



UOHSX004VU2J

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R89,91/2010/VZ-4788/2013/310/BVÍ

Brno 18. března 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 7. 2010 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne), doplněném dne 15. 11. 2010, jenž podal dodavatel -

- **ISP Hradec Králové, a.s. (dříve „ATOL, a.s.“)**, IČ 60112590, se sídlem Antala Staška 510/38, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupený Mgr. Bc. Davidem Michalem, advokátem,

a o rozkladu ze dne 9. 7. 2010 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne) a doplněném dne 6. 9. 2010 a 21. 9. 2010, podaném zadavatelem

- **Statutární město Hradec Králové**, IČ 00268810, se sídlem Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo ze dne 25. 6. 2010, ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 102 odst. 1 písm. b) a § 102 odst. 1 písm. e) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavření koncesní smlouvy ze dne 28. 12. 2006,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského

soudu v Brně ze dne 1. 6. 2012 č. j. 62 Af 3/2011-225 a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 1. 2013 č. j. 9 Afs 53/2012-47 rozhodl takto:

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo ze dne 25. 6. 2010

r u š í m

a správní řízení

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k prošetření postupů zadavatele – statutárního města Hradec Králové, IČ 00268810, se sídlem Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“), učiněných při uzavírání koncesní smlouvy ze dne 28. 12. 2006, jejíž předmět tvoří vybudování, provoz a rozvoj systému parkování na území statutárního města Hradec Králové, včetně závazku koncesionáře vybudovat parkovací technologie a nová parkovací místa (dále jen „koncesní smlouva“).
2. Poté, co Úřad přezkoumal dokumentaci předloženou zadavatelem, vztahující se k uzavření koncesní smlouvy, získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval při jejím uzavírání v souladu s § 25 zákona v návaznosti na § 9 odst. 1 zákona, když výstavbu nových parkovacích míst zadal jako koncesi na služby, neboť některé skutečnosti, uvedené v koncesní smlouvě, nasvědčují tomu, že v případě vybudování parkovacích technologií a výstavby nových parkovacích míst se nejednalo o koncesi, nýbrž o nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce o předpokládané hodnotě ve výši 182 000 000,- Kč. Dále Úřad získal pochybnosti o tom, zda zadavatel neporušil ustanovení § 84 odst. 1 písm. b) zákona, neboť oznámení o zahájení zadávacího řízení pro tuto nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce neuveřejnil v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie.
3. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z vlastního podnětu, jehož zahájení oznámil účastníkům řízení přípisem ze dne 17. 2. 2010 č. j. ÚOHS-S36/2010/VZ-1538/2010/540/KKo. Dnem 17. 2. 2010, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvním u účastníků řízení, bylo správní řízení zahájeno.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 41 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 25. 6. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. rozhodl o tom, že se zadavatel při uzavírání koncesní smlouvy dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že vybudování parkovacích technologií a výstavbu nových parkovacích míst nezadal v některém ze zadávacích řízení podle § 25 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dále Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. e) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 1 písm. b) zákona, když veřejnou zakázku na vybudování parkovacích technologií a nových parkovacích míst nezveřejnil na centrální adrese a v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
5. Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroci I. a II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli v souladu s § 102 odst. 2 písm. b) zákona pokutu ve výši 1 500 000,- Kč.
6. Úřad při vydání napadeného rozhodnutí vycházel z textu koncesní smlouvy, která mimo jiné ve svém čl. IV odst. 1 stanoví, že ISP Hradec Králové, a.s. (dříve „ATOL, a.s.“), IČ 60112590, se sídlem Antala Staška 510/28, 140 00 Praha 4 (dále jen „**koncesionář**“) se v průběhu celé doby trvání koncesního vztahu zavazuje k investicím do parkovacích technologií (parkovací automaty, zábrany, závory, řídicí systém, softwarové vybavení a další), vyvolaným jak modernizací, tak rozšiřováním systému, a to v celkovém objemu 32 200 000,- Kč. V čl. IV odst. 2 koncesní smlouvy je dále uvedeno, že koncesionář se v průběhu trvání koncese zavazuje zajistit financování a výstavbu dalších nejméně 500 parkovacích míst s průměrným nákladem 300 000,- Kč připadajícím na jedno parkovací místo. Uvedená investice může být splněna jednak výstavbou dalšího parkovacího domu nebo postupným budováním nových parkovacích ploch s kapacitou parkovacích míst, která bude odpovídat danému objemu investic, tj. min. 150 000 000,- Kč. Podle čl. IV. odst. 4 koncesní smlouvy považují obě smluvní strany objem investic uvedený v čl. IV. odst. 1 a 2 koncesní smlouvy za minimální, a zavazují se oboustranně akceptovat úpravu jejich výše podle ekonomického vývoje a podle výnosnosti Integrovaného systému parkování tak, aby byla zachována zásada samofinancování po celou dobu trvání koncesní smlouvy, a aby byly vytvářené zdroje v tomto systému podle dohodnutých zásad využity. Článek V. odst. 2 koncesní smlouvy zakotvuje, že zadavatel se zavazuje spoluvytvářet cenové podmínky pro uživatele parkovacích ploch, včetně nezbytné cenové regulace parkovného na veřejných komunikacích takovým způsobem, aby byla zajištěna zásada samofinancování systému při garancích návratnosti nákladů na investice vkládané do systému koncesionářem. V čl. IX. bod 3. koncesní smlouvy je stanoveno, že samofinancování integrovaného systému parkování, jehož zajištění a provoz tvoří předmět koncesní smlouvy (dále jen „**ISP**“), umožňuje financování provozu a investiční rozvoj plně z tvorby hospodářského výsledku jednotlivých fiskálních let při zachování tvorby zisku nad rámec tvorby zdrojů právě pro krytí investičních výdajů.

7. Úřad se dále zabýval otázkou, zda byla v případě investic do parkovacích technologií a výstavby dalších parkovacích míst podle čl. IV. koncesní smlouvy naplněna definice koncese. K tomu Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí obecně uvedl, že základním znakem definujícím koncesi je v souladu s § 9a a § 9b zákona protiplnění za poskytnuté služby či realizované stavební práce, které spočívá v právu službu či stavbu po stanovenou dobu využívat nebo provozovat, přičemž toto právo může být spojeno s poskytnutím peněžitého plnění veřejným zadavatelem. Dalším podstatným znakem koncese je přenos hospodářského rizika z veřejného zadavatele na koncesionáře, jak vyplývá z relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie a z rozhodovací praxe Úřadu, na jejichž konkrétní případy Úřad v napadeném rozhodnutí odkázal.
8. Dle Úřadu bylo pro určení, zda se jedná o koncesi, nutné, aby koncesní smlouva a její předmět splňovaly oba shora uvedené znaky, tj. muselo zde existovat právo stavbu po stanovenou dobu využívat nebo provozovat (popř. společně s platbou), a muselo dojít k přenosu hospodářského rizika ze zadavatele na koncesionáře. O skutečnosti, že realizované plnění byl koncesionář oprávněn po určitou dobu provozovat a brát z něj užitky (tzn. vybírat parkovné), nebylo dle Úřadu pochyb, Úřad se však neztotožnil se s názorem účastníků správního řízení, že v případě vybudování parkovacích technologií a výstavby nových parkovacích míst došlo k přenosu hospodářského rizika z veřejného zadavatele na koncesionáře, neboť toto ekonomické riziko zde dle Úřadu neexistovalo.
9. Zadavatel i koncesionář ve svých vyjádřeních poukazovali na nejistotu ohledně výtěžnosti provozování ISP, přičemž právě tato skutečnost měla být dle názoru obou účastníků rizikem přeneseným na koncesionáře. Z koncesní smlouvy však dle názoru Úřadu vyplývalo, že v rámci realizace ISP budou na území zadavatele, které je uvedeno v koncesní smlouvě, vymezena příslušná parkovací stání, přičemž celá lokalita ISP bude mimo místa vymezená k parkování označena zákazem stání nebo zákazem zastavení. Z koncesní smlouvy současně také vyplýval závazek zadavatele zajistit koncesionáři ve všech lokalitách ISP exkluzivitu, což de facto znamená, že v území vymezeném koncesní smlouvou, kterým je celé centrum města, neměl koncesionář relevantní konkurenci.
10. Dalším důvodem pro potvrzení výše učiněného závěru, byla dle Úřadu skutečnost, že zadavatel se v rámci koncesní smlouvy zavázal spoluvytvářet cenové podmínky pro uživatele parkovacích ploch tak, aby byla zajištěna zásada samofinancování ISP, přičemž tato zásada umožňuje financovat provoz a investiční rozvoj ISP plně z tvorby hospodářského výsledku, a zároveň zachovává tvorbu zisku nad rámec tvorby zdrojů právě pro krytí investičních výdajů. Z koncesní smlouvy dále vyplývá, že obě smluvní strany považují objem investic uvedený v koncesní smlouvě za minimální, a zavazují se oboustranně akceptovat úpravu jejich výše podle ekonomického vývoje a podle výnosnosti ISP tak, aby byla zachována zásada samofinancování. Z uvedeného tak dle Úřadu vyplývalo, že koncesionář je povinen investovat do ISP pouze v případě, kdy bude jeho provoz vytvářet zisk. Tvorbu zisku zároveň podporuje vhodným nastavením cenových podmínek i zadavatel, který ve svém vyjádření navíc uvedl, že s vybudováním nových parkovacích míst se počítá nejdříve po vytvoření finančních zdrojů v ISP, přibližně za deset let.

11. Na základě shora uvedených relevantních skutečností Úřad shledal, že v případě výstavby nových parkovacích míst a dalších investic do parkovacích technologií, ekonomické riziko na straně koncesionáře neexistovalo, neboť tento měl zajištěnou základnu uživatelů ISP při neexistenci významných konkurenčních subjektů, a ceny za využívání ISP spolu s předpokládanými investicemi koncesionáře do ISP byly ve spolupráci se zadavatelem nastaveny tak, aby byla zajištěna jak úhrada vložených investic, tak i tvorba přiměřeného zisku koncesionáře.
12. Vzhledem k této neexistenci ekonomického rizika tak dle názoru Úřadu nemohlo dojít k jeho přenosu na koncesionáře, protože Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že v šetřeném případě nebyly naplněny definiční znaky koncese, a z tohoto důvodu se o koncesi nejednalo.
13. K otázce naplnění pojmových znaků veřejné zakázky Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že základními pojmovými znaky vyplývajícími z definice, uvedené v § 6 zákona, jsou předmět a úplatnost, přičemž se zpravidla jedná o úplatu hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty, kdy zadavatel rozhodne o způsobu úhrady jinými osobami. V šetřeném případě vybírá koncesionář poplatky od uživatelů ISP, čímž jsou mu uhrazeny náklady vynaložené na vybudování parkovacích technologií a výstavbu dalších parkovacích míst, které by mu v konečném důsledku uhradil zadavatel, pokud by uvedené poplatky vybíral sám. I v případě, kdy tedy zadavatel nevyňakl finanční prostředky přímo, byl předmětný smluvní vztah mezi zadavatelem a koncesionářem vztahem úplatným.
14. S odkazem na výše uvedené Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uzavřel, že v případě vybudování parkovacích technologií a výstavby nových parkovacích míst nebyly naplněny znaky koncese, nýbrž se jednalo o veřejnou zakázku, jejíž znaky dle zákona byly v daném případě naplněny. S ohledem na minimální výši finančního závazku koncesionáře se jednalo o veřejnou zakázku nadlimitní, jejíž zadání byl zadavatel povinen provést v souladu s § 25 odst. 1 zákona v některém z druhů zadávacích řízení v zákoně uvedených.
15. Důsledkem nedodržení zákonných postupů ze strany zadavatele byla skutečnost, že zadavatel neprovedl uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení pro tuto veřejnou zakázku podle § 84 odst. 1 zákona na centrální adrese a v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie, čímž výrazně omezil možnost jiných dodavatelů dozvědět se o této veřejné zakázce. Zadavatel sice na centrální adrese vyhlásil koncesní řízení na služby na uzavření předmětné koncesní smlouvy, tento úkon však nelze považovat za uveřejnění oznámení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku na stavební práce, neboť zadavatel takto oslovil jiný okruh dodavatelů.

III. Námitky rozkladů

Rozklad koncesionáře

16. Proti napadenému rozhodnutí podal koncesionář dne 8. 7. 2010 rozklad, v němž namítal, že závěry Úřadu o nenaplnění definičních znaků koncese ve smyslu ustanovení § 9a a 9b zákona, nejsou správné.
17. Koncesionář ve svém rozkladu uvedl výčet relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie, z níž mělo dle koncesionáře vyplývat, že o koncesi se jedná v případě, kdy odměna poskytovatele pochází z plateb uživatelů koncesních služeb, když tento způsob odměny má za následek, že poskytovatel na sebe bere riziko poskytování dotčených služeb, a charakterizuje tak koncesi na veřejné služby. Dále považoval koncesionář za podstatné, že na základě koncesní smlouvy koncesionáři nenáleží žádná odměna za výstavbu ani provozování parkovišť, kterou by hradil zadavatel, ale právě jen právo brát shora uvedené užitky a výjimečně náhrady.
18. S provozováním koncesovaných služeb byla dle koncesionáře spojena existující hospodářská soutěž v konkurenčním hospodářském prostředí. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí tvrdil, že koncesionář má mít na základě koncesní smlouvy garantovanou exkluzivitu ze strany zadavatele, nijak v této souvislosti nezohlednil, že koncesní smlouva řeší pouze parkování na pozemcích, ke kterým má zadavatel vlastnický nebo jiný právní vztah. Koncesní smlouva tedy nebrání vzniku a existenci nabídky parkovacích stání ze strany třetích osob. Jako podklad pro svá tvrzení přiložil koncesionář ke svému rozkladu seznam veřejných parkovacích míst ve vymezené oblasti ISP, která nejsou zahrnuta v koncesní smlouvě (nejsou na pozemcích města ani na místních komunikacích), a která jsou buď zdarma, nebo tržby za parkovné jsou příjmem třetích osob. Dále dle koncesionáře platilo, že systém ISP vykazoval dle šetření koncesionáře obsazenost pouze 52,49 %.
19. Vzhledem k výše uvedenému se koncesionář domníval, že s plněním koncesní smlouvy jsou spojena rizika vyplývající z existence hospodářské soutěže na tomto segmentu trhu, přičemž tato rizika jsou dále zvýšena možností využít substituční trh, tj. veřejnou individuální dopravu (taxi), veřejnou hromadnou dopravu (MHD), nebo jinou dopravu nespojenou s potřebou parkování vozidel (jízdni kolo, docházka). Dále mělo platit, že výběr plateb od třetích osob se plně odvíjí od řádného provozování systému ISP ze strany koncesionáře. Protože koncesionáři dle koncesní smlouvy nenáleží jakákoli kompenzace za neuhrazené parkovné, nesl tato rizika plně koncesionář, nikoli zadavatel.
20. Koncesionář dále v podaném rozkladu zdůraznil, že neměl garantovány příjmy, přestože koncesní smlouva stanoví, že se zadavatel zavazuje spoluvytvářet cenové podmínky pro uživatele parkovacích ploch, včetně nezbytné cenové regulace parkovného na veřejných komunikacích takovým způsobem, aby byla zajištěna zásada samofinancování systému při garancích návratnosti nákladů na investice vkládané do systému koncesionářem.

21. Koncesní smlouva dle názoru koncesionáře představovala nejpřísnější variantu koncese, když neobsahovala jakékoli minimální parametry ani ve vztahu k obsazenosti, platební morálce, úrokovým mírám, či k jiným rizikům.
22. Úřad měl dle koncesionáře nesprávně postupovat i při stanovení předpokládané hodnoty tvrzené nadlimitní veřejné zakázky, neboť nijak nezdůvodnil, proč výši předpokládané ceny navázal k investicím do stavebních prací podle koncesní smlouvy, nikoli k předpokládané ceně koncese, jak požaduje zákon. Napadené rozhodnutí bylo dle koncesionáře nepřezkoumatelné, neboť z něj nevyplývá, jaké skutečnosti správní orgán vzal jako podklad pro své rozhodnutí, a jak je posoudil.
23. Koncesionář dále v podaném rozkladu namítal, že napadené rozhodnutí je vnitřně rozporné, neboť Úřad se na straně jedné dovolával judikatury Soudního dvora Evropské unie, na straně druhé však činil závěry, které z těchto rozsudků nevyplývaly, ale naopak, byly s nimi rozporné, aniž by uvedl, proč se od těchto soudních rozhodnutí odchyluje.
24. Ničím nepodložený závěr Úřadu uvedený v rozhodnutí ohledně neexistence rizika poptávky a konkurence, považoval koncesionář za naprostou novotu, o které dříve nevěděl, a nemohl se k tomuto tvrzení Úřadu vyjádřit. Z tohoto důvodu koncesionář označil napadené rozhodnutí za rozhodnutí překvapivé, kdy dle judikatury Ústavního soudu takové rozhodnutí představuje porušení práva na spravedlivý proces.

Doplnění rozkladu koncesionáře

25. Dne 15. 11. 2010 bylo Úřadu doručeno doplnění rozkladu koncesionáře ze dne 11. 11. 2010, v němž koncesionář oznámil Úřadu svou novou obchodní firmu, která nadále zní „ISP Hradec Králové, a.s.“, spolu s oznámením nového sídla společnosti. Koncesionář dále na podporu své argumentace obsažené v rozkladu uvedl rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 18. 7. 2007, ve věci komise ES proti Italské republice, C – 382/05, na jehož základě dovozoval nezbytnost posoudit veřejnou zakázku či koncesi výlučně dle norem komunitárního práva.

Závěr rozkladu koncesionáře

26. S odkazem na vše výše uvedené koncesionář v rámci rozkladu, ve znění jeho doplnění, požadoval, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

Rozklad zadavatele

27. Dne 9. 7. 2010 obdržel Úřad od zadavatele rozklad z téhož dne, kterým zadavatel napadal všechny výroky napadeného rozhodnutí.
28. Zadavatel mimo jiné v rozkladu uvedl, že v době zahájení koncesního řízení na služby bylo jeho zájmem zřídit ISP na území města, a to takovým způsobem, aby investici do parkovacího systému nesl dodavatel, systém po stanovenou dobu provozoval, a zároveň ze zavedeného systému bral užítky. Tímto postupem byla podle názoru zadavatele zcela naplněna zákonná definice koncese na služby.

29. S ohledem na uvedené skutečnosti se zadavatel neztotožnil s názorem uvedeným v odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že v případě vybudování parkovacích technologií a výstavby nových parkovacích míst nedošlo k přenosu hospodářského rizika z veřejného zadavatele na koncesionáře, a že se tedy jedná o veřejnou zakázku na stavební práce.
30. Zadavatel se neztotožnil s výkladem Úřadu ohledně rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie, která jsou zmiňována v odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť Úřad pro oporu svých tvrzení vytrhával z kontextu těchto rozhodnutí jednotlivosti, které používal zcela účelově. Správným výkladem citované judikatury Soudního dvora Evropské unie, o kterou Úřad opřel své závěry, bylo dle zadavatele naopak možné jednoznačně dovodit, že postup zadavatele byl v souladu s právní úpravou platnou v době zadání koncesního řízení včetně komunitární legislativy.
31. Zadavatel dále v podaném rozkladu namítal, že v době zadání koncesního řízení nebyla v zákoně zakotvena podmínka přenosu rizika, která byla upravena až v zákoně č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů, s účinností od 1. července 2006. Provozování ISP na území města Hradec Králové bylo dle zadavatele ekonomickou činností, která nese rizika, a závěr Úřadu, že ekonomické riziko při výkonu této činnosti neexistuje, považoval zadavatel za neodůvodněný. Dále dle zadavatele platilo, že ve vymezené zóně ISP jsou zcela prokazatelně plochy, na které uzavřená koncesní smlouva nedopadá, neboť se jedná o plochy, které nejsou ve vlastnictví zadavatele.
32. Dále zadavatel uvedl, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval veškerá ustanovení smlouvy, ve kterých byl uveden pojem „samofinancování“, přičemž tato ustanovení smlouvy byla vytrhávána z kontextu a interpretována nikoli ve vzájemných souvislostech. K tomu zadavatel podotknul, že koncesní smlouva neobsahuje jakýkoli závazek zadavatele k náhradě ztráty koncesionáře vzniklé v důsledku provozování koncesovaných služeb, ani jakýkoli jiný závazek k finančnímu plnění z obdobného důvodu.
33. S ohledem na výše uvedená tvrzení zadavatel trval na skutečnosti, že závěr Úřadu o tom, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, není správný. V žádném případě se nemohlo jednat o veřejnou zakázku na stavební práce, neboť nebyly naplněny definiční znaky veřejné zakázky. Pokud Úřad dovodil, že byl naplněn pojmový znak veřejné zakázky (úplatnost) tím, že koncesionáři byly hrazeny náklady vynaložené na vybudování parkovacích technologií a výstavbu dalších parkovacích míst jednotlivými uživateli ISP, kdy tyto náklady by mu v konečném důsledku uhradil zadavatel, pokud by uvedené poplatky vybíral sám, považoval zadavatel tento závěr Úřadu za chybný a nepřijatelný, neboť právě vybírání poplatků od jednotlivých uživatelů je pojmovým znakem koncese na služby.
34. Pokud šlo o pochybení zadavatele spatřované v neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie, zadavatel vyjádřil přesvědčení, že zákon tuto povinnost nestanovil, neboť se jednalo o koncesní smlouvu, nikoli veřejnou zakázku.

35. Zadavatel měl dále za to, že Úřad nebyl příslušný k přezkumu předmětného koncesního řízení, což mělo vyplývat ze stanoviska Úřadu ze dne 11. 9. 2007 č. j. P405/2007/VZ-16495/2007/540-MČ, v němž je uvedeno, že Úřad není příslušný k přezkumu postupu zadavatelů při udělování podlimitních koncesí na služby.
36. Napadené rozhodnutí i správní řízení, které vydání tohoto rozhodnutí předcházelo, byla dle zadavatele z uvedených důvodů v rozporu s právními předpisy, zejména v rozporu se správním řádem a zákonem. Z odůvodnění rozhodnutí podle zadavatele nevyplývalo, jaké skutečnosti vzal Úřad jako podklad pro své rozhodnutí. Některá tvrzení Úřadu, o něž se rozhodnutí opíralo, nebyla doložena žádnými důkazy, resp. nebylo zřejmé, na základě čeho Úřad k takovým závěrům dospěl. Rozhodnutí zadavatel z tohoto důvodu považoval za nepřezkoumatelné.
37. Zadavatel dále nepovažoval odůvodnění stanovení výše pokuty za dostatečné, přičemž tuto pokutu pokládal za nepřiměřeně vysokou, a nesouhlasil s tvrzením Úřadu, že zadavatel výrazně narušil soutěžní prostředí, neboť zadavatel postupoval v koncesním řízení v souladu s platnou právní úpravou a evropskou legislativou. Úřad při ukládání pokuty nezohlednil výdajovou stránku rozpočtu zadavatele a vycházel pouze z jediného údaje, který nevystihoval skutečnou ekonomickou situaci zadavatele.
38. Na podporu svých tvrzení zadavatel dále odkázal na rozhodnutí Úřadu ve věci veřejné zakázky zadávané městem Znojmo ze dne 8. 2. 2010 č. j. ÚOHS-S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh. V tomto rozhodnutí Úřad v téměř shodné věci (tj. vybudování a provoz parkovacího systému na území Znojma) konstatoval, že v daném případě se jedná o koncesi a nikoli o veřejnou zakázku.

Doplnění rozkladu zadavatele

39. V rámci doplnění rozkladu zadavatele, jež bylo Úřadu doručeno dne 10. 9. 2010, resp. dne 6. 10. 2010, zadavatel na podporu svých tvrzení obsažených v rozkladu označil, resp. doplnil, nový důkaz listinou, a to rozsudkem Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 21. 8. 2010 sp. zn. 21 C 136/2009. V tomto soudním řízení, jehož výsledkem bylo vydání uvedeného rozsudku, a jehož byl zadavatel vedlejším účastníkem, posuzoval soud jako předběžnou otázku, zda je koncesní smlouva platná. Okresní soud v Hradci Králové přitom konstatoval, že žalovaný, kterým byl koncesionář, nese riziko poptávky, byť je riziko poptávky omezené, s ohledem na to, že téměř veškerá parkovací místa v centru města jsou provozována žalovaným. Toto riziko je však obdobné riziku, jakému by byl jinak (pokud by smlouva nebyla uzavřena) vystaven veřejný zadavatel, tedy vedlejší účastník.
40. S odkazem na shora uvedený rozsudek zadavatel zopakoval přesvědčení, že koncesní smlouva je platná a že splňuje veškeré pojmové znaky koncesní smlouvy.

Závěr rozkladu zadavatele

41. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel závěrem rozkladu, ve znění jeho doplnění, navrhnul, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

42. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Vyjádření zadavatele

43. Dne 16. 7. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu koncesionáře, v němž se zadavatel s tímto rozkladem ztotožnil a dále odkázal na svůj rozklad ze dne 9. 7. 2010.

Vyjádření koncesionáře

44. Koncesionář se k rozkladu zadavatele písemně vyjádřil dne 19. 7. 2010 a uvedl, že se s tímto rozkladem plně ztotožňuje, přičemž je přesvědčen, že zadavatel postupoval správně, pokud vybudování ISP v Hradci Králové posoudil jako koncesi a nikoliv jako veřejnou zakázkou.
45. Ve svém vyjádření koncesionář upozornil na dřívější rozhodnutí Úřadu ze dne 8. 2. 2010 č. j. ÚOHS-S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh, od něhož se měl Úřad při vydání napadeného rozhodnutí zcela zásadně odchýlit, ačkoli v rámci tohoto dřívějšího rozhodnutí byl dle koncesionáře řešen shodný případ.
46. Dále koncesionář uvedl, že napadené rozhodnutí postrádá základní náležitosti rozhodnutí o správním deliktu, neboť Úřad dostatečně neodůvodnil, jak dospěl k závěru, že jednání zadavatele naplnilo všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu, a jakým způsobem mohlo nedodržení postupu zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, v tomto směru Úřad dle koncesionáře vůbec neprováděl žádné zjišťování ani dokazování.

Stanovisko předsedy Úřadu

47. 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, předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, Ing. Petr Rafaj (dále jen „**předseda Úřadu**“), podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
48. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 25. 6. 2010 č. j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo rozhodl o spáchání správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona a podle § 102 odst. 1 písm. e) zákona zadavatelem a o uložení pokuty podle § 102 odst. 2 písm. b) zákona ve výši 1 500 000,- Kč a o uložení povinnosti zadavateli uhradit paušální částku nákladů správního řízení podle § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb. ve výši 1 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění rozhodnutí o rozkladu ze dne 22. 11. 2010 č. j. ÚOHS-R89,91/2010/VZ-17500/2010/310-EKu (dále jen „**rozhodnutí o rozkladu**“) předseda Úřadu v podrobnostech rozebral důvody, pro které nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladů

49. V rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu konstatoval, že předmětem správního řízení, jehož výsledkem bylo vydání napadeného rozhodnutí, nebyla koncese na služby upravená v koncesní smlouvě, nýbrž výstavba nových parkovacích míst. Úřad přitom v šetřeném případě zkoumal, zda zadavatel nepostupoval v rozporu s § 25 zákona v návaznosti na § 9 odst. 1 zákona, když výstavbu nových parkovacích míst zadal jako podlimitní koncesi na služby, když však některé skutečnosti nasvědčovaly tomu, že v případě výstavby parkovacích míst se nejednalo o koncesi, ale o nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce o předpokládané hodnotě ve výši 182 000 000,- Kč. Tato skutečnost byla účastníkům řízení oznámena již v oznámení o zahájení správního řízení. V rámci správního řízení tedy Úřad nepřezkoumával vlastní službu spočívající v provozování ISP, nýbrž pouze způsob, jakým zadavatel zadal výstavbu nových parkovacích míst. Skutečnost, že zadavatel stavební práce zahrnul do koncesní smlouvy, nebyla dle předsedy Úřadu pro posouzení věcné příslušnosti Úřadu rozhodná, neboť Úřad v šetřeném případě zkoumal, zda závazek koncesionáře vybudovat nová parkovací místa je, či není, veřejnou zakázkou na stavební práce.
50. Pokud šlo o námitky zadavatele a koncesionáře týkající se nesprávného posouzení naplnění definičních znaků koncese ve smyslu normativních ustanovení relevantní právní úpravy a odpovídající judikatury Soudního dvora Evropské unie, konstatoval předseda Úřadu, že jedním ze dvou znaků definujících koncesi, je naplnění pojmu „přenosu rizika“ či „přenosu provozního rizika“ z veřejného zadavatele na koncesionáře. Existence tohoto znaku nebyla v rozhodnou dobu dána zákonem, nicméně vyplývala z relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie.
51. Rozhodnou skutečností pro určení, zda bylo možno výstavbu nových parkovacích míst, modernizaci a rozšiřování parkovacího systému považovat za koncesi, byl pro předsedu Úřadu přenos rizika, kterému by v souhrnu čelil veřejný zadavatel v případě, kdy by realizované plnění poskytoval sám. V tomto ohledu šlo zejména o riziko hospodářské, resp. ekonomické, které dle předsedy Úřadu zcela nesouviselo se způsobem poskytování odměn za poskytované stavební práce. Na základě výše uvedených úvah předseda Úřadu nepřisvědčil rozkladovým námitkám uvádějícím, že realizované plnění lze charakterizovat jako koncesi pouze na základě té skutečnosti, že odměnou poskytovatele stavebních prací jsou platby od třetích osob. Pro relevantní zjištění naplnění veškerých znaků koncese bylo nezbytné zjišťovat i další okolnosti šetřeného případu, tedy zejména intenzitu „přenášeného rizika“ ze zadavatele na koncesionáře, což Úřad provedl v rámci napadeného rozhodnutí.
52. Předseda Úřadu vyjádřil v rozhodnutí o rozkladu své přesvědčení, že realizované plnění bylo poskytováno za podmínek hospodářské soutěže deformované koncesní smlouvou, ačkoli zadavatel i koncesionář ve svých vyjádřeních poukazovali na skutečnost, že výdělečnost provozování ISP nebude zaručena, přičemž právě tato skutečnost měla být podle názoru obou účastníků rizikem přeneseným na koncesionáře. Z koncesní smlouvy však vyplýval závazek zadavatele, že ve všech lokalitách ISP zajistí koncesionáři exkluzivitu, tzn., že v území vymezeném koncesní smlouvou nebude mít koncesionář de facto relevantní konkurenci.

53. Skutečnost potvrzující závěr Úřadu v napadeném rozhodnutí o tom, že v šetřeném případě nedošlo k převodu rizika ze zadavatele na koncesionáře, spatřoval předseda Úřadu rovněž v tom, že zadavatel se v rámci koncesní smlouvy zavázal spoluvytvářet cenové podmínky pro uživatele parkovacích ploch tak, aby byla zajištěna zásada samofinancování ISP, přičemž tato zásada umožňovala financovat provoz a investiční rozvoj ISP plně z tvorby hospodářského výsledku, a zároveň zachovávala tvorbu zisku nad rámec tvorby zdrojů právě pro krytí investičních výdajů. Dále z koncesní smlouvy vyplývalo, že obě smluvní strany považovaly objem investic uvedený v čl. IV. odst. 1 a 2 koncesní smlouvy za minimální a zavázaly se oboustranně akceptovat úpravu jejich výše podle ekonomického vývoje a podle výnosnosti ISP, tak aby byla zachována zásada samofinancování. Z uvedeného dle předsedy Úřadu vyplývalo, že koncesionář je povinen investovat do ISP pouze v případě, kdy bude jeho provoz vytvářet zisk. Tvorbu zisku zároveň podporoval vhodným nastavením cenových podmínek i zadavatel, a to takovým způsobem, aby byla zajištěna zásada samofinancování ISP při garanci návratnosti nákladů na investice vkládané do ISP koncesionářem.
54. Vzhledem k tomu, že nebyl naplněn znak koncese spočívající v přenosu rizika zadavatele na poskytovatele stavebních prací, kdy koncesionář měl zajištěn okruh uživatelů ISP v nekonkurenčním prostředí, přičemž ceny za využívání ISP, spolu se smlouvou předvídanými investicemi koncesionáře do ISP, byly nastaveny takovým způsobem, že byla zajištěna úhrada těchto investic a zároveň tvorba přiměřeného zisku koncesionáře, neakceptoval předseda Úřadu rozkladové námitky, neboť lze stěží očekávat, že by zadavatel v rámci jakéhokoli zákonem dovoleného právního vztahu docílil obdobného zajištění výnosů z realizovaného plnění.
55. Při stanovení předpokládané hodnoty dotčené veřejné zakázky Úřad zjevně vycházel z textu koncesní smlouvy, kde byly uvedeny hodnoty investic, k jejichž realizaci se koncesionář zavázal. Tyto hodnoty de facto představovaly předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na stavební práce, přičemž tato cena byla zadavatelem koncesionáři uhrazena nepřímo (prostřednictvím uživatelů ISP).
56. Předseda Úřadu dále uvedl, že pokud je plnění, spočívající ve vybudování parkovacích míst, nezbytné posoudit jako veřejnou zakázku na stavební práce, mělo být, vzhledem k předpokládané hodnotě takové veřejné zakázky, provedeno uveřejnění oznámení o zahájení řízení pro takovou zakázku jak na centrální adrese, tak v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie. Tím, že zadavatel tuto povinnost nesplnil, porušil § 84 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel, pokud by tuto nadlimitní veřejnou zakázku řádně zveřejnil, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů.
57. Předseda Úřadu vyjádřil přesvědčení, že při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu rovněž i příjmovou stránku rozpočtu zadavatele na rok 2010, přičemž tuto skutečnost použil jako podpůrný nástroj pro určení, zda se v daném případě nejedná o pokutu likvidačního charakteru. Dle předsedy Úřadu nemohl Úřad při ukládání pokuty brát ohled na veškeré výdaje zadavatele, neboť by se mohl v případech např. vyrovnaných rozpočtů dostat do situace, kdy by prakticky nemohl uložit pokutu ani v minimální výši.

58. Výše pokuty uložené napadeným rozhodnutím Úřadu nebyla předsedou Úřadu shledána coby nepřiměřená, přičemž zadavatelem namítané skutečnosti nenasvědčily pro uložení mírnější sankce.

VI. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

59. Zadavatel i koncesionář podali proti pravomocnému rozhodnutí o rozkladu žaloby, které byly Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) doručeny dne 18. 1. 2011, a kterými se domáhali zrušení napadeného rozhodnutí a rozhodnutí o rozkladu. Toto soudní řízení bylo u krajského soudu vedeno pod sp. zn. 62 Af 3/2011.
60. Dne 1. 6. 2012 vydal krajský soud rozsudek č. j. 62 Af 3/2011-225 (dále jen „**rozsudek krajského soudu**“) jímž rozhodl o zrušení rozhodnutí o rozkladu a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení.
61. Krajský soud ve svém rozsudku nejprve stručně shrnul procesní stanoviska účastníků soudního řízení, poté přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí o rozkladu, a shledal, že žaloba je důvodná, neboť Úřad podstatným způsobem porušil ustanovení o řízení před správním orgánem, přičemž toto porušení mohlo mít, a v daném případě mělo, vliv na zákonnost rozhodnutí Úřadu, resp. jeho předsedy, o věci samé.
62. Dle rozsudku krajského soudu platí, že Úřad nebyl oprávněn řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve věci koncesní smlouvy zahájit, neboť pro jeho zahájení již marně uplynula lhůta zakotvená v zákoně. Úřad tedy nemohl postup zadavatele v rámci uzavření koncesní smlouvy přezkoumat, ani mu za případné porušení zákona uložit pokutu, a pokud tak učinil, postupoval v rozporu se zákonem.
63. V odůvodnění napadeného rozhodnutí bylo ve vztahu ke lhůtě pro zahájení řízení odkazováno na § 105 odst. 3 zákona, podle něhož lze řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo takové jednání spácháno. Z napadeného rozhodnutí dále vyplývá, že Úřad dovodil, že protiprávní jednání bylo spácháno dne 20. 6. 2006, kdy byla zadavatelem odeslána výzva k podání nabídky na koncesi na služby. Správní řízení o předmětných deliktech zadavatele tak mohlo být dle Úřadu zahájeno až do 20. 6. 2011. Naopak žalobně bylo namítáno, že pro zahájení řízení před Úřadem byla rozhodná lhůta podle § 96 odst. 1 zákona, dle níž bylo možné řízení z vlastního podnětu zahájit do 3 let ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení zákona.
64. Krajský soud na základě poznatků ze správního spisu uvedl, že od zaslání výzvy k podání nabídky na koncesi na službu (k němuž došlo dne 20. 6. 2006), do zahájení správního řízení (dne 17. 2. 2010) uplynuly více než 3 roky a 7 měsíců. I kdyby však bylo za protiprávní jednání považováno až samotné uzavření koncesní smlouvy (28. 12. 2006), uplynula do zahájení řízení lhůta více než 3 roky a 1 měsíc.

65. Krajský soud proto posuzoval vztah obou zmíněných ustanovení zákona, přičemž dospěl k závěru, že § 96 odst. 1 zákona je ve vztahu ke stanovení lhůty pro zahájení řízení o uložení pokuty za porušení zákona ustanovením speciálním vůči obecnému ustanovení § 105 odst. 3 zákona.
66. Ustanovení § 96 odst. 1 zákona stanoví tříletou lhůtu pro zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z vlastního podnětu orgánu dohledu. Týká se tak přezkoumání úkonů (a tedy i protiprávního jednání) uskutečněných pouze zadavatelem. Naproti tomu § 105 odst. 3 zákona stanoví pětiletou lhůtu pro zahájení řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání, a týká se tak potenciálního protiprávního jednání nejen zadavatelů, ale všech osob participujících na zadávacím řízení.
67. Dle krajského soudu stanoví § 105 odst. 3 zákona obecnou lhůtu pro zahájení řízení o uložení pokuty za každé jednání v rozporu se zákonem. Tato lhůta se tak vztahuje zásadně ke všem řízením o uložení pokuty za protiprávní jednání podle zákona, pokud není stanoveno jinak. Zákon přitom rozeznává několik typů takovýchto řízení (řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 96 a násl. zákona, řízení o protiprávních jednáních dodavatelů ve smyslu § 103 zákona, řízení o pořádkových opatřeních podle § 104 zákona). Na naposled dva uvedené typy se pětiletá lhůta pro zahájení řízení zakotvená v § 105 odst. 3 zákona nepochybně vztahuje, neboť ve vztahu k nim zákon žádnou speciální lhůtu neobsahuje. Jinak tomu ale je ve vztahu k řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 96 a násl. zákona, který v odst. 1 zmíněného ustanovení v případě těchto řízení jednoznačně stanoví, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z vlastního podnětu může orgán dohledu zahájit toliko do 3 let ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení zákona.
68. Krajský soud tedy uzavřel, že právě § 96 odst. 1 zákona je ustanovením speciálním, které v případě těchto řízení stanoví pro zahájení řízení odlišnou lhůtu od lhůty obecné, zakotvené v § 105 odst. 3 zákona. Řízení o správních deliktech zadavatelů podle § 102 zákona jsou nerozlučně spjata právě s řízeními o přezkoumání úkonů zadavatelů. Tento závěr jednoznačně plyne z § 101 odst. 3 zákona, který stanoví, že součástí rozhodnutí orgánu dohledu, jímž Úřad shledal, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil zákon, je uložení sankce podle § 102 zákona. Z toho tedy dle rozsudku krajského soudu plyne, že o sankci podle § 102 zákona není vedeno žádné samostatné řízení, ale že je tato sankce ukládána přímo v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a je jedním z jeho možných výsledků.
69. Jestliže tedy Úřad v daném případě zahájil řízení o správním deliktu zadavatele, který shledal v tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona, neboť nezadal vybudování parkovacích technologií a výstavby nových parkovacích míst v některém ze zadávacích řízení podle zákona, a tuto veřejnou zakázku nezveřejnil na centrální adrese a v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie (delikt byl tedy spatřován v úkonu zadavatele), zahájil de facto řízení o přezkoumání tohoto úkonu zadavatele. Úřad byl tedy povinen takové řízení zahájit ve lhůtě podle § 96 odst. 1 zákona. Opačný závěr, a tedy že bylo zahájeno toliko řízení o správním deliktu, resp. pokutě za něj, by byl obcházením zákona, konkrétně § 96 odst. 1 zákona.

70. Ostatními žalobními body se krajský soud, s ohledem na důvodnost námitky ohledně neexistence oprávnění Úřadu k zahájení řízení, nezabýval, neboť nebyl-li Úřad oprávněn dané řízení zahájit a vést, nebylo třeba přezkoumávat výsledek tohoto řízení (tj. otázku, zda se zadavatel deliktů dopustil či nikoli), neboť by zodpovězení této otázky nemohlo jakkoli ovlivnit závěr soudu o tom, že je třeba napadené rozhodnutí žalovaného zrušit.

71. Rozhodnutí o rozkladu bylo tedy krajským soudem pro vady řízení podle § 76 odst. 1 písm. c) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“), zrušeno a věc byla Úřadu vrácena k dalšímu řízení.

VII. Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem

72. Vzhledem k tomu, že Úřad s rozhodnutím krajského soudu nesouhlasil, podal dne 13. 6. 2012 proti jeho rozsudku kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu. Nejvyšší správní soud o této kasační stížnosti rozhodl dne 9. 1. 2013 rozsudkem č. j. 9 Afs 53/2012-47, v němž dospěl k závěru, že kasační stížnost není opodstatněná.

73. Nejvyšší správní soud v obecné rovině uvedl, že podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu s právem, přičemž závěr o uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle § 102 zákona musí být opřen o zjištění správního orgánu, že zadavatel nedodržel postup v zákoně stanovený, a v důsledku toho mohla být konkrétní nabídka vyhodnocena jinak, než by byla vyhodnocena za situace, pokud by k takovému pochybení ze strany zadavatele nedošlo.

74. Pro závěr, že došlo k porušení zákona konkrétním úkonem zadavatele, je dle Nejvyššího správního soudu nutno nejprve takový úkon zadavatele zákonem stanoveným způsobem přezkoumat. V souladu s ustanovením § 96 zákona lze řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z vlastního podnětu zahájit do 3 let ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení tohoto zákona, toto řízení je zahájeno dnem, kdy orgán dohledu učinil vůči účastníku řízení první úkon.

75. Skutečnost, že Úřad označil předmět jím zahájeného řízení jako řízení ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. a) a písm. e) zákona, je z hlediska dodržení zákonem stanovené lhůty pro přezkoumání úkonů zadavatele irelevantní. Pokud totiž nebylo zahájeno řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, není ani možné učinit závěr, že zadavatel konkrétním úkonem zákon o veřejných zakázkách porušil, natož mu za takové jednání uložit sankci. Nejvyšší správní soud se v této souvislosti ztotožnil s názorem krajského soudu v tom smyslu, že řízení o správním deliktu zadavatele podle § 102 zákona je skutečně spjata právě s řízením o přezkoumání úkonů zadavatele, které lze zahájit pouze v zákonem stanovené tříleté lhůtě.

76. Nejvyšší správní soud uzavřel, že zadavatele lze za porušení zákona sankcionovat toliko v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném podle ustanovení § 96 odst. 1 zákona. Pokud se zadavatel předmětných správních deliktů dopustil odesláním výzvy k podání nabídky na koncesi na služby dne 20. 6. 2006, pak mohlo být správní řízení o přezkoumání

tohoto úkonu zadavatele zahájeno nejpozději ke dni 20. 6. 2009. V projednávané věci však bylo příslušné řízení zahájeno až dne 17. 2. 2010, tj. po uplynutí zákonem stanovené prekluzivní lhůty, a proto za případné nezákonné úkony zadavatele nelze ani uložit žádné sankce.

77. Nejvyšší správní soud tedy kasační stížnost v souladu s § 110 odst. 1 soudního řádu správního zamítl.

VIII. Stanovisko předsedy Úřadu

78. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu, a v souladu se závazným právním názorem krajského soudu a Nejvyššího správního soudu, jsem dospěl k následujícímu závěru.

79. Úřad při vydání napadeného rozhodnutí ze dne 25. 6. 2010 č. j. ÚOHS-S-36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo podstatným způsobem porušil zákonná ustanovení o řízení, přičemž toto porušení mělo vliv na zákonnost rozhodnutí ve věci samé. V souladu s § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, neboť toto rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy.

IX. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

80. Při vydání tohoto rozhodnutí jsem se plně ztotožnil se závěry rozsudku krajského soudu a rozsudku Nejvyššího správního soudu v tom smyslu, že Úřad nebyl oprávněn správní řízení ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem vůbec zahájit, vzhledem k tomu, že prekluzivní lhůta, kterou je zahájení takového řízení dle zákona podmíněno, již uplynula.

81. Z bodu 68 napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad shledal spáchání protiprávního jednání v úkonu zadavatele, kterým bylo odeslání výzvy k podání nabídky na koncesi, která tvoří předmět koncesní smlouvy. K tomuto úkonu zadavatele došlo dne 20. 6. 2006. Potud se se závěry Úřadu ztotožňuji. Není však možné souhlasit s tvrzením uvedeným ve stejném bodě napadeného rozhodnutí, dle kterého je posledním dnem pro zahájení správního řízení o uložení pokuty, den 20. 6. 2011.

82. Shora uvedená pětiletá lhůta, stanovená v § 105 odst. 3 zákona, by se na daný případ koncesní smlouvy uplatnila pouze tehdy, pokud by zákon nedefinoval speciální lhůtu platnou pro zahájení řízení Úřadu z vlastního podnětu. Tato speciální lhůta je zakotvena v § 96 odst. 1 zákona jako prekluzivní tříletá lhůta počínající běžet ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení zákona. V souladu se závěry krajského soudu a Nejvyššího správního soudu konstatuji, že tento vztah speciality je dán skutečností, že lhůta stanovená v § 105 odst. 3 zákona se vztahuje zásadně ke všem řízením o uložení pokuty za protiprávní jednání podle zákona, pokud ovšem není stanoveno jinak. V případě řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 96 zákona je však v odstavci 1 tohoto ustanovení speciální lhůta výslovně zakotvena.

83. Vzhledem k tomu, že k porušení zákona došlo dne 20. 6. 2006, jak je uvedeno výše, posledním dnem, kdy bylo možné předmětné správní řízení zahájit, byl den 20. 6. 2009. Ze správního spisu vyplývá, že k zahájení řízení došlo dne 17. 2. 2010, tedy více, než sedm měsíců od skončení zákonem stanovené lhůty.
84. Napadené rozhodnutí, které Úřad vydal na základě řízení, k jehož zahájení nebyly naplněny všechny zákonné podmínky, je rozhodnutím v rozporu s právními předpisy. Z tohoto důvodu jsem v souladu s § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu přistoupil k jeho zrušení a zastavení řízení, které nemělo být vůbec zahájeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda

Obdrží

1. Statutární město Hradec Králové, Československé armády 408, 502 00 Hradec Králové
2. Mgr. Bc. David Michal, advokát, MSB Legal, v.o.s., Bucharova 1314/8, 158 00 Praha 5

Vypraveno dne

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