



ČESKÁ REPUBLIKA

R O Z S U D E K

J M É N E M R E P U B L I K Y

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Michala Mazance a soudců JUDr. Jana Passera a Mgr. Davida Hipšra v právní věci žalobkyně: **Sodexo Pass Česká republika a. s.**, se sídlem Radlická 2, Praha 5 – Smíchov, zastoupené JUDr. Pavlem Randlem, advokátem se sídlem Hvězdova 2b, Praha 4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 5. 2010, čj. ÚOHS-R142/2009/VZ-7097/2010/310/EKu, za účasti osoby zúčastněné na řízení: Státní zemědělský intervenční fond, se sídlem Ve Smečkách 33, Praha 1, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 1. 2012, čj. 62 Af 42/2010 - 131,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **se zamítá.**
- II.** Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši **2904 Kč** ve lhůtě třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobkyně JUDr. Pavla Randla.

O d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Státní zemědělský intervenční fond, vystupující v tomto řízení jako osoba zúčastněná na řízení, zveřejnil dne 27. 3. 2009 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „*Výběr dodavatele stravovacích poukazů v nominální hodnotě 90 Kč*“. Zadavatel obdržel nabídky dvou uchazečů, žalobkyně a společnosti Accor Services CZ s. r. o. Jako nejvhodnější vybral nabídku společnosti Accor.

[2] Žalobkyně poté podala žalovanému návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 113 a n. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Rozhodnutím ze dne 15. 9. 2009 žalovaný zastavil řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 118 zákona o veřejných zakázkách (v tehdy účinném znění).

[3] Žalovaný vyhodnotil zakázku jako veřejnou zakázku na zprostředkovatelské služby. Pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je dle žalovaného určující výše provize, kterou vydavatel stravovacích poukazů obdrží, bez ohledu na to, zda ji obdrží od zadavatele či od třetích osob (např. stravovacích zařízení). Naopak nominální hodnota stravovacích poukazů není součástí předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Dle žalovaného by podobnou situaci představovala např. veřejná zakázka na zprostředkování úvěru, kdy by předpokládanou hodnotu veřejné zakázky tvořily úroky za zprostředkování úvěru, případně další provize či poplatky, nikoli však samotná výše úvěru. V šetřeném případě zadavatel nezahrnul do předpokládané hodnoty veřejné zakázky provizi od třetích osob, zahrnul do ní však nominální hodnotu stravovacích poukazů. V důsledku tohoto postupu zadavatel zvolil nejprísnější režim – nadlimitní zadávací řízení. Žalovaný se tak nezabýval tím, jakým režimem by se zadavatel řídil, kdyby zahrnul do předpokládané hodnoty veřejné zakázky obě provize.

[4] Dále žalovaný uvedl, že i nabídková cena měla být tvořena oběma provizemi a zadavatel pak mohl hodnotit pouze část nabídkové ceny nebo např. pouze jednotkové nabídkové ceny požadovaných dodávek. Žalovaný zdůraznil, že obecně by u veřejných zakázek, jejichž předmětem je mimo jiné i úplatná realizace služby prostřednictvím či ve prospěch třetích subjektů nebo úplatné poskytování služeb s formou úhrady přes tzv. třetí subjekty, měla být provize od třetích subjektů hodnocena i v rámci hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek. Nezařazením provize však nedošlo k ovlivnění vypovídací hodnoty zvolených hodnotících kritérií. Výše provize od třetích osob je vystavena plně konkurenčnímu prostředí a vydavatelé stravovacích poukazů se snaží požadovat provizi v takové míře, aby třetí osoby byly ochotné stravovací poukazy přijímat. Navíc výše provizí od třetích osob je s nimi sjednávána na základě dlouhodobých smluv bez ohledu na konkrétní veřejné zakázky. Žalovaný proto v postupu zadavatele neshledal pochybení, jež by mělo podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a proto správní řízení zastavil.

[5] Žalobkyně podala proti tomuto rozhodnutí rozklad k předsedovi žalovaného. Ten rozhodnutím ze dne 26. 5. 2010 rozhodnutí žalovaného zrušil a správní řízení zastavil pro nesplnění § 114 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Zdůvodnil, že spolu s návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele žalobkyně zaplatila kauci ve výši 50 000 Kč, kterou si vypočetla pouze z výše provize účtované zadavateli. Výši kaucí však měla dovodit od nabídkové ceny, jež měla být v posuzovaném případě tvořena součtem provize účtované zadavateli i provize obdržené od třetích osob ze soukromých prostředků, neboť i ta se „jednoznačně ekonomicky odráží v ceně poskytnutého plnění“. Protože kauci nebylo možné z nabídkové ceny stanovit, vyzval žalovaný žalobkyni k zaplacení kaucí v celkové výši 100 000 Kč podle § 115 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Žalobkyně zbývajících 50 000 Kč nedoplatila, proto předseda žalovaného dospěl k závěru, že návrh na zahájení

řízení o rozkladu nesplňuje podmínky § 114 zákona o veřejných zakázkách. Z tohoto důvodu postupoval dle § 90 odst. 4 spr. ř., rozhodnutí žalovaného zrušil a řízení zastavil.

II.

[6] Žalobkyně rozhodnutí o rozkladu napadla žalobou u Krajského soudu v Brně. Krajský soud rozsudkem označeným v záhlaví rozhodnutí zrušil a věc žalovanému vrátil k dalšímu řízení. Ztotožnil se s názorem žalovaného, že nominální hodnota stravenek se nezapočítává ani do nabídkové ceny ani do předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Nejedná se totiž o částku, kterou by zadavatel měl dodavateli zaplatit za plnění zakázky; dochází pouze k výměně nositelů vzájemně značně zastupitelných hodnot, tj. peněz za stravenku. Ve sporu proto šlo o posouzení, zda je nabídková cena pro výpočet kauce tvořena jen provizí, kterou žalobkyně obdrží od zadavatele, nebo i provizí, kterou bude žalobkyně získávat ze soukromých zdrojů od provozovatelů stravovacích zařízení.

[7] Krajský soud navázal na svůj předchozí rozsudek čj. 62 Ca 25/2009 - 159 a uvedl, že úhradu za splnění veřejné zakázky nemusí vždy uskutečňovat přímo zadavatel. Veřejnou zakázku mohou hradit i jiné subjekty než zadavatel, plyne-li pro ně povinnost k této úhradě ze zadavatelem uzavřené smlouvy a je-li plněno z veřejných prostředků. Do celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky by se pak započítávala všechna plnění, kterých se má dle smlouvy dodavateli dostat z veřejných prostředků. Soud uvedl, že pouze úplata, která je placena z veřejných prostředků nebo která způsobuje snížení objemu veřejných prostředků, případně to, že nedošlo k jejich zvýšení, může být součástí nabídkové ceny. Na soukromé prostředky zákon o veřejných zakázkách nedopadá. V posuzované věci však nebylo prokázáno, že by třetí osoby platily žalobkyni provize z veřejných prostředků ani že by zadavatel žalobkyni tuto provizi jakkoli zaručoval. Dle soudu tak žalovaný pochybil, pokud po žalobkyni vyžadoval vyšší kauci.

[8] V závěru rozhodnutí uvedl krajský soud, že na tento právní názor nemá žádný vliv ani rozsudek Soudního dvora ze dne 18. 1. 2007 ve věci *Auroux*, C-220/05 (dále jen „*Auroux*“; rozsudky Soudního dvora Evropské unie jsou dostupné na www.eur-lex.europa.eu), který předložil žalovaný při jednání. Dle krajského soudu se tento rozsudek vztahuje k odlišné situaci, kdy byly příjmy poskytované třetími osobami dodavateli zaručeny zadavatelem již ve smlouvě o veřejné zakázce a současně se jednalo o prostředky, které (nepřímo) souvisely s veřejnými rozpočty.

III.

[9] Proti tomuto rozhodnutí krajského soudu včas podal kasační stížnost žalovaný (stěžovatel) z důvodu podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

[10] Nesprávné posouzení právní otázky spatřoval stěžovatel v tom, že krajský soud považuje za úplatu za veřejnou zakázku pouze tu část, jež jde k tíži veřejných prostředků. Dle stěžovatele je však nabídková cena v řadě případů tvořena zjevnou i skrytou provizí, která se jednoznačně ekonomicky odráží ve výši poskytnutého plnění. Konstrukce

smluvních závazkových vztahů je přitom v oblasti poskytování stravovacích poukazů dlouhodobě stálá a s příjmem ze skryté provize dodavatel poukazů může počítat. O tuto provizi může dále snížit cenu nabídnutou zadavateli a dosáhnout tak ekonomicky výhodnější nabídky při zachování zisku. Toto snížení nabídkové ceny má dle stěžovatele přímý dopad na veřejné prostředky.

[11] Stěžovatel dále odkazoval na rozsudek Soudního dvora ve věci *Auroux*, podle něhož je třeba vzít v úvahu celkovou hodnotu zakázky na stavební práce z pohledu potenciálního uchazeče. To zahrnuje nejen úhrn částek, které má zaplatit zadavatel, ale i všechny příjmy pocházející od třetích osob; nikoli tedy jen tu část, jež má vliv na veřejné prostředky. Krajský soud mylně vyšel ze skutkových okolností případu, avšak text rozsudku obsahuje obecně zdůvodněné závěry, jež se dají přiléhavě aplikovat na projednávaný případ. Přestože se tento rozsudek vztahoval k čl. 6 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. 6. 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (dále jen „směrnice o veřejných zakázkách na stavební práce“), je významný i pro právní úpravu bezprostředně navazující, jíž je čl. 9 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „nová směrnice o veřejných zakázkách“). Závěrem stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud v případě, že by se chtěl ztotožnit s právními závěry krajského soudu, položil předběžnou otázku Soudnímu dvoru.

IV.

[12] Žalobkyně s právní argumentací stěžovatele nesouhlasila. Dle jejího názoru krajský soud vyložil rozsudek Soudního dvora zcela správně. Rovněž s ohledem na vlastní rozsudek čj. 62 Ca 25/2009 - 159 [7] správně uvedl, že pouze úplata, která je placena z veřejných prostředků nebo která způsobuje snížení veřejných prostředků, případně to, že nedošlo k jejich zvýšení, může být součástí nabídkové ceny. Stěžovatel dle názoru žalobkyně argumentaci krajského soudu nijak nevyvrací. Žalobkyně dále odkázala na svá předešlá vyjádření v této věci. V nich vyslovila např. přesvědčení, že je zcela absurdní, aby nabídková cena zahrnovala i plnění, které se realizuje mezi ní a provozovateli veřejných stravovacích zařízení, neboť se jedná o čistě obchodněprávní vztah, při jehož realizaci nedochází k použití žádných veřejných prostředků. Zahrnutí provize do nabídkové ceny by navíc způsobilo neurčitost a nejasnost zadávacích podmínek, což by vedlo k porušení zásady transparentnosti dle § 6 zákona o veřejných zakázkách.

V.

[13] Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnosti ve výše vymezeném rozsahu a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[14] Kasační stížnost není důvodná.

[15] Nejvyšší správní soud se musel ve vztahu k určení výše kaucí skládané s podáním návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zabývat otázkou, zda je součástí nabídkové ceny i skrytá provize dodavatele, kterou dodavatel obdrží ze soukromých prostředků od třetích osob. V obecné rovině pak zkoumal, zda je pro určení nabídkové ceny, příp. výši kaucí, rozhodná celková hodnota veřejné zakázky z pohledu uchazeče, nebo jen ta část, jež má vliv na objem veřejných prostředků.

[16] Evropské předpisy předmětnou otázku ve vztahu k posuzované věci neupravují, stanoví pouze obecný rámec pro zadávání veřejných zakázek a jejich přezkum (např. směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. 12. 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce). Zákon o veřejných zakázkách tento rámec podstatně přesahuje, a to i v části, jež podrobně upravuje řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

[17] Stěžovatel se v kasační stížnosti odvolal na rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Auroux*, které se zabývalo tím, jak určit hodnotu zakázky za účelem posouzení, zda je dosažena prahová hodnota stanovená směrnicí o veřejných zakázkách na stavební práce.

[18] Ve shodě se stěžovatelem Nejvyšší správní soud považuje odůvodnění tohoto rozsudku za relevantní ve skutkově obdobných případech. Byť rozsudek výslovně odkazuje pouze na vybrané body preambule a čl. 6 směrnice o veřejných zakázkách na stavební práce, tato ustanovení jsou ve shodném či obdobném znění obsažena i ve směrnici Rady 93/36/EHS ze dne 14. 6. 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, směrnici Rady 92/50/EHS ze dne 18. 6. 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, i v nové směrnici o veřejných zakázkách.

[19] Nelze vyloučit, že by byl závěr Soudního dvora, podle nějž je třeba pro určení hodnoty zakázky vzít v určitých případech v úvahu celkovou hodnotu zakázky z pohledu potenciálního uchazeče, tedy i příjmy od třetích osob, přiměřeně použitelný nejen v případě veřejných zakázek na stavební práce, ale i u veřejných zakázek na dodávky či služby. Neplatí proto názor krajského soudu, podle něhož může být součástí nabídkové ceny vždy jen úplata, která jde k tíži veřejných prostředků.

[20] Zároveň je však třeba uvést, že se předložený spor od věci posuzované Soudním dvorem podstatně liší. Soudní dvůr se, jak bylo zmíněno výše, zabýval otázkou, jak určit hodnotu zakázky za účelem posouzení, zda je dosažena prahová hodnota stanovená směrnicí o veřejných zakázkách na stavební práce. Zadavatel si v případě posuzovaném Soudním dvorem sjednal ve smlouvě s dodavatelem, že dodavatel obdrží úplatu od třetích osob a i výše úplaty byla sjednána ve smlouvě. Dle dalších článků smlouvy se zadavatel měl stát vlastníkem všech pozemků a staveb, které byly určeny k převedení na třetí osoby a nebyly prodány, a současně měl zajistit plnění smluv, s výjimkou smluv pracovních, a převzít závazky dodavatele. Věc nyní posuzovaná Nejvyšším správním soudem je však skutkově i právně odlišná. Mimo jiné zde neexistoval vztah mezi případnými platbami třetích osob ze soukromých zdrojů a konkrétní veřejnou zakázkou, jaký naopak jednoznačně existoval ve věci posuzované Soudním dvorem.

[21] Jak uvedl i žalovaný v prvním rozhodnutí ve věci, vydavatelé stravovacích poukazů si se třetími subjekty nesjednávají provize vázané na konkrétní veřejné zakázky. Provize se třetími subjekty se sjednávají prostřednictvím dlouhodobých smluv bez ohledu na jednotlivé časově na nich nezávislé veřejné zakázky. Vydavatel stravovacích poukazů může mít s každým stravovacím zařízením sjednanou odlišnou smlouvu s různě stanovenou provizí, provize se může odvíjet od rozličných faktorů a smlouvy mohou být uzavřeny na odlišně dlouhou dobu. Tyto skutečnosti však zpravidla nezávisí na jednotlivých veřejných zakázkách vydavatelů stravovacích poukazů. V případě veřejné zakázky jako v nyní posuzované věci je velmi obtížné mít přehled o všech relevantních provizích a pro zadavatele by bylo velmi složité zahrnout je do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, mimo jiné z důvodu, že se jednalo o veřejnou zakázku na obecně použitelné stravovací poukazy nevázané na konkrétní stravovací zařízení.

[22] Nejvyšší správní soud se proto ztotožnil s názorem krajského soudu i obou účastníků řízení, že se do nabídkové ceny i předpokládané hodnoty veřejné zakázky nezapočítává částka odpovídající nominální hodnotě poptávaných stravovacích poukazů. Souhlasí tedy i s názorem krajského soudu, že při nákupu stravovacích poukazů dochází ke směně vzájemně značně zastupitelných nositelů hodnot, nadto přenositelných z osoby na osobu.

[23] Pokud by žalovaný chtěl započítávat každou skrytou provizi ve všech případech veřejných zakázek, musel by započítávat např. i všechny slevy, které si konkrétní uchazeč o veřejnou zakázku v minulosti vyjednal se svými dodavateli, neboť i tyto slevy umožňují uchazeči, aby snížil svou nabídkovou cenu, a tudíž odčerpával menší část veřejných prostředků. Takovýto postup by vedl k absurdním důsledkům, mnohdy by byl neproveditelný pro nezjistitelnost všech údajů tohoto typu a nakonec by mohl vést i k nerovnému přístupu žalovaného k jednotlivým uchazečům, pokud by některý údaj opomněl nebo nezjistil. Tento postup ze zákona o veřejných zakázkách nevyplývá a neodpovídal by ani jeho smyslu.

[24] Krajský soud proto správně posoudil, že v případě posuzovaných stravovacích poukazů nebyla provize součástí nabídkové ceny. Netvoří tak ani součást základu pro výpočet kaucí dle § 115 zákona o veřejných zakázkách.

[25] Nejvyšší správní soud je povinen při výkladu zákona o veřejných zakázkách přihlížet i k účelu relevantních směrnic. Ze shora uvedeného odůvodnění i ve vztahu k rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Auroux* ovšem vyplývá, že nemusel podat návrh na rozhodnutí předběžné otázky Soudnímu dvoru (čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie, rozsudek *CILFIT*, 283/81, a navazující judikatura; dostupné na www.eur-lex.europa.eu).

[26] Jak Nejvyšší správní soud uvedl již v úvodu odůvodnění a nyní znovu připomíná, nezabýval se řízením před stěžovatelem věcně, ale rozhodoval pouze ve vztahu k určení výše kaucí skládané s podáním návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

VI.

[27] Nejvyšší správní soud neshledal napadený rozsudek krajského soudu nezákonným, proto kasační stížnost zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[28] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Procesně úspěšná žalobkyně byla v řízení o kasační stížnosti zastoupena advokátem a náleží jí odměna za jeden úkon právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti) podle § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. Odměna podle § 9 odst. 3 písm. f) uvedené vyhlášky ve znění účinném do 31. 12. 2012 činí 2100 Kč a dále 300 Kč jako paušální náhrada hotových výdajů (§ 13 odst. 3 téže vyhlášky), celkem tedy 2400 Kč. Protože advokát je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se tento nárok o částku odpovídající dani, kterou je povinen odvést z odměny za zastupování a z náhrad hotových výdajů podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů. Výše daně, vypočtená podle § 37 odst. 2 a § 47 odst. 4 zákona č. 235/2004 Sb., činí 504 Kč. Celkem proto soud stanovil odměnu ve výši 2904 Kč.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 29. ledna 2013

JUDr. Michal Mazanec
předseda senátu