UOHSX00FOZOU

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0187/2021/VZ Brno 8. 2. 2022
Číslo jednací: ÚOHS-02360/2022/161

V řízení o rozkladu ze dne 30. 11. 2021, který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podán zadavatelem -

- **město Vimperk**, IČO 00250805, se sídlem Steinbrenerova 6/2, 385 01 Vimperk,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0281/2021/VZ, č. j. ÚOHS-38507/2021/500/AIv ze dne 15. 11. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 27. 7. 2021 na návrh z téhož dne, podaný navrhovatelem -

- **GSI HOTELY s.r.o.**, IČO 05475503, se sídlem 1. máje 103, 385 01 Vimperk, ve správním řízení zastoupen advokátem Mgr. Jiřím Jaruškem, ev. č. ČAK 09444, IČO 66252466, se sídlem Radniční 489/7, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání postupu výše označeného zadavatele směřujícího k pořízení plnění, spočívajícího v demolici stávajících a výstavbě nových rekreačních objektů a následného pronájmu pozemků včetně na nich se nacházejících staveb za účelem poskytování rekreačních a ubytovacích služeb, blíže specifikovaného v záměru č. 15/07/2021 zveřejněném dne 26. 3. 2021 na úřední desce tohoto zadavatele, poptávaného mimo režim zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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 sp. zn. ÚOHS-S0281/2021/VZ, č. j. ÚOHS-38507/2021/500/AIv ze dne 15. 11. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 26. 3. 2021 uveřejnil zadavatel - město Vimperk, IČO 00250805, se sídlem Steinbrenerova 6/2, 385 01 Vimperk (dále jen „**zadavatel**“), na své úřední desce záměr podle § 39 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o obcích**“), č. 15/07/2021 (dále též jen „**uveřejněný záměr**“), týkající se pronájmu pozemků parc. č. 1783/8, parc. č. 1783/9, parc. č. 1783/10, parc. č. 1783/11, parc. č. 1783/12, parc. č. 1783/13, parc. č. 1783/14, parc. č. 1783/15, včetně na nich se nacházejících staveb bez čp/če - objektů k bydlení, a dále části pozemku parc. č. 1815 v rozsahu dle uvedeného zákresu ve vlastnictví města Vimperk, vše v katastrálním území Vimperk (dále jen „**pozemky**“), za účelem poskytování rekreačních a ubytovacích služeb.

2. V uveřejněném záměru uzavřít k pozemkům nájemní smlouvu, potažmo s ohledem na stávající nájemní vztah k pozemkům trvající do 22. 3. 2026 smlouvu o smlouvě budoucí nájemní (dále jednotně jen „**nájemní smlouva**“), zadavatel stanovil následující základní podmínky budoucího právního vztahu:

   - závazek nájemce nejpozději do 31. 12. 2027 provést na své náklady demolici 8 rekreačních chatek, které tvoří součást předmětných pozemků, a současně vybudovat po předchozím projednání a odsouhlasení ze strany zadavatele chatky nové (rekreační objekty na pozemcích dále též jen „**chatky**“),
   - náklady na demolici stávajících chatek a výstavbu nových bude nájemce oprávněn účetně odepisovat po dobu 35 let, což bude reflektovat doba trvání nájemní smlouvy, s možností převodu na osobu blízkou,
   - v případě, že dojde k předčasnému ukončení nájemní smlouvy, bude nájemci v rámci vzájemného vypořádání vyplacena aktuální hodnota provedené investice s přiměřeným ročním úrokem od dokončení výstavby chatek do ukončení nájemní smlouvy,
   - nájemce je povinen zadavateli poskytnout přiměřené záruky, že chatky budou vybudovány ve stanoveném termínu, včetně oprávnění zadavatele v takovém případě jednostranně ukončit nájemní smlouvu,

- závazek nájemce hradit nájemné ve výši dle jím podané nabídky,
- závazek nájemce přispívat zadavateli na údržbu sportovně rekreačního areálu Vodník částkou v minimální výši 30 000 Kč ročně,
- předmětem nájemní smlouvy mohou být další povinnosti a plnění nájemce za účelem zlepšení či fungování areálu Vodník.

3. Uveřejněný záměr č. 15/07/2021 byl z úřední desky zadavatele sejmut dne 26. 4. 2021. Lhůtu pro podání písemných nabídek, závazně obsahujících minimálně mj. návrh architektonického řešení chatek, rozpis nákladů, návrh nájemného a dalších benefitů pro zadavatele a danou lokalitu, stanovil zadavatel do 28. 4. 2021.

4. Ke způsobu vyhodnocení podaných nabídek zadavatel v uveřejněném záměru uvedl, že bude *„hodnotit celkový přínos nabídky zájemce pro město Vimperk a jeho obyvatele a návštěvníky i objektivní proveditelnost záměru včetně smluvních záruk a ostatních okolností, přičemž zastupitelstvo má zájem vybrat nabídku, která se bude jevit jako nejvýhodnější z hlediska celkového koncepčního rozvoje sportovně rekreačního areálu; v případě obdobně výhodných nabídek může zastupitelstvo dát přednost nabídce objektivně důvěryhodnější (tzn. nabídce obsahující jednak relevantní záruky za realizaci nabízených plnění, jednak důvěryhodné z hlediska osoby zájemce).“*.

5. Z dokumentace o postupu zadavatele souvisejícího s pronájmem pozemků dle uveřejněného záměru vyplývá, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě nabídky 3 zájemců, z nichž na základě usnesení č. 317 zastupitelstva města Vimperk ze dne 21. 6. 2021 jako nejvýhodnější pro uzavření nájemní smlouvy k pozemkům vybral nabídku zájemce - Ing. Martina Paštiky, bytem Karolíny Světlé 581, 385 01 Vimperk (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

6. Dne 2. 7. 2021 podal další ze zájemců o uzavření nájemní smlouvy - GSI HOTELY s.r.o., IČO 05475503, se sídlem 1. máje 103, 385 01 Vimperk, ve správním řízení zastoupen advokátem Mgr. Jiřím Jaruškem, ev. č. ČAK 09444, IČO 66252466, se sídlem Radniční 489/7, 370 01 České Budějovice (dále jen „**navrhovatel**“), námitky ze dne 1. 7. 2021 (dále jen „**námitky**“), v nichž namítal, že nájemní smlouva k pozemkům představuje koncesi na stavební práce, kterou je zadavatel povinen zadat v některém z druhů zadávacího řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“).

7. Podané námitky zadavatel ve lhůtě podle § 245 odst. 1 zákona nevyřídil. Dne 27. 7. 2021 podal navrhovatel u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgánu příslušného podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 250 zákona z téhož dne (dále jen „**návrh**“), napadající nezákonný postup zadavatele spočívající v úkonech směřujících k zadání koncese na stavební práce (uzavření nájemní smlouvy) mimo zadávací řízení.

8. 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 návrhu navrhovatele, vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0281/2021/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 15. 11. 2021 vydal Úřad ve společném správním řízení na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0281/2021/VZ, č. j. ÚOHS-38507/2021/500/AIv (dále jen **„napadené rozhodnutí“**).

10. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl Úřad o tom, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona směřuje k zadání veřejné zakázky, resp. k uzavření nájemní smlouvy, jejímž předmětem plnění bude demolice stávajících a výstavba nových rekreačních objektů a následný pronájem pozemků včetně na nich se nacházejících staveb za účelem poskytování rekreačních a ubytovacích služeb, podle bližší specifikace uvedené v uveřejněném záměru č. 15/07/2021, mimo zadávací řízení, kdy zadavatel rozhodl dne 21. 6. 2021 mimo jakékoliv zadávací řízení o výběru dodavatele, ačkoliv je povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 3 zákona.

11. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli opatření k nápravě nezákonného postupu podle § 263 odst. 7 zákona, spočívající v uložení zákazu pokračovat v postupu směřujícímu k uzavření smlouvy na demolici stávajících a výstavbu nových rekreačních objektů a následný pronájem pozemků včetně na nich se nacházejících staveb za účelem poskytování rekreačních a ubytovacích služeb, podle bližší specifikace uvedené v záměru č. 15/07/2021, mimo zadávací řízení.

12. Výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad 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, povinnost k úhradě nákladů řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Námitky rozkladu zadavatele

13. Dne 30. 11. 2021 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí blanketní rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 11. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

14. Usnesením sp. zn. ÚOHS-S0281/2021/VZ, č. j. ÚOHS-40969/2021/535/KHl ze dne 2. 12. 2021 vyzval Úřad zadavatele k doplnění rozkladu ve lhůtě 6 dnů ode dne doručení tohoto usnesení. Doplnění rozkladu zadavatele ze dne 9. 12. 2021 obdržel Úřad téhož dne, tj. ve stanovené lhůtě (rozklad zadavatele ze dne 30. 11. 2021 ve spojení s jeho doplněním ze dne 9. 12. 2021 dále jen „**rozklad**“).

15. Zadavatel v odůvodnění rozkladu namítá, že Úřad vykládá pojem koncese a s ním související ustanovení zákona příliš extenzivně, načež nelze zřetelně rozlišit proces běžného uzavírání nájemních a pachtovních smluv od koncesí, jakkoliv se i dle recentní judikatury jedná o odlišné právní instituty.

16. Zadavatel předně podotýká, že nesouhlasí ani s tím, že by na nájemní smlouvu dle uveřejněného záměru mohlo být nahlíženo jako na pacht ve smyslu § 2332 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“), neboť pojem pacht je nutno dle jeho názoru vztahovat toliko k situacím, v nichž uživatel pobírá

přirozené přírůstky dané věci bez vlastní součinnosti, nikoliv k případům, v nichž je zdrojem příjmu uživatele výsledek jeho podnikatelské činnosti (poskytování služeb).

17. Právo braní užitků z provozu stavby přichází dle názoru zadavatele v úvahu toliko v případě, kdy je spojeno s technickým a právním charakterem dané stavby, například v případě provozu vodovodu, který podléhá zákonné regulaci a nelze jej technicky ani právně užívat jinak. Naopak chatky nejsou dle názoru zadavatele účelově ani technicky určeny k poskytování zadavatelem předem dané a definované činnosti, přičemž zadavatel nedefinoval ani konkrétní podmínky, za jakých má být plnění v souvislosti s užíváním chatek realizováno.

18. Dle názoru zadavatele se jedná toliko o nájemní vztah dle § 2201 a násl. občanského zákoníku, který nenaplňuje ani znaky pachtu, ani znaky koncese ve smyslu § 174 zákona, o kterou jde dle názoru zadavatele v případě provozování činností ve veřejném zájmu, které jsou na trhu technicky, právně nebo v důsledku zadavatelem stanovených ekonomických parametrů omezeny a které jsou určeny k uspokojování potřeb obyvatel v daném místě.

19. Zadavatel proto uvádí, že nebyla splněna podmínka pro kvalifikaci závazku jako koncese podle § 174 odst. 2 písm. a) zákona, tj. že protiplnění bude spočívat v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb.

20. Dále zadavatel namítá, že v daném případě absentuje podmínka úplatnosti obecně, neboť dodavatel provede výstavbu chatek na své náklady a za provedené stavební práce žádnou protihodnotu neobdrží, naopak bude zadavateli hradit nájemné, přičemž jediným benefitem pro dodavatele v tomto směru je možnost účetních odpisů provedené investice. Provedené investice pak dodavatel s ohledem na dobu trvání nájemní smlouvy 35 let využije zcela ve svůj prospěch, neboť chatky přejímá a po ukončení nájemní smlouvy odevzdá na hranici životnosti.

21. Zadavatel je proto přesvědčen, že nájemní smlouva dle uveřejněného záměru znaky koncese ve smyslu zákona nenaplňuje. Závěrem zadavatel poukazuje na popis skutku ve výroku I. napadeného rozhodnutí, který dle jeho názoru pracuje s nesprávným předpokladem, že zadavatel nejprve zadá stavební práce (spočívající v demolici stávajících a ve výstavbě nových chatek) a teprve následně nově vybudované chatky pronajme vybranému dodavateli, jakkoliv tento předpoklad nemá oporu ve zjištěných skutečnostech.

Závěr rozkladu

22. Zadavatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

23. Úřad po doručení rozkladu 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 rozkladu.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

24. Dne 3. 1. 2022 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k podanému rozkladu zadavatele, datované týmž dnem. Ve svém vyjádření navrhovatel zejména poukázal, že právní úprava koncesí dle zákona má jako speciální právní úprava přednost před ustanovením § 39 zákona

o obcích, nikoliv naopak, a že úmysl zadavatele pronajmout pozemky dle uveřejněného záměru nepředstavuje běžný nájemní vztah.

25. Navrhovatel dále vysvětlil, z jakých důvodů považuje rozkladovou argumentaci zadavatele za nesprávnou, a závěrem navrhl, aby předseda Úřadu rozklad zadavatele zamítl a napadené rozhodnutí jako správné potvrdil.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

27. 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 rozkladu zadavatele a k potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

28. Jak již bylo výše uvedeno, Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona směřuje na základě uveřejněného záměru č. 15/07/2021 k zadání veřejné zakázky, respektive k uzavření nájemní smlouvy, jejímž předmětem bude demolice stávajících a výstavba nových rekreačních objektů na pozemcích a jejich následný pronájem za účelem poskytování rekreačních a ubytovacích služeb dle specifikovaných podmínek, přičemž zadavatel již rozhodl o výběru dodavatele, ačkoliv byl povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení dle § 3 zákona.

29. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poukázal, že nájemní smlouva dle uveřejněného záměru naplňuje spíše znaky pachtu než nájmu podle občanského zákoníku, a podrobně vysvětlil, z jakých důvodů je nutno na pacht pozemků nahlížet jako na veřejnou zakázku, v konkrétním případě jako na koncesi na stavební práce. Zadavatel je naproti tomu přesvědčen, že zamýšlený pronájem pozemků znaky koncese nenaplňuje, neboť se nejedná ani o pacht, nýbrž o prostý nájem ve smyslu občanského zákoníku, ve vztahu ke kterému zadavatel nebyl povinen podle zákona postupovat.

30. Klíčovou spornou otázku v nyní řešené věci tedy představuje posouzení toho, zda obsah nájemní smlouvy, kterou zadavatel zamýšlí dle uveřejněného záměru uzavřít, naplňuje znaky koncese na stavební práce, a zda lze tedy zamýšlenou dispozici zadavatele s pozemky považovat za postup směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, či nikoliv. K tomu poukazuji nejprve na relevantní právní úpravu.

31. 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.

32. 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.

33. 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.

34. Podle § 174 odst. 2 zákona se za zadání koncese na stavební práce považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel a) zadá poskytnutí činnosti podle § 14 odst. 3 písm. a), b) nebo c) zákona dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z provozování stavby, která je výsledkem poskytnutých stavebních prací, nebo v tomto právu společně s platbou a b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozování stavby.

35. Podle § 14 odst. 3 zákona se za veřejnou zakázku na stavební práce považuje veřejná zakázka, jejímž předmětem je a) poskytnutí činnosti uvedené v oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému pro účely veřejných zakázek podle přímo použitelného předpisu Evropské unie, b) zhotovení stavby, nebo c) poskytnutí souvisejících projektových činností, pokud jsou zadávány společně se stavebními pracemi podle písm. a) nebo b) tohoto ustanovení zákona.

36. 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 nebyly pouze zanedbatelné.

37. Z citované právní úpravy jednoznačně vyplývá, že se koncese považuje za veřejnou zakázku, přičemž v případě, že plnění poptávané zadavatelem naplňuje znaky koncese, je zadavatel povinen, není-li zákonem stanoveno jinak, postupovat při jejím zadání v zadávacím řízení. V nyní řešené věci není sporné, že zadavatel podle zákona nepostupoval, neboť se domníval, že zamýšlená nájemní smlouva znaky koncese nenaplňuje, načež uveřejnil záměr dle zákona o obcích.

38. Zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně kvalifikoval obsah nájemní smlouvy jako pacht ve smyslu § 2332 občanského zákoníku, k čemuž podrobně vysvětluje důvody svého stanoviska.

39. K související argumentaci zadavatele konstatuji, že v nyní řešené věci není podstatné, zda zamýšlená nájemní smlouva k pozemkům naplňuje znaky nájmu, nebo pachtu, popřípadě jiného smluvního vztahu ve smyslu občanského zákoníku, neboť je obecně nerozhodné, jaký smluvní typ podle občanského zákoníku zadavatel k zadání veřejné zakázky použije. Ani Úřadem učiněné zjištění, že nájemní smlouva naplňuje znaky pachtu totiž ještě bez dalšího neznamená, že tato smlouva naplňuje současně znaky veřejné zakázky. Rozhodná pro posouzení povinnosti zadavatele postupovat podle zákona je v uvedené souvislosti právě toliko skutečnost, zda plnění, které má zadavatel v úmyslu zadat, naplňuje znaky veřejné zakázky, v daném případě koncese na stavební práce dle § 174 odst. 2 zákona, či nikoli. Související argumentaci zadavatele mám proto za nepřiléhavou.

40. K tomu lze odkázat též na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 88/2018 - 174 ze dne 28. 1. 2021, v němž bylo konstatováno: „*Formální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, stejně jako jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva, tu není rozhodující. Neexistuje žádná typová smlouva na veřejnou zakázku, ale k uzavírání veřejných zakázek jsou využívány různé smluvní typy. Naplnění znaků veřejné zakázky může být založeno i kombinací několika soukromoprávních úkonů (několika typů smluv). Povahu daného smluvního vztahu je proto potřeba posuzovat v každém jednotlivém případě individuálně se zohledněním všech aspektů, které z dohodnuté formy spolupráce podle uzavřené smlouvy mají plynout. K tomu viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2013, č. j. 62 Af 35/2012-48 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2010, č. j. 8 Afs 60/2009-78*.“

41. Obecně pak doplňuji, že se plně ztotožňuji s posouzením Úřadu, že se v dané věci jedná o pacht ve smyslu § 2332 občanského zákoníku, neboť rovněž výkon podnikatelské činnosti, v daném případě poskytování rekreačních a ubytovacích služeb prostřednictvím provozování vybudovaných chatek, může být považován za požívání výnosů z dané věci ve smyslu definičního vymezení pachtu dle § 2332 občanského zákoníku. Námitku mám proto za nedůvodnou. Jakkoliv jsem se ztotožnil s právním závěrem Úřadu, že nájemní smlouva dle shora zavedené zkratky naplňuje znaky pachtu, načež se z hlediska jejího obsahu jedná o smlouvu pachtovní, v dalším textu budu pro přehlednost, obdobně jako Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí (srov. bod 70), nadále používat pojmy nájemní smlouva a nájemce, které užívá i zadavatel.

42. Zadavatel rovněž namítá, že nebyly naplněny znaky koncese na stavební práce dle § 174 odst. 2 zákona, neboť se nejedná o činnosti vykonávané ve veřejném zájmu a absentuje též podmínka úplatnosti spočívající v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, protože naopak vybraný dodavatel bude zadavateli hradit nájemné.

43. Z výše citované právní úpravy ustanovení § 174 odst. 2 ve spojení s § 174 odst. 4 zákona vyplývá, že o zadání koncese na stavební práce se jedná v případě, že zadavatel uzavře s vybraným dodavatelem úplatnou smlouvu na plnění, přičemž

- toto plnění spočívá v poskytnutí stavebních prací ve smyslu § 14 odst. 3 zákona vybraným dodavatelem zadavateli,

- úplatnost (protiplnění) za poskytnuté stavební práce spočívá v právu vybraného dodavatele k braní užitků vyplývajících z provozování stavby, která je výsledkem poskytnutých stavebních prací, nebo v tomto právu společně s platbou,
- a na dodavatele se přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozování stavby, přičemž se má za to, že došlo k přenesení provozního rizika, pokud dodavateli za běžných tržních podmínek není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby.

44. K naplnění shora vytčených znaků koncese na stavební práce upřesňuji, že v nyní řešené věci k zadání koncese na stavební práce dosud nedošlo, neboť zadavatel nájemní smlouvu k pozemkům s vybraným dodavatelem ještě neuzavřel. Předmětem vedeného správního řízení je postup zadavatele směřující k uzavření smlouvy mimo zadávací řízení, čemuž odpovídá i výrok I. napadeného rozhodnutí.

45. Pokud jde o druh plnění, zde poukazuji, že součást podmínek pro uzavření nájemní smlouvy dle uveřejněného záměru tvoří výslovný závazek budoucího nájemce (vybraného dodavatele) provést nejpozději do 5 let od nabytí účinnosti nájemní smlouvy na své náklady demolici stávajících chatek a vybudování nových chatek dle návrhu vybraného dodavatele odsouhlaseného zadavatelem. Současně je ze znění uveřejněného záměru zřejmé, že se jedná o hlavní závazek vybraného dodavatele. Předmět nájemní smlouvy tedy spočívá v realizaci stavebních prací sestávajících z demolice stávajících chatek a vybudování chatek nových do vlastnictví zadavatele. Tyto činnosti lze podřadit pod stavební práce podle § 14 odst. 3 písm. a) a b) zákona jako „Práce spojené s přípravou staveniště“ dle oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému (demolice stávajících chatek) a zhotovení stavby (výstavba nových chatek).

46. V uvedené souvislosti podotýkám, že nájemní smlouva nebyla dosud uzavřena, načež konkrétní podoba a rozsah stavebních prací nejsou známy. Skutečnost, že součástí budoucí nájemní smlouvy má být též obligatorní závazek nájemce (vybraného dodavatele) k provedení stavebních prací, však není ani ze strany zadavatele nijak rozporována.

47. Konstatuji proto, že plnění nájemní smlouvy spočívá v poskytnutí stavebních prací ve smyslu § 14 odst. 3 zákona vybraným dodavatelem zadavateli, čímž je naplněn první definiční znak koncese na stavební práce dle § 174 odst. 2 písm. a) zákona.

48. Pokud jde o úplatnost nájemní smlouvy, to znamená protiplnění plynoucí vybranému dodavateli (budoucímu nájemci) za poskytnuté stavební práce od zadavatele, zde poukazuji, že z uveřejněného záměru vyplývá, že smluvní strany uzavírají nájemní smlouvu k pozemkům, včetně chatek tvořících jejich součást, za účelem poskytování rekreačních a ubytovacích služeb. Je tak zřejmé, že úplata plynoucí vybranému dodavateli bude spočívat v právu braní užitků z provozování stavby, v konkrétním případě z provozování rekreačních chatek, jakožto výsledku provedených stavebních prací.

49. Vybraný dodavatel tedy neobdrží úplatu přímo od zadavatele, nýbrž od třetích osob v podobě příjmů za poskytování ubytovacích služeb v nově vybudovaných chatkách a za poskytování souvisejících rekreačních služeb. Právo užívat vybudované rekreační chatky a právo brát z nich užitky na základě provozování vlastní podnikatelské činnosti pak vybraný dodavatel získá rovněž na podkladě nájemní smlouvy.

50. Tímto mám i druhý definiční znak koncese na stavební práce dle § 174 odst. 2 písm. a) zákona, tj. že protiplnění plynoucí dodavateli za poskytnutí stavebních prací spočívá v právu braní užitků z provozování stavby, za splněný.

51. K tomu doplňuji, že za splněnou lze mít v daném případě i podmínku podle § 174 odst. 2 písm. b) zákona, tj. že se na provozovatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozování stavby, neboť vybraný dodavatel nemá zajištěnou návratnost investic a dalších nákladů spojených s provozováním rekreačních chatek. Z okolností případu vyplývá, že vybraný dodavatel bude poskytovat ubytovací a související rekreační služby na vlastní účet a riziko, načež bude záležet na jeho podnikatelských dovednostech, nakolik zajistí obsazenost areálu a dokáže realizovat související zisk. Tímto mu tedy není zajištěna ani návratnost vynaložených investic, souvisejících zejména s vybudováním chatek, k čemuž se budoucí nájemce (vybraný dodavatel) zaváže na své náklady.

52. K výše uvedenému konstatuji, že jsem dospěl k závěru, že nájemní smlouva dle uveřejněného záměru naplňuje všechny znaky koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2 zákona, kterou byl zadavatel povinen v souladu s § 176 odst. 1 zákona zadat v některém z relevantních druhů zadávacího řízení. Pokud tak zadavatel neučinil a dne 21. 6. 2021 rozhodl o výběru dodavatele pro uzavření nájemní smlouvy mimo zadávací řízení, je nutno jeho postup kvalifikovat jako nezákonný postup směřující k zadání veřejné zakázky, v daném případě koncese na stavební práce, mimo zadávací řízení. Tímto se tedy plně ztotožňuji s posouzením věci v napadeném rozhodnutí.

53. Zadavatel dále namítá, že nedefinoval konkrétní podmínky užívání chatek dle nájemní smlouvy ani zajišťování předem určených činností, což by odpovídalo účelu koncese, reprezentovanému zejména zajišťování specifických činností ve veřejném zájmu, které by jinak zajišťoval sám zadavatel.

54. K uvedené námitce sděluji, že v projednávané věci byl v jednání zadavatele shledán postup směřující k zadání koncese na stavební práce, jejíž znaky jednání zadavatele (nájemní smlouva) naplnilo. Zadavatel v nyní řešené věci poptával provedení stavebních prací, nikoliv poskytování nějakých dalších činností, například služeb v podobě provozování rekreačního areálu.

55. Ze správního spisu plyne zřejmý zájem zadavatele na řádném a aktivním provozování rekreačního areálu, v souladu s programem rozvoje města a podporou turistického ruchu (srov. například způsob hodnocení dle uveřejněného záměru). K aktivnímu provozování rekreačního areálu a provozování chatek je vybraný dodavatel veden ostatně též nutností vynaložit náklady na výstavbu nových chatek a potřebou zajistit návratnost souvisejících investic.

56. Argumentace zadavatele však směřuje spíše k situaci, v níž by zadavatel přímo poptával poskytování určitého druhu služeb, například právě v podobě provozování rekreačního areálu, avšak bez provedení stavebních prací. I v takovém případě by se mohlo jednat o koncesi, a to o koncesi na služby podle § 174 odst. 3 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 88/2018 - 174 ze dne 28. 1. 2021). V uvedené souvislosti by musel být dovozen závazek dodavatele k poskytnutí služeb a jemu odpovídající zadání zadavatele.

57. V nyní řešené věci však zadavatel zadal poskytnutí stavebních prací podle § 174 odst. 2 písm. a) zákona, načež míra obecnosti požadavků zadavatele na provoz chatek a poskytování

souvisejících služeb není pro rozhodnutí ve věci významná. Ke konkrétnosti vymezení stavebních prací pak doplňuji, že zadavatel sice ponechal návrh konkrétní podoby nových chatek na dodavatelích, dle uveřejněného záměru si však ponechal plnou kontrolu nad jejich odsouhlasením. Související námitky zadavatele proto odmítám rovněž jako nedůvodné.

58. Zadavatel dále k naplnění podmínky úplatnosti namítá, že vybraný dodavatel za provedení stavebních prací žádné protiplnění neobdrží, neboť bude naopak zadavateli hradit nájemné, načež jediný benefit pro vybraného dodavatele představuje možnost účetních odpisů.

59. K uvedené námitce konstatuji, že jsem již výše vysvětlil, že protiplnění za poskytnutí stavebních prací spočívá v právu braní užitků z provozování stavby, tj. v oprávnění k provozování chatek na základě nájemní smlouvy. S tím souvisí příjem od třetích osob v návaznosti na poskytování ubytovacích a rekreačních služeb v důsledku podnikatelské činnosti vybraného dodavatele. Takový způsob protiplnění ve formě nepřímé úhrady plně konvenuje dikci zákona.

60. K tomu poukazuji, že v případě, že by vybraný dodavatel označené protiplnění neobdržel, jednalo by se o veřejnou zakázku na stavební práce, načež by vybranému dodavateli za provedené stavební práce vznikl nárok na přímou úhradu v penězích. Ostatně i součást podmínek dle uveřejněného záměru tvoří ujednání o tom, že v případě, že dojde k předčasnému ukončení nájemní smlouvy, bude nájemci v rámci vzájemného vypořádání vyplacena aktuální hodnota provedené investice s přiměřeným ročním úrokem od dokončení výstavby chatek do ukončení nájemní smlouvy. V návaznosti na stanovené podmínky bylo na každém ze zájemců o uzavření nájemní smlouvy, aby zvážil hodnotu zadavatelem nabízeného protiplnění a zformuloval takový podnikatelský záměr, který pro něho bude (s ohledem na náklady na provedení stavebních prací, provozní náklady a předpokládaný obrat a zisk) ekonomicky rentabilní.

61. S tím souvisí i další platby plynoucí od vybraného dodavatele k zadavateli, které přirozeně reflektují ekonomickou rovnováhu zamýšleného právního vztahu. V uvedeném kontextu se nejedná jen o zadavatelem zmiňované nájemné dle nabídky dodavatele, nýbrž též o příspěvek na provoz sportovně rekreačního areálu Vodník v minimální výši 30 000 Kč ročně a případná další plnění dle nabídky dodavatele. Dodavatelé vyvíjejí podnikatelskou činnost za účelem dosahování zisku. Skutečnost, že dodavatelé poskytnou zadavateli v rámci smlouvy na koncesi určitou přímou platbu, pak jednoduše znamená, že hodnota protiplnění nabízeného zadavatelem převyšuje náklady na straně dodavatele.

62. Platby poskytnuté vybraným dodavatelem tak snižují hodnotu zadavatelem poskytnutého protiplnění (v podobě práva k braní užitků z provozování chatek), nikoliv však způsobem, který by vyvracel charakter koncesního vztahu, neboť dodavatel obdrží od zadavatele větší hodnotu, než představuje hodnota takto poskytnutých plateb ve spojení s hodnotou poskytnutých stavebních prací (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 88/2018 - 174 ze dne 28. 1. 2021, bod 29).

63. Námitky zadavatele týkající se úplatnosti nájemní smlouvy mám proto rovněž za nedůvodné.

64. Zadavatel závěrem namítá, že Úřad nesprávně formuloval výrok I. napadeného rozhodnutí, neboť v něm pracuje s nesprávným předpokladem, že zadavatel nejprve zadá výstavbu nových chatek a teprve následně pozemky včetně těchto chatek vybranému dodavateli pronajme,

přestože dle podmínek uveřejněného záměru má být nájemní smlouva uzavřena ještě před provedením stavebních prací.

65. K uvedené námitce sděluji, že se jedná o drobnou formulační nepřesnost spočívající v nadbytečnosti slova „následný“. Označená nepřesnost však nemá za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jednoznačně zřejmé, že chatky mají být budovány již v rámci existujícího nájemního vztahu, a současně nijak nedochází ke zpochybnění stěžejního závěru Úřadu, že zadavatel neoprávněně směřoval k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Ani poslední označenou námitku proto nemohu shledat důvodnou.

66. K výše uvedenému konstatuji, že se plně ztotožňuji s posouzením věci v napadeném rozhodnutí, považuji jej za správné, v podrobnostech na něj odkazuji, a rozkladové námitky zadavatele souhrnně odmítám jako nedůvodné.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

67. Napadené rozhodnutí jsem přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež sděluji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl zcela v souladu se zákonem a správním řádem. K zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil takový skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona, která interpretoval ve světle příslušné judikatury. Úřad řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil zjištěného porušení zákona.

68. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by měla za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

69. 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 napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.

70. 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

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

Obdrží:

1. město Vimperk, Steinbrenerova 6/2, 385 01 Vimperk
2. Mgr. Jiří Jarušek, ev. č. ČAK 09444, Radniční 489/7, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne:

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