



UOHSX008YQMK

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.: ÚOHS-R0240/2016/VZ-46999/2016/322/KBe/DRu

Brno 25. Listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 19. 9. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 28. 4. 2016 JUDr. Jaromírem Císařem, advokátem, ev. č. ČAK 07145, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, IČO 48118753, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4,

proti výroku II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-36760/2016/543/MPr ze dne 2. 9. 2016 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, při uzavření dodatku č. 9 ze dne 30. 10. 2013 ke „**Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost**“ ze dne 31. 1. 1997 se společností RENCAR PRAHA, a.s., IČO 00506397, se sídlem Rohanské nábřeží 678/25, 186 00 Praha 8,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) v návaznosti na § 90 odst. 5 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:

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-36760/2016/543/MPr ze dne 2. 9. 2016

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Výběr koncesionáře a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 31. 1. 1997 uzavřel zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 28. 4. 2016 JUDr. Jaromírem Císařem, advokátem, ev. č. ČAK 07145, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, IČO 48118753, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“) se společností RENCAR PRAHA, a. s., IČO 00506397, se sídlem Rohanské nábřeží 678/25, 186 00 Praha 8 (dále jen „**koncesionář**“) „Smlouvu o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ (dále jen „**smlouva**“).
2. Dne 19. 10. 2009 uzavřel zadavatel s koncesionářem konsolidované a upravené znění smlouvy. Dle článku I. „Předmět a účel smlouvy“ bodu 1. konsolidovaného znění smlouvy *„DP Praha touto smlouvou přenechává Rencaru plochy v či na majetku DP Praha, které jsou způsobilé být reklamním nosičem, jejich příslušenství či součásti, není-li dále v této smlouvě stanoveno jinak, jejichž je výlučným či většinovým vlastníkem (lze-li to po něm spravedlivě požadovat), a to za účelem jejich reklamního využití ze strany Rencaru, tedy k provozování reklamy v či na reklamních nosičích či k provozování či umístování jiných reklamních zařízení, nejsou-li jednotlivé movité či nemovité věci ve vlastnictví DP Praha z možnosti využití k reklamním účelům dohodou smluvních stran vyloučeny (čl. I. odst. 5 níže), či nevyplývá-li nemožnost jejich reklamního využití z povahy takovéto plochy, či z ustanovení příslušných obecně závazných právních předpisů (dále jen „reklamní plochy“).“* V článku I. „Předmět a účel smlouvy“ bodu 6. konsolidované smlouvy je dále mj. uvedeno, že zadavatel přenechá koncesionáři k reklamnímu využití elektronický projekční informační systém instalovaný ve vybraných stanicích metra.
3. Dne 30. 10. 2013 zadavatel uzavřel s koncesionářem dodatek č. 9 ke smlouvě (dále jen „**dodatek č. 9**“), jehož předmět vyplývá z bodu 2 „ÚČEL A PŘEDMĚT DODATKU“ dodatku č. 9, dle kterého *„předmětem tohoto Dodatku je nová úprava vzájemných práv a povinností Smluvních stran vyplývajících pro ně ze Smlouvy Rencar; a to zejména z důvodu zajištění budoucího rozvoje digitální reklamy a prosazování digitalizace reklamy v pražské hromadné dopravě“*.
4. Dne 29. 4. 2016 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení,

ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní zákon**“)¹, příslušný k dohledu nad dodržováním koncesního zákona, podnět k přezkoumání postupu zadavatele při výběru koncesionáře. Po přezkoumání doručené dokumentace získal Úřad pochybnost o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem koncesní zákon, a proto dne 30. 5. 2016 zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona zadavatelem.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 2. 9. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-36760/2016/543/MPr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 koncesního zákona, když dne 30. 10. 2013 uzavřel s koncesionářem dodatek č. 9 ke smlouvě, která je koncesní smlouvou podle § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona s předpokládaným příjmem koncesionáře vyšším než 20 000 000 Kč, aniž by tohoto koncesionáře vybral v koncesním řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
7. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání správního deliktu pokutu ve výši 1 000 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

8. Dne 19. 9. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne směřující proti výroku II. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 2. 9. 2016. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
9. Rozklad zadavatele směřuje pouze proti výroku o pokutě, kterou považuje za nepřiměřeně vysokou. Zadavatel namítá, že Úřad v rámci uložení pokuty nezohlednil další relevantní skutečnosti, zejména nepřihlédl ke specifické povaze smlouvy, která se značně odlišuje od klasických koncesních smluv, jelikož podle stávající rozhodovací praxe Úřadu koncesní smlouvy typicky směřují k naplnění veřejných potřeb, což v případě smlouvy není *a priori* naplněno.
10. Dle zadavatele existuje pouze chudá rozhodovací praxe Úřadu ke koncesním smlouvám, tedy zadavatel neměl k dispozici dostatek zdrojů ke správnému vyhodnocení, zda je smlouva koncesní smlouvou, která musí být uzavírána v režimu koncesního zákona. Zadavatel tak namítá, že se nejednalo o úmyslné porušení zákona.
11. Zadavatel dále namítá, že je pokuta nepřiměřeně vysoká v porovnání s pokutami uloženými v obdobných případech. K tomu zadavatel odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na koncesní zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného koncesního řízení ve smyslu ust. § 6 koncesního zákona v návaznosti na čl. II zákona č. 30/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon) a čl. IV. zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů ve věci koncesní smlouvy, jejíž koncesionář má být vybrán v koncesním řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 2 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

23025/2013/522/LKo, č.j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo a č.j. ÚOHS-R133/2008/02-22047/2008/310-AS a namítá, že Úřad porušil zásadu legitimního očekávání a zásadu rovného zacházení.

12. Dle zadavatele Úřad při ukládání pokuty „nesprávně určil předpokládanou hodnotu výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy ve smyslu § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, tj. předpokládanou hodnotu výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy. Úřad při uložení pokuty vyšel z částky 25 mil. ročně, což je částka, která odpovídá výdajům vynaloženým na realizaci předmětu koncesní smlouvy za dobu jednoho roku. Jelikož předmětem přezkumu ze strany Úřadu byl toliko postup zadavatele při uzavírání dodatku č. 9 Smlouvy, měl by Úřad při stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy vyjít toliko z předpokládané hodnoty výdajů vynaložených na realizaci dodatku č. 9.
13. Dále zadavatel namítá, že Úřad nedostatečně zohlednil skutečnost, že zadavatel na možné porušení koncesního zákona sám upozornil.

Závěr rozkladu

14. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu změnil výrok II. napadeného rozhodnutí tak, že se od uložení pokuty upouští, eventuálně aby změnil výrok II. napadeného rozhodnutí tak, že pokutu výrazně sníží.

IV. Řízení o rozkladu

15. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil podle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona pokutu ve výši 1 000 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
18. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu zadavatele.

V. K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

19. Rozklad zadavatele směřuje pouze do výroku II. napadeného rozhodnutí, přičemž výrok I. nebyl rozkladem zadavatele napaden.
20. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
21. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 koncesního zákona. Výrokem II. napadeného rozhodnutí, který je napaden rozkladem zadavatele, Úřad zadavateli uložil za spáchání správního deliktu pokutu ve výši 1 000 000 Kč.
22. Přestože výrok II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty za spáchání správního deliktu zadavatele neobstojí bez výroku I. napadeného rozhodnutí, který je výsledkem úvah o nedodržení postupu stanoveného koncesním zákonem pro výběr koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy zadavatelem, je zřejmé, že výrok I. napadeného rozhodnutí, jakožto výrok o vině, samostatně obstojí. Výrok I. není závislý na výroku II. a z tohoto pohledu s ním tak netvoří nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že rozkladem nenapadený výrok I. napadeného rozhodnutí nabyl samostatně právní moci, nemohla vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výrokem I. napadeného rozhodnutí bylo rozhodnuto o nedodržení koncesního zákona zadavatelem, přičemž zadavatel, jakožto jediný účastník tohoto správního řízení, proti výroku I. napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil a zároveň výslovně uznal své pochybení.
23. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí nebylo co do výroku I. v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výrok I. napadeného rozhodnutí nabyl dne 20.9.2016 samostatně právní moci. Přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v části týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí vyloučen.

VI. K námitkám rozkladu

24. V úvodu k odůvodnění pokuty je třeba podotknout, že se stále zpřísňují požadavky soudu na odůvodnění pokuty v rozhodnutích Úřadu, jak je patrné z rozsudků Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“). Mám přitom za to, že Úřad těmto požadavkům krajského soudu dostal, jak dále odůvodňuji níže.
25. Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Ca 27/2009 ze dne 28. 4. 2011 konstatoval, že „*správnímu orgánu je při ukládání pokuty dána volnost správního uvážení, avšak současně je vázán základními principy správního uvážení (...) mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost podle § 3 odst. 4 správního řádu. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit,*

ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu“.

26. Při posuzování uložené pokuty je třeba vycházet z mantinelů, které v tomto směru vymezuje koncesní zákon, konkrétně pak § 27b odst. 2, dle něhož hlavním kritériem rozhodným pro určení výměry pokuty je závažnost spáchaného správního deliktu. Demonstrativním výčtem pak zákonodárce v témže ustanovení toto hlavní kritérium definuje, kdy uvádí, že je třeba přihlédnout zejména ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. Dle názoru Nejvyššího správního soudu vysloveného v rozsudku č. j. 6 As 34/2008-54 ze dne 30. 4. 2009 „*obsahuje-li zákonné ustanovení (v případě tohoto rozsudku se jednalo o § 67 odst. 2 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech) pouze příkladný výčet hledisek, ke kterým je správní orgán při stanovení výše pokuty povinen přihlédnout, pak takováto právní úprava váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí zabývat vždy.*“ Z výše uvedeného tedy jednoznačně vyplývá a tento závěr potvrzuje mimo jiné i další rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 106/2012-45 ze dne 6. 6. 2013, že rozhodnými kritérii pro určení závažnosti správního deliktu, kterými se správní orgán musí v každém případě zabývat, jsou právě ta tři kritéria stanovená zákonem. Správní orgán je přitom samozřejmě oprávněn nad rámec těchto přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, jak vyplývá z citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 106/2012-45 ze dne 6. 6. 2013, případné zohlednění těchto kritérií však spadá do rámce správního uvážení příslušného správního orgánu.
27. Jak je patrné z bodů 94. až 98. odůvodnění napadeného rozhodnutí, zabýval se Úřad každým z výše uvedených kritérií závažnosti správního deliktu, a také polehčujícími a přitěžujícími okolnostmi, které vedly ke zmírnění či zpřísnění nebezpečnosti jeho jednání. Úřad v napadeném rozhodnutí při stanovení výše pokuty přihlédl rovněž k ekonomické situaci zadavatele a výslovně v bodu 98. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že uložená pokuta nemá likvidační charakter.
28. Dle zadavatele však měl Úřad zohlednit jako další relevantní skutečnost specifickou povahu koncesní smlouvy resp. dodatku č. 9. Koncesní smlouvy totiž dle zadavatele směřují typicky k naplnění veřejných potřeb, což v tomto případě není *a priori* naplněno. K tomu uvádím, že § 16 odst.1 koncesního zákona definuje koncesní smlouvu jako vztah, mezi koncesionářem a zadavatelem, kdy se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování těchto služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Znakem koncesní smlouvy dle koncesního zákona není podmínka, aby služby resp. dílo, jež jsou jejím předmětem, směřovaly k uspokojování veřejných potřeb. Skutečnost, zda tedy předmět plnění koncesní smlouvy ve znění dodatku č. 9 směřuje k naplnění veřejných potřeb či nikoli, není z hlediska výše ukládané pokuty rozhodná.
29. V rozkladu zadavatel namítá, že s ohledem na chudou rozhodovací praxi Úřadu, potažmo soudů, v oblasti koncesí, neměl zadavatel k dispozici dostatek relevantních zdrojů k výkladu § 16 koncesního zákona a z jeho strany se nejednalo o úmyslné porušení norem koncesního zákona. K této námitce uvádím, že odpovědnost za správní delikty podle koncesního zákona

je založena na objektivním principu, což znamená, že osoba, která svým jednáním naplnila znaky správního deliktu, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění. Zavinění coby vnitřní, psychický vztah pachatele k jeho jednání a ke spáchanému následku je tedy pro vznik tohoto druhu odpovědnosti irelevantní okolností. K tomu odkazují např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 110/2012 ze dne 4. 9. 2012 nebo např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, kde je uvedeno, že „*zadavatel je ten, kdo nese objektivní odpovědnost, tedy založenou bez ohledu na zavinění (srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 26. 1. 2006, č. j. 11 Ca 216/2005-41 a ze dne 23. 3. 2006, č. j. 8 Ca 8/2004-51).*“

30. Shodně se k charakteru deliktní odpovědnosti vyjádřil i krajský soud, který ve svém rozsudku č. j. 30 Af 81/2013 – 77 ze dne 7. 12. 2015 uvedl, že „*V případě porušení ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se jedná o objektivní odpovědnost. Není proto zapotřebí zkoumat, zda k porušení zákona došlo úmyslně či z nedbalosti*“, přičemž tento rozsudek potvrdil Nejvyšší správní soud rozsudkem č. j. 7 As 7/2016 – 47 ze dne 11. 2. 2016, v němž doplnil: „*Odpovědnost za správní delikt podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je odpovědností objektivní, a z hlediska znaků skutkové podstaty tohoto správního deliktu proto není vůbec podstatné, zda stěžovatel zamýšlel omezit volnou soutěž a diskriminovat některé uchazeče, či nikoliv (...)* Opět je přitom nutno poukázat na to, že se zde jedná o objektivní odpovědnost, a není tudíž podstatné, zda o svém pochybení zadavatel při uzavírání smlouvy skutečně věděl.“ Ačkoli se tyto rozsudky přímo týkají jednání zadavatele podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jsou závěry týkající se deliktní odpovědnosti zadavatele přiléhavě aplikovatelné rovněž pro koncesní řízení. Ať už tedy v době spáchání deliktního jednání zadavatelem relevantní rozhodovací praxe Úřadu existovala či nikoli, je odpovědností zadavatele, že postupoval mimo rámec koncesního zákona.
31. Této objektivní odpovědnosti se může zadavatel zprostit pouze z důvodů uvedených v § 27b odst. 1 koncesního zákona, který uvádí tzv. liberační důvody, a dle něhož právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Zadavatel však nijak neprokázal a ani netvrdil, že by takové liberační důvody existovaly, když bez dalšího uvedl, že koncesní zákon neporušil úmyslně, což však s odkazem na objektivní odpovědnost právnických osob za správní delikt není liberačním důvodem podle § 27b odst. 1 koncesního zákona.
32. Z hlediska namítané nezákonnosti a nesprávnosti neobstojí ani rozkladová námitka týkající se toho, že Úřad nedostatečně zohlednil skutečnost, že zadavatel sám dobrovolně upozornil Úřad na možné porušení koncesního zákona. Tento postup nelze považovat za účinnou snahu zadavatele o nápravu chybného postupu a nikterak nemůže zhojit porušení koncesního zákona zadavatelem spočívající v ignoraci zákonných ustanovení a uzavření koncesní smlouvy bez splnění podmínek koncesního zákona. K této skutečnosti lze přihlídnout při určení výše pokuty pouze jako k polehčující okolnosti, což však Úřad výslovně učinil v bodu 96. napadeného rozhodnutí.
33. Zadavatel dále brojí proti porušení zásady legitimního očekávání a namítá, že výše Úřadem uložené pokuty je nepřiměřená v porovnání s pokutami uloženými Úřadem v obdobných případech v minulosti. K této námitce uvádím následující

34. Zásada legitimního očekávání, jejíž porušení zadavatel namítá, je upravena v § 2 odst. 4 správního řádu, dle kterého správní orgán dbá, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Zásadou legitimního očekávání se opakovaně zabýval Nejvyšší správní soud. V usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 Ads 88/2006 ze dne 21. 7. 2009 je uvedeno, že *„správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů“*. Ve svém rozsudku sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010 pak Nejvyšší správní soud konstatoval, že zásada legitimního očekávání slouží *de facto* k ochraně takové dobré víry účastníků řízení, která jim vznikne do okamžiku předmětného jednání, které je následně posuzováno správním orgánem.
35. V rozsudku sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010 Nejvyšší správní soud dále konstatoval, že existenci legitimního očekávání účastníka je nutné dále posoudit k okamžiku vydání rozhodnutí správního orgánu. Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku konkrétně dospěl k závěru, že *„pokud v okamžiku rozhodování správního orgánu existují jiná jeho rozhodnutí pojednávající o skutkově týchž či obdobných případech, je nutno chránit víru účastníků, že správní orgán bude také v jejich případech rozhodovat stejným způsobem“*.
36. V návaznosti na požadavek vycházející z § 2 odst. 4 správního řádu a její výše shrnutý výklad učiněný Nejvyšším správním soudem jsem proto nejdříve posoudil, zda zadavateli svědčilo tvrzené legitimní očekávání ohledně zákonnosti jeho postupu při stanovení výše pokuty.
37. Zadavatelem odkazovaná věc, o níž bylo rozhodnuto rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo ze dne 25. 11. 2013 se však od právě přezkoumávaného případu liší skutkovými okolnostmi. V předmětném případě se tamní zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 koncesního zákona, když dne 15. 8. 2011 uzavřel se společností Sokolovská uhelná smlouvu o nájmu rozvodného tepelného zařízení, aniž by provedl koncesní řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zásadní odlišnost obou případů však lze spatřovat ve způsobu spáchání správního deliktu. V odkazovaném případě totiž tamní zadavatel vyvěsil záměr pronájmu alespoň na své úřední desce od 12. 7. 2011 do 30. 7. 2011, a obdržel 7 nabídek dodavatelů, které následně posuzoval, a nedošlo tedy k absolutnímu vyloučení hospodářské soutěže o uzavření koncesní smlouvy. Jak ovšem uvedl Úřad v bodu 95. napadeného rozhodnutí, spočívalo v právě přezkoumávaném případě jednání zadavatele v úplné ignoraci koncesního zákona. Zadavatel předem svůj záměr uzavřít koncesní smlouvu neuveřejnil, neprováděl posouzení vícero nabídek a bez dalšího uzavřel koncesní smlouvu s koncesionářem. Ačkoli tedy horní hranice možné výše uložené pokuty v odkazovaném případě sice dosahovala obdobné výše jako v případě právě posuzovaném, přičemž skutečně uložená pokuta tam činila „pouze“ 300 000 Kč, lišil se odkazovaný případ ve skutkových okolnostech deliktního jednání velmi výrazně. V souladu s § 2 odst. 4 správního řádu však může legitimní očekávání vzniknout jen ve vztahu ke skutkově shodným nebo obdobným případům.
38. Obdobně odkazoval zadavatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S39/2010/VZ-5458/2010/540/KKo ze dne 30. 6. 2010, jímž Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) koncesního zákona v tehdy platném znění tím, že při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 19. 4. 2007 ke koncesní smlouvě uzavřené

dne 28. 12. 2006 nepostupoval podle části druhé koncesního zákona a nevybral koncesionáře v koncesním řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, čímž podstatně omezil okruh případných dodavatelů a výrazně tak narušil soutěžní prostředí. Bez toho aniž bych porovnával skutkové okolnosti obou případů, liší se odkazovaný případ od případu posuzovaného už jen předpokládanou hodnotou předmětu koncesní smlouvy, která je rozhodná při určení horní hranice možné výše uložené pokuty. V případě věci vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S39/2010/VZ činila horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky), tj. částku 1 020 251 Kč. Horní hranice možné pokuty v právě posuzovaném případě však po zaokrouhlení činí částku 22 083 333 Kč. Z výše uvedeného vyplývá, že ve věci sp. zn. ÚOHS-S39/2010/VZ uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 14,7 % její horní hranice a v právě přezkoumávané věci ve výši 4,52 % horní hranice pro její možné uložení. Už z tohoto důvodu tak není pravdivé tvrzení zadavatele, že Úřadem uložená pokuta je nepřiměřená v porovnání s pokutami uloženými v obdobných případech.

39. Rovněž pak v porovnání s věcí správního řízení, o níž bylo Úřadem rozhodnuto rozhodnutím č. j. ÚOHS-S116/2008/VZ-12377/2008/530/RP ze dne 30. 6. 2008 tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) koncesního zákona, v tehdy platném znění, neboť nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 tohoto zákona, když při výběru koncesionáře nepostupoval v koncesním řízení s tím, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr koncesionáře (které bylo potvrzeno zadavatelem odkazovaným rozhodnutím č. j. ÚOHS-R133/2008/02-22047/2008/310-AS ze dne 6. 11. 2008), nebyla výrokem II. napadeného rozhodnutí uložena pokuta v nepřiměřené výši. V tamním případě činila horní hranice možné výše pokuty 1 122 172 Kč. Úřad přitom ve zde odkazovaném případě uložil tamnímu zadavateli pokutu ve výši 100 000 Kč, což je 8,9 % z horní hranice pro její možné uložení, přičemž jak již bylo uvedeno, v právě přezkoumávané věci tato výš dosahovala 4,52 %. Ani v tom to případě tak není pravdivé tvrzení zadavatele, že Úřadem uložená pokuta je nepřiměřená v porovnání s pokutami uloženými v obdobných případech.
40. Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem k tomu, že mi nejsou známy ani jiné skutkově shodné či obdobné případy, jež by tvrzení zadavatele podporovaly, jsem dospěl k závěru, že uložením pokuty ve výši 1 000 000 Kč Úřad neporušil zásadu legitimního očekávání ani zásadu rovného zacházení.
41. Zadavatel dále namítá, že Úřad nesprávně určil předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy ve smyslu § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon (dále jen „**vyhláška č. 217/2006 Sb.**“). Dle zadavatele měl Úřad při stanovení předpokládané hodnoty koncesní smlouvy vyjít z předpokládané hodnoty výdajů vynaložených na realizaci dodatku č. 9.
42. Podle § 27 odst. 2 koncesního zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy, jde-li o správní delikt podle § 27 odst. 1 písm. a), c) nebo d) koncesního zákona.
43. Podle § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb. předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy tvoří předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy.

44. Při výpočtu předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy vycházel Úřad z vyjádření zadavatele ze dne 15. 7. 2016, ze kterého vyplývá, že přímé náklady koncesionáře na plnění předmětu koncesní smlouvy, resp. předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy činí cca 25 000 000 Kč ročně. Předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy za dobu jejího trvání od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti koncesní smlouvy tj. do 30. 6. 2031 (17 let a 8 měsíců) tak Úřad po zaokrouhlení stanovil ve výši 441 666 667 Kč (25 000 000 Kč ročně za 17 let a 8 měsíců). Horní hranici možné pokuty (5 % ze 441 666 667 Kč) tak Úřad v souladu s § 27 odst. 2 koncesního zákona stanovil ve výši 22 083 333 Kč.
45. Výše uvedené stanovení horní hranice možné pokuty považuji za správné a v souladu se zákonem. Jak totiž Úřad správně uvedl v bodu 70. odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí, vznikl uzavřením dodatku č. 9 mezi zadavatelem a koncesionářem *de facto* nový smluvní vztah, resp. nová koncesní smlouva, jejímž obsahem je jak předmět vyplývající z původní koncesní smlouvy, tak nově plnění dle dodatku č. 9 vztahující se k digitalizaci reklamy. Proto Úřad postupoval správně, když při stanovení výše pokuty vycházel z předpokládané hodnoty koncesní smlouvy jako celku, a to ve znění dodatku č. 9, tedy ode dne jeho uzavření do předpokládaného konce platnosti koncesní smlouvy a nikoli pouze z předpokládané hodnoty plnění odpovídající dodatku č. 9 smlouvy.
46. Pro úplnost dodávám, že zadavatel svá tvrzení nepodložil žádným konkrétním dokladem, z něhož by vyplývalo, že by předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy, měla dosahovat jiné výše, než ze které Úřad při stanovení výše uložené pokuty vycházel.
47. Úřad správně posoudil i okolnost, zda uložením pokuty ve stanovené výši byly naplněny její funkce – funkce represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkce preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona. Napadeným rozhodnutím byla zadavateli uložena pokuta ve výši 1 000 000 Kč. Mám za to, že uložením pokuty v této výši byly obě její funkce naplněny.
48. S ohledem na závěry vyslovené v odůvodnění napadeného rozhodnutí mám za to, že Úřad postupoval zcela v souladu s § 27b odst. 2 zákona, když při určení výše pokuty za spáchaný správní delikt přihlédl jak k závažnosti spáchaného správního deliktu, tak i k jeho následkům, a dále i k okolnostem jeho spáchání, přičemž tyto okolnosti řádně v odůvodnění napadeného rozhodnutí označil, uvedl závěry, na základě nichž posoudil, zda se jedná o polehčující či přitěžující okolnosti a následně tyto při samotném určení výše pokuty zohlednil, a to včetně ekonomické situace zadavatele.
49. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem po přezkoumání věcné správnosti a zákonnosti výroku II. napadeného rozhodnutí, jakož i zákonnosti postupu Úřadu v řízení, které vydání výroku II. napadeného rozhodnutí předcházelo, dospěl k závěru, že jsou naplněny podmínky pro potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu zadavatele. Shrnuji tedy, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli za správní delikt uvedený ve výroku I. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 1 000 000 Kč.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

50. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), který upravuje pravidla pro zadávání veřejných zakázek, včetně zvláštních

postupů předcházejících jejich zadání. Ve smyslu § 2 odst. 2 ZZVZ je přitom veřejnou zakázkou rovněž koncese na služby podle § 174 odst. 3 ZZVZ.

51. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
52. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“*. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující.
53. ZZVZ v § 268 odst. 3 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ do 5 % z předpokládané hodnoty koncese, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li předpokládanou hodnotu koncese zjistit. Koncesní zákon, kterým se Úřad při stanovení výše pokuty řídil, stanovil za správní delikt podle odst. 1 písm. a) pokutu rovněž do 5 % předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy. Pozdější právní úprava tak ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.

VII. Závěr

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

JUDr. Jaromír Císař, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, Hvězdova 1716/2b,
140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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