



UOHSX0055JID

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S323/2013/VZ-7638/2014/523/OPi

Brno 9. dubna 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 29. 5. 2013 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Statutární město Plzeň, Městský obvod Plzeň 3, IČO 00075370, se sídlem sady Pětatřicátníků 7 - 9, 305 83 Plzeň 3, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 3. 6. 2013 JUDr. Robertem Vargou, advokátem, ev. č. ČAK 2327, IČO 66212774, se sídlem Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň,

ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 27 odst. 1 písm. a), d), g) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, při

- uzavření smlouvy o provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni dne 20. 2. 2013 se společností PROSTR SERVIS s. r. o., IČO 29161193, se sídlem Zábělská 579/85, 312 00 Plzeň,
- přezkoumání námitek ze dne 21. 1. 2013 zaslaných zadavateli v rámci výběrového řízení na provozovatele trhů na náměstí Republiky v Plzni,

**rozhodl** takto:

Správním řízením **se** podle § 24f písm. f) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 27 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. UZAVŘENÍ SMLOUVY VE VÝBĚROVÉM ŘÍZENÍ NA PROVOZOVATELE TRHŮ NA NÁMĚSTÍ REPUBLIKY V PLZNI

1. Statutární město Plzeň, Městský obvod Plzeň 3, IČO 00075370, se sídlem sady Pětatřicátníků 7 - 9, 305 83 Plzeň 3, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 3. 6. 2013 JUDr. Robertem Vargou, advokátem, ev. č. ČAK 2327, IČO 66212774, se sídlem Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň (dále jen „zadavatel“) uveřejnil dne 14. 12. 2012 na své úřední desce oznámení výběrového řízení „Na provozovatele trhů na náměstí Republiky v Plzni“.
2. Předmětem výběrového řízení „je výběr nejvýhodnější nabídky na uzavření smlouvy o provozování trhů na náměstí Republiky.“
3. Kritéria pro výběr nejvhodnější nabídky byla stanovena následovně
  - a) předložení komplexního podnikatelského záměru na provozování trhů,
  - b) zajištění doprovodného programu,přičemž způsob výběru nebyl stanoven. Zadavatel si vybere nabídku, která mu nejlépe vyhovuje při uvážení uvedených kritérií, a to bez pořadí důležitosti.
4. Uchazeči – Vlastimil Zlámalík, IČO 49190385, se sídlem Moskevská 21, Karlovy Vary (dále jen „vyřazený uchazeč“) – bylo oznámeno dokumentem „Informace o rozhodnutí zadavatele“ ze dne 16. 1. 2013, že byl vyřazen z výběrového řízení pro nesplnění kvalifikačních předpokladů, který obdržel dne 18. 1. 2013.
5. Zadavatel rozhodnutím ze dne 16. 1. 2013 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče PROSTR SERVIS s. r. o., IČO 29161193, se sídlem Zábělská 579/85, 312 00 Plzeň (dále jen „vybraný uchazeč“).
6. Dne 21. 1. 2013 obdržel zadavatel námitky vyřazeného uchazeče.
7. Dne 20. 2. 2013 zadavatel uzavřel smlouvu na provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni s vybraným uchazečem.
8. Zadavatel se vyjádřil k obdrženým námitkám vyjádřením ze dne 1. 3. 2013, které vyřazený uchazeč obdržel dne 5. 3. 2013.

### II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 15. 2. 2013 návrh vyřazeného uchazeče na přezkoumání úkonů zadavatele, na jehož základě bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. S95/2013/VZ.
10. Uvedené správní řízení bylo zastaveno podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), jelikož žádost vyřazeného uchazeče na uložení nápravného opatření se stala zjevně bezpředmětnou, neboť zadavatel uzavřel dne 20. 2. 2013 smlouvu s vybraným uchazečem.
11. Z dokumentace pořízené v souvislosti s uzavřenou smlouvou předložené Úřadu v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S95/2013/VZ Úřad zjistil následující skutečnosti.

12. Zadavatel uzavřel dne 20. 2. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu o provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni (dále jen „smlouva“).
13. V čl. 2 smlouvy, jež byla uzavřena s vybraným uchazečem, je uvedeno, že *„předmětem této smlouvy je zajištění provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni a to podle platných předpisů, rozhodnutí správních orgánů a provozních řádů citovaných v této smlouvě.“*
14. Čl. 4 smlouvy v odst. 1 a 2 uvádí následující:
  1. *„Provozovatel má po dobu účinnosti této smlouvy právo provozovat trhy na náměstí Republiky v Plzni, a to pouze v prostoru, který je přesně vymezen a zakreslen na situačním plánu, jenž tvoří jako příloha č. 1 nedílnou součást této smlouvy. Provozovatel je oprávněn vlastním jménem a na vlastní účet zajistit jednotlivé prodejce, včetně doprovodného programu při konání trhu. Dle plánu budou rozmístěny celodřevěné stánky, vyrobené dle schválení MO Plzeň 3 a jejich minimální počet v tomto prostoru bude 50 stánků (3x2 m). Případný větší počet stánků na ploše náměstí Republiky bude nahlášen předem a včas konzultován s příslušnými pracovníky MO Plzeň 3.*
  2. *K tomuto účelu je provozovatel povinen požádat na své náklady Odbor dopravy a životního prostředí ÚMO Plzeň 3 o povolení užívat veřejné prostranství a je povinen respektovat a splnit podmínky stanovené v tomto rozhodnutí.“*
15. V čl. 6 odst. 1 smlouvy je uvedeno: *„Provozovatel je oprávněn vybírat svým jménem a na svůj účet od prodejců poplatek za každý využívaný stánek a každý tržní den. Poplatek zahrnuje zejména veškeré prokazatelné přímé a režijní náklady provozovatele, týkající se činnosti, která je předmětem této smlouvy.“*
16. Smlouva o provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni byla s vybraným uchazečem uzavřena na dobu neurčitou.
17. Zadavatel obdržel dne 21. 1. 2013 námitky vyřazeného uchazeče a dne 20. 2. 2013 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
18. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace pořízené v souvislosti s uzavřenou smlouvou získal pochybnosti, zda
  - smlouva nenaplňuje pojmové znaky koncesní smlouvy a zadavatel tak nebyl povinen postupovat v režimu zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“),
  - byl postup zadavatele v souladu s § 12 odst. 3 koncesního zákona, když uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem dne 20. 2. 2013, ačkoliv lhůta 45 dnů podle § 111 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu, uplynula dne 7. 3. 2013,
  - nepostupoval zadavatel v rozporu s § 111 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když 21. 1. 2013 obdržel námitky vyřazeného uchazeče a o těchto námitkách rozhodl až rozhodnutím ze dne 1. 3. 2013,zahájil správní řízení z moci úřední.

### **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

19. Účastníkem správního řízení podle § 24d koncesního zákona je zadavatel.
20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníku řízení přípisem č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-9972/2013/523/OPi ze dne 29. 5. 2013, v němž seznámil účastníka řízení se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Usnesením č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-9974/2013/523/OPi ze dne 29. 5. 2013 stanovil účastníku řízení lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Týmž usnesením Úřad zadavateli dále stanovil lhůtu k předložení dokladu prokazující doručení dokumentu „vyjádření k námitkám k výběrovému řízení“ ze dne 1. 3. 2013 vyřazenému uchazeči.
21. Dne 29. 5. 2013, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem.
22. Dne 3. 6. 2013 byl Úřadu doručen doklad prokazující doručení dokumentu „vyjádření k námitkám k výběrovému řízení“ ze dne 1. 3. 2013 vyřazenému uchazeči a dne 10. 6. 2013 vyjádření zadavatele.
23. Žádostí č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-11415/2013/523/OPi ze dne 19. 6. 2013 Úřad požádal vyřazeného uchazeče, jakožto předchozího provozovatele trhů na náměstí Republiky v Plzni, o vyjádření, jaká byla výše jeho příjmů z provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni na základě smlouvy uzavřené se zadavatelem, a současně Úřad požádal o zaslání fotokopie uvedené smlouvy.
24. Uvedené vyjádření spolu s fotokopií smlouvy bylo Úřadu doručeno dne 30. 7. 2013.
25. Usnesením č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-16651/2013/523/OPi ze dne 3. 9. 2013 byla zadavateli stanovena lhůta k vyjádření k podkladům doručeným vyřazeným uchazečem dne 30. 7. 2013 Úřadu. Zadavatel doručil své vyjádření ze dne 11. 9. 2013 Úřadu dne 12. 9. 2013.
26. Usnesením č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-22065/2013/523/OPi ze dne 12. 11. 2013 stanovil Úřad vyřazenému uchazeči lhůtu k provedení důkazu – zaslání fotokopií všech faktur, které byly fakturovány na základě smlouvy uzavřené dne 17. 3. 2009 mezi zadavatelem a vyřazeným uchazečem, a jejímž předmětem bylo zajištění provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni.
27. Dne 10. 12. 2013 vyřazený uchazeč doručil Úřadu podání, v němž pouze uvedl termíny a obsazenost konaných trhů v letech 2009 až 2012. Uvedené podání nebylo podkladem pro rozhodnutí.

### **IV. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 10. 6. 2013**

28. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 10. 6. 2013 uvádí, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, jejímž prostřednictvím se zavázal, že v ní uvedených termínech vybraný uchazeč získá od úřadu zadavatele zábor prostranství (zvláštní užívání). Na straně druhé vybraný uchazeč bude respektovat povinnosti ve smlouvě uvedené, které se týkaly zejména vzhledu stánků, tržního řádu a dalších, ekonomicky zcela podružných okolností.
29. Zadavatel rovněž uvádí, že samotná platba je založena na poplatku za užívání veřejného prostranství ve smyslu ustanovení § 4 zákona č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích,

v platném znění (dále jen „zákon o místních poplatcích“). Jeho samotná výše je pak stanovena vyhláškou statutárního města Plzně č. 2/2004, o místním poplatku za užívání veřejného prostranství, ve znění pozdějších novelizací, kde je v jejím čl. 6 odst. 1 písm. a) pro historické jádro stanovena při „krátkodobém záboru“ částka 30 Kč za každý i započatý m<sup>2</sup> a každý i započatý den k prodejním účelům.

30. Tento poplatek je dle zadavatele neměnný, odmyslíme-li možnou změnu vůle zastupitelstva města Plzně, vyjádřenou vyhláškou statutárního města Plzně, která by novelizovala stávající stav, a je stanoven stejným způsobem pro všechny podobné případy.
31. Zadavatel dále uvádí, že zábor veřejného prostranství samotný se pak řeší veřejnoprávním rozhodnutím, které podléhá správnímu řádu, zákonu č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, v platném znění, zákonu č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, v platném znění, zákonu č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, v platném znění, a ustanoveními dalších veřejnoprávních předpisů. Tyto aspekty pak byly zohledněny právě v příslušné smlouvě. Vybraný uchazeč se jim dobrovolně podrobil. Nejde tak o užívání na základě vůle soukromoprávního subjektu.
32. Zadavatel dále konstatuje, že osoba užívající veřejné prostranství neposkytuje obci (tj. ani zadavateli) žádné služby. To je z podstaty tohoto veřejnoprávního institutu vyloučeno. Naopak jsou tyto služby (lze-li je tak označit) v určitém směru poskytovány ze strany obce tomuto uživateli s povinnou reciprocitou platby místního poplatku.
33. Zadavatel ve svém vyjádření dále cituje ustanovení § 5 odst. 1, 2 koncesního zákona, § 11 odst. 2 koncesního zákona a § 16 odst. 1, 2, 6 koncesního zákona, z kterých dle zadavatele vyplývá, že smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem není koncesní smlouvou.
34. Dle zadavatele je ex lege zcela vyloučeno, aby výše poplatku byla podrobena jakékoli formě soutěže. To odporuje kogentním ustanovením § 4, § 14 a § 15 zákona o místních poplatcích, protože ten musí být stanoven v mezích zákona právním předpisem vyhlášeným obcí, který musí naplňovat veškeré principy pro jeho přijetí užité, resp. zejména jeho určitost.
35. Dle zadavatele tak není naplněna podmínka dle ustanovení § 11 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s ustanovením § 78 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Nelze totiž v takovém případě stanovit hodnotící kritéria využívající vztah užitné hodnoty a ceny, protože o cenu se nelze z podstaty institutu užívání veřejného prostranství a stanovení poplatku na něj daného zákonem a vyhláškou podrobit soutěži.
36. Dále pak službu, lze-li to tak nazvat, poskytuje zadavatel vybranému uchazeči, nikoliv naopak. Ten může užívat veřejné prostranství. Skutečnost, že musí být patrné, za jakým účelem jej bude užívat, vyplývá z povinností daných příslušnému obecnímu úřadu z veřejnoprávních předpisů, které byly výše vyjmenovány. Tím je pak, dle názoru zadavatele, popřen princip podle ustanovení § 16 odst. 1 koncesního zákona.
37. Dále pak rozhodnutí o záboru veřejného prostranství je veřejnoprávním institutem, tj. nemůže nikdy z podstaty věci podléhat režimu obchodního zákoníku, tj. soukromoprávní normě, protože cenu nelze smluvit, kdy cena díla je podstatnou náležitostí jakékoli smlouvy o dílo. Tím nelze naplnit ustanovení § 16 odst. 6 koncesního zákona.

38. Zadavatel dle svého vyjádření nenaplnuje svým počínáním ani žádnou veřejnou potřebu, jak vyžaduje koncesní zákon. Uplatňuje svým rozhodnutím svoji autoritu orgánu vykonávající přenesenou působnost, a to s odkazem zejména na ustanovení § 15 zákona o místních poplatcích.
39. Pokud by se měl uplatnit princip, že v řízení zkoumaný postup podléhá koncesnímu řízení, pak každá činnost provozovaná podnikatelem či jinou osobou, pokud by její součástí byl též zábor veřejného prostranství, by měla být podle této logiky dle zadavatele realizována na základě koncesní smlouvy, přičemž zadavatel ve svém vyjádření uvádí příklady těchto činností.
40. Zadavatel nepopírá, že jím uzavřená smlouva má některé (ale nikoli všechny podstatné) znaky koncesní smlouvy. Ty však vykazuje obdobně každá uzavřená smlouva o nájmu nebytových prostor mezi obcí jako majitelem nemovitosti a pronajímatelem na straně jedné a podnikatelem jako uživatelem na straně druhé. I v ní probíhají platby – nájemné, je zde prostor k využívání veřejného majetku – nebytového prostoru, kde podnikatel získává na své riziko v těchto prostorách nabídkou svého zboží či služeb opakovaný výnos a je zde i jisté riziko spojené s jeho činností, které je přenášeno na obec. Rozhodně však není koncesní smlouvou.
41. Nájemní smlouvu pak označil zadavatel za podstatnou zejména z toho důvodu, že je v principu a obsahově nejbližší smlouvě, kterou uzavřel s vybraným uchazečem (konec konců na počátku výběrového řízení byl využit nejbližší institut zveřejnění záměru podle § 39 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, v platném znění). Ta je dle jeho názoru inominátní smlouvou, která v sobě subsumuje záruku budoucího veřejnoprávního rozhodnutí o užívání veřejného prostranství ze strany vybraného uchazeče, a dále pak jeho závazku dodržovat při jeho užívání určitá pravidla.
42. Ze všech uvedených skutečností lze dle názoru zadavatele dovodit, že neuzavřel koncesní smlouvu a postup, který zvolil, nepodléhá koncesnímu zákonu.
43. Zadavatel dále dodává, že mu není známo, z čeho by měla vyplývat skutečnost, že výnos vybraného uchazeče za trvání smlouvy z realizace předmětu smlouvy bude převyšovat částku 20 000 000,- Kč bez DPH. V této souvislosti zadavatel odkazuje na § 5 odst. 2 koncesního zákona, kdy nemusí za v něm uvedených podmínek realizovat koncesní řízení.
44. Není-li prováděno koncesní řízení, nemůže být vznášeno ze strany potenciálního koncesionáře ani námitek (a contrario § 12 odst. 3 koncesního zákona), které lze podat toliko v koncesním řízení, a logicky se neuplatní ani princip zákazu uzavírání smlouvy v době, kdy běží lhůta pro vyřizování námitek, když tento institut není možné využít.
45. Zadavatel dále uvádí, že pro případ, že by měl postupovat podle koncesního zákona, naplnil realizací výběrového řízení veškeré parametry stanovené v § 3a koncesního zákona.
46. Zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil, protože nebyly naplněny podmínky pro jeho zahájení.

## **V. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 11. 9. 2013**

47. V reakci na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-16651/2013/523/OPi ze dne 3. 9. 2013, kterým byla zadavateli stanovena lhůta k vyjádření k podkladům doručených vyřazeným

uchazečem dne 30. 7. 2013 Úřadu, zadavatel doručil Úřadu dne 12. 9. 2013 vyjádření ze dne 11. 9. 2013, ve kterém uvádí, že podle ustanovení § 4 odst. 1 zákona o místních poplatcích se poplatek za užívání veřejného prostranství vybírá za zvláštní užívání veřejného prostranství, kterým se mj. myslí též umístění dočasných staveb a zařízení sloužících pro poskytování prodeje a služeb. Jelikož Úřad dle zadavatele zjevně setrvává na svém postoji, že v takovém případě se mají aplikovat principy koncesního řízení, ze zákona o místních poplatcích dle zadavatele toto nikterak nevyplývá, naopak podporuje svým obsahem postup zadavatele. Dále pak takový postup nelze dovodit dle zadavatele přímo či nepřímo ani z koncesního zákona.

48. Takové použití zákona by totiž vedlo dle zadavatele při výkladu ad absurdum k závěru, že při rozhodování o jakémkoliv záboru veřejného prostranství za účelem umístění stavby dočasné pro nabízení prodeje a služeb (a toto se týká víceméně jakéhokoliv jiného dalšího záboru veřejného prostranství či uplatnění zákona o místních poplatcích), by musela obec též zjišťovat, zda nebude nutné aplikovat koncesní zákon. Tj. musely by být zjišťovány potenciální budoucí příjmy podnikatele a v případě, že by přesáhly částku 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, musela by správní rozhodnutí o záboru veřejného prostranství směřovat vůči takovému subjektu, kdo uspěje v koncesním řízení. Takový postup je však z hlediska zákona i prosté logiky věci dle zadavatele vyloučen. Byl by tak popřen účel zákona o místních poplatcích i zákon koncesní. Navíc by vedl k nebývalému zatížení obce tímto formálním postupem, snížení příjmů obce, protože by logicky došlo ke snížení záboru veřejného prostranství a nevratnému zničení městského ruchu a života v ulicích obce. Bez takového záboru by totiž nebylo možné nabízet občanům i návštěvníkům obce např. možnost předzahrádky u restauračního zařízení.
49. Zadavatel dále uvádí, že nikde z právních předpisů nevyplývá, že výběru místního poplatku, resp. realizaci záboru veřejného prostranství, tj. aplikaci veřejnoprávní povinnosti, by zároveň obec uzavírala soukromoprávní smlouvu podle obchodního zákoníku. To je však dle zadavatele krucální s ohledem na ust. § 16 odst. 6 koncesního zákona a na ustanovení § 261 odst. 2 obchodního zákoníku.
50. K důkazům předloženým vyřazeným uchazečem zadavatel konstatuje, že nevypovídají o ničem zásadním v rámci předmětného správního řízení zejména z důvodu, že je předkládá osoba, která má zájem na výsledku řízení, a dále zadavatel namítá zjevnou nevěrohodnost tvrzení obsažených v dokumentu „Statistické údaje trhy v Plzni na náměstí Republiky“, je-li totiž cena za stánek, jak je prezentováno, vždy dělitelná stem, není možné v celkovém úhrnu dosáhnout ceny dělitelné toliko pěti (příjmy za rok 2009) či deseti (roky zbylé). Navíc není patrné, zda předkládaná výsledná cena je včetně či bez daně z přidané hodnoty.
51. Zadavatel rovněž považuje tvrzení za neprůkazná, jelikož data předložená ze strany vyřazeného uchazeče není možné nikterak ověřit (součástí vyjádření nejsou žádné faktury, které by osvědčovaly příjem vyřazeného uchazeče za užívání stánku jednotlivými podnikateli při trzích, daňová priznání či jiné relevantní a seriózní údaje).
52. Dále zadavatel uvádí, že podle čl. 4 odst. 1 smlouvy, kterou předložil vyřazený uchazeč, umisťoval v rámci trhů cca 20 ks velkých stánků a cca 30 ks malých stánků. Jiné množství smlouva nezná. Podle jeho vlastního vyjádření pak činil příjem za jeden trhový den za velký stánek částku 800 Kč a za malý stánek částku 400 Kč. Celkově tak mohl získat za den částku

28 000 Kč (800 Kč x 20 + 400 Kč x 30). Dále vyřazený uchazeč konstatuje, že za dobu trvání smlouvy bylo celkem 300 trhových dnů. Jeho příjem v celkovém úhrnu tedy nemohl být o příliš odlišný od částky 8 400 000 Kč (28 000 Kč x 300). On však přesto uvádí příjem více než 2,5 násobně vyšší.

53. Zadavatel rovněž Úřadu předložil sdělení odboru finančního Úřadu zadavatele, který administruje příjem z místního poplatku za zábor veřejného prostranství, v kterém bylo uvedeno, že ve věci úhrady vyřazeného uchazeče na roky 2009 až 2013 se jedná o částku 1 988 340 Kč. K tomu zadavatel také uvedl, že již z její výše, poplatku trhových dnů a výše poplatku za 1 m<sup>2</sup> lze dovodit, že nebylo možné dosáhnout u vyřazeného uchazeče příjmu převyšujícího 20 000 000 Kč za 4 roky trvání smlouvy.
54. Na základě uvedeného má tedy zadavatel za to, že se nedopustil porušení koncesního zákona a setrvává na svém názoru, že správní řízení by mělo být zastaveno.

## VI. ZÁVĚR ÚŘADU

55. Úřad přezkoumal na základě § 24 koncesního zákona a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení správního řízení podle § 24f písm. f) koncesního zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### Pojmové znaky koncesní smlouvy

56. 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.
57. Podle § 16 odst. 2 koncesního zákona 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.
58. K pojmu „koncesní smlouva“ Úřad v obecné rovině uvádí, že tímto pojmem se rozumí taková smlouva, která naplňuje znaky koncesní smlouvy, a to na základě práv a povinností smluvních stran, uvedených v ust. § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona.
59. Za závazek koncesionáře se považuje poskytování služby nebo provedení díla, přičemž službou je třeba rozumět vše, co nespadá pod dílo anebo pod dodávku (uvedené vychází z klasifikace veřejných zakázek podle druhu dle zákona o veřejných zakázkách), avšak je nutné uvést, že poskytování veřejných služeb není základním znakem koncesní smlouvy, jelikož koncesní smlouva je obecná, může se týkat v podstatě jakékoli činnosti, kterou zadavatel vykonává.
60. Závazek zadavatele přitom spočívá v tom, že umožní koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Jinak řečeno, koncesionář poskytne zadavateli plnění a zadavatel umožní koncesionáři realizovat užitek z jím poskytnutého plnění, přičemž právo brát užitky je základním znakem koncesní smlouvy, jak vyplývá z ust. § 16 odst. 1 koncesního zákona.
61. Tento pojmový znak je typicky naplněn tehdy, když koncesionář vybírá platby (užitky) od koncových uživatelů. Avšak uvedený pojmový znak lze chápat i v širším měřítku,



tzn., že platby od koncových uživatelů může vybírat přímo zadavatel, přičemž tyto platby jsou přes zadavatele pouze distribuovány koncesionáři, pro kterého se pak stávají jeho příjmem.

62. Dalším znakem koncesní smlouvy je (jak vyplývá z ust. § 16 odst. 2 koncesního zákona), že podstatnou část rizik spojených s braním užitků nese koncesionář, přičemž riziko je nutné chápat jen a pouze v ekonomické souvislosti, tedy jako riziko výnosnosti (koncesionář při realizaci předmětu koncesní smlouvy nedosáhne takového zisku, který by odpovídal předpokládanému zisku vypočtenému na základě předpokládaného příjmu koncesionáře, a to na základě faktorů, které nelze ovlivnit – např. inflace, vývoj HDP, pokles poptávky apod.). Riziko spojené s poskytováním služeb nebo z využívání provedeného díla musí nutně nést z převážné míry koncesionář.
63. Pokud odměna koncesionáře spočívá v pevné platbě od zadavatele nebo pokud má koncesionář zadavatelem garantováno, že případné výpadky v jeho příjmu budou kompenzovány, nejedná se o koncesní smlouvu.
64. Pokud výše uvedené pojmové znaky koncesní smlouva nenaplňuje, nejedná se v takovém případě o koncesní smlouvu ve smyslu § 16 koncesního zákona.

*Závazek koncesionáře poskytovat služby nebo provést dílo*

65. V čl. 2 smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je uvedeno:  
*„Předmětem této smlouvy je zajištění provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni a to podle platných předpisů, rozhodnutí správních orgánů a provozních řádů citovaných v této smlouvě.“*
66. V čl. 4 odst. 1 smlouvy je uvedeno:  
*„Provozovatel má po dobu účinnosti této smlouvy právo provozovat trhy na náměstí Republiky v Plzni, a to pouze v prostoru, který je přesně vymezen a zakreslen na situačním plánu, jenž tvoří jako příloha č. 1 nedílnou součást této smlouvy. Provozovatel je oprávněn vlastním jménem a na vlastní účet zajistit jednotlivé prodejce, včetně doprovodného programu při konání trhu. Dle plánu budou rozmístěny celodřevěné stánky, vyrobené dle schválení MO Plzeň 3 a jejich minimální počet v tomto prostoru bude 50 stánků (3x2 m). Případný větší počet stánků na ploše náměstí Republiky bude nahlášen předem a včas konzultován s příslušnými pracovníky MO Plzeň 3.“*
67. Z uvedeného je tedy zcela zřejmé, že vybraný uchazeč na základě předmětné smlouvy poskytuje zadavateli služby formou zajištění provozování trhů na náměstí Republiky v Plzni, jak vyplývá z čl. 2 a čl. 4 odst. 1 smlouvy.
68. Úřad tedy konstatuje, že podmínka pro naplnění pojmového znaku koncesní smlouvy spočívající v závazku koncesionáře poskytovat služby je vzhledem k výše uvedenému naplněna.

*Závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb*

69. V čl. 6 odst. 1 smlouvy je uvedeno:

*„Provozovatel je oprávněn vybírat svým jménem a na svůj účet od prodejců poplatek za každý využívaný stánek a každý tržní den. Poplatek zahrnuje zejména veškeré prokazatelné přímé a režijní náklady provozovatele, týkající se činnosti, která je předmětem této smlouvy.“*

70. Z uvedeného ustanovení smlouvy dle Úřadu vyplývá, že vybraný uchazeč kromě toho, že od prodejců vybírá poplatek zahrnující přímé a režijní náklady, tak mu rovněž v rámci poplatku za každý využívaný stánek a každý tržní den plyne příjem od prodejců.
71. S ohledem na výše uvedené Úřad tedy konstatuje, že předmětná smlouva naplňuje i druhou podmínku stanovenou v § 16 odst. 1 koncesního zákona, tedy že zadavatel umožnil vybranému uchazeči brát užitky vyplývající z poskytování služeb.

*Podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nese koncesionář*

72. V čl. 4 odst. 2 smlouvy je uvedeno:

*„K tomuto účelu je provozovatel povinen požádat na své náklady Odbor dopravy a životního prostředí ÚMO Plzeň 3 o povolení užívat veřejné prostranství a je povinen respektovat a splnit podmínky stanovené v tomto rozhodnutí.“*

73. V čl. 4 odst. 11 smlouvy je uvedeno:

*„Provozovatel je povinen zajistit na vlastní náklady informovanost veřejnosti o konání jednotlivých trhů ve sdělovacích prostředcích.“*

74. V čl. 6 odst. 2 smlouvy je uvedeno:

*„Provozovatel je povinen hradit MO Plzeň 3 místní poplatky ze záboru veřejného prostranství ve smyslu platné vyhlášky města Plzně o poplatku za užívání veřejného prostranství.“*

75. Z ustanovení čl. 4 odst. 2, 1 a čl. 6 odst. 1, 2 dle Úřadu jednoznačně vyplývá, že vybraný uchazeč nese převážnou část rizik spojených s braním užitků, jelikož musí na své náklady požádat o povolení užívat veřejné prostranství, musí hradit poplatky ze záboru veřejného prostranství, vybírá poplatek od prodejců zahrnující zejména přímé a režijní náklady a rovněž musí hradit náklady na zajištění informovanosti veřejnosti o konaných trzích.
76. Vybraný uchazeč rovněž nese riziko spojené s obsazeností stánků prodejci, jelikož v případě, kdy by vybraný uchazeč nezajistil plnou obsazenost těchto stánků, znamenalo by to pro vybraného uchazeče výpadek v jeho příjmech, přičemž ze smlouvy nevyplývá, že by případný výpadek příjmů vybraného uchazeče byl jakkoliv kompenzován ze strany zadavatele.
77. S ohledem na výše uvedené Úřad tedy konstatuje, že předmětná smlouva naplňuje i třetí pojmový znak koncesní smlouvy vyplývající z ustanovení § 16 odst. 2 koncesního zákona, tedy že podstatnou část rizik spojenou s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nese koncesionář.
78. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že smlouva uzavřená dne 20. 2. 2013 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem naplňuje pojmové znaky koncesní smlouvy vyplývající z ustanovení § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona.
79. Po úplnost Úřad uvádí k argumentům zadavatele následující.
80. Úřad nerozporuje tvrzení zadavatele ohledně „funkčnosti“ poplatku za užívání veřejného prostranství. Úřad citoval v přípise č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ- 9972/2013/523/OPi ze dne

29. 5. 2013 (oznámení o zahájení správního řízení) čl. 4 odst. 2 smlouvy z důvodu, že poplatek za užívání veřejného prostranství je jedním z rizik, jež nese vybraný uchazeč (koncesionář), jelikož dle smlouvy je povinen na své náklady požádat Odbor dopravy a životního prostředí Úřadu zadavatele o povolení užívat veřejné prostranství.

81. Úřad se již však neztotožňuje s názorem zadavatele, že osoba užívající veřejné prostranství neposkytuje obci (zadavateli) žádné služby. Ze znění smlouvy je zřejmé, že vybraný uchazeč poskytuje službu zadavateli tím, že pro něj zajišťuje realizaci trhů v průběhu roku.
82. Úřad dále spatřuje názor zadavatele, že je vyloučeno, aby výše poplatku byla podrobena jakékoliv formě soutěže a rovněž, že nelze stanovit hodnotící kritéria využívající vztah užitné hodnoty a ceny, za bezpředmětný, jelikož takový názor, že by výše poplatku za užívání veřejného prostranství měla být podrobena soutěži, v rámci předmětného správního řízení Úřad nevyjádřil.
83. S ohledem na uvedené tedy spatřuje Úřad rovněž za bezpředmětný argument zadavatele, že každá činnost provozovaná podnikatelem či jinou osobou, pokud by její součástí byl též zábor veřejného prostranství, by měla být realizována na základě koncesní smlouvy, jelikož jak již bylo uvedeno výše, poplatek za užívání veřejného prostranství je pouze jedním z rizik, jež nese vybraný uchazeč. Podstatné a rozhodující je to, že na základě předmětné smlouvy zajišťuje vybraný uchazeč pro zadavatele provozování trhů (poskytuje tedy službu), zadavatel umožňuje vybranému uchazeči brát užitky z poskytování služby – provozování trhů (viz čl. 6 odst. 1 předmětné smlouvy) a vybraný uchazeč nese podstatnou část rizik spojených s braním užitků (čl. 4 odst. 2, 1 a čl. 6 odst. 1, 2 smlouvy).

#### **Předpokládaný celkový příjem koncesionáře**

84. Podle § 5 odst. 2 koncesního zákona nemusí zadavatel postupovat podle této části zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 3a koncesního zákona.
85. Podle § 2 odst. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška č. 217/2006 Sb.“), 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.
86. Podle § 2 odst. 2 vyhlášky č. 217/2006 Sb. se předpokládaný příjem koncesionáře vyčísluje k počátku předpokládané platnosti koncesní smlouvy.
87. Vzhledem k tomu, že zadavatel uzavřel předmětnou smlouvu na základě výběrového řízení v režimu dle ustanovení § 281 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, nikoliv tedy v režimu koncesního zákona, nezjišťoval zadavatel předpokládaný celkový příjem koncesionáře (jak stanoví § 4 koncesního zákona).
88. Předmětná smlouva byla uzavřena zadavatelem s vybraným uchazečem na dobu neurčitou (čl. 8 odst. 1 smlouvy).
89. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že ačkoliv dospěl k závěru, že předmětná smlouva naplňuje pojmové znaky koncesní smlouvy dle § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona,

nebylo možné na základě vyžádaných a doložených podkladů zjistit dostatek informací ohledně předpokládaného celkového příjmu koncesionáře. Zadavatel před uzavřením smlouvy nezjišťoval předpokládaný příjem koncesionáře, neboť předmětnou smlouvu nepovažoval za smlouvu koncesní. Ač tedy měl zadavatel s ohledem na skutečnost, že se jedná o koncesní smlouvu zjišťovat, zda předpokládaný příjem koncesionáře nepřesáhne částku 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, neučinil tak a uzavřel dle příslušných ustanovení obchodního zákoníku smlouvu na dobu neurčitou. Výše předpokládaného příjmu koncesionáře je však zásadní pro zodpovězení otázky, zda je zadavatel povinen zadávat smlouvu v rámci koncesního řízení podle zákona či nikoliv. V průběhu správního řízení si Úřad vyžádal veškeré relevantní dokumenty, jakož i předložení faktur za předmětné období, z nichž by bylo možné důvěryhodným způsobem zjistit, v jakém rozsahu se příjmy provozovatele trhů v uplynulém období pohybovaly. Částky a údaje, které tvoří obsah dokumentů, však nemají průkaznou hodnotu, nejsou dostatečně podloženy účetními materiály a doklady, a proto nelze na jejich základě stanovit přezkoumatelným způsobem výši předpokládaného příjmu koncesionáře, jelikož vyřazený uchazeč doručil dne 30. 7. 2013 Úřadu podání, v němž pouze uvedl své příjmy za roky 2009 až 2012, kdy byl provozovatelem trhů na náměstí Republiky v Plzni, avšak nepodložené účetními doklady, a v rámci podání doručeného Úřadu dne 30. 12. 2013 vyřazený uchazeč pouze uvedl obsazenost stánků v letech 2009 až 2012 spolu s termíny konání jednotlivých trhů v průběhu let 2010 až 2012. Vzhledem k tomu, že se nepodařilo průkazným způsobem zjistit, zda měl zadavatel postupovat dle pravidel pro koncesní řízení obsažených v zákoně, neboť nelze s jistotou konstatovat předpokládanou výši příjmu koncesionáře, nemohl Úřad přistoupit k uložení sankce za spáchání správního deliktu.

90. Úřad rovněž uvádí, že správní orgán může konstatovat spáchání správního deliktu a uložit sankci za jeho spáchání pouze v případě, že byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Nelze se spokojit s tím, že se subjekt správního deliktu pravděpodobně dopustil. Není-li mimo jakoukoliv pochybnost prokázáno, že byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty, nemůže Úřad učinit závěr, že byl spáchán správní delikt. Uvedené vyplývá z trestněprávní zásady *in dubio pro reo*, která se podle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek sp. zn. 7 As 15/2013 ze dne 11. 7. 2013) užije rovněž pro oblast správního trestání. V souladu s touto zásadou proto není-li v řízení dosaženo praktické jistoty o existenci relevantních skutkových okolností, tj. jsou-li přítomny důvodné pochybnosti ve vztahu ke skutku či osobě pachatele, jež nelze odstranit ani provedením dalšího důkazu, je nutno rozhodnout ve prospěch obviněného.
91. Jelikož tedy na základě doložených dokumentů, které jsou součástí správního spisu, nebylo možné průkazným způsobem zjistit předpokládanou výši příjmu koncesionáře za dobu trvání předmětné smlouvy, která by v případě překročení částky 20 mil. Kč bez DPH zakládala povinnost zadavatele postupovat v režimu koncesního zákona, a zadavatel se tedy nemohl dopustit žádného z projednávaných deliktů (nebyla prokázána povinnost postupovat podle koncesního zákona), rozhodl Úřad v souladu se zásadou *in dubio pro reo* o zastavení správního řízení zahájeného z moci úřední podle § 24f písm. f) koncesního zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **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, 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**

JUDr. Robert Varga, advokát, Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň

### **Vypraveno dne**

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