

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno
Česká republika

K č.j. ÚOHS-P320/2013/OS-6954/2013/830/JSz
ÚOHS-P320/2013-20153/2014/830/JKp

V Praze dne 7. 6. 2016

Naše značka: 2089/2013/JCD/Če/Sch

Podatel: Kverulant.org o.p.s. (dříve: Acta non verba, o.p.s.)
IČ: 28925165
se sídlem: Praha 10, Pražská 1148, PSČ 10200

právně zastoupený: Mgr. Adriánem Čechem, advokátem advokátní kanceláře Čech Hromek Pleskač, s.r.o., se sídlem Vinohradská 30, 120 00 Praha 2 – Vinohrady
(podepsáno elektronicky)

Opakovaný podnět k výkonu dohledu nad orgánem veřejné správy

Přílohy: - dle textu

Podáno elektronicky na e-mailovou adresu elektronické podatelny: posta@compet.cz
Podepsáno zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu

I.

Úvod; rekapitulace dosavadního průběhu šetření

Elektronickým podáním ze dne 9.4.2013 se podatel poprvé obrátil na shora nadepsaný dohledový orgán (dále jen „ÚOHS“ nebo také „Úřad“) s podnětem k výkonu dohledu nad Hlavním městem Prahou jako veřejného zadavatele (dále jen „Veřejný zadavatel“ nebo také jen „Zadavatel“) při poskytnutí nedovoleně zvýhodňující podpory společnosti JCDecaux, Městský mobiliář, spol. s r.o. (dále jen „JCD“).

Tuto nedovolenou podporu měla podle přesvědčení podatele představovat ekonomicky neodůvodněná disproporce mezi hodnotami plnění vzájemně mezi JCD a Veřejným zadavatelem poskytovaných, a to na základě Dodatku č. 1 ze dne 22.1.2009¹ (dále jen „Dodatek č. 1“) ke Smlouvě o výstavbě, provozování a reklamním využití městského mobiliáře uzavřené dne 14.11.1994 (dále jen „Smlouva“).

¹ Uzavření Dodatku č. 1 bylo schváleno usnesením Rady hlavního města Prahy č. 1856 ze dne 9.12.2008

Dne 23.4.2013 Úřad doručil podateli informaci o tom, že jelikož se obdobným podnětem zabývá též Evropská komise, nezhájí Úřad své vlastní šetření.

Poté, co bylo šetření Evropské komise v této věci ukončeno s tím, že se příslušné GŘ (pro hospodářskou soutěž) nebude stížností podatele dále zabývat, obrátil se podatel na Úřad s žádostí o informaci (ze dne 8.9.2014), zda Úřad po ukončení šetření Evropské komise zahájil své vlastní šetření a pokud tak dosud neučinil, aby k tomu neprodleně přistoupil.

V reakci na toto prozatím poslední podání se podateli dostalo vyrozumění ze strany Úřadu (dne 9.10.2014), že je Smlouva v současnosti přezkoumávána v rámci podnětu týkajícího se regulace reklamních ploch na území hlavního města Prahy s tím, že o výsledku šetření podnětu podatele bude podatel ze strany Úřadu písemně informován.

Do dnešního dne však podatel žádnou informaci o výsledku šetření jeho podnětu neobdržel.

S ohledem na dosavadní průběh šetření podnětu podatele a především na příslib učiněný ze strany Úřadu tímto podatel žádá o informaci, zda a s jakým výsledkem bylo šetření podatelova podnětu ukončeno.

Dále podatel svůj původní podnět rozšiřuje o podezření, že se Veřejný zadavatel navíc dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále též „koncesní zákon“) ve znění do 31.12.2009, tím, že při uzavírání Dodatku č. 1 ke Smlouvě nepostupoval podle části druhé citovaného zákona a nevybral koncesionáře v koncesním řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

Důkazy:

- Podnět podatele ze dne 9.4.2013 (v příloze)
- Oznámení ÚOHS ze dne 23.4.2013 (v příloze)
- Oznámení EK (GŘ pro hospodářskou soutěž) ze dne 3.2.2014 (v příloze)
- Opakovaný podnět podatele ze dne 8.9.2014 (v příloze)
- Oznámení ÚOHS ze dne 9.10.2014 (v příloze)

II.

Nový pohled na jednání Zadavatele při uzavírání Dodatku č. 1 – Část první: Již samotná Smlouva naplňovala znaky koncesní smlouvy dle koncesního zákona, v době jejího uzavření však ještě neexistujícího

V zájmu vylíčení veškerých rozhodných skutečností, které byly Zadavateli známy v době uzavření Dodatku č. 1, podatel níže rekapituluje podstatné právně-ekonomické podmínky Smlouvy v době před uzavřením Dodatku č. 1.

Současně s tím podatel připomíná základní pojmové znaky koncesní smlouvy dle koncesního zákona, z nichž je patrné, že již samotná Smlouva má charakter smlouvy koncesní.

Podřazením právně-ekonomických podmínek, za kterých byla Smlouva uzavřena pod ony základní pojmové znaky koncesní smlouvy dle koncesního zákona, nelze než dospět k závěru, že již samotná Smlouva měla charakter koncesní smlouvy dle § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona, v době uzavření Smlouvy však bohužel ještě neexistujícího.

1. Závazek koncesionáře poskytovat služby nebo provést dílo

Prvním pojmovým znakem koncesní smlouvy je závazek koncesionáře poskytovat služby nebo provést dílo.

V článku 1.1 Smlouvy je uvedeno:

Předmětem této smlouvy je výstavba, provozování a reklamní využití městského mobiliáře na území Města, který je tvořen stavbami a zařízeními podléhajícími územnímu a stavebnímu řízení.“

Z uvedeného je zřejmé, že se JCD na základě Smlouvy zavázala poskytovat služby formou výstavby, provozování a reklamního využití městského mobiliáře (tedy v podstatě reklamních zařízení) na území hl. města Prahy. Lze tedy konstatovat, že podmínka pro naplnění pojmového znaku koncesní smlouvy spočívající v závazku koncesionáře poskytovat služby je vzhledem k výše uvedenému naplněna.

2. Závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užítky

Druhým pojmovým znakem koncesní smlouvy je závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užítky vyplývající z poskytování služeb. Závazek zadavatele přitom spočívá v tom, že umožní koncesionáři brát užítky vyplývající z poskytování služeb nebo využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Jinak řečeno, koncesionář poskytne zadavateli plnění a zadavatel umožní koncesionáři realizovat užitek z jím poskytnutého plnění, přičemž právo brát užítky je základním znakem koncesní smlouvy, jak vyplývá z ust. § 16 odst. 1 koncesního zákona. Dle rozhodnutí ÚOHS je *tento pojmový znak typicky naplněn tehdy, když koncesionář vybírá platby (užítky) od koncových uživatelů.*

V článku 3.7 Smlouvy je přitom uvedeno:

„Město přiznává Společnosti výhradní právo k využívání všech reklamních možností o formátech od 1 m2 do 9 m2 včetně, na veřejných komunikacích a prostranstvích, městských technických zařízeních na území města Prahy, t.j. na pozemcích, budovách a zařízeních, jejichž vlastníkem je Město, resp. které Město může ovlivňovat nebo kontrolovat ve smyslu zachování tohoto výhradního práva (např. veřejné osvětlení, stožáry trakčního vedení a pod.). To se netýká firemních označení firem a obchodů na jejich vlastních provozovnách. Výjimku tvoří již povolená reklama v daných rozměrech, podle již uzavřených smluv, které se Město zavazuje vypovědět k nejbližšímu možnému termínu, pokud jde o povolení provozování reklamy. Soupis těchto smluv předloží Město Společnosti do 1 měsíce po podpisu smlouvy spolu s termíny, ke kterým tyto smlouvy budou vypovězeny. Výjimkou jsou dále pozemky, budovy a zařízení, které jsou svěřeny městským částem, pokud k tomu došlo před podpisem této smlouvy. Pokud by pozemky, budovy a zařízení v budoucnu byly statutem Města svěřeny městským částem, zavazuje se Město zajistit zachování v předchozích odstavcích sjednané exkluzivity pro Společnost po dobu platnosti této smlouvy.“

V článku 6.2 a 6.3 Smlouvy je uvedeno:

„Za poskytnutí exkluzivního práva podle 3.7.a úhradu některých nákladů, spojených s provozem městského mobiliáře (zejména el. energie, vodné, stočné) se Společnost zavazuje kromě plnění, které Městu v rámci této smlouvy poskytuje platit Městu následující úhradu.“

„Roční úhrada za první smluvní rok je sjednána ve výši DM 220 000,- a bude zaplácena v Kč. Ekvivalentní částka v Kč bude vypočítána dle středního kurzu deviz ČNB ke dni její platby. Je splatná do 14 dnů od data podpisu smlouvy.“

V článku 6.4 Smlouvy je dále uvedeno:

„Roční úhrada za druhý a následující smluvní roky vychází z tzv. ročního paušálu, který se sjednává v počáteční výši DM 220 000,-. Roční paušální suma bude od 1.1.1996 indexována v závislosti na vývoji cen za reklamu v oboru působnosti této smlouvy v Praze (1995 = 100), přičemž ceny uvedené v ceníku Společnosti

pro rok 1995 (jednotkové ceny v DM) platí za výchozí bázi. **Tato paušální suma bude dále zvyšována od roku 1996 v závislosti na skutečném vytížení reklamních ploch**

při vytížení	zvýšení o
od 80%	25%
od 85%	50%
od 90%	75%
od 95%	100%

Z uvedených ujednání Smlouvy vyplývá, že **společnosti JCD plyne příjem, který činí veškeré tržby z prodeje reklamních ploch** jako úhrady za reklamní kampaně na plochách reklamních zařízení nebo staveb pro reklamu (bezplatně ze strany Zadavatele přenechaných k reklamnímu využití JCD, byť zčásti na jeho náklady nově vybudovaných a spravovaných), **ponížené o paušální částku, kterou je JCD povinna Zadavateli každoročně odvést** (tj. DM 220.000, s možností jejího zvýšení v závislosti na skutečném vytížení reklamních ploch městského mobiliáře). **Smlouva tedy naplňuje i druhou podmínku stanovenou v § 16 odst. 1 koncesního zákona, a to že Veřejný zadavatel umožnil společnosti JCD brát užitky vyplývající z poskytování služeb, a to přímo od koncových uživatelů (tj. zákazníků „nakupujících“ od JCD reklamní plochu).**

3. Rizika vyplývající z poskytování služeb

Třetím pojmovým znakem koncesní smlouvy je (jak vyplývá z ust. § 16 odst. 2 koncesního zákona), že podstatnou část rizik spojených s braním užitků nese koncesionář. Dle rozhodnutí UOHS je riziko nutné chápat jen a pouze v ekonomické souvislosti, tedy jako riziko výnosnosti (koncesionář při realizaci předmětu koncesní smlouvy nedosáhne takového zisku, který by odpovídal předpokládanému zisku vypočtenému na základě předpokládaného příjmu koncesionáře, a to na základě faktorů, které nelze ovlivnit – např. inflace, vývoj HDP, pokles poptávky apod.). Riziko spojené s poskytováním služeb nebo z využívání provedeného díla musí nutně nést z převážné míry koncesionář.

Z kontextu celé Smlouvy, zejména pak jejích čl. 6.2 až 6.4 jednoznačně vyplývá, že **podstatnou část rizik spojených s braním užitků nese společnost JCD, jelikož je povinna každoročně Zadavateli odvést paušální úplatu minimálně ve výši DM 220.000 (+ vynaložit náklady na výstavbu základů a instalaci nového mobiliáře, včetně nákladů na jeho pořízení), a to bez ohledu na výši veškerého obratu dosaženého z prodeje společností JCD spravovaných reklamních ploch.**

Z výše uvedeného vyplývá, že Smlouva již ve svém původním znění, tedy v době před uzavřením Dodatku č. 1 naplňovala veškeré pojmové znaky koncesní smlouvy ve smyslu koncesního zákona.

Důkaz: - Příloha č.1 k usnesení rady ZHMP č.1511 ze dne 8.11.1994 (Smlouva o výstavbě, provozování a reklamním využití městského mobiliáře) (v příloze)

III.

Nový pohled na jednání Zadavatele při uzavírání Dodatku č. 1 – Část druhá: Dodatek č. 1 již byl Zadavatel povinen uzavřít v režimu koncesního zákona

Zadavatel však **při zadávání samotné Smlouvy nebyl povinen postupovat v rámci koncesního řízení**, byť předpokládaný příjem JCD jako koncesionáře podle této Smlouvy zcela nepochybně překračoval hranici 20 mil. Kč bez DPH dle § 5 odst. 2 koncesního zákona, a to z jediného prostého důvodu, totiž že **v době uzavření Smlouvy tento zákon ještě nebyl součástí právního řádu ČR.**

Právě uvedené však rozhodně nelze říci ve vztahu k **Dodatku č. 1, jenž dříve sjednané právně-ekonomické podmínky Smlouvy podstatným způsobem modifikoval**, a to až více než **dva roky poté, co koncesní zákon nabyl své účinnosti.**

I kdyby na Dodatek č. 1 nebylo možné nahlížet jako na nově zakládaný právní vztah, na Smlouvě nikterak nezávislý, zejména pak v tom smyslu, že by byl Zadavatel bez součinnosti s JCD oprávněn do trvající Smlouvy (původně sjednané do 19.11.2019) jednostranně vstoupit s požadavkem na vysoutěžení nových podmínek v režimu koncesního zákona, **byl Zadavatel v důsledku přijetí koncesního zákona oprávněn a povinen využít možnosti předčasně Smlouvu v souladu s jejím článkem 7.4 ukončit a nového koncesionáře v režimu koncesního zákona vysoutěžit.**

Ve zmiňovaném článku 7.4 Smlouvy se totiž uvádí:

*„Jestliže během trvání smlouvy vyplyne, že nové zákonodárné nebo veřejnoprávní opatření tak změní současné obchodní podmínky nebo podmínky pro provozování reklamy společností, že pokračování ve smlouvě bude pro Společnost neúnosné nebo jestliže během trvání smlouvy **nové zákonodárné opatření** (vyjma opatření přijatá Městem) **tak změní současné podmínky, že pokračování ve smlouvě bude pro Město neúnosné**, má dotčená smluvní strana právo:*

a) vypracovat návrh změny této smlouvy, aby ji přizpůsobila dané skutečnosti

*b) **předloženou smlouvu vypovědět, výpovědní lhůta v tomto případě činí 24 měsíců a počne běžet od prvního dne měsíce následujícího po doručení výpovědi.***

Koncesní zákon je přitom **zcela nepochybně oním zákonodárným opatřením, v důsledku kterého se stávající podmínky poskytování koncesí k provozu reklamní činnosti na městských mobiliářích natolik změnily**, že Veřejný zadavatel po nabytí účinnosti tohoto zákona **byl povinen při jakékoli změně Smlouvy, jež by sama o sobě naplňovala veškeré pojmové znaky koncesní smlouvy ve smyslu koncesního zákona, postupovat v režimu koncesního zákona, což by však při existenci dlouhotrvajícího vztahu s JCD nebylo právně možné, a tedy by v terminologii Smlouvy bylo pro Zadavatele neúnosné ve Smlouvě dále pokračovat.**

Výpovědní lhůta 24 měsíců by při očekávaném doručení výpovědi bezodkladně po nabytí účinnosti koncesního zákona, uplynula k 31.7.2008, tedy několik měsíců před schválením Dodatku č. 1 Radou hl. m. Prahy.

IV.

Nový pohled na jednání Zadavatele při uzavírání Dodatku č. 1 – Část třetí: Dodatek č. 1 naplňuje znaky koncesní smlouvy dle koncesního zákona

Závěr, že i smluvní **podmínky sjednané v rámci Dodatku č. 1 naplňují veškeré pojmové znaky koncesní smlouvy ve smyslu koncesního zákona**, lze doložit následujícími skutečnostmi.

1. Závazek koncesionáře poskytovat služby nebo provést dílo

Dosavadní závazek JCD vybudovat, provozovat a reklamně využívat městský mobiliář Zadavatele, jak byl definován v čl. 1.2 a 1.3 Smlouvy, byl na základě dohody smluvních stran (v rámci Dodatku č. 1) **rozšířen o právo JCD vybudovat a reklamně využívat dalších, tedy nových 250 osvětlených velkoformátových reklamních vitrín, tzv. rolling boardů, Zadavatelem opět přenechaných JCD k jejich bezplatnému užívání k těmto účelům na dobu trvání Smlouvy (nově do 30.6.2021).**

Lze tedy konstatovat, že **podmínka pro naplnění pojmového znaku koncesní smlouvy spočívající v závazku koncesionáře poskytovat služby byla i ve vztahu k novým 250 reklamním zařízením bezezbytku naplněna.**

2. Závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užítky

Vedle zcela nového závazku JCD (vybudovat ve lhůtě 42 měsíců ode dne uzavření Dodatku č. 1 300 nových čekáren MHD a 50 kontejnerů na tříděný odpad a tyto po celou dobu trvání Smlouvy na vlastní náklady provozovat a udržovat) **se strany dohodly na zvýšení paušální roční platby na částku 8,6 mil. Kč, s možností zvýšení této částky v závislosti na skutečném vytížení reklamních ploch městského mobiliáře**

I nadále (tedy i po uzavření Dodatku č. 1) platí, že společnosti JCD plyne příjem, který činí veškeré tržby z prodeje reklamních ploch jako úhrady za reklamní kampaně na plochách reklamních zařízení nebo staveb pro reklamu (bezplatně ze strany Zadavatele přenechaných k reklamnímu využití JCD, byť zčásti na jeho náklady nově vybudovaných a spravovaných), ponížené o paušální částku, kterou je JCD povinna Zadavateli každoročně odvést (tj. 8,6 mil. Kč, s možností jejího zvýšení v závislosti na skutečném vytížení reklamních ploch městského mobiliáře). Smlouva tedy naplňuje i druhou podmínku stanovenou v § 16 odst. 1 koncesního zákona, a to že Veřejný zadavatel umožnil společnosti JCD brát užítky vyplývající z poskytování služeb, a to přímo od koncových uživatelů.

3. Rizika vyplývající z poskytování služeb

Rovněž podstatnou část rizik spojených s braním užitek nese i po uzavření Dodatku č. 1 společnost JCD, jelikož je **povinna i nadále Zadavateli odvádět roční paušální platbu minimálně ve výši 8,6 mil. Kč (+ vynaložit náklady na výstavbu základů a instalací nového mobiliáře, včetně nákladů na jeho pořízení, a nově též hradit veškeré náklady s provozem předmětného mobiliáře spojené, tedy zejména údržbu, úklid, osvětlení, vodné, stočné či vyprazdňování odpadkových košů), a to opět bez ohledu na výši veškerého obratu dosaženého z prodeje společností JCD spravovaných reklamních ploch.**

Pokud by pak Zadavatel – následně po splnění všech tří shora stanovených podmínek – zjišťoval **předpokládaný příjem JCD jako koncesionáře dle Dodatku č. 1, mohl a měl vyjít z údajů z účetnictví JCD dokládajících výši obratu společnosti JCD z prodeje spravovaných reklamních ploch za rok 2008** (tj. za rok předcházející roku, v němž byl Dodatek č. 1 uzavřen), **případně za rok 2007** (tj. za rok předcházející roku, kdy bylo uzavření Dodatku č. 1 Radou hl. m. Prahy schváleno), **ke kterým měl Zadavatel díky ujednání v čl. 6.4 Smlouvy zajištěn neomezený přístup.** Na základě aplikace takto zjištěných údajů - **pro účely stanovení výše předpokládaného příjmu koncesionáře po celou dobu platnosti Dodatku č. 1, tedy od 22.1.2009 do 30.6.2021, a to postupem podle přílohy č. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb. - by Zadavatel musel zcela jistě dospět k závěru, že i v tomto případě by hranice 20 mil. Kč bez DPH (dle § 5 odst. 2 koncesního zákona) musela být překročena.**

Důkaz: - Usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1856 ze dne 9.12.2008 jímž byl schválen Dodatek č. 1 ke smlouvě ze dne 14.11.1994, včetně jeho přílohy (textu schváleného Dodatku č. 1) (v příloze)

V.

Nový pohled na jednání Zadavatele při uzavírání Dodatku č. 1 – Část čtvrtá: Závěrečné shrnutí

Jak vyplývá z výše uvedeného, **Zadavatel ve vztahu k Dodatku č. 1 naplnil všechny zákonné podmínky, a proto byl při jeho uzavírání povinen postupovat v koncesním řízení podle koncesního zákona.**

Jelikož tak neučinil, a tudíž koncesionáře v koncesním řízení podle části druhé koncesního zákona nevybral, **nedodržel tím Zadavatel postup stanovený v § 5 odst. 1 koncesního zákona.**

Pokud by Zadavatel postupoval v souladu se zákonem a provedl koncesní řízení, **nelze vyloučit, že by obdržel nabídky také od jiných dodavatelů, které by mohly být ekonomicky výhodnější než podmínky, na nichž se v uzavřeném kontrakčním procesu (tj. čistě soukromoprávním, tedy s vyloučením veřejnosti) dohodl s JCD.** Vzhledem k tomu, že uvedené porušení zákona mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o předmětnou koncesi, a případně nabídnout výhodnější plnění pro Zadavatele, neboť tím, že Zadavatel nepostupoval podle zákona, také zcela rezignoval na příslušné uveřejňovací povinnosti imanentně spjaté s koncesním řízením, **v důsledku čehož se o jeho záměru uzavřít koncesní smlouvu vůbec nedozvěděl relevantní okruh dodavatelů, mohl výše uvedený postup Zadavatele negativně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.**

Dle přesvědčení podatele tak v daném případě došlo **k naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu dle § 27 odst. 1 písm. b) koncesního zákona, ve znění do 31.12.2009.**

VI.

Závěrečný návrh podatele

Se zřetelem ke všem shora uvedeným skutečnostem podatel žádá, aby Úřad tento opakovaný podnět, a to zejména ve světle nové právní argumentace podatele náležitě prověřil a o výsledku svého šetření, jakož i případně přijatých opatřeních podatele písemně informoval.

Za Kverulant.org o.p.s.

Mgr. Adrián Čech, advokát v plné moci,

i.s. Mgr. Daniel Schmied, na základě substituční plné moci

(podepsáno elektronicky)