



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Vojtěcha Šimíčka (soudce zpravodaj), soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Ondřeje Mrákoty v právní věci žalobce: **město Vyšší Brod**, Míru 250, Vyšší Brod, zastoupeného advokátem JUDr. Michalem Šilhánkem, Tučapy 240, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, třída Kapitána Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 31. 5. 2024, čj. ÚOHS-21802/2024/161, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 3. 2025, čj. 62 Af 25/2024-164,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

1. Vymezení věci

[1] Žalobce jako zadavatel uzavřel se společností KOMTERM Čechy, s. r. o. (*dodavatel*) nedatovanou pachtovní smlouvu, jejímž předmětem byl pacht nebytových prostor a technologie nezbytné pro výrobu tepla, jež slouží k výrobě tepelné energie pro topení a ohřev vody (*pachtovní smlouva*). Dále s dodavatelem uzavřel nedatovanou smlouvu o dodávce tepla, jejímž předmětem byl závazek dodavatele dodávat žalobci teplo z tepelného zdroje a závazek žalobce platit dodavateli za dodávku tepelné energie kalkulovanou cenu (*smlouva o dodávce tepla*).

[2] Dne 27. 1. 2023 obdržel žalovaný podnět k prošetření postupu žalobce při uzavření obou smluv. Žalovaný proto zahájil přestupkové řízení a dne 4. 1. 2024 vydal příkaz, kterým žalobce shledal vinným ze spáchání přestupku pro nedodržení stanovených pravidel ve smyslu § 2 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (*zákon o zadávání veřejných zakázek*) a uložil mu pokutu ve výši 800 tis. Kč. Spáchaný přestupek měl spočívat v tom, že koncesi na provozování technologie určené k výrobě tepelné energie a dodávku

tepelné energie žalobce nezadal v koncesním řízení a pro její zadání nepoužil ani jiný druh zadávacího řízení podle § 55 téhož zákona. Proti tomuto příkazu podal žalobce rozklad, který předseda žalovaného zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil. Rozhodnutí předsedy žalovaného napadl žalobce u Krajského soudu v Brně, který žalobu zamítl.

2. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[3] Žalobce (*stěžovatel*) se proti rozsudku krajského soudu brání kasační stížností podle § 103 odst. 1 písm. a) a b) s. ř. s., tedy pro nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky a pro vady řízení spočívající v tom, že skutková podstata, z níž správní orgán v napadeném rozhodnutí vycházel, nemá oporu ve spisech.

[4] Stěžovatel má za to, že krajský soud nesprávně posoudil skutkový stav, nesprávně aplikoval a vyložil ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek a zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (*občanský zákoník*), čímž se dopustil nezákonnosti a zasáhl do autonomie vůle stran. Pochybení se žalovaný a následně krajský soud dopustili rovněž tím, že vyhodnotili, že stěžovatel byl povinen zadat smlouvu o dodávce tepla a smlouvu o pachtu v zadávacím řízení. Stěžovatel se však domnívá, že se nemohl dopustit přestupku ve smyslu § 2 odst. 3 ve spojení s § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť uzavřené smlouvy nenaplňovaly znaky koncese, nebyly uzavřeny na dobu neurčitou a předpokládaná hodnota plnění z těchto smluv nepřekračovala částku ve výši 20 mil. Kč bez DPH. Protože neporušil pravidla hospodářské soutěže a jeho jednání nelze považovat za škodlivé, nemohl naplnit materiální stránku přestupku.

[5] Stěžovatel je přesvědčen, že smlouva o pachtu a smlouva o dodávce tepla nenaplňují znaky koncese ve smyslu § 174 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek. Již ve správním řízení poukázal na skutečnost, že předmětem smluvního vztahu s dodavatelem byla dodávka tepla, nikoli údržba zdroje tepla, která byla s tímto plněním pouze spojena. Stěžovatel rovněž upozorňuje, že dodavatel provozoval zdroj tepla výlučně pro účely stěžovatele a neposkytoval službu žádné třetí osobě. Dodavatel nebyl vybrán za účelem dodávání tepla pro obecní bytové domy nebo veřejné budovy, a proto ani uzavřené smlouvy nemohou mít povahu koncese, u nichž zákon stanovuje povinnost zadávacího řízení. Krajský soud tak nesprávně posoudil, že *„takové plnění přitom nepochybně přesahuje rozsah veřejných zakázek na dodávky, jejichž předmětem je „pouhé“ pořízení konkrétní věci, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil dle § 14 odst. 1 ZZVZ.“*

[6] Stěžovatel připomíná, že plnění poskytované na základě uzavřených smluv zákon o zadávání veřejných zakázek označuje za činnost relevantní v oblasti teplárenství a poptávka tohoto plnění je podle stejného zákona vyňata z povinnosti provést zadávací řízení. Smlouva o dodávce tepla i smlouva o pachtu tak představují sektorovou veřejnou zakázku dle § 151 zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle § 159 písm. b) stejného zákona tak stěžovatel nebyl povinen zakázku zadat v zadávacím řízení.

[7] S ohledem na naplnění pojmových znaků koncese krajský soud pochybil zejména při posuzování přenesení provozního rizika na dodavatele. Podle stěžovatele dodavatel nenese žádné provozní riziko, neboť má podle uzavřených smluv právo veškeré náklady promítnout do ceny za dodávku vyrobené tepelné energie. Podle bodů 5.5, 6.8 a 6.9 smlouvy o pachtu je navíc zjevné, že veškeré neplánované a jiné náklady nese stěžovatel. Z bodu 6.10 stejné smlouvy se podává, že byl sjednán limit povinnosti dodavatele nést náklady na opravu a údržbu, a to ve výši 450 tis. Kč ročně. Stěžovatel dále poukazuje na svá předešlá tvrzení,

pokračování

a to, že smlouva o pachtu kotelny byla uzavřena pouze z důvodu, že dodavatel disponuje odbornými znalostmi k provozování technologie k výrobě tepla a má zajištěn přístup k nákupu paliv. Zároveň ale na dodavatele nebyla převedena taková práva k užívání a požívání tepelného zdroje, která by mu umožňovala činit vlastní podnikatelská a obchodní rozhodnutí (např. není oprávněn jakkoli ovlivnit faktický okruh odběratelů tepelné energie). Na dodavatele nebylo (a ani nemohlo být) přeneseno provozní riziko též z toho důvodu, že se stěžovatel zavázal odebírat veškerou vyrobenou tepelnou energii. Byl to tedy stěžovatel, kdo nesl podnikatelské riziko, zda koncoví odběratelé skutečně cenu tepelné energie uhradí.

[8] Stěžovatel nesouhlasí ani se závěrem krajského soudu, že odebírané teplo je vždy dáno odběrem připojených objektů a objem tepla vždy závisí na skutečném odběru. Jelikož se stěžovatel zavázal odebírat veškeré vyrobené teplo, dodavatel není závislý na tom, zda stěžovatel veškerou tepelnou energii prodá koncovým odběratelům. Krajský soud proto nemůže dovozovat další podmínky, na jejichž základě měl dodavatel tepelnou energii vyrábět. Podle bodu 4.6 je dodavatel sice oprávněn provést úpravu sjednaného množství energie pro následující rok, to však nemění nic na skutečnosti, že stěžovatel je povinen veškeré vyrobené teplo odebrat. Z uvedené argumentace je proto zjevné, že provozní riziko na dodavatele přeneseno nebylo.

[9] Krajský soud též nesprávně dovodil, že obě smlouvy byly uzavřeny na dobu neurčitou. K tomuto závěru dospěl v souvislosti s ujednáním v bodě 2.4 smlouvy o pachtu, podle které platí, že *„pokud jedna ze smluvních stran písemně nevypoví SMLOUVU nejpozději 2 měsíce před skončením její platnosti, prodlužuje se platnost SMLOUVY automaticky na dobu neurčitou.“* Stěžovatel má však za to, že smlouvy byly uzavřeny na dobu určitou s odkládací podmínkou, a to od 1. 1. 2023 do 31. 12. 2024, což ostatně vyplývá z bodu 2.3 stejné smlouvy. Podle § 548 odst. 1 občanského zákoníku platí, že vznik, zánik nebo změna práv může být vázána na splnění podmínky. Podle odst. 2 stejného zákona se o odkládací podmínku jedná tehdy, kdy právní následky nastanou až v závislosti na splnění této podmínky. Ujednání o automatické prolongaci proto představuje pouze odkládací podmínku.

[10] Stěžovatel je sice toho názoru, že nejsou naplněny znaky koncese, pokud by ale naplněny byly, nebyl by povinen zakázku zadat v zadávacím řízení, neboť by se jednalo o koncesi malého rozsahu. Jelikož ale krajský soud vyhodnotil, že smlouvy byly uzavřeny na dobu neurčitou, dospěl též k nesprávnému závěru, že nebyly splněny podmínky pro koncesi malého rozsahu. Stěžovatel proto připomíná, že předpokládaná hodnota plnění byla na základě uzavřených smluv stanovena na částku 20 mil. Kč, která koncesi malého rozsahu odpovídá. Kdyby tedy krajský soud dospěl ke správnému závěru, že smlouvy byly uzavřeny na dobu určitou, nemohl by uzavřít, že stěžovatel porušil povinnost zadat zakázku v koncesním řízení. Stěžovatel proto tvrdí, že nebyla naplněna materiální stránka přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť předpokládaná hodnota plnění nebyla překročena.

[11] Stěžovatel nesouhlasí ani s posouzením návrhu na moderaci výše uložené pokuty. Krajský soud chybně vyhodnotil, že moderace pokuty sice přichází v úvahu, nicméně jelikož nebyl učiněn návrh, odmítl se moderací zabývat. Tento závěr považuje stěžovatel za přepjatý formalismus, neboť v odporu, rozkladu a následně rovněž ve správní žalobě rozsáhle odůvodnil, že pokuta byla uložena v nepřiměřené výši.

[12] *Žalovaný* nesouhlasí s námitkou stěžovatele, že uzavřené smlouvy nenaplnňují znaky koncese. Pojmové znaky koncese jsou: 1) zadání poskytování služby vybranému dodavateli; 2) protiplnění v podobě práva brát užitky za poskytování služby a 3) přenos provozního rizika na vybraného dodavatele. *Žalovaný* má za to, že všechny tyto znaky byly naplněny. Stěžovatel vybranému dodavateli zadal provoz kotelny, dodavateli umožnil prodávat tepelnou energii a ponechat si platby s dodávkou spojené. Rovněž podmínka přenesení provozního rizika je naplněna, neboť dodavatel kotelnu provozoval vlastním jménem, na svůj účet a jeho jediný příjem plynul z prodeje tepla. Stěžovatel se chybně domnívá, že pro naplnění znaků koncese je rozhodné, kdo je zákazníkem vybraného dodavatele, a že znaky koncese nemohly být naplněny, neboť stěžovatel byl jediným zákazníkem dodavatele. Stěžovatel se dále mylí, pokud se domnívá, že primárním předmětem uzavřených smluv byla dodávka tepla. Dodavatel totiž pro stěžovatele zajišťoval komplexní službu spočívající v provozu kotelny, výrobě a následné dodávce tepelné energie.

[13] *Žalovaný* nesouhlasí ani s námitkou stěžovatele, že s dodavatelem uzavřel smlouvy na dobu určitou s odkládací podmínkou. Zánik smluvního vztahu byl spojen s aktivním jednáním některé ze stran. Smlouva uzavřená na dobu určitou zaniká uplynutím času, nikoli výpovědí některé ze stran, a proto nelze smlouvy považovat za uzavřené na dobu určitou.

[14] Jelikož byly smlouvy uzavřeny na dobu neurčitou, má *žalovaný* za to, že předpokládaná hodnota přesáhne částku 20 mil. Kč. Nelze tedy uvažovat o tom, že stěžovatel s dodavatelem uzavřeli koncesi malého rozsahu, u níž není zadavatel povinen koncesi zadat v zadávacím řízení. V nyní posuzované věci byla předpokládaná hodnota plnění stanovena na částku 10 mil. Kč za jeden rok. Jak ale *žalovaný* již v druhostupňovém rozhodnutí uvedl, předběžná cena tepelné energie za období od 1. 1. 2023 do 31. 12. 2023 byla podle přílohy č. 1 ke smlouvě o dodávce tepla stanovena na částku ve výši 10.439.149 Kč bez DPH. Hodnota plnění za jeden rok tak byla stanovena vyšší než deklarovaný roční předpoklad. Podle *žalovaného* tedy byly dány pochybnosti o tom, zda vůbec mohla být předpokládaná hodnota ve výši 20 mil. Kč dodržena, a to zejména s ohledem na dobu trvání uzavřených smluv.

[15] K naplnění materiální stránky přestupku *žalovaný* uvádí, že trestnost přestupku se hodnotí ke dni jeho spáchání, tzn. ke dni uzavření smluv. Stěžovatel nezadal koncesi zákonem předpokládaným způsobem a nevratně tak zasáhl do soutěže o koncesi. Tím byl ovlivněn i výběr dodavatele. Pro konstatování viny pak není nutné zkoumat skutečné narušení soutěže – postačuje pouze její potenciální narušení (viz též rozsudek NSS ze dne 8. 2. 2018, čj. 10 As 157/2017-38). Přestupek proto byl spáchán již k okamžiku uzavření smluv, neboť nebylo provedeno zadávací řízení.

[16] Ve vztahu k výši pokuty *žalovaný* připomíná, že jelikož stěžovatel uzavřel s dodavatelem smlouvy na dobu neurčitou, *žalovaný* nemohl jednoznačně vypočítat celkovou hodnotu koncese. Za hodnotu koncese se totiž považuje celkový obrát dodavatele za dobu trvání koncese. Pokuta ve výši 800 tis. Kč se tak pohybuje ve výši 4 % zákonné sazby. *Žalovaný* má za to, že uložená pokuta nebyla excesivní, neboť stěžovatel v předešlém období hospodařil s příjmy ve výši 152 mil. Kč, a pokuta byla uložena ve výši 0,5 % předpokládaných příjmů stěžovatele.

3. Posouzení věci NSS

pokračování

[17] NSS se při vypořádání jednotlivých kasačních důvodů nejprve zabýval otázkou, zda byly naplněny znaky koncese podle § 174 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek. Stěžovatel totiž namítá, že se nemohl dopustit přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 2 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť uzavřené smlouvy o pachtu a dodávce tepla nebyly koncesí na služby. Dodavatel se na základě smlouvy o pachtu a smlouvy o dodávce tepla sice zavázal zajišťovat údržbu, rozvoj a rekonstrukci tepelných rozvodů, současně se ale zavázal vyrábět tepelnou energii pouze pro stěžovatele. Neměl žádná práva k distribuci a dodávkám tepla pro třetí osoby. Ačkoli tedy udržoval tepelné rozvody v provozu, stěžovatel je toho názoru, že si nadále uchoval postavení distributora a dodavatele tepelné energie.

[18] Podle § 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek platí, že *„zadáním veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.“* Podle odst. 2 téhož ustanovení se za veřejnou zakázku považuje i koncese na služby podle § 174 odst. 3 stejného zákona.

[19] Podle § 174 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek platí, že za zadání koncese veřejné služby se považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c) stejného zákona, dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu brání užitků vyplývajících z poskytnutí služeb, nebo v tomto právu společně s platbou. Aby koncese naplňovaly všechny zákonem stanovené znaky, musí být na dodavatele přeneseno též provozní riziko spojené s bráním užitků vyplývajících z poskytování služeb.

[20] Z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 7. 2016, ve věci C-458/14 a C-67/15 *Promoimpresa a další* se podává, že *„koncese na služby je charakterizována mimo jiné situací, ve které je právo poskytovat stanovené služby zadavatelem přeneseno na koncesionáře, přičemž posledně uvedený v rámci uzavřené smlouvy disponuje určitou hospodářskou svobodou při určování podmínek podnikání a současně je do značné míry vystaven rizikům souvisejícím s takovým podnikáním“* (srov. též rozsudek NSS ze dne 17. 4. 2024, čj. 4 As 234/2023-90). S ohledem na výše uvedené je proto nutné posoudit, jakou konkrétní službu stěžovatel koncesoval. Stěžovatel s dodavatelem uzavřel smlouvu o pachtu a smlouvu o dodávce tepla. Na základě smlouvy o pachtu stěžovatel propachtoval prostory a technologie nezbytné k výrobě tepelné energie (bod A smlouvy o pachtu). Podle bodu 1.1 smlouvy o pachtu stěžovatel přenechal předmět pachtu dodavateli k užívání, požívání a provozování jeho jménem a na jeho riziko (shodně též bod 5.1 smlouvy o pachtu). V této souvislosti se dodavatel zavázal stěžovateli dodávat vyrobenou tepelnou energii, přičemž za tímto účelem spolu uzavřeli smlouvu o dodávce tepla (body B, 1.1, 1.2, 1.3 a 5.1 smlouvy o pachtu a 1.1 smlouvy o dodávce tepla). Z těchto smluv je proto zjevné, že uzavření jedné smlouvy by bez druhé nemělo rozumný smysl. Jinak řečeno, tyto smlouvy jsou provázány způsobem, že až společně mohou naplnit potřeby stěžovatele. Lze tedy i dovodit, že dodavatel pro stěžovatele vykonával komplexní služby spočívající v provozu technologie pro výrobu tepelné energie a ve výrobě tepelné energie, kterou následně stěžovateli dodával. Nelze proto přisvědčit stěžovateli, že primárním předmětem uzavřených smluv byla pouhá dodávka tepelné energie. První kritérium koncese je proto naplněno.

[21] Druhé kritérium spočívá v oprávnění brát užitky za poskytované služby. Rovněž toto kritérium je naplněno, protože podle bodu 5.5 smlouvy o pachtu byl dodavatel

v souladu s cenovou regulací a smlouvou o dodávce tepla oprávněn účtovat si odměnu za poskytování tepla z tepelného zdroje. Povinnost poskytnout protiplnění se pak podává rovněž z bodu 1.1 smlouvy o dodávce tepla, ve které se stěžovatel zavázal dodavateli platit kalkulovanou cenu.

[22] Ke třetímu zákonnému kritériu koncese stěžovatel namítá, že na dodavatele nebylo přeneseno provozní riziko, a pokud bylo, tak jen v zanedbatelné míře. Smlouva o pachtu byla uzavřena pouze z důvodu, že dodavatel disponuje odbornými schopnostmi k provozování kotelny a technologických zařízení k výrobě tepla a současně má zajištěn přístup k nákupu paliv (plyn a LTO). Cena těchto paliv je ale zahrnuta v celkové ceně energie, kterou stěžovatel dodavateli hradí. V této souvislosti stěžovatel rovněž odkazuje na body 5.5, 6.8 a 6.9 smlouvy o pachtu, které dodavateli zaručují, že jakékoli neplánované či další náklady budou kryty stěžovatelem. Dodavatel není oprávněn ovlivňovat faktický okruh odběratelů tepelné energie, nemá vliv ani na objem energie odebírané koncovými odběrateli, a to ať už z důvodu obchodního rozhodování na straně těchto odběratelů, nebo z důvodu výkyvů na trhu. Stěžovatel tvrdí, že provozní riziko spočívá v ekonomické rentabilitě provozování tepelného hospodářství ve vazbě na dostatečný počet koncových odběratelů a objem dodané tepelné energie. Nesouhlasí přitom se závěrem krajského soudu, že odebírané teplo je vždy dáno odběrem připojených objektů a objem vyrobeného tepla bude záviset na odběru, tj. že dodavatel z podstaty věci nevyrábí teplo navíc nebo do zásoby. Skutečnost, že dodavatel není závislý na tom, zda stěžovatel veškerou tepelnou energii koncovým odběratelům prodá, se podává už jen z okolnosti, že se stěžovatel zavázal veškerou vyrobenou energii od dodavatele odebrat.

[23] K námitce, že na dodavatele nemohlo být přeneseno provozní riziko, NSS připomíná, že podle § 174 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek platí, že došlo k přenesení provozního rizika, není-li dodavateli za běžných tržních podmínek zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese. Může se jednat o riziko na straně poptávky, riziko na straně nabídky, nebo riziko na straně poptávky i nabídky. Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, zahrnuje-li část provozního rizika přenesená na dodavatele skutečné vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty dodavateli nebyly pouze zanedbatelné.

[24] Jak již bylo výše uvedeno, dodavatel se zavázal užívat, požívat a provozovat předmět pachtu svým jménem, na vlastní účet, riziko a na vlastní odpovědnost (body 1.1 a 5.1 smlouvy o pachtu). Z bodu 6.6 smlouvy o pachtu se též podává, že dodavatel je povinen po celou dobu trvání smlouvy o pachtu hradit veškeré náklady související s provozem, údržbou, opravami a revizemi předmětu pachtu. Tato povinnost mu vzniká, aniž by měl vůči stěžovateli nárok na náhradu těchto nákladů, neboť mu současně vzniká právo brát požitky z předmětu pachtu (bod 6.8), a to např. v podobě odměny za poskytování služeb rozvodu tepelné energie (bod 5.5). Ze smlouvy o pachtu sice rovněž vyplývá, že je dodavatel oprávněn v souladu s cenovou regulací převést náklady spojené s provozem, údržbou a opravami předmětu pachtu na stěžovatele, z bodu 6.10 stejné smlouvy ale vyplývá, že byl mezi stěžovatelem a dodavatelem sjednán limit ve výši 450 tis. Kč ročně, který dodavatel musí v souvislosti s údržbou a opravami předmětu pachtu hradit sám. Náklady na údržbu a opravy přitom nepředstavují jediné náklady, které je dodavatel nucen v souvislosti s poskytováním služeb hradit (srov. bod 6.6. smlouvy o pachtu). Z uvedeného je proto zjevné, že na stěžovatele veškeré náklady převedeny nebyly. NSS nemůže přisvědčit ani

pokračování

tvrzení, že stěžovatel nese neplánované či jakékoli jiné další náklady, neboť nic takového ze smlouvy o pachtu ani ze smlouvy o dodávce tepla nevyplyvá. Závěr krajského soudu, že návratnost finančních investic je pro dodavatele v souvislosti s výkonem služeb nejistá, je proto logický a s ohledem na jednotlivá ustanovení smlouvy o pachtu přesvědčivý.

[25] NSS nepřisvědčil ani námitce, že provozní riziko nebylo na dodavatele přeneseno z důvodu podstatné limitace prostřednictvím veřejné cenové regulace ze strany Energetického regulačního úřadu, na jejímž základě je dodavatel oprávněn promítnout do ceny tepelné energie většinu skutečně vynaložených nákladů. Krajský soud správně stanovil, že uvedená námitka nevyvrací skutečnost, že na dodavatele „nějaké“ provozní riziko fakticky přeneseno bylo. Krajský soud totiž v souladu s unijní judikaturou řádně dovodil, že k přenosu provozního rizika dojde i tehdy, kdy je provozní riziko omezené z důvodu existence veřejnoprávních podmínek, pokud dodavatel riziko převezme zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu (viz rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 9. 2009, ve věci C-206/08 *WAZV Gotha*, nebo rozsudek NSS ze dne 28. 6. 2017, čj. 8 As 236/2016-51). Omezení provozního rizika z důvodu existence veřejnoprávní regulace v odvětví teplárenství tak nebrání přenesení provozního rizika na dodavatele.

[26] NSS se rovněž ztotožnil se závěrem krajského soudu, že dodavatel není v souladu s cenovou regulací oprávněn promítnout do ceny tepla veškeré provozní náklady. Podle § 17 odst. 6 písm. d) zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích (*energetický zákon*) platí, že o regulaci cen podle tohoto zákona, zákona o cenách a přímo použitelného předpisu Evropské unie upravujícího kodex sítě harmonizovaných struktur přepravních sazeb pro zemní plyn rozhoduje Energetický regulační úřad. Krajský soud v této souvislosti odkázal na cenové rozhodnutí ze dne 16. 9. 2021, č. 4/2021 (*cenové rozhodnutí č. 4/2021*), které upravuje závazný postup pro kalkulaci tepelné energie. Podle bodu 1.1 ve spojení s bodem 2.1 tohoto rozhodnutí lze do ceny tepelné energie promítnout pouze ekonomicky oprávněné náklady, jimiž jsou náklady nezbytné pro výrobu nebo rozvod tepelné energie, které vycházejí z účetnictví dodavatele. V ceně tepelné energie tak podle bodu 2.2.1.1 lze uplatnit náklady na palivo, nakupovanou energii a jiné energie, které vychází z dlouhodobě obvyklé účinnosti užití energie při výrobě nebo rozvodu tepelné energie v průměru za každý rok a obvyklých cen paliv s ohledem na náklady dopravy paliva anebo nakupované tepelné energie a jiných sjednaných technických a dodacích podmínek. Do ceny tepelné energie však nelze zahrnout například náklady na nákup elektřiny převyšující náklad na vlastní výrobu elektřiny při kombinované výrobě elektřiny a tepla nebo při samostatné výrobě elektřiny na tepelném zdroji, není-li vyrobená elektřina přednostně využívána pro potřeby tepelného zdroje nebo pro ostatní výrobní nebo rozvodná tepelná zařízení, která jsou dodavatelem elektricky propojená (bod 4.4.1.3). Do ceny pak nelze zahrnout ani zaviněná manka a náhrady škod související s investiční výstavbou nebo spojené s odstraňováním škod na majetku, které nebyly způsobeny v důsledku živelní pohromy, náklady na vyřazení dlouhodobého hmotného a nehmotného majetku a zásob a zůstatkovou cenu tohoto majetku, kromě nákladů na likvidaci majetku (snížených o výnosy z likvidace), který ztratil způsobilost provozování, popř. další náklady podle bodu 2.4.3.2 cenového rozhodnutí č. 4/2021. Krajský soud tak správně dovodil, že dodavatel do ceny tepelné energie není oprávněn promítnout veškeré náklady spojené s výrobou, jak tvrdí stěžovatel.

[27] Na tom nemění nic ani skutečnost, že podle bodu 2.3.1.1 cenového rozhodnutí č. 4/2021 může dodavatel do ceny zahrnout nezbytné náklady na opravy a údržby majetku souvisejícího s výrobou nebo rozvodem tepelné energie, neboť z bodu 6.10 smlouvy o pachtu se podává, že do částky 450 tis. Kč nese náklady na opravu a údržbu dodavatel. Krajský soud tak dospěl ke správnému závěru, že dodavatel provozní riziko převzal minimálně ve významném rozsahu.

[28] Stěžovatel má rovněž za to, že krajský soud pochybil při posuzování závislosti objemu vyrobené energie na aktuálním počtu připojených objektů. Jelikož se stěžovatel zavázal odebrat veškerou vyrobenou tepelnou energii, dodavatel není závislý na tom, zda ji stěžovatel prodá koncovým odběratelům. K tomu je však třeba uvést, že podmínění objemu vyrobeného tepla skutečným odběrem vyplývá z bodu 4.5 cenového rozhodnutí č. 4/2021, podle kterého *„předpokládané množství tepelné energie pro daný kalendářní rok dodavatel stanoví na základě průměru skutečně dodaného množství tepelné energie alespoň za tři, nejvýše však pět, posledních ukončených kalendářních let, nebo období kratší, pokud dodavatel dodává tepelnou energii po dobu kratší než tři roky, přičemž zohlední důvodně předpokládanou změnu množství tepelné energie v kalendářním roce.“* Shodně pak podle bodu 4.6 smlouvy o dodávce energie je dodavatel oprávněn provést úpravu sjednaného množství tepelné energie pro následující rok s ohledem na skutečně odebrané množství tepelné energie za období předešlých 3 let. Zájem stěžovatele odebírat objem vyrobené energie v souvislosti s dlouhodobými potřebami se pak podává rovněž z bodu 4.5 stejné smlouvy.

[29] K námitce, že stěžovatel vykonává relevantní činnosti v oblasti teplárenství, a proto nebyl povinen zakázku zadat v zadávacím řízení ve smyslu § 159 zákona o zadávání veřejných zakázek, NSS konstatuje, že ustanovení o sektorových veřejných zakázkách se na smluvní vztah s dodavatelem nepoužije. Je sice pravda, že stěžovatel vykonává relevantní činnost v oblasti teplárenství, neboť v souladu s § 153 odst. 1 písm. b) bodem 1 zákona o zadávání veřejných zakázek poskytuje zásobování tepelnou energií, toto postavení ale zastává ve vztahu ke svým koncovým odběratelům, nikoli svému dodavateli. Na tom nemění nic ani tvrzení, že hlavním předmětem uzavřených smluv je dodávka tepelné energie, neboť příkladem sektorové veřejné zakázky by v tomto smyslu byl *„nákup energie pro krytí ztrát v přenosové nebo distribuční soustavě nebo nákup energie pro vlastní potřebu zadavatele“* [viz § 159 (Výjimky pro dodávky vody, paliv nebo energie). In: ŠEBESTA, M., NOVOTNÝ, P., MACHUREK, T., DVOŘÁK, D. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1107–1108]. Stěžovatel ale odebranou tepelnou energii dále distribuuje koncovým odběratelům. Z uzavřených smluv je navíc zjevné, že dodavatel stěžovateli poskytuje komplexní služby spočívající v provozování technologií k výrobě tepelné energie, ve výrobě a dodávce této energie. Stěžovatel tak představuje pouze prostředníka mezi dodavatelem, který tepelnou energii vyrobil, a koncovými odběrateli.

[30] Stěžovatel má dále za to, že nebyl povinen zakázku zadat ve veřejném zadávacím nebo jiném obdobném řízení, neboť předpokládaná hodnota plnění byla stanovena na částku 20 mil. Kč. Stěžovatel je tedy sice toho názoru, že uzavřené smlouvy nenaplňují znaky koncese, pokud by ale naplňovaly, jednalo by se o koncesi malého rozsahu, u níž není povinen zakázku v zadávacím řízení zadat.

[31] K tomu zdejší soud uvádí, že podle § 178 zákona o zadávání veřejných zakázek se o zakázku malého rozsahu jedná za situace, kdy předpokládaná hodnota zakázky nepřesahuje částku ve výši 20 mil. Kč. Krajský soud v nyní posuzované věci dovedl, že

pokračování

smlouva o pachtu i smlouva o dodávce tepla byly uzavřeny na dobu neurčitou, a proto bylo možné předpokládat, že částka ve výši 20 mil. Kč bude s ohledem na dobu trvání obou smluv překročena. S tímto závěrem stěžovatel nesouhlasí a tvrdí, že smlouvy byly uzavřeny na dobu určitou. Krajský soud tak pochybil i při posouzení, zda předpokládaná hodnota plnění přesahuje zákonem stanovený limit pro zakázky malého rozsahu.

[32] Zdejší soud se proto dále zabýval tím, zda krajský soud pochybil při posuzování doby, na kterou byly smlouvy uzavřeny. Ze smlouvy o pachtu i ze smlouvy o dodávce tepla vyplývá, že byly uzavřeny s účinností od 1. 1. 2023 do 31. 12. 2024, a to za předpokladu, že žádná ze stran neučiní kroky k jejich vypovězení. Ve smlouvách bylo totiž ujednáno, že „pokud jedna ze smluvních stran písemně nevypoví *SMLOUVU* nejpozději 2 měsíce před skončením její platnosti, prodlužuje se platnost *SMLOUVY* automaticky na dobu neurčitou“ (bod 2.4 smlouvy o pachtu a 2.2 smlouvy o dodávce tepla). Z uzavřených smluv je proto patrné, že zánik smluvního vztahu závisí na aktivním jednání stran závazku, což je typické pro smlouvy uzavřené na dobu neurčitou. Oproti tomu pro smlouvy na dobu určitou platí, že k zániku smluvního vztahu dochází samotným uplynutím času. Zánik je tak spojen s okamžikem, u něhož není pochyb, že nastane [k tomu též HULMÁK, M. § 2204 (Doba nájmu). In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část* (§ 2055–3014). 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, 283-243]. Jelikož ze smlouvy o pachtu ani ze smlouvy o dodávce tepla není postaveno najisto, že smluvní vztah ke dni 31. 12. 2024 skutečně zanikne, dospěl krajský soud k logickému závěru, že smlouvy byly uzavřeny na dobu neurčitou. Krajský soud v této souvislosti rovněž správně stanovil, že pro posouzení, zda byly smlouvy uzavřeny na dobu určitou, či neurčitou, není podstatné, že zákon o zadávání veřejných zakázek předpokládá, že koncese bude uzavřena na dobu určitou (k tomu § 179 zákona o zadávání veřejných zakázek).

[33] Nelze souhlasit ani s tvrzením stěžovatele, že smlouvy byly uzavřeny na dobu určitou s odkládací podmínkou. Odkládací podmínka představuje vedlejší ujednání smlouvy, se kterou je spojen nástup právních následků až s ohledem na její splnění. Ujednání doby trvání smluvního vztahu oproti tomu představuje takové určení času, které omezuje existenci práv a povinností (viz § 603 občanského zákoníku). Stěžovatel tak pro podporu svých argumentů směřuje několik právních institutů.

[34] Samotný závěr, že smlouvy byly uzavřeny na dobu neurčitou, nevylučuje, že si strany sjednaly koncesi malého rozsahu. Jak již bylo výše uvedeno, koncese malého rozsahu předpokládá, že předpokládaná hodnota koncese nepřesáhne částku 20 mil. Kč. Způsob určení předpokládané hodnoty koncese pak upravuje § 175 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, z něhož se podává, že „za předpokládanou hodnotu koncese se považuje celkový obrat dodavatele bez daně z přidané hodnoty 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.“ Toto ustanovení je nutné vykládat s ohledem na povahu a smysl institutu koncese, přičemž předpokládaná hodnota koncese zpravidla musí vycházet ze skutečného protiplnění, které koncesionáři z koncese plyne. Do obratu pro účely stanovení předpokládané hodnoty koncese přitom mohou spadat rovněž plnění, která se účetně v obratu koncesionáře vůbec neprojeví (srov. rozsudek NSS ze dne 22. 3. 2024, čj. 9 As 165/2023-38).

[35] Ze spisového materiálu vyplývá, že na rok 2023 byla hodnota plnění stanovena na částku ve výši 10.439.149 bez DPH, přičemž skutečná hodnota za první kalendářní rok činila

9.616.429,85 Kč. Na druhý kalendářní rok byla hodnota stanovena ve výši 8.501.850 Kč bez DPH. Za první dva roky tak hodnota dosahovala částky ve výši 18.118.279,85 Kč. S přihlédnutím k okolnosti, že smlouvy byly uzavřeny na dobu neurčitou, je zjevné, že by předpokládaná hodnota 20 mil. Kč byla překročena již následující rok.

[36] Zdejší soud se rovněž ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že pro posouzení zákonnosti postupu stěžovatele jsou rozhodné skutečnosti, které nastaly v době spáchání přestupku. Pro posuzovanou věc je proto rozhodné, k jakému okamžiku musela být určena předpokládaná hodnota koncese. Ustanovení § 175 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek v době spáchání přestupku obsahovalo pravidlo pouze pro koncese, které musí být zadány v zadávacím řízení. Toto ustanovení tak neobsahovalo okamžik, ke kterému má být určena předpokládaná hodnota u koncesí malého rozsahu. Krajský soud si v této souvislosti vypomohl obecným pravidlem vymezeným v § 16 odst. 5 stejného zákona, z něhož se podává, že hodnota má být určena k okamžiku zadání zakázky, která se v zadávacím řízení nezadává (tedy na počátku postupu zadavatele směřujícího k uzavření smlouvy). Jakkoliv je pravdou, že v době spáchání přestupku stěžovatelem ze zákona výslovně nevyplývalo, že předpokládaná hodnota u koncese malého rozsahu má být určena vždy k okamžiku jejího zadání, je zdejší soud toho názoru, že pokud by předpokládaná hodnota nemusela být určena k okamžiku zadání koncese a zadavatel by zakázku nezadal v zadávacím řízení, mohlo by vždy hrozit, že poruší svou povinnost stanovenou podle § 2 odst. 3 stejného zákona, z něhož se podává, že *„zadavatel je povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak“* [shodně rovněž viz § 175 (Metody výpočtu předpokládané hodnoty koncese). In: ŠEBESTA, M., NOVOTNÝ, P., MACHUREK, T., DVOŘÁK, D. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1144-1149]. Výklad provedený krajským soudem je proto plně akceptovatelný. Tuto určitou nejasnost ostatně již zákonodárce novelou zákona o zadávání veřejných zakázek provedenou zákonem č. 166/2023 Sb. objasnil a postavil najisto, že předpokládaná hodnota u koncese, která se zadává mimo zadávací řízení, se určuje k okamžiku jejího zadání. Krajský soud proto postupoval správně a logicky, když určil, že rozhodným okamžikem pro určení hodnoty koncese je okamžik, kdy zadavatel směřuje k zadání koncese.

[37] Se stěžovatelem nelze souhlasit ani co do námitky, že nebyla naplněna materiální stránka přestupku, neboť nebyl překročen zákonný limit 20 mil. Kč. NSS v prvé řadě připomíná, že se stěžovatel dopustil ohrožovacího přestupku, pro které platí, že k jejich dokonání postačuje ohrožení chráněného zájmu (srov. rozsudky NSS ze dne 25. 8. 2016, čj. 9 As 172/2015-67, ze dne 13. 10. 2015, čj. 8 As 50/2015-39). V nyní posuzované věci tak postačí ohrožení hospodářské soutěže. Uzavřené smlouvy sice byly vypovězeny ke dni 31. 12. 2024, a proto nebyla překročena hodnota 20 mil. Kč, z výše uvedeného posouzení zdejšího soudu je však zjevné, že uzavřené smlouvy nenaplnují znaky koncese malého rozsahu a stěžovatel tak byl povinen koncesi v zadávacím řízení zadat. Jelikož stěžovatel koncesi v zadávacím řízení nezadal, porušil svou povinnost ve smyslu § 2 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek a tím i ovlivnil výběr dodavatele.

[38] Na závěr stěžovatel namítá, že krajský soud postupoval příliš formalisticky, neboť se nezabýval moderací uložené pokuty. Stěžovatel je přesvědčen, že uvedl podrobnou argumentaci co do nepřiměřenosti uložené pokuty, ze které je možné jeho návrh na moderaci trestu dovodit. Krajský soud ale konstatoval, že moderace uložené pokuty by přicházela v úvahu pouze na návrh stěžovatele.

pokračování

[39] K otázce moderace trestu, který byl uložen správním orgánem, NSS připomíná, že je na samotném stěžovateli, aby takový návrh v řízení před soudem uplatnil. Z § 78 odst. 2 se výslovně podává, že *„rozhoduje-li soud o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za správní delikt, může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle odstavce 1, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v mezích zákonem dovolených, lze-li takové rozhodnutí učinit na základě skutkového stavu, z něhož vyšel správní orgán, a který soud případně vlastním dokazováním v nikoli zásadních směrech doplnil, a navrhl-li takový postup žalobce v žalobě.“* Již z tohoto zákonného ustanovení je proto zjevné, že stěžovatel musí moderaci trestu v žalobě navrhnout, aby o ní krajský soud mohl rozhodovat (srov. rozsudek NSS ze dne 17. 6. 2024, čj. 10 As 47/2024-50). Stěžovatel sice v žalobě namítl, že pokuta ve výši 800 tis. Kč je nepřiměřená. Tuto námitku ale krajský soud řádně vypořádal, přičemž uvedl, že se *„pohybuje v zákonném rozmezí a úvahy žalovaného vedoucí ke stanovení její výše odpovídají všem zásadám pro její ukládání a zohledňují kritéria potřebná pro její individualizaci, včetně žalobcových majetkových poměrů.“* Oproti tomu návrh na moderaci trestu z petitu (a ani obsahu) žaloby výslovně nevyplývá, a proto krajský soud nepochybil, pokud se moderací uložené pokuty nezabýval.

4. Závěr

[40] NSS konstatuje, že krajský soud žalobu stěžovatele zamítl v souladu se zákonnou úpravou a ustálenou judikaturou. Proto kasační stížnost zamítl jako nedůvodnou podle § 110 odst. 1 s. ř. s.

[41] O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl v posuzované věci úspěch, proto mu právo na náhradu nákladů nenáleží. Žalovanému, který byl ve věci úspěšný, žádné náklady nad rámec jeho úřední činnosti nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 20. června 2025

Vojtěch Šimíček
předseda senátu