



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Karla Černína, Ph.D. a JUDr. Ing. Venduly Sochorové v právní věci

žalobců:

a) Městská část Praha 17

sídlem Žalanského 291/12b, 163 00 Praha – Řepy
zastoupený advokátem JUDr. Jiřím Hartmannem
sídlem Sokolovská 49/5, Praha 8

b) Infinit s.r.o.

sídlem Jablonského 639/4, 170 00 Praha 7 – Holešovice
zastoupený advokátem Mgr. Matějem Skalickým
sídlem Krkonošská 1512/11, Praha 2

proti

žalovanému:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti:

Saunia, s.r.o.

sídlem Olivova 2096/4, Nové Město, 110 00 Praha 1
zastoupený advokátem Mgr. Radovanem Kubáčem
sídlem Olivova 4, Praha 1

o žalobách proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0063, 0064/2018/VZ-19647/2018/321/ZSř

takto:

- I. Žaloba žalobce Městské části Praha 17 se zamítá.
- II. Žaloba žalobce Infinit s.r.o. se zamítá.
- III. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

- 1. Žalobce a) vyhlásil dne 29. 9. 2016 veřejnou soutěž o nejvhodnější nabídku na uzavření smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní. Dne 26. 7. 2017 uzavřel s žalobcem b) tuto smlouvu, jejím předmětem bylo propachtování „*Sportovního centra Na Chobotě*“ a jeho následný provoz. Součástí smlouvy bylo i přesné znění budoucí pachtovní smlouvy. Zároveň se smlouvou o smlouvě budoucí uzavřeli též smlouvu o spolupráci při výstavbě centra. Následně se osoba zúčastněná na řízení obrátila na žalovaného s návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 250 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“) a s návrhem na uložení zákazu plnění této smlouvy dle § 254 ZZVZ.
- 2. Žalovaný rozhodnutím ze dne 6. 4. 2018, č. j. ÚOHS-S0477/2017/VZ-10163/2018/521/MŽi, uložil podle § 264 odst. 1 ve spojení s § 254 odst. 1 písm. a) ZZVZ zákaz plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, neboť dospěl k závěru, že se jednalo o smlouvu o koncesi ve smyslu § 174 odst. 3 ZZVZ, jejímž předmětem jsou služby spočívající v zajištění provozu sportovního centra, a proto měl žalobce a) povinnosti ji zadat v zadávacím řízení, ale k jejímu uzavření došlo mimo něj, tedy mimo režim ZZVZ. Zároveň mu byla uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
- 3. Napadeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozklady obou žalobců zamítl a rozhodnutí správního orgánu I. stupně potvrdil.

II. Obsah žalob

- 4. Žalobce a) v podané žalobě namítl nesprávné právní posouzení věci, dle něj se nejedná o koncesi na služby, resp. smíšenou veřejnou zakázku dle § 32 ZZVZ a spolu s tím namítal nesprávné vyhodnocení skutkového stavu, způsobené chybnou aplikací ustanovení ZZVZ. Argumentace žalobce b) byla obdobná. Není jasné, z čeho žalovaný ve smlouvě o smlouvě budoucí pachtovní vyvozuje poskytování služeb. Podstatou smlouvy je provoz propachtované věci, z rozsahu funkčních součástí sportovního centra a z konzultačních služeb v souvislosti s dokončením stavby nevyplývá, jaké konkrétní služby by měly být provozovány. Provoz centra je obecný pojem, neobsahuje vymezení konkrétních činností, které by byl žalobce b) povinen poskytovat. V daném případě se jedná o čistý pacht, který není koncesí, neobsahuje prvky jiného smluvního vztahu. Nejsou vymezeny konkrétní služby, je pouze rozvedena zákonná povinnost věc užívat, žalobce a) by porušil povinnost řádného hospodáře, kdyby nestanovil žádné podmínky. Ostatně další povinnosti pachtýře jsou obsaženy přímo v zákoně. Žalovaný nesprávně vyhodnotil, že se jedná o závazek k poskytování služeb. Závazek věc užívat, tedy provozovat sportovní centrum je integrální součástí institutu pachtu a povinností pachtýře, jelikož neužívání by mělo horší následky než požívání. Běžně se v pachtovních smlouvách proto objevuje povinnost provozovat předmět pachtu, nenechat jej ladem.

5. Dle žalobců nejsou naplněny znaky koncese, tedy poptávání služeb po společnosti Infinit s.r.o. a poskytnutí úplaty za tyto služby. Tvrdí, že žádné služby neobjednali, pachtem žalobci b) jen umožnili provozování jeho podnikatelské činnosti. Je přitom irelevantní, zda sportovní centrum bylo teprve ve výstavbě nebo by bylo již nějakou dobu v provozu. Odmítají, že by mělo být přizpůsobeno požadavkům žalobce b), jeho konzultace byly bezplatné. Podnikatelská činnost není službou a plody získané pachtýřem [žalobcem b)] nelze považovat za úplatu, neboť právo brát užitky je základní náležitostí pachtu. Žalobce a) tedy neposkytuje žádnou úplatu, naopak mu žalobce b) platí pachtovné. Peněžní tok od dodavatele k zadavateli není koncese.
6. Závěr o údajné smíšené zakázce považují žalobci za absurdní, zisk z poskytovaného plnění je již podstatou pachtu, nikoliv toho 2. závazku. Žalovaný neuvedl, jaké protiplnění má u 2. závazku žalobce b) obdržet, plnění dostává z čistého pachtu, který jak sám žalovaný uvedl, není veřejnou zakázkou. Navíc hodnota veřejné zakázky by tím pádem musela být nulová, neboť veškeré příjmy inkasuje žalobce b) jako pachtýř, u druhého závazku již nic není. V takovém případě by se jednalo o koncesi malého rozsahu, pro kterou platí výjimka. Žalovaný však vycházel z odhadu tržeb zadavatele ze studie proveditelnosti, aniž by hodnotil různé náklady, navíc často bývají tyto provoz ve ztrátě. Vzhledem k nabídkám ostatních uchazečů je ovšem zjevné, že takový obrat nelze čekat.
7. Pokud však žalovaný tvrdí, že jde o veřejnou zakázku, měl aplikovat výjimku z povinnosti zadat ji v zadávacím řízení dle § 29 písm. h) ZZVZ, neboť ta se vztahuje na pacht jako celek, tedy nejen když je zadavatel pachtýřem, ale i když je propachtovatelem. Žalovaný výjimku vykládá účelově, tvrdí-li, že jde užít jen u čistého pachtu. Ostatně i zde se jedná o čistý pacht, který žalovaný řadí mimo působnost zákona. Žalobci přitom též poukazovali, že závěry žalovaného jsou v rozporu s unijním právem a požadovali proto užití výkladu, který bude v souladu s právem EU, a sice že pacht se nepovažuje za koncesi, neboť v daném případě, jak opakovaně tvrdí, není požadováno zajištění služeb.
8. Žalobci dále brojili proti aktivní legitimaci společnosti Saunia, s.r.o. k podání návrhu dle § 251 ZZVZ. Navrhovateli nemohla vzniknout žádná újma, musel by prokázat zájem na získání veřejné zakázky, nesmí totiž jít pouze o újmu hypotetickou. Jeho návrh považují za ryze účelový, neboť ve výběrovém řízení by stejně nemohl uspět, jelikož má oprávnění jen na saunový provoz. Žalovaný pochybil, neboť se reálnou možností jeho účasti nezabýval, kdyby tak učinil, dospěl by k zamítnutí návrhu.
9. Žalovaný zasáhl do práva na legitimní očekávání, přičemž odchylku od jiných případů, kdy shledal, že u nájmu nejde o veřejné zakázky (koncese na služby) nijak neodůvodnil, pouze obecně konstatoval, že se jedná o odlišný skutkový stav. V podstatě se však odchýlil od ustálené správní praxe a zavádí novou, neboť dosud za 10 let účinnosti zákona se ani jedna koncese netýkala pachtu a nájmu.
10. Dále žalobci namítali, že nelze § 264 ZZVZ aplikovat na smlouvu o smlouvě budoucí, neboť ta pouze předpokládá nějaký postup, nelze ji přirovnávat k rámcové dohodě a rozšiřovat pravidla na základě analogie. Samotný závazek obsahuje totiž až pachtovní smlouva, tedy až ta by případně mohla být veřejnou zakázkou a až na ni by šlo vztáhnout zákaz plnění. Předmětem hodnocení nemá být postup při uzavření smlouvy o smlouvě budoucí. Žalobci mají rovněž za to, že došlo k překročení věcného vymezení přezkumu, neboť žalovaný rozšířil předmět řízení i na smlouvu o spolupráci, kterou posuzoval, ačkoliv navrhovatel zákaz jejího plnění nepožadoval.

11. Žalobce b) poukazoval, že byl vybrán v řádném výběrovém řízení, a sice ve veřejné soutěži o nejvhodnější nabídku. V souvislosti s tím již učinil přípravy na očekávané plnění, a proto mu zákazem plnění smlouvy vznikne škoda a újma v podobě ušlého zisku.
12. Žalobci závěrem navrhli, aby soud napadené rozhodnutí, jakož i rozhodnutí správního orgánu I. stupně, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

13. Žalovaný navrhuje podané žaloby zamítnout, jelikož vznesené námitky považuje za nedůvodné. Ve vyjádřeních k žalobám podrobně argumentuje ke každému žalobnímu bodu, přičemž v podrobnostech odkazuje na napadené rozhodnutí, jakož i na prvostupňové rozhodnutí, jelikož se jedná o námitky, které již vypořádal v odůvodnění rozhodnutí. Naplněním podmínek veřejné zakázky - koncese na služby se detailně zabýval a popsal, v čem spatřuje závazek poskytovat služby v dané věci, všechny námitky řádně vypořádal. Na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

IV. Osoba zúčastněná na řízení a replika žalobce a)

14. Společnost Saunia, s.r.o. (navrhovatel uložení zakazu plnění smlouvy) vyjádřila v rámci řízení svůj zájem uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení. Byla účastníkem řízení, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí, které je nyní předmětem přezkumu. Navrhla spojení obou žalob ke společnému projednání.
15. Žalobce a) reagoval na vyjádření žalovaného replikou ze dne 7. 3. 2019, v níž setrval na své argumentaci uplatněné v žalobě, kterou dále rozvedl, přičemž v podstatě zopakoval své závěry. Poukázal přitom na rozpornost a zjevnou protichůdnost, kterou spatřuje v argumentech žalovaného. Uvedl, že důvody zřízení centra na své náklady jsou pro posouzení věci vedlejší.
16. Usnesením ze dne 27. 6. 2019 krajský soud spojil žalobu vedenou pod sp. zn. 30 Af 88/2018 ke společnému projednání a rozhodnutí s žalobou vedenou pod sp. zn. 30 Af 89/2018, dále jsou vedeny pod první spisovou značkou.

V. Jednání před soudem

17. Ve věci proběhlo dne 21. 1. 2021 na žádost žalobců ústní jednání před soudem. V rámci něj účastníci setrvali na svých dosavadních procesních stanoviscích a shrnuli stěžejní body své argumentace. Bylo provedeno dokazování dřívějšími rozhodnutími žalovaného. Soud k návrhu účastníků provedl důkaz rozhodnutími žalovaného ze dne 29. 3. 2005, č. j. VZ/S18/05-153/1498/05-Va, ze dne 5. 1. 2017, č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-00709/2017/521/OPI, včetně navazujícího druhostupňového rozhodnutí ze dne 28. 3. 2017 a rozhodnutím žalovaného ze dne 25. 11. 2013, č. j. ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/Lko, včetně navazujícího rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 8. 12. 2014.

VI. Posouzení věci krajským soudem

18. Žaloby byly podány včas [§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb. soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“)], osobami k tomu oprávněnými a jedná se o žaloby přípustné. Při přezkoumání žalobami napadeného rozhodnutí vycházel soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu.

19. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti, a dospěl k závěru, že žaloby **nejsou důvodné**.
20. Stěžejní otázkou v projednávané věci je posouzení, zda smlouva o smlouvě budoucí pachtovní představuje plnění koncese na služby nebo jde jen o soukromoprávní vztah – pacht, při jehož zadání nebyl zadavatel povinen postupovat dle ZZVZ. Rozhodné tedy především je, zda lze z obsahu smlouvy dovodit závazek v poskytování služeb.
21. Podle § 2 odst. 1 ZZVZ se zadáním veřejné zakázky rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele mj. poskytnout služby. Dle § 14 odst. 2 citovaného zákona veřejnou zakázkou na služby je zakázka, jejímž předmětem je poskytování jiných činností než stavebních prací. Jde o tzv. koncese na služby, spočívající v uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel zadá poskytnutí jiných činností než stavebních prací dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb (174 odst. 3 ZZVZ, odst. 4 pak blíže vymezuje přenos provozního rizika).
22. Charakteristikou veřejné zakázky je úplatnost a poskytnutí plnění – služeb, kdy zadavatel platí za poskytnuté služby a dodavatel je zavázán tyto služby dodat. Úplata přitom nemusí probíhat jen prostřednictvím peněz, může být realizována jinou formou, například zadavatel platí tím, že se vzdává potenciálních příjmů nebo dochází k zápočtům plnění obou smluvních stran. V případě koncese na služby úplata dle zákona spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb.
23. Formální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, stejně jako jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva, tu není rozhodující. Neexistuje žádná typová smlouva na veřejnou zakázku, ale k uzavírání veřejných zakázek jsou využívány různé smluvní typy. Naplnění znaků veřejné zakázky může být založeno i kombinací několika soukromoprávních úkonů (několika typů smluv). Povahu daného smluvního vztahu je proto potřeba posuzovat v každém jednotlivém případě individuálně se zohledněním všech aspektů, které z dohodnuté formy spolupráce podle uzavřené smlouvy mají plynout. K tomu viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2013, č. j. 62 Af 35/2012-48 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2010, č. j. 8 Afs 60/2009-78.
24. Právě i v tomto případě si nelze vystačit s tvrzením, že se jedná čistě o pachtovní smlouvu, nikoliv o veřejnou zakázku. Naplnění znaků pachtu dle občanského zákoníku ještě nemusí znamenat, že nejde o veřejnou zakázku. Právě přímo vyjádření úplaty u koncese na služby se překrývá s právem pachtýře v pachtu (právo v braní užitků). Je proto potřeba smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní (dále jen smlouva), jež přímo obsahuje přesné znění pachtovní smlouvy, podrobit hlubšímu zkoumání a posoudit, zda naplňuje znaky veřejné zakázky. Pokud by naplněny nebyly, pak by se jednalo pouze o pachtovní smlouvu, tzv. čistý pacht, na nějž by se znění ZZVZ nevztahovalo. Žalovaný takové posouzení řádně učinil a dospěl k závěru, že se o čistý pacht nejedná, neboť smlouva navíc obsahuje zadání poskytování služeb. Krajský soud se s tímto závěrem ztotožňuje.
25. Závazek poskytování služeb je jednoznačně odvoditelný jak ze znění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní (stěžejní pasáže citovány v bodech 156 až 168 rozhodnutí I. stupně), tak ze smlouvy o spolupráci, která s ní úzce souvisí (body 169 až 172 téhož), dále i z

vyhlášení podmínek veřejné soutěže (body 147 až 155 téhož) a z vítězného podnikatelského záměru (součást správního spisu). Krajský soud nesouhlasí s žalobci, že závazek k poskytování služeb není ve smlouvě dostatečně specifikován. Provoz sportovního centra je sice vymezen obecně, nikoliv však neurčitě, jelikož je značně determinován jednotlivými sportovišti a vybavením centra, které se dle bodu 7.1. části II. smlouvy dodavatel zavázal celoročně provozovat jako celek, tedy zajistit poskytování všech souvisejících služeb veřejnosti spočívající v možnosti využívat za stanovené ceny všechny součásti centra specifikované v bodu 1. části I. smlouvy a v bodu 1.1. části II. smlouvy. Je přitom zřejmé, jakému účelu by které části měly sloužit (krytý bazén, sportovní hala, hřiště na tenis a beachvolejbal, atd.). Rozsah a způsob provozování areálu určuje též podnikatelský záměr, který je neoddělitelnou součástí smlouvy (viz bod 7.2. části II. smlouvy). Dodavatel je tímto přitom vázán, za nedodržení jeho povinností mu hrozí vysoké sankce, jak plyne z bodu X. Sankce části II. smlouvy.

26. Nutno přihlédnout též k samotným podmínkám vyhlášení veřejné soutěže. Například z bodu 6.3 podmínek plyne, že účelem pachtu, je podpora zdraví a posílení rozvoje zdravého životního stylu a prevence rizikového chování. Proto je třeba naplnit poslání celého komplexu, zvýšení nabídky služeb pro občany. Zadavatel chce zajistit poskytování služeb veřejnosti. Důkazem toho jsou též kritéria výběru dodavatele, přičemž nebyla posuzována pouze výše pachtovného, ale byl kladen též důraz na kvalitativní hledisko poskytování služeb (rozsah poskytovaných služeb a jejich cena, podpora zájmu mládeže o sport, délka provozní doby). Jak je uvedeno výše, je podnikatelským záměrem dodavatel vázán, za jeho nedodržení hrozí sankce. Hlavním účelem jednání zadavatele tedy je zajištění služeb sportovního centra pro veřejnost. Nadto se dodavatel zavázal k vybavení fitness centra, hotelu, restaurace, atd.
27. Namítal-li žalobce a), že pouze umožnil žalobci b) provozování podnikatelské činnosti, nelze s ním souhlasit. Žalobce b) totiž neměl ve svém podnikání tzv. volnou ruku, ale byl svázán podnikatelským záměrem předloženým ve veřejné soutěži. Ze smlouvy bodu 7.3. části II. rovněž vyplývá, že nemohl sám zvyšovat ceny pro klienty za využívání jednotlivých částí centra, měl na to vliv žalobce a). Všechny tyto skutečnosti nahrávají závěru, že nešlo o čistý pacht, ale dodavatel se zavázal poskytovat pro zadavatele služby spočívající v provozu sportovního centra dle stanovených podmínek. Rovněž skutečnost, že byl dodavatel přizván ke spolupráci při výstavbě centra, svědčí o tom, že záměrem zadavatele bylo zajištění poskytování služeb v požadovaném rozsahu a kvalitě, přičemž centrum bylo z části uzpůsobeno požadavkům dodavatele, aby co nejlépe vyhovělo schválenému podnikatelskému záměru. Nelze proto přisvědčit žalobci a), že by šlo o ochranu majetku, že chtěl zajistit jen jeho užívání, aby nezůstal ladem a nechátral. Je zjevné, že nehledal dodavatele pro stávající centrum, ale naopak centrum teprve budoval tak, aby bylo schopno zajistit požadované služby. Je přitom irelevantní, že spolupráce při výstavbě probíhala bezplatně. Budoucí přínos pro dodavatele lze spatřit v tom, že centrum bude vybudováno tak, aby zajistilo maximální efektivitu jeho podnikání.
28. Z výše uvedeného vyplývá závazek provozovat sportovní centrum takovým způsobem, aby došlo k poskytování služeb odpovídajícím jeho funkčním součástem za konkrétní stanovené ceny, případně upravené se souhlasem žalobce a) jako zadavatele, a to pod sankcí vysoké smluvní pokuty a možného ukončení budoucí pachtovní smlouvy. Žalovaný tedy dospěl ke správnému závěru, že se jedná o veřejnou zakázku, v jejímž případě, je třeba postupovat dle ZZVZ.

29. Aby se jednalo o koncesi na služby, musí být kromě závazku poskytovat služby splněny též další definiční znaky, a sice úplatnost smlouvy a přenos provozního rizika. Dle krajského soudu jsou rovněž tyto znaky splněny. Úplata zadavatele za poskytování služeb (provoz sportovního centra) spočívá především v braní užitků vyplývajících z poskytování služeb tedy z tohoto provozu. Je tak poskytována nepřímo, jedná se o příjmy dodavatele získané od návštěvníků centra za jeho užívání - vstupné či pronájem částí areálu. Určitou úplatou je též dodání-přenechání nově zbudovaného sportovního centra, které dodavateli pro plnění koncese poskytne zadavatel. Tuto položku (hodnotu centra) by byl zadavatel povinen ve smyslu § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ zahrnout do předpokládané hodnoty koncese. Skutečnost, že dodavatel bude zadavateli za to hradit pachtovné ve výši 7 500 000 Kč ročně, pouze snižuje hodnotu této koncese. Je to kompenzace za využívání nově zbudovaného centra velké ekonomické hodnoty. Investiční náklady na výstavbu značně převyšují hodnotu pachtovného. Dodavatel tak od zadavatele v podstatě obdrží úplatu ve výši přesahující výši pachtovného (lze očekávat vyšší tržby, než činí pachtovné). Přenos podnikatelského rizika pak plyne ze smlouvy jako takové. Vzhledem k tomu, že v ní nejsou ujednány např. způsoby kompenzace výpadku příjmů dodavatele např. z důvodu nízké návštěvnosti centra, tedy garance kompenzace výpadků, jako sleva na pachtovném či přímá úhrada, jde o přímé riziko jen a jen za ním. Ve svém nakládání je navíc jak již zmíněno omezen nemožností zvýšení cen bez souhlasu zadavatele. Dodavatel tedy nese riziko výkyvů v získaných plodech a užitcích, přičemž od zadavatele neobdrží žádnou pevnou platbu. Návratnost jeho investic (např. vybavení fitness centra a další) a dalších nákladů vzniklých v souvislosti s poskytováním služeb (např. energie, platy zaměstnanců) je nejistá. Bude ovlivňována výkyvy trhu a též poptávkou, návštěvností a dalšími faktory. Přenos provozního rizika je zřetelný. Krajský soud má proto znaky koncese za naplněné.
30. Je zjevné, že se jedná o koncesi na služby jako veřejnou zakázku, kdy zadavatel požaduje zajištění služeb v podobě provozu sportovního centra. Zároveň s tím se však prolíná další závazkový vztah v podobě pachtu, kdy zadavatel je propachtovatelem a přenechává sportovní centrum pachtýři (dodavateli), který mu za to bude hradit nájemné. Vzhledem k tomu tak nutno dospět k závěru, že se jedná o smíšenou zakázku ve smyslu § 32 ZZVZ. Jednotlivé části této smíšené zakázky jsou přitom neoddělitelné. Jelikož zakázka je navázána na provoz v konkrétním areálu, nejedná se o zajištění služeb v jiných prostorách. Pacht konkrétního sportovního centra je tedy pro veřejnou zakázku stěžejní. Rovněž již z nastavení podmínek ve veřejné soutěži plyne neoddělitelnost závazků. Zadavatel je povinen smíšenou zakázku zadat jako celek v zadávacím řízení.
31. V daném případě totiž nelze aplikovat výjimku dle § 29 písm. h) ZZVZ z povinnosti zadavatele zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, je-li jejím předmětem nabytí, nájem nebo pacht existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv. K tomu nutno předznamenat, že současné znění výjimky vychází z § 18 odst. 1 písm. d) předchozího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Komentář ASPI k tomuto ustanovení uvádí: „*Tuto výjimku je oprávněn využít zadavatel, který poptává již existující nemovitost za účelem její koupě či nájmu. Výjimka se naopak nevztahuje na případy, kdy se zadavatel ocitne v opačné pozici, tedy v pozici prodávajícího či pronajímatele dotčené nemovitosti, jelikož se nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu Zákona, neboť na straně zadavatele není dána úplatnost.*“ To potvrzuje správnost závěrů žalovaného, že nejsou splněny předpoklady pro uplatnění výjimky, jelikož zadavatel je propachtovatelem a poskytuje plnění (areál sportovního centra) dodavateli. Jinými slovy, nejde o veřejnou zakázku v situaci, kdy

v pozici poskytovatele úplatného plnění – areálu je zadavatel, výjimka se proto neuplatní. Jak již bylo uvedeno dříve, veřejná zakázka nebyla shledána v propachtování areálu, ale v poskytování služeb. Výjimka se přitom týká veřejných zakázek, nikoliv závazkových vztahů, které nespádají do působnosti zákona. Aplikace výjimky proto nepřichází v úvahu. Stanovená výjimka by se dala použít jen v případě čistého pachtu, kdy zadavatel je pachtýřem, tedy v situacích, pokud by zadavatel poptával pořízení věci a sám hradil pachtovné. V dané věci je to však zcela opačně, zadavatel nepořizuje věc, ale poskytuje ji a dodavatel za to platí. Pro veřejnou zakázku je však rozhodující skutečnost, že platí zadavatel. V případě, že zadavatel poskytuje plnění (prodává, pronajímá) a sám je příjemcem úhrady (pachtovného), není uzavření takové smlouvy již zadáním veřejné zakázky. Nutno opět připomenout, že v dané věci nešlo pouze o čistý pacht, který není veřejnou zakázkou, kdy zadavatel je propachtovatelem, ale jedná se vlastně o speciální smlouvu, neboť obsahovala ještě závazek poskytovat služby, právě proto byla veřejná zakázka dovozena. Jednalo se o smíšenou zakázku, která měla být zadána v zadávacím řízení.

32. Soud ve stručnosti dodává, že v daném případě nelze uplatnit ani výjimku dle § 178 ZZVZ pro koncese malého rozsahu nepřesahující hodnotu 20 miliónů Kč. Zadavatel sice řízení nezahájil, tudíž nestanovil ani hodnotu koncese. Při jejím výpočtu je však třeba uvažovat celkový obrat za dobu jejího trvání, dle studie proveditelnosti jsou tržby žalobcem b) odhadovány na více než 31 mil Kč v prvním roce provozu, následně pak na cca 42 mil Kč ročně v dalších letech. I bez přihlédnutí k očekávaným tržbám, již ze samotné výše pachtovného je překročení hranice 20 milionů Kč patrné (viz bod 239 a násl. odůvodnění prvostupňového rozhodnutí - do hodnoty se započítává i výše pachtovného). Při pachtovném ve výši 7,5 mil ročně se za 15 let trvání pachtu jedná o 112,5 mil Kč. Vezmeme-li v úvahu nabídky pachtovného ostatních soutěžitelů, které v průměru činily 1,62 mil Kč ročně (pohybovaly se mezi 1,2 až 2,04 mil), jedná se za 15 let o částku 24,3 milionů Kč. Překročení hranice je tedy znatelné. Podrobněji se tímto není třeba blíže zabývat, neboť povinnost prokázat použití výjimky má zadavatel, ten v tomto směru nic konkrétního nenamítal.
33. S námitkou rozporu s právem Evropské unie se krajský soud neztotožnil. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU, o udělování koncesí ze dne 26. 2. 2013 sice stanovuje výjimku pro určité dohody jako je nájem, ovšem jen za předpokladu, že zadavatel stanoví pouze obecné podmínky užívání bez zajišťování konkrétních stavebních prací a služeb (viz bod 15 směrnice). Jak soud již rozebral výše, v dané věci bylo zajišťování služeb shledáno. Závěry žalovaného proto koncesní směrnicí neodporují.
34. K problematice aktivní legitimace k podání návrhu v těchto věcech se Nejvyšší správní soud vyjádřil tak, že přezkumné řízení zahájené podle § 114 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách musí být dostupné co nejširšímu okruhu navrhovatelů. Prostředkem k dosažení tohoto cíle je co nejméně restriktivní a maximálně benevolentní výklad hrozící nebo vzniklé újmy navrhovatele (viz rozsudek ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013-272, publ. pod č. 3142/2015 Sb. NSS). Od tam vyslovených závěrů bez ohledu na to, že se vztahují k předchozí právní úpravě, nemá zdejší soud žádný důvod se odchýlovat a jsou plně aplikovatelné na řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 249 až 267 ZZVZ. Při extenzivním charakteru posuzování návrhové legitimace se zvyšuje role pouhé potenciality splnění podmínek ve vztahu k definici navrhovatele.

35. Z hlediska aktivní legitimace nepokládá zdejší soud za nutné, aby navrhovatel již přímo prokázal konkrétní zájem na získání zakázky. Není povinen prokazovat, že je schopen poptávané plnění reálně poskytnout. V duchu výše uvedeného postačí, ztratil-li navrhovatel minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Navrhovatel musí mít alespoň potenciální schopnosti poskytnout poptávané služby. Na druhou stranu o zájmu zakázku získat a o potenciálních schopnostech nelze hovořit v situaci, pokud by navrhovatel nebyl vůbec oprávněn zakázku získat, např. by nedisponoval potřebným živnostenským oprávněním. Těmto závěrům vyšel předseda žalovaného při svém rozhodování vstříc. Aktivní legitimací společnosti Saunia, s.r.o. se zabýval v bodech 185. – 197. napadeného rozhodnutí. Žalovaný vycházel z tvrzení navrhovatele, který spatřoval újmu v podobě odepření možnosti účastnit se zadávacího řízení a stát se případně vybraným dodavatelem. Z veřejně dostupných údajů v rejstříku bylo zjištěno, že v případě navrhovatele nelze dojít k závěru o zjevné nezpůsobilosti zakázku plnit. Jeho předmětem podnikání je totiž výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona je hostinská činnost. Soud tak shledal potenciální možnost navrhovatele zakázku plnit (provozovat sportovní centrum). V tomto ohledu je zároveň irelevantní, pokud se tento navrhovatel dosud neúčastnil obdobných veřejných zakázek v oblasti provozování sportovních center. Soud proto námitku žalobců stran nedostatečné aktivní legitimace odmítá. Za daných okolností (při postupu mimo ZZVZ) nelze v této chvíli hodnotit, zda by se skutečně navrhovatel stal vybraným dodavatelem. Hodnocení splnění podmínek konkrétního zadání zakázky nastane až v rámci zadávacího řízení, které však nebylo v této věci vůbec zahájeno. Nyní postačí pouze hypotetická možnost.
36. Co se týče povahy závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí, soud souhlasí s žalobci v tom směru, že samotný závazek poskytovat služby obsahuje sice pachtovní smlouva, nesouhlasí však, že by nebylo možné vztáhnout zákaz plnění na smlouvu o smlouvě budoucí, neboť již ta přímo obsahuje zcela závazné konkrétní znění budoucí pachtovní smlouvy, od kterého se smluvní strany nemohou odchýlit. To, že se předpokládá uzavření pachtovní smlouvy teprve v budoucnu, neznamená, že tato smlouva o smlouvě budoucí nenaplnila znaky veřejné zakázky na poskytování služeb. Obsah závazku byl stanoven již ve smlouvě o smlouvě budoucí (včleněním pachtovní smlouvy). Ostatně již výše v tomto odůvodnění soud shledal závazek v poskytování služeb. Za podstatné je třeba považovat to, že již přímo znění smlouvy o smlouvě budoucí neumožňuje se od této smlouvy odchýlit, tedy zavazuje strany k povinnosti uzavřít smlouvu pachtovní v konkrétním znění. Jinými slovy již na základě smlouvy o smlouvě budoucí není možné, aby provozování sportovního centra bylo fakticky ve prospěch žalobce realizováno jiným dodavatelem, než který plynul ze smlouvy o smlouvě budoucí. Pro samotné zajištění provozování sportovního centra se již nepředpokládala realizace žádného zadávacího řízení. K faktickému zadání veřejné zakázky tedy došlo již smlouvou o smlouvě budoucí. Proto ani skutečnost, že smlouva o smlouvě budoucí předpokládala uskutečnění ještě dalšího navazujícího soukromoprávního úkonu (uzavření pachtovní smlouvy), není pro posouzení věci podstatná. Smlouvu o smlouvě budoucí z výše uvedených důvodů proto nelze považovat jen za postup zadavatele směřující k zadání zakázky mimo zadávací řízení. Žalovaný tak správně postupoval dle § 264 ZZVZ a uložil zákaz plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, jelikož již došlo k jejímu uzavření (viz § 250 odst. 2 ZZVZ).
37. Úvaha žalobců o překročení věcného vymezení přezkumu je mylná. Žalovaný nerozšířil předmět řízení (o návrhu na zákaz plnění smlouvy) o smlouvu o spolupráci. Neposuzoval soulad smlouvy o spolupráci se zákonem, nýbrž se zabýval jejím obsahem z hlediska

zákonnosti postupu dodavatele při uzavření smlouvy o smlouvě budoucí. Tedy zabýval se jí při posuzování dané věci jako celku, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoliv. Naopak, pokud by se všemi souvisejícími listinami nezabýval a hodnotil by situaci bez ohledu na všechny skutečnosti, zatížil by tím své rozhodnutí vadou. V postupu žalovaného nelze spatřit žádné pochybení, poukázal-li na smlouvu o spolupráci na podporu své argumentace ohledně záměru zadavatele zadat koncesi na poskytnutí služeb (provoz sportovního centra).

38. Ohledně námitky odchýlení se od ustálené správní praxe krajský soud připouští, že žalovaný mohl své závěry podrobněji odůvodnit. Na druhou stranu nelze po žalovaném požadovat, aby detailně vypisoval odchylky dané věci od předchozích věcí, které kdy v minulosti rozhodoval. Nicméně z jeho stručného zdůvodnění je patrné, proč neshledal nutnost postupovat v této věci podobně jako ve zmíněných případech. Důvodem byly skutkové odlišnosti případů, neboť v nich nebyly dovozeny závazky k poskytování služeb zadavateli, zatímco v této věci tento závazek shledal, jak podrobně odůvodnil ve svém rozhodnutí. Krajský soud se předmětnými rozhodnutími zabýval, přičemž dává žalovanému za pravdu a nesouhlasí s žalobci, že by se jednalo o skutkově obdobné případy.
39. V první věci (rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 3. 2005, č. j. VZ/S18/05-153/1498/05-Va) pronajímatel přenechal na základě smlouvy o nájmu podnik nájemci, aby jej pod svou firmou, na svůj náklad a nebezpečí samostatně provozoval a řídil a bral z něj užitky. Předmětem uzavřené smlouvy nebyl požadavek na zajištění jakýchkoli dodávek či služeb. Pronajímatel neměl povinnost vynakládat žádné plnění pro nájemce. Jednalo se tedy o tzv. čistý nájem, bez závazku poskytovat služby, neboť naopak docházelo k příjmu finančních prostředků od pronajímatele. Úplata ve směru od zadavatele zde nebyla. To potvrzuje závěr, že v případě čistého nájmu nejde o veřejnou zakázku. V nyní projednávané věci však čistý pacht shledán nebyl, ale šlo o smíšenou zakázku (obsahovala závazek poskytovat služby - viz výše). Druhá žalobcem a) poukazovaná věc (zadavatel město Železná Ruda, navrhovatel TRAVEL FREE, prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 1. 2017, č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-00709/2017/521/OPi) se od napadené odlišuje v tom, že v nájemní smlouvě na prostory občanské vybavenosti sice byl uveden účel pronájmu provozování podnikatelské činnosti – maloobchodní prodej zboží veřejnosti. Nebyly zde ale výslovně uvedeny konkrétní činnosti, které by nájemce musel v pronajatých prostorách provozovat. Pronajímatel tak definoval pouze podmínky, za kterých byl ochoten objekt přenechat do nájmu. Nikde ve smlouvě však nebyl obsažen závazek konkrétní činnosti, resp. služby provozovat (nebylo stanoveno, o prodej jakého zboží by se mělo jednat, např. pekárna, masna atd.). Uvedení typu obchodu v rámci příslušného smluvního ujednání tak znamená pouze jakýsi výčet možností nájemce. Rozhodně však nešlo o závazek poskytovat všechny tyto služby zde vymezené. Naopak mělo jít pouze o omezení na straně nájemce, aby objekt nebyl využit jiným než zde stanoveným způsobem, tedy aby v něm nebyly provozovány jiné činnosti. Oproti tomu v nyní projednávané věci nešlo o taxativní vymezení činností provozovaných nájemcem (pachtýřem), jež je zadavatel ochoten akceptovat, ale šlo o závazek sportovní centrum provozovat v celém rozsahu, tedy poskytovat veřejnosti možnost využívat všechna sportoviště a součásti centra. Zde se k tomu dodavatel přímo zavázal ve smlouvě, proto žalovaný shledal, že jde o veřejnou zakázku. Uzavřením koncesní smlouvy je majetek dáván do nájmu za určitým účelem, tedy pokud pronajímatel požaduje, aby nájemce něco zajistil. V nyní projednávané věci požadoval zajistit provoz sportovního centra. Oproti

tomu nájemní smlouva obecně zajišťuje využití dočasně nepotřebného majetku třetí osobou (byť s určitými omezeními stanovenými pronajímatelem), jako tomu bylo ve věci objektu občanské vybavenosti, závazek k poskytování služeb zde shledán nebyl.

40. Z odlišného skutkového stavu jistě nelze legitimně usuzovat ustálenou rozhodovací praxi. Žalobci nemohli být v dobré víře a legitimně očekávat, že se na daný případ (smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní) ZZVZ neuplatní. Ostatně ani ze dvou shora uvedených případů, kdy v případě nájemní smlouvy nebyla shledána koncese, nelze usuzovat na ustálenou praxi. Jak vyplývá z již zmíněného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 60/2009-78, automaticky usuzovat o vynětí určitých smluvních vztahů (pacht, nájem) z působnosti ZZVZ nelze, podstatné je hodnotit skutečný obsah smluvního vztahu, nikoliv vycházet z podřazení pod určitý smluvní typ. Takový přístup závislý jen na formální stránce by totiž umožnil zadavatelům obcházet právní úpravu, jejímž účelem je zajištění transparentního a řádného nakládání s veřejnými prostředky a vytváření předpokladů pro řádné soutěžní prostředí. Právě dosavadní správní praxe žalovaného je důkazem, že se při posuzování veřejných zakázek zabývá konkrétními skutečnostmi dané věci individuálně bez zobecňování a zohledňuje všechny aspekty, které z uzavřených smluvních vztahů plynou. Vedle případů, kdy u nájmu nešlo o koncesi, existují též případy, kdy žalovaný dospěl k závěru, že nájemní smlouva může splňovat znaky koncesní smlouvy. Příkladem je rozhodnutí žalovaného ze dne 8. 12. 2014, č. j. ÚOHS-R409/2013/VZ-25973/2014/323/BRy a rozhodnutí jemu předcházející, týkající se smlouvy o nájmu rozvodného tepelného zařízení, která obsahovala závazek nájemce spravovat a provozovat rozvodné tepelné zařízení na vlastní podnikatelské riziko. Stejně jako v nyní projednávané věci zde bylo nájemci umožněno brát užitky vyplývající z poskytování služeb (z provozu rozvodného tepelného zařízení, tedy z dodávek tepla a TUV odběratelům) a zároveň hradit veškeré výdaje s provozem spojené, jakož i platit pronajímateli nájemné. Vzhledem k uvedenému nemohlo dojít k porušení zásady legitimního očekávání, námitka žalobců je proto nedůvodná.
41. Závěrem soud konstatuje, že námitka žalobce b) týkající se vzniklé škody a újmy v případě uložení zákazu plnění smlouvy v dané věci není relevantní. Vznik případné újmy sám o sobě není způsobilý vyvrátit závěr o porušení zákona. Byl-li snad žalobce b) dotčen na svých právech, pak pouze nezákonným postupem, který žalobce b) zvolil, nikoliv rozhodnutím žalovaného, které bylo následkem tohoto nezákonného postupu. K tomu soud pro úplnost podotýká, že důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování smlouvy ve smyslu § 264 odst. 3 ZZVZ nebyly prokázány, ostatně tento postup ani nebyl navrhován.
42. K námitce nedostatečného vypořádání se s některými námitkami krajský soud uvádí, že úkolem žalovaného není obsáhle vyvracet každé tvrzení, ale vypořádat se srozumitelně s obsahem a smyslem argumentace odvolatelů. Podstatné je, aby se ve svém rozhodnutí zabýval všemi základními námitkami, což může konzumovat i vypořádání dílčích a souvisejících námitek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008-130, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2010, č. j. 5 Afs 25/2009-98 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 4. 2014, č. j. 7 Afs 85/2013-33). Je tedy možné se spokojit i s akceptací odpovědi implicitních. Povinnost odůvodnit rozhodnutí nemůže být chápána tak, že vyžaduje podrobnou odpověď na každý argument účastníků řízení (srov. obdobně například nálezy Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2012, sp. zn. IV. ÚS 3441/11). Krajský soud má za to, že žalovaný

adekvátně reagoval na stěžejní námitky žalobců, žádnou z nich nevynechal a řádně se vypořádal s obsahem argumentace žalobců jako celku. Z rozhodnutí je rovněž patrné, jaký skutkový stav vzal žalovaný za rozhodný, jak uvážil o pro věc podstatných skutečnostech, resp. jakým způsobem rozhodné skutečnosti posoudil. O nepřezkoumatelnost rozhodnutí se proto nejedná.

VII. Závěr a náklady řízení

43. Krajský soud na základě všech výše uvedených skutečností a úvah neshledal žaloby důvodné, a proto je podle ustanovení § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
44. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., dle něhož platí, že 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. Žalobci ve věci úspěch neměli (žaloby byly jako nedůvodné zamítnuty), a proto nemají právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.
45. Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení vychází z ust. § 60 odst. 5 s. ř. s. V dané věci soud osobě zúčastněné na řízení neuložil žádnou povinnost. Neshledal rovněž důvody hodné zvláštního zřetele pro přiznání práva na náhradu jejích dalších nákladů řízení.

Poučení:

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 právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 28. ledna 2021

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu