



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Barbary Pořízkové a JUDr. Pavla Molka 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 tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 9. 6. 2021, č. j. ÚOHS-18769/2021/161/ZSř, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 5. 2023, č. j. 31 Af 58/2021-100,

t a k t o :

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žalovaný **je povinen** 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 31. 1. 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 „zákon o veřejných zakázkách“). 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 daně z přidané hodnoty (dále také „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 zákona o veřejných zakázkách 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 zákona o veřejných zakázkách 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 10 let činí 159 286 540,20 Kč, a proto rozhodnutím ze dne 6. 4. 2021, č. j. ÚOHS-11616/2021/500/AIV, shledal žalobce vinným ze spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Týmž rozhodnutím shledal žalobce vinným rovněž z přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, neboť žalovanému v rámci správního řízení vedeného ve věci návrhu ze dne 28. 2. 2019 na uložení zakazu 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 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, který jí vyhověl a zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného a rozhodnutí žalovaného ve výrocích týkajících se přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (výrok I.), uložené pokuty ve výši 185 000 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 zákona o veřejných zakázkách obsahuje „generální klauzuli“, a proto kterákoliv položka spadající do demonstrativního výčtu uvedeného v § 175 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách musí být rovněž podřaditelná pod generální klauzuli. Vzhledem k různým definicím pojmu „obrat“ napříč právním řádem je nutné obrat podle § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách definovat s ohledem na účel tohoto ustanovení, kterým je stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky tak, aby zadavatel věděl, podle jakých ustanovení zákona o veřejných zakázkách 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) zákona o veřejných zakázkách 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.

[7] Druhým důvodem nesprávnosti právního názoru žalovaného je, že žalobcovy služby, které žalovaný podřadil pod § 175 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách, nespadají zároveň pod generální klauzuli § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Byť § 175 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách 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 zákona o veřejných zakázkách, tento závěr podporuje rovněž eurokonformní výklad § 175 zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud odmítl argument, že se zákonodárce cíleně odklonil od úpravy ve směrnici Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014, č. 2014/23/EU, 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, tyto služby nijak nesnižují jeho náklady, které musí za účelem provozování služby PCO vynaložit.

[8] Krajský soud se neztotožnil ani se závěrem žalovaného, že služby PCO a HZS jsou nerozlučně provázány. Zákon o veřejných zakázkách 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 zákona o veřejných zakázkách tudíž nelze podřadit „benefit“ koncesionáře spočívající v tom, že mu je v důsledku existence služeb HZS umožněno poskytovat služby PCO.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalobce

[9] Žalovaný (dále též „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodu dle § 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] Stěžovatel v kasační stížnosti opět zdůraznil propojenost služeb poskytovaných žalobcem a služeb poskytovaných koncesionářem. Uživatelům EPS koncesionář poskytuje připojení EPS 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 EPS 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) zákona o veřejných zakázkách, a musejí být zahrnuty do předpokládané hodnoty koncese. Na tom nic nemění skutečnost, že koncesionář je povinen platby za služby žalobce přeučtovat, 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) zákona o veřejných zakázkách musejí zároveň splňovat obecnou definici v § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Ustanovení § 175 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách 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. Názor krajského soudu je rovněž v rozporu s čl. 8 koncesní směrnice, který je proveden v § 175 zákona o veřejných zakázkách, a s jeho výkladem provedeným Soudním dvorem Evropské unie v rozsudku ze dne 10. 11. 2022, C-486/21, ve věci *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 jedno ze svých minulých rozhodnutí, kterým 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.

pokračování

[17] Žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že jediný správný výklad § 175 zákona o veřejných zakázkách je ten, že je nutné naplnit jak generální klauzuli vyjádřenou v odst. 1 (obrat koncesionáře), 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. Článek 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) zákona o veřejných zakázkách 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 zákona o veřejných zakázkách nikde nezmiňuje vlastní příjem zadavatele v souvislosti s poskytováním služeb koncesionáře. Koncesní směrnice v čl. 8 odst. 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) zákona o veřejných zakázkách. 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 Praze.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[22] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že byla podána včas, osobou k tomu oprávněnou, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je podání kasační stížnosti přípustné, z důvodů, které zákon připouští, a za stěžovatele jedná pověřený zaměstnanec s vysokoškolským právnickým vzděláním (§ 102 a násl. s. ř. s.). Poté přistoupil k přezkumu rozsudku krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných

důvodů. Ověřil také, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[23] Kasační stížnost není důvodná.

[24] Úvodem Nejvyšší správní soud předesílá, že otázkou výkladu stanovení hodnoty koncese ve smyslu § 175 zákona o veřejných zakázkách se již zabýval ve skutkově i právně totožné věci v rozsudku ze dne 22. 3. 2024, č. j. 9 As 165/2023-38. V tehdejší kasační řízení vystupovali stejní účastníci řízení, kasační stížnost podal taktéž nynější stěžovatel, který se bránil totožnou právní argumentací. Věc se týkala koncesní smlouvy, která byla, až na délku trvání smlouvy, obsahově stejná jako nynější koncesní smlouva, a odůvodnění tehdy napadeného rozsudku stálo na stejných právních základech jako nyní napadený rozsudek. Kasační soud neshledal důvod odchýlit se od závěrů zmíněného rozsudku, proto je v následujících odstavcích přebírá.

[25] V první řadě je nutné shrnout, 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, se žádnou jinou částkou ani službou stěžovatel ve svém rozhodnutí nepracuje.

[26] Stěžovatel v kasační stížnosti namítá, že do předpokládané hodnoty koncese je nutné započítat také hodnotu služeb poskytovaných žalobcem, jelikož služby žalobce a koncesionáře jsou propojené, žalobce je fakticky pouze poddodavatelem koncesionáře a platby spadající pod § 175 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách podle něj nemusejí nutně spadat rovněž pod „generální klauzuli“ v § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. 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 zákona o veřejných zakázkách, což v případě plnění za služby žalobce není možné.

[27] Krajský soud nejprve obecně vymezil, co je podle něj nutné rozumět pod pojmem obrat užitým v § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, poté posuzoval, zda je možné platby za služby žalobce pod toto vymezení podřadit. Nakonec 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 zákona o veřejných zakázkách. Stejně jako v rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38 má kasační soud za to, že tato posloupnost úvah krajského soudu není správná, byť vede ke správnému závěru. Jeho argumentaci je proto nezbytné korigovat.

[28] Dle § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách [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. (pozn.: zvýraznění doplněno NSS). Pokud tedy služba není předmětem koncese, zpravidla nebude důvodu, aby

pokračování

protiplnění za tuto službu bylo zahrnuto do předpokládané hodnoty koncese, jakkoliv s koncesovanou službou může úzce souviset a tvořit s ní „funkční celek“.

[29] Dle § 174 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách se [z]a zadání koncese na služby považuje 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.

[30] Dle čl. 5 odst. 1 písm. b) koncesní směrnice se koncesí za služby 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 písmenu a), přičemž odpovídající protiplnění spočívá buď výhradně v právu brání užitků vyplývajících z poskytování služeb, jež jsou předmětem dané smlouvy, nebo v tomto právu společně s platbou (pozn.: zvýraznění doplněno NSS).

[31] Dle rozsudku SD EU ze dne 14. 7. 2016, C-458/14 a C-67/15, ve věci *Promoimpresa a další*, je koncese na služby 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).“ (pozn. zvýraznění doplněno NSS).

[32] Na základě výše uvedeného kasační soud dospěl k závěru, že koncesionář získal právo poskytování a řízení pouze k vybudování systému PCO a zajištění připojení EPS na PCO, nikoliv k celému balíku služeb zahrnujícímu jak vybudování systému PCO a zajištění připojení koncových uživatelů EPS na PCO, tak střežení PCO. Přestože služby žalobce (střežení PCO) a služby přenesené na koncesionáře (vybudování systému PCO a zajištění připojení na něj) spolu velmi úzce souvisejí, žalobce službu monitoringu PCO na koncesionáře nepřevodil a tuto službu poskytoval sám (shodně také rozsudek č. j. 9 As 165/2023-38, odst. [30] a [31]). O materiální oddělitelnosti koncesovaných služeb a služby monitoringu PCO pojednává stěžovatelem v minulosti řešená věc, na kterou odkázal v kasační stížnosti, která se týkala veřejné zakázky na instalaci PCO, kdy HZS Plzeňského kraje ponechal na uživatelích EPS, aby si sami vybrali dodavatele, který jejich EPS na PCO napojí. Služba střežení PCO stále zůstala v rukou žalobce, resp. příslušných HZS, jako je tomu i v nyní projednávané věci (blíže viz odst. [32] rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38).

[33] O nutné oddělitelnosti služeb žalobce a koncesionáře svědčí také fakt, že služba žalobce, střežení PCO a vyhodnocení signálu z EPS, obsahuje prvek, který nemůže vykonávat jakýkoliv jiný komerční subjekt. Jedinečnost žalobcem poskytované služby střežení PCO spočívá v bezprostředním přechodu od vyhodnocení signálu k aktivaci požárního zásahu. Nejedná se o samotný požární zásah, který HZS musí učinit v reakci na tísňové volání. Rovněž by bylo nelogické, aby žalobce určitou službu koncesoval, ale nadále ji poskytoval zcela či z větší části on sám, avšak v subdodavatelském postavení. Podstatou

koncese je, že zadavatel na koncesionáře přenáší právo poskytovat a řídit určitou službu (blíže viz odst. [33] a [34] rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38).

[34] 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.

[35] Dále je nezbytné posoudit, zda platby, které jsou v tomto případě předmětem sporu, měly být zahrnuty do předpokládané hodnoty koncese či nikoliv. Z hlediska systematiky § 175 zákona o veřejných zakázkách 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 ustanovení § 175 zákona o veřejných zakázkách je nutné odmítnout stěžovatelův argument, že by některé položky uvedené v odst. 3 nemusely splňovat definici předpokládané hodnoty koncese v odst. 1. S ohledem na princip vnitřní obsahové bezrozpornosti právního řádu znamená pojem „předpokládaná hodnota koncese“ ve všech odstavcích § 175 zákona o veřejných zakázkách totéž – celkový obrat dodavatele za dobu trvání koncese vyplývající z protiplnění (viz odst. [39] rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38 a rozsudky tam uvedené).

[36] Jak správně krajský soud v napadeném rozsudku dovodil, při výkladu pojmu obrat dle § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách nelze vycházet z toho, jak je obrat definován v jiných zákonech, např. v zákoně č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů. Konkrétní plnění tudíž nemusí být z účetního pohledu součástí obratu koncesionáře, přesto však může být součástí obratu ve smyslu § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Takovým obratem není ani „přímý ekonomický prospěch“, jak krajský soud uvádí v bodě 12. napadeného rozsudku. Určité plnění totiž není možné vyřadit z předpokládané hodnoty koncese jen proto, že koncesionáři negeneruje zisk (viz odst. [40] a [41] rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38). Tento závěr je tedy nutné do určité míry korigovat.

[37] Problematicnost výkladu zaujatého krajským soudem byla výstižně ilustrována v odst. [42] až [47] rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38 na příkladu stavebního materiálu, který zadavatel poskytne koncesionáři (zhotoviteli) pro plnění koncese na stavební práce.

[38] V případě veřejné zakázky by se na takovou situaci vztahoval § 22 zákona o veřejných zakázkách 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.

[39] V případě koncese je obdobné pravidlo zakotveno v § 175 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách, situace se zde však může lišit. U koncese může dojít 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 zákona o veřejných zakázkách, jedná o vklad zadavatele, který se účetně v obratu koncesionáře rovněž nijak neprojeví, ale v obratu podle § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách nepochybně musí být zahrnut.

pokračování

[40] Nicméně může nastat i situace, 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 kasačního soudu není pochyb o tom, že dané protiplnění od uživatelů koncese by mělo být zahrnuto do předpokládané hodnoty koncese, tj. do obrátu ve smyslu § 175 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Bylo by tomu tak nepochybně i v případě, že by koncesionář stavební materiál nakoupil od jiného dodavatele než od zadavatele.

[41] Dle kasačního soudu by do předpokládané hodnoty koncese byl zahrnut stavební materiál 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.

[42] Na základě výše uvedeného kasační soud dospěl 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) zákona o veřejných zakázkách, 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 služba připojení EPS k PCO, nikoli monitoring PCO. Monitoring PCO není ani službou, kterou by žalobce koncesionáři poskytoval pro plnění koncese, neboť pro připojení EPS k PCO není monitoring zapotřebí. Platby ve výši 400 Kč za službu připojení EPS k PCO jsou pak pochopitelně součástí předpokládané hodnoty koncese, neboť se jedná o platby podřaditelné pod § 175 odst. 1 a odst. 3 písm. b) zákona o veřejných zakázkách (viz odst. [48] rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38).

[43] Co se týče kasační argumentace odkazující na rozsudek SD EU ve věci *Sharengo*, který se týkal koncese na vytvoření a správu služby pronájmu a sdílení elektrických vozidel, Nejvyšší správní soud uvádí následující. Soudní dvůr se v tomto rozsudku vyjádřil pouze k jednomu plnění. Konstatoval, že do předpokládané hodnoty koncese je nutné zahrnout poplatky, které uživatelé sdílených automobilů hradili koncesionáři za použití automobilu, neboť se bez jakýchkoliv pochyb jednalo o protiplnění za služby, které byly předmětem koncese (bod 77. rozsudku). Dále došel k závěru, že je při stanovení předpokládané hodnoty koncese nutné 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). Pokud totiž 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. až 84. rozsudku). Soudní dvůr se však nijak nevyjádřil k tomu, zda by do předpokládané hodnoty koncese mělo být zahrnuto parkovné, které tamní 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, nelze dle zdejšího soudu dovozovat žádné dalekosáhlé závěry

pro posuzování zcela odlišných koncesí, jako je ta v nyní projednávané věci (viz odst. [51] rozsudku č. j. 9 As 165/2023-38).

[44] Nejvyšší správní soud uzavírá, že stěžovatel pochybil, pokud platbu ve výši 3 135 Kč za službu žalobce spočívající ve střežení PCO zahrnul do předpokládané hodnoty koncese, jelikož se jednalo o platbu za službu, která vůbec nebyla předmětem koncese. Není podstatné, zda se jednalo o platbu, ze které by koncesionář neměl žádný „přímý ekonomický prospěch“, jak argumentoval krajský soud. 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 16. napadeného rozsudku), proto neshledal důvod ke zrušení napadeného rozsudku, neboť jeho důvody v převážné míře obstojí (usnesení rozšířeného senátu NSS 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 (srov. 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, odst. [17]).

IV. Závěr a náklady řízení

[45] Nejvyšší správní 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.

[46] 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), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „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 bod 5., § 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 vyčísлил 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.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

pokračování

V Brně dne 4. prosince 2024

JUDr. Radan Malík
předseda senátu