



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Pavla Molka a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci žalobce: **Hasičský záchranný sbor hlavního města Prahy**, se sídlem Sokolská 1595/62, Praha 2, zast. JUDr. Bc. Petrem Kadlecem, advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 10. 2021, č. j. ÚOHS-34319/2021/161/HBa, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 5. 2023, č. j. 31 Af 84/2021-122,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se z a m í t á .**
- II. Žalovaný **je p o v i n e n** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 4 114 Kč k rukám jeho zástupce JUDr. Bc. Petra Kadlece, advokáta se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, do 30 dnů ode dne právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalobce uzavřel dne 19. 8. 2019 mimo zadávací řízení se společností PATROL group, s. r. o. (dále také „koncesionář“) koncesní smlouvu ve smyslu § 174 a násl. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Podle této smlouvy měl koncesionář zajišťovat připojení elektrické požární signalizace (dále také „EPS“), která je umístěna v prostorách či objektech jednotlivých uživatelů, k pultu centralizované ochrany (dále také „PCO“), který byl umístěn v prostorách žalobce, a přenos signálů z EPS na PCO za účelem zajištění reakce výkonných složek žalobce. Propojení EPS a PCO bylo zajištěno prostřednictvím zařízení dálkového přenosu (dále také „ZDP“). Žalobce měl zajišťovat trvalé střežení systému EPS napojeného objektu prostřednictvím PCO.

[2] Koncoví uživatelé platili za služby koncesionáře a žalobce měsíčně celkem 3 535 Kč bez DPH, přičemž tato částka byla ve smlouvách rozdělena na platbu za služby žalobce ve výši 3 135 Kč a platbu za služby koncesionáře ve výši 400 Kč. Koncoví uživatelé celou částku hradili koncesionáři, který následně částku ve výši 3 135 Kč přefakturoval žalobci. Podstatou sporu v této věci je otázka, zda měly být do předpokládané hodnoty koncese podle § 175 odst. 1 ZZVZ započítány pouze platby za služby koncesionáře, anebo také platby za služby žalobce. V případě kladné odpovědi by totiž koncese překročila limit 20 000 000 Kč vymezený v § 178 ZZVZ pro koncese malého rozsahu, které lze zadat mimo zadávací řízení.

[3] Žalovaný dospěl k závěru, že na výše zmíněnou otázku je nutné odpovědět kladně, v důsledku čehož předpokládaná hodnota koncese při uvažované době plnění 5 let činí 79 821 776,68 Kč, a proto rozhodnutím ze dne 12. 8. 2021, č. j. ÚOHS-27410/2021/500/AIv, shledal žalobce vinným ze spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Týmž rozhodnutím shledal žalobce vinným rovněž z přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ, neboť žalovanému v rámci správního řízení vedeného ve věci návrhu ze dne 17. 9. 2019 na uložení zákazu plnění smlouvy nedoručil své vyjádření k návrhu společnosti M connections, s.r.o. ve lhůtě 10 dnů ode dne doručení návrhu a nesdělil důvody, pro něž při uzavírání výše uvedené smlouvy nepostupoval v zadávacím řízení. Tato část rozhodnutí však není předmětem námitek v kasační stížnosti, proto Nejvyšší správní soud (dále též „NSS“) příslušné části rozhodnutí dále nerekapituluje. Rozklad proti rozhodnutí žalovaného zamítl jeho předseda v záhlaví uvedeným rozhodnutím.

[4] Žalobce se proti rozhodnutí žalovaného bránil žalobou u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), který jí vyhověl a zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného a rozhodnutí žalovaného ve výrocích týkajících se přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ (výrok I.), uložené pokuty ve výši 100 000 Kč (výrok III.) a povinnosti uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč (výrok IV.). Na rozdíl od žalovaného a jeho předsedy totiž dospěl k závěru, že platby za služby žalobce neměly být započítány do předpokládané hodnoty koncese.

[5] Krajský soud při svých úvahách vycházel z toho, že § 175 odst. 1 ZZVZ obsahuje „generální klauzuli“, a proto kterákoliv položka spadající do demonstrativního výčtu uvedeného v § 175 odst. 3 ZZVZ musí být rovněž podřaditelná pod generální klauzuli. Vzhledem k různým definicím pojmu „obrat“ napříč právním řádem je nutné obrat podle § 175 odst. 1 ZZVZ definovat s ohledem na účel tohoto ustanovení, kterým je stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky tak, aby zadavatel věděl, podle jakých ustanovení ZZVZ má dále postupovat. Za obrat proto krajský soud považoval souhrn hodnot všech plnění, která koncesionář obdržel za služby, jež jsou předmětem koncese, a zároveň nezbytných nákladů na poskytnutí služeb, které koncesionář nemusel vynaložit, protože je namísto něj nesl zadavatel. Podstatné proto je, zda má z plnění či nákladu koncesionář přímý ekonomický prospěch, za který se považuje i to, že koncesionář v důsledku nesení nákladů zadavatelem „ušetří“. Zároveň se však musí jednat pouze o dodávky, služby nebo stavební práce, které byly nezbytné k realizaci předmětu koncese a které zadavatel poskytl přímo koncesionáři. Pokud tedy platba, příjem nebo jiná hodnota, kterou koncesionář v rámci koncese obdrží, netvoří jeho obrat, tj. nemá z ní přímý ekonomický prospěch, nelze ji v předpokládané hodnotě koncese zohlednit.

pokračování

[6] Krajský soud nesouhlasil s podřazením služeb žalobce pod § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ ze dvou důvodů. Prvním důvodem je, že se nejedná o služby poskytnuté žalobcem koncesionáři, žalobce proto nelze považovat za faktického poddodavatele koncesionáře. Předmětem koncese je pouze zřízení a zajištění provozu PCO, ostatní služby hasičského záchranného sboru (dále také „HZS“) již předmětem koncese nejsou a žalobce je poskytuje přímo uživatelům koncese. Tyto služby ostatně může podle zákona poskytovat pouze žalobce. Ten při jejich poskytování vystupuje vlastním jménem. Koncesionář sice vybírá platby od uživatelů, avšak je pouze platebním místem. Beneficientem plateb za služby HZS je vždy žalobce. Koncesionář jedná na účet žalobce, svou povahou se tudíž jedná o komisi ve smyslu § 2455 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).

[7] Druhým důvodem nesprávnosti právního názoru žalovaného je, že žalobcovy služby, které žalovaný podřadil pod § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ, nespádají zároveň pod generální klauzuli § 175 odst. 1 ZZVZ. Byť § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ hovoří o nákladech zadavatele, které poskytl koncesionáři pro plnění koncese, musí se zároveň jednat také o náklady nezbytné pro její realizaci, které by jinak musel vynaložit koncesionář. Analogické pravidlo je zakotveno v § 22 ZZVZ, tento závěr podporuje rovněž eurokonformní výklad § 175 ZZVZ. Krajský soud odmítl argument, že se zákonodárce cíleně odklonil od úpravy ve směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (dále také „koncesní směrnice“), a stanovil tak pro zadavatele přísnější podmínky. V tomto případě žalobce poskytuje služby přímo uživatelům koncese, nikoliv koncesionáři, a uživatelé za ně platí žalobci. Koncesionář tedy ze služeb HZS nemá žádný přímý prospěch a nijak nesnižují jeho náklady, které musí za účelem provozování služeb PCO vynaložit.

[8] Krajský soud se neztotožnil ani se závěrem žalovaného, že služby PCO a HZS jsou nerozlučně provázány. ZZVZ totiž s kritériem vazby či souvislosti služeb vůbec nepracuje, služby poskytované v rámci koncese nadto budou mít vždy alespoň nějakou souvislost a provázanost s činností zadavatele. Touto optikou by například do předpokládané hodnoty koncese na výstavbu a provoz mýtných bran bylo nutné započítat také náklady zadavatele na výstavbu dálnice, což by bylo absurdní. Pod § 175 odst. 1 ZZVZ tudíž nelze podřadit „benefit“ koncesionáře spočívající v tom, že mu je v důsledku existence služeb HZS umožněno poskytovat služby PCO.

II. Obsah kasační stížnosti žalovaného a vyjádření žalobce

[9] Žalovaný (dále též „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodu uvedeného v § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), tedy pro nesprávné zodpovězení právní otázky krajským soudem.

[10] V ní opět zdůraznil propojenost služeb poskytovaných žalobcem a služeb poskytovaných koncesionářem. Uživatelům EPS koncesionář poskytuje připojení elektrické požární signalizace k PCO a žalobce zajišťuje jeho trvalou obsluhu a poskytuje služby výjezdu. Jedná se tedy o dvě služby, které tvoří jeden funkční celek, neboť jedna bez druhé nejsou myslitelné a proveditelné. Zároveň nelze zaměňovat službu požárního zásahu, kterou by žalobce na základě tísňového volání musel poskytnout ze zákona a která by mohla být od komerční služby oddělena, a službu vyhodnocení poplachového stavu při monitoringu

elektrické požární signalizace prostřednictvím PCO, což je podstata plnění komerční služby ze strany žalobce.

[11] Pro stanovení objemu koncese jsou podle stěžovatele rozhodující obrat koncesionáře a vnosy či náklady zadavatele. U těch však není podstatné, že služby HZS smí poskytovat pouze žalobce, neboť podobná situace nastává také tehdy, pokud dodavatel část svého plnění zajišťuje pomocí subjektu, který má v určité oblasti dominantní postavení anebo má na činnost výhradní licenci. V nyní projednávaném případě službu poskytuje a zastřešuje koncesionář a stěží si lze představit, že by se koncový uživatel mohl svých práv domáhat přímo vůči žalobci.

[12] Žalobce zároveň neposkytuje služby pouze uživatelům, neboť je vůči koncesionáři povinen k řadě různých úkonů přímo spojených s provozem PCO. Služby žalobce jsou tudíž poddodávkou ve smyslu § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ, a musejí být zahrnuty do předpokládané hodnoty koncese. Na tom nic nemění skutečnost, že koncesionář je povinen platby za služby žalobce přeúčtovat, fakticky jde totiž o jeho nákladovou položku, kterou potřebuje pro poskytnutí komplexní služby zákazníkům.

[13] Argument krajského soudu, že žalobce formálně ani materiálně nevystupuje jménem koncesionáře, ale vlastním jménem, vyvrací obsah koncesní smlouvy. Ve skutečnosti stojí žalobce za koncesionářem a poskytuje jen tu část služeb, kterou nemůže poskytovat koncesionář, přičemž rozpis úhrady služeb koncesionáře a žalobce je jen technikálií bez vlivu na stanovení objemu koncese.

[14] Stěžovatel považuje za nesprávný také závěr krajského soudu, že platby spadající pod § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ musejí zároveň splňovat obecnou definici v § 175 odst. 1 ZZVZ. Ustanovení § 175 odst. 3 ZZVZ totiž obsahuje řadu položek, které se nemusejí nutně projevit v obratu dodavatele, například hodnotu výhod v jakékoliv formě nebo hodnotu dodávek, služeb či staveb, které pro plnění koncese poskytne zadavatel. Náзор krajského soudu je rovněž v rozporu s čl. 8 koncesní směrnice, který je proveden v § 175 ZZVZ, a s jeho výkladem provedeným Soudním dvorem EU (dále také „SD EU“) v rozsudku ze dne 10. 11. 2022, C-486/21, *Sharengo*. V tomto případě bylo do hodnoty koncese započítáno prominuté parkovné a údržba parkovacích míst, kterou prováděl na své náklady zadavatel a v obratu koncesionáře se nemohly nijak projevit.

[15] Stěžovatel považuje příklad mýtných bran, použitý krajským soudem, za nepřiléhavý, neboť v takovém případě by zadavatel k plnění koncese nijak nepřispíval, v nynějším případě však poskytuje řadu služeb nezbytných pro realizaci koncese. Podíl žalobce na poskytování služeb PCO tedy představuje pro koncesionáře jednoznačný ekonomický prospěch a bez něj by poskytování služby, jež je předmětem koncese, nebylo možné.

[16] Závěrem stěžovatel poukázal na to, že svým rozhodnutím přiměl žalobce, aby poskytoval možnost připojení k PCO také prostřednictvím jiných dodavatelů, než je koncesionář. Do té doby byly krajské HZS strůjcem monopolu koncesionáře na dané služby, nyní již mezi dodavateli na trhu probíhá soutěž.

[17] Žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že jediný správný výklad § 175 ZZVZ je ten, že je nutné naplnit jak generální klauzuli vyjádřenou v odst. 1 (obrat koncesionáře),

pokračování

tak podmínky v odst. 3, který však obsahuje pouze příklady toho, co má být do předpokládané hodnoty koncese zahrnuto. Žalovaný zkresluje skutečný předmět koncese, jeho výklad smluv odpovídá pohledu koncového uživatele, který ale pro výpočet předpokládané hodnoty koncese není relevantní. Předmětem koncese je pouze zřízení PCO pro žalobce a připojení EPS na PCO. Služby HZS poskytuje žalobce uživatelům koncese vlastním jménem.

[18] Žalobce není poddodavatelem koncesionáře. Odměna, která náleží koncesionáři, je zcela oddělená od nákladů žalobce za plnění smlouvy s uživateli, přičemž koncesionář ji bez jakékoliv provize pouze fakturuje v zastoupení žalobce. Vztah žalobce a koncesionáře je tudíž svou povahou vztahem mandátním. Čl. III koncesní smlouvy, jenž se žalovaný snaží vykládat tak, že žalobce poskytuje služby koncesionáři, pouze deklaruje povinnosti žalobce, které jsou nezbytné pro řádné poskytování služeb uživatelům koncese.

[19] Poskytování služeb HZS má smysl jen pro uživatele EPS, kteří jsou jejich jedinými příjemci. Do předpokládané hodnoty koncese lze však zahrnout jen dodávky, služby nebo stavební práce, které jsou poskytnuty koncesionáři pro plnění koncese. Tento závěr podporuje i komentářová literatura, podle níž je § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ obdobou § 22 téhož zákona, jakož i článku 8 odst. 3 písm. f) koncesní směrnice. Služby HZS však tato kritéria nesplňují, neboť nijak nesnižují náklady koncesionáře, které by jinak musel vynaložit pro plnění koncese.

[20] Ustanovení § 175 ZZVZ nadto nikde nezmiňuje vlastní příjem zadavatele v souvislosti s poskytováním služeb koncesionáře. Koncesní směrnice však v čl. 8 bodu 3 písm. b) výslovně uvádí, že tyto poplatky nelze do hodnoty koncese započítávat. Závěry krajského soudu jsou rovněž v souladu s rozsudkem SD EU ve věci *Sharengo*, neboť v něm řešené prominuté parkovné a poplatky za údržbu parkovacích míst představovaly nezbytný náklad koncesionáře, který by při provozování sdílených automobilů jinak musel nést. V nyní projednávaném případě však koncesionář toliko vytvořil podmínky pro poskytování služeb HZS.

[21] Do předpokládané hodnoty koncese tedy nelze zahrnout hodnotu služeb, které s koncesí pouze souvisejí. Stěžovatelův výklad nepřipustně rozšiřuje kategorii uvedenou v § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ. Žalobce zároveň nesouhlasí s tvrzením, že krajské HZS byly strůjcem monopolu koncesionáře. Naopak to byla právě společnost M connections, s. r. o., tedy navrhovatel v původním správním řízení zpochybňujícím udělení koncese, kdo téměř dvacet let využíval své výhradní postavení exkluzivního poskytovatele služeb PCO v hl. m. Praze.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[22] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že byla podána včas a jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná. Posoudil ji v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[23] Kasační stížnost není důvodná.

[24] NSS v první řadě pro přehlednost rekapituluje, že podle smluvní dokumentace měli uživatelé EPS platit měsíčně celkem 3 535 Kč bez DPH, přičemž tato částka byla rozdělena na platbu za služby žalobce ve výši 3 135 Kč, konkrétně za „*trvalé střežení systému EPS napojeného objektu*“, a na platbu za služby koncesionáře ve výši 400 Kč, konkrétně za „*zajištění připojení střeženého systému EPS objektu do PCO provozovaných společností PATROL na KOPIS HZS hl. m. Prahy*.“ Spor v nynější věci se týká částky 3 135 Kč za žalobcovy služby spočívající v trvalém střežení PCO, s žádnou jinou částkou ani službou stěžovatel ve svém rozhodnutí nepracuje.

[25] Stěžovatel v kasační stížnosti namítá, že do předpokládané hodnoty koncese je nutné započítat také hodnotu služeb poskytovaných žalobcem. K tomuto závěru podle něj vede propojenost služeb žalobce a koncesionáře, dále skutečnost, že žalobce je fakticky pouze poddodavatelem koncesionáře, jakož i to, že platby spadající pod § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ podle něj nemusejí nutně spadat rovněž pod „generální klauzuli“ v § 175 odst. 1 ZZVZ. Žalobce má naopak za to, že plnění může být započítáno do předpokládané hodnoty koncese pouze v případě, že naplní „generální klauzuli“ v § 175 odst. 1 ZZVZ, což v případě plnění za služby žalobce není možné.

[26] Krajský soud v prvním kroku své argumentace obecně vymezil, co je podle něj nutné rozumět pod pojmem obrat užitým v § 175 odst. 1 ZZVZ, v dalším kroku pak posuzoval, zda je možné platby za služby žalobce pod toto vymezení podřadit. V dalším kroku pak dospěl k závěru, že platbu ve výši 3 135 Kč za službu žalobce spočívající ve střežení PCO nelze zahrnout do předpokládané hodnoty koncese, neboť z ní koncesionář nemá „přímý ekonomický prospěch“, a proto nespadá pod pojem obrat ve smyslu § 175 odst. 1 ZZVZ. NSS má za to, že tato posloupanost úvah krajského soudu není správná, byť vede ke správnému závěru. Jeho argumentaci je proto nezbytné korigovat.

[27] Ještě před posuzováním, jaká plnění lze zahrnout do předpokládané hodnoty koncese, je totiž nutné vyjasnit, co je v nyní projednávaném případě předmětem koncese a co nikoliv. Jak totiž stanoví § 175 odst. 1 ZZVZ, *[z]a předpokládanou hodnotu koncese se považuje celkový obrat dodavatele bez daně z přidané hodnoty za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění za stavební práce a služby, jež jsou předmětem koncese, jakož i za dodávky, jež s těmito stavebními pracemi a službami souvisejí.* (podtržení doplněno soudem) Pokud tedy služba není předmětem koncese, zpravidla nebude důvodu, aby protiplnění za tuto službu bylo zahrnuto do předpokládané hodnoty koncese, jakkoliv s koncesovanou službou může úzce souviset a tvořit s ní „funkční celek“.

[28] Při určování předmětu koncese lze jako prvotní vodítko využít § 174 odst. 3 ZZVZ (totožně zní čl. 8 odst. 2 koncesní směrnice), podle něž se koncesí na služby rozumí *uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel*

a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c), dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu brání užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a

b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s bráním užitků vyplývajících z poskytování služeb.

Koncesní směrnice pak konkrétněji v čl. 5 odst. 1 písm. b) uvádí, že „*koncesí na služby*“ se rozumí *úplatná smlouva uzavřená písemnou formou, kterou jeden nebo více veřejných zadavatelů či zadavatelů svěřuje jednomu nebo více hospodářským subjektům poskytování*

pokračování

a řízení jiných služeb, než jsou stavební práce uvedené v písmeni a), přičemž odpovídající protiplnění spočívá buď výhradně v právu brání užitků vyplývající z poskytování služeb, jež jsou předmětem dané smlouvy, nebo v tomto právu společně s platbou. (podtržení doplněno soudem)

[29] SD EU pak například v rozsudku ze dne 14. 7. 2016, *Promoimpresa a další*, C-458/14 a C-67/15, uvedl, že „koncese na služby je charakterizována mimo jiné situací, ve které je právo poskytovat stanovené služby zadavatelem přeneseno na koncesionáře, přičemž posledně uvedený v rámci uzavřené smlouvy disponuje určitou hospodářskou svobodou při určování podmínek podnikání a současně je do značné míry vystaven rizikům souvisejícím s takovým podnikáním (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 11. června 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, EU:C:2009:358, bod 71).“ (podtržení doplněno soudem) V některých případech může být na koncesionáře přenášeno nejen právo poskytovat určité služby, ale také povinnost tak činit (srov. stanovisko generálního advokáta Szpunara ve věci *Promoimpresa a další*, body 62 a 63).

[30] S ohledem na uvedené je proto v nynější věci nutné posoudit, jakou konkrétní službu žalobce koncesoval, tedy k jaké službě získal koncesionář právo poskytování a řízení. Otázka tedy zní, zda žalobce na koncesionáře přenesl právo provozovat a) celý balík služeb zahrnující jak vybudování systému PCO a zajištění připojení koncových uživatelů EPS na PCO, tak střežení PCO, anebo pouze b) vybudování systému PCO a zajištění připojení EPS na PCO.

[31] NSS má za to, že pouze druhá varianta je správná. Soud nijak nepopírá, že služby žalobce (střežení PCO) a služby přenesené na koncesionáře (vybudování systému PCO a zajištění připojení EPS na PCO) spolu velmi úzce souvisejí, neboť zřízení PCO a následné připojení EPS na PCO je nepochybně předpokladem poskytování žalobcovy služby monitoringu PCO. Žalobce však službu monitoringu PCO žalobce na koncesionáře nepřevěděl, a i po uzavření koncesní smlouvy tuto službu poskytoval on sám. Bylo tomu tak nehledě na to, jakým způsobem byly upraveny smluvní vztahy mezi uživateli EPS, koncesionářem a žalobcem.

[32] Pro ilustraci materiální oddělenosti koncesovaných služeb a služby monitoringu PCO lze také poukázat na věc řešenou stěžovatelem pod sp. zn. ÚOHS-S0628/2022/VZ, na niž stěžovatel odkazuje v kasační stížnosti. Ta se týkala situace, kdy HZS Plzeňského kraje namísto koncesování služby vybudování PCO a připojování EPS na PCO zadal veřejnou zakázku na instalaci PCO a ponechal na uživatelích EPS, aby si sami vybrali dodavatele, který jejich EPS na PCO napojí. Také zde zůstala služba střežení PCO v rukou HZS, pouze technické předpoklady poskytování žalobcovy služby byly řešeny nikoliv koncesí, ale veřejnou zakázkou. Je tedy zřejmé, že služba střežení PCO zůstává konstantně v rukou žalobce, resp. příslušných hasičských záchranných sborů, zatímco účelem a předmětem koncese v nyní projednávaném případě bylo pouze přenést na koncesionáře zajištění technických předpokladů pro poskytování žalobcovy služby.

[33] Takový postup je pochopitelný, neboť, navzdory argumentům stěžovatele, žalobcová služba skutečně obsahuje prvek, který nemůže vykonávat jakýkoliv jiný komerční subjekt. Nejedná se však o samotný požární zásah, který vskutku může poskytnout pouze žalobce a musel by tak učinit i v reakci na tísňové volání. Jedinečnost žalobcem poskytované služby střežení PCO spočívá v bezprostředním přechodu od vyhodnocení signálu k aktivaci

požárního zásahu. Jak uvádí čl. 4 odst. 5 pokynu generálního ředitele Hasičského záchranného sboru České republiky č. 40/2018, [p]ři přijetí stavu „VŠEOBECNÝ POPLACH“ zajistí obsluha krajského operačního a informačního střediska územně příslušného hasičského záchranného sboru kraje neprodleně vyslání sil a prostředků dle požárního poplachového plánu kraje na střežený objekt. Samotný monitoring PCO a vyhodnocení signálu z EPS by jistě mohl vykonávat jakýkoliv odlišný (komerční) subjekt než žalobce. Subjekty odlišné od žalobce by však po vyhodnocení stavu nemohly přímo aktivovat zásah, ale musely by přistoupit k tísňovému volání, což by značně snižovalo efektivitu a atraktivnost takové služby.

[34] Bylo by navíc poněkud nezvyklé, aby žalobce určitou službu koncesoval, a přesto ji i nadále poskytoval zcela či z větší části on sám, avšak tentokrát v subdodavatelském postavení. Jak bylo uvedeno výše, podstatou koncese je, že zadavatel na koncesionáře přenáší právo poskytovat a řídit určitou službu. V případě služby střežení PCO tak žalobce neučinil.

[35] NSS proto uzavírá, že v nyní projednávaném případě bylo předmětem koncese pouze vybudování pultu PCO a připojování EPS na PCO. Službu monitoringu PCO žalobce nekonesoval a nadále ji poskytoval on sám.

[36] Po vyjasnění, co bylo v nynějším případě předmětem koncese, lze přistoupit k posouzení, zda měly být platby, které jsou v tomto případě předmětem sporu, zahrnuty do předpokládané hodnoty koncese či nikoliv.

[37] Způsob stanovení předpokládané hodnoty koncese je upraven v § 175 ZZVZ. Toto ustanovení je nutné vykládat s ohledem na povahu a smysl institutu koncese. Předpokládaná hodnota koncese totiž zpravidla musí, na rozdíl od hodnoty veřejné zakázky, vycházet právě z protiplnění, která mají koncesionáři plynout z poskytování koncese, neboť protiplnění od zadavatele u koncese zčásti nebo úplně chybí.

[38] V § 175 odst. 1 proto ZZVZ stanoví, že [z]a předpokládanou hodnotu koncese se považuje celkový obrat dodavatele bez daně z přidané hodnoty za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění za stavební práce a služby, jež jsou předmětem koncese, jakož i za dodávky, jež s těmito stavebními pracemi a službami souvisejí. Toto ustanovení definuje, co je předpokládanou hodnotou koncese – je jí celkový obrat koncesionáře vyplývající z protiplnění, tedy z „užitků“ zmíněných v § 174 odst. 3 ZZVZ. V § 175 odst. 3 pak ZZVZ demonstrativně vyjmenovává (*Do předpokládané hodnoty koncese zadavatel zahrne zejména...*), co je do předpokládané hodnoty koncese nutné zejména zahrnout.

[39] Z hlediska systematiky § 175 ZZVZ je zřejmé, že odst. 1 obsahuje definici pojmu *předpokládaná hodnota koncese* a odst. 3 demonstrativní výčet položek, které je nutné do předpokládané hodnoty zahrnout. S ohledem na systematiku daného ustanovení je nutné odmítnout stěžovatelův argument, že by některé položky uvedené v odst. 3 nemusely splňovat definici předpokládané hodnoty koncese v odst. 1. Hovoří-li § 175 ve všech odstavcích shodně o „předpokládané hodnotě koncese“, pak s ohledem na princip vnitřní obsahové bezrozpornosti právního řádu znamená tento právní pojem ve všech odstavcích totéž – celkový obrat dodavatele za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění (srov. rozsudky rozšířeného senátu ze dne 26. 10. 2005, č. j. 2 Afs 81/2004-54, č. 791/2006 Sb. NSS, a ze dne 26. 10. 2005, č. j. 1 Afs 86/2004-54, č. 792/2006 Sb. NSS). Jak uvedl

pokračování

rozšířený senát v bodě 34 rozsudku ze dne 5. 9. 2023, č. j. 2 Afs 363/2019-50, č. 4517/2023 Sb. NSS: „*V legislativní činnosti platí zásada, že pokud je záměrem zákonodárce označit stejný předmět či stanovit shodné pravidlo, použije k tomu shodného výrazu. Naopak pokud použije jiných slov (výrazů), jde o indikátor, že význam takto použitých odlišných slov má být zpravidla vykládán rovněž odlišně (zásada terminologické jednoty, resp. zákazu synonymického výkladu, blíže srov. Wintr, J.: Metody a zásady interpretace práva, Praha, Auditorium, 2013, str. 53–56). To platí především při výkladu různých ustanovení téhož předpisu, a tím spíše je třeba tuto zásadu zohlednit při výkladu jediného ustanovení...*“.

[40] To však neznamená, že plnění, která se *účetně* v obratu koncesionáře vůbec neprojeví, by zároveň nemohla být zahrnuta do předpokládané hodnoty koncese. Krajský soud totiž správně dovodil, že při vymezení pojmu obrat podle § 175 odst. 1 ZZVZ nelze vycházet z toho, jak je obrat definován v jiných zákonech, například v zákoně č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů. Jak bylo uvedeno výše, pojem obrat použitý v § 175 odst. 1 ZZVZ je nutno vykládat s ohledem na smysl a účel daného ustanovení a kontext, v jakém je používán. Konkrétní plnění tudíž nemusí být z účetního pohledu součástí obratu koncesionáře, přesto však může být součástí obratu ve smyslu § 175 odst. 1 ZZVZ.

[41] Zde je však nutné uvést, že také závěry krajského soudu je nutné do určité míry korigovat. Ten totiž uvedl, že „[a]by bylo možné konkrétní platbu zohlednit ve výši předpokládané hodnoty koncese, musí z ní plynout koncesionáři *přímý ekonomický prospěch*. Do hodnoty koncese je však nutno primárně zahrnout tento ekonomický prospěch, nikoliv platbu jako takovou. Platba totiž sama o sobě nemusí mít přímou vazbu na hodnotu prospěchu koncesionáře, tj. fakticky se nepromítá do reálné hodnoty koncese.“ (bod 11 napadeného rozsudku) Vymezením „*přímého ekonomického prospěchu*“ totiž krajský soud v podstatě říká, že obratem ve smyslu § 175 odst. 1 ZZVZ je pouze koncesionářův zisk. Takto však zmíněné ustanovení vyložit nelze. Určité plnění totiž není možné vyřadit z předpokládané hodnoty koncese jen proto, že koncesionáři negeneruje zisk.

[42] Problematicčnost výkladu zaujatého krajským soudem lze ilustrovat na příkladu stavebního materiálu, který zadavatel poskytne koncesionáři (zhotoviteli) pro plnění koncese na stavební práce.

[43] V případě veřejné zakázky by se na takovou situaci vztahoval § 22 ZZVZ a stavební materiál by byl zahrnut do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, ačkoliv zhotovitel by za stavební materiál zadavateli nic neplatil a dodávka stavebního materiálu by se účetně v obratu zhotovitele nijak neprojevila. Zadavatel by zde stavební materiál pouze pořídil namísto zhotovitele, který by už proto nemusel daný náklad nést. U veřejné zakázky by zadavatel nicméně v konečném důsledku nesl tento náklad i v případě, že by nakoupení stavebního materiálu ponechal na zhotoviteli.

[44] V případě koncese je obdobné pravidlo zakotveno v § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ, situace se zde však může lišit. U koncese tudíž může dojít jednak k situaci, kdy zadavatel poskytne koncesionáři pro plnění koncese dodávky, služby nebo stavební práce, aniž by od koncesionáře požadoval protiplnění. V takovém případě se, analogicky s pravidlem zakotveným v § 22 ZZVZ, jedná o vklad zadavatele, který se účetně v obratu koncesionáře rovněž nijak neprojeví, ale v obratu podle § 175 odst. 1 ZZVZ nepochybně musí být

zahrnut, neboť koncesionář náklad nemusel nést, a tedy „ušetřil“ (viz rozsudek SDEU ve věci *Sharengo*). V tomto směru podle NSS není mezi žalovaným a krajským soudem sporu.

[45] Zároveň je však nutné zohlednit, že zatímco v případě veřejné zakázky zhotovitel zadavateli za jím poskytnutý stavební materiál pochopitelně zpravidla nic nehradí, neboť náklady veřejné zakázky nese v konečném důsledku zadavatel, v případě koncesí jsou náklady stavebních prací či služeb kryty primárně z protiplnění od uživatelů koncese, a nikoliv z protiplnění od zadavatele.

[46] Může proto dojít také k situaci, kdy zadavatel poskytne koncesionáři pro plnění koncese dodávky, služby nebo stavební práce, avšak bude za ně od koncesionáře požadovat protiplnění. Půjde tedy o situaci, kdy koncesionář stavební materiál pouze nakoupí od zadavatele namísto jiného (sub)dodavatele. Koncesionář následně bude chtít pochopitelně pokrýt tento náklad z protiplnění od uživatelů koncese. Ani zde podle NSS není pochyb o tom, že dané protiplnění od uživatelů koncese by mělo být zahrnuto do předpokládané hodnoty koncese, tj. do obratu ve smyslu § 175 odst. 1 ZZVZ. Bylo by tomu tak nepochybně i v případě, že by koncesionář stavební materiál nakoupil od jiného dodavatele než od zadavatele.

[47] Stavební materiál by byl zároveň zahrnut do předpokládané hodnoty koncese i v případě, kdy by jak koncesionář, tak zadavatel chtěli pokrýt pouze náklady na tento stavební materiál, a rozdíl mezi výnosy a náklady by tak byl ve výsledku nulový. Podle výkladu krajského soudu by však v takovém případě koncesionář neměl z takového plnění žádný „přímý ekonomický prospěch“ (zisk), což by mělo vést k jeho vyřazení z předpokládané hodnoty koncese. Výklad krajského soudu je tedy v tomto směru chybný, neboť vede k nežádoucím výsledkům.

[48] Vrátili-li se NSS k nyní projednávanému případu, platby ve výši 3 155 Kč za služby žalobce spočívající v monitoringu PCO nelze podřadit pod § 175 odst. 1 a 3 písm. f) ZZVZ, avšak nikoliv proto, že by z nich koncesionář neměl žádný „přímý ekonomický prospěch“, ale jednoduše proto, že se nejedná o platby za služby, které jsou předmětem koncese. Předmětem koncese je totiž nikoliv služba monitoringu PCO, ale služba připojení EPS k PCO. Monitoring PCO není ani službou, kterou by žalobce koncesionáři poskytoval pro plnění koncese, neboť pro připojení EPS k PCO není monitoring zapotřebí – monitoring PCO je až službou navazující na připojení EPS k PCO. Platby ve výši 400 Kč za službu připojení EPS k PCO pak pochopitelně jsou součástí předpokládané hodnoty koncese, neboť se jedná o platby podřaditelné pod § 175 odst. 1 a odst. 3 písm. b) ZZVZ.

[49] NSS nad rámec uvedeného uvádí, že nahlíženo optikou výše uvedeného, obsahem smluvní dokumentace jsou dle jeho názoru služby, u kterých by se dalo uvažovat o podřazení pod § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ, tedy služby, které žalobce poskytuje koncesionáři pro plnění koncese. Jedná se zejména o součinnost, kterou žalobce koncesionáři poskytuje při připojování EPS k PCO. Koncesionář uživatelům EPS za tuto službu účtuje jednorázovou platbu ve výši 21 591 Kč, kterou následně bez dalšího přefakturuje žalobci. Tyto služby ani platby za ně sice nejsou předmětem sporu v nyní projednávaném případě, mohou však sloužit pro další ilustraci nevhodnosti výkladu zastávaného krajským soudem. Důvodem, proč by tato jednorázová platba do předpokládané hodnoty koncese měla být zahrnuta, zatímco platba ve výši 3 155 Kč měsíčně

pokračování

nikoliv, je, že v prvním případě se jedná o služby poskytnuté koncesionáři pro plnění předmětu koncese (připojení EPS k PCO), zatímco v druhém případě se jedná o služby, které předmětem koncese vůbec nejsou (monitoring PCO). Podle výkladu krajského soudu by však ani tyto platby neměly být zahrnuty do předpokládané hodnoty koncese, neboť koncesionář platbu od uživatelů EPS pouze přefakturuje a nemá z ní žádný „přímý ekonomický prospěch“. Tuto logiku však NSS z výše uvedených důvodů odmítl.

[50] NSS konečně považuje za vhodné vyjádřit se k argumentům odkazujícím na rozsudek SD EU ve věci *Sharengo*, jenž se týkal koncese na vytvoření a správu služby pronájmu a sdílení elektrických vozidel. SD EU se v tomto rozsudku vyjádřil pouze k jednomu plnění. V prvé řadě totiž posuzoval, zda je nutné do předpokládané hodnoty koncese zahrnout poplatky, které uživatelé sdílených automobilů hradili koncesionáři za použití automobilu. V tomto případě byla odpověď SD EU kladná, neboť se bez jakýchkoliv pochyb jednalo o protiplnění za služby, které byly předmětem koncese (bod 77 rozsudku). Dále se SD EU zabýval otázkou, zda lze při stanovení předpokládané hodnoty koncese vycházet z předpokládaných nákladů, které koncesionář v souvislosti s poskytováním služby ponese; zde se jednalo především o nákup automobilů, přičemž náklady koncesionáře výrazně přesahovaly finanční limit stanovený koncesní směrnicí. Odpověď SD EU zde byla opět kladná, neboť pokud koncesionář v souvislosti s poskytováním koncesované služby ponese určité náklady, je pochopitelné, že tyto náklady bude chtít pokrýt z protiplnění za danou službu (body 79–84 rozsudku).

[51] SD EU se však nijak nevyjádřil k tomu, zda do předpokládané hodnoty koncese mělo být zahrnuto parkovné, které zadavatel koncesionáři odpustil, a náklady na údržbu parkovacích míst, které nesl rovněž zadavatel. Ze skutečnosti, že zadavatel v daném případě tyto položky do předpokládané hodnoty koncese zahrnul, tudíž podle NSS nelze dovozovat žádné dalekosáhlé závěry pro posuzování zcela odlišných koncesí. V souvislosti s tím proto NSS připomíná, že právní úprava stanovení předpokládané hodnoty koncese pamatuje na to, že koncesované služby mohou nabývat různých podob. Tomu odpovídá určitá flexibilita pravidel pro určení předpokládané hodnoty koncese, která ukládá zadavateli, aby předpokládanou hodnotu stanovil *metodou založenou na objektivních skutečnostech a blíže vymezenou v zadávací dokumentaci* (§ 175 odst. 3 ZZVZ). Okruh plnění, která bude nutné či vhodné zahrnout do předpokládané hodnoty, může být do značné míry závislý na povaze a okolnostech konkrétní koncese. Není vyloučeno, že zahrnutí určitého plnění do předpokládané hodnoty koncese může být pro svou nejednoznačnost předmětem neshody mezi zainteresovanými subjekty, správními orgány a soudy.

[52] Zároveň je však nutné připomenout, že v zásadě stejné případy by nemělo být možné posoudit odlišně pouze z toho důvodu, že zadavatel s koncesionářem upraví smluvní dokumentaci či zvolí z hlediska soukromoprávního jiný smluvní typ. Jak ostatně NSS uvedl již dříve, *„není podstatné, jakému smluvnímu typu podle občanského zákoníku je zakázka podřazena, ani zda tomuto smluvnímu typu odpovídá, ale podstatné je, zda fakticky naplňuje znaky koncese podle zákona o zadávání veřejných zakázek.“* (rozsudek NSS ze dne 15. 6. 2022, č. j. 2 As 43/2021-92, č. 4374/2022 Sb. NSS) Obdobně koncesní směrnice v čl. 8 odst. 4 vylučuje účelovou manipulaci s předmětem koncese: *Koncese nesmí být rozdělena tak, aby to vedlo k jejímu vyloučení z oblasti působnosti této směrnice, pokud to není odůvodněno objektivními důvody.* Není bez významu, že právě k tomuto došlo následně mezi žalobcem

a koncesionářem, kteří reagovali na stěžovatelovy intervence úpravami smluvní dokumentace. Tím nutili žalovaného k hledání nových argumentačních pozic (např. k opuštění argumentu subdodavatelstvím), aby hodnotu fakticky totožných plnění, tedy koncesionářovy služby připojení EPS k PCO a žalobcovy služby střežení PCO, „udržel“ pod pojmem obrat pro účely stanovení předpokládané hodnoty koncese. Takový přístup je z hlediska pravidel pro zadávání koncesí přinejmenším nežádoucí.

[53] NSS proto uzavírá, že stěžovatel pochybil, pokud platbu ve výši 3 155 Kč za službu žalobce spočívající ve střežení PCO zahrnul do předpokládané hodnoty koncese. V tomto podstatném závěru se NSS shoduje s krajským soudem. K uvedenému závěru však NSS dospěl nikoliv proto že koncesionář z platby neměl žádný „přímý ekonomický prospěch“, jak argumentoval krajský soud, ale proto, že se jednalo o platbu za službu, která vůbec nebyla předmětem koncese.

[54] V tomto směru tedy NSS koriguje závěry krajského soudu. V úvahách, které NSS vedly k závěru, že žalobcova služba spočívající ve střežení PCO není předmětem koncese, se nicméně NSS s krajským soudem v zásadě shoduje (viz zejména bod 15 napadeného rozsudku). NSS proto neshledal důvod ke zrušení rozsudku krajského soudu, neboť jeho důvody v převážné míře obstojí (usnesení rozšířeného senátu ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75, č. 1865/2009 Sb. NSS); ostatně i pokud by ke zrušení napadeného rozsudku přistoupil, s ohledem na hospodárnost řízení by nutně přistoupil rovněž ke zrušení rozhodnutí žalovaného (rozsudky NSS ze dne 11. 7. 2012, č. j. 1 As 78/2012-35, či ze dne 6. 12. 2017, č. j. 6 Afs 282/2017-26).

IV. Závěr a náklady řízení

[55] Soud ze všech shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji zamítl (§ 110 odst. 1, věta druhá, s. ř. s.). O věci rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s., dle kterého o kasační stížnosti rozhoduje soud zpravidla bez jednání.

[56] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1, větu první, ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel, který neměl v řízení úspěch, nemá ze zákona právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s.). Žalobce byl ve věci úspěšný, náleží mu proto náhrada důvodně vynaložených nákladů řízení. Mezi náklady řízení (§ 57 odst. 1 s. ř. s.) patří odměna zástupce a náhrada jeho hotových výdajů stanovená podle vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif). Odměna zástupce v řízení před NSS činí 3 100 Kč za jeden úkon právní služby spočívající v sepsání vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu], zvýšená o náhradu hotových výdajů ve výši 300 Kč za úkon (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu); celkem tedy 3 400 Kč. Žalobcův zástupce sice ve vyčíslení nákladů řízení uplatnil také úkon v podobě porady s klientem přesahující jednu hodinu před přípravou vyjádření ke kasační stížnosti, tuto poradou však nijak nedoložil. Nelze navíc přehlédnout, že tento výdaj

pokračování

vyčíslil již dne 29. 6. 2023 (č. l. 10 spisu NSS), přestože stěžovatel kasační stížnost, o níž se měl advokát se žalobcem déle než hodinu radit, odůvodnil až dne 17. 7. 2023 (č. l. 14 spisu NSS). Částka 3 400 Kč byla poté navýšena o částku 714 Kč odpovídající dani z přidané hodnoty ve výši 21 %, jejímž plátcem zástupce žalobce je. Částku 4 114 Kč je stěžovatel povinen uhradit žalobci ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku, a to k rukám jeho zástupce.

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

V Brně dne 22. března 2024

JUDr. Pavel Molek
předseda senátu