

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Karel Petržela

KONCESNÍ SMLOUVA A KONCESNÍ ŘÍZENÍ

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: doc. JUDr. Stanislav Plíva, CSc.

Katedra: Katedra obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 26. března 2012

„Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.“

V Praze dne 26. 3. 2012

Karel Petržela

Poděkování

Dovoluji si tímto poděkovat panu doc. JUDr. Stanislavu Plívovi, CSc., vedoucímu mé diplomové práce, za podnětné konzultace a čas, který mi v průběhu jejího vypracování věnoval.

Obsah:

Úvod	1
Cíl práce	3
1. Prameny práva udělování koncesí.....	4
1.1 Úprava koncesí v právu Evropské unie	4
1.1.1 Primární právo	4
1.1.2 Sekundární právo	5
1.1.3 Vliv judikatury Evropského soudního dvora	7
1.2 Úprava koncesí ve vnitrostátním právu České republiky	8
1.2.1 Koncesní zákon	8
1.2.2 Zvláštní druhy koncesí v českém právním řádu	10
1.2.3 Vztah mezi koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách	12
2. Základní pojmy a zásady koncesního řízení.....	14
2.1 Pojem koncese	14
2.1.1 Pojem koncese v evropském právu.....	15
2.1.2 Pojem koncese v českém právním řádu	17
2.1.3 Zpřesnění pojmu koncese v návrhu směrnice o udělování koncesí	20
2.2 Pojem veřejný zadavatel	21
2.3 Základní zásady udělování koncesí	23
2.3.1 Vymezení základních zásad v evropském právu	23
2.3.2 Implementace základních zásad v koncesním zákoně	24
2.3.3 Základní zásady v návrhu směrnice o udělování koncesí	25
2.3.4 Obsah základních zásad v judikatuře Evropského soudního dvora	25
3. Průběh koncesního řízení	29
3.1 Inicie koncesního řízení.....	29
3.2 Postup před zahájením koncesního řízení	31
3.3 Zahájení koncesního řízení	33
3.4 Posouzení kvalifikace	34
3.5 Koncesní dialog	39
3.6 Podání a posouzení nabídek	40
3.7 Jednání o nabídkách a hodnocení nabídek	43
3.8 Výběr koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy	44
4. Koncesní smlouva.....	45
4.1 Úprava koncesní smlouvy v koncesním zákoně	46
4.2 Vzorová koncesní smlouva	49
4.3 Změna koncesní smlouvy po jejím uzavření	50
4.3.1 Úprava změny koncesní smlouvy v koncesním zákoně	50
4.3.2 Úprava změny koncesní smlouvy v judikatuře ESD	53
4.3.3 Úprava změny koncesní smlouvy v návrhu směrnice o udělování koncesí	55
Závěr	56
Seznam zkratk	58
Použitá literatura	59

Úvod

Smutnou charakteristikou současné doby je nedostatečné množství finančních prostředků jak ve státním rozpočtu a v rozpočtech státních fondů, tak i v rozpočtech územních samosprávných celků, v důsledku čehož dochází k odkládání nebo zpoždování připravovaných i probíhajících investičních projektů, které slouží k zajištění veřejných potřeb.

V rámci snahy předejít negativním důsledkům této složité situace zejména v oblasti klíčové infrastruktury pak strategické plány rozvoje jednotlivých sektorů hledají nejen další zdroje financování či spolufinancování, ale i efektivnější alternativní modely k rozpočtovému způsobu financování investičních akcí¹.

Jedním z těchto modelů, který je v poslední době velice často diskutován, jsou projekty partnerství veřejného a soukromého sektoru (*public private partnership*), běžně označované jako projekty PPP.

PPP projekty jsou pojmem spíše ekonomickým, charakterizovaným jako „*formy spolupráce mezi orgány veřejné správy a podnikatelským sektorem za účelem zajištění financování, výstavby, obnovení, správy či údržby veřejné infrastruktury nebo poskytování veřejné služby*“². Toto vymezení je však velice široké a může zahrnovat mimo jiné přímé zadávání veřejných zakázek, veřejně-soukromé obchodní společnosti (tzv. public-private joint ventures, označované také jako institucionalizované PPP) nebo pronájem infrastruktury vlastněné veřejnoprávními subjekty subjektům soukromým za účelem jejich provozování³.

Strategické dokumenty a články v médiích, které o PPP projektech pojednávají, však pojmem PPP projekt zpravidla označují tzv. „*PPP projekty v užším smyslu*“⁴, tedy smluvní partnerství založená koncesní smlouvou podle koncesního

¹ STÁTNÍ FOND DOPRAVNÍ INFRASTRUKTURY. Rozpočet Státního fondu dopravní infrastruktury na rok 2011 a střednědobý výhled na roky 2012 a 2013. 2010. Dostupné z: http://www.sfdi.cz/CZ/pdf/2010_rozpocet_sdv.pdf.

² Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 final. [online], [cit-20-03-12]. Dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:EN:PDF>.

³ JURČÍK, Radek. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007. ISBN 978-80-7179-575-9. s161.

⁴ JURČÍK, Radek. Analýza navrhované právní úpravy PPP projektů a její srovnání s právní úpravou de lege lata. [online]. 2008[cit. 2012-03-22]. Dostupné z:

zákona. Touto smlouvou se koncesionář zavazuje k poskytnutí služby (koncese na službu) nebo k provedení práce (koncese na stavební práce), přičemž úhrada za provedené práce nebo poskytované služby spočívá v právu “*vybírat ze stavby nebo služby poplatky (výtěžek), popř. je toto právo navíc spojeno s platbou*”⁵. Charakteristickým znakem tohoto práva je přitom přenesení podstatné části rizika spojeného s poskytováním služby nebo provedením práce ze zadavatele na koncesionáře⁶.

Z pohledu financování projektů je tento postup pro zadavatele výhodný, neboť koncesionář nese buď zcela, nebo z převážné části investiční náklady spojené s předmětem koncese a zároveň i riziko, že nedojde k návratnosti vynaložených investic např. v důsledku nízké poptávky nebo dostupnosti⁷.

Kromě těchto výhod pak zastánci této formy spolupráce poukazují zejména na rychlost realizace PPP projektů, vyšší kvalitu vyplývající z následného závazku stavbu nebo službu provozovat a udržovat, výhody spojené s možností využít know-how soukromého partnera, vyšší efektivitu realizace projektu vyplývající ze snahy investora dosáhnout zisku⁸ a v neposlední řadě v eliminaci projektů, které nejsou pro soukromé investice atraktivní, neboť je jejich návratnost nízká nebo příliš riziková⁹.

Tato spolupráce však má i své odpůrce, kteří argumentují především hrozbou skrytého zadlužování, problematickou politickou odpovědností za závazky uzavírané

<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/financ/jurcik.pdf>, s. 2, obdobně též Důvodová zpráva k zákonu 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon).

⁵ Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 final. [online], [cit-20-03-12]. Dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:EN:PDF>.

⁶ KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 19, v podrobnostech viz dále část 2.1 této práce.

⁷ Dobrým příkladem může být projekt vysokorychlostní železnice Channel Tunnel Rail Link spojující Londýn s ústím tunelu pod Lamanšským průlivem vedoucím do francouzského Calais. Reálný počet přepravených pasažérů byl o více polovinu nižší než předpoklad.

VAN DER GEEST, Willem a Jorge NUNEZ-FERRER. Appropriate Financial Instruments for Public-Private Partnership to Boost Cross-Border Infrastructural Development-EU Experience. *ADBI Working Paper Series* [online]. 2011, č. 281 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://www.adbi.org/files/2011.05.13.wp281.financial.instruments.ppp.infrastructural.dev.eu.pdf>.

⁸ LOUDA, Tomáš a Jiří GROSPÍČ. Partnerství veřejného a soukromého sektoru: právní a ekonomické aspekty. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, 460 s. ISBN 978-80-904024-8-5. s. 43.

⁹ KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 20.

na dobu i několika desítek let a skutečností, že soukromý sektor z povahy věci nestaví veřejný zájem jako svůj prvořadý cíl¹⁰.

Ministerstvo financí uvádí, že ke dni 17. února 2012 činí předpokládaná hodnota koncesních smluv uzavřených územními samosprávnými celky více než 50 miliard Kč, přičemž převážná většina těchto projektů je realizována v oblasti infrastruktury - vodohospodářství a energie¹¹. I přes toto vysoké číslo však mají PPP projekty v České republice spíše negativní reputaci, a to zejména v důsledku neúspěchu klíčových pilotních projektů – výstavby justičního areálu v Ústí nad Labem, komplexní modernizace Krajské nemocnice Pardubice a především výstavby, financování a následné správy a provozu multifunkčního ubytovacího komplexu v areálu Ústřední vojenské nemocnice v Praze. Neúspěchu posledního jmenovaného projektu byla navíc věnována značná pozornost médií¹². V současné době se financování formou PPP zvažuje pro výstavbu a údržbu osmikilometrového úseku dálnice D3 u obce Bošilec, jejíž předpokládaná hodnota je 3,8 miliardy korun¹³.

Cíl práce

Cílem této práce je analyzovat platnou právní úpravu vztahující se ke koncesnímu řízení a koncesním smlouvám, které tvoří právní rámec výše zmíněných PPP projektů v užším smyslu, a upozornit na některé její problematické aspekty.

První kapitola této práce se bude zabývat evropskými a českými prameny práva, které se vztahují k udělování koncesí. Na evropské úrovni bude popsána role primárního práva, prameny práva sekundárního a vliv judikatury Evropského soudního dvora. Na úrovni vnitrostátní pak bude pozornost věnována především úpravě obsažené v zákoně č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále jen „koncesní zákon“), specifickým druhům koncesí, jejichž úprava je obsažena ve zvláštních zákonech, a dále bude vysvětlen vztah mezi koncesním

¹⁰ LOUDA, Tomáš a Jiří GROSPÍČ. Partnerství veřejného a soukromého sektoru: právní a ekonomické aspekty. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, 460 s. ISBN 978-80-904024-8-5. s. 48.

¹¹ Aktualizovaný přehled projektů PPP v ČR - únor 2012. *Ministerstvo financí České republiky* [online]. 21. února 2012 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/pub_priv_part_68217.html.

¹² MENZELOVÁ, Kateřina. 217 milionů za nic. Ať žijí PPP projekty!. Česká pozice [online]. 2011, 20.09.2011, s. 2 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://m.ceskapozice.cz/byznys/finance/217-milionu-za-nic-ziji-ppp-projekty>.

¹³ *IHNed.cz* [online]. 2012, První dálnice na dluh vyjde na 3,8 miliardy [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://hn.ihned.cz/c1-54954280-prvni-dalnice-na-dluh-vyjde-na-3-8-miliardy>.

zákonem a zákonem č. 136/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“).

V kapitole druhé budou vysvětleny základní pojmy, které vymezují osobní a věcnou působnost koncesního řízení, s důrazem na výklad pojmu koncese, resp. koncesní smlouva, a dále základní zásady, které mají svůj původ v evropském primárním právu a které se vztahují jak na koncesní řízení podle části druhé koncesního zákona, tak i na zadávání koncesí, na které se část druhá koncesního zákona nevztahuje.

V kapitole třetí bude analyzován průběh koncesního řízení s ohledem na postup zadavatele a aplikaci výše uvedených základních zásad.

Kapitola čtvrtá se pak bude zabývat koncesní smlouvou z pohledu její právní úpravy obsažené v koncesním zákoně. Podrobněji bude rozebrána problematika změn již uzavřených koncesních smluv.

1. Prameny práva udělování koncesí

1.1 Úprava koncesí v právu Evropské unie

Vnitrostátní právní úprava koncesních smluv obsažená v koncesním zákoně zapracovává mimo jiné příslušné předpisy Evropské unie s odkazem na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „koordináční směrnice“). Právní úprava koncesí na evropské úrovni se však neomezuje pouze na tuto směrnici. Tato kapitola práce se bude nejdříve zabývat úpravou koncesí vyplývající z primárního práva, tedy především ze Smlouvy o Evropské unii (SEU) a Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU)(dále také jen „Smlouvy“), dále úpravou vyplývající z práva sekundárního, tedy příslušných směrnic, a na závěr vlivem judikatury Soudního dvora Evropské unie, resp. Evropského soudního dvora.

1.1.1 Primární právo

Ačkoliv Smlouvy samotné neobsahují legální definici pojmu koncese, jsou významným relevantním pramenem práva, neboť obsahují základní právní principy,

kteřé se uplatní obecně na všechny typy koncesí. Těmito zásadami jsou, dle ustanovení článku 2 preambule koordinační směrnice, zejména:

- zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace (článek 18 SFEU),
- zásada vzájemného uznávání (rozsudek C-120/78 *Cassis de Dijon*),
- zásada proporcionality (článek 5 SEU) a
- zásada transparentnosti.

Tyto zásady byly zároveň promítnuty jak do právních předpisů sekundárního práva, např. článku 2 koordinační směrnice, tak do § 3a koncesního zákona. Podrobnější rozbor vývoje aplikace těchto právních principů v oblasti koncesí a relevantních rozhodnutí Evropského soudního dvora, které se zabývaly obsahem těchto zásad, je obsažen v částech 2.3.1 a 2.3.4 této práce.

1.1.2 Sekundární právo

Přes absenci vymezení pojmu koncese v primárním právu pracují evropské právní předpisy s tímto pojmem velice dlouhou dobu. Již směrnice 71/305/EHS ze dne 26. června 1971 vymezila v článku 3 charakteristiku „*takzvané 'koncesní' smlouvy*“, přičemž ale článek 3 odst. 1 uvádí, že se ustanovení této směrnice na vymezený typ smlouvy nepoužijí. Ačkoliv v současné době již dílčí specifická úprava koncesí na evropské úrovni existuje, komplexní úprava, která by se vztahovala na všechny druhy koncesí, stále ještě chybí.

Základem právní úpravy koncesí v platném evropském právu je koordinační směrnice 2004/18/ES. Ta přitom rozlišuje dva základní pojmy, a to koncese na stavební práce (článek 1 odst. 3) a koncese na služby (článek 1 odst. 4).

Toto rozlišení je v oblasti Evropského práva klíčové vzhledem k ustanovení článku 17 koordinační směrnice, který stanoví, že se tato směrnice na koncese na služby, tak jak jsou ve směrnici definovány, nepoužije. Obdobně pak svou oblast působnosti omezuje směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (dále jen „směrnice o přezkumu“), která v článku 1 odst. 1 alinea 2 uvádí, že zakázky ve smyslu této

směrnice zahrnují koncese na stavební práce (ne však koncese na služby). Úprava Hlavy III koordinační směrnice se dále dle článku 57 písm. a) nepoužije v oblasti telekomunikací (článek 13), tajných zakázek nebo zakázek vyžadujících zvláštní bezpečnostní opatření (článek 14) a zakázek zadávaných podle mezinárodních pravidel (článek 15).

Další omezení okruhu právních vztahů, na něž se použijí ustanovení koordinační směrnice, pak vyplývá ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále jen „sektorová směrnice“). Článek 57 písm. b) koordinační směrnice stanoví, že se koordinační směrnice nevztahuje na koncese udělené veřejnými zadavateli, kteří vykonávají některou z činností uvedených v článcích 3 až 7 sektorové směrnice, v souvislosti s prováděním těchto činností.

Důsledkem tohoto rozlišení a výše uvedených výjimek je pak dvojkolejnost právní úpravy koncesí, kdy jsou v evropském právu upraveny některé koncese na stavební práce alespoň rámcově z hlediska zveřejňování oznámení a přezkumného řízení, nicméně podrobnější úprava koncesí na služby zatím chybí. V souvislosti s vynětím některých koncesí spadajících pod sektorovou směrnici je zároveň třeba připomenout, že v České republice je v současné době drtivá většina koncesí (91%) realizována právě v oblasti vodního hospodářství a energetiky¹⁴, a tedy mimo působnost koordinační směrnice, což nelze z hlediska regulatorního působení směrnice považovat za pozitivní jev.

Do výčtu předpisů, které se vztahují k úpravě koncesí, je dále třeba zahrnout i nařízení Komise (ES) č. 1564/2005 ze dne 7. září 2005, kterým se stanoví standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v rámci postupů zadávání veřejných zakázek podle směrnic Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES, které ve svých přílohách X a XI obsahuje standardní formuláře pro zveřejňování oznámení o koncesi na stavební práce dle článků 58 a 64 koordinační směrnice.

¹⁴ Aktualizovaný přehled projektů PPP v ČR - únor 2012. *Ministerstvo financí České republiky* [online]. 21. února 2012 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/pub_priv_part_68217.html.

Kromě výše uvedených právních předpisů, které obsahují obecnou úpravu koncesí na stavební práce, je dále třeba poukázat na speciální úpravu smluv o veřejných službách podle nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici. Ačkoliv tyto smlouvy pojmově naplňují definici koncese na služby podle koordinační směrnice, jak mimo jiné dovodil Evropský soudní dvůr v rozsudku C-410/04 *ANAV* ze dne 6. února 2006, řídí se vlastní poměrně komplexní úpravou obsaženou v uvedeném nařízení.

1.1.3 Vliv judikatury Evropského soudního dvora

Klíčovým ustanovením Smluv v současném znění, které má dopad i na evropskou úpravu koncesí, je článek 267 SFEU, který stanoví, že „*Soudní dvůr Evropské unie má pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se a) výkladu Smluv, b) platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie*“. Původní článek 220 Smlouvy o založení Evropského společenství (SES) stanovil, že „*Soudní dvůr a Soud prvního stupně zajišťují v rámci svých pravomocí dodržování práva při výkladu a provádění SES*“.

Dle pracovního materiálu vydaného dne 20. února 2012 Výborem Evropského parlamentu pro vnitřní trh a ochranu spotřebitele¹⁵ vydal od roku 2000 Evropský soudní dvůr/Soudní dvůr Evropské unie 25 rozhodnutí vztahujících se k problematice koncesí.

Klíčovým rozhodnutím týkajícím se zadávání koncesí je zejména rozsudek C-324/08 *Telaustria* ze dne 7. prosince 2000, ve kterém Evropský soudní dvůr dovodil, že veřejní zadavatelé, kteří zadávají koncese na služby (jinak vyňaté z působnosti koordinační směrnice), jsou povinni dodržovat základní zásady zakotvené ve Smlouvách. Na tento rozsudek pak navázala další rozhodnutí, která aplikovatelnost tohoto obecného pravidla blíže vymezila, a řada rozhodnutí, která konkretizovala obsah těchto základních zásad. Podrobněji se tomuto tématu věnuje část 2.3.

¹⁵ Pracovní materiál o udělování koncesních smluv. *Výbor Evropského parlamentu pro vnitřní trh a ochranu spotřebitele* [online]. 20. února 2012 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARTL&reference=PE-483.644&format=PDF&language=EN&secondRef=01>.

Další podstatnou oblastí rozhodování Evropského soudního dvora pak jsou předběžné otázky týkající se výkladu pojmu koncese. Tato rozhodnutí jsou důležitá zejména z hlediska vymezení, zda má být daná situace posuzována ve smyslu evropského práva jako koncese, nebo jako zakázka, a tedy jaký a jak přísný režim zadávání se v daném případě uplatní. Detailní rozbor této problematiky je obsažen v části 2.1.

1.2 Úprava koncesí ve vnitrostátním právu České republiky

Na rozdíl od fragmentované úpravy koncesí na evropské úrovni, která se vztahuje pouze na omezený okruh jejich druhů, jsou koncese resp. koncesní smlouvy v českém právu pojaty komplexně. I přesto však český právní řád zná kromě úpravy koncesní smlouvy v koncesním zákoně další právní předpisy, které obsahují úpravu smluvních vztahů označovaných taktéž jako koncese, případně jako kvazi-koncese.

1.2.1 Koncesní zákon

Klíčovým právním předpisem platného práva je koncesní zákon. Ten s účinností od 1. července 2006 nahradil předchozí nesamostatnou úpravu obsaženou v zákoně č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, která odrážela terminologické rozdělení koncesí použité v koordinační směrnici, tj. rozdělení na koncese na stavební práce a koncese na služby. Tento zákon obsahoval v části čtvrté, §71a - §71g, úpravu pouze nadlimitní koncese na stavební práce, jejichž předpokládaná cena přesahovala 2.000.000,- Kč, a dále stanovil povinnost zveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení pro podlimitní koncese na stavební práce a nadlimitní koncese na služby, u nichž předpokládaná cena přesáhla 2.000.000,-Kč.

Tento stav však byl vyhodnocen jako nežádoucí vzhledem k nízké právní jistotě veřejných a soukromých subjektů způsobené nejasnou právní úpravou a vzhledem k existenci rizika realizace velkého množství smluv, na které se existující právní úprava nebude vztahovat, a které tak budou v důsledku nedostatečné regulace skýtat větší množství rizik. Současný koncesní zákon je tedy výsledkem snahy o vytvoření jasného právního rámce pro koncesní smlouvy, který bude srozumitelný

a jasný pro veřejné i soukromé subjekty, posílí jejich právní jistotu a zajistí přitom přiměřenou míru regulace¹⁶.

Nový koncesní zákon obsahuje podstatně podrobnější právní úpravu než koordinační směrnice, kterou implementuje, přičemž již nerozlišuje koncese na stavební práce a koncese na služby. Zároveň za účelem odlišení koncese ve smyslu samotné smlouvy od pojmu koncese v pojetí zákona č. 455/1991 Sb., živnostenského zákona¹⁷, používá nový zákon místo pojmu koncese termín koncesní smlouva.

Nový koncesní zákon je přitom předpisem především procesním, který mimo jiné upravuje průběh koncesního řízení a dohled Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Tato procesní úprava však velice často odkazuje na zákon o veřejných zakázkách, což vytváří problematické situace vzhledem k rozdílnosti pojetí obou úprav a charakteru jejich předmětu.

I přesto, že se jedná o zákon poměrně nový, byl již několikrát podstatně novelizován. V roce 2009 pak vyvrcholilo úsilí o změnu koncesního zákona přípravou návrhu koncesního zákona nového, který by stávající zákon úplně nahradil. Tento pokus se však setkal s poměrně negativní odezvou ze strany odborné veřejnosti¹⁸, návrh nebyl přijat a následné změny právní úpravy probíhaly opět formou dílčí novelizace stávajícího koncesního zákona.

Těmito novelizacemi pak byl koncesní zákon poměrně výrazně změněn, mimo jiné odstraněním úpravy kvazi-koncesí obsažené v původním §1 odst. 2 koncesního zákona, která v právní praxi působila potíže s ohledem na problematické rozlišení, zda se v konkrétním případě jedná o veřejnou zakázku, kvazi-koncesi nebo koncesi. Dalšími podstatnými změnami jsou pak výslovné zakotvení základních zásad vycházejících ze Smluv v §3a koncesního zákona, komplexní změna části páté upravující dohled nad dodržováním zákona ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské

¹⁶ Důvodová zpráva k zákonu 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon).

¹⁷ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 21.

¹⁸ Stanovisko Asociace PPP k návrhu zákona o veřejných koncesních zakázkách (koncesní zákon). *Asociace PPP* [online]. 28. listopadu 2008 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.asociaceppp.cz/cnt/stanoviska_asociace/?action=vfile&a_id=41.

soutěže, zavedení rejstříku osob se zákazem plnění koncesních smluv nebo nová právní úprava správních deliktů¹⁹.

Samotnou úpravu obsaženou v koncesním zákoně rozebírají především kapitola 2 této práce zabývající se základními zásadami a pojmy, ze kterých směrnice vychází, a kapitola 3, která pojednává o koncesním řízení a jeho průběhu.

1.2.2 Zvláštní druhy koncesí v českém právním řádu

Kromě koncesních smluv, jejichž charakteristickým rysem je protiplnění spočívající v právu využívat stavbu nebo službu, nebo v tomto právu společně s platbou, upravoval koncesní zákon až do novely provedené zákonem č. 179/2010 Sb. i nadlimitní veřejné zakázky s přenesenými riziky, tzv. kvazi-koncesní smlouvy. Jejich úprava byla obsažena jednak v § 156 zákona o veřejných zakázkách, jednak v § 1 odst. 2 koncesního zákona, přičemž charakteristickým znakem těchto smluv byla doba trvání nejméně 5 let a přenos některých ekonomických rizik spojených s realizací zakázky, která obvykle nese zadavatel, na dodavatele²⁰.

Ačkoliv tato právní úprava byla již ze zákona o veřejných zakázkách i z koncesního zákona odstraněna, zvláštní úpravu některých typů koncesních smluv lze v právním řádu najít i nadále.

Velice komplexní úpravu koncesních smluv tak obsahuje např. zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích (dále jen „zákon o pozemních komunikacích“ nebo „ZoPK“), jehož část čtvrtá se zabývá „*převedení[m] výkonu některých práv a povinností státu v souvislosti s výstavbou, provozováním a údržbou dálnice*“, přičemž definuje v § 18a tzv. koncesionářskou smlouvu, jíž se některá práva a povinnosti vlastníka dálnice nebo silnice I. třídy převádějí na právnickou osobu vybranou postupem dle zákona o veřejných zakázkách²¹. Úhrada je v tomto případě prováděna z příjmů Státního fondu dopravní infrastruktury (§ 18b ZoPK), ale lze ji

¹⁹ TOPENČÍK, Miroslav. Novela koncesního zákona - podnikání. Verlag Dashöfer [online]. 2010, 05.05.2010 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://www.doplnek.com/node/759>.

²⁰ JURČÍK, Radek. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007. ISBN 978-80-7179-575-9. s. 169.

²¹ Samotný text zákona odkazuje na zákon 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů, avšak komentářová literatura dovozuje postup podle zákona o veřejných zakázkách a konstatuje, že ustanovení koncesního zákona není možné ve vztahu k této koncesionářské smlouvě použít. Srov. KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 23.

poskytovat pouze ode dne zahájení provozu na dokončené stavbě (§18d odst. 2 ZoPK), nicméně financování, výstavbu, provozování a údržbu hradí koncesionář na své náklady (§ 18d odst. 1 ZoPK). Koncesionářská smlouva podle zákona o pozemních komunikacích se uzavírá na dobu nejméně 25 let. Při implementaci této úpravy novelizací provedenou zákonem č. 256/2002 Sb. zákonodárce vycházel z principů komunitární legislativy. Ve vztahu k přenosu rizika však dovedl, že ačkoliv „*právo využít dotčené pozemní komunikace je rizikem koncesionáře [...], zadavatel musí koncesionáři [...] garantovat, že zdroj pro vybírání úhrady za užívání díla po stanovenou dobu v koncesionářské smlouvě bude trvat*“²². V odborné literatuře se lze setkat s názorem, že úprava obsažená v zákoně o pozemních komunikacích je speciální právní úpravou vůči obecné právní úpravě obsažené v koncesním zákoně, a tedy má před touto obecnou úpravou přednost²³.

Tento názor však není všeobecně přijímán²⁴ a vzhledem k podstatě odlišnosti zakázek a koncesí mu není možné jednoznačně přisvědčit. Pojmovým znakem koncesní smlouvy ve smyslu koncesního zákona je přenos podstatné části rizik ze zadavatele na koncesionáře, přičemž koncesionářská smlouva ve smyslu zákona o pozemních komunikacích počítá s velice širokou garancí ze strany zadavatele. Je tedy možné, že se, vzhledem ke způsobu rozložení rizik, v tomto případě nejedná o koncesi, ale spíše o zakázku. V souvislosti s vymezením ekonomických rizik spojených s branám užitků lze uvést, že „*běžná ekonomická rizika vyplývající ze smlouvy mezi taková ekonomická rizika počítat nelze [...], neboť tyto souvisí s realizací každé veřejné zakázky*“²⁵.

Dalším zákonem upravujícím smluvní kategorii, která upravuje specifický okruh koncesních vztahů²⁶, je zákon 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě

²² HORÁLEK, Vladimír. Koncesní zákon s komentářem: Veřejně soukromá partnerství a jejich obecná právní úprava v ČR. Praha: Linde, 2006, 102 s. ISBN 80-861-3167-X., s. 29 a Důvodová zpráva k zákonu č. 256/2002 Sb.

²³ HORÁLEK, Vladimír. Koncesní zákon s komentářem: Veřejně soukromá partnerství a jejich obecná právní úprava v ČR. Praha: Linde, 2006, 102 s. ISBN 80-861-3167-X. s. 31.

²⁴ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 23.

²⁵ JURČÍK, Radek. Analýza navrhované právní úpravy PPP projektů a její srovnání s právní úpravou de lege lata. [online]. 2008[cit. 2012-03-22]. Dostupné z:

<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/financ/jurcik.pdf>, s. 4.

²⁶ ŠKERŮKOVÁ, Dana a David DVOŘÁK. Zákon o veřejných službách v přepravě cestujících – další krok k fragmentaci právní úpravy veřejného zadávání?. Elaw.cz [online]. 2011, 4.3.2011 [cit. 2012-03-

cestujících. Tento zákon vychází z nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici. Ačkoliv v rozsudku C-410/04 *ANAV* ze dne 6. února 2006 Evropské soudní dvůr dovedl, že smlouvy uzavírané s poskytovateli veřejné přepravy zpravidla naplňují definici koncese, jsou tyto smlouvy z působnosti koncesního zákona výslovně vyňaty ustanovením § 3 písm. h) koncesního zákona.

Přestože je však úprava obsažená v zákoně o veřejné přepravě cestujících poměrně obsáhlá a komplexní, řada jejích ustanovení, kterými se řídí proces zadávání, odkazuje na zákon o veřejných zakázkách. Tato praxe již byla předmětem kritiky u koncesního zákona a z hlediska konzistence postupu v koncesním řízení by bylo patrně vhodnější, kdyby zákon o veřejné přepravě cestujících odkazoval na koncesní zákon, který by problematiku koncesního řízení upravoval komplexně bez odkazů na ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

1.2.3 Vztah mezi koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách

Důležitou otázkou, kterou je třeba zodpovědět pro dostatečné vymezení právního rámce koncesních smluv podle koncesního zákona, je vztah mezi koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách.

Ačkoliv koncesní zákon v řadě ustanovení uvádí, že pro řešenou problematiku „*platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně*“²⁷, neobsahuje žádné ustanovení, které by jasně stanovilo, zda je koncesní zákon speciální právní úpravou k obecné právní úpravě obsažené v zákoně o veřejných zakázkách, nebo zda jsou tyto úpravy rovnocenné a stojí vedle sebe.

V odborné literatuře převládá názor, že úprava obsažená v koncesním zákoně je úpravou komplexní, přičemž upravuje jiný okruh právních vztahů než zákon o veřejných zakázkách²⁸. Ačkoliv jsou tedy oba zákony úzce provázány²⁹, zákon o

23]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/cs/obchodni-pravo/409-zakon-o-veejnych-slubach-v-peprav-cestujicich-dalsi-krok-k-fragmentaci-pravni-upravy-verejneho-zadavani.html>.

²⁷ Např. § 9 odst. 2 koncesního zákona.

²⁸ DAVIDOVÁ, Jana a Miroslav TOPENČÍK. Koncesní zákon: komentář. 1. vyd. Praha: ABF - Arch, 2007, 215 s. Stavební právo. ISBN 80-869-0527-6, s.16.

²⁹ KRČ, Robert, Karel MAREK a Michal PETR. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s komentářem. 2. vyd. Praha: Linde, 2008, 342 s. ISBN 978-80-7201-711-9, s. 647.

veřejných zakázkách nemá ve vztahu ke koncesnímu zákonu povahu subsidiárního právního předpisu³⁰.

Toto pojetí je však v praxi příčinou řady problémů a nesrovnalostí v právní úpravě, zejména s ohledem na častější novelizaci zákona o veřejných zakázkách, která ne vždy provázanost obou zákonů zohledňuje. Tuto skutečnost prokazuje například poslední novelizace zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 55/2012 Sb., který mimo jiné zásadním způsobem upravuje otázku kvalifikace uchazečů a hodnocení nabídek, tedy úpravu, která se dle § 7 odst. 3, resp. § 11 odst. 1 koncesního zákona použije i na koncesní řízení. Ani obecná, ani zvláštní část důvodová zprávy k zákonu č. 55/2012 Sb. se však v této souvislosti o koncesním zákonu nezmiňuje a nijak neanalyzuje možné dopady na právní úpravu koncesních smluv.

Kromě výše uvedených změn zavádí zákon č. 55/2012 Sb. do zákona o veřejných zakázkách právní úpravu změny smluv v době jejich trvání, tedy právní úpravu velmi očekávanou mimo jiné právě v souvislosti s koncesními smlouvami, u nichž je otázka případné změny vzhledem k jejich dlouhodobému charakteru naprosto klíčová³¹. Jelikož se však zákon o veřejných zakázkách nepoužije subsidiárně k úpravě obsažené v koncesním zákoně (viz výše), tato úprava se v rámci koncesního řízení neuplatní³².

S ohledem na konzistenci, srozumitelnost a předvídatelnost právní úpravy by v tomto ohledu bylo jistě přínosné, kdyby byla problematika koncesního řízení upravena samostatně a komplexně, bez odkazů na ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

³⁰ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 21.

³¹ Podrobněji o této problematice pojednává část 4.3 této práce.

³² Lze se však setkat i s názorem, že se právní úprava obsažená v zákoně o veřejných zakázkách bude užívat analogicky. Srov. TOPENČÍK, Miroslav. Novely zákonů a jejich vliv na koncesní zákon. Verlag Dashöfer [online]. 2012, 13.03.2012 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: http://www.obecniportal.cz/novely-zakonu-a-jejich-vliv-na-koncesni-zakon-uniqueidgOke4NvrWuOKaQDKuox_Z29jJeHg8QdAi1eMHGUagh0/

2. Základní pojmy a zásady koncesního řízení

Jak již bylo naznačeno v předchozí kapitole, je pro podrobnější analýzu koncesního řízení s ohledem na aplikovatelnost evropských i vnitrostátních právních předpisů nezbytné správné pochopení základních pojmů, s nimiž tyto předpisy pracují.

Ustanovení §1 odst. 1 koncesního zákona vymezuje jeho věcnou působnost, když stanoví, že koncesní zákon upravuje „*podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty*“. Pro posouzení, zda se v předmětném případě bude postupovat dle koncesního zákona, je proto klíčová zejména správná aplikace pojmů koncesní smlouva resp. koncese a pojmu veřejný zadavatel.

Ve vztahu k aplikovatelnosti evropského práva je pak důležité rozlišení jednotlivých druhů koncesí tak, jak je vymezuje koordinační směrnice, aby bylo možné posoudit, zda lze na daný případ aplikovat právní úpravu obsaženou v předpisech evropského práva, nebo zda se v daném případě aplikují pouze základní právní principy vyplývající ze Smluv.

Tato kapitola se proto věnuje podrobnému vymezení pojmu koncese, přiblížení pojmu veřejný zadavatel a dále vymezení a implementaci základních zásad a jejich obsahu, a to jak dle platného práva, tak *de lege ferenda*.

2.1 Pojem koncese

Pro stanovení mezí věcné působnosti koncesního zákona je klíčový pojem koncesní smlouva, který je definován v koncesním zákoně, resp. pojem koncese, který byl použit v předchozím zákoně 40/2004 Sb. a který používají pro označení koncesní smlouvy předpisy evropského sekundárního práva a rozhodnutí Evropského soudního dvora. V této části se práce bude věnovat pojmu koncese a jeho výkladu v evropském právu a následně v právu českém s přihlédnutím k rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Identifikované nedostatky současné právní úpravy pak budou posouzeny *de lege ferenda* s ohledem na připravovanou směrnici o udělování koncesí.

2.1.1 Pojem koncese v evropském právu

Pojem koncese (angl. „*concessions*“) není definován v evropském primárním právu a vychází tedy z definic použitých v právu sekundárním, konkrétně v koordinační směrnici a v sektorové směrnici. Tyto směrnice od sebe odlišují koncese na stavební práce a koncese na služby, přičemž tyto definice vychází z definic zakázek na stavební práce a zakázek na služby.

Zakázkou na stavební práce se dle článku 1 odst. 2 písm. b) koordinační směrnice rozumí *„zakázky, jejichž předmětem je buď provedení, nebo projekt i provedení stavebních prací vztahujících se k jedné z činností uvedených v příloze XII nebo stavby, nebo provedení stavby, která odpovídá požadavkům stanoveným zadavatelem, jakýmkoli prostředky“*, zakázkou na služby se dle článku 1 odst. 2 písm. d) rozumí *„zakázky jiné než zakázky na stavební práce nebo na dodávky, jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze XVII [koordinační směrnice]“*, koncesí na služby se dle článku 1 odst. 3 písm. b) rozumí *„smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou“* a koncesí na stavební práce je dle článku 1 odst. 3 písm. a) *„smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na stavební práce s tou výjimkou, že protiplnění za provedení stavebních prací spočívá buď výhradně v právu využívat stavbu, nebo v tomto právu společně s platbou“*.

Toto rozdělení má zásadní vliv na aplikovatelnost právní úpravy obsažené v těchto směrnících, neboť dle ustanovení článku 17 koordinační směrnice se tato na koncese na služby nepoužije.

Jak vyplývá z výše uvedených definic, klíčovým rozdílem mezi zakázkami a koncesemi je především odlišné pojetí protiplnění za poskytnutí těchto služeb nebo provedení stavebních prací. Charakteristika protiplnění byla naznačena např. v Interpretacním sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství ze dne 29. dubna 2000³³, ze kterého vyplývá, že atributem takového protiplnění je přenos rizika spojeného s předmětem koncesní smlouvy (tj. s poskytnutím služby, využitím stavby

³³ Interpretacní sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství. Evropská komise [online] (2000/C 121/02) . 29. dubna 2000 [cit. 20-03-2012]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF>, str. 5.

atd.), přičemž tato interpretace byla dále rozvedena v následných rozhodnutích Evropského soudního dvora.

Evropský soudní dvůr v rozsudku C-458/03 *Parking Brixen* ze dne 13. října 2005 konstatoval, že koncese na veřejné služby ve smyslu tehdy platné směrnice 92/50 je charakterizována skutečností, že „*poskytovatel na sebe bere riziko poskytování dotčených služeb*³⁴“, přičemž dovedl, že tento výklad je potvrzen koordinační směrnici³⁵.

K otázce rizik se Evropský soudní dvůr vyjádřil dále v rozsudku C-300/07 *Orthopaedie Schuhtechnik* ze dne 11. června 2009, v němž konstatoval, že se přenos rizika na koncesionáře vyznačuje „*určitou hospodářskou svobodou [koncesionáře] pro stanovení podmínek podnikání a [koncesionář] je tak paralelně do značné míry vystaven rizikům souvisejícím s takovým podnikáním*³⁶“. V posuzovaném případě byla Evropskému soudnímu dvoru předložena předběžná otázka, zda poskytnutí ortopedické obuvi individuálně přizpůsobené potřebám pacientů na základě dohody uzavřené se zdravotní pojišťovnou ve spojení s poskytováním podrobných rad má být posuzováno (v případě, že se jedná o službu, nikoli dodávku) jako koncese na služby nebo jako rámcová dohoda ve smyslu koordinační směrnice. Evropský soudní dvůr dovedl, že v posuzovaném případě hospodářský subjekt není vystaven podstatnému riziku spojenému s poskytováním služeb, mimo jiné vzhledem k fixnímu zakotvení cen ve smlouvě, a v posuzovaném případě se tak o koncesi nejednalo.

V rozsudku C-206/08 *WAZV Gotha* ze dne 10. září 2009 pak Soudní dvůr tuto interpretaci rozšířil a dovedl, že o koncesi na služby se může jednat pouze tehdy, pokud zadavatel „*zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převedl na koncesionáře provozní riziko, kterému je vystaven*³⁷“, s tím, že pokud k převodu rizika ze zadavatele na poskytovatele nedojde, nejedná se o koncesi na služby, ale o zakázku na služby. Rozsudek však ve vztahu k vymezení rizika není terminologicky jednotný, neboť užívá termínů „tržní riziko“, „provozní riziko“ a „hospodářské riziko“, jejichž obsah a rozdíl nijak blíže nespecifikuje. Pouze uvádí, že vnitrostátní soud nemusí při

³⁴ Rozsudek C-458/03 *Parking Brixen* ze dne 13. října 2005, bod 40.

³⁵ Rozsudek C-458/03 *Parking Brixen* ze dne 13. října 2005, bod 41.

³⁶ Rozsudek C-300/07 *Orthopaedie Schuhtechnik* ze dne 11. června 2009, bod 71.

³⁷ Rozsudek C-206/08 *WAZV Gotha* ze dne 10. září 2009, bod 77.

zkoumání, zda došlo k významnému převodu rizika, zohlednit „obecná rizika, která vyplývají ze změn právní úpravy, k nimž došlo v průběhu provádění smlouvy“³⁸.

Z výše uvedeného rozboru však vyplývá, že pojem koncese nemá v platném evropském právu úplně jasné obrysy, a to zejména s ohledem na nejasnou interpretaci pojmu riziko, resp. jeho významnost a druhy. Na tento nedostatek nejnověji poukazuje i pracovní materiál Komise ze dne 20. prosince 2011³⁹ vydaný v souvislosti s návrhem směrnice o udělování koncesí.

2.1.2 Pojem koncese v českém právním řádu

Český koncesní zákon na rozdíl od předchozí úpravy v zákoně 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, a na rozdíl od evropských směrnic nepoužívá pojem koncese, ale pojem koncesní smlouva. Důvodem pro tuto terminologickou odchylku byla existence zavedeného pojmu koncese v živnostenském zákoně, jehož obsah je však odlišný⁴⁰. V odborných publikacích jsou však tyto pojmy volně zaměňovány.

Definice koncesní smlouvy je obsažena v § 16 koncesního zákona a tato definice vychází nejen z definic použitých ve výše uvedených směrnících, ale i z podrobnějšího výkladu pojmu koncese.

Dle § 16 odst. 1 se koncesní smlouvou „koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užítky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích“, dle § 16 odst. 2 „podstatnou část rizik spojených s braním užitek vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva“.

Tato definice velice přesně odráží výše uvedený rozbor vývoje pojmu koncese v evropském právu. Ani český koncesní zákon však dále nerozvádí, co vše zahrnuje

³⁸ Rozsudek C-206/08 *WAZV Gotha* ze dne 10. září 2009, bod 79.

³⁹ Zhodnocení vlivu iniciativy týkající se koncesí doprovázející návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí. *Evropská komise* [online] SEC(2011) 1588. 20. Února 2012 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:1588:FIN:EN:PDF>, s12.

⁴⁰ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 21. Srov. důvodová zpráva k zákonu č. 139/2006 Sb.

„riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla“ a co představuje „ostatní rizika“.

Otázkou, zda je uzavřená smlouva smlouvou koncesní ve smyslu koncesního zákona, se opakovaně zabýval i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). V rozhodnutí č.j. S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm ze dne 7. ledna 2009 se ÚOHS zabýval otázkou, zda může být za smlouvu koncesní považována smlouva o nájmu části podniku uzavřená mezi zadavatelem jako pronajímatelem a soukromým subjektem jako nájemcem. V posuzovaném případě však smlouva obsahovala mimo jiné ustanovení, jímž se zadavatel zavázal zajistit pro nájemce poptávku po laboratorních testech a neprovozovat žádné jiné zdravotnické zařízení s konkurujícím předmětem činnosti, čímž dle ÚOHS došlo k eliminaci prvku rizika na straně nájemce a v posuzovaném případě se tak nejednalo o koncesní smlouvu, ale o veřejnou zakázku.

V rozhodnutí č.j. S239/2008/VZ-24107/2008/530/Ra ze dne 28. listopadu 2008 ÚOHS posuzoval, zda je koncesní smlouvou smlouva o poskytování služeb elektronické aukce uzavřená mezi zadavatelem a soukromým subjektem jako poskytovatelem, přičemž odměnou poskytovatele byla provize z vydražené ceny prodávané nemovitosti. Přestože riziko poptávky spočívalo na poskytovateli, ÚOHS dovodil, že se v posuzovaném případě o koncesní smlouvu nejednalo, neboť podstatná část rizik nespočívala na straně poskytovatele. Tento závěr ÚOHS odůvodnil tím, že „v šetřeném případě se nejedná o zvýšenou míru rizika na straně vybraného uchazeče, která by nebyla u tohoto druhu poskytované služby běžná⁴¹“ s ohledem na skutečnost, že náklady poskytovatele spojené s poskytnutím služby byly nízké v porovnání s výší odměny a tato odměna navíc nebyla dotčena ani odstoupením od kupní smlouvy, která byla na základě elektronické aukce uzavřena. Ke stejnému závěru pak ÚOHS dospěl v dalším, po faktické stránce shodném, případě posuzovaném v rozhodnutí č.j. S236/2008/VZ-24465/2008/530/Ra ze dne 2. prosince 2008.

Dle mého názoru je však tato strohá argumentace zejména ve světle výše citovaného rozsudku Soudního dvora C-206/08 *WAZIV Gotha* problematická. V uvedeném rozsudku Soudní dvůr dovodil, že pro určení, zda se jedná o koncesi, není podstatné, zda riziko, kterému byl zadavatel vystaven a které převádí na

⁴¹ Rozhodnutí ÚOHS č.j. S239/2008/VZ-24107/2008/530/Ra ze dne 28. listopadu 2008, str. 6.

koncesionáře, bylo významné, ale zda bylo toto byt' velmi omezené riziko ve významném rozsahu převedeno. Tento závěr Evropský soudní dvůr odůvodnil tím, že veřejným zadavatelům musí být umožněno využití koncese tam, kde povede k lepšímu zajištění veřejné služby, „i když je provozní riziko velmi omezené“⁴².

Tato interpretace odpovídá i znění definice obsažené v § 16 koncesního zákona, která hovoří o podstatné části rizik spojených s braním užitků, nikoliv o podstatných rizicích. Důsledkem předkládaného rozporu rozhodovací praxe ÚOHS a rozhodovací praxe Evropského soudního dvora je narušení právní jistoty jak veřejných, tak soukromých subjektů, přičemž právě rozlišování mezi koncesí na služby a veřejnou zakázkou na služby je v kontextu české i evropské právní úpravy naprosto klíčové. Jedním z podstatných důsledků posouzení, zda se v daném případě jedná o koncesi nebo veřejnou zakázku, je aplikace prahových hodnot podle příslušného zákona a správná identifikace koncese nebo veřejné zakázky jako bagatelní, nevýznamné nebo významné, resp. nadlimitní nebo podlimitní. Limit pro nadlimitní veřejné zakázky je dle §12 zákona o veřejných zakázkách stanoven nařízením vlády č. 77/2008 Sb. v aktuálním znění. Pro veřejné zadavatele specifikované v § 2 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona o veřejných zakázkách činí limit pro zakázky na služby 3.256.000,-Kč, pro veřejné zadavatele uvedené v § 2 odst. 2 písm. c) nebo d) zákona pak tento limit činí 5.010.000,- Kč. Pokud však není předmět smlouvy posouzen jako zakázka na služby, ale jako koncese na služby, není zadavatel dle § 5 odst. 2 koncesního zákona povinen postupovat podle části druhé koncesního zákona, která upravuje koncesní řízení, pokud předpokládaný příjem koncesionáře činí méně než 20.000.000,- Kč. V takovém případě je zadavatel pouze povinen dodržet základní zásady postupu zadavatele specifikované v § 3a koncesního zákona.

Z výše uvedeného vyplývá, že zejména v případě ceny vyšší než 3.256.000,- Kč, resp. 5.010.000,- Kč podle druhu zadavatele, a nižší než 20.000.000,- Kč, je důležité správně určit, zda se jedná o koncesi nebo o veřejnou zakázku, neboť v případě, že by se jednalo o veřejnou zakázku, podléhala by přísnějšímu režimu zadávání nadlimitních veřejných zakázek, zatímco v případě, že by se jednalo o koncesi, nebylo by třeba, při dodržení zásad v §3a koncesního zákona, dodržet

⁴² Rozsudek C-206/08 *WAZV Gotha* ze dne 10. září 2009, bod 74.

postup koncesního řízení. Stávající právní úprava je tak z hlediska právní jistoty a předvídatelnosti velice problematická.

2.1.3 Zpřesnění pojmu koncese v návrhu směrnice o udělování koncesí

S ohledem na výše uvedené by bylo vhodné, aby definice koncese resp. koncesní smlouvy byla dále zpřesněna, zejména ve vztahu k definici rizika, jehož přenos na koncesionáře je atributem koncesní smlouvy. Na tuto skutečnost poukazuje v Pracovním materiálu o udělování koncesních smluv ze dne 20. února 2012⁴³ i Výbor Evropského parlamentu pro vnitřní trh a ochranu spotřebitele s poukazem na skutečnost, že 13 z 25 rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věcech koncesí od roku 2000 se zabývalo definicí pojmu koncese.

Pokrok v tomto směru představuje zcela jistě návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí ze dne 20. prosince 2011⁴⁴ (dále jen „návrh směrnice o udělování koncesí“). Článek 2 odst. 2 tohoto návrhu obsahuje podrobnou definici pojmu „*právo užívat stavbu nebo služby*“. Tím se rozumí „*přenesení značného operačního rizika na koncesionáře*“, přičemž k převzetí takového rizika koncesionářem dojde, pokud koncesionáři „*není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese*“. Článek 2 odst. 2 dále uvádí, že „*toto ekonomické riziko může spočívat buď: a) v riziku spojeném s užíváním stavby nebo poptávkou po poskytování služby; nebo b) v riziku spojeném s dostupností infrastruktury poskytované koncesionářem nebo používané k poskytování služeb uživatelům*“.

Ačkoliv i nově navrhovaná právní úprava používá v definici dva různé pojmy – riziko ekonomické a riziko operační, je výrazně podrobnější a přesnější než definice stávající a poskytuje alespoň základní vodítko co se týče rizik, která je při výkladu pojmu koncese třeba brát v úvahu, a jejich obsahu.

⁴³ Pracovní materiál o udělování koncesních smluv. *Výbor Evropského parlamentu pro vnitřní trh a ochranu spotřebitele* [online]. 20. února 2012 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARTL&reference=PE-483.644&format=PDF&language=EN&secondRef=01>.

⁴⁴ Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí. *Evropská komise* [online] KOM(2011) 897. 20. prosince 2011 [cit. 2012-03-20] Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:CS:PDF>.

Navrhovaná směrnice o udělování koncesí by se však měla vztahovat pouze na koncese, jejichž hodnota je rovna 5.000.000,- EUR nebo je vyšší, přičemž na některé koncese, jejichž hodnota činí nejméně 2.500.000,- EUR, ale je nižší než 5.000.000,- EUR, se bude vztahovat povinnost zveřejnit oznámení o udělení koncese. Obě tyto prahové hodnoty jsou však výrazně vyšší než prahová hodnota 20.000.000,- Kč zakotvená v § 5 odst. 2 koncesního zákona. Je proto otázkou, jaké důsledky bude mít případné přijetí a implementace směrnice o udělování koncesí na český koncesní zákon, případně zda Soudní dvůr Evropské Unie zohlední navrhovanou definici práva užívat stavbu nebo služby i při výkladu pojmu koncese ve vztahu k bagatelním koncesním smlouvám.

2.2 Pojem veřejný zadavatel

Osobní působnost koncesního zákona je v jeho § 1 vymezena pojmem veřejný zadavatel. S tímto pojmem pracuje jak evropské právo, které veřejného zadavatele definuje v článku 1 odst. 9 koordinační směrnice a dále v článku 2 odst. 1 písm. a) směrnice 2004/17/ES, tak, vedle koncesního zákona, i zákon o veřejných zakázkách.

Při posuzování osobní působnosti podle koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách je však třeba dbát zvýšené opatrnosti. Koncesní zákon totiž pro veřejného zadavatele v § 2 odst. 1 zavádí legislativní zkratku „zadavatel“. Stejnou legislativní zkratku zakotvuje i zákon o veřejných zakázkách, taktéž v § 2 odst. 1, obsah této legislativní zkratky je však odlišný a kromě veřejného zadavatele zahrnuje ještě zadavatele dotované a sektorové. Toto nepřiliš šťastné používání pojmů je třeba zohlednit zejména při aplikaci některých ustanovení zákona o veřejných zakázkách, které koncesní zákon předpokládá⁴⁵.

Zároveň je třeba mít na paměti, že koncesní zákon má širší věcnou působnost než koordinační směrnice, ze které vychází. Koordinační směrnice zakotvuje ve své Hlavě III pravidla pro koncese na stavební práce, zároveň z nich ale vyjímá koncese udělené veřejnými zadavateli pro provádění činností uvedených v člancích 3 až 7 směrnice 2004/17/ES. Koncesní zákon se pak bude aplikovat kromě koncesí na stavební práce i na koncese na služby, přičemž nerozlišuje, zda veřejný zadavatel

⁴⁵ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 29.

koncesi zadává v souvislosti s relevantní činností (jako je tomu u zákona o veřejných zakázkách), anebo nikoliv.

Ustanovení § 2 koncesního zákona stanoví, že se veřejným zadavatelem rozumí „a) Česká republika, b) státní příspěvková organizace, c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek, d) jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. je financována převážně státem nebo jiným zadavatelem nebo je státem nebo jiným zadavatelem ovládána nebo stát nebo jiný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu.“

Problematický je z hlediska určení, zda osoba spadá pod definici veřejného zadavatele, zejména koncept uvedený pod písmenem d), který koncesní zákon, stejně jako zákon o veřejných zakázkách, označuje „jiná právnická osoba“ a který vychází z pojmu „veřejnoprávní subjekt“ (v angl. body governed by public law⁴⁶), jež používá koordinační směrnice.

Tento pojem byl, stejně jako výše uvedený pojem koncese, postupně zpřesňován v řadě rozhodnutí Evropského soudního dvora. Jak je patrné z výše citované definice, předpoklady uvedené pod čísly 1. a 2. musí být splněny kumulativně. Z rozsudku Evropského soudního dvora C-360/96 *Gemeente Arnhem* ze dne 10. listopadu 1998 pak vyplývá, že pro naplnění podmínky ad 1 postačí, pokud jsou činnosti za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, vykonávány jinou právnickou osobou okrajově, přičemž tyto potřeby veřejného zájmu jsou autonomním pojmem evropského práva a musí tedy být vykládány jednotně.

Podrobnější kritéria rozhodování, zda mají tyto potřeby veřejného zájmu průmyslovou nebo obchodní povahu, lze nalézt kromě výše uvedeného rozsudku např. také v rozsudku C-373/00 *Adolf Truley* ze dne 27. února 2003 nebo rozsudku C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riita Korhonen* ze dne 22. května 2003. Mezi tato kritéria patří mimo jiné existence významné konkurence, dostupnost zboží nebo služeb na trhu, okolnosti, které existovaly v době založení nebo zřízení dané osoby,

⁴⁶ KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 32.

skutečnost, zda osoba nese rizika spojená s uspokojováním takových potřeb, nebo zda subjekt tyto potřeby uspokojuje za účelem dosažení zisku.

2.3 Základní zásady udělování koncesí

2.3.1 Vymezení základních zásad v evropském právu

Jak již bylo uvedeno výše, koordinační směrnice a směrnice 2004/17/ES se nevztahují na všechny druhy koncesí. Z působnosti koordinační směrnice jsou výslovně vyňaty koncese na služby a dále koncese udělené veřejnými zadavateli pro provádění činností uvedených v člancích 3 až 7 směrnice 2004/17/ES. Tato směrnice však postup udělování koncesí neupravuje a významná část koncesí tak vůbec nespadá pod podrobnější úpravu sekundárního práva. Tento stav se však nejeví jako příliš žádoucí, zejména s ohledem na skutečnost, že významná část koncesních řízení se týká právě koncesí pro provádění činností spadajících pod směrnici 2004/17/ES. V České republice tvořil podíl koncesí udělovaných v oblastech vodohospodářství a energetiky ke dni 17. února 2012 přibližně 91% celkového objemu koncesních projektů⁴⁷.

V této souvislosti Evropský soudní dvůr ve svém přelomovém rozhodnutí C-324/08 *Telaustria* ze dne 7. prosince 2000 dovedil, že i smlouvy, které jsou vyloučeny z působnosti směrnic (v posuzovaném případě se jednalo o směrnici 93/38), musí být v souladu se základními principy zakotvenými ve Smlouvách, konkrétně se zásadou zákazu diskriminace na základě národnosti, která v sobě zahrnuje mimo jiné i povinnost transparentního postupu zadavatele (s odkazem na rozsudek C-257/98 *Unitron Scandinavia* ze dne 18. listopadu 1999).

Enumerativní výčet principů, v souladu s nimiž je třeba postupovat při udělování koncesí, ať už upravených nebo neupravených evropským sekundárním právem, v platném právu zatím chybí. Demonstrativní výčet obsahuje například Interpretativní sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství ze dne 29. dubna

⁴⁷ Aktualizovaný přehled projektů PPP v ČR - únor 2012. *Ministerstvo financí České republiky* [online]. 21. února 2012 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/pub_priv_part_68217.html.

2000⁴⁸, které s odkazem na judikaturu a ustanovení Smluv zmiňuje zásady nediskriminace, rovnosti zacházení, transparentnosti, vzájemného uznávání a proporcionality.

Článek 2 preambule koordinační směrnice pak zmiňuje zásady volného pohybu zboží, svobody usazování, svobodného poskytování služeb a dále zásady z nich odvozené, kterými jsou již zmíněné zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace, vzájemného uznávání, proporcionality a transparentnosti.

Normativní vymezení těchto povinností je však mírně užší. Ustanovení článku 2 koordinační směrnice, který stanoví zásady zadávání zakázek podle této směrnice, stanovuje povinnost veřejných zadavatelů jednat s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a stanovuje povinnost postupovat transparentním způsobem.

2.3.2 Implementace základních zásad v koncesním zákoně

Ustanovení článku 2 koordinační směrnice bylo implementováno i do českého právního řádu, a to jak do § 6 zákona o veřejných zakázkách, tak, v důsledku novelizace zákonem č. 417/2009 Sb., i do § 3a koncesního zákona. Tato ustanovení shodně stanoví, že „*zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*“, přičemž na ustanovení § 3a dále odkazuje i § 5 odst. 2 koncesního zákona, který stanoví povinnost dodržovat tyto zásady i v případě koncesí, které nepřesahují prahovou hodnotu 20.000.000,- Kč a na které se tudíž nevztahuje povinnost postupu podle části druhé koncesního zákona.

Tento odkaz byl v odborných člancích kritizován jako nadbytečný⁴⁹ s ohledem na aplikovatelnost výše uvedených principů obsažených ve Smlouvách. Dle mého názoru se však jedná o pozitivní krok z hlediska zajištění právní jistoty a přehlednosti.

⁴⁸ Interpretační sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství. Evropská komise [online] (2000/C 121/02) . 29. dubna 2000 [cit. 20-03-2012]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF>, str. 5.

⁴⁹ TOPENČÍK, Miroslav. Novela koncesního zákona - podnikání. Verlag Dashöfer [online]. 2010, 05.05.2010 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://www.doplnek.com/node/759>.

2.3.3 Základní zásady v návrhu směrnice o udělování koncesí

V této souvislosti je nicméně vhodné uvést, že i návrh směrnice o udělování koncesí definici obsaženou v článku 2 koordinační směrnice rozšiřuje, když v článku 7 stanoví, že „*veřejní zadavatelé nebo zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovnosti a postupují transparentním a přiměřeným způsobem. Koncesní řízení nelze koncipovat s cílem vyloučit ho z oblasti působnosti této směrnice nebo uměle zúžit hospodářskou soutěž*“. Právě důraz na odstranění bariér hospodářské soutěže vyplývá z aplikace principů rovného zacházení, zákazu diskriminace a z nich vyplývající povinnosti transparentnosti zakotvených v judikatuře Evropského soudního dvora a byl také jedním z hlavních východisek pro přípravu navrhované směrnice⁵⁰.

2.3.4 Obsah základních zásad v judikatuře Evropského soudního dvora

Principy zákazu diskriminace, rovného zacházení a transparentnosti zakotvené ve Smlouvách a dále v §3a koncesního zákona jsou velice obecné, avšak výkladem jejich obsahu se zabývala řada rozhodnutí Evropského soudního dvora. Tyto zásady jsou z principu shodné se zásadami pro zadávání veřejných zakázek, tudíž je možné při objasňování jejich významu vycházet jak z rozhodnutí týkající se zadávání veřejných zakázek, tak z judikatury týkající se přímo koncesí.

Přelomovým rozhodnutím týkajícím se aplikovatelnosti základních zásad obsažených ve Smlouvách je rozsudek ve věci C-324/98 *Telaustria* ze dne 7. prosince 2000. V posuzovaném případě se jednalo o smlouvu, která nespadala do působnosti směrnice 93/38, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. Evropský soudní dvůr však i přesto dovedl, že zadavatelé, kteří takové smlouvy uzavírají, jsou

⁵⁰ Roadmap of Initiative on Concessions. *DG MARKT*. [online] 2010. [cit. 2012-03-20] Dostupné z: http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2010_markt_043_initiative_on_concessions_en.pdf. V podrobnostech srov. také Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions. *European Commission*. [online] MEMO/11/932. 20. prosince 2011 [cit. 2012-03-20] Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/932&language=EN>.

vázání základními zásadami obsaženými ve Smlouvách, jmenovitě zásadou zákazu diskriminace na základě národnosti a z ní vyplývající povinnosti transparentnosti⁵¹.

V rozsudku C-59/00 *Bent Mousten Vestergaard* ze dne 3. prosince 2001 pak Evropský soudní dvůr s odkazem na rozsudek ve věci *Telaustria* výslovně dovedl, že nutnost posuzovat soulad smluvních ustanovení se základními zásadami obsaženými ve Smlouvách se vztahuje i na bagatelní smlouvy⁵².

Obdobně rozhodoval Evropský soudní dvůr v rozsudku C-231/03 *Coname* ze dne 21. července 2005, v němž mimo jiné dovedl, že v případě, že subjekt nacházející se v jiném členském státu nemá reálnou možnost dát najevo svůj zájem o účast v řízení, jedná se kromě porušení zásady zákazu diskriminace i o porušení povinnosti transparentnosti⁵³.

Podrobný rozbor předchozí judikatury Evropského soudního dvora, která se váže k povinnosti transparentnosti, je obsažen v rozsudku C-91/08 *WALL* ze dne 13. dubna 2010. Rozsudek přitom odkazuje na tři různé roviny pojmu transparentnost.

Jednak, v souladu s principem stanoveným v rozsudku ve věci *Telaustria*, spočívá povinnost transparentnosti „v zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření trhu služeb hospodářské soutěži ve prospěch každého potenciálního uchazeče, jakož i kontrolu nestrannosti postupů řízení o zadání zakázky⁵⁴“. Tento závěr byl dále potvrzen v rozhodnutích C-458/03 *Parking Brixen*⁵⁵ a C-410/04 *ANAV*⁵⁶. Rozsudek C-324/07 *Coditel* ze dne 13. listopadu 2008 pak tento závěr upřesňuje, když uvádí, že povinnost transparentnosti nutně neobsahuje povinnost zakázku vyhlásit.

Druhou rovinou transparentnosti je úprava týkající se změn zásadních ustanovení koncesní smlouvy po jejím uzavření. Této rovině se detailně věnuje část 4.3 této práce.

⁵¹ s odkazem na rozsudek C-275/98 *Unitron Scandinavia and 3-S* ze dne 18. listopadu 1999.

⁵² Rozsudek C-59/00 *Bent Mousten Vestergaard* ze dne 3. prosince 2001, bod 21.

⁵³ Rozsudek C-231/03 *Coname* ze dne 21. července 2005, bod 17. Obdobně srov. rozsudek C-412/04 *Komise v. Itálie* ze dne 21. února 2008, bod 66.

⁵⁴ Rozsudek C-324/98 *Telaustria* ze dne 7. prosince 2010, body 60-62.

⁵⁵ Rozsudek C-458/03 *Parking Brixen* ze dne 13. října 2005.

⁵⁶ Rozsudek C-410/04 *ANAV* ze dne 6. února 2006.

Třetí rovinou je pak povinnost vykládat ustanovení vnitrostátních právních řádů členských států v souladu s požadavky evropského práva v co největším možném rozsahu⁵⁷.

Co se týče samotných zásad zákazu diskriminace a rovného zacházení, ze kterých povinnost transparency vychází, jsou klíčovými rozsudky zakotvujícími aplikovatelnost těchto zásad především C-410/04 *ANAV* ze dne 6. února 2006 a C-196/08 *Acoset* ze dne 15. října 2009.

Rozsudek C-410/04 *ANAV* výslovně stanoví, že zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace nejsou vzájemně podmíněné, přičemž zásada rovného zacházení se ve vztahu k uchazečům použije i tehdy, kdy k diskriminaci na základě státní příslušnosti nedochází⁵⁸. Dalším zásadním závěrem, který v tomto rozsudku Evropský soudní dvůr učinil, je skutečnost, že členské státy nesmí ponechat v platnosti vnitrostátní právní úpravu, která umožňuje udělení koncese na služby bez zajištění soutěže, pokud by takový postup porušoval některou ze základních zásad koncesního řízení.

Tyto zásady se neuplatní v případě, že zadavatel vykonává nad držitelem koncese kontrolu obdobnou kontrole nad vlastními organizačními složkami⁵⁹. Tuto výjimku je však třeba aplikovat restriktivně: v případě, že dojde k udělení koncese podniku se smíšenou majetkovou účastí bez výzvy k účasti v soutěži, narušuje toto jednání hospodářskou soutěž, a tedy i zásadu rovného zacházení, neboť poskytuje soukromému podniku, který má účast na kapitálu takové společnosti, konkurenční výhodu vzhledem k jeho konkurentům⁶⁰.

Dalšími rozhodnutími, které blíže upřesňují obsah zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace, jsou např. rozsudek č. 243/89 *Komise v Dánsko* ze dne 22. června 1993, který stanoví povinnost rovného zacházení se všemi uchazeči, nebo rozsudek ve věci C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria* ze dne 15. ledna 1998, který dodává, že členské státy jsou povinny zamezit upřednostňování tuzemských společností.

⁵⁷ Rozsudek C-91/08 *WALL* ze dne 13. dubna 2010, bod 70-71. Obdobně srov. rozsudek C-327/00 *Santex* ze dne 27. února 2003, bod 63.

⁵⁸ Rozsudek C-410/04 *ANAV* ze dne 6. února 2006, body 18 a 20.

⁵⁹ Tzv. in-house smlouvy; rozsudek C-26/03 *Stadt Halle a RPL Lochau* ze dne 11. ledna 2005.

⁶⁰ Rozsudek C-29/04 *Komise v. Rakousko* ze dne 10. listopadu 2005.

V rozsudku C-234/03 *Ingesa* ze dne 27. října 2005 pak Evropský soudní dvůr poukázal na předchozí judikaturu, dle které se zásada rovnosti a zákazu diskriminace nevztahuje pouze na zjevnou diskriminaci, ale i na jakákoliv další kritéria, která vedou ke stejnému výsledku, přičemž ponechal na posouzení vnitrostátního soudu, zda v praxi může být tato podmínka splněna snadněji národními subjekty než subjekty usazenými v jiných členských státech.

Toto široké pojetí základních zásad vycházejících ze Smluv je velmi vhodné z hlediska zajištění efektivního nakládání s veřejnými prostředky a ochrany hospodářské soutěže, vzhledem k absenci jasných hranic však může být problematické pro zadavatele. Pokud totiž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 24b a násl. Koncesního zákona shledá porušení základních zásad koncesního řízení obsažených v § 3a koncesního zákona, koncesní řízení dle § 25 odst. 1 koncesního zákona zruší, nebo dle § 25 odst. 2 koncesního zákona zakáže plnění koncesní smlouvy (pokud nebyly zjištěny důvody zvláštního zřetele dle § 25 odst. 3 koncesního zákona), neboť náprava porušení základních zásad koncesního řízení jiným způsobem zpravidla není možná⁶¹.

Na evropské úrovni bylo v této souvislosti vydáno Interpretací sdělení Komise o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (2006/C 179/02) ze dne 1. srpna 2006, které objasňuje pravidla a zásady vyplývající ze Smluv a jejich implikace pro jednotlivé fáze zadávacího řízení, zejména pro zveřejňování zakázek, zadávání zakázek a přístup k soudní ochraně. Ačkoliv obdobný dokument, který by objasňoval aplikaci zásad vyplývajících ze Smluv pro oblast koncesí, zatím chybí, lze s ohledem na obecný charakter těchto principů vztáhnout závěry uvedené v tomto stanovisku i na koncesní řízení.

V zájmu právní jistoty veřejných zadavatelů by však bylo účelné, aby správná praxe postupu v souladu s výše uvedenými zásadami byla alespoň na vnitrostátní úrovni zpracována komplexněji, např. v podobě stanoviska nebo metodického pokynu,

⁶¹ Srov. např. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S504/2011/KO-19144/2011/530/KSt ze dne 20. ledna 2012.

neboť tyto zásady jsou v oficiální Metodice ke koncesnímu zákonu⁶² zmiňovány pouze sporadicky a obecně⁶³.

3. Průběh koncesního řízení

Koncesní zákon⁶⁴ upravuje podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv. Postup zadavatele se přitom řídí především částí druhou koncesního zákona, která upravuje koncesní řízení, když ustanovení § 5 odst. 1 KZ stanoví, že „*zadavatel vybere koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení*“.

Z této obecné zásady však koncesní zákon vyjímá ustanovením § 5 odst. 2 zadávání těch koncesí, u nichž předpokládaný příjem koncesionáře činí méně než 20.000.000,- Kč. V takovém případě zadavatel dle úpravy koncesního řízení obsažené v části druhé postupovat nemusí.

Tato kapitola tedy rozebírá postup jednotlivými fázemi koncesního řízení z pohledu zadavatele s přihlédnutím k relevantní judikatuře Evropského soudního dvora.

3.1 Iniciace koncesního řízení

Východiskem pro přípravu projektů realizovaných formou PPP je v České republice výhradně identifikace potřeby zajistit určitou veřejnou službu zadavatelem. Na tu pak navazuje strategická analýza konkrétních projektů a nejvhodnějších způsobů jejich realizace. Pro účely rozhodnutí, zda je daný projekt vhodný pro financování formou PPP, je pak nezbytné posouzení projektu mimo jiné z hlediska typové vhodnosti, míry přenosu rizik, finanční dostupnosti nebo tzv. hodnoty za peníze (Value for Money)⁶⁵. Hodnocení vhodnosti s ohledem na hodnotu za peníze bývá zpravidla posuzován prostřednictvím modelu PSC (Public Sector Comparator -

⁶² Metodika k zákonu č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon). *Ministerstvo pro místní rozvoj ČR*. [online] duben 2008 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=1fe9a267-e6fc-4f50-8187-ab01d8bf33c0&versionhistoryid=67>.

⁶³ V podrobnostech viz dále část 3 této práce věnující se průběhu koncesního řízení.

⁶⁴ V této části bude pro pojem „koncesní zákon“ používána také zkratka „KZ“ a pro pojem „zákon o veřejných zakázkách“ zkratka „ZVZ“.

⁶⁵ Metodika Procesní postup při přípravě a realizaci PPP projektů. *Ministerstvo financí ČR*. [online] září 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/PPP_Metodika-Procesni_postup_pri_priprave_a_realizaci_PPP_projektu_20120312.pdf.

komparátor veřejného sektoru), kdy model PSC představuje veřejnou zakázku stejného rozsahu se shodným předmětem plnění jako posuzovaný projekt PPP⁶⁶. Na základě ocenění peněžních toků těchto modelů je pak možné obě varianty porovnat.

Hodnota za peníze je definována ve stejnojmenné metodice vydané Ministerstvem financí ve spolupráci s PPP centrem České republiky⁶⁷ jako koncept, v jehož rámci „veřejný sektor získává nejvyšší možnou a současně využitelnou hodnotu za vydané veřejné prostředky⁶⁸“. V praxi se tedy jedná o předpoklad, že pokud bude projekt realizován formou partnerství veřejného a soukromého sektoru, bude dosaženo většího poměru užítka k vynaloženým prostředkům, než kdyby takový projekt realizoval veřejný sektor samostatně⁶⁹.

Koncesní zákon ani jiné předpisy přitom žádným způsobem neupravují možnost soukromého subjektu převzít iniciativu projektů PPP. V některých státech Evropy, např. ve Španělsku⁷⁰, však iniciativa soukromého sektoru možná je. Nejvyššího stupně formalizace pak tento postup dosáhl patrně v Itálii, kde soukromé subjekty „průběžně nebo k určitým pravidelným ročním termínům ([..] k 30. červnu) předkládají příslušným veřejným institucím návrhy na soukromé provozování nebo vybudování konkrétních veřejných kapacit⁷¹“, jež pak veřejný subjekt posoudí a rozhodne, zda pro tyto projekty zahájí koncesní řízení.

Výhoda takového postupu může spočívat jednak ve využití schopnosti soukromého sektoru identifikovat kapacity, jejichž provozování v partnerství se soukromým sektorem by mohlo být výrazně efektivnější než provozování sektorem

⁶⁶ Metodika hodnocení kvantitativních aspektů hodnoty za peníze v projektech PPP. *Ministerstvo financí ČR* [online] červenec 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Methodika_hodnoceni_kvantitativnich_aspektu_hodnoty_za_penize_v_projektech_PPP_-_aktualizace_201107.pdf.

⁶⁷ PPP centrum je odborným pracovištěm založeným Ministerstvem financí ČR jako centrum pro implementaci projektů PPP. <http://www.pppcentrum.cz/>

⁶⁸ Hodnota za peníze. *Ministerstvo financí ČR* [online] červenec 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/PPP-Methodika_-_Hodnota_za_penize_aktualizace_2011-07_v01.pdf.

⁶⁹ Tamtéž.

⁷⁰ Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 final. [online], [cit-20-03-12]. Dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:EN:PDF>, s. 13.

⁷¹ Zahraniční zkušenosti v oblasti Partnerství veřejného a soukromého sektoru. MINISTERSTVO FINANČÍ ČR. Ministerstvo financí ČR [online]. 2007 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/pub_priv_part_10362.html?vd=1.

veřejným⁷², jednak přenosem části finančních nákladů spojených s přípravou projektu na soukromý subjekt, neboť součástí předkládaných návrhů je zpravidla i vypracovaná studie proveditelnosti⁷³.

Spornou v této souvislosti je především otázka, zda subjekt, který přišel se soukromou iniciativou projektu realizovatelného prostřednictvím projektu PPP, nějakým způsobem za tuto snahu kompenzovat a zda by taková výhoda nebo kompenzace nenarušila z pohledu ostatních uchazečů zásadu rovného zacházení⁷⁴.

Obecně by však zakotvení soukromé iniciativy v koncesním zákoně bylo pozitivním krokem, neboť by signalizovalo zájem veřejné sféry o podněty soukromých subjektů, které mohou následně sloužit jako velice dobrý podklad pro identifikaci potřeb zadavatelem, přičemž náklady spojené s vypracováním návrhu nese soukromý subjekt.

3.2 Postup před zahájením koncesního řízení

Zahájení samotného koncesního řízení předchází komplexní přípravná fáze, během níž zadavatel volí optimální postup výběru koncesionáře pro podpis koncesní smlouvy.

V první řadě zadavatel dle ustanovení § 4 KZ zjistí předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře. Způsob výpočtu těchto hodnot stanoví prováděcí vyhláška č. 217/2006 Sb. Dle ustanovení § 1 této vyhlášky tvoří předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy „*předpokládaná hodnota výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy*“. Předpokládaným příjmem koncesionáře je dle § 2 této vyhlášky „*součet předpokládaných příjmů koncesionáře z realizace předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy*“.

⁷² V České republice v poslední době dochází zejména k oslovování Ministerstva dopravy ze strany soukromých subjektů nabízejících efektivnější provozování veřejné služby železniční dopravy.

⁷³ OSTŘÍŽEK, Jan. a kol. Public Private Partnership : příležitost a výzva. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2007. Spolupráce veřejného a soukromého sektoru v zahraničí, s. 170.

⁷⁴ Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 final. [online], [cit-20-03-12]. Dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:EN:PDF>. s. 14.

Určení předpokládaného příjmu koncesionáře je zásadní jednak pro posouzení, zda musí v daném případě zadavatel postupovat podle ustanovení části druhé koncesního zákona, a jednak pro posouzení významnosti koncese dle § 20 KZ.

Pokud je koncese posouzena dle § 20 KZ jako významná, je zadavatel povinen dle § 20 odst. 1 KZ postupovat kromě části druhé koncesního zákona také podle části čtvrté. V takovém případě je zadavatel povinen před zahájením koncesního řízení, nebo v případě postupu podle § 7 odst. 5 písm. b) KZ před podáním výzvy k podání nabídek, zajistit vypracování koncesního projektu dle § 21 odst. 1 KZ a schválení koncesního projektu dle § 22 odst. 1 KZ. Obecné náležitosti koncesního projektu stanoví § 21 odst. 2 KZ, podrobnější úprava je pak obsažena v § 3 a 4 vyhlášky č. 217/2006 Sb.

Ustanovení § 22 odst. 4 KZ uvádí, že neschválení koncesního projektu dle § 22 odst. 1 KZ nemá vliv na platnost koncesní smlouvy. Toto ustanovení odráží především skutečnost, že právní účinky významné koncesní smlouvy nastávají dle § 23 odst. 2 KZ jejím schválením a pokud tedy příslušný orgán schválí koncesní smlouvu, bylo by nelogické, aby taková smlouva nebyla platná kvůli neschválení koncesního projektu. Nedodržení správného postupu předpokládaného koncesním zákonem ze strany zadavatele ve vztahu k schválení koncesního projektu však může naplnit znaky správního deliktu dle § 27 odst. 1 písm. a) KZ, za který je možné dle § 27 odst. 2 písm. a) KZ uložit pokutu až do výše 5% z předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy.

Bez ohledu na předpokládaný příjem koncesionáře musí zadavatel před zahájením koncesního řízení rozhodnout, jakým způsobem bude v koncesním řízení postupovat. Koncesní řízení může mít v zásadě čtyři různé podoby:

- koncesní dialog bez jednání o nabídkách,
- koncesní dialog s následným jednáním o nabídkách,
- podání nabídek bez jednání o nabídkách,
- podání nabídek s následným jednáním o nabídkách.

V případě, že chce zadavatel využít možnosti koncesního dialogu, je povinen dle ustanovení § 7 odst. 6 KZ uvést tuto skutečnost již v oznámení o zahájení koncesního řízení. V takovém případě musí oznámení o zahájení koncesního řízení s ohledem na

ustanovení § 7 odst. 1 KZ obsahovat také předběžná dílčí kritéria hodnocení, včetně jejích váhy.

3.3 Zahájení koncesního řízení

Samotné koncesní řízení je dle § 6 odst. 1 KZ zahájeno uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení. Uveřejňování těchto oznámení se řídí ustanovením § 31 KZ, které stanoví povinnost zveřejňování všech oznámení o zahájení koncesního řízení v informačním systému o veřejných zakázkách podle zákona o veřejných zakázkách a povinnost uveřejňovat oznámení o zahájení koncesního řízení týkajícího se nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce v Úředním věstníku Evropské unie. Definice nadlimitních koncesních smluv na stavební práce je obsažena v § 14 odst. 1 KZ a odráží definici koncesí na stavební práce obsaženou v koordinační směrnici.

Oznámení o zahájení koncesního řízení je dle ustanovení § 7 odst. 1 KZ výzvou neomezenému počtu uchazečů k podání žádosti o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace.

Zadavatel má však možnost dle § 6 odst. 2 KZ vyhradit si právo zrušit koncesní řízení, a to až do uzavření koncesní smlouvy s vybraným koncesionářem⁷⁵. Při výkonu tohoto práva však, dle rozsudku C-244/02 *Kauppatalo Hansel*, musí zadavatel povinen respektovat zásadu rovného zacházení a zrušení koncesního řízení tedy nemůže být nástrojem diskriminace některého z uchazečů.

Zadavatel má dále možnost vyhradit si právo na omezení počtu kvalifikovaných uchazečů v návaznosti na posouzení kvalifikace. V takovém případě musí v oznámení o zahájení koncesního řízení uvést kritéria pro toto omezení, přičemž i po tomto omezení musí zadavatel k podání nabídky nebo k účasti v koncesním dialogu vyzvat nejméně 3 uchazeče. Kritéria pro toto omezení musí splňovat podmínky obsažené v § 61 odst. 2 ZVZ: mimo jiné musí být objektivní a v souladu se základními principy obsaženými v § 6 ZVZ, resp. § 3a KZ.

⁷⁵ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 55.

Problematicke kvalifikačních předpokladů, jejich posuzování a vztahu k hodnotícím kritériím se podrobněji věnuje následující část této práce „Posuzování kvalifikace“.

Ustanovení § 7 odst. 2 KZ stanoví minimální lhůtu pro doručení žádosti o účast v koncesním řízení. Tato lhůta nesmí být kratší než 52 dnů ode dne uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení. Ačkoliv se tato lhůta může zdát v době elektronické komunikace dlouhá, je třeba zohlednit skutečnost, že oznámení o zahájení koncesního řízení se potenciálním uchazečům nedoručuje, ale pouze uveřejňuje způsobem uvedeným výše. Navíc je uchazeč povinen ve lhůtě pro doručení žádosti o účast v koncesním řízení i prokázat splnění kvalifikačních předpokladů (viz dále), což může být zejména u komplexnějších projektů výrazně časově náročné.

V této souvislosti lze uvést, že i návrh směrnice o zadávání koncesí počítá s minimální délkou lhůty 52 dnů. Zároveň však stanovuje možnost zkrátit lhůtu pro doručení nabídek o pět dní, a to v případě, že zadavatel souhlasí s podáváním nabídek elektronickými prostředky.

Pro úplnost je třeba připomenout, že při zadávání koncesí dle § 5 odst. 2 KZ, u nichž předpokládáný příjem koncesionáře nedosahuje 20.000.000,- Kč a zadavatel tudíž nemusí postupovat podle ustanovení části druhé koncesního zákona, je třeba aplikovat obecný princip transparentnosti vyplývající ze Smluv, který stanoví povinnost zadavatele zajistit odpovídající stupeň zveřejnění⁷⁶, přičemž však tato povinnost nutně nezahrnuje povinnost koncesi oznámit a uveřejnit výše uvedeným způsobem⁷⁷.

3.4 Posouzení kvalifikace

Úlohou kvalifikačních předpokladů je zajistit, aby subjekty podávající v rámci koncesního řízení nabídku byly zároveň schopny závazky vyplývající z koncesní smlouvy realizovat⁷⁸. Zadavatel je přitom dle § 51 odst. 1 ZVZ splnění kvalifikace uchazečem povinen požadovat.

⁷⁶ Rozsudek C-324/98 *Telaustria* ze dne 7. prosince 2010, body 60-62.

⁷⁷ Rozsudek C-324/07 *Coditel* ze dne 13. listopadu 2008.

⁷⁸ KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 62.

Kvalifikační předpoklady a požadavky na jejich prokázání vymezí zadavatel v oznámení o zahájení koncesního řízení. Uchazeč je povinen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů ve lhůtě stanovené pro doručení žádosti o účast⁷⁹, která, jak již bylo uvedeno výše, dle ustanovení § 7 odst. 2 KZ nesmí být kratší než 52 dnů ode dne uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení.

Koncesní zákon přitom neobsahuje zvláštní úpravu posuzování kvalifikace, ale odkazuje na úpravu obsaženou v §50 až 62 ZVZ, která stanoví požadavky veřejného zadavatele na kvalifikaci a která se obdobně užije i na koncesní řízení.

Při stanovení kvalifikačních předpokladů je zadavatel povinen dodržovat základní zásady koncesního řízení stanovené v § 3a koncesního zákona, zejména zásadu zákazu diskriminace a zásadu rovného zacházení. K této problematice se opakovaně vyjádřil i Evropský soudní dvůr, který mimo jiné uvedl, že zadavatelé nesmí v rámci prokazování kvalifikace požadovat dokumenty, které by představovaly bariéru pro volný pohyb služeb⁸⁰, nebo které by znevýhodňovaly uchazeče z ostatních členských států⁸¹. S ohledem na odlišný systém dokladů v některých členských státech je zejména ve vztahu k dokumentům osvědčujícím splnění profesních kvalifikačních předpokladů uchazeči z jiných členských států třeba, aby zadavatel při posuzování splnění kvalifikace těmito doklady nepostupoval čistě formálně, ale posuzoval jednotlivé dokumenty dle jejich skutečného obsahu⁸².

S účinností od 1. dubna 2012 bude dále do zákona o veřejných zakázkách v důsledku novelizace zákonem 55/2012 Sb. vtělen nový § 50 odst. 4, který stanoví, že *„veřejný zadavatel není oprávněn stanovit takové předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by kvalifikační předpoklady bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek.“*

Rozsah kvalifikace stanoví obecně § 50 ZVZ, který rozděluje kvalifikační předpoklady na

- (i) základní kvalifikační předpoklady dle § 53,

⁷⁹ Tamtéž.

⁸⁰ Rozsudek C-76/81 *Transporoute* ze dne 10. února 1982.

⁸¹ Rozsudek C-225/98 *Komise v Francie* ze dne 26. září 2000.

⁸² KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 66.

- (ii) profesní kvalifikační předpoklady dle § 54,
- (iii) ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 a
- (iv) technické kvalifikační předpoklady dle § 56.

V případě, že uchazeč není schopen splnit profesní, ekonomické a finanční nebo technické kvalifikační předpoklady v plném rozsahu samostatně, může dle ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele.

Podmínky splnění základních kvalifikačních předpokladů stanoví § 53 odst. 1 ZVZ, přičemž tento výčet kritérií je enumerativní a zadavatel tedy tyto požadavky nemůže modifikovat⁸³. Ustanovení § 53 odst. 2 ZVZ dále stanoví způsob prokázání výše uvedených kvalifikačních předpokladů. Předmětem této kvalifikace je především bezúhonnost, finanční zdraví, spolehlivost a transparentnost uchazeče.

Profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 ZVZ zkoumají, zda má uchazeč všechna oprávnění nezbytná k plnění předmětu koncesní smlouvy.

V této souvislosti je vhodné uvést také možnost prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů a splnění profesních kvalifikačních předpokladů v rozsahu zapsaných údajů výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů dle § 127 odst. 1 ZVZ, certifikátem vydaným v rámci systému certifikovaných dodavatelů dle § 134 odst. 1 ZVZ nebo výpisem ze zahraničního seznamu dodavatelů dle § 143 ZVZ⁸⁴.

Ekonomické a finanční kvalifikačních předpoklady dle § 55 ZVZ nejsou stanoveny taxativně a zadavatel má možnost požadovat, kromě předložení dokladů obsažených v demonstrativním výčtu obsaženém v § 55 odst. 1 ZVZ, i předložení jiných dokladů⁸⁵. Zadavatel musí v této souvislosti dle § 55 odst. 3 ZVZ stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, způsob prokázání splnění stanovených kvalifikačních předpokladů a vymežit jejich minimální úroveň.

I v tomto případě je zadavatel povinen postupovat v souladu se zásadami uvedenými v § 3a koncesního zákona. Minimální úroveň kvalifikačních předpokladů

⁸³ Tamtéž, s. 63.

⁸⁴ Lze dovodit, že tato možnost vyplývá z ustanovení § 7 odst. 3 koncesního zákona. Srov. KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 71.

⁸⁵ Rozsudek C-27/86, 28/89 a 29/86 CEI v Bellini ze dne 9. července 1997.

tak musí dle § 66 odst. 3 písm. c) ZVZ odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu koncese a uchazeč je dle § 55 odst. 4 ZVZ oprávněn za určitých okolností prokázat splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů i jinými rovnocennými doklady.

S účinností od 1. dubna 2012 bude v souvislosti s nabytím účinnosti novely zákona o veřejných zakázkách č. 55/2012 Sb. nahrazena povinnost splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů povinností předložit čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti žadatele splnit veřejnou zakázku. Důvodem pro tuto změnu byla dle důvodové zprávy k novele provedené zákonem č. 55/2012 Sb. mimo jiné skutečnost, že „*zadavatelé tuto část kvalifikace zneužívali k diskriminačním požadavkům na dodavatele*⁸⁶“.

Zrušení ekonomické a finanční kvalifikace bylo kritizováno již v rámci mezirezortního připomínkového řízení. Představitelé Asociace PPP v tomto směru vyjádřili obavu, že bude požadavek na pouhé prohlášení představovat riziko předkládání kvalitativně neporovnatelných nabídek⁸⁷.

S ohledem na charakter plnění koncesních smluv by bylo jistě správné zvážit, zda v oblasti koncesních smluv uzavíraných často i na několik desítek let není legitimní snaha zadavatele získat více informací o solventnosti a kredibilitě uchazeče, případně jeho pojištění odpovědnosti.

Poslední skupinou kvalifikačních předpokladů jsou technické kvalifikační předpoklady vymezené v § 56 ZVZ. Na rozdíl od ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů však § 56 ZVZ upravuje taxativně seznam dokumentů, které může zadavatel v souvislosti s prokazováním splnění technických kvalifikačních předpokladů požadovat⁸⁸. Ty jsou navíc rozděleny podle předmětu zvlášť pro koncese na služby (§ 56 odst. 2 ZVZ) a koncese na stavební práce (§ 56 odst. 3 ZVZ).

V návaznosti na přijetí žádosti o účast v koncesním řízení a předložení dokumentů prokazujících splnění kvalifikačních předpokladů zadavatel provede dle § 59 odst. 1 ZVZ posouzení, zda uchazeč splnil stanovené požadavky, přičemž pro

⁸⁶ Komentář k bodu 58. Důvodová zpráva k zákonu 55/2012 Sb.

⁸⁷ Stanovisko Asociace PPP k novele zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. *Asociace PPP* [online]. 28. dubna 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.asociaceppp.cz/cnt/stanoviska_asociace/?action=vfile&a_id=55.

⁸⁸ KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 68.

toto posouzení může dle § 59 odst. 2 ZVZ ustanovit zvláštní komisi. V případě nejasností může zároveň po uchazeči požadovat, aby ve stanové lhůtě předložení informace či doklady objasnil, případně předložil informace a dodatečné doklady.

Uchazeč musí dle ustanovení § 58 odst. 2 ZVZ splňovat kvalifikační předpoklady až do doby uzavření smlouvy. V případě jakékoliv změny v kvalifikaci, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace, je uchazeč povinen dle § 58 odst. 1 ZVZ tuto změnu oznámit zadavateli nejpozději do 7 dnů a současně předložit dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu. V případě nesplnění této povinnosti zadavatel uchazeče z účasti v koncesním řízení vyloučí.

V případě nesplnění kvalifikačních předpokladů nebo nesplnění povinnosti informovat zadavatele o změně kvalifikace ze strany uchazeče je zadavatel povinen takového uchazeče z účasti v koncesním řízení vyloučit.

Jak již bylo uvedeno výše, v návaznosti na posouzení kvalifikace má zadavatel podle účinné právní úpravy právo omezit počet kvalifikovaných uchazečů, pokud si toto právo vyhradil v oznámení o zahájení koncesního řízení.

Otázka stanovení kvalifikačních předpokladů je zvláště významná v případě, že se zadavatel rozhodne postupovat formou koncesního dialogu⁸⁹. Rozsah plnění projektu se v návaznosti na koncesní dialog může rozšířit i zúžit, a proto je poměrně obtížné stanovit kvalifikační předpoklady tak, aby objektivně posoudily schopnost uchazeče realizovat plnění dle koncesní smlouvy a zároveň požadovaná kvalifikace, s ohledem na ustanovení § 50 odst. 3 ZVZ, bezprostředně souvisela s předmětem koncesní smlouvy⁹⁰. V této souvislosti by bylo jistě možné uvažovat o změně právní úpravy v tom smyslu, že by v návaznosti na úpravu rozsahu plnění projektu v průběhu koncesního dialogu mohl zadavatel, za dodržení principu stanovených v § 3a koncesního zákona, stanovit dodatečné kvalifikační předpoklady.

⁸⁹ VRÁNOVÁ, Adéla a Barbora ŠÍPOVÁ. Úskalí zadávání PPP projektů v rámci platné právní úpravy. In: Veřejné zakázky a PPP projekty: potřebnost změny právní úpravy v EU a v ČR. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 468-478. ISBN 978-80-7380-121-2. s. 471.

⁹⁰ Tamtéž.

3.5 *Koncesní dialog*

Koncesní dialog je fakultativním krokem postupu v rámci koncesního řízení. Jak již bylo uvedeno výše, v případě, že chce zadavatel touto cestou postupovat, musí tuto skutečnost uvést v oznámení o zahájení koncesního řízení dle §7 odst. 6 KZ.

Podstatou koncesního dialogu je stanovení vhodného způsob řešení potřeb a požadavků zadavatele u komplikovaných předmětů plnění koncesní smlouvy. Někteří autoři se domnívají, že postup formou koncesního dialogu nemá v případě menších koncesních smluv význam⁹¹, jiní autoři uvádějí, že zvláště složitý předmět plnění je dán již samotnou povahou koncesní smlouvy⁹².

V případě postupu formou koncesního dialogu stanoví zadavatel v oznámení o zahájení koncesního řízení pouze předběžná dílčí kritéria pro hodnocení nabídek a jejich váhy, přičemž konečná hodnotící kritéria budou uvedena na základě výsledku koncesního dialogu ve výzvě k podání nabídek dle § 10 odst. 3 KZ.

Koncesní dialog je formálně zahájen výzvou k účasti v koncesním dialogu dle § 10 odst. 1 KZ. Obsahem této výzvy je popis předmětu jednání, informaci o místě, době a jazyku jednání. Vedle této výzvy pak zadavatel zpracovává tzv. dokumentaci soutěžního dialogu dle § 35 odst. 2 ZVZ, která mimo jiné specifikuje potřeby a požadavky zadavatele. Dle poznatků z praxe je žádoucí, aby dokumentace soutěžního dialogu obsahovala i návrh koncesní smlouvy⁹³.

Průběh koncesního dialogu podléhá aplikaci základních zásad koncesního řízení stanovených v §3a koncesního zákona, tedy zásady transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení, přičemž cílem koncesního dialogu je dle ustanovení § 36 odst. 7 ZVZ „*vybrat a určit jedno nebo více řešení způsobilých splnit [...] potřeby a požadavky [zadavatele]*“.

O průběhu koncesního dialogu vyhotoví zadavatel v souladu s § 36 odst. 4 ZVZ protokol, z něhož bude patrný předmět a výsledek jednání.

Ukončení koncesního dialogu musí zadavatel dle § 10 odst. 3 KZ písemně oznámit všem uchazečům, kteří byli vyzváni k účasti na koncesním dialogu, a vyzve

⁹¹ Tamtéž, str. 92.

⁹² VRÁNOVÁ, Adéla. PPP projekty a postup formou dialogu: Praktické zkušenosti (část I.). Epravo.cz [online]. 2009, 23.9.2009 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/ppp-projetky-a-postup-formou-dialogu-prakticke-zkusenosti-cast-i-57983.html>.

⁹³ Tamtéž.

je k podání nabídek dle §8 KZ, přičemž stanoví konečná kritéria pro hodnocení nabídek a jejich váhy.

3.6 Podání a posouzení nabídek

Pokud zadavatel nezvolil postup formou koncesního dialogu, vyzve po posouzení kvalifikace kvalifikované uchazeče dle ustanovení § 8 KZ k podání nabídek. V případě, že zadavatel koncesní dialog použil, vyzve k podání nabídek uchazeče, kteří byli vyzváni k účasti na koncesním dialogu⁹⁴.

Náležitosti výzvy k podání nabídek i další postup v koncesním řízení se odvíjí od rozhodnutí zadavatele, zda se rozhodne o podaných nabídkách dále jednat dle ustanovení § 9 KZ, nebo nikoliv.

Dle § 8 odst. 1 KZ musí být výzva k podání nabídek učiněna vždy písemně a musí vždy obsahovat koncesní dokumentaci nebo podmínky jejího poskytnutí, lhůtu pro podání nabídek, která nesmí být kratší než 40 dnů ode dne odeslání výzvy, místo podání nabídky a informaci o jazyce nabídky.

V případě, že se zadavatel rozhodne o podaných nabídkách dále jednat, stanoví §8 odst. 2 KZ další náležitosti výzvy k podání nabídek, kterými jsou způsob jednání o nabídkách a způsob výběru uchazečů pro další jednání, pokud se zadavatel rozhodne postupně omezovat jejich počet.

Koncesní dokumentací je s ohledem na ustanovení § 44 odst. 1 ZVZ „*soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět [koncesní smlouvy] v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky*“. Minimální obsahové náležitosti koncesní dokumentace stanoví § 44 odst. 3 ZVZ. V případě, že se jedná o významnou koncesní smlouvu ve smyslu § 21 KZ, je podkladem pro vypracování koncesní dokumentace schválený koncesní projekt⁹⁵. Jednou z obsahových náležitostí koncesní dokumentace jsou dle § 44 odst. 3 písm. a) ZVZ i obchodní podmínky, včetně platebních podmínek.

Jelikož zákon konkrétně nestanoví, v jaké míře detailu musí zadavatel tyto obchodní podmínky zpracovat, lze dovodit, že rozsah určení obsahu koncesní smlouvy, resp. obchodních podmínek, spočívá na zadavateli a je omezen pouze

⁹⁴ V podrobnostech viz část 3.5.

⁹⁵ V podrobnostech viz část 3.2.

základními zásadami vyplývajícími z § 3a koncesního zákona, v tomto případě zejména požadavkem transparentnosti a rovného zacházení. Obchodní podmínky musí být stanoveny v dostatečném rozsahu tak, aby bylo možné nabídky jednotlivých uchazečů porovnat⁹⁶.

Odborná literatura v této souvislosti dovozuje, že text koncesní smlouvy teoreticky může být předmětem hodnotících kritérií, je však třeba, aby hodnocení spočívalo na kvantifikovatelných kritériích; v opačném případě by se mohlo jednat o porušení zásady transparentnosti⁹⁷. V návaznosti na novelu zákona o veřejných zakázkách provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. bude s účinností od 1. dubna 2012 ustanovení § 78 odst. 4 ZVZ doplněno v tom smyslu, že „*dílčím hodnotícím kritériem nemohou být smluvní podmínky, jejichž účelem je zajištění povinností dodavatele, nebo platební podmínky*“. Zároveň lze poukázat i na skutečnost, že pokud zadavatel stanoví pouze základní obchodní podmínky, může se stát, že bude povinen uzavřít smlouvu s uchazečem, jehož nabídka byla vyhodnocena jako celkově nejvýhodnější, ačkoliv s některými ustanoveními smlouvy nebude souhlasit⁹⁸.

Každý uchazeč může v koncesním řízení podat pouze jednu nabídku. Pokud to však koncesní dokumentace umožňuje, lze podat nabídku obsahující varianty ve smyslu § 70 ZVZ. Součástí nabídky je pak s ohledem na ustanovení § 68 odst. 2 ZVZ kromě dalších dokumentů i návrh smlouvy podepsaný osobou oprávněnou jednat jménem uchazeče nebo za uchazeče.

Po uplynutí lhůty pro podání nabídek zadavatel provede posouzení předložených nabídek dle ustanovení § 11 KZ.

Prvním krokem posuzování předložených nabídek je procedura otevírání obálek upravená v § 71 ZVZ. Pro otevírání obálek ustanoví zadavatel nejméně tříčlennou komisi, která v souladu s ustanovením § 71 odst. 4 ZVZ obálky otevře, a to nejpozději do 30 dnů od uplynutí lhůty pro podání nabídek, ne však před uplynutím této lhůty. V návaznosti na novelizaci zákona o veřejných zakázkách zákonem č. 55/2012 Sb. bylo podstatně změněno ustanovení § 71 ZVZ. Nově se dle

⁹⁶ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 81.

⁹⁷ Tamtéž.

⁹⁸ VRÁNOVÁ, Adéla a Barbora ŠÍPOVÁ. Úskalí zadávání PPP projektů v rámci platné právní úpravy. In: Veřejné zakázky a PPP projekty: potřeba změny právní úpravy v EU a v ČR. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 468-478. ISBN 978-80-7380-121-2. s. 475.

§ 71 odst. 6 ZVZ na nabídku podanou po uplynutí lhůty pro podání nabídek pohlíží, jako by nebyla podána. Velice podstatnou změnou je pak změna § 71 odst. 7 ZVZ, který nově stanoví, že „pokud zadavatel obdrží ve lhůtě pro podání nabídek pouze jednu nabídku, obálka se neotevívá“.

Toto ustanovení je s ohledem na povahu koncesního řízení velice sporné. Předmětem koncesních smluv jsou zpravidla projekty velice komplexní a náročné na realizaci i přípravu, a to jak ze strany potenciálních uchazečů, tak z pohledu zadavatele, a jsou tedy zpravidla charakterizovány nižším počtem uchazečů než veřejné zakázky zadávané podle zákona o veřejných zakázkách. Stanovisko PPP v této souvislosti doporučovalo koncipovat neotevření obálek pouze jako právo zadavatele, nikoli jako jeho povinnost⁹⁹.

V rámci otevírání obálek se kontroluje úplnost nabídky, jejíž znaky jsou uvedeny v § 71 odst. 8 ZVZ, tedy zda „je nabídka zpracována v požadovaném jazyku, zda je návrh smlouvy podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče a zda nabídka obsahuje všechny součásti požadované zákonem či zadavatelem“. Srovnatelné ustanovení bude od 1. dubna 2012 v souvislosti s provedením novely zákona o veřejných zakázkách zákonem č. 55/2012 Sb. obsažené v § 71 odst. 9 ZVZ, přičemž komise nebude dále vyhodnocovat, zda nabídka obsahuje všechny součásti požadované zákonem. V případě, že komise zjistí, že nabídka není úplná, nabídku dle § 71 odst. 10 ZVZ vyřadí a uchazeče, jehož nabídka byla vyřazena, vyloučí z účasti v koncesním řízení. O otevírání obálek sepisuje komise v souladu s § 73 ZVZ protokol.

Druhým krokem je pak posouzení, zda podaná nabídka splňuje zákonné požadavky a požadavky zadavatele vyplývající z koncesní dokumentace. Toto posouzení provádí hodnotící komise, která má minimálně 5 členů a splňuje zákonné požadavky stanovené v ustanovení § 74 ZVZ. Nabídky, které nesplňují výše uvedené podmínky, musí být dle ustanovení § 76 odst. 1 ZVZ vyřazeny, v důsledku čehož zadavatel uchazeče, který takovou nabídku předložil, z koncesního řízení dle § 76 odst. 6 ZVZ vyloučí.

⁹⁹ Stanovisko Asociace PPP k novele zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. *Asociace PPP* [online]. 28. dubna 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.asociaceppp.cz/cnt/stanoviska_asociace/?action=vfile&a_id=55.

3.7 Jednání o nabídkách a hodnocení nabídek

Jednání o nabídkách je stejně jako koncesní dialog fakultativním krokem v rámci postupu koncesním řízením. Jednání o nabídkách přitom není podmíněno použitím koncesního dialogu před podáním nabídek.

V případě, že chce zadavatel využít možnosti jednání o nabídkách, musí výzva k podání nabídek dle § 8 KZ obsahovat i informace dle § 8 odst. 2 KZ o způsobu jednání o nabídkách a způsobu výběru uchazečů pro další jednání, pokud se zadavatel rozhodne jednání uskutečnit v několika fázích a počet uchazečů postupně omezovat. Zadavatel může dle § 31 odst. 7 ZVZ před zahájením jakékoliv fáze jednání uchazečům oznámit, že se jedná o poslední fázi jednání.

Jednání o nabídkách následuje po předložení nabídek uchazeči a jejich posouzení v souladu s ustanoveními § 71 a 74 ZVZ. Zadavatel dle § 9 odst. 1 KZ vyzve k jednání o nabídkách všechny uchazeče, kteří nebyli v důsledku posouzení nabídek z koncesního řízení vyloučeni.

O průběhu každého jednání je zadavatel povinen dle § 31 odst. 2 ZVZ vyhotovit protokol. Tento protokol podepisují kromě zadavatele i zúčastnění uchazeči a ujednání uvedená v protokolu jsou pro uchazeče závazná zejména s ohledem na případnou úpravu návrhu smlouvy. Zadavatel zároveň po ukončení každé fáze jednání sestaví dle § 31 odst. 5 ZVZ protokol o výsledku hodnocení s pořadím uchazečů dle jednotlivých hodnotících kritérií.

Základním hodnotícím kritériem nabídek v koncesním řízení je dle ustanovení § 12 ekonomická výhodnost nabídky, dílčí hodnotící kritéria a jejich váhy pak stanoví oznámení o zahájení koncesního řízení nebo, pokud bylo postupováno formou koncesního dialogu, výzva k podání nabídek. Hodnocení nabídek provádí dle ustanovení § 79 ZVZ hodnotící komise, která o posouzení a hodnocení nabídek pořídí písemnou zprávu, jejíž náležitosti jsou upraveny v § 80 ZVZ.

V případě, že zadavatel s uchazeči o podaných nabídkách nejedná, provede hodnotící komise hodnocení nabídek předložených uchazeči, kteří z koncesního řízení nebyli vyloučeni.

Z hlediska zadavatele je však jednání o nabídkách účinným nástrojem na snížení nabídkové ceny. Ačkoliv zadavatel dle § 30 odst. 6 ZVZ „není oprávněn

v průběhu jednání o nabídkách sdělovat uchazečům údaje týkající se nabídky jiného uchazeče bez předchozího souhlasu takového uchazeče“, tento zákaz se nevztahuje na aktuální výši nabídkové ceny. Spolu s povinností zadavatele zveřejňovat dle § 31 odst. 5 ZVZ pořadí uchazečů průběžně po každé fázi jednání tento postup jistě přispívá k transparentnosti celého koncesního řízení a zároveň dosažení vyšší efektivity.

3.8 Výběr koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy

Výběr koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy je završením koncesního řízení. Právní úprava výběru koncesionáře v koncesním zákoně je velice stručná, § 12 pouze stanoví, že *„na základě výsledků koncesního řízení vybere zadavatel pro uzavření koncesní smlouvy dodavatele, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější“*.

Samotné rozhodnutí zadavatele o výběru koncesionáře je přitom odlišné od oznámení o výběru koncesionáře, které se v souladu s ustanovením § 12 odst. 2 KZ odešle všem uchazečům, kteří nebyli vyloučeni z účasti na koncesním řízení. Toto rozlišení má svou oporu i v § 12 odst. 3 KZ, který stanoví, že oznámení o výběru koncesionáře obsahuje mimo jiné i výsledek hodnocení nabídek včetně údaje o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií.

Doručením oznámení o výběru koncesionáře dle § 12 odst. 2 KZ počíná běžet lhůta pro podání námitek. Také pro uzavření koncesní smlouvy platí podle § 12 odst. 5 KZ obdobné ustanovení zákona o veřejných zakázkách. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že i v procesu vedoucím k uzavření koncesní smlouvy obdobně platí ustanovení § 82 odst. 2 ZVZ, tedy že zadavatel nesmí před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru koncesionáře - tedy ve lhůtě patnácti dnů ode dne doručení oznámení zadavatele o výběru koncesionáře - uzavřít koncesní smlouvu s vybraným koncesionářem. Pokud v uvedené lhůtě námitky podány nebyly, uzavře zadavatel koncesní smlouvu do patnácti dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek.

V této souvislosti je však třeba poukázat na požadavek § 30 KZ resp. § 23 KZ, které stanoví povinnost vyžádat si k uzavření koncesní smlouvy předchozí stanovisko Ministerstva financí, resp. subjektů uvedených v § 23 odst. 1 KZ.

Ustanovení § 13 KZ pak obsahuje speciální úpravu týkající se uzavírání smluv se subjekty, které se koncesního řízení neúčastnily¹⁰⁰, a to za splnění předpokladů uvedených v § 13 písm. a) až d) KZ, přičemž taková možnost musí být v nabídce vybraného dodavatele podrobně uvedena.

Po samotném uzavření smlouvy je dále zadavatel povinen do 30 dnů od nabytí účinnosti koncesní smlouvy údaje o uzavřené koncesní smlouvě zaslat Ministerstvu pro místní rozvoj za účelem evidence takových smluv v rámci rejstříku koncesních smluv. Zadavatel má zároveň v průběhu trvání smlouvy povinnost oznamovat Ministerstvu pro místní rozvoj případné změny koncesní smlouvy, pokud se týkají některého ze zapisovaných údajů.

Koncesní zákon však explicitně nestanoví povinnost uveřejnit oznámení o výsledku koncesního řízení tak, jak to činí § 83 ZVZ. Ačkoliv dle § 31 odst. 4 KZ platí pro uveřejňování příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách¹⁰¹, tato ustanovení patrně nezahrnují § 83 ZVZ, který je obsažen v Hlavě VIII nazvané „Ukončení zadávacího řízení“. S ohledem na zásadu transparentnosti stanovenou v § 3a koncesního zákona a právní jistotu zadavatelů by bylo vhodné, aby zákonodárce tuto povinnost v koncesním zákoně vymezil, nebo výslovně vyloučil. V rámci zachování konzistence v uveřejňování různých oznámení podle zákona o veřejných zakázkách a koncesního zákona by bylo nicméně vhodné uveřejnění tohoto oznámení požadovat.

4. Koncesní smlouva

Podstatou koncesního řízení je s ohledem na ustanovení § 5 odst. 1 koncesního zákona výběr koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy. Samotná koncesní smlouva je pak v koncesním zákoně právně vymezena a jsou definovány její typové znaky. Bližší představu o praktické realizaci tohoto poměrně komplexního instrumentu pak dává vzorová koncesní smlouva, která je volně dostupná mimo jiné i na stránkách PPP centra nebo Ministerstva financí České republiky.

¹⁰⁰ V praxi se jedná o právnické osoby zakládáné ke specifickým účelům. Srov. KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 112.

¹⁰¹ Koncesní zákon na tomto místě nepoužívá obvyklou formulaci, že příslušná ustanovení platí „obdobně“.

I přesto, že je úprava koncesní smlouvy v koncesním zákoně poměrně podrobná, stranou pozornosti zákonodárce zůstala poměrně složitá problematika změn koncesní smlouvy.

Tato kapitola práce postupně analyzuje zákonnou úpravu koncesní smlouvy obsaženou v koncesním zákoně, představí vzorovou koncesní smlouvu a blíže popíše problematiku změn koncesní smlouvy v průběhu doby jejího trvání.

4.1 Úprava koncesní smlouvy v koncesním zákoně

Definice a typové znaky koncesní smlouvy jsou obsaženy v § 16 a následujících koncesního zákona. Koncesní smlouva je závazkový vztah mezi zadavatelem a koncesionářem, přičemž závazku koncesionáře poskytovat služby nebo provést dílo odpovídá závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z tohoto poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Pojmovým znakem koncesní smlouvy je dále i přenos podstatné části rizik spojených s braním užitků ze zadavatele na koncesionáře dle § 16 odst. 2 koncesního zákona.

Koncesní smlouva je tedy smlouvou pojmově úplatnou¹⁰², dle ustanovení § 16 odst. 5 koncesního zákona má obligatorně písemnou formu, přičemž projevy vůle smluvních stran musí být na téže listině. Koncesní smlouvu lze dle § 16 odst. 4 uzavřít pouze na dobu určitou, přičemž se jedná z povahy věci o smlouvu dlouhodobou¹⁰³.

Koncesní smlouva je s ohledem na ustanovení § 16 odst. 6 obchodním závazkovým vztahem ve smyslu § 261 obchodního zákoníku¹⁰⁴, přičemž se na tento závazkový vztah s ohledem na § 1 odst. 2 obchodního zákoníku subsidiárně použije i úprava obsažená v občanském zákoníku¹⁰⁵.

¹⁰² Srov. též Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí. *Evropská komise* [online] KOM(2011) 897. 20. prosince 2011 [cit. 2012-03-20] Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:CS:PDF>, odst. 6 preambule.

¹⁰³ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 132.

¹⁰⁴ Metodika k zákonu č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon). *Ministerstvo pro místní rozvoj ČR*. [online] duben 2008 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=1fe9a267-e6fc-4f50-8187-ab01d8bf33c0&versionhistoryid=67>

¹⁰⁵ KRUTÁK, Tomáš, David DVOŘÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X. s. 122.

Vzhledem k rámcovému charakteru úpravy obsažené v koncesním zákoně doktrína dovodila, že „v závislosti na povaze smluvních ujednání pak bude koncesní smlouva spadat buď pod některý ze smluvních typů druhé hlavy třetí části obchodního zákoníku, anebo půjde o smlouvu nepojmenovanou, řídící se v otázkách výslovně neupravených obchodním zákoníkem¹⁰⁶“.

Důsledkem soukromoprávního charakteru smlouvy je uplatnění zásady legální licence, tedy že každý může činit vše, co není zákonem zakázáno. Tato zásada je však do značné míry limitována zejména poměrně obsáhlou regulací související se způsobem udělování koncesí v rámci koncesního řízení a dále řadou právních předpisů, jimiž se musí při výkonu své pravomoci řídit zadavatel.

Kromě výše uvedené základní charakteristiky koncesní smlouvy, tedy závazku koncesionáře, závazku zadavatele a přenesení podstatné části rizika ze zadavatele na koncesionáře, které jsou podrobněji analyzovány v kapitole 2 v souvislosti s definicí pojmu koncese, vyplývá z koncesního zákona i řada dalších pojmových znaků koncesní smlouvy.

Ustanovení § 16 odst. 2 koncesního zákona předpokládá, že koncesní smlouva stanoví rozdělení ostatních rizik, tj. rizik, která nejsou spojená s braním užitků. Braním užitků lze přitom rozumět jak výběr plateb od koncových uživatelů služby koncesionářem, tak výběr plateb určených k vyplácení úhrad koncesionáři zadavatelem¹⁰⁷, a to za předpokladu, že došlo k přenesení podstatné části rizika spojeného s výběrem těchto plateb na koncesionáře. Situaci, kdy bude koncesionář inkasovat pouze fixně stanovené platby od zadavatele, však za braní užitků ve smyslu koncesního zákona pravděpodobně obecně považovat nelze¹⁰⁸.

Dalšími obligatorními obsahovými náležitostmi koncesní smlouvy jsou specifikace důvodů předčasného ukončení smlouvy, kterou předpokládá ustanovení § 16 odst. 3 písm. a), a dle § 16 odst. 3 písm. b) koncesního zákona je obligatorním znakem také vymezení právních vztahů smluvních stran k majetku, který je určen k realizaci koncesní smlouvy, včetně pravidel jejich vypořádání, pokud dojde k předčasnému ukončení smlouvy.

¹⁰⁶ Tamtéž, s. 22.

¹⁰⁷ Tamtéž, s. 126.

¹⁰⁸ Tamtéž.

V této souvislosti jsou zmiňovány dva předpokládané modely právních vztahů k tomuto majetku. Dle prvního je majetek ve vlastnictví koncesionáře, přičemž po skončení koncesní smlouvy je tento majetek převeden na zadavatele. Ve druhém modelu je pak majetek ve vlastnictví zadavatele a koncesionář k tomuto majetku získá pouze užívací právo¹⁰⁹. Komentářová literatura však v této souvislosti upozorňuje na restriktivní úpravu dispozice s majetkem státu obsaženou v zákoně č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky¹¹⁰, která musí být při volbě struktury právních vztahů k majetku zohledněna.

Závaznou charakteristikou právního vztahu založeného koncesní smlouvou je dále i ustanovení § 19 odst. 3 koncesního zákona. Toto ustanovení, které závazným způsobem stanovuje odpovědnost zadavatele za škodu způsobenou třetím osobám, však nebylo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže vyhodnoceno jako definiční znak koncesní smlouvy, neboť i v případě, že si tuto odpovědnost strany ve smlouvě výslovně nesjednají, je tato odpovědnost dána přímo ustanovením § 16 odst. 3 koncesního zákona¹¹¹.

Co se týče typologie koncesních smluv podle jejich hodnoty, obsahuje koncesní zákon hned tři různá dělení. Ustanovení § 5 odst. 2 stanoví, že zadavatel nemusí postupovat podle části druhé koncesního zákona, pokud činí předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20.000.000,- Kč. Na tyto koncesní smlouvy se uplatní pouze základní zásady koncesního řízení uvedené v § 3a koncesního zákona. V odborné literatuře jsou tyto koncesní smlouvy označovány zpravidla jako *bagatelní*¹¹².

Druhé dělení je obsaženo v ustanovení § 20 odst. 1 koncesního zákona, které vymezuje pojem významných koncesních smluv, na které se uplatní kromě obecného postupu podle části druhé koncesního zákona i postup podle části čtvrté. Významnými koncesními smlouvami jsou ty koncesní smlouvy, u nichž předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně částky uvedené v § 20 odst. 2 koncesního zákona.

¹⁰⁹ Tamtéž, s. 130.

¹¹⁰ Tamtéž.

¹¹¹ Rozhodnutí ÚOHS č.j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr ze dne 27. srpna 2008, bod 51.

¹¹² JURČÍK, Radek. *Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007. ISBN 978-80-7179-575-9. s164

Třetím dělením je definice legislativní zkratky „*nadlimitní koncesní smlouva na stovební práce*“ obsažená v ustanovení § 14 odst. 1 koncesního zákona, přičemž finanční limit v tomto případě stanoví prováděcí právní předpis.

V odborné literatuře se však lze často setkat i s nesprávným použitím pojmů nadlimitní a podlimitní koncese¹¹³, a je proto třeba k těmto termínům přistupovat obezřetně.

S ohledem na přehlednost právní úpravy týkající se koncesí by bylo do budoucna vhodné sjednotit dělení koncesních smluv, resp. jejich prahové hodnoty, a terminologii související s typologií smluv dle jejich hodnoty s úpravou obsaženou v zákoně o veřejných zakázkách.

4.2 Vzorová koncesní smlouva

Pro bližší představu a podnícení debaty mezi odbornou veřejností byla v dubnu 2006 z iniciativy PPP Centra České republiky připravena vzorová koncesní smlouva¹¹⁴. Jejím nedostatkem je však v současné době skutečnost, že byla připravena jako smlouva kvazi-koncesní dle ustanovení § 1 odst. 2 koncesního zákona¹¹⁵. Jednalo se tedy o zvláštní druh nadlimitní veřejné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách, kdy smlouva byla uzavřena na dobu určitou nejméně pět let a dodavatel nesl některá ekonomická rizika spojená s realizací nadlimitní veřejné zakázky, které obvykle nese zadavatel. Ustanovení § 1 odst. 2 koncesního zákona však bylo novelou koncesního zákona provedenou zákonem č. 179/2010 Sb. zrušeno.

Pojetí kvazi-koncese odpovídá i platební mechanismus obsažený ve vzorové koncesní smlouvě, který počítá převážně s „platbami za dostupnost“ od zadavatele, přičemž koncesionář nevybírá žádné významné platby za užívání od uživatelů.

Vzorová koncesní smlouva dává dobrou představu o průběhu koncesního řízení v praxi. Mimo jiné počítá jak s financováním projektu úvěrem od tzv. seniorních (zajištěných) věřitelů, tak se subordinovaným financováním, a dále se situací, kdy je koncesionář založen jako zvláštní účelová společnost, s níž bude

¹¹³ srov. např. TOPENČÍK, Miroslav. Novela koncesního zákona - podnikání. Verlag Dashöfer [online]. 2010, 05.05.2010 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://www.doplnek.com/node/759>

¹¹⁴ Vzorová koncesní smlouva. 2011. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Vzorova_koncesni_smlouva_-_aktualizace_2012_v_01.pdf

¹¹⁵ Vzorová koncesní smlouva. PPP Centrum České republiky [online]. 2006 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.pppcentrum.cz/index.php?cmd=page&id=1216>

koncesní smlouva uzavřena dle § 13 koncesního zákona. V případě realizace PPP projektu formou koncesní smlouvy ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1 koncesního zákona však bude třeba tuto smlouvu podstatným způsobem upravit, zejména s ohledem na rozložení rizika a způsob placení, což jsou ovšem klíčové atributy koncesní smlouvy. Do budoucna by tak bylo s ohledem na zrušení institutu kvazi-koncesí jistě přínosné, aby byla vzorová koncesní smlouva koncipována ve smyslu definice koncesní smlouvy obsažené v § 16 koncesního zákona.

4.3 Změna koncesní smlouvy po jejím uzavření

jak již bylo uvedeno, koncesní smlouva je komplexní dokument, jehož účelem je stanovení právního rámce spolupráce veřejného zadavatele a koncesionáře až na několik desítek let. Lze tedy předpokládat, že během plnění smlouvy mohou nastat okolnosti, které nebylo možné předvídat v době uzavření koncesní smlouvy a v důsledku kterých bude třeba původní koncesní smlouvu určitým způsobem změnit.

4.3.1 Úprava změny koncesní smlouvy v koncesním zákoně

Ačkoliv je zřejmé, že závazkový právní vztah uzavřený na tak dlouhou dobu vyžaduje, s ohledem na změnu vnějších okolností, určitou míru flexibility, je právní úprava změn koncesní smlouvy vyplývající z ustanovení koncesního zákona velice stručná.

Koncesní zákon neobsahuje ani rámcovou úpravu předpokladů pro změnu koncesní smlouvy, ačkoliv s možností koncesní smlouvu změnit implicitně počítá, neboť § 23 odst. 4 koncesního zákona stanoví, že „[v] případě změny koncesní smlouvy, která vede ke zvýšení předpokládaného příjmu koncesionáře o více než 20 %, nebo v jejímž důsledku dosáhne nebo přesáhne předpokládaný příjem koncesionáře částky uvedené v § 20 odst. 2, se postupuje podle odstavců 1 a 2“. V takovém případě by tedy změna koncesní smlouvy podléhala schválení dle § 23 odst. 1 koncesního zákona, přičemž dle § 23 odst. 2 koncesního zákona nastanou účinky této změny až jejím schválením.

Obdobnou úpravu obsahuje i § 30 koncesního zákona, který stanoví povinnost vyžádat si za určitých okolností předchozí stanovisko Ministerstva financí, a to jak k uzavření koncesní smlouvy, tak k její změně, přičemž z této povinnosti existuje pro

změnu koncesní smlouvy výjimka v případě, že se změna nedotýká záležitostí nezbytných pro posouzení schopnosti zadavatele dostát závazkům z koncesní smlouvy dle § 30 odst. 2 koncesního zákona. I toto stanovisko je podmínkou platnosti koncesní smlouvy.

Podstatou této úpravy je však spíše ochrana veřejného zájmu na efektivním hospodaření s veřejnými prostředky než naplnění základních zásad, kterými se koncesní řízení řídí, tedy zásad zákazu diskriminace, rovného zacházení a transparentnosti. Tyto zásady sice jsou zakotveny v § 3a koncesního zákona, rozsah jejich aplikace na změny koncesní smlouvy však v koncesním zákoně blíže specifikován není. I přes soukromoprávní charakter koncesní smlouvy, ze kterého vyplývá aplikovatelnost zásady legální licence, je možnost změny koncesní smlouvy těmito zásadami výrazně omezena. V rozhodnutí č.j. R087/2007 ze dne 16. srpna 2007 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže dovodil, že se *„nelze [...] proto dovolávat absolutní smluvní svobody stran soukromoprávního aktu – smlouvy, neboť tato smluvní svoboda je modifikována povinností zadavatele realizovat veřejnou zakázku v souladu se zákonem¹¹⁶“*.

Je tedy třeba vzít v úvahu samotný účel koncesního řízení, kterým je mimo jiné *„[zadávání] na základě objektivních kritérií, které zajistí dodržení zásad transparentnosti, zákazu diskriminace a rovného zacházení a zaručí, že nabídky budou posuzovány v podmínkách účinné hospodářské soutěže¹¹⁷“*, přičemž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže dovodil, že pokud v důsledku úkonu smluvních stran dojde ke změně obsahu právních úkonů zadavatele, je dána pravomoc ÚOHS takový dodatečný úkon přezkoumat, neboť v opačném případě by strany smlouvy *„mohly učinit veškeré úkony v rámci zadávacího řízení řádně a v souladu se zákonem, a po uzavření smlouvy tuto dodatkem změnit bez jakékoliv vázanosti zadávacími podmínkami¹¹⁸“*. Obdobně je možné argumentovat i ustanovením § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, které se týká uzavření smlouvy¹¹⁹, přičemž dle § 12 odst. 6 koncesního zákona platí toto ustanovení obdobně i pro uzavření smlouvy koncesní. Ustanovení § 82 odst. 2 věta druhá uvádí, že *„smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem*

¹¹⁶ Tamtéž.

¹¹⁷ Ustanovení článku 46 Preambule koordinační směrnice.

¹¹⁸ Rozhodnutí ÚOHS č.j. R087/2007 ze dne 16. srpna 2007, bod 35.

¹¹⁹ Srov. http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/civil/dvorak_david.pdf

smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče“. Lze tedy předpokládat, že v případě podstatné změny koncesní smlouvy by se již nejednalo o změnu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce, a tudíž by bylo třeba provést nové koncesní řízení.

Navíc lze dovodit, že pokud by změna smlouvy byla natolik podstatná, že by jí došlo k obcházení koncesního zákona, byl by takový právní akt dle ustanovení § 39 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, neplatný, přičemž se v tomto případě jedná o neplatnost absolutní. Nejvyšší soud České republiky zároveň v rozsudku sp. zn. 23 Cdo 4561/2008 ze dne 21. 12. 2010, který se zabýval problematikou změny již uzavřených smluv na veřejné zakázky, dovedl nejen neplatnost samotného dodatku k původní smlouvě, ale i změněné smlouvy jako takové.

V této souvislosti je tedy absence podrobnější úpravy týkající se změn koncesní smlouvy zásadním nedostatkem, který významně ovlivňuje právní jistotu stran koncesní smlouvy. Ačkoliv v této souvislosti vyšla již řada odborných článků zabývajících se změnami smluv ve veřejných zakázkách¹²⁰, otázce změn koncesních smluv, u nichž je pravděpodobnost změn v průběhu jejich plnění z povahy věci významně vyšší, se odborná literatura zatím příliš podrobně nevěnuje. Přijetí změny koncesního zákona, která by tento nedostatek odstranila, by tedy bylo více než žádoucí.

Právní úpravu změn smluv pro oblast veřejných zakázek zavádí novela zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem 55/2012 Sb., účinná od 1. dubna 2012. Tato novela vloží do zákona o veřejných zakázkách nové ustanovení § 82 odst. 7, které stanoví zákaz podstatných změn práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy, přičemž *“za podstatnou se považuje taková změna, která by a) rozšířila předmět veřejné zakázky; [...], b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, c) z za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.”*

Tato novela je výrazným posunem této úpravy v oblasti veřejných zakázek, nicméně s ohledem na vztah koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách,

¹²⁰ Tamtéž a dále Je možné změnit smlouvu na plnění veřejné zakázky. *ELaw.cz* [online]. 2009, 07.12.2009 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/cs/ostatni/149-k-monostem-zmn-smlouvy-%20na-plnni-veejne-zakazky.html>

o němž pojednává část 1.2.3 této práce, se tato úprava patrně neaplikuje na koncesní smlouvy. Ačkoliv koncesní zákon na úpravu obsaženou v zákoně o veřejných zakázkách odkazuje mimo jiné v § 12 odst. 4, kdy uvádí, že ustanovení zákona o veřejných zakázkách platí obdobně pro uzavření koncesní smlouvy, nelze dle mého názoru z tohoto ustanovení dovodit, že by se na koncesní smlouvu uplatnila taktéž ustanovení týkající se změn již uzavřených smluv.

4.3.2 Úprava změny koncesní smlouvy v judikatuře ESD

Meze přípustnosti změn koncesní smlouvy jsou, s ohledem na absenci relevantní úpravy v koncesním zákoně, stanoveny především v obsáhlé judikatuře Evropského soudního dvora. Východiskem pro posuzování, zda je v daném případě smlouvu možné změnit, je princip transparentnosti vyplývající přímo ze Smluv.

Judikatura Evropského soudního dvora se ve svých rozhodnutích zpravidla zabývá otázkou, zda se jedná o podstatnou změnu původní koncese, která by prokazovala úmysl stran znovu sjednat základní podmínky této koncese. V případě, že by se však o podstatnou změnu prvku koncesní smlouvy jednalo, je povinností členského státu přijmout opatření k zajištění transparentnosti koncesního řízení, a to včetně případného nového řízení o udělení koncese¹²¹.

Otázce pojmu podstatné změny smlouvy se Evropský soudní dvůr věnoval v klíčovém rozsudku C-454/06 *pressetext* ze dne 19. června 2008, které s odkazem na předchozí rozsudek C-337/98 *Komise v Francie* ze dne 5. října 2000 uvádí, že "*za účelem zajištění transparentnosti postupů a rovného zacházení s uchazeči představují změny ustanovení veřejné zakázky během jejího trvání nové zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50, pokud mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky*"¹²².

Ačkoliv se toto rozhodnutí týkalo postupu zadávání veřejných zakázek, byla v pozdějším rozsudku C-91/08 *Wall* ze dne 13. dubna 2010 dovozena aplikovatelnost uvedených závěrů i na koncesní řízení.

¹²¹ Rozsudek C-91/08 *Wall* ze dne 13. dubna 2010, body 42 a 43.

¹²² Rozsudek C-454/06 *pressetext* ze dne 19. června 2008, bod 34.

Rozhodnutí Evropského soudního dvora se obecně zabývají dvěma rovinami změn. První rovinou jsou změny v subjektech koncesní smlouvy, zejména otázka změny koncesionáře, resp. v případě veřejných zakázek změna dodavatele. Druhou rovinou jsou změny samotného obsahu smlouvy, tedy změny práv a povinností jednotlivých stran.

K otázce změny koncesionáře, resp. dodavatele, Evropský soudní dvůr v rozsudku C-454/06 *presstext* uvedl, že v obecné rovině je změna smluvní strany, již byla veřejná zakázka (resp. koncese) zadána, změnou základních podmínek dotčené veřejné zakázky (resp. koncese)¹²³. Zároveň však v posuzovaném případě dovedl, že pokud je změna pouze projevem vnitřní reorganizace takové smluvní strany¹²⁴, o podstatnou změnu se nejedná¹²⁵.

V pozdějším rozsudku C-91/08 *Wall* se pak Soudní dvůr Evropské unie vyjádřil i k otázce změny subdodavatele, přičemž dovedl, že ve výjimečných případech může být i změna subdodavatele podstatnou změnou koncesní smlouvy, přestože koncesní smlouva změnu subdodavatele předpokládá, pokud by se v takovém případě jednalo o změnu podstatného prvku koncesní smlouvy, který byl rozhodujícím aspektem pro její uzavření¹²⁶.

Posouzení, zda se jedná o podstatnou změnu v případě změny obsahu smlouvy, je výrazně složitější. Obecné vodítko lze nalézt ve výše zmíněných rozsudcích C-454/06 *presstext* a C-91/08 *Wall*. Podle nich lze změnu smlouvy během doby jejího trvání považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily „připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo umožnily přijmout jinou nabídku než tu, který byla původně přijata¹²⁷“, pokud „značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány¹²⁸“, nebo pokud mění „hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána¹²⁹“.

¹²³ Tamtéž, bod 40.

¹²⁴ V posuzovaném případě došlo k převedení služeb ze smluvní strany na její stoprocentně vlastněnou dceřinou společnost, s níž měla smluvní strana uzavřenou smlouvu o převodu zisků a ztrát.

¹²⁵ Rozsudek C-454/06 *presstext* ze dne 19. června 2008, bod 45.

¹²⁶ Rozsudek C-91/08 *Wall* ze dne 13. dubna 2010, bod 39.

¹²⁷ Rozsudek C-91/08 *Wall* ze dne 13. dubna 2010, bod 38 s odkazem na op.cit. rozsudek C-454/06 *presstext* ze dne 19. června 2008, bod 35.

¹²⁸ Rozsudek C-454/06 *presstext* ze dne 19. června 2008, bod 36.

¹²⁹ Tamtéž, bod 37.

V rozsudku C-997/98 *Komise v Francie* ze dne 5. října 2000 však Evropský soudní dvůr dovedl, že marginální změna smlouvy, která je přičitatelná technologickému vývoji¹³⁰, který se uskutečnil v průběhu vyjednávání, není změnou podstatných podmínek smlouvy, které by vyžadovaly nové koncesní řízení¹³¹.

4.3.3 Úprava změny koncesní smlouvy v návrhu směrnice o udělování koncesí

Podrobnější úpravu, která shrnuje a doplňuje výše uvedená rozhodnutí Evropského soudního dvora, obsahuje návrh směrnice o udělování koncesí. Ta v odstavcích 34 a násl. preambule uvádí okolnosti, které mohou mít za následek potřebu pružně přizpůsobit koncesní smlouvu, zároveň však zmiňuje i situace, kdy se jedná o změnu povahy celé zakázky, přičemž taková změna je nepřipustná s ohledem na „hypotetický vliv na výsledek“¹³².

Samotná úprava změny koncesí během doby jejich platnosti je obsažena v článku 42 návrhu směrnice o udělování koncesí. Tento článek vychází z předpokladu, že nové koncesní řízení se vyžaduje v případě podstatné změny ustanovení koncesní smlouvy¹³³, a dále rozvádí, které změny se považují za podstatné.

Kromě změn spočívajících v zavedení podmínek, které by umožnily udělení koncese jinému žadateli, pokud by byly součástí původního koncesního řízení, směrnice výslovně uvádí i změny „výrazně rozšiřující rozsah koncese tak, že se vztahuje na dodávky, služby nebo stavební práce, jež nebyly původně zahrnuty“¹³⁴. Toto rozšíření je jistě pozitivním krokem reflektujícím existující judikaturu, avšak zcela stranou úpravy v nové směrnici zůstávají změny, které naopak výrazně zužují rozsah koncese. I v takovém případě se však bude velmi pravděpodobně jednat o změnu, která by mohla ovlivnit počet potenciálních uchazečů, neboť podmínky pro plnění koncese menšího rozsahu bude s největší pravděpodobností schopno splnit větší množství potenciálních uchazečů.

Navrhovaná úprava dále stanovuje i podmínky, za jakých je možné v koncesní dokumentaci vymezit rozsah budoucích změn koncesní smlouvy. Tyto změny musí

¹³⁰ V daném případě se jednalo o pouze o změnu šířky produktu o cca 2 cm.

¹³¹ Rozhodnutí C-997/98 *Komise v Francie* ze dne 5. října 2000, bod 51.

¹³² Preambule 35 návrhu směrnice o udělování koncesí.

¹³³ Článek 42 odst. 1 návrhu směrnice o udělování koncesí.

¹³⁴ Článek 42 odst. 2 písm. c) návrhu směrnice o udělování koncesí.

být dle článku 42 odst. 5 vymezeny „v jasných, přesných a jednoznačných ustanoveních o změnách nebo opčních právech“, přičemž však „není možné stanovit změny nebo opční práva, která by měnila celkovou povahu koncese“¹³⁵.

Úprava zároveň předpokládá, že za určitých podmínek nebude ani podstatná změna koncesní smlouvy vyžadovat nové koncesní řízení. Tyto podmínky jsou v ustanovení článku 42 odst. 6 upraveny následovně: „a) potřeba změny vyplývá z okolností, jež veřejný zadavatel nebo zadavatel jednající s péčí řádného hospodáře nemohl předvídat; b) změna nemění celkovou povahu koncese; c) u koncesí udělených veřejnými zadavateli v případě, že zvýšení ceny není vyšší než 50 % hodnoty původní koncese.“

Toto ustanovení sice naplňuje potřebu flexibility přizpůsobení koncese nepředvídatelným vnějším okolnostem proklamovanou v článku 35 preambule návrhu směrnice, lze však předpokládat, že aplikace tohoto ustanovení bude předmětem řady předběžných otázek, neboť při porušení povinnosti provést nové koncesní řízení bude vždy třeba zkoumat, zda nebyly naplněny podmínky článku 42 odst. 6 návrhu směrnice o udělování koncesí, přičemž právě předvídatelnost bude zejména u smluv, které se uzavírají na dobu několika desítek let, s velkou pravděpodobností sporná.

Obecně však lze považovat úpravu obsaženou v návrhu směrnice o udělování koncesí za velice zdařilou, neboť vyjasňuje dosud sporné hranice pojmu podstatné změny koncesní smlouvy a zcela jistě přispěje k posílení právní jistoty stran koncesních smluv. Z návrhu směrnice lze navíc vyvodit, jakým způsobem by měl v daném konkrétním případě zadavatel při přípravě koncesní dokumentace případně změny smlouvy postupovat, aniž by se vystavoval riziku, že bude změna koncesní smlouvy považována za neplatnou.

Závěr

Cílem této práce bylo analyzovat platnou právní úpravu vztahující se ke koncesnímu řízení a koncesním smlouvám a upozornit na některé její problematické aspekty. V úvodu práce jsem se věnoval vymezení pramenů práva vztahujících se ke koncesím, resp. koncesním smlouvám. V druhé části jsem nejprve rozebral samotný pojem koncese, resp. koncesní smlouvy, dále jsem nastínil obsah pojmu veřejný

¹³⁵ Článek 42 odst. 5 věta 3 návrhu směrnice o udělování koncesí.

zadavatel a vyložil obecné principy evropského práva aplikovatelné na oblast koncesí. Ve třetí části jsem se věnoval analýze průběhu koncesního řízení zejména s ohledem na nedávné změny, případně relevantní judikaturu Soudního dvora, a nakonec v části čtvrté jsem shrnul právní úpravu týkající se pojmu koncesní smlouva a rozebral problematiku změn koncesní smlouvy před dokončením. Výsledkem této analýzy byla řada dílčích závěrů, které kriticky hodnotily jak právní úpravu na vnitrostátní úrovni, tak právní úpravu evropskou.

Patrně nejzásadnějším identifikovaným problémem je přetrvávající nejednoznačnost vymezení základního atributu koncesní smlouvy, kterým je přenášené riziko. Ačkoliv na evropské úrovni existuje celá řada rozhodnutí pojednávajících právě o bližším vymezení pojmu koncese, je s podivem, že ani po více než 40 letech, kdy evropské právo zná pojem koncesní smlouvy, se nepodařilo právní teorii sjednotit výklad rizika tak, aby byla definice koncese jednoznačná.

Na vnitrostátní úrovni je zásadním problémem zejména postavení koncesního zákona ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách. Ačkoliv bývá koncesní zákon označován jako předpis komplexní, jedná se o úpravu značně nesamostatnou, z čehož vyplývá řada dalších komplikací.

V oblasti stávající úpravy koncesního řízení je pak třeba poukázat zejména na nekoncepční tvorbu právních předpisů, která se mimo jiné projevila při novelizaci zákona o veřejných zakázkách zákonem č. 55/2012 Sb. V důsledku takovýchto změn pak dochází k velice problematickému narušení právní jistoty zadavatelů i potenciálních uchazečů, která je zejména u koncesních smluv uzavíraných až na několik desítek let naprosto klíčová.

Na druhé straně je však třeba vyzdvihnout aktivitu na evropské úrovni, která vyústila v návrh směrnice o udělování koncesí. V tomto případě se jedná o velmi promyšlený právní předpis, který podstatnou měrou vyjasňuje interpretační nesrovnalosti týkající se evropské úpravy koncesí. Sjednání právní úpravy různých druhů koncesí, které nyní stojí mimo působnost směrnic, by bylo jevem jednoznačně pozitivním.

V oblasti vnitrostátního práva by bylo dle mého názoru správným krokem přijetí samostatného komplexního koncesního zákona, jehož úprava by neodkazovala na ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

Seznam zkratk

koncesní zákon, KZ	zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon)
zákon o veřejných zakázkách, ZVZ	zákon č. 136/2006 Sb., o veřejných zakázkách
občanský zákoník	zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
obchodní zákoník	zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
zákon o pozemních komunikacích, ZoPK	zákon 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích
koordinační směrnice	směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby
sektorová směrnice	směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb
směrnice o přezkumu	směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce
návrh směrnice o udělování koncesí	návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí ze dne 20. prosince 2011
SEU	Smlouva o Evropské unii
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
Smlouvy	SEU a SFEU
ÚOHS	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
ESD, SDEU, Soudní dvůr	Soudní dvůr Evropské unie, resp. Evropský soudní dvůr

Použitá literatura

MONOGRAFIE

DAVIDOVÁ, Jana a Miroslav TOPENČÍK. Koncesní zákon: komentář. 1. vyd. Praha: ABF - Arch, 2007, 215 s. Stavební právo. ISBN 80-869-0527-6.

HORÁLEK, Vladimír. Koncesní zákon s komentářem: Veřejně soukromá partnerství a jejich obecná právní úprava v ČR. Praha: Linde, 2006, 102 s. ISBN 80-861-3167-X.

JURČÍK, Radek. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007. ISBN 978-80-7179-575-9.

KRČ, Robert, Karel MAREK a Michal PETR. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s komentářem. 2. vyd. Praha: Linde, 2008, 342 s. ISBN 978-80-7201-711-9.

KRUTÁK, Tomáš, David DVORÁK a Libor VACEK. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. ISBN 80-717-9418-X.

LOUDA, Tomáš a Jiří GROSPÍČ. Partnerství veřejného a soukromého sektoru: právní a ekonomické aspekty. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, 460 s. ISBN 978-80-904024-8-5.

OSTŘÍŽEK, Jan. a kol. Public Private Partnership : příležitost a výzva. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2007. Spolupráce veřejného a soukromého sektoru v zahraničí.

SBORNÍKY

JURČÍK, Radek a Lenka KRUTÁKOVÁ. Veřejné zakázky a PPP projekty: potřebnost změny právní úpravy v EU a v ČR. Editor Radek Jurčík, Lenka Krutáková. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, 506 s. ISBN 978-807-3801-212.

PRÁVNÍ PŘEDPISY EU

Smlouvy o Evropské unii (SEU)

Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU)

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici

Nařízení Komise (ES) č. 1564/2005 ze dne 7. září 2005, kterým se stanoví standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v rámci postupů zadávání veřejných zakázek podle směrnic Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb

Směrnice o zadávání veřejných zakázek (2006/C 179/02) ze dne 1. srpna 2006

Směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce

Směrnice 71/305/EHS ze dne 26. června 1971

Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí KOM(2011) 897 ze dne 20. prosince 2011

PRÁVNÍ PŘEDPISY ČR

Zákon č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících

Zákon č. 136/2006 Sb., o veřejných zakázkách

Zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení

Zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách

Zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích

Zákon č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník

Nařízení vlády č. 77/2008 Sb.

Vyhláška č. 217/2006 Sb.

Důvodová zpráva k zákonu 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon).

Důvodová zpráva k zákonu č. 256/2002 Sb.

Důvodová zpráva k zákonu č. 55/2012 Sb.

JUDIKATURA ESD/SDEU

Rozsudek C-206/08 *WAZV Gotha* ze dne 10. září 2009

Rozsudek C-196/08 *Acoset* ze dne 15. října 2009

Rozsudek C-91/08 *Wall* ze dne 13. dubna 2010

Rozsudek C-300/07 *Orthopaedie Schuhtechnik* ze dne 11. června 2009

Rozsudek C-324/07 *Coditel* ze dne 13. listopadu 2008

Rozsudek C-454/06 *pressetext* ze dne 19. června 2008

Rozsudek C-412/04 *Komise v. Itálie* ze dne 21. února 2008

Rozsudek C-410/04 *ANAV* ze dne 6. února 2006

Rozsudek C-29/04 *Komise v. Rakousko* ze dne 10. listopadu 2005

Rozsudek C-458/03 *Parking Brixen* ze dne 13. října 2005

Rozsudek C-234/03 *Ingesa* ze dne 27. října 2005

Rozsudek C-231/03 *Coname* ze dne 21. července 2005

Rozsudek C-26/03 *Stadt Halle a RPL Lochau* ze dne 11. ledna 2005

Rozsudek C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riita Korhonen* ze dne 22. května 2003

Rozsudek C-373/00 *Adolf Truley* ze dne 27. února 2003

Rozsudek C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard* ze dne 3. prosince 2001

Rozsudek C-997/98 *Komise v Francie* ze dne 5. října 2000

Rozsudek C-324/98 *Telaustria* ze dne 7. prosince 2000

Rozsudek C-275/98 *Unitron Scandinavia and 3-S* ze dne 18. listopadu 1999

Rozsudek C-225/98 *Komise v Francie* ze dne 26. září 2000

Rozsudek C-360/96 *Gemeente Arnhem* ze dne 10. listopadu 1998

Rozsudek C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria* ze dne 15. ledna 1998

Rozsudek C-27/86, 28/89 a 29/86 *CEI v Bellini* ze dne 9. července 1997

Rozsudek č. 243/89 *Komise v Dánsko* ze dne 22. června 1993

Rozsudek C-76/81 *Transporoute* ze dne 10. února 1982

Rozsudek C-120/78 *Cassis de Dijon* ze dne 20. února 1979

ROZHODNUTÍ ÚOHS

Rozhodnutí č.j. S504/2011/KO-19144/2011/530/KSt ze dne 20. ledna 2012

Rozhodnutí č.j. S285/2008/VZ-22463/2008/510/chm ze dne 7. ledna 2009

Rozhodnutí č.j. S236/2008/VZ-24465/2008/530/Ra ze dne 2. prosince 2008

Rozhodnutí č.j. S239/2008/VZ-24107/2008/530/Ra ze dne 28. listopadu 2008

Rozhodnutí č.j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr ze dne 27. srpna 2008

Rozhodnutí č.j. R087/2007 ze dne 16. srpna 2007

DALŠÍ ROZHODNUTÍ

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 23 Cdo 4561/2008 ze dne 21. 12. 2010

INTERNETOVÉ ZDROJE V ČESKÉM JAZYCE

JURČÍK, Radek. Analýza navrhované právní úpravy PPP projektů a její srovnání s právní úpravou de lege lata. [online]. 2008[cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/financ/jurcik.pdf>

MENZELOVÁ, Kateřina. 217 milionů za nic. Ať žijí PPP projekty!. Česká pozice [online]. 2011, 20.09.2011, s. 2 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://m.ceskapozice.cz/byznys/finance/217-milionu-za-nic-ziji-ppp-projekty>

ŠKEŘÍKOVÁ, Dana a David DVOŘÁK. Zákon o veřejných službách v přepravě cestujících – další krok k fragmentaci právní úpravy veřejného zadávání?. Elaw.cz [online]. 2011, 4.3.2011 [cit. 2012-03-23]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/cs/obchodni-pravo/409-zakon-o-veejnych-slubach-v-peprav-cestujicich-dalsi-krok-k-fragmentaci-pravni-upravy-verejneho-zadavani.html>

TOPENČÍK, Miroslav. Novela koncesního zákona - podnikání. Verlag Dashöfer [online]. 2010, 05.05.2010 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://www.doplnek.com/node/759>

TOPENČÍK, Miroslav. Novely zákonů a jejich vliv na koncesní zákon. Verlag Dashöfer [online]. 2012, 13.03.2012 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z:

http://www.obecniportal.cz/novely-zakonu-a-jejich-vliv-na-koncesni-zakon-uniqueidgOke4NvrWuOKaQDKuox_Z29jJeHg8QdAi1eMHGUagh0/

VRÁNOVÁ, Adéla. PPP projekty a postup formou dialogu: Praktické zkušenosti (část I.). *Epravo.cz* [online]. 2009, 23.9.2009 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/ppp-projetky-a-postup-formou-dialogu-prakticke-zkusenosti-cast-i-57983.html>

Aktualizovaný přehled projektů PPP v ČR - únor 2012. *Ministerstvo financí České republiky* [online]. 21. února 2012 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/pub_priv_part_68217.html

Je možné změnit smlouvu na plnění veřejné zakázky. *ELaw.cz* [online]. 2009, 07.12.2009 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/cs/ostatni/149-k-monostem-zmn-smlouvy-%20na-plnni-veejne-zakazky.html>

DVOŘÁK, D. Změny smluv ve veřejných zakázkách. In Sborník příspěvků z konference Cofola 2008 konané na PrF MU 13. – 14. 5. 2008 [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2008 [cit. 2012-03-20]. s. 1193-1205. Dostupné z: http://www.law.muni.cz/edicni/sborniky/cofola2008/files/pdf/civil/dvorak_david.pdf

IHNed.cz [online]. 2012, První dálnice na dluh vyjde na 3,8 miliardy [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://hn.ihned.cz/c1-54954280-prvni-dalnice-na-dluh-vyjde-na-3-8-miliardy>

Hodnota za peníze. *Ministerstvo financí ČR* [online] červenec 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/PPP-Methodika_-_Hodnota_za_penize_aktualizace_2011-07_v01.pdf

Interpretační sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství. *Evropská komise* [online] (2000/C 121/02) . 29. dubna 2000 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF>

Metodika k zákonu č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon). *Ministerstvo pro místní rozvoj ČR*. [online] duben 2008 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=1fe9a267-e6fc-4f50-8187-ab01d8bf33c0&versionhistoryid=67>

Metodika hodnocení kvantitativních aspektů hodnoty za peníze v projektech PPP. *Ministerstvo financí ČR* [online] červenec 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Methodika_hodnoceni_kvantitativnich_aspektu_hodnoty_za_penize_v_projektech_PPP_-_aktualizace_201107.pdf

Pracovní materiál o udělování koncesních smluv. *Výbor Evropského parlamentu pro vnitřní trh a ochranu spotřebitele* [online]. 20. února 2012 [cit. 2012-03-20] . Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-483.644&format=PDF&language=EN&secondRef=01>

Procesní postup při přípravě a realizaci PPP projektů. *Ministerstvo financí ČR*. [online] září 2011 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/PPP_Metodika-Procesni_postup_pri_priprave_a_realizaci_PPP_projektu_20120312.pdf

Stanovisko Asociace PPP k novele zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Asociace PPP [online]. 28. dubna 2011 [cit. 2012-03-20] . Dostupné z: http://www.asociaceppp.cz/cnt/stanoviska_asociace/?action=vfile&a_id=55

Stanovisko Asociace PPP k návrhu zákona o veřejných koncesních zakázkách (koncesní zákon). *Asociace PPP* [online]. 28. listopadu 2008 [cit. 2012-03-20] . Dostupné z: http://www.asociaceppp.cz/cnt/stanoviska_asociace/?action=vfile&a_id=41

Rozpočet Státního fondu dopravní infrastruktury na rok 2011 a střednědobý výhled na roky 2012 a 2013. *Státní fond dopravní infrastruktury*. 2010. Dostupné z: http://www.sfdi.cz/CZ/pdf/2010_rozpocet_sdv.pdf

Vzorová koncesní smlouva. *PPP Centrum České republiky* [online]. 2006 [cit. 2012-03-20]. Dostupné z: <http://www.pppcentrum.cz/index.php?cmd=page&id=1216>

INTERNETOVÉ ZDROJE CIZOJAZYČNÉ

VAN DER GEEST, Willem a Jorge NUNEZ-FERRER. Appropriate Financial Instruments for Public-Private Partnership to Boost Cross-Border Infrastructural Development-EU Experience. *ADB Working Paper Series* [online]. 2011, č. 281 [cit. 2012-03-22]. Dostupné z: <http://www.adbi.org/files/2011.05.13.wp281.financial.instruments.ppp.infrastructural.dev.eu.pdf>

Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 final. [online], [cit-20-03-12]. Dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:EN:PDF>

Impact assessment of an initiative on concessions accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts. *European Commission* [online] SEC(2011) 1588. 20. Února 2012 [cit. 2012-03-20] . Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:1588:FIN:EN:PDF>

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions. *European Commission*. [online] MEMO/11/932. 20. Prosince 2011 [cit. 2012-03-20] Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/932&language=EN>

Roadmap of Initiative on Concessions. *DG MARKT*. [online] 2010. [cit. 2012-03-20]
Dostupné z:
http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2010_markt_043_initiative_on_concessions_en.pdf

Abstrakt

Koncesní smlouva a koncesní řízení

Cílem mé práce je analyzovat platnou právní úpravu vztahující se ke koncesnímu řízení a koncesním smlouvám, které tvoří právní rámec PPP projektů v užším smyslu, a upozornit na některé její problematické aspekty.

První kapitola této práce se zabývá evropskými a českými prameny práva, které se vztahují k udělování koncesí. Na evropské úrovni je popsána role primárního práva, prameny práva sekundárního a vliv judikatury Evropského soudního dvora. Na úrovni vnitrostátní pak bude pozornost věnována především úpravě obsažené v koncesním zákoně, specifickým druhům koncesí, jejichž úprava je obsažena ve zvláštních zákonech, a dále bude vysvětlen vztah mezi koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách.

V kapitole druhé budou vysvětleny základní pojmy, které vymezují osobní a věcnou působnost koncesního řízení, s důrazem na výklad pojmu koncese, resp. koncesní smlouva, a dále základní zásady, které mají svůj původ v evropském primárním právu a které se vztahují jak na koncesní řízení podle části druhé koncesního zákona, tak i na zadávání koncesí, na které se úprava koncesního řízení v koncesním zákoně nevztahuje.

V kapitole třetí bude analyzován průběh koncesního řízení s ohledem na postup zadavatele a aplikaci výše uvedených základních zásad.

Kapitola čtvrtá se pak bude zabývat koncesní smlouvou z pohledu její právní úpravy obsažené v koncesním zákoně. Podrobněji bude rozebrána problematika změn již uzavřených koncesních smluv.

V závěru shrnuji provedenou analýzu a dílčí závěry, ke kterým jsem dospěl v rámci řešení jednotlivých kapitol, a doporučuji přijetí nového komplexního koncesního zákona, který by nebyl navázán na úpravu obsaženou v zákoně o veřejných zakázkách. Současně oceňuji přípravu zdařilé směrnice o udělování koncesí.

KLÍČOVÁ SLOVA

Veřejné zakázky, koncesní smlouva, koncesní řízení

Abstract

Concession agreement and concession procedure

The aim of this thesis is to analyse the valid legal regulations concerning the concession procedure and concession agreements that form the legal framework of the PPP projects in the strict sense, and to identify its key issues.

The first chapter of this thesis concerns both the European and Czech sources of law relating to the concession procedure. On the European level, the role of primary law is being considered, followed by the sources of secondary law and the influence of decisions of the Court of Justice of the European Union. On the domestic level, the thesis is focused on the regulation contained in the Concession Act, specific kinds of concessions regulated in special acts and on explanation of the relation between the Concessions Act and Public Procurement Act.

Chapter two examines the relevant concepts of law, which determine the personal and substantive scope of the concession procedure with accent on the definition of the concept of „concession“, resp. concession agreement, and basic principles which originate from the European primary law and apply both to the concession procedure pursuant to part II of the Concessions Act as well as awarding concessions that are not subject to the regulation in the Concessions Act.

Chapter three analyses the course of the concession procedure with regard to the operation of the contracting authority and application of the above-mentioned principles.

Chapter four will cover the concession agreement in the view of its legal regulation contained in the Concessions Act. The issue of amending concession agreements that have already been concluded is covered in more detail.

In the conclusion I will summarise the conducted analysis and partial conclusions from the previous chapters and suggest that a new complex concessions act should be passed that would not be linked to the regulation in the Public Procurement Act. I will also assess the preparation of the successful Directive on awarding concessions.

KEYWORDS

Public procurement, concession agreement, concession procedure