



UOHSX003DKOE

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R93,94/2010/VZ-687/2011/310/JSI

V Brně dne: 26. ledna 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 7. 2010 podaném zadavatelem –

- **Statutárním městem Hradec Králové**, IČ 00268810, se sídlem Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové, za něj jedná Ing. Otakar Divíšek, primátor,

a o rozkladu ze dne 14. 7. 2010 podaném koncesionářem –

- společností **ATOL, a. s.**, IČ 60112590, se sídlem Pouchovská 79, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná Ing. Dušan Čížek, MBA, předseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 8. 3. 2010 Mgr. Bc. Davidem Michalem, advokátem se sídlem Radlická 28/663, 105 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo ze dne 30. 6. 2010, ve věci spáchání správního deliktu zadavatele – statutárním městem Hradec Králové, IČ 00268810, se sídlem Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové, **při uzavření Dodatku č. 1 ze dne 19. 4. 2007 ke koncesní smlouvě ze dne 28. 12. 2006, jehož předmětem je zajištění odtahu motorových vozidel z celého území města Hradec Králové a dále zajištění uložení a výdeje odtažených motorových vozidel,**

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo ze dne 30. 6. 2010

potvrzují

a podané rozklady

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Koncesní řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“), jako orgán příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – statutárního města Hradec Králové, IČ 00268810, se sídlem Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“), při uzavření Dodatku č. 1 ze dne 19. 4. 2007 ke koncesní smlouvě ze dne 28. 12. 2006, jehož předmětem je zajištění odtahu motorových vozidel z celého území města Hradec Králové a dále zajištění uložení a výdeje odtažených motorových vozidel. Úřad si proto od zadavatele vyžádal vyjádření a veškerou dokumentaci pořízenou v souvislosti s uzavřením uvedené koncesní smlouvy a Dodatku č. 1. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad z obdržené dokumentace zjistil, že zadavatel dne 28. 12. 2006 uzavřel se společností ATOL, a. s., IČ 60112590, se sídlem Pouchovská 79, 500 03 Hradec Králové, za niž jedná Ing. Dušan Čížek, MBA, předseda představenstva (dále jen „koncesionář“), koncesní smlouvu, jejímž předmětem je zajištění Integrovaného systému parkování města Hradec Králové (dále jen „koncesní smlouva“). Podle koncesní smlouvy je koncesionáři svěřen i odtah vozidel neoprávněně zaparkovaných na parkovacích místech začleněných do Integrovaného systému parkování (dále jen „ISP“). K zabezpečení této činnosti se koncesionář zavázal k investicím do odtahové techniky ve výši 3 400 000 Kč. Dne 19. 4. 2007 uzavřel zadavatel s koncesionářem v jednacím řízení bez uveřejnění Dodatek č. 1 k uvedené koncesní smlouvě, jehož předmětem bylo zajištění odtahu vozidel na území města Hradec Králové. Koncesionář se v tomto dodatku zavázal zajistit odtah vozidel z celého území města včetně uložení a výdeje odtažených vozidel, přičemž příjem z této činnosti spadá do příjmů pod příjmy uvedené v čl. V odst. 1 koncesní smlouvy, tj. mezi příjmy z ostatních služeb souvisejících s provozem Integrovaného systému parkování. Na základě údajů uvedených v obdržené dokumentaci Úřad zjistil, že předpokládaný příjem koncesionáře za dobu trvání koncesní smlouvy s největší pravděpodobností převyší částku 20 000 000 Kč bez DPH. Z tohoto důvodu získal Úřad pochybnost o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když služby související s odtahem vozidel nezadal v koncesním řízení podle části druhé zákona, a proto Úřad dopisem č. j. ÚOHS-S39/2010/VZ-1609/2010/540/KKo ze dne 17. 2. 2010

oznámil zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 24 a zákona z moci úřední, za účastníky řízení označil Úřad zadavatele a koncesionáře.

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad na základě § 24 a následujících ustanovení zákona přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 30. 6. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo (dále též jen "napadené rozhodnutí"), ve kterém rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona tím, že při uzavírání Dodatku č. 1 ze dne 19. 4. 2007 nepostupoval podle části druhé zákona a nevybral koncesionáře v koncesním řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto koncesi již byla uzavřena smlouva. Za spáchání správního deliktu úřad podle § 27 odst. 2 zákona zadavateli uložil pokutu ve výši 150 000 Kč splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad k výši předpokládaného příjmu koncesionáře uvedl, že jej považuje za nesprávně stanovený, neboť z Dodatku č. 1 vyplývá, že koncesionář bude zajišťovat odtah vozidel z celého území města, tzn. jak ze zón ISP, tak mimo ně. Zadavatel měl tedy při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře vycházet z ceny za odtah vozidel z území celého města a nikoliv pouze z ceny odtahů mimo zóny ISP.
5. Podle § 2 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon (dále jen „vyhláška“) se předpokládaným příjmem koncesionáře rozumí součet předpokládaných příjmů koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy; při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře se postupuje podle přílohy č. 1 k této vyhlášce. Předpokládaný příjem koncesionáře se podle odstavce druhého vyčísluje k počátku předpokládané platnosti koncesní smlouvy. Úřad dále uvedl, že z obdržené dokumentace vyplynulo, že za rok 2006 bylo Technickými službami Hradce Králové (tj. předchozím subjektem zajišťujícím odtah vozidel) provedeno celkem 689 dokončených odtahů a 12 nedokončených odtahů vozidel. Dne 8. 2. 2007 vstoupilo v účinnost nařízení statutárního města Hradec Králové č. 1/2007, kterým byly stanoveny maximální ceny za odtah vozidel, a to za nedokončený odtah cena ve výši 1 200 Kč, za dokončený odtah cena ve výši 1 600 Kč. Dodatek č. 1 byl smluvními stranami uzavřen dne 19. 4. 2007. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že zadavatel měl dostatek informací, aby mohl stanovit předpokládaný příjem koncesionáře za rok 2007, neboť v době uzavření Dodatku č. 1 znal jak počet odtahů za předchozí období, tak cenu, za kterou jsou odtahy prováděny. Celkový předpokládaný příjem koncesionáře za rok 2007 tedy činil částku 1 116 800 Kč, což Úřad doložil výpočtem. Při předpokladu konstantního počtu provedených odtahů Úřad dále výpočtem došel k minimálnímu předpokládanému příjmu koncesionáře za dobu trvání smlouvy ve znění dodatku ve výši 20 405 020 Kč bez DPH. Úřad dále uvedl, že předpokládaný roční příjem koncesionáře potvrzují i údaje o skutečných příjmech koncesionáře v souvislosti s odtahem vozidel, neboť z dopisu koncesionáře ze dne 18. 2. 2009 adresovaného zadavateli vyplývá, že příjmy za odtah vozidel činily v roce 2007 částku 1 201 781 Kč a v roce 2008 částku 1 879 548 Kč.
6. S odkazem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatoval, že zadavatel, vzhledem k výši předpokládaného příjmu koncesionáře, která převyšuje hranici 20 mil. Kč bez DPH, nemohl

uplatnit postup podle § 5 odst. 2 zákona a měl při výběru koncesionáře postupovat podle části druhé zákona. Tím, že zadavatel nevybral koncesionáře v koncesním řízení, nedodržel postup stanovený § 5 odst. 1 koncesního zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr koncesionáře, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel udělil koncesi v koncesním řízení, mohl by od ostatních uchazečů obdržet výhodnější nabídky.

7. K odůvodnění výše uložené pokuty Úřad po posouzení zákonem stanovených podmínek a výpočtu horní hranice pokuty dle zákonem stanovené sazby uvedl, že jako přitěžující okolnost vzal v úvahu skutečnost, že se jedná o dlouhodobý závazek zadavatele, neboť předmětnou koncesní smlouvu včetně Dodatku č. 1 uzavřel na dobu 30 let, přičemž svým nezákonným postupem, tj. udělením koncese mimo koncesní řízení, tak zadavatel koncesionáři zajistil dlouhodobý a konkurenčně neomezený příjem. Při stanovení výše pokuty Úřad také dbal toho, aby uložená pokuta byla natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání, současně však ověřil, že stanovenou výši pokuty nelze s přihlédnutím k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

III. Námitky rozkladů

8. Proti napadenému rozhodnutí byl Úřadu dne 14. 7. 2010 doručen rozklad zadavatele a téhož dne byl Úřadu doručen i rozklad koncesionáře.

Rozklad zadavatele

9. Zadavatel v podaném rozkladu napadá všechny výroky napadeného rozhodnutí a uvádí, že do doby uzavření koncesní smlouvy prováděla odtahy vozidel na celém území města příspěvková organizace Technické služby Hradec Králové. Podle účetních dokladů činily tržby za odtahy v roce 2003 částku 317 362 Kč, v roce 2004 částku 316 170 Kč, v roce 2005 částku 479 439 Kč a v roce 2006 částku 541 068 Kč. Tržby za odtahy vozidel provedené mimo zóny vymezené pro ISP činily podle podkladů zadavatele v roce 2006 částku 387 300 Kč, v roce 2007 byl předpoklad navýšení těchto tržeb o 73 600 Kč, tj. na 460 900 Kč. Tržby za odtahy vozidel provedené mimo zóny vymezené pro ISP činily v roce 2006 částku 387 300 Kč, v roce 2007 byl předpoklad navýšení těchto tržeb o 73 600 Kč, tj. na 460 900 Kč. Pokud orgán dohledu pouze vynásobil počet odtahů dokončených a nedokončených za rok 2006 částkami uvedenými v nařízení statutárního města Hradec Králové č. 1/2007, je vypočtená finanční částka zcela zavádějící a chybná. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad cituje právní úpravu týkající se předpokládaného příjmu koncesionáře, a to výpočtem podle § 2 prováděcí vyhlášky. Zadavatel zdůrazňuje, že pro stanovení správného postupu dle zákona vycházel z tohoto ustanovení prováděcí vyhlášky. Pro stanovení předpokládaného příjmu je nutné vycházet z částek dosažených příspěvkovou organizací Technické služby Hradec Králové za období, která předcházela uzavření Dodatku č. 1. Použití jiného než zadavatelem uvedeného způsobu výpočtu je spekulativní a není možné jej od zadavatele spravedlivě požadovat, neboť pro stanovení předpokládaného příjmu není možné vyjít pouze z počtu odtahů, kdy významná část odtahů není nikdy uhrazena. I kdyby zadavatel při stanovení předpokládaného příjmu zohlednil zvýšení cen odtahů podle nařízení města č. 1/2007, nedosáhla by podle něj hodnota limitu daného zákonem.

10. Správnost odhadu předpokládaného příjmu koncesionáře určeného při zvolení druhu zadávacího řízení potvrzuje i skutečný příjem za odtahy provedené mimo zónu ISP společností ATOL a. s., kdy v roce 2009 dle výkazu činily příjmy 508 000 Kč. Pokud orgán dohledu v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí příjmy koncesionáře za období roku 2007 a 2008 a používá tyto údaje jako oporu pro své rozhodnutí, je nutné k tomuto uvést, že tyto údaje nejsou relevantní ve vztahu ke stanovení předpokládaného příjmu. Zadavatel má zato, že rozhodnutí i správní řízení, které rozhodnutí předcházelo, jsou v rozporu s právními předpisy, zejména v rozporu se zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé, z jakého důvodu Úřad použil uvedený postup výpočtu, aniž by byly zohledněny skutečné uvedené příjmy z odtahů. Dále podle něj odůvodnění rozhodnutí zcela postrádá informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami obou účastníků, které jsou uvedeny v jejich vyjádření k podkladům rozhodnutí.
11. V neposlední řadě se zadavatel domnívá, že napadené rozhodnutí postrádá zákonem dané náležitosti, kterými jsou dle ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu důvody výroku, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů. Odůvodnění je shrnutím všech zjištěných skutečností odůvodňujících výrok rozhodnutí a musí proto plně odpovídat skutečným výsledkům provedeného řízení. V odůvodnění je nutno reagovat na připomínky a návrhy účastníků řízení, na jejich vyjádření k podkladům rozhodnutí. Poté by měly být uvedeny závěry o tom, které skutečnosti jsou vzaty za nepochybně zjištěné, posoudí se právní význam těchto skutečností a vysloví úsudek o předmětu řízení. Zadavatel má dále za to, že uložená pokuta ve výši 150 000 Kč není adekvátní v poměru k vytýkanému porušení zákona. Pokud Úřad zjišťoval na internetových stránkách rozpočet zadavatele ve vztahu ke stanovení výše pokuty a v odůvodnění uvádí výši příjmu, je také na druhé straně nezbytné poukázat na výdajovou stránku rozpočtu, kterou Úřad zcela pominul. Není možné považovat finanční prostředky na straně příjmů za prostředky, se kterými může zadavatel volně disponovat, neboť rozpočet má i druhou stranu, a to stranu výdajů, které jsou převážně mandatorní. Teprve porovnáním těchto dvou stran rozpočtu, je možné zjistit, jakými finančními prostředky může zadavatel skutečně disponovat. Toto porovnání orgán dohledu neučinil a vycházel pouze z jediného údaje, který nevystihuje skutečnou ekonomickou situaci zadavatele, které v současné době hospodaří se schodkovým rozpočtem, a to zejména s ohledem na celkovou ekonomickou situaci. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

Rozklad koncesionáře

12. Koncesionář v podaném rozkladu namítá, že závěry Úřadu v šetřeném případě jsou nesprávné, což dokládá na níže uvedených skutečnostech. Koncesionář uvádí, že se plně ztotožňuje s postupem zadavatele při stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy a předpokládaného příjmu koncesionáře ve smyslu zákona. Zadavatel předložil Úřadu účetní doklady, z nichž vyplývá, že příjmy (tj. tržby) zadavatele, resp. Technických služeb Hradce Králové (původního poskytovatele služeb), příspěvkové organizace zadavatele,

činily v roce 2003 částku 317 362 Kč, v roce 2004 částku 316 170 Kč, v roce 2005 částku 479 439 Kč a v roce 2006 částku 541 068 Kč. Tržby za odtahy vozidel provedené mimo zóny vymezené pro ISP činily podle podkladů zadavatele v roce 2006 částku 387 300 Kč, v roce 2007 byl předpoklad navýšení těchto tržeb o 73 600 Kč, tj. na 460 900 Kč.

13. Koncesionář má za to, že zadavatel plně vycházel z ustanovení § 4 zákona ve spojení s ustanovením § 2 vyhlášky, když předpokládanou hodnotu příjmů koncesionáře odvíjel od tehdejších příjmů příspěvkové organizace zadavatele z odtahů za uplynulá účetní období. Protože odtahy mimo zónu ISP představovaly příjmy ve výši 387 300 Kč (koncesionář zdůrazňuje, že odtahy uvnitř ISP nejsou předmětem Dodatku č. 1), použil zadavatel k dosazení do tabulky podle Přílohy č. 1 k prováděcí vyhlášce tuto částku navýšenou o předpokládaný nárůst tržeb o 73 600 Kč, tedy o 19 %. Koncesionář má za to, že zadavatel takto jasně, přezkoumatelně a objektivně stanovil předpokládaný příjem koncesionáře, který v souladu s výpočtem podle Přílohy č. 1 prováděcí vyhlášky dosáhl hodnoty 9 033 870,45 Kč.

14. Koncesionář dále nesouhlasí s argumentací Úřadu, který provádí v napadeném rozhodnutí vlastní výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře. Úřadem uvedený výpočet se od výpočtu zadavatele liší zejména v tom, že Úřad ne vychází ze skutečně dosažených příjmů za předchozí účetní období, ale z hypotetického příjmu kalkulovaného jako součin počtu odtahů za rok 2006 a ceny za odtah dokončený a nedokončený odtah v roce 2007. Koncesionář namítá, že Úřad při výpočtu "předpokládaných" příjmů koncesionáře nesprávně vychází z úvahy, že tyto příjmy se rovnají vzorci "cena za odtah x počet odtahů". Koncesionář však není odměňován podle tohoto vzorce, tj. za uskutečněný odtah, ale jeho odměna se odvíjí z dosažených užitků, tj. jen z příjmů získaných v souvislosti s odtahem. Platí totiž, že nikoli s každým odtahem je reálně spojen příjem koncesionáře. Jde zejména o situace, kdy odtah vozidla nařídí Městská policie zadavatele neoprávněně, a vozidlo je proto koncesionářem vydáno, aniž by došlo k úhradě ceny za odtah, dále o situace, kdy je předmětem odtahu vozidlo, u něhož nelze dohledat provozovatele ani vlastníka, zejména proto, že vozidlo není evidováno v registru vozidel (vraky), a v neposlední řadě odtahy, kde vlastník, resp. provozovatel vozidla je sice znám, avšak z jiných důvodů nedojde k úhradě ceny za odtah. Jen aktuální počet vozidel, kde nedošlo k úhradě ceny za odtah, a koncesionář takové vozidlo k dnešnímu dni zadržuje, představuje více než 150. Protože Úřad při výpočtu předpokládaného příjmu vycházel z chybné úvahy, že příjem je spojen s každým odtahem, je jeho výpočet chybný. Chybné jsou i na tento výpočet navazující závěry. Koncesionář dodává, že pokud by Úřad násobil součin počtu odtahů a ceny odtahů koeficientem, který odpovídá podílu odtahů, kde lze předpokládat úhradu ceny za odtah, na celkovém počtu odtahů, dostal by se i svým výpočtem k částce, která je velmi blízká předpokládané hodnotě stanovené zadavatelem. Tento koeficient měl dle podkladů zadavatele v roce 2006 hodnotu 0,4263 (tj. poměr skutečného příjmu v roce 2006, tj. 387 300 Kč, k příjmu zjištěnému za počet odtahů v roce 2006 násobených cenou za odtah v roce 2006, tj. 908 900,- Kč). Koncesionář namítá, že postup zadavatele při stanovení předpokládaných příjmů koncesionáře ve smyslu zákona nelze přezkoumávat způsobem, který zvolil Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, tedy tak, že Úřad bez jakékoli argumentace a odůvodnění prohlásí, že příjem koncesionáře pokládá (ze strany zadavatele) za nesprávně

stanovený, aniž by vysvětlil proč, a předloží svou učiněnou představu o tom, jak měl zadavatel postupovat.

15. Koncesionář dále namítá, že přezkum postupu zadavatele lze činit pouze s ohledem na informace, které zadavatel měl nebo byl povinen mít v okamžiku stanovení předpokládané hodnoty. V této souvislosti je nutno vzít v potaz okolnosti, ze kterých mohl zadavatel vyvodit předpokládaný příjem v době, kdy o něm rozhodoval. Těmito okolnostmi bylo pouze navýšení ceny a předpoklad o snížení počtu odtahu v návaznosti na zvýšení ceny za odtah, neboť zvýšení ceny vede zásadně k vyšší respektovanosti předpisů o parkování motorových vozidel.
16. Koncesionář dále namítá, že zadavatel na počátku roku 2007 neměl k dispozici údaje vyplývající z dopisu koncesionáře zadavateli ze dne 18. 2. 2009, ze kterého Úřad dovozuje potvrzení pro svůj výpočet předpokládaného ročního příjmu koncesionáře (bod 30. napadeného rozhodnutí). Navíc platí, že tyto údaje je nezbytné posuzovat v celé souvislosti, a to zejména s přihlédnutím ke skutečnosti, že v roce 2007 a 2008 došlo k zavedení ISP a k vyznačení parkovacích zón. Zcela logicky s touto změnou docházelo k většímu množství odtahů vozidel, které byly vyvolány čistěním parkovišť, např. od vraků, či větším množstvím spáchaných přestupků. Toto zvýšení přestupků lze logicky odůvodnit zvyklostí původních obyvatel města bezplatně parkovat na místech nyní ke stání či zastavení zakázaných anebo vyhrazených. V současné době však došlo ke snížení počtu odtahů. Z uvedeného je podle koncesionáře zřejmé, že tento údaj plynoucí ze zmíněného dopisu nelze použít pro hodnocení předpokládaného příjmu koncesionáře či pro potvrzení správnosti výpočtu Úřadu.
17. Koncesionář dále poukazuje na pochybení Úřadu v tom, že Úřadem kalkulovaný předpokládaný příjem přesahuje předmět Dodatku č. 1, neboť nezahrnuje jen příjem z odtahů mimo zónu ISP, tedy plnění odpovídající Dodatku č. 1, ale zahrnuje rovněž příjem ze zóny ISP, tedy plnění, které vůbec není předmětem Dodatku č. 1.
18. Koncesionář namítá, že Úřad při stanovení předpokládaného příjmu nesprávně vychází z délky koncese 30 let. Protože však Koncesní smlouva byla uzavřena na dobu 30 let, tj. 360 měsíců, a protože Dodatek č. 1 je uzavírán na dobu trvání Koncesní smlouvy, je zřejmé, že doba koncese ve smyslu Dodatku č. 1 činí nikoli 360 měsíců, ale jen 356 měsíců.
19. Z koncesní smlouvy uzavřené 28. 12. 2006 vyplývá, že koncesionář je zmocněn Koncesní smlouvou k zajišťování nezbytných úkonů souvisejících s provozem ISP vůči jeho uživatelům a k poskytování služeb přímo souvisejících s provozem parkovacího systému, a tedy i odtahu vozidel z centra města. Toto vyplývá zejména z článku II. a V. odst. 1 Koncesní smlouvy. Deklarování tohoto stavu bylo učiněno i předmětným dodatkem. Tímto pak mimo odtahů zajišťovaného v rámci ISP došlo k rozšíření působnosti koncesionáře na oblast celého území statutárního města Hradec Králové, tzn. dodatkem byla koncesionáři udělena koncese na provozování odtahu na území nespádající do ISP. Úřad tedy měl pro výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře pracovat pouze s údaji, které se týkají území města mimo zónu ISP. S ohledem na vše výše uvedené je nepochybné, že Úřad pochybil

při stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře jako příjmu dosahujícího limitu dle § 5 odst. 2 zákona.

20. Koncesionář dále namítá, že ve výroku I. Úřad nedostatečně popisuje okolnosti, na základě nichž se měl zadavatel dopustit správního deliktu. Z výroku popsaného stavu pak není možné dovodit, jakým přesným chováním měl zadavatel naplnit skutkovou podstatu správního deliktu. Z výroku I. ani z odůvodnění napadeného rozhodnutí není dále patrné, v čem správní orgán spatřuje naplnění znaku skutkové podstaty spočívající v tom, že popisované jednání „mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. I kdyby zadavatel svým postupem porušil ustanovení § 5 odst. 2 zákona, muselo by se jednat o takové porušení zákona, které bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž toto podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky musí být prokázáno a nestačí pouhé jeho konstatování na základě hypotetické úvahy, jak to učinil Úřad v napadeném rozhodnutí.
21. Koncesionář rovněž namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť z jeho odůvodnění nevyplývá, jaké skutečnosti správní orgán vzal jako podklad pro své rozhodnutí a jak je posoudil. Úřad v odůvodnění pouze konstatuje skutkové okolnosti případu, odkazuje na zákonná ustanovení a cituje vyjádření účastníků a na základě toho prohlašuje, že došlo k porušení zákona a ukládá pokutu. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není proto možné dovodit, které skutečnosti považuje správní orgán za důležité pro rozhodnutí, jak tyto skutečnosti právně posuzuje a jak se vypořádává s argumentací účastníků.
22. Rovněž odůvodnění napadeného rozhodnutí postrádá logický postup Úřadu při konstatování, že počet odtahů, popř. cena za jejich provedení, bude zřejmě v následujících 30 letech účinnosti koncesní smlouvy vzrůstat. Z tohoto vyjádření není v žádném případě zřejmé, jak k tomuto závěru správní orgán došel. Ani z obecně známých skutečností nelze dovodit, že bude odtah konstantní či dokonce bude vzrůstat, neboť např. důsledným dodržováním předpisů (dopravního značení či placení poplatků) zpravidla dojde naopak k tomu, že počet odtahů se sníží.
23. Další podstatnou vadou rozhodnutí je již zmíněná absence polemiky správního orgánu k právním názorům účastníků, která vede k porušení práva na spravedlivý proces. Uvedenou vadu spatřuje koncesionář zejména v tom, že Úřad se žádným způsobem nevypořádal s námitkou věcné příslušnosti Úřadu, kterou ve svém vyjádření ze dne 8. 3. 2010 vznesl koncesionář. S odkazem na vše shora uvedené koncesionář navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladech

24. Správní orgán prvního stupně určil usnesením ze dne 22. 7. 2010 účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podaným rozkladům. Dne 23. 7. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, ve kterém uvádí, že se plně ztotožňuje s rozkladem vybraného uchazeče a že k podanému rozkladu nemá připomínek a zcela odkazuje na svůj vlastní. Dne 9. 8. 2010 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, ve kterém uvádí, že se plně ztotožňuje s rozkladem

zadavatele a jeho odůvodněním a je přesvědčen, že zadavatel postupoval při uzavírání Dodatku č. 1 v souladu se zákonem, přičemž neuvádí žádné nové skutečnosti.

25. 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.
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 podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo ze dne 30. 6. 2010 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že při uzavírání Dodatku č. 1 ze dne 19. 4. 2007 ke koncesní smlouvě ze dne 28. 12. 2006 nepostupoval podle části druhé zákona a nevybral koncesionáře v koncesním řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž výrok o uložení pokutě považuji za zákonný a správný. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladů

28. Předně uvádím, že jsem se v plném rozsahu ztotožnil i s odůvodněním napadeného rozhodnutí, které považuji za dostatečně určité, srozumitelné a přezkoumatelné. Přestože ani rozklad podaný zadavatelem ani rozklad podaný koncesionářem neobsahuje žádné nové skutečnosti, ke kterým by bylo možné v řízení o rozkladu přihlížet, však považuji za nutné uvést následující skutečnosti.
29. V první řadě jsem nucen konstatovat, že předmětem Dodatku č. 1 je pouze odtah vozidel z území ležícího mimo ISP, neboť uvedeným dodatkem do původní koncesní smlouvy doplněný čl. XII odst. 9 stanoví, že „koncesionář se zavazuje zajišťovat na celém území města Hradec Králové službu spočívající v odtahu motorových vozidel“. Navíc jako důvod uzavření dodatku je v předmětném dokumentu na straně 1 uvedeno, že v rámci koncesní smlouvy nebyla vyřešena problematika odtahu motorových vozidel, a to jak v zónách, kde koncesionář provozuje ISP, tak v ostatních lokalitách města. Z uvedeného je tedy zřejmé, že před uzavřením koncesionář neprováděl odtah motorových vozidel v ISP ani v jiných lokalitách města, přičemž tato činnost mu byla svěřena až uzavřením předmětného dodatku a to jak v zónách ISP, tak na zbytku území města.
30. Ke správnosti výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře Úřadem uvádím, že pokud bude koncesionář na základě oprávnění obsaženého teprve v uzavřeném dodatku provádět odtah motorových vozidel z celého území města, měl zadavatel při výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře vycházet z ceny za odtah vozidel z území celého města a nikoliv pouze z ceny odtahů mimo zóny ISP, jak uvádí ve svém vyjádření k podkladům správního řízení i v podaném rozkladu zadavatel. Zadavatelem uvedené hodnoty tedy zahrnují pouze část předpokládaného příjmu koncesionáře, navíc nejsou

podloženy žádnými relevantními doklady, neboť žádné účetní doklady, na které se odvolává koncesionář, ani jiné doklady osvědčující správnost zadavatelem provedeného výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře, zadavatel nepředložil. Naproti tomu Úřad měl k dispozici pro stanovení výše předpokládaného příjmu koncesionáře dostatečné podklady (zejména nařízení statutárního města Hradec Králové č. 1/2007 ze dne 24. 1. 2007 a doklad o počtu odtahů motorových vozidel za rok 2006), přičemž tyto podklady měl v době uzavření Dodatku č. 1 i zadavatel. Na základě těchto údajů pak Úřad vypočítal předpokládaný příjem koncesionáře tak, že vynásobil počet odtahů motorových vozidel za rok 2006 cenou za odtahy stanovenou pro rok 2007. Předpokládaný roční příjem koncesionáře tvoří podle uvedeného výpočtu částku 1 116 800 Kč, přičemž správnost postupu Úřadu při výpočtu výše předpokládaného příjmu koncesionáře mám za zřejmou z dalších předložených důkazů (Příloha č. 3. k vyjádření zadavatele – e-mail s údaji o příjmu koncesionáře za odtah v letech 2007 – 2009, dopis ze dne 18. 2. 2009), ze kterých jednoznačně vyplývá skutečná výše příjmů koncesionáře, jejichž výše činila v roce 2007 částku 1 201 781 Kč, v roce 2008 částku 1 879 548 Kč a v roce 2009 částku 1 301 763 Kč. Na základě těchto údajů Úřad oprávněně odmítnul zadavatelem vypočítanou částku předpokládaného příjmu ve výši 460 900 Kč jako nesprávně stanovenou a naprosto podhodnocenou. Jak sice uvádí koncesionář, v částce za rok 2008 se promítlo rozšíření ISP a v roce 2009 došlo ke snížení příjmů za odtah motorových vozidel, avšak i tento snížený příjem odpovídá předpokládanému příjmu koncesionáře, jak jej napadeným postupem vypočítal Úřad.

31. Jestliže zadavatel namítá, že Úřad neměl v odůvodnění napadeného rozhodnutí vycházet z údajů o příjmu koncesionáře za odtah motorových vozidel za roky 2007 a 2008, neboť tyto údaje nemohly být zadavateli v době uzavírání šetřeného dodatku známe, uvádím, že tyto údaje jsou v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedeny pouze jako jeden ze závěrů potvrzujících správnost použitého výpočtu předpokládaného příjmu, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí jasně vyplývá, že při vlastním provádění výpočtu Úřad vycházel výhradně z údajů, které byly zadavateli v době uzavírání šetřeného dodatku známe (tedy z počtu odtahů provedených v roce 2006 a cen za odtahy stanovených nařízením Rady města č. 1/2007 ze dne 24.1.2007), k čemuž opakovaně zdůrazňuji skutečnost, že šetřený Dodatek č. 1 byl uzavřen až dne 19.4.2007.
32. V dalším jsem nucen stran výpočtu předpokládaného příjmu odmítnout i argument koncesionáře, když tento nesouhlasí se způsobem výpočtu svého předpokládaného příjmu a uvádí, že Úřad měl do uvedeného výpočtu zahrnout koeficient, který by zohlednil i provedené a neuhrazené odtahy motorových vozidel. Pokud totiž koncesionáři není jakýkoliv provedený odtah uhrazen, jedná se pouze o splatnou soukromoprávní pohledávku, jejíž plnění je koncesionář oprávněn až do jejího promlčení vynutit (např. soudní cestou). Z uvedeného mám za zato, že příjem koncesionáře je nesplacenými pohledávkami nesporně krácen pouze hypoteticky, přičemž pro úplnost dodávám, že Úřadem provedený výpočet předpokládaného příjmu z koncese byl již v jeho dřívější rozhodovací praxi řešen obdobným způsobem a zde aprobované závěry napadeného rozhodnutí jsou tak i v souladu se zásadou legitimního očekávání.
33. Koncesionář v další části rozkladu namítá, že Úřad nesprávně určil dobu trvání koncese a kalkuloval pro potřeby stanovení předpokládaného příjmu o čtyři měsíce delší dobu, než podle koncesionáře odpovídá skutečné době provádění služeb na základě Dodatku č. 1.

K tomu konstatuji, že koncesní smlouva byla uzavřena dne 28. 12. 2006 a její Dodatek č. 1 dne 19. 4. 2007, tj. přibližně čtyři měsíce po uzavření samotné koncesní smlouvy. Předpokládaný příjem koncesionáře se však podle § 2 odst. 1 prováděcí vyhlášky stanoví za jednotlivá léta účinnosti koncesní smlouvy, z čehož jednoznačně plyne, že uvedená doba je stanovena pomocí let. Na základě této skutečnosti Úřad (a ostatně – jak vyplývá z Přílohy č. 2 k vyjádření zadavatele ze dne 8. 3. 2010 – i zadavatel sám) správně postupoval při provádění kalkulace tak, jako by koncesionář poskytoval služby po celý rok 2007 a vypočítal tedy předpokládaný příjem koncesionáře za celou dobu účinnosti koncesní smlouvy, tj. za dobu trvání 30 let (2007-2036), jak je uvedeno v čl. III koncesní smlouvy.

34. K námitce koncesionáře stran neurčitosti výroku I. napadeného rozhodnutí uvádím, že jak v návěťi výroku rozhodnutí, tak v uvedeném výroku samotném, je podle mého názoru dostatečně specifikováno, v jakém jednání zadavatele je spatřováno porušení uvedených ustanovení zákona (uzavření Dodatku č. 1 ze dne 19. 4. 2007 ke koncesní smlouvě ze dne 28. 12. 2006), jakého správního deliktu se konkrétně uvedeným jednáním zadavatel dopustil (správní delikt podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona) a rovněž jaká byla míra porušení zákona v souvislosti s definicí skutkové podstaty (podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky). Výrok napadeného rozhodnutí tedy obsahuje všechny podstatné náležitosti, přičemž okolnosti, na základě nichž se zadavatel správního deliktu dopustil, jsou dostatečně určité popsány v odůvodnění napadeného rozhodnutí a vylučují jakoukoli záměnu s jiným jednáním zadavatele. Na základě výše uvedeného musím i tuto rozkladovou námitku odmítnout jako neopodstatněnou.
35. Co se týká námítky nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, nemohu než konstatovat, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí jsou uvedeny veškeré skutečnosti podstatné pro posouzení věci, stejně jako jsou zde řádně odůvodněna veškerá tvrzení Úřadu a vypořádány argumenty účastníků předložené v rámci správního řízení. Přestože zadavatel i koncesionář ve svých vyjádřeních namítali, že výpočet předpokládaného příjmu koncesionáře byl zadavatelem proveden v souladu se zákonem (což shodně oba účastníci řízení tvrdili i nyní, v rámci řízení o rozkladech), byly tyto argumenty Úřadem vyvráceny již v odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž jsou zde uvedeny všechny skutečnosti, z nichž Úřad při posuzování věci vycházel, včetně příslušných ustanovení zákona, dotčených smluvních ujednání dokladů předložených ve správním řízení.
36. K argumentu zadavatele, že Úřad nezkoumal, zda postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, ani intenzitu případného ovlivnění, uvádím, že Úřad v šetřeném případě akcentoval možnost tzv. ohrožovacího jednání, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného v § 27 odst. 1 písm. b) zákona, spočívajícího v nedodržení postupu stanoveného tímto zákonem pro výběr koncesionáře. Je nutno zdůraznit, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo výběr koncesionáře, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál tento výběr ovlivnit, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Tato zákonná konstrukce tedy v sobě zahrnuje prvek jisté pravděpodobnosti, přičemž úvaha Úřadu nad případnými následky, které mohl postup zadavatele teoreticky způsobit, je legální součástí správního uvážení Úřadu a pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona. Námitku koncesionáře, podle níž pro spáchání správního deliktu nestačí pouhé konstatování na základě hypotetické úvahy, je proto nutno odmítnout.

37. Ohledně námitek rozkladů směřujících do výroku o uložené pokutě a odůvodnění její výše, s nímž jsem stejně jako se zbytkem odůvodnění napadeného rozhodnutí ztotožněn uvádím, že při jejím stanovení vzal Úřad v úvahu zejména příjem zadavatele, tedy příjmovou stránku rozpočtu na rok 2010, přičemž tato skutečnost je pouze vodítkem pro určení, zda se v daném případě nejedná s odkazem na citovaný náleží Ústavního soudu o pokutu likvidačního charakteru. Dodávám však, že Úřad nemůže při ukládání pokuty brát ohled na veškeré výdaje zadavatele, neboť by se mohl v případech např. vyrovnaných či schodkových rozpočtů zadavatelů dostat do situace, kdy by prakticky nemohl uložit pokutu ani v minimální výši. Dále poukazuji na skutečnost, že pokuta (pokud už je ukládána) musí být vždy uložena právě v takové výši, aby byla pro zadavatele citelná, jinak by ani nemohla plnit účel, pro který byla uložena. V daném případě však s odkazem na vše již výše uvedené uzavírám, že míra a okolnosti porušení zákona ze strany zadavatele byly Úřadem zhodnoceny správně i s ohledem na výši uložené pokuty a ani v tomto ohledu není dán žádný objektivní důvod, proč by napadené rozhodnutí mělo být změněno či zrušeno.

VI. Závěr

38. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
39. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Statutární město Hradec Králové, Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové
2. Mgr. Bc. David Michal, advokát, Radlická 28/663, 105 00 Praha

Vypraveno dne:

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