



UOHSX00590CG

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R48/2013/VZ-9278/2014/310/Mše/IPs

Brno 9. května 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 2. 2013 podaném zadavatelem –

- **město Velešín**, IČ 00246174, se sídlem náměstí J. V. Kamarýta 76, 382 32 Velešín, ve správním řízení zast. 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S510/2012/VZ-2461/2013/521/JHn ze dne 7. 2. 2013, 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**“,

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-S510/2012/VZ-2461/2013/521/JHn ze dne 7. 2. 2013

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil z moci úřední, na základě podnětu, správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – městem Velešín, IČ 00246174, se sídlem Náměstí J. V. Kamarýta 76, 382 32 Velešín (dále jen „**zadavatel**“) podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, v souvislosti s uzavřením smlouvy se společností Tangenta, spol. s r.o., IČ 26086310, se sídlem Dobrovodská 130, 370 06 České Budějovice (dále jen „**společnost Tangenta, spol. s r.o.**“ nebo „**vybraný uchazeč**“) ze dne 18. 4. 2012, jejímž předmětem je realizace stavby „Provedení ZTV – Velešín JIH“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 19. 9. 2012.
2. Z vyjádření zadavatele a z dokumentace k veřejné zakázce Úřad zjistil, že zadavatel zahájil zadávací řízení výzvou k podání nabídek ze dne 7. 4. 2008, přičemž následně dne 11. 9. 2008 uzavřel smlouvu o dílo se společností AM Invest CZ s.r.o., IČ 27197999, se sídlem Rudolfovska 32/20, 370 01 České Budějovice (dále jen „**společnost AM Invest CZ s.r.o.**“), jejímž předmětem bylo provedení ZTV – Velešín JIH (dále jen „**smlouva o dílo**“). Následně dne 18. 4. 2012 uzavřel zadavatel smlouvu se společností Tangenta, spol. s r.o., kterou došlo mj. k převodu práv a povinností ze smlouvy o dílo ze společnosti AM Invest CZ s.r.o. na společnost Tangenta, spol. s r.o.

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 7. 2. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S510/2012/VZ-2461/2013/521/JHn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I konstatoval, že zadavatel se při zadávání výše uvedené veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

uzavřením smlouvy se společností Tangenta, spol. s r. o., jejímž předmětem je realizace stavby „Provedení ZTV – Velešín JIH“ nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil zadávací řízení. Ve výroku II byla zadavateli, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, uložena pokuta ve výši 250 000,- Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že smlouva o dílo ze dne 11. 9. 2008 byla mezi zadavatelem a společností AM Invest CZ s.r.o. uzavírána na plnění (Provedení ZTV – Velešín JIH), které naplňuje definiční znaky veřejné zakázky. Úřad dále dospěl k závěru, že dodatek ke smlouvě o dílo, uzavřený dne 18. 4. 2012, kterým došlo k převodu práv a povinností ze smlouvy o dílo ze společnosti AM Invest CZ s.r.o. na vybraného uchazeče, představuje samostatnou smlouvu na veřejnou zakázku, jež však s vybraným uchazečem nebyla uzavřena na základě zadávacího řízení.
5. K otázce úplatnosti, jakožto pojmového znaku veřejné zakázky Úřad uvedl, že zadavatel zvolil konstrukci úhrady, která spočívá v částečné úhradě v penězích (viz článek V smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008) a v současném přenechání předmětných pozemků vybranému uchazeči za symbolickou cenu 1,- Kč za m² (viz článek II bod 3 smlouvy o budoucí kupní smlouvě ze dne 15. 4. 2010). Podmínka úplatnosti veřejné zakázky byla dle Úřadu splněna tím, že zadavatel, za účelem realizace úplaty za sjednané plnění, uzavřel dne 18. 4. 2012 smlouvu o dílo (formálně označenou jako dodatek č. 1 smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008) a dále smlouvu o budoucí kupní smlouvě ze dne 15. 4. 2010 (ve znění dodatku č. ze dne 18. 4. 2012). Úřad tedy dospěl k závěru, že ačkoli zadavatel nezvolil čistě peněžitou formou úhrady, předmět plnění je ze strany dodavatele realizován za úplatu, a proto je nutné jej považovat za veřejnou zakázku.
6. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 25 617 707,- Kč bez DPH. Uvedená částka je tvořena jak peněžitým závazkem zadavatele podle čl. V smlouvy o dílo (bez DPH), tak maximálním možným ziskem, jehož v důsledku prodeje předmětných pozemků může (s ohledem na smluvní omezení) dosáhnout dodavatel, a který by jinak náležel zadavateli, kdyby dodavatelem zhodnocené pozemky na třetí osoby úplatně převáděl sám. V této souvislosti Úřad odkázal na závěry uvedené v rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropský soudní dvůr) (dále jen „SdEU“) C-220/05 ze dne 18. 1. 2007, ve věci Jean Auroux a další v. Commune de Roanne, podle kterého je třeba pro určení hodnoty veřejné zakázky na stavební práce z pohledu potenciálního uchazeče vzít v úvahu celkovou hodnotu zakázky, což zahrnuje nejen úhradu částek, které má zaplatit zadavatel, ale i všechny příjmy pocházející od třetích osob.
7. V souvislosti se závěrem Úřadu, že se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce Úřad konstatoval, že zadavatel pochybil, když před uzavřením smlouvy, resp. dodatku ke smlouvě o dílo (tj. před vstupem do smluvního vztahu s vybraným uchazečem) nepostupoval podle zákona, když nevyužil žádný z druhů zadávacího řízení, uvedený v § 21 odst. 1 zákona. Úřad v této souvislosti uvedl, že změna v osobě dodavatele je vždy podstatnou změnou v existujícím právním vztahu a na smlouvu ze dne 18. 4. 2012 je tedy nutno pohlížet jako na novou smlouvu a nikoli jako na dodatek k původní smlouvě o dílo, jež byla uzavřena s jiným dodavatelem. K tomu Úřad dále uvedl, že pokud by byla změna

v osobě dodavatele umožněna, stala by se příslušná ustanovení zákona obsolentními a postup v zadávacím řízení, předcházející uzavření smlouvy s vítězným uchazečem, by se tak stal jen formálním postupem.

III. Námitky rozkladu

8. Dne 22. 2. 2013 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad. V rozkladu zadavatel namítá nesprávné právní posouzení a neúplné zjištění skutkového stavu Úřadem. Zadavatel Úřadu vytýká, že se nezabýval jím tvrzenou existencí liberačního důvodu a dále též nepřiměřenou výši uložené pokuty. V této souvislosti zadavatel argumentuje zejména tím, že jeho postup při uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, vyhodnocený Úřadem jako postup v rozporu se zákonem, byl motivován reálnou hroznou, že mezi vybraným uchazečem a společností AM Invest CZ s.r.o. bude uzavřena smlouva o prodeji části podniku, jež by měla mimo jiné za následek vstup vybraného uchazeče do práv a povinností, které ze smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008 vyplývaly společnosti AM Invest CZ s.r.o. Zadavatel argumentuje tím, že uzavřením smlouvy ze dne 18. 4. 2012 (tj. dodatku ke smlouvě o dílo, na jehož základě došlo zejména ke změně dodavatele) narušil již dojednanou dohodu (ohledně plánovaného prodeje části podniku) a tímto zamezil právním problémům, rizikům pro budoucí rozvoj města a reálně hrozící eskalaci soudních sporů.
9. Zadavatel dále uvádí, že do jednání mezi vybraným uchazečem a společností AM Invest CZ s.r.o. nevstoupil z důvodu, aby aktivně zadal veřejnou zakázku, byť výslovně připouští, že z pohledu zákona tomu tak skutečně bylo. Zadavatel byl dle svých slov motivován tím, aby v souladu se zákonem č. 128/2000 Sb., o obcích (dále jen „zákon o obcích“) v maximální možné míře ochránil majetek obce i občanů.
10. Zadavatel v rozkladu dále požaduje, aby byly provedeny jím navrhované důkazy, které mají dle jeho názoru prokázat okolnosti jednání ohledně smlouvy o prodeji části podniku a především míru aktivity na straně zadavatele a jeho roli ve sjednávání nástupnictví mezi společností AM Invest CZ s.r.o. a vybraným uchazečem. Zadavatel uvádí, že tyto skutečnosti je nutno zohlednit zejména se zřetelem na celkovou problematiku dané zakázky, která jak sám uvádí, byla zadávána dvakrát. V této souvislosti zadavatel sám konstatuje, že částečně lze souhlasit se stanoviskem Úřadu, že tyto skutečnosti nejsou formálně významné pro postup zadavatele podle zákona, a že jsou v podstatě důsledkem předchozího chybného postupu zadavatele.
11. Zadavatel dále namítá, že ačkoli mohla být jeho jednáním naplněna objektivní stránka předmětného správního deliktu, měl Úřad veškeré skutečnosti posoudit z hlediska zadavatelem uplatněné liberace podle § 121 odst. 1 zákona. Zadavatel Úřadu vytýká, že se možností liberace vůbec nezabýval, resp. že v odůvodnění napadeného rozhodnutí absentují důvody, proč ve skutkových okolnostech tvrzených zadavatelem liberační důvody neshledal. V souvislosti s otázkou liberace zadavatel dále uvádí, že Úřad měl řádně zdůvodnit, proč v daném případě neshledal existenci liberačního důvodu a v této souvislosti poukazuje na závěry uvedené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2007, č. j. 8 As 17/2006-78. Výši uložené sankce považuje zadavatel za nepřiměřenou, neboť nebyla dostatečně individualizována s ohledem na konkrétní okolnosti případu.

12. Zadavatel dále namítá, že Úřad nesprávně vycházel z toho, že smluvní vztah mezi vybraným uchazečem a zadavatelem představuje veřejnou zakázku a předkládá argumentaci, která směřuje k tomu, že ve skutečnosti se jednalo o koncesi podle § 16 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále jen „**koncesní zákon**“). Zadavatel uvádí, že jediným, kdo bude brát užitky z provedeného díla je vybraný uchazeč a s ohledem na to se nemůže jednat o veřejnou zakázku, ale o koncesi.
13. Zadavatel dále namítá, že Úřad nesprávně určil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že pokud Úřad posuzuje plnění jako veřejnou zakázku, kde má uchazeč jednorázové plnění obdržet ihned na začátku v podobě pozemků, nespočívá skutečná hodnota nepeněžitého protiplnění v hodnotě stavebních parcel, nýbrž v hodnotě původních pozemků před tím, než na nich realizuje své plnění vybraný uchazeč – tj. pozemků bez jakékoli infrastruktury. Zadavatel poukazuje na to, že tyto pozemky budou zhodnoceny až činností vybraného uchazeče. Ve zhodnocení pozemků tak nelze shledávat nepeněžitě plnění ze strany zadavatele. Plnění, kterého se vybranému uchazeči dostane ze strany zadavatele, nespočívá v hodnotě zasíťovaných parcel, ale v hodnotě původních nestavebních pozemků.
14. Zadavatel dále Úřadu vytýká, že v rámci svého výpočtu (bod 36 odůvodnění) pracuje s nesprávnou celkovou výměrou všech pozemků, neboť ta ve skutečnosti činí dle zadavatele 34 357 m². Dále zadavatel namítá, že Úřad nezohlednil skutečnost, že ne všechny tyto pozemky mohou být na vybraného uchazeče převedeny, neboť převod je vyloučen u pozemků na komunikace, pro bytový dům nebo pro veřejnou zeleň. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že skutečná maximální možná výměra v budoucnu převáděných pozemků může být řádově o několik tisíc m² nižší.
15. Výši uložené sankce považuje zadavatel za nepřiměřeně přísnou a nezohledňující výjimečné okolnosti, jež byly pro zadavatelem zvolený způsob zadání veřejné zakázky určující. Za významné považuje zadavatel zejména to, že nebyl iniciátorem nástupnictví vybraného uchazeče do práv a povinností společnosti AM Invest CZ s.r.o. a jeho kroky tedy přímo ani nepřímou nesměřovaly k obcházení zákona.

Závěr rozkladu

Navrhovatel s ohledem na výše uvedené žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení o rozkladu zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. 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 ustanovení § 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.

18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j.: ÚOHS-S510/2012/VZ-2461/2013/521/JHn ze dne 7. 2. 2013, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. K námitce zadavatele, že se Úřad nezabýval jím tvrzenou existencí liberačního důvodu, uvádím následující. Z rozkladu i z předchozích podání zadavatele vyplývá, že liberační důvod podle § 121 odst. 1 zákona spatřuje v motivech a úvahách, které jej vedly k uzavření smlouvy bez toho, aniž by vybraný uchazeč byl vybrán v zadávacím řízení podle zákona. Je nutno konstatovat, že obavy, kterými zadavatel svůj nezákonný postup odůvodňuje, nepředstavují liberační důvod podle § 121 odst. 1 zákona a nepředstavují ani okolnosti, které by vylučovaly naplnění skutkové podstaty správního deliktu.
20. Plně se ztotožňuji se závěrem Úřadu o tom, že zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když před uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Poté, co Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu neshledal, že by tvrzení zadavatele byla způsobilá ve smyslu § 121 odst. 1 zákona prokázat, že zadavatel vynaložil veškeré úsilí, které po něm bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Z tohoto důvodu by tedy provádění důkazů navrhaných zadavatelem bylo nadbytečné. Stejně jako Úřad jsem ve skutečnostech uváděných zadavatelem liberační důvod podle § 121 odst. 1 zákona neshledal, a to s ohledem na níže uvedené.
21. Skutečnosti uváděné zadavatelem, tj. tvrzení o plánovaném uzavření smlouvy o prodeji části podniku, tvrzení o obavě ohledně platnosti takové smlouvy, tvrzení o snaze ochránit majetkové poměry obce a jejích občanů, tvrzení o snaze zabránit zásahu do autorských práv, tvrzení o obavě ze zablokování bytového rozvoje obce, nesvědčí o tom, že by zadavatel vynaložil veškeré úsilí, které po něm bylo možno požadovat, aby zabránil porušení zákona. Tvrzení zadavatele mohou nasvědčovat pouze tomu, že zadavatel se v důsledku neznalosti zákona či jiných právních předpisů domníval, že jsou dány takové okolnosti, které jej opravňují k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mimo zadávací řízení. Skutečnost, že na straně zadavatele bylo dáno subjektivní přesvědčení o tom, že za daných okolností pro něj představuje uzavření smlouvy mimo zadávací řízení nejvýhodnější řešení, z povahy věci nesvědčí o tom, že by zadavatel vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. K uzavření smlouvy bez předchozího provedení zadávacího řízení přistoupil zadavatel nikoli ve snaze zabránit porušení zákona, ale z jeho argumentace vyplývá, že byl motivován snahou dostat prioritně svým povinnostem podle zákona o obcích, vyhnout se případným zásahům do autorských práv společnosti AM Invest CZ s.r.o., a též zájmem na zachování bytového rozvoje obce. Za této situace bylo zcela

bezpředmětné, aby Úřad k prokázání těchto domnělých liberačních důvodů prováděl dokazování a zabýval se tím, zda iniciátorem změny v osobě dodavatele byl zadavatel či vybraný uchazeč společně s původním dodavatelem. Stejně tak je pro případnou liberaci bezpředmětné, zda smlouva o prodeji části podniku byla pouze hypotetickou možností či měla být mezi vybraným uchazečem a společností AM Invest CZ s.r.o. skutečně uzavřena.

22. Okolnosti související s uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem, tedy i pohnutky, kterými zadavatel ospravedlňuje zadání zakázky mimo režim zákona, Úřad při svém rozhodnutí zohlednil, avšak s ohledem na jejich povahu je nemohl vyhodnotit jako liberační důvod podle § 121 odst. 1 zákona, ale pouze jako okolnost, za níž byl správní delikt spáchán. Uvedené vyplývá z bodu 57 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že při stanovení výše pokuty přihlédl ve prospěch zadavatele k tomu, že zadavatel byl vzhledem k chybnému výkladu zákona přesvědčen o zákonnosti svého postupu a dále přihlédl též k tomu, že v průběhu správního řízení vyšlo najevo, že předchází zadávací řízení (zahájené výzvou k podání nabídek ze dne 7. 4. 2008), provedl v jednom ze zadávacích řízení podle zákona. Ačkoli shodně s Úřadem neshledávám skutečnosti uváděné zadavatelem za liberační důvody ve smyslu § 121 odst. 1 zákona, nemohu souhlasit s tím, že by při stanovení výše pokuty mělo být ve prospěch zadavatele přihlédnuto k tomu, že zadavatel byl (dle obsahu svého vyjádření) přesvědčen o zákonnosti svého postupu. Ve smyslu zásady ignorantia iuris non excusat je nutno vycházet z toho, že údajná neznalost práva (zde zákona) ze strany zadavatele, resp. jeho nesprávná aplikace, nemůže zadavatele zprostit odpovědnosti za správní delikt a nemůže představovat ani polehčující okolnost při stanovení výše pokuty. Tvrzená neznalost práva, resp. posouzení toho, zda zadavatel věděl či nevěděl, že konkrétní skutkové okolnosti nejsou zákonným důvodem pro postup mimo zadávací řízení, nemůže být z povahy předmětem dokazování a s ohledem na to jsou pro posouzení odpovědnosti zadavatele irelevantní, stejně jako jsou irelevantní pro stanovení výše pokuty.
23. Výše pokuty, která byla stanovena podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, je s ohledem na závažnost spáchaného správního deliktu a na jeho účinky v podobě omezení soutěže dodavatelů přiměřená a nepředstavuje projev zneužití správního uvážení. Bez ohledu na to, co bylo ohledně polehčujících okolností zohledněných při ukládání pokuty Úřadem (resp. ohledně argumentace zadavatele o tom, že byl přesvědčen o legitimitě jím zvoleného postupu) uvedeno v předchozím odstavci, je pokuta ve výši stanovené Úřadem způsobilá plnit jak preventivní tak represivní funkci. Ačkoli v určitých případech se sice může pokuta, byť uložená v minimální výši, jevit jako krajně „nespravedlivá“, k takovému závěru jsem však v uvedeném případě nedospěl a toto nebylo namítáno ani ze strany zadavatele. V souvislosti s touto problematikou odkazuji na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., dle kterého je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. V tomto případě jsem dospěl k závěru, že nejsou dány takové okolnosti, pro které by bylo možno stanovenou výši pokuty považovat za likvidační.
24. Pokud zadavatel poukazuje na závěry uvedené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2007, č. j. 8 As 17/200-78, tyto nejsou ve vztahu k zadavatelem tvrzeným

liberačním důvodům relevantní. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku dospěl mimo jiné k závěru, že nejsou-li některá ze zákonných hledisek pro uložení pokuty relevantní, měl by se správní orgán alespoň stručně s jejich nepodstatností vypořádat. Uvedený závěr však nelze aplikovat v souvislosti s námitkou zadavatele, že se Úřad nevypořádal s tím, proč skutkové okolnosti popisované v průběhu správního řízení zadavatelem nepovažuje za liberační důvody, neboť potenciální možnost liberace nepředstavuje zákonné hledisko pro uložení pokuty. Existence případných liberačních důvodů má vliv na existenci/neexistenci odpovědnosti za správní delikt a nikoli na výši pokuty, je-li postaveno najisto, že zadavatel za správní delikt odpovídá. Pro závěr o tom, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, bylo rozhodující zjištění, že zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by bylo provedeno zadávací řízení. Důvody, které zadavatele k takovému postupu přiměly (resp. skutečnosti, které zadavatel považuje za liberační důvody), tj. vnitřní subjektivní vztah zadavatele k jeho konání, jsou ve vztahu k posouzení existence správního deliktu irelevantní, neboť odpovědnost za spáchání správního deliktu je objektivní, tj. na zavinění na straně zadavatele nezávislá.

25. K námitce zadavatele, že Úřad při svém rozhodování vycházel z nesprávného závěru o tom, že smluvní vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem představuje veřejnou zakázku, uvádím, že tato je taktéž nedůvodná. Odůvodnění závěrů o tom, že se v projednávané věci jedná o veřejnou zakázku a nikoli o koncesi uvedl Úřad v bodech 25 až 33 napadeného rozhodnutí. Se závěry zde uvedenými se plně ztotožňuji a k věci dále uvádím následující.
26. S tvrzením, že se v uvedeném případě jedná o koncesi, se nemohu ztotožnit s ohledem na následující skutečnosti. Podle § 16 odst. 1 koncesního zákona se koncesní smlouvou 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. V uvedeném případě se však vybraný uchazeč sice zavázal provést stavební práce (dílo), ovšem závazek provést dílo nebyl spjat s jeho oprávněním, aby z takto provedeného díla bral užitky či toto dílo náležející zadavateli využíval.
27. Společnost AM Invest CZ s.r.o. (dále též „**zhotovitel**“), jakožto původní dodavatel předmětu veřejné zakázky, uzavřel na základě zadávacího řízení se zadavatelem smlouvu o dílo ze dne 11. 9. 2008 (dále jen „**smlouva o dílo ze dne 11. 9. 2008**“), kterou se zavázal k provedení díla: „*ZTV – Velešín JIH (vybudování přípojek vody, kanalizace, EE, plynu, zřízení přípojných bodů, vybudování komunikací, chodníků a veřejného osvětlení), uvedené v článku I. podle architektonické studie vypracované zhotovitelem a následně podle budoucí projektové dokumentace rovněž vypracované zhotovitelem ...*“. V článku II. bodě 5 smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008 se zadavatel zavázal, že po dokončení díla převede všechny pozemky (pro výstavbu) do majetku společnosti AM Invest CZ s.r.o. s tím, že podrobnosti budou řešeny ve smlouvě o budoucí kupní smlouvě, která je uzavřena mezi smluvními stranami současně se smlouvou o dílo ze dne 11. 9. 2008. V článku IV. bod 1 smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008 byla sjednána cena díla, která byla stanovena na částku 15 893 283,- Kč včetně 19 % DPH. V článku V. bodě 1 smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008, upravujícím platební podmínky však bylo stanoveno, že zadavatel je povinen společnosti AM Invest CZ s.r.o. zaplatit za provedení

díla pouze částku 476 799,- Kč (včetně 19 % DPH) z uznatelných nákladů díla a to poté, co zhotovitel převede vybudované sítě a komunikace do majetku objednatele. V bodě 3 téhož článku bylo dále stanoveno, že v případě, kdy nedojde z důvodu na straně zadavatele k uzavření kupní smlouvy, k jejímuž uzavření se účastníci zavázali ve smlouvě o budoucí kupní smlouvě, je zadavatel povinen uhradit zhotoviteli cenu díla uvedenou v článku IV. bod 1 smlouvy, tj. částku 15 893 283,- Kč (včetně 19 % DPH). V článku I. bod 2 smlouvy o budoucí kupní smlouvě ze dne 11. 9. 2008 si účastníci sjednali, že budoucí prodávající (zadavatel) uzavře s budoucím kupujícím (zhotovitel) kupní smlouvu, kde předmětem prodeje budou pozemkové parcely uvedené v článku I. bod 1 této smlouvy. V článku II. bod 2 bylo dále sjednáno, že kupní smlouva bude uzavřena nejpozději do 8 kalendářních měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí o umístění stavby vydaného příslušným stavebním úřadem a budou v ní přesně vymezeny a blíže specifikovány pozemkové parcely, které budou předmětem koupě a prodeje.

28. Dne 18. 4. 2012 byla mezi zadavatelem, společností AM Invest CZ s.r.o. a vybraným uchazečem uzavřena smlouva, označená jako dodatek č. 1 smlouvy o dílo (tj. smlouva o dílo ze dne 11. 9. 2008) (dále jen „**dodatek č. 1**“). Z obsahu dodatku č. 1 vyplývá, že k jejímu uzavření bylo přistoupeno poté, co společnost AM Invest CZ s.r.o. začala plnit své závazky ze smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008 a zpracovala úplnou projektovou dokumentaci pro územní řízení a stavební řízení a za součinnosti se zadavatelem zajistila též vlastní územní a stavební řízení pro ZTV – Velešín JIH. Z dodatku č. 1 dále vyplývá, že tato byla uzavírána za situace, kdy mezi zadavatelem a společností AM Invest CZ s.r.o. vznikly při plnění dalších závazků ze smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008 nesrovnalosti, kdy z důvodu nejednoznačnosti vlastní smlouvy se mezi účastníky vedou spory o vzájemná práva a povinnosti. V článku III. bodě 3.1. dodatku č. 1 je dále stanoveno, že obsah práv a závazků podle smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008 zůstává beze změn, s výjimkou ujednání obsaženého v článku IV. smlouvy o dílo. V článku IV. smlouvy o dílo si účastníci oproti původní smlouvě sjednali, že termín plnění ze smlouvy o dílo má být do deseti měsíců od nabytí právní moci stavebního povolení na ZTV – Velešín JIH a nikoli od původně uvedené právní moci rozhodnutí o umístění stavby.
29. V souvislosti s uzavřením smlouvy o dílo byl dne 18. 4. 2012 uzavřen též dodatek č. 1 ke smlouvě o budoucí kupní smlouvě, na základě kterého přešla práva ze smlouvy o budoucí kupní smlouvě ze společnosti AM Invest CZ s.r.o. na vybraného uchazeče. V dodatku byla oproti původní smlouvě sjednána změna lhůty pro uzavření kupní smlouvy, kdy tato měla být uzavřena nejpozději do 31. 8. 2012.
30. Z uvedeného je tedy zřejmé, že se jedná o smlouvu na veřejnou zakázku a nikoli o koncesi, neboť ze shora uvedených smluvních dokumentů nevyplývá, že by se zadavatel zavázal k protiplnění, jež by, byť jen částečně, spočívalo v tom, že umožní vybranému uchazeči brát užitky v podobě využívání jím provedeného díla. Dodavatel měl podle smlouvy o dílo zhotovit dílo vymezené smlouvou a jako protiplnění měl od zadavatele obdržet peněžité plnění v podobě platby ve výši 476 799,- Kč (včetně 19 % DPH) a dále nepeněžité plnění, které spočívalo v oprávnění vybraného uchazeče, aby smlouvou vymezené pozemky od zadavatele zakoupil za symbolickou cenu 1,- Kč/m². Alternativní protiplnění, sjednané pro případ, že by z důvodu na straně zadavatele nedošlo k uzavření kupní smlouvy na předmětné

nemovitosti, spočívalo ve výlučně peněžitém plnění, kdy zadavatel by byl za veřejnou zakázku povinen zaplatit plnou kupní cenu, jež byla sjednána na částku 15 893 283,- Kč. Nárok vybraného uchazeče na uzavření kupní smlouvy se sjednanou kupní cenou ve výši 1,- Kč/m² představuje majetkovou hodnotu poskytovanou zadavatelem a nikoli právo vybraného uchazeče na to, aby mohl brát užitky v podobě jím provedeného díla. Z ustanovení § 16 odst. 1 koncesního lze dovodit, že v případě koncesí vzniká koncesionáři právo na to, aby bral užitky z poskytování služeb nebo využíval provedené dílo, avšak toto oprávnění mu z povahy věci vzniká k dílu, které zůstává ve vlastnictví zadavatele.

31. K braní užitků z poskytovaných služeb však v daném případě nemůže dojít, neboť plnění poskytované vybraným uchazečem naplňuje znaky veřejné zakázky na stavební práce podle § 9 zákona a z povahy věci se tedy nejedná o poskytování služeb, ale o zhotovení díla. Zhotovené dílo pak bude moci vybraný uchazeč využívat až poté, co realizuje své právo a předmětné pozemky od zadavatele odkoupí, čímž do jeho vlastnictví přejde i předmět (resp. výsledek) jím realizovaného díla. Jakákoli podnikatelská rizika na straně vybraného uchazeče, související s dalším prodejem těchto pozemků, nemohou vést k naplnění dalšího znaku koncesní smlouvy, a to požadavku uvedeného v § 16 odst. 2 zákona, podle kterého podstatnou část rizik spojenou s braním užitků, vyplývajících z využívání provedeného díla, nese koncesionář a rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva. Od okamžiku, kdy budou předmětné pozemky na vybraného uchazeče převedeny, bude do budoucna realizovat práva k těmto pozemkům jakožto vlastník a nikoli z titulu koncesní smlouvy. Od okamžiku převodu těchto pozemků pak také ve vztahu k těmto pozemkům, resp. k předmětu díla realizovaného na těchto pozemcích, již neponese žádná rizika zadavatel. Skutečnost, že po převodu vlastnického práva k pozemkům může na straně vybraného uchazeče existovat podnikatelské riziko související s otázkami jejich dalšího prodeje, nelze považovat za riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb ani za riziko spojené s využíváním provedeného díla ve smyslu § 16 odst. 2 koncesního zákona. Převod pozemků a s ním související možnost vybraného uchazeče užívat předmět jím vyhotoveného díla nadto není jakkoli časově omezen, což je další skutečností svědčící o tom, že se nejedná o koncesní smlouvu, která může být podle § 16 odst. 4 koncesního zákona, uzavřena pouze na dobu určitou.
32. Nelze se ztotožnit ani s názorem zadavatele, že jediným, kdo bude brát užitky z provedeného díla je vybraný uchazeč. Užitky z provedeného díla bude brát zadavatel a to bez ohledu na to, že pouze do okamžiku, než předmětné pozemky, společně s užitky vyplývajících z předmětného díla, převede za stanovených smluvních podmínek na vybraného uchazeče. Smlouva o dílo ze dne 11. 9. 2008 však připouští i variantu, že k převodu pozemků nedojde a pro tento případ stanoví, že objednatel je povinen uhradit zhotoviteli plnou cenu díla ve výši 15 893 283,- Kč (čl. V bod 3). Za této situace ponese užitky vyplývající z provedeného díla bezesporu jen zadavatel a nikoli vybraný uchazeč.
33. Je tedy zjevné, že definitivní změna právního vztahu, tj. převod vlastnického práva k předmětným pozemkům vylučuje, aby se v daném případě jednalo o koncesi. S ohledem na výše uvedené je zřejmé, že smluvní vztah uzavřený mezi zadavatelem a vybraným uchazečem představuje veřejnou zakázku a nikoli koncesi. Zadavatelem vznesená námitka je

tedy s ohledem na výše uvedené nejen nedůvodná, ale též zjevně též účelová, neboť za koncesi předmětný smluvní vztah začal zadavatel označovat až v rámci správního řízení před Úřadem. Ve výzvě k podání nabídky ze dne 7. 4. 2008 zadavatel sám uvedl, že se jedná o výzvu k podání nabídky podle zákona č. 137/2006 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

34. K námitce týkající se závěrů ohledně předpokládané hodnoty veřejné zakázky, uvádím následující. Zadavatel ve výzvě k podání nabídky ze dne 7. 4. 2008 stanovil předpokládanou hodnotu na částku 850 000,- Kč. K uvedené výši předpokládané hodnoty dospěl tak, že od prodejní hodnoty „nezainvestovaných pozemků“ (tj. nezhodnocených provedením předmětu zakázky ze strany vybraného uchazeče), tj. od částky, kterou si stanovil na 15 750 000,- Kč ($35\,000\text{ m}^2 \times 450,-\text{ Kč/m}^2$) odečetl očekávanou hodnotu ceny za zhotovení zakázky (14 900 000,- Kč). Z bodu 36 napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad dospěl k závěru, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky, jež byla zadavatelem ve výzvě k podání nabídky ze dne 7. 4. 2012 stanovena na částku 850 000,- Kč, byla zadavatelem stanovena v nesprávné výši. Předpokládanou hodnotou veřejné zakázky se, ve smyslu § 13 odst. 1 zákona, 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. Ačkoli zadavatel ve výzvě k podání nabídky uvedl, že jakožto předpokládanou výši peněžitého závazku za vybudování ZTV očekává částku ve výši 14 900 000,- Kč (článek II bod 2), předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil na částku 850 000,- Kč.
35. K faktické hodnotě předmětné veřejné zakázky (tj. nikoli k předpokládané hodnotě ve smyslu § 13 zákona) se Úřad vyjádřil v bodě 36 napadeného rozhodnutí, kde dospěl k závěru, že skutečná hodnota veřejné zakázky činí 25 617 707,- Kč bez DPH (byť tuto terminologicky nesprávně označuje jako předpokládanou hodnotu). Uvedená suma představuje součet částky, kterou měl zadavatel fakticky uhradit ve prospěch vybraného uchazeče (386 207,- Kč bez DPH, tj. 476 799,- Kč včetně 19% DPH), navýšená o částku, jež mohla být příjmem do rozpočtu zadavatele ($890,-\text{ Kč/m}^2 \times 35\,000\text{ m}^2 = 25\,231\,500,-\text{ Kč bez DPH}$), ale s ohledem na zvolenou konstrukci protiplnění lze důvodně očekávat, že se stane příjmem vybraného uchazeče. Se závěrem Úřadu, že hodnota veřejné zakázky je představována částkou ve výši 25 617 707,- Kč bez DPH se ztotožňuji, stejně jako se ztotožňuji se závěrem, že tato skutečnost z předmětné zakázky činí zakázku podlimitní a nikoli veřejnou zakázku malého rozsahu, jak by bylo možno usuzovat z předpokládané hodnoty, kterou si na částku 850 000,- Kč stanovil zadavatel ve výzvě k podání nabídek. Pro uvedený závěr je nerozhodné, zda částka ve výši 25 231 500,- Kč měla být uhrazena přímo z prostředků zadavatele, nebo zda se příjmu v této výši do svého rozpočtu vzdal na základě ujednání, jímž je v rámci smlouvy upraven způsob protiplnění za předmět plnění poskytovaného ze strany vybraného uchazeče. Ačkoli se v případě uvedené částky nejedná o peněžitý závazek (§ 13 odst. 1 zákona), převod vlastnického práva za symbolickou cenu, spojený s oprávněním dotčené pozemky úplatně převádět na třetí osoby, bezesporu představuje penězi ocenitelnou majetkovou hodnotu, která se tímto dostává z majetkové sféry zadavatele. Nezohlednění této nepeněžité formy úplaty by bylo ve zjevném rozporu s účelem zákona, jímž je zajištění efektivního vynakládání veřejných prostředků. Pokud by při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebyla taková forma nepeněžité úplaty zohledněna, byl by dán prostor pro obcházení zákona, kdy by zadavatelé cestou zcizování vlastního majetku

(namísto poskytování peněžitého plnění vybranému uchazeči) mohli uměle snižovat předpokládanou hodnotu veřejných zakázek.

36. Pro účely výpočtu hodnoty veřejné zakázky jsou s ohledem na povahu věci aplikovatelné závěry obsažené v rozsudku SdEU ze dne 18. 1. 2007 C-220/05, ve věci Jean Aroux 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 od třetích osob, neboť s ohledem na ekonomické zájmy uchazečů se tyto odvíjí od celkového příjmu, který pro ně získání veřejné zakázky představuje. Se způsobem výpočtu hodnoty veřejné zakázky, uvedeným v bodě 36 napadeného rozhodnutí, se plně ztotožňuji a hodnotu veřejné zakázky vypočtenou Úřadem považuji za stanovenou ve správné výši. S ohledem na závěry vyplývající z uvedeného rozsudku neobstojí námitka zadavatele, že skutečná hodnota nepeněžitého plnění ze strany zadavatele nespočívá v hodnotě stavebních parcel, nýbrž v hodnotě původních pozemků před tím, než na nich své plnění realizuje vybraný uchazeč.
37. Nedůvodná je též námitka zadavatele, že Úřad v rámci svého výpočtu v bodě 36 napadeného rozhodnutí pracuje s nesprávnou celkovou výměrou všech pozemků, neboť tato podle zadavatele nemůže činit 35 000 m², když u některých pozemků je převod vyloučen. Za situace, kdy v době vydání výzvy k podání nabídky nebylo možno stanovit přesnou výměru pozemků, které jsou dotčeny smlouvou na veřejnou zakázku, a současně bude možný jejich převod na vybraného uchazeče, musel zadavatel při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházet z maximální možné výměry pozemků, které teoreticky předmětem převodu být mohou. Odhadované snižování výměry těchto pozemků, jež v budoucnu mohou být předmětem převodu, by bylo v rozporu s účelem zákona, neboť v jeho důsledku by mohla být směrem dolů hrubě zkrácena předpokládaná hodnota veřejné zakázky.
38. Ačkoli se ztotožňuji se závěry Úřadu ohledně hodnoty veřejné zakázky, nelze souhlasit s postupem, kdy Úřad z této částky stanovil výši pokuty. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona platí, že za správní delikt se uloží pokuta ve výši do 5 % z ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Zákon nestanoví, co se pro účely zákona, resp. pro účely uvedeného ustanovení rozumí cenou veřejné zakázky a je tedy nutno vycházet z ceny, která byla účastníky sjednána ve smlouvě na veřejnou zakázku jako cena za provedení díla či za poskytnutí služeb či dodávek. Účastníci si ve smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2008, v článku IV (označeném jako „cena“) sjednali, že zhotovitel provede celé dílo v rozsahu, kvalitě a lhůtách podle této smlouvy za cenu 15 893 283,- Kč (včetně 19 % DPH). Skutečnost, že podle platebních podmínek měl zadavatel z takto sjednané ceny uhradit pouze 476 799,- Kč (včetně 19 % DPH) je pro posouzení výše ceny nerozhodná, neboť tato je pouze důsledkem konstrukce smluvních podmínek, jež zadavateli umožňovaly uhradit v peněžitě formě pouze část sjednané ceny a zbytek uhradit formou nepeněžitého plnění, jež spočívalo v tom, že na vybraného uchazeče převede za symbolickou cenu předmětné pozemky a umožní mu jejich další prodej. Bez ohledu na takto zvolenou formu úhrady však smlouva i nadále připouštěla možnost, že k převodu nemovitostí do vlastnictví vybraného uchazeče nedojde a pro tento případ stanovila, že zadavatel v takovém případě za provedení díla uhradí vybranému uchazeči plnou cenu díla ve výši 15 893 283,- Kč. Cena za realizaci

veřejné zakázky tedy byla účastníky sjednána a pro účely ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona je tedy zjistitelná a pro výši uložené pokuty je určující.

39. Výše uvedené platí bez ohledu na to, zda bude cena sjednaná v článku IV. odst. 1 smlouvy o dílo ze dne 11. 9. 2008 ze strany zadavatele fakticky uhrazena či nikoli, a to ať již z důvodů souvisejících s jeho platební morálkou, z důvodů případných nároků na slevu z provedeného díla či z proto, že k platbě celkové sjednané ceny díla nedojde pouze proto, že to připouští konstrukce smluvních podmínek. Poslední z uvedených situací nastala právě v případě této veřejné zakázky, kdy existovaly dvě varianty, jimiž může ze strany zadavatele dojít k poskytnutí protihodnoty (úplaty) za plnění předmětu veřejné zakázky.
40. Za situace, kdy cena veřejné zakázky činí 15 893 283,- Kč je možno pokutu uložit do výše 794 664,- Kč (tj. 5 % z ceny veřejné zakázky). S výší pokuty, kterou Úřad uložil v částce 250 000,- Kč se ztotožňuji, tuto považuji za přiměřenou a zohledňující závažnost spáchaného správního deliktu, i okolnosti, za nichž byl tento spáchán. Výši pokuty považuji za adekvátní, a to bez ohledu na skutečnost, že Úřad v souvislosti s jejím stanovením nesprávně vycházel z částky, kterou si stanovil jako hodnotu veřejné zakázky (resp. předpokládanou hodnotu veřejné zakázky) a za horní hranici pro uložení pokuty tak nesprávně považoval částku 1 280 885,- Kč. A to i z toho důvodu, že jsem shledal v případě odůvodnění uložené pokuty nesprávně dovozenou polehčující okolnost – konkrétně v bodu 57 napadeného rozhodnutí, přičemž důvody, pro které na tuto okolnost nelze pohlížet jako na polehčující jsem uvedl v bodech 21. – 23. tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

41. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
42. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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