



UOHSX008SHZO

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0070/2016/VZ-50472/2016/321/OHo

Brno: 2. ledna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 24. 2. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal zadavatel –

- **městská část Praha 10**, IČO 00063941, se sídlem Vršovická 68, 101 38 Praha 10,

proti výrokům IX. a X. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 2. 2016 č. j. ÚOHS-S0746/2014/VZ-04896/2016/532/MOn, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při uzavření nájemní smlouvy se společností KLANG, s.r.o., IČO 48110558, se sídlem Moravská 50, 120 00 Praha 2 ze dne 14. 2. 2007, ve znění dodatku č. 1 ze dne 17. 12. 2007, dodatku č. 2 ze dne 12. 12. 2008, dodatku č. 3 ze dne 31. 3. 2009, dodatku č. 4 ze dne 28. 6. 2010, dodatku č. 5 ze dne 22. 11. 2010, dodatku č. 6 ze dne 24. 2. 2012, dodatku č. 7 ze dne 31. 7. 2012, při uzavření smlouvy o provedení stavebních úprav se společností KLANG, s.r.o., IČO 48110558, se sídlem Moravská 50, 120 00 Praha 2 ze dne 14. 5. 2007 a při uzavření „Dohody o skončení nájmu a o narovnání vzájemných závazků z nájemní smlouvy ze dne 14. 2. 2007 č.2012/OMP/2883“, se společností KLANG, s.r.o., IČO 48110558, se sídlem Moravská 50, 120 00 Praha 2, ze dne 16. 11. 2012, a to v souvislosti s projektem „**Kino Vzlet**“,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ust. § 90 odst. 5 téhož zákona a na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výroky IX. a X. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 2. 2016 č. j. ÚOHS-S0746/2014/VZ-04896/2016/532/MOn

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 24. 4. 2014 podnět k prošetření postupu zadavatele – městská část Praha 10, IČO 00063941, se sídlem Vršovická 68, 101 38 Praha 10 (dále jen „**zadavatel**“) při uzavření nájemní smlouvy ze dne 14. 2. 2007 se společností KLANG, s.r.o., IČO 48110558, se sídlem Moravská 50, 120 00 Praha 2 (dále jen „**KLANG, s.r.o.**“), ve znění dodatku č. 1 ze dne 17. 12. 2007, dodatku č. 2 ze dne 12. 12. 2008, dodatku č. 3 ze dne 31. 3. 2009, dodatku č. 4 ze dne 28. 6. 2010, dodatku č. 5 ze dne 22. 11. 2010, dodatku č. 6 ze dne 24. 2. 2012 a dodatku č. 7 ze dne 31. 7. 2012, dále při uzavření smlouvy o provedení stavebních úprav se společností KLANG ze dne 14. 5. 2007 a při uzavření „Dohody o skončení nájmu a o narovnání vzájemných závazků z nájemní smlouvy ze dne 14. 2. 2007 č. 2012/OMP/2883“ (dále jen „**dohoda o narovnání**“), se společností KLANG ze dne 16. 11. 2012, a to v souvislosti s projektem „Kino Vzlet“.
2. Úřad na základě obdrženého podnětu po přezkoumání dokumentace k jednotlivým smlouvám získal pochybnost o tom, zda zadavatel při uzavírání shora uvedených smluv, souvisejících s projektem „Kino Vzlet“, neporušil § 21 odst. 1 zákona tím, že opravy a rekonstrukci objektu Kina Vzlet, které byly předmětem nájemní smlouvy, nezadal v některém z druhů zadávacích řízení podle zákona, když obsah dotčených smluv naplňuje v souhrnu znaky podlimitní veřejné zakázky na stavební práce. Z uvedeného důvodu Úřad zahájil dne 24. 9. 2014 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem, přičemž jeho zahájení zadavateli oznámil dopisem č. j. ÚOHS-S746/2014/VZ-19057/2014/532/MOn ze dne 24. 9. 2014.
3. Dne 25. 11. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S746/2014/VZ-25043/2014/532/MOn (dále jen „**původní rozhodnutí Úřadu**“), které bylo zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

č. j. ÚOHS-R435/2014/VZ-44922/2015/321/OHo ze dne 17. 12. 2015 (dále jen „**předchozí rozhodnutí předsedy Úřadu**“).

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 9. 2. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0746/2014/VZ-04896/2016/532/MOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl ve výrocích I. – VIII. tak, že v příslušných částech správní řízení zastavuje. Výrokem IX. Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu tím, že dne 16. 11. 2012 uzavřel se společností KLANG, s.r.o. „Dohodu o skončení nájmu a o narovnání vzájemných závazků z nájemní smlouvy ze dne 14. 2. 2007 č.2012/OMP/2883“, přičemž nepostupoval v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v ust. § 21 odst. 1 citovaného zákona, i přestože zakázka realizovaná na základě této dohody naplňuje definici veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 citovaného zákona. Za spáchání uvedeného správního deliktu byla zadavateli uložena pokuta ve výši 100 000 Kč.
5. V napadeném rozhodnutí Úřad nejprve k původní nájemní smlouvě a prvním z dodatků uvedl, že u těchto smluvních vztahů došlo z důvodu aplikace příznivější právní úpravy k zániku deliktní odpovědnost. Uzavřením dodatků č. 4 – 7, u nichž nedošlo k zániku deliktní odpovědnosti, však nedošlo ke spáchání správního deliktu.
6. K výroku IX. napadeného rozhodnutí a tedy k otázce uzavření dohody o narovnání Úřad konstatoval, že ačkoliv zadavatel původně uzavřel se společností KLANG, s.r.o. nájemní smlouvu o pronájmu objektu „Kina Vzlet“, kdy tato společnost měla provést opravu a rekonstrukci tohoto objektu, přičemž náklady na provedení těchto stavebních prací měly být započteny ve formě slevy na nájemném, uzavřením dohody o narovnání došlo k privativní novaci nájemní smlouvy ve znění dodatků č. 1 až 7, přičemž v novém smluvním závazku se zadavatel zavázal uhradit společnosti KLANG náklady spojené s provedením stavebních prací na objektu „Kina Vzlet“ a tudíž uzavřením dohody o narovnání zadavatel uzavřel úplatnou smlouvu na úhradu nákladů společnosti KLANG v souvislosti s provedením stavebních prací na objektu „Kina Vzlet“. Uzavřením Dohody tedy de facto došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, jejímž předmětem bylo provedení stavebních úprav na objektu „Kina Vzlet“.
7. Úřad tedy shledal, že se zadavatel uzavřením dohody o narovnání dopustil správního deliktu, jelikož jejím předmětem byla úplata za provedení stavebních prací, přičemž předmět veřejné zakázky nebyl zadán v zadávacím řízení.
8. Po posouzení způsobu, následků a okolností spáchání správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 100 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

9. Proti výrokům IX. a X. napadeného rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen dne 24. 2. 2016. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 9. 2. 2016, byl rozklad zadavatele podán v zákonné lhůtě.
10. Zadavatel ve svém rozkladu nejprve popisuje chronologické souvislosti případu a správního řízení, k nimž dodává, že správní orgán mohl řízení vadou, když nebyl usnesením ze dne 5. 1. 2016 vyzván k tomu, aby se ve smyslu § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dále pak namítá, že smluvní vztah mezi ním a společností KLANG, s.r.o. po celou dobu jeho trvání nebyl veřejnou zakázkou, jelikož nájemní smlouva, žádný z dodatků ani dohoda o narovnání nenaplní znaky veřejné zakázky. Zadavatel zdůrazňuje, že se stavební úpravy prováděly na základě projektové dokumentace, kterou si opatřila společnost KLANG, s.r.o., jelikož zadavatel neměl žádného důvodu, natož úmyslu, provádět veřejnou zakázku na stavební práce, týkající se rekonstrukce nemovitosti. Uzavření nájemní smlouvy bylo iniciováno společností KLANG, s.r.o. Zadavatel považuje za významné, že v rozhodné době platila speciální právní úprava zákona č. 116/1990 Sb., o nájmu a podnájmu nebytových prostor, tudíž zadavatel trvá na tom, že nájemní smlouva vznikla platně a opačný názor považuje za neudržitelný. Zadavatel upozorňuje, že společnost KLANG, s.r.o. byla oprávněna budovu kina Vzlet užívat a taky ji užívala. Zadavatel uvádí, že od společnosti KLANG, s.r.o. získal částku takřka 6,4 miliónů Kč jakožto nájemné, přičemž Úřad tyto okolnosti v napadeném rozhodnutí nijak nezohlednil.

11. Zadavatel namítá, že nemůže přijmout tezi, že jakékoliv provádění stavebně technických úprav nemovité věci nájemcem automaticky vyvolává vznik veřejné zakázky na stavební práce, je-li pronajímatelem veřejný zadavatel. Pokud nesplňuje znaky veřejné zakázky nájemní smlouva, tím spíše nelze naplnění znaků veřejné zakázky shledávat v dohodě o narovnání. V nájemní smlouvě přitom bylo pamatováno na vypořádání vzájemných vztahů, jelikož předčasné ukončení smlouvy je spojeno se vznikem bezdůvodného obohacení a nelze tedy nájemní vztah ukončit, aniž by současně nájemce neobdržel kompenzaci. Zadavatel má za to, že vynaložené náklady rekonstrukce měly povahu předplaceného nájemného. Zadavatel zdůrazňuje, že neuhradil faktury za provedenou rekonstrukci, nýbrž pouze část nákladů (po odpočtu nájemného) vynaložených na rekonstrukci, a to ve výši vyplývající ze znaleckého posudku. Zadavatel je také toho názoru, že pokud by se v nájemní smlouvě nacházelo ustanovení, že v případě předčasného skončení nájmu nebudou nahrazeny náklady, kterými nájemce zhodnotil nemovitost, jednalo by se o neplatné ujednání.
12. K důvodu ukončení nájemní smlouvy zadavatel uvádí, že za situace, kdy nájemce dal najevo, že rekonstrukci nedokončí a ani ji dokončit nelze, musel nastatou situaci řešit, jinak by stavba nemohla být provozována a zadavatel *„by pouze mohl útrpně přihlížet takovému stavu a čelit dotazům svých občanů, z jakého důvodu nastal popsany stav“*.
13. K posouzení dohody o narovnání jako privativní novace ze strany Úřadu zadavatel uvádí, že stejně jako nájemní smlouva a její dodatky, tak i dohoda o narovnání nepředstavuje smlouvu na veřejnou zakázku. Uzavření dohody o narovnání nelze vnímat izolovaně od nájemní smlouvy, když byla uzavírána za situace, pro kterou nelze dokončit rekonstrukci, a tato situace nebyla dopředu předvídatelná a nelze ji přičítat společnosti KLANG, s.r.o. Zadavatel upozorňuje, že existence pohledávky, která má být započtena je logickým předpokladem pro postupné umořování nájemného a zjištění Úřadu v bodu 138. napadeného rozhodnutí nepředstavuje žádný důvod, proč by na nájemní smlouvu mělo být nahlíženo jako na veřejnou zakázku. Dle zadavatele je pozoruhodné, že zatímco uzavřením nájemní smlouvy zákon porušen nebyl, tak uzavřením dohody o narovnání k porušení zákona došlo. Dle zadavatele je třeba nahlížet na dohodu o narovnání jako na smlouvu, k jejímuž uzavření došlo na základě čl. IX. odst. 3 nájemní smlouvy a právě a pouze v důsledku předchozího plnění nájemní smlouvy bylo možno a současně nutno dohodu o narovnání v její podobě uzavřít. Zadavatel tak považuje za absurdní závěr Úřadu, že měl při uzavírání

dohody o narovnání postupovat v některém z druhů zadávacích řízení, když i Úřad v odst. 138. napadeného rozhodnutí uznává, že nájemní smlouva byla uzavřena mimo režim zákona a nepředstavovala veřejnou zakázku. Jedná se o smluvní vztah, který byl v souladu s pravidly zákona založen mimo režim zákona a mimo tento režim také skončil.

14. K uložené sankci zadavatel namítá, že si dost dobře neumí představit, jak měl za daného stavu postupovat, když si Úřad v rámci prvostupňového řízení tuto otázku nekladl a jen mechanicky spojil výsledek skončení nájemního vztahu s jeho začátkem. Zadavatel má za to, že splnil veškeré podmínky pro uzavření dohody o narovnání, přičemž z předmětného řetězce událostí nelze dovozovat porušení zákona v okamžiku uzavírání nájemní smlouvy, resp. dohody o narovnání. Dále zadavatel upozorňuje, že zrušeným rozhodnutím byla uložena úhrnná pokuta ve výši 150 000 Kč, když se jednalo o celkem až 9 správních deliktů, přičemž jen za uzavření dohody o narovnání byla zadavateli uložena pokuta ve výši 100 000 Kč. Zadavatel je přesvědčen, že s přihlédnutím k zásadě přiměřenosti by bylo na místě stanovit pokutu v nižší výši.

Závěr rozkladu

15. Závěrem rozkladu zadavatel požaduje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, resp. změnu napadeného rozhodnutí tak, že zadavatel za spáchání dotčeného správního deliktu neodpovídá a pokuta se mu tudíž neukládá, eventuálně snížit výši uložené pokuty.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 téhož zákona postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, jakož i soulad řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0746/2014/VZ-04896/2016/532/MOn ze dne 9. 2. 2016 ve výrocích IX. a X. rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.
19. Co se týče výroků I. – VIII. napadeného rozhodnutí, nebyly tyto rozkladem zadavatele napadeny. V tomto ohledu je nutno poukázat na ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu, podle kterého v případě, že odvolání, resp. rozklad směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, který netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Protože v šetřeném případě lze konstatovat, že výroky I. – VIII. a ostatní výroky napadeného rozhodnutí tvořily nedílný celek, o kterém

by nebylo možno separátně rozhodovat a jehož výroky by spolu neoddělitelně souvisely, když se výroky I. – VIII. zabývaly otázkou spáchání Úřadem samostatně vymezených správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a další výroky napadeného rozhodnutí se týkaly jiného správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, resp. uložení sankce, a zároveň lze konstatovat, že lze shledat za splněnou i další podmínku předpokládanou ustanovením § 82 odst. 3 správního řádu, tedy že by nemohla být způsobena újma účastníkům řízení, pokud by příslušná část napadeného rozhodnutí nabyla právní moci, lze konstatovat následující. S ohledem na uvedené, když napadené rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0746/2014/VZ-04896/2016/532/MOn ze dne 9. 2. 2016 bylo doručeno účastníkovi řízení téhož dne a vzhledem k tomu, že výroky I. – VIII. tohoto rozhodnutí nebyly v zákonné lhůtě napadeny rozkladem, za splnění podmínek stanovených v ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu, nabyly tyto výroky samostatně právní moci. Den nabytí právní moci výroků I. – VIII. napadeného rozhodnutí po marném uplynutí 15 denní lhůty pro podání rozkladu, ode dne doručení napadeného rozhodnutí účastníkovi správního řízení, připadl na 25. 2. 2016 a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci tohoto řízení o rozkladu je tedy v části výroků I. – VIII. vyloučen.

V. K námitkám rozkladu

20. Úřad při formulaci důvodů napadeného rozhodnutí vycházel ze závazného právního názoru vysloveného v předchozím rozhodnutí předsedy Úřadu, především v otázce dohody o narovnání, která představuje privativní novaci ve smyslu civilních předpisů. Předmětem posouzení napadeného rozhodnutí pak bylo, zda dohoda o narovnání naplňuje znaky veřejné zakázky ve smyslu zákona. S tím, že tomu tak je, zadavatel nesouhlasí.
21. Zadavatel předně argumentuje tím, že neměl žádného úmyslu provádět veřejnou zakázku, když uzavření nájemní smlouvy iniciovala společnost KLANG, s.r.o. K tomu uvádím, že okolnost, že s impulzem na provedení rekonstrukce a s úmyslem na provozování kina přišla společnost KLANG, s.r.o. a ne zadavatel, nemá vliv na posouzení předmětného smluvního vztahu jako veřejné zakázky. Vůle zadavatele provést stavební práce na veřejném majetku, jenž je v jeho správě, byla projevena souhlasem s řešením, které společnost KLANG, s.r.o. předložila. Zadavatel nebyl nijak nucen k akceptaci předmětného řešení společností KLANG, s.r.o. kupříkladu z autorskoprávních nebo technologických důvodů a neexistovala ani žádná další okolnost, jež by vyloučení aplikace zákona umožňovala.
22. Jedinou takovou okolností, jíž se zadavatel dovolává, je koncepce smluvního vztahu jako závazku nájemního. Zadavateli však nutně muselo být zřejmé, že se situace nijak neliší od stavu, kdy by vypsál v režimu zákona veřejnou zakázku na rekonstrukci objektu, kterou by podmínil smluvením nájemního vztahu, jenž jakožto dílčí závazek samostatně regulován zákonem není. Jak totiž Úřad v napadeném rozhodnutí správně pojednává, je irelevantní, jakým způsobem byla smlouva nazvána. Podstatný je charakter závazku, jenž v ní byl ujednan. Ten přitom naplňuje rozsah pojmu veřejné zakázky na stavební práce, když je konstantně judikováno, že podoba synallagmatického vztahu, jenž spadá do působnosti zákona, nemusí mít jen klasickou podobu, kdy je za závazek dodavatele na jedné straně poskytováno finanční protiplnění na straně druhé. V rozsudku č. j. 62 Af 35/2012-48 ze dne 18. 4. 2013 uvedl Krajský soud v Brně, že *„konkrétní charakter soukromoprávních úkonů a jejich kombinace není podstatná. Pak není podstatné ani to, že výstavbu mateřské školy*

pořizovala společnost FATO invest a.s. „v danou chvíli“ na své náklady, ani to, že nakonec měla mateřská škola, postavená podle pravidel vyplývajících ze Smlouvy o spolupráci, přejít do vlastnictví žalobce až kupní smlouvou. Pak nemůže obstát ani zdánlivě správný argument, že pořízení nemovitosti zadavatelem ve formě koupě nespadá pod režim ZVZ; za shora popsaného stavu se totiž o pouhou „koupí nemovitosti“ (rozuměno koupí již existující nemovitosti) nejedná.’ Podstatou úpravy veřejných zakázek je kontrola toku veřejných finančních prostředků, tedy typicky takové smlouvy, „na základě níž dochází směrem od zadavatele k výdaji finančních prostředků“.

23. Předmětný případ a případ řešený v citovaném rozsudku spojuje řada pojetí. Žalobce z rozsudku hledal prostor pro využití výjimky ze zákona, která se týká pořizování nemovitostí. Také v daném případě zadavatel považuje za podstatné, že „hlavním“ účelem uzavřeného závazku byl vztah nájemní. Ani jedna z těchto výjimek však nemůže sloužit k vyloučení aplikace zákona za situace, kdy jsou veškeré další podmínky pro založení jeho působnosti bezesbytku naplněny. Je tudíž irelevantní, zda se jedná o provedení stavby nové budovy nebo jen o rekonstrukci stávajícího majetku zadavatele. Pokud tato činnost splňuje charakteristiku veřejné zakázky, a pokud jsou naplněny zákonné limity a další podmínky zákona, je zadavatel povinen postupovat v některém z druhů zadávacích řízení. Zároveň irelevantní je i podoba úplaty za provedené stavební práce. Paralely projednávané věci lze spatřit i s věcí řešenou Nejvyšším správním soudem v rozsudku č. j. 8 Afs 60/2009-78 ze dne 31. 5. 2010 a citovanou Úřadem v napadeném rozhodnutí, v němž tento soud uvedl, že *„je třeba posuzovat povahu daného smluvního vztahu bez ohledu na formální podřazení uzavřené smlouvy konkrétnímu smluvnímu typu. Pro podřazení daného smluvního vztahu pod § 6 resp. § 9 zákona o veřejných zakázkách je rozhodné, zda byly pro stěžovatele na základě písemné smlouvy za úplatu realizovány stavební práce odpovídající jím určeným požadavkům, a to v hodnotě vyšší než 2 000 000 Kč. (...) Úplatný charakter smluvního vztahu byl dán tím, jak správně uzavřeli žalovaný i krajský soud, že stěžovatel namísto úhrady ceny stavebních prací v penězích převedl na společnost BAU-INVEST nemovitosti za cenu odpovídající hodnotě realizovaných stavebních prací. Jakkoliv budou nepochybně čtenější situace, kdy je úplata poskytována v penězích, nelze úplatnost v souladu s obecným významem tohoto pojmu omezovat striktně na tyto případy. Takový postup by byl ve zřejmém rozporu s výše vyloženým smyslem předmětné právní úpravy. (...) Nejvyšší správní soud závěrem podotýká, že vynětí smluvních vztahů podobným těm v nyní posuzované věci z působnosti zákona o veřejných zakázkách by bylo v rozporu se zněním i účelem tohoto předpisu. Odlišnost vynakládání veřejných prostředků zvolenou formou kombinace několika smluvních vztahů oproti klasickému způsobu zadání zakázky na stavební práce nemůže vést k možnosti zadat takovou zakázku „z volné ruky“. Takový přístup by umožnil zadavatelům obcházet právní úpravu, jejímž účelem je zajištění transparentního a řádného nakládání s veřejnými prostředky a vytváření předpokladů pro řádné soutěžní prostředí.“*
24. Jsem tedy toho názoru, že argumentace zadavatele, že se jednalo o nájemní smlouvu, že nakonec prováděl jen vypořádání bezdůvodného obohacení, že cena rekonstrukce měla být postupně umořována v nájemném nebo že neměl zájem na provedení rekonstrukce, a že se jednalo o zájem společnosti KLANG, s.r.o., představuje námitky, jež nemají vliv na správnost závěrů Úřadu, že se jednalo o veřejnou zakázku, kterou měl zadavatel zadávat v režimu zákona a v souladu se zásadami, upravujícími investování veřejných prostředků. Z uváděných rozsudků jednoznačně vyplývá, že nezáleží na podobě „úplatnosti“

předmětného vztahu, aby spadal pod působnost zákona. Tato úplatnost tak může mít podobu barterového protiplnění, ale samozřejmě také finanční slevy z jinak vymahatelné částky. Umořování nákladů rekonstrukce v platbách nájemného nepředstavuje nic jiného, než postupné splátky ceny stavebních prací pronajímateli nájemcem. Tím však není popřena platnost samotného nájemního vztahu, jelikož ten jednak vzhledem k závazku na provedení stavebních prací stojí zcela samostatně, a druhá ani Úřadem nebylo o jeho neplatnosti ničeho tvrzeno.

25. Podstatné pro zákonnost napadeného rozhodnutí je ale vymezení správního deliktu, kterého se měl zadavatel dopustit. Už v předchozím rozhodnutí předsedy Úřadu bylo vytýkáno nejasné formulování výroku rozhodnutí, z něhož nebylo zřejmé, jakým skutkem došlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Z napadeného rozhodnutí pak vyplývá, že byl správní delikt spáchán uzavřením dohody o narovnání. Úřad tedy v souladu s předchozím rozhodnutím předsedy Úřadu jednoznačně vymežil, jakým jednáním zadavatele byl správní delikt spáchán, když právě uzavřením dohody o narovnání zanikl předcházející závazek a vznikl závazek nový, jehož předmětem bylo na straně jedné provedení stavebních prací společností KLANG, s.r.o. a na straně druhé uhrazení peněžní částky z rozpočtu veřejného zadavatele. Takto definovaný závazek pak jednoznačně představuje veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu zákona. Správnost závěrů Úřadu dokládá i skutečnost, že již z citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 35/2012-48 ze dne 18. 4. 2013 vyplývá, že podstatnou náležitostí závazku v režimu zákona je, zda mělo od zadavatele směřovat plnění spočívající ve výdaji peněžitých prostředků (rozsudek v této souvislosti přímo zmiňuje i otázku započtení nájemného) a k zadavateli plyne plnění spočívající v provedení stavebních prací.
26. Nijak přitom nezastírám, že za jiné situace při neexistenci dohody o narovnání a pokud by nedošlo k zániku deliktů odpovědnosti zadavatele ve vztahu k původní nájemní smlouvě, bylo by možno o spáchání správního deliktu uvažovat právě k okamžiku uzavření této smlouvy, resp. k okamžiku uzavření dodatků, jimiž byl vymezen předmět rekonstrukce objektu v jeho celém rozsahu. Úřad však nebyl oprávněn tyto smluvní vztahy zkoumat, což napadené rozhodnutí respektuje. V daném případě však ale došlo k situaci, kdy byl původní závazek nahrazen závazkem novým, v důsledku dohody o narovnání, která představuje privativní novaci. Tedy původní závazky v celém rozsahu zanikly (privativní část) a byly nahrazeny zcela novými (novativní část). Teoretická východiska tohoto právního institutu Úřad shrnul v napadeném rozhodnutí, k čemuž nemá výhrady ani zadavatel v rozkladu, proto na ně lze odkázat a uvést, že právě důvod, že byla zadavatelem uzavřena smlouva na nový závazek, jehož obsahem je však stále úhrada nákladů provedených stavebních prací, je důvodem klíčovým pro to, že je nyní zadavateli ukládána pokuta za spáchání správního deliktu ve vztahu k uzavření dohody o narovnání.
27. Jak totiž sám zadavatel uvádí, uzavření dohody o narovnání „nelze vnímat izolovaně od nájemní smlouvy“ tedy je nutno obě smlouvy chápat ve vzájemné souvislosti. Faktem tedy zůstává, že stavební práce ve prospěch zadavatele, za něž se zadavatel v souladu s dohodou o narovnání zavázal zaplatit určitou částku, byly provedeny na základě zrušeného titulu, ale rovněž v souladu s titulem nově založeným. Z toho důvodu se tak lze ztotožnit se závěrem Úřadu, že byly naplněny veškeré definiční znaky veřejné zakázky podle zákona i uzavřením dohody o narovnání. Ač totiž navazovala na již předchozí závazek a ač byl tento

v celém rozsahu zrušen, stále byl nový závazek úplaty ze strany zadavatele koncipován jako protiplnění za provedené stavební práce poskytované dodavatelem ve prospěch zadavatele. Jinak řečeno, pokud ve smyslu institutu privativní novace došlo ke zrušení celého původního závazku a vytvoření závazku nového, přičemž i tento nový samostatně stojící závazek je vyjádřen ve smlouvě, k jejímuž uzavření mělo dojít až po vyhlášení a provedení zadávacího řízení, byla skutková podstata správního deliktu zadavatelem naplněna právě v okamžiku uzavření dohody o narovnání.

28. I přesto, že skutečně nebylo možno požadovat, aby zadavatel za situace, kdy již byly stavební práce provedeny, platil jinému dodavateli, než společnosti KLANG s.r.o., tedy společnosti, jež za účelem provedení rekonstrukce nesoutěžila v zadávacím řízení, je třeba zdůraznit, že tomu tak bylo na základě postupu zadavatele samotného, kdy právě zadavatel veřejnou zakázku nevypsal, ač tak učinit měl. Odpovědnost zadavatele za dodržování zákona je odpovědností objektivní, tedy zadavatel odpovídá za výsledek svého jednání, tedy bez ohledu na otázku zavinění porušení zákona. Pokud tedy v důsledku postupu zadavatele byla uzavřena smlouva, na jejímž základě se zadavatel zavázal k úhradě peněžní částky za plnění provedené v jeho prospěch, a pokud ve vztahu k této smlouvě nezanikla odpovědnost zadavatele za správní delikt, byl Úřad oprávněn konstatovat spáchání správního deliktu právě při uzavření dohody o narovnání.
29. Námitka zadavatele, že si neumí představit, jak měl postupovat, není způsobitou rozkladovou námitkou. I pokud se zadavatel svým přičiněním dostane do situace, kdy je nucen jednat v rozporu se zákonem, nelze konstatovat, že by byl zbaven odpovědnosti za takovýto postup a musí nést příslušné následky. Právě skutečnost, že ke spáchání správního deliktu došlo v návaznosti na předchozí jednání zadavatele, vylučuje aplikaci § 121 odst. 1 zákona, i kdyby bylo ze strany zadavatele v průběhu správního řízení k této aplikaci uneseno břemeno tvrzení. Dále k námitkám zadavatele dodávám, že i přesto, že si zadavatel nedokáže představit, že jakékoli provádění stavebně technických úprav nemovité věci veřejného zadavatele vyvolává vznik veřejné zakázky, tak v daném případě se nejedná o „jakékoliv“ stavební úpravy, ale o úpravy rozsáhlé, přesahují limitaci veřejné zakázky malého rozsahu. Naopak nepředstavitelné by bylo odmítnutí nosných myšlenek napadeného rozhodnutí tím, že nájemní vztah mezi veřejným zadavatelem a dodavatelem postup podle zákona při provádění stavebních úprav vylučuje. Takovéto rozvahy zadavatele je tak třeba odmítnout.
30. Vzhledem ke všemu výše uvedenému tak sdílím názor Úřadu na podstatu řešené věci a nemohu tudíž přisvědčit námitkám zadavatele k povaze veřejné zakázky, povaze nájemní smlouvy, jejímu ukončení a vypořádání a posouzení dohody o narovnání. Zadavatelem uváděné okolnosti na věc z pohledu práva veřejných zakázek buď nemají vliv, nebo by směřovaly k umožnění obcházení zákona a k jeho aplikaci v rozporu s účelem právní úpravy.
31. K námitce zadavatele ohledně nepřiměřenosti uložené sankce nejprve uvádím, že nelze matematicky kalkulovat s počtem deliktů, které dle zadavatele byly Úřadem konstatovány v původním rozhodnutí Úřadu, které bylo zrušeno předchozím rozhodnutím předsedy Úřadu. Zrušené rozhodnutí právně neexistuje a k závěrům, které v něm byly uvedeny nelze přihlížet. Mimo to však samotné uchopení deliktního jednání Úřadem v původním rozhodnutí Úřadu nebylo nikterak tak zjednodušené, jak vyplývá z rozkladové argumentace zadavatele, což ostatně bylo i výtkou vedoucí ke zrušení onoho rozhodnutí. I z odůvodnění sankce

v předchozím rozhodnutí Úřadu vyplývalo, že zadavateli není přičítáno spáchání 9 správních deliktů.

32. Při stanovení sankce v napadeném rozhodnutí Úřad vycházel především ze zákonného kritéria závažnosti postihovaného jednání. Determinantem této kategorie pak byly způsob a následky spáchání správního deliktu, reprezentované úplným vyloučením hospodářské soutěže při výdeji veřejných prostředků v hodnotě přesahující 31 miliónů Kč vč. DPH. Úřad uvedl, že jako polehčující okolnosti zohlednil dobu uplynulou od spáchání správního deliktu a předchozí právní kroky, jež zadavatele vedly k deliktnímu jednání, což vysvětluje, z jakého důvodu pokuta za nejzávažnější pochybení zadavatele dosahuje jen něco přes 6 % její maximální možné výše.
33. Jednání zadavatele představuje natolik intenzivní atak proti veřejnému zájmu, kterým je účelné vynakládání veřejných prostředků v hospodářské soutěži, že i pokud by bylo možno identifikovat další polehčující okolnosti (což zadavatel v rozkladu nečiní), nad rámec polehčujících okolností Úřadem v napadeném rozhodnutí zohledněných, nebylo by možno uloženou pokutu dále snížit, aby tak nebyla popřena její funkce. Pokud se tedy zadavatel v této souvislosti dovolává zásady proporcionality, tak uvádím, že je pokuta v nominální hodnotě 100 000 Kč nízká, vzhledem ke všem okolnostem případu a k charakteru pochybení zadavatele, kdy došlo k úplnému vyloučení hospodářské soutěže ve vztahu k projektu „kina Vzlet“.
34. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, aby uložená pokuta nepředstavovala likvidační nebo jinak „nespravedlivý“ zásah do jeho majetkové podstaty. Zjistil přitom, že zadavatel operuje se značnými rozpočtovými prostředky a i schválený rozpočet zadavatele na rok 2016 předpokládá rozpočtové příjmy ve výši 972 916 000 Kč. Ač tedy došlo k poklesu v příjmech zadavatele oproti stavu v době vydání napadeného rozhodnutí, stále rozpočtová základna zadavatele mnohonásobně uloženou sankci přesahuje. Úřad tedy v souladu se zásadami správního trestání sankci odůvodnil a posoudil veškeré okolnosti spáchání správního deliktu. Zároveň se s Úřadem ztotožňuji v názoru, že uložená pokuta ještě představuje dostatečný represivní a preventivní prostředek naplnění funkcí právní odpovědnosti.
35. Konečně k námitce, že nebyla zadavateli poskytnuta lhůta k vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 36 odst. 3 správního řádu, uvádím následující. Usnesením č. j. ÚOHS-S746/2014/VZ-01261/2016/532/MOn ze dne 13. 1. 2016, které bylo zadavateli doručeno téhož dne, kdy se do datové schránky přihlásila oprávněná osoba, jak vyplývá z doručky tohoto usnesení, která je součástí správního spisu, byla zadavateli stanovena „*lhůta do 21.1.2016, ve které se podle § 36 odst. 3 citovaného zákona*“ mohl zadavatel vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Napadené rozhodnutí následně bylo vydáno dne 9. 2. 2016. Z uvedených časových souvislostí tak vyplývá, že zadavatel nijak nebyl zkrácen na svých právech a z obsahu výše uvedeného usnesení vyplývá, že byl v souladu se správním řádem poučen o možnosti vyjádřit se.
36. Závěrem připomínám, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“). Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona

se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.

37. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...)* Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...)
- Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“.* K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
38. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel při uzavření smlouvy nepostupoval podle zákona, ač k tomu byl povinen. Základními východisky přitom je, že projekt „kina Vzlet“ naplňoval definici veřejné zakázky na stavební práce podle zákona a finanční objem vynaložených prostředků zadavatele zavazoval k provedení zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel zadávací řízení nevypsal, dopustil se spáchání správního deliktu podle zákona, přičemž i ZZVZ zakotvuje správní delikty zadavatelů, a to v § 268, přičemž dle odst. 1 písm. a) tohoto ustanovení se zadavatel dopustí spáchání správního deliktu tím, že nedodrží zákonná pravidla zadání veřejné zakázky, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele a uzavře smlouvu. Skutková podstata správního deliktu (ani sankce za jeho spáchání) tak v nové úpravě nedoznala takové změny, aby bylo možno označit novou úpravu za příznivější pro zadavatele. ZZVZ v § 2 odst. 1 stanovuje definici veřejné zakázky srovnatelnou s předchozí úpravou a odst. 3 tohoto ustanovení ukládá zadavateli obecnou povinnost uzavřít veřejnou zakázku v zadávacím řízení; veřejnou zakázkou na stavební práce je dle § 14 odst. 3 ZZVZ i poskytnutí činnosti, kterou je rekonstrukce budov (viz hlavní slovník jednotného klasifikačního systému). Dle § 27 je veřejnou zakázkou malého rozsahu taková zakázka na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší částce 6 000 000 Kč, což však bylo v daném případě zadavatele dalece překročeno, tudíž i za účinnosti ZZVZ by byl zadavatel za shodných okolností případu povinen postupovat v některém z druhů zadávacích řízení. Po posouzení nově účinného právního předpisu ve vztahu k předmětnému případu tedy konstatuji, že ZZVZ neobsahuje úpravu, kterou by bylo možno vyhodnotit jako příznivější pro zadavatele, tudíž k ní v tomto případě nelze ani přihlídnout a nemá tedy vliv na rozhodnutí ve věci.

39. Vzhledem ke všemu výše uvedenému tak konstatuji, že jsem se plně ztotožnil s napadeným rozhodnutím a se zjištěním Úřadu o spáchání správního deliktu postupem zadavatele mimo zadávací řízení. Uloženou pokutu považuji za adekvátní posuzované věci, tudíž napadené rozhodnutí jako správné a souladné se zákonem potvrzuji.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Městská část Praha 10, Vršovická 68, 101 38 Praha 10

Vypraveno dne

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