



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D. a Mgr. Petra Pospíšila v právní věci žalobce: **město Chodov**, se sídlem Komenského 1077, Chodov, zastoupené JUDr. Vladislavem Bílkem, advokátem se sídlem Čs. legií 143, Klatovy, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 12. 2014, č. j. ÚOHS-R409/2013/VZ-25973/2014/323/BRy,

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci a obsah žaloby

[1] Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“), kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno odporem napadené rozhodnutí žalovaného jako

správního orgánu I. stupně ze dne 25. 11. 2013, č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo. V tomto rozhodnutí žalovaný konstatoval, že se žalobce jakožto zadavatel dopustil správního deliktu dle § 27 odst. 1 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), tím, že v rozporu s § 5 odst. 1 koncesního zákona uzavřel dne 15. 8. 2011 se společností Sokolovská uhelná, právní nástupce, a.s. (dále jen „společnost Sokolovská uhelná“) smlouvu o nájmu rozvodného tepelného zařízení, aniž by provedl koncesní řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání předmětného deliktu byla žalobci dle § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona uložena pokuta ve výši 300 000 Kč.

[2] V podané žalobě žalobce vyjádřil především nesouhlas se závěry správního orgánu, že v předmětné věci měl postupovat dle koncesního zákona. Dle jeho názoru významná část veřejnoprávních korporací dosud nemá o existenci koncesního zákona ani žádnou povědomost. Od nabytí účinnosti daného zákona bylo množství smluv uzavřeno postupem dle zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), nikoli dle koncesního zákona, který je nepřehledný a nesrozumitelný, nadto snadno přehlédnutelný.

[3] Koncesní zákon dle žalobce zřetelně neukládá vybraným subjektům povinnost, při splnění podmínek jeho § 16, dle tohoto zákona postupovat. Zákon tak neobsahuje definici toho, kdo má nebo může být tzv. koncesionářem nebo „jiným subjektem“ ve smyslu § 1 odst. 1 koncesního zákona. Zákon také neupravuje, komu mají být koncesionářem služby nebo dílo poskytovány a za jakým účelem nebo z jakého důvodu. Koncesní zákon také neřeší, k jakému účelu mají koncesní smlouvy sloužit a ve kterých případech mají územní samosprávné celky použít postupu dle tohoto zákona. Nejasný je také demonstrativní odkaz v § 1 odst. 1 daného zákona na zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích (dále jen „zákon o pozemních komunikacích“).

[4] Dle žalobce je problematika nakládání s majetkem územního samosprávného celku upravena např. obecním zřízením. Zde žalobce odkazuje zejména na § 39 obecního zřízení, přičemž odmítá názor žalovaného, že koncesní zákon je vůči obecnímu zřízení zvláštním zákonem majícím aplikační přednost; obdobný vztah mezi těmito zákony neexistuje, přičemž případné nerespektování notificační povinnosti dle § 39 obecního zřízení by vyvolávalo absolutní neplatnost uzavřené smlouvy. Zákonodárce tak ponechává na volné úvaze zadavatele, zda se rozhodne při uzavírání smluv dle § 39 odst. 1 obecního zřízení aplikovat i koncesní zákon nebo případně pouze jeden z těchto zákonů, přičemž v takovém případě je možným následkem buď absolutní neplatnost uzavřené smlouvy či spáchání správního deliktu. Je pak otázka, zda má zadavatel aplikovat povinnosti dle obou zákonů. V každém případě koncesní zákon přímočaře zadavatelům nesděluje, k jakému účelu slouží. O „neznámosti“ koncesního zákona svědčí i to, že odbor veřejné podpory Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k dotazu žalobce již dříve neavizoval, že by jeho záměr postupovat dle obecního zřízení či zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník z roku 1964“) byl nesprávný.

[5] Žalobce též nesouhlasí s tím, jak vysoká mu byla uložena pokuta. S ohledem na všechny okolnosti jeho postupu při uzavření sporné smlouvy je žalobce přesvědčen, že společenská nebezpečnost v daném případě nedosáhla takové míry, aby musel být postižen

velmi citelnou pokutou. V tomto smyslu žalobce poukazuje i na nesprávnou aplikaci § 27 odst. 2 písm. a) a § 27b odst. 2 koncesního zákona, resp. nejasnost ustanovení § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona a § 2 vyhlášky č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon (dále jen „vyhláška č. 217/2006 Sb.“), a to zejména ve vztahu k pojmu „předpokládaný příjem“. Je dle žalobce otázkou, zda součet předpokládaných příjmů koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech pod dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy je tím správným měřítkem pro stanovení výše základu pro výpočet výše pokuty za porušení koncesního zákona. Zda je pak „příjmem“ (dle koncesního zákona) z provozování předmětného rozvodného tepelného zařízení v jednotlivých letech částka uvedená ve sporné smlouvě, není zřejmé a žalovaný to ani nezjišťoval.

[6] Správní orgány dále mají za to, že smlouva uzavřená mezi žalobcem a společností Sokolovská uhelná je koncesní smlouvou, a to přestože nebyla uzavřena dle koncesního zákona a nemá náležitosti koncesní smlouvy dle § 16 koncesního zákona. Ve věci však byla uzavřena nájemní smlouva postupem dle § 39 obecního zřízení. Za rozhodnou je třeba považovat vůli účastníků, kteří oba uzavírali nájemní smlouvu dle občanského zákoníku z roku 1964. Takový úkon tak nelze jako koncesní smlouvu posoudit, ani kdyby tomu tak dle práva mělo být. Pokud by byl žalovaný opravdu přesvědčen, že se jedná o koncesní smlouvu, mohl postupovat dle § 25 odst. 2 koncesního zákona, a nikoli ukládat pokutu.

[7] Žalovanému, resp. předsedovi Úřadu, také nevzniklo právo uložit pokutu ve smyslu § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona, neboť ve věci vůbec nebyla uzavřena koncesní smlouva. Za takové situace měl žalovaný postupovat dle § 25 odst. 1 koncesního zákona, a nikoli ukládat pokutu. Nadto žalovaný nepřihlédl ke všem rozhodným okolnostem pro uložení sankce, zejména dobré víře žalobce, že postupuje podle zákona a také k tomu, že ani po třech letech platnosti nenabyla smlouva účinnosti. Žalobce se rovněž domnívá, že v řízení nebylo prokázáno, že ve smyslu § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona zadavatelem aplikovaný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II. Vyjádření žalovaného k žalobě a replika žalobce

[8] Žalovaný ve vyjádření k žalobě uvedl dva důvody, pro které se domnívá, že by žaloba měla být odmítnuta. Jednak proto, že za žalovaného byl označen předseda Úřadu, za žalovaného je však třeba dle judikatury považovat Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Dle žalovaného žaloba také neobsahuje způsobilé žalobní body, když v žalobě jsou v podstatě opakovány jen rozkladové námitky a žaloba tak v podstatě směřuje nikoli proti žalobou formálně napadenému rozhodnutí, ale proti prvostupňovému rozhodnutí Úřadu.

[9] Pokud by žaloba nebyla soudem odmítnuta, navrhl žalovaný její zamítnutí pro nedůvodnost. Zejména je třeba zdůraznit, že již ve správním řízení bylo jednoznačně vyřešeno, že žalobce měl povinnost postupovat dle koncesního zákona, když navíc bylo prokázáno, že smlouva uzavřená mezi žalobcem a společností Sokolovská uhelná naplňuje všechny znaky koncesní smlouvy. Žalobce tak měl povinnost dodržet postup stanovený koncesním zákonem pro uzavření smlouvy, čemuž se tak však nestalo, protože naplnil jeden ze skutkových znaků správního deliktu.

[10] Dle žalovaného také nelze akceptovat závěr vyplývající z názoru žalobce, že by jakýkoli zadavatel, mající jinak povinnost postupovat dle koncesního zákona, se jeho aplikaci vyhnul tím, že by takovou smlouvu označil za jiný smluvní typ, například smlouvu nájemní. Byl by tím popřen smysl a účel koncesního zákona a zároveň by orgán dohledu nemohl postihnout jednání, kdy zadavatel nesplní povinnost postupovat dle koncesního zákona.

[11] Ve zbytku odkazuje žalovaný na obsah napadeného rozhodnutí, kdy dle jeho názoru nebylo možno aplikovat postupy dle § 25 koncesního zákona, ve správním řízení bylo již řešeno, jak došlo k naplnění formálních znaků skutkové podstaty žalobci vytýkaného správního deliktu a rovněž byla řádně vyřešena otázka výše pokuty, včetně problematiky její možné horní hranice.

[12] K vyjádření žalovaného podal žalobce repliku, v níž předně uvedl, že nejsou dány podmínky pro odmítnutí žaloby. Za žalovaného totiž v žalobě označil jak předsedu Úřadu, tak rovněž samotný Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Přijetí názoru žalovaného v tomto směru by tedy bylo projevem formalismu. Žalobce se rovněž domnívá, že žaloba obsahuje relevantní žalobní body. V daném ohledu odkázal na závěry formulované v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 8. 2007, č. j. 2 Azs 54/2007-42, dostupného na www.nssoud.cz.

[13] Dle žalobce také byl dán prostor pro úpravu smluvního vztahu mimo rámec koncesního zákona, když § 1 odst. 1 tohoto zákona odkazuje na možnost postupu dle zvláštního zákona (dle demonstrativního výčtu v poznámce pod čarou se jedná o zákon o pozemních komunikacích). Dle žalobce se o takový zvláštní zákon může jednat i v případě obecního zřízení, konkrétně jeho § 39. Nadto postupem dle koncesního zákona by zadavatel – obec – musel nutně porušit příslušná ustanovení obecního zřízení. Obec totiž povinnosti dle § 39 obecního zřízení musí plnit s možnou sankcí absolutní neplatnosti příslušného právního úkonu; v případě postupu dle koncesního zákona by se tak stalo. Je tak otázkou, zda se výběr uživatele a obecního majetku a dodavatele veřejné služby řídí vždy koncesním zákonem nebo i jiným zvláštním předpisem a jaké je postavení těchto předpisů v právním řádu a jejich vzájemný vztah.

[14] Podle žalobce nebylo možné uzavřenou smlouvu posuzovat v intencích koncesního zákona, když tato nemá náležitosti koncesní smlouvy a smluvní partneři postupovali dle příslušných ustanovení jiných právních předpisů. Nájemní smlouva byla posouzena jako koncesní jen za účelem možného sankcionování, což nelze považovat za veřejnou službu. Navíc žalobce, i kdyby hypoteticky koncesní zákon porušil, postupoval v dobré víře, a to po předchozích konzultacích s Ministerstvem vnitra i žalovaným.

[15] Nesprávný je též způsob stanovení základu pro výpočet pokuty, když prováděcí vyhláška č. 217/2006 Sb. je v tomto směru nesrozumitelná či nesprávná. Není možné za základ pro výpočet pokuty brát jen příjmy koncesionáře bez ohledu na jeho nutné provozní výdaje, které samotný příjem snižují na úroveň skutečných příjmů. Extenzivní výklad žalovaného přispívá k možnosti ukládání astronomicky vysokých pokut. Dosavadní poskytovatel předmětné služby tak nyní dosahuje zisku okolo 3 až 5 milionů Kč ročně.

[16] Pokud by soud dospěl k názoru, že správní orgány postupovaly správně, pak žalobce očekává, že soud osvětlí vztah mezi dotčenými právními předpisy; žalobce nad rámec samotné věci poukazuje na nedokonalost právní úpravy koncesního řízení, kdy žádná z dotčených norem neřeší svůj vzájemný vztah a nelze nalézt ani žádný judikát či odborný text ke kolizi dotčených norem.

III. Posouzení věci soudem

[17] Zdejší soud přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.

III. a) Otázka možného odmítnutí žaloby

[18] Krajský soud se přitom neztotožňuje se závěrem žalovaného, že by žaloba měla být odmítnuta. Žalobce sice za žalovaného označil předsedu Úřadu, na druhou stranu však i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže samotný. Především ale dle § 69 s. ř. s. je žalovaným správní orgán, který rozhodl v posledním stupni, nebo správní orgán, na který jeho působnost přešla. Osoba žalovaného tak není určena žalobním tvrzením, ale přímo zákonem. Jak přitom vyplývá z judikatury, správní orgán rozhodující o rozkladu i správní orgán prvního stupně, jehož rozhodnutí je v rozkladovém řízení přezkoumáváno, představují stejný správní orgán, vymezený zákonným rámcem jeho věcné příslušnosti. Rozdílné je pouze to, komu z hlediska vnitřního organizačního uspořádání správního orgánu zákon zakládá funkční příslušnost rozhodovat o rozkladu. Rozhoduje-li tak předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o podaném rozkladu proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a žaloba směřuje proti jeho rozhodnutí, je žalovaným Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, a nikoliv jeho předseda (srov. např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 10. 2007, č. j. 8 Afs 75/2007-115, dostupné na www.nssoud.cz). Jelikož tak není o osobě žalovaného pochyb, nemůže se soud se spíše formalistickým argumentem žalovaného ztotožnit.

[19] Stejně tak nevidí zdejší soud důvod odmítnout žalobu pro její tvrzený nedostatek spočívající v absenci žalobních bodů ve smyslu § 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s. Z žalobního bodu, resp. žalobních bodů, musí být patrné, z jakých konkrétních skutkových a právních důvodů považuje žalobce napadené výroky rozhodnutí správního orgánu za nezákonné nebo nicotné. Přitom dle rozsudku rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008-78, publikovaného pod č. 2162//2008 Sb. NSS, je smyslem uvedení žalobních bodů [§ 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s.] jednoznačné ustavení rámce požadovaného soudního přezkumu ve lhůtě zákonem stanovené k podání žaloby, přičemž zákonný požadavek je proto naplněn i jen zcela obecným a stručným – nicméně srozumitelným a jednoznačným – vymezením skutkových i právních důvodů tvrzené nezákonnosti nebo procesních vad správního aktu tak, aby bylo zřejmé, v jaké části a z jakých hledisek se má soud věcí zabývat. V dané věci tak soud uvádí, že i kdyby žalobce v nynějším případě skutečně v podstatě pouze určitým způsobem reprodukoval rozkladové námitky, je zřejmé, že v žalobě vyjadřuje nespokojenost s vypořádáním těchto rozkladových námitek; podává se tedy, z jakého důvodu ve výše uvedeném smyslu považuje za nesprávné či nezákonné i samotné žalobou napadené

rozhodnutí. I druhý argument žalovaného mající za cíl dosažení odmítnutí žaloby tak soud považuje za čistě formalistický.

III. b) Naplnění skutkové podstaty správního deliktu

[20] Výchozí a klíčovou otázkou z věcného hlediska v dané věci představuje to, zda měl žalobce při výběru smluvního partnera a následné kontraktaci v případě smlouvy o nájmu rozvodného tepelného zařízení postupovat dle koncesního zákona. Dle názoru zdejšího soudu tomu tak bylo.

[21] Zde soud po skutkové stránce uvádí, že ze zápisu z 18. Zasedání Rady města Chodova ze dne 11. 7. 2011, č. 18R-277-2011, vyplývá, že žalobce pojal záměr pronájmu souboru nemovitého a movitého teplofikačního majetku žalobce. Dle následné Smlouvy o nájmu rozvodného tepelného zařízení ze dne 15. 8. 2011 (dále jen „Smlouva“), konkrétně z jejího čl. 2.4. vyplývá, že jejím předmětem je pronájem a provozování rozvodných tepelných zařízení za účelem dodávky tepla a teplé užitkové vody. Tato smlouva byla uzavřena na dobu určitou a strany se dohodly na ročním nájemném ve výši 5 000 000 Kč (čl. 3 Smlouvy). Povinnosti nájemce k dodávkám tepla a teplé užitkové vody byly podrobněji rozvedeny v čl. 6.4. Smlouvy. Dle čl. 8.5. Smlouvy byl nájemce oprávněn účtovat za dodávky, přičemž dle čl. 6.1.1. Smlouvy nájemce spravuje a provozuje rozvodné tepelné zařízení svým jménem, na své podnikatelské riziko a na vlastní odpovědnost.

[22] Z hlediska právního pak relevantní ustanovení koncesního zákona praví následující: Dle § 1 odst. 1 koncesního zákona daný zákon „*upravuje podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty, pokud tyto podmínky a postup neupravuje zvláštní právní předpis*“. Dle § 5 odst. 1 koncesního zákona „*[z]adavatel vybere koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení*“. Podle § 5 odst. 2 koncesního zákona „*[z]adavatel nemusí postupovat podle této části zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 3a*“. Ustanovení § 16 odst. 1 koncesního zákona stanoví, že „*[k]oncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích*“. Podle § 16 odst. 2 koncesního zákona „*[p]odstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva*“. Přitom podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona se zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že „*nedodrží postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře koncesní smlouvu*“.

[23] Z uvedeného tedy soud předběžně, než se k věci vyjádří podrobněji, dovozuje, že v případě, že předmětná Smlouva naplnila znaky koncesní smlouvy dle koncesního zákona, a nebyla-li naplněna některá z výjimek vylučujících uplatnění daného zákona, měl žalobce povinnost postupovat v intencích koncesního zákona.

[24] K žalobním námitkám tak soud uvádí, že koncesní zákon může na první pohled (přínejmenším ze subjektivního hlediska) na svého adresáta působit nejasně, tuto nejasnost je však možné podrobnějším seznámením se s jeho textem odstranit. Samotná žalobcem pocíťovaná nesrozumitelnost zákona tak v tomto smyslu nemůže být argumentem pro jeho neaplikaci nebo možnosti žalobce dle něj nepostupovat. Za rozhodný v tomto směru nemůže soud považovat ani argument (blíže žalobcem nedoložený), že zadavatelům není existence koncesního zákona známa, a že jsou v praxi běžně uzavírány smlouvy bez ohledu na tento zákon. Předmětný zákon byl řádně publikován ve Sbírce zákonů a žalobce se s jeho textem mohl seznámit; v tomto smyslu (žalobcem uváděné „přehlednost“) se koncesní zákon neliší od žádné řádným způsobem publikované právní normy.

[25] Soud dále uvádí, že žalobce je subjektem uvedeným v § 2 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, tedy územním samosprávným celkem. Měl si tedy být vědom toho, že koncesní zákon přínejmenším eventuálně reguluje i jeho práva a povinnosti.

[26] Soud také nemůže souhlasit s dalšími výtkami formulovanými na adresu koncesního zákona. Daný zákon tak např. neobsahuje výslovnou definici pojmu „koncesionář“, ale to, kdo takovou osobou je, vyplývá z povahy věci a ustanovení zákona, která regulují postavení koncesionáře (nadto nepovažuje krajský soud za nutné, aby každý jednotlivý pojem použitý v textu právního předpisu byl definován – takový postup by mohl naopak vést k absurdním důsledkům a nepřehlednosti příslušného předpisu). Kupříkladu lze to, kdo je koncesionářem, seznat z § 16 odst. 1 koncesního zákona, kdy koncesionářem je smluvní strana koncesní smlouvy, které z takové smlouvy plnou příslušná práva a povinnosti. Obdobně pak, co se týče vztahu různých předpisů, není nutné, aby např. každý zákon výslovně uváděl svůj vztah k zákonům jiným, když tyto skutečnosti lze dovodit běžnými interpretačními postupy (soud se, jak dále uvádí, domnívá, že tomu tak je i v nynějším případě).

[27] Co se týká samotných koncesních smluv, pak jejich pojmové (typové) znaky vyplývají z § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona. Jedná se tak o smlouvy, které: a) obsahují závazek koncesionáře poskytovat určité služby či případně provést určité dílo, b) obsahují závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, který může být kombinován s poskytnutím části plnění v penězích, c) v rámci smluvního vztahu podstatnou část rizik spojených s bráním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář. Tam, kde budou tyto znaky naplněny, jedná se o koncesní smlouvu. (viz *Kruták, T., Vacek, L.* in: *Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L.: Koncesní zákon. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 136*). Z tohoto hlediska považuje soud koncesní zákon za dostatečně určitý z hlediska vymezení nejen pojmových znaků koncesních smluv, ale také jejich účelu. K těmto otázkám se ostatně relativně podrobně vyjádřil předseda Úřadu minimálně v bodech 25. až 28. svého rozhodnutí, na kteréžto pasáží odůvodnění soud pro jejich výstižnost odkazuje, aniž by bylo třeba je znovu reprodukovat.

[28] Obdobně pak platí k žalobcem nastolené otázce, kdy má být koncesní zákon aplikován: zjednodušeně řečeno v situaci, kdy veřejný zadavatel ve smyslu § 2 koncesního zákona uzavírá koncesní smlouvu dle § 16 koncesního zákona a nejsou dány některé okolnosti (výjimky) odůvodňující vyloučení aplikace koncesního zákona (např. případy uvedené v § 3 koncesního zákona). To, že při postupu směřujícím k uzavření koncesní smlouvy je třeba,

aby zadavatel postupoval dle koncesního zákona, vyplývá z jeho § 5 odst. 1 a 2 (viz bod 28. rozhodnutí předsedy Úřadu a bod 39. rozhodnutí žalovaného).

[29] V této souvislosti dle názoru soudu není případný argument žalobce o nejasnosti odkazu na zvláštní zákony v § 1 odst. 1 koncesního zákona, kdy takovým zvláštním zákonem, dle něhož bylo možné postupovat namísto koncesního zákona, je i obecní zřízení. Především z § 1 odst. 1 koncesního zákona plyne, že „*upravuje podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv [...] pokud tyto podmínky a postup neupravuje zvláštní právní předpis*“; je tedy zřejmé, že takový zvláštní předpis musí upravovat „*podmínky a postup*“ při uzavírání „*koncesních smluv*“, nikoli smluv jiných. V tomto smyslu není odkaz č. 1 v poznámce pod čarou v § 1 odst. 1 koncesního zákona nejasný nebo matoucí, ale právě naopak. Je totiž třeba vzít v potaz, že zákon o pozemních komunikacích, na který je v poznámce v § 1 odst. 1 koncesního zákona odkazováno, již v době uzavírání Smlouvy obsahoval část čtvrtou (§ 18a až § 18f), kde je výslovně problematika koncesionářských smluv v souvislosti s převedením výkonu některých práv a povinností státu ve spojitosti s výstavbou, provozováním a údržbou dálnice (resp. silnice I. třídy) řešena. Je tak zjevné, že v případě zvláštních zákonů ve smyslu odkazu v § 1 odst. 1 koncesního zákona, se musí jednat o předpis, který bude skutečně řešit problematiku koncesních smluv, nikoli obecně nakládání s (veřejným) majetkem.

[30] Naopak obecní zřízení představuje v tomto ohledu obecný předpis týkající se nakládání s majetkem obce. Dle § 39 odst. 1 obecního zřízení (ve znění účinném ke dni uzavření Smlouvy) tak bylo stanoveno, že „*[z]áměr obce prodat, směnit nebo darovat nemovitý majetek, pronajmout jej nebo poskytnout jako výpůjčku obec zveřejní po dobu nejméně 15 dnů před rozhodnutím v příslušném orgánu obce vyvěšením na úřední desce obecního úřadu, aby se k němu mohli zájemci vyjádřit a předložit své nabídky. Záměr může obec též zveřejnit způsobem v místě obvyklým. Pokud obec záměr nezveřejní, je právní úkon od počátku neplatný. Nemovitost se v záměru označí údaji podle zvláštního zákona platného ke dni zveřejnění záměru.*“ Z uvedeného tak vyplývá, že ustanovení § 39 obecního zřízení je obec povinna dodržet – pakliže tedy zvláštní předpis nestanoví něco jiného. Za zvláštní předpis je dle soudu třeba považovat právě koncesní zákon, který upravuje konkrétně otázku koncesních smluv. Pokud obec uzavírá smlouvy, které naplňují pojmové znaky koncesní smlouvy, musí primárně postupovat dle koncesního zákona, nikoli podle obecního zřízení. V tom, že obecní zřízení upravuje otázku nakládání s majetkem obce obecně, zatímco koncesní zákon specificky v případě, že je uzavírána koncesní smlouva, je třeba spatřovat v nynějším případě onu „zvláštnost“ koncesního zákona, přičemž obecní zřízení ke koncesnímu zákonu v tomto smyslu zvláštním předpisem být nemůže.

[31] Nad rámec výše uvedeného soud dodává dvojí. Jednak to, že v případě Smlouvy se skutečně jednalo smlouvu koncesní – služby vymezené v čl. 6.4. Smlouvy mají charakter služby (první pojmový znak koncesní smlouvy), žalobce dle čl. 8.5. Smlouvy umožňuje společnosti Sokolovská uhelná na základě Smlouvy účtovat za poskytování služby, a to na základě uzavřených smluv o dodávce tepla, rozvodu tepla a užitkové vody (druhý pojmový znak koncesní smlouvy; brání užitků v podobě plateb, které koncesionář pobírá od koncových uživatelů, považuje za „typické“ i odborná literatura – srov. citovaný komentář, s. 137) a dle čl. 6.1.1. Smlouvy (resp. čl. 6.1.2.) podstatnou část rizik spojených s bráním užitků vyplývajících z poskytování služeb nese koncesionář, tedy společnost Sokolovská uhelná

(třetí pojmový znak koncesní smlouvy); ke všem těmto znakům se žalovaný vyslovil zejména v bodech 32. až 37. svého rozhodnutí. Proto také, jak již bylo řečeno, měl žalobce povinnost postupovat v dané věci dle koncesního zákona.

[32] Zadrugé je si soud vědom, že v případě koncesní smlouvy se ze soukromoprávního hlediska nejedná o svébytný smluvní typ. Jak k tomu uvádí odborná literatura, „[j]e na smluvních stranách, aby při respektování povinných náležitostí uvedených ve třetí části koncesního zákona určily obsah svého závazkového vztahu. V závislosti na povaze smluvních ujednání pak bude koncesní smlouva spadat buď pod některý ze smluvních typů druhé hlavy třetí části obchodního zákoníku, anebo půjde o smlouvu nepojmenovanou řídící se v otázkách výslovně neupravených obchodním zákoníkem“ (Kruták, T. in Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L.: Koncesní zákon. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 6); „obchodním zákoníkem“, jakožto zvláštním předpisem, na který ve znění účinném do 31. 12. 2013 odkazoval § 16 odst. 6 koncesního zákona, byl zákon č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník, přičemž přicházelo v úvahu, aby se koncesní smlouvy řídila i občanským zákoníkem z roku 1964 (např. v případě nájmu). Z uvedeného soud dovozuje, že jednak v případě „koncesní smlouvy“ bylo třeba postupovat dle ustanovení koncesního zákona, v daném případě i občanského zákoníku z roku 1964 a v dalších otázkách těmito zákony neupravenými pak eventuálně i příslušnými ustanoveními obecního zřízení. Tyto závěry soud uvádí především k námitkám žalobce, že nebylo zřejmé, jakým zákonem se řídit, potažmo jaký je vlastně vztah mezi dotčenými zákony. Následek tak nutně nespočívá v absolutní neplatnosti smlouvy nebo ve spáchání správního deliktu, jak prezentuje žalobce; této „Skylle a Charybdě“ se lze správnou aplikací v úvahu přicházejících právních předpisů vyhnout (není přitom pravdou, že by v době sjednání Smlouvy neexistovala relevantní odborná literatura na dané téma – lze odkázat na první vydání již zde citovaného komentáře ke koncesnímu zákonu z roku 2006).

[33] V návaznosti na výše uvedené, a v souladu s názorem vyjádřeným v rozhodnutí předsedy Úřadu, se tak soud taktéž domnívá, že nebylo čistě na smluvní autonomii žalobce a koncesionáře (společnosti Sokolovská uhelná), podle jakého předpisu budou postupovat, popř. že formálním označením Smlouvy jakožto smlouvy nájemní se vyhnou aplikaci a aplikovatelnosti koncesního zákona. Jak již bylo naznačeno, v případě, že byla uzavírána smlouva, která pojmově naplňovala pojmové znaky koncesní smlouvy dle koncesního zákona, bylo povinností žalobce také podle koncesního zákona postupovat. V tomto směru se tedy kontraktační svoboda, resp. autonomie vůle žalobce (a koncesionáře) omezovala pouze na to, zda koncesní smlouvu uzavřít čili nic. Jak bylo uvedeno, koncesní smlouva může nabývat i formy smlouvy nájemní, proto ani skutečnost, že byla uzavřena „smlouva o nájmu“, nemůže na věci nic změnit. Nadto nelze akceptovat, že by zadavatel ve smyslu § 2 odst. 1 písm. c) koncesního zákona se mohl dosahu koncesního zákona zbavit jednoduše tím, že se rozhodne, ačkoli jím uzavíraná smlouva naplňuje všechny pojmové znaky koncesní smlouvy (a není dán žádný specifický důvod pro vyloučení aplikace koncesního zákona), uzavřít smlouvu formálně označenou např. jako „nájemní“, čímž by byl vyloučen zákonodárcem předvídaný způsob regulace předmětného druhu společenských vztahů a zároveň se daná materie dostala ze zákonem předvídaného dosahu veřejnoprávního dohledu.

[34] V souvislosti s námitkami, které zazněly v průběhu správního řízení, soud doplňuje, že nebyla naplněna výjimka výjimky z působnosti zákona dle § 3 písm. h) koncesního zákona, dle které se tento zákon se nevztahuje na smlouvy uzavírané zadavateli, jestliže jejich

předmětem je závazek veřejné služby podle zvláštních předpisů. Ustanovení § 3 písm. h) koncesního zákona sice odkazuje na zvláštní zákon, přičemž v poznámce pod čarou odkazuje příkladmo na § 19 zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů, v případě služby dle Smlouvy se však o „závazek veřejné služby dle zvláštních předpisů“ nejednalo. Jak vyložil žalovaný v bodech 42. až 44. svého rozhodnutí žalovaný, v daném případě poskytovaná služba spadala pod úpravu zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů. Samotný fakt, že je služba upravována zvláštním přepisem však pro naplnění podmínky dle § 3 písm. h) koncesního zákona nedostačuje, když se tato výjimka uplatní pouze v případě, že zvláštní předpis upravuje závazek veřejné služby výslovně (dříve např. zmíněný § 19 zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě či § 39 a § 39c zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, nyní zákon č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů). Žalovaný taktéž neuplatnil výjimku dle již citovaného § 5 odst. 2 koncesního zákona, neboť dospěl k závěru, který odůvodnil např. v bodě 46. svého rozhodnutí, že částka 20 000 000 Kč byla zjevně překročena (v tomto směru ostatně žalobce v žalobě nic nenamítá, když problematiku předpokládaného příjmu koncesionáře dává do vztahu pouze s otázkou výše sankce).

[35] K otázce spáchání deliktu dle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona tak soud uzavírá, že je toho názoru, že jej žalobce spáchal. Žalobce jakožto zadavatel dle § 2 odst. 1 písm. c) koncesního zákona nedodržel postup stanovený daným zákonem, když z materiálního hlediska uzavřel koncesní smlouvu, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V případě závěru, že postup žalobce mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky se soud ztotožňuje s názorem vysloveným v bodě 35. rozhodnutí předsedy Úřadu, dle kterého kdyby zadavatel zahájil koncesní řízení podle koncesního zákona, mohl obdržet i jiné vhodnější a výhodnější nabídky. Úprava výběru nejvhodnějšího smluvního partnera dle koncesního zákona je totiž mj. podstatně podrobnější a směřuje k větší transparentnosti (popř. obeznamenosti možných uchazečů o uzavření koncesní smlouvy) než v případě nakládání s majetkem obce ve smyslu žalobcem zmiňovaného § 39 obecního zřízení, přičemž podobně jako u veřejných zakázek „[t]aké v tomto případě jde o to, aby byl pro uzavření koncesní smlouvy zadavatelem vybrán dodavatel (koncesionář) transparentním způsobem, kterým bude všem zúčastněným dodavatelům garantováno rovné zacházení, jelikož lze mít za to, že pouze tento postup dává nejlepší předpoklady pro výběr optimálního smluvního partnera a optimální nabídky“ (Kruták, T. in Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L.: Koncesní zákon. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2).

III. c) Otázka výše sankce

[36] Soud považuje za akceptovatelný i proces vedoucí k uložení sankce a stanovení její výše. Dle § 27 odst. 2 koncesního zákona se za správní delikt dle § 27 odst. 1 písm. a) citovaného zákona uloží pokuta do 5 % z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy. Podle § 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb. „[p]ředpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy tvoří předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy“. Žalobce v žalobě a v replice akcentuje pojem „předpokládaný příjem koncesionáře“ ve smyslu § 2 vyhlášky, ten však ve věci není rozhodný. Jak jasně vyplývá z textu zákona, je třeba vyházet z „předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy“, přičemž je soud toho názoru, že byl správný postup

žalovaného, který při určení této hodnoty vycházel z položek uvedených v příloze č. 1 Smlouvy – součet částek za roky 2012-2016 označených jako „*vlastní náklady výkonu*“ v části „*podkladová kalkulace ceny tepelné energie pro rok 2012 – 2016 rastr SU*“ činí 452 534 773 Kč. Hodnota 5 % z dané částky pak činí 22 626 739 Kč. Je tak zjevné, že se žalovaný pohyboval v zákonném rámci pro své správní uvážení.

[37] K žalobcem nadnesené otázce „předpokládaného příjmu koncesionáře“ pak soud uvádí, že tato hodnota má význam pouze ve vztahu k určení hranice 20 000 000 Kč podle § 5 odst. 2 koncesního zákona, resp. finančních limitů pro jednotlivé kategorie významných koncesních smluv dle části čtvrté koncesního zákona. Předpokládaný příjem koncesionáře ve vztahu ke stanovení pokut měl relevanci pouze ve znění koncesního zákona účinného do 31. 12. 2009 (do změny provedené zákonem č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony).

[38] Žalovaný dle názoru soudu vzal dostatečně v potaz všechna kritéria stanovená pro uložení sankce dle § 27b odst. 2 koncesního zákona (zde soud odkazuje na body 64. a násl. rozhodnutí žalovaného, se kterými se ztotožňuje, přičemž žalovaný vzal přezkoumatelným způsobem v potaz i to, zda sankce nebude pro žalobce likvidační). Na příslušnou rozkladovou námitku žalobce pak předseda Úřadu adekvátně reagoval v bodě 39. svého rozhodnutí.

[39] V podrobnostech soud dodává, že považuje za přinejmenším problematický argument žalobce, že žalovaný měl při určení výše pokuty přihlídnout zejména k „dobré víře“ žalobce. Tato dobrá víra totiž byla s největší pravděpodobností způsobena neznalostí relevantní právní úpravy, tedy koncesního zákona. V tomto směru soudu nezbyvá než konstatovat v takových situacích obvyklou právní maximu, že neznalost zákona neomlouvá. Pokud svou dobrou víru žalobce opírá o postupy Ministerstva vnitra a příslušného odboru žalovaného, se kterými měl svůj záměr konzultovat, pak ve vztahu ke stanovisku Ministerstva vnitra ničeho nedoložil; co se týká stanoviska odboru veřejné podpory Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 5. 2011, č. j. ÚOHS-7339/2011/420/ESI, to se týkalo zejména dotazu žalobce ohledně veřejné podpory, kdy podle soudu nelze dovodit povinnost žalovaného upozorňovat tazatele na všechny možné v úvahu připadající souvislosti záměru pronájmu obecního majetku (k dané problematice se žalovaný vyjádřil v bodech 48. až 50. svého rozhodnutí a předseda Úřadu v bodě 40., přičemž s danou argumentací se soud ztotožňuje a pro stručnost na ni odkazuje). Za relevantní soud také nepovažuje konstatování, že smlouva ani po třech letech své platnosti nenabyla účinnosti – v tomto ohledu se jistě nejedná o úmysl žalobce, který by tak byl veden záměrem snížit závažnost svého jednání a zároveň tato skutečnost neznamená, že ze smlouvy nebude plněno.

[40] Při úvahách o stanovení sankce je přitom dle soudu třeba vzít v potaz, že v případě deliktu dle § 27 odst. 1 písm. a) se typově jedná o poměrně závažný delikt spočívající v tom, že se zadavatel zcela „vymaní“ z dosahu koncesního zákona, přičemž v konkrétním případě byla pokuta stanovena ve výši cca 1,32 % její maximální možné výše. Za takové situace soud sankci nepovažuje za nepřiměřenou či nezákonnou, přičemž žalobce ani neuplatnil návrh, aby soud výši pokuty moderoval.

[41] V kontextu s výše uvedeným soud dodává, že žalovaný nemohl, jak se domnívá žalobce, aplikovat namísto uložení pokuty nápravná opatření dle § 25 koncesního zákona. Je

tomu tak také proto (mimo skutečnost, že koncesní zákon nepředpokládá alternativní uložení buď nápravného opatření, nebo sankce a rovněž samotný § 27 odst. 2 koncesního zákona úvahu žalovaného v daném směru nepřipouští), že podle § 25 odst. 1 koncesního zákona Úřad pro ochranu hospodářské soutěže za stanovených podmínek uloží nápravné opatření tím, že zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele, avšak pouze za situace, kdy dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy; v daném případě však již k uzavření Smlouvy došlo. Podle § 25 odst. 2 koncesního zákona Úřad pro ochranu hospodářské soutěže svým rozhodnutím uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, ale pouze v případě, že je tu návrh dle § 24b koncesního zákona a navíc v případě, že se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) a současně správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. d) koncesního zákona; tyto podmínky ve věci zjevně nebyly splněny.

IV. Závěr a náklady řízení

[42] Po přezkoumání věci tak soud na základě výše uvedeného žalobu dle § 87 odst. 3 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.

[43] O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta) a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, pročež mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

P o u ě n í : Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 6. dubna 2017

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu