



UOHSX004OW64

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S510/2012/VZ-2461/2013/521/JHn

V Brně dne 7. února 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 19. 9. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Velešín, IČ 00246174, se sídlem Náměstí J. V. Kamarýta 76, 382 32 Velešín, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 2. 10. 2012 Mgr. Jiřím Mulačem, advokátem, ev. č. ČAK 13716, se sídlem Riegrova 2668/6c, 370 01 České Budějovice,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s uzavřením smlouvy se společností Tangenta, spol. s r.o. dne 18. 4. 2012, jejímž předmětem je realizace stavby „Provedení ZTV – Velešín JIH“,

**rozhodl** takto:

### I.

Zadavatel – město Velešín, IČ 00246174, se sídlem Náměstí J. V. Kamarýta 76, 382 32 Velešín – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením smlouvy se společností Tangenta, spol. s r.o. dne 18. 4. 2012, jejímž předmětem je realizace stavby „Provedení ZTV – Velešín JIH“, nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Velešín, IČ 00246174, se sídlem Náměstí J. V. Kamarýta 76, 382 32 Velešín – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

**pokuta ve výši 250 000 Kč** (dvě stě padesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Podnět

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět, týkající se postupu zadavatele – město Velešín, IČ 00246174, se sídlem Náměstí J. V. Kamarýta 76, 382 32 Velešín (dále jen „zadavatel“), při uzavření smlouvy se společností Tangenta, spol. s r.o., IČ 26086310, se sídlem, Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice dne 18. 4. 2012, jejímž předmětem je realizace stavby „Provedení ZTV – Velešín JIH“ (dále také jako „veřejná zakázka“ či „smlouva ze dne 18. 4. 2012“), a proto si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření a dokumentaci o veřejné zakázce.
2. Z předložené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti. Zadavatel zahájil zadávací řízení výzvou k podání nabídek ze dne 7. 4. 2008, na základě něhož uzavřel dne 11. 9. 2008 smlouvu o dílo se společností AM Invest CZ s.r.o., IČ 27197999, se sídlem Rudolfovska 32/20, 370 01 České Budějovice (dále také jako „smlouva ze dne 11. 9. 2008“), jejímž předmětem bylo „...*provedení ZTV – Velešín JIH (vybudování přípojek vody, kanalizace, EE, plynu, zřízení přípojných bodů, vybudování komunikací, chodníků, veřejného osvětlení)*...“. Následně dne 18. 4. 2012 zadavatel uzavřel smlouvu (formálně nazváno jako dodatek ke smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2008) se společností Tangenta, spol. s r.o., IČ 26086310, se sídlem, Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice (dále jen „vybraný uchazeč“), kterou došlo mj. k převodu práv a závazků ze smlouvy o dílo z původního dodavatele AM Invest CZ s.r.o. na vybraného uchazeče – Tangenta, spol. s r.o.
3. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce a výše uvedené smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

### II. Stanovisko zadavatele

4. Zadavatel vyjádřil v řízení své stanovisko dne 8. 10. 2012. Zadavatel má za to, že uzavřením smlouvy ze dne 18. 4. 2012 nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť zamýšlený závazkový vztah není a nebyl veřejnou zakázkou podle zákona. Správní řízení bylo podle zadavatele zahájeno vůči dílčímu úseku

celého investičního projektu základní technické vybavenosti (dále jen „ZTV“) ZTV – Velešín JIH, nicméně ani toto dílčí plnění nelze posuzovat izolovaně.

5. Podle zadavatele nebyla předmětem veřejné zakázky standardní zakázka na projekční a stavební práce, nýbrž kombinace plnění, které sice odpovídají kombinaci zakázky na služby a na stavební práce, ale z hlediska kvalifikace jako veřejné zakázky není naplněna podmínka úplatného poskytnutí těchto služeb. Služby podle zadavatele nebyly poskytovány za úplatu jako protiplnění, nýbrž se jednalo o získání podnikatelské příležitosti s možností potenciálního zisku. Zisk je otázkou schopnosti, zkušenosti a štěstí či náhody, které tíží jen podnikatele, přičemž zadavatel jej nemohl a nemůže jakkoliv ovlivnit. Zadavatel uvádí, že jediné plnění, které poskytuje, jsou pozemky, na nichž má být podnikatelem zhotoveno ZTV a následně mají být pozemky prodávány podnikatelem za předem určených podmínek na jeho riziko (zejména ohledně výše prodejní ceny, včetně možného neúspěchu prodeje, či jeho zdoluhavosti). Zadavatel má nabýt pouze infrastrukturu ZTV, a to za 3 % hodnoty stavebního díla. Toto jediné plnění má podle zadavatele povahu úplatného plnění veřejné zakázky podle § 7 zákona. Veškerá další plnění jsou závislá na podnikatelském úspěchu, které nese podnikatel. Zadavatel k této otázce dodává, že ani v současné době není přesně znám skutečný rozsah předmětu díla ZTV, který bude stanoven při územním a stavebním řízení. Zadavatel je přesvědčen, že plnění v rámci ZTV Velešín JIH nebylo a není veřejnou zakázkou a uvádí, že *„případně při výkladu ad absurdum mohlo být toliko podlimitní veřejnou zakázkou malého rozsahu (§ 12 odst. 2 a 3 ZVZ)“*.
6. V dalším bodu stanoviska zadavatel uvádí, že úprava zákona je zvláštní úpravou sjednávání obchodních smluv, přičemž po uzavření smlouvy se na smluvní vztah aplikuje úprava obchodních závazkových vztahů podle zákona č. 519/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“). Zadavatel konstatuje, že plněním smlouvy dochází ke změnám smlouvy, která vznikla podle zákona a změny smluv jsou zásadně právem dovolenými, resp. předvídanými skutečnostmi. Obecně je plnění smlouvy uzavřené podle zákona upraveno normami obchodního závazkového práva, nikoliv podle zákona, a proto podle norem obchodního práva může dojít k platné změně již uzavřeného závazku. Zadavatel doplňuje, že smluvní ujednání podléhá korektivu in fraudem legis. Za nepřípustné zadavatel považuje podstatné změny podmínek a odkazuje na rozsudky Evropského soudního dvora, který podle zadavatele definoval tři typové zakázané změny smluv. Zadavatel je přesvědčen, že dodatek ze dne 18. 4. 2012 ke smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2008 nepředstavuje podstatnou změnu ve smyslu judikatury Evropského soudního dvora. Uzavřený dodatek není podle zadavatele úmyslným obcházením zákona, nýbrž okolnostmi vynucený postup a nelze jej kvalifikovat jako zadání nové veřejné zakázky, ale jako právně dovolené obchodněprávní ujednání.
7. Zadavatel popisuje průběh plnění veřejné zakázky a uvádí, že dokumentace k územnímu či stavebnímu řízení jsou ve smyslu § 2 odst. 1 a 3 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, autorským dílem architektonickým, přičemž zásah do tohoto autorského díla je možný jen na základě výslovného souhlasu autorů formou licenčního ujednání výhradního nebo nevýhradního. Zadavatel, jak uvádí, proto nemohl obejít společnost AM Invest CZ s.r.o., nýbrž se s ní musel domluvit. Součástí ujednání mezi zadavatelem a společností AM Invest CZ s.r.o. byla dále i smlouva o smlouvě budoucí

kupní, která této společnosti garantuje převod předmětných pozemků, kde mělo být vyprojektováno a postaveno ZTV. Zadavatel uvádí, že v mezidobí vyvstaly mezi smluvními stranami rozpory ohledně sjednané lhůty stavební činnosti, a proto zadavatel měl snahu řešit tuto situaci opětovným zadáním veřejné zakázky podle zákona. Podle zadavatele měli uchazeči povědomí o nezbytnosti vypořádat se se společností AM Invest CZ s.r.o., nový vybraný uchazeč nebyl schopen dohody. Zadavatel uvádí, že byl společností AM Invest CZ s.r.o. osloven s tím, že je domluvena na převodu investice na vybraného uchazeče. Současně bylo zadavateli oznámeno, že existuje možnost převodu bez jeho souhlasu formou prodeje části podniku podle § 476 a § 487 obchodního zákoníku nebo převedení trojstranným ujednáním. Zadavatel proto vstoupil do jednání s uvedenými subjekty a uzavřel předmětné dodatky. Zadavatel je však přesvědčen, že i v případě, kdyby dodatky nepodepsal, bylo by plnění převedeno na vybraného uchazeče formou prodeje části podniku podle § 476 a § 487 obchodního zákoníku. Zadavatel, podle svého vyjádření, uzavřel dodatky ke smlouvám ve snaze eliminovat rizika a chovat se hospodárně a jeho úmyslem nebylo obcházet úpravu zákona či zvýhodňovat kteréhokoliv dodavatele. Pro podporu svých tvrzení navrhuje zadavatel mj. provedení výslechu svědků (Aleše Mocka, jednatele společnosti AM Invest CZ s.r.o., Tomáše Nádravského, jednatele společnosti MĚSTSKÁ REALITNÍ s.r.o., Ing. Pavla Kubáně, jednatele společnosti Tangenta spol. s.r.o.).

8. Zadavatel je přesvědčen, že jeho jednání není obcházením zákona, neboť bylo motivováno dodržením základního účelu zákona, a to hospodárným nakládáním s veřejnými prostředky. Uvádí, že ve svém důsledku by byla nečinnost a následné uzavření smlouvy o prodeji části podniku bez souhlasu zadavatele z hlediska zákona bezchybná, ale protiprávní z hlediska principů a povinností zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“).
9. Zadavatel se domnívá, že uzavření dodatku je v souladu se zákonem i z hlediska kritérií Evropského soudního dvora. Podle zadavatele nedošlo uzavřením dodatku k takové změně, která v důsledku odchýlila plnění podle smluv od původních podmínek zadávacího řízení z roku 2008 a jeho zadávacích podmínek. Předmět plnění byl podle zadavatele zachován de facto beze změn, byly pouze - v návaznosti na dosavadní vleklé spory ohledně lhůt – precizovány termíny a zajištěna práva zadavatele (právo zpětné koupě pozemků, atd.). Zadavatel uvádí, že žádná z těchto změn by neumožnila účast dalších uchazečů v původním řízení, neboť nové podmínky jsou oproti dřívějším přísnější a příznivější pro zadavatele. Zadavatel má tedy za to, že plně dostál povinnosti rovného zacházení se všemi uchazeči.
10. Zadavatel se podle svých slov nesnažil jednat tak, aby vyloučil soutěžní prostředí, naopak se snažil řešit věc primárně standardní cestou veřejné zakázky. Toto řešení však nebylo možné, a proto se zadavatel pokusil vyřešit věc se společností AM Invest CZ s.r.o. a v rámci prvotní veřejné zakázky akceptovat navržený postup tak, aby co nejvíce chránil práva města. I v tomto jednání byla podle zadavatele respektována zásada soutěžního prostředí a rovnosti uchazečů původního výběrového řízení.
11. Uzavření dodatku je podle mínění zadavatele nutné vnímat v širších souvislostech, kdy jde v podstatě o jediné možné řešení pro zadavatele, kterým nedojde k zastavení rozvoje města a budoucí výstavby a bude eliminovat budoucí právní spory. Zadavateli se jeví jako absurdní, aby byl naprosto omezen ve své smluvní autonomii a kdy by byl povinen nečinně akceptovat

totožné důsledky (převedení plnění smluv na společnost Tangenta spol. s r.o.) pro něj méně příznivou formou.

12. K podstatnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky zadavatel uvádí, že nemohla být naplněna tato podmínka ve smyslu ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť dodatek podle zadavatele nezakládá nerovnost mezi uchazeči o veřejnou zakázku z roku 2008. Dodatkem byly podle názoru zadavatele v zásadě zachovány veškeré podmínky původního výběrového řízení, tyto byly v dílčích aspektech zpřísněny v neprospěch uchazečů a potenciální okruh uchazečů proto nemohl být širší.
13. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že uvedené důvody případně naplňují ust. § 121 odst. 1 zákona, když zadavatel vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. V závěru zadavatel konstatuje, že dosud shromážděné podklady nejsou neúplné a nepostačují k meritornímu rozhodnutí. Zadavatel navrhuje, aby bylo řízení o možném spáchání správního deliktu jako nedůvodné zastaveno.

### **III. Řízení před Úřadem**

14. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S510/2012/VZ-16190/2012/521/JHn ze dne 19. 9. 2012.
16. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S510/2012/VZ-17253/2012/521/JHn ze dne 19. 9. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

### **IV. Závěry Úřadu**

17. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### ***K charakteru veřejné zakázky***

18. Podle ust. § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
19. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.
20. Zadavatel uzavřel dne 11. 9. 2008 smlouvu o dílo se společností AM Invest CZ s.r.o. Předmětem této smlouvy je „...provedení ZTV – Velešín JIH (vybudování přípojek vody, kanalizace, EE, plynu, zřízení přípojných bodů, vybudování komunikací, chodníků, veřejného osvětlení)...“. Dne 18. 4. 2012 uzavřel zadavatel dodatek ke smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2008, kterým došlo k převodu práv a závazků ze smlouvy o dílo z původního dodavatele AM Invest CZ s.r.o. na vybraného uchazeče. Uzavřený dodatek lze bezpochyby považovat za samostatnou smlouvu, neboť jsou v něm označeny smluvní strany, je v něm

inkorporován předmět smlouvy a rozsah plnění, které odpovídá smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2008 s provedením změn sjednaných v tomto dodatku.

21. Z čl. III. odst. 3.4. smlouvy ze dne 18. 4. 2012 vyplývá, že „V souladu s přechodem práv a závazků ze smlouvy o dílo na straně zhotovitele, dle shora uvedených ustanovení, kdy na místo AM Invest CZ vstoupí Tangenta, především zůstává zachováno:

3.4.1 Cena za dílo a způsob platby;

3.4.2 Záruční podmínky, kdy společnost Tangenta poskytuje záruku za jakost celého díla podle smlouvy o dílo za podmínek, jak jsou sjednány v čl. VI. smlouvy;

3.4.3 Veškeré podmínky provedení díla podle čl. VII smlouvy o dílo;

3.4.4 Veškeré sankční ujednání, včetně smluvní pokuty;“

22. V článku IV. smlouvy ze dne 11. 9. 2008 je stanoveno, že „Zhotovitel provede celé dílo v rozsahu, kvalitě a lhůtách podle této smlouvy za cenu 15 893 283,- Kč s 19% DPH včetně...“. V platebních podmínkách v čl. V. smlouvy ze dne 11. 9. 2008 je sjednáno, že „Objednatel je povinen zaplatit zhotoviteli částku 476.799,- Kč s 19% DPH včetně ... z uznatelných nákladů díla...“.

23. Z výzvy k podání nabídky ze dne 7. 4. 2008 vyplývá, že zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky „jako rozdíl prodejní hodnoty nezainvestovaných pozemků a nákladů na provedení technické infrastruktury (ZTV), tedy:

1. Prodejní hodnota nezainvestovaných pozemků 35 000 m<sup>2</sup> x 450,- Kč/m<sup>2</sup> = 15,75 mil. CZK

2. Stavební práce na vybudování ZTV – 14,9 mil CZK

3. Předpokládaná hodnota: 15,75 – 14,9 = 850.000,- CZK“.

24. Zadavatel uzavřel se společností AM Invest CZ s.r.o. dne 15. 4. 2010 smlouvu o budoucí kupní smlouvě, ve které je sjednáno, že zadavatel uzavře se společností AM Invest CZ s.r.o. kupní smlouvu, kterou budou této společnosti odprodány pozemky, na kterých je prováděna realizace veřejné zakázky. Kupní cena je sjednána na 1 Kč za m<sup>2</sup> s tím, že jakmile společnost AM Invest CZ s.r.o. nabude předmětné pozemky, bude je nabízet k dalšímu prodeji po dobu 5-ti let od podpisu kupní smlouvy, a to za cenu, která nepřesáhne částku 890,- Kč/m<sup>2</sup>. Ke smlouvě o budoucí kupní smlouvě byl rovněž dne 18. 4. 2012 uzavřen dodatek, podle něhož na místo původního budoucího kupujícího AM Invest CZ s.r.o. nastoupí nový budoucí kupující – vybraný uchazeč.

25. K otázce naplnění pojmových znaků dané veřejné zakázky Úřad uvádí, že základními pojmovými znaky veřejné zakázky vyplývajícími z definice uvedené v § 7 zákona jsou předmět a úplatnost. Předmětem veřejné zakázky se rozumí dodávky, služby nebo stavební práce, které slouží k naplnění záměrů zadavatele, avšak nikoli dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytuje zadavatel jiným osobám.

26. Ze smluv uzavřených mezi zadavatelem a vybraným uchazečem vyplývá, že zadavatel požadoval provedení technické vybavenosti pozemků (vč. vypracování architektonické studie a projektové dokumentace), na kterých má probíhat výstavba. Z uvedeného je zřejmé, že předmětem uzavřených smluv jsou mj. stavební práce, které jsou hlavním předmětem plnění těchto smluv, čímž byla naplněna podmínka týkající se předmětu veřejné zakázky.

27. V případě dalšího pojmového znaku veřejné zakázky – úplatnosti – se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty. V šetřeném případě se jedná o jinou konstrukci úhrady, která spočívá v částečné úhradě v penězích (viz čl. V. smlouvy ze dne 11. 9. 2008) a v současném přenechání předmětných pozemků vybranému uchazeči za symbolickou úhradu 1 Kč za m<sup>2</sup> (viz č. II. bod 3 smlouvy o budoucí kupní smlouvě ze dne 15. 4. 2010). Zadavatel měl možnost ponechat si předmětné pozemky ve svém vlastnictví, náklady spojené s předmětnou veřejnou zakázkou hradit v peněžitě formě a zhodnocené pozemky následně odprodávat třetím subjektům či je jinak využít. Zadavatel však zvolil jinou konstrukci úhrady, která je popsána výše. Tento postup však nemůže mít za následek to, že by se zadavatel při realizaci veřejné zakázky mohl vyhnout postupu podle zákona. Je tedy zřejmé, že i v šetřeném případě jde o plnění požadované zadavatelem za úplatu, které je nutno považovat za veřejnou zakázku, přestože zadavatel místo čistě peněžitě formy úplaty, zvolil jinou konstrukci úplaty.
28. Vzhledem k tomu, že zadavatel v daném případě uzavřel smlouvu ze dne 18. 4. 2012 a současně smlouvu o budoucí kupní smlouvě ze dne 15. 4. 2010, prostřednictvím nichž je realizována úplata za sjednané plnění, naplnil tak podmínku úplatnosti veřejné zakázky stanovenou v § 7 zákona.
29. Úřad se zabýval rovněž otázkou, zda předmětný smluvní vztah nelze považovat za koncesní smlouvu ve smyslu § 16 zákona č. 139/2006, o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), tj. zda nenaplnuje znaky koncesní smlouvy uvedené v § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona.
30. V ust. § 16 odst. 1 koncesního zákona se uvádí, že koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích.
31. Z výše uvedených ustanovení koncesního zákona vyplývá, že předmětem koncesní smlouvy jsou služby nebo stavební práce, tedy obdobně jako předmět veřejné zakázky, s tím rozdílem, že předmětem koncesní smlouvy nemohou být dodávky. Rovněž způsob úhrady může být obdobný, neboť koncesní zákon připouští, že braní užitků může mít vzhledem k výše uvedenému formu úplaty poskytovanou koncesionáři zadavatelem.
32. Rozdíl v definicích veřejné zakázky a koncesní smlouvy lze nalézt v ust. § 16 odst. 2 koncesního zákona, podle něhož podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva.
33. Úřad v rámci šetřeného případu nedospěl k závěru, že by podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, nesl vybraný uchazeč. V posuzovaném případě se totiž nejedná o braní užitků a rovněž nelze hovořit o využívání provedeného díla ve smyslu ust. § 16 odst. 2 koncesního zákona. V šetřeném případě se jedná o „jednorázové využití“, které má být provedeno jednorázovým odprodejem předmětných pozemků. Úřad proto vyloučil s odkazem na ust. § 16 odst. 2 koncesního zákona, že by se v daném případě jednalo o koncesní smlouvu a konstatuje, že se

v šetřeném případě smlouvy na provedení technického zhodnocení pozemků uzavřené s vybraným uchazečem jedná o veřejnou zakázku.

#### **K předpokládané hodnotě veřejné zakázky**

34. Podle § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty.
35. V souladu s § 12 odst. 2 zákona se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu podle § 12 odst. 1 zákona.
36. Z příslušných ustanovení smluv uzavřených s vybraným uchazečem vyplývá, že předpokládaným peněžitým závazkem vyplývajícím z plnění veřejné zakázky je v šetřeném případě částečně úhrada v peněžité formě a částečně plnění ve formě nepeněžité, a to přenechání předmětných pozemků vybranému uchazeči za symbolickou úhradu 1 Kč za m<sup>2</sup>. Vezmeme-li v úvahu hodnotu, za kterou bude vybraný uchazeč zainvestované pozemky prodávat třetím subjektům (neboť se jedná o hodnotu, kterou skutečně obdrží a pokud by pozemky zůstaly ve vlastnictví zadavatele, obdržel by ji zadavatel), dospějeme k výpočtu částky  $890,- \text{ Kč/m}^2 \times 35\,000 \text{ m}^2 = 31\,150\,000 \text{ Kč}$ . Částka 890,- Kč/m<sup>2</sup> představuje maximální smluvně stanovenou hodnotu, za kterou bude vybraný uchazeč v souladu se smluvními ujednáními nabízet pozemky k dalšímu prodeji, přičemž při konstrukci předpokládané hodnoty je nutno počítat právě s maximální možnou částkou za m<sup>2</sup> pozemku, i kdyby byla konečná sjednaná cena nižší. K hodnotě 31 150 000 Kč je nutno připočíst peněžitou formu úhrady ve výši 476 799 Kč s 19% DPH včetně. Výsledná hodnota činí 31 626 799 Kč vč. DPH. Jelikož je předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovována bez daně z přidané hodnoty, činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky, na kterou byla uzavřena dne 18. 4. 2012 smlouva s vybraným uchazečem částku 25 617 707 Kč. Z výše uvedeného je patrné, že se v posuzovaném případě jedná o veřejnou zakázku, která je z hlediska předpokládané hodnoty podle § 12 odst. 2 zákona veřejnou zakázkou podlimitní.
37. V souvislosti s konstrukcí předpokládané hodnoty veřejné zakázky zadavatelem, Úřad odkazuje na rozsudek Evropského soudního dvora C–220/05 ze dne 18. 1. 2007, ve věci Jean Aurox a další v. Commune de Roanne, podle kterého je třeba pro určení hodnoty veřejné zakázky vzít v úvahu „celkovou hodnotu zakázky na stavební práce z pohledu potenciálního uchazeče, což zahrnuje nejen úhrn částek, které má zaplatit zadavatel, ale i všechny příjmy pocházející od třetích osob“, neboť s ohledem na ekonomické zájmy uchazečů se tyto odvíjí od celkového příjmu, který pro ně získání veřejné zakázky představuje.

#### **K druhu zadávacího řízení**

38. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 zákona tyto druhy zadávacích řízení: a) otevřené řízení, b) užší řízení, c) jednací řízení s uveřejněním, d) jednací řízení bez uveřejnění, e) soutěžní dialog, f) zjednodušené podlimitní řízení. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek



stanovených v § 22 a § 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

39. Z výše uvedených skutečností i ze stanoviska zadavatele je zcela zřejmé, že zadavatel před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem nepostupoval podle zákona, neboť nepoužil žádný z druhů zadávacích řízení stanovených v ust. § 21 odst. 1 zákona. Zadavatel tedy nepostupoval podle zákona, neboť veřejnou zakázku nezadal v některém zákonem stanoveném zadávacím řízení uvedeném v § 21 zákona, tj. v otevřeném nebo užším řízení. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraný uchazeč nabízí nejlepší smluvní podmínky, naopak, zadavatel v šetřeném případě „přímo“ přistoupil k uzavření smlouvy, i když se jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, konkrétně o veřejnou zakázku na stavební práce podle § 16 zákona. Protože zadavatel před uzavřením smlouvy neprovedl zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentně uskutečněného zadávacího řízení obdržel i jiné, pro něj výhodnější, nabídky na požadované stavební práce.
40. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 zákona, když uzavřel šetřenou smlouvu bez předchozího provedení zadávacího řízení, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

#### ***K dalším argumentům zadavatele***

41. K argumentu zadavatele, že se v případě dokumentace k územnímu či stavebnímu řízení jedná o autorské dílo, Úřad uvádí, že tato skutečnost není pro šetřený případ rozhodující. Zadavatel má povinnost zajistit podmínky pro plnění veřejné zakázky a především nesmí své povinnosti spočívající v uzavření dohody se třetí osobou, přenášet na uchazeče o veřejnou zakázku. Takový postup zadavatele není opodstatněný a zadavatel tímto způsobem klade neopodstatněné požadavky v zadávacím řízení, které ve svém důsledku porušují základní zásady postupu v zadávacím řízení. Pokud je pro plnění veřejné zakázky nutná dohoda se třetí osobou, je na zadavateli, aby takovou dohodu zajistil, přičemž zmíněná dohoda by měla být ze strany zadavatele zajištěna ještě před zahájením zadávacího řízení, aby následně v případě neúspěchu nevznikla překážka, která by v pokračování zadávacího řízení bránila.
42. Zadavatel má při zadávání veřejných zakázek povinnost postupovat podle zákona, a pokud pro zadavatele vyplývají jiné povinnosti např. ze zmíněného zákona o obcích, nemůže mít tato skutečnost vliv na postup zadavatele podle zákona. Z toho důvodu nelze zadavatelův postup odůvodnit odkazem na hospodárnost ve smyslu zákona o obcích. Úřad dodává, že předmětem úpravy zákona o obcích není postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek.
43. Zadavatel ve svém stanovisku argumentuje také výkladem Evropského soudního dvora. K argumentaci zadavatele, že se v případě uzavřené smlouvy ze dne 18. 4. 2012 nejedná o podstatnou změnu, Úřadu nezbyvá než konstatovat, že změna v osobě dodavatele je vždy podstatnou změnou v existujícím právním vztahu. Navíc je nutno konstatovat, že na smlouvu ze dne 18. 4. 2012 je třeba z pohledu zákona nahlížet jako na smlouvu novou, nikoliv jako na dodatek ke smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2008, byť je tak formálně nazvána. Pokud by byla změna v osobě dodavatele umožněna, jak to tvrdí zadavatel, stala by se příslušná ustanovení

zákona obsoletními a postup v zadávacím řízení předcházející uzavření smlouvy s vítězným uchazečem by byl jen zbytečným formálním postupem.

44. Provedení důkazu výpovědí svědků, jež zadavatel navrhuje, je nadbytečné, neboť v průběhu správního řízení bylo nepochybně prokázáno, že došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, aniž by bylo provedeno řádné zadávací řízení podle zákona. Provedení těchto důkazních prostředků by do řízení nepřineslo žádné nové skutečnosti.
45. Argumentace zadavatele spočívající v tom, že existuje možnost převodu bez jeho souhlasu, a to formou prodeje části podniku podle § 476 a § 487 obchodního zákoníku nebo převedení trojstranným ujednáním, je nepatřičná. Pokud by mělo dojít k převodu formou trojstranného ujednání, musel by být zadavatel účastníkem takové smlouvy a musel by tudíž projevit vůli, že k převodu dojde. V takovém případě by byl postup zadavatele rovněž v rozporu se zákonem, pokud by zadavatel nepostupoval podle zákona a nezahájil řádné zadávací řízení. Situace naznačovaná zadavatelem ve formě prodeje části podniku podle ust. § 476 obchodního zákoníku, v praxi sice může nastat a obchodní zákoník či zákon ji nezakazují, ale v šetřeném případě se tak nestalo. Vzhledem k tomu je argument zadavatele pouze v rovině hypotetické a lze jej označit za budoucí nejistou událost, která nemusí nastat.
46. V průběhu správního řízení jednoznačně vyšlo najevo, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel provedl řádné zadávací řízení podle zákona, mohl by obdržet jiné nabídky od dalších dodavatelů, kteří by mohli nabídnout výhodnější smluvní podmínky pro zadavatele, a v důsledku toho mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů. Proto nelze dát za pravdu zadavateli v jeho tvrzení, že jeho postup neměl na výběr nejvhodnější nabídky podstatný vliv.

## **V. K uložení sankce**

47. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
48. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že před uzavřením smlouvy se společností Tangenta, spol. s r.o. dne 18. 4. 2012, jejímž předmětem je realizace stavby „Provedení ZTV – Velešín JIH“, nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a provedl by zadávací řízení podle zákona, nelze vyloučit, že by zadavatel obdržel nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky požadovaných stavebních prací, než vybraný uchazeč, se kterým uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku přímo.
49. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
50. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

51. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z doplnění podnětu, které obdržel dne 19. 4. 2012. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dne 18. 4. 2012, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 19. 9. 2012. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
52. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.
53. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 25 617 707 Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 1 280 885 Kč.
54. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
55. Z hlediska závažnosti a následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších dodavatelů ve výběrovém řízení a narušil tak soutěžní prostředí, když „přímo“ uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by před uzavřením smlouvy provedl zadávací řízení. Pokud měl zadavatel v úmyslu převést předmět plnění na jiného dodavatele, měl postupovat v souladu se zákonem a provést řádné zadávací řízení tak, jak to zákon stanoví. Zadavatel tímto způsobem nepostupoval a přistoupil k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, aniž by dal možnost pro podání nabídek od jiných dodavatelů. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky vůbec nepostupují podle zákona, dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem omezují, resp. vylučují, soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky pro realizaci plnění veřejné zakázky. Úřad má proto za prokázané, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
56. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona právě postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy jednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější.
57. Úřad při stanovení výše pokuty ve prospěch zadavatele přihlédl k tomu, že zadavatel byl vzhledem k chybnému výkladu zákona přesvědčen o zákonnosti svého postupu. Úřad

přihlédl i ke skutečnosti, že v průběhu správního řízení vyšlo najevo, že zadavatel provedl předcházející zadávací řízení zahájené výzvou k podání nabídek ze dne 7. 4. 2008, na základě kterého byla uzavřena smlouva ze dne 11. 9. 2008, v jednom ze zadávacích řízení stanovených zákonem.

58. Za okolnosti, při nichž došlo ke spáchání správního deliktu lze označit složitou situaci, ve které se zadavatel nacházel, kdy mohlo dojít k pozastavení rozvoje bytové výstavby. Úřad k těmto okolnostem přihlédl, včetně skutečnosti, že zadavatel potřeboval nastalou situaci řešit, a proto přistoupil k uzavření smlouvy ze dne 18. 4. 2012. To však nemůže zhojit způsob spáchání správního deliktu, kdy zadavatel s dostatečným předstihem nezačal zadávací řízení a úmyslně převedl předmět plnění veřejné zakázky z původního dodavatele na vybraného uchazeče.
59. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02, podle kterého jsou nepřipustné takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Ze schváleného návrhu rozpočtu zadavatele na rok 2012 vyplývá, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu desítek milionů Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
60. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a vzhledem k souvislostem případu posoudil výši sankce jako dostačující, a proto pokuta uložená Úřadem ve výši 250 000 Kč s ohledem na maximální výši možné pokuty, byla stanovena v dolní polovině zákonné výše.
61. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť předmětná smlouva byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 18. 4. 2012 a nápravy již tedy nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
62. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží:**

Mgr. Jiří Mulač, advokát, Riegrova 2668/6c, 370 01 České Budějovice

### **Vypraveno dne:**

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