

Právní rozbor problematiky daní a problematiky veřejných zakázek

advokátní kancelář HAVEL & PARTNERS s.r.o.

Hlavní město Praha

k rukám

doc. Ing. arch. Petra Hlaváčka, I. náměstkyně primátora hl. m. Prahy
Ing. arch. Filipa Foglara, vedoucího sekretariátu I. náměstkyně primátora hl. m. Prahy

Mariánské náměstí 2/2
110 00 Praha – Staré Město

Doručeno e-mailem

Příloha č.1: právní posouzení daňových aspektů spolupráce.

V Praze dne 7. prosince 2021

PRÁVNÍ POSOUZENÍ ZAKÁZKOVÝCH A DAŇOVÝCH ASPEKTŮ PRINCIPŮ SPOLUPRÁCE DLE METODIKY SPOLUÚČASTI INVESTORŮ NA ROZVOJI ÚZEMÍ

Vážený pane docente, vážený pane architektke,

HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář („**HAVEL PARTNERS**“) byla požádána Hlavním městem Praha („**Klient**“ nebo „**HMP**“) o vypracování odborného

- (i) právního posouzení k otázce vyloučení střetu postupu dle Metodiky spoluúčasti investorů na rozvoji území („**Metodika**“) se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů („**ZZVZ**“); a
- (ii) posouzení daňových aspektů možných variant spolupráce investorů s HMP a příslušných městských částí HMP („**MČ**“).

1. PŘEDMĚT A ÚČEL POSOUZENÍ

Předmětem tohoto posouzení je právní analýza postupu při spolupráci HMP a MČ s investory na základě Metodiky v části týkající se poskytování nefinančního plnění. Konkrétně se právní posouzení týká možnosti započíst na své plnění, které se rozhodne poskytnout na základě smlouvy o spolupráci uzavřené dle pravidel předem stanovených v Metodice, nefinanční plnění ve formě převodu vlastnického práva ke stavbě dle podmínek stanovených v Metodice, zejména stavbě veřejné infrastruktury, občanského nebo rekreačního vybavení, nebo ve formě převodu pozemků z vlastnictví investora do vlastnictví HMP a správy MČ („převod pozemků“). Předmětem tohoto právního posouzení naopak nejsou další formy nefinančního plnění, které musí být samostatně právně posouzeny. Účelem tohoto právního posouzení je potvrzení souladu zamýšleného postupu se ZZVZ a případné upozornění Klienta na možný střet této formy nefinančního plnění investora se ZZVZ a upozornění na případná rizika s takovým postupem spojenými tak, aby Klient případnému střetu se ZZVZ a rizikům předešel, resp. aby k takovému střetu vůbec nedošlo.

Dále je předmětem této analýzy posouzení možných variant spolupráce HMP a MČ se zájemci o výstavbu na území HMP, resp. se zájemci o změnu územního plánu, kteří by se na základě této spolupráce spolupodíleli na rozvoji dotčeného území. Podrobné posouzení daňových aspektů možných variant spolupráce jsou uvedeny v **příloze č. 1** tohoto právního posouzení.

2. PODKLADOVÉ DOKUMENTY A INFORMACE

Pro účely vypracování tohoto posouzení nám byla poskytnuta pracovní verze Metodiky zpracovaná ke dni 5. 12. 2021.

Dále jsme při vypracování tohoto posouzení vycházeli z informací poskytnutých Klientem, z informací veřejně dostupných, z obecně závazných právních předpisů ČR v příslušném znění, odborné právní literatury, soudní judikatury a dalších pramenů.

3. PŘEDPOKLADY A VÝCHODISKA POSOUZENÍ

Pro účely právního posouzení v oblasti ZZVZ vycházíme z aktuálního znění Metodiky ke dni vypracování tohoto posouzení (tj. Metodiky ve stavu ke dni 5. 12. 2021), ve kterém jsou nastaveny níže uvedené principy plnění formou realizace stavby nebo převodu pozemků. Tyto předpoklady se nevztahují k daňovému posouzení možných variant spolupráce.

- Metodika upravuje principy spolupráce HMP a/nebo MČ s investory, v rámci které dochází k uzavření smlouvy o spolupráci. Na základě smlouvy o spolupráci se investor zavazuje poskytnout HMP a/nebo MČ plnění, jehož výše se stanoví dle pravidel stanovených v Metodice. Na plnění investora lze dle předem stanovených pravidel Metodiky započíst nefinanční plnění, a to mj. ve formě realizace stavby nebo převodu pozemků. Dle Metodiky lze na plnění investora započíst i jiná nefinanční plnění, avšak ta nejsou předmětem tohoto právního posouzení. Předmětem tohoto posouzení je právě a výhradně nefinanční plnění ve formě realizace stavby nebo převodu pozemků.
- Investor na své náklady vyprojektuje a vybuduje veřejnou občanskou vybavenost, rekreační vybavenost, veřejné prostranství, nadřazenou dopravní nebo technickou infrastrukturu, městské byty nebo veřejnou infrastrukturu („stavba“), tedy realizuje stavbu, kterou následně převede do vlastnictví HMP (správy MČ), a to za cenu odpovídající 3 % referenční hodnoty stavby stanovené dle Metodiky. Stavby jsou nabízeny a realizovány investory dobrovolně,

tj. s cílem podpořit a čerpat plné možnosti spolupráce dle Metodiky, tj. Metodika neukládá investorům povinnost stavbu realizovat. Konkrétní forma nefinančního plnění je volena investorem.

- HMP ani MČ nebude dávat investorovi závazné pokyny při přípravě projektové dokumentace ani v průběhu realizace stavby ohledně vzhledu nebo vlastností stavby, ale před uzavřením smlouvy o spolupráci, zvolí-li si investor na základě svého rozhodnutí plnit formou realizace stavby, budou na základě pravidel Metodiky stanoveny základní kvalitativní požadavky na takové nefinanční plnění (např. energetický štítek, prodloužená záruka apod.)
- Investor převede pozemky do vlastnictví HMP (správy MČ) za cenu odpovídající 3 % referenční hodnoty pozemku stanovené dle Metodiky.

Vycházíme tedy z předpokladu, že:

- HMP/MČ nebudou investorovi, kromě stanovené ceny ve výši 3 % referenční hodnoty stavby nebo pozemku, za převod stavby nebo pozemku poskytovat žádné jiné penězi ocenitelné plnění, které by k této hodnotě šlo přičítat.
- Z pohledu HMP/MČ se při převodu stavby nejedná o realizaci jejich potřeb a v případě, že by se investor rozhodl stavbu nerealizovat, HMP/MČ by nemusely obstarat stejnou stavbu (jinak). Důvodem přijetí staveb do vlastnictví HMP (správy MČ) je mimořádná výhodnost převodu stejně jako obecná využitelnost těchto nemovitostí (staveb).

Upozorňujeme, že toto právní posouzení nepokrývá ostatní možné formy nefinančního plnění stanovené v Metodice, které musí být samostatně posouzeny. Toto posouzení není komplexním právním stanoviskem ve věci Metodiky; v případě žádosti Klienta o rozpracování jakékoliv otázky či právní oblasti jsme připraveni takovému požadavku vyhovět.

4. MANAŽERSKÉ SHRUTÍ

Na základě analýzy provedené níže, při správnosti předpokladů a východisek uvedených v tomto posouzení a s výhradami v něm uvedenými, je možné učinit následující závěry a doporučení.

Upozorňujeme, že níže jsou obsaženy pouze základní a dílčí závěry a doporučení vyplývající z právního stanoviska – pro úplnost je nutné číst právní stanovisko v celku a tyto závěry a doporučení nemohou právní stanovisko v celém rozsahu nahradit.

A. ASPEKTY SPOLUPRÁCE Z HLEDISKA ZZVZ

- S ohledem na charakter vztahu a plnění podle našeho názoru HMP/MČ nebude povinna zadat plnění ve formě realizace stavby nebo převodu pozemků v zadávacím řízení dle ZZVZ.**
- Zásadním argumentem je v případě stavby naplnění (a) výjimky veřejné zakázky malého rozsahu v případě kupní ceny do 6 mil. Kč bez DPH a dále z důvodu naplnění podmínek (b) konceptu open-house, (c) výjimky pro pořízení nemovitosti a (d) jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu jedinečnosti takového plnění ze strany investora. V případě převodu pozemků se pak uplatní výjimka dle § 29 písm. h) ZZVZ zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení.**
- Základním předpokladem tohoto posouzení je, že HMP ani MČ investorovi, kromě ceny ve výši 3 % referenční hodnoty stavby nebo pozemku za převod stavby nebo**

pozemku, nebudou poskytovat žádné jiné penězi ocenitelné plnění, které by k této hodnotě šlo přičítat. Konkrétní forma nefinančního plnění bude na základě Metodiky zvolena investorem dle jeho svobodného uvážení (resp. na základě dohody smluvních stran ve formě smlouvy o spolupráci) z možností předem stanovených v Metodice, které platí pro všechny subjekty (tj. investory na trhu) stejně a za rovných podmínek. Pokud by přitom investor takto zvolené plnění nenabídl (nebyla-li by uzavřena smlouva o spolupráci), HMP ani MČ by takové plnění nepotřebovala ani nepoptávala. Nefinanční plnění tak podle našeho přesvědčení a právního názoru nepředstavuje plnění, o které by HMP/MČ usilovaly, ani nejde o plnění ve veřejném zájmu (k zajištění veřejné služby vyžadované ze strany HMP/MČ) a nejedná se o plnění potřeb HMP/MČ, které by HMP/MČ měla bez developerského projektu (nezávisle na něm).

- (iv.) Součinnost HMP a MČ nemá charakter úplatného protiplnění. V rámci spolupráce s investorem se dle Metodiky HMP a/nebo MČ ve smlouvě o spolupráci zavazují pouze k poskytnutí nezbytné součinnosti v rámci jejich samostatné působnosti. Tato součinnost bude poskytována v každém případě a každému investorovi dle Metodiky stejně bez ohledu na formu a rozsah plnění investora, tedy za rovných a předem stanovených podmínek. Součinnost není službou, která by měla vyjádřitelnou hodnotu, natož aby byla tato hodnota jakkoliv hrazena investorovi. HMP ani MČ neposkytují ani nečiní žádné činnosti nad rámec zákona ani nad rámec svých obvyklých činností a v souvislosti s poskytováním součinnosti jim nevznikají žádné vícenáklady.

K plnění formou realizace stavby

- (v.) V případě stavby, jejíž konečné pořizovací náklady nebudou přesahovat 200 mil. Kč bez DPH, budou 3 % jejich pořizovacích nákladů pod hranicí 6 mil. Kč bez DPH. Nadto i v případě, že by konečné pořizovací náklady měly přesáhnout 200 mil. Kč, HMP ani MČ nezaplátí dle principů stanovených v Metodice nikdy více než jsou 3 % referenční hodnoty stavby, přičemž tato hodnota prokazatelně nikdy hodnotu 6 mil. Kč nepřekročí. Domníváme se, že v takovém případě nebude mít HMP/MČ povinnost postupovat dle ZZVZ, jelikož budou naplněny podmínky ustanovení § 27 a § 31 ZZVZ, tedy znaky veřejné zakázky malého rozsahu, pro které platí výjimka z povinnosti zadat takové plnění v zadávacím řízení. Jelikož Metodika bude veřejně přístupná a v případě spolupráce bude postupováno podle předem stanovených pravidel v ní stanovených a tato pravidla se aplikují na všechny fyzické a právnické osoby (tj. investory) stejně, budou dodrženy též základní zásady stanovené v § 6 ZZVZ, tedy zásada transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
- (vi.) Postup mimo ZZVZ lze dále obhájit rozhodovací praxí ke konceptu open-house. Každý investor, který uzavře s HMP/MČ smlouvu o spolupráci, má totiž stejnou možnost podle předem daných pravidel, která jsou veřejně přístupná, započítat na své plnění dle Metodiky nefinanční plnění vymezená Metodikou. Tato pravidla se uplatní pro všechny investory stejně. HMP tedy nemá potřebu ani zájem provádět mezi dodavateli jakoukoli soutěž, HMP/MČ pouze stanoví, co může být dle předem stanovených pravidel předmětem plnění a fakticky benefituje z co možná největšího

zájmu / realizace spolupráce ze strany investorů. Tímto nebude omezena hospodářská soutěž, neboť každý má možnost nabídnout a realizovat pro HMP/MČ stejné plnění za stejných podmínek. Tímto je motivováno maximální množství investorů, aby vybudovali danou infrastrukturu a vybavenost. Zároveň je nastaven plošný přístup pro všechny, který nikoho neznevýhodňuje ani nikoho nezvýhodňuje. ZZVZ v tomto případě nelze uplatnit, neboť HMP/MČ nechtějí vybírat nejlepší řešení, nechtějí tak hodnocením dodavatele selektovat, ale přijímají plnění od neomezeného počtu z jejich pohledu zaměnitelných dodavatelů. Takové plnění naplňuje mantinely tzv. konceptu open-house potvrzeného judikaturou SD EU¹.

- (vii.) Dalším argumentem, proč není nutné, aby HMP/MČ přijímalo nefinanční plnění formou stavby v zadávacím řízení dle ZZVZ je skutečnost, že na toto plnění lze pohlížet jako na obecnou výjimku dle § 29 písm. h) ZZVZ, kdy zadavatel není povinen pořizovat věci nemovitě v zadávacím řízení. Metodika stanoví pouze možnosti započitatelného plnění, mezi které patří rovněž nefinanční plnění v podobě stavby. Je pouze na investorovi, jakou konkrétní formu nefinančního plnění si zvolí. HMP ani MČ předem neví ani nebude určovat, jakou formou a jakým způsobem má zvolené plnění investor plnit. HMP ani MČ tedy nepoptává realizaci vybavenosti, respektive o její realizaci neusiluje.
- (viii.) Tím, že investor zvolí formu nefinančního plnění, jehož předmětem je stavba, nebude uspokojována potřeba HMP nebo MČ. Pokud by investor toto plnění na základě svého rozhodnutí nezvolil, HMP ani MČ by tuto vybavenost samy jinak nepoptávaly, neboť na takovém plnění nemají hospodářský zájem. Nefinanční plnění tohoto typu bude mít vždy úzkou vazbu na investiční záměr a bude využitelné bez ohledu na to, zda jej finálně HMP/MČ převezme do svého vlastnictví a bude jej provozovat. Při splnění těchto předpokladů se nebude jednat o veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 4 ZZVZ.
- (ix.) Domníváme se, že závěry relevantní rozhodovací praxe lze analogicky aplikovat i na v době uzavření smlouvy o spolupráci ještě neexistující nefinanční plnění, resp. stavbu. Pro případy, kdy bude investor poskytovat nefinanční plnění, je pro vyloučení definice takového plnění jako veřejné zakázky na stavební práce nezbytné, aby HMP/MČ nemělo rozhodující vliv na druh nebo projekt stavby, zejména aby tyto požadavky nesměřovaly například vůči architektonické struktuře nefinančního plnění. Ve smyslu § 14 odst. 4 ZZVZ by nemělo mít HMP/MČ vliv především na projekt, tedy projektovou dokumentaci nefinančního plnění.
- (x.) Uvedené neznamená, že by HMP/MČ nemohlo vznést určité požadavky na nefinanční plnění, avšak tyto požadavky nesmí překročit požadavky obvyklé, respektive se nesmí jednat o požadavky příliš specifické a rozsáhlé. V Metodice je sice zamýšleno s konceptem, kdy jsou na nefinanční plnění kladeny určité kvalitativní požadavky (např. energetická náročnost, záruky za jakost apod.), avšak jedná se o požadavky, které jsou velice obecné a nezasahují do konkrétního vzhledu

¹Viz rozsudek SD EU ze dne 2. 6. 2016 ve věci C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH proti DAK-Gesundheit nebo rozsudek SD EU ze dne 1. 3. 2018, ve věci C-9/17, Marií Tirkkonen proti Maaseutuvirasto.

a architektonického řešení jednotlivých nefinančních plnění. Takové požadavky však nesmí být následně sjednány ani s konkrétním investorem ve smlouvě o spolupráci. HMP/MČ bude v podstatě pouze deklarovat ochotu přijmout nemovitost určitých obecných parametrů (kapacita a kvalitativní standard) jako nefinanční plnění. Specifikace požadavků by měla být obdobná, jako když zadavatel poptává koupi na trhu již existujících nemovitostí v souladu s péčí řádného hospodáře tak, aby nabídka vyhovující takové poptávce byla dostatečně široká.

- (xi.) Stanovené podmínky na kvalitu nefinančního plnění jsou nadto předem stanoveny Metodikou a platí pro všechny investory stejně a jedná se tak o podmínky rovné a transparentní. Pro vyloučení jakýchkoliv pochybností je nezbytné, aby ve smlouvě o spolupráci s konkrétním investorem nebyly sjednány podrobné parametry a požadavky na předmět nefinančního plnění určené ze strany HMP/MČ, které by přesahovaly rámec obecných požadavků. V takovém případě by totiž již bylo možné hovořit o veřejné zakázce na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 4 ZZVZ.
- (xii.) Dále bude dle našeho názoru obhajitelné také naplnění podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění smyslu § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ. Podmínky využití JŘBU budou naplněny zejména z toho důvodu, že investor nabízí HMP/MČ plnění, které může poskytnout jedině on, neboť nefinanční plnění realizuje na svém pozemku, na základě svého dobrovolného rozhodnutí a poskytuje tak plnění, které nikdo jiný poskytnout nemůže. Zároveň HMP/MČ by takové plnění bez toho, aniž by jí to investor nabídl (nebyla-li by uzavřena smlouva o spolupráci) ani nepoptávalo a nepotřebovalo. S ohledem na symbolickou hodnotu kupní ceny je zřejmé, že pokud by takové plnění HMP poptávalo, byla by předpokládána hodnota takového plnění řádově vyšší. Je zřejmé, že plnění o daných parametrech a v dané lokalitě není jinak absolutně dostupné a jedinečnost této příležitosti plyne z okolností spolupráce dle smlouvy o spolupráci. Lze též argumentovat, že „symbolická“ výše ceny má svým charakterem blízko „bezüplatnosti“ a uplatňována je z důvodů primárně účetních, aniž by účelem bylo stanovit protihodnotu plnění.

K plnění formou převodu pozemků

- (xiii.) V případě plnění formou převodu pozemku za 3 % referenční hodnoty takového pozemku stanovené postupem dle Metodiky střet s pravidly ZZVZ nenastává, neboť na takové plnění se aplikuje výjimka z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení dle § 29 písm. h) ZZVZ. Podle tohoto ustanovení není zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jejímž předmětem je nabytí, nájem nebo pacht existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv. Pozemek je dle § 498 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů nemovitou věcí a současně existující nemovitou věcí ve smyslu § 29 písm. h) ZZVZ. Z tohoto důvodu nemůže ke střetu se ZZVZ v případě této formy plnění vůbec dojít.

B. DAŇOVÉ ASPEKTY MOŽNÝCH VARIANT SPOLUPRÁCE

Bezúplatný převod (dar)

(bezúplatný převod Nefinančního plnění ve formě darovací smlouvy (tj. obdobně jako bezúplatný převod vyvolaných investic) - není za něj žádné protiplnění ze strany HMP / MČ).

- (i.) Nevýhodou pro investory u této varianty je, že pokud si u příslušných vstupů uplatnili nárok na odpočet daně z přidané hodnoty („DPH“, obecně 21 %), musí na výstupu odvést DPH z tržní, tedy v místě a čase obvyklé ceny (aniž by jim byla ze strany HMP a / nebo příslušných MČ proplacena). Odvod DPH na výstupu tedy není nutný pouze v případě, že příslušný investor u příslušných vstupů nárok na odpočet DPH neuplatnil, což je však také nevýhoda (jakkoli zřejmě v nižší částce). Na straně investorů existuje dále riziko, že nepovinné nepeněžní plnění nebude považováno za tzv. vyvolanou investici (neboť nutně nepodmiňuje funkci ani užívání hlavního aktiva) a to by mohlo znamenat neuznatelnost příslušných nákladů pro účely daně z příjmů právnických osob („DPPO“, 19 %).
- (ii.) Pro HMP (resp. příslušné městské části) je tato varianta daňově neutrální (osvobozený příjem, žádné odpisy pro účely DPPO), a to za předpokladu, že souvisí s hlavní (tj. nepodnikatelskou) činností HMP (resp. příslušných MČ). Existuje však určité riziko, že by aktivita (součinnost) HMP a / nebo příslušných MČ vůči investorům mohla být správcem daně vnímána jako určitá forma služby. V takovémto případě by nepovinné nepeněžní plnění pro HMP (resp. příslušné městské části) představovalo příjem zdanitelný DPPO (tj. jako nepeněžní odměna) a HMP (resp. příslušné městské části) by byly povinny také odvést DPH na výstupu z této služby.
- (iii.) S ohledem na výše uvedené tato varianta, která zahrnuje jakákoli bezúplatně poskytnutá plnění (včetně např. náhrad nákladů), není preferována ze strany investorů.

Prodej Nefinančního plnění za částku v řádu jednotek / stovek tis. Kč

(úplatný převod Nefinančního plnění za předem určenou paušální částku v řádu jednotek / stovek tis. Kč na základě kupní smlouvy. Ze strany HMP byla zmíněna možnost případného přehodnocení výše tarifů).

- (iv.) U této varianty má příslušný investor nárok na odpočet DPH na vstupu a DPH na výstupu odvede pouze z kupní ceny v řádu jednotek / stovek tis. Kč (případně v důsledku zaokrouhlení žádnou). Pro účely DPPO uplatní jako daňově uznatelné příslušné náklady (tj. z prodeje vzniklou ztrátu), aniž by bylo nutné zkoumat, zda jde o tzv. vyvolanou investici. Rizikem však je, že by transakce mohla být správcem daně překlasifikována na (de facto) bezúplatný převod (viz varianta 1). To by znamenalo doměření DPH na výstupu z tržní (v místě a čase obvyklé) ceny a sankcí a také možné zpochybnění uznatelnosti příslušných nákladů pro účely DPPO. Proti takovému postupu by bylo možné namítat např. celkovou ekonomickou / obchodní logiku transakcí pro příslušného investora, kdy příslušné náklady jsou umožněny v kupní ceně hlavního aktiva.

- (v.) Na straně HMP (resp. příslušných MČ) je tato varianta daňově neutrální (s výhradou/riziky níže). DPH zaplatí jen z kupní ceny v řádu jednotek / stovek tis. Kč (případně v důsledku zaokrouhlení žádnou), neuplatní žádné odpisy pro účely DPPO.
- (vi.) Existuje však riziko, že by správce daně transakci překlasifikoval na (de facto) bezúplatný převod (viz výše). Dále nemůžeme vyloučit ani riziko, že by správce daně považoval vztah investora a HMP (resp. příslušné MČ) za právní vztah, který vytvořily převážně za účelem snížení základu daně nebo zvýšení daňové ztráty, přičemž by transakci zkoumal z pohledu reálné hodnoty plnění, resp. transakce by mohla být překlasifikována na tzv. cenu v místě a čase obvyklou. V takovémto případě by nepovinné nepeněžní plnění pro příslušného investora představovalo příjem zdanitelný DPPO. Na straně HMP (resp. MČ) existuje riziko ručení za DPH neodvedenou příslušným investorem. Dle nám dostupných informací o aktuálním metodickém přístupu k ručení za daň uplatňuje daňová správa institut ručení pro všechny zjevné odchylky od ekonomicky zdůvodnitelné ceny, tj. pro ceny nepřiměřeně vysoké i nepřiměřeně nízké (jakkoli jsme byli informováni o odpovědi Generálního finančního ředitelství na dotaz HMP týkající se ručení, které rozumíme tak, že na jednu stranu ustanovení o ručení plátce v rámci jeho veřejnoprávní činnosti sice gramaticky pokrývá, ale implicitně – zřejmě tedy myšleno z hlediska záměru zákonodárce – nikoli). Riziko ručení HMP (resp. příslušných MČ) by bylo možné zmírnit/eliminovat další formou zajištění ze strany příslušného investora (např. bankovní či finanční zárukou, ručením ekonomicky stabilní matky, zástavním právem apod.).
- (vii.) V současné době je tato varianta využívána a ze strany investorů i nadále zvažována zejména pro tzv. vyvolané investice (tj. investice nutně podmiňující funkci a užívání hlavního aktiva), které mají obvykle z pohledu příslušného investora zápornou ekonomickou hodnotu, neboť po jejich dokončení generují pouze provozní náklady, resp. ztráty. Podle našeho názoru je v tomto případě obhajitelné (s výhradou / riziky výše), že takto realizované vyvolané investice příslušný investor následně převádí HMP (resp. do správy příslušné MČ) za ceny řádu tisíců či desítek tis. Kč, kdy takto sjednaná cena v nízké nominální hodnotě má své ekonomické opodstatnění.
- (viii.) Vyrozuměli jsme, že z pohledu investorů je tato varianta preferovaným řešením pro převod tzv. vyvolaných investic. Na druhou stranu tato varianta není preferována pro nefinanční plnění, která nemají povahu tzv. vyvolaných investic a jsou poskytována nad rámec.

Prodej Nefinančního plnění za materiální kupní cenu s (významnou) slevou (úplatný převod Nefinančního plnění s významnou (procentní) slevou na základě kupní smlouvy)

- (ix.) V zásadě stejné dopady jako u varianty prodeje za cenu v řádu jednotek / stovek tis. Kč, avšak zmírnění (resp. dle výše kupní ceny až eliminace) rizika překlasifikace na bezúplatný převod. S ohledem na výši předpokládané odměny (resp. výši slevy) za převod nefinančních plnění a s ohledem na judikaturu Soudního dvora Evropské Unie („SDEU“), konkrétně rozsudek C-267/15

Gemeente Woerden, v tomto případě vidíme prostor pro argumentaci a obhájení úplatného převodu (prodeje) nefinančního plnění.

- (x.) **Na straně HMP (resp. MČ) je nevýhodou zvýšení kupní ceny (odhlédneme-li případné kompenzace např. v rámci jiného plnění) a odpočtu DPH z kupní ceny, kde předpokládáme nemožnost jeho uplatnění, pokud plnění souvisí s hlavní (tj. nepodnikatelskou) činností HMP (resp. příslušných MČ).**
- (xi.) **Podle našeho názoru by měla být tato varianta zvažována a posuzována individuálně s přihlédnutím k charakteristice každého konkrétního nefinančního plnění. Tato varianta může být (s výhradou / riziky výše) spíše obhajitelná u převodů neobchodovatelných plnění ve veřejném zájmu (parky, školky, školy související pozemky apod.) s ohledem na jejich omezený tržní potenciál příznivou judikaturu SDEU.**
- (xii.) **Na druhou stranu uplatnění této varianty může být spornější u převodů komerčních plnění (byty, nebytové prostory a související pozemky apod.), která mohou být obchodována za tržní ceny mezi třetími subjekty. Podle našeho názoru existuje nejvyšší riziko uplatnění této varianty u stavebních pozemků, kterých je třeba vždy vycházet z individuálního vyhodnocení každého jednotlivého případu.**
- (xiii.) **Z pohledu investorů je tato varianta ideálním řešením právě pro nefinanční plnění, která nejsou považována za tzv. vyvolanou investici. V současné době probíhají intenzivní diskuse ohledně stanovení výše prodejní ceny (resp. výše slevy) pro konkrétní skupiny nefinančních plnění. V této souvislosti rovněž upozorňujeme, že výše slevy dle judikatury SDEU není v praxi závazná ani pro investory nicméně ani pro správce daně (každý případ musí být vždy posuzován individuálně s ohledem na jeho okolnosti).**
- (xiv.) **Nad rámec výše uvedeného upozorňujeme na skutečnost, že nelze předvídat, jakým způsobem se bude vyvíjet judikatura SDEU a českých soudů, rozhodovací praxe ani právní úprava. V budoucnu tedy mohou nastat další okolnosti (viz výše), které mohou být relevantní pro plnění poskytovaná ze strany investorů na HMP (resp. na příslušné MČ) a které mohou zásadním způsobem změnit shora uvedené závěry. Vývoj judikatury SDEU průběžně sledujeme a obratem bychom Vás o nové relevantní judikatuře informovali.**

5. PRÁVNÍ POSOUZENÍ POSTUPU DLE METODIKY Z POHLEDU PRAVIDEL ZZVZ

5.1 OBECNÝ PRÁVNÍ ÚVOD DO PROBLEMATIKY VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK SE ZAMĚŘENÍM NA STAVBY

Definice veřejné zakázky není přímo v ZZVZ výslovně zavedena. Ustanovení § 2 odst. 1 ZZVZ však stanoví, že zadáním veřejné zakázky se rozumí *uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.*

Z citovaného ustanovení vyplývají základní definiční znaky veřejné zakázky, které musí být pro to, aby se v uvedeném případě jednalo o veřejnou zakázku, naplněny kumulativně.

Jedná se o tyto definiční znaky: (i) existence smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem (tj. **smluvní stranou je zadavatel** ve smyslu § 4 ZZVZ), (ii) závazek dodavatele poskytnout zadavateli dodávky, služby nebo stavební práce (tj. **předmět smlouvy**) a (iii) závazek zadavatele dodavateli za plnění poskytnout úplaty (tj. **úplatnost smluvního vztahu**). S těmito definičními znaky jako základními pracuje též ustálená rozhodovací praxe².

Předmětem veřejné zakázky se ve smyslu § 14 ZZVZ rozumí dodávky, služby nebo stavební práce. Úplatou pak protiplnění zadavatele spočívající zpravidla v přímém peněžitém závazku, ale i jiné penězi ocenitelné protiplnění, „[n]apříklad plněním v naturální formě, plnění spočívající v poskytnutí protisluzby nebo v převedení vlastnického či jiného práva.“³.

Jako úplatu dle Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“) „[n]elze vyloučit ani ‚nepřímou‘ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty. V každém případě se v takových případech jedná pouze o rozlišný způsob úhrady ceny, nikoliv o bezplatně poskytované dodávky, služby event. stavební práce.“⁴. Za úplatné vztahy je pak třeba dle rozhodovací praxe považovat též smluvní vztahy, v rámci kterých dochází k zápočtu plnění obou smluvních stran⁵.

Pro účely vyloučení jakýchkoliv pochybností v rámci spolupráce HMP/MČ s investory níže rozvádíme zásadní rozhodnutí správních soudů a ÚOHS v případě „spolupráce“ mezi zadavatelem a dodavatelem. V rozsudku ze dne 31. 5. 2010, č. j. 8 Afs 60/2009 – 78 („**Rozsudek Pec**“) řešil Nejvyšší správní soud („NSS“) případ, kdy zadavatel uzavřel s dodavatelem kupní smlouvu o prodeji nemovitosti (budovy mateřské školy a dalších nemovitostí) za cenu 16 065 000 Kč. Dodavatel pak prostřednictvím jiné stavební firmy provedl stavební práce (úprava a přístavba budovy základní školy), a to namísto zaplacení kupní ceny za nabyté nemovitosti. Dodavatel tak neuhradil za nemovitosti kupní cenu, ale provedl stavební práce v hodnotě kupní ceny a zároveň na něho bylo převedeno vlastnické právo k nemovitostem.

Podle ÚOHS a následně i správních soudů zadavatel pochybil, když toto plnění nezadal v zadávacím řízení v souladu se ZZVZ⁶. Dle Rozsudku Pec se jednalo o veřejnou zakázku, neboť se jednalo zjevně o plnění úplatné. NSS v tomto případě zdůraznil, že:

„Existence veřejné zakázky však není podmíněna pouze závazkem zadavatele spočívajícím v přímém peněžitém plnění. Úplatným smluvním vztahem ve smyslu § 6 odst. 1 zákona

² Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2010, č. j. 8 Afs 60/2009 – 78 nebo rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 5. 2014, č. j. S510/2012/VZ-2461/2013/521/JHn.

³ Srov. DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. § 2 [Zadání veřejné zakázky]. In: DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 14.

⁴ Viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 19. 12. 2008, č. j. S257/2008/VZ-23325/2008/530/RP, dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-7780.html>.

⁵ Srov. HERMAN, Pavel. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek. 2. aktualizované a doplněné vydání*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017. ISBN 978-80-7380-660-6, s. 14.

⁶ Tehdy platným zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

o veřejných zakázkách je i takový smluvní vztah, podle kterého zadavatel nemá přímo platit určitou částku v penězích, ale poskytuje jiné plnění, vyjádřitelné v penězích. Formální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, ani jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva nejsou rozhodující. Úplatný charakter „celkového“ smluvního vztahu mezi zadavatelem a jinou osobou ve smyslu § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách může být založen i kombinací několika soukromoprávních úkonů, pokud z nich vyplývá povinnost zadavatele poskytnout plnění, třeba v naturální formě, vyjádřitelné v penězích, které je svou povahou výdajem zadavatele, se zohledněním kontextu práv a povinností zadavatele vyplývajících ze všech souvisejících a na sebe navazujících soukromoprávních úkonů.“

V důsledku toho, že zadavatel převedl vlastnická práva k jiným nemovitostem na dodavatele, ÚOHS a NSS uzavřel, že se jedná o protiplnění za úpravy (rekonstrukci) a přístavbu nemovitostí zadavatele. Podle Rozsudku Pec tak není rozhodující formální označení úkonu, na základě kterého dojde k založení závazkového vztahu. O úplatné plnění jde dle NSS nejen v případě, kdy zadavatel hradí určitou částku v penězích, ale též v případě, že poskytuje jiné plnění vyjádřitelné v penězích, a to i plnění naturální.

V rozhodnutí ze dne 12. 5. 2014, č. j. S510/2012/VZ-2461/2013/521/JHn („**Rozhodnutí ÚOHS**“) ÚOHS řešil obdobný případ obcházení pravidel zadávání veřejných zakázek, kdy zadavatel uzavřel s dodavatelem smlouvu na vybudování přípojek vody, kanalizace, EE, plynu, zřízení přípojných bodů, vybudování komunikací, chodníků, veřejného osvětlení, tedy zhotovení stavby. Na základě uzavřené smlouvy měl zadavatel následně nabýt infrastrukturu, a to za 3 % hodnoty stavby. V konečném důsledku pak zadavatel přenechal dodavateli předmětné pozemky za symbolickou cenu 1 Kč za m².

V řešeném případě ÚOHS dospěl k obdobnému závěru jako v Rozsudku Pec, když uvedl, že: „*V případě dalšího pojmového znaku veřejné zakázky – úplatnosti – se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty. V šetřeném případě se jedná o jinou konstrukci úhrady, která spočívá v částečné úhradě v penězích [...] a v současném přenechání předmětných pozemků vybranému uchazeči za symbolickou úhradu 1 Kč za m² [...] Zadavatel měl možnost ponechat si předmětné pozemky ve svém vlastnictví, náklady spojené s předmětnou veřejnou zakázkou hradit v peněžité formě a zhodnocené pozemky následně odprodávat třetím subjektům či je jinak využít. [...] Tento postup však nemůže mít za následek to, že by se zadavatel při realizaci veřejné zakázky mohl vyhnout postupu podle zákona.“*

Z citovaných rozhodnutí je zřejmé, že i převod vlastnického práva k nemovitostem (typicky pozemkům), ač třeba dočasný, představuje úplatné protiplnění ve smyslu § 2 odst. 1 ZZVZ. ÚOHS ještě nad rámec již uvedeného zdůraznil, že zadavatel měl možnost si předmětné pozemky ponechat, ale neučinil tak.

Z výše uvedených důvodů proto důrazně doporučujeme, aby v případě, že by mělo dojít k realizaci nefinančního plnění na pozemku HMP/MČ byl každý jednotlivý případ podroben podrobnému posouzení. V žádném případě nesmí být umožněno, aby byly jakékoliv nemovitosti ve vlastnictví HMP/MČ převáděny do vlastnictví investora, a to ani po dobu realizace takového nefinančního plnění, a ani za

tzv. symbolickou cenu například 1 Kč. V pracovní verzi Metodiky poskytnuté ke dni zpracování tohoto právního posouzení je možnost realizace stavby na pozemku HMP/MČ vyloučena, což je nastavení správné a nedochází tak v této části ke střetu s pravidly ZZVZ.

5.2 VYLOUČENÍ STŘETU VARIANTY PRODEJE ZA KUPNÍ CENU S (VÝZNAMNOU) SLEVOU SE ZZVZ

V pracovní verzi Metodiky relevantní pro toto právní posouzení je stanovena varianta převodu stavby do vlastnictví HMP (správy MČ) formou prodeje stavby za kupní cenu s významnou slevou, a to za cenu ve výši 3 % referenční hodnoty stavby nebo pozemku stanovené dle principů Metodiky.

K otázce takového nastavení nejsou v oblasti práva veřejných zakázek dostupné dostatečné výkladové zdroje. Podle našeho názoru však lze dospět výkladem k závěru, že s ohledem na charakter vztahu a plnění HMP/MČ nebude povinna zadat plnění ve formě realizace stavby nebo převodu pozemků v zadávacím řízení dle ZZVZ. Zásadním argumentem je v případě stavby naplnění (a) výjimky veřejné zakázky malého rozsahu („VZMR“) v případě kupní ceny do 6 mil. Kč bez DPH a dále z důvodu naplnění podmínek (b) konceptu open-house, (c) výjimky pro pořízení nemovitosti a (d) jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu jedinečnosti takového plnění ze strany investora. V případě převodu pozemků se pak uplatní výjimka dle § 29 písm. h) ZZVZ zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení.

Základním předpokladem tohoto posouzení je, že HMP ani MČ investorovi, kromě ceny ve výši 3 % referenční hodnoty stavby nebo pozemku za převod stavby nebo pozemku, nebudou poskytovat žádné jiné penězi ocenitelné plnění, které by k této hodnotě šlo přičítat. Konkrétní forma nefinančního plnění bude na základě Metodiky zvolena investorem dle jeho svobodného uvážení (resp. na základě dohody smluvních stran smlouvy o spolupráci) z možností předem stanovených v Metodice, které platí pro všechny subjekty (tj. investory na trhu) stejně a za rovných podmínek. Pokud by přitom investor takto zvolené plnění nenabídl (nebyla-li by uzavřena smlouva o spolupráci), HMP ani MČ by takové plnění nepotřebovala ani nepoptávala. Nefinanční plnění tak podle našeho přesvědčení a právního názoru nepředstavuje plnění, o které by HMP/MČ usilovaly, ani nejde o plnění ve veřejném zájmu (k zajištění veřejné služby vyžadované ze strany HMP/MČ) a nejedná se o plnění potřeb HMP/MČ, které by HMP/MČ měla bez developerského projektu (nezávisle na něm).

Nadto převod za kupní cenu ve výši max. 3 % konečných pořizovacích nákladů (resp. 3 % referenční hodnoty stanovené dle Metodiky) je částkou pouze „symbolickou“, jež má svým charakterem blízko „bezúplatnosti“ a je uplatňována jen z důvodů primárně účetních, aniž by účelem bylo stanovit protihodnotu plnění.

S ohledem na péči řádného hospodáře upozorňujeme, že by mělo HMP převzít do svého vlastnictví pouze takové plnění, které bude rozumně využitelné, přiměřené záměru investora s tím, že by se nemělo jednat o plnění, které by následně vyžadovalo nákladnou údržbu nebo provoz. Tyto podmínky doporučujeme předem jasně vymezit také v Metodice a ve smlouvě o spolupráci. V pracovní verzi Metodiky poskytnuté ke dni zpracování tohoto právního posouzení jsou tyto podmínky zapracovány.

Metodika bude veřejně přístupná a v případě spolupráce bude postupováno podle předem stanovených pravidel, která se budou aplikovat na všechny fyzické a právnické osoby (tj. investory) stejně, a budou tak dodrženy též základní zásady stanovené v § 6 ZZVZ (zásada transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace).

5.2.1 Součinnost HMP a MČ nemá charakter úplatného protiplnění

V rámci spolupráce s investorem se dle Metodiky HMP a/nebo MČ ve smlouvě o spolupráci zavazují pouze k poskytnutí nezbytné součinnosti v rámci jejich samostatné působnosti. Tato **součinnost bude poskytována v každém případě a každému investorovi dle Metodiky stejně bez ohledu na formu a rozsah plnění investora, tedy za rovných a předem stanovených podmínek.** HMP a MČ za svou součinnost získávají pouze příslib nefinančního plnění dle volby investora, resp. na základě společné dohody smluvních stran (tj. MČ a/nebo HMP a investor).

Součinnost není službou, která by měla vyjádřitelnou hodnotu, natož aby byla tato hodnota jakkoliv hrazena investorovi. Nefinanční plnění navíc nepředstavuje plnění, o které by HMP/MČ usilovaly, ani nejde o plnění ve veřejném zájmu (k zajištění veřejné služby vyžadované ze strany HMP/MČ) a nejedná se o plnění potřeb HMP/MČ, které by HMP/MČ měla bez developerského projektu (nezávisle na něm). Potřebnost (upotřebitelnost) nefinančního plnění by měla být primárně spojena se změnou územního plánu nebo investičním záměrem investora (tj. zejména zvýšení atraktivity investičního záměru a podpora občanské vybavenosti). Zároveň bude HMP/MČ připravena přijmout jen takové nefinanční plnění, které bude v souladu s jejich péčí řádného hospodáře a bude pro ně smysluplné jej mít v majetku a provozovat jej.

Na součinnost HMP a MČ by nemělo být pohlíženo jako na penězi ocenitelné plnění i z toho důvodu, že **HMP ani MČ neposkytují ani nečiní žádné činnosti nad rámec zákona ani nad rámec svých obvyklých činností a v souvislosti s poskytováním součinnosti jim nevznikají žádné vícenáklady.**

5.3 PLNĚNÍ FORMOU STAVBY

5.3.1 Veřejná zakázka malého rozsahu ve smyslu § 27 a § 31 ZZVZ

V případě stavby, jejíž konečné pořizovací náklady nebudou přesahovat 200 mil. Kč bez DPH, budou 3 % jejich pořizovacích nákladů pod hranicí 6 mil. Kč bez DPH. Nadto i v případě, že by konečné pořizovací náklady měly přesáhnout 200 mil. Kč, HMP ani MČ nezaplatí dle principů stanovených v Metodice nikdy více než jsou 3 % referenční hodnoty stavby, přičemž tato hodnota prokazatelně nikdy hodnotu 6 mil. Kč nepřekročí. Domníváme se, že v takovém případě nebude mít HMP/MČ povinnost postupovat dle ZZVZ, jelikož budou naplněny podmínky ustanovení § 27 a § 31 ZZVZ, tedy znaky veřejné zakázky malého rozsahu („VZMR“), pro které platí výjimka z povinnosti zadat takové plnění v zadávacím řízení dle ZZVZ.

Podle ustanovení § 31 ZZVZ platí, že *zadavatel není povinen zadat v zadávacím řízení veřejnou zakázku malého rozsahu*, avšak za dodržení základních zásad vymezených v § 6 ZZVZ. Nefinanční plnění ve formě realizace stavby by svým předmětem, kdyby takové plnění bylo veřejnou zakázkou (což není – viz výše), spadlo pod definici veřejné

zakázky na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 3 a 4 ZZVZ. Podle § 27 písm. b) ZZVZ je veřejnou zakázkou malého rozsahu na stavební práce veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší částce 6 mil. Kč. Domníváme se přitom, že v posuzovaném případě lze předpokládanou hodnotu stavby určit na základě ceny stavby, kterou za její převod zaplatí HMP, nikoli dle ceny obvyklé za stavbu srovnatelnou. HMP totiž již před uzavřením smlouvy o spolupráci prokazatelně ví, jaký bude její reálný a prokazatelný výdaj za stavbu a že za převod stavby neuhradí více než právě 6 mil. Kč. V posuzovaném případě se tak prokazatelně jedná o cenu nepřekračující limity VZMR. Do předpokládané hodnoty se nebude započítávat hodnota součinnosti HMP/MČ, neboť tato hodnotu nemá, jak bylo objasněno výše v bodu 5.2.1. tohoto stanoviska.

Jelikož Metodika bude veřejně přístupná a v případě spolupráce bude postupováno podle předem stanovených pravidel v ní stanovených a tato pravidla se aplikují na všechny fyzické a právnické osoby (tj. investory) stejně, budou dodrženy též základní zásady stanovené v § 6 ZZVZ, tedy zásada transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace.

Upozorňujeme však, že kdyby na nefinanční plnění bylo nahlíženo jako na veřejnou zakázku malého rozsahu, muselo by být ve vnitřních předpisech HMP a MČ upraveno, že pro případy nefinančního plnění dle Metodiky není nutné realizovat výběrové řízení na dodavatele takové stavby dle vnitřních právních předpisů HMP nebo MČ.

5.3.2 Open-house jako možný bezpečný a inovativní postup

Postup mimo ZZVZ lze dále obhájit rozhodovací praxí ke konceptu open-house. Česká právní úprava sice tzv. open-house koncept nezná, tento koncept byl nicméně řešen již SD EU, a to v rozsudku ze dne 2. 6. 2016 ve věci C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH proti DAK-Gesundheit⁷ („Falk Pharma“) a v rozsudku ze dne 1. 3. 2018, ve věci C-9/17, Marii Tirkkonen proti Maaseutuvirasto („Tirkkonen“).

V případě Falk Pharma řešil SD EU případ, kdy zadavatel předem zveřejnil v Úředním věstníku Evropské unie oznámení týkající se „připouštěcího řízení“, jehož koncepcí spočívala v uzavírání dohod o slevách souvisejících s léčivými přípravky mezi zdravotní pojišťovnou a dodavateli léčivých přípravků. V rámci tohoto systému byla pak uzavřena dohoda s každým hospodářským subjektem, který projevil zájem dohodu uzavřít a splnil konkrétní předem stanovená kritéria. Dohoda uzavřená s každým jednotlivým hospodářským subjektem byla totožná, tedy obsahovala pevně stanovené smluvní podmínky včetně cenových podmínek. SD EU v tomto případě uzavřel, že:

„Na první položenou otázku je proto třeba odpovědět, že čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 musí být vykládán v tom smyslu, že takový systém dohod, jako je systém dotčený v původním řízení, prostřednictvím kterého veřejný subjekt hodlá na trhu nakupovat zboží tak, že po celou dobu platnosti tohoto systému bude uzavírat smlouvy s každým

⁷ Dostupné z:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179464&pageIndex=0&doclang=CS&mode=lst&dir=&oc c=first&part=1&cid=6336866>.

hospodářským subjektem, jenž se zaváže dodávat dotčené zboží za předem stanovených podmínek, aniž dotyčný veřejný subjekt provede výběr mezi subjekty, které projeví zájem, nýbrž po celou dobu platnosti takového systému umožní každému takovému subjektu k tomuto systému přistoupit, nepředstavuje veřejnou zakázku ve smyslu této směrnice.“.

SD EU tímto dospěl k závěru, že klíčová ustanovení zadávací směrnice, která definují pojem veřejné zakázky, musí být vykládána racionálně a dle jejich smyslu. Zásadní je přitom skutečnost, že po celou dobu platnosti zavedeného systému bude zadavatel uzavírat smlouvy prakticky s každým hospodářským subjektem, který bude dodávat dotčené zboží za předem stanovených podmínek, aniž by bylo účelné provádět jakoukoliv ekonomickou selekci. Podle SD EU totiž v takovém případě absentuje soutěžní prvek. Dále pak SD EU upozornil na to, že takový koncept open-house jako je v řešeném případě nesmí vytvářet žádný prostor na straně dodavatelů pro vyjednávání či předložení „výhodnější“ nabídky.

Základním předpokladem pro využití konceptu open-house je tedy neexistence soutěžního prvku. Na rozdíl od přímého zadání, u kterého soutěžní prvek rovněž absentuje, však v případě open-house konceptu nehraje roli specifický charakter plnění od určitého dodavatele, neboť z pohledu zadavatele poskytují všichni dodatelé generické plnění, které má pro zadavatele totožný význam. Předpokladem řádného open-house konceptu je dle výše citované judikatury otevřenost přístupu k plnění blíže neurčitěmu okruhu dodavatelů, kteří si nemohou se zadavatelem vyjednat jiné podmínky plnění. Je proto vyloučena jakákoliv selekce dodavatelů.

V případě spolupráce dle Metodiky každý investor, který uzavře s HMP/MČ smlouvu o spolupráci, má možnost podle předem daných pravidel, která jsou veřejně přístupná, započítat na své plnění nefinanční plnění vymezené Metodikou, mj. právě stavbu. Tato pravidla se uplatní pro všechny investory stejně. Žádný z dodavatelů nemá možnost předložit „výhodnější“ nabídku plnění. Pro HMP/MČ bude mít parametricky shodná stavba jakéhokoliv investora stejnou hodnotu. Pro HMP/MČ nehraje roli specifický charakter plnění investora, které si investor započte na svou hlavní povinnost plnění dle Metodiky. Z pohledu HMP/MČ má každý dodavatel možnost nabídnout jakékoliv z předem v Metodice vymezených forem plnění, které má pro zadavatele totožný význam, s předem stanovenou (objektivně určitelnou) hodnotou.

HMP/MČ tedy nemá potřebu ani zájem provádět mezi dodavateli jakoukoli soutěž, HMP/MČ pouze stanoví možnosti, co může být dle předem stanovených pravidel předmětem plnění a fakticky benefituje z co možná největšího zájmu/realizace spolupráce ze strany investorů. Jak bylo podrobně rozvedeno výše, předpokladem řádného open-house konceptu je otevřenost přístupu k plnění blíže neurčitěmu a neomezenému okruhu dodavatelů, se kterými nebudou vyjednávány (jiné) podmínky plnění. Domníváme se proto, že principy nastavenými v Metodice nebude omezena hospodářská soutěž, neboť každý má možnost nabídnout a realizovat pro HMP/MČ stejné plnění za stejných podmínek.

Současně se domníváme, že nastavenými principy spolupráce je motivováno maximální množství investorů, aby vybudovali danou infrastrukturu a vybavenost. Zároveň je nastaven plošný přístup pro všechny, který nikoho neznevýhodňuje ani

nikoho nezvýhodňuje. Pro všechny investory jsou v Metodice stanoveny rovné podmínky, jakož i způsob stanovení hodnoty nefinančního plnění, v jejíž výši lze takové plnění započíst. Pravidla stanovená v Metodice platí pro všechny investory stejně, není tak dán žádný prostor pro vyjednávání či předložení „výhodnější“ nabídky.

ZZVZ v tomto případě nelze uplatnit, neboť HMP/MČ nechtějí vybírat nejlepší řešení, nechtějí tak hodnocením dodavatele selektovat, ale přijímají plnění od neomezeného počtu z jejich pohledu zaměnitelných dodavatelů. Takové plnění naplňuje mantinely tzv. konceptu open-house potvrzeného judikaturou SD EU.

5.3.3 Výjimka nabytí nemovité věci dle § 29 písm. h) ZZVZ

Dalším argumentem, proč není nutné, aby HMP/MČ pořizovalo nefinanční plnění v podobě stavby v zadávacím řízení dle ZZVZ je skutečnost, že toto plnění naplňuje podmínky výjimky dle § 29 písm. h) ZZVZ. Podle ustanovení § 29 písm. h) ZZVZ není zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení veřejnou zakázku, *jejímž předmětem je nabytí, nájem nebo pacht existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv.*

Domníváme se, že tuto výjimku lze aplikovat též na nefinanční plnění ve formě stavby, která v době uzavření smlouvy o spolupráci reálně ještě neexistuje, a to za níže uvedených předpokladů.

Veřejnou zakázku na stavební práce definuje § 14 odst. 3 ZZVZ jako veřejnou zakázku, jejímž předmětem je a) poskytnutí činnosti uvedené v oddílu 45 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému, b) zhotovení stavby, nebo c) poskytnutí souvisejících projektových činností, pokud jsou zadávány společně se stavebními pracemi podle písmene a) nebo b). Podle odst. 4 citovaného ustanovení se veřejnou zakázkou na stavební práce rozumí bez ohledu na právní formu spolupráce mezi zadavatelem a dodavatelem též zhotovení stavby odpovídající požadavkům stanoveným zadavatelem, přičemž za odpovídající požadavkům stanoveným zadavatelem se považuje stavba, u níž má zadavatel rozhodující vliv na druh nebo projekt stavby (blíže viz níže).

Aby se jednalo skutečně o veřejnou zakázku na stavební práce, musí být naplněn i již výše zmíněný znak úplatnosti. Dle rozhodovací praxe SD EU se v případě staveb o plnění úplatné jedná zejména v případech, kdy *„je zhotoviteli nabízeno protiplnění za provedení stavebních prací stanovených zadavatelem“*⁸, tedy případy, kdy *„veřejný zadavatel, který uzavřel smlouvu v rámci veřejné zakázky na stavební práce, obdrží na základě této smlouvy určité plnění za protiplnění. Toto plnění spočívá v provedení stavebních prací, o které veřejný zadavatel usiluje“*⁹. V rozsudku SD EU ze dne 25. 3. 2010 ve věci C-451/08 Helmut Müller GmbH proti Bundesanstalt für Immobilienaufgaben („**Helmut Müller**“) tento soud hovoří o tzv. přímém hospodářském zájmu zadavatele.

⁸ Rozsudek SD EU ze dne 18. 1. 2007 ve věci C-220/05, Jean Auroux a další proti Commune de Roanne, bod 45.

⁹ Viz rozsudek SD EU ze dne 25. 3. 2010 ve věci C-451/08, Helmut Müller GmbH proti Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, bod 48.

Dle této rozhodovací praxe se tedy musí jednat o **stavební práce, o které zadavatel přímo usiluje, respektive je zadavatel poptává v návaznosti na potřebu jejich pořízení, která vznikla v rámci jeho činnosti**. Poptáním stavebních prací se tak zadavatel snaží uspokojit veřejný zájem či veřejnou potřebu, kterou je v rámci svých činností povinen uspokojit. V řešených případech to byl zadavatel, kdo stavební práce poptával a kdo stanovil, jaké přesně stavební práce a za jakým účelem poptává.

Metodika stanoví pouze možnosti započitatelného plnění, mezi které patří rovněž nefinanční plnění formou stavby. Je pak pouze na investorovi, jakou konkrétní formu nefinančního plnění si zvolí. HMP ani MČ předem neví ani nebude určovat, jakou formou a jakým způsobem má zvolené plnění investor plnit. HMP ani MČ tedy nepoptává realizaci vybavenosti, respektive o její realizaci neusiluje, jak předpokládá výše citovaná rozhodovací praxe SD EU.

Tím, že investor zvolí formu nefinančního plnění, jehož předmětem je stavba, nebude uspokojována potřeba HMP nebo MČ. Pokud by investor toto plnění na základě svého rozhodnutí nezvolil, HMP ani MČ by tuto vybavenost samy jinak nepoptávaly, neboť na takovém plnění nemají hospodářský zájem (ve smyslu rozsudku Helmut Müller). Nefinanční plnění tohoto typu bude mít vždy úzkou vazbu na investiční záměr a bude využitelné bez ohledu na to, zda jej finálně HMP/MČ převezme do svého vlastnictví a bude jej provozovat. Při splnění těchto předpokladů se nebude jednat o veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 4 ZZVZ.

Hranice mezi tím, co se rozumí veřejnou zakázkou na stavební práce a výjimkou nabytí existující nemovitosti ve smyslu § 29 písm. h) ZZVZ se věnuje též výkladová praxe a judikatura. Níže citovaná rozhodovací praxe totiž prolamuje výslovné znění zákonné úpravy, že se musí jednat o „existující“ nemovitost.

Úplatné nabytí existující nemovitosti zadavatelem podléhá obecné výjimce ze zadávacího řízení dle § 29 písm. h) ZZVZ. Předmětné ustanovení sice hovoří o existující nemovité věci, ale výkladem této výjimky se zabýval též SD EU, který stanovil, že pod tuto výjimku za určitých podmínek spadá i nemovitost, která teprve vzniká nebo vznikne (viz níže). Stavba by měla být budována bez toho, že by si HMP/MČ před zahájením budování určily tento typ nefinančního plnění a stavba by měla být případně využitelná i jinými subjekty než HMP/MČ.

Takové případy jsou totiž náchylnější pro podezření pro obcházení zákona. Jedná se zejména o případy, kdy si zadavatel diktuje konkrétní podmínky, jak má stavba vypadat, a v důsledku čehož se tak bude jednat pravděpodobně spíše o veřejnou zakázku na stavební práce dle § 14 odst. 4 ZZVZ. Níže se proto blíže věnujeme určení hranice mezi výjimkou nabytí nemovité věci a veřejnou zakázkou na stavební práce dle § 14 odst. 4 ZZVZ, jak činí též SD EU v níže citovaném rozhodném rozsudku.

ZZVZ oproti dříve platné právní úpravě v § 14 odst. 4 výslovně stanoví, že *bez ohledu na právní formu spolupráce mezi zadavatelem a dodavatelem se za veřejnou zakázku na stavební práce považuje rovněž zhotovení stavby odpovídající požadavkům stanoveným zadavatelem*. Dále ZZVZ stanoví nevyvratitelnou právní domněnku, co se rozumí slovním spojením „odpovídající požadavkům zadavatele“, a to *stavba, u níž má zadavatel rozhodující vliv na druh nebo projekt stavby*.

Jelikož se jedná o legislativní novinku z roku 2016, nezabývaly se jí doposud ještě ani správní soudy ani ÚOHS. Dle autorů odborné komentářové literatury jde o veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 14 stavebního zákona, „pokud na počátku právního vztahu existuje zadání požadavků na stavbu na straně veřejného zadavatele, následně dochází ke zhotovení takové stavby a po jejím dokončení pak k jejímu užívání veřejným zadavatelem či třetími osobami v souladu se zájmy či svěřenými úkoly veřejného zadavatele, přičemž dodavatel získá v této souvislosti veřejné prostředky, jedná se o veřejnou zakázku na stavební práce.“.

Podle odborné literatury je pro určení plnění jako veřejné zakázky na stavební práce rozhodující skutečnost, že zadavatel určí požadavky na stavbu, a tedy i on je osobou, která iniciuje potřebu realizace dané stavby. Druhým pojmovým znakem je již opakovaně zmiňovaná úplatnost, tedy poskytnutí protiplnění za zhotovení stavby ze strany zadavatele, což představuje vynaložení veřejných prostředků na zhotovenou stavbu zadavatelem.

V Metodice jsou uvedeny pouze možnosti započitatelného nefinančního plnění investora a je pouze na investorovi, jakou formu a předmět investor zvolí a jestli vůbec nefinanční plnění poskytne. V tomto rozsahu se domníváme, že nefinanční plnění investora ve formě zhotovení stavby vybavenosti definici veřejné zakázky na stavební práce nenaplnuje.

Rozhodnými skutečnostmi pro určení, zda se jedná o stavbu, která odpovídá požadavkům stanoveným veřejným zadavatelem se zabýval SD EU například již ve výše citovaném rozsudku Helmut Müller, podle kterého „aby bylo možné připustit, že veřejný zadavatel upřesnil své požadavky ve smyslu tohoto ustanovení, je třeba, aby přijal opatření s cílem stanovit charakteristiky stavby nebo alespoň s cílem vykonávat rozhodující vliv na projekt stavby.“.

Podrobněji se pak touto problematikou zabýval SD EU v rozsudku ze dne 22. 4. 2021 ve věci C-537/19, Evropská komise proti Rakouské republice¹⁰ („Wiener Wohnen“). V předmětné věci se SD EU zabýval sice pronájmem nemovité věci, avšak předmětné rozhodnutí lze analogicky využít též na případ výjimky nabytí stavby do vlastnictví, neboť SD EU se zde zabýval výkladem znaků veřejné zakázky na stavební práce ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. b) staré zadávací směrnice¹¹, který upravuje definici obdobně jako § 14 odst. 4 ZZVZ.

Předmětem sporu bylo v řešeném případě uzavření smlouvy o dlouhodobém pronájmu ještě před výstavbou budovy, ve které se pronajímané prostory měly nacházet. Žalobce¹² tvrdil, že zadavatel měl na projekt vliv, který zdaleka přesahoval rámec obvyklých požadavků nájemce takové nemovitosti a že je nezbytné smlouvu kvalifikovat jako veřejnou zakázku na stavební práce. Zadavatel v uvedeném případě přitom pouze požadoval, aby byly dodrženy technické normy stanovené právními předpisy a aby vlastnosti budovy

¹⁰ Dostupné z:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=240226&pageIndex=0&doclang=CS&mode=req&dir=&oc=first&part=1&cid=4740340>.

¹¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

¹² Evropská komise.

odpovídaly obvyklému „technickému stavu“ na dotčeném trhu s cílem zlepšení energetické účinnosti budovy a obecně ke snížení ekologické stopy této nemovitosti.

SD EU v tomto případě závazně rozhodl, že se nejedná o případ, kdy by zadavatel měl takový vliv na projekt, který by přesahoval rámec obvyklých požadavků, ale naopak že úpravy vyplývající z požadavků zadavatele nepřekračují rámec toho, co může nájemce obvykle požadovat. Aby se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce, musela by dle SD EU realizace takové stavby odpovídat požadavkům upřesněným veřejným zadavatelem¹³, což nastane tehdy, „pokud tento zadavatel podnikl kroky s cílem stanovit charakteristiky stavby nebo alespoň s cílem vykonávat rozhodující vliv na její projekt“¹⁴. Rozhodující vliv na projekt lze pak dle SD EU identifikovat pouze tehdy, jestliže lze prokázat, že:

- tento vliv je vykonáván na architektonickou strukturu této budovy, jako jsou její rozměry, vnější zdi a nosné zdi;
- v případě vnitřních úprav pak pouze tehdy, pokud se vyznačují svojí specifíčností nebo rozsahem.

V rozsudku Wiener Wohnen tak SD EU dostatečně objasnil hranici mezi rozhodujícím vlivem na projekt stavby jako jedním z definičních znaků veřejné zakázky na stavební práce a rámcem obvyklých požadavků, na základě kterých ještě nelze hovořit o plnění jako veřejné zakázce na stavební práce.

Podpůrně lze v této souvislosti pro blízkost právních úprav a tam vyvinutější výklad odkázat na německou rozhodovací praxi. Vergabekammer (obdoba našeho Úřadu) např. v rozhodnutí VK 2-88/19 ze dne 17. 12. 2019 vyslovila názor, že zákonnou výjimku z povinnosti postupovat v zadávacím řízení lze použít i v případě pronájmu budovy, která se má ještě postavit. „Účelem této výjimky, která by měla být v zásadě vykládána striktně, je povolit takové smlouvy o pronájmu budov, které typicky neobsahují žádné zvláštní požadavky zadavatele, které by z funkčního hlediska znamenaly uzavření veřejné zakázky na stavební práce. Budovy, které mají být teprve postaveny, proto mohou podléhat výjimce, pokud jsou postaveny dle koncepce pronajímatele bez rozhodujícího vlivu zadavatele jakožto nájemce.“¹⁵.

Podle výše citované rozhodovací praxe je důležité, aby nemovitost, která má teprve vzniknout, neměla žádné zvláštní vlastnosti, které by například vylučovaly její užití třetí stranou. Nemovitost, která teprve vznikne tak musí vznikat nezávisle na vůli zadavatele a zadavatel nesmí uplatňovat na druh stavby nebo její projekt rozhodující vliv. Zároveň zadavatel nesmí klást nestandardní požadavky na dotčenou nemovitost, které by se vymykaly běžným požadavkům na takovou nemovitost a které by vylučovaly její případné využití jakoukoliv třetí osobou.

¹³ Obdobně viz rozsudky SD EU ze dne 29. 10. 2009, ve věci C-536/07, Komise v. Německo, bod 55, a ze dne 10. 7. 2014, ve věci C-213/13, Impresa Pizzarotti, bod 43.

¹⁴ Obdobně viz rozsudek SD EU ze dne 10. 7. 2014, ve věci C-213/13, Impresa Pizzarotti, bod 44.

¹⁵ Text rozhodnutí v německém jazyce je dostupný [zde](#).

Dle aktuálních podmínek je to právě investor, kdo si volí konkrétní formu nefinančního plnění a to, zda vůbec nefinanční plnění poskytne. HMP/MČ předem neví ani nebude určovat, jakou formou má investor plnit. HMP ani MČ tedy nepoptává realizaci vybavenosti, respektive o její realizaci neusiluje. Nebude tak přímo, z aktivity HMP/MČ uspokojována potřeba HMP/MČ. Pokud by investor toto plnění na základě svého rozhodnutí nezvolil, HMP/MČ by tuto vybavenost samo jinak nepoptávalo, neboť na takovém plnění nemá hospodářský zájem ani by tím neplnilo své konkrétní potřeby/povinnosti. Nefinanční plnění tohoto typu bude mít vždy úzkou vazbu na investiční záměr a bude využitelné bez ohledu na to, zda jej finálně HMP/MČ převezme do svého vlastnictví a bude jej provozovat. Při splnění těchto předpokladů se nebude jednat o veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 4 ZZVZ.

Domníváme se, že závěry výše citované relevantní rozhodovací praxe lze analogicky aplikovat i na v době uzavření smlouvy o spolupráci ještě neexistující nefinanční plnění, resp. stavbu. Pro případy, kdy bude investor poskytovat nefinanční plnění, je pro vyloučení definice takového plnění jako veřejné zakázky na stavební práce nezbytné, aby HMP/MČ nemělo rozhodující vliv na druh nebo projekt stavby, zejména aby tyto požadavky nesměřovaly například vůči architektonické struktuře nefinančního plnění. Ve smyslu § 14 odst. 14 ZZVZ by nemělo mít HMP/MČ vliv především na projekt, tedy projektovou dokumentaci nefinančního plnění.

Ve smyslu rozsudku Wiener Wohnen výše uvedené neznamena, že by HMP/MČ nemohlo vznést určité požadavky na nefinanční plnění, avšak tyto požadavky nesmí překročit požadavky obvyklé, respektive se nesmí jednat o požadavky příliš specifické a rozsáhlé. V Metodice je sice zamýšleno s konceptem, kdy jsou na nefinanční plnění kladeny určité kvalitativní požadavky (např. energetická náročnost, záruky za jakost apod.), avšak jedná se o požadavky, které jsou velice obecné a nezasahují do konkrétního vzhledu a architektonického řešení jednotlivých nefinančních plnění. Takové požadavky však nesmí být následně sjednány ani s konkrétním investorem ve smlouvě o spolupráci. HMP/MČ bude v podstatě pouze deklarovat ochotu přijmout nemovitost určitých obecných parametrů (kapacita a kvalitativní standard) jako nefinanční plnění. Specifikace požadavků by měla být obdobná, jako když zadavatel poptává koupi na trhu již existujících nemovitostí v souladu s péčí řádného hospodáře tak, aby nabídka vyhovující takové poptávce byla dostatečně široká.

Stanovené podmínky spolupráce v Metodice jsou rovné a transparentní. Pro vyloučení jakýchkoliv pochybností je nezbytné, aby ve smlouvě o spolupráci s konkrétním investorem nebyly sjednány podrobné parametry a požadavky na předmět nefinančního plnění určené ze strany HMP/MČ, které by přesahovaly rámec obecných požadavků. V takovém případě by totiž bylo již možné hovořit o veřejné zakázce na stavební práce ve smyslu § 14 odst. 4 ZZVZ.

Z výše uvedených důvodů se domníváme, že v případě nefinančního plnění formou převodu vlastnického práva ke stavbě na základě smlouvy o spolupráci se nebude jednat o veřejnou zakázku na stavební práce, ale v takovém případě bude naplněna podmínka nabytí existující nemovité věci ve smyslu § 29 písm. h) ZZVZ.

5.3.4 Naplnění podmínek JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ

Dále bude dle našeho názoru obhajitelné také naplnění podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění („JŘBU“) ve smyslu § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ, podle kterého může zadavatel použít JŘBU, *pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž*. Současně dle § 63 odst. 4 ZZVZ platí, že podmínky dle citovaného ustanovení jsou splněny pouze v případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

Technickou jedinečností se ve smyslu § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ rozumí situace, kdy zadavatel nemůže poptávat jiné než požadované plnění (resp. plnění zde nabízené investorem), neboť neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada takového plnění, a proto zadavatel nemůže z technických důvodů poptávat plnění jiné¹⁶.

Podmínky využití JŘBU budou naplněny zejména z toho důvodu, že investor nabízí HMP/MČ plnění, které může poskytnout jedině on, neboť nefinanční plnění realizuje na svém pozemku, na základě svého dobrovolného rozhodnutí a poskytuje tak plnění, které nikdo jiný poskytnout nemůže. Zároveň HMP/MČ by takové plnění bez toho, aniž by jí to investor nabídl (nebyla-li by uzavřena smlouva o spolupráci) ani nepoptávalo a nepotřebovalo. Plnění formou realizace stavby, která má být umístěna na pozemku investora, a to za pouhou symbolickou dle Metodiky předem stanovenou cenu, bude reálně možné získat výhradně a pouze od konkrétního investora, se kterým uzavřela MČ a/nebo HMP smlouvu o spolupráci. Žádný jiný dodavatel na trhu tak nebude moci takové plnění za stanovených podmínek splnit, a to aniž by to zapříčinilo HMP/MČ. Podmínky stanovené v Metodice přitom platí pro všechny investory na trhu stejně, Metodika je veřejně přístupná a každý se tak může s touto seznámit a podle této vůči HMP /MČ postupovat/plnit. Žádný subjekt na trhu tak nemůže být postupem dle Metodiky diskriminován, resp. touto nemůže být jakkoli dotčena hospodářská soutěž.

Na základě výše uvedeného se domníváme, že je splněn též předpoklad k využití JŘBU dle § 63 odst. 4 ZZVZ, resp. naplněny podmínky pro využití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ. V případě plnění investora formou realizace stavby totiž nelze využít jiné alternativy. HMP by reálně nemohlo v řízení s otevřenou soutěží poptat stejné plnění na pozemku investora, které mu investor v daném případě nabízí. Současně uvedené platí za předpokladu, kdy cílem postupu dle Metodiky a plněním dle ní uzavřené konkrétní smlouvy o spolupráci není vyloučení hospodářské soutěže, která tímto postupem není vůbec dotčena, neboť pravidla spolupráce a plnění investora formou realizace stavby na základě smlouvy o spolupráce platí pro všechny investory stejně.

Je zřejmé, že plnění o daných parametrech a za tak extrémně výhodnou cenu, nedostupnost v dané lokalitě a jedinečnost této příležitosti plyne z okolností spolupráce dle smlouvy o spolupráci.

¹⁶ Srov. DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. § 63 [Obecné podmínky použití]. In: DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 395.

5.4 PLNĚNÍ FORMOU PŘEVODU POZEMKŮ

V případě plnění formou převodu pozemku za 3 % referenční hodnoty takového pozemku stanovené postupem dle Metodiky střet s pravidly ZZVZ nenastává, neboť na takové plnění se aplikuje výjimka z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení dle § 29 písm. h) ZZVZ. Podle tohoto ustanovení není zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, *jejímž předmětem je nabytí, nájem nebo pacht existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv*. Pozemek je dle § 498 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů („občanský zákoník“) nemovitou věcí a současně existující nemovitou věcí ve smyslu § 29 písm. h) ZZVZ. Z tohoto důvodu nemůže ke střetu se ZZVZ v případě této formy plnění vůbec dojít.

6. DALŠÍ DŮLEŽITÉ SKUTEČNOSTI, PŘEDPOKLADY A VÝHRADY

Věříme, že Vám toto posouzení poskytne nezbytné podklady pro splnění svého účelu. Vzhledem ke složitosti problematiky jsme se omezili pouze na posouzení otázek, které jsou předmětem tohoto stanoviska. Toto stanovisko jsme v návaznosti na Vaše pokyny, popř. další jednání, připraveni dále rozpracovat či upřesnit.

Závěry uvedené výše byly učiněny na základě poskytnutých dokumentů a informací a za předpokladu pravdivosti, správnosti, přesnosti a úplnosti těchto dokumentů a informací. V případě, že tento předpoklad nebyl naplněn, nelze zaručit správnost výše uvedených závěrů a doporučení.

Předmětem tohoto posouzení nejsou aspekty mimo oblast práva, jeho výkladu a aplikace.

V tomto posouzení není řešena otázka časové působnosti jednotlivých povinností, rizik a nároků. Vycházíme z předpokladu, že se řeší situace, které se řídí v současné době platnými a účinnými právními předpisy ČR, pokud není v tomto posouzení výslovně uvedeno jinak.

Toto posouzení bylo vypracováno výhradně pro Klienta. Poskytnutím tohoto posouzení třetí osobě nepřijímá HAVEL PARTNERS žádnou odpovědnost ani závazek vůči takové třetí osobě.

V případě, že budete mít k výše uvedenému jakékoliv dotazy či připomínky, můžete se na nás kdykoliv s důvěrou obrátit.

Děkujeme Vám za spolupráci.

V úctě

HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář

Charakter / Varianta	Posuzované aspekty	Příslušný developer	HMP / Městská část veřejnoprávní činnost	Výhody	Nevýhody
<p>I. Bezúplatný převod (dar)</p> <p><i>(bezúplatný převod Nefinančního plnění ve formě darovací smlouvy (tj. obdobně jako bezúplatný převod vyvolaných investic) - není za něj žádné protiplnění ze strany HMP / MČ).</i></p>	<p>Daň z příjmů</p>	<p><u>Daňové aspekty při převodu Nefinančního plnění</u></p> <p>Daňově neutrální, neboť bezúplatný převod Nefinančního plnění by neměl být předmětem daně z příjmů</p> <p><u>Daňové aspekty uplatnění vynaložených výdajů na Nefinanční plnění</u></p> <p>V tomto případě bude záležet na vyhodnocení příslušného developera s tím, že si dokážeme představit více možných řešení. Z tohoto důvodu musí být každá individuální situace detailně analyzována.</p> <p>V této souvislosti vnímáme značné riziko, že by výdaje na „nepovinná“ Nefinanční plnění nemusela být vnímána jako tzv. vyvolané investice, které obecně lze zahrnout do součástí vstupní ceny „hlavní“ stavby (bez ohledu na účetní zachycení „hlavní“ stavby jako dlouhodobého hmotného majetku nebo zásoby), neboť se obáváme, že vybudování příkladmo školky (či jiného „nepovinného“ Nefinančního plnění) <u>nepodmiňuje funkci majetku</u> (tj. podmínkou pro případné udělení územního rozhodnutí nebo stavebního povolení není vybudování „nepovinného“ Nefinančního plnění). Podle našeho názoru tedy tato „nepovinná“ Nefinanční plnění nepodmiňují vznik „hlavní“ stavby v územním rozhodnutí ani stavebním povolení, nýbrž se příslušný developer zavázal je dobrovolně bezúplatně převést na HMP (resp. do správy MČ).</p>	<p><u>Daňové aspekty při pořízení Nefinančního plnění</u></p> <p>Podle našeho názoru by přijetí Nefinančního plnění (např. ve formě školky) mělo být osvobozené od daně z příjmů, pokud MČ / HMP prokáže správci daně při případné daňové kontrole, že toto plnění souvisí s „hlavní“ činností HMP / MČ.</p> <p>Nicméně v této souvislosti vnímáme určité riziko, že by „bezúplatné převedení“ Nefinančního plnění (např. ve formě školky) nemuselo naplňovat podmínky pro osvobození od daně z příjmů. Z tohoto důvodu v tomto případě nelze vyloučit případné zdanitelné bezúplatné plnění.</p> <p><i>Nad rámec výše uvedeného upozorňujeme, že odpisy nebudou daňově účinným nákladem HMP / MČ, neboť souvisí s její „hlavní“ (nevýdělečnou) činností (tj. jsou vynakládány v rámci výkonu veřejné správy).</i></p>	<p><u>HMP / MČ:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – obecně daňově neutrální operace z pohledu daně z příjmů i DPH – není nutné ručit za případnou nezaplacenou DPH ze strany příslušného developera <p><u>Příslušný developer:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – žádný zdanitelný výnos 	<p><u>HMP / MČ:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – nemožnost uplatnění daňových odpisů z Nefinančního plnění (např. školky) <p><u>Příslušný developer:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – velmi obtížné uplatnění výdajů na „nepovinná“ Nefinanční plnění jako daňově relevantních položek; – nutnost vrácení nároku na odpočet DPH ze souvisejících přijatých vstupů, u kterých si ho příslušný developer uplatnil

		<p>V této souvislosti si lze představit také argumentaci, že výdaje na „nepovinná“ plnění mohou být zahrnuty do ocenění „hlavní“ stavby (bez ohledu na účetní zachycení „hlavní“ stavby jako dlouhodobý hmotný majetek nebo zásoby) s tím, že představují tzv. podmíněné investiční výdaje v souladu s interpretací Národní účetní rady č. 20 (za splnění všech tam uvedených podmínek) s tím, že „povinnost“ vybudovat tato plnění vyplývá z uzavřeného smluvního vztahu mezi příslušným developerem a HMP / MČ.</p> <p>V této souvislosti si lze podle našeho názoru představit také argumentaci, že by výdaje na „nepovinná“ plnění (resp. daňové (zůstatkové) ceny „převedených“ nemovitých věcí (např. školky) mohly být uplatněny jako odčitatelná položka od základu daně z příjmů příslušného developera.</p> <p>Nicméně podle našeho názoru by výdaje na „nepovinná“ Nefinanční plnění měla být daňově ošetřena spíše jako daňově neúčinné náklady, pokud příslušný developer neprokáže, že tyto výdaje přímo souvisejí se zdanitelnými výnosy.</p>			
	<p style="text-align: center;">DPH</p>	<p><u>Přiznání DPH na výstupu při převodu Nefinančního plnění</u></p> <p>V tomto případě bude záležet, zda si příslušný developer uplatnil nárok na odpočet DPH ze souvisejících přijatých plnění či nikoli.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Pokud si příslušný developer uplatnil z přijatých přímo a bezprostředně souvisejících plnění nárok na odpočet DPH, měl by přiznat a odvést DPH na výstupu. Tento závěr by nemusel platit pouze 	<p><u>Ručení za případnou nezaplacenou DPH</u></p> <p>HMP (resp. MČ) by neměla ručit za případnou nezaplacenou DPH ze strany příslušného developera.</p> <p><u>Uplatnění nároku na odpočet DPH na vstupu při pořízení Nefinančního plnění</u></p> <p>Obecně daňově neutrální, neboť příslušný developer by DPH HMP (resp. MČ) vůbec neměl „vyúčtovávat“.</p>		

		<p>v situaci, kdy by se nejednalo převod Nefinančního plnění ve formě dodání zboží, nýbrž o poskytnutí služby. To si lze představit např. v situaci, kdy by příslušný developer poskytoval stavební práce na majetku HMP (resp. ve správě MČ).</p> <ul style="list-style-type: none"> – Pokud si příslušný developer neuplatnil z přijatých přímo a bezprostředně souvisejících plnění nárok na odpočet DPH, tato transakce by měla být daňově neutrální. <p>Podle našeho názoru by developer měl mít případné přiznané a odvedené DPH na výstupu daňově účinné z pohledu daně z příjmů (ať už jednorázově nebo formou daňových odpisů „hlavní“ stavby v závislosti na posouzení daně z příjmů výše).</p>			
<p>II. Prodej Nefinančního plnění za částku v řádu jednotek / stovek tis. Kč</p> <p><i>(úplatný převod Nefinančního plnění za předem určenou paušální částku v řádu jednotek / stovek tis. Kč na základě kupní smlouvy. Ze strany HMP byla zmíněna možnost případného přehodnocení výše tarifů).</i></p>	<p>Daň z příjmů</p>	<p><u>Daňové aspekty při převodu Nefinančního plnění</u></p> <p>V tomto případě bude záležet na povaze příslušného Nefinančního plnění. Podle našeho názoru by měly být sjednány odlišné podmínky při převodu příkladmo (i) školky; (ii) městských bytů; a (iii) stavebního pozemku s tím, že si lze představit více možných řešení. Z tohoto důvodu musí být každá individuální situace detailně analyzována.</p> <p>Obecně by měl příslušný developer vykázat zdanitelný výnos z „prodeje“ Nefinančního plnění ve výši sjednané ceny podle věcné a časové souslednosti.</p> <p>S ohledem na výši předpokládané odměny za převod Nefinančních plnění a s ohledem na ustálenou judikaturu Nejvyššího správního</p>	<p><u>Daňové aspekty při pořízení</u></p> <p>Obecně by pořízení Nefinančního plnění mělo být pro HMP / příslušnou MČ daňově neutrální.</p> <p><i>Nad rámec výše uvedeného upozorňujeme, že odpisy nebudou daňově účinným nákladem HMP / MČ, neboť souvisí s její „hlavní“ (nevýdělečnou) činností (tj. jsou vynakládány v rámci výkonu veřejné správy).</i></p>	<p><u>HMP / MČ:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – daňově neutrální operace z pohledu daně z příjmů i DPH <p><u>Příslušný developer:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – při prokázání správci daně (sice obtížném) uplatnění výdajů na Nefinanční plnění jako daňově relevantních položek; – zdanitelný výnos z převodu Nefinančního plnění ve výši sjednané ceny (paušální částky v řádu jednotek / stovek tis. Kč); – při prokázání správci daně (sice obtížném) není nutné vrácení 	<p><u>HMP / MČ:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – vidíme určité riziko ručení za případnou nezaplacenou DPH ze strany příslušného developera (podle určitých výkladů až z „tržní“ ceny); – nemožnost uplatnění daňových odpisů z Nefinančního plnění (např. školky) <p><u>Příslušný developer:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – vysoké riziko zpochybnění úplatného převodu na bezúplatný převod – případně riziko překlasifikace sjednané odměny za převod

		<p>soudu v tomto případě vnímáme vysoké riziko případného zpochybnění podmínek pro úplatný převod ze strany správce daně a překlasifikaci na bezúplatný převod (pro daňové dopady viz variantu I.). Z tohoto důvodu tuto variantu u Nefinančních plnění spíše nedoporučujeme aplikovat.</p> <p>V tomto případě nelze vyloučit ani riziko, že by správce daně mohl přistoupit k úpravě základu daně z příjmů příslušného developera na odměnu v místě a čase obvyklou („tržní“) (tj. mohl by považovat převod Nefinančního plnění jako právní vztah vytvořený za účelem snížení základu daně z příjmů), pokud by příslušný developer při případné daňové kontrole neprokázal řádné ekonomické důvody pro výši sjednané ceny.</p> <p><u>Daňové uplatnění vynaložených výdajů na Nefinanční plnění</u></p> <p>Příslušný developer si obecně může uplatnit mj. daňovou (zůstatkovou) cenu příslušného hmotného majetku jako daňově účinný náklad (s výhradou výše uvedeného rizika).</p>		nároku na odpočet DPH z přijatých vstupů, který si příslušný developer uplatnil	Nefinančního plnění na výši v místě a čase obvyklou („tržní“)
DPH		<p><u>Vrácení nároku na odpočet DPH z uplatněných přijatých vstupů</u></p> <p>V tomto případě bude záležet na povaze příslušného Nefinančního plnění. Podle našeho názoru by měly být sjednány odlišné podmínky při převodu příkladmo (i) školek a parků; (ii) městských bytů; a (iii) stavebních pozemků s tím, že si dokážeme představit více možných řešení. Z tohoto důvodu musí být každá individuální situace detailně analyzována.</p> <p>Obecně by měl mít příslušný developer zachován nárok na odpočet DPH na vstupu (DPH na výstupu předpokládáme v základní</p>	<p><u>Ručení za případnou nezaplacenou DPH</u></p> <p>Podle našeho názoru v tomto případě vidíme určité riziko, že by HMP (resp. příslušná MČ) mohla ručit za případnou nezaplacenou DPH ze strany příslušného developera. V této souvislosti může být sporné, zda by se institut ručení aplikoval do výše (i) sjednané kupní ceny; nebo (ii) z ceny v místě a čase obvyklé („tržní“). S ohledem na nejasně formulované zákonné ustanovení, nedostupnost oficiálních výkladů a neformálních informací se lze v tomto případě domnívat, že by</p>		

		<p>sazbě (21 %). Nicméně při případné daňové kontrole musí být schopen prokázat správci daně, že se skutečně a prokazatelně jedná o (i) zdanitelné plnění pro účely a DPH; a že (ii) sjednaná cena není čistě symbolická. Zachování nároku na odpočet DPH na základě těchto podmínek bylo umožněno nedávným rozsudkem Soudního dvora Evropské Unie („SDEU“), konkrétně rozsudek C-267/15 Gemeente Woerden.</p> <p>V této souvislosti s ohledem na výši předpokládané odměny za převod Nefinančních plnění a s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu a SDEU v tomto případě vnímáme vysoké riziko případného zpochybnění zdanitelného plnění ze strany správce daně a překlasifikaci na bezúplatný převod. Z tohoto důvodu tuto variantu u převodu Nefinančních plnění spíše nedoporučujeme aplikovat.</p> <p><u>Přiznání DPH na výstupu při převodu Nefinančního plnění</u></p> <p>Obecně by mělo být zdanitelné plnění (převod Nefinančního plnění) ze sjednané ceny (DPH na výstupu předpokládáme v základní sazbě (21 %) s tím, že příslušný developer má zachován nárok na odpočet DPH na vstupu (s výhradou rizika uvedeného výše).</p>	<p>správce daně mohl přistoupit spíše k ručení z ceny v místě a čase obvyklé („tržní“).</p> <p>Na druhou stranu existuje výklad Generálního finančního ředitelství, podle kterého by se institut ručení nemusel vztahovat na osoby povinné k dani v rámci výkonu veřejné správy (např. HMP / MČ).</p> <p>Pro neuplatňování institutu ručení musí být při případné daňové kontrole HMP (resp. příslušná MČ) schopna prokázat správci daně, že se skutečně a prokazatelně jedná o (i) zdanitelné plnění pro účely a DPH; a že sjednaná cena není čistě symbolická; nebo (ii) vykonává činnosti v rámci výkonu veřejné správy.</p> <p><u>Uplatnění nároku na odpočet DPH na vstupu při pořízení Nefinančního plnění</u></p> <p>HMP / MČ by neměly mít možnost uplatnit si nárok na odpočet DPH z přijatého zdanitelného plnění (nákup Nefinančního plnění), neboť souvisí s její „hlavní“ (nevýdělečnou) činností (tj. prostředky jsou vynakládány v rámci výkonu veřejné správy).</p>		
<p>III. Prodej Nefinančního plnění za materiální kupní cenu s (významnou) slevou</p> <p><i>(úplatný převod Nefinančního plnění s významnou (procentní) slevou na základě kupní smlouvy)</i></p>	<p>Daň z příjmů</p>	<p>V zásadě obdobné dopady jako varianta II. s tím rozdílem, že s ohledem na výši předpokládané odměny (resp. výši slevy) za převod Nefinančních plnění v tomto případě vidíme prostor pro argumentaci a obhájení převodu Nefinančního plnění jako převodu úplatného.</p>	<p>V zásadě obdobné dopady jako varianta II.</p>	<p><u>HMP / MČ:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – daňově neutrální operace z pohledu daně z příjmů i DPH <p><u>Příslušný developer:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – při prokázání úplatného plnění správci daně daňová uznatelnost výdajů na Nefinanční plnění jejich; 	<p><u>HMP / MČ:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> – (spíše nižší) riziko ručení za případnou nezaplacenou DPH ze strany příslušného developera; – nemožnost uplatnění daňových odpisů z Nefinančního plnění (např. školky) <p><u>Příslušný developer:</u></p>
	<p>DPH</p>	<p>V zásadě obdobné dopady jako varianta II. s tím rozdílem, že s ohledem na výši předpokládané odměny (resp. výši slevy) za převod Nefinančních plnění a s ohledem na</p>	<p>V zásadě obdobné dopady jako varianta II. s tím rozdílem, že s ohledem na výši předpokládané odměny (resp. výši slevy) za převod Nefinančních plnění v</p>		

		judikaturu SDEU v tomto případě vidíme prostor pro argumentaci a obhájení, že se jedná o zdanitelné plnění.	tomto případě vidíme ještě větší prostor pro argumentaci, že se nebude uplatňovat institut případného ručení za nezaplacenou DPH než ve variantě II.	<ul style="list-style-type: none"> – zdanitelný výnos z převodu Nefinančního plnění ve výši sjednané ceny (nižší než nákladové); – při prokázání úplatného plnění správci daně není nutné vrácení nároku na odpočet DPH z přijatých vstupů, který si příslušný developer uplatnil 	<ul style="list-style-type: none"> – (nízké – v závislosti na výši slevy) riziko zpochybnění úplatnosti převodu a předkvalifikace na bezúplatný převod; – případně (spíše nižší) riziko překlasifikace sjednané odměny za převod Nefinančního plnění na výši v místě a čase obvyklou („tržní“)
--	--	---	--	---	--