



UOHSX00EUFEF

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0078/2021/VZ

Brno 09.06.2021

Číslo jednací: ÚOHS-18769/2021/161/ZSř

V řízení o rozkladu ze dne 21. 4. 2021, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném obviněným -

- **Česká republika - Hasičský záchranný sbor hlavního města Prahy**, IČO 70886288, se sídlem Sokolská 1595/62, 120 00 Praha, ve správním řízení zastoupena společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0049/2021/VZ, č. j. ÚOHS-11616/2021/500/Alv ze dne 6. 4. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 9. 2. 2021 z moci úřední ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů výše označeným obviněným v souvislosti se smlouvou, jejímž předmětem je spolupráce při poskytování služeb pultu centralizované ochrany a zajištění přenosu signálů z objektů připojovaných na pult centralizované ochrany za účelem zajišťování reakce výkonných složek obviněného, uzavřenou dne 31. 1. 2019 mezi citovaným obviněným a společností PATROL group s.r.o., IČO 46981233, se sídlem Romana Havelky 4957/5b, 586 01 Jihlava,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0049/2021/VZ, č. j. ÚOHS-11616/2021/500/Alv ze dne 6. 4. 2021

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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Obviněný - Česká republika - Hasičský záchranný sbor hlavního města Prahy, IČO 70886288, se sídlem Sokolská 1595/62, 120 00 Praha, ve správním řízení zastoupena společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“), uzavřel se společností - PATROL group s.r.o., IČO 46981233, se sídlem Romana Havelky 4957/5b, 586 01 Jihlava (dále jen „**vybraný dodavatel**“) dne 31. 1. 2019 Smlouvu o spolupráci (dále jen „**smlouva o PCO**“ nebo „**smlouva**“), jejímž předmětem je spolupráce při poskytování služeb pultu centralizované ochrany (dále též jen „**PCO**“) a zajištění přenosu signálů z objektů připojovaných na PCO za účelem zajišťování reakce výkonných složek obviněného.
2. Předmět smlouvy o PCO vymezil obviněný v jejím čl. I. tak, že se vybraný dodavatel zavazuje vybudovat systém pultu centralizované ochrany pro připojení elektrických požárních signalizací v objektech na území hlavního města Prahy a poskytovat třetím osobám po jejich připojení do systému služby provozu PCO. Obviněný dále v čl. I. smlouvy o PCO uvedl, že se zavazuje umožnit vybranému dodavateli brát užitky spojené s využíváním poskytnuté služby a že provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nese vybraný dodavatel.
3. Obviněný k formě protiplnění ve prospěch dodavatele konkrétně uvedl: „*Smluvní strany se dohodly, že provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služby nese společnost PATROL, zejména riziko poptávky, neboť uživatelé služeb PCO společnosti PATROL mají možnost efektivně zajišťovat požární ochranu svých objektů i jiným způsobem, než přes připojení EPS na PCO s využitím služby společnosti PATROL. Společnosti PATROL není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při vybudování nebo poskytování služeb a činností dle této smlouvy.*“
4. Smlouva o PCO byla uzavřena na dobu maximálně 10 let od účinnosti smlouvy, což obviněný vymezil v čl. IV. smlouvy následovně: „*Tato smlouva se uzavírá na dobu určitou, a to na dobu 3 let ode dne účinnosti této smlouvy za účelem postupného vybudování, zprovoznění a provozování systému PCO a dalších 5 let za účelem provozu PCO (celkem tedy 8 let ode dne účinnosti této smlouvy). Přičemž nedoručí-li kterákoliv smluvní strana druhé smluvní straně prokazatelně alespoň 12 měsíců před skončením doby trvání smlouvy v délce 8 let oznámení,*

že si nepřeje pokračovat v plnění smlouvy, prodlužuje se automaticky doba trvání této smlouvy o 2 roky.“

5. Dne 28. 2. 2019 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, k projednávání přestupků podle zákona a k ukládání pokut za jejich spáchání, návrh navrhovatele - M connections s.r.o., IČO 26432595, se sídlem Na horce 159/1, 182 00 Praha 8 (dále jen „**navrhovatel**“), z téhož dne na uložení zákazu plnění smlouvy o PCO (dále jen „**návrh**“). Dnem doručení návrhu Úřadu došlo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) k zahájení správního řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy o PCO, které bylo vedeno Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0091/2019/VZ.
6. V oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0091/2019/VZ-06366/2019/511/THI ze dne 5. 3. 2019, které bylo obviněnému doručeno dne 6. 3. 2019, Úřad obviněného informoval mimo jiné o tom, že je povinen ve smyslu § 254 odst. 5 zákona doručit Úřadu do 10 dnů ode dne doručení návrhu všechny dokumenty obsahující zadávací podmínky a dokumentaci o zadávacím řízení a pokud nepostupuje v zadávacím řízení nebo postupuje v zadávacím řízení bez předchozího uveřejnění oznámení nebo výzvy, sdělit Úřadu důvody pro takový postup, a dále ve smyslu § 254 odst. 6 zákona doručit ve stejné lhůtě své vyjádření k návrhu.
7. Dne 15. 3. 2019 obdržel Úřad vyjádření obviněného z téhož dne (dále jen „**vyjádření k návrhu**“), v němž obviněný uvedl, že před uzavřením smlouvy o PCO v zadávacím řízení nepostupoval, neboť k tomu nebyl dle zákona povinen, a přiložil dokumenty související s uzavřením smlouvy o PCO.
8. Dne 7. 7. 2020 obdržel Úřad dále podnět stěžovatele k prošetření postupu obviněného při uzavírání smlouvy o PCO.
9. V návaznosti na provedené šetření měl Úřad za prokázané, že se obviněný dopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a písm. e) zákona, a dne 8. 2. 2021 vydal příkaz č. j. ÚOHS-04824/2021/500/Alv (dále jen „**příkaz**“), jímž rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (výrok I. příkazu) a dvou přestupků podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona (výroky II. a III. příkazu), a současně byla obviněnému za spáchání těchto přestupků uložena pokuta ve výši 220 000 Kč (výrok IV. příkazu).
10. Dnem doručení příkazu obviněnému dne 9. 2. 2021 došlo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu a § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“), ve spojení s § 150 odst. 1 správního řádu, k zahájení správního řízení z moci úřední. Proti příkazu podal obviněný dne 16. 2. 2021 odpor z téhož dne, načež je ve správním řízení pokračováno.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, ve vztahu k posouzení odpovědnosti za přestupek a určení druhu a výměry sankce, resp. správního trestu se jedná o znění zákona účinné ke dni spáchání přestupku.

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 6. 4. 2021 vydal Úřad ve správním řízení z moci úřední na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0049/2021/VZ, č. j. ÚOHS-11616/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
12. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky stanovené v § 2 odst. 3 ve spojení s § 176 odst. 1 zákona, když uzavřel smlouvu na koncesi (smlouvu o PCO), jejímž předmětem je spolupráce při poskytování služeb pultu centralizované ochrany a zajištění přenosu signálů z objektů připojovaných na PCO za účelem zajišťování reakce výkonných složek obviněného mimo zadávací řízení, a tedy předmětnou koncesi nezadal v koncesním řízení nebo v jiném v úvahu připadajícím druhu zadávacího řízení podle § 55 zákona, ačkoliv se jednalo o koncesi, jejíž předpokládaná hodnota je vyšší než 20 000 000 Kč bez DPH, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele.
13. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 254 odst. 6 zákona, když Úřadu v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0091/2019/VZ ve věci návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy o PCO, jejímž předmětem je poskytování služeb pultu centralizované ochrany a zajištění přenosu signálů z objektů připojovaných na pult centralizované ochrany za účelem zajištění reakce výkonných složek na území hl. m. Prahy nedoručil své vyjádření k návrhu navrhovatele ve lhůtě 10 dnů ode dne doručení návrhu, tedy nejpozději do 11. 3. 2019, ale učinil tak až dne 15. 3. 2019, a v důsledku toho ani nesdělil důvody, pro něž při uzavírání smlouvy o PCO nepostupoval v zadávacím řízení.
14. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému podle § 268 odst. 3 písm. a) zákona za zjištěné přestupky pokutu ve výši 185 000 Kč.
15. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému dle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích, v návaznosti na § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, povinnost k úhradě nákladů řízení ve výši 1 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 21. 4. 2021 podal obviněný proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 6. 4. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
17. K výroku I. napadeného rozhodnutí obviněný namítá nesprávně zjištěný skutkový stav věci, který odůvodňuje tím, že Úřad nesprávně do výpočtu předpokládané hodnoty koncese podle § 175 zákona zahrnul i odměnu za služby poskytované přímo zadavatelem, kterou vybraný dodavatel ve prospěch zadavatele pouze přeúčtovává. Zadavatel k tomu vysvětluje, že služby spočívající v poskytování dálkového požárního dozoru smí v souladu s právními předpisy zajišťovat pouze zadavatel, a nemohou být proto s ohledem na svou povahu ani předmětem koncese ani službami s předmětem koncese souvisejícími. V důsledku toho dospěl Úřad následně dle názoru obviněného i k nesprávnému závěru, že předpokládaná hodnota koncese přesahuje limit pro koncesi malého rozsahu dle § 178 zákona.

18. K nesprávnému právnímu posouzení věci Úřadem zadavatel namítá, že předmětem koncese dle § 174 odst. 3 zákona mohou být pouze služby poskytované dodavatelem zadavateli nebo třetím osobám, nikoliv služby poskytované přímo zadavatelem. Zadavatel k tomu doplňuje, že z toho důvodu nelze platby za služby poskytované zadavatelem zahrnovat ani do obratu dodavatele z protiplnění za služby, které jsou předmětem koncese.
19. Obviněný dále namítá, že výklad předestřený Úřadem v napadeném rozhodnutí nemá oporu ani v platné právní úpravě ani v eurokonformním výkladu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU, o udělování koncesí (dále jen „**koncesní směrnice**“). Obviněný konkrétně odkazuje na čl. 8 bod 3. písm. b) koncesní směrnice, dle kterého se při výpočtu předpokládané hodnoty koncese zohlední příjem z jiných poplatků, než jsou poplatky a pokuty vybrané jménem zadavatele.
20. Obviněný dále poukazuje, že Úřadem použitá definice obratu odporuje daňovým a účetním předpisům. Obviněný k tomu vysvětluje, že služby poskytované zadavatelem měly být vybraným dodavatelem jménem zadavatele také účtovány, a to na základě mandátního vztahu mezi vybraným dodavatelem a zadavatelem, načež nemohly být v rámci účetnictví vybraného dodavatele účtovány výsledkově, ale jen rozvahově na účty zúčtovacích vztahů. Z pohledu zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o účetnictví**“) tedy platby za služby poskytované zadavatelem nemohly být výnosem ani obratem vybraného dodavatele, neboť nevyplývají z jeho aktivní činnosti a nejsou ani zaznamenávány na výnosové účty v podvojném účetnictví.
21. Nadto má obviněný napadené rozhodnutí též za nesrozumitelné a vnitřně rozporné, neboť Úřad chybně pracuje s pojmy obrat a zisk. Obviněný dále namítá, že u zjištěného přestupku by nemohla být naplněna ani materiální stránka přestupku, neboť smlouva o PCO byla ukončena ještě před započítáním plnění. Obviněný též namítá porušení zásad legitimního očekávání a právní jistoty vyvěrající ze skutečnosti, že Úřad uložil pokutu dodatečně na základě závěrů, které byly předsedou Úřadu učiněny později v jiném řízení a ve vztahu k jiné smlouvě.
22. K výroku II. napadeného rozhodnutí obviněný namítá, že své vyjádření k návrhu zaslal Úřadu pouhé 4 dny po uplynutí zákonné desetidenní lhůty, že jeho vyjádření bylo úplné a jeho prostřednictvím došlo ke splnění povinností dle § 254 odst. 6 zákona. Obviněný má nadále za to, že nemůže být trestán za to, že se odmítá vyjádřit či přiznat, a že ustanovení § 254 odst. 6 zákona ve spojení s ustanovením § 268 odst. 1 písm. e) zákona odporuje čl. 37 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“).
23. Obviněný je nadto přesvědčen, že u Úřadem zjištěného přestupku nebyla naplněna jeho materiální stránka, neboť domněnku společenské škodlivosti podle § 270 odst. 1 zákona lze vyvrátit. Obviněný vysvětluje, že důvodem opožděného podání vyjádření k návrhu byl prostý omyl ohledně počátku běhu zákonné lhůty, nikoliv snaha přezkumné řízení jakkoliv komplikovat. S ohledem na okolnosti dané věci jsou tak dle názoru obviněného případně dány též důvody pro mimořádné snížení pokuty ve smyslu § 44 zákona o přestupcích na symbolickou částku 1 000 Kč.

Závěr rozkladu

24. Obviněný závěrem rozkladu navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, alternativně napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Řízení o rozkladu

25. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

26. 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 § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí, načež jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad rozhodl ve všech výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu obviněného a k potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

28. Jak již bylo výše uvedeno, Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že uzavřel smlouvu o PCO, čímž zadal koncesi na služby postupem mimo zadávací řízení podle § 55 zákona, aniž k tomu byly splněny zákonné předpoklady, neboť se jednalo o koncesi, jejíž předpokládaná hodnota byla vyšší než 20 000 000 Kč, a postup obviněného mohl ovlivnit výběr dodavatele.
29. Úřad v bodech 85 - 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí podrobně vysvětlil, z jakých důvodů předmět smlouvy o PCO naplňuje pojmové znaky koncese podle § 174 odst. 3 zákona. V bodě 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad shrnul, že *„se jedná o úplatnou smlouvu, na základě níž má PATROL group vybudovat systém PCO pro připojení elektrických požárních signalizací, instalovaných v objektech na území hl. m. Prahy a poskytovat uživatelům po připojení jejich objektů do systému PCO služby provozu PCO, přičemž protiplnění spočívá v právu společnosti PATROL group brát užitky z poskytované služby, a to formou výběru platby za provoz služby PCO, a současně obviněný na PATROL group přenesl provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.“*.
30. S odkazovaným posouzením věci se zcela ztotožňuji, přičemž skutečnost, že předmět smlouvy o PCO tvoří koncese na služby, nečiní spornou ani obviněný.
31. Obviněný však namítá, že ne všechny platby, které tvoří předmět smlouvy o PCO, lze zahrnout do výpočtu předpokládané hodnoty koncese ve smyslu § 175 zákona. Z toho důvodu také dle názoru obviněného Úřad dospěl k nesprávnému závěru, že předpokládaná hodnota

koncese přesahuje částku 20 000 000 Kč a tedy i limit pro koncesi malého rozsahu podle § 178 zákona.

32. Klíčovou spornou otázkou v nyní řešené věci tak představuje správný výpočet předpokládané hodnoty koncese podle § 175 zákona.
33. Úřad se výpočtem předpokládané hodnoty koncese podrobně zabýval v bodech 104 - 128 odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž poukázal, že s ohledem na skutečnost, že v posuzované věci není přímý vztah mezi obviněným a třetími osobami jakožto konečnými uživateli služeb, nýbrž řetězec smluvních vztahů sestávající ze smlouvy o PCO mezi vybraným dodavatelem a obviněným a z dílčích vztahů založených vzorovou smlouvou mezi vybraným dodavatelem a uživateli služeb koncese (dále jen „**vzorová smlouva**“), a dále skutečnost, že veškeré platby dle smlouvy o PCO jsou hrazeny ve prospěch obrátového účtu vybraného dodavatele, nelze jednotlivé položky smlouvy o PCO oddělovat.
34. Úřad proto dospěl k závěru, že do obrátu vybraného dodavatele pro účely výpočtu předpokládané hodnoty koncese podle § 175 zákona je nutno v konkrétním případě zahrnout jak příjem vycházející ze vzorové smlouvy ve výši 400 Kč bez DPH měsíčně za jeden připojený objekt za služby provozu PCO poskytované vybraným dodavatelem (dále též jen „**služby provozu PCO**“), tak i platby za služby obviněného ve výši 3 135 Kč měsíčně (dále též jen „**služby HZS**“), spočívající zejména v trvalém střežení systému elektrických požárních signalizací napojeného objektu (srov. bod 61 odůvodnění napadeného rozhodnutí), které jsou hrazeny na základě vzorových smluv na účet vybraného dodavatele, který je ve prospěch obviněného přeúčtovává, neboť s předmětem koncese souvisí.
35. Úřad tedy při výpočtu předpokládané hodnoty koncese ve smyslu § 175 zákona vycházel z částky 3 535 Kč měsíčně za předpokládanou dobu plnění koncese 10 let, dále zvýšenou o meziroční růst spotřebitelských cen, v souladu se smluvní podmínkou dle čl. IV. bodu 6 vzorové smlouvy. Uvedeným způsobem dospěl Úřad k závěru, že předpokládaná hodnota koncese dle smlouvy o PCO činí 159 286 540,20 Kč bez DPH, tedy částku vysoce přesahující limit 20 000 000 Kč pro koncesi malého rozsahu ve smyslu § 178 zákona.
36. Úřad dále poukázal, že v souladu s § 2 odst. 2 zákona je koncese na služby podle § 174 odst. 3 zákona veřejnou zakázkou, kterou je zadavatel povinen v souladu s § 2 odst. 3 zákona zadat v zadávacím řízení. Pokud tak obviněný neučinil, porušil pravidlo stanovené v § 2 odst. 3 ve spojení s § 176 odst. 1 zákona. S odkazovaným posouzením věci Úřadem se zcela ztotožňují, a proto na něj v podrobnostech odkazují.
37. Obviněný v rozkladu namítá, že platby za služby HZS nelze do výpočtu předpokládané hodnoty koncese zahrnout, neboť jsou poskytovány přímo obviněným a vybraný dodavatel je pouze přeúčtovává. Obviněný doplňuje, že v souladu s právními předpisy služby HZS ani vybraným dodavatelem poskytovány být nemohou a odpovídající platby tak nepředstavují protiplnění za služby koncese. Obviněný se domnívá, že z téhož důvodu služby HZS s předmětem koncese (službami provozu PCO) ani nesouvisí.
38. K vypořádání uvedených námitek odkazují nejprve na relevantní právní ustanovení.
39. Podle § 175 odst. 1 zákona se za předpokládanou hodnotu koncese považuje celkový obrát dodavatele bez DPH za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění za stavební práce a služby, jež jsou předmětem koncese, jakož i za dodávky, jež s těmito stavebními pracemi a službami

souvisejí. Podle § 175 odst. 2 zákona stanoví zadavatel předpokládanou hodnotu koncese k okamžiku zahájení zadávacího řízení.

40. Podle § 175 odst. 3 zákona zadavatel stanoví předpokládanou hodnotu koncese metodou založenou na objektivních skutečnostech a blíže vymezenou v zadávací dokumentaci. Do předpokládané hodnoty koncese zadavatel zahrne **zejména** a) hodnotu případných opcí v jakékoli formě včetně prodloužení doby trvání koncese, b) příjem z plateb uhrazených uživateli předmětu koncese, c) platby nebo finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté zadavatelem nebo jiným orgánem veřejné moci dodavateli, včetně náhrady za plnění závazku veřejné služby a veřejných investičních dotací, d) platby nebo hodnotu finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté třetí stranou za plnění koncese, e) příjem z prodeje jakýchkoli aktiv, která jsou spojená s předmětem koncese, f) **hodnotu všech dodávek, služeb nebo stavebních prací, které dodavateli pro plnění koncese poskytne zadavatel**, nebo g) ceny nebo platby účastníkům zadávacího řízení.
41. Ustanovení § 175 odst. 1 zákona výslovně hovoří o tom, že se za předpokládanou hodnotu koncese považuje celkový obrat dodavatele bez DPH za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění za služby a stavební práce, které tvoří předmět koncese, a za související dodávky. Způsob výpočtu předpokládané hodnoty koncese dále specifikuje ustanovení § 175 odst. 3 zákona, které pod písm. f) výslovně uvádí, že do předpokládané hodnoty koncese je třeba obligatorně zahrnout též hodnotu všech dodávek, služeb nebo stavebních prací, které dodavateli pro plnění koncese poskytne zadavatel.
42. Spornou položku, z hlediska jejich započtení či nezapočtení do předpokládané hodnoty koncese, představují služby HZS. Dle obviněného se jedná o služby spočívající v poskytování dálkového požárního dozoru, které smí poskytovat pouze zadavatel (obviněný), a proto nemohou být předmětem koncese.
43. K námitkám obviněného sděluji, že skutečnost, že služby HZS smí a poskytuje konečným uživatelům přímo obviněný, není rozhodná pro posouzení nezbytnosti zahrnutí plateb za služby HZS do výpočtu předpokládané hodnoty koncese ve smyslu § 175 zákona.
44. K tomu ve shodě s argumentací Úřadu poukazuji, že podstatný je v daném kontextu dodavatelský řetězec, na jehož základě jsou konečným uživatelům služby HZS poskytovány. Jak již bylo výše uvedeno, zadavatel neposkytuje tyto služby třetím osobám na základě samostatně uzavíraných smluv, nýbrž je poskytl vybranému dodavateli pro plnění koncese dle smlouvy o PCO. Služby HZS jsou následně *de facto* poskytovány a fakturovány konečným uživatelům na základě vzorových smluv vybraným dodavatelem. V uvedeném kontextu tak služby HZS představují určitou poddodávku vybranému dodavateli pro plnění smlouvy o PCO a lze na ně nahlížet jako na služby poskytnuté zadavatelem vybranému dodavateli pro plnění koncese ve smyslu § 175 odst. 3 písm. f) zákona, které musí zadavatel do výpočtu předpokládané hodnoty koncese obligatorně zahrnout, neboť vypovídají o celkovém objemu koncese.
45. Ani skutečnost, že je vybraný dodavatel povinen platby za služby HZS zadavateli přeúčtovat a vyplatit, pak uvedený závěr nevyvrací, neboť se fakticky jedná o nákladovou položku na straně vybraného dodavatele, ať již poskytnutou zadavatelem či jinou osobou, kterou vybraný dodavatel potřebuje **pro poskytnutí komplexní služby konečným zákazníkům**. K tomu doplňuji, že služby HZS a služby provozu PCO jsou nerozlučně provázány, neboť svou

funkci mohou plnit pouze jako celek. Jedná se tak o jednotné plnění, které nelze rozdělovat pro účely výpočtu předpokládané hodnoty koncese. Obdobně komentářová literatura (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 924) k výkladu § 175 odst. 3 písm. f) zákona uvádí: „*Předpokládaná hodnota koncese nemůže být snížena o plnění, která jsou nezbytná k její realizaci jen proto, že je pořídí samostatně zadavatel.*“

46. Námitky obviněného týkající se tvrzení, že služby HZS netvoří předmět koncese, proto odmítám souhrnně jako nedůvodné.
47. Obviněný dále namítá, že výklad Úřadu odporuje eurokonformnímu výkladu zákona, neboť čl. 8 bod 3 písm. b) koncesní směrnice nepočítá pro účely výpočtu předpokládané hodnoty koncese se zahrnutím poplatků a pokut vybraných jménem zadavatele.
48. Čl. 8 bod 3 koncesní směrnice konkrétně stanoví: „*Odhadovaná hodnota koncese se vypočte objektivní metodou blíže vymezenou v koncesní dokumentaci. Při výpočtu odhadované hodnoty koncese veřejní zadavatelé a zadavatelé zohlední podle okolností zejména: a) hodnotu případných opčních práv v jakékoli formě a případné prodloužení doby trvání koncese; b) příjem z jiných poplatků a pokut uhrazených uživateli stavebních prací či služeb, než jsou poplatky a pokuty vybrané jménem veřejného zadavatele či zadavatele; c) platby či případné finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté veřejným zadavatelem či zadavatelem nebo jakýmkoli jiným veřejným orgánem koncesionáři, včetně náhrady za plnění závazku veřejné služby a veřejných investičních dotací; d) hodnotu grantů či dalších případných finančních výhod v jakékoli formě poskytnutých třetími stranami za plnění koncese; e) příjem z prodeje jakýchkoli aktiv, která jsou součástí koncese; f) **hodnotu všech dodávek a služeb, které koncesionáři poskytnou veřejní zadavatelé či zadavatelé, pokud jsou tyto dodávky a služby nezbytné pro provedení příslušných stavebních prací či poskytnutí příslušných služeb**; g) ceny či platby zájemcům a uchazečům.*“
49. K citované právní úpravě koncesní směrnice konstatuji, že se jedná obdobně jako u § 175 odst. 3 zákona toliko o demonstrativní výčet položek, které lze do výpočtu předpokládané hodnoty koncese zahrnout. Dále poukazují, že čl. 8 bod 3 koncesní směrnice obsahuje pod písm. f), obdobně jako § 175 odst. 3 zákona, pravidlo, dle kterého zahrne zadavatel do předpokládané hodnoty koncese též hodnotu všech dodávek a služeb, které koncesionáři poskytne, pokud jsou tyto dodávky a služby nezbytné pro provedení příslušných stavebních prací či poskytnutí příslušných služeb.
50. Již výše jsem pak shledal, že služby HZS jsou integrálně provázány se službami provozu PCO, jejichž prostřednictvím se dostávají ke konečným uživatelům, přičemž obě tyto služby tvoří jeden funkční celek. Služby HZS jsou proto **nezbytné** pro poskytování služeb provozu PCO. V daném kontextu tak na služby HZS dopadá (z demonstrativního výčtu) čl. 8 bod 3 písm. f) koncesní směrnice a písm. b) téhož čl. koncesní směrnice se neuplatní. Služby HZS vstupují do výpočtu předpokládané hodnoty, neboť se jedná *de facto* o nezbytné poddodávky [ve smyslu písm. f) koncesní směrnice]. Příslušnou námitku mám proto rovněž za nedůvodnou.
51. Obviněný dále namítá, že Úřad nesprávně vymezil a pracuje s definicí obratu dle § 175 odst. 1 zákona. S ohledem na výše uvedené, kdy jsem shledal, že služby HZS a služby provozu PCO jsou vzájemně neoddělitelné, jakož i skutečnost, že ustanovení § 175 odst. 3 písm. f) zákona zahrnutí služeb poskytnutých pro plnění koncese zadavatelem do výpočtu předpokládané

hodnoty koncese výslovně předvídá, konstatuji, že vymezení obratu dle zákona o účetnictví není v daném kontextu rozhodné, neboť musí být upřednostněno závazné znění zákona. K námitce, že Úřad nesprávně pracuje s pojmy obrat a zisk, sděluji, že obviněným namítané zkreslení nemá vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť hodnotu služby HZS je třeba do předpokládané hodnoty koncese započítávat na základě výslovného znění zákona, na což nemá vliv skutečnost, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepracuje s pojmem „obrat“ korektně. V tomto smyslu se tedy jedná o nepodstatné zkreslení.

52. Obviněný rovněž namítá, že u Úřadem zjištěného přestupku by nemohla být naplněna jeho materiální stránka, neboť smlouva o PCO byla ukončena ještě před jejím započítáním. K uvedené námitce sděluji, že již uzavřením smlouvy o PCO došlo k založení právního vztahu způsobilého vyvolávat právní následky a působit vůči třetím osobám. Nejde tak dle mého stanoviska o pochybení bagatelní. Společenská škodlivost činu, který vykazuje formální znaky přestupku podle zákona, je současně v souladu s § 270 odst. 1 zákona presumována. Námitku mám proto rovněž za nedůvodnou a k jejímu vypořádání dále odkazuji na bod 127 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
53. Závěrem obviněný namítá porušení zásady legitimního očekávání a právní jistoty, spočívající ve skutečnosti, že mu Úřad uložil pokutu na základě závěrů, které byly učiněny předsedou Úřadu později v jiném řízení a ve vztahu k jiné smlouvě. Uvedenou námitku mám z důvodu neurčitosti za nepřezkoumatelnou, neboť obviněný neuvádí, na základě jakého řízení a jakého rozhodnutí legitimní očekávání nabyt. Je však třeba akcentovat, že přestupek je spáchán v okamžiku naplnění všech znaků jeho skutkové podstaty, v daném případě uzavřením smlouvy o PCO dne 31. 1. 2019, přičemž na základě pravomocného rozhodnutí Úřadu nelze k tomuto okamžiku dovozovat jakékoliv legitimní očekávání obviněného.
54. K výše uvedenému shrnuji, že jsem žádnou z rozkladových námitek obviněného proti výroku I. napadeného rozhodnutí neshledal důvodnou a závěr Úřadu o spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona mám za správný a učiněný v souladu se zákonem.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

55. Obviněný v rozkladu nesouhlasí ani s výrokem II. napadeného rozhodnutí, v němž Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona tím, v rozporu s § 254 odst. 6 zákona nedoručil Úřadu ve lhůtě 10 dnů od doručení návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy o PCO své vyjádření k návrhu.
56. Obviněný k tomu namítá, že své povinnosti podle § 254 odst. 6 zákona v plném rozsahu splnil, a to pouhé 4 dny po uplynutí zákonné lhůty, neboť vycházel z nesprávné interpretace zákona a počátku běhu zákonné lhůty pro podání vyjádření k návrhu. Obviněný je přesvědčen, že za daných okolností lze domněnku společenské škodlivosti podle § 270 odst. 1 zákona vyvrátit a že nemůže být za odmítnutí vyjádření či přiznání v řízení o návrhu, které rovněž vykazuje znaky deliktního řízení, trestán, načež konstrukce ustanovení § 254 odst. 6 zákona ve spojení s § 268 odst. 1 písm. e) zákona odporuje čl. 37 odst. 1 Listiny.
57. K posouzení zákonnosti výroku II. napadeného rozhodnutí poukazují nejprve na relevantní zákonnou úpravu.
58. Podle § 254 odst. 5 zákona zadavatel do 10 dnů od doručení návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy doručí Úřadu všechny dokumenty obsahující zadávací podmínky a dokumentaci

o zadávacím řízení. Pokud nepostupuje v zadávacím řízení nebo postupuje v zadávacím řízení, které nevyžaduje pro zahájení uveřejnění oznámení nebo výzvy, sdělí Úřadu ve stejné lhůtě důvody pro takový postup.

59. Podle § 254 odst. 6 zákona zadavatel ve lhůtě dle § 254 odst. 5 zákona doručí rovněž své vyjádření k návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy. Pokud zadavatel hodlá prokazovat existenci důvodů hodných zvláštního zřetele podle § 264 odst. 3 nebo 4 zákona, musí být součástí tohoto vyjádření rovněž tvrzení a návrhy důkazních prostředků k jejich prokázání týkající se těchto důvodů; tato tvrzení a návrhy důkazních prostředků nelze po uplynutí lhůty podle § 254 odst. 5 zákona dále rozšiřovat nebo měnit.
60. Podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nesplní některou z povinností podle § 252 odst. 1, 3 nebo 4, § 254 odst. 5 nebo 6 nebo § 258 odst. 1 zákona. Podle § 268 odst. 2 písm. e) zákona se za přestupek podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona uloží pokuta do 1 000 000 Kč.
61. Z citované právní úpravy vyplývá, že zákon stanoví zadavateli výslovnou povinnost doručit Úřadu ve stanovené lhůtě 10 dnů od doručení návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy své vyjádření k návrhu. Jakékoliv překročení označené lhůty 10 dnů, byť o jediný den, je proto nutno interpretovat jako jednoznačné porušení ustanovení § 254 odst. 5 a 6 zákona, které naplňuje skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona. Na to navazuje konstrukce ustanovení § 270 odst. 1 zákona, dle kterého platí domněnka, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle zákona, je společensky škodlivý. Došlo-li k naplnění skutkové podstaty přestupku a nejsou-li přítomny specifické okolnosti, které svědčí o absenci společenské škodlivosti vytkaného postupu, platí, že jde o přestupek.
62. Ke skutkovým okolnostem v nyní řešené věci poukazují, že není sporné, že obviněný doručil Úřadu své vyjádření k návrhu dne 15. 3. 2019, tj. čtvrtý den po uplynutí zákonné desetidenní lhůty, která skončila dne 11. 3. 2019. Z uvedeného stavu věci tedy jednoznačně vyplývá, že obviněný nesplnil svoji povinnost ve smyslu § 254 odst. 6 zákona doručit vyjádření k návrhu ve stanovené lhůtě, čímž naplnil formální znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona.
63. Skutečnost, kterou uvádí obviněný, tj. že k prodlení na jeho straně došlo o pouhé 4 dny, tedy nikoliv v markantním rozsahu, pak nikterak nevyvrací závěr Úřadu, že k porušení zákona skutečně došlo. Pokud jde o naplnění materiální stránky přestupku, zde je třeba primárně vycházet z domněnky formulované v § 270 odst. 1 zákona, jejímž prostřednictvím zákonodárce výslovně předjímá, že nedoručení vyjádření k návrhu v zákonné desetidenní lhůtě je společensky škodlivé. S naplněním materiální stránky přestupku se Úřad vypořádal v bodě 142 odůvodnění napadeného rozhodnutí a se zde uvedeným posouzením věci se zcela ztotožňuje. V daném případě nejsou dány výjimečné okolnosti, které by konkrétní společenskou škodlivost (nyní řešeného přestupku) snižovaly pod hranici typové společenské škodlivosti přestupku dle § 268 odst. 1 písm. e) zákona (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 4. 2015, č. j. 7 As 63/2015-29), v důsledku čehož by domněnka dle § 270 odst. 1 zákona (která navazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 8. 2012, č. j. 9 As 34/2012-28) byla vyvrácena.
64. K rozkladové argumentaci obviněného doplňují, že se ztotožňují s jeho stanoviskem, že zjištěné pochybení (prodlení v podání vyjádření k návrhu) nevykazuje znaky vysoké

společenské škodlivosti, nelze jej však hodnotit ani jako bagatelní ani jako zcela bezvýznamné. Zde především (v souladu s argumentací Úřadu) poukazují, že v důsledku pochybení obviněného došlo k zákonem nepředvídanému zdržení správního řízení vedeného k návrhu navrhovatele, neboť vyjádření k návrhu bylo významné pro další průběh tohoto správního řízení. S námitkou obviněného, že nedošlo k naplnění materiální stránky přestupku, se proto neztotožňují.

65. Rovněž s námitkou, že obviněný nemůže být nucen k podání vyjádření či snad k přiznání, se Úřad vypořádal, a to v bodech 138 - 139 odůvodnění napadeného rozhodnutí, s jehož posouzením se ztotožňují. Zde je třeba souhlasit s vyjádřením Úřadu, že řízení o návrhu, v němž obviněný nesplnil své zákonné povinnosti, deliktním řízením není. Podání vyjádření k návrhu v souladu s § 254 odst. 6 zákona patří k výslovným povinnostem zadavatele v řízení o návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy, jejímž prostřednictvím je dosahováno účelu tohoto řízení, neboť za situace, kdy zadavatel uzavře smlouvu, aniž by předtím postupoval v zadávacím řízení, jen on zná důvody, pro které by případně jeho postup mohl být posouzen jako souladný se zákonem. Za daných okolností tak nelze hovořit o nucení k sebeobvinění. Rovněž je třeba akcentovat, že Úřad je v souladu s § 2 odst. 1 správního řádu povinen postupovat v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy, přičemž tvrzený rozpor zákonné konstrukce § 254 odst. 6 zákona ve spojení s ustanovením § 268 odst. 1 písm. e) zákona, která dle názoru Úřadu sleduje legitimní účel spočívající v zamezení průtahů ve správním řízení, s čl. 37 Listiny, neshledávám.
66. K námitce, že tvrzená nízká společenská škodlivost zjištěného přestupku dle výroku II. napadeného rozhodnutí by se měla výrazně projevit na výši uložené pokuty, poukazují, že pokuta dle výroku III. napadeného rozhodnutí byla obviněnému v souladu s principem absorpce uložena zejména za přestupek dle výroku I. napadeného rozhodnutí, přičemž spáchání přestupku dle výroku II. napadeného rozhodnutí zohlednil Úřad toliko jako přitěžující okolnost (srov. bod 165 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
67. Námitky obviněného proti výroku II. napadeného rozhodnutí jsem proto rovněž shledal jako nedůvodné.
68. K výše uvedenému shrnuji, že jsem žádnou z rozkladových námitek obviněného neshledal důvodnou a závěry Úřadu o spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a e) zákona mám za správný a učiněný v souladu se zákonem.
69. Současně konstatuji, že jsem z hlediska zákonnosti přezkoumal též výroky III. a IV. napadeného rozhodnutí, které na výroky I. a II. napadeného rozhodnutí o spáchání zjištěných přestupků navazují, načež jsem je shledal rovněž v souladu se zákonem, správním řádem, zákonem o přestupcích a dalšími právními předpisy.
70. K výroku III. napadeného rozhodnutí doplňuji, že Úřad postupoval zcela v souladu se zákonem a zákonem o přestupcích, když po zohlednění povahy a závažnosti zjištěných přestupků, jakož i přitěžujících a polehčujících okolností, pristoupil s ohledem na zásadu absorpce k uložení souhrnného trestu. Výslednou výši pokuty mám za přiměřenou a odpovídající okolnostem dané věci. K námitkám obviněného týkajícím se nižší závažnosti zjištěných přestupků podotýkám, že v uvedeném kontextu je třeba přihlídnout též k horní hranici zákonné sazby pokuty (srov. bod 169 odůvodnění napadeného rozhodnutí), ve vztahu ke které byla

obviněnému v návaznosti na zohlednění všech okolností daného případu uložena pokuta ve zcela marginální výši, s akcentem na preventivní funkci správního trestání.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

71. Napadené rozhodnutí jsem přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež sděluji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl zcela v souladu se zákonem, správním řádem, zákonem o přestupcích a dalšími právními předpisy. K zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil takový skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona, která interpretoval ve světle příslušné judikatury. Úřad řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a e) zákona. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by měla za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

72. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, správním řádem a zákonem o přestupcích, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.
73. 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 tohoto rozhodnutí 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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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