

Č. j.: R213/2007/02-05035/2008/310-KK

V Brně dne 4. března 2008

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 22. 11. 2007 zadavatelem – **město Pec pod Sněžkou**, IČ: 00278181, se sídlem Pec pod Sněžkou 230, 542 21 Pec pod Sněžkou, ve správním řízení zastoupeno JUDr. Liborem Čermákem, advokátem, se sídlem Palackého 508, 541 01 Trutnov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 11. 2007, č.j. S199/2007-18164/2007/540-AS, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Pec pod Sněžkou, učiněných při zadání veřejné zakázky na úpravu a přístavbu budovy základní školy, na kterou zadavatel uzavřel dne 22. 3. 2006 kupní smlouvu se společností BAU-INVEST Pec pod Sněžkou, s.r.o., IČ: 27212122, se sídlem Elišky Krásnohorské 10/2, 110 00 Praha, kterou na základě smlouvy o dílo č. 3/06 ze dne 8. 3. 2006 realizovala společnost A&K s.r.o., IČ: 45539537, se sídlem Horská 922, 541 01 Trutnov,

jehož dalším účastníkem je společnost **BAU-INVEST Pec pod Sněžkou, s.r.o.**, IČ: 27212122, se sídlem Elišky Krásnohorské 10/2, 110 00 Praha 1 – Staré Město,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 11. 2007, č.j. S199/2007-18164/2007/540-AS,

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## O d ů v o d n ě n í

### I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Pec pod Sněžkou, IČ: 00278181, se sídlem Pec pod Sněžkou 230, 542 21 Pec pod Sněžkou, ve správním řízení zastoupen JUDr. Liborem Čermákem, advokátem, se sídlem Palackého 508, 541 01 Trutnov (dále jen „zadavatel“), dne 22. 3. 2006 uzavřel kupní smlouvu se společností BAU-INVEST Pec pod Sněžkou, s.r.o., IČ 27212122, se sídlem Elišky Krásnohorské 10/2, 110 00 Praha 1, Staré Město (dále jen „BAU-INVEST“ nebo „vybraný uchazeč“), jejímž předmětem byl prodej budovy mateřské školy a dvou přilehlých pozemků, tj. budovy č. p. 285 – objekt bydlení na st.p.č. 366 – mateřská škola s příslušenstvím, pozemku st.p.č. 366 – zastavěná plocha a nádvoří a pozemku p. č. 104/12 – TTP, vše v obci a k.ú. Pec pod Sněžkou, jak jsou zapsány na LV č. 10001 pro obec a k.ú. Pec pod Sněžkou u Katastrálního úřadu Královéhradeckého kraje – Katastrálního pracoviště Trutnov, s tím, že kupní cena bude kupujícím uhrazena naturálně za následujících podmínek. Společnost BAU-INVEST provedla úpravu a přístavbu budovy základní školy prostřednictvím firmy A&K s.r.o. se sídlem Horská 922, IČ 45539537, 541 01 Trutnov (dále jen „A&K s.r.o.“), přičemž po předání zkolaudovaného díla zadavateli, se zadavatel stane jeho výlučným vlastníkem. Ke kupní smlouvě byly přijaty dva dodatky, kterými byl prodloužen termín pro předání díla. Dne 8. 3. 2006 byla uzavřena smlouva o dílo č. 3/06 mezi společností BAU-INVEST a společností A&K s.r.o. Předmětem této smlouvy byla „Rekonstrukce školy a přístavba mateřské školy“ za cenu ve výši 16 065 000,- Kč vč. DPH. Také k této smlouvě byl uzavřen dodatek, kterým byl termín dokončení prodloužen.
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci. Po jejím přezkoumání nabyt Úřad podezření o možném porušení zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005, zákona č. 377/2005 Sb., a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon“), a proto ve věci zahájil z vlastního podnětu správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 94 zákona, za jehož účastníky označil zadavatele a vybraného uchazeče. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.
3. Ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil mj. v tom smyslu, že nemovitosti nebyly oceňovány znaleckým posudkem, protože obcím žádný právní předpis neukládá povinnost pořizovat při úplatných převodech majetku znalecký posudek na ocenění převáděného majetku, přičemž se odvolal na § 39 odst. 2 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, v platném znění, v němž je stanoveno, že při úplatném převodu se cena sjednává zpravidla ve výši, která je v místě a čase obvyklá. V šetřeném případě je podle zadavatele naprosto zřejmé, že cena, za kterou se převod nakonec realizoval, obvyklou cenu výrazně přesahuje.
4. V pozdějším průběhu správního řízení uvedl zadavatel, že v letech 2005 a 2006 (ani dříve) neměl v plánu realizaci předmětné zakázky a neměl na ni ani vyčleněny finanční prostředky z rozpočtu obce. Společnost BAU-INVEST projevila již dříve zájem o koupi předmětných nemovitostí pro výstavbu bytových domů. Zadavatel v příloze předložil

fotokopii části 1/C územního plánu spolu s mapou pozemků, z něhož vyplývá, že uvedené parcely jsou součástí území, se kterým se počítá pro zastavění bytovými domy. Zadavatel měl potřebu řešit nevyhovující stav mateřské školy, avšak na druhé straně s výstavbou nové budovy nepočítal, neboť na tuto akci neměl prostředky. Se zveřejněním záměru prodat předmětné nemovitosti musel proto současně řešit problém provozu mateřské školy, přičemž tento záměr zveřejnil v oznámení, jež bylo vyvěšeno dne 19. 11. 2004. Ke kupní smlouvě zadavatel uvedl, že závazek provést úpravu a přístavbu Základní školy v Peci pod Sněžkou byl závazkem výhradně společnosti BAU-INVEST, která takto splácela sjednanou kupní cenu předmětných nemovitostí. Jakým způsobem tento závazek jmenovaná společnost splní, bylo dle zadavatele výhradně její záležitostí. Zadavatel se domnívá, že jde o soukromoprávní smluvní vztah založený pouze mezi společnostmi BAU-INVEST a společností A&K s.r.o., a zadavatel tudíž neměl žádné právo volbu dodavatele stavebních prací ovlivňovat. Zadavatel ve svém vyjádření tedy uzavřel, že plnění posuzované smlouvy není veřejnou zakázkou a že se na ně příslušná ustanovení zákona nevztahují. Snaha podřídit tento vztah zákonu je již podle zadavatele nepřijatelným extenzivním výkladem, kdy se podmínky zadávání veřejné zakázky rozšiřují i na vztah z kupní smlouvy. K ustanovení § 9 odst. 1 písm. e) zákona zadavatel uvedl, že jestliže zákon v tomto ustanovení hovoří o využití zprostředkovatelských či podobných služeb, je třeba tento pojem posuzovat zejména dle ust. § 642 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), jenž upravuje smlouvu o zprostředkování. Ve smlouvě o zprostředkování se zprostředkovatel zavazuje, že bude vyvíjet činnost směřující k tomu, aby zájemce měl příležitost uzavřít určitou smlouvu s třetí osobou, kdy výsledkem této činnosti je uzavření určité smlouvy mezi zájemcem a třetí osobou. Zadavatel trvá na tom, že k žádné takové situaci v šetřeném případě nedošlo, neboť uzavřel kupní smlouvu se společností BAU-INVEST, a jestliže tato společnost poskytovala smluvené naturální plnění pomocí jiného subjektu, s nímž také sama uzavřela smlouvu o dílo, byl to již běžný obchodně právní vztah.

### **Napadené rozhodnutí**

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 11. 2007 rozhodnutí č.j. S199/2007-18164/2007/540-AS, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že uzavřením kupní smlouvy ze dne 22. 3. 2006 zadal veřejnou zakázku na úpravu a přístavbu budovy základní školy, přičemž nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona, neboť veřejnou zakázku nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přestože se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. e) zákona. Za spáchání tohoto správního deliktu Úřad zadavateli uložil podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 100 000,- Kč. Současně Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“) v návaznosti na § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“).
6. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad úvodem uvedl, že z uzavřené kupní smlouvy je zřejmé, že zadavatel stanovil požadavky, jaké stavební práce mají být pro něho provedeny, přičemž pro jejich provedení využil služeb podobných zprostředkovatelským službám ve smyslu § 9 odst. 1 písm. e) zákona. Součástí kupní smlouvy mezi zadavatelem a společností BAU-INVEST byl závazek provést úpravu a

přístavbu budovy základní školy. Tento závazek byl ujednán tak, že samotnou realizaci provede společnost A&K s.r.o. K realizaci tohoto závazku uzavřela společnost BAU-INVEST smlouvu o dílo se společností A&K s.r.o. za cenu stanovenou v kupní smlouvě. Zadavatel touto kupní smlouvou současně převedl do vlastnictví společnosti BAU-INVEST budovy č. p. 285 – objekt bydlení na st.p.č. 366 – mateřská škola s příslušenstvím, pozemku st.p.č. 366 – zastavěná plocha a nádvoří a pozemku p. č. 104/12 – TTP, vše v obci a k.ú. Pec pod Sněžkou. Zadavatel sice neuzavřel úplatnou smlouvu přímo s dodavatelem stavebních prací, ale ze všech výše uvedených skutečností je zřejmé, že si nechal zhotovit stavbu podle předem zpracované projektové dokumentace. Jak dále vyplývá z uzavřené kupní smlouvy, zadavatel se po zkolaudování a po předání zkolaudovaného díla společností BAU-INVEST stane opětovně vylučným vlastníkem předmětných nemovitostí.

7. Na základě těchto skutečností Úřad konstatoval, že zadavatel uzavřel úplatnou smlouvu podle § 6 odst. 1 zákona, na jejímž základě došlo k realizaci veřejné zakázky na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. e) zákona. Touto smlouvou je „kupní smlouva“ uzavřená mezi zadavatelem a společností BAU-INVEST. Tato smlouva je sice označena jako kupní smlouva, vedle vlastní koupě je však v ní sjednáno i provedení stavebních prací ve prospěch zadavatele. Úplatnost je zřejmá z obsahu kupní smlouvy, kdy zadavatel jako protiplnění za provedenou rekonstrukci a přístavbu budovy mateřské školy prodal společnosti BAU-INVEST předmětné nemovitosti, které byly před uskutečněním prodeje ve vlastnictví zadavatele. Zadavatel si tedy prostřednictvím společnosti BAU-INVEST objednal rekonstrukci budovy mateřské školy za cenu prodaných pozemků. Argumentace zadavatele, že záměr města byl zveřejněn v oznámení, které bylo vyvěšeno dne 19. 11. 2004, přičemž jako jediný zájemce o koupi předmětných nemovitostí a realizaci veřejné zakázky se přihlásila společnost BAU-INVEST, je zcela irelevantní, neboť tento způsob zadání veřejné zakázky není v souladu se zákonem.
8. Úřad nedal za pravdu tvrzení zadavatele, že závazek provést úpravu a přístavbu budovy základní školy je závazkem výhradně společnosti BAU-INVEST a způsob, jakým tento závazek společnost BAU-INVEST splní, je pouze její záležitostí. Z čl. IV. kupní smlouvy je zřejmý výslovný závazek společnosti BAU-INVEST k provedení stavby, čímž je naplněna definice veřejné zakázky podle § 9 odst. 1 písm. e) zákona, kdy si zadavatel objednal veřejnou zakázku na stavební práce, kterou financoval prostřednictvím prodeje pozemků vybranému uchazeči. Zadavatel přitom existenci závazku a vlastní zájem na jeho zajištění ve svém vyjádření sám potvrdil. Předpokládanou cenou veřejné zakázky je v tomto případě kupní cena předmětných nemovitostí, která se však nestala příjmem zadavatele (jako by tomu bylo v případě pouhého prodeje), nýbrž byla investována na realizaci záměru zadavatele provést úpravu a přístavbu základní školy, a jedná se tedy o výdaj zadavatele. Dispoziční právo s peněžními prostředky a odpovědnost za jejich proplácení měl zadavatel, což vyplývá z čl. 4 odst. 4 kupní smlouvy a čl. 4.3 Smlouvy o dílo, v nichž je ujednáno, že kupující se zavazuje, že na zaplacení díla složí částku 16 065 000,- Kč na účet, s nímž bude oprávněn disponovat pouze zadavatel. Vzhledem k tomu, že předpokládaná cena, přesáhla výši 2 000 000,- Kč, byla splněna podmínka definice veřejné zakázky podle § 6 zákona a zadavatel byl podle § 25 odst. 1 zákona povinen zadat veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacích řízení stanovených v § 25 odst. 2 zákona.
9. Úřad proto uzavřel, že se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že veřejnou zakázku nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přestože se

jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. e) zákona. Postup zadavatele přitom mohl podstatně ovlivnit stanovení úspěšnosti pořadí nabídek. Pokud by totiž zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal v otevřeném nebo užším řízení, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky realizace veřejné zakázky. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí 16 065 000,- Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí 803 250,- Kč. Za výše zjištěné závažné porušení zákona uložil orgán dohledu zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč. Při úvaze o výši pokuty zohlednil orgán dohledu skutečnost, že zadavatel realizací svého záměru zapříčinil, že byla uzavřena smlouva, na jejímž základě došlo k realizaci rozsáhlých stavebních prací hrazených v konečném důsledku z rozpočtu zadavatele, a to bez jakéhokoliv výběrového řízení. Jednalo se tedy o jedno z nejzávažnějších porušení zákona. Ve svých úvahách o výši sankce zohlednil orgán dohledu skutečnost, aby uložená sankce v konečném důsledku nebyla na hranici existenčních možností zadavatele.

## II. Námitky rozkladů

### Rozklad zadavatele

10. Dne 22. 11. 2007 obdržel Úřad rozklad zadavatele, a to proti všem výrokům tohoto napadeného rozhodnutí. V úvodní části zadavatel rekapituluje obsah napadeného rozhodnutí. Zadavatel dále upřesňuje, že předmětem prodeje nebyly jen pozemky, ale též budova mateřské školy č.p. 285 na stavební parcele č. 366 s příslušenstvím, přestože pro kupujícího – společnost BAU INVEST měly cenu zejména převáděné pozemky, neboť budova mateřské školy byla určena k demolicí. Proto poněkud nejasně působí formulace Úřadu, že se zadavatel po zkolaudování a předání zkolaudovaného díla stane opětovně vlastníkem předmětných nemovitostí. Má-li se zadavatel stát vlastníkem nemovitostí, které jsou předmětem kupní smlouvy, pak kupní smlouva postrádá hlavní znak, tj. úplatnost. Zadavatel vysvětluje, že budova mateřské školy nebyla současně budovou základní školy a že oprava a přístavba měly být učiněny na budově základní školy, která předmětem převodu však nebyla.
11. Podle slov zadavatele se Úřad zejména nevypořádal s námitkou, že jde o nepřipustně extenzivní výklad definice institutu zprostředkování. Posuzování jednání musí totiž být pro subjekty právních vztahů předvídatelné. V daném případě však nebylo zprostředkování dodávky stavebních prací smyslem kupní smlouvy. Posuzovaná kupní smlouva je skutečně kupní smlouvou, i když se tento její charakter Úřad snaží zpochybnit. Ve smlouvě je dohodnut předmět převodu i úplata za tento převod včetně způsobu, jakým bude úplata splacena – v tomto případě naturálním plněním. Tvrzení Úřadu, že se jednalo o stavební práce, nemá v zákoně oporu, neboť § 9 odst. 1 písm. a) zákona pouze vymezuje pojem veřejné zakázky. Pokud má Úřad v úmyslu pod tento pojem podřadit i závazkový vztah, musí to náležitě odůvodnit, a to v souladu se zákonnými definicemi, jinak by posuzování Úřadem bylo nepřipustně volné. Obdobně musí Úřad postupovat, pokud přijímá závěr, že se smlouva vymyká smlouvě kupní a představuje smlouvu o zprostředkování.
12. Zadavatel opětovně zdůvodňuje, podobně jako v předchozích fázích správního řízení, proč zvolil právě výše uvedený postup, zejména poukazuje na nutnost řešení provozu mateřské školky, nedostatek finančních prostředků pro výstavbu nové mateřské školky a

na svůj dřívější záměr budovu mateřské školy č.p. 285 společně se stavební parcelou č. 366 prodat. Nezbyvalo mu tedy než prodej vázat na zajištění prostor pro mateřskou školu a dohodnout splacení kupní ceny formou naturálního plnění. Taktéž zadavatel zdůvodnil, proč bylo dohodnuto jeho dispoziční právo s peněžními prostředky odpovídajícími kupní ceně a že to také byl jediný důvod, proč byla v kupní smlouvě zmíněna společnost A&K s.r.o. Nic z toho se nevyomyká běžným zajišťovacími institutům. Zadavatel tedy trvá na tom, že závazkový vztah mezi ním a společností BAU-INVEST nespadá pod režim zákona, a že tedy nelze hovořit o jeho porušení.

13. Závěrem zadavatel Úřadu vytýká, že nezohlednil pozitivní stránky jeho postupu a odmítá spekulaci, že oprava budovy základní školy a přístavba mateřské školy mohly být realizovány za výhodnějších podmínek, pokud by zadavatel postupoval podle zákona. Zadavatel je toho názoru, že i kdyby postupoval podle zákona, neovlivnilo by to výsledné pořadí úspěšnosti nabídek, neboť o koupi budovy mateřské školy č.p. 285 společně se stavební parcelou č. 366 projevil zájem toliko společnost BAU-INVEST. Za této situace je na místě, pokud by Úřad stále trval na porušení zákona, snížení pokuty na symbolických maximálních 10 000,- Kč.

#### **Závěr rozkladu**

14. Zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

### **III. Řízení o rozkladu**

15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 5. 11. 2007, č.j. S199/2007-18164/2007/540-AS, rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že uzavřením kupní smlouvy ze dne 22. 3. 2006 zadal veřejnou zakázku na úpravu a přístavbu budovy základní školy, přičemž nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona, neboť veřejnou zakázku nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 25 odst. 2 zákona, přestože se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. e) zákona, za což mu Úřad uložil pokutu ve výši 100 000,- Kč a současně mu uložil uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč podle § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

### **IV. K námítkám rozkladu**

18. Předně uvádím, že zadavatel v podaném rozkladu neuvádí žádné nové skutečnosti a pouze rozvádí argumenty vznesené v předchozím průběhu správního řízení. Se všemi těmito skutečnostmi a námítkami se však orgán dohledu dostatečným a přesvědčivým způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí.

19. K rozkladovým námitkám předně uvádím, že veřejnou zakázkou je podle § 6 zákona veřejná zakázka na dodávky, služby nebo stavební práce, jejímž zadavatelem je osoba uvedená v § 2 zákona a u níž předpokládaná cena předmětu veřejné zakázky přesáhne 2 000 000,- Kč. Veřejná zakázka se uskutečňuje za úplatu na základě písemné smlouvy s jedním nebo více vybranými uchazeči nebo zájemci. Veřejnou zakázkou na stavební práce se pak podle § 9 odst. 1 písm. e) zákona rozumí veřejná zakázka na provedení jakýchkoli stavebních prací, které odpovídají požadavkům určeným zadavatelem, včetně stavebních prací pořizovaných s využitím zprostředkovatelských nebo podobných služeb poskytovaných zadavateli jinou osobou.
20. Zadavatel v úvodu podaného rozkladu opětovně vysvětluje okolnosti spojené se zadáním veřejné zakázky, z nichž vyvozuje, že se o veřejnou zakázku nejedná. S tímto názorem se však podobně jako orgán dohledu neztotožňuji a zadavatelovo počínání nemohu kvalifikovat jinak než jako obcházení zákona, což je podpořeno už samotnou skutečností, že zadavatel se společností BAU-INVEST uzavřel úplatnou kupní smlouvu, jak ostatně sám v podaném rozkladu zdůrazňuje. Je přitom lhotežné, zda úplatnost má základ v plnění peněžité či naturální povahy, jak tomu bylo v přezkoumávaném případě. S uzavřením úplatné smlouvy totiž počítá ustanovení § 6 odst. 2 zákona, když toto ustanovení říká, že veřejná zakázka se uskutečňuje za úplatu na základě písemné smlouvy s jedním nebo více vybranými uchazeči nebo zájemci. Na základě výše uvedeného uvádím, že zadavatel byl povinen přístavbu a opravu budovy základní školy realizovat některým ze způsobů zadání veřejné zakázky předvídaných v § 25 odst. 2 zákona, tj. v otevřeném nebo užším řízení, případně v jednacím řízení s uveřejněním nebo bez uveřejnění, pokud by pro takový postup byly na jeho straně dány specifické podmínky předvídané zákonem.
21. K námitce, že se Úřad dopustil extenzivního výkladu institutu zprostředkování (resp. smlouvy o zprostředkování), uvádím obdobně jako v předchozím odstavci, že pokud by Úřad přezkoumávanou smlouvu mezi zadavatelem a společností BAU-INVEST pojal čistě jako smlouvu kupní, i takový náhled na postup zadavatele by nutně vedl k závěru, že zadavatel uzavřel se společností BAU-INVEST úplatnou smlouvu podle § 6 odst. 1 zákona, na jejímž základě došlo k realizaci veřejné zakázky na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. e) zákona. Neměnilo by to tedy nic na posouzení, že zadavatelovo jednání naplnilo znaky obcházení účelu zákona, neboť při výdeji finančních prostředků na přístavbu a rekonstrukci budovy základní školy (tj. budovy č.p. 144 na stavební parcele č. 27) měl povinnost postupovat podle zákona a vypsát zadávací řízení některou z forem předpokládaných v § 25 odst. 2 zákona.
22. Pro doplnění uvádím, že není vyloučeno, aby současně s veřejnou zakázkou byla uzavřena jiná smlouva, která charakter veřejné zakázky nemá – v šetřeném případě úplatná smlouva o převodu nemovitostí zadavatelem na společnost BAU-INVEST (budovy č. p. 285 – objekt bydlení na st.p.č. 366 – mateřská škola s příslušenstvím, pozemku st.p.č. 366 – zastavěná plocha a nádvoří a pozemku p. č. 104/12 – TTP, vše v obci a k.ú. Pec pod Sněžkou). Tímto postupem se však zadavatel nemůže zbavit povinnosti postupovat podle zákona při výdeji finančních prostředků souvisejících s plánovanou rekonstrukcí a přístavbou jiné budovy (v daném případě budovy č.p. 144 na stavební parcele č. 27). Nejen při posuzování předpokládané ceny veřejné zakázky, ale i při posuzování nabídkové ceny, je tak třeba uvažovat pouze cenu těch částí komplexu smluv, které mají charakter veřejné zakázky, bez ohledu na části ostatní, které lze zohlednit např. až při hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky.

23. K použití formulace, že se zadavatel po zkolaudování díla stane opětovným výlučným vlastníkem „předmětných nemovitostí“, uvádím, že jde o nepřesně použitou formulaci vycházející jednak ze zkratky použité v napadeném rozhodnutí, jednak ze smlouvy o dílo uzavřené dne 11. 6. 2006, ve které je nemovitost, která má být předmětem rekonstrukce, označena jako mateřská škola, a kupní smlouvy ze dne 22. 3. 2007, ve které je naopak za předmět rekonstrukce označena budova základní školy. Při posouzení orgán dohledu zjevně vycházel z ujednání v kupní smlouvě, kde je uvedeno, že „dnem, ve kterém kupující protokolárně předá zkolaudované dílo prodávajícímu, se prodávající stane jeho výlučným vlastníkem“. Budova základní školy, která byla předmětem rekonstrukce pod „předmětné nemovitosti“ samozřejmě nespadá. Tato skutečnost ovšem nic nemění na podstatě správního deliktu, kterého se zadavatel dopustil tím, že uzavřel smlouvu, jejímž předmětem byl jak prodej shora uvedených nemovitostí, tak provedení stavebních prací (rekonstrukce a přístavby budovy základní školy) ve prospěch zadavatele společností A&K s.r.o. Je zřejmé, že jako protiplnění za provedenou rekonstrukci prodal zadavatel společnosti BAU-INVEST budovy č. p. 285 – objekt bydlení na st.p.č. 366 – mateřská škola s příslušenstvím, pozemku st.p.č. 366 – zastavěná plocha a nádvoří a pozemku p. č. 104/12 – TTP, vše v obci a k.ú. Pec pod Sněžkou, které byly před prodejem ve vlastnictví zadavatele, a to za cenu 16 056 000,- Kč, která se nestala příjmem rozpočtu zadavatele, nýbrž byla přímo využita na úhradu rekonstrukce a přístavby budovy základní školy (tj. budovy č.p. 144 na stavební parcele č. 27).
24. K výši sankce uvádím, že jsem setrval na závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tak, jak je rozvedeno výše, a proto nejsou dány podmínky pro snížení pokuty nebo upuštění od ní. Nemohl jsem také zohlednit polehčující okolnost uváděnou zadavatelem, že nedisponoval dostatkem finančních prostředků. Je naopak zřejmé, že zadavatel finanční prostředky získal prodejem shora označených nemovitostí, a mohl je proto následně investovat do opravy a přístavby budovy základní školy. Lze říci, že zadavatel pochybil právě v tom, že z komplexního vztahu čítajícího prodej nemovitostí a zadání opravy a přístavby budovy jiné, nevyčlenil právní vztah, jehož předmětem byla posledně zmíněná rekonstrukce a přístavba budovy základní školy, a nepostupoval při jeho realizaci některým ze způsobů předvídaných v § 25 odst. 2 zákona.
25. Co se týče poslední námitky rozkladu, podle níž nemohlo dojít k podstatnému ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek, neboť společnost BAU-INVEST byla jediná, která projevila zájem o koupi předmětných nemovitostí, uvádím v první řadě, že z pouhého uveřejnění záměru prodeje pozemků nemohlo být zřejmé, že cena za pozemky bude provedena naturálně formou provedení stavebních prací na jiné budově. Zadavatel tak ve své argumentaci opětovně slučuje dva právní vztahy, jejichž striktní rozlišení má z hlediska zadávání veřejných zakázek nezpochybnitelný význam. Přestože tedy skutečně mohl existovat pouze jediný zájemce o koupi budovy č. p. 285 – objekt bydlení na st.p.č. 366 – mateřská škola s příslušenstvím, pozemku st.p.č. 366 – zastavěná plocha a nádvoří a pozemku p. č. 104/12 – TTP, vše v obci a k.ú. Pec pod Sněžkou, nelze z toho bez dalšího dovodit, že existoval pouze jeden subjekt, který byl schopen a ochoten provést rekonstrukci a přístavbu budovy základní školy č.p. 144 na stavební parcele č. 27. Kdyby zadavatel nejprve prodal pozemky společně s budovami na nich stojícími a získal do svého rozpočtu finanční prostředky, mohl následně za provedenou rekonstrukci a přístavbu budovy základní školy zaplatit i méně, kdyby mezi potenciálními dodavateli



proběhla regulérní soutěž o veřejnou zakázku. Obdobně mohl zadavatel postupovat při zajištění dosavadního provozu mateřské školy do doby, než bude dokončena přístavba k budově základní školy.

## V. Závěr

26. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem a že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

## Poučení

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. JUDr. Libor Čermák, advokát, se sídlem Palackého 508, 541 01 Trutnov
2. BAU-INVEST Pec pod Sněžkou, s.r.o., se sídlem Elišky Krásnohorské 10/2, 110 00 Praha 1 – Staré Město
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce