platí, že veřejnou zakázkou je veřejná zakázka na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona, veřejná zakázka na služby podle § 14 odst. 2 zákona, veřejná zakázka na stavební práce podle § 14 odst. 3 zákona, koncese na služby podle § 174 odst. 3 zákona nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 zákona.
70. Podle § 14 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle odstavce 3; pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht.
71. Zákon v ustanovení § 14 odst. 1 zákona tedy přímo předvídá situaci, kdy bude předmětem veřejné zakázky na dodávky nájem nebo pacht. Výše citovaná ustanovení zákona je však nutno vnímat ve svém souhrnu, neboť veřejnou zakázkou na dodávky může být jen takové plnění, které současně naplňuje znaky veřejné zakázky podle § 2 odst. 1 zákona; o veřejnou zakázku ve smyslu zákona se jedná pouze v případě, je-li dodavatel v postavení toho subjektu, který poskytuje plnění (dodávky, tedy i zmíněný pacht), a zadavatel v postavení subjektu poskytujícího dodavateli za toto plnění úplatu.

72. Uvedený výklad potvrzuje i důvodová zpráva k zákonu, která k § 2 zákona uvádí: „Charakteristikou veřejné zakázky je úplatnost, tedy zadavatel ‚platí‘ za poskytnuté plnění, přičemž ‚úplata‘ nemusí probíhat jen prostřednictvím peněz, může být realizována jinou formou, například zadavatel platí tím, že se vzdává potenciálních příjmů nebo dochází k zápočtům plnění obou smluvních stran. Tyto případy byly již v minulosti judikovány. Rozhodující je také skutečnost, že platí zadavatel. V případě, že zadavatel poskytuje plnění (prodává, pronajímá) a sám je příjemcem úhrady, není uzavření takové smlouvy již zadáním veřejné zakázky. Další charakteristikou je povinnost na straně dodavatele spočívající v poskytnutí plnění.“
73. V případě čistého pachtu by tedy bylo možno uvažovat o naplnění znaků veřejné zakázky na dodávky ve smyslu § 14 odst. 1 zákona, to však pouze v případě, že by budoucí dodavatel byl v pozici propachtovatele, který poskytuje plnění, a zadavatel byl v pozici pachtýře, který by za poskytnuté plnění poskytoval budoucímu dodavateli úplatu, za daných okolností by se tedy muselo jednat o situaci, kdy by to byl budoucí dodavatel, kdo by přenechával sportovní centrum zadavateli k užívání a požívání a zadavatel se za to zavázal budoucímu dodavateli hradit úplatu (pachtovné).
74. V nyní projednávané věci je však situace přesně opačná, neboť v pozici propachtovatele je zadavatel. V takovém případě se však o veřejnou zakázku vůbec nejedná, neboť není naplněn znak veřejné zakázky podle § 2 odst. 1 zákona, tj. že úplatné plnění poskytuje budoucí dodavatel. Na čistý pacht, v němž je zadavatel v pozici propachtovatele, se obecně působnost zákona vůbec nevztahuje, neboť nejsou naplněny znaky veřejné zakázky. Tento závěr je s argumentací Úřadu v napadeném rozhodnutí plně souladný. Úřad se však již neztotožnil s tvrzeními označených účastníků, že budoucí pachtovní smlouva upravuje pouze čistý pacht, což bude předmětem dalšího posouzení.
- K nemožnosti aplikovat výjimku podle § 29 písm. h) zákona*
75. S pojetím pachtu jako veřejné zakázky souvisí též další námitka zadavatele (body 50 - 57 rozkladu) i budoucího dodavatele (bod II. 7 rozkladu), a to, že na předmětný případ se vztahuje výjimka podle § 29 písm. h) zákona.
76. Podle § 29 písm. h) zákona zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jejímž předmětem je nabytí, nájem nebo pacht existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv.
77. V tomto kontextu nelze přehlédnout, že označená výjimka se dle textace svého zákonného vyjádření vztahuje pouze na veřejné zakázky. Pouze v případě veřejné zakázky ve smyslu zákona je tedy možno uvažovat o aplikaci výjimky podle § 29 písm. h) zákona. Jak jsem již shora uvedl, v případě, že plnění (na dodávky, zde spočívající v areálu sportovního centra) poskytuje za úplatu (pachtovné) zadavatel budoucímu dodavateli, nejedná se o veřejnou zakázku ve smyslu zákona, tj. podle § 2 odst. 1 a 2 ve spojení s § 14 odst. 1 zákona.
78. V této situaci nejsou naplněny definiční předpoklady pro aplikaci předmětné výjimky, neboť ta se vztahuje pouze na veřejné zakázky ve smyslu § 2 odst. 1 a 2 zákona. O aplikaci označené výjimky by bylo možno uvažovat v případě, že by se jednalo o veřejnou zakázku na dodávky, v jejímž rámci by zadavatel sám poptával pořízení věci do svého užívání

a požívání na základě pachtovní smlouvy podle § 2332 občanského zákoníku a poskytoval za to dodavateli úplatu (pachtovné).

79. Úřad se možností aplikovat v daném případě výjimku podle § 29 písm. h) zákona zabýval v bodech 233. - 238. odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž zde obsaženou argumentaci považují za správnou a srozumitelnou.
80. S ohledem na zadavatelem tvrzené neporozumění důvodům, pro které není možné výjimku podle § 29 písm. h) zákona aplikovat, však pro vyloučení pochybností uvádím podrobnější výklad a opětovně akcentuji, že tento klíčový důvod představuje skutečnost, že pachtovní smlouva ve smyslu § 2332 občanského zákoníku, jež může být obecně vzato veřejnou zakázkou na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona, není vůbec veřejnou zakázkou ve smyslu § 2 odst. 1 a 2 zákona v situaci, v níž je v pozici dodavatele (poskytovatele úplatného plnění, zde areálu sportovního centra) zadavatel, a je tedy z působnosti zákona zcela vyjmuta. Výjimka podle § 29 písm. h) zákona se týká výlučně veřejných zakázek ve smyslu zákona, nikoliv závazkových vztahů, které nespádají do jeho působnosti.
81. Pokud zadavatel uvádí, že závěry Úřadu nejsou odvoditelné z jazykového ani logického výkladu zákona, zde konstatuji, že právě uvedené výkladové metody ve vztahu k ustanovení § 2 odst. 1 a 2, § 14 odst. 1 a § 29 písm. h) zákona Úřad použil, načež dospěl ke správným závěrům, což jsem shora vysvětlil. Za těchto okolností není nezbytné a de facto ani žádoucí, aby zákonodárce zvlášť konstatoval, na jaké případy pachtu se výjimka podle § 29 písm. h) zákona vztahuje a na jaké nikoliv. Postačí, je-li takový výklad seznatelný z právního textu, přičemž tato podmínka je naplněna.
82. Pro vyloučení pochybností také konstatuji, že argumentace týkající se možnosti aplikovat výjimku podle § 29 písm. h) zákona se týká toliko čistého pachtu, nikoliv celého budoucího závazkového vztahu (vyjádřeného v budoucí pachtovní smlouvě), v němž Úřad shledal koncesi na službu dle zákona.
83. Námitky označených účastníků ve vztahu k aplikaci výjimky podle § 29 písm. h) zákona mám proto za nedůvodné.
84. Pro úplnost podotýkám, že se ze strany označených účastníků jedná o zcela mylný výklad zákona nebo o protismyslounou argumentaci, neboť jeden závazkový vztah, v pojetí označených účastníků čistý pacht podle § 2332 zákona, nemůže představovat současně plnění mimo režim zákona a současně veřejnou zakázku, na kterou lze aplikovat výjimku z povinnosti postupovat v zadávacím řízení ve smyslu § 29 písm. h) zákona.
85. V této souvislosti poukazují, že budoucí dodavatel v části II.7 rozkladu odkazuje na své vyjádření ve správním řízení ze dne 22. 12. 2017, v němž citoval odbornou publikaci Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, s. 165, který k výkladu ustanovení § 29 písm. h) zákona uvádí (citace upravena dle skutečného znění označené publikace; poznámka předsedy Úřadu): „V případě prodeje nemovitostí či jejich jiného ekonomického využití zadavatelem jako pronajímatelem se nebude vůbec jednat o veřejnou zakázku s ohledem na absenci prvku platby (prvku úplaty) ze strany zadavatele“. Označená argumentace budoucího dodavatele plně konvenuje právním závěrům Úřadu, neboť jsem

výše shodně uvedl, že čistý pacht, v němž vystupuje zadavatel v pozici propachtovatele, není vůbec veřejnou zakázkou.

86. K předmětné problematice shrnuji, že v případě čistého pachtu, v němž je zadavatel v postavení propachtovatele se nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu § 2 odst. 1 a 2 ve spojení s § 14 odst. 1 zákona a z toho důvodu nelze ani uvažovat o aplikaci výjimky podle § 29 písm. h) zákona, která z povahy svého definičního vymezení předvídá aplikaci jen na veřejné zakázky.
87. Pro úplnost rekapituluji, že o aplikaci označené výjimky by bylo možno uvažovat v případě čistého pachtu jako veřejné zakázky na dodávky, v jejímž rámci by zadavatel sám poptával pořízení věci do svého užívání a požívání na základě pachtovní smlouvy podle § 2332 občanského zákoníku a poskytoval za to dodavateli úplatu. Taková situace nyní nenastala.
88. Důvodem, pro který zadavatel a budoucí dodavatel nesouhlasí s výrokem napadeného rozhodnutí, představuje skutečnost, že Úřad shledal koncesi na služby nikoliv v čistém pachtu, nýbrž v plnění definovaném ve smlouvě o smlouvě budoucí pachtovní ve spojení se smlouvou o spolupráci nad rámec čistého pachtu, v němž shledal koncesi na služby.

K výkladu zákona ve smyslu koncesní směrnice

89. Zadavatel v dané souvislosti (body 34 - 40 rozkladu) poukazuje také, že zákon by měl být vykládán ve smyslu koncesní směrnice a odkazuje na recitál 15 koncesní směrnice, dle které by pacht neměl být považován za koncesi.
90. Označený recitál výslovně uvádí: *„Za koncese ve smyslu této směrnice by se dále neměly považovat určité dohody, jejichž předmětem je právo hospodářského subjektu požívat podle soukromého nebo veřejného práva užitků z určité veřejné oblasti nebo zdroje, jako jsou pozemky nebo jakýkoli veřejný majetek zejména v námořním odvětví a v odvětvích vnitrozemských přístavů nebo letišť, jimiž stát nebo veřejný zadavatel či zadavatel stanoví pouze obecné podmínky užívání bez zajišťování konkrétních stavebních prací nebo služeb. Tak je tomu obvykle v případě smluv ve veřejném sektoru či smluv o nájmu pozemků, které obvykle obsahují podmínky nabytí nájemcem, účel, k němuž má být vlastnictví využíváno, povinnosti nájemce a nájemníka, pokud jde o údržbu vlastnictví, dobu trvání nájmu a podmínky vzdání se držení ve prospěch nájemce, nájem a dodatečné poplatky, které mají být hrazeny nájemcem.“*
91. K citovanému recitálu 15 koncesní směrnice sděluji, že jeho obsah mám za plně slučitelný s argumentací výše. Připomínám, že čistý pacht, v němž je zadavatel v postavení propachtovatele, není veřejnou zakázkou a stojí tak zcela mimo režim zákona. Samotný čistý pacht za koncesi na služby považován není. Koncesí na služby bylo Úřadem shledáno pouze poskytování služeb v podobě zajištění provozu sportovního centra. Citovaný recitál 15 koncesní směrnice hovoří o situaci, kdy zadavatel *„stanoví pouze obecné podmínky užívání bez zajišťování konkrétních stavebních prací nebo služeb“*.
92. V tomto ohledu se nemohu ztotožnit s tím, že by zadavatel stanovil pouze obecné podmínky užívání, neboť ze zjištěných okolností věci vyplývá, že smyslem a účelem smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, jakož i dalšího jednání zadavatele je zajištění provozu sportovního centra, v souladu s jeho strategickým záměrem v oblasti veřejné politiky, přičemž budoucí dodavatel je budoucí pachtovní smlouvou zavázán jak k provozu všech funkčních součástí areálu

sportovního centra, tak k poskytování služeb v souladu s předloženým podnikatelským záměrem ve veřejné soutěži. Problematika dovození závazku k poskytování služeb bude dále pojednána níže.

93. Pro vyloučení pochybností podotýkám, že souhlasím s tvrzením, že ustanovení zákona by měla být vykládána v souladu se zněním koncesní směrnice, zadavatelem citované výkladové stanovisko však není rozporné s právními názory Úřadu v nyní projednávané věci a není tedy ani způsobilé vést k příznivějšímu posouzení věci pro zadavatele. Argumentaci zadavatele koncesní směrnici proto shledávám neopodstatněnou.
94. Pro úplnost podotýkám, že koncesní směrnice byla do českého právního řádu implementována právě zákonem a pro posouzení věci je již s ohledem na princip právní jistoty rozhodující konkrétní znění zákona, které stanoví konkrétní rozsah práv a povinností v intencích sledovaných záměrů koncesní směrnice. Neztotožňuji se tedy s tvrzením zadavatele v bodě 39 jeho rozkladu, že se jedná o skutečnost zcela irelevantní.

K dovození znaku poskytování služeb

95. Gros rozkladové argumentace zadavatele (body 10 - 33 rozkladu) a budoucího dodavatele (především část II. 3 rozkladu) představuje tvrzení, že ve vztahu k budoucí pachtovní smlouvě nelze dovodit závazek budoucího dodavatele k poskytování služeb zadavateli jakožto znak koncese na služby ve smyslu zákona. Označení účastníci argumentují, že se v případě provozu sportovního centra jedná výlučně o užívání a požívání areálu sportovního centra, tedy v zásadě o čistý pacht, nikoliv o poskytování služeb zadavateli, a že provoz sportovního centra nesplňuje znaky koncese.
96. K posouzení toho, zda se v daném případě jedná o čistý pacht areálu sportovního centra za účelem jeho ochrany před chátráním, jak tvrdí zadavatel (bod 92 rozkladu), nebo zda se jedná o způsob, jakým zadavatel zajišťuje služby při realizaci veřejné politiky, je třeba hodnotit jednání zadavatele v širším kontextu.
97. Zde lze přihlídnout již k tvrzení zadavatele v bodě 95 jeho rozkladu, v němž zadavatel uvádí, že *„sportovní centrum je budováno ve veřejném zájmu na základě veřejného průzkumu z roku 2008 a v souladu se Strategickým plánem Městské části Praha 17 v návaznosti na Strategický plán hlavního města Prahy - bod 1.1-D3 - Podporovat zdravý životní styl a prevenci rizikového chování a neotevření (nezahájení provozu) sportovního centra je zcela jistě v rozporu s veřejným zájmem.“*
98. Citovanou argumentací zadavatel jednoznačně proklamuje, že hlavním účelem jeho jednání - vybudování sportovního centra - je zajištění služeb sportovního centra pro veřejnost v intencích sledovaných zájmů. Úmysl zadavatele zajistit provozovatele pro nově budované sportovní centrum, který zajistí naplnění účelu výstavby sportovního centra reprezentovaného poskytováním služeb pro veřejnost, vyplývá též z obsahu správního spisu (blíže viz body 147. - 175. odůvodnění napadeného rozhodnutí), v němž jsou obsaženy podklady evidující jednotlivé kroky zadavatele při výběru provozovatele sportovního centra.
99. Již v bodě 6.3 podmínek veřejné soutěže zadavatel uvedl, že účelem pachtu je celoroční provoz sportovního centra *„a poskytování všech souvisejících služeb“*, přičemž záměrem je nalézt takové řešení pachtu, které by *„jak po stránce ekonomické, tak po stránce podnikatelského záměru z dlouhodobého hlediska nejlépe naplňovalo poslání celého*

komplexu“ sportovního centra, reprezentovaného zvýšením „úrovně a rozsahu nabídky služeb pro občany a návštěvníky a posílení rozvoje zdravého životního stylu a podpory zdraví.“

100. V bodě 11.1 podmínek veřejné soutěže si zadavatel za tím účelem vymínil závazek budoucího provozovatele k vybavení sportovního centra za účelem jeho plné provozuschopnosti, když uvedl následující: *„Podmínkou vyhlášovatele je závazek navrhovatele (budoucího provozovatele) ke kompletnímu vybavení fitness centra, hotelu (inventář hotelu) a restaurace (inventář restaurace, kavárny, salonku, bufetu, zařízení restaurace, kavárny, salonku, zařízení kuchyně, a to jak nádobí, tak technologie) a vybavení vestibulů, pokladen a recepcí Víceúčelového sportovní[ho] centra Na Chobotě, v takovém rozsahu, aby bylo možno plnit účel pachtu stanovený v čl. 6 odst. 6.3 těchto Podmínek. Podrobný rozsah minimálního vybavení požadovaný vyhlášovatelem je přílohou č. 3 těchto Podmínek. Standardní vybavení sportovních hal I. a II. za účelem provozování předpokládaných sportovních aktivit (basketbal, odbíjená, sálová kopaná, házená, florbal, tenis, stolní tenis, apod.) zabezpečí na své náklady vyhlášovatel.“*
101. Ze způsobu hodnocení nabídek dle bodu 15 podmínek veřejné soutěže vyplývá, že jednotlivé nabídky měly být hodnoceny podle výše nabídnutého pachtovného (váha 70 %) a podle kvality předloženého podnikatelského záměru (váha 30 %), hodnoceného podle rozsahu a druhu investic, rozsahu poskytovaných služeb a nejnižší ceny v souladu se stanovenými podmínkami, podle schopnosti zvyšovat zájem mládeže o sport a podle nejdelší nabízené provozní doby. Je tedy zřejmé, že pro zadavatele bylo při výběru dodavatele vedle výše pachtovného významné též kvalitativní hledisko poskytovaných služeb, a to i nad rámec stanovených podmínek.
102. Svým předloženým podnikatelským záměrem je budoucí dodavatel dosud vázán, neboť smlouvou o smlouvě budoucí pachtovní se zavázal k provozu sportovního centra právě zde uvedeným způsobem (vybavení, vstupné dle bodů 7.2 a 7.3 budoucí pachtovní smlouvy) a v rozsahu všech jeho funkčních součástí (bod 7.1 budoucí pachtovní smlouvy). Povinnost budoucího dodavatele k plnění uvedených závazků je zajištěna vysokou smluvní pokutou (body 10.1 a 10.2 budoucí pachtovní smlouvy), a dále oprávněním zadavatele smlouvu vypovědět nebo od ní odstoupit (body 11.5 a 11.6 budoucí pachtovní smlouvy).
103. Z výše uvedeného plyne, že zadavatel při uzavírání smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní jednal se záměrem zajistit služby sportovního centra v konkrétním rozsahu, přičemž tento záměr zadavatele je seznatelný jak z podmínek veřejné soutěže, v níž byl budoucí dodavatel vybrán, tak z ujednání a záruk z provozování služeb sportovního centra dle smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní. Zadavatel si při zajištění provozu sportovního centra zachoval kontrolu nejenom nad výběrem dodavatele, ale též nad provozem všech funkčních součástí a nad podmínkami poskytování těchto služeb, přičemž poskytování služeb budoucím dodavatelem má spíše charakter závazku, než oprávnění. Rozsah a podoba služeb sportovního centra jsou také do značné míry determinovány vlastním areálem sportovního centra, který zadavatel buduje právě s ohledem na záměr zajistit odpovídající služby veřejnosti.
104. Nelze opomenout, že v zásadě při realizaci všech veřejných zakázek jedná dodavatel v návaznosti na stanovené podmínky plnění v souladu s vlastní odbornou způsobilostí

a na vlastní podnikatelské riziko. Obdobně zadavatel zpravidla jedná ve veřejném zájmu, tj. v zájmu zajištění poskytování služeb veřejnosti, nikoliv jen v zájmu zajištění jeho vlastních potřeb, přičemž i v takovém případě je povinen postupovat podle zákona.

105. Konstatuji, že jsem dospěl k závěru, že budoucí pachtovní smlouva zahrnuje i závazek budoucího dodavatele k poskytování služeb, definovaných rozsahem funkčních součástí sportovního centra a podnikatelským záměrem, jakož i podmínkami budoucí pachtovní smlouvy a smlouvy o spolupráci (konzultační služby v souvislosti s dokončením sportovního centra). Z takto definovaných podmínek vyplývá jednoznačný závazek budoucího dodavatele k provozování sportovního centra a k poskytování služeb odpovídajících jeho funkčním součástem za konkrétní ceny, případně upravené se souhlasem zadavatele, a to pod sankcí vysoké smluvní pokuty a možného ukončení budoucí pachtovní smlouvy ze strany zadavatele.
106. V této souvislosti akcentuji, že zadavatel ve veřejné soutěži nehledal budoucí využití teprve budovaného areálu sportovního centra, nýbrž „provozovatele“, který bude sportovní centrum provozovat a poskytovat odpovídající služby namísto zadavatele, a to s ohledem na vyjádření označených účastníků převážně z ekonomických důvodů (efektivita provozu, částečná návratnost investic v podobě pachtovního).
107. Námitky zadavatele a budoucího dodavatele, že v daném případě nelze dovodit závazek k poskytování služeb sportovního centra, proto odmítám jako nedůvodné.
108. Skutečnost, že podstatou poptávky zadavatele bylo zajištění služeb provozu sportovního centra, nikoliv pouhá ochrana majetku před chátráním, potvrzuje dále nejen samotné vybudování nového sportovního centra v rozsahu předem definovaných funkčních součástí, ale též smlouva o spolupráci, na jejímž podkladě mělo být sportovní centrum uzpůsobeno tak, aby co nejlépe vyhovělo schválenému podnikatelskému záměru budoucího dodavatele.
109. Zde je třeba vzít v úvahu, že budoucí pachtovní smlouva představuje výsledek širšího kontrakčního jednání zadavatele, na které přímo odkazuje. V této souvislosti poukazuji, že účelem veřejné soutěže byl výběr takového budoucího provozovatele sportovního centra, který předloží nejvhodnější podnikatelský záměr. Budoucí dodavatel je svým podnikatelským záměrem, s nímž zvítězil ve veřejné soutěži nadále vázán, přičemž tento podnikatelský záměr tvoří závaznou přílohu č. 3 budoucí pachtovní smlouvy.
110. Považuji proto za zcela liché tvrzení zadavatele v bodě 28 jeho rozkladu, že poskytování služeb není úmyslem smluvních stran smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní. Zadavatel totiž v daném případě nehledá využití pro stávající objekt sportovního centra, ale naopak areál sportovního centra teprve buduje a hledá dodavatele, který by pro něho provoz sportovního centra v souladu se strategickým záměrem v daném místě zajistil. Koncese dle zákona pak představuje jeden z možných způsobů takového zajištění. Uvedenému závěru nasvědčuje i předchozí jednání zadavatele, který dle svého vyjádření zvažoval více možností, jakými provoz sportovního centra zajistit (viz bod 174. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
111. Úřad se se závazkem budoucího dodavatele k poskytování služeb jako znaku koncese vypořádal v návaznosti na skutková zjištění (blíže viz body 147. - 175. odůvodnění napadeného rozhodnutí) v bodech 209. - 217. odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž argumentaci Úřadu hodnotím jako dostatečnou a přezkoumatelnou.

112. S tvrzením označených účastníků, že se Úřad s předmětnou právní otázkou v napadeném rozhodnutí nevypořádal, se tedy rovněž neztotožňuji.

K naplnění znaků koncese na služby jako veřejné zakázky

113. Z budoucí pachtovní smlouvy vyplývají v zásadě dva druhy plnění, a to sportovní centrum poskytované zadavatelem budoucímu dodavateli za úhradu pachtovného (shora vymezený čistý pacht), a dále poskytování služeb sportovního centra veřejnosti v souladu se stanovenými podmínkami zadavatele a schváleným podnikatelským záměrem budoucího dodavatele (provoz sportovního centra).

114. Pokud jde o prvně jmenované plnění, již výše jsem konstatoval, že se o veřejnou zakázku ve smyslu označených ustanovení zákona vůbec nejedná, neboť to není dodavatel, nýbrž zadavatel, kdo poskytuje plnění a dostává úplatu, a jedná se tedy o plnění mimo režim zákona.

115. Ve vztahu k druhému jmenovanému plnění, tedy k poskytování služeb v podobě provozu sportovního centra veřejnosti, sděluji, že se zcela ztotožňuji s posouzením věci Úřadem, tj. se závěrem, že z dostupných podkladů vyplývá, že zadavatel poptával služby spočívající v provozu sportovního centra v souladu se svým zadáním a dále poradenské služby při výstavbě sportovního centra, v důsledku čehož na základě veřejné soutěže uzavřel s budoucím dodavatelem smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní a smlouvu o spolupráci (body 211. - 212. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

116. V označeném druhém případě je to tedy budoucí dodavatel, kdo se zavazuje dodat úplatné plnění - poskytnout služby poptávané zadavatelem. Jak Úřad vysvětlil v bodech 219. - 224. odůvodnění napadeného rozhodnutí, úplata má být v daném případě poskytována nepřímo, a to prostřednictvím umožnění braní užitků - plateb vyplývajících z poskytování služeb.

117. Plnění spočívající ve službách provozu sportovního centra tedy naplňuje definiční znaky veřejné zakázky podle § 2 odst. 1 zákona, konkrétně koncese na služby podle § 2 odst. 2 ve spojení s § 174 odst. 3 zákona, dle kterého se za zadání koncese na služby považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c) zákona dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.

118. Ustanovení § 174 odst. 4 zákona doplňuje domněnku, že se má za to, že došlo k přenesení provozního rizika podle odstavců 2 a 3, pokud dodavateli za běžných tržních podmínek není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese. Může se jednat o riziko na straně poptávky, riziko na straně nabídky, nebo riziko na straně poptávky i nabídky. Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, pokud část provozního rizika přenesená na dodavatele zahrnuje skutečné vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty dodavateli nebyly pouze zanedbatelné.

119. V témže smyslu je koncese definována v právní literatuře, která koncesi obecně charakterizuje jako specifický typ smlouvy mezi veřejným zadavatelem a dodavatelem, sloužící k zajištění určitého veřejného zájmu nebo potřeb, přičemž mezi klíčové znaky, které odlišují koncese od veřejných zakázek, řadí zejména *povahu protiplnění* za poskytování

plnění dodavatele, které zcela nebo zčásti spočívá v *braní užitků* peněžního i nepeněžního charakteru, a dále *přenos* významné části ekonomického *rizika* na dodavatele (srov. Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. *Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1-5).

120. Úřad se s naplněním znaků koncese na služby vypořádal v bodech 208. - 232. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Konkrétně v bodě 222. odůvodnění Úřad v návaznosti na učiněná skutková zjištění uvedl: *„Z uvedeného vyplývá, že zadavatel v pachtovní smlouvě jako protiplnění za pachtýřem poskytované služby umožňuje pachtýři braní užitků vyplývajících z poskytování těchto služeb (přičemž užitkem vyplývajícím z provozování sportovního centra jsou příjmy získané od třetích osob - návštěvníků centra - za jeho užívání, tj. např. vstupné), přičemž i takováto forma protiplnění je vyjádřitelná v penězích, neboť užitky vyplývající z poskytování služeb (tj. ze zajišťování provozu sportovního centra) jsou příjmy pachtýře plynoucí od třetích osob, konkrétně tedy od návštěvníků sportovního centra, které by - za situace, že by si provoz sportovního centra hodlal zajišťovat zadavatel sám - představovaly příjem zadavatele.“*
121. V bodě 226. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad doplnil: *„Uvedený způsob protiplnění je pak typickým pro veřejné zakázky, které jsou koncesemi. Podle zákona jsou koncese zvláštním druhem veřejné zakázky (viz k tomu § 2 odst. 2 zákona), které se od veřejných zakázek v užším smyslu odlišují právě tím, že protiplnění za poskytované služby nebo provedené stavební práce získává dodavatel z výtěžku provozování určité služby či stavebního díla, které jsou předmětem koncese, přičemž současně může být dodavateli poskytována i částečná úplata ze strany zadavatele, a dále tím, že provozní riziko spojené s braním užitků zadavatel ve smlouvě přenáší na dodavatele.“*
122. S citovaným právním posouzením a odůvodněním se v zásadě ztotožňuji. Uzavírám proto, že budoucí pachtovní smlouva představuje závazkový vztah, který v sobě zahrnuje jak část pachtu, tak část koncese na služby, přičemž s naplněním znaků koncese na služby se Úřad dostatečně vypořádal.
- K naplnění znaků smíšené zakázky*
123. Podle § 32 odst. 1 zákona se pro účely zákona smíšenou zakázkou rozumí zakázka, která je z části veřejnou zakázkou, kterou je zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení, a z části zakázkou, na niž se tato povinnost nevztahuje.
124. Podle § 32 odst. 2 zákona může zadavatel v případě smíšené zakázky, jejíž části jsou objektivně oddělitelné, zadávat její jednotlivé části samostatně nebo ji zadat jako jednu veřejnou zakázku.
125. Podle § 32 odst. 3 zákona platí, že pokud zadavatel smíšenou zakázku zadává jako jednu veřejnou zakázku a nejde o případ podle odstavce 4, musí ji zadat v zadávacím řízení. Předpokládanou hodnotu smíšené zakázky zadavatel stanoví podle hodnoty části, kterou je povinen zadat v zadávacím řízení.
126. Podle § 32 odst. 4 zákona není zadavatel povinen smíšenou zakázku zadat v zadávacím řízení, pokud jsou její části objektivně neodělitelné a a) na jednu z částí se vztahuje výjimka podle § 29 písm. a), b), c) nebo s) zákona, nebo b) část veřejné zakázky není zadavatel povinen

zadat v zadávacím řízení a zbývající část je veřejnou zakázkou v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

127. S ohledem na komplexnost právních vztahů upravených budoucí pachtovní smlouvou, jsem se dále zabýval tím, zda není v daném případě budoucí pachtovní smlouva smlouvou na smíšenou zakázku podle § 32 zákona, neboť tato okolnost může mít rovněž význam pro posouzení toho, zda byl zadavatel povinen postupovat v zadávacím řízení podle zákona.
128. Ze shora učiněných skutkových zjištění vyplývá, že budoucí pachtovní smlouva upravuje zčásti koncesi na služby (provoz sportovního centra), kterou je zadavatel povinen zadat v koncesním řízení, a zčásti pacht, na který se působnost zákona primárně nevztahuje.
129. Důvodová zpráva k zákonu vysvětluje pojetí smíšené zakázky dle § 32 zákona následovně: *„Pojem smíšené zakázky je v zákoně používán v užším smyslu než v příslušných evropských zadávacích směrnících, v nichž zahrnuje také veřejné zakázky, které v sobě zahrnují více druhů veřejných zakázek dle předmětu (§ 15 - Hlavní předmět veřejné zakázky), služby podle přílohy č. 3 a jiné služby (§ 129 odst. 1) a problematiku souběhu činností (§ 210). Zadavateli je dána možnost volby postupu za situace, kdy zadává smíšenou zakázku, která v sobě obsahuje jak veřejnou zakázku, tak zakázku, na kterou se zákon nevztahuje, jako jsou veřejné zakázky zadávané na základě výjimek podle části první hlavy IV, nebo zakázky, které nejsou veřejnými zakázkami dle tohoto zákona.“*
130. Z ustanovení § 32 odst. 1 zákona, jakož i z důvodové zprávy k zákonu, vyplývá, že smíšenou zakázkou je i taková zakázka, která je zčásti veřejnou zakázkou, kterou je zadavatel povinen zadat v některém z druhů zadávacího řízení podle zákona, a zčásti veřejnou zakázkou, na níž se povinnost zadavatele postupovat v zadávacím řízení podle zákona nevztahuje, nebo zčásti obecnou zakázkou, která vůbec nenaplnuje znaky veřejné zakázky a tudíž se na ni vůbec nevztahuje působnost zákona.
131. V návaznosti na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že se v případě budoucí pachtovní smlouvy jedná o smíšenou zakázku ve smyslu § 32 odst. 1 zákona, sestávající z koncese na služby jako veřejné zakázky a pachtu jako závazkového vztahu, na který se působnost zákona nevztahuje (dále též jen „**smíšená zakázka**“).
132. Současně poukazuji, že jednotlivé části smíšené zakázky (pacht a koncese na služby) jsou objektivně neoddělitelné, neboť poskytování služeb sportovního centra (koncese na služby) je úzce navázáno na areál sportovního centra (pacht), který zadavatel hodlá uvést do provozu a který současně tvoří podklad ekonomického fungování podnikatelského záměru budoucího dodavatele. K neoddělitelnosti plnění doplňuji, že zadavatel areál sportovního centra buduje zcela nově za účelem zajištění služeb veřejnosti v rozsahu a na podkladě jeho funkčních součástí, přičemž investuje nemalé finanční prostředky na jeho výstavbu (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedené skutečnosti vyplývá jednoznačný záměr zadavatele zajistit provoz právě sportovního centra v celém rozsahu, nikoliv poptávat zajištění služeb veřejnosti budoucím dodavatelem v jiných prostorách.
133. Možnost užívat a požívat areál sportovního centra na druhé straně tvoří významný podklad pro rozhodování budoucího dodavatele o podmínkách poskytovaných služeb, neboť bez současného pachtu sportovního centra by budoucí dodavatel nemusel mít o koncesi na služby vůbec zájem, popřípadě by nabídl podstatně nevýhodnější podmínky. V této

souvislosti nelze přehlédnout ani skutečnost, že neoddělitelnost plnění pachtu a koncese na služby vyplývá již ze samotného nastavení podmínek veřejné soutěže, neboť vzájemné propojení tvořilo předpoklad pro podání nabídky budoucím dodavatelem ve veřejné soutěži a tedy i pro podmínky budoucí pachtovní smlouvy.

134. K uvedenému výkladu konstatuji, že jsem dospěl k závěru o neoddělitelnosti jednotlivých částí smíšené zakázky, neboť s ohledem na okolnosti případu je zřejmé, že poskytování služeb sportovního centra je striktně navázáno na provoz konkrétního právě budovaného areálu sportovního centra, přičemž právě provázanost pachtu a koncese na služby je určující pro podobu závazkového vztahu mezi zadavatelem a budoucím dodavatelem, tedy budoucí pachtovní smlouvu. V daném kontextu doplňuji, že mám za ryze účelovou námitku označených účastníků, že budoucí pachtovní smlouva reflektuje povinnost spravovat svěřený majetek tak, aby nechátral, neboť v případě, že by zadavatel výstavbou sportovního centra nejednal s úmyslem zajistit jeho provoz, absentoval by jakýkoliv důvod jeho výstavby.
135. Za daných okolností zadavatel nemohl jednotlivé části smíšené zakázky zadávat odděleně, neboť jsou tyto části, jak jsem výše vysvětlil, z povahy věci neoddělitelné a současně nejsou splněny podmínky výjimky podle § 32 odst. 4 zákona, neboť podmínky definované pod písm. a) ani b), spočívající v tom, že se na jednu z částí vztahuje výjimka podle § 29 písm. a), b), c) nebo s) zákona (ochrana bezpečnostních zájmů, ochrana utajované informace, bezpečnostní opatření nebo dispozice s vojenským materiálem), nebo že je část smíšené zakázky veřejnou zakázkou v oblasti obrany nebo bezpečnosti, nebyly naplněny.
136. Ve vztahu ke smíšené zakázce se tedy uplatní ustanovení § 32 odst. 3 zákona, dle kterého zadává-li zadavatel smíšenou zakázku jako jednu veřejnou zakázku, je povinen ji zadat v zadávacím řízení. Vzhledem k tomu, že část smíšené zakázky v nyní řešené věci představuje koncese na služby, zadavatel byl povinen v souladu s § 176 odst. 1 zákona zadat smíšenou zakázku v koncesním řízení podle § 180 a násl. zákona, popřípadě v jiném druhu zadávacího řízení podle § 55 zákona.
137. Pro úplnost podotýkám, že jsem nepřehlédl, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nezabýval pojetím budoucí pachtovní smlouvy jako smíšené zakázky. Současně však poukazuji, že Úřad v intencích předpokladů pro zadání veřejné zakázky postupoval, když v kontextu budoucí pachtovní smlouvy rozlišoval mezi „čistým“ pachtem a koncesí na služby, přičemž právě v druhé jmenované části shledal povinnost zadavatele k postupu v zadávacím řízení. S ohledem na výše zjištěnou skutečnost, že koncese na služby je v kontextu budoucí pachtovní smlouvy neoddělitelná, dospěl Úřad správně k závěru, že byl zadavatel ve smyslu § 174 odst. 1 zákona povinen při zadávání plnění budoucí pachtovní smlouvy postupovat podle ustanovení zákona pro zadání koncese na služby.
138. Ve skutečnosti, že Úřad výslovně neoznačil závazky plynoucí z pachtu a koncese na služby jako smíšenou zakázku ve smyslu § 32 zákona, vadu napadeného rozhodnutí neshledávám, neboť tato skutečnost má význam spíše pro argumentační upřesnění závěrů Úřadu, nikoliv přímý vliv na procesní práva účastníků správního řízení, na přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí nebo na jeho zákonnost.
139. Současně však mám shora uvedeným výkladem za vypořádanou argumentaci označených účastníků týkající se slučitelnosti naplnění znaků pachtu s kvalifikací závazkového vztahu jako koncese na služby. Ve shodě se shora uvedeným tedy shrnuji, že skutečnost, že budoucí

pachtovní smlouva naplňuje obecné znaky pachtu podle občanského zákoníku, neznamená, že se současně nemůže jednat o koncesi na služby a ve svém souhrnu o smíšenou zakázku ve smyslu § 32 zákona, kterou je zadavatel povinen zadat v některém z druhů zadávacího řízení podle zákona.

140. Tvrzení označených účastníků, že budoucí pachtovní smlouva naplňuje znaky pachtu, mám proto za důvodné, nikoliv však za opodstatněné ve vztahu k tvrzené nezákonnosti napadeného rozhodnutí, neboť jak jsem shora vysvětlil, v nyní projednávané věci mám za nepochybné, že budoucí pachtovní smlouva je smíšenou zakázkou, která zahrnuje i znaky koncese na služby ve smyslu § 174 odst. 3 zákona, což představuje okolnost implikující povinnost zadavatele postupovat v zadávacím řízení.

K povinnosti zadavatele zadat smíšenou zakázku v zadávacím řízení

141. Podle § 2 odst. 3 zákona je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. Tato povinnost se považuje za splněnou, pokud je veřejná zakázka zadána na základě rámcové dohody postupem podle části šesté hlavy II, v dynamickém nákupním systému podle části šesté hlavy III nebo pořizována od centrálního zadavatele nebo jeho prostřednictvím podle § 9 zákona. Taxativní výčet druhů zadávacího řízení uvádí § 3 zákona.
142. Podle § 174 odst. 1 zákona je zadavatel povinen postupovat podle části osmé zákona v případě veřejných zakázek, které jsou koncesemi na stavební práce nebo koncesemi na služby; zadavatel dále použije část první, část druhou, část sedmou hlavu I a část desátou až třináctou, není-li dále stanoveno jinak.
143. Podle § 176 odst. 1 zákona je zadavatel povinen zadat koncesi v koncesním řízení, nepoužije-li jiný druh zadávacího řízení podle § 55 zákona.
144. Podle § 180 odst. 1 zákona zadavatel zahajuje koncesní řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění způsobem podle § 212 zákona, kterým vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek.
145. S ohledem na učiněné zjištění, že se v případě budoucí pachtovní smlouvy jedná o smíšenou zakázku, konstatuji, že zadavatel byl povinen ji zadat v zadávacím řízení přípustném pro tu část smíšené zakázky, která podléhá působnosti zákona, v daném případě v zadávacím řízení přípustném pro koncesi na služby, ve smyslu § 176 odst. 1 zákona tedy obecně v koncesním řízení podle § 180 zákona.
146. Pro úplnost poukazuji, že Úřadem bylo zjištěno, že předpokládaná hodnota koncese na služby přesahuje limit pro KŘMR podle § 178 zákona (body 175. a 239. - 243. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
147. Označení účastníci k této části neuplatnili žádné rozkladové námitky, neboť svou argumentaci staví na tvrzení, že budoucí pachtovní smlouva znaky koncese na služby nesplňuje, uvedený závěr má však význam pro přezkoumání správnosti výroku I. napadeného rozhodnutí, neboť vlastní porušení zákona, za které je zadavateli ukládán zákaz plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, shledal Úřad právě v tom, že zadavatel uzavřel smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní mimo zadávací řízení, přestože byl povinen v některém z druhů zadávacího řízení postupovat, a to včetně povinnosti uveřejnit oznámení

o zahájení zadávacího řízení, případně předběžné oznámení ve Věstníku veřejných zakázek, případně v Úředním věstníku Evropské unie.

148. Jak jsem již shora uvedl, za okolnost bez vlivu na zákonnost napadeného rozhodnutí mám pak skutečnost, že Úřad v napadeném rozhodnutí explicitně neoznačil budoucí pachtovní smlouvu jako smíšenou zakázku ve smyslu § 32 zákona a soustředil se toliko na její neoddělitelnou část v podobě koncese na služby, v souvislosti se kterou shledal porušení zákona. S ohledem na povahu smíšené zakázky, tj. neoddělitelnost pachtu a koncese na služby, byl zadavatel povinen zadat její plnění v souladu se zákonem v zadávacím řízení. Na základě přezkoumání rozhodných okolností sděluji, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem.

K významu úhrady pachtovného

149. Zadavatel samostatnou částí rozkladu v jeho bodech 58 - 65 akcentuje úhradu pachtovného jako prvku netypického pro koncesní smlouvy. Zadavatel v této souvislosti poukazuje, že dle § 174 odst. 3 písm. a) zákona je možná kombinovaná úplata za koncesi na služby sestávající z práva braní užitků společně s platbou, s odkazem na odbornou literaturu však doplňuje, že tato platba musí plynout od zadavatele k dodavateli, nikoliv naopak.
150. Úřad se s problematikou úplaty za smíšenou zakázku vypořádal v bodech 219. - 224. a 259. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž uvedl, že úplata spočívá v právu braní užitků, v daném případě z tržeb za provoz sportovního centra. K otázce pachtovného Úřad doplnil, že se jedná o platbu podstatně nižší, než je platba spočívající v braní užitků (očekávané tržby), přičemž úhrada platby označené jako pachtovné nemůže být brána za okolnost automaticky vylučující, že by se mohlo jednat o koncesi na služby, tak jak bylo ve správním řízení zjištěno. Zde poukazují, že pachtem sportovního centra se zadavatel vzdává též potenciálních příjmů, které by mohl obdržet, pokud by sportovní centrum provozoval sám.
151. Zadavatel v bodech 62 - 63 rozkladu zpochybňuje závěr Úřadu v bodě 259. odůvodnění napadeného rozhodnutí a doplňuje, že výše pachtovného v nyní řešené věci nasvědčuje, že se nejedná o marginální účelovou platbu pachtovného s cílem obejít zákon, která by byla zneužitím práva. Zadavatel poukazuje, že Úřad v bodech 175. a 223. odůvodnění napadeného rozhodnutí pracuje s hodnotami předpokládaných tržeb bez nákladů, přičemž ve výsledku se může výše pachtovného podílet na zisku i více než jednou polovinou.
152. K vymezené sporné otázce konstatuji, že jsem již výše vysvětlil, že se v případě provozu sportovního centra jedná o smíšenou zakázku, jejíž součástí tvoří jak pacht, s nímž je spojena též úhrada pachtovného, tak koncese na služby, u níž protiplnění spočívá v právu brát užitky z provozu sportovního centra. Úhradu pachtovného mám proto za legitimní součást předmětného smluvního vztahu. V této souvislosti poukazují na významnou skutečnost, že zadavatel předá budoucímu dodavateli k užívání a požívání nově vybudovaný areál sportovního centra, navíc na základě smlouvy o spolupráci přizpůsobený požadavkům budoucího dodavatele, což představuje okolnost, která budoucímu dodavateli výrazně snižuje náklady a zvyšuje potenciální zisk z budoucího provozu sportovního centra. S přihlédnutím k takovému zvýhodnění úhrada pachtovného nikterak neoslabuje charakter budoucí pachtovní smlouvy též jako koncese na služby, jak bylo Úřadem v nyní řešené věci zjištěno.

153. Na učiněný závěr pak nemá vliv ani samotná výše pachtovného, neboť Úřad neučinil závěr, že by se ze strany označených účastníků jednalo o fiktivní platbu s cílem zastřít koncesi na služby pachtovní smlouvou, s ohledem na investiční náklady zadavatele do výstavby sportovního centra se však nejedná ani o platbu jakkoliv enormní.
154. Označenými účastníky akcentovaná úhrada pachtovného tedy nepředstavuje okolnost, jež by svědčila pro nesprávnost výroků napadeného rozhodnutí, neboť se s ohledem na okolnosti věci jedná o legitimní součást smluvních podmínek zadané smíšené zakázky.
155. V návaznosti na shora uvedené, kdy jsem dospěl k závěru, že provoz sportovního centra je smíšenou zakázkou, zahrnující koncesi na služby ve smyslu zákona, jsem se dále zabýval povahou smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, ve vztahu ke které uložil Úřad zadavateli ve výroku I. napadeného rozhodnutí zákaz plnění.

K povaze smlouvy na smíšenou zakázku a uloženému zakazu plnění

K povaze závazku ze smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní

156. Zadavatel v bodech 73 - 85 svého rozkladu zpochybňuje též oprávnění Úřadu k uložení zakazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, což odůvodňuje tím, že se nemůže jednat o zadání veřejné zakázky, neboť předmětem označené smlouvy ještě není konkrétní plnění, nýbrž pouze závazek k uzavření budoucí pachtovní smlouvy, ke kterému dosud nedošlo. Zadavatel se domnívá, že Úřad v rozporu se zásadou zákonnosti účelově rozšiřuje rozsah své svěřené pravomoci navzdory existenci ústavně konformního výkladu, spočívajícího v případném uložení zakazu učinění výzvy k uzavření budoucí pachtovní smlouvy nebo zakazu akceptace takové výzvy jakožto postupu směřujícímu k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.
157. Obdobně budoucí dodavatel v bodě II. 1 svého rozkladu nesouhlasí s tím, že by smlouva o smlouvě budoucí pachtovní mohla být považována za zadání veřejné zakázky, a doplňuje, že uzavření budoucí pachtovní smlouvy je dále podmíněno vydáním kolaudačního rozhodnutí ke sportovnímu centru a do splnění této podmínky soud prohlášení projevu vůle účastníka nahradit nemůže.
158. Úřad se danou povahou smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní a možnostmi uložení zakazu jejího plnění zabýval v bodech 188. - 207. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž dospěl v návaznosti na posouzení všech okolností případu k závěru, že na smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní lze nahlížet jako na zadání veřejné zakázky. K vymezené problematice dále sdělují svá stanoviska.
159. Posouzení povahy uzavřené smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní představuje klíčový předpoklad pro posouzení toho, jaké opatření je Úřad oprávněn uložit či přijmout, aby zamezil pokračování výše zjištěného protiprávního stavu, tj. postupu zadavatele mimo režim zákona, aniž k tomu byly splněny zákonné podmínky.
160. Jak uvedl Úřad v bodě 202. odůvodnění napadeného rozhodnutí, na smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní je možné nahlížet v zásadě dvojím způsobem, a to jako na postup směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení na straně jedné (proti němuž je možné brojit návrhem podle § 253 zákona), nebo již jako na zadání veřejné zakázky (proti němuž lze podat návrh podle § 254 zákona). Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí - v rozporu s názorem označených účastníků - k závěru, že se v nyní řešené věci jedná o druhý

jmenovaný případ, tedy že smlouva o smlouvě budoucí pachtovní z materiálního hlediska již představuje zadání veřejné zakázky.

161. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky dle zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Podle § 174 odst. 3 zákona se za zadání koncese na služby považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c) zákona, tj. jiných činností než činností vymezených jako veřejná zakázka na stavební práce, dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.
162. Již výše jsem dovedl, že se v případě provozu sportovního centra jedná o smíšenou zakázku, kterou byl zadavatel ve smyslu § 176 odst. 1 zákona zadat v zadávacím řízení podle zákona.
163. V nyní řešené věci není sporné, že smlouva o smlouvě budoucí pachtovní je závazkovým vztahem podle § 1785 a násl. občanského zákoníku, ze kterého vyplývá závazek obou označených účastníků uzavřít budoucí pachtovní smlouvu do 15 dnů od právní moci kolaudačního rozhodnutí vydaného ke stavbě sportovního centra (bod I. 2 smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní). Ze smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní tedy ještě přímo nevyplývá povinnost budoucího dodavatele poskytnout úplatné plnění (provozovat sportovní centrum), nýbrž pouze povinnost obou označených účastníků uzavřít budoucí pachtovní smlouvu, na jejímž základě bude vlastní plnění smíšené zakázky realizováno.
164. Smlouva o smlouvě budoucí pachtovní současně v části II. obsahuje konkrétní a úplné závazné znění budoucí pachtovní smlouvy, jež má být za ujednaných podmínek uzavřena. Konkrétní budoucí obsah právního vztahu mezi zadavatelem a budoucím dodavatelem, jehož účelem je zajištění provozu sportovního centra, je tedy již ujednáno, a tvoří součást uzavřené smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní. Ze znění části II. smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, tj. z budoucí pachtovní smlouvy, která je součástí jejího obsahu, vyplývají obě vzájemně neoddělitelné části smíšené zakázky, tj. jak část pachtu, tak část koncese na služby.
165. Z výše uvedeného je přes širší spektrum právního jednání zadavatele zřejmé, že provoz sportovního centra jakožto vlastní předmět plnění je předmětem až budoucí pachtovní smlouvy, zatímco smlouva o smlouvě budoucí pachtovní a smlouva o spolupráci směřují k zajištění toho, aby byla budoucí pachtovní smlouva uzavřena a plněna v souladu s proklamovanými záměry označených účastníků a s předem definovaným obsahem. Je tedy zřejmé, že obsah budoucího právního vztahu (provoz sportovního centra) mezi označenými účastníky již byl konkrétním způsobem ujednáno.
166. Za daných okolností je třeba vycházet z dalších reálných souvislostí jednání zadavatele, tedy zejména ze skutečnosti, že zadavatel postupoval, aniž by k tomu byl oprávněn, mimo režim zákona, a tedy i zákonem nepředvídaným způsobem.
167. Zadavatel vybral budoucího dodavatele ve veřejné soutěži podle občanského zákoníku. Smyslem řádného zadávacího řízení podle zákona je rovněž výběr dodavatele (zákonem stanoveným způsobem, který zajistí uplatnění všech sledovaných hledisek, tedy zejména

održení zásad zadávacího řízení). Výsledkem jak veřejné soutěže, tak zadávacího řízení je tedy výběr dodavatele, s nímž zadavatel následně uzavře smlouvu, jejímž prostřednictvím bude plnění zakázky za stanovených podmínek zajištěno.

168. V této souvislosti nelze přehlédnout ani jistou podobnost smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní jakožto smlouvy ve smyslu § 1785 občanského zákoníku s právním institutem rámcové dohody podle § 131 zákona, který umožňuje zadavateli uzavřít s dodavatelem smluvní vztah, jehož předmětem je ujednání toliko rámcových podmínek budoucího plnění veřejné zakázky; uvedeným smluvním vztahem je současně ukončen výběr dodavatele a vzniká závazek obou smluvních stran po splnění definovaných podmínek k zadání veřejné zakázky.
169. Pro vyloučení pochybností akcentuji, že aplikaci právní úpravy rámcové dohody ve smyslu § 131 zákona zákon v § 174 odst. 1 nepředvídá a nelze ji tedy obecně na zadávání koncese na služby aplikovat. Uvedenou analogii uvádím výlučně pro ilustraci postupu, který je faktickému jednání zadavatele nejpodobnější, a k demonstraci skutečnosti, že zákon obecně reguluje i takové právní vztahy, z nichž sice ještě přímo nevyplývá povinnost dodavatele poskytnout plnění a povinnost zadavatele poskytnout úplatu, je však již předem rámcově definováno, mezi jakými subjekty bude veřejná zakázka realizována a za jakých podmínek. Z ustanovení § 131 odst. 1 zákona vyplývá, že i při uzavírání rámcové dohody musí zadavatel postupovat v zadávacím řízení, konkrétně v takovém zadávacím řízení, které by byl zadavatel oprávněn použít na veřejnou zakázku obdobného předmětu a předpokládané hodnoty. Rovněž uložení zákazu plnění smlouvy zákon v ustanovení § 264 odst. 1 zákona předpokládá jak pro případ uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tak pro případ uzavření rámcové dohody postupem dle § 254 odst. 1 zákona.
170. K výše uvedenému konstatuji, že smyslem zadávacího řízení je výběr dodavatele, který byl v případě výběru dodavatele na smíšenou zakázku ve veřejné soutěži definitivně ukončen uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, z níž vyplývá jednoznačný závazek obou označených účastníků k uzavření budoucí pachtovní smlouvy, která konkrétním a určitým způsobem upravuje konkrétní práva a povinnosti označených účastníků vyplývající z tohoto smluvního vztahu (včetně možného uplatnění právních následků porušení závazku). V tomto směru se tedy ztotožňuji s právním závěrem Úřadu vyjádřeným v bodě 203. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že hospodářský důvod jak smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, tak budoucí pachtovní smlouvy je totožný.
171. V návaznosti na učiněný závěr, že uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní došlo v nyní řešené věci k definitivnímu výběru dodavatele a ukotvení jeho závazku zajistit po splnění dalších definovaných podmínek (uzavření budoucí pachtovní smlouvy, vydání kolaudačního rozhodnutí) provoz sportovního centra, konstatuji, že jsem dospěl k závěru, že se v případě smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní sice ještě přímo nejedná o zadání smíšené zakázky, jedná se však o postup, který jednoznačně definuje subjekty i obsah budoucího závazku (provozu sportovního centra) a k zadání smíšené zakázky oba označené účastníky jednoznačně zavazuje.
172. Smlouva o smlouvě budoucí pachtovní tedy, obdobně jako rámcová dohoda podle § 131 zákona, představuje určitý předstupeň vlastního zadání veřejné zakázky, v němž jsou však již všechny podstatné náležitosti vyřešeny. Ve smlouvě o smlouvě budoucí pachtovní

současně došlo prostřednictvím budoucí pachtovní smlouvy v části II. ke konkrétnímu vymezení práv a povinností označených účastníků při plnění smíšené zakázky (při provozu sportovního centra).

173. V daném případě je třeba přihlídnout též ke smlouvě o spolupráci, na kterou smlouva o smlouvě budoucí pachtovní jako na současně uzavíranou smlouvu výslovně odkazuje a která upravuje práva a povinnosti označených účastníků při přípravě na provoz sportovního centra. Souhlasím proto s názorem Úřadu, že smlouva o smlouvě budoucí pachtovní a smlouva o spolupráci spolu tvoří jeden komplexní a provázaný celek. V souvislosti se smlouvou o spolupráci je třeba zohlednit zejména skutečnost, že zavazuje budoucího dodavatele k poskytnutí určitého bezúplatného plnění v souvislosti s dokončením sportovního centra, které má pro budoucího dodavatele ekonomický smysl pouze v případě, že budoucí pachtovní smlouva bude uzavřena a fakticky plněna.
174. S ohledem na provázanost smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní a smlouvy o spolupráci je tedy třeba vzít v úvahu, že s plněním smíšené zakázky již bylo započato. Rovněž smlouva o spolupráci totiž obsahuje ujednání, z nichž vyplývá povinnost budoucího dodavatele poskytnout zadavateli určitý druh služeb za účelem dostavby sportovního centra v souladu se záměrem zadavatele a podnikatelským záměrem budoucího dodavatele.
175. Přestože jsem výše vyjádřil stanovisko, že za smlouvu na smíšenou zakázku (v části koncese na služby), z níž vyplývá přímá povinnost budoucího dodavatele dodat plnění (poskytnout služby spočívající v provozu sportovního centra) a povinnost zadavatele poskytnout budoucímu dodavateli za plnění úplatu (spočívající v umožnění brát užitky z provozu sportovního centra), je třeba v užším smyslu považovat budoucí pachtovní smlouvu, s ohledem na další souvislosti celé věci, zejména s ohledem na smlouvu o spolupráci, s jejímž plněním již bylo započato, konstatuji, že jsem dospěl k závěru, že smlouva o smlouvě budoucí pachtovní představuje faktické zadání smíšené zakázky. Zde především poukazuji, že smlouva o smlouvě budoucí pachtovní je právě tím úkonem, jímž došlo v návaznosti na výsledek veřejné soutěže k definitivnímu výběru dodavatele a k zakotvení všech podmínek budoucí pachtovní smlouvy, za nichž budou služby provozu sportovního centra poskytovány, včetně definice poskytovaného plnění.
176. V návaznosti na vlastní právní posouzení konstatuji, že se v zásadě ztotožňuji s právními závěry Úřadu obsaženými v bodech 188. - 207. odůvodnění napadeného rozhodnutí a námitky označených účastníků, že smlouva o smlouvě budoucí pachtovní není smlouvou na plnění, tedy musím v návaznosti na posouzení individuálních okolností případu odmítnout jako neopodstatněné.
177. Pro úplnost sděluji, že shora uvedený výklad považuji za zcela souladný se zájmem na včasném zásahu a minimalizace vzniku možné újmy jak na straně navrhovatele, tak především na straně označených účastníků.
178. Námitku zadavatele, že tento výklad není ústavně konformní, mám za nedostatečně odůvodněnou, k čemuž akcentuji, že jiný postup, například zadavatelem navrhované uložení zákazu učinění výzvy k uzavření budoucí pachtovní smlouvy nebo zákazu akceptace takové výzvy, by nepředstavoval efektivní opatření, neboť by byl účinný pouze vůči zadavateli, přestože smlouva o smlouvě budoucí pachtovní by zůstala v platnosti, a nadto by nemohl vést ani k příznivějšímu právnímu postavení zadavatele, neboť výsledek by byl v obou

případech tentýž, v daném případě nemožnost zadavatele uzavřít budoucí pachtovní smlouvu.

179. K mimořádným okolnostem, které by mohly uzavření budoucí pachtovní smlouvy zmařit, například k uváděnému nevydání kolaudačního rozhodnutí, doplňuji, že takové mimořádné a nepředvídané okolnosti, kdy dojde k nemožnosti plnění, mohou v zásadě nastat vždy, a to v případě jakékoliv smlouvy, tedy i budoucí pachtovní smlouvy, a nejedná se tak o okolnost, která by odůvodňovala jiné posouzení, než shora uvedené.

K uloženému zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní

180. Podle § 2 odst. 1 zákona se zadáním veřejné zakázky dle zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.
181. Podle § 264 odst. 1 zákona Úřad uloží zadavateli v řízení zahájeném na návrh podle § 254 zákona zákaz plnění smlouvy, byla-li smlouva na veřejnou zakázku nebo rámcová dohoda uzavřena postupem uvedeným v § 254 odst. 1 zákona. Platí, že smlouva, ohledně níž Úřad uložil zákaz plnění, aniž by postupoval podle § 264 odst. 3 zákona, jímž lze uložený zákaz plnění odložit, je neplatná od samého počátku.
182. Podle § 264 odst. 2 zákona se smlouva na plnění veřejné zakázky stává neplatnou z důvodu porušení tohoto zákona pouze v případech, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle § 264 odst. 1 zákona. Neplatnost z jiných důvodů tím není dotčena.
183. Vzhledem k výše uvedenému shrnuji, že již smlouva o smlouvě budoucí pachtovní fakticky představuje zadání koncese na služby, tj. uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a budoucím dodavatelem, z níž vyplývá povinnost budoucího dodavatele poskytovat služby v rámci provozu sportovního centra, přičemž protiplnění spočívá v braní užitků v podobě tržeb za poskytování těchto služeb.
184. Označení účastníci dále uplatnili řadu dílčích rozkladových námitek, k nimž se dále pro přehlednost vyjádřím samostatně.

K ostatním námitkám označených účastníků

K aktivní legitimaci navrhovatele

185. Zadavatel ve svém rozkladu zpochybňuje aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu (body 66 - 72 rozkladu), což odůvodňuje tím, že navrhovatel nedoložil vznik skutečné nebo reálně hrozící újmy a neprokázal svůj skutečný úmysl a způsobilost účastnit se případného zadávacího řízení dle zákona.
186. Z hlediska obsahu se jedná o klíčovou námitku, neboť nedostatek aktivní legitimace navrhovatele je důvodem pro zamítnutí návrhu podle § 265 písm. b) zákona, dle kterého je Úřad povinen návrh, který nebyl podán oprávněnou osobou, zamítnout.
187. Podle § 250 zákona lze podat návrh proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu se zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele. Ve smyslu § 251 odst. 1 zákona je navrhovatel již v návrhu povinen označit, v čem spatřuje porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech.

188. Navrhovatel v návrhu (bod 49) uvedl, že újmu ve smyslu označeného ustanovení § 251 odst. 1 zákona spatřuje v tom, že mu uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní mimo režim zákona byla protiprávně odepřena možnost účastnit se zadávacího řízení a stát se případně vybraným dodavatelem. Z výpisu z obchodního rejstříku, který je součástí správního spisu, vyplývá, že navrhovatel je obchodní společností s vymezeným předmětem podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ a „Hostinská činnost“. Navrhovatel v souladu se zněním zákona řádně odůvodnil, v čem v přímé souvislosti s tvrzenou újmou spatřuje porušení zákona na straně zadavatele. Zákon navrhovateli naopak přímo neukládá povinnost prokazovat reálnost újmy hrozící v důsledku namítaného postupu zadavatele.
189. K uvedenému konstatuji, že za situace, kdy zadavatel postupuje při zadávání veřejné zakázky mimo režim zákona, aniž by k tomu byl v souladu se zákonem oprávněn, k prokazování tvrzené újmy ani není dán reálný podklad. Postačí, absentují-li v daném případě takové okolnosti, které by navrhovatele jako potenciálního dodavatele předem vylučovaly.
190. Takové okolnosti však nebyly v nyní řešené věci zjištěny a ani zadavatel své pochybnosti o způsobilosti navrhovatele smíšenou zakázku případně řádně plnit ničím nedokládá. K povinnosti zadavatele označit důkazy na podporu svých tvrzení odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 30/2009 - 163 ze dne 18. 3. 2010, v němž označený soud uvedl, že *„účastník řízení je povinen předkládat správnímu orgánu pouze věrohodná tvrzení, která mohou mít pro správní řízení určitou důkazní hodnotu, nikoliv správní orgán ‚zahlcovat‘ údaji, jejichž existenci či důvěryhodnost nejsou ochotni sami prokazovat, přestože jim v tom nic nebrání, a naopak požadovat jejich prokázání po správním orgánu.“*
191. V rámci posouzení postupu Úřadu konstatuji, že v případě postupu mimo režim zákona nelze přesvědčivě předjímat, zda by byl navrhovatel způsobilý veřejnou zakázku plnit či zda by vyhověl všem kvalifikačním požadavkům a dalším zadávacím podmínkám, neboť takové skutečnosti závisí na celé řadě dalších okolností. Individuální možnosti účasti navrhovatele v zadávacím řízení na smíšenou zakázku je tak možné hodnotit až v návaznosti na podmínky konkrétního zadávacího řízení, které v nyní řešené věci nebylo vůbec zahájeno. Podmínky veřejné soutěže nejsou pro posouzení této otázky určující, neboť veřejná soutěž v daném případě nepředstavuje relevantní způsob zadání smíšené zakázky. Nelze ani opomenout tu skutečnost, že v řádném zadávacím řízení by byl navrhovatel oprávněn podat námitky proti zadávacím podmínkám, nabyli-li by názoru, že byly stanoveny v rozporu se zákonem, například v souvislosti s přesvědčením, že je k plnění smíšené zakázky způsobilý, ale zadávací podmínky s ohledem na jejich tvrzenou nepřiměřenost splnit nemůže. Posuzování předmětných právních otázek však nemůže být předmětem tohoto správního řízení, v němž je řešen protiprávní postup zadavatele mimo režim zákona, neboť se jedná o otázku ryze spekulativní.
192. Tvrzení navrhovatele, že mu postupem zadavatele vznikla újma v podobě odepření účasti v řádném zadávacím řízení na smíšenou zakázku, v němž by dle svého přesvědčení mohl být úspěšný, představuje legitimní tvrzení újmy ve vztahu k naplnění zákonných požadavků návrhu a oprávnění k jeho podání. Skutečnost, zda by se navrhovatel skutečně stal vybraným dodavatelem, nelze za daných skutkových okolností hodnotit. Navrhovatel je právnickou osobou podnikající, která může mít zájem na získání smíšené zakázky a dosahování zisku z jejího plnění. Navrhovateli tak v daném případě může vzniknout újma jak v podobě

odepření obecné účasti v řádném zadávacím řízení dle zákona, tak v ušlém zisku z nemožnosti případného plnění smíšené zakázky.

193. Takové důvody hodnotím jako dostatečné a konstatuji, že navrhovatel je dle mého právního závěru ve vztahu k podání návrhu oprávněnou osobou.
194. Uvedené stanovisko konvenuje též relevantním ustanovením právních předpisů Evropské unie. Koncesní směrnice v recitálu 81 ve vztahu k zajištění účinného vymáhání stanovených koncesních pravidel výslovně odkazuje na aplikaci směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. 12. 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. 12. 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS (dále jen „**směrnice 89/665/EHS**“) i v případě koncesí na služby.
195. Směrnice 89/665/EHS v čl. 1 odst. 3 zakotvuje povinnost členských států stanovit pravidla pro přezkumné řízení takovým způsobem, aby bylo přezkumné řízení dostupné „*každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky na dodávky nebo stavební práce a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí*“. Označené ustanovení směrnice 89/665/EHS bylo předmětem výkladu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**SDEU**“), který v rozsudku C-410/01 ze dne 19.6.2003 ve věci Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další proti Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag) vyjádřil stanoviska, z nichž vyplývá, že pravidla přezkumného řízení musí respektovat rámec vymezený směrnicí 89/665/EHS, přičemž pojem „zájem na získání určité veřejné zakázky“ nesmí být vykládán způsobem, který by omezil účinnost této směrnice. Obdobně v rozsudku SDEU C-212/02 ze dne 24. 6. 2004, Komise v. Rakousko, Recueil, s. I-0000, bod 24 bylo konstatováno: „*Co se týče osob, kterým je přezkumné řízení dostupné, stačí konstatovat, že podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí újma.*“.
196. K výše uvedenému shrnuji, že právo na přezkum postupu zadavatele Úřadem musí být chápáno extenzivně, v důsledku čehož je třeba vycházet z předpokladu, že podmínka tvrzené újmy je naplněna, ztratil-li navrhovatel minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Takový výklad ostatně zohledňuje samotný smysl zadávacího řízení, jímž je co nejširší účast okruhu možných dodavatelů. Právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů zadavatele patří, při splnění zákonných podmínek, ke garantovaným veřejným subjektivním právům osob (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 As 50/2006 - 137 ze dne 29. 4. 2008).
197. V návaznosti na posouzení všech okolností konstatuji, že právo navrhovatele na zákonný průběh zadávacího řízení bylo postupem zadavatele mimo režim zákona porušeno, přičemž faktickou způsobilost navrhovatele smíšenou zakázku plnit, nelze za daných okolností z povahy věci prokazovat. Dospěl jsem proto k závěru, že navrhovatel je ve vztahu k podání návrhu oprávněnou osobou. Ztotožňuji se též s právními závěry Úřadu obsaženými v bodě 249. odůvodnění napadeného rozhodnutí, považuji je za správné, ve zbytku na ně odkazuji a námitku zadavatele týkající se nedostatku aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu odmítám jako nedůvodnou.

K podkladům pro vydání rozhodnutí

198. Zadavatel v bodech 86 - 88 svého rozkladu též namítá, že Úřad překročil rámeč vymezený mu návrhem navrhovatele, když vedle smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní posuzoval i obsah smlouvy o spolupráci. Obdobně budoucí dodavatel v části II. 2 rozkladu namítá, že Úřad nebyl oprávněn posuzovat jiné dokumenty, než podepsanou smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní, v daném případě tedy i například závěry z jednání zadavatele nebo podmínky veřejné soutěže.
199. K označeným námitkám předesílám, že vlastním úkonem zadavatele, jehož přezkumu se navrhovatel návrhem domáhal, je skutečně smlouva o smlouvě budoucí pachtovní. Nelze však opomenout, že tato smlouva je závazným výsledkem širšího jednání zadavatele, které je třeba ke zjištění všech skutkových okolností případu posuzovat ve vzájemných souvislostech.
200. Podle § 3 správního řádu, nevyplývá-li ze zákona něco jiného, je Úřad povinen postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu nezbytném pro soulad správního rozhodnutí se zásadami dle § 2 správního řádu.
201. Podle § 50 odst. 2 správního řádu podklady pro vydání rozhodnutí opatřuje správní orgán; jestliže to nemůže ohrozit účel řízení, může správní orgán na požádání účastníka připustit, aby za něho podklady opatřil tento účastník. Podle § 50 odst. 1 správního řádu mohou být podklady pro vydání rozhodnutí zejména návrhy účastníků, důkazy, skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti, podklady od jiných orgánů veřejné moci, jakož i skutečnosti obecně známé. Podle § 50 odst. 3 správního řádu je správní orgán povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu.
202. K výše uvedenému konstatuji, že Úřad nepřekročil předmět řízení o návrhu, vymezený přezkumem postupu zadavatele při uzavření smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, neboť dokazování prostřednictvím všech ostatních podkladů (smlouva o spolupráci, zápisy z jednání) vytýkaných označenými účastníky provedl toliko na podporu svých závěrů ve vztahu ke skutečnému úmyslu zadavatele při uzavírání smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní. Zde je třeba přihlídnout k tomu, že na některé dokumenty smlouva o smlouvě budoucí pachtovní výslovně odkazuje a jejich ustanovení tak činí součástí vlastního ujednání (odkaz na podnikatelský záměr, například v bodě 7.2 budoucí pachtovní smlouvy, který má současně tvořit neoddělitelnou součást označené smlouvy jako její příloha č. 3). Rovněž se smlouvou o spolupráci smlouva o smlouvě budoucí pachtovní výslovně počítá a v bodě III. 5 označené smlouvy nejen konstatuje její současné uzavření, ale zakotvuje i oprávnění zadavatele odstoupit od smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní v případě, že bude smlouva o spolupráci z důvodů na straně budoucího dodavatele ukončena. Z uvedeného výkladu ustanovení smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní jednoznačně vyplývá vazba uvedené smlouvy na další úkony zadavatele učiněné v jednotném záměru zajistit provoz sportovního centra.
203. Pro úplnost doplňuji, že Úřad by byl povinen se zabývat skutkovými okolnostmi uzavření smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní i v případě, že by tato smlouva výslovně odkazy na další úkony neobsahovala, neboť jen v takovém případě je schopen posoudit, zda se ze strany zadavatele nejedná o zastřený právní úkon či obcházení zákona, a vyhovět tak zmocnění Úřadu k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem

pro zadávání koncesí ve smyslu § 248 zákona, v daném případě ve správním řízení zahájeném na návrh navrhovatele.

204. V tomto kontextu je tedy Úřad oprávněn a povinen přihlížet ke všem skutkovým okolnostem, které vypovídají o jednotném záměru zadavatele k zajištění provozu sportovního centra, v daném případě též k podmínkám veřejné soutěže, v níž byl budoucí dodavatel jako budoucí provozovatel sportovního centra vybrán, a k dalším úkonům zadavatele, zachyceným například ve zmiňovaných zápisech z jednání jeho orgánů.
205. Námitky označených účastníků, že Úřad překročil meze správního řízení o návrhu, tedy odmítám jako nedůvodné.

K nemožnosti aplikovat výjimku podle § 178 zákona

206. Podle § 178 zákona zadavatel není povinen v zadávacím řízení zadat koncesi malého rozsahu, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší než 20 000 000 Kč; ustanovení § 27 a 31 zákona se nepoužijí.
207. Budoucí dodavatel v části II. 7 svého rozkladu uplatňuje námitku, že ve správním řízení nebylo doloženo, že předpokládaná hodnota koncese převyší limit 20 000 000 Kč pro koncesi malého rozsahu, neboť vycházel z pouhých odhadů nezohledňujících případné ztráty budoucího dodavatele.
208. Podle § 175 odst. 1 zákona se za předpokládanou hodnotu koncese považuje celkový obrat dodavatele bez daně z přidané hodnoty za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění za stavební práce a služby, jež jsou předmětem koncese, jakož i za dodávky, jež s těmito stavebními pracemi a službami souvisejí.
209. Podle § 175 odst. 3 zákona platí, že předpokládanou hodnotu koncese zadavatel stanoví metodou založenou na objektivních skutečnostech a blíže vymezenou v zadávací dokumentaci. Do předpokládané hodnoty koncese zadavatel zahrne zejména a) hodnotu případných opcí v jakékoli formě včetně prodloužení doby trvání koncese, b) příjem z plateb uhrazených uživateli předmětu koncese, c) platby nebo finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté zadavatelem nebo jiným orgánem veřejné moci dodavateli, včetně náhrady za plnění závazku veřejné služby a veřejných investičních dotací, d) platby nebo hodnotu finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté třetí stranou za plnění koncese, e) příjem z prodeje jakýchkoli aktiv, která jsou spojená s předmětem koncese, f) hodnotu všech dodávek, služeb nebo stavebních prací, které dodavateli pro plnění koncese poskytne zadavatel, nebo g) ceny nebo platby účastníkům zadávacího řízení.
210. Podle § 175 odst. 2 zákona předpokládanou hodnotu koncese stanoví k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Zadavatel v nyní řešené věci podle zákona vůbec nepostupoval, a předpokládanou hodnotu koncese tudíž nestanovil.
211. Úřad se možností uplatnění výjimky podle § 178 zákona zabýval v bodech 175. a 239. - 243. odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž ji neshledal relevantní. Vypořádání v označených bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí považuji za dostatečné a plně se s ním ztotožňuji.
212. Předně je třeba poukázat, že v případě koncese malého rozsahu se jedná o výjimku z povinnosti zadavatele postupovat v zadávacím řízení, a k prokázání oprávnění k jejímu

použití by byl povinen zadavatel. V rozporu s tvrzením budoucího dodavatele však poukazují, že skutečnost, že se v nyní řešené věci o koncesi malého rozsahu nejedná, vyplývá ze správního spisu.

213. Úřad v této souvislosti posuzoval nejenom výši pachtovného, které z ekonomické podstaty věci nemůže převyšovat předpokládaný obrat budoucího dodavatele, ale též ze studie proveditelnosti, v níž bylo kalkulováno s 60 % obsazeností (viz bod 175. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Z obou uvedených hledisek vyplývá, že již v prvních pěti letech provozu sportovního centra je očekáván obrat budoucího dodavatele násobně vyšší, než by odpovídalo limitu pro koncesní řízení malého rozsahu dle § 178 zákona. Úkolem Úřadu naopak není stanovit namísto zadavatele přesnou částku předpokládané hodnoty koncese, tím méně se zohledňováním případné ztrátovosti budoucího dodavatele, neboť se jedná o hodnotu aproximativní povahy, jejímž účelem je především transparentnost a volba postupu pro zadání veřejné zakázky. Příslušnou námitku budoucího dodavatele mám proto za vypořádanou a nedůvodnou.

K rozhodovací praxi Úřadu

214. V bodech 41 - 49 rozkladu zadavatel namítá, že Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl v rozporu se svou dosavadní rozhodovací praxí, konkrétně s rozhodnutími ve věcech sp. zn. VZ/S18/05 a sp. zn. ÚOHS-S0719/2016/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0022/2017/VZ.
215. Úřad se s tvrzeným rozporem vypořádal v bodech 265. a 269. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž poukázal, že se jedná o skutkově odlišné případy, ve kterých nebyl dovozen závazek dodavatele k poskytování služeb zadavateli. Zadavatel s takovou argumentací nesouhlasí a uvádí, že Úřad zaměňuje skutkovou odlišnost a právní hodnocení případu.
216. K vypořádání uvedené námítky předně akcentuji, že nikterak nezpochybňuji dále rozvíjený požadavek zadavatele na předvídatelnost správního rozhodnutí, neboť se jedná o projev správní zásady vyjádřené v § 2 odst. 4 správního řádu, dle které je správní orgán povinen dbát, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a odpovídalo okolnostem případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Považuji však za důležité současně doplnit, že správní orgán je ve smyslu § 2 odst. 1 správního řádu povinen postupovat zejména v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy, a případné ojedinělé pochybení v jiném správním rozhodnutí tedy Úřad postupovat ve skutkově obdobných případech obdobným způsobem nezavazuje; v případě, že správní orgán nazná důvody pro odchýlení se od právních závěrů obsažených v předchozích rozhodnutích, má však povinnost svůj postup odůvodnit. K výkladu a významu zásady legitimního očekávání účastníka v návaznosti na rozhodovací činnost správního orgánu odkazují například na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 50/2009 - 233 ze dne 16. 3. 2010 a usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ads 88/2006 - 132 ze dne 21. 7. 2009.
217. K aplikaci právních závěrů rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. VZ/S18/05 poukazují, že zadavatel odkazuje na rozhodnutí z roku 2005, které bylo vydáno na základě zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon č. 40/2004 Sb.**“), tedy za zcela jiné právní situace, jak z hlediska platných právních předpisů,

tak z hlediska jejich výkladu. Ve shodě s odůvodněním napadeného rozhodnutí pak musím dále poukázat, že v označeném rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že se jedná o „čistý“ nájem, tedy o závazkový vztah mimo režim zákona č. 40/2004 Sb. Jakkoliv lze souhlasit se zadavatelem, že se jedná o právní hodnocení, není účelem tohoto řízení přezkoumávat konkrétní skutkové okolnosti označeného případu; budu-li vycházet ze znění označeného rozhodnutí Úřadu, z něhož toliko mohl vycházet též zadavatel, pak musím dospět k závěru, že konkrétní obdobné okolnosti svědčící pro kvalifikaci předmětného právního vztahu jako koncese na služby (investice zadavatele, poskytování služeb veřejnosti za podmínek zadavatele), nebyly zjištěny. Z označeného rozhodnutí ve věci sp. zn. VZ/S18/05 tedy dle mého názoru důvodnost jiného právního posouzení ve vztahu k nyní projednávané věci dovozovat nelze.

218. Pokud jde o druhé jmenované rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0719/2016/VZ, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0022/2017/VZ, zde opětovně poukazuji, že bylo rozhodováno na základě jiného právního předpisu, konkrétně zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní zákon**“). Nad rámec působnosti jiné právní úpravy pak ve shodě s bodem 69. odůvodnění rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0719/2016/VZ poukazuji, že jednotlivé případy nelze posuzovat jen po formální stránce, nýbrž je třeba pečlivě posuzovat všechny okolnosti dotčeného závazku. V označeném případě Úřad shledal, že dotčený závazek nenaplnuje znaky koncesní smlouvy podle § 16 odst. 1 koncesního zákona, neboť neobsahuje závazek dodavatele poskytovat služby. Nyní řešený případ však vykazuje řadu skutkových odlišností, spočívajících zejména v jednotném záměru zadavatele k zajištění služeb sportovního centra veřejnosti. Naopak v nyní projednávané věci se Úřad s naplněním všech znaků koncese na služby dle nové právní úpravy přehledně a srozumitelně vypořádal, a to včetně dovození znaku poskytování služeb zadavateli, který jsem k námitkám označených účastníků výše dále vysvětlil.
219. Vzhledem ke skutečnosti, že jsem nezjistil takovou obdobnost namítaných případů, která by odůvodňovala odlišné právní posouzení v nyní projednávané věci, nezabýval jsem se dále ani možnostmi uplatnění legitimního očekávání zadavatele. S ohledem na výše uvedené uzavírám, že v námitce zadavatele rozhodovací praxí Úřadu důvod nezákonnosti napadeného rozhodnutí rovněž shledat nemohu.

K jednání zadavatele s péčí řádného hospodáře a možné újmě označených účastníků

220. Zadavatel v úvodu (body 4 - 6) a závěru (body 89 - 98) rozkladu shrnuje svůj postup při výběru budoucího dodavatele a vysvětluje důvody zvoleného postupu.
221. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že je stavitelem a investorem sportovního centra, které je budováno ve veřejném zájmu v souladu se strategickým záměrem zadavatele za účelem podpory zdravého životního stylu a prevence rizikového chování. Zadavatel doplňuje, že zvažoval více možností zajištění provozu sportovního centra, načež zvolil pacht sportovního centra, při kterém sice nebude mít plnou kontrolu nad poskytovanými službami, ale obdrží pachtovné a provoz sportovního centra bude realizován odborně způsobilou osobou.

222. Zadavatel je přesvědčen, že zvolil nejehospodárnější využití veřejných prostředků v souladu s veřejným zájmem, jemuž by v demokratickém státě měla být v souladu se smyslem a účelem zákonných ustanovení poskytována podpora.
223. K označené námitce připomínám, že hlavním předmětem přezkumu tohoto ani napadeného rozhodnutí není hospodárnost, potažmo ekonomická výhodnost zadavatelem zvoleného řešení, nýbrž posouzení zákonnosti postupu zadavatele při výběru dodavatele na veřejnou zakázku. Zadavatelem uváděné okolnosti a důsledky jeho postupu nejsou určující pro závěry Úřadu o tom, zda zadavatel porušil či neporušil zákon. Předmětné okolnosti mohou mít toliko význam pro posuzování závažnosti případného přestupku.
224. Zadavatel v bodě 94 svého rozkladu zmiňuje, že spuštění zkušebního provozu sportovního centra je plánováno na podzim roku 2018 a nebude-li s ohledem na uložený zákaz plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní provoz zahájen, dojde na straně zadavatele, popřípadě i na straně budoucího dodavatele ke vzniku (značné) škody.
225. Budoucí dodavatel se ke vzniku možné škody na jeho straně vyjadřuje v bodech II. 10 - II. 12 svého vyjádření k rozkladu zadavatele, v nichž uvádí, že s ohledem na očekávané plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní a závazek k vybavení a provozu sportovního centra již vynaložila přípravné náklady, v důsledku kterých mu společně s ušlým ziskem vznikne v případě ukončení závazku značná škoda.
226. K tvrzením označených účastníků o vzniku možné újmy sděluji, že se jedná o logický důsledek jednání zadavatele, kterému zákon v daném případě ukládá zvláštní povinnosti a definuje pravidla výběru dodavatele.
227. Úřad v daném případě konstatoval, že zadavatel uzavřel smlouvu na smíšenou zakázku bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, potažmo v zadávacím řízení vůbec nepostupoval, přestože měl podle zákona povinnost v zadávacím řízení postupovat. V takovém případě má Úřad ve smyslu § 254 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 264 odst. 1 zákona povinnost uložit zákaz plnění smlouvy na smíšenou zakázku.
228. Podle ustanovení § 264 odst. 3 zákona platí, že pokud zadavatel prokáže, že důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadují pokračování plnění smlouvy, Úřad v rozhodnutí stanoví lhůtu ne delší než 12 měsíců, jejímž uplynutím je zakázáno plnění smlouvy; tato lhůta začíná běžet právní mocí rozhodnutí. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušlení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou veřejnou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění veřejné zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou osoby plnící veřejnou zakázku a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.
229. Podle ustanovení § 264 odst. 4 zákona Úřad zákaz plnění smlouvy podle § 264 odst. 1 zákona neuloží, pokud zadavatel kromě skutečností uvedených v § 264 odst. 3 prokáže zároveň i to, že k ochraně daného veřejného zájmu nepostačuje postup podle § 264 odst. 3 věty první.

230. S ohledem na citovanou právní úpravu jsem se zabýval tím, zda nejsou dány důvody pro odložení účinnosti uloženého zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní či pro upuštění od jeho uložení.
231. Aplikace ustanovení § 264 odst. 3 zákona předvídá splnění dvou základních podmínek, tj. existenci důvodů zvláštního zřetele hodných spojených s veřejným zájmem a povinnost zadavatele k jejich prokázání. Vznik nepřiměřené újmy nebo zájem na zahájení provozu sportovního centra obecně mohou znamenat skutečnosti, které by jako důvody zvláštního zřetele hodné spojené s veřejným zájmem mohly být posouzeny. Ve vztahu k nyní řešené věci však konstatuji, že zadavatel se ve svých vyjádřeních ve správním řízení omezil toliko na obecná a stručná poukázání na vznik možné škody a svá tvrzení nikterak nepodložil a neprokázal. Žádný z označených účastníků pak takový postup ani nenavrhoval.
232. V této souvislosti dále poukazuji na § 254 odst. 6 větu druhou zákona, dle které platí, že pokud zadavatel hodlá prokazovat existenci důvodů hodných zvláštního zřetele podle § 264 odst. 3 nebo 4 zákona, musí být součástí tohoto vyjádření rovněž tvrzení a návrhy důkazních prostředků k jejich prokázání týkající se těchto důvodů; tato tvrzení a návrhy důkazních prostředků nelze po uplynutí lhůty 10 dnů od doručení návrhu dále měnit nebo rozšiřovat.
233. Zadavatel v nyní řešené věci důvody hodné zvláštního zřetele neprokázal. S ohledem na výše uvedené sděluji, že jsem neshledal důvody pro uplatnění výjimečného opatření v podobě odložení účinnosti uloženého zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní ve smyslu § 264 odst. 3 zákona. Za této situace, kdy nebyly zjištěny podmínky pro uplatnění odkladu ukládaného zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 264 odst. 3 zákona, nejsou dány ani předpoklady pro upuštění od jeho uložení ve smyslu § 264 odst. 4 zákona, které přichází v zásadě v úvahu až po splnění podmínek podle § 264 odst. 3 zákona.
234. Pro úplnost doplňuji své přesvědčení, že Úřad v napadeném rozhodnutí rozhodl zcela v souladu se smyslem a účelem zákonných ustanovení, aniž by odhlížel od reálných společenských vztahů, jak poukázal ve svém rozkladu zadavatel.
235. Účelem zákona je nepochybně efektivní vynakládání veřejných prostředků. Při dosahování uvedeného účelu však zadavatel nemůže jednat zcela libovolně, nýbrž je v návaznosti na působnost zákona povinen postupovat podle pravidel stanovených pro zadávání veřejných zakázek. Smyslem zákona je totiž i stanovení závazných konkrétních postupů, jakými má být sledovaného účelu dosaženo. Zadavatel tedy není oprávněn zájmu na efektivním vynakládání veřejných prostředků dosahovat vlastními způsoby, jsou-li současně v rozporu se závazným zněním zákona. Zadavateli za daných okolností nic nebránilo v dosažení všech jím tvrzených zájmů postupem podle zákona, přičemž smyslem a účelem přijímání zákona nepochybně nebylo připustit jeho obcházení.
236. K výše uvedenému konstatuji, že jsem nedospěl k závěru, že by do práv a oprávněných zájmů zadavatele bylo jakkoliv nepřípustně zasaženo a též argumentaci zadavatele jednáním s péčí řádného hospodáře mám pro posouzení nyní projednávané věci za nedůvodnou.
237. Ve vztahu k argumentaci zadavatele péčí řádného hospodáře, jakož i k provedení veřejné soutěže, v níž byl budoucí dodavatel vybrán s určitou mírou naplnění zásady

transparentnosti, doplňuji, že se jedná o významné okolnosti vypovídající o závažnosti jednání zadavatele, tyto okolnosti se však typově uplatní spíše v řízení o přestupku.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

238. K obecné zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad ve smyslu § 50 správního řádu opatřil dostatečné množství relevantních podkladů v rozsahu nezbytném pro vydání rozhodnutí, na jejichž základě, v souladu s ustanovením § 3 správního řádu, zjistil v dostatečném rozsahu skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Úřad současně na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení právních předpisů, která interpretoval ve světle dostupné judikatury, načež dospěl k závěrům uvedeným ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí, které jsem shledal jako správné a v souladu s právními předpisy. Úřad v napadeném rozhodnutí rovněž uvedl všechny úvahy, jimiž se při svém rozhodování řídil a uvedl dostatek relevantních důvodů, na jejichž základě ke svým závěrům dospěl. Výsledné napadené rozhodnutí hodnotím jako dostatečně odůvodněné a přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem v dotčeném případě nezjistil takovou procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.
239. Pro vyloučení všech pochybností poukazuji, že v částech, v nichž jsem vyjádřil právní stanovisko odlišné od právních závěrů napadeného rozhodnutí, se jednalo toliko o přiměřenou korekci odůvodnění, bez dopadu na správnost výroků napadeného rozhodnutí. Uvedený postup mám s ohledem na zásadu procesní ekonomie za přípustný, aniž by tato skutečnost měla vliv na zákonnost tohoto nebo napadeného rozhodnutí, neboť správní řízení v prvním i druhém stupni je též v ustálené judikatuře nahlíženo jako jeden celek, čímž je dovoleno některé nedostatky správního řízení v prvním stupni napravit v řízení odvolacím.
240. K tomu odkazuji například na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 82/2014 - 46 ze dne 18. 9. 2014, v němž označený soud s odkazem na prejudikaturu v dané věci obecně uvedl následující: *„Při hodnocení sporné otázky, tj. přezkoumatelnosti rozhodnutí správních orgánů, postupoval Nejvyšší správní soud podle ustálené soudní judikatury (usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 - 56, rozsudky NSS ze dne 28. 12. 2007, č. j. 4 As 48/2007 - 80, či ze dne 26. 3. 2008, č. j. 9 As 64/2007 - 98), ze kterých vyplývá, že rozhodnutí správních orgánů I. a II. stupně tvoří z hlediska soudního přezkumu jeden celek. V rámci tohoto celku jsou správní orgány povinny zjistit skutkový stav tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti. Funkcí odůvodnění správního rozhodnutí je zejména doložit správnost a nepochybně i zákonnost postupu správního orgánu, jakož i vydaného rozhodnutí, jehož jedna z nejdůležitějších vlastností je přesvědčivost.“*
241. Obdobně lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 31/2008 - 114 ze dne 19. 1. 2010, potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010, v němž k možné korekci a upřesnění odůvodnění prvostupňového rozhodnutí v odůvodnění druhostupňového rozhodnutí Krajský soud v Brně uvedl: *„Na rozhodnutí žalovaného je pak třeba hledět jako na celek, který je tvořen jak rozhodnutím prvního stupně, tak rozhodnutím druhého stupně. Jinak řečeno ve druhostupňovém řízení a rozhodnutí je žalovaný oprávněn napravovat pochybení a nesrovnalosti prvního stupně.“*
242. K vzájemné zastupitelnosti odůvodnění prvostupňového a druhostupňového rozhodnutí pak Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 112/2013 - 198 ze dne 16. 9. 2016 poznamenal (obdobně v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 161/2013 - 25 ze dne

21. 10. 2014): „Soud tedy potud uzavírá, že z argumentace obsažené v žalobou napadeném rozhodnutí i v rozhodnutí prvostupňovém je zřejmé, že námitky uplatněné v rozkladu a nosné právní a skutkové otázky byly vypořádány. Při soudním přezkumu odvolacího rozhodnutí je třeba vzít v úvahu, že ve správním řízení tvoří rozhodnutí obou stupňů jeden celek. Případné mezery v odůvodnění napadeného druhostupňového rozhodnutí, proto mohou zaplnit argumenty obsažené již v rozhodnutí prvního stupně. Argumentace uvedená v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí ve spojení s rozhodnutím prvostupňovým odpovídá kritériím přezkoumatelného správního rozhodnutí a nic nebrání tomu, aby se s ní soud v mezích žalobních bodů vypořádal věcně.“

243. Shrnuji proto, že jsem napadené rozhodnutí shledal správným a v souladu s právními předpisy.

VII. Závěr

244. 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 zadavatele nebo budoucího dodavatele.

245. 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 tohoto rozhodnutí 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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Advokátní kancelář Hartmann, Jelínek, Fráňa a partneři, s.r.o., Sokolovská 5/49, 186 00 Praha 8
2. Mgr. Radovan Kubáč, advokát, advokátní kancelář Nedelka Kubáč advokáti s.r.o., Olivova 4, 110 00 Praha 1
3. Mgr. Matěj Skalický, advokát, advokátní kancelář MÜLLER & SKALICKÝ advokátní kancelář s.r.o., Krkonošská 1512/11, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne:

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