



UOHSX008MSUE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0412/2016/VZ-36760/2016/543/MPr

Brno: 2. září 2016

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 z moci úřední dne 30. 5. 2016, jehož účastníkem je:

- zadavatel – Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupena 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,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) citovaného zákona zadavatelem – Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – při uzavírání 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,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – se dopustil 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, tím, že nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 citovaného zákona, když dne 30. 10. 2013 uzavřel s koncesionářem – společností RENCAR PRAHA, a. s., IČO 00506397, se sídlem

Rohanské nábřeží 678/25, 186 00 Praha 8, dodatek č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997, která je koncesní smlouvou podle § 16 odst. 1 a 2 citovaného 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 nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9 – podle § 27 odst. 2 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 1 000 000 Kč (jeden milion korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupena 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“ nebo „Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost“) – uzavřel dne 30. 10. 2013 se společností RENCAR PRAHA, a. s., IČO 00506397, se sídlem Rohanské nábřeží 678/25, 186 00 Praha 8 (dále jen „RENCAR PRAHA, a. s.“), dodatek č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 (dále jen „dodatek č. 9“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), obdržel podnět týkající se mimo jiného postupu zadavatele při uzavírání dodatku č. 9. Přílohou tohoto podnětu byla relevantní dokumentace. Po jejím přezkoumání získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele s koncesním zákonem při uzavírání dodatku č. 9, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

3. Účastníkem správního řízení je podle § 24d koncesního zákona zadavatel.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-22971/2016/543/MPr ze dne 30. 5. 2016, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Dnem 30. 5. 2016, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 24a koncesního zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení z moci úřední.

5. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-23416/2016/543/MPr ze dne 1. 6. 2016 určil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
6. Usnesením č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-24535/2016/543/MPr ze dne 9. 6. 2016 Úřad zadavateli na základě jeho žádosti ze dne 7. 6. 2016 prodloužil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
7. Dne 10. 6. 2016 Úřad umožnil zadavateli na základě jeho žádosti ze dne 7. 6. 2016 nahlédnout do spisu vedeného pod sp. zn. S0412/2016/VZ.
8. Ke zjištění Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-22971/2016/543/MPr ze dne 30. 5. 2016 se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 16. 6. 2016 doručeném Úřadu téhož dne.

Vyjádření zadavatele ze dne 16. 6. 2016

9. Zadavatel v rámci svého vyjádření ze dne 16. 6. 2016 zejména uvádí, že má za nejasné, co je předmětem přezkumu u Úřadu v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0412/2016/543/MPr. V návaznosti na výše uvedené zadavatel konstatuje, že své vyjádření ve smyslu § 36 odst. 2 správního řádu předloží bez zbytečného odkladu, a to po sdělení upřesňující informace vztahující se k rozsahu předmětného správního řízení ze strany Úřadu.

Další průběh správního řízení

10. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-25306/2016/543/MPr ze dne 27. 6. 2016 určil lhůtu ke sdělení předpokládané hodnoty předmětu plnění vyplývajícího ze „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 uzavřené se společností RENCAR PRAHA, a. s., za období od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti jmenované koncesní smlouvy, včetně doložení těchto údajů příslušnými podklady a lhůtu ke sdělení předpokládaného příjmu koncesionáře vyplývajícího z realizace předmětu plnění „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 uzavřené se společností RENCAR PRAHA, a. s., za období od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti jmenované koncesní smlouvy, včetně doložení těchto údajů příslušnými podklady.
11. Sdělením č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-27045/2016/543/MPr ze dne 29. 6. 2016 k vyjádření zadavatele ze dne 16. 6. 2016 Úřad zadavateli sdělil, že má za to, že předmět přezkumu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0412/2016/VZ jednoznačným a jasným způsobem vymezil již v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-22971/2016/543/MPr ze dne 30. 5. 2016, z něhož je seznatelné, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona zadavatelem, a to toliko při uzavírání 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.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-27800/2016/543/MPr ze dne 1. 7. 2016 Úřad zadavateli na základě jeho žádosti ze dne 30. 6. 2016 prodloužil lhůtu ke sdělení předpokládané hodnoty předmětu plnění vyplývajícího ze „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 uzavřené se společností RENCAR PRAHA, a. s., za období od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti jmenované

koncesní smlouvy, včetně doložení těchto údajů příslušnými podklady a lhůtu ke sdělení předpokládaného příjmu koncesionáře vyplývajícího z realizace předmětu plnění „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 uzavřené se společností RENCAR PRAHA, a. s., za období od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti jmenované koncesní smlouvy, včetně doložení těchto údajů příslušnými podklady.

Vyjádření zadavatele ze dne 15. 7. 2016

13. Zadavatel v rámci svého vyjádření ze dne 15. 7. 2016 v souvislosti s předpokládanou hodnotou předmětu plnění zejména uvádí, že s ohledem na dlouhodobé trvání „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 nedisponuje dostatkem informací pro stanovení výdajů společnosti RENCAR PRAHA, a. s., souvisejících s realizací jmenované smlouvy v období před a po uzavření dodatku č. 9. Dle informací zadavatele činí přímé náklady na plnění předmětu „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 vznikající společnosti RENCAR PRAHA, a. s., částku ve výši cca 25 000 000 Kč ročně. Zadavatel dále uvádí, že daný předpoklad vychází kupříkladu z přípisu „Odpověď na dopis ze dne 30. března 2016 – výpověď smlouvy“ zaslaného zadavateli ze strany společnosti RENCAR PRAHA, a. s. Předmětný přípis obsahuje mimo jiného tvrzení, že hodnota služeb s odměnou poskytovanou zadavateli dle „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 dosahuje částky ve výši cca 70 000 000 Kč ročně, přičemž odměna zadavatele dle posledně jmenované smlouvy za rok 2015 dle vyúčtování předloženého společností RENCAR PRAHA, a. s., činí částku ve výši 45 876 916 Kč. Zadavatel konstatuje, že mu za období od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 nevznikají v souvislosti s realizací předmětu jmenované smlouvy žádné přímé výdaje. Zadavatel vzhledem k výše uvedenému tedy dovozuje, že předpokládaná hodnota plnění dosahuje částky ve výši cca 25 000 000 Kč ročně.
14. Ve vztahu k předpokládanému příjmu koncesionáře zadavatel zejména uvádí, že „v době uzavření dodatku č. 9“ byl seznámen s příjmy společnosti RENCAR PRAHA, a. s., z reklamní činnosti za rok 2012, přičemž „tržby (příjmy)“ společnosti RENCAR PRAHA, a. s., realizované na základě plnění předmětu „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 dosáhly v roce 2012 částky ve výši 120 951 000 Kč.
15. Dále zadavatel uvádí tabulku sestavenou dle přílohy č. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, ze které je mimo jiné seznatelný předpokládaný příjem koncesionáře, který činí za rozhodné období, tj. od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997, částku ve výši 1 557 464 485 Kč.
16. Usnesením č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-26424/2016/543/MPr ze dne 19. 7. 2016 určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

17. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření předložených zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, 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, když dne 30. 10. 2013 uzavřel s koncesionářem – společností RENCAR PRAHA, a. s., dodatek č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997, 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. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení koncesního zákona a dalších právních předpisů

18. Podle § 2 odst. 1 koncesního zákona se veřejným zadavatelem (dále jen „zadavatel“) pro účely tohoto zákona rozumí
 - a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem nebo jiným zadavatelem nebo je státem nebo jiným zadavatelem ovládána nebo stát nebo jiný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu.
19. Podle § 5 odst. 1 koncesního zákona zadavatel vybere koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení.
20. Podle § 5 odst. 2 koncesního zákona zadavatel nemusí 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.
21. 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.
22. 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.
23. Podle § 2 odst. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, předpokládaným příjmem koncesionáře se 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.
24. Z přílohy č. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, vyplývá, že současná hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře v daném roce (v tisících Kč)

se zjistí vynásobením předpokládaného příjmu koncesionáře v daném roce (v tisících Kč) a diskontního koeficientu dle následující tabulky.

Rok předpokládané platnosti koncesní smlouvy	Diskontní koeficient
1	0,9709
2	0,9426
3	0,9151
4	0,8885
5	0,8626
6	0,8375
7	0,8131
8	0,7894
9	0,7664
10	0,7441
11	0,7224
12	0,7014
13	0,6810
14	0,6611
15	0,6419
16	0,6232
17	0,6050
18	0,5874
19	0,5703

Z přílohy č. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, dále vyplývá, že veškeré příjmy se uvádějí v reálné hodnotě (tj. v cenové úrovni roku předpokládané platnosti koncesní smlouvy, bez úpravy o inflaci v jednotlivých letech) bez daně z přidané hodnoty.

Skutečnosti vyplývající z obdržené dokumentace

25. Dne 31. 1. 1997 zadavatel uzavřel se společností RENCAR PRAHA, a. s., „Smlouvu o pronájmu ploch pro reklamní činnost“.
26. Dne 19. 10. 2009 zadavatel uzavřel se společností RENCAR PRAHA, a. s., konsolidované a upravené úplné znění „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 ve znění pozdějších dodatků (dále jen „konsolidovaná smlouva“).
27. Dle článku I. „Předmět a účel smlouvy“ bodu 1. konsolidované 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“).

28. V článku I. „Předmět a účel smlouvy“ bodu 6. konsolidované smlouvy je mimo jiného uvedeno, že zadavatel přenechá společnosti RENCAR PRAHA, a. s., k reklamnímu využití elektronický projekční informační systém instalovaný ve vybraných stanicích metra (dále jen „Metrovision“).
29. Z článku II. „Rozšíření předmětu smlouvy“ bodu 2. konsolidované smlouvy vyplývá, že se společnost RENCAR PRAHA, a. s., zavazuje v součinnosti se zadavatelem k zajištění výstavby, instalace a následného provozování 200 ks prosklených čekáren (přístřešků) na zastávkách MHD v hlavním městě Praze a následně tyto čekárny provozovat a reklamně využívat v souladu se smlouvou.
30. V článku III. „Doba platnosti“ bodu 1. konsolidované smlouvy je uvedeno, že smlouva se uzavírá na dobu určitou, a to do 30. 6. 2031.
31. Z článku IV. „Cenové ujednání“ bodu 1. konsolidované smlouvy mimo jiného vyplývá, že společnost RENCAR PRAHA, a. s., uhradí zadavateli ročně částku ve výši 30 000 000 Kč bez DPH, což odpovídá tržbám do výše 80 000 000 Kč bez DPH za využití reklamních ploch na majetku zadavatele. Dále z bodu 1. předmětného článku konsolidované smlouvy vyplývá, že při tržbách mezi 80 000 000 Kč bez DPH a 90 000 000 Kč bez DPH (včetně) uhradí společnost RENCAR PRAHA, a. s., zadavateli úhradu za využití reklamních ploch ve výši 30 000 000 Kč bez DPH a 60 % z částky, o kterou tržby přesáhnou částku 80 000 000 Kč bez DPH. Při výši tržeb nad 90 000 000 Kč bez DPH uhradí společnost RENCAR PRAHA, a. s., zadavateli úhradu za využití reklamních ploch ve výši 36 000 000 Kč bez DPH a 50 % z částky, o kterou tržby přesáhnou 90 000 000 Kč bez DPH. Z článku IV. „Cenové ujednání“ bodu 1. konsolidované smlouvy dále vyplývá, že tržbami se rozumí netto tržby realizované jako cena za umístění reklamy, tj. tržby realizované jako cena za umístění reklamy po odečtení všech bonusů, slev a agenturních provizí poskytnutých objednatelů reklamy na majetku zadavatele.
32. V článku V. „Povinnosti DP Praha“ bodu 7. konsolidované smlouvy je uvedeno, že *„DP Praha se zavazuje zajistit vysílání Rencarem předávaných či zajištěných reklam a informací prostřednictvím Metrovision, a to bezodkladně po jejich předání do řídicího střediska Metrovision. DP Praha se zavazuje umožnit Rencaru nepřetržitý dálkový přístup do Metrovision, a to i k jeho kontrolním a ovládacím funkcím.“*
33. Dle článku VI. „Povinnosti Rencaru“ bodu 4. konsolidované smlouvy společnost RENCAR PRAHA, a. s., odpovídá za realizaci reklamy, a to i prostřednictvím třetích osob, umístění reklamy v souladu s bezpečnostními předpisy, včasné zpracování a dokončení reklamy, poškození majetku zadavatele vzniklé obchodní činnostmi, údržbu, opravy, výměnu a očištění reklam, provozních reklam a reklamních nosičů v interiérech vozů metra, tramvají a autobusů, na zadních částech karoserie autobusů a reklamních nosičů formátu B1 instalovaných v eskalátorových tunelech metra.
34. Jak již Úřad uvedl výše, dne 30. 10. 2013 zadavatel uzavřel se společností RENCAR PRAHA, a. s., dodatek č. 9.

35. V preambuli dodatku č. 9 je pod písm. D) uvedeno, že „smluvní strany si zejména s ohledem na zamýšlený záměr postupné digitalizace reklamy a dalšího plánovaného rozvoje digitální reklamy přejí nově upravit některá vzájemná práva a povinnosti vyplývající pro ně ze Smlouvy Rencar“.
36. Z bodu 2 „ÚČEL A PŘEDMĚT DODATKU“ dodatku č. 9 vyplývá, že jeho účelem je zejména zajištění digitalizace reklamy a rozvoje digitální reklamy v pražské hromadné dopravě a vytvoření dlouhodobé strategie rozvoje digitální reklamy v pražské hromadné dopravě. Dále je v tomto bodu uvedeno, že „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“.
37. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 zadavatel uvedl zejména následující. „Do tržeb realizovaných za umístění reklamy se pro účely určení výše úhrad za užívání reklamních ploch dle tohoto odstavce 1. čl. IV. smlouvy nezapočítávají tržby realizované společnostmi Rencar za umístění a šíření Digitální reklamy prostřednictvím Digitálních nosičů podle čl. XII. této smlouvy. Do těchto tržeb se dále po dobu Zkušebního provozu (jak je tento pojem definován níže v čl. XI. odst. 1 smlouvy) nezapočítávají ani tržby za umístění jakékoliv reklamy (jiné než Digitální), která je umístěna na reklamních plochách ve stanici metra Národní třída.“
38. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 zadavatel dále uvedl, že „Odvody za využití Digitálních nosičů společností Rencar a šíření Digitální reklamy jejich prostřednictvím se stanoví samostatně v čl. XII. smlouvy, a to zcela mimo režim úhrad za využití ostatních reklamních ploch dle čl. IV. odst. 1. smlouvy.“
39. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 1. mimo jiné stanoveno, že „Digitalizací reklamy se pro účely této smlouvy rozumí vytváření a instalace nových technologií používaných v reklamě a způsobů prezentace obrazové reklamy za použití Digitálních nosičů, a to zejména (i) přeměnou stávajících reklamních nosičů a obrazové reklamy (v současnosti zajišťované zejména prostřednictvím plakátů, obrazů, tabulí, apod., ať pevně upevněných či pohyblivých, osvětlených či neosvětlených) na reklamu digitální šířenou prostřednictvím Digitálních nosičů, jakož i (ii) vytvářením a instalací nových Digitálních nosičů a reklamy v digitální podobě šířené prostřednictvím těchto Digitálních nosičů (dále jen „Digitalizace reklamy“).
40. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 2. stanoveno, že „DP Praha se zavazuje, že v rámci svých interních procesů zajistí maximální podporu projektu Digitalizace reklamy a rozvoje Digitální reklamy a vyvine maximální úsilí k umožnění realizace tohoto projektu, zejména se zavazuje, pokud tomu nebrání objektivní překážky, umožnit společnosti Rencar na majetku DP Praha Digitalizaci reklamy, zejména výstavbu Digitálních nosičů, jejich údržbu a jakékoliv jejich další úpravy či změny.“
41. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 3. uvedeno následující. „Smluvní strany se dohodly, že investice do rozvoje Digitální reklamy bude provádět Rencar, a to dle vlastního uvážení a potřeb konkrétních investic. Pro odstranění jakýchkoli pochybností smluvní strany stanoví, že jakékoli Digitální

nosiče, jakož i jiné reklamní nosiče, které budou nebo jsou vytvořeny, umístěny nebo se jinak budou nacházet v či na majetku DP Praha podle této Smlouvy, pokud byly náklady na jejich pořízení uhrazeny společností Rencar, jsou ve výlučném vlastnictví společnosti Rencar.“

42. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 4. uvedeno, že *„Rencar je oprávněn rozvíjet Digitální reklamu (tj. provádět Digitalizaci stávající reklamy, včetně vytváření nových Digitálních nosičů reklamy) na veškerých reklamních plochách a reklamních nosičích v majetku DP Praha za podmínek této smlouvy, a to dle svých potřeb a dle vlastního uvážení. V případě, že bude k tomuto rozvoji Digitální reklamy vyžadována součinnost DP Praha, je DP Praha povinen tuto součinnost společnosti Rencar na její žádost poskytnout. Součástí vyžadované součinnosti je zejména, nikoliv však výlučně, vytváření podmínek pro přenos Digitální reklamy a instalaci a umístování Digitálních nosičů na majetku DP Praha, včetně zajištění nezbytných přípojek a přívodu energie a signálu pro napájení a provoz Digitálních nosičů, jakož i umožnění šíření příslušného signálu pro přenos Digitální reklamy. Společnost Rencar může na základě vzájemné dohody stran poskytnout DP Praha na Digitálních nosičích či jiných reklamních nosičích prostor pro provozní a marketingové zprávy či informace týkající se činnosti DP Praha.“*
43. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 5. stanoveno následující. *„Čištění a údržbu Digitálních nosičů bude zajišťovat Rencar na své náklady. DP Praha se zavazuje, že do Digitálních nosičů ani do jejich provozu nebude žádným způsobem zasahovat ani s nimi jinak manipulovat.“*
44. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 6. uvedeno následující. *„Smluvní strany se dohodly, že podávání žádostí o vydání příslušných správních povolení, rozhodnutí či stanovisek vyžadovaných k umístění či instalaci Digitálních nosičů na majetku DP Praha bude zajišťovat společnost Rencar na své náklady. DP Praha se zavazuje poskytnout společnosti Rencar veškerou potřebnou součinnost a vyvinout veškeré možné úsilí k tomu, aby příslušná správní povolení, rozhodnutí a stanoviska k umístění a instalaci Digitálních nosičů (jakož i jiná povolení, jsou-li vyžadována zejména v rámci interní struktury DP Praha) byla příslušnými správními orgány či odpovědnými osobami vydána bez zbytečného prodlení.“*
45. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 7. uvedeno následující. *„V případě, že Rencar shledá, že DP Praha neposkytuje potřebnou součinnost k rozvoji digitální reklamy, je oprávněn vyzvat DP Praha k vzájemnému jednání k řešení této situace (...). Pokud DP Praha v přiměřené době nepřesahující 15 dnů neodstraní porušení své povinnosti poskytovat potřebnou součinnost k Digitalizaci reklamy (...) bude DP Praha povinen uhradit společnosti Rencar škodu, která jí v důsledku takového jednání DP Praha vznikne.“*
46. Z bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9, resp. z článku XI. „Testovací platforma Digitalizace reklamy v pražské hromadné dopravě“ bodu 1. mimo jiné vyplývá, že zkušební provoz „Digitální reklamy“ v pražské hromadné dopravě v rámci rekonstrukce stanice metra linky B, Národní třída v Praze, bude trvat po dobu ode dne uzavření dodatku č. 9 do dne 30. 4. 2018.

47. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9 je v rámci článku XI. „Testovací platforma Digitalizace reklamy v pražské hromadné dopravě“ bodu 3. uvedeno především následující. *„Smluvní strany se dohodly, že stanice metra Národní třída bude společností Rencar reklamně využívána exkluzivně, tj. DP Praha neumožní využívání reklamních ploch, instalaci jakýchkoliv reklamních nosičů (včetně Digitálních nosičů), provozování reklamy či jakoukoliv jinou činnost související s reklamou žádné další osobě (...).“*
48. Z bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9, resp. z článku XII. „Odvody za využití Digitálních nosičů a reklamních ploch pro Digitální reklamu“ bodu 1. zejména vyplývá, že *„Smluvní strany se dohodly, že za využívání reklamních ploch na majetku DP Praha, na kterých bude provozována Digitální reklama, jakož i za využívání Digitálních nosičů a šíření Digitální reklamy jejich prostřednictvím, do jejichž rozvoje prováděl investice Rencar (dále jen „Využívání Digitálních nosičů“), se stanovuje samostatný režim odvodů, které budou společností Rencar hrazeny mimo úhrady dle čl. IV odst. 1. smlouvy (dále jen „Odvody z Digitální reklamy“). Odvody z Digitální reklamy budou společností Rencar hrazeny ročně spolu s ostatními úhradami podle článku IV. smlouvy“*. Dále z bodu 2. tohoto článku vyplývá, že v případech, kdy investice do rozvoje „Digitální reklamy“, zejména do nových reklamních ploch, „Digitálních nosičů“ a nových technologií, bude zajišťovat společnost RENCAR PRAHA, a. s., budou „Odvody z Digitální reklamy“, které bude společnost RENCAR PRAHA, a. s., zadavateli ročně hradit, činit 20 % z veškerých tržeb, které společnost RENCAR PRAHA, a. s., realizovala za využívání „Digitálních nosičů“, přičemž tržbami se v tomto kontextu rozumí netto tržby realizované společností RENCAR PRAHA, a. s., jako cena za umístění a šíření „Digitální reklamy“ na reklamních plochách zadavatele a „Digitálních nosičích“ po odečtení všech bonusů, slev a agenturních provizí poskytnutých objednatelům reklamy. Po dobu zkušebního provozu se od předmětných tržeb z „Digitální reklamy“ odečítají tržby realizované společností RENCAR PRAHA, a. s., za využívání „Digitálních nosičů“ umístěných ve stanici metra Národní třída.
49. Z bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9, resp. z článku XII. „Odvody za využití Digitálních nosičů a reklamních ploch pro Digitální reklamu“ bodu 3. zejména vyplývá, že po dobu zkušebního provozu „Digitální reklamy“ ve stanici metra Národní třída budou veškeré příjmy plynoucí RENCAR PRAHA, a. s., z provozování reklamy ve stanici metra Národní třída osvobozeny od jakýchkoliv odvodů za využívání reklamních ploch zadavatele.

Posouzení právního postavení zadavatele

50. Úřad uvádí, že pro potřeby další části odůvodnění tohoto rozhodnutí se jeví vhodným na tomto místě učinit závěr, do které kategorie veřejných zadavatelů, konkretizovaných v § 2 odst. 1 koncesního zákona (viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí), náležel v šetřeném případě zadavatel.
51. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele vyplývá, že tento je akciovou společností, přičemž jeho jediným akcionářem je HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „HLAVNÍ MĚSTO PRAHA“). Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele dále vyplývá, že předmětem podnikání zadavatele je mimo jiného „provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro) a lanové dráhy (Petřín a ZOO) a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze“.

52. Z dikce ustanovení § 2 odst. 1 písm. d) koncesního zákona, jehož celé znění Úřad uvedl již v bodu 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí, vyplývá, že do kategorie veřejných zadavatelů se řadí i tzv. jiná právnická osoba, která byla ustanovena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou či obchodní povahu, a současně je tato jiná právnická osoba v určitém vztahu ke konkrétnímu veřejnému zadavateli – tento vztah může být založen buď na základě převážného financování této jiné právnické osoby ze strany veřejného zadavatele, případně na tom, že konkrétní veřejný zadavatel může fakticky ovlivňovat činnost této jiné právnické osoby (typicky formou jmenování či volby nadpoloviční většiny členů orgánů této jiné právnické osoby). Jak bylo popsáno již výše, Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, je akciovou společností, jejímž jediným, a tudíž 100 % akcionářem, je HLAVNÍ MĚSTO PRAHA. Nemůže být proto sporu o tom, že je zde naplněna první z výše specifikovaných podmínek pro konstatování, že Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. d) koncesního zákona. Jestliže 100 % akcií Dopravního podniku hl.m. Prahy, akciová společnost, drží HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, které je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, pak předpoklad výše popsaného „ovládání“ Dopravního podniku hl.m. Prahy, akciová společnost, coby tzv. jiné právnické osoby, je beze zbytku splněn.
53. Pokud jde o naplnění i druhé z podmínek pro učinění závěru, že Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 1 písm. d) koncesního zákona, a sice uspokojování potřeb veřejného zájmu, pak Úřad konstatuje následující. Platí, že za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat takové potřeby, které jsou spojeny s obecným zájmem nad jejich výkonem a které se stát prostřednictvím orgánů státní správy (resp. územní samosprávné celky na základě zvláštních právních předpisů) rozhodne uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním ponechává rozhodující vliv. Úřad opakuje, že do předmětu podnikání Dopravního podniku hl.m. Prahy, akciová společnost, náleží, mimo jiného, i „provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro) a lanové dráhy (Petřín a ZOO) a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze“. Lze tak dovodit, že provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro), lanové dráhy a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze nemá sloužit k uspokojení potřeb konkrétních jednotlivců, případně úzké skupiny osob, nýbrž k uspokojení potřeb samotného státu, tedy České republiky, potažmo jejích obyvatel. Provozování tramvajové dráhy, speciální dráhy (metro), lanové dráhy a provozování drážní dopravy v hlavním městě Praze tudíž není adresnou činností, ale naopak činností, která slouží k zajištění potřeb veřejnosti jako celku. Vzhledem k právě řečenému Úřad tudíž dovozuje, že je tímto splněna i druhá z podmínek vymezených v § 2 odst. 1 písm. d) koncesního zákona. Nezbyvá proto než konstatovat, že Dopravní podnik hl.m. Prahy, akciová společnost, je bezpochyby veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. d) koncesního zákona.

K výroku I. rozhodnutí

54. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že podle § 5 odst. 1 koncesního zákona je zadavatel povinen vybrat koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení. Z výše uvedeného v první řadě vyplývá, že zadavatel je povinen postupovat podle koncesního zákona pouze v případě, že má smlouva charakter koncesní smlouvy. Aby mohla být smlouva považována za koncesní smlouvu ve smyslu § 5 odst. 1, resp. § 1 odst. 1 koncesního zákona,

je nezbytné, aby kumulativně naplňovala všechny pojmové znaky koncesní smlouvy, jak jsou vymezeny v § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona.

55. Z citovaných ustanovení lze přitom dovodit následující pojmové znaky koncesní smlouvy:
- a) jednou ze smluvních stran musí být zadavatel ve smyslu § 2 zákona,
 - b) smlouva obsahuje závazek druhé smluvní strany (koncesionáře) poskytovat určité služby či případně provést určité dílo,
 - c) smlouva obsahuje závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, který může být eventuálně kombinován s poskytnutím části plnění v penězích a
 - d) v rámci smluvního vztahu podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář.
56. Z obdržené dokumentace vyplývá, že zadavatel při uzavření dodatku č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 nepostupoval podle části druhé koncesního zákona a neprovedl koncesní řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel je, jak již bylo řečeno výše, povinen postupovat podle koncesního zákona pouze v případě, že má předmětná smlouva ve znění dodatku č. 9 charakter koncesní smlouvy, zabýval se Úřad nejdříve otázkou, zda výše jmenovaná smlouva uzavřená mezi zadavatelem a společností RENCAR PRAHA, a. s., ve znění dodatku č. 9, naplnila výše specifikované pojmové znaky koncesní smlouvy.
57. Prvním pojmovým znakem je skutečnost, že koncesní smlouva je uzavírána veřejným zadavatelem. V posuzovaném případě je tento pojmový znak naplněn, neboť smluvní stranou původní „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 ve znění dodatku č. 9 je zadavatel, který má postavení zadavatele veřejného v souladu s ustanovením § 2 odst. 1 písm. d) koncesního zákona (blíže viz body 50. až 53. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
58. Druhým pojmovým znakem koncesní smlouvy je závazek koncesionáře poskytovat služby nebo provést dílo. Jak již Úřad uvedl výše, z článku II. „Rozšíření předmětu smlouvy“ bodu 2. konsolidované smlouvy vyplývá, že se společnost RENCAR PRAHA, a. s., zavazuje v součinnosti se zadavatelem k zajištění výstavby, instalace a následného provozování 200 ks prosklených čekáren (přístřešků) na zastávkách MHD v hlavním městě Praze a následně tyto čekárny provozovat a reklamně využívat v souladu se smlouvou. Z bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9, resp. z článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 4. je mimo jiného zřejmé, že společnost RENCAR PRAHA, a. s., je oprávněna rozvíjet digitální reklamu (tj. provádět digitalizaci stávající reklamy, včetně vytváření nových digitálních nosičů reklamy) na veškerých reklamních plochách a reklamních nosičích v majetku zadavatele, a to dle svých potřeb a dle vlastního uvážení. Z bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9, resp. z článku X. „Rozvoj digitální reklamy“ bodu 5. pak mimo jiného vyplývá, že čištění a údržbu digitálních nosičů bude zajišťovat společnost RENCAR PRAHA, a. s. Vzhledem k tomu, že se společnost RENCAR PRAHA, a. s., na základě výše uvedeného zavázala k poskytování stanovených služeb a provedení stavebních prací, má Úřad za to, že v posuzovaném případě došlo u předmětné smlouvy ve znění dodatku č. 9 k naplnění tohoto pojmového znaku koncesní smlouvy.

59. Třetím pojmovým znakem koncesní smlouvy je závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb. Úřad je toho názoru, že výše uvedený pojmový znak dle § 16 odst. 1 koncesního zákona předmětná smlouva ve znění dodatku č. 9 naplňuje v článku IV. „Cenové ujednání“ bodu 1. konsolidované smlouvy, ze kterého mimo jiného vyplývá, že společnost RENCAR PRAHA, a. s., uhradí zadavateli ročně částku ve výši 30 000 000 Kč bez DPH, což odpovídá tržbám do výše 80 000 000 Kč bez DPH za využití reklamních ploch na majetku zadavatele. Dále z bodu 1. předmětného článku konsolidované smlouvy vyplývá, že při tržbách mezi 80 000 000 Kč bez DPH a 90 000 000 Kč bez DPH (včetně) uhradí společnost RENCAR PRAHA, a. s., zadavateli úhradu za využití reklamních ploch ve výši 30 000 000 Kč bez DPH a 60 % z částky, o kterou tržby přesáhnou částku 80 000 000 Kč bez DPH. Při výši tržeb nad 90 000 000 Kč bez DPH uhradí společnost RENCAR PRAHA, a. s., zadavateli úhradu za využití reklamních ploch ve výši 36 000 000 Kč bez DPH a 50 % z částky, o kterou tržby přesáhnou 90 000 000 Kč bez DPH. Úřad v této souvislosti dodává, že tržbami se pro účely předmětné konsolidované smlouvy rozumí netto tržby realizované jako cena za umístění reklamy, tj. tržby realizované jako cena za umístění reklamy po odečtení všech bonusů, slev a agenturních provizí poskytnutých objednatelům reklamy na majetku zadavatele.
60. V bodu 3 „ZMĚNA SMLOUVY RENCAR“ dodatku č. 9, resp. v článku XII. „Odvody za využití Digitálních nosičů a reklamních ploch pro Digitální reklamu“ bodu 1. a 2. je pak především uvedeno, že odvody z digitální reklamy budou společností RENCAR PRAHA, a. s., hrazeny ročně spolu s ostatními úhradami podle článku IV. konsolidované smlouvy. Dále z tohoto článku vyplývá, že společnost RENCAR PRAHA, a. s., bude zadavateli ročně hradit 20 % z veškerých tržeb, které realizovala za využívání „Digitálních nosičů“. K uvedenému Úřad pro úplnost dodává, že tržbami se v tomto kontextu rozumí netto tržby realizované společností RENCAR PRAHA, a. s., jako cena za umístění a šíření „Digitální reklamy“ na reklamních plochách zadavatele a „Digitálních nosičích“ po odečtení všech bonusů, slev a agenturních provizí poskytnutých objednatelům reklamy, přičemž po dobu zkušebního provozu se od předmětných tržeb z „Digitální reklamy“ odečítají tržby realizované společností RENCAR PRAHA, a. s., za využívání „Digitálních nosičů“ umístěných ve stanici metra Národní třída.
61. Z výše uvedeného tedy plyne, že společnost RENCAR PRAHA, a. s. (v postavení koncesionáře) má právo brát užitky z provozování reklamních zařízení, neboť se zavazuje k odvádění pouze určitého podílu z veškerých tržeb. Imanentní součástí smlouvy ve znění dodatku č. 9 nutně je, že zbývající část tržeb je příjmem koncesionáře, tj. společnosti RENCAR PRAHA, a. s.
62. Čtvrtý pojmový znak koncesní smlouvy spočívá v tom, že podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nese koncesionář. Dle závěrů rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 9. 2009 ve věci C-206/08 „*postačuje k tomu, aby tato smlouva byla kvalifikována jako ‚koncese na služby‘ (...), pokud smluvní partner zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, i když je toto riziko od začátku velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je služba zajišťována.*“ Jak již Úřad uvedl výše, z článku IV. „Cenové ujednání“ bodu 1. konsolidované smlouvy mimo jiného vyplývá, že společnost RENCAR PRAHA, a. s., uhradí zadavateli ročně částku ve výši 30 000 000 Kč bez DPH, což odpovídá tržbám do výše 80 000 000 Kč bez DPH za využití reklamních ploch na majetku zadavatele.

63. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že smlouva ve znění dodatku č. 9 naplňuje i čtvrtý pojmový znak koncesní smlouvy dle § 16 odst. 2 koncesního zákona, neboť z článku IV. „Cenové ujednání“ bodu 1. konsolidované smlouvy vyplývá, že podstatnou část rizik spojených s braním užitků nese společnost RENCAR PRAHA, a. s., když bez ohledu na výši netto tržeb, tedy bez ohledu na hospodářské výsledky celého projektu je povinna uhradit zadavateli minimální částku ve výši 30 000 000 Kč bez DPH ročně. Jinými slovy, společnost RENCAR PRAHA, a. s., si musí sama na své riziko zajistit obsazenost, resp. využitelnost ploch pro reklamní činnost, neboť má dle výše uvedeného povinnost platit zadavateli 30 000 000 Kč bez DPH ročně z veškerých smluvně specifikovaných netto tržeb a to bez ohledu na skutečnost, v jaké výši budou předmětné netto tržby společností RENCAR PRAHA, a. s., generovány.
64. Úřad konstatuje, že vzhledem k výše uvedenému je smlouva ve znění dodatku č. 9 koncesní smlouvou, neboť jsou naplněny všechny zákonné pojmové znaky dle § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona. Vzhledem k tomu, že původní „Smlouva o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 byla uzavřena před nabytím účinnosti koncesního zákona, Úřad se dále zabýval otázkou, zda byl zadavatel povinen při uzavírání předmětného dodatku č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 postupovat podle koncesního zákona.
65. Pro zodpovězení shora nastíněné otázky Úřad vychází z rozsudku Evropského soudního dvora (dále též „ESD“) sp. zn. C-454/06, ze dne 19. 6. 2008, ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) a další* (dále jen „rozsudek Presstext“). Předmětný rozsudek byl sice vydán v souvislosti s šetřením veřejné zakázky na služby, nikoliv koncese, ale Úřad je toho názoru, že jeho obecné závěry lze na šetřený případ analogicky použít proto, že obsahuje obecná konstatování ohledně podstatných změn uzavřených smluv.
66. Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku *Presstext* zavedl pojem tzv. „podstatné změny smlouvy“. Podstatnou změnu lze, zjednodušeně řečeno, definovat jako takovou změnu původně sjednané smlouvy, která vykazuje záměr smluvních stran stanovit nové smluvní podmínky, a tudíž fakticky uzavřít novou smlouvu. Podstatná změna je přitom bez zahájení nového zadávacího řízení způsobilá narušit konkurenční prostředí mezi potenciálními dodavateli, a tím negativně ovlivnit efektivní a hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Z daného rozsudku je zřejmé, v jakých případech soud shledává změnu smlouvy jako podstatnou (a tedy nepřípustnou), v důsledku níž by sjednání nového ustanovení představovalo nové zadání zakázky, přičemž Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku *Presstext* mimo jiné konstatoval, že *„Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“*
67. V rozsudku *Presstext* bylo současně judikováno, že jednu z nejdůležitějších podmínek veřejné zakázky představuje její cena. Změna původně sjednané ceny v průběhu „života“ veřejné zakázky, typicky v průběhu její realizace, může být reálně způsobilá narušit zásadu transparentnosti procesu zadávání veřejných zakázek. Změna ceny se přitom může projevit ve dvou podobách: buďto v jejím navýšení, nebo naopak v jejím snížení.

68. Úřad v kontextu šetřeného případu uvádí, že jeden z hlavních účelů koncesního zákona tkví v zájmu zákonodárce na co možná nejehospodárnějším vynakládání veřejných prostředků. Jestliže proto během „života“ konkrétní koncesní smlouvy dojde k navýšení původně sjednané ceny za její plnění, mohou být dány předpoklady k tomu, aby byla změněna (narušena) hospodářská rovnováha koncesní smlouvy ve prospěch poskytovatele, tzn. ve prospěch koncesionáře, což lze, ve světle závěrů obsažených v rozsudku Priesetext, označit za tzv. podstatnou změnu smlouvy, tedy za změnu nežádoucí, a tudíž zakázanou.
69. Z výše uvedených smluvních ustanovení dodatku č. 9 (viz body 34. až 49. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a rozsudku Priesetext vyplývá, že v šetřeném případě zadavatel předmětným dodatkem č. 9 umožnil podstatnou změnu původní „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997, neboť jmenovaná smlouva je tímto dodatkem změněna s ohledem na snahu využít potenciálu digitalizace reklamy, tj. rozšiřuje koncesní smlouvu o plnění, které nebylo původně předpokládáno, a to o zajištění digitalizace reklamy a rozvoje digitální reklamy v pražské hromadné dopravě. Za účelem naplnění tohoto cíle přitom dochází ke změně práv a povinností vyplývajících ze Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997, a to jak na straně zadavatele (např. povinnost zajistit společnosti RENCAR PRAHA, a. s., řádnou součinnost při rozvoji digitalizace reklamy, a to i s případnými náhradami škod), tak na straně společnosti RENCAR PRAHA, a. s. (digitalizace stávajících reklamních nosičů, vytváření a instalace nových reklamních nosičů). Zejména pak dochází k samostatné úpravě „finančních“ odvodů (viz bod 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí) za využití digitálních nosičů a reklamních ploch ze strany společnosti RENCAR PRAHA, a. s., které jsou stanoveny odlišně od odvodů, jež byly stanoveny v původní „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 ve znění konsolidované smlouvy.
70. Na základě výše uvedeného tedy Úřad konstatuje, že uzavřením dodatku č. 9 vznikl mezi zadavatelem a společností RENCAR PRAHA, a. s., de facto nový smluvní vztah, resp. nová koncesní smlouva (s nově definovaným předmětem plnění), jejíž znaky již Úřad popsal výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, jelikož dodatkem č. 9 upravený smluvní vztah mezi zadavatelem a společností RENCAR PRAHA, a. s., obsahuje jak předmět plnění vyplývající z původní smlouvy ve znění konsolidované smlouvy, tak nově začleněné plnění zahrnující projekt digitalizace reklamy, přičemž se v daném případě jednalo o podstatné změny smlouvy spočívající zejména v přeměně stávajících reklamních nosičů a obrazové reklamy na reklamu digitálně šířenou prostřednictvím digitálních nosičů, ve výstavbě digitálních nosičů, jejich údržbě a jakékoliv jejich další úpravě či změně, dále ve vytváření podmínek pro přenos digitální reklamy a instalaci a umístování digitálních nosičů na majetku zadavatele, včetně zajištění nezbytných přípojek a přívodu energie a signálu pro napájení a provoz digitálních nosičů, jakož i umožnění šíření příslušného signálu pro přenos digitální reklamy ze strany zadavatele spojené s případnými náhradami škod a v neposlední řadě stanovení samostatného režimu odvodů za využívání reklamních ploch na majetku zadavatele, na kterých bude provozována digitální reklama, jakož i za využívání digitálních nosičů a šíření digitální reklamy jejich prostřednictvím, do jejichž rozvoje prováděla investice společnost RENCAR PRAHA, a. s. V návaznosti na právě uvedené se proto Úřad dále zabýval otázkou, zda byl zadavatel před uzavřením dodatku č. 9 povinen vybrat příslušného koncesionáře v koncesním řízení podle části druhé koncesního zákona.

71. Z ustanovení § 3 a § 5 odst. 2 koncesního zákona vyplývá, že zadavatel je povinen při uzavírání koncesní smlouvy postupovat v koncesním řízení za předpokladu, že smlouva nespadá pod některou z obecných výjimek z působnosti koncesního zákona (první podmínka) a současně pokud předpokládaný příjem koncesionáře činí více než 20 000 000 Kč bez DPH (druhá podmínka).
72. K první z výše uvedených podmínek Úřad uvádí, že předmětnou smlouvu ve znění dodatku č. 9 nelze podřadit pod výjimky z působnosti koncesního zákona uvedené v § 3 koncesního zákona. K druhé podmínce Úřad konstatuje, že při zjišťování předpokládaného příjmu koncesionáře vycházel Úřad z vyjádření zadavatele ze dne 15. 7. 2016, jehož přílohou byla mimo jiné „Příloha účetní závěrky k 31. prosinci 2012“ vztahující se k činnosti společnosti RENCAR PRAHA, a. s., ze které je zřejmé, že výnosy v rámci položky „Prodej reklamy na MHD (DP Praha)“ v roce 2012 činily částku 120 951 000 Kč. Výpočtem dle vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, lze dovodit, že předpokládaný příjem koncesionáře již v prvním roce předpokládané platnosti předmětné smlouvy ve znění dodatku č. 9, tj. za období od uzavření dodatku č. 9 do předpokládaného konce platnosti předmětné smlouvy, bezesporu přesáhne limit 20 000 000 Kč bez DPH. Úřad je toho názoru, že zadavatel tedy byl povinen postupovat při uzavírání dodatku č. 9 podle části druhé koncesního zákona, neboť na tento případ nedopadá výjimka zakotvená v ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona.
73. Jak vyplývá z výše uvedeného, zadavatel naplnil všechny zákonné podmínky, a proto byl při uzavírání dodatku č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 povinen postupovat v koncesním řízení podle koncesního zákona.
74. Úřad k výše uvedenému shrnuje, že pro uzavření předmětného dodatku č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 zadavatel nevybral koncesionáře v koncesním řízení podle části druhé zákona, ačkoli naplnil všechny výše uvedené zákonné podmínky, a tím nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 koncesního zákona.
75. Úřad podotýká, že pokud by zadavatel postupoval v souladu s koncesním zákonem a provedl koncesní řízení, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky také od jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než společnost RENCAR PRAHA, a. s. Vzhledem k tomu, že uvedené porušení koncesního zákona mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o předmětnou koncesi, a případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, neboť tím, že zadavatel nepostupoval podle koncesního zákona, také zcela rezignoval na příslušné uveřejňovací povinnosti imanentně spjaté s koncesním řízením, v důsledku čehož se o jeho záměru uzavřít koncesní smlouvu vůbec nedozvěděl relevantní okruh dodavatelů, mohl výše uvedený postup zadavatele ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
76. Úřad dále konstatuje, že k potencialitě vlivu jako znaku skutkové podstaty správního deliktu uvedl předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R128/2014/VZ-19203/2014/321/MMI ze dne 12. 9. 2014, že zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Obdobně pak v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R406/2013/VZ-19255/2014/310/PMo ze dne 12. 9. 2014 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru

nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“.

77. Rovněž Krajský soud v Brně konstatoval v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“* Zadavatel svým jednáním tak naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Krajský soud v Brně dále v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“.*
78. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že *„z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu....již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.*
79. Úřad v neposlední řadě odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 63/2016-43 ze dne 18. 8. 2016, ve kterém bylo mimo jiné konstatováno následující. *„Devátý senát neshledal důvody se od výše citované judikatury v projednávané věci odchýlit. Lze tedy uzavřít, že stěžovatel není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku.“*
80. Úřad ve vztahu k výše uvedenému pro úplnost dodává, že výše uvedená judikatura, jež se vztahuje k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, je aplikovatelná i v šetřeném případě.
81. Jak plyne též z výše uvedeného, zadavatel již dodatek č. 9 dne 30. 10. 2013 uzavřel, a došlo tedy k naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona.

82. Vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 koncesního zákona, když dne 30. 10. 2013 uzavřel se společností RENCAR PRAHA, a. s., dodatek č. 9 ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997, aniž by provedl koncesní řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, dopustil se správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona.
83. S ohledem na výše uvedené rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

IV. K ULOŽENÍ POKUTY

84. Podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře koncesní smlouvu.
85. V předmětném případě se zadavatel dopustil správního deliktu, jak je konstatováno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
86. Podle § 27b odst. 3 koncesního zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
87. V návaznosti na posledně citované ustanovení koncesního zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 27b odst. 3 koncesního zákona. V šetřeném případě se Úřad o možném spáchání správního deliktu dozvěděl z podkladů obsažených v podnětu, jenž byl Úřadu doručen dne 29. 4. 2016. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu dne 30. 10. 2013, kdy zadavatel uzavřel dodatek č. 9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0412/2016/VZ-22971/2016/543/MPr ze dne 30. 5. 2016, přičemž dnem 30. 5. 2016, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 24a koncesního zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení z moci úřední. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za tento správní delikt nezanikla.
88. 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.
89. Podle § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy tvoří předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy.
90. Pro potřeby stanovení horní hranice možné pokuty vycházel Úřad z vyjádření zadavatele ze dne 15. 7. 2016, ve kterém Úřadu mimo jiného sdělil, že předpokládaná hodnota předmětu plnění vyplývajícího ze „Smlouvy o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 uzavřené se společností RENCAR PRAHA, a. s., za období od uzavření dodatku č. 9 ze dne 30. 10. 2013 do předpokládaného konce platnosti jmenované koncesní smlouvy činí ročně částku ve výši cca 25 000 000 Kč. Tato částka v souladu s ustanovením § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, odpovídá předpokládaným výdajům vynaloženým na realizaci předmětu koncesní smlouvy za dobu jednoho roku. Vzhledem k tomu, že „Smlouva o pronájmu ploch pro reklamní činnost“ ze dne 31. 1. 1997 ve znění

dodatku č. 9 byla uzavřena na dobu 17 let a 8 měsíců (tj. od 30. 10. 2013 do 30. 6. 2031), činí předpokládaná hodnota předmětu této smlouvy za dobu jejího trvání od uzavření dodatku č. 9 po zaokrouhlení částku 441 666 667 Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z částky ve výši 441 666 667 Kč) v souladu s § 27 odst. 2 zákona tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 22 083 333 Kč.

91. Podle § 27b odst. 2 věty první koncesního zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
92. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Koncesní zákon pak demonstrativním výčtem, vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
93. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a přihlédnutí k výše uvedenému uvádí Úřad následující.
94. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost správního deliktu“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti správního deliktu (tedy závažnosti) je dán především konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty deliktu. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem pouze skutková podstata správního deliktu, ale také intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je dále nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
95. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu a závažnosti jeho následku vycházel Úřad především ze skutečnosti, že zadavatel při uzavírání dodatku č. 9 nepostupoval vůbec podle koncesního zákona. Jednání spočívající v úplné ignoraci koncesního zákona je přitom třeba pokládat za typově nejzávažnější, neboť při něm dochází k úplné negaci všech principů, na kterých je koncesní zákon postaven, zejména pak k negaci základního účelu koncesního zákona, kterým je zajištění co možná nejširší hospodářské soutěže. S ohledem na právě uvedené hodnotí Úřad stupeň závažnosti správního deliktu, za který ukládá pokutu, jako velmi vysoký.
96. Při zvažování výše pokuty Úřad zohlednil též polehčující okolnost, a sice že zadavatel sám upozornil Úřad na možnost svého nezákonného jednání, a tedy možnost spáchání správního deliktu. V souvislosti se závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 123/2013 ze dne 9. 4. 2015 Úřad dále zohlednil jako okolnost svědčící ve prospěch snížení ukládané pokuty skutečnost, že od spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí uplynuly takřka 3 roky, neboť jak Krajský soud v citovaném rozsudku dovedil, „*je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její*

proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spáchaním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění. Což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“

97. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Úřad dále konstatuje, že z výroční zprávy zadavatele za rok 2015 (dostupné na webových stránkách <http://www.dpp.cz/vyrocní-zpravy/>) je zřejmé, že zadavatel v předmětném období dosáhl v rámci celkového výsledku hospodaření zisku ve výši 1 255 407 000 Kč.
98. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 1 000 000 Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou) ekonomickou podstatu zadavatele. Úřad posoudil vzhledem k okolnostem případu pokutu stanovenou ve výroku II. tohoto rozhodnutí za přiměřenou.
99. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného koncesním zákonem má splnit mimo jiné dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování koncesního zákona, resp. k jednání, které je s koncesním zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.
100. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně

jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.

101. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
102. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu rozhodl o uložení pokuty zadavateli tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
103. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

JUDr. Jaromír Císař, advokát, 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