



# Legal Update z oblasti veřejných zakázek Jaro 2024

## Weinhold Legal

### Aktuálně z rozhodovací praxe K předpokládané hodnotě koncese

(Rozsudek Nejvyššího správního soudu 9 As 165/2023 ze dne 22. března 2024)

Uvedeným rozsudkem Nejvyšší správní soud (dále též „**NSS**“) zamítl kasační stížnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“ nebo „**ÚOHS**“) proti rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 84/2021 ze dne 31. května 2023. Krajský soud v Brně uvedeným rozsudkem zrušil rozhodnutí předsedy ÚOHS potvrzující prvostupňové rozhodnutí Úřadu o spáchání přestupku a uložení pokuty ve výši 100.000,- Kč za uzavření koncesní smlouvy mimo zadávací řízení.

O co v daném případě šlo? Zadavatel, kterým byl Hasičský záchranný sbor hlavního města Prahy, uzavřel v roce 2019 koncesní smlouvu, na jejímž základě měl koncesionář zajišťovat připojení elektrické požární signalizace jednotlivých zájemců k pultu centralizované ochrany umístěnému v prostorách zadavatele, a to za účelem zajištění služeb zadavatele. Za uvedenou službu platili jednotliví uživatelé částku 3.535,- Kč bez DPH měsíčně. Ačkoliv byla celá částka splatná k rukám koncesionáře, ten si ponechával pouze částku 400,- Kč bez DPH a zbývající finanční prostředky ve výši 3.135,- Kč bez DPH obdržel zadavatel.

Podstatou sporu proto byla otázka, zda měly být do předpokládané hodnoty koncese podle § 175 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“), započítány pouze platby za služby koncesionáře (tedy 400,- Kč měsíčně), anebo také platby za služby zadavatele (dalších 3.135,- Kč měsíčně od každého uživatele). Pokud by měly být započítány i platby určené zadavateli, hodnota koncese by překročila zákonný limit pro koncese malého rozsahu a zadavatel by pochybil, když smlouvu uzavřel mimo zadávací řízení. Takový byl ostatně názor Úřadu, který zahrnul oba druhy plateb do předpokládané hodnoty koncese a zadavatele potrestal za uzavření smlouvy mimo zadávací řízení.

#### Názor Krajského soudu v Brně

Zadavatel se proti rozhodnutí Úřadu a jeho předsedy bránil žalobou u Krajského soudu v Brně. Ten se přiklonil k názoru zadavatele, že platby inkasované zadavatelem nelze započítávat do předpokládané hodnoty koncese. Rozhodnutí Úřadu, potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu, proto Krajský soud v Brně zrušil.

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že zadavatel poskytoval své služby přímo jednotlivým uživatelům, nikoliv koncesionáři, a uživatelé za ně platili zadavateli, byť prostřednictvím koncesionáře. Koncesionář tak ze služeb zadavatele neměl žádný přímý prospěch a tyto služby nijak nesnižovaly jeho náklady, které musel za účelem provozování služby pultu centralizované ochrany vynaložit. Proto by dle Krajského soudu v Brně neměly být platby uživatelů ve prospěch zadavatele zahrnuty do obrátu koncesionáře, který dle § 175 odst. 1 ZZVZ tvoří předpokládanou hodnotu koncese. ÚOHS však s uvedeným právním názorem nesouhlasil, a proto podal kasační stížnost k NSS.

#### Názor Nejvyššího správního soudu ČR

Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval právním názorem Krajského soudu v Brně, neboť poslušnost jeho úvah, jak je uvedena výše, není dle NSS správná, byť vede ke správnému právnímu závěru. Dle názoru NSS je totiž v první řadě třeba vyjasnit, jaké služby jsou součástí koncese a jaké nikoliv, neboť pokud určitá služba není předmětem koncese, zpravidla nebude důvod, aby protiplnění za tuto službu bylo zahrnuto do předpokládané hodnoty koncese. A to ani v případě, kdy s koncesovanou službou může úzce souviset či s ní tvořit „funkční celek“.

NSS proto dospěl k názoru, že je nutné posoudit, jakou konkrétní službu zadavatel v posuzovaném případě koncesoval. Otázka, kterou si NSS položil, tedy zněla, zda zadavatel na koncesionáře přenesl právo vybudovat systém pultu centralizované ochrany a zajistit jeho propojení s elektrickou požární signalizací, nebo i sřežení pultu centralizované ochrany. NSS dospěl k názoru, že zadavatel službu monitoringu pultu centralizované ochrany na koncesionáře nepřevodil, a i po uzavření koncesní smlouvy tuto službu poskytoval sám, na koncesionáře pouze přenesl zajištění technických předpokladů pro poskytování své služby.

NSS proto dovedl, že předmětem koncese bylo pouze vybudování pultu centralizované ochrany a propojení s elektrickou požární signalizací. Službu monitoringu pultu centralizované ochrany zadavatel nekoncesoval a nadále ji poskytoval sám. Po tomto zhodnocení přistoupil NSS k posouzení, zda měly být sporné platby zahrnuty do předpokládané hodnoty koncese či nikoliv.

V této otázce NSS dospěl k závěru, že platby ve výši 3.135,- Kč měsíčně za služby zadavatele spočívající v monitoringu pultu centralizované ochrany nelze zahrnout do předpokládané hodnoty koncese, a to jednoduše proto, že se nejedná o platby za služby, které jsou předmětem koncese. Předmětem koncese totiž



# Legal Update z oblasti veřejných zakázek

## Jaro 2024

# Weinhold Legal

dle zhodnocení NSS není služba monitoringu pultu centralizované ochrany, ale pouze služba připojení elektrické požární signalizace k pultu centralizované ochrany a s ní související platba ve výši 400,- Kč měsíčně.

Ačkoliv tak NSS dospěl ke shodnému závěru jako Krajský soud v Brně, stalo se tak 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.**

NSS závěrem svého rozhodnutí ještě upozornil, že **okruh plnění, která bude nutné či vhodné zahrnout do předpokládané hodnoty koncese, může být do značné míry závislý na povaze a okolnostech konkrétní situace.** Zahrnutí určitého plnění do předpokládané hodnoty koncese proto může být pro svou nejednoznačnost předmětem neshody mezi zainteresovanými subjekty, správními orgány a soudy.

Zároveň také upozornil, že i **plnění, která se účetně v obratu koncesionáře vůbec neprojeví, mohou být zahrnuta do předpokládané hodnoty koncese.** NSS v této části potvrdil názor Krajského soudu v Brně, 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. Konkrétní plnění nemusí být z účetního pohledu součástí obratu koncesionáře, přesto však může být součástí obratu ve smyslu § 175 odst. 1 ZZVZ pro účely stanovení předpokládané hodnoty koncese.

## K posouzení nápravných opatření přijatých za účelem obnovení způsobilosti

*(Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-R0002/2024/VZ ze dne 22. února 2024)*

V uvedeném řízení potvrdil předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí, jímž ÚOHS zrušil úkon zadavatele spočívající ve vyloučení jednoho z účastníků zadávacího řízení a veškeré následující úkony zadavatele učiněné v částech 5, 6 a 8 veřejné zakázky nazvané „*Údržba zeleně a úklid veřejných prostranství ve správě MČ Praha 12*“. K uvedenému rozhodnutí dospěl Úřad s ohledem na skutečnost, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 76 odst. 3 ZZVZ, když věcně neposoudil, zda nápravné opatření spočívající ve výměně poddodavatele považuje za dostatečné k obnovení způsobilosti dodavatele.

Posuzovaná veřejná zakázka byla rozdělena na 9 částí, přičemž zadavatel navrhovatele vyloučil z částí 5, 6 a 8. V těchto částech navrhovatel prokazoval část kvalifikace prostřednictvím poddodavatele, u něhož předložil výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů (dále jen „**SKD**“) vyhotovený den před koncem lhůty pro podání nabídek. V rámci jednání komise necelé dva týdny po podání nabídek bylo zjištěno, že předmětný poddodavatel již není v SKD veden. Na základě toho byl navrhovatel požádán o objasnění nabídky ve vztahu ke kvalifikaci uvedeného poddodavatele. K této žádosti navrhovatel doložil výpis svého poddodavatele z SKD datovaný den po skončení lhůty pro podání nabídek a tento svůj postup považoval za dostatečný pro prokázání splnění kvalifikace poddodavatele.

Pro zadavatele však nebyl takovýto postup dostačující, neboť dospěl k názoru, že dotčený poddodavatel nespĺňuje základní způsobilost, pokud není nadále veden v seznamu SKD. Z toho zadavatel dovodil, že pokud poddodavatel nespĺňuje základní způsobilost, nemůže navrhovatel ani využít jeho reference zapsané v seznamu významných služeb k prokázání technické kvalifikace, protože tyto reference realizoval nezpůsobilý poddodavatel. Zadavatel proto následně navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení, a to pro neprokázání kvalifikace poddodavatele, když předložený výpis z SKD nepovažoval zadavatel za dostatečný, neboť v dubnu 2023 již poddodavatel navrhovatele v SKD nebyl uveden a navrhovatel tuto skutečnost zadavateli nijak nevysvětlil, když pouze předložil výpis poddodavatele z SKD ze dne 31. března 2023.

Navrhovatel podal proti svému vyloučení námítky, jejichž součástí byly i doklady k obnovení jeho způsobilosti spočívající v předložení kvalifikačních dokladů jiného poddodavatele. Zadavatel podaným námítkám nevyhověl a předložené doklady neposoudil, neboť dle jeho názoru nelze ve vzniklé situaci připustit námítky k obnovení způsobilosti dle § 76 ZZVZ, jelikož uvedené ustanovení upravuje pouze nesplnění základní způsobilosti přímo navrhovatelem, nikoliv poddodavatelem. Zároveň se obnovení způsobilosti netýká nesplnění technické kvalifikace.

Protože zadavatel nevyhověl podaným námítkám, obrátil se navrhovatel na ÚOHS. Ten nejprve neshledal v postupu zadavatele pochybení, po podaném rozkladu však předseda Úřadu toto rozhodnutí zrušil a věc vrátil k dalšímu řízení. V tom Úřad nejprve aproboval postup zadavatele, který ověřil zápis poddodavatele v SKD a v situaci, kdy tento již v SKD zapsán nebyl, požádal navrhovatele o objasnění této skutečnosti. Zároveň Úřad nepovažoval předložené objasnění za dostatečné, neboť navrhovatel předložil výpis z SKD ze dne 31. března 2023



# Legal Update z oblasti veřejných zakázek

## Jaro 2024

# Weinhold Legal

aniž by vysvětlil, proč v dubnu 2023 (ani později) již poddodavatel v SKD zapsán nebyl. Samotným vyloučením navrhovatele z důvodu neobjasnění nabídky po výzvě zadavatele tak zadavatel dle názoru Úřadu nepochybil.

V čem však zadavatel pochybil, byl postup související s navrhovatelem vznesenou námitkou k obnovení způsobilosti dle § 76 ZZVZ. Navrhovatel totiž k námitkám proti svému vyloučení ze zadávacího řízení přiložil též doklady osvědčující splnění kvalifikace jiným poddodavatelem a výslovně uvedl, že pokud zadavatel setrvá na svém názoru, že u původního poddodavatele nebyla splněna kvalifikace, má zadavatel tyto doklady související s novým poddodavatelem považovat za námitku k obnovení způsobilosti. Zadavatel se však v rozhodnutí o námitkách odmítl předloženými doklady zabývat, když dle jeho názoru nebylo obnovení způsobilosti zadavatele, resp. jeho poddodavatele, možné a proto neposoudil, zda je navrhovatelem přijaté opatření dostatečné k obnovení jeho způsobilosti či nikoliv.

K tomu Úřad upozornil na názor svého předsedy vyjádřený v rozhodnutí, kterým byla věc vrácena k dalšímu řízení. Dle něj **musí zadavatel posoudit opatření přijatá k obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení.** A pokud § 76 ZZVZ připouští, aby mohli účastníci zadávacího řízení obnovit svou základní způsobilost dle § 74 ZZVZ přijetím příslušných opatření, není důvod, proč by nemohli jako opatření k nápravě přistoupit k výměně poddodavatele. Výměna poddodavatele totiž sleduje shodný cíl, a sice ponechat v zadávacím řízení účastníka schopného napravit pochybení, které by jinak vedlo k jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Úřad dále zmínil názor předsedy, dle kterého zásada rovného zacházení či zásada transparentnosti nebrání tomu, aby zadavatel provedl posouzení opatření přijatých k obnovení způsobilosti a posléze ani tomu, aby došlo k případné výměně poddodavatele. Zadavatel proto pochybil, když se doklady k obnovení způsobilosti nezabýval a tedy neposoudil, zda jsou přijatá opatření dostatečná k obnovení způsobilosti či nikoliv.

Protože Úřad v prvostupňovém rozhodnutí vycházel z názoru předsedy Úřadu předestřené v předchozím průběhu řízení, k rozkladu zadavatele předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí, popsané výše, potvrdil. Zároveň doplnil, že zadavateli lze přisvědčit v tom, že postupem dle § 76 ZZVZ lze obnovit pouze základní způsobilost dle § 74 ZZVZ, nikoliv profesní způsobilost či technickou kvalifikaci. V posuzovaném případě se však navrhovatel snažil zhojit své vyloučení z důvodu tvrzeného nesplnění základní způsobilosti poddodavatelem, kterého nahradil jiným. Přitom dojde-li dle názoru předsedy v rámci obnovení základní způsobilosti k výměně poddodavatele, týká se

taková výměna kompletně celého tohoto subjektu, a to včetně jeho způsobilosti a kvalifikace. Prostřednictvím obnovení způsobilosti tak do zadávacího řízení vstoupí nový poddodavatel, který s sebou vedle dokladů k prokázání základní způsobilosti přinese případně i úplně nové reference k prokázání části technické kvalifikace.

○ ○ ○

Informace uvedené v tomto bulletinu jsou prezentovány na základě našeho nejlepšího přesvědčení a poznatků získaných v době, kdy byl tento text dán do tisku. Nicméně konkrétní informace vztahující se k tématům uvedeným v tomto bulletinu by měly být konzultovány dříve, než na jejich základě bude učiněno jakékoliv rozhodnutí. Informace uvedené v tomto bulletinu současně nelze chápat jako vyčerpávající popis relevantní problematiky a veškerých možných konsekvencí, a nemělo by na ně být plně spoléháno v jakýchkoliv rozhodovacích procesech ani by neměly být považovány za náhrádku specifické právní rady, které by byla relevantní pro konkrétní okolnosti. Weinhold Legal, s.r.o. advokátní kancelář ani kterýkoliv právník uvedený jako autor těchto informací neodpovídají za jakoukoliv újmu, která by mohla vzniknout ze spoléhání se na zde uveřejněné informace. Dále si dovoluujeme poznamenat, že na některé záležitosti v tomto bulletinu uváděné mohou existovat různé právní názory z důvodu nejednoznačnosti příslušných ustanovení, a v budoucnu může převážet jiný než námi uváděný výklad

Za účelem získání dalších informací kontaktujte, prosím, partnera / manažera, s nímž jste obvykle ve spojení.



Martin Lukáš  
Partner  
Martin.Lukas@weinholdlegal.com



Tereza Hošková  
Vedoucí advokátka  
Tereza.Hoskova@weinholdlegal.com



Monika Švaříčková  
Advokátka  
Monika.Svarickova@weinholdlegal.com