



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobce: **Hasičský záchranný sbor hlavního města Prahy**, IČO: 708 86 288, se sídlem Sokolská 1595/62, Praha 2, zast. JUDr. 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, za účasti osob zúčastněných na řízení: I) M connections s. r. o., IČO: 264 32 595, se sídlem Na Horce 159/1, Praha 8, zast. Mgr. Jiřím Buchvaldkem, advokátem, se sídlem Palackého 740/1, Praha 1, a II) PATROL group s. r. o., IČO: 469 81 233, se sídlem Romana Havelky 4957/5b, Jihlava, zast. JUDr. Lubošem Komůrkou, advokátem, se sídlem Benešova 1304/8, Jihlava, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 9. 2021, č. j. ÚOHS-31097/2021/161/TMi, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 5. 2023, č. j. 31 Af 76/2021-167,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti 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.
- III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

- I. Přehled dosavadního řízení

[1] Krajský soud v Brně v záhlaví uvedeným rozsudkem zrušil tamtéž uvedené rozhodnutí předsedy žalovaného, jímž byl zamítnut rozklad žalobce proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 8. 7. 2021, č. j. ÚOHS-22728/2021/500AIv. Tím žalovaný rozhodl o návrhu osoby zúčastněné na řízení I) tak, že uložil zákaz plnění Smlouvy o spolupráci, č. j. HSAA-9464-4/2020, uzavřené mezi žalobcem a osobou zúčastněnou na řízení II) (dále též „smlouva o spolupráci“ či „koncesní smlouva“). Předmětem koncesní smlouvy byla spolupráce při poskytování služeb pultu centralizované ochrany (dále též „PCO“) a zajištění přenosu signálů z objektů připojovaných na PCO za účelem zajišťování reakce výkonných složek žalobce.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalobce a osob zúčastněných na řízení

[2] Proti tomuto rozsudku krajského soudu podal žalovaný (dále též „stěžovatel“) **kasační stížnost**.

[3] Namítá, že smlouva o spolupráci mezi žalobcem (zadavatelem) a osobou zúčastněnou na řízení II) (dále též „společnost Patrol“ či „koncesionář“) nebyla koncesí malého rozsahu ve smyslu § 178 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „ZZVZ“), jež by bylo možno zadat mimo zadávací řízení, jak celou dobu tvrdí žalobce. Rozhodující pro stanovení objemu koncese je jak obrat koncesionáře, tak i „vnosy“ či náklady na plnění koncese na straně zadavatele. Konstrukce napadeného rozsudku spočívající v tom, že jsou služby poskytované společností Patrol a žalobcem oddělené, neobstojí. Služby žalobce jsou integrálně provázány se službami provozu PCO poskytovanými společností Patrol, neboť prostřednictvím připojení k PCO se dostávají ke konečným uživatelům. Obě tyto služby tvoří jeden funkční celek. Žalobce navíc neposkytuje jen takové služby, které se přímo týkají zákazníka, ale je vůči společnosti Patrol povinen k řadě různých úkonů přímo spojených s provozem PCO. Zadavatel musí svůj přínos pro plnění koncese do výpočtu předpokládané hodnoty koncese obligatorně zahrnout, neboť vypovídá o celkovém objemu koncese. Hodnota tohoto zadavatelova přínosu je pak kvantifikovatelná objemem plateb, které za své služby přijímá.

[4] Soud zaměňuje 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 elektronického požárního systému budovy (dále též „EPS“) prostřednictvím PCO a případného zásahu na základě takového impulzu. Podstatou posuzované – komerční – služby je funkční napojení EPS na PCO a s tím spojená povinnost zadavatele vyhodnotit zachycený poplachový stav. Společnost Patrol a žalobce tak neposkytují dvě různé služby. Závěr krajského soudu, že žalobce formálně ani materiálně nevystupuje jménem koncesionáře, nýbrž jménem vlastním a jeho příjmy za jeho služby jsou od příjmů a služeb koncesionáře odděleny (bod [21] napadeného rozsudku) není podporován ani obsahem smluv (koncesní a smlouvy uzavírané s uživateli služby). Žalobce plní určitou část služeb, které z povahy věci (z důvodu zákonného omezení) nemůže poskytovat koncesionář. Rozpis úhrady služeb není z hlediska stanovení skutečného objemu koncese relevantní, neboť bez ohledu na smluvní konstrukce je při stanovení objemu koncese nutno vycházet nejen z obrátu

pokračování

dodavatele, ale i z položek, které do obratu dodavatele nutně nevstupují, avšak s plněním koncese jsou imanentně spjatý (viz § 175 odst. 3 ZZVZ).

[5] Krajský soud nesprávně interpretuje, že stěžovatel vyhodnotil vztah mezi žalobcem a koncesionářem jako vztah poddodavatelský. Stěžovatel ve správních rozhodnutích v této věci nevychází při stanovení hodnoty koncese z „poddodavatelského“ vztahu, ale z úzké souvislosti plnění poskytovaných žalobcem na základě koncesní smlouvy a smluv s uživateli a předmětu koncese. Krajský soud opomíjí, že zadavatel poskytuje přímo koncesionáři řadu služeb, za něž koncesionář ničeho nehradí a jejichž hodnota je tak nutně „rozpuštěna“ do odměny, kterou zadavateli hradí koncoví zákazníci na základě smluv s uživateli.

[6] Nesprávný je i závěr krajského soudu, že stěžovatel svým výkladem nepřipustně rozšířil kategorii § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ o platby, které nemohou být započítány do hodnoty koncese, neboť nesplňují obecnou definici uvedenou v § 175 odst. 1 ZZVZ – nevstupují do obratu koncesionáře. Do předpokládané hodnoty totiž dle soudu lze započítat pouze ty platby, ze kterých přímo profituje koncesionář, neboť zadavatel nese náklady spojené s realizací koncese. Toto tvrzení je vyvráceno zněním § 175 odst. 3 ZZVZ, které obsahuje řadu položek, jež se v obratu dodavatele nemusí nutně projevovat, a přesto je i z nich hodnota koncese stanovována. Vyvráceno je to i rozsudkem SDEU ze dne 10. 11. 2022 ve věci C-486-21, *SHARENGO najem in zakup vozil d. o. o.* (dále též „rozsudek *Sharengo*“) a jeho výkladem článku 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (dále též „koncesní směrnice“). Ustanovení § 175 ZZVZ je totiž přepisem právě článku 8 uvedené směrnice a SDEU vykládá tento článek široce tak, aby předpokládaná hodnota koncese odpovídala lépe jejímu skutečnému objemu.

[7] Ustanovení § 175 odst. 1 nepředstavuje generální klauzuli pro § 175 odst. 3 ZZVZ. Ustanovení § 175 odst. 3 ZZVZ naopak nad rámec obratu dodavatele do hodnoty koncese zahrnuje i položky, které se vůbec nemohou promítnout do smluv dodavatele, do jeho účetnictví a tím ani do jeho obratu. Jde např. o hodnotu „výhod v jakékoliv formě“, „hodnotu dodávek, služeb, staveb, které pro plnění koncese poskytne zadavatel“. To je patrné i z rozsudku *Sharengo*, v němž bylo do hodnoty koncese započítáno i prominuté parkovné a zajištění údržby parkovacích míst prováděné zcela na náklady zadavatele, ačkoliv se nejedná o položky, které by mohly nějak procházet účetnictvím koncesionáře a vstupovat do jeho obratu.

[8] Ze stejného důvodu je nesprávný závěr krajského soudu, že do hodnoty koncese nelze započítat i platby za servis zařízení dálkového přenosu (dále též „ZDP“), neboť nejde o služby, které by byly předmětem koncese ve smyslu generální klauzule § 175 odst. 1 ZZVZ. Služby servisu jsou službami, nikoliv dodávkami. Jako takové sice nenaplňují podmínky § 175 odst. 1, avšak jsou podmnožinou „příjmu z plateb uhrazených uživateli předmětu koncese“ ve smyslu § 175 odst. 3 písm. b) ZZVZ za služby, které jsou v přímé a úzké vazbě na plnění koncese (bez servisu vyplývajícího ze zákonných požadavků nelze služby PCO poskytovat). Znovu lze poukázat na *ratio* rozsudku *Sharengo*, v němž byly do hodnoty koncese započítány i takové služby zadavatele, které nepochybně nebyly

dodávkami, ale službami a které nevstupovaly do obratu koncesionáře ani nebyly předmětem koncese (údržba parkovacích míst, prominutí parkovacích poplatků).

[9] Žalobce se ve **vyjádření ke kasační stížnosti** ztotožnil s výkladem § 175 odst. 1 ZZVZ při stanovení hodnoty koncese tak, jak jej učinil krajský soud. Platby za služby žalobce nelze kvalifikovat jako *obrat koncesionáře* dle generálního ustanovení § 175 odst. 1 ZZVZ, a tedy nenaplní ani žádnou z kategorií předpokládané hodnoty koncese demonstrativně uvedených v § 175 odst. 3 ZZVZ. Ztotožňuje se s definicí obratu koncesionáře podanou krajským soudem, dle které je nutné za obrat koncesionáře považovat „*souhrn hodnot všech plnění, které koncesionář za služby, které jsou předmětem koncese, obdržel, a zároveň nezbytných nákladů na poskytnutí služeb, které koncesionář nemusel vynaložit, protože je nesl přímo zadavatel*“. Aby tedy bylo možné konkrétní platbu zohlednit ve výši předpokládané hodnoty koncese, musí z ní plynout koncesionáři přímý ekonomický prospěch.

[10] Stěžovatel dezinterpretuje § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ ve vztahu k příjmům žalobce ze služeb žalobce, když je řadí do předpokládané hodnoty koncese bez potřeby naplnění podmínek § 175 odst. 1 ZZVZ, ale i skutkové okolnosti případu spočívající v podstatě předmětu koncese. Žalobce poskytuje služby nikoliv koncesionáři – společnosti Patrol, ale uživatelům koncese, a to na svůj účet a vlastním jménem na základě zákona o požární ochraně. Koncesní smlouva byla uzavřena výhradně za účelem zajištění technických předpokladů pro poskytování služeb žalobce. Platby, které od uživatelů koncese obdrží žalobce za vlastní služby, nelze započíst do předpokládané hodnoty koncese, neboť se jedná o úhradu vynaložených nákladů za služby, které může poskytovat výhradně žalobce. Koncesionář tudíž nemůže mít ze služeb žalobce žádný přímý ekonomický prospěch, když jejich poskytování nijak nesnižuje náklady koncesionáře, které by musel jinak vynaložit pro plnění koncese ve smyslu § 175 odst. 3 písm. f) ZZVZ. Tato argumentace ob stojí i ve světle rozsudku *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, a z ušetřených prostředků mu tak plynul přímý ekonomický prospěch. V nyní projednávaném případě však koncesionář toliko vytvořil podmínky pro poskytování služeb žalobcem.

[11] **Osoba zúčastněná na řízení II) ve vyjádření ke kasační stížnosti** shrnuje argumentaci a závěry krajského soudu a žalobce, s nimž se plně ztotožňuje.

III. Posouzení kasační stížnosti

[12] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatel je v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupen advokátem. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti dle § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[13] Kasační stížnost není důvodná.

pokračování

[14] Dle § 178 ZZVZ: *Zadavatel není povinen v zadávacím řízení zadat koncesi malého rozsahu, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší než 20 000 000 Kč; ustanovení § 27 a 31 se nepoužijí.*

[15] Dle § 175 odst. 1 ZZVZ: *Za předpokládanou hodnotu koncese se považuje celkový obrat dodavatele bez daně z přidané hodnoty za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění za stavební práce a služby, jež jsou předmětem koncese, jakož i za dodávky, jež s těmito stavebními pracemi a službami souvisejí.*

[16] Dle § 175 odst. 3 ZZVZ: *Předpokládanou hodnotu koncese zadavatel stanoví metodou založenou na objektivních skutečnostech a blíže vymezenou v zadávací dokumentaci. Do předpokládané hodnoty koncese zadavatel zahrne zejména*

- a) hodnotu případných opcí v jakékoli formě včetně prodloužení doby trvání koncese,*
- b) příjem z plateb uhrazených uživateli předmětu koncese,*
- c) platby nebo finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté zadavatelem nebo jiným orgánem veřejné moci dodavateli, včetně náhrady za plnění závazku veřejné služby a veřejných investičních dotací,*
- d) platby nebo hodnotu finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté třetí stranou za plnění koncese,*
- e) příjem z prodeje jakýchkoli aktiv, která jsou spojená s předmětem koncese,*
- f) hodnotu všech dodávek, služeb nebo stavebních prací, které dodavateli pro plnění koncese poskytne zadavatel, nebo*
- g) ceny nebo platby účastníkům zadávacího řízení.*

[17] Nejvyšší správní soud předně předesílá, že otázkou výkladu stanovení hodnoty koncese ve smyslu § 175 ZZVZ se zdejší soud zabýval ve skutkově i právně srovnatelné věci v rozsudku ze dne 22. 3. 2024, č. j. 9 As 165/2023-38. V nyní projednávané věci NSS neshledal důvod se od závěrů uvedeného rozsudku odchýlit, a proto je v podstatné míře přebírá.

[18] Ze spisu vyplynuly následující skutečnosti podstatné pro posouzení věci. Žalobce uzavřel dne 1. 7. 2020 se společností Patrol koncesní smlouvu, jejímž předmětem je spolupráce při vybudování PCO a zajišťování služby dálkového přenosu mezi elektrickými požárními signalizacemi umístěnými v objektech uživatelů koncese (třetích osob) a PCO umístěným na krajském operačním a informačním středisku žalobce. Smlouva byla uzavřena mimo zadávací řízení jako koncese malého rozsahu ve smyslu § 178 ZZVZ.

[19] Na základě trojstranných smluv uzavíraných mezi žalobcem, společností Patrol a uživateli koncese tito koncoví uživatelé platili za služby společnosti Patrol 400 Kč bez DPH měsíčně a za služby žalobce 3.135 Kč bez DPH měsíčně. 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, resp. také platby za servisní služby k zařízení dálkového přenosu, jež koncesionář poskytuje uživatelům koncese, a to na základě samostatných smluv uzavíraných mezi koncesionářem a uživateli koncese. V takovém případě by totiž hodnota koncese překročila limit

20.000.000 Kč vymezený v § 178 ZZVZ pro koncese malého rozsahu, které lze zadat mimo zadávací řízení.

[20] Ještě před posouzením, jaká plnění lze zahrnout do předpokládané hodnoty koncese, je nutné vyjasnit, co je v nyní projednávaném případě předmětem koncese a co nikoliv. Jak totiž stanoví § 175 odst. 1 ZZVZ, *za předpokládanou hodnotu koncese se považuje celkový obrát 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“.

[21] Při určování předmětu koncese lze jako prvotní vodítko využít § 174 odst. 3 ZZVZ (totožně zní čl. 8 odst. 2 koncesní směrnice). 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 a řízení jiných služeb, než jsou stavební práce uvedené v písmeni a), přičemž odpovídající protiplnění spočívá buď výhradně v právu braní užiteků vyplývajících z poskytování služeb, jež jsou předmětem dané smlouvy, nebo v tomto právu společně s platbou* (podtržení doplněno soudem).

[22] 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).“ 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).

[23] 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. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že žalobce na koncesionáře přenesl vybudování systému PCO a zajištění připojení EPS na PCO, zatímco službu střežení PCO poskytuje sám. 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 nepřevodil, a i po uzavření koncesní smlouvy tuto službu poskytoval on sám. Účelem a předmětem koncese v nyní projednávaném případě bylo pouze přenést na koncesionáře zajištění technických předpokladů pro poskytování žalobcovy služby.

pokračování

[24] Takový postup je pochopitelný, neboť, navzdory argumentům stěžovatele, žalobcova 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, *při přijetí stavu „VŠEOBECNÝ POPLACH“ zajistí obsluha krajského operačního a informačního střediska územně příslušného hasičského záchranného sboru kraje neprodlené 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.

[25] Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že v nyní projednávaném případě bylo předmětem koncese pouze vybudování pultu PCO a připojování EPS na PCO. Službu monitoringu PCO žalobce nekoncesoval a nadále ji poskytoval on sám.

[26] V nyní projednávané věci je třeba dále vyjasnit, zda měly být platby, které jsou předmětem sporu, zahrnuty do předpokládané hodnoty koncese či nikoliv.

[27] 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.

[28] 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.

[29] 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 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...“.

[30] Nejvyšší správní soud se tedy ztotožnil se závěrem krajského soudu, že platba, jež odpovídá některé z položek uvedených v § 175 odst. 3 ZZVZ, musí být podřaditelná pod obecnou definici § 175 odst. 1 ZZVZ (bod [16] napadeného rozsudku). NSS se však již neztotožnil s navazující úvahou krajského soudu, dle které „[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.“ Vymezením „příмого ekonomického prospěchu“ totiž krajský soud v podstatě říká, že obratem ve smyslu § 175 odst. 1 ZZVZ je pouze koncesionářův zisk. Určité plnění však není možné vyřadit z předpokládané hodnoty koncese jen proto, že koncesionáři negeneruje zisk. Neplatí, že plnění, která se účetně v obratu koncesionáře vůbec neprojeví, by zároveň nemohla být zahrnuta do předpokládané hodnoty koncese. 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. 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.

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

[32] 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 do 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.

pokračování

[33] 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.

[34] 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.

[35] 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.

[36] Na základě výše uvedeného dospěl v nyní projednávaném případě Nejvyšší správní soud k závěru, že platby ve výši 3.135 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 protože 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.

[37] Ke stejnému závěru dospěl NSS ve vztahu k platbám za služby servisu ZDP, jež poskytoval koncesionář přímo jednotlivým uživatelům koncese na základě samostatných smluv. Ani tyto platby nejsou platbami za služby, jež by byly předmětem koncese. Jak bylo uvedeno výše, předmětem koncese je služba připojení EPS k PCO. Servis ZDP je tedy samostatnou službou poskytovanou uživatelům koncese na základě smluv, třebaže jejich uzavření s poskytovanou koncesí souvisí. Jak správně uvedl krajský soud v bodě 30 napadeného rozsudku, servisní služby nejsou ani dodávkami souvisejícími se službami, jež předmětem koncese jsou. Sám stěžovatel v kasační stížnosti uvádí, že služby servisu „*nenaplnují podmínky § 175 odst. 1, avšak jsou podmnožinou „příjmu z plateb uhrazených uživateli předmětu koncese“ ve smyslu § 175 odst. 3 písm. b) ZZVZ za služby, které*

jsou v přímé a úzké vazbě na plnění koncese (bez servisu vyplývajícího ze zákonných požadavků nelze služby PCO poskytovat).“ Jelikož NSS na rozdíl od stěžovatele dospěl k výše uvedenému závěru, že aby mohla být platba za služby započitatelná do hodnoty koncese, musí splňovat podmínky § 175 odst. 1 ZZVZ, nelze služby servisu v nyní projednávané věci do hodnoty koncese započíst.

[38] Soud nad rámec uvedeného poznamenává, že nahlíženo touto optikou 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 3.135 Kč měsíčně 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.

[39] Nejvyšší správní soud 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).

[40] Soudní dvůr 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

pokračování

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.

[41] Ač Nejvyšší správní soud uznal za nutné korigovat některé závěry krajského soudu, má za to, že v podstatném závěru a to, že žalobcova služba spočívající ve střežení PCO ani servisní služby poskytované koncesionářem uživatelům koncese nejsou předmětem koncese, se NSS s krajským soudem shoduje. Nejvyšší správní soud proto neshledal důvod ke zrušení rozsudku krajského soudu, neboť jeho důvody v převážné míře ob stojí (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 rozhodnutí o nákladech řízení

[42] Nejvyšší správní soud shledal nedůvodnými všechny stěžovatelem uplatněné námitky, kasační stížnost je proto nedůvodná. Nejvyšší správní soud tedy dle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. kasační stížnost zamítl.

[43] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl v řízení úspěch, a právo na náhradu nákladů řízení proto nemá. Procesně úspěšnému žalobci náleží 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. 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. 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 a její konání nelze ze spisu ověřit. Žalobcův zástupce dále ve vyčíslení nákladů řízení uplatnil také další dva úkony související s kasační stížností osoby zúčastněné na řízení I), avšak toto řízení bylo zastaveno usnesením zdejšího soudu ze dne 5. 10. 2023, č. j. 4 As 234/2023-83, kdy součástí uvedeného usnesení bylo i rozhodnutí o nákladech řízení o kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení.

[44] V řízení o kasační stížnosti žalovaného pak osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení, neboť jim soud neuložil žádnou povinnost a neshledal ani

důvody hodné zvláštního zřetele, které by právo na náhradu nákladů řízení mohly založit (§ 60 odst. 5 s. ř. s.)

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 17. dubna 2024

Mgr. Aleš Roztočil
předseda senátu