

**Univerzita Karlova v Praze**  
**Právnická fakulta**  
**Katedra obchodního práva**

**Veřejná soukromá partnerství**

Disertační práce

JUDr. Pavel Preisler

2011

Prohlašuji, že jsem tuto disertační práci vypracoval samostatně a všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány.

Prohlašuji dále, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

.....

*„Salus publica suprema lex“*

Obecné blaho je nejvyšším zákonem.

Cicero, De Legibus

Rád bych zde poděkoval své rodině za trpělivost, kterou se mnou měla při zpracování této práce.

## OBSAH

1	Uvedení do problematiky této práce .....	6
1.1	Zrod veřejných soukromých partnerství.....	6
1.2	Terminologie .....	10
1.3	Česká právní úprava .....	12
1.4	Struktura práce a použité metody .....	16
2	Podstata veřejných soukromých partnerství.....	18
2.1	K vymezení a znakům partnerství .....	18
2.2	Rizika v rámci veřejných soukromých partnerství .....	22
2.3	Veřejné statky .....	26
3	Začlenění veřejných soukromých partnerství do systému práva.....	29
4	Vybrané formy partnerství .....	33
4.1	Privatizace (privatisation).....	34
4.2	Prodej majetku (asset sale) .....	35
4.3	Wider Markets .....	42
4.4	Některé další formy partnerství ve Velké Británii.....	43
4.5	Private Finance Initiative .....	44
5	Veřejní a soukromí partneři jako subjekty práva .....	46
5.1	Stát jako veřejný partner .....	48
5.2	Obce a kraje jako veřejní partneři.....	53
5.3	Veřejní partneři jako veřejní zadavatelé .....	57
6	Prameny práva v oblasti partnerství .....	66
6.1	Mezinárodní prameny práva .....	67
6.2	Právo Evropské unie .....	68
6.2.1	Obecně k pojmu partnerství v právu EU .....	68
6.2.2	Úprava koncesí v právu EU .....	71
6.3	Vnitrostátní prameny partnerství .....	73
6.4	Zavedení koncesí do českého práva .....	75
6.5	Soutěžní a koncesní dialog .....	79
6.6	Koncese, veřejné zakázky a veřejné zakázky, jimiž se realizují partnerství v českém právu v kontextu evropské úpravy .....	82
6.7	Rizika u koncesních smluv .....	87
6.8	Right to exploit v české úpravě .....	88
6.9	Tzv. quasikoncesní smlouvy, koncesionářské smlouvy a koncesní smlouvy .....	92
6.9.1	Quasikoncesní smlouvy.....	92
6.9.2	Koncesionářské smlouvy.....	92
6.9.3	Srovnávací tabulka .....	95
7	Právní úprava zadávání koncesních smluv.....	98
7.1	Úvod .....	98
7.2	Výjimky z věcné působnosti koncesního zákona .....	98
7.3	Fáze před zahájením koncesního řízení .....	103
7.3.1	Předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný příjem koncesionáře.....	103
7.3.2	Koncesní projekt .....	107
7.4	Koncesní řízení .....	115
7.4.1	Zahájení koncesního řízení.....	115
7.4.2	Zrušení koncesního řízení .....	117
7.5	Postup v rámci koncesního řízení .....	128
7.5.1	Oznámení o zahájení koncesního řízení.....	128
7.5.2	Kvalifikace dodavatelů.....	132

7.5.2.1	Obecně ke kvalifikaci.....	132
7.5.2.2	Pravidla pro stanovení požadavku na prokázání splnění kvalifikace .....	136
7.5.2.3	Druhy kvalifikačních předpokladů.....	137
7.5.2.4	Posouzení kvalifikace .....	143
7.5.2.5	Podlimitní koncesní smlouvy na stavby .....	144
7.5.2.6	Omezení počtu dodavatelů po prokázání splnění kvalifikace.....	146
7.5.3	Fáze koncesního řízení po posouzení kvalifikace; koncesní dialog.....	148
7.5.4	Koncesní dokumentace .....	156
7.5.5	Subdodávky .....	172
7.5.6	Výzva k podání nabídek .....	174
7.5.7	Nabídky a zadávací lhůta .....	177
7.5.8	Jednání o nabídkách .....	182
7.5.9	Otevírání obálek s nabídkami.....	187
7.5.10	Posouzení a hodnocení nabídek.....	192
7.5.10.1	Obecně k posouzení a hodnocení nabídek a hodnotící komisi .....	192
7.5.10.2	Posouzení nabídek .....	194
7.5.10.3	Mimořádně nízká nabídková cena .....	196
7.5.10.4	Hodnocení nabídek .....	199
7.5.11	Výběr koncesionáře .....	207
7.5.12	Zákaz uzavření koncesní smlouvy.....	210
7.5.13	Námítky proti postupu zadavatele .....	213
7.5.13.1	Přípustnost podání námitek.....	213
7.5.13.2	Podání námitek.....	213
7.5.13.3	Přezkoumání námitek.....	214
7.5.14	Uzavření koncesní smlouvy.....	216
7.5.15	Koncesní smlouva.....	217
7.5.15.1	Obecně ke koncesní smlouvě.....	217
7.5.15.2	Náležitosti koncesní smlouvy .....	225
7.5.15.3	Doplňková ustanovení .....	231
7.5.15.4	Uzavření koncesní smlouvy ve zvláštním případě.....	233
7.5.15.5	Schválení koncesní smlouvy.....	236
7.5.15.6	Rozpočtový dozor Ministerstva financí .....	239
8	Závěr.....	242
9	Přehled použité literatury a jiných pramenů.....	249
9.1	Knižní literatura .....	249
9.2	Časopisecká literatura.....	250
9.3	Odborné zprávy .....	251
9.4	Internetové databáze .....	252
9.5	Soudní rozhodnutí.....	253
9.6	Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže .....	254
9.7	Právní předpisy .....	254
10	Abstrakt .....	257
11	Abstract .....	260

# 1 Uvedení do problematiky této práce

## 1.1 Zrod veřejných soukromých partnerství

Tradičně úkoly veřejné správy vykonávají veřejnoprávní, někdy, protože se jedná o správu, se označují také jako veřejnosprávní, subjekty. Tyto subjekty zajišťují vedle činností mocenských, kdy vystupují v určitém postavení a jsou nadány veřejnou mocí (vystupují v terminologii správního práva tzv. vrchnostensky), i činnosti či plnění úkolů, kdy zajišťují určité veřejné potřeby, avšak ve vztazích, které v souvislosti s tím vznikají, se jejich veřejnoprávní charakter nijak neprojevuje a tyto vztahy nejsou nijak mocenské. Hovoří se o tzv. fiskální správě.<sup>1</sup> Stejně jako ostatní právní vztahy vznikající mezi fyzickými a právnickými osobami a těmito osobami navzájem, tedy tzv. vztahy soukromoprávní, i tyto vztahy (tj. vztahy, ve kterých vystupuje především stát, ale i územní samosprávné celky při uspokojování veřejných potřeb) se řídí předpisy soukromoprávními (srov. § 261 odst. 2 obchodního zákoníku,<sup>2</sup> § 21 občanského zákoníku<sup>3</sup> /vystupování státu v soukromoprávních vztazích/, § 18 odst. 2 písm. c) občanského zákoníku /jednotky územní samosprávy jsou právnickými osobami/). Obvykle však míra právní volnosti jednotlivých veřejnoprávních subjektů v těchto soukromoprávních vztazích je určitými předpisy, které jsou svojí povahou veřejnoprávní, omezována s cílem zajistit především řádný a hospodárný výkon činností a úkolů, které jsou těmto subjektům uloženy.<sup>4</sup>

Již v minulosti v průběhu vývoje organizace veřejné správy a úkolů, které vykonává, bylo na úrovni veřejné správy zjištěno, že některé úkoly, které plní veřejnoprávní subjekty, mohou za určitých podmínek plnit též subjekty soukromoprávní. Jedna z nynějších forem veřejných soukromých partnerství byla v minulosti velmi hojně využívána. Šlo o tzv. koncese, které byly udílány investorům, typicky investorům do infrastruktury – železnic, s tím, že získali výlučné právo infrastrukturu vybudovat, a pak ji provozovat.<sup>5</sup>

Snaha zapojit soukromoprávní subjekty do plnění veřejnoprávních úkolů je dána zejména snahou pro větší hospodářské efektivitě spojenou s omezenými finančními prostředky, kterými veřejná správa disponuje. Navíc soukromoprávní subjekty mohou některé úkoly veřejné správy plnit lépe. Pod slovem lépe se obvykle hovoří o větší efektivitě. Úkoly

---

<sup>1</sup> Viz Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 13, 14; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]

<sup>2</sup> Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále v textu také ObchZ

<sup>3</sup> Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále v textu také OZ

<sup>4</sup> Srov. například úpravu v zákoně č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákoně č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, tzv. velký rozpočtový zákon, dále zákon č. 250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, tzv. malý rozpočtový zákon, koncesní zákon, zákon o zadávání veřejných zakázek a další).

<sup>5</sup> Srov. například § 5 zákona č. 373/1919 Sb., vyhlášku č. 82/1927 Sb.

jsou plněny efektivněji, a to ve smyslu výkonnostním, jsou však mnohdy plněny i hospodárněji, a tedy s menšími náklady.<sup>6</sup> V souvislosti s veřejnými soukromými partnerstvími se též mluví o přenesení, lepším rozložení a sdílení rizik.<sup>7</sup>

Samozřejmě tomu tak nemusí být vždy a ne u všech úkolů veřejné správy je vůbec technicky a prakticky možné, aby byly přeneseny na jiný subjekt, ale v některých oblastech, především tam, kde nedochází k přímému přenosu veřejnoprávního autoritativního působení, to lze. Samotné přenášení úkolů veřejné správy na subjekty soukromoprávní však jako veřejná soukromá partnerství označit nelze. Lze v tom však vidět jistý vývojový předstupeň, resp. partnerství jsou sofistikovanější, modernější, komplexnější stupeň přenosu úkolů veřejné správy na jiné subjekty. Veřejná soukromá partnerství jsou v řadě zemí teprve ve své prvotní fázi, projekty jsou teprve realizovány a subjekty na nich participující získávají s těmito projekty zkušenosti. Jako velice aktuální v této souvislosti se zatím otevírá otázka tzv. accountability, tedy odpovědnosti za kvalitu přenesených úkolů<sup>8</sup> ve vztahu k těm, jimž mají

---

<sup>6</sup> Sue Arrowsmith spatřuje oblibu využívání partnerství v tom, že se jednak předpokládá, že soukromoprávní subjekty dokážou nabídnout lepší poměr hodnoty za peníze (value for money) oproti veřejnoprávním subjektům, čehož dosáhnou lepší schopností převzít a nakládat s riziky, která jsou s určitou aktivitou spojená, a dále i schopností přinášet nová a efektivnější řešení a lepší využívání majetku, a tak dosáhnout úspor. Autorka ale správně zdůrazňuje, že vzhledem k tomu, že náklady na financování projektů jsou u soukromoprávních subjektů vyšší než u veřejnoprávních, lepší poměr hodnoty za peníze lze dosáhnout pouze tehdy, pokud tyto zvýšené náklady jsou vynahrazeny jinými úsporami. Další důvod obliby je dán tím, že umožňují uskutečnit finančně náročné projekty i tehdy, když veřejnoprávní subjekt nemá dostatek finančních prostředků. V těchto případech se připouští, aby se projekt uskutečnil, i když nepřinese hodnotu za peníze větší, než kdyby jej uskutečnil sám veřejnoprávní subjekt. V této souvislosti autorka poukazuje na to, že přístup britské vlády je, aby se projekt uskutečnil pouze tehdy, pokud přinese lepší hodnotu za peníze, než kdyby jej realizoval veřejnoprávní subjekt. Private Finance Initiative by neměla být užívána pouze z důvodu nedostatku finančních prostředků pro zajištění zakázky jiným způsobem. V praxi se toto ale příliš nedodrжуje. Viz Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? *Common Market Law Review*, 2000, 37, str. 710, čerpáno z elektronické databáze HeinOnline.org [23.3.2008].

Podobný přístup lze očekávat i v ČR. Partnerství se tak stávají populárními především jako alternativa financování náročných (ale bohužel i méně náročných) projektů za situace, kdy veřejnoprávní subjekt nemá dostatek finančních prostředků (ať už z důvodu jejich skutečného nedostatku nebo řešení rozpočtového schodku a neochoty se dále zadlužovat).

<sup>7</sup> Viz například studie Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. ii a 1, studie je přístupná na [http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0602\\_VSP\\_briefingnote\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0602_VSP_briefingnote_en.pdf) [8.12.2008]. /Pokud je v této práci dále odkazováno na tuto studii, neopakujeme odkaz na internetovou stránku ani datum záznamu jejího obsahu, neboť odkaz na internetovou stránku i datum záznamu je ve všech dalších případech odkazu stejný./ A dále Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? *Common Market Law Review*, 2000, 37, str. 709, 710.

<sup>8</sup> Záměrně v této práci hovoříme o úkolech či činnostech, a nikoliv o dílech, zboží či službách, jež slouží pouze jako prostředek k realizování činnosti a naplňování stanovených úkolů. Úkoly veřejné správy totiž zahrnují jak činnosti zajišťovací (zajistit dopravní obslužnost, například postavením nové dálnice), tak nákupní (nakoupení IT vybavení), tak i zajištění služeb, a to jak vnitřních (provoz sítě úřadu), tak vnějších (provoz internetového portálu pro veřejnost).

tyto úkoly sloužit a být ku prospěchu.<sup>9</sup> Tedy vymezení standardu přenesených úkolů a odpovědnosti vůči „klientům“ veřejné správy za jejich řádné dodržování.<sup>10</sup>

Hned v úvodu je však třeba říci, že veřejná soukromá partnerství spíše než právním pojmem jsou institucionálním a ekonomickým označením pro určitý vnější jev. Navíc se jedná o souborný pojem. V právních rádech se obvykle označení veřejná soukromá partnerství nepoužívá. Pokud jsou partnerství upravena právem, pak jsou upraveny jejich jednotlivé formy, které vykazují určité znaky definované právem. Paradoxně nepanuje obecná shoda ohledně forem, které lze za veřejná soukromá partnerství označit.<sup>11</sup> Různé formy spolupráce veřejných a soukromých partnerů jsou proto v jednotlivých zemích řazeny do kategorie veřejných soukromých partnerství (public private partnership) spíše na základě tradice, jako důsledek sjednocování právních předpisů nebo podle přístupu, který k této problematice zaujímá autor, jenž o ní pojednává. V rámci kontinentální Evropské unie však lze jednoznačně jako jednu z převažujících a obecně akceptovaných forem veřejného a soukromého partnerství určit koncese<sup>12</sup> a v rámci Velké Británie tzv. Private Finance Initiative.<sup>13</sup> Přijetí zákona o

---

<sup>9</sup> Viz například Hodge, G. Public Private Partnerships and Legitimacy. University of New South Wales Law Journal, 2006, 29, str. 324, čerpáno z elektronické databáze HeinOnline.org [15.2.2008]

<sup>10</sup> Nebo jinak řečeno vůči uživatelům veřejných statků.

<sup>11</sup> Například Sue Arrowsmith uvádí, že mezi veřejná soukromá partnerství v nejširším smyslu lze zahrnout takové formy spolupráce mezi veřejnoprávními a soukromoprávními subjekty, jako je například outsourcing, management buy-out, Private Finance Initiative. /Outsourcing a management buy-out nemají český ekvivalent. Obecně jde o vyvádění určitých (spíše dílčích) činností jednoho subjektu na jiný subjekt./ Viz Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? Common Market Law Review, 2000, 37, str. 709

Nebo studie Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union uvádí, že v rámci Evropské unie se lze setkat s 5 základními formami veřejných soukromých partnerství. Mimo jiné se zde uvádějí i tzv. DBFO koncese. Viz Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. 4 a 5

LexisNexis Butterworths PFI Manual uvádí, že „*Private Finance Initiative* (jedna z forem partnerství, pozn. autora) je třetím stupněm procesu, který byl odstartován privatizací, [...]“ a následován outsourcingem spolu s tzv. contracting out. /Překlad autor/ Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – B – 2 – (47), (48), (49), čerpáno z elektronické databáze LexisNexis (<http://www.lexisnexis.co.uk>) [1.2.2008]. /Pokud je v této práci dále odkazováno na tuto databázi, neopakujeme odkaz na internetovou stránku ani datum záznamu jejího obsahu, neboť odkaz na internetovou stránku i datum záznamu je ve všech dalších případech odkazu stejný./

Zpráva Ministerstva financí Velké Británie Public Private Partnerships Government's Approach zmiňuje 9 forem partnerství: concessions (koncese), asset sale ([roz]prodej majetku), wider markets (využívání veřejného majetku soukromými podnikatelskými subjekty), sales of businesses (prodej podílů ve státech vlastněných společnostech), partnership companies (prodej podílů ve státech vlastněných společnostech, avšak se zachováním státního podílu), Private Finance Initiative, joint ventures (společné „podniky“ veřejného a soukromého subjektu /zde nejde o podnik ve smyslu obchodního zákoníku, spíše jde o podnikatelský záměr/), partnership investments (spolufinancování aktivit soukromých subjektů ze státních prostředků) a policy partnerships (zapojení soukromých osob do realizace státních koncepcí). Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 8, 46 a 47, zpráva je přístupná na: <http://www.hm-treasury.gov.uk/d/80.pdf> [17.12.2009]. /Pokud je v této práci dále odkazováno na tuto zprávu, neopakujeme odkaz na internetovou stránku ani datum záznamu jejího obsahu, neboť odkaz na internetovou stránku i datum záznamu je ve všech dalších případech odkazu stejný./

<sup>12</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 7, kniha je přístupná na: <http://eur->



koncesních smlouvách a koncesním řízení bylo prezentováno a i v současnosti je tak prezentováno jako právní úprava týkající se problematiky veřejných soukromých partnerství. V důvodové zprávě se k tomu uvádí: „*Současný český právní řád neobsahuje komplexní úpravu koncesních smluv, které jsou uzavírány v rámci spolupráce subjektů z veřejného a soukromého sektoru, tzv. public private partnership (PPP).*“<sup>14</sup> Koncese jsou jedny z forem partnerství veřejnoprávních a soukromoprávních subjektů. Nejsou však formou jedinou a partnerství zahrnují více forem spolupráce.

Jako počátek veřejných soukromých partnerství se obvykle uvádí období konce 70. let a začátek 80. let 20. století.<sup>15</sup> Vzhledem k tomu, že pojem veřejných soukromých partnerství není právním pojmem, ani nejde o právní institut, nelze o přesném datu vzniku či zrození veřejných soukromých partnerství hovořit. Spíše je možné zaznamenat určitou sociální a ekonomickou situaci jednotlivých států, která vedla jednotlivé vlády k zavádění nových forem spolupráce veřejnoprávních a soukromoprávních subjektů na uspokojování veřejných potřeb. Historicky lze vysledovat, že počátek veřejných soukromých partnerství je spojen především s dvěma souvisejícími historickými událostmi.

Za prvé období přelomu 70. a 80. let 20. století je známo tzv. měnovou krizí. Ta zasáhla v podstatě celý svět a v západních zemích tzv. welfare state, neboli stát blahobytu.<sup>16</sup> Státy čelily především vysoká inflaci a vysokým veřejným výdajům. Pro státní a jiné veřejné rozpočty přestaly být některé úkoly, které z nich byly financovány, ufinancovatelné, aniž by nedocházelo k jejich zadlužení či trvalému zadlužování. Pro vládní představitele tak vznikala otázka, zda některé úkoly a činnosti zcela přestat plnit či poskytovat, omezit je, popřípadě do jaké míry, či vzniklou situaci řešit jiným způsobem. A právě převedení těchto úkolů na soukromoprávní subjekty či jiná forma jejich zapojení do uspokojování těchto veřejných potřeb se jevílo jako jedna z možných cest jak řešit nedostatek finančních zdrojů ve veřejných

---

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0327:EN:HTML](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0327:EN:HTML) [2.1.2007], v českém jazyce dostupná na: <http://www.PPPcentrum.cz/res/data/002/000344.pdf> [2.4.2011] nebo <http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=5993b46f-64f9-43a9-bfcc-ac36f306c40e> [5.4.2011]. /Pokud je v této práci dále odkazováno na tuto zelenou knihu, neopakujeme odkaz na internetovou stránku ani datum záznamu jejího obsahu, neboť odkaz na internetovou stránku i datum záznamu je ve všech dalších případech odkazu stejný./

<sup>13</sup> Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 10; Private Finance Initiative (zkráceně PFI) je jedna z forem partnerství a její název vyjadřuje především finanční stránku partnerství, tedy to že na financování (*finance*) se podíl (*initiative*) především soukromý subjekt (*private*).

<sup>14</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, i.1), zpráva je dostupná na: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=14546> [19.12.2009]. /Pokud je v této práci dále odkazováno na tuto důvodovou zprávu, neopakujeme odkaz na internetovou stránku ani datum záznamu jejího obsahu, neboť odkaz na internetovou stránku i datum záznamu je ve všech dalších případech odkazu stejný./

<sup>15</sup> Viz například zpráva Ministerstva financí Velké Británie – HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 25

<sup>16</sup> Podrobněji o této problematice a zejména zániku welfare state viz Papadakis, E., Tailor-Gooby, P. The Private Provision of Public Welfare – State, Market and Community. Brighton: Wheatsheaf Books, 1987, str. 1 – 39.

rozpočtech a přitom zcela nerezignovat na plnění některých veřejných úkolů, resp. poskytování některých veřejných statků. Druhým impulsem se stala ropná krize, která v té době znovu propukla, a s ní spojené hospodářské problémy. Ve Velké Británii je toto období spojeno s vládou Margaret Thatcher, která důsledně dbala na snižování státních výdajů a nekontrolovaný růst inflace a především zahájila rozsáhlou privatizaci, jež přinesla do státní pokladny potřebné finance na krytí veřejných výdajů, a stala se určitým předstupněm současných partnerství. Začátkem devadesátých let, s koncem mohutných privatizací, však vláda stojí před podobným problémem, jako o jedno desetiletí zpátky.<sup>17</sup> Tímto problémem je nedostatek peněz. Na vzrůstající veřejné výdaje reagovala britská vláda tak, že v roce 1992 zavedla Private Finance Initiative jako další vývojovou fázi spolupráce mezi soukromoprávními a veřejnoprávními osobami navazující na předchozí modely privatizace a contracting out.<sup>18</sup> Zavedení Private Finance Initiative jako formy veřejných soukromých partnerství je spojováno se jménem pozdějšího ministra financí Normana Lamonta. Private Finance Initiative byla reakce na neefektivnost „tradičních“ veřejných zakázek na dodávky a na služby.<sup>19</sup> Zakázky často nakonec stály více, než bylo dohodnuto, a byly zpožděné.<sup>20</sup>

Protože podobným problémům, které vedly Velkou Británii k zavedení Private Finance Initiative, čelilo a čelí stále více států, ať už jde o snižování veřejného zadlužení, nedostatek veřejných prostředků či neefektivnost veřejných zakázek, vzrůstal zájem států a jejich reprezentantů na zavádění veřejných soukromých partnerství i v jiných zemích. Z počátku šlo o zájem ekonomický a národohospodářský, který však byl následován zájmem i právním, neboť úspěšná realizace projektů partnerství vyžaduje i patřičný legislativní základ. Ne jinak tomu bylo i v České republice.<sup>21</sup>

## 1.2 Terminologie

Přehodnocení priorit státu a snaha zapojit do financování veřejných úkolů i soukromé finance, nikoliv však pouze finance, ale též know-how, zkušenosti, manažerské dovednosti,

---

<sup>17</sup> Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – A (5), (6), (7)

<sup>18</sup> Contracting out nemá český ekvivalent. Obecně jde o vyvádění určitých (spíše dílčích) činností jednoho subjektu na jiný subjekt. Je to obdoba již zmiňovaného outsourcingu a management buy-out.

<sup>19</sup> Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – A (21)

<sup>20</sup> Srov. LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – A (23)

<sup>21</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č.1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, ve které se přímo uvádí: „[...] Z výše uvedeného plyne, že stávající právní stav vytváří poměrně vysokou míru právní nejistoty ve vztahu ke koncesním smlouvám. Je tedy zřejmé, že bez speciální úpravy nemůže dojít k většímu rozvoji koncesních smluv a existuje reálné nebezpečí, že se budou realizovat „quasi“ koncesní smlouvy, které však s sebou ponесou vyšší míru právních a regulačních rizik, pokud nebude existovat speciální právní úprava. Koncesní smlouvy jsou jednou z možností jak zajistit realizaci úkolů veřejné správy a poskytování služeb veřejnosti. Zkušenosti ze zahraničí ukazují, že jde často o způsob, který je pro veřejný sektor vhodnější, než jiné možnosti. [...]”

podnikatelskou efektivitu apod. se zpočátku dělo především v anglicky hovořících zemích – Spojené státy americké, Velká Británie, Kanada, Austrálie. V důsledku dalšího vývoje se začal prosazovat model spolupráce mezi státem a veřejnoprávními územními korporacemi – kraji a obcemi (resp. v závislosti na vnitřní organizaci ústřední a územní správy každého státu různými jinými veřejnoprávními územními korporativními jednotkami) jako poskytovateli určitých veřejných statků a soukromoprávními osobami, na základě kterého dochází k přenosu poskytování určitých veřejných statků ze státu na soukromoprávní osobu, která je pak veřejně poskytuje jejich uživatelům. Protože se tento model začal objevovat v anglicky hovořících zemích, získal přirozeně z našeho pohledu cizojazyčné označení, a to Public Private Partnership, tedy do češtiny přeloženo jako veřejné soukromé partnerství.<sup>22</sup> Lze se však setkat i s českým překladem jako veřejně soukromá partnerství,<sup>23</sup> popř. s přehozením slov „veřejná“ a „soukromá“ partnerství, takže se pak někdy hovoří o soukromně veřejných nebo o soukromých a veřejných partnerstvích. Někdy se je možné též setkat s označením tohoto fenoménu jako spolupráce veřejného a soukromého sektoru.<sup>24</sup> Ohledně označování nejsme zastánci toho, abychom dogmaticky trvali na jediném označení. Máme za to, že pokud bude zřejmé, o jaký předmět zájmu se jedná, je možné kterékoliv z výše uvedených označení. Vždyť i sám definiční okruh toho, co se označuje za Public Private Partnership je otevřený, jeho vymezení je elastické a závislé na přístupu jednotlivých autorů a v různých zemích je odlišné. My se však podržíme v této práci označení Public Private Partnership, zkráceně PPP, v českém překladu veřejné soukromé partnerství, zkráceně VSP. Máme totiž za to, že tento překlad s použitím přídavných jmen (adjektiv) vystihuje podstatu tohoto fenoménu lépe než veřejně soukromá partnerství, kde se používá příslovce (adverbium), či občas se vyskytující označení spolupráce veřejného a soukromého sektoru, kterou považujeme za nadřazený pojem ve vztahu k veřejným soukromým partnerstvím, neboť veřejná soukromá partnerství jsou vždy formou spolupráce veřejného a soukromého sektoru, ovšem existují i formy spolupráce veřejného a soukromého sektoru, které veřejným soukromým partnerstvím nejsou, protože

---

<sup>22</sup> Uvedený název vychází z anglického Public Private Partnership, zkráceně také někdy PPP nebo 3P's. Oxfordský slovník anglického jazyka (Hornby, A.S. Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English. 5. vydání. Oxford: Oxford University Press, 1995) uvádí, že slovo „public“ mimo jiné znamená cit. doslovně „[...] provided, esp. by government, for the use of people in general; not private [...]“. tzn. veřejný. „Private“ je pak vyjádřením jeho antonyma. „Partnership“ znamená partnerství.

<sup>23</sup> Dokonce původní návrh věcného záměru zákona, který by problematiku upravoval, nesl název zákon o veřejně soukromých partnerstvích. Viz návrh věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích dostupný na adrese <http://www.PPPcentrum.cz/index.php?cmd=news&lang=cs&id=19> [8.12.2008]. V textu této práce se, pokud budeme hovořit o návrhu věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích, přidržíme označení, které tvůrce návrhu přijal, ačkoliv jinak používáme, jak bylo vysvětleno, označení veřejná soukromá partnerství.

<sup>24</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4 Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006

nesplňují znaky, které by tento druh spolupráce, aby mohl být označen za veřejné soukromé partnerství, splňovat měl. Spolupráce veřejného a soukromého sektoru je tak nadřazeným pojmem ve vztahu k veřejným soukromým partnerstvím. Označení veřejně soukromá partnerství dle našeho názoru navozuje zdání, že partnerství je *veřejně* soukromé. Takovou povahu však partnerství nemá. Právě označení veřejné soukromé partnerství vyjadřuje nejpřesněji povahu spolupráce, když jde o vzájemně rovné partnery, kteří se na vznikajícím právním vztahu podílejí stejnou měrou. Konečně v souvislosti s tímto terminologickým exkurzem máme za to, že je vhodné poznamenat i fakt, že se obvykle označení používá v množném čísle (plurálu), čímž se tedy vyjadřuje, že veřejná soukromá partnerství je druhové označení pro určitou skupinu forem spolupráce.

V souladu s trendem, který zavádí nový občanský zákoník, přesněji který se zamýšlí zavést, používáme v této práci český překlad veřejná soukromá partnerství.<sup>25</sup> Tento překlad odpovídá původnímu označení public private partnership. Překlad je srozumitelný, nebrání přenosu sdělované informace a není proto důvod, proč nezavést a nepoužívat české označení.<sup>26</sup>

### **1.3 Česká právní úprava**

Jak již bylo uvedeno, veřejná soukromá partnerství se začala využívat především v anglicky hovořících zemích, což bylo dáno především způsobem fungování tamější veřejné správy a zapojováním soukromých subjektů do uspokojování veřejných potřeb.<sup>27</sup> Avšak určitá atraktivita většího zapojení soukromoprávních subjektů do zajišťování veřejných statků a snaha hledat další především finanční zdroje pro jejich budování a rozvoj vzbudila všeobecný zájem o tuto problematiku rovněž v kontinentální Evropě. Není třeba dodávat, že zájem o veřejná soukromá partnerství existuje i na úrovni orgánů Evropské unie, a to jak z hlediska jejich využitelnosti, tak i právní regulace.<sup>28</sup>

Zájem o tuto oblast a možnosti využití se nevyhnuly ani České republice zejména v souvislosti s tím, že se Česká republika dlouhodobě snaží snížit schodek veřejných financí a celkový veřejný dluh a zavést vyrovnané hospodaření veřejnoprávních korporací a splnit tzv. konvergenční (také někdy označovaná jako maastrichtská) kritéria, která jsou předpokladem pro zavedení jednotné evropské měny euro. Právě možný pozitivní dopad realizace projektů

---

<sup>25</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu nového občanského zákoníku, verze leden 2011, str. 24, přístupná na: [http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova%20zprava%20OZ\\_ver\\_2010.pdf](http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova%20zprava%20OZ_ver_2010.pdf) [3.4.2011]

<sup>26</sup> Dále v textu též VSP nebo zkráceně partnerství.

<sup>27</sup> Srov. například Bradley, A.W., Ewing, K.D. Constitutional and Administrative Law. 13. vydání. Essex: Pearson Education Limited, 2003, str. 295 a 360

<sup>28</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 3

prostřednictvím veřejných soukromých partnerství na rozpočty maior (státní) a minor (místní, regionální) vedly k přípravě právní úpravy i v České republice. V důvodové zprávě k zákonu o koncesních smlouvách a koncesním řízení se uvádí: „*Předpokládá se, že navrhovaná právní úprava povede k úspoře veřejných prostředků zejména v souvislosti s tím, že jejím prostřednictvím bude docházet k zajištění úkolů subjektů veřejného sektoru soukromým subjektem, který na jejich řádném fungování bude ekonomicky zainteresován. Proto od něj je možné očekávat, že bude služby zajišťovat pro subjekty veřejného sektoru, resp. pro uživatele těchto služeb, efektivněji a zpravidla tedy i levněji, než by dané služby zajišťoval tento subjekt sám.*“<sup>29</sup> V roce 2004 zveřejnilo Ministerstvo pro místní rozvoj návrh věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích s tím, že problematika není dosud komplexně upravena, a proto s ohledem na určitá specifika partnerství se jeví jako vhodné přijmout zákon, který by problematiku partnerství upravoval.<sup>30</sup>

Dokončení zákona o veřejně soukromých partnerstvích v podobě, v jaké byl nastíněn v návrhu věcného záměru zákona, ale nedošlo. Věcný záměr za partnerství označoval „[...] *smluvní vztah mezi veřejným a soukromým subjektem, jehož cílem je společné zajištění určitých služeb veřejného zájmu, které jsou obvykle zabezpečovány pouze veřejným subjektem.*“<sup>31</sup> Na soukromoprávní subjekt je v rámci partnerství obvykle přenesena příprava, vybudování a následný provoz určitého díla (například nemocnice), popřípadě pouze některá z uvedených činností, nebo v rámci partnerství poskytuje určité veřejné služby, popřípadě může jít o kombinaci obou výše uvedených činností. Současně získává soukromoprávní subjekt oprávnění vůči uživatelům uvedených statků spočívající zpravidla v právu na výběr poplatků za využívání veřejného statku (například výběr mýta). Původní záměr počítal s tím, že celý průběh vzniku a realizace partnerství se bude odehrávat v několika fázích. V první fázi měl být prováděn výběr soukromého partnera, a to postupem v rámci zadávacího řízení podle

---

<sup>29</sup> Důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4 Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006 v této souvislosti dále konstatuje: „*Koncesní smlouvy jsou jednou z možností jak zajistit realizaci úkolů veřejné správy a poskytování služeb veřejnosti. Zkušenosti ze zahraničí ukazují, že jde často o způsob, který je pro veřejný sektor vhodnější, než jiné možnosti. Vzhledem ke své komplexnosti, dlouhodobosti, rozsahu a významu je třeba zajistit pro účastníky a uživatele předmětné služby vyhovující právní rámec, vyšší stupeň právní jistoty a přiměřenou míru regulace. Z těchto důvodů řada států, včetně členských zemí EU (Irsko, Francie, Itálie, Španělsko), přijala speciální zákony upravující tuto oblast.*“

<sup>30</sup> Viz návrh věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích dostupný na adrese <http://www.PPPcentrum.cz/index.php?cmd=news&lang=cs&id=19> [8.12.2008], str. 1 věcného záměru Vláda o něm jednala – viz program schůze vlády ČR dne 9. března 2005 [http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni\\_webtest.nsf/0/45E9D4FF4038B8FBC12571B6006BAB75](http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni_webtest.nsf/0/45E9D4FF4038B8FBC12571B6006BAB75) [8.12.2008] a návrh záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích schválila usnesením vlády ČR ze dne 9. března 2005 pod č. 265 – viz [http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni\\_webtest.nsf/0/f6c380e55463b81bc12571b6006e3748/\\$FILE/uv050309.0\\_265.doc](http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni_webtest.nsf/0/f6c380e55463b81bc12571b6006e3748/$FILE/uv050309.0_265.doc) [8.12.2008].

<sup>31</sup> Viz návrh věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích dostupný na adrese <http://www.PPPcentrum.cz/index.php?cmd=news&lang=cs&id=19> [8.12.2008], str. 2 věcného záměru

v té době platného zákona o zadávání veřejných zakázek (zákon č. 40/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů), který měl být v návaznosti na směrnici 2004/18/ES novelizován a „obohacen“ o nový druh zadávacího řízení tzv. soutěžní dialog. Tento proces, zakončený uzavřením smlouvy s vybraným soukromým partnerem, se označoval jako koncesní řízení. Partnerství mělo vzniknout uzavřením smlouvy, která se dle návrhu věcného záměru měla označovat jako „smlouva o partnerství“. V druhé fázi měl uzavřením smlouvy o partnerství vzniknout soukromému partneru právní nárok na vydání koncesní listiny, kterou by se prokazoval vůči třetím osobám věcný a časový rozsah převedených úkolů v rámci partnerství. Koncesní listinu návrh věcného záměru označuje jako správní rozhodnutí s deklaratorními účinky, na které má soukromý partner po uzavření smlouvy o partnerství právní nárok. Pro případ, že by smlouvou o partnerství došlo k přenosu veřejné moci na soukromého partnera, počítalo se, že k samotnému přenosu by docházelo správním aktem (rozhodnutím), při jehož vydávání by se postupovalo dle správního řádu.

Vymezení veřejných soukromých partnerství v návrhu věcného záměru odpovídá jejich obecnému chápání a nelze proti němu v zásadě nic namítat. Co se však v návrhu jevílo jako velmi diskutní a nakonec ani do současného zákona převzato nebylo, bylo rozhodování v druhé fázi o vydání koncesní listiny a rozhodování o přenosu veřejnoprávních oprávnění. I přesto, že podle platné právní úpravy se koncesní listina nevydává, lze zde vidět zárodky problému s označením „koncese“. Chybné je i samotné pojetí koncesní listiny jako správního rozhodnutí, na jehož vydání je právní nárok a které má deklaratorní účinky. Takové pojetí je zcela v rozporu s vymezením koncese a chápáním deklaratorních a konstitutivních aktů v teorii správního práva a vůbec v právní teorii jako takové. Ve správním právu se pod označením koncese, jež se prokazuje koncesní listinou,<sup>32</sup> chápe určité oprávnění, které je nutné k určité činnosti a na jehož získání, resp. vydání příslušného rozhodnutí o udělení koncese, není právní nárok a je tedy věcí správního uvážení, zda žadateli správní úřad koncesi udělí, či nikoliv.<sup>33</sup> Rozhodnutí, které svojí povahou zakládá právní vztahy, se označuje v právní teorii jako konstitutivní. Koncese vykazují tuto charakteristiku (subjekt, který získá koncesi, je oprávněn k určité činnosti), a proto jsou konstitutivními rozhodnutími. Naopak rozhodnutí deklaratorní pouze autoritativně zjišťují či potvrzují právní vztahy, které již existují a staly se například spornými, či jinak vznikla potřeba existenci těchto vztahů potvrdit.

---

<sup>32</sup> Srov. například § 50 a násl. zákona č. 455/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>33</sup> Srov. Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 217

Proto není vůbec správná konstrukce, která byla obsažená v návrhu věcného záměru tak, jak byla popsána výše. Nelze spojovat uzavření smlouvy o partnerství se vznikem nároku na vydání koncesní listiny (udělení koncese) jako správního rozhodnutí, které pouze prokazuje existenci partnerství, tedy má pouze deklaratorní funkci. Uvedené totiž vychází z nesprávného zaměnění „koncesí“ a „koncesí“. Není totiž možné spojovat koncese tak, jak je definuje teorie správního práva a jak je používá například živnostenský zákon a koncese (tzv. concessions) jak jsou chápány v souvislosti s veřejnými soukromými partnerstvími.<sup>34</sup> Koncese jsou jednou z forem veřejných soukromých partnerství.<sup>35</sup> V této souvislosti však označení koncese znamená smluvně založenou formu spolupráce mezi veřejným a soukromým partnerem sloužící zajišťování veřejných statků.<sup>36</sup> Koncesní charakter se projevuje tím, že soukromý partner získává výlučné oprávnění brát užitky ze svého plnění.<sup>37</sup> Novodobě pochází koncese v tomto smyslu z evropských předpisů.<sup>38</sup> Tento rozdíl v označení „koncesí“, terminologicky a funkčně zcela zásadní, je pak třeba důsledně rozlišovat.<sup>39</sup>

Nakonec tedy byla přijata úprava veřejných soukromých partnerství odlišná od výše uvedeného záměru. Do výsledné podoby a legislativně-technického pojetí právní úpravy zejména zasáhla povinnost provést implementaci směrnic Evropských společenství.<sup>40</sup> Konkrétně se jednalo o směrnici 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, která měla být

---

<sup>34</sup> Srov. § 9 písm. b), § 53 zákona č. 455/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>35</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 7

<sup>36</sup> Koncese jako jedna z forem veřejných soukromých partnerství se v teorii správního práva blíží pojetí veřejného podniku v užším smyslu jako označení přenosu zajišťování úkolů veřejné správy na soukromoprávní subjekt. Srov. Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 113

<sup>37</sup> Srov. § 16 odst. 2 KZ

<sup>38</sup> Koncese na stavební práce upravovala směrnice 93/37/EEC. Vzhledem k výkladovým a aplikačním problémům přijala Komise ke směrnici a koncesím výkladové sdělení (Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law 2000/C 121/02, jež je dostupné na adrese: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF> [27.1.2009]).

Směrnice byla nahrazena směrnicí 2004/18/ES. Na úrovni EU se koncesím věnuje také Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004. Odlišnost koncese (concession) a koncese (concession) zdůrazňuje i výkladové sdělení Komise – viz Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law 2000/C 121/02, část 2.4

<sup>39</sup> Přitom není vyloučeno, že v rámci veřejného soukromého partnerství budou využity oba z těchto institutů. Partnerství vznikne uzavřením koncesní smlouvy. Soukromý subjekt však, aby mohl plnit závazky z koncesní smlouvy, bude muset mít určitou koncesi.

<sup>40</sup> Lisabonskou smlouvou, která byla podepsána dne 13.12.2007 a vstoupila v platnost dne 1.12.2009 (viz sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 111/2009 Sb. m. s.), došlo k významným změnám v organizaci a fungování Evropské unie. Evropská unie nahradila Evropská společenství a je jejich nástupkyní (článek 1 Lisabonské smlouvy a článek 1 Smlouvy o Evropské unii). Podle článku 48 Smlouvy o Evropské unii má Evropská unie právní subjektivitu. Změnila se i organizace a označení Soudního dvora. Nově má Evropská unie jako soudní orgán Soudní dvůr Evropské unie, Tribunál a specializovaný Soud pro veřejnou službu. V následujícím textu proto používáme označení Evropská unie, či zkráceně EU. Pokud chceme zdůraznit, že se jedná o akt či skutečnost z doby před vstupem v platnost Lisabonské smlouvy, užíváme označení Evropské společenství. Pro soudní orgány používáme označení Soudní dvůr.

implementována do 31. ledna 2006.<sup>41</sup> Zákodárce si zřejmě též uvědomil výše uvedené problematické aspekty vydávání koncesní listiny a rozhodnutí o přenesení veřejnomocenských oprávnění na soukromého partnera. Současná právní úprava proto spočívá na nově přijatém zákoně o koncesních smlouvách a koncesním řízení a novém zákoně o veřejných zakázkách.<sup>42</sup> Oba předpisy nabyly účinnosti 1. července 2006.

#### **1.4 Struktura práce a použité metody**

Cílem této práce je na základě výše uvedeného a na modelu koncesních smluv provést teoretický rozbor veřejných soukromých partnerství, jejich začlenění v systému práva a jejich odraz v právních předpisech. Partnerství jako nový fenomén vyžadují podrobnější právně teoretickou analýzu. Součástí práce je i rozbor právní úpravy zadávání koncesních smluv podle zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Koncese, resp. koncesní smlouvou založená spolupráce, je jednou z hlavních a obecně akceptovaných forem veřejných soukromých partnerství. Koncesní smlouvy jako formu partnerství proklamuje hned prvé ustanovení zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Podle § 1 KZ upravuje tento zákon podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty.

Kromě teoretického vymezení a začlenění veřejných soukromých partnerství v systému práva, je cílem práce rovněž na základě rozboru právní úpravy odpovědět na otázku, zda právní úprava naplňuje cíle, které vedly k jejímu přijetí, tedy především jestli právní úprava poskytuje dostatečný základ k efektivnějšímu a ekonomičtějšímu zajišťování některých statků.<sup>43</sup> Dále se v práci zaměříme na otázku, zda je vhodné, aby právní úprava v koncesním zákoně byla silně provázána na zákon o veřejných zakázkách a zda by měla být partnerství upravena v nějaké komplexnější podobě nebo by měly být upravené pouze jejich některé formy. Pokud dojdeme při hledání odpovědi na výše uvedené otázky k negativním závěrům, učiníme i doporučení de lege ferenda.

---

<sup>41</sup> Článek 80 směrnice 2004/18/ES: Členské státy uvedou v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí do 31. ledna 2006.

<sup>42</sup> Zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů, dále jen koncesní zákon nebo KZ, a zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, dále také ZVZ; oba zákony již byly několikrát měněny a doplňovány.

<sup>43</sup> „Předpokládá se, že navrhovaná právní úprava povede k úspoře veřejných prostředků zejména v souvislosti s tím, že jejím prostřednictvím bude docházet k zajištění úkolů veřejného sektoru soukromým subjektem, který na jejich řádném fungování bude ekonomicky zainteresován. Proto od něj je možné očekávat, že bude služby zajišťovat pro subjekty veřejného sektoru, resp. pro uživatele těchto služeb, efektivněji a zpravidla tedy i levněji, než by dané služby zajišťoval tento subjekt sám.“ Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006



Tomu, co bylo uvedeno výše a výše uvedeným cílům je podrobena struktura práce. Přitom se postupuje od obecného ke konkrétnímu. Máme za to, že práci je vhodné rozdělit na tři základní části – v první pojednáváme o partnerství v obecné rovině, v druhé se věnujeme rozboru zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení a ve třetí závěrečné fázi provádíme zhodnocení a vyvozujeme závěry, ke kterým jsme dospěli na základě předchozích rozborů.

Stanoveným cílům přirozeně odpovídají metody použité při psaní práce. Metody se obvykle klasifikují na obecné a dílčí.<sup>44</sup> Vycházet budeme z metody popisné (deskriptivní) jako metody obecné, neboť právo je soubor psaných norem (lex scripta), tzn., že navenek se projevuje jako text.<sup>45</sup> Jelikož samotná deskriptivní metoda se jeví jako nedostatečná, je doplněna logickými metodami analýzy a syntézy.<sup>46</sup> Uvedené metody jsou při práci dále doplněny metodami dalšími. Jde především o metodu zobecňující abstrakce (především v souvislosti s vymezením pojmu veřejných soukromých partnerství). V případech, kdy poukážeme na rozdíly mezi právními úpravami, je též částečně použita metoda komparace. Vzhledem k povaze partnerství jako právního, politického a ekonomického fenoménu, není možné opominout pro právo sice specifickou, leč v tomto případě přínosnou metodu případových studií (tzv. case studies).<sup>47</sup> V našem případě půjde o zpracování a vyvození závěrů z již provedených případových studií, zejména v souvislosti s vymezením veřejných soukromých partnerství.<sup>48</sup> V práci rovněž budeme pracovat s judikaturou, která dotváří psané právo.

Při výkladu právních textů budeme užívat metodu jazykovou, resp. gramaticko-sémantickou, spolu s metodou logickou a systematickou, neboť psané normy vytvářejí systém, a také metodou teleologickou, zvláště v případě, kdy nebude možné vyložit normu za pomoci předchozích metod.

---

<sup>44</sup> Viz Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, str. 66

<sup>45</sup> Viz zákon č. 309/1999 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>46</sup> Srov. Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, str. 89: „Srovnávací metoda, ostatně jako žádná dílčí metoda, není nikdy používána samostatně, nýbrž v souvislosti s metodami jinými, a to v první řadě logickými.“

<sup>47</sup> K partnerství jako politickému fenoménu srov. okruh orgánů, které schvalují koncesní smlouvu podle § 23 odst. 1 KZ a koncesní projekt podle § 22 odst. 3 KZ.

<sup>48</sup> Nebudeme tedy řešit celou případovou studii, pouze z již provedených studií budeme činit závěry.

## 2 Podstata veřejných soukromých partnerství

### 2.1 K vymezení a znakům partnerství

V návrhu věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích se veřejná soukromá partnerství vymezovala tak, že se jedná o „[v]ztahy smluvní spolupráce dlouhodobého charakteru mezi subjekty veřejného a soukromého sektoru, jejichž cílem je společné zajištění určité služby veřejného zájmu, která byla dosud zabezpečována výlučně subjektem veřejného sektoru.“<sup>49</sup> Takové vymezení je značně obecné a je to spíše vymezení spolupráce veřejného a soukromého sektoru, kam sice také veřejná soukromá partnerství spadají, obvykle však kromě výše uvedených prvků mají další pro ně typické znaky, které je odlišují. Konkrétnější charakteristiku veřejných soukromých partnerství, resp. jedné z jejich nejrozšířenějších forem – koncesí, nalezneme v důvodové zprávě k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení.<sup>50</sup> Tato charakteristika je tvořena délkou trvání „partnerského“ vztahu, přenosem rizik spojených se zajišťováním určitého statku na soukromého partnera, účelem partnerství, kterým je zajišťování některých úkolů veřejné správy, a způsobem protiplnění za činnost, kterou soukromý partner vykonal.

Jiné vymezení partnerství obsahuje Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích, která abstrahuje dosavadní poznatky z praktické realizace partnerství v členských státech Evropské unie zejména z pohledu právních norem Společenství, jež jsou aplikovatelné na problematiku partnerství, a na jejich základech nastoluje otázky a snaží se pro futuro na základě poznatků získaných odezvou na zelenou knihu od dotčených subjektů vytvořit právní prostředí, které by umožňovalo co nejefektivnější realizaci veřejných soukromých partnerství. V zelené knize se hovoří o partnerství veřejného a soukromého sektoru jako o fenoménu.<sup>51</sup> Partnerství se vymezuje jako obecný pojem, kterým se „[o]značují formy spolupráce mezi orgány veřejné správy a podnikatelským sektorem za účelem zajištění financování, výstavby, obnovení, správy či údržby veřejné infrastruktury nebo poskytování veřejné služby.“<sup>52</sup> Nejde přitom o prostou spolupráci mezi veřejnoprávními a soukromoprávními subjekty, nýbrž o spolupráci o určité

<sup>49</sup> Návrh věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích dostupný na adrese:

<http://www.PPPcentrum.cz/index.php?cmd=news&lang=cs&id=19> [8.12.2008], str. 1

<sup>50</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4 Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, bod 2.

<sup>51</sup> V českém překladu zelené knihy se sice hovoří o partnerství veřejného a soukromého sektoru, avšak anglické znění užívá termín public private partnership. Jak již bylo uvedeno, spolupráce veřejného a soukromého sektoru je širší pojem než veřejná soukromá partnerství. Český překlad zelené knihy je dostupný na adrese: <http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=5993b46f-64f9-43a9-bfcc-ac36f306c40e> [5.4.2011]

<sup>52</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích. COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 3

„kvalitě“. Tak například nákup informačního vybavení pro ministerstvo by byla tzv. veřejná zakázka na dodávku dle § 8 ZVZ a v jeho režimu, nejednalo by se ale o veřejné soukromé partnerství, byť na jedné straně kupní smlouvy by stál stát a na straně druhé by jako prodávající vystupovala obchodní společnost, tedy soukromoprávní subjekt.<sup>53</sup>

Aby se jednalo o partnerství, musí vztah mezi partnery naplňovat některé charakteristické znaky. Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích přitom mezi tyto charakteristické znaky řadí následující: Především musí jít o vztah dlouhodobý.<sup>54</sup> Za dlouhodobý vztah v tomto kontextu je třeba považovat vztah trvající řádově několik až desítek let, zpravidla se jedná o dobu dvaceti či třiceti let. Dlouhodobost vztahu je nutně spojena s dalším významným rysem partnerství, kterým je způsob (metoda) financování. Jedna z hlavních příčin vzrůstající oblíbenosti poskytování veřejných statků prostřednictvím veřejného soukromého partnerství totiž spočívá v jeho menší finanční náročnosti na okamžitý (disponibilní) kapitál v době realizace projektu. Jelikož se partnerství realizuje v delším časovém horizontu, nemusí veřejný subjekt na začátku disponovat všemi potřebnými peněžními prostředky, nýbrž cena poskytovaného veřejného statku je rozložena do delšího období. Menší okamžitá finanční náročnost je také zapříčiněna tím, že na financování se podílejí další soukromoprávní subjekty. Soukromoprávní financování je zde významné. Vedle toho mohou existovat také další varianty, kdy vedle financování z veřejných rozpočtů dochází k financování z plateb získaných od konkrétních uživatelů. Dostatečně kvalitní právní ošetření financování partnerství je jeden ze základních kamenů jeho úspěšného fungování. Dohody týkající se financování bývají velmi složité, uzavírají se mezi řadou subjektů, pravidelně se na nich podílejí finanční instituce.

Další typický znak partnerství spočívá v dělbě úkolů a jejich přenosu na soukromého partnera a s tím souvisejícím přenosem rizik. V rámci partnerství dochází k přenosu úkolů, které pravidelně plní veřejnoprávní subjekt, na soukromého poskytovatele.<sup>55</sup> Veřejnoprávní subjekt se však tím, že přeneše své veřejno(s)právní úkoly na soukromoprávní osobu,

---

<sup>53</sup> Stát v soukromoprávních vztazích vystupuje jako právnická osoba – viz § 21 OZ a § 6 zákona č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Jménem státu by kupní smlouvu uzavíral vedoucí příslušné organizační složky – v tomto případě ministerstva (§ 7 odst. 1, § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

<sup>54</sup> Koncesní zákon explicitně délku trvání koncesního závazku nestanoví. Z § 16 odst. 4 KZ v návaznosti na vymezení koncesní smlouvy v § 16 odst. 1 KZ je zřejmé, že půjde o závazek dlouhodobější.

<sup>55</sup> V této souvislosti se uvádí, že veřejná soukromá partnerství jsou výrazem změněné role subjektů veřejné správy, které od přímých zajišťovatelů a poskytovatelů veřejných statků přecházejí k formulování koncepcí (establishment of policy) a dohledu nad jejich implementací (regulation of the implementation of policies) a samotnou implementací zadávají soukromoprávním subjektům (procurement of services to implement the policies). Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – B (45)

nezbavuje odpovědnosti za jejich řádné plnění. I když veřejnoprávní subjekt přeneše zajišťování veřejného statku na soukromoprávní subjekt, garance dostupnosti veřejného statku a kontrola plnění poskytovaného soukromým partnerem zůstávají i nadále jeho povinností. Veřejný partner definuje kvalitativní a kvantitativní standardy poskytovaného veřejného statku a následně dohlíží na jejich dodržování a vynucuje jejich řádné plnění v případě, že stanovené standardy nejsou dosaženy.<sup>56</sup> Z toho však zřetelně vyplývá, že veřejný subjekt musí mít velice jasnou představu o standardech veřejného statku, tyto standardy musí dostatečně přesně, určitě a jasně zformulovat a v souladu s nimi vybrat soukromého dodavatele statku.

Mezi charakteristický znak partnerství, který však v zelené knize uveden není, avšak lze jej dovést na základě srovnání zahraničních právních úprav a analýzou zahraničních zpráv o fungování partnerství, patří jejich smluvní charakter.<sup>57</sup> Rovněž ze vzorových ustanovení pro projekty partnerství koncesní formou UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects vyplývá tato povaha partnerství.<sup>58</sup>

Smluvní charakter partnerství znamená, že partnerství je založeno soukromoprávním prostředkem – smlouvou a je podrobena soukromoprávní regulaci.<sup>59</sup> Nevzniká vrchnostensky – tedy rozhodnutím orgánu veřejné moci ani zákonem.<sup>60</sup> Ostatně smluvní vznik partnerství vyjadřující, že na jeho vzniku se podílejí oba partneři, je právě vyjádřen v označení tohoto fenoménu. Tento charakter odlišuje partnerství od jiných případů spolupráce veřejnoprávních

---

<sup>56</sup> Ohledně stanovení standardů veřejného statku srov. LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – C (83), (86)

<sup>57</sup> Viz například Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích. COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, studie Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859; přehled právních úprav vybraných zemí (nejen v rámci Evropské unie) lze nalézt na internetové stránce Světové banky na adrese: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTINFRAANDLAW/0,,contentMDK:21734591~menuPK:6587348~pagePK:4710368~piPK:64860384~theSitePK:4817374~isCURL:Y,00.htm#unictralandguidance> [6.4.2011]

V zahraničí, konkrétně ve Francii, se lze setkat s tím, že v rámci veřejného soukromého partnerství byla zavedena kategorie smluv o partnerství jako administrativní smlouvy /nekryje se s naším pojetím veřejnoprávních smluv/. Tyto smlouvy ale nejsou koncesními smlouvami, tak jak jsou vymezeny v českém koncesním zákoně. Jde tedy o jinou formu partnerství.

Viz nařízení č. 2004-559 ze dne 17.6.2004 o smlouvách o partnerství, nařízení je dostupné na:

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4B57D58CB9B44C8990DAAC693AC8CD12.tpdjo15v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000005787650&dateTexte=20110402#LEGISCTA000006088132](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4B57D58CB9B44C8990DAAC693AC8CD12.tpdjo15v_2?cidTexte=LEGITEXT000005787650&dateTexte=20110402#LEGISCTA000006088132) [2.4.2011] a v českém překladu na <http://www.PPPcentrum.cz/res/data/002/000306.pdf> [2.4.2011], zde však nejsou uvedeny pozdější změny a doplňky.

<sup>58</sup> Viz UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2004, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/pfip/model/03-90621\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf), str. 21 [6.4.2011]

<sup>59</sup> Zatímco vztah mezi partnery podléhá obecné soukromoprávní regulaci a v zásadě se mu v rámci právní úpravy partnerství nevěnuje výraznější pozornost, výběr soukromého partnera je středem zájmu. Z povahy věci je zřejmé, že výběr soukromého partnera podléhá předpisům, které mají spíše veřejnoprávní charakter, neboť souvisí s nakládáním s veřejným majetkem. Tato skutečnost ale nic nemění na soukromoprávní povaze partnerství.

<sup>60</sup> Lze samozřejmě uvažovat i o tom, že by partnerství byla založena na jiném základě. Nemáme však žádné indicie, že by se v zahraničí prosadil jiný než smluvní charakter partnerství.

a soukromoprávních subjektů. Máme tím na mysli různé autorizace a veřejnoprávní oprávnění přenášena na soukromoprávní subjekty (například lesní stráž dle lesního zákona).<sup>61</sup> Zdá se, že v souvislosti s partnerstvími zatím není výraznější tendence přenášet na soukromé partnery veřejnoprávní mocenská oprávnění. Do budoucna ovšem tuto tendenci nelze vyloučit. Soukromoprávní charakter se projevuje ale i při realizaci partnerství. Soukromý partner odpovídá za porušení svých povinností vůči veřejnému partnerovi podle soukromoprávních předpisů, pokud vstupuje do dalších vztahů (například se subdodavateli), jsou podrobené rovněž soukromoprávním předpisům. Rovněž vztah mezi soukromým partnerem a uživateli jím zajišťovaného statku podléhá v zásadě soukromoprávní úpravě.

Smluvní charakter koncesí jako jedné z forem partnerství vyplývá i z unijního práva, neboť koncese na stavební práce i koncese na služby je smlouva.<sup>62</sup> Z toho pak přirozeně vychází i koncesní zákon, který navíc explicitně hovoří o „koncesní smlouvě“, a nikoliv o koncesi jako směrnice.<sup>63</sup>

Dalším znakem partnerství, na který však není kladen takový důraz jako na ostatní zmiňované, je, aby činnosti, které má soukromý partner vykonávat a které slouží k zajištění veřejného statku, bylo možné na něj přenést. Obvykle se partnerství využívají v oblasti budování veřejné infrastruktury nebo poskytování veřejných služeb, jako jsou například služby v oblasti zdravotnictví, školství, utility, obrana a vězeňství (zde však jde o činnost nespojenou s výkonem veřejné moci – obvykle se jedná o správu budov) apod.<sup>64</sup>

Nedochází však pouze k přenosu činností, nýbrž také k přenosu rizik, jež jsou s plněním určitých činností spojená. Přenos rizik (transferring risks) spojených se zajišťováním veřejných statků je považován obecně za jeden z hlavních znaků všech partnerství, byť u jednotlivých forem partnerství bude povaha přenášeného rizika i míra rizika, které nese soukromý partner, odlišná.<sup>65</sup> Vychází se z premisy, že je neekonomičtější, pokud rizika ponese ten subjekt, který je schopný s nimi nejlépe „nakládat“. Je třeba zmínit, že rizika nejsou ničím novým, co by se objevilo až v souvislosti s nástupem partnerství. Rizika existují při jakémkoliv kontraktu, nemusí jít ani o veřejnou zakázku, ale může se

---

<sup>61</sup> Zákon č. 289/1995 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>62</sup> Viz článek 1 odst. 3, 4 směrnice 2004/18/ES

<sup>63</sup> Užití označení koncesní smlouva je zřejmě dáno i snahou odlišit koncesní smlouvu od jiných koncesí užívaných v českém právu (například živnostenské koncese).

<sup>64</sup> Viz například Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích. COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 3

<sup>65</sup> Rizika jako znak partnerství vymezuje jak Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích. COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 3, tak studie Public – Private Partnerships Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. 2

jednat o „prostý“ obchodní závazkový vztah spočívající v dodávce zboží. Existence rizik nachází své vyjádření i v právní úpravě (srov. například definici okolností vylučujících odpovědnost v § 374 ObchZ /okolnosti označované jako vyšší moc nebo vis maior/, možnost odstoupení v důsledku zmaření účelu smlouvy v důsledku podstatné změny okolností, za kterých byla smlouva uzavřena dle § 356 ObchZ, nebo § 292 odst. 5 ObchZ). Rizika jsou tak imanentní součástí obchodních vztahů.

Co odlišuje partnerství od jiných případů nesení rizik je to, že některá významná rizika spojená s plněním, která by jinak nesl veřejný partner (zadavatel), nese soukromý partner (dodavatel). Přitom není rozhodné, o jakou právní formu jde, například jde-li o smlouvu zadávanou v režimu zadávání veřejných zakázek, nebo smlouvu pod tento režim nespádající. Rovněž není rozhodné, o jaký smluvní typ se jedná. Přenos rizik totiž obecně není znakem smlouvy, ale znakem partnerství jako fenoménu. Proto také rizika nejsou kategorií právní, ale faktickou. Přenesení rizik tak má smluvní povahu a spočívá v dohodě o tom, že dodavatel se zaváže k převzetí „rizika“, resp. zaváže se k určitému plnění, a v případě že nastane „riziko“, bude to on, kdo ponese důsledky s tím spojené.

## **2.2 Rizika v rámci veřejných soukromých partnerství**

Lze se setkat s celou řadou druhů a kritérií dělení rizik. Například v dokumentu UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects jsou rizika dělena takto:<sup>66</sup> Rizika, jež jdou mimo kontrolu stran, kterými jsou rizika vyplývající z takových událostí, jako jsou přírodní katastrofy, politické nepokoje nebo jiné nepředvídatelné a náhlé události, jež mohou negativně ovlivnit plnění smlouvy. Další zmiňovaná rizika jsou tzv. politická rizika, která spočívající v zásadě v činnosti státního nebo jiného veřejného orgánu a mají schopnost negativně ovlivnit projekt. Dělí se do tří podskupin – tradiční politická rizika (například vyvlastnění, znárodnění, zavedení nových daní, zvýšení stávajících), regulační (například změny v regulaci určitého odvětví – stanovení nových /obvykle přísnějších/ podmínek pro určitou činnost, ztráta exkluzivity) a rizika podobná obchodním (například porušení povinností zadavatele, přerušení projektu). Následují rizika výstavby a provozování. Jedná se o rizika spojená s řádným dokončením plnění v termínu

---

<sup>66</sup> Viz UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, UN: New York, 2001, str. 39 – 42, dostupné na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/pfip/guide/pfip-e.pdf> [21.12.2009]  
Jiné možné dělení rizik obsahuje příručka Guidelines for Successful Public – Private Partnerships vydaná Evropskou komisí viz Evropská komise. Guidelines for successful public – private partnerships, 2003, str. 53 – 56 a 88, dostupná na: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf) [30.8.2010]  
Další možné dělení rizik uvádí studie vyžádaná Výborem pro vnitřní trh a ochranu spotřebitelů Evropského parlamentu. Viz studie Public – Private Partnerships Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. 3

(rizika dokončení), s náklady (riziko překročení nákladů například na výstavbu), řádného fungování po stránce technické a kapacitní po dokončení (provozně technické riziko) a rizika spojená s provozními náklady (neměly by překročit stanovený propočet). Konečně příručka zmiňuje obchodní rizika, mezi něž patří ty skutečnosti, které způsobují změnu v očekávaných příjmech – jde o situace, kdy o statek buď není zájem (nebo ne v takovém rozsahu, jaký byl předpokládán), nebo jeho cena na trhu je jiná, než bylo kalkulováno. Jde ale i o situace, kdy o statek je zájem, který převyšuje kapacity pro jeho poskytnutí. Jako poslední jsou uvedena finanční rizika týkající se změn úrokových sazeb, jež mohou významně ovlivnit celkovou cenu a v návaznosti na tuto změnu vůbec výhodnost realizace určitou formou partnerství, neboť změny výše úroků a vůbec celá cena tzv. dluhové služby je významným faktorem, jenž určuje výhodnost použití určité formy partnerství oproti „tradičním“ veřejným zakázkám. Finanční rizika ale nejsou spojena pouze s dostupností a cenou peněz, nýbrž se týkají i cen surovin, materiálu a rovněž lidských zdrojů. V případech, kdy se na projektu podílí zahraniční osoby nebo domácí osoby se účastní realizace projektu v zahraničí, je aktuální rovněž riziko změn směnných kurzů, což může rovněž negativně ovlivnit finanční náročnost projektu.

Jiné dělení rizik obsahuje LexisNexis Butterworths PFI Manual.<sup>67</sup> V příručce jsou rizika rozdělena na čtyři základní kategorie, v jejichž rámci se vytváří další podkategorie. Do první kategorie patří finanční rizika, mezi něž se řadí riziko výkyvů úrokových sazeb (interest rate risk), riziko růstu či poklesu inflace (inflation risk), riziko výkyvů směnných kurzů (exchange rate risk), úvěrové riziko (credit risk) a riziko spojené s daňovou soustavou /změny sazeb daní/ (taxation risk). Tato rizika se v souhrnu týkají především dostupnosti financí na realizaci projektu, ceny financí, které si soukromý či veřejný partner za účelem realizace projektu půjčí od bank či obstará jinou cestou na finančních trzích (například výši splátek, kterou bude za poskytnutý úvěr subjekt bance platit, výše úroků z dluhopisů, které vydá).

Další v manuálu zmiňovaná rizika spadají do kategorií rizik spojených s návrhem a realizací (design, construction risk) projektu, kam se řadí rizika související s plánováním dodávky (planning risk), vlivu dodávky na životní prostředí (environmental risk), riziko spojené se vztahem dotčené veřejnosti k záměru (protest risk),<sup>68</sup> riziko spojené s charakterem místa, kde má být dodávka realizována (ground risk),<sup>69</sup> technologické riziko (technology risk), rizika spojená s možností pozdního dodání /prodlení/ (completion delay risk), s možností překročení stanoveného rozpočtu (cost over-run risk), rizika spojená s náklady na

---

<sup>67</sup> Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – E (161)

<sup>68</sup> Například negativní vyjádření v rámci EIA, nesouhlas vedlejších účastníků v rámci řízení dle stavebního zákona.

<sup>69</sup> Například nutnost archeologického výzkumu, nestabilní podloží apod.

pracovní sílu a materiál (labour and material risk), riziko spojené s právní regulací (regulatory risk) a dále riziko závad (latent defects risk).<sup>70</sup> Mezi provozní rizika (operating risk) patří riziko týkající se změny legislativy (legislative risk), riziko související se špatně stanovenými náklady na provoz (cost over-run risk), riziko spojené s pracovní silou (personnel, union risk), riziko plnění (performance risk),<sup>71</sup> riziko vzniku nepředvídaných nákladů na údržbu (unforeseen maintenance risk), riziko související se vznikem mimořádných situací (public safety, liability risk),<sup>72</sup> riziko zastarávání (obsolescence risk) a pojistné riziko (insurance risk). Tržní riziko (market risk) zahrnuje riziko nevyužitelnosti (residual value risk),<sup>73</sup> riziko (nedostatečné či nadbytečné) kapacity (volume risk) a riziko konkurence (competition risk).<sup>74</sup>

Všechny druhy rizik, které v konkrétním případě připadají v úvahu, je třeba při zadávání zakázky zvážit, neboť mají vliv na stanovení kvalitativních standardů a požadavků na plnění, na stanovení termínu dodání a doby, po kterou bude soukromý partner moci z plnění brát užitky, na celkové náklady na zakázku a na možnost jejich zvýšení. Rizika v jednotlivých kategoriích se mohou vzájemně prolínat a některá se rovněž mohou vyskytovat ve více kategoriích.

Uvedené přehledy dělení rizik zahrnují veškerá možná (potencionální) rizika, která se u jednotlivých forem partnerství mohou vyskytnout. Nejde o právní kategorie, ale spíše o kategorie faktické či ekonomické. Obecně lze rizika vymezit jako skutečnosti, které mohou nastat a negativně ovlivnit zajišťování statku a plnění smlouvy, kterou se realizuje partnerství, a jejichž důsledky nese některá ze stran smlouvy. Uvedená rizika rovněž mohou být jak na straně soukromého tak veřejného partnera a záleží na jednotlivé formě partnerství a na schopnosti partnerů nést určité riziko, jaké riziko a v jakém rozsahu ponese každý z nich. Pro veřejná soukromá partnerství je však rozhodující, aby některé z rizik spojených s určitým plněním (jímž se zajišťuje určitý statek), které by jinak nesl veřejný partner, nesl partner

---

<sup>70</sup> Především se tím rozumí, co bude třeba učinit, dojde-li k závadě a jak se to projeví na včasnosti, řádnosti, ceně plnění a možnosti brát užitky z plnění.

<sup>71</sup> Například plnění není poskytováno ve sjednaném kvalitativním standardu.

<sup>72</sup> Například se v manuálu uvádí vznik vězeňské vzpoury. Pokud jde o dopravní infrastrukturu, může nastat situace, že silnice je zablokována protestujícími apod. a soukromému partnerovi tak vzniká ztráta.

<sup>73</sup> Například má-li soukromý partner vybudovat a provozovat vězení, spočívá riziko nevyužitelnosti v tom, že když provoz vězení bude ukončen, nelze budovu bez dalšího využít k jiným činnostem.

<sup>74</sup> Konkurence může spočívat jak ve vzniku jiného samostatného poskytovatele statku (například vedle nemocnice provozované koncesním způsobem vznikne ryze soukromá nemocnice) tak i v případě, kdy veřejný partner realizuje podobnou zakázku s jiným soukromým partnerem. Proto je dobré v koncesní smlouvě zvážit, zda by neměla obsahovat tzv. konkurenční doložku, ve které by se například veřejný partner zavázal ve stanoveném okruhu a po stanovenou dobu nerealizovat partnerství stejnou formou s jiným soukromým partnerem.



soukromý.<sup>75</sup> Musí se však jednat o podstatné riziko. Typicky, pokud se dodavatel zaváže k tomu, že celé stavební dílo bude financovat on a zadavatel mu bude pravidelně po zhotovení díla platit postupně určité platby, nese dodavatel riziko výstavby, avšak toto riziko nese každý dodavatel stavebního díla, (ostatně v českém právu je to znak smlouvy o dílo – srov. § 537 odst. 1 ObchZ) a tato skutečnost nekvalifikuje vztah jako formu partnerství, avšak vzhledem k tomu, že dodavatel je povinen i dílo financovat a odměnu za provedené dílo nezíská ihned po jeho provedení, nese finanční riziko spojené například s tím, že se provedení díla prodraží či že cena dluhové služby bude vyšší, než předpokládal. Povahu a rozsah rizika, které má nést soukromý partner, v některých případech konkretizují právní předpisy, nebo je dovozuje judikatura. Tak například pro koncese dle směrnice 2004/18/ES platí, že koncesionář musí převzít provozní riziko, které by jinak nesl zadavatel.<sup>76</sup> Pro koncesní smlouvu je zase stanoveno, že podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář (§ 16 odst. 2 KZ). Co je „provozní riziko, které by jinak nesl zadavatel“ nebo co jsou „rizika spojená s braním užitků“ je závislé na povaze plnění. Uvedená rizika je proto třeba vykládat nikoliv jako pojmy, nýbrž jako denominát popisující určitý jev.

S přenosem rizik souvisí některé další otázky. Například jelikož dle koncesního zákona může koncesionář od uživatelů vybírat úhrady za poskytované služby, vzniká otázka, jaké důsledky by měl zásah do tohoto práva. Máme zde na mysli ty případy, kdy například v blízkosti parkovacího domu, který je provozován na základě koncesní smlouvy, dojde k výstavbě a otevření jiného parkovacího domu, jenž je vlastně přímým konkurentem prvního domu, pokud provozovatelem nebo objednatelům konkurenčního parkovacího domu je stejný veřejný zadavatel jako u prvního parkovacího domu. Pokud by provozovatelem konkurenčního parkovacího domu byla osoba odlišná od zadavatele, jde o běžné tržní či provozní riziko. Pokud však jím je zadavatel, značně už to míru běžného rizika přesahuje.

Pokud jde o rizika spojená s legislativními změnami, je záhodno uvést, že veřejného partnera, je-li jím stát, existence tohoto rizika staví do zvláštního postavení. Stát je totiž zákonodárcem a prostřednictvím svého zákonodárského orgánu vytváří zákony.<sup>77</sup> V situaci, kdy stát uzavře partnerství se soukromým partnerem, pak přirozeně vzniká otázka, do jaké

---

<sup>75</sup> Ve vztahu ke koncesím srov. k tomu rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 77; rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03, bod 40; § 1 odst. 2 KZ ve znění do 14.9.2010

<sup>76</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 77; rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 29

<sup>77</sup> Částečně se k této problematice vyjádřil Soudní dvůr v rozsudku ze dne 10.9.2009 C-206/08. Nejednalo se ale o žádné následné změny právní úpravy, ale o posouzení zda jsou dána nějaká rizika, pokud koncesionář vykonává činnost v oblasti, ve které právní předpisy rizika do určité míry omezují.

míry se stát „zdrží“ přijímání takových zákonů, které by negativně ovlivňovaly partnerství nebo ho prodražovaly nebo byly jinak pro stát či soukromého partnera nevýhodné, nebo naopak přijme zákony, které budou pro partnerství výhodné (například změni podmínky pro vyvlastnění, stanoví výhodnější podmínky pro zdanění ve vztahu k předmětu partnerství apod.). Nemusí se však jednat jen o otázky legislativní. Stát může přijmout i jiná opatření zvýhodňující (popř. znevýhodňující) soukromého partnera (například rozhodnutí o přidělení dotace). Dále například obchodní riziko lze prakticky omezit tím, že dodavatel získá výlučná práva statek poskytovat nebo uživatelé jsou přinuceni využívat výlučně jeho plnění – například jde-li o dodávky energií apod. Některá rizika též mohou být omezena nebo vyloučena právní úpravou. Tak například přírodní katastrofy a některá politická rizika mohou být okolnosti vylučující odpovědnost dle § 374 ObchZ, takže by povinná strana v případě škody, která by vznikla porušením povinnosti ze závazkového vztahu v důsledku takové události, za škodu neodpovídala. S tím je třeba počítat, neboť jedna ze stran za škodu odpovídat nebude, byť měla nést riziko, avšak druhá strana nevyhnutelně důsledky takové události a s ní spojenou škodu ponese. Má-li toto riziko trvale nést jedna strana, je třeba smluvně tuto otázku upravit, například jiným vymezením okolností vylučujících odpovědnost (§ 374 odst. 1 ObchZ je *lex dispositivum*, *arg. a contrario* § 263 odst. 1 ObchZ).

### **2.3 Veřejné statky**

Předmětem veřejných soukromých partnerství je zajištění úkolů veřejné správy činností, kterou vykonává soukromý partner. Tato činnost může mít různou náplň. Například podle koncesního zákona jde o poskytování služby nebo provedení díla. Podle francouzského nařízení č. 2004-559 ze dne 17.6.2004 o smlouvách o partnerství je obsahem činnosti soukromého partnera globální úkol týkající se financování, stavby, údržby, provozování nebo správy určitých předmětů. Tato činnost sama o sobě není podstatná, neboť je pouze prostředkem k dosažení výsledku, kterým je zajištění určitého veřejného statku. To je zřejmé i z dikce § 16 odst. 1 KZ, neboť soukromý partner má právo brát z využívání provedeného díla nebo z poskytování služeb užitek. Tudíž ze strany soukromého partnera nejde o pouhé provedení díla nebo jednorázovou službu, nýbrž o výkon určitých činností sloužících ke kontinuálnímu zajišťování veřejných statků.

(Veřejný) statek je termín, který hojně používá ekonomická literatura.<sup>78</sup> Nám zde však nejde o jeho ekonomické vymezení, nýbrž o jeho právní vymezení. V současné době občanský ani jiný zákon kodexového typu veřejný statek nevymezuje. Nebylo tomu tak vždy,

---

<sup>78</sup> Například Samuelson, P.A., Nordhaus, W.D. *Ekonomie*. 18. vydání. NS Svoboda, 2007, str. 12, 13

neboť § 287 obecného zákoníku občanského rozlišoval věci ničí, veřejný statek a státní jmění.<sup>79</sup> *Věci, které jsou všem členům státu ponechány ku přivlastňování, slovou věci ničí. Ony, kterých se jim dovoluje jen upotřebiti, jako: silnice, veletoky, řeky, přístavy a břehy mořské, slují **obecný čili veřejný statek**. Co je určeno ke krytí státních potřeb, jako: mincovní nebo poštovní a jiné regály, komorní statky, horní a solné doly, daně a cla, nazývá se státní jmění.*<sup>80</sup> Dnes však výklad pojmu veřejný statek musí činit právní teorie a případně judikatura. V jednom ze svých nálezů Ústavní soud s poukazem na prvorepublikovou doktrínu uvádí ohledně ustanovení § 287 obecného zákoníku občanského následující:<sup>81</sup> „*Věc volnou si mohl přivlastnit každý, za obecný či veřejný statek se považovaly ty věci, u nichž bylo možné jen jejich užívání, tedy nikoli přivlastnění (například silnice a řeky). Státní jmění bylo tvořeno tím, co bylo určeno ke krytí státních potřeb (například mincovní či poštovní regál). Obdobně § 288 O. Z. O. definoval pojmy "obecný statek" a "obecní jmění".*<sup>82</sup> *Obecný statek byly věci, které podle obecního zřízení sloužily k užívání každého člena obce, a obecním jměním byly věci generující příjmy, které byly určeny ke hrazení obecních výdajů.*<sup>83</sup> A dále již konkrétně k pojmu veřejný statek, kterým „[p]odle komentáře k Čsl. obecnému zákoníku občanskému (F. Rouček, J. Sedláček, díl I., Praha 1935, str. 17 a násl.) byly tedy veřejným statkem nemovité věci, které správními předpisy (zákonem nebo výrokem příslušného orgánu) byly určeny k veřejnému užívání. Jednalo se o veřejné vody a veřejné cesty (silnice, ulice, mosty, náměstí, sady a jinaké cesty), tj. věci patřící veřejným územním korporacím, tedy veřejný statek v užším smyslu slova. Za veřejný statek v širším smyslu slova byly považovány věci popsané shora (tedy patřící veřejným územním korporacím), ale též věci, které byly ve vlastnictví soukromníka.“<sup>84</sup> Veřejný statek slouží k obecnému užívání, čímž lze rozumět „[u]žívání věci odpovídající jejímu určení a nevylučující stejného užívání ostatních (Slovník veřejného práva, Sv. II. Brno, 1932, str. 991).“<sup>85</sup> Takové vymezení je jistě správné, do značné míry je to však vymezení administrativněprávní, rozlišující dichotomii statků na statky soukromé a veřejné a mající v patnosti tu skutečnost, že vlastník veřejného statku je jeho (obecným) užíváním do určité míry omezen, a to právě omezením veřejnoprávním (zákonem nebo rozhodnutím). Navíc je spojeno s vymezením statku jako věci, byť jde o věc v právním

<sup>79</sup> Zákon č. 946/1811 Sb., ve znění předpisů jej měnících a doplňujících

<sup>80</sup> Zvýraznil autor.

<sup>81</sup> Obdobně též rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19.7.2004 sp. zn. 28 Cdo 288/2004

<sup>82</sup> Zde došlo zřejmě k přepisu ze strany Ústavního soudu, neboť § 288 obecného zákoníku občanského neupravoval obecný statek, ale obecní statek, tedy statek obce, resp. statek, jenž slouží k užívání každého člena obce.

<sup>83</sup> Pl. ÚS 21/02

<sup>84</sup> Pl. ÚS 21/02

<sup>85</sup> Pl. ÚS 21/02

smyslu.<sup>86</sup> Z pohledu předmětu této práce, jímž jsou veřejná soukromá partnerství, je třeba přistupovat k vymezení veřejného statku poněkud odlišně. Jako daleko vhodnější a z hlediska podstaty partnerství výstižnější se jeví vymezení veřejného statku tak, jak je zavedeno v teorii finančního práva. Ve finančním právu se vymezují veřejné statky jako „[s]ouhr[n] zboží a služeb poskytovaných za účelem uspokojení veřejných potřeb. Jejich existence je výrazem pečovatelské funkce státu, případně dalších veřejnoprávních korporací a jiných subjektů tvořících tzv. veřejný sektor, o věci veřejné či celospolečenské.“<sup>87</sup> Tato definice je velmi výstižná a zapadá do celkové povahy partnerství.<sup>88</sup> Autoři pak dodávají, že: „Chápeme-li statky jako zboží nebo služby, pak pro určení, zda se jedná o statky veřejné nebo soukromé, není příliš významné, kdo je jejich producentem a spotřebitelem, ale v jakém zájmu jsou vytvářeny a spotřebovávány.“<sup>89</sup> Veřejným statkem v kontextu partnerství je třeba chápat určité plnění, jehož kvalita a kvantita je garantována veřejnoprávním subjektem a které může volně (to však nutně neznamená bezplatně) užívat blíže neurčený a neomezený okruh uživatelů, a je v zásadě na těchto uživatelích, zda využijí možnosti poskytnutého plnění využít, a současně toto plnění je určeno k uspokojování kvalifikovaných (veřejných) potřeb. V rámci veřejných soukromých partnerství je poskytovatelem veřejných statků vždy soukromoprávní subjekt, který tak činí na základě smluvního ujednání. Je pojmově vyloučeno, aby jím byl sám veřejnoprávní subjekt.<sup>90</sup> Veřejné statky poskytované v rámci partnerství jsou vždy úplatné. Zásadně je možné rozlišovat, zda dochází k platbám „za dostupnost“ a „za využití“ veřejného statku. Při platbách za dostupnost (možnost) platí objednatel veřejného statku, tj. veřejný partner, za to, že statek je „k dispozici“, například že silnice je sjízdná. Platby za využití platí uživatelé veřejného statku. Platbou za využití je například platba parkovného v parkovacím domě, který provozuje koncesionář na základě koncesní smlouvy (srov. § 16 odst. 1 KZ). Možná je i kombinovaná forma úhrady. Z hlediska subjektů, od kterých platby pocházejí, je možné rozlišovat platby od veřejného partnera a platby od uživatelů.

<sup>86</sup> Viz § 285 zákona č. 946/1811 Sb., ve znění předpisů jej měnících a doplňujících

<sup>87</sup> Mrkývka, P. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2004, str. 6, 7

<sup>88</sup> Veřejné statky sice nejsou obecně vymezeny, v právní úpravě ale lze nalézt jejich odraz. Veřejné statky slouží k uspokojování veřejných potřeb. A závazkové vztahy, které v souvislosti se zabezpečováním veřejných potřeb vznikají mezi podnikateli při jejich podnikatelské činnosti a státem, státní organizací, jež není podnikatelem, nebo samosprávnou územní jednotkou se řídí částí třetí obchodního zákoníku (viz § 261 odst. 2 ObchZ). Srov. k tomu i výklad veřejných potřeb v judikatuře, který v zásadě potvrzuje vztah mezi veřejnými statky a zabezpečováním veřejných potřeb, viz například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.4.2006 sp. zn. 33 Odo 478/2004, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.4.2010 sp. zn. 23 Cdo 2627/2008

<sup>89</sup> Mrkývka, P. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2004, str. 6, 7

<sup>90</sup> Toto plně platí pro tzv. smluvní veřejná soukromá partnerství. Pokud jde o tzv. institucionální partnerství, kdy vzniká nový subjekt, na kterém má účast jak veřejnoprávní tak soukromoprávní subjekt, jde o určité specifikum a i zde je přítomnost soukromoprávního subjektu nezbytností.

### 3 Začlenění veřejných soukromých partnerství do systému práva

Chceme-li se věnovat začlenění veřejných soukromých partnerství do systému práva, je nezbytné předně vymezit systém, resp. systém práva. Systém lze charakterizovat jako navenek relativně uspořádaný celek, který je tvořen jednotlivými prvky, jež jsou vzájemně uspořádané dle určitých kritérií.<sup>91</sup> Systémem jako právní kategorií rozumíme uspořádání jednotlivých právních norem dle stanovených kritérií. Těmito kritérii může být právní síla jednotlivých norem, pak lze systém práva vymezit jako hierarchicky uspořádaný celek právních norem, nebo jím mohou být vztahy mezi jednotlivými normami, zda vykazují určitou jednotu nebo diferencovanost. Takové kritérium, je-li jednota a diferencovanost zkoumána na vyšší úrovni celku norem, může vést k vytváření dvou subsystémů (bipartici), a to subsystému práva veřejného (*ius publicum*) a subsystému práva soukromého (*ius privatum*).<sup>92</sup> Je-li zkoumána na nižší úrovni, je základem pro jednotlivá právní odvětví. V rámci jednotlivých právních odvětví lze dále vytvářet další subsystémy, až by bylo možné dojít k nejmenšímu prvku systému – právní normě. Hledáme-li odpověď na otázku začlenění partnerství do systému práva, je základní otázkou, zda patří do subsystému práva veřejného, nebo práva soukromého. Při zařazení partnerství do systému práva je třeba vycházet z právních norem, jež tuto problematiku upravují. Komplexněji je v našem právním systému upravena pouze forma koncesí, resp. koncesních smluv. U jiných forem výběr soukromého partnera může podléhat úpravě zákona o veřejných zakázkách, pokud spadají do jeho působnosti.

V české teorii i praxi je tradičně prezentováno několik teorií dělby práva na právo veřejné a soukromé.<sup>93</sup> Teorie zájmová rozlišuje právo veřejné a právo soukromé podle toho, či zájem právo sleduje, zda věcí občanů (resp. v dnešních podmínkách všech – zájmy veřejné), či zájmy konkrétního jednotlivce (zájmy soukromé).<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Systém je definován množinou prvků, které jej tvoří, parametry, podle nichž jsou uspořádány vzájemné vztahy jednotlivých prvků systému, a celistvostí systému. Viz Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, str. 82

<sup>92</sup> Srov. Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné 1, 4. aktualizované a doplněné vydání. Praha: ASPI, 2005, str. 43

<sup>93</sup> Viz například Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné 1, 4. aktualizované a doplněné vydání. Praha: ASPI, 2005, str. 44 – 47; Fiala, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné. 3. opravené a doplněné vydání. Brno: Doplněk, 2002, str. 8, Hendrych, D. in Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 5. rozšířené vydání. Praha: C.H.Beck, 2003, str. 22 a násl.; Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2001, str. 16; a pokud jde o praxi, viz například Pl. ÚS 14/06

<sup>94</sup> Teorie zájmová vychází z tradiční bipartice z doby římské a je vymezená známou Ulpianovou formulací: *Ius publicum id est quod ad statum Rei Romanae, ius privatum utilitatem singulorum pertinent*. Někdy též formulovanou takto: *Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*. Viz Digesta 1, 1, 2. Veřejné právo je to, které se týká římského státu, soukromé to, které sleduje

Cílem partnerství je zajistit efektivnější poskytování určitých statků ve veřejném zájmu. Ovšem tento cíl je dosahován prostřednictvím soukromých prostředků. Soukromoprávní osobou je partner, který zajišťuje veřejný statek, a partnerství je založeno soukromoprávně – smlouvou (srov. § 16 odst. 1, odst. 6 KZ, § 7 odst. 1 ZVZ, § 261 odst. 2 ObchZ).<sup>95</sup> Přitom na straně jedné stojí veřejný zájem na poskytování určitých statků a na straně druhé je zájem soukromého poskytovatel, na kterého byly určité veřejnoprávní úkoly přeneseny, především, aby dosáhl zisku.<sup>96</sup> Právní úprava přitom ani jeden ze zájmů nestaví nad druhý. Pokud jde o povahu partnerství z pozice tohoto přístupu k dělbě práva, zdá se, že toto kritérium dělby na právo soukromé a veřejné není uplatnitelné.

Podle organické teorie (tzv. teorie subjektů) jsou veřejnoprávní ty vztahy, ve kterých jeden z účastníků vystupuje v tomto vztahu z důvodu výkonu funkce veřejného svazu nebo z důvodu své příslušnosti k některému veřejnému svazu. Pokud účastníci vstoupili do právního vztahu *nezávisle* na příslušnosti nebo výkonu funkce veřejného svazu, jde o vztahy spadající do oblasti práva soukromého. Jedna ze stran koncesní smlouvy či jakékoliv jiné smlouvy uzavřené v rámci jiné formy partnerství ve vztahu vystupuje jako vykonavatel funkce veřejného svazu. Touto stranou je veřejný partner, neboť vstupem do vztahu zajišťuje veřejné statky pro „veřejný svaz“ (stát, obec, kraj). Ovšem tato strana zde nevystupuje v mocenském postavení (nevstupuje do vztahu „závisle“ z důvodu výkonu funkce), ale jako jakýkoliv jiný soukromoprávní subjekt.<sup>97</sup> Určitým nedostatkem této teorie je, že explicitně nerozlišuje, kdy jde o vstup do právního vztahu z důvodu výkonu funkce veřejného svazu vrchnostenské a kdy fiskální povahy. Lze ale dovést, že partnerství spadají do práva soukromého.

Dle mocenské teorie se právo dělí na soukromé a veřejné podle kritéria, zda regulované vztahy jsou vztahem rovnosti, pak jde o právo soukromé, či zda se jedná o vztahy nadřízenosti a podřízenosti, pak jde o právo veřejné. Dnes však i ve veřejném právu najdeme

---

prospěch jednotlivců. V publikaci Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kolektiv. *Občanské právo hmotné 1*, 4. aktualizované a doplněné vydání. Praha: ASPI, 2005, str. 44 pak je uváděná věta: *Ius civile est quod ad singulorum utilitatem spectat, ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat.*

<sup>95</sup> Smluvní charakter partnerství je typický napříč Evropskou unií. „*A public-private partnership (PPP) is a contractual agreement between the public and the private sectors, whereby the private operator provides services that have traditionally been executed or financed by a public institution.*“ (Zvýraznil autor.) Viz studie *Public – Private Partnerships Models and Trends in the European Union* (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. 1

<sup>96</sup> Soukromoprávní subjekt je zpravidla podnikatelem (§ 2 odst. 2 ObchZ) a činnost vykonává s cílem dosahovat zisku (§ 2 odst. 1 ObchZ).

<sup>97</sup> V tomto smyslu je tedy přesnější formální organická teorie H.J.Wolffa (tzv. přiřazovací teorie). Podle ní k veřejnému právu patří právní předpisy, které za oprávněné či povinné subjekty považují výlučně nositele veřejné moci, zatímco normy soukromého práva se mohou vztahovat na libovolné subjekty. A materiální organická teorie, podle které je veřejné právo souhrn právních norem, v nichž alespoň jeden subjekt právního poměru je nositelem veřejné moci.

vztahy rovnosti.<sup>98</sup> Nahlížíme-li na oblast partnerství skrze toto kritérium, docházíme k závěru o soukromoprávní povaze partnerství, neboť jeho vznik je smluvní – vzniká uzavřením smlouvy, a nikoliv vrchnostenským aktem (ex actu) či ze zákona (ex lege). Na tom nemění nic ten fakt, že samotný postup při výběru budoucího partnera je upraven normami, jejichž povaha je spíše veřejnoprávní (zákon o veřejných zakázkách, koncesní zákon). Veřejnoprávní charakter těchto předpisů dovozujeme z toho, že dohled nad jejich dodržováním přísluší primárně správnímu úřadu, konkrétně Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, případně soudu rozhodujícímu ve správním soudnictví a tyto normy regulují nakládání s veřejným majetkem.<sup>99</sup> Naopak ohledně sporů týkajících se práv a povinností vyplývajících z uzavřené koncesní či jiné smlouvy o partnerství by příslušelo rozhodovat soudu, popř. rozhodčímu soudu či rozhodci, byla-li uzavřena rozhodčí smlouva.<sup>100</sup>

V současnosti se za kritérium dělby na právo soukromé a veřejné používá (převažující) zvolená metoda právní regulace. Metodou právní regulace se rozumí „[s]pecifický způsob právního regulování, vyjadřující povahu a míru působení jednotlivých účastníků právního vztahu na vznik a rozvíjení tohoto vztahu, resp. vyjadřující povahu a míru účasti subjektů právního vztahu na formování jeho obsahu.“<sup>101</sup> Rozhodujícím kritériem dělby je zde převažující míra působení jednotlivých subjektů (účastníků) právního vztahu na formování jeho obsahu. Zatímco ve veřejném právu se používá metoda regulace, jež je založena na nerovném (vertikálním) postavení subjektů právního vztahu, neboť míra působení jednotlivých subjektů na vznik, rozvíjení a formování obsahu právního vztahu je omezena tím, že jeden ze subjektů disponuje veřejnou mocí a je oprávněn autoritativně ukládat povinnosti druhému ze subjektů právního vztahu, pro právo soukromé je typická formální právní rovnost subjektů právního vztahu projevující se v tom, že v zásadě všichni účastníci soukromoprávního vztahu se podílejí, resp. mají možnost se podílet, na jeho formování stejnou měrou (srov. § 2 odst. 2 OZ). Uvedená metoda (soukromo)právní regulace nachází svůj odraz také v zásadách soukromého práva. Jako jedna ze základních zásad soukromého práva vůbec se staví zásada: „vše je dovoleno, co zákon nezakazuje“ (srov. článek 2 odst. 4

---

<sup>98</sup> Příkladem mohou být tzv. veřejnoprávní smlouvy subordinační (viz § 159, § 161 a § 162 zákona č. 500/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

<sup>99</sup> Srov. § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006, ve znění pozdějších předpisů, a § 24 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb, ve znění pozdějších předpisů, a § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>100</sup> Srov. § 4 OZ, § 7 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., ve znění pozdějších předpisů, § 2 odst. 1 zákona č. 216/1994 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>101</sup> Viz Fiala, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné. 3. opravené a doplněné vydání. Brno: Doplněk, 2002, str. 9; k tomu srov. v díle J.Macura: Macur, J. Občanské právo procesní v systému práva. 1. vydání. Brno: UJEP, 1975, kapitola čtvrtá, zejména str. 118

Ústavy,<sup>102</sup> článek 2 odst. 3 Listiny).<sup>103</sup> Je tedy v zásadě na účastnících soukromoprávních vztahů, jak svoje práva a povinnosti v mezích zákonem garantované volnosti (dispozitivnosti) upraví. Tato zásada nalézá ve sféře soukromého práva svůj výslovný odraz zejména v § 2 odst. 3, § 51 OZ a v § 263 a § 269 odst. 2 ObchZ.

Přestože výběr dodavatele jako soukromého partnera je upraven veřejnoprávními předpisy (koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách), vzniká partnerství na základě smlouvy, kterou uzavírá veřejný partner (v terminologii těchto předpisů veřejný zadavatel) se soukromým partnerem (dodavatelem). Je na dodavateli, zda se koncesního, případně jiného zadávacího řízení, zúčastní (§ 7 KZ), zda podá nabídku a jaký bude její obsah (§ 8 KZ) a nakonec i, zda jako vítězný dodavatel smlouvu s veřejným zadavatelem uzavře (§ 12 odst. 4 KZ).<sup>104</sup> Partnerství je tedy založeno na smluvním základě, a nikoliv na jednostranném autoritativním aktu. Soukromoprávní subjekt ale není nucen do partnerství vstoupit, není mu to, v případě že odmítne, vrchnostensky uloženo. Veřejná soukromá partnerství proto řadíme, pokud jde o právní vztahy mezi partnery, do subsystému soukromého práva.

Přesto se však oproti jiným soukromoprávním vztahům vyznačují vztahy související s partnerstvím jistými specifiky. Zatímco pro soukromé osoby (soukromníky) platí, vše je dovoleno, co zákon nezakazuje, a je v zásadě na nich, jaké návrhy (nabídky) budou podávat, pro veřejnoprávní subjekty platí normy, které je do určité míry ve smluvní volnosti omezují. Smlouvy o partnerství totiž mohou mít vliv na hospodaření s majetkem státu, obce či kraje a je samozřejmé, že je nezbytné nakládání s majetkem zmiňovaných subjektů podrobit určité (přísnější) regulaci než hospodaření s majetkem soukromníků. Stát proto některé právní úkony nemůže učinit vůbec (například podle § 25 zákona č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, není možné smlouvou zřídit k věci zástavní právo) nebo je v některých případech omezen (například dle § 21 ZMČR je možné věc smluvně převést jen za určitých podmínek).<sup>105</sup> Mohou být stanovené také určité podmínky, například je vyžadováno ocenění majetku (viz § 12 ZMČR), případně je státu uloženo konat v zájmu zachování majetku státu (viz § 14 odst. 5 ZMČR).

Uvedená přísnější regulace hospodaření s majetkem státu však nemění nic na povaze partnerství. Omezení, zákazy a jiná ustanovení chránící majetek státu se týkají pouze jedné ze

---

<sup>102</sup> Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava ČR, ve znění pozdějších změn a doplňků

<sup>103</sup> Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod, ve znění pozdějších změn a doplňků (dále také Listina)

<sup>104</sup> Pro případ, že by vybraný dodavatel odmítl smlouvu uzavřít, stanoví zákon, jak má být dále postupováno – viz ustanovení § 82 odst. 3 ZVZ.

<sup>105</sup> Zákon č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále též zákon o majetku nebo ZMČR



stran smlouvy. V rámci těchto příkazů, zákazů a dovolení pak stát jedná. Jinými slovy v rámci těchto zákonných limitů projevuje svoji vůli v soukromoprávních vztazích. Uvedená vázanost předpisy upravujícími nakládání s veřejným majetkem platí i pro obce a kraje.

Lze tedy uzavřít, že partnerství mají základ v (soukromoprávních) smlouvách, i když cílem je zajištění veřejných statků.<sup>106</sup> V Zelené knize o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích se uvádí, že veřejná soukromá partnerství jsou projevem „[...] obecnější změny role státu v ekonomice z přímého provozovatele na organizátora, regulátora a vykonavatele kontroly.“<sup>107</sup> Stát se tedy zaměřuje na stanovení cílů, které mají být dosaženy, vytváření podmínek pro jejich dosažení a provádění kontroly. I jiní autoři zastávají podobný názor a také spojují partnerství se změnou v přístupu k uspokojování veřejných potřeb, kdy se mění role státu a dochází k hlubší spolupráci veřejnoprávních a soukromoprávních subjektů při uspokojování těchto potřeb. Dochází k určitému obrušování ostrých hran mezi veřejným a soukromým, mezi řízením (společnosti) a správou.<sup>108</sup> Ostatně rozvoj partnerství má co do činění s projevem publicizačních a privatizačních tendencí ve společnosti a následně v právu. Zatímco při publicizaci dochází k „zveřejňování“ práva, tedy rozšiřování působnosti veřejnoprávních norem i na vztahy, které doposud jimi nebyly dotčeny, při privatizaci („zesoukromoprávnění“ práva) jde o tendenci opačnou.<sup>109</sup>

## 4 Vybrané formy partnerství

Jak již jsme v úvodu této práce předestřeli, pod označením veřejná soukromá partnerství bývají zařazovány různé formy spolupráce mezi veřejným a soukromým partnerem. Zdá se, že ve Velké Británii se pod pojem veřejných soukromých partnerství řadí celá řada forem spolupráce mezi veřejnými a soukromými partnery, která se netýká přímé účasti na výkonu mocenských oprávnění veřejnoprávních subjektů, ale pouze zajišťování

---

<sup>106</sup> Označením „soukromoprávní smlouvy“ chceme dát najevo, že v právním řádu se vyskytuje i kategorie veřejnoprávních smluv, o které ale v tomto případě nejde. Ustanovení § 159 odst. 1 správního řádu (zákon č. 500/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů) je definuje jako dvoustranný nebo vícestranný právní úkon, který zakládá, mění nebo ruší práva a povinnosti v oblasti veřejného práva.

V případě soukromoprávních smluv stát jedná jako soukromoprávní subjekt, tzv. *acta iure gestionis*.

<sup>107</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 3

<sup>108</sup> Viz Mohr, A. Governance through “public private partnerships”: Gaining efficiency at the cost of public accountability? International Summer Academy on Technology Studies – Urban Infrastructure in Transition, str. 239 – 240. Příspěvek je dostupný na adrese:

[www.ifz.tugraz.at/index\\_en.php/filemanager/download/311/Mohr\\_SA%202004.pdf](http://www.ifz.tugraz.at/index_en.php/filemanager/download/311/Mohr_SA%202004.pdf) [8.12.2008]

Autor v příspěvku na str. 238 dále uvádí, že (citováno doslova): „[...] the boundaries between public and private, between politics and administration, have tended to diminish and become increasingly blurred in relation to major infrastructure projects [...].“

<sup>109</sup> Viz Havlan, P. Veřejné vlastnictví v právu a společnosti. 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 2007, str. 52

veřejných statků.<sup>110</sup> Naproti tomu v kontinentální Evropě se pod toto označení řadí takové formy, kdy soukromý partner přejímá určité riziko či rizika spojená s předmětem partnerství.<sup>111</sup> Ani zde však nejde o přenos mocenských oprávnění. Přitom není rozhodné, zda výběr soukromého partnera pro realizaci partnerství podléhá nějaké speciální úpravě (například jako je koncesní zákon), nebo se výběr provádí dle obecné úpravy (jako je u nás zákon o veřejných zakázkách).

V následujícím textu se věnujeme některým formám partnerství užívaným ve Velké Británii.<sup>112</sup> Byť většina z nich nespadá pod označení veřejná soukromá partnerství, jak jsou chápána v kontinentální Evropě, jde o jevy související a známé v kontinentální Evropě i České republice. Některé dále v textu uvedené závěry navíc platí i pro vztahy z koncesních smluv.

#### 4.1 Privatizace (privatisation)

Privatizaci lze považovat za specifický druh partnerství. Lze ji totiž chápat buď jako označení procesu, jímž dochází k přenosu zajišťování konkrétních veřejnoprávních úkolů dosud zajišťovaných státem či územním samosprávným celkem na ryze soukromoprávní subjekt („zesoukromění“ určité činnosti), nebo jako změnu vlastnictví, včetně vlastnictví podílů ve státem, popřípadě jiným veřejnoprávním subjektem vlastněných soukromoprávních subjektech, které zajišťují veřejné statky (především v obchodních společnostech působících v oblasti tzv. utilit, síťových služeb a dopravy).<sup>113</sup>

Privatizace činností veřejné správy, resp. v užším kontextu činností státu, můžeme spatřovat například v činnosti notářů, soudních exekutorů, činnosti rozhodců a rozhodčích

---

<sup>110</sup> Viz například Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? *Common Market Law Review*, 2000, 37, str. 709; HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 8, 46 a 47; Badcoe, P. Public private partnerships in local government: the legal, financial and policy framework, *Public Procurement Law Review*, 1999, 6, str. 279, čerpáno z databáze [www.westlaw.co.uk](http://www.westlaw.co.uk) [19.1.2008]

<sup>111</sup> Viz například Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. 2: „[...] *the extent to which risk and responsibility are transferred from the public to the private party is at once the “litmus test” adopted to distinguish PPPs from other forms of public-private agreements, and the major criterion employed to classify different types of PPP.*“ (Zvýřnil autor.); Evropská komise. Guidelines for successful public – private partnerships, 2003, str. 19, dostupné na: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf) [30.8.2010]; porovnání právních úprav v Německu, Španělsku, Itálii a Francii dle the International Comparative Legal Guide to PFI / PPP Projects 2007, Global Legal Groups Limited, 2007, dostupné na: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1021.pdf>  
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1031.pdf>  
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1025.pdf>  
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1020.pdf> [9.4.2011]

<sup>112</sup> Jde o některé formy zmíněné ve zprávě HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000

<sup>113</sup> Jde o elektrárenské, plynárenské, teplárenské, vodárenské dodavatelské a distribuční společnosti, zpracovatele odpadů apod. Část z nich podléhá úpravě ve směrnici 2004/17/ES.

soudů, činnosti autorizovaných profesí,<sup>114</sup> činnosti nestátních zdravotnických zařízení.<sup>115</sup> Privatizace jako změna vlastnictví, resp. změna subjektu vlastnického práva z veřejnoprávního subjektu na soukromoprávní subjekt, odpovídá českému pojetí privatizace, alespoň tak, jak je právně vymezena. Zákon č. 92/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů, v § 1 odst. 1 pod pojmem privatizace rozumí podmínky převodu majetku státu, k němuž mají právo hospodaření státní podniky, státní peněžní ústavy a jiné státní organizace nebo majetku státu ve správě Pozemkového fondu České republiky, jakož i podmínky převodu majetkových účastí státu na podnikání jiných právnických osob, a to na české nebo zahraniční právnické nebo fyzické osoby. Pro tento postup se zavádí legislativní zkratka privatizace.

Zdá se však, že byt' privatizace proběhla v řadě evropských zemí, a to včetně společností působících v oblasti utilit a síťových služeb, není vyjma Velké Británii pravidelně řazena mezi formy partnerství.<sup>116</sup> Privatizace také nespĺňuje některé z charakteristických znaků veřejných soukromých partnerství.

Zatímco pro většinu partnerství platí, že výběr soukromého partnera podléhá veřejnoprávní úpravě a následně vztah mezi partnery založený smlouvou podléhá úpravě soukromoprávní, pro privatizaci je typické, že po té, co je privatizace skončena, mezi veřejnoprávním a soukromoprávním subjektem žádný vztah zpravidla není, privatizovaný subjekt dál vykonává činnost jako činnost vlastní a podléhá veřejnoprávnímu dohledu či kontrole, kterou vykonávají zpravidla tzv. regulační (například Český telekomunikační úřad, Energetický regulační úřad).

## **4.2 Prodej majetku (*asset sale*)**

Prodeje majetku (*asset sale*) spočívá v odprodeji přebytečného veřejného majetku. Nejedná se však o pouhé „zbavování se“ majetku. V případě prodeje se založením partnerství jde především o to, že veřejný partner vedle získání peněžních prostředků, získává rovněž partnera, který majetek využije k zajišťování veřejných statků. To, že majetek bude použit (alespoň) částečně k zajišťování veřejných statků, je základním předpokladem partnerství, jinak lze takové nakládání považovat za prostý prodej. Aby tohoto cíle bylo dosaženo, je nezbytné tento závazek při převodu majetku dohodnout. Typickým příkladem může být prodej pozemku s tím, že kupující na pozemku vybuduje například tzv. sociální bydlení. Veřejný partner takto řeší obvykle situace, kdy vlastní majetek, který je dále využitelný, avšak

---

<sup>114</sup> Například dle zákona č. 360/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>115</sup> Dle zákona č. 160/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>116</sup> Viz například studie Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. 4 a 5. Privatizace zde vůbec není zařazena.

sám nemá prostředky, aby majetek tímto způsobem využil, nebo sám nemám záměr investiční akci realizovat.

Obecně lze říci, že v českém právním prostředí regulace výběru partnera tak, jako například při zadávání veřejné zakázky, v těchto případech neexistuje. Nakládání s veřejným majetkem v závislosti na tom, zda půjde o majetek státní, obecní či krajský, upravuje zákon o majetku státu,<sup>117</sup> zákon o krajích<sup>118</sup> a zákon o obcích.<sup>119</sup> Pokud jde o veřejné zakázky a koncese podléhají regulaci zákona o veřejných zakázkách a koncesního zákona. V daném případě však nejde ani o dodávku, ani o službu či o stavební práci a ani o koncesi. Veřejnoprávní subjekt si totiž nic pro sebe neobjednává, ale v rámci prodeje majetku stanoví nabyvateli podmínky nakládání s majetkem. Výběr smluvní strany veřejnoprávním subjektem tak regulaci zákona o veřejných zakázkách a ani koncesního zákona nepodléhá.

Zákon o majetku předpokládá, že majetek státu bude používán především k plnění funkcí, které náleží státu nebo které souvisejí s plněním takových funkcí, nebo k zajišťování veřejně prospěšných činností.<sup>120</sup> U této formy partnerství však jde o opačnou situaci, veřejně prospěšná činnost či určitá funkce státu v souvislosti s převodem (prodejem) majetku přechází na soukromoprávní subjekt, resp. teprve v souvislosti s převodem se zakládá. Na rozdíl od přípravy koncesního řízení, kdy zákon vyžaduje v určitých případech vypracování koncesního projektu, který vymezí základní činnosti, jež mají být předmětem koncesní smlouvy, základní vymezení ekonomických podmínek a právních vztahů a především ekonomické posouzení výhodnosti zajištění činností formou koncesní smlouvy, zákon o majetku, pokud jde o hospodaření a nakládání s majetkem stanoví pouze obecné příkazy. Tak § 14 odst. 1 ZMČR stanoví, že majetek musí být využíván účelně a hospodárně k plnění funkcí státu a k výkonu stanovených činností. Jiným způsobem lze majetek použít nebo s ním naložit pouze za podmínek stanovených zvláštním právním předpisem anebo zákonem o majetku. Zákon předpokládá i situaci, stane-li se státní majetek nepotřebným.<sup>121</sup> Přitom jde-li o nepotřebný

---

<sup>117</sup> Nakládání s majetkem státu upravují i jiné předpisy, například již zmiňovaný zákon č. 92/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů, nebo zákon č. 95/1999 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Jedná se ale o jiné majetkové operace.

<sup>118</sup> Zákon č. 128/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále také ZOB

<sup>119</sup> Zákon č. 129/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále také ZOK; resp. pokud jde o majetek hlavního města Prahy zákon č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále také ZOHLMP

<sup>120</sup> Srov. § 8 odst. 1 ZMČR

<sup>121</sup> Viz § 14 odst. 7 ZMČR: Stane-li se majetek nepotřebným a o nepotřebnosti rozhodl písemně vedoucí příslušné organizační složky, popřípadě jím písemně pověřený jiný vedoucí zaměstnanec organizační složky, naloží příslušná organizační složka s majetkem způsobem a za podmínek podle tohoto zákona. Za nepotřebný se pro tyto účely považuje zejména majetek, který přesahuje potřeby příslušné organizační složky, anebo majetek, na jehož ponechání státu přestal být veřejný zájem, v případě věcí též takové věci, které pro ztrátu, popřípadě zastarání svých technických a funkčních vlastností nebo pro nepřiměřenou nákladnost provozu nemohou sloužit svému účelu.

majetek, primárně zákon ukládá organizačním složkám, aby učinily nabídku jiným organizačním složkám, zda mají o tento majetek zájem.<sup>122</sup> Teprve neprojeví-li žádná organizační složka ani na základě širší nabídky o majetek zájem, lze s ním naložit ve prospěch fyzických a právnických osob.

Převod vlastnického práva k věci v majetku státu na nestátní subjekty (fyzické a právnické osoby) tak je podmíněn tím, že věc je pro stát trvale nepotřebná. Tato podmínka je vyjádřena v § 21 odst. 1 ZMČR a vzhledem k odkazu na § 14 odst. 7 a § 19 odst. 3 ZMČR v tomto ustanovení, je třeba nepotřebnost vykládat jako stav, kdy jde o věc, která přesahuje potřeby příslušné organizační složky, nebo na jejíž ponechání přestal být veřejný zájem, nebo která pro ztrátu či zastarání svých technických a funkčních vlastností nebo pro nepřiměřenou nákladnost provozu nemůže sloužit svému účelu, popřípadě, jelikož z ustanovení § 14 odst. 7 ZMČR vyplývá, že definice nepotřebnosti je pouze demonstrativní (arg. „Za nepotřebný se pro tyto účely považuje zejména ...“), sem lze zařadit i jiné skutečnosti, pro které je věc pro organizační složku nepotřebná a tedy postradatelná. Z hlediska cíle této formy partnerství je třeba chápat nepotřebnost racionálně. Nepotřebným majetkem nemá být majetek, který vzhledem k svému technickému stavu a funkčnosti je zcela nepoužitelný. Nepotřebnost tu má být chápána z hlediska zajištění správy a využití majetku. Dále musí být o nepotřebnosti písemně rozhodnuto oprávněnou osobou, kterou je buď vedoucí organizační složky, která je příslušná s věcí hospodařit, nebo jím písemně pověřený jiný vedoucí zaměstnanec organizační složky, a o věc neprojeví zájem jiná organizační složka.

Z výše uvedeného rozboru předpokladů pro převod majetku je zřejmé, že úprava není dostatečně flexibilní a k praktické realizaci této formy partnerství vhodná. V praxi by proto její využití bylo spojeno s uplatněním výjimky dle § 21 odst. 2 ZMČR, která umožňuje, aby po předchozím vyjádření Ministerstva financí vláda ze závažných důvodů rozhodla, že převáděná věc nemusí být trvale pro stát nepotřebná (tzv. výjimka z podmínky trvalé nepotřebnosti). Problémem tohoto ustanovení je, že stanoví jen velice neurčité podmínky – „závažné důvody“. „Závažné důvody“ je neurčitý právní pojem, který musí vláda v konkrétním případě vyložit. Musí zvážit, zda vzniklý skutkový stav je subsumovatelný pod rozsah tohoto pojmu. Vedle toho je na uvážení vlády, za předpokladu, že obdrží vyjádření od

---

<sup>122</sup> Viz § 19 odst. 3 ZMČR; § 15 odst. 2 vyhlášky č. 62/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů, upravuje výjimku z požadavku na učinění nabídky jiným organizačním složkám: Pokud je v případě určitého majetku ze všech okolností zřejmé, že jej organizační složky ani státní organizace nemohou potřebovat, a ani veřejný zájem nevyžaduje jeho ponechání v rukou státu, považuje se podmínka pro nakládání s takovým majetkem ve prospěch jiných osob stanovená v ustanovení § 19 odst. 3 větě první zákona za splněnou.

Ministerstva financí a shledá závažné důvody, zda výjimku povolí (arg. „... může vláda povolit ...“).<sup>123</sup>

Pokud jsou splněny podmínky k tomu, aby bylo možné věc převést do vlastnictví právnické nebo fyzické osoby, stanoví zákon další omezení ohledně ceny, za kterou lze věc převést. Pro úplatný převod platí, že cena nesmí být nižší než cena v místě a čase obvyklá.<sup>124</sup> To je poměrně značná překážka pro realizaci této formy partnerství, neboť obvykle bude převod proveden za cenu nižší s tím, že soukromý partner zajistí investice v určité výši. Zákon sice umožňuje i převod bezúplatný, ovšem musí jít buď o převod ve veřejném zájmu, nebo o situaci, kdy bezúplatný převod je hospodárnější než jiný způsob naložení s věcí, nebo pokud tak stanoví zvláštní předpis.<sup>125</sup>

Nejedná-li se o výjimku uvedenou v § 22 odst. 3 ZMČR nebo o postup dle § 21 odst. 2 ZMČR, je třeba, aby smlouvou o převodu nemovité věci, která se eviduje v katastru nemovitostí, jakož i smlouvu o převodu bytu nebo nebytového prostoru schválilo Ministerstvo financí.

Vezmeme-li v úvahu, že výběr majetku, se kterým by se v rámci partnerství disponovalo, a rovněž výběr jednotlivých partnerů by měl být založen na transparentních a z vnějšku jasně hodnotitelných kritériích, nelze považovat současnou úprava za vhodnou pro touto formu spolupráce. Rovněž chybí provázanost ve vztahu k založení partnerství. Zákon o majetku totiž s nepotřebností věci pouze spojuje tu skutečnost, že se věc stane tzv. dispozičně volnou a příslušná organizační složka státu s ní může v souladu se zákonem o majetku naložit, tj. především naložit s ní ve vztazích s jinou organizační složkou či přenechat ji do užívání nebo ji převést na fyzickou či právnickou osobu. Podstata této formy partnerství však nespočívá v tom, že se převede majetek státu, nýbrž v možnosti využití soukromého potenciálu k veřejnému prospěchu při dalším využití takto převedeného majetku. Ze zákona o majetku nevyplývá, že taková dispozice by nebyla možná. Nejsou však zajištěny dostatečné záruky, že by taková dispozice byla efektivní a ekonomicky výhodná.

---

<sup>123</sup> Zákon nic nestanoví o tom, co by mělo být obsahem vyjádření Ministerstva financí. Zákon se pouze omezuje na to, že vyjádření musí předcházet rozhodnutí o povolení výjimky. Ve vyjádření by ministerstvo mělo uvést důvody, proč učinit výjimku z požadavku trvalé nepotřebnosti a zda s výjimkou souhlasí, či nikoliv. Pro vládu má vyjádření Ministerstva financí doporučující charakter.

<sup>124</sup> Pokud jde o způsob výběru nabyvatele, zákon připouští buď přímý prodej vybrané osobě nebo dle postupů upravených v prováděcí vyhlášce k zákonu (vyhláška č. 62/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů) prodej na základě výběrového řízení nebo prodej na základě nabídky. Za podmínek uvedených v § 24 vyhlášky lze výběr provést rovněž formou veřejného návrhu na uzavření smlouvy a prostřednictvím obchodní veřejné soutěže dle obchodního zákoníku.

<sup>125</sup> Viz § 22 odst. 2 ZMČR

Pokud jde o nakládání s majetkem územních samosprávných celků, neexistuje žádná komplexní úprava podobné té, která je v zákoně o majetku. Částečně je nakládání s majetkem obcí, krajů a hlavního města Prahy upraveno v zákoně o obcích, zákoně o krajích a zákoně o hlavním městě Praze. Formálně lze také vycházet z hledisek přezkoumání v rámci přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků podle zákona č. 420/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Dle tohoto zákona jsou předmětem přezkoumání údaje uvedené v § 2 zákona (tzv. předmět přezkoumání) a hlediska přezkoumání (tedy z jakých hledisek se předmět ověřuje) jsou uvedena v § 3 zákona. Mezi tato hlediska patří především soulad s právními předpisy, týkající se rozpočtu, hospodaření a majetku územních samosprávných celků. Ve vztahu k partnerství je vhodné zmínit, že předmětem přezkoumání jsou vybrané údaje o ročním hospodaření územního samosprávného celku tvořící součást závěrečného účtu. Souhrnně se dá říci, že jde o přezkoumání plnění rozpočtu z hlediska příjmů a výdajů a peněžních a finančních operací. A dále se rovněž přezkoumávají majetkové dispozice, a to především: nakládání a hospodaření s majetkem ve vlastnictví územního celku, zadávání a uskutečňování veřejných zakázek, stav pohledávek a závazků a nakládání s nimi, ručení za závazky fyzických a právnických osob, zastavování movitých a nemovitých věcí ve prospěch třetích osob a zřizování věcných břemen k majetku územního celku.

Hospodaření obcí s jejich majetkem upravuje § 38 a násl. ZOB. Stejně jako u majetku státu stanoví generální klauzule, že majetek musí být využíván účelně a hospodárně v souladu se zájmy územního samosprávného celku a s úkoly vyplývajícími z vymezené působnosti. Soulad nakládání s majetkem obce s jejími zájmy je kritérium sice obecné, avšak v konkrétních případech nabývá svého obsahu. Při každé majetkové dispozici pak musí orgány obce, které o ní rozhodují, zvažovat, zda dispozice je, či není v souladu se zájmy obce. V praxi je často toto ustanovení opomíjeno a zájem se fakticky nijak nezkontroluje. Toto je také jediné obecné omezení v nakládání s majetkem obce.

Zvláštní pravidla platí, pokud jde o převod vlastnického práva k nemovitému majetku. Zamýšlí-li obec prodat, směnit nebo darovat takový majetek, musí být tento záměr zveřejněn po dobu nejméně 15 dnů, než o něm bude zastupitelstvo rozhodovat, na úřední desce obecního úřadu.<sup>126</sup> Vedle zveřejnění na úřední desce, které je obligatorní, může fakultativně obec záměr zveřejnit způsobem v místě obvyklým. Nemovitost, které se dispozice týká, musí být označena v souladu s katastrálním zákonem. Cílem této publikace je umožnit, aby své nabídky předložil širší okruh uchazečů a současně jim dát prostor, aby se mohli k transakci

---

<sup>126</sup> Uvedená pravidla platí i pro pronájem a výpůjčku nemovitého majetku obce.

vyjádřit. Uvedené bude zřejmě možné při převodech a směnách majetku, pokud ale zamýšlí obec majetek darovat, těžko lze předpokládat, že by zveřejnění v tomto případě plnilo jinou než informační funkci. Darování je totiž jednak adresné a navíc při něm k žádnému protiplnění nedochází, a tudíž zde není ani předpoklad, že by uchazeči předkládali další (pro obec výhodnější) nabídky. Na druhou stranu nelze vyloučit dohody, kdy obec bezúplatně převede majetek na určitý subjekt s tím, že se subjekt dále zaváže tento majetek nějakým způsobem využít. Pokud je tento převod spojen s uspokojováním veřejných potřeb, lze hovořit o partnerství. V tomto případě je možné provádět výběr mezi více uchazeči. Nejedná se ale o darování, neboť darování je úkon bezplatný, resp. bezúplatný, za který nenásleduje žádné majetkové plnění.<sup>127</sup> „Pokud se dar poskytuje s příkazem [...], který má majetkový význam [...], nejde o bezplatnost.“<sup>128</sup> Je-li součástí smlouvy o bezplatném převodu závazek nabyvatele k plnění, které má majetkovou povahu, o darování nejde, avšak i tak máme za to, že je nutné postupovat dle § 39 odst. 1 ZOB. Cílem tohoto ustanovení je zajistit transparentní nakládání s obecním majetkem a rovný přístup zájemců při předkládání svých nabídek. Byť výše popsaná dispozice není darováním podle občanského zákoníku, jde o majetkovou dispozici, která s darováním má společný znak v tom, že se snižuje majetek obce, aniž by za to bylo přímo poskytnuto nějaké protiplnění. Vztahuje-li se povinnost zveřejnění na darování, měla by se vztahovat i na právní úkon obdobný.

Obligatorní zveřejnění má podle zákona směřovat k tomu, aby se mohli zájemci k záměru vyjádřit a předložit své nabídky. To je však velmi omezený účel. Zveřejněním záměru se má sledovat primárně informování veřejnosti, především tedy občanů obce, že „jejich“ obec zamýšlí s obecním majetkem naložit. Protože ve všech těchto případech jde o „zbavení se majetku“, měla by povinnost zveřejnění být základním garantem pro transparentní rozhodování o dispozicích s majetkem obce. Zveřejnění by proto mělo umožnit vyjádřit se nejen případným zájemcům, ale širší veřejnosti k záměru obce naložit uvedeným způsobem s majetkem.

Při úplatném převodu majetku má být cena sjednána zpravidla ve výši, která je v daném místě a čase obvyklá, nejde-li o cenu regulovanou státem.<sup>129</sup> Z uvedeného vyplývá, že se uplatní pouze u úplatné dispozice a musí jít o převod práva k majetku, (neuplatní se tedy například u pronájmu majetku, na který se § 39 odst. 1 ZOB také vztahuje, neboť nejde o převod, rovněž ustanovení o ceně neplatí u darování, které je bezplatné). Na rozdíl od

---

<sup>127</sup> Viz § 628 odst. 1 OZ

<sup>128</sup> Viz Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kolektiv. Občanský zákoník I, II. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 1793, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [29.12.2009]

<sup>129</sup> Viz § 39 odst. 2 ZOB



povinnosti zveřejnění, která se týká pouze nemovitého majetku, týká se pravidlo o ceně převodu jakéhokoliv majetku. Z dikce ustanovení, ve kterém je užito slova „zpravidla“, však plyne, že zákon připouští výjimky ohledně sjednané výše ceny. Pokud obec sjedná cenu nižší, ale případně i vyšší, než je cena obvyklá, je nutné to zdůvodnit. Jinak zákon žádné další omezení nestanoví.

Srovnáme-li tuto úpravu a úpravou nakládání s majetkem státu, lze konstatovat, že je velice liberální a prakticky nejsou stanoveny obci žádné limity, pokud jde o nakládání s jejím majetkem. Do budoucna lze proto doporučit, aby zákon podrobil nakládání s obecním majetkem přísnější regulaci, zejména navázal nakládání s majetkem na účel nakládání, rozpočet obce a její dlouhodobé hospodaření, stejně jako stanovil podrobnější úpravu postupu při výběru osoby, na kterou má být vlastnické právo k majetku převedeno.

Uvedená pravidla se vztahují na majetek, nikoliv tedy jenom na věci, nýbrž i na práva a jiné majetkové hodnoty, pokud jejich povaha připouští, aby byly předmětem občanskoprávních vztahů.<sup>130</sup>

To, co bylo řečeno o nakládání s majetkem obce, platí rovněž i pro nakládání s majetkem kraje, hlavního města Prahy a městských částí, neboť právní úprava je v tomto ohledu shodná (s výjimkou níže popsanou).<sup>131</sup>

O převodu nemovitostí rozhoduje zastupitelstvo příslušného územního samosprávného celku, jde-li o převod věci movité, rozhoduje o ní v rámci tzv. zbytkové působnosti rada, stejně jako o uzavření nájemní smlouvy a smlouvy o výpůjčce, ať se jedná o věc movitou nebo nemovitou.<sup>132</sup>

Zákon publikaci (zveřejnění) na úřední desce požaduje kategoricky pod sankcí absolutní neplatnosti. Zatímco však v zákoně o obcích musí být záměr zveřejněn nejméně po dobu 15 dní, zákon o krajích stanoví lhůtu dvojnásobnou. Záměr musí být zveřejněn nejméně po dobu 30 dní a zveřejnění musí trvat po celou dobu 30 dnů, jinak je právní úkon neplatný. V zákoně o obcích je formulace jiná, která neplatnost spojuje pouze s nezveřejněním, nikoliv však už s porušením doby trvání zveřejnění před tím, než o záměru bude příslušný orgán rozhodovat.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Srov. § 118 odst. 1 OZ

<sup>131</sup> Srov. § 38 odst. 1, § 39 ZOB a § 17 odst. 1, § 18 ZOK, § 35 odst. 1, § 36 ZOHLMP

<sup>132</sup> Viz § 85 odst. 1 písm. a), § 102 odst. 2 písm. m), odst. 3 ZOB, § 36 písm. a), § 59 odst. 1 písm. l), odst. 3 ZOK, § 59 odst. 3 písm. j), § 68 odst. 3, § 89 odst. 2 písm. d), § 4 odst. 3 ZOHLMP

<sup>133</sup> Zákon o obcích výslovně uvádí, že takový úkon je od počátku neplatný. Úkon by však byl od počátku neplatný, aniž by to bylo nutné výslovně stanovit, z čehož také vychází zákon o krajích, neboť právní úkon, který je absolutně neplatný, je neplatný od počátku. Srov. k tomu Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kolektiv. Občanský zákoník I, II. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 335, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [29.12.2009]

Závěrem lze říci, že úprava nakládání s majetkem územních samosprávných celků je poměrně kusá a stručná, na stranu druhu, ve srovnání se zákonem o majetku, umožňuje formu partnerství, které spočívá v převodu majetku na soukromý subjekt. Problémem je, podobně jako v zákoně o majetku, že úprava nezaručuje transparentní způsob výběru soukromého partnera.

To, co bylo výše řečeno o nakládání s majetkem státu, obcí a krajů platí obecně a vztahuje se i na majetkové operace, ke kterým může docházet v souvislosti s partnerstvím založeným koncesní smlouvou.

### 4.3 Wider Markets

Dalším modelem partnerství jsou tzv. Wider Markets, což lze do češtiny přeložit jako širší trhy. Právně i fakticky však žádné ekvivalentní české označení pro takový model neexistuje a v podstatě jde o to, že majetek veřejného partnera (tedy veřejný majetek) je využíván soukromým partnerem k podnikatelské aktivitě s tím, že část zisku z této podnikatelské aktivity je využívána ve prospěch tohoto majetku.<sup>134</sup>

Vzhledem k poměrně striktním pravidlům nakládání s majetkem státu si lze obtížně představit tuto formu spolupráce v našich podmínkách. Určitým základem by mohlo být ustanovení § 27 ZMČR, které umožňuje přenechání věci do užívání právnické nebo fyzické osobě, avšak pouze na dobu určitou v délce nejdéle 8 let, pokud jde o věc, kterou organizační složka dočasně nepotřebuje k plnění funkcí státu nebo jiných úkolů v její působnosti, nebo pokud tak bude dosaženo účelnějšího nebo hospodárnějšího využití věci při zachování hlavního účelu, ke kterému organizační složce slouží.<sup>135</sup> Zákon sice umožňuje prodloužení užívání, avšak z dikce § 27 odst. 2 ZMČR vyplývá, že prodloužení nelze sjednat předem (arg. „... pokud jsou podmínky ... splněny *i nadále*“) a navíc není stanoveno, jsou-li podmínky splněny, sjednání jako obligatorní, nýbrž jako možnost sjednat prodloužení užívání (arg. „... lze užívání ... prodloužit ...“). Užívání musí být sjednáno za úplatu (nájemné) ve výši v místě a čase obvyklé. Bezúplatně lze užívání sjednat pouze s osobami, které se nezabývají podnikáním, a současně věc bude užívána jen pro stanovené účely.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> Jako příklad se uvádí spolupráce the Royal Parks Agency a společnosti Cardington plc, které vytvořily společnou společnost Royal Park Enterprises. Zatímco samotná the Royal Parks Agency má za úkol především péči o správu královských parků, společnost se zabývá organizováním kulturních akcí v parcích a s tím souvisejícími prodejními aktivitami. Jsou tak získávány další prostředky na provoz parků, které jsou tak veřejnosti celoročně přístupné bezplatně. Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 42

<sup>135</sup> I v tomto případě ale platí obecné ustanovení o nakládání s majetkem podle § 19 odst. 3 ZMČR.

<sup>136</sup> Těmito účely podle § 27 odst. 3 ZMČR jsou: zajištění výkonu státní správy v přenesené působnosti, účely sociální, humanitární, požární ochrany, ochrany obyvatelstva, integrovaného záchranného systému, vzdělávací,

Pokud by měla mít spolupráce význam, bylo by nutné udělení výjimky od Ministerstva financí, neboť soukromý partner by byl jednak zpravidla podnikatel a dále nelze očekávat, že by byl ochoten za užívání věci platit tržní nájemné a ještě odvádět zisk veřejnému partnerovi. Výjimku je možné získat kromě okruhu uživatelů a účelu užívání pro případ bezúplatného užívání také na důvody pro přenechání věci do užívání a na podmínky doby užívání.<sup>137</sup>

Pomocí výjimek tak sice lze obejít všechny zákazy, pokud jde o přenechání věci do užívání, které stanoví § 27 ZMČR, avšak kritérium, dle kterého se o výjimce rozhoduje „závažné důvody“ je neurčitý právní pojem, který není vymezen žádnými objektivními prvky a je značně problematické dopředu předvídat, jak ministerstvo rozhodne. Tím spíše, že záleží na Ministerstvu financí, zda výjimku udělí, byť by šlo o závažné důvody, neboť povolení výjimky není nárokové (arg. „... může ... povolit ...“), ale je v diskreci (na úvaze) ministerstva. Spoléhat na výjimky ministerstva je pro partnerské projekty poněkud limitující a nepřispívá k právní jistotě soukromých partnerů.

Příznivější situace je, pokud by šlo o majetek územních samosprávných celků, neboť jejich dispozice s majetkem není podrobena tak přísné právní úpravě. V zásadě by tak bylo nutné splnit obecná ustanovení o nakládání s majetkem, jak byla popsána výše dle zákona obcích, krajích, nebo o hlavním městě Praze.

#### **4.4 Některé další formy partnerství ve Velké Británii**

Další formy spolupráce, které uvádí zpráva britského ministerstva financí, jsou tzv. sales of businesses, partnerships companies a joint ventures.<sup>138</sup> Z našeho pohled je poměrně obtížně přesně popsat mezi nimi jednotlivé rozdíly, neboť jejich podstata spočívá v nakládání veřejnoprávního subjektu s podíly ve společnostech, které vlastní, a buď tyto podíly převádí na soukromého partnera, nebo společně s ním získává nové. Zatímco v případě sales of businesses se veřejný partner své účasti částečně zbavuje (podíl veřejného partnera je převeden na soukromého, a to buď prodejem podílu /trade sale/, nebo, jde-li o subjekt, ve kterém je možná kapitálová účast v podobě cenných papírů, vydáním nových cenných papírů, které nabude soukromý partner – tzv. flotation nebo IPO).<sup>139</sup> U partnership companies je cíl odlišný, byť faktický výsledek je podobný. V tomto případě není cílem samotný (od)prodej

---

vědecké, kulturní, sportovní a tělovýchovné, ochrany přírody a péče o životní prostředí a práce s dětmi a mládeží.

<sup>137</sup> Viz § 27 odst. 4 ZMČR

<sup>138</sup> Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 46 - 47

<sup>139</sup> Flotation či IPO (initial public stock offering) je kapitálová operace, kdy obchodní společnost uvádí poprvé na trh své cenné papíry.

podílů ve veřejně vlastněných společnostech, ale zapojení soukromoprávních subjektů na jejich činnosti nabytím podílů v nich.<sup>140</sup> Sleduje se tím to, že soukromoprávní subjekt přinese do společnosti nový kapitál, nové způsoby řízení a know-how.

Poněkud specifitější jsou tzv. joint ventures, které mohou mít podobu buď spolupráce mezi veřejným a soukromým partnerem založenou smluvně bez vytvoření nového subjektu, nebo může jít o společné založení subjektu, ve kterém bude mít podíl jak soukromý tak veřejný partner. Taková partnerství se obvykle označují jako tzv. institucionální partnerství.<sup>141</sup>

Pokud jde o realizaci některé z těchto forem v České republice, lze obecně říci, že nejsou vyloučeny. Právní předpisy přirozeně takové formy neupravují, upravují však postupy při zakládání obchodních společností veřejnými subjekty, převody obchodních podílů v nich a s tím spojené právní otázky. Některé z výše uvedených forem se blíží tomu, co je v českém právním i socioekonomickém prostředí označováno jako privatizace, o níž jsme se už zmínili.

#### **4.5 Private Finance Initiative**

Konečně je ve zprávě zmiňována Private Finance Initiative, která má ve své podstatě zřejmě nejbližší k tomu, jak jsou veřejná soukromá partnerství chápána u nás.<sup>142</sup>

Úprava zadávání Private Finance Initiative smluv je ve Velké Británii upravena the Public Contracts Regulations 2006 Statutory Instrument (SI) 2006/5 a the Utilities Contracts Regulations SI 2006/6, kterými byly provedeny do právního systému Velké Británie směrnice 2004/18/ES a 2004/17/ES.<sup>143</sup> Vedle této v zásadě obecné úpravy existují souběžně další

---

<sup>140</sup> V obou případech je ale výsledek stejný: do společnosti dosud plně ovládané a patřící veřejnoprávnímu subjektu vstoupil soukromý partner.

<sup>141</sup> S institucionálními partnerstvími je možné se setkat i v jiných zemích Evropské unie. Věnuje se jim Komise v zelené knize, viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 6, 13; i studie Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, str. 2. Komise rovněž vydala ohledně institucionalizovaných partnerství výkladové sdělení Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships C (2007) 6661, výkladové sdělení je dostupné na adrese: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/ppp/comm\\_2007\\_6661\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_en.pdf) [19.12.2009]).

Komise podle tohoto sdělení (viz str. 2) za institucionalizované partnerství označuje případy spolupráce mezi soukromým a veřejným partnerem spočívající v založení subjektu se smíšenou účastí obou partnerů za účelem zadání veřejné zakázky nebo koncese veřejným partnerem (jako veřejným zadavatelem) takto vzniklému subjektu. Komise zastává názor, že na takto zadávanou veřejnou zakázku či koncesi se vztahují pravidla jako na tzv. smluvní partnerství (viz zelená kniha, str. 15, bod 63.), což je poněkud kontraproduktivní. Problematika této formy partnerství dosud na evropské úrovni není nijak uspokojivě vyřešena.

<sup>142</sup> Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 47; v Německu se používá obdobná forma spolupráce označovaná jako Betreibermodell.

<sup>143</sup> Předpisy jsou dostupné na <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/introduction/made> [28.3.2011] a <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/6/contents/made> [28.3.2011]

Oba předpisy se vztahují na Anglii, Wales a Severní Irsko; Skotsko vzhledem k tomu, že má vlastní parlament, přijímá vlastní právní předpisy. Byť se tedy tyto předpisy nevztahují na celé území Spojeného království Velké Británie a Severního Irsku, používáme dále v textu zkráceně označení Velká Británie a máme tím na mysli ta území, na která se tyto předpisy vztahují, tedy Anglii, Wales a Severní Irsko.

právní úpravy regulující zadávání veřejných zakázek (v širokém smyslu), které se týkají buď určitých osob (místních správ) – the Local Government Act 1999, anebo hospodářských odvětvích (tzv. sektorové úpravy) – například v oblasti veřejné dopravy (například the Transport Act 1985), utilit a obrany.<sup>144</sup>

Tak jako v našem právním prostředí je úprava veřejných zakázek a koncesí velice ovlivněna evropskými směnicemi a velká část právní úpravy je vlastně implementovaná evropská úprava přizpůsobená českým právním poměrům, nejinak tomu je i v britské úpravě. Zásadní rozdíl však spočívá v tom, že nebyla vytvořena kategorie koncesních smluv tak jako u nás a že zadávání projektů v režimu Private Finance Initiative probíhá stejným postupem jako zadávání jiných (roz. „tradičních“) veřejných zakázek. Samotný the Public Contracts Regulations 2006 však v souladu se směrnicí úpravu koncesí na stavební práce a koncesí na služby obsahuje.<sup>145</sup> Avšak na rozdíl od české právní úpravy pouze v rozsahu požadovaném směrnicí. V podstatě se tak jedná o pouhé implementování směrnice, zatímco české úprava jde výrazně nad rámec pouhé implementace směrnice.

S tím souvisí také označení Private Finance Initiative, kdy rozhodujícím znakem je smluvní podstata partnerství, nesení rizik soukromým partnerem, včetně rizika spojeného s financováním, a dlouhodobost vztahu, nikoliv ale způsob protiplnění, který je naopak neoddělitelným znakem koncesí, a to jak podle směrnice tak i koncesního zákona.<sup>146</sup> Ještě nedávno se uvádělo, že Private Finance Initiative se liší tím, že „[...] nemá odměna soukromého partnera formu poplatků placených uživateli díla či služby, tato je realizována prostřednictvím pravidelných plateb ze strany veřejnoprávního partnera.“<sup>147</sup> Ve zprávě britské vlády se však jako příklad Private Finance Initiative uvádí už i případ, kdy

---

<sup>144</sup> Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 1 – A (2), A (4)

<sup>145</sup> Viz regulation 6 ss 2(m), regulation 36 a regulation 37 the Public Contracts Regulations 2006

<sup>146</sup> „The PFI is a form of public sector procurement whose objective in funding terms is to transfer recourse and hence risk for the full capital financing liability from the public sector to the private sector. This is achieved by the public sector purchasing a service which includes the use of capital assets from a third party provider, as opposed to the usual public sector method of capital procurement where the capital assets are purchased outright, with all of the operational services continuing to be provided by the public sector.“ Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 4 – Chapter 1 – A (1); viz také Skilbeck, J. The private finance initiative and public procurement. Public Procurement Law Review, 1996, 4, str. 148, čerpáno z databáze [www.westlaw.co.uk](http://www.westlaw.co.uk) [23.3.2008]

K tomu, jak je dosaženo většího přínosu prostřednictvím PFI oproti použití „tradiční“ veřejné zakázky – viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – F (185); Division 2 – Chapter 2 – G – (2060 - 2070).

<sup>147</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 7

soukromému partnerovi úhrady hradí přímí uživatelé („*covers the costs entirely through direct charges on the private users of the asset*“).<sup>148</sup>

## 5 Veřejní a soukromí partneři jako subjekty práva

Veřejná soukromá partnerství jsou označována jako partnerství mezi veřejnými a soukromými partnery. Pokud se máme partnerstvími zabývat juristicky, je nezbytné objasnit, kdo jsou těmito partnery a jaké podléhají právní regulaci.<sup>149</sup>

Dichotomicky vymezeno, veřejnými partnery mohou být subjekty, které vykonávají veřejnou správu (za splnění níže popsaných podmínek), soukromými partnery jsou subjekty soukromoprávní, jimiž jsou fyzické a právnické osoby. Vymezení soukromých partnerů nečiní problémy. Zpravidla jimi budou obchodní společnosti.<sup>150</sup> Vymezení veřejných partnerů jako subjektů vykonávajících veřejnou správu bude lépe pochopitelné, pokud nejdříve pojednáme o podstatě veřejné správy.

Neexistuje jednotná, unifikované definice veřejné správy. Pod termínem veřejná správa lze rozumět správu věcí veřejných jako záležitostí přesahujících individuální zájmy osob v určité společenské organizaci stojící v protikladu ke správě soukromé jako správě individuálních záležitostí jednotlivých osob. Pojem je definován synteticky. „*V zásadě pod označením veřejná správa rozumíme buď určitý druh činnosti (tj. spravování), nebo instituci (organizaci, úřad), která veřejnou správu vykonává. V prvním případě jde o správu v materiálním (funkčním) pojetí, ve druhém případě o správu v pojetí formálním (institucionálním, organizačním).*“<sup>151</sup> Zjednodušeně řečeno, pod pojmem veřejná správa lze buď rozumět její institucionální zajištění příslušnými organizačními strukturami, nebo činnost zaměřenou na zajišťování a uspokojování veřejných potřeb (v této práci toto označujeme jako zajišťování veřejných statků).

V případě partnerství je činnost soukromého partnera ve své podstatě materiální správou, není však správou formální, neboť není zajišťována určitou veřejnoprávní

---

<sup>148</sup> V anglickém textu se doslova uvádí: „*Definition: the public sector contracts to purchase quality services, with defined outputs, on a longterm basis from the private sector, and including maintaining or constructing the necessary infrastructure. The term also covers financially free-standing projects (e.g. the Second Severn Bridge) where the private sector supplier designs, builds, finances and then operates an asset and covers the costs entirely through direct charges on the private users of the asset, with public sector involvement limited to enabling the project to go ahead through assistance with planning, licensing and other statutory procedures.*“ Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 47

<sup>149</sup> Subjekt tvoří prvek právní normy. Je tak adresátem normy. Subjektem tudíž je ten, kterému právní norma takové postavení přiznává. Srov. Harvánek, J. a kolektiv. Teorie práva. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2001, str. 158

<sup>150</sup> Viz § 56 odst. 1 ObchZ

<sup>151</sup> Viz Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 6; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]

„organizací“, nýbrž soukromoprávním subjektem. Činnost vykonávaná soukromým partnerem rovněž není správou soukromou, jak by se mohlo zdát, protože její účel není uspokojení individuálních zájmů soukromého partnera, ale zajištění určitých veřejných statků.

Veřejná správa je uplatňována dvěma základními formami.<sup>152</sup> První forma má svůj základ ve sféře veřejného práva a spočívá v mocenském, autoritativním působení veřejné správy. Je označována jako tzv. vrchnostenská správa vzhledem k postavení subjektu veřejné správy a způsobu, jakým vystupuje vůči adresátu veřejnosprávního působení. Naproti tomu druhá z forem označovaná jako fiskální je spojena se soukromoprávní formou působení ve vztazích mezi subjekty.<sup>153</sup> Stát a jiné veřejnoprávní subjekty v těchto vztazích žádným mocenským oprávněním nedisponují a mají rovné postavení.

Máme-li partnerství a tedy i koncese jako jednu z jejich forem zařadit do jedné z těchto forem působení, pak v českém právním řádu spadají do sféry fiskální veřejné správy. Pokud veřejnoprávní subjekt angažuje k zajištění fiskální správy soukromoprávní osobu, obvykle tak činí prostřednictvím veřejné zakázky, tedy na základě smlouvy.<sup>154</sup>

V rámci partnerství veřejný partner zjišťuje a rozhoduje, které své úkoly a činnosti by efektivněji mohl zabezpečit soukromý partner. Jak je patrné z předchozího výkladu, mohou úkoly veřejné správy být jednak takové, s jejichž plněním je spojen výkon pravomoci orgánu a veřejno(s)právní autoritativní působení, ale rovněž i úkoly, které spočívají v činnostech fiskální povahy.<sup>155</sup> Subjekt veřejné správy něco „[v]e veřejném zájmu zabezpečuje, obstarává.“<sup>156</sup> Jde o tzv. veřejné statky. Rozsah této činnosti je v dnešní době obrovský a zahrnuje celou řadu úkolů od sociálních, zdravotních, kulturních služeb po školství, dopravní obslužnost a řadu dalších oblastí, kterými je zabezpečována občanská vybavenost. Pro tuto sféru veřejné správy se partnerství využívají.

Vedle formy, jakou je veřejná správa uplatňována, lze také odlišovat podobu, v jaké subjekt při výkonu veřejné správy vystupuje. Institucionálně totiž subjekt veřejné správy při

---

<sup>152</sup> Viz Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 13 - 14; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]

<sup>153</sup> Viz Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 13 - 14; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]: „Výraz *fiskální správa* pochází z doby absolutismu a odvozuje se od tehdejší *fiskální teorie*, podle které se stát skládal ze dvou právních subjektů, totiž *výsostného (svrchovaného) státu a státu fiskálního*, přičemž pouze *fiskus* byl podřízen právnímu řádu, a tedy i soudní jurisdikci. Dnes se používá výrazu *fiskus* ve významu *státní majetek* a o *fiskální správě* se mluví tehdy, jestliže stát nevstupuje do právních vztahů *vrchnostensky*, ale z *pozice rovného partnera právě ve věcech finančních a státního majetku*.“

<sup>154</sup> Srov. § 7 odst. 1 ZVZ

<sup>155</sup> A tato pravomoc může náležet i osobám svojí povahou soukromoprávním, je-li na soukromoprávní subjekt přeneseno vykonávání veřejné správy vrchnostenské povahy. Nejde však o partnerství.

<sup>156</sup> Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 14; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]

výkonu svých vrchnostenských oprávnění vystupuje jinak, než v případech kdy vykonává správu fiskální. Názorně lze výše uvedené popsat, podíváme-li na způsoby, jakými stát vykonává obě formy veřejné správy. Pokud stát rozhoduje autoritativně, nevystupuje v těchto vztazích přímo jako „stát“, nýbrž prostřednictvím svých orgánů – tzv. orgánů státní správy.<sup>157</sup> Obdobně pokud stát vykonává fiskální správu, vytváří si především z organizačních, rozpočtových a kontrolních důvodů vnitřní organizační strukturu (viz § 3, § 4, § 7 ZMČR).

## 5.1 Stát jako veřejný partner

Při úvahách nad postavením státu v rámci partnerství lze vyjít z následující premisy: „Stát se jako právnická osoba vyznačuje některými zvláštními znaky. Mezi ně patří na prvním místě skutečnost, že jde o korporaci uvnitř i navenek suverénní. Proto všechny ostatní útvary, [...], vznikají v rámci státu a na základě jeho právního řádu a jsou včleněny do systému subjektů veřejné správy státu. Stát však není jen veřejnoprávní korporací, splňuje i znaky korporace soukromoprávní (srov. § 21 ObčZ).“<sup>158</sup> V souvislosti s realizací veřejných soukromých partnerství si stát i nadále zachovává svoji rozhodující roli při zajišťování veřejné správy. Ostatně účelem partnerství je zajištění určitých (u nichž to jejich povaha dovoluje) statků, což je jeden z úkolů veřejné správy. Mění se pouze prostředek zajištění statků.

Pokud jde o sféru vystupování státu v soukromoprávních vztazích, stanoví občanský zákoník, jako základní soukromoprávní kodex, že stát je právnickou osobou.<sup>159</sup> Stejně hovoří zákon č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů.<sup>160</sup> Stát je právnickou osobou (korporativního charakteru) a při realizaci partnerství jako právnická osoba vystupuje.<sup>161</sup> Nevystupuje zde tedy jako subjekt veřejného práva a veřejnoprávních působení. Avšak ani

<sup>157</sup> Viz Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2001, str. 74

<sup>158</sup> Viz Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 108; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]

<sup>159</sup> Viz § 21 OZ

<sup>160</sup> K postavení státu jako právnické osoby srov. Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné 1, 4. aktualizované a doplněné vydání. Praha: ASPI, 2005, str. 211. Zde se mimo jiné uvádí, že „[...] stát se [...] chová jako právnická osoba sui generis [...]“. K označení státu jako právnické osoby sui generis kromě případů uvedených ve zmiňovaném odkazu zřejmě přispívá i významné specifikum státu, ale i jiných veřejnoprávních korporací jako jsou obce nebo kraje, jež hospodaří s veřejným majetkem, kterým je to, že jejich právní jednání je do určité míry regulováno veřejnoprávními předpisy a že nemají takovou vnitřní volnost jako soukromoprávní právnické osoby, které nehospodaří s veřejnými prostředky. Jednání státu je podrobeno úpravě v zákoně č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, který obsahuje řadu omezení jednání státu. Při zadávání veřejných zakázek musí stát postupovat dle pravidel v zákoně o veřejných zakázkách, při zadávání koncesní smlouvy zase dle koncesního zákona.

K polemice o státu jako právnické osobě viz Beran, K. Proč není stát právnickou osobou? Právní rozhledy, 2006, 7, str. 255 – 261 a Stuna, S., Švestka, J. Proč a kdy je stát právnickou osobou, jakož i o právnické osobě vůbec. Právní rozhledy, 2007, 14, str. 499 - 507

<sup>161</sup> Ostatně s vystupováním státu jako subjektu soukromoprávních vztahů kromě § 21 OZ počítají i další ustanovení právních předpisů – například § 124 OZ, § 261 odst. 2 ObchZ.



v soukromoprávních vztazích se neztrácí specifické postavení státu, a zatímco pro soukromníky platí ústavní kautela: Každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá, pro stát i v soukromoprávních vztazích platí, že může činit pouze takové právní úkony, které mu veřejno(s)právní předpisy dovolují.<sup>162</sup>

Pro oblast soukromoprávního vystupování si stát vytváří svou vlastní vnitřní organizační strukturu. Prvky této organizační struktury nedisponují vlastní subjektivitou a vystupují jménem státu. Zákon prvky této organizační struktury nazývá organizační složky státu. Definovány jsou jednak výčtem – dle § 3 odst. 1 ZMČR jsou jimi: ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky. Dále jimi jsou jiná než výše vyjmenovaná zařízení, o kterých to buď stanoví zvláštní právní předpis, nebo zákon o majetku.<sup>163</sup> Obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.<sup>164</sup> Kromě těchto organizačních složek vzniklých ex lege, je možné organizační složku jménem státu zřídit. Toto oprávnění dává § 4 odst. 1 ZMČR ministerstvu, a to k plnění úkolů v rámci působnosti ministerstva.

Dále jsou definovány kombinací pozitivního a negativního vymezení. Organizační složky státu nejsou právními osobami. Jsou však účetními jednotkami.<sup>165</sup> Jsou oprávněny vykonávat působnost nebo předmět činnosti podle zvláštních právních předpisů, a pokud v těchto případech jednají, jednají jménem státu.<sup>166</sup> Jednatelské oprávnění náleží, nejedná-li se o stanovené výjimky, vedoucímu příslušné organizační složky, který právní úkony činí jménem státu. Z praktických důvodů zákon umožňuje, aby vedoucí organizační složky pro určité právní úkony písemně pověřil jednáním jiného vedoucího zaměstnance této organizační složky. Jiní než vedoucí zaměstnanci organizační složky mohou jménem státu činit právní úkony pouze v rozsahu stanoveném vnitřním předpisem organizační složky.

Vedle uvedené organizační struktury vytváří stát jiné „organizace“, které právní subjektivitou disponují. Takovými subjekty jsou státní příspěvkové organizace a dále sem lze zařadit jiné právní osoby, které stát zřizuje a slouží k zajišťování veřejných statků. Stát zde

---

<sup>162</sup> Viz článek 2 odst. 3 ústavního zákon č. 1/1993 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků, a článek 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod

<sup>163</sup> Viz § 51 odst. 1 ZMČR

<sup>164</sup> Znamená to, že na zařízení, která mají obdobné postavení jako organizační složky státu, se vztahují ustanovení týkající se organizačních složek státu, pokud zákon o majetku nebo jiný právní předpis nestanoví něco jiného. Viz Plíva, S. Hospodaření s majetkem státu. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2001, str. 9

<sup>165</sup> Viz § 1 odst. 2 písm. c) zákona č. 563/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon o účetnictví

<sup>166</sup> Viz § 3 odst. 2 ZMČR

vystupuje nepřímo jako zakladatel, zřizovatel, společník, subjekt sám však v právních vztazích vystupuje samostatně, vlastním jménem.

Podle § 54 odst. 1 ZMČR jsou státní příspěvkové organizace právnické osoby, které hospodaří s majetkem státu. Ve srovnání s organizačními složkami tedy mají právní subjektivitu, avšak shodně jako organizační složky státu (srov. § 9 ZMČR) hospodaří s majetkem státu. Vlastní majetek nemají a veškerý majetek nabývají pro stát. Státní příspěvkové organizace upravuje zákon o majetku ve svých závěrečných ustanoveních jako kategorii „zbytkových organizací“ (srov. označení rubriky „Postavení ostatních státních organizací“). Zákon přitom, na rozdíl od organizačních složek státu, nečiní výčet státních příspěvkových organizací. Omezuje se pouze na konstatování, že státní příspěvkové organizace zřízené, popřípadě řízené podle dosavadních předpisů ústředními orgány, okresními úřady a školskými úřady a dále Konsolidační banka Praha, státní peněžní ústav, a jiné státní organizace zřízené (založené) na základě zvláštního právního předpisu nebo zvláštním právním předpisem, které ve vztahu k majetku dosud vykonávaly právo hospodaření, popřípadě právo společného hospodaření podle dosavadních předpisů anebo které budou ještě obdobně zřízeny (založeny), jsou právnickými osobami a hospodaří s majetkem. Pokud jde o vlastní hospodaření s majetkem státu, vztahují se na státní příspěvkové organizace kromě úpravy stanovené zvláštním právním předpisem, (kterým je obvykle ten předpis, podle kterého byly založeny – zřízeny), stejná ustanovení zákona o majetku jako na organizační složky státu.

Státní příspěvkové organizace hospodaří s peněžními prostředky získanými hlavní činností a s peněžními prostředky přijatými ze státního rozpočtu pouze v rámci finančních vztahů stanovených zřizovatelem. To je také jedna z dalších vlastností vedle právní subjektivity, která je odlišuje od organizačních složek státu. Ty hospodaří s prostředky státního rozpočtu, které jim stanoví správce kapitoly v rámci rozpočtu kapitoly minimálně v rozsahu členění závazných ukazatelů stanovených zákonem o státním rozpočtu. Příjmy organizačních složek státu a jejich výdaje jsou příjmy a výdaji státního rozpočtu.<sup>167</sup> Státní příspěvkové organizace dále hospodaří s peněžními prostředky svých fondů, s prostředky získanými jinou činností, s peněžními dary, s peněžními prostředky poskytnutými ze zahraničí a s peněžními prostředky poskytnutými z rozpočtů územních samosprávných celků a státních fondů.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> Viz § 45 odst. 1 zákona č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>168</sup> Viz § 53 odst. 1 zákona č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

Státní příspěvkové organizace nemají právní subjektivitu plnou, nýbrž omezenou, neboť podle § 55 odst. 1 ZMČR vlastním jménem jednají v právních vztazích týkajících se majetku státu a účastní se řízení před soudy a jinými orgány ve věcech týkajících se majetku státu včetně řízení o určení, zda tu vlastnické nebo jiné obdobné právo státu je, či není, avšak činí tak pro stát a majetek jejich prostřednictvím nabývá stát. Způsobilost k právům a povinnostem je tedy omezená, resp. k veškerému majetku státu mají právo pouze hospodařit s ním.<sup>169</sup> Způsobilost k právnímu jednání (k právním úkonům) mají v rozsahu jednání týkajícího se majetku, se kterým hospodaří.

Veřejnou správu stát může zajišťovat i tím, že založí nový samostatný soukromoprávní subjekt. Zákon o majetku připouští, aby stát založil nebo se účastnil založení následujících právnických osob: akciová společnost, nadace, nadační fond a obecně prospěšná společnost.<sup>170</sup> Zúčastnit se založení zájmového sdružení právnických osob anebo se stát jeho členem může stát pouze tehdy, pokud se prostřednictvím tohoto zájmového sdružení zapojí do činnosti mezinárodních a nadnárodních nevládních organizací. Naopak není přípustné, aby se stát zúčastnil založení družstva nebo občanského sdružení.<sup>171</sup> Rovněž stát nemůže založit nebo se účastnit založení společnosti s ručením omezeným, veřejné obchodní společnosti, komanditní společnosti, evropské společnosti a evropského hospodářského zájmového sdružení.

Zákonem č. 341/2005 Sb. byla zavedena do právního řádu nová forma právnické osoby tzv. veřejná výzkumná instituce. Veřejná výzkumná instituce je vymezena v § 2 odst. 1 zákona č. 341/2005 Sb., ve znění pozdějších předpisů, jako právnická osoba, jejímž hlavním předmětem činnosti je výzkum, včetně zajišťování infrastruktury výzkumu, vymezený zákonem o podpoře výzkumu, vývoje a inovací. Svou hlavní činností zajišťuje výzkum podporovaný zejména z veřejných prostředků v souladu s podmínkami pro poskytování veřejné podpory stanovenými právem Evropských společenství. Veřejnou výzkumnou instituci může zřídit stát, kraj nebo obec. Pokud ji zřizuje stát, plní funkci jejího zřizovatele ministerstvo, jiný ústřední orgán státní správy nebo Akademie věd České republiky v postavení organizačních složek České republiky.

---

<sup>169</sup> Srov. k tomu Plíva, S. Hospodaření s majetkem státu. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2001, str. 19 - 20

<sup>170</sup> Vedle založení akciové společnosti může stát akcie za podmínek stanovených v zákoně o majetku nabývat, a to i akcie těch akciových společností, které sám nezaložil nebo jejichž založení se nezúčastnil (viz § 28 odst. 1 a 2 ZMČR).

<sup>171</sup> Ani do nich stát nemůže vstoupit nebo členství nabýt převodem.

V právním řádu se lze setkat s dalšími subjekty – právníckými osobami, které stát zřizuje / zakládá, nebo které byly k plnění určitých funkcí speciálně zřízeny ex lege.<sup>172</sup> V prvním případě máme na mysli státní podnik podle zákona č. 77/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů, ve druhém případě státní fondy zřizované podle § 28 zákona č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů a Pozemkový fond České republiky dle zákona č. 569/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Do této kategorie patří také České dráhy, a.s. vzniklé na základě zákona č. 77/2002 Sb. jako akciová společnost a tedy právnícká osoba. A řadí se sem i Česká národní banka (§ 1 odst. 2 zákona č. 6/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů) a Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky zřízená podle zákona č. 551/1991 Sb.

Právnícké osoby zřízené (§ 19 odst. 1 OZ) či založené (§ 57 odst. 1 ObchZ, § 4 zákona č. 77/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů) zakladatelským jednáním, či zákonem zřízené mohou být veřejnými partnery, pokud byly založeny (zřízeny) a slouží účelu zajišťování veřejných statků.<sup>173</sup> Vykonávají-li činnost podnikatelského charakteru a v rámci této činnosti neuspokojují veřejné potřeby, za veřejné partnery je nepovažujeme.<sup>174</sup> Koncesní zákon (stejně jako zákon o veřejných zakázkách) v souladu se směrnicí 2004/18/ES takové právnícké osoby kvalifikuje jako veřejné zadavatele za podmínky nejenom, že zajišťují veřejné statky, slovy koncesního zákona byly založeny či zřízeny za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které navíc nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, nýbrž současně splňují podmínku, že jsou převážně financovány nebo ovládány nebo do jejich orgánů je víc než polovina členů jmenována či volena státem (či jiným veřejným zadavatelem).

Z výše uvedeného je zřejmé, že veřejným partnerem zpravidla nebude státní podnik, neboť podle § 2 odst. 1 zákona č. 77/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů,<sup>175</sup> podnik je právníckou osobou, která provozuje podnikatelskou činnost s majetkem státu vlastním jménem a na vlastní odpovědnost. To, že podnik provozuje podnikatelskou činnost, na druhou stranu nevylučuje, že by tato činnost určitým způsobem nemohla uspokojovat veřejné potřeby. Vyplývá to i z § 3 odst. 2 zákona o státním podniku. Státní podniky se zakládají k uspokojování významných celospolečenských, strategických nebo veřejně prospěšných

---

<sup>172</sup> Viz § 18 odst. 2 písm. d) OZ

<sup>173</sup> Pokud jde o termíny založení – zřízení, v právním řádu jsou používány promiscuae. V občanském zákoníku se ohledně právnícké osoby používá termínu zřízení (srov. § 19 odst. 1 OZ), obchodní zákoník užívá ohledně obchodních společností, což jsou ale také právnícké osoby, termín založení (srov. § 57 ObchZ). Podobně zákon o obecně prospěšných společnostech stanoví, že obecně prospěšná společnost se „zakládá“ (srov. § 4 zákon č. 248/1995 Sb., ve znění pozdějších předpisů), zákon o nadacích a nadačních fondech používá termínu „zřizuje“ (srov. § 3 odst. 1 zákona č. 227/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Výraz „zřizuje“ se používá také pro subjekty vzniklé ex lege (například § 28 zákona č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

<sup>174</sup> K definici podnikání viz § 2 odst. 1 ObchZ

<sup>175</sup> Zákon o státním podniku

zájmů. Některé státní podniky tak veřejnými partnery být mohou, pokud přenos činnosti související s uspokojováním veřejných potřeb nezpochybní důvod pro vlastní existenci určitého státního podniku.

Pokud jde o ostatní zmíněné subjekty – fondy – u nich s ohledem na jejich úkoly (především správa finančních prostředků a jejich rozdělování) využití partnerství nebude obvyklé. Podléhají však, jde-li o zadávání veřejných zakázek, zákonu o veřejných zakázkách.

Při úvahách, zda určitý subjekt může být veřejným partnerem, je třeba přihlídnout kromě právní subjektivity a výkonu činnosti v oblasti zajišťování veřejných statků také k tomu, zda by partnerství bylo v daném případě účelné, k tomu slouží tzv. public sector comparator, a zda lze činnost spojenou se zajišťováním veřejných statků přenést na soukromého partnera.

## **5.2 Obce a kraje jako veřejní partneři**

Veřejnou správu zajišťují rovněž územní samosprávné celky.<sup>176</sup> Pokud jde o právní subjektivitu obcí, zákon o obcích v § 2 odst. 1 uvádí, že obec je veřejnoprávní korporace, která má vlastní majetek a v právních vztazích vystupuje svým jménem a nese odpovědnost z těchto vztahů vyplývající. Zákon o obcích tedy obcím přiznává způsobilost samostatně vystupovat v právních vztazích, mít vlastní majetek a odpovídat za své závazky. To jsou vlastnosti, které v obecně rovině mají právnické osoby. O tom, že obce jsou právnické osoby, svědčí jejich výslovné zařazení v § 18 odst. 2 písm. c) OZ. Vstupují-li do partnerství, jednají jako právnické osoby a vztahují se na ně ustanovení občanského zákoníku a obchodního zákoníku a dalších soukromoprávních předpisů. Že se jedná o veřejnoprávní korporaci se, obdobně jako u státu, projeví vnitřně, neboť rozhodování o majetkoprávních dispozicích je podřízeno právní regulaci, která buď určité jednání zakazuje (obce například nesmí až na výjimky ručit za závazky fyzických a právnických osob) nebo omezuje.<sup>177</sup>

To, co bylo výše řečeno o obcích, vztahuje se rovněž na kraje. Kraj má vlastní majetek, vlastní příjmy a hospodaří podle vlastního rozpočtu. V právních vztazích vystupuje svým jménem a z těchto vztahů nese vlastní odpovědnost.<sup>178</sup> Jako jednotka územní samosprávy je ve smyslu § 18 odst. 2 písm. c) OZ právnickou osobou.

V rámci veřejné správy vykonávají obce i kraje jednak samostatnou působnost, která spočívá v péči o záležitosti, které jsou v zájmu obce či kraje a jejich občanů, popřípadě je do

---

<sup>176</sup> Viz článek 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků

<sup>177</sup> Viz § 38 odst. 3 ZOB, dále například úplatný převod majetku obce lze provést pouze za cenu v daném místě a čase obvyklou (viz § 39 odst. 2 ZOB).

<sup>178</sup> Viz § 1 odst. 2 ZOK

samostatné působnosti obce či kraje svěřuje zákon, a dále vykonávají působnost, která na ně byla přenesena, jako výkon státní správy. Realizace partnerství se jeví jako přínosná především v oblasti samostatné působnosti obce či kraje. A priori však nelze paušálně využití partnerství omezovat jen na oblast samostatné působnosti obce či kraje, neboť obce i kraje při výkonu samostatné i přenesené působnosti vystupují jako jeden subjekt. Rozhodnutí o tom, že se bude partnerství realizovat, náleží vždy do oblasti samostatné působnosti obce nebo kraje.<sup>179</sup>

Pokud jde o hlavní město Prahu, platí i o něm výše uvedené. Hlavní město Praha je rovněž právnickou osobou dle § 18 odst. 2 písm. c) OZ jako jednotka územní samosprávy.<sup>180</sup>

Je sporné, zda mohou jako veřejní partneři vystupovat rovněž městské části a městské obvody územně členěných statutárních měst zřízených podle § 130 ZOB. Podle § 134 odst. 1 ZOB městské obvody a městské části jednájí za statutární město v záležitostech jim svěřených zákonem a v mezích zákona statutem. Ve statutu se především upraví vnitřní poměry statutárního města (§ 130 ZOB) a okruh majetkoprávních úkonů, o kterých jsou orgány městské části či obvodu oprávněny rozhodovat (§ 133 ZOB). Vzhledem k tomu, že městské části a městské obvody nejsou samostatné subjekty, nýbrž pouze územní celky statutárního města s vlastními orgány samosprávy (§ 4 odst. 2 ZOB), samy jako veřejní partneři nevystupují. Jednáním „za“ statutární město v záležitostech, které jsou uvedeny ve statutu (viz § 134 odst. 1 ZOB), je třeba rozumět jednání statutárního města v mezích a ve věcech stanovených statutem prostřednictvím orgánů městské části či městského obvodu. Městské části ani městské obvody vzhledem k nedostatku právní subjektivity statutární město nezastupují. Pokud jde o úpravu koncesí a veřejných zakázek, lze městské části a městské obvody vztáhnout pod rozsah regionálních a místních orgánů („regional or local authorities“), jak jsou uvedeny ve směrnici 2004/18/ES. Při zadávání koncesí či veřejných zakázek by proto musely postupovat (jejich orgány jednáající a zavazující statutární město jako veřejného zadavatele) dle koncesního zákona, resp. zákona o veřejných zakázkách.<sup>181</sup>

Pokud jde o městské části hlavního města Prahy, jejich právní postavení je v rámci hlavního města Prahy vymezeno Statutem (viz § 17 ZOHLMP). Městské části nakládají s

---

<sup>179</sup> Viz § 35 odst. 2 a zejména § 85 ZOB, kde jsou uvedeny majetkové dispozice, které schvaluje zastupitelstvo obce, a § 14 odst. 2 a zejména § 36 ZOK; srov. dále § 22 odst. 3 písm. b), c) a § 23 odst. 1 písm. b), c) KZ

<sup>180</sup> Viz ústavní zákon č. 347/1997 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků. Z ustanovení zákona č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, vyplývá, že hlavní město Praha naplňuje stejné definiční znaky (srov. § 1 odst. 2, 3 ZOHLMP) jako obce a kraje a v úvodním ustanovení v § 1 odst. 1 ZOHLMP se uvádí, že zákon upravuje postavení hlavního města Prahy jako hlavního města České republiky, kraje a obce.

<sup>181</sup> Shodně Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 32 i Krč, R., Marek, K., Petr, M. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a předpisy souvisejícími. Praha: Linde, 2006, str. 21

majetkem hlavního města Prahy, který jim byl dle Statutu svěřen. Majetek jednotlivé městské části samy nevlastní, ale v souladu se zákonem o hlavním městě Praze vykonávají práva a povinnosti vlastníka v rozsahu stanoveném ve Statutu ke svěřenému majetku.<sup>182</sup> Ve statutu jsou rovněž vymezeny majetkoprávní úkony, o kterých mohou rozhodovat orgány městských částí (viz § 18 odst. 3 ZOHLMP). Statut je tak základním právním dokumentem, který upravuje vnitřní vztahy v rámci hlavního města Prahy po stránce organizační a majetkové.<sup>183</sup> Na rozdíl od městských částí a městských obvodů územně členěných statutárních měst ale podle § 3 odst. 2 ZOHLMP městské části hlavního města Prahy v rozsahu stanoveném zákonem a Statutem vystupují v právních vztazích svým jménem a nesou odpovědnost z těchto vztahů vyplývající. Mají tedy podobně jako státní příspěvkové organizace omezenou právní subjektivitu. V rozsahu vymezeném ve statutu mohou být veřejnými partnery a vystupují jako veřejní zadavatelé.

Stejně jako stát mohou rovněž územní samosprávné celky vytvářet jednak své vnitřní organizační struktury, jež subjektivitu nemají, a rovněž útvary, které vystupují samostatně v právních vztazích svým jménem a nesou v souvislosti s těmito vztahy svou právní odpovědnost.

Zákon č. 250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, připouští, aby územní samosprávné celky zakládaly (zřizovaly) tzv. organizace územních samosprávných celků k plnění svých úkolů. Jde především o záležitosti, které se týkají územního samosprávného celku, jeho území, majetku a občanů (především pokud jde o zajištění sociální péče, bytových potřeb, dopravní obslužnosti území a vzdělání jejich občanů). V zásadě se jedná o činnosti, pro které, jak vyplývá ze zahraničních zkušeností, lze partnerství využít. Jde o záležitosti, které spadají do tzv. samostatné působnosti územního samosprávného celku. Vedle těchto veřejně prospěšných činností zákon

---

<sup>182</sup> Viz § 34 odst. 3, 5 ZOHLMP. Ve statutu jsou upraveny především záležitosti, které se z hlavního města Prahy svěřují nad rámec zákonem stanoveného rozsahu do samostatné a přenesené působnosti městských částí, peněžní zdroje příjmů a druhy výdajů městských částí, vymezen je majetek, který se městským částem svěřuje a rozsah oprávnění jednotlivých městských částí s tímto majetkem nakládat (viz § 17 odst. 1 ZOHLMP).

<sup>183</sup> Pokud jde o nabývání majetku, zákon obsahuje formulaci, že městské části mohou nabývat věci do vlastnictví hlavního města Prahy (§ 34 odst. 5 ZOHLMP). Tyto věci se pak dnem jejich nabytí do vlastnictví hlavního města Prahy svěřují městským částem. Ač to zákon výslovně neuvádí, vzhledem k tomu, že okamžik nabytí vlastnictví, resp. vlastnického práva, a okamžik svěřeni splývají, máme za to, že majetek se svěřuje té městské části, jejímž prostřednictvím hlavní město Praha majetek nabylo. Rovněž formulace ohledně nabývání majetku není přesná, z jazykového hlediska je i nelogická, určitá osoba nemůže „nabývat do vlastnictví jiného“. Městské části v podstatě jednají za hlavní město Prahu, přestože taková formulace v zákoně uvedena není. Prostřednictvím městských částí může hlavní město Praha nabývat věci. Rovněž je otázka, zda slovo „věci“ v § 34 odst. 5 ZOHLMP vykládat ve smyslu § 119 odst. 1 OZ, tedy jako věci movité a nemovité, nebo v širším pojetí jako věci v právním smyslu, tedy v kontextu § 118 odst. 1 OZ. V návaznosti na další ustanovení, především § 34 odst. 1, odst. 3 a § 35 ZOHLMP, kde je užito slovo „majetek“, se kloníme k prvnímu z uvedených výkladů pojmu „věci“.

umožňuje zakládat (zřizovat) organizace k hospodářskému využívání majetku územních samosprávných celků. Tím však výčet oblastí, pro které mohou územní samosprávné celky zakládat (zřizovat) své organizace, nekončí, neboť v zákoně o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů je uveden pouze demonstrativní výčet (arg. „zejména“ v § 23 odst. 1 zákona č. 250/2000 Sb.). Musí se však vždy jednat o oblast spadající do pravomoci územního samosprávného celku a týkat se jeho úkolů.

Územní samosprávné celky mohou zřizovat vlastní organizační složky, které nedisponují právní subjektivitou, a to k plnění činností, které nevyžadují velký počet zaměstnanců, nejsou technicky náročné, dále se odvětvově či jinak organizačně nečlení a nevstupují do složitých ekonomických nebo právních vztahů. Organizační složky hospodaří jménem svého zřizovatele a nejsou účetními jednotkami.<sup>184</sup> Výdaje a příjmy organizačních složek jsou zahrnuty v rozpočtu příslušného územního samosprávného celku (zřizovatele). Z uvedené charakteristiky je zřejmé, že veřejnými partnery být nemohou. Organizační složka je totiž fakticky a právně pouze v rámci zřizovatele vydělený útvar.<sup>185</sup>

Územní samosprávné celky mohou dále zakládat (zřizovat) subjekty, které právní subjektivitu mají a vystupují jako právnické osoby. Tyto subjekty lze rozdělit do dvou skupin. Do první lze zařadit právnické osoby zřizované územními samosprávnými celky, které v zásadě nemají za cíl vytvářet zisk, do druhé skupiny patří ty, u kterých je to opačně, jsou tudíž zakládány za účelem provozování výdělečné činnosti, byť obvykle je s touto činností spojeno uspokojování veřejných potřeb.

Zákon tak umožňuje, aby územní samosprávné celky zřizovaly příspěvkové organizace, zakládaly obchodní společnosti, a to pouze akciové společnosti a společnosti s ručením omezeným, zakládaly obecně prospěšné společnosti, zřizovaly školské právnické osoby, veřejné výzkumné instituce a veřejná ústavní zdravotnická zařízení v souladu se zvláštními předpisy.<sup>186</sup> Všechny tyto subjekty jsou právnickými osobami. Příspěvkové organizace zřizuje územní samosprávný celek pro ty činnosti, které spadají do jeho působnosti, jsou zpravidla neziskové a jejich rozsah, struktura a složitost vyžadují právní

---

<sup>184</sup> Viz § 24 zákona č. 250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>185</sup> V teorii se blíží tomu, co je označováno jako nesamostatný veřejný ústav. Srov. Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 111; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]

<sup>186</sup> Těmito zvláštními předpisy jsou: zákon č. 248/1995 Sb., o obecně prospěšných společnostech a o změně a doplnění některých zákonů, zákon č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), zákon č. 341/2005 Sb., o veřejných výzkumných institucích, a zákon č. 245/2006 Sb., o veřejných neziskových ústavních zdravotnických zařízeních a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.



samostatnost vyjádřenou vlastní subjektivitou.<sup>187</sup> Tím se tedy odlišují od organizačních složek územních samosprávných celků. Co se týká rozpočtových vztahů, hospodaří příspěvková organizace především s peněžními prostředky, které získala vlastní činností, a s peněžními prostředky, jež jí poskytl jako příspěvek na provoz ze svého rozpočtu zřizovatel.

O zřízení a rovněž i zrušení organizační složky obce, příspěvkové organizace a o založení nebo zrušení ostatních právnických osob územního samosprávného celku rozhoduje zastupitelstvo obce, resp. kraje, a jde-li o hlavní město Prahu jeho zastupitelstvo či zastupitelstvo městské části.<sup>188</sup>

### **5.3 Veřejní partneři jako veřejní zadavatelé**

Všechny v předchozích kapitolách uvedené subjekty mohou vystupovat v soukromoprávních vztazích v oblasti fiskální veřejné správy. Pokud má partnerství formu koncese nebo se zadává jako veřejná zakázka, resp. obsah partnerství spadá do ratione materiae koncesního zákona nebo zákona o veřejných zakázkách, vystupují (vzhledem k ratione personae dle § 2 odst. 1 KZ a § 2 odst. 2 ZVZ) stát (prostřednictvím uvedených organizačních složek), státní příspěvkové organizace, obce, kraje, hlavní město Praha a jimi zřizované příspěvkové organizace jako veřejní zadavatelé a vztahují se na ně tyto předpisy.<sup>189</sup> Tyto předpisy se vztahují také na jiné výše uvedené subjekty, pokud byly založeny či zřízeny za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a jsou převážně financovány nebo ovládány státem nebo jiným veřejným zadavatelem nebo tyto osoby jmenují nebo volí více než polovinu členů v statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu takového subjektu.

Při vymezení veřejných zadavatelů vychází koncesní zákon (i zákon o veřejných zakázkách) ze směrnice 2004/18/ES. Veřejnými zadavateli (contracting authorities) ve smyslu článku 1 odst. 9 směrnice (v závorce uvádíme rovněž anglické označení) jsou stát (the State), regionální nebo místní orgány (regional or local authorities),<sup>190</sup> veřejnoprávní subjekty

<sup>187</sup> Viz § 27 odst. 1 zákona č. 250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>188</sup> Viz § 84 odst. 2 písm. d), e) ZOB, § 35 odst. 2 písm. j), k) ZOK, § 59 odst. 2 písm. i), § 89 odst. 1 písm. j) ZOHLMP

Zákon o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů kromě založení (zřízení) právnické osoby umožňuje, aby územní samosprávný celek nabyt účast (stal se dalším společníkem) v jiné osobě, na jejíž činnosti se podílí svým majetkem (především peněžními prostředky) /viz § 23 odst. 2 zákona č. 250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů/. O nabytí účasti v jiné osobě vždy rozhoduje příslušné zastupitelstvo (viz § 84 odst. 2 písm. e) in fine ZOB, § 35 odst. 2 písm. k) in fine ZOK, § 59 odst. 2 písm. i) in fine a § 89 odst. 1 písm. j) in fine ZOHLMP).

<sup>189</sup> Pojem stát zahrnuje veškeré orgány, které vykonávají zákonodárnou, výkonnou a soudní moc. Státem jsou i orgány, které tyto moci vykonávají na úrovni federací. Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 17.9.1998 C-323/96, body 27 – 29. Veškeré rozsudky Soudního dvora jsou přístupné na adrese: <http://eur-lex.europa.eu>

<sup>190</sup> V našich reáliích jsou jimi obce, kraje, hlavní město Praha, městské části a městské obvody územně členěných statutárních měst a městské části hlavního města Prahy, jak bylo uvedeno výše.

(bodies governed by public law), sdružení tvořená jedním či více takovými orgány nebo jedním či více veřejnoprávními subjekty (associations formed by one or several of such authorities or one or several of such bodies governed by public law). Veřejnoprávní subjekt (body governed by public law) je ve směrnici definován jako jakýkoliv subjekt, který je založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, má právní subjektivitu a je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nebo je těmito orgány řízen nebo je v jeho správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty.<sup>191</sup>

Aby směrnice mohla být transponována do českého právního řádu, bylo třeba ty entity, které směrnice označuje za veřejné zadavatele „převést“ na subjekty, které jsou jim ve své podstatě v českém právním řádu rovnocenné. Největší problém při výkladu činí vymezení veřejnoprávních subjektů (bodies governed by public law), resp. jiné právnické osoby podle § 2 odst. 1 písm. d) KZ, (§ 2 odst. 2 písm. d) ZVZ). Soudní dvůr vykládá tento pojem autonomně jakožto termín evropského práva, tedy bez návaznosti na konkrétní právní řády jednotlivých členů.<sup>192</sup> Historické i současné směrnice používají termín „bodies governed by public law“, jehož definici jsme uvedli výše. Do koncesního zákona i zákona o veřejných zakázkách byly převzaty definiční znaky „bodies governed by public law“ v zásadě tak, jak jsou vymezeny ve směrnici, avšak termín „bodies governed by public law“ byl nahrazen označením „jiná právnická osoba“. Proto pro interpretaci veřejného zadavatele dle § 2 odst. 1 písm. d) KZ i § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ je třeba vycházet z jeho evropského výkladu, který je obsažen v rozhodnutích Soudního dvora.<sup>193</sup>

České označení „jiná právnická osoba“ ve shodě se zněním článku 1 odst. 9 písm. b) směrnice stanoví, že takový veřejný zadavatel musí mít právní subjektivitu. V českém

---

<sup>191</sup> Vycházíme zde z českého překladu směrnice.

Demonstrativní výčet veřejnoprávních subjektů dle článku 1 odst. 9 druhá alinea směrnice 2004/18/ES je uveden v příloze III směrnice. Tento výčet může sloužit jako interpretační vodítko při rozhodování, zda určitý subjekt může být zadavatelem jako veřejnoprávní subjekt dle směrnice.

<sup>192</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 13.1.2005 C-84/03, bod 27

<sup>193</sup> Dále v této práci uváděná rozhodnutí Soudního dvora se vztahují také k historickým směrnicím. Vzhledem k tomu, že vymezení veřejnoprávního subjektu je v platné směrnici totožné a že Soudní dvůr kontinuálně navazuje na předchozí vymezení tohoto pojmu, vycházíme z nich při interpretaci znaků veřejnoprávního subjektu, resp. „jiné právnické osoby“. Z rozhodovací praxe Soudního dvora je patrné, že vymezení veřejnoprávního subjektu založeného za účelem uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu dle článku 1 odst. 9 druhá alinea směrnice, činí problémy národním orgánům napříč členskými státy Evropské unie. V návaznosti na judikaturní vymezení tohoto pojmu spadají podle anglické právní úpravy pod jeho rozsah takové právní útvary jako zdravotní trusty (health trust), PTA (passenger transport executives) a vládou zřízené „jednotky“ jako English Partnerships (viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 2 – C (2022)).

právním prostředí, pokud jde o subjekty uměle vytvořené, neživé, se jejich subjektivita zakládá zákonem, a to tak, že se buď výslovně uvede, že ona entita má právní subjektivitu, nebo se označí za právnickou osobu. Získá-li entita takto právní osobnost (subjektivitu), je právnickou osobou, což vyjadřuje, že má nejenom způsobilost mít práva a povinnosti, nýbrž že s nimi může i nakládat. „Jiná právnická osoba“ v definici veřejného zadavatele je entita s právní subjektivitou, která nespadá mezi případy uvedené pod písmeny a) – c) v § 2 odst. 1 KZ, která současně splňuje stanovené definiční znaky. Tradiční teoretické dělení právnických osob na právnické osoby veřejného a soukromého práva s ohledem na znění směrnice a výklad Soudního dvora není aplikovatelné.<sup>194</sup> Veřejnoprávní subjekt jako veřejný zadavatel totiž může být právnická osoba soukromého i veřejného práva. Pro posouzení, zda jde o veřejnoprávní subjekt dle článku 1 odst. 9 písm. b) směrnice, totiž není rozhodné způsob založení (zřízení) subjektu, ale pouze naplnění definičních znaků tam uvedených.<sup>195</sup> Tento závěr se pak nutně musí promítnout do národního práva a definice veřejného zadavatele dle koncesního zákona (a zákona o veřejných zakázkách). Veřejným zadavatelem může být i obchodní společnost, naplňuje-li všechny definiční znaky.<sup>196</sup>

Než se budeme podrobněji věnovat jednotlivým znakům „jiné právnické osoby“ dle § 2 odst. 1 písm. d) KZ jako veřejného zadavatele, je třeba uvést, že všechny znaky musejí být naplněny současně (kumulativně), aby subjekt mohl být považován za veřejného zadavatele.<sup>197</sup>

- Uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu:

Tento pojem je převzat ze směrnice („needs in the general interest not having an industrial or commercial character“) a jako takový musí být vykládán nezávisle a jednotně v rámci celé Evropské unie.<sup>198</sup> Proto je nutné jej vyložit nikoliv z pohledu českého práva, nýbrž v kontextu evropského práva. Celé slovní spojení v sobě obsahuje dva pojmy, které je

---

<sup>194</sup> K dělení právnických osoba na osoby soukromého a veřejného práva viz například Fiala, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné. 3. opravené a doplněné vydání. Brno: Doplněk, 2002, str. 77 nebo Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné 1, 4. aktualizované a doplněné vydání. Praha: ASPI, 2005, str. 208

<sup>195</sup> Srov. k tomu rozsudek Soudního dvora ze dne 13.1.2005 C-84/03, bod 28: *It follows that in order to determine whether a private law body is to be classified as a body governed by public law it is only necessary to establish whether the body in question satisfies the three cumulative conditions laid down in the second subparagraph of Article 1(b) of Directives 93/36 and 93/37, since an entity's private law status does not constitute a criterion for precluding it from being classified as a contracting authority for the purposes of those directives.*

<sup>196</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 22.5.2003 C-18/01, bod 59

<sup>197</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-283/00, bod 69, rozsudek Soudního dvora ze dne 15.1.1998 C-44/96, bod 21

<sup>198</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 27.2.2003 C-373/00, bod 35, rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-283/00, bod 79

nezbytné odlišit a podrobit výkladu. První pojem je „potřeby ve veřejném zájmu“, druhý pojem se skládá ze spojení „které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.“<sup>199</sup> Přitom samotný výklad pojmu „potřeby ve veřejném zájmu“ není až tak problematický. Naproti tomu problematický je výklad tohoto pojmu ve spojení s „které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“.<sup>200</sup> Z judikatury Soudního dvora se podává, že v souladu s textem směrnice je třeba rozlišovat potřeby ve veřejném zájmu, které mají průmyslovou nebo obchodní povahu a potřeby ve veřejném zájmu, které průmyslovou nebo obchodní povahu nemají.<sup>201</sup> Pouze zajišťování těchto druhých potřeb je jednou z kvalifikačních podmínek pro to, aby subjekt byl posuzován jako veřejný zadavatel. Soudní dvůr potřeby ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, vymezuje následovně: Tyto potřeby jsou zajišťovány jinak než dodávkami zboží a služeb na tržním základě a vzhledem k jejich významu si stát zachovává nad nimi rozhodující vliv.<sup>202</sup> Při určování, zda jde o takové potřeby, je nutné přihlížet k právním a faktickým aspektům dané situace, zda dané potřeby jsou zajišťovány v tržním prostředí, zda jejich zajišťování je vedeno s cílem zisku, jaká jsou rizika spojená s jejich zajišťováním a kdo je jejich nositelem, a jaký je způsob jejich financování. Negativně jsou potřeby ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu vymezeny tak, že nejde o potřeby, které jsou zajišťovány v tržním prostředí, kde existuje hospodářská soutěž, jejich zajišťování je vedeno s cílem zisku, a subjekt, který je zajišťuje, nese rizika a ztráty s tím spojené.<sup>203</sup>

Pojem potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, nevylučuje, aby tyto potřeby byly zajišťovány také soukromými podniky (private undertakings) v terminologii Soudního dvora.<sup>204</sup> Pouhý fakt, že existuje hospodářská soutěž, není dostatečný na to, aby vyloučil možnost, že subjekt financovaný nebo ovládaný státem, územním či jiným veřejným orgánem by mohl být veden i jinými než ekonomickými úvahami

---

<sup>199</sup> V českém překladu směrnice je spojení „needs in the general interest“ přeloženo jako potřeby „obecného zájmu“. Českým (právním) reáliím však více odpovídá výraz „veřejný zájem“ než výraz „obecný zájem“. Výraz „veřejný zájem“ je také použit v textu § 2 odst. 1 písm. d) KZ i § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ.

<sup>200</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 27.2.2003 C-373/00, bod 57, kdy soud nejprve shledá, že v daném případě může jít o potřeby ve veřejném zájmu a následně se věnuje rozboru, zda může jít o potřeby ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.

<sup>201</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, bod 36

<sup>202</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, body 50, 51, rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-283/00, bod 80

<sup>203</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-283/00, body 80 – 82.

Při zjišťování, zda potřeby uspokojované subjektem mají jinou než průmyslovou nebo obchodní povahu, je třeba přihlížet – k okolnostem zřízení subjektu, podmínkám, za kterých vykonává činnost, zda má za cíl dosahovat zisku, zda jednání subjektu je vedeno pouze hospodářskými úvahami, na jakém trhu subjekt vykonává činnost a zda na něm existuje hospodářská soutěž, zda jde o činnost substituovatelnou a zda zadavatel či zřizovatel subjektu by zasáhl v případě, že by subjekt byl ztrátový. Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.4.2008 C-393/06, body 47 – 46, viz také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10.9.2009 č.j. 9 Afs 111/2008-91

<sup>204</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, body 47, 53

při provozování své činnosti. Veřejným zadavatelem proto může být i osoba soukromého práva. Avšak pokud jde o otázku, zda jde o potřebu ve veřejném zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, je existence hospodářské soutěže rozhodující. Jak již bylo uvedeno, takové potřeby jsou zajišťovány jinak než dostupností zboží a služeb na trhu.<sup>205</sup> Existence hospodářské soutěže a zejména skutečnost, že subjekt je vystaven konkurenci na trhu, mohou naznačovat, že v takovém případě se nejedná o potřebu ve veřejném zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu.<sup>206</sup> Soud tak například shledal, že svoz a nakládání s komunálním odpadem může být považováno za potřebu ve veřejném zájmu.<sup>207</sup> Protože jde navíc o potřebu ve veřejném zájmu, nad kterou si vzhledem k jejímu významu stát chce zachovat rozhodující vliv, lze ji považovat za potřebu ve veřejném zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu.<sup>208</sup>

Přitom je třeba přihlížet k širším souvislostem zajišťování těchto potřeb.<sup>209</sup> Za veřejného zadavatele tak lze považovat i obchodní společnost založenou, vlastněnou a řízenou krajskými nebo regionálními orgány, která zajišťuje plánovací a stavební služby se záměrem rozvoje průmyslových nebo obchodních aktivit na území, které spadá pod správu krajského či regionálního orgánu, a to i v případě, že takto vybudované prostory budou pronajaty pouze

---

<sup>205</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, body 50, 51

<sup>206</sup> *The existence of significant competition, and in particular the fact that the entity concerned is faced with competition in the marketplace, may be indicative of the absence of a need in the general interest, not having an industrial or commercial character.* Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, bod 49

<sup>207</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, bod 52

<sup>208</sup> Srov. k tomu rovněž rozsudek Soudního dvora ze dne 27.2.2003 C-373/00, body 60, 61: [...] *the Court stated, in paragraphs 48 and 49 of that judgment, that the existence of competition is not entirely irrelevant to the question whether a need in the general interest is other than industrial or commercial. The existence of significant competition, and in particular the fact that the entity concerned is faced with competition in the marketplace, may be indicative of the absence of a need in the general interest not having an industrial or commercial character. It follows from the same wording used in the judgment in BFI Holding that, although not entirely irrelevant, the existence of significant competition does not, of itself, permit the conclusion that there is no need in the general interest not having an industrial or commercial character.* Zde soud uvedené závěry doplnil v tom směru, že existence soutěže sama o sobě nemusí být dostatečná k tomu, aby bylo možné učinit závěr, že zde není potřeba ve veřejném zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu. Pro takový závěr je nezbytné vzít do úvahy veškeré relevantní faktické a právní skutečnosti v době založení subjektu i v době rozhodování a po jejich zhodnocení učinit závěr o tom, zda se o takovou potřebu jedná, či nikoliv.

<sup>209</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, bod 63

Ve spojených věcech C-223/99 a C-260/99 Soudní dvůr řešil otázku, zda subjekt, jehož předmětem činnosti je pořádání veletrhů a výstav a jehož cílem není tvorba zisku, avšak je řízen podle výkonnosti, efektivnosti a nákladové hospodárnosti, je veřejným zadavatelem jako veřejnoprávní subjekt. Při posuzování, zda jde o veřejného zadavatele, je třeba se zabývat otázkou, jestli takový subjekt uspokojuje potřeby ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Pořádání veletrhů a výstav lze podle Soudního dvora považovat za potřebu ve veřejném zájmu (viz bod 33 odůvodnění). Je proto dále nutné se zabývat, zda jde o potřebu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu (bod 35). Při této analýze soud zjistil, že pořádání veletrhů a výstav je hospodářská činnost, která se týká poskytování služeb na volném trhu (bod 39). I když cílem subjektu není tvorba zisku, je řízen podle výkonnosti, efektivnosti a nákladové hospodárnosti a odpovídá za své hospodaření (bod 40). Pokud takový subjekt vykonává činnosti v odvětví, kde existuje hospodářská soutěž, dospěl Soudní dvůr k závěru, že o veřejného zadavatele se nejedná. Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.5.2001 spojené případy C-223/99 a C-260/99

jednomu subjektu, neboť jde o zajišťování potřeb ve veřejném zájmu a lze dovodit, že tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu (jak byla její definice uvedena výše). To, že vybudované prostory budou pronajaty pouze jednomu subjektu, nic nemění na tom, že jde o zajišťování potřeb ve veřejném zájmu, neboť potřeby ve veřejném zájmu nejsou definovány počtem jejich adresátů, nýbrž potencionálním dopadem užitku naplněním takových potřeb.<sup>210</sup>

V jiném rozhodnutí soud uvedl, že potřeby ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, jsou takové potřeby, které jsou bezprostředně spojeny s veřejným pořádkem a fungováním státu. Subjekt, aby byl kvalifikován jako veřejný zadavatel, musí vykonávat činnost spočívající v uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, nemusí však vykonávat pouze tuto činnost a tato činnost ani nemusí patřit mezi jeho základní úkoly.<sup>211</sup> Pokud však takový subjekt tyto činnosti, ať už ve větším nebo menším rozsahu, jako hlavní nebo vedlejší předmět činnosti vykonává, kvalifikuje se jako veřejný zadavatel, a pak je povinen veškeré veřejné zakázky a koncese zadávat bez ohledu na jejich rozsah a povahu dle zákona o veřejných zakázkách, resp. koncesního zákona.

Subjekt je veřejným zadavatelem za splnění stanovených podmínek i tehdy, pokud je součástí skupiny osob (koncernu), jehož ostatní členové veřejnými zadavateli nejsou. Obráceně, je-li některý člen skupiny veřejným zadavatelem, neznamená to, že i ostatní členové se automaticky stávají rovněž veřejnými zadavateli.<sup>212</sup>

Jiná situace je, pokud jde o subjekt, který provozuje obchodní činnost a ve kterém veřejný zadavatel má většinový podíl. Pouhá skutečnost, že subjekt byl založen veřejným zadavatelem nebo že veřejný zadavatel převádí do toho subjektu prostředky pocházející z činnosti týkající se uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, samy o osobě nekvalifikují takový subjekt jako veřejného zadavatele.<sup>213</sup>

- Založení či zřízení za účelem uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu:

V textu zákona a v českém překladu směrnice anglické slovo „established“ („for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character“) je přeloženo jako „založený“ či „zřízený“. Samo o sobě slovo „established“ tento význam má, vzhledem k výkladu Soudního dvora by však pouhý doslovný

---

<sup>210</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 22.5.2003 C-18/01, bod 61

<sup>211</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15.1.1998 C-44/96, body 25, 26, 34, rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, body 55, 56

<sup>212</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, bod 56

<sup>213</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15.1.1998 C-44/96, bod 41

jazykový výklad byl zavádějící. Předně z hlediska interpretace směrnice a následně českého zákona je způsob založení a povaha subjektu, jak již bylo uvedeno, irelevantní.<sup>214</sup> Především však použití spojení „založený či zřízený“ by mohlo budít dojem, že veřejným zadavatelem je pouze a jenom taková právnická osoba, která byla od počátku založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Takový závěr by ale nebyl správný. Rozhodující je totiž skutečný stav a skutečný předmět činnosti subjektu. Subjekt, který následně začne vykonávat činnost za účelem uspokojování potřeb ve veřejném zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, je, pokud jsou splněny další stanovené předpoklady, veřejným zadavatelem.<sup>215</sup>

Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že v případě, že subjekt by jinak splňoval definici veřejnoprávního subjektu dle článku 1 odst. 9 písm. b) směrnice, avšak jiný veřejný zadavatel by nad ním vykonával kontrolu v takovém rozsahu, že by tento veřejnoprávní subjekt byl v podstatě pouze jeho „organizační složkou“ a současně by podstatnou část své činnosti vykonával pro veřejného zadavatele, který nad ním vykonává kontrolu, není veřejnoprávním subjektem dle článku 1 odst. 9 písm. b) směrnice, a proto smlouva uzavřená mezi takovými subjekty není veřejnou zakázkou, resp. koncesí (tzv. in-house vztah).<sup>216</sup> Aby šlo o takovou kontrolu, musí mít veřejný zadavatel možnost rozhodujícího vlivu nad strategickými cíly a rozhodnutími subjektu. Tato podmínka není splněna, pokud se na osobě jako společník podílí také soukromá osoba. Naopak pokud dalším společníkem je jiný veřejný zadavatel, v zásadě není vyloučeno, aby takovou kontrolu mohl vykonávat.<sup>217</sup>

- Právnická osoba je financována převážně státem nebo jiným zadavatelem nebo je státem nebo jiným zadavatelem ovládána nebo stát nebo jiný zadavatel jmenuje nebo

---

<sup>214</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96, bod 40, v rozsudku Soudního dvora ze dne 15.3.2003 C-214/00, bod 55 soud uvedl, že soukromoprávní status subjektu ho předem nevylučuje z možnosti být kvalifikován jako veřejný zadavatel.

<sup>215</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 12.12.2002 C-470/99, bod 63

<sup>216</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 18.11.1999 C 107/98, bod 50, rozsudek Soudního dvora ze dne 13.1.2005 C-84/03, bod 38: *In accordance with Article 1(a) of Directive 93/36, it is sufficient, in principle, if the contract was concluded between a local authority and a person legally distinct from it. The position can be otherwise only in the case where the local authority exercises over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities.* Obdobně ve věci zasání koncese na služby rozsudek Soudního dvora ze dne 6.4.2006 C-410/04, bod 33; podobně rozsudek ze dne 13.10.2005 C-458/03, bod 58, pokud jde o případ, kdy nejde o takovou situaci – viz bod 73 odst. 2: *Články 43 ES a 49 ES (podle starého číslování, pozn. autora), jakož i zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti musí být vykládány v tom smyslu, že brání tomu, aby veřejný orgán bez zajištění hospodářské soutěže udělil koncesi na veřejné služby akciové společnosti vzniklé přeměnou zvláštního podniku tohoto veřejného orgánu, jejíž předmět činnosti byl rozšířen o nové významné oblasti, jejíž kapitál musí být povinně v krátké době otevřen vstupu dalšího kapitálu, jejíž územní působnost činností byla rozšířena na celou zemi a zahraničí a jejíž představenstvo má široké pravomoci řízení, jež může samostatným způsobem vykonávat.*

<sup>217</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 13.11.2008 C-324/07, zejména bod 41

volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu:

Pokud jde o druhý předpoklad pro kvalifikaci veřejnoprávního subjektu, resp. „jiné právnické osoby“ jako veřejného zadavatele, zabýval se Soudní dvůr především výkladem spojení „převážně financována“ a „subject to management supervision“ (do zákona přeloženo jako „ovládána“). „Převážně financována“ znamená dle judikatury soudu „více než z poloviny“. Při určení, zda je osoba převážně financována státem nebo jiným veřejným zadavatelem (tj. „více než z poloviny“) se vychází ze všech příjmů osoby (včetně obchodní činnosti) bez ohledu na to, z jakého zdroje pocházejí. „Veřejným financováním“ se rozumí i odměny a granty poskytované osobě veřejným zadavatelem za účelem podpory výzkumu či příspěvků na školné jmenovitě určeným studentům. Nejsou jím ale případy, kdy od jiného veřejného zadavatele subjekt dostává platby za služby, které mu sám poskytl.<sup>218</sup> Jinými slovy pokud subjekt získává finance od veřejného zadavatele jako protiplnění za jím poskytnuté plnění, nejedná se o financování ve smyslu § 2 odst. 1 písm. d) KZ (§ 2 odst. 2 písm. d) ZVZ). Pokud jde o určení rozhodného okamžiku, ke kterému se má zjišťovat, zda subjekt je veřejný zadavatel, Soudní dvůr dospěl k závěru, že takové zjištění je třeba provádět každoročně a rozsah financování je třeba zjišťovat k počátku rozpočtového roku, ve kterém se zahajuje zadání veřejné zakázky (či koncese), byť tyto údaje mohou být pouze prozatímní. Pokud se subjekt jednou kvalifikuje jako veřejný zadavatel, tento jeho status trvá po celou dobu trvání zadávacího (resp. koncesního) řízení.<sup>219</sup>

Financování osoby může být přímé (stát nebo jiný zadavatel sám subjekt financuje), nebo nepřímé. O nepřímé financování jde tehdy, pokud zdroje nepocházejí přímo od státu či jiného zadavatele, ale jsou jím „zprostředkovány“ například prostřednictvím příspěvků, které odvádí jiné osoby na základě veřejnoprávních předpisů, a jež náleží této osobě.<sup>220</sup>

- K pojmu ovládání („subject to management supervision“):

Ve směrnici v anglickém znění je užit termín „subject to management supervision“. Tudiž výklad podávaný Soudním dvorem, je výkladem tohoto označení, a nikoliv v českém zákoně užitého „ovládání“. O „management supervision“ jde tehdy, pokud umožňuje státu nebo jinému veřejnému zadavateli takový vliv, který je srovnatelný s vlivem, který mají,

<sup>218</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 3.10.2000 C-380/98 body 22, 23, 24, 26, 36

<sup>219</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 3.10.2000 C-380/98, body 40, 44

<sup>220</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 13.12. 2007 C-337/06, body 48 – 50, rozsudek Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07, bod 59: V rozsudku se uvádí, že se jedná o převážně financování státem, pokud jsou činnosti veřejných zdravotních pojišťoven financovány převážně prostřednictvím příspěvků placených pojištěnci, které jsou uloženy, vypočítány a vybírány na základě takových veřejnoprávních předpisů, jakými jsou předpisy dotčené v původním řízení.



pokud je jimi subjekt převážně financován nebo jmenují-li či volí-li více než polovinu členů jejich orgánů, a tím tak mohou vykonávat rozhodující vliv při rozhodování o veřejných zakázkách.<sup>221</sup> O „management supervision“ se nejedná, pokud stát nebo jiný veřejný zadavatel mohou pouze provádět následnou kontrolu nad osobou (například přezkoumávat účetní závěrku, výroční zprávu apod.), neboť tak nemohou vykonávat rozhodující vliv při rozhodování o veřejných zakázkách. Naopak pokud mohou kontrolovat nikoliv pouze roční účetní závěrku, nýbrž také vedení řádného účetnictví, dodržování právních předpisů, hospodárnost, efektivnost a účelnost využívání prostředků a jsou oprávněni provádět kontrolu provozoven a zařízení osoby a podávat zprávy o těchto kontrolách územním orgánům, které drží, byť prostřednictvím jiné společnosti, veškeré akcie takové osoby, jde o „management supervision“.<sup>222</sup>

Anglický text směrnice používá, jak již bylo uvedeno, slova „subject to management supervision“, což do českého textu směrnice bylo přeloženo jako „řízen“. Toto slovo („řízen“) ale koncesní zákon (ani zákon o veřejných zakázkách) nepoužívají. Místo toho je užito slova „ovládána“. Vzhledem k tomu, že koncesní zákon (i zákon o veřejných zakázkách) pro anglický termín „subject to management supervision“ místo správnějšího řízena (či ještě správnějšího podřízena dohledu) volí termín „ovládána“, je nezbytné při výkladu tohoto ustanovení vycházet z definice ovládnutí obecně, jak je vymezena v § 66a ObchZ, neboť je na místě český termín vykládat v souladu s tím, jak je vymezen ve vnitrostátním právním řádu, současně je ale nezbytné přihlídnout k tomu, že „ovládáním“ mají být pokryty případy označené jako „subject to management supervision“.<sup>223</sup>

Za zadavatele podle koncesního zákona (a obdobně i dle zákona o veřejných zakázkách) se považuje také spojení mezi výše uvedenými zadavateli nebo spojení jednoho či více zadavatelů a jiné osoby či osob, které nejsou zadavateli, pokud cílem takového spojení je

---

<sup>221</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 1.2.2001 C-237/99, bod 49, rozsudek Soudního dvora ze dne 27.2.2003 C-373/00, bod 69

<sup>222</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 27.2.2003 C-373/00, bod 74

<sup>223</sup> Obecně je ovládající osobou podle § 66a odst. 2 ObchZ osoba, která fakticky nebo právně vykonává přímo nebo nepřímo rozhodující vliv na řízení nebo provozování podniku jiné osoby (ovládaná osoba). Dále jsou v obchodním zákoníku uvedeny další případy ovládnutí; mimo jiné ovládající osobou je vždy také osoba, která může prosadit jmenování nebo volbu nebo odvolání většiny osob, které jsou statutárním orgánem nebo jeho členem, anebo většiny osob, které jsou členy dozorčího orgánu právnické osoby, jejímž je společníkem. Tento případ je v článku 1 odst. 9 písm. c) směrnice 2004/18/ES uveden jako jeden z alternativních znaků pro to, aby se subjekt kvalifikoval jako veřejný zadavatel vedle znaku označeného jako „subject to management supervision“. Nejde tedy o případ, který má na mysli směrnice pod označením „subject to management supervision“, ale o jiný případ výslovně ve směrnici uvedený jako jiný znak veřejného zadavatele. Oba případy však lze v určitém rozsahu zahrnout pod definici ovládnutí, jak je vymezena v českém právu v § 66a ObchZ. Avšak ve směrnici, jak bylo řečeno, i v koncesním zákoně a zákoně o veřejných zakázkách je tento případ ovládnutí uveden jako jeden ze znaků veřejného zadavatele (viz § 2 odst. 1 písm. d) bod 2. in fine KZ, § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. in fine ZVZ) odlišný od znaku „subject to management supervision“, resp. odlišný od znaku „ovládána“. Použití „ovládání“ na místo „subject to management supervision“ tak není zcela přesné.

společný postup směřující k výběru koncesionáře. Zákon vyžaduje, aby účastníci spojení uzavřeli smlouvu, ve které si upraví vzájemná práva a povinnosti související s koncesním řízením a stanoví způsob jednání vůči třetím osobám. Je třeba odlišit okamžik založení spojení a okamžik uzavření smlouvy. Předpokladem pro založení spojení je, že jeho účastníci mají vůli ke společnému postupu při výběru koncesionáře. Je-li tato skutečnost dána, existuje spojení. Aby spojení mohlo v koncesním řízení fungovat, vyžaduje zákon, aby jeho účastníci uzavřeli písemnou smlouvu, ve které upraví fungování spojení. Může se jednat například o smlouvu o sdružení dle § 829 OZ, či smlouvu mezi obcemi dle § 48 ZOB či kraji dle § 24 odst. 3 písm. a) ZOK. Spojením se nezakládá nový subjekt.

Cílem tohoto ustanovení je především zamezit vytváření konsorcií za účelem vyloučení působnosti koncesního zákona. Rovněž najisto stanoví osobní rozsah působnosti zákona. V partnerství je typické, že vedle zadavatele se na celém projektu od počátku až po následnou realizaci podílejí další poradní subjekty. Zákon tímto ustanovením určitým způsobem vymezuje jejich postavení, pokud vystupují na straně zadavatele.<sup>224</sup>

## 6 Prameny práva v oblasti partnerství

Fenomén veřejných soukromých partnerství zahrnuje celé spektrum forem spolupráce mezi veřejnými a soukromými partnery. Právní úprava, která se dotýká partnerství je proto značně široká a jde napříč právním řádem. Obecná universální úprava neexistuje. Dále pojednáváme o pramenech práva především ve vztahu ke koncesní formě partnerství, byť pro pochopení souvislostí a vzhledem k přesahům právních úprav do tohoto výkladu zahrnujeme i úpravu týkající se jiných forem partnerství.

Právní úpravu partnerství nacházíme v pramenech práva. V teorii práva se tradičně prameny práva dělí na materiální a formální.<sup>225</sup> Toto dělení vyjadřuje jejich uchopitelnost lidským poznáním. Materiálními prameny práva označujeme (stručně řečeno) to, co činí právo takové, jaké je. Jsou to vnější vlivy, které utvářejí (výsledné) formální prameny práva,

---

<sup>224</sup> Ve věcném záměru zákona bylo navíc ještě ustanovení, které se vztahovalo na případy, kdy veřejný zadavatel založil společně s dalším zadavatelem či jinou osobou sdružení s právní subjektivitou. Podle § 2 odst. 3 návrhu zákona *[z]a zadavatele se považuje rovněž sdružení s právní subjektivitou, je-li alespoň jedním z jeho členů zadavatel*. Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006

Toto ustanovení ale v přijatém zákoně není. Na případy, kdy by byl zadavatelem založen nový subjekt, který by zamýšlel provést koncesní řízení, se vztahuje v současnosti § 2 odst. 1 písm. d) KZ, o kterém bylo pojednáno výše. Zákonodárce tak chtěl zřejmě upravit tzv. institucionální partnerství, avšak sdruženími s právní subjektivitou jsou tradičně spolky, resp. subjekty s korporátní podstatou, podle zákona o sdružování občanů – zákon č. 83/1990 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Takový subjekt však nemůže být založen žádným ze zadavatelů a rovněž účel takového subjektu je jiný. Sdružením s právní subjektivitou pro účely koncesního řízení by nemohlo být ani zájmové sdružení právnických osob podle § 20f OZ, neboť i tyto subjekty jsou zakládány k jiným účelům, které jsou neslučitelné s vedením koncesního řízení.

<sup>225</sup> Srov. například Harvánek, J. a kolektiv. Teorie práva. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2001, str. 143

jakými jsou například různé společenské poměry, historický vývoj, kultura, tradice, zájmy a další. Prameny práva v materiálním smyslu se projeví tím, že ovlivňují normotvorbu a obsah zákonů a dalších právních předpisů. Konkrétně se v nich, pokud jde o problematiku partnerství, především projevuje, zda stát takovou spolupráci připouští a jaký je její cíl. Hlavním materiálním pramenem je zde současný stav veřejné správy a její hospodaření a s tím související snaha po hledání určitých alternativ, snaha po větší efektivitě a hospodárnosti ve veřejné správě. Formální prameny práva jsou výsledkem určitého procedurálního postupu (ovlivněného právě materiálními prameny) a jeho vnější jevovou formou, v níž je obsaženo obecně závazné, na neurčitý počet případů aplikovatelné pravidlo chování.

Formální prameny práva vztahující se k problematice partnerství lze rozčlenit podle jejich původu na mezinárodní, nadstátní a vnitrostátní.

## **6.1 Mezinárodní prameny práva**

Problematika partnerství přímo není upravena žádnou mezinárodní smlouvou, kterou je Česká republika vázána. Vzhledem k tomu, že spolupráce mezi veřejnými a soukromými partnery se mohou účastnit nejenom české /domácí/ (§ 21 odst. 2 ObchZ) soukromoprávní subjekty, nýbrž i subjekty se sídlem či bydlištěm mimo Českou republiku, nelze vyloučit aplikaci některé mezinárodní smlouvy, která upravuje podnikání a investice zahraniční osoby na území České republiky. Jde zejména o dvoustranné dohody o podpoře a vzájemné ochraně investic.<sup>226</sup>

V mezinárodním prostředí vznikají i jiné právní zdroje, které se však od výše uvedených mezinárodních smluv odlišují tím, že nejsou právně závazné a vynutitelné a nejde tedy o formální prameny práva. Jedná se o tzv. guidelines, obvykle vydávané významnými mezinárodně uznávanými organizacemi. Mají povahu návodů a doporučení jednotlivým státům v určitých oborech. Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) vydala „návod“ pro státy též pokud jde o problematiku partnerství a jejího legislativního řešení v národních právních řádech. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects z roku 2001 obsahuje řadu doporučení, které by státy měly vzít v úvahu při zpracovávání legislativních opatření pro partnerství.<sup>227</sup> UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects vydaný o tři roky později je vedle legislativních doporučení souborem vzorových ustanovení, které státy mohou převzít do svých národních úprav nebo se jimi alespoň mohou nechat inspirovat při přípravě

<sup>226</sup> Seznam těchto dohod, kterými je Česká republika vázána, viz [http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana\\_investic.html](http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana_investic.html) [21.12.2009]

<sup>227</sup> Viz <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/pfip/guide/pfip-e.pdf> [21.12.2009]

legislativy vlastní.<sup>228</sup> Český zákonodárce, byť na tyto návody v důvodové zprávě odkazuje, vychází z evropských směrnic, které mu jsou přirozeně bližší.<sup>229</sup>

Mimo vnitrostátní úroveň vznikají vedle mezinárodních pramenů práva ještě další prameny práva vytvářené nadstátními subjekty a jejich orgány. Máme tím na mysli právo vytvářené orgány Evropské unie.

## **6.2 Právo Evropské unie**

### **6.2.1 Obecně k pojmu partnerství v právu EU**

Pojem veřejných soukromých partnerství není v primárním ani sekundárním právu Evropské unie zaveden. V závislosti na tom, o jakou formu partnerství se jedná, podléhá buď pouze obecným ustanovením v primárním právu (zejména článek 18 obecně zakazující diskriminaci na základě státní příslušnosti, článek 49 a násl. upravující svobodu usazování a článek 56 a násl. upravující svobodu poskytování služeb Smlouvy o fungování Evropské unie) nebo také předpisům sekundárního práva, které konkretizují a rozvádějí obecná ustanovení primárního práva.<sup>230</sup>

Pokud se nejedná o koncese, spadá zadávání smluv na realizaci partnerství většinou pod režim veřejných zakázek, neboť se jedná o úplatné smlouvy uzavírané mezi subjekty, které se kvalifikují jako veřejní zadavatelé, a soukromoprávními subjekty a jejich předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb a vztahují se tudíž na ně právní předpisy, které upravují veřejné zakázky.<sup>231</sup> Právní úprava veřejných zakázek a koncesí na úrovni Evropské unie je poměrně složitá a nepřehledná vzhledem k tomu, že je obsažena v několika právních předpisech navíc různé kvality – nařízení, směrnice, rozhodnutí,<sup>232</sup> které jsou navíc měněny přímo i nepřímo<sup>233</sup> a pocházejí z různého časového období.

Historické zadávací směrnice č. 92/50/EHS, 93/36/EHS, 93/37/EHS (obecné směrnice), 93/38/EHS (sektorová směrnice pro oblast vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací), 97/52/ES (měnící směrnice, jež novelizovala směrnice č. 92/50/EHS, 93/36/EHS a 93/37/EHS) a směrnice č. 98/4/ES (kterou byla změněna směrnice č.

<sup>228</sup> Viz [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf) [21.12.2009]

<sup>229</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006

<sup>230</sup> Viz Smlouva o Evropské unii a Smlouva o fungování Evropské unie 2010/C 83/01 (konsolidované verze); srov. k tomu například rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03, bod 48

<sup>231</sup> Viz článek 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18/ES. Srov. k tomu například úpravu ve Velké Británii, viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 1 – A – 3 – (9)

<sup>232</sup> Viz článek 288 Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie 2010/C 83/01 (konsolidovaná verze)

<sup>233</sup> Viz například směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/33/ES

93/38/EHS) byly nahrazeny novými směrnicemi 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 a 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. Rovněž tyto směrnice byly již několikrát novelizovány.<sup>234</sup> Změny se dotkly kromě úpravy prahových hodnot významných pro zadávání veřejných zakázek, jež byly provedeny nikoliv směrnicí ale několika nařízeními,<sup>235</sup> rovněž některých příloh směrnic, což bylo učiněno jak formou přijetí měnících směrnic tak ve formě rozhodnutí Komise, pokud

---

<sup>234</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 tak byla novelizována: nařízením Komise (ES) č. 1874/2004 ze dne 28. října 2004, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek; směrnicí Komise 2005/51/ES ze dne 7. září 2005, kterou se mění příloha XX směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a příloha VIII směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o veřejných zakázkách; směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2005/75/ES ze dne 16. listopadu 2005, kterou se opravuje směrnice 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby; nařízením Komise (ES) č. 2083/2005 ze dne 19. prosince 2005, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek; směrnicí Rady 2006/97/ES ze dne 20. listopadu 2006, kterou se z důvodu přistoupení Bulharska a Rumunska upravují některé směrnice v oblasti volného pohybu zboží; nařízením Komise (ES) č. 1422/2007 ze dne 4. prosince 2007, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek; nařízením Komise (ES) č. 213/2008 ze dne 28. listopadu 2007, kterým se mění nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky (CPV) a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES o postupech při zadávání zakázek, pokud jde o přezkum CPV; rozhodnutím Komise 2008/963/ES ze dne 9. prosince 2008, kterým se mění přílohy směrnic Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES o postupech pro zadávání veřejných zakázek, pokud jde o seznamy zadavatelů a veřejných zadavatelů; nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 596/2009 ze dne 18. června 2009 o přizpůsobení některých aktů přijatých postupem podle článku 251 Smlouvy regulativnímu postupu s kontrolou podle rozhodnutí Rady 1999/468/ES – Přizpůsobení regulativnímu postupu s kontrolou – Část čtvrtá; směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES; nařízením Komise (ES) č. 1177/2009 ze dne 30. listopadu 2009, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES, 2004/18/ES a 2009/81/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek.

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 byla rovněž měněna a doplněna výše uvedenými akty s výjimkou směrnice 2005/75/ES ze dne 16. listopadu 2005, kterou se opravuje pouze směrnice 2004/18/ES, a směrnice 2004/17/ES se netýká. Tato směrnice se týká zadavatelů, kteří a) jsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky a vykonávají některou z činností uvedených v člancích 3 až 7 směrnice, nebo b) pokud nejsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky, vykonávají jako jednu ze svých činností kteroukoli z těch, které jsou uvedeny v člancích 3 až 7, nebo více těchto činností a působí na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu. Jde vesměs o činnosti, jež se označují jako utility (dodávky energií, vody, doprava, poštovní služby) a průzkum ložisek a využívání leteckých či vodních přístavů a jejich zařízení. S ohledem na článek 18 této směrnice, jenž praví, že směrnice se nevztahuje na koncese na stavební práce nebo na služby, jež udělují zadavatelé, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v člancích 3 až 7, pokud jsou tyto koncese udělovány pro výkon těchto činností, a rovněž vezmeme-li v úvahu předmět úpravy směrnice, se tato směrnice realizace partnerství formou koncese netýká.

<sup>235</sup> Viz článek 78 směrnice 2004/18/ES

jde o seznamy zadavatelů a veřejných zadavatelů<sup>236</sup> a v poslední době se změny dotkly úpravy zakázek v oblasti obrany a bezpečnosti v souvislosti s přijetím směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 a určitých parametrů při výběru dodavatele při nákupu silničních vozidel s ohledem na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2009/33/ES ze dne 23. dubna 2009 o podpoře čistých a energeticky účinných silničních vozidel.

Vedle těchto zadávacích směrnic existují rovněž tzv. dohledové směrnice, jejichž cílem je zajištění dostatečného přezkumu napadených zadávacích řízení. Jedná se o směrnici 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,<sup>237</sup> a směrnici Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.<sup>238</sup>

A do třetice výše uvedené předpisy doplňuje nařízení Komise (ES) č. 1564/2005 ze dne 7. září 2005, kterým se stanoví standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v oblasti zadávání veřejných zakázek (podle směrnic Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES).<sup>239</sup>

Orgány Evropské unie kromě zmiňovaných sekundárních aktů vydávají i akty atypické, které jsou právně nezávazné, nezakládají práva ani povinnosti a slouží k provádění

---

<sup>236</sup> Rozhodnutí Komise č. 2008/963/ES ze dne 9. prosince 2008, kterým se mění přílohy směrnic Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES o postupech pro zadávání veřejných zakázek, pokud jde o seznamy zadavatelů a veřejných zadavatelů; viz článek 79 směrnice 2004/18/ES

<sup>237</sup> Směrnice byla měněna směrnicí Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby; a směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek.

<sup>238</sup> Směrnice byla měněna směrnicí Rady 2006/97/ES ze dne 20. listopadu 2006, kterou se z důvodu přistoupení Bulharska a Rumunska upravují některé směrnice v oblasti volného pohybu zboží; směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek; a přístupovými akty.

<sup>239</sup> Nařízení Komise (ES) č. 1564/2005 ze dne 7. září 2005 bylo měněno nařízením Komise (ES) č. 1792/2006 ze dne 23. října 2006, kterým se v důsledku přistoupení Bulharska a Rumunska upravují některá nařízení a rozhodnutí v oblasti volného pohybu zboží, volného pohybu osob, politiky hospodářské soutěže, zemědělství (veterinárních a rostlinolékařských předpisů), rybolovu, dopravní politiky, daní, statistiky, sociální politiky a zaměstnanosti, životního prostředí, celní unie a vnějších vztahů; a nařízením Komise (ES) č. 1150/2009 ze dne 10. listopadu 2009, kterým se mění nařízení (ES) č. 1564/2005, pokud jde o standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v rámci postupů zadávání veřejných zakázek podle směrnic Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, tímto nařízením rovněž došlo ke změně názvu nařízení Komise (ES) č. 1564/2005 tak, že byla vypuštěna slova „podle směrnic Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES“, neboť nařízení se po novele provedené nařízením č. 1150/2009 vztahuje i ke směrnicím Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, a nikoliv pouze směrnicím Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES (viz bod 2. důvodů pro přijetí nařízení).

politik unie. Mají podobnou povahu jako výše zmíněné guidelines. Můžeme je považovat za materiální prameny pro jednotlivé národní právní úpravy a slouží rovněž jako výkladové pomůcky evropských předpisů. Jde především o tzv. Zelenou knihu o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích,<sup>240</sup> výkladová sdělení Komise,<sup>241</sup> zprávu Evropského parlamentu Public-Private Partnerships Models and Trends in the European Union,<sup>242</sup> a Guidelines for successful Public – Private Partnerships vydané Evropskou komisí.<sup>243</sup>

## 6.2.2 Úprava koncesí v právu EU

Pokud jde o koncesní formu partnerství, upravuje koncese 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.<sup>244</sup> Ve směrnici jsou definovány koncese na stavební práce a koncese na služby, přitom ty druhé jsou z působnosti směrnice vyloučeny, neboť s výjimkou článku 3 se směrnice na koncese na služby nevztahuje (viz článek 17 směrnice). V článku 3 je upraven pouze zákaz diskriminace pro subjekt odlišný od veřejného zadavatele, na kterého byly delegovány veřejné úkoly v oblasti veřejných služeb, aby tento subjekt, pokud jde o zakázky na dodávky, které zadává třetím osobám, postupoval diskriminačně na základě státní příslušnosti. Jde o zásadu, kterou, pokud by nebyla výslovně uvedena, lze dovodit z primárního práva Evropské unie. Koncese na stavební práce sice nejsou zcela z působnosti směrnice vyňaty (viz hlava III, která je označena „Pravidla pro koncese na stavební práce“), jejich úprava je však marginální a omezuje se jen na dílčí aspekty, a to pouze jestliže hodnota koncesní smlouvy na stavební práce je rovná nebo přesahuje stanovený limit, který je v současné době 4 845 000 EUR. Jedná se o tzv. nadlimitní koncese na stavební práce. Pokud hodnota koncesní smlouvy na stavební práce je nižší než stanovený limit, pravidla pro koncese na stavební práce z hlavy III směrnice se na ně nevztahují. Základní povinnost, kterou směrnice ukládá veřejným zadavatelům, pokud jde o nadlimitní koncese na stavební práce, je, aby záměr udělit takovou koncesi oznámili (což je projev zásady transparentnosti, jak dovodil Soudní dvůr). Ani u nadlimitních koncesí na stavební práce proces výběru koncesionáře není ve směrnici upraven. To však neznamená, že

<sup>240</sup> Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004

<sup>241</sup> Interpretative Communication on Concessions under Community Law 2000/C 121/02 a Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP) C (2007) 6661 ze dne 5. února 2008

<sup>242</sup> Studie Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859

<sup>243</sup> Dostupné na: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf) [30.8.2010]

<sup>244</sup> Dále jen směrnice.

by na něj nedopadala žádná právní úprava. Neexistuje-li úprava speciální, uplatní se obecná úprava z primárního práva a obecné zásady práva Evropské unie.<sup>245</sup> Platí proto zásada rovnosti, zásada zákazu diskriminace, především zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, a zásada transparentnosti.<sup>246</sup> Tyto zásady směrnice zmiňuje v článku 2. Ze systematiky směrnice (článek 2 je zařazen v hlavě I „Definice a obecné zásady“) plyne, že se vztahuje i na koncese, avšak pouze na koncese, na které se vztahuje *ratione materiae* směrnice. Tedy na všechny koncese na stavební práce, neboť i když úprava v hlavě III se týká pouze tzv. nadlimitních koncesí na stavební práce, ostatní (podlimitní) koncese na stavební práce z úpravy směrnice (na rozdíl od koncesí na služby) vyňaty nejsou a tyto zásady uvedené v hlavě I se na ně vztahují. Pro ty ostatní platí zásady z primárního práva.<sup>247</sup>

Tyto zásady začlenil český zákonodárce do koncesního zákona novelou provedenou zákonem č. 417/2009 Sb., jež nabyla účinnosti dne 1.1.2010. Do zákona byl vložen § 3a, který stanoví, že zadavatel je povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Uvedené zásady vyplývající z práva EU tak jsou nyní výslovně stanoveny pro všechny zadavatele a ti je musejí dodržovat při postupu dle koncesního zákona, a to i v případech, kdy zadavatel nemusí provést koncesní řízení.<sup>248</sup>

Komise spatřuje zajištění těchto základních pravidel v konkrétní aplikaci ve vztahu ke koncesím v tom, že je povinností států, aby svými vnitrostátními předpisy stanovily předem pravidla, která budou stanovovat postup a kritéria při výběru soukromého partnera. Přitom tato kritéria musí splňovat zásadu rovného zacházení a nediskriminace a musejí být transparentní.<sup>249</sup> Z těchto důvodů musí být také zajištěno jednak zveřejnění záměru a dále

---

<sup>245</sup> Srov. také Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 2 – A (2003, 2004) zdůrazňující zásady rovnosti, nediskriminace a transparentnosti.

<sup>246</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 7.12.2000 C-324/98. V daném případě šlo ještě o předchozí směrnici 93/38/EHS, přesto jsou závěry z toho rozhodnutí aplikovatelné i dnes. Soud uvedl, že ačkoliv jsou takové smlouvy vyloučeny z působnosti směrnice 93/38/EHS, neznamená to, že by zadavatelé neměli dodržovat základní zásady uvedené ve smlouvách a zásadu nediskriminace založené na základě národnosti a zejména zásadu transparentnosti, jejímž prostřednictvím je možno zaručit právě dodržení zákazu diskriminace (body 60, 61). V bodě 62 rozsudku soud konkretizuje zásadu transparentnosti, která spočívá v zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění, aby zakázka mohla být otevřena co nejširší soutěži a její přidělení mohlo být přezkoumáno.

<sup>247</sup> Seřadíme-li právní úpravu v rámci Evropské unie vertikálně, je partnerství upraveno v následujících rovinách. Primárně se na něj vztahují základní zásady, jako zásada transparentnosti, zásady rovného zacházení, nediskriminace, proporcionality a vzájemného uznávání. Rovněž se uplatní zásady zákazu nedovolené veřejné podpory. Dále se uplatní pravidla stanovená v příslušných směrnících a nařízeních za předpokladu, že určitá forma partnerství spadá pod jejich rozsah.

<sup>248</sup> Viz § 5 odst. 2 in fine KZ

<sup>249</sup> Ačkoliv se níže uvedené rozsudky Soudního dvora týkají zadávání veřejných zakázek (a to ještě podle předchozí směrnice – 71/305/EHS), jsou v nich obsažené závěry stále platné a aplikovatelné i pro zadávání koncesí. Veřejný zadavatel při zadávání a stanovení kritérií pro hodnocení nabídek musí vždy postupovat v souladu se zásadou rovného zacházení s dodavateli a zásadou transparentnosti tak, aby byla zajištěna rovnost příležitostí pro všechny dodavatele. Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 25.4.1996 C-87/94, bod 54: *The procedure for comparing tenders therefore had to comply at every stage with both the principle of the equal*



samotných pravidel postupu a výběru soukromého partnera.<sup>250</sup> Výše uvedené požadavky se shodují s cíly české právní úpravy v koncesním zákoně a tyto cíle v zásadě i právní úprava naplňuje. Úprava v koncesním zákoně se týká jak zveřejnění záměru (viz § 6 odst. 1 KZ, kde se hovoří o „uveřejnění oznámení“, § 31 KZ), tak také postupu při výběru koncesionáře (viz § 12 a násl. KZ).

V zelené knize je dostatečně patrné, že Komise si je vědoma komplikací, které jsou spojeny s tím, že na evropské úrovni neexistuje jednotná úprava koncesí (jsou rozlišovány koncese na služby, koncese na stavební práce a v jejich rámci ještě tzv. nadlimitní koncese na stavební práce) a dále tím, že koncese, (které nejsou podrobeny jednotné úpravě na úrovni EU) a veřejné zakázky, jež naopak podrobeny takové úpravě jsou, tak podléhají nebo mohou podléhat v jednotlivých státech neodůvodněně odlišné právní regulaci.<sup>251</sup>

### **6.3 Vnitrostátní prameny partnerství**

Vzhledem k neexistenci obecné právní úpravy partnerství na vnitrostátní úrovni, nalézá se právní úprava v předpisech napříč právním řádem v závislosti na konkrétní formě partnerství. Mezi základní prameny patří obecné právní předpisy jako ústavní zákon č. 1/1993 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků, Listina základních práv a svobod, občanský a obchodní zákoník a právní předpisy týkající se nakládání s veřejným majetkem. Pokud jde o koncese, základním pramenem je zákon č. 139/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, a prováděcí předpisy ke koncesnímu zákonu vyhláška č. 217/2006 Sb., vyhláška č. 238/2006 Sb. a nařízení vlády č. 78/2008 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků.

---

*treatment of tenderers and the principle of transparency so as to afford equality of opportunity to all tenderers when formulating their tenders.*

Zásada rovného zacházení je z pohledu Soudního dvora, jak vyplývá například z rozhodnutí ze dne 22.6.1993 C-243/89, naprosto zásadní pro jakékoliv zadávání, dokonce i přesto, že zásada rovného zacházení nebyla ve směrnici výslovně uvedena, bod 33 uvedeného rozsudku: [...] *it need only be observed that, although the directive makes no express mention of the principle of equal treatment of tenderers, the duty to observe that principle lies at the very heart of the directive (i.e. Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts /added by the author/) whose purpose is, according to the ninth recital in its preamble, to ensure in particular the development of effective competition in the field of public contracts and which, in Title IV, lays down criteria for selection and for award of the contracts, by means of which such competition is to be ensured.*

<sup>250</sup> Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 9, bod. 30: Dle Komise státy mají „[s]tanovit pravidla vztahující se k výběru soukromého partnera, přiměřeným způsobem zveřejnit záměr rozhodnout o udělení koncese a zveřejnit pravidla, kterými se výběr řídí a která zajistí možnost sledovat dodržování nestrannosti po celou dobu průběhu řízení, zavést skutečnou soutěž mezi provozovateli s potenciálním zájmem o zakázku, kteří mohou zajistit splnění úkolů, o něž se jedná, po celou dobu řízení dodržovat zásadu rovného zacházení ohledně všech účastníků a provést výběr na základě objektivních, nediskriminujících kritérií.“

<sup>251</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 9, 10, body 32 a 36

Aby však bylo možné realizovat projekty formou koncesních smluv, bylo nezbytné novelizovat další zákony, které s problematikou koncesí souvisí. Konkrétně se novelizace, která byla provedena zákonem č. 140/2006 Sb., dotkla zákona o majetku a obou zákonů o rozpočtových pravidlech – státu i územních samosprávných celků.

V zákoně o majetku byla v § 12 odstavci osmém doplněna věta, která pro případy sjednávání koncesní smlouvy vyloučila zákaz podle první a druhé věty téhož ustanovení. Ustanovení § 12 odst. 8 věta první ZMČR zakazuje organizačním složkám uzavírat smlouvy o poskytnutí věci, bytu nebo nebytového prostoru do užívání spojenou se smlouvou o následném převodu této věci do vlastnictví státu. V druhé větě je založeno oprávnění takovou smlouvu uzavřít za účelem nákupu nemovité věci v zahraničí pro potřebu zastupitelských úřadů, a to pouze s předchozím souhlasem Ministerstva financí. Jelikož v koncesních smlouvách mohou být často ujednání, která spočívají v tom, že určitá věc bude zhotovena jedním z partnerů, poté bude využívána a následně vlastnické právo k ní převedeno na druhého partnera, má toto ustanovení umožnit realizaci takových právních ujednání. Ve své podstatě jde o ujednání, které se velmi blíží tomu, co se běžně označuje jako leasing, konkrétně tzv. finanční leasing. Organizační složky státu a státní příspěvkové organizace proto mohou uzavírat smlouvy, jejichž obsahem bude poskytnutí jim určité věci do užívání, spolu s dohodou o následném převodu vlastnického práva k této věci na stát.<sup>252</sup>

Zatímco pro sféru nabývání majetku státem novela finanční leasing povolila, pro převody vlastnického práva ze státu na jiné osoby je finanční leasing pro všechny případy i nadále zakázaný. Podle § 24 odst. 1 věty první ZMČR totiž organizační složka nemůže jako pronajímatel uzavřít smlouvu o poskytnutí věci za úplatu do užívání, spojenou se smlouvou o následném převodu vlastnictví této věci. Ačkoliv je v tomto ustanovení zmíněno pouze poskytnutí věci za úplatu do užívání, což je znak nájmu, z povahy věci vyplývá, že je zakázáno i bezplatné poskytnutí věci do užívání spojené se smlouvou o následném převodu vlastnického práva na uživatele, byť by byly podmínky dle § 21 odst. 1 ZMČR splněny, neboť fakticky (bezplatností) se tím obchází zákaz podle § 24 odst. 1 ZMČR (arg. a maiori ad minus). Uvedené zákazy mohou platit a plnit svůj účel při „běžném nakládání“ s majetkem státu, pro některé operace v rámci partnerství a koncesních vztahů se však takový zákaz nemusí jevit jako optimální a plnit svůj účel.

V této souvislosti je vhodné poukázat i na úpravu přenechání věci do užívání dle § 27 ZMČR, o které jsme pojednali v souvislosti s dalšími formami partnerství.

---

<sup>252</sup> Srov. § 54 odst. 1 ZMČR

Změnový zákon, který doprovázel přijetí koncesního zákona, přinesl ještě evidenční změnu spočívající v povinnosti zahrnout do střednědobého výhledu přehled závazků, které pro stát vplývají ze schválených koncesních smluv.<sup>253</sup> A pro územní samosprávné celky stanovil povinnost uvést v rozpočtovém výhledu dopady dlouhodobých závazků, jimiž jsou závazky z koncesní smlouvy, na jejich hospodaření, a to po celou dobu trvání koncesního vztahu.<sup>254</sup> Cílem novely bylo zajistit dlouhodobý přehled o výši předpokládaných budoucích závazků veřejných partnerů a přehled o výši veřejného dluhu v souvislosti s realizací partnerství koncesní formou.

#### **6.4 Zavedení koncesí do českého práva**

Některé státy při úpravě koncesí vyšly ze směrnice a přejaly definici koncesí na stavební práce a na služby, jak jsou stanoveny směrnicí.<sup>255</sup> Zadávání koncesních smluv pak buď s určitými výjimkami a odchylkami podřizují na základě odkazu v zákoně úpravě vztahující se na zadávání veřejných zakázek (slovenská úprava), nebo jej podrobují právní úpravě pouze v rozsahu vyžadovaném směrnicí (v zásadě právní úprava v The Public Contracts Regulations 2006 ve Velké Británii, která se vztahuje pouze na koncese na stavební práce, koncese na služby jsou v souladu se směrnicí z její působnosti vyloučeny).

Český zákonodárce k vymezení koncesí na stavební práce a koncesí na služby přistoupil odlišně tak, že v 16 odst. 1 KZ zavedl koncesní smlouvu, jejímž obsahem může být jak poskytování služeb (tedy ve smyslu směrnice koncese na služby) tak i provedení díla (tedy zahrnuje i koncesi na stavební práce dle směrnice).

Protože koncesní smlouvou se dodavatel zavazuje provést dílo (viz § 16 odst. 1 KZ), vyhnul se zákonodárce nutností vymezovat, co jsou to stavební práce (viz článek 1 odst. 2 písm. b) směrnice, § 9 ZVZ), avšak vzhledem k tomu, že pojem „dílo“ je širší než stavební práce (či stavební dílo), vztahuje se úprava v koncesním zákoně (srov. § 1 KZ) i na jiná než stavební díla, resp. zadavatel musí postupovat dle koncesního zákona i v těch případech, kdy obsahem koncesní smlouvy bude provedení i jiného díla než spočívajícího v provedení stavebních prací (včetně zhotovení stavby jako jejich výsledku) či činností s nimi souvisejících tak, jak jsou vymezeny ve směrnicí a v návaznosti na ni i v § 9 odst. 1 ZVZ.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> Viz § 4 odst. 1 písm. k) a § 4 odst. 3 zákona č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>254</sup> Viz § 3 odst. 2 zákona č. 250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>255</sup> Viz například slovenský zákon o veřejných zakázkách – § 15 odst. 1, 2 zákona č. 25/2006 Z.z., ve znění pozdějších předpisů, dostupný na: <http://jaspi.justice.gov.sk>, britský The Public Contracts Regulations 2006 – viz regulation 2(1) Statutory Instrument 2006/5

<sup>256</sup> Srov. vymezení díla v § 536 odst. 2 ObchZ

Pokud jde o koncesi na služby, ve směrnici je definována jako 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. Veřejné zakázky na služby jsou dle směrnice veřejné zakázky jiné než veřejné zakázky na stavební práce nebo na dodávky, jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze II. Koncesní zákon vymezení služeb na žádný seznam činností neváže. Protože ale příloha II obsahuje zbytkovou kategorii tzv. jiných služeb, které nejsou nijak konkretizovány, koncese na služby dle směrnice i zákona se kryjí.

Protože základním znakem koncesí je, že protiplnění spočívá v právu využívat stavbu (provedené dílo) nebo služby, musí mít prováděné stavební práce nebo výsledek jiné činnosti nebo služby takovou povahu, aby připouštěly možnost jejich využívání koncesionářem. Proto stavební práce nemohou být samostatným předmětem, pokud jejich výsledkem není stavba, která jako celek je schopna plnit samostatnou ekonomickou nebo technickou funkci (srov. k tomu i článek 1 odst. 3 in fine směrnice). Stavební práce však mohou být nesamostatným předmětem, pokud jsou spojeny s poskytováním služeb.

Český zákonodárce zcela pominul kategorii smluv, která se týká dodávek. Ve směrnici (článek 1 odst. 2 písm. d) druhá alinea, stejně jako v § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ) jsou dodávky zahrnuty pod kategorii veřejné zakázky na služby, pokud hodnota daných služeb překračuje hodnotu výrobků zahrnutých do zakázky.<sup>257</sup> Samostatnou kategorií koncesí na dodávky směrnice nezná. Důvodem je zřejmě to, že předmětem veřejné zakázky na dodávky je „pouhé“ jednorázové pořízení věci, což nenaplnuje cíle koncesí, které jsou založené na dlouhodobé spolupráci, a je zde i omezenější možnost realizace práva využívat dodávku (zboží, výrobek), což je základní znak jakékoliv koncese.<sup>258</sup> V pojetí směrnice byly dodávky nutné k poskytování služeb podle koncese na služby zahrnuty do zadávání koncese na služby, pokud jejich hodnota byla menší než hodnota služeb. Vzhledem k jinému vymezení koncesí v koncesním zákoně toto neplatí. Toto pravidlo však bude třeba analogicky vztáhnout i na postup dle koncesního zákona. Ze zásady transparentnosti vyplývá, že je nezbytné, aby v oznámení o zahájení koncesního řízení a v koncesních podmínkách bylo uvedeno, že vedle zadání poskytování určitých služeb se vztahuje i na dodávky, které s těmito službami souvisejí.

---

<sup>257</sup> K výkladu smíšené veřejné zakázky, jejímž předmětem jsou výrobky i služby – viz rozsudek Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07, body 61, 64

<sup>258</sup> Viz dikce § 8 odst. 1 ZVZ

Tím, že zákonodárce v koncesním zákoně nerozlišuje mezi koncesí na služby a koncesí na stavební práce, jak jsou vymezeny směrnicí, a podrobuje je jednotnému postupu v koncesním řízení, se zákonodárce zřejmě snažil vyhnout komplikacím, které zadavatelům v režimu zadávání veřejných zakázek činí určení, o jaký druh veřejné zakázky se jedná.<sup>259</sup> V rámci partnerství obvykle závazek dodavatele spočívá v provedení stavebních prací i v poskytnutí určitých služeb. Mnohdy tak není jasné, zda jde o veřejnou zakázku na stavební práce nebo na služby (v českém právu veřejných zakázek se při určení, o jaký druh zakázky se jedná, se postupuje dle § 9 odst. 2, § 10 odst. 2 písm. b) ZVZ).<sup>260</sup>

Problematikou rozlišení, zda se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce nebo na služby se zabýval i Soudní dvůr. Jako kritérium pro toto rozlišení stanovil povahu plnění. Pokud jsou stavební práce pouze vedlejší ve srovnání s hlavním předmětem zakázky, nemůže se jednat o veřejnou zakázku na stavební práce, ale jde o zakázku na služby.<sup>261</sup> Problematickým aspektem takového vymezení je to, že je neurčité a zvláště u projektů veřejných soukromých partnerství mnohdy nelze jednoznačně identifikovat, co má být hlavní a co vedlejší předmět závazku dodavatele (koncesionáře). Zákon o veřejných zakázkách v této souvislosti místo slova „vedlejší“ užitého ve směrnici používá kritérium „nezbytné“ (ke splnění zakázky), což je zřejmě přesnější. Uvádí se dva možné přístupy k posouzení, zda jsou stavební práce vedlejší předmět zakázky.<sup>262</sup> První spočívá ve zkoumání, co je hlavním předmětem zakázky.<sup>263</sup> Druhý spočívá na posouzení hodnoty stavebních prací a hodnoty služeb.<sup>264</sup> Hodnota, která je vyšší, je rozhodující pro posouzení zakázky. Nicméně v těchto

---

<sup>259</sup> Zda jde o veřejnou zakázku na stavební práce, na dodávky nebo na služby má vliv na postup při zadávání veřejné zakázky. Pro jednotlivé druhy veřejných zakázek jsou rovněž stanoveny rozdílné limity, resp. způsoby pro jejich výpočet (viz výpočet předpokládané hodnoty jednotlivých druhů veřejných zakázek – § 13 ZVZ obecně a dále § 14 ZVZ u dodávek, § 15 ZVZ u služeb a § 16 ZVZ u stavebních prací).

Například směrnice umožňuje, aby se zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze II. B, řídily výhradně článkem 23 a článkem 35 odst. 4 směrnice. Umožňuje tak státům, aby tyto zakázky podrobily jiné (méně přísné) regulaci.

<sup>260</sup> V některých případech není z počátku ani zřejmé, zda půjde vůbec o veřejnou zakázku nebo o koncesi. Toho si je vědoma i Komise, když tuto skutečnost zmiňuje v zelené knize. Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích. COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 9, bod 34.

<sup>261</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 19.4.1994 C-331/92, bod 26. Z rozhodnutí vyplývá, že tam, kde stavební práce nejsou přesně vymezeny a kde není ve vztahu k nim stanovena odměna za jejich provedení, a současně je obsahem závazku dodavatele poskytnutí služby či služeb, jde o veřejnou zakázku na služby.

Srov. také článek 1 odst. 2 písm. d) třetí alinea směrnice, § 10 odst. 2 písm. b) ZVZ

<sup>262</sup> Viz Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? *Common Market Law Review*, 2000, 37, str. 715, Hausmann, F.L. Public private partnerships and the award of concessions. *Public Procurement Law Review*, 1999, 6, str. 276-277, čerpáno z databáze [www.westlaw.co.uk](http://www.westlaw.co.uk) [19.1.2008]

<sup>263</sup> Viz stanovisko generálního advokáta Lenz ze dne 9.12.1992 ve věci C-331/92, bod 23: *The works are a necessary prerequisite for the opening of the casino, but they are secondary in comparison with the service.*

<sup>264</sup> Vychází se zde z obdobného principu jako při rozlišování veřejné zakázky na dodávky a na služby – viz článek 1 odst. 2 písm. d) druhá alinea směrnice, § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ.

přístupech nepanuje jednota. Komise ve svém výkladovém sdělení vychází z kritéria hlavního předmětu zakázky.<sup>265</sup>

Byť koncesní zákon pro účely dalšího průběhu koncesního řízení mezi koncesí na stavební práce a na služby nerozlišuje, je i přesto určení, zda jsou hlavním předmětem zadávané koncesní smlouvy stavební práce nebo služby, důležité pro správný postup, a to s ohledem na to, že oznámení o zahájení koncesního řízení ohledně tzv. nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce se uveřejňuje i v Úředním věstníku Evropské unie (viz § 31 odst. 1 KZ) a rovněž s ohledem na pravidla na subdodávky v § 14 KZ.<sup>266</sup> Pokud by zadavatel fakticky zadával nadlimitní koncesní smlouvu na stavební práce, nevěděl o tom a oznámení o zahájení koncesního řízení neuveřejnil, celé koncesní řízení by bylo od samého zahájení postiženo podstatnou vadou. Zákodárce ale žádný návod podle čeho určit, zda jde o koncesní smlouvu na stavební práce nebo na služby, v zákoně nedal.<sup>267</sup> Máme za to, že je proto třeba analogicky postupovat dle zákona o veřejných zakázkách. Zde uvedené kritérium spočívá na tom, zda stavební práce nebo služby jsou nezbytné k provedení předmětu veřejné zakázky dodavatelem (§ 9 odst. 2, § 10 odst. 2 písm. b) ZVZ). Nezbytnost je třeba zkoumat s ohledem na to, co je předmětem zakázky (v podstatě jaký je její účel – srov. § 10 odst. 2 písm. b) ZVZ), zda je protiplnění vztaženo k poskytování služeb nebo provedení stavebních prací, zda jsou stavební práce definovány (pak to nasvědčuje tomu, že se jedná o koncesní smlouvu na stavební práce), nebo zda jsou vymezeny v návaznosti na poskytované služby (například koncesionář se zavazuje v souvislosti s provozováním služeb k provedení vnějších udržovacích prací v určité výši, pak je pravděpodobné, že se jedná o koncesní smlouvu na služby).

Dle § 16 odst. 1 KZ se koncesionář zavazuje poskytovat služby. Veřejná zakázka na služby je v § 10 ZVZ vymezena zbytkově. Veřejnou zakázkou na služby je veřejná zakázka, která není veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce. Z dikce ustanovení vymezujících veřejné zakázky na dodávky a stavební práce vyplývá, že plnění je

---

<sup>265</sup> Viz Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law 2000/C 121/02, str. 5. Komise dokonce zastává názor, že pokud je možné oddělit služby a stavební práce, je třeba je zadat samostatně jako koncesí na služby a koncesí na stavební práce.

Uvedený přístup zopakoval Soudní dvůr i v rozsudku ze dne 15.10.2009 C-196/08: *Mimoto je nesporné, že výkon prací spojených s výlučnou správou integrované vodohospodářské služby dotčené v původním řízení má vedlejší povahu ve vztahu k hlavnímu předmětu dotčené koncese, spočívajícímu v poskytování této služby, takže ji nelze považovat za „koncesi na stavební práce“*. Dále také rozsudek Soudního dvora ze dne 18.1.2007 C-220/05, bod 37

<sup>266</sup> S kategorií tzv. nadlimitních koncesních smluv na stavební práce se v zákoně operuje v § 14, § 15, § 31 KZ.

<sup>267</sup> Zákodárce ani nevymezil stavební práce. Vzhledem k tomu, že na tzv. nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce se vztahuje směrnice, je na místě vycházet z definice stavebních prací podle § 9 ZVZ, neboť ty jsou v zákoně o veřejných zakázkách vymezeny podle směrnice (článek 1 odst. 2 písm. b) směrnice).

vždy jednorázové – „pořízení věci“ v § 8 odst. 1 ZVZ, provedení stavebních prací či zhotovení stavby v § 9 odst. 1 ZVZ. Podobný tvar je užit i v § 10 odst. 2 ZVZ, dle kterého se za veřejnou zakázku na služby považuje též veřejná zakázka, jejímž předmětem je „... kromě poskytnutí služeb rovněž ...“ I zde je tedy použit tvar dokonavý – poskytnutí. V koncesní smlouvě se ale dodavatel zavazuje „poskytovat“ služby. Povaha poskytovaných služeb je pak rozhodující pro posouzení, zda v koncesním řízení aplikovat ze zákona o veřejných zakázkách ta ustanovení, na která koncesní zákon odkazuje, jež se vztahují k veřejným zakázkám na stavební práce nebo na služby (například § 44 odst. 4, 5, § 45 odst. 1, 2 ZVZ), resp. zda pro účely posouzení, zda má být aplikováno ustanovení týkající se služeb či stavebních prací, posuzovat tyto služby jako komplementární, doplňkové (§ 9 odst. 1 písm. b), c), odst. 2 ZVZ), nebo naopak hlavní a stavební práce doplňkové (§ 10 odst. 2 písm. b) ZVZ). Pokud totiž jde o takové služby, jež umožňují, aby byly poskytovány opakovaně a trvale uživatelům, pak taková služba zpravidla nebude komplementární a doplňková, ale půjde o hlavní předmět koncesní smlouvy (byť třeba vedle druhého hlavního předmětu provedení díla).

## **6.5 Soutěžní a koncesní dialog**

Směrnice 2004/18/ES, která nahradila předchozí tzv. zadávací směrnice 93/37/EHS a 92/50/EHS, zavedla nový druh zadávacího řízení označovaný jako soutěžní dialog. Nový druh řízení má sloužit k postupu při „[...] rozhodování o značně složitých (komplexních) smlouvách.“<sup>268</sup> Podle článku 29 odst. 1 směrnice mohou členské státy zavést do svých právních řádů soutěžní dialog k zadání veřejné zakázky (článek 1 odst. 11 písm. c) směrnice), pokud se jedná o zvlášť složitou zakázku a veřejný zadavatel má za to, že použití otevřeného nebo omezeného (užšího) řízení mu nedovolí zakázku zadat. Zvláště složitou je veřejná zakázka, pokud veřejný zadavatel objektivně nemůže vymezit v souladu s článkem 23 odst. 3 písm. b), c) nebo d) směrnice technické prostředky schopné splnit jeho potřeby nebo cíle, nebo objektivně nemůže stanovit právní nebo finanční rámec projektu. Této možnosti využil i český zákonodárce v zákoně o veřejných zakázkách (srov. § 24, § 35 a násl. ZVZ).

Tento nový druh zadávacího řízení má umožnit „[z]adavatelům zahájit s kandidáty dialog s cílem nalézt řešení, která budou s to předmětné potřeby uspokojit.“<sup>269</sup> Projekty partnerství jsou založeny na komplexních smlouvách. Jde o dlouhodobé vztahy, soukromý partner se podílí na zajišťování určitých veřejných statků a dochází k přenosu rizika na

---

<sup>268</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 5, bod 13. a rovněž str. 8, bod 25.

<sup>269</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 8, bod 25. a rovněž str. 5, bod 13.

soukromého partnera. Mnohdy proto nelze stanovit požadavky na nabídky, aniž by před tím došlo k jednání o některých „parametrech“ nabídek v mezích zadávacích podmínek, nebo k prověření závěrů z přípravných studií, public sector comparator a požadavků zadavatele s možnostmi a přístupy potenciálních dodavatelů k předkládání nabídek a vyhodnocení nejvhodnějších požadavků na nabídky (v zadávací či koncesní dokumentaci) jak z hlediska zadavatele, tak také z hlediska možností a zájmu dodavatelů takové nabídky předkládat, aby byla zajištěna „value for money“ (ekonomická výhodnost) pro zadavatele.

Právě za tímto účelem byl zaveden soutěžní dialog. Cílem soutěžního dialogu je nalézt jedno či více vhodných řešení, která jsou schopna splnit požadavky zadavatele a na jejichž základě jsou uchazeči vyzváni k podání nabídky (článek 1 odst. 11 písm. c) směrnice, § 36 odst. 1 ZVZ).

Využití soutěžního dialogu je ale omezené. Nelze ho užít pro jakoukoliv veřejnou zakázku, kterou se realizuje partnerství.<sup>270</sup> Použití je vázáno na splnění dvou kumulativních podmínek. Použití otevřeného nebo omezeného (užšího) řízení zadavateli nedovolí veřejnou zakázku zadat (není s ohledem na povahu předmětu plnění veřejné zakázky možné) a jedná se současně o zakázku zvláště složitou (se zvláště složitým předmětem plnění).<sup>271</sup> Zakázku „zvláště složitou“ definuje přímo směrnice (článek 1 odst. 11 písm. c) a v souladu s ní i zákon o veřejných zakázkách. Podle zákona o veřejných zakázkách je za veřejnou zakázku se zvláště složitým předmětem plnění považována veřejná zakázka, u níž není veřejný zadavatel objektivně schopen přesně vymezit a) technické podmínky podle § 46 odst. 4 a 5 ZVZ (tj. prostřednictvím požadavků na výkon nebo funkci), nebo b) právní nebo finanční požadavky na plnění veřejné zakázky.

Protože ale úprava soutěžního dialogu se na zadávání koncesí nevztahuje (srov. článek 17, článek 56 a násl. směrnice), využil zákonodárce „potenciálu“ provedení soutěžního dialogu, resp. pro koncesní řízení označovaného jako koncesní dialog, a nejsou vázán podmínkami pro použití soutěžního dialogu (viz výše § 24 ZVZ), upravil pro koncesní řízení možnost provést koncesní dialog, aniž by však stanovil jakékoliv omezující podmínky. Provedení koncesního dialogu tak zcela závisí na úvaze zadavatele. Při jednání s dodavateli ale zadavatel postupuje již podle úpravy v § 36 ZVZ (viz § 10 odst. 2 KZ).

Podobně jako pro možnost použití soutěžního dialogu stanoví směrnice omezení i ohledně použití jednacního řízení, ať již s uveřejněním oznámení nebo bez něho, a jednání o

---

<sup>270</sup> Srov. k tomu LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 2 – M (2153)

<sup>271</sup> V závorce uvádíme označení užívané v zákoně o veřejných zakázkách.



nabídkách (srov. článek 30 a 31 směrnice, § 22, § 23 ZVZ).<sup>272</sup> Ani toto omezení nelze pro zadávání smluv, jimiž se realizuje partnerství, hodnotit pozitivně. I v tomto případě zákonodárce využil toho, že se směrnice, pokud jde o koncesní řízení, na koncese nevztahuje a jednání o nabídkách v koncesním řízení umožnil, aniž stanovil jakékoliv podmínky.

Komise v zelené knize rovněž zmiňuje skutečnost, že v některých členských státech (například ve Španělsku či Itálii) existuje praxe, kdy soukromoprávní subjekty samy, případně na výzvu veřejných zadavatelů, předkládají konkrétní návrhy projektů partnerství.<sup>273</sup> Komise tuto praxi označuje jako partnerství založená na základě soukromé iniciativy (a private initiative PPP). Problematický aspekt této praxe spočívá v tom, že takové návrhy realizace mohou být svojí povahou veřejné zakázky, přestože v tomto případě prvotní iniciativu přebírá soukromoprávní subjekt. Rozhodující je totiž jejich skutečný obsah, kterým je úplatné provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb, a veřejný partner tudíž při jejich zadávání musí postupovat dle příslušných evropských a vnitrostátních předpisů upravujících jejich zadávání. Jinak řečeno, pokud soukromoprávní subjekt předloží návrh smlouvy, kterým má být realizován určitý projekt, není možné bez dalšího, aby veřejný zadavatel realizaci projektu zadal přímo tomuto subjektu. Také pokud jde o odměnu soukromoprávního subjektu, který přišel s iniciativou, je třeba zacházet obezřetně. Subjekt totiž nesmí být žádným způsobem zvýhodněn v rámci zadávání veřejné zakázky. Avšak to samo o sobě je problematické. Takový subjekt totiž vypracoval projekt. Lze tedy do určité míry předpokládat, že předložený projekt kalkuloval a projektoval s ohledem na své „schopnosti“, materiální, technické a personální vybavení, svoji efektivitu činnosti, náklady a v tomto rozsahu rovněž rozvrhl rizika a délku trvání partnerství. Takto postavený projekt, je-li poté převzat a použit veřejným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky či koncese, však nepřímou může takový subjekt zvýhodňovat. Je samozřejmě možné, že návrh projektu formálně vypracuje subjekt odlišný od subjektu, který předloží nabídku, avšak tyto subjekty mohou být přímo či nepřímou propojeny (může jít například o koncernové společnosti).

Evropské právo ani zákon o veřejných zakázkách výslovně tuto situaci nijak neupravují. V režimu koncesního zákona však lze využít možností daných tím, že zadavatel může provést koncesní dialog bez omezení. Předložení návrhu projektu sice v koncesním dialogu není zcela ponecháno na vůli soukromoprávnímu subjektu (zadavatel musí stanovit své požadavky a potřeby – § 10 odst. 1 písm. a) KZ), avšak postup v koncesním dialogu

---

<sup>272</sup> Srov. k tomu LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 2 – J (2111)

<sup>273</sup> Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004, str. 10, bod 37. a násl.

umožňuje větší iniciativu soukromých partnerů při zachování rovných příležitostí pro všechny, neboť jednání v koncesním dialogu se účastní všichni dodavatelé, kteří prokázali splnění kvalifikace, a mohou předkládat „svá“ řešení projektu.

## **6.6 Koncese, veřejné zakázky a veřejné zakázky, jimiž se realizují partnerství v českém právu v kontextu evropské úpravy**

Při vymezení koncesní smlouvy dle koncesního zákona je nutné vycházet z článku 1 směrnice, neboť jak vyplývá z § 1 KZ, zákon zpracovává příslušné předpisy Evropských společenství, resp. Evropské unie, a konkrétně odkazuje i na směrnici. Pokud jsou koncese implementovány do vnitrostátních právních řádů, musejí odpovídat evropským předpisům. Není rozhodné, jak budou v národním právu označeny, ani zda by je samo národní právo jako koncese označovalo.<sup>274</sup>

Směrnice koncese na stavební práce a koncese na služby vymezuje v článku 1 odst. 3 a 4. Jak koncese na stavební práce tak koncese na služby jsou smlouvy stejného druhu jako veřejná zakázka na stavební práce, resp. na služby, s tou výjimkou, že protiplnění za provedení stavebních prací, resp. protiplnění za poskytnutí služeb, spočívá buď výhradně v právu využívat stavbu, resp. služby, nebo v tomto právu společně s platbou.

Základní znaky koncesí dle směrnice jsou tedy následující:<sup>275</sup> Jedná se o smlouvy, mají písemnou formu, jsou uzavřené mezi jedním nebo více zadavateli a jedním nebo více fyzickými či právními osobami, které na trhu nabízí provedení stavebních prací, staveb<sup>276</sup> nebo služby, jejich předmětem je provedení stavebních prací ve smyslu článku 1 odst. 2 písm. b) nebo poskytnutí služeb ve smyslu článku 1 odst. 2 písm. d) směrnice a protiplnění spočívá v právu stavbu (výsledek stavebních prací) nebo služby využívat, případně využívat spolu s platbou.<sup>277</sup> S posledním z uvedených znaků jsou spojeny další charakteristické znaky koncesí, jež dovodila judikatura, a které si zaslouží bližší pozornost:

### **Způsob protiplnění (odměna)**

<sup>274</sup> Srov. k tomu rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law 2000/C 121/02, str. 5

<sup>275</sup> Viz článek 1 odst. 3, 4 a odst. 2 písm. a) směrnice

<sup>276</sup> Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že dodavatel sám nemusí provádět stavební práce a může je provádět prostřednictvím subdodavatelů. Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 18.1.2007 C-220/05, bod 38: *Podle již ustálené judikatury dále platí, že aby mohla být kvalifikována jako zhotovitel pověřený veřejnou zakázkou na stavební práce [...], nemusí být osoba, která uzavírá smlouvu se zadavatelem, sama schopna přímo a z vlastních prostředků uskutečnit dohodnuté plnění (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 14. dubna 1994, Ballast Nedam Groep, C 389/92, Recueil, s. I 1289, bod 13, a ze dne 2. prosince 1999, Holst Italia, C 176/98, Recueil, s. I 8607, bod 26). Z toho vyplývá, že pro zjištění, zda je hlavním předmětem dohody provedení stavební práce, nemá skutečnost, že SEDL sama stavební práce neprovádí a nechává je provést subdodavateli, žádný význam.*

<sup>277</sup> Jak již bylo uvedeno, v koncesním zákoně je předmět koncesních smluv širší – nikoliv stavba či stavební práce, nýbrž dílo.

Základní znak, kterým se koncese odlišují od veřejných zakázek, je ve způsobu protiplnění (odměně). Pro veřejné zakázky platí, že musejí být úplatné a že protiplnění je placeno přímo zadavatelem dodavateli.<sup>278</sup> Úplatností se rozumí, že dodavatel získává protiplnění za poskytnutí plnění stanoveného zadavatelem od zadavatele.<sup>279</sup> Pro koncese platí, že za plnění poskytnuté koncesionářem náleží protiplnění spočívající v právu využívat plnění.<sup>280</sup> Využívání obvykle spočívá v právu koncesionáře vybírat odměnu (úhradu) od třetích osob (uživatelů). Tato právo je protiplněním.<sup>281</sup>

Z judikatury Soudního dvora plyne, že je nepodstatné, jakým právem, zda veřejným, či soukromým, se řídí povaha protiplnění (odměna koncesionáře) při využívání vlastního plnění.<sup>282</sup>

Při využívání plnění bude obvykle koncesionář uzavírat soukromoprávní smlouvy s uživateli, kteří mu za užití budou platit odměnu.<sup>283</sup> Posouzení smlouvy jako koncese nebrání, pokud koncesionář může sám stanovit výši odměny požadovanou od třetích osob (uživatelů).<sup>284</sup> Rovněž není na překážku, pokud koncesionář využívá určitých věcí zadavatele nutných k poskytnutí plnění (například části infrastruktury) a za to mu platí nájemné.<sup>285</sup>

### **Rozsah využívání**

Rozsah možnosti využívat plnění musí být podstatný. Platba poskytovaná zadavatelem nemůže být rozhodujícím protiplněním zadavatele.<sup>286</sup>

### **Rizika**

Z textu směrnice výslovně nevyplývá, že by dodavatel (koncesionář) nesl jakákoliv rizika. Z toho, že má právo využívat plnění, však Soudní dvůr dovodil, že dodavatel na sebe bere riziko spojené s plněním.<sup>287</sup> Dodavatel (koncesionář) musí dle Soudního dvora nést

<sup>278</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, bod 33

<sup>279</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, body 39, 40; rozsudek Soudního dvora ze dne 18.1.2007 C-220/05, bod 45

<sup>280</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 7.12.2000 C-324/98, bod 58, rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, bod 35, rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 54: *Podle této judikatury se o koncesi na služby jedná tehdy, pokud sjednaný způsob odměny tkví v právu poskytovatele využívat vlastní plnění [...].*

<sup>281</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 57; rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 25

<sup>282</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 55

<sup>283</sup> Srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 15

<sup>284</sup> Srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 16

<sup>285</sup> Srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 17

<sup>286</sup> Srov. k tomu rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, body 40, 41

<sup>287</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03, bod 40: *V situaci, které se týká první otázka, naopak odměna poskytovatele služeb pochází nikoli od dotčeného veřejného orgánu, ale z částek placených třetími subjekty za užívání dotčeného parkoviště. Tento způsob odměny má za následek, že poskytovatel na sebe bere riziko poskytování dotčených služeb, a charakterizuje tak koncesi na veřejné služby.* Dále například rozsudek Soudního dvora ze dne 15.10.2009 C-196/08, bod 39 („riziko spojené s provozováním dotčených služeb“).

riziko související s plněním (například s poskytováním služby).<sup>288</sup> Pokud je na dodavatele (koncesionáře) přeneseno poskytování určitých služeb, má dodavatel určitou hospodářskou svobodu pro stanovení podmínek podnikání. Z toho, že dodavatel při poskytování služeb (či jiného plnění) má určitou volnost, lze dle Soudního dvora dovodit, že současně nese i určitá rizika související s takovým podnikáním.<sup>289</sup>

### **Povaha a míra rizika**

Vymezení povahy a míry rizika je poměrně obtížné.<sup>290</sup> Poměrně podrobně se této problematice věnoval Soudní dvůr ve věci C-206/08. V rozsudku uvedl, že právo koncesionáře využívat vlastní plnění v sobě zahrnuje nesení rizika spojeného s provozováním dotčených služeb.<sup>291</sup> Pokud riziko nese zadavatel a dodavatel není vystaven hospodářským rizikům, nejde o koncesi, ale o veřejnou zakázku.<sup>292</sup> Co ale v případě, že jde o plnění, se kterým jsou spojena pouze omezená hospodářská rizika z důvodu právní regulace, a to i

---

<sup>288</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, bod 35. Z rozsudku vyplývá, že rizika dodavatel nese například tehdy, pokud viz bod 36: *[...] podle sporných dohod se pověřený komisař zavazuje jednak k tomu, že všechny dotyčné obce předají veškerý zbytkový odpad subjektu, a jednak k tomu, že subjektu bude ročně předáno určité minimální množství odpadů. Uvedené dohody mimoto stanoví, že částka poplatku bude upravena v případě, že skutečně předané roční množství odpadů bude nižší než 95 % nebo vyšší než 115 % tohoto zaručeného minimálního množství, aby byla zajištěna hospodářská a finanční rovnováha subjektu. Dohody rovněž stanoví, že částka poplatku bude ročně valorizována v závislosti na vývoji nákladů na zaměstnance, spotřební materiál a na údržbu, jakož i na určitém finančním ukazateli. Tytéž dohody mimoto stanoví, že o poplatku bude znovu jednáno v případě, že z důvodu změny legislativního rámce bude subjekt muset čelit investicím překračujícím určitou úroveň, aby dosáhl souladu s touto novou legislativou.*

K vymezení rizik srov. i druhy rizik, jak byly vymezeny v této práci v kapitole o rizicích.

<sup>289</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07, bod 71

<sup>290</sup> V rozsudku Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07, body 71, 74 soud k riziku uvedl: *Z výše uvedené definice koncese na služby v každém případě vyplývá, že je charakterizována situací, ve které je právo poskytovat stanovené služby zadavatelem přeneseno na koncesionáře, jelikož posledně uvedený v rámci uzavřené smlouvy disponuje určitou hospodářskou svobodou pro stanovení podmínek podnikání a je tak paralelně do značné míry vystaven rizikům souvisejícím s takovým podnikáním. Naopak rámcová dohoda je charakterizovaná situací, ve které je činnost hospodářského subjektu – smluvní strany – usměrňována v rozsahu, v němž musí všechny zakázky, které mají být uvedeným subjektem v průběhu stanoveného období plněny, dodržet podmínky stanovené v této dohodě (bod 71). Bylo by zajisté možné uvést, že hospodářský subjekt je v projednávané věci vystaven určitému riziku, jelikož jeho služby nemusí být poptávány. Takové riziko je nicméně nízké. Hospodářský subjekt je totiž zbaven rizika souvisejícího s placením jeho odměny a insolvenčí jeho individuálních kontrahentů, jelikož ze zákona je jediné zdravotní pojišťovna odpovědná za vyplácení úhrad. Krom toho, ačkoliv dodavatel musí být dostatečně vybaven pro poskytování svých služeb, nemusí předem vynakládat podstatné výdaje dříve, než uzavře individuální smlouvu s pojištěncem. Konečně, počet pojištěnců trpících syndromem „diabetické nohy“, kteří se mohou obrátit na tento hospodářský subjekt, je znám předem, takže si lze učinit rozumnou představu ohledně využití jeho služeb (bod 74).*

<sup>291</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 59. Ve věci se jednalo o zadání zakázky (koncese) na dodávku pitné vody a odvádění odpadních vod. Přitom koncesionář měl právo stanovit si výši odměny od třetích osob. Tyto sazby však byly do určité míry regulovány předpisy tak, aby byly pokryty náklady dodavatele (neměl tedy plnou volnost) /bod 16/. Zadavatel se zavázal, že vyhláškou stanoví povinnost připojit se k veřejným sítím distribuce vody a odvádění odpadních vod (bod 18). Za takového právního stavu tedy vyvstávala otázka, zda dodavatele nese riziko a pokud ano, v jakém rozsahu. Komise byla názoru, že se musí jednat o významně provozní riziko, které však nemusí nutně odpovídat hospodářskému riziku existujícímu obvykle na volném trhu. Zakázka na služby, jejíž hospodářské riziko je veřejnými zadavateli sníženo na minimum, nemůže být podle Komise kvalifikována jako koncese na služby (bod 65). Soudní dvůr ale uvedl, že v hospodářském provozování služby je zahrnuto riziko (bod 66).

<sup>292</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, body 67, 68

kdyby plnění zajišťoval zadavatel. Soud na tuto otázku odpověděl následovně: *V každém případě, i když je riziko, jemuž je veřejný zadavatel vystaven, velmi omezené k tomu, aby bylo možné dojít k závěru o existenci koncese na služby, je nezbytné, aby veřejný zadavatel zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převedl na koncesionáře provozní riziko, kterému je vystaven.*<sup>293</sup> Z tohoto rozhodnutí je tedy zřejmé, že bez ohledu obecně na druh rizika je nutné, aby podstatnou část rizika (či rizik) /v terminologii užívané soudem/ spojeného s provozováním dotčených služeb (economic operation of the service),<sup>294</sup> spojené s poskytováním dotčených služeb<sup>295</sup> nebo stavebních prací<sup>296</sup> (provozní riziko – operating risk), kterému by byl jinak v daném (konkrétním) případě vystaven zadavatel, převzal koncesionář, byť by riziko spojené s provozem bylo omezené (vlivem právních předpisů).<sup>297</sup> Provozní riziko má povahu rizika spojeného s „nepravdělnostmi trhu“, jakými jsou riziko konkurence, riziko poptávky, riziko neplacení za služby, riziko ztráty, riziko odpovědnosti za nedostatky poskytované služby.<sup>298</sup> Naopak provozním rizikem pro účely kvalifikace smlouvy jako koncese (!) nejsou rizika spojená se špatným vedením a řízením, neboť jsou vlastní i jiným smlouvám.<sup>299</sup> Na základě výše uvedeného je dále třeba odlišovat omezení rizika, které vyplývá obecně z právní regulace, a které v zásadě nebrání kvalifikaci zakázky jako koncese,<sup>300</sup> a omezení rizika v důsledku smluvního ujednání mezi zadavatelem a dodavatelem, které vylučuje, aby se jednalo o koncesi.<sup>301</sup>

### **Osoba poskytující protiplnění (odměnu)**

O koncese na služby se může jednat v případech, kdy odměna v podobě plateb za poskytované služby pochází od osoby odlišné od zadavatele, například od uživatelů veřejného parkoviště, veřejné dopravy nebo sítě kabelové televize.<sup>302</sup> To samé platí i pro koncese na

<sup>293</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 77; rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 29

<sup>294</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 59; rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 26

<sup>295</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03, bod 40

<sup>296</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 13.11.2008 C-437/07, bod 29

<sup>297</sup> Například činnost v oblasti zajišťování tzv. utilit je uskutečňována v takovém prostředí, kde jsou finanční rizika (financial risks) významně omezena. Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 34

<sup>298</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 37: *In that regard, it must be stated that the risk of the economic operation of the service must be understood as the risk of exposure to the vagaries of the market, which may consist in the risk of competition from other operators, the risk that supply of the services will not match demand, the risk that those liable will be unable to pay for the services provided, the risk that the costs of operating the services will not fully be met by revenue or for example also the risk of liability for harm or damage resulting from an inadequacy of the service.*

<sup>299</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 38

<sup>300</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 77

<sup>301</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, bod 36

<sup>302</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 15.10.2009 C-196/08, bod 43; obdobně rozsudek Soudního dvora ze dne 6.4.2006 C-410/04, bod 16

stavební práce. Pokud protiplnění (odměna) pochází přímo a pouze od zadavatele koncese, nejde o koncesi, nýbrž o veřejnou zakázku.<sup>303</sup> Odměna musí pocházet od osoby odlišené, než je zadavatel koncese v konkrétním případě. O koncesi se proto jedná i tehdy, pokud odměna pochází od odlišného subjektu, který se v jiných případech může kvalifikovat jako veřejný zadavatel. Odměna nemusí ale pocházet ani od třetích osob, které plnění využívají. Může pocházet od subjektu odlišného, než je zadavatel koncese i uživatelé.<sup>304</sup>

Délka závazku ani výše počátečních investic dodavatele, ba ani skutečnost, že plnění je v obecném zájmu, nejsou rozhodující pro odlišení veřejné zakázky a koncese.<sup>305</sup> Tyto znaky však mohou být charakteristické pro veřejná soukromá partnerství.

Je třeba také odlišovat koncesi a rámcovou dohodu (viz článek 1 odst. 5 směrnice, § 89 a násl. ZVZ). Zatímco u koncese má dodavatel (koncesionář) určitou volnost pro stanovení podmínek podnikání a nese rizika s tím spojená, u rámcové dohody je volnost omezena. Zakázky jsou realizovány v právním „rámci“ rámcové dohody a podmínky dohody musejí být dodrženy.<sup>306</sup> Rovněž dodavatel není vystaven riziku spojenému s jeho činností a jediným zdrojem protiplnění je zadavatel.<sup>307</sup>

Koncese jsou smlouvy, u nichž protiplnění poskytované veřejným partnerem spočívá v právu koncesionáře využívat plnění (stavbu či službu), a s tím je spojeno i riziko, které koncesionář nese. Využívání obvykle spočívá v právu koncesionáře vybírat úhradu od uživatelů. I u jiných forem partnerství bude docházet k platbám za poskytovaný statek od jeho uživatelů. V případě koncesí však jde o to, že platba náleží přímo soukromému partnerovi, který ji rovněž vybírá. Z toho je zřejmé, že zisk soukromého partnera je závislý na frekvenci využívání zajišťovaného statku. U některých jiných forem partnerství, například u již

---

<sup>303</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03, body 39, 40, rozsudek Soudního dvora ze dne 15.10.2009 C-196/08, bod 39, rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 24

<sup>304</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 28: *The fact that the amount of the usage fees is not determined unilaterally by the provider of the rescue services, but by agreement with the social security institutions which themselves have the status of a contracting authority [...], and that those fees are not paid directly by the users of those services to the selected provider but through a central settlement office which is in charge of collecting and remitting those fees, by regular payments on account, does not affect that finding. The fact remains that all the remuneration obtained by the provider of the services comes from persons other than the contracting authority which awarded it the contract.* (Zvýraznil autor.)

<sup>305</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, body 42, 43

<sup>306</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07, bod 71. Míra volnosti v rámcové dohodě a v koncesní smlouvě jako jedno z kritérií odlišujících rámcovou dohodu od koncese je poněkud zavádějící. I koncesní smlouva může obsahovat striktní podmínky a hospodářská svoboda koncesionáře pro stanovení podmínek podnikání může být značně omezena.

<sup>307</sup> Soudní dvůr tak shledal, že *dohoda [...] uzavřená mezi veřejnou zdravotní pojišťovnou a hospodářským subjektem, v níž jsou definovány platby za různá schémata péče, která má být takovým subjektem poskytována, jakož i doba účinnosti dohody, přičemž uvedený subjekt přejímá povinnost plnění ve vztahu k pojištěncům, kteří o to požádají, a uvedená zdravotní pojišťovna má jako jediná povinnost poskytovat úhradu za plnění téhož subjektu – [musí být] považována za rámcovou dohodu ve smyslu čl. 1 odst. 5 směrnice 2004/18 (bod 76).* Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07, body 73, 74, 76

zmiňované private finance initiative, se odměna soukromého partnera stanoví obdobně, avšak platba soukromému partnerovi pochází zpravidla od veřejného zadavatele, nikoliv přímo od uživatelů statku. Jde například o případy tzv. shadow toll („skryté mýto“), kdy veřejný partner (místo uživatele) platí za každé vozidlo, které silnici použilo, určitou platbu.<sup>308</sup> Toto u koncesí není možné. Platba (úhrada) v rámci práva využívat plnění musí vždy pocházet od jiného subjektu, než je zadavatel, a platba náleží koncesionáři.

## **6.7 Rizika u koncesních smluv**

Při výkladu ustanovení § 16 odst. 2 KZ je třeba vyjít z vymezení rizika a jeho míry, jak je vyložil Soudní dvůr při výkladu koncesí. Podle § 16 odst. 2 KZ podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva. V české právní úpravě je výslovně znak přenosu rizik uveden a je konkretizována i povaha rizik. Musí se jednat o rizika spojená s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla. Vzhledem k tomu, že v zákoně je vymezena pouze povaha rizika (spojitost s braním užitků), může se jednat o kterýkoliv z druhů obecně uváděných rizik. Obvykle jde o tzv. riziko poptávky (demand risk) či tržní riziko (market risk), riziko provozování, obchodní riziko a finanční riziko.

Vymezení rizik v koncesním zákoně jako rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla v zásadě koreluje s vymezením rizik spojených s plněním, resp. rizik spojených s provozováním či poskytováním služeb nebo stavebních prací (stavby) v návaznosti na protiplnění spočívající v právu využívat plnění, jak povahu tohoto rizika vyložil Soudní dvůr.

„Podstatnou část rizik“ je třeba vyložit tak, že rizika musejí být přenesena v tom rozsahu, aby braní užitků tvořilo podstatnou část příjmů koncesionáře. Nejde tedy o nějakou kvantitativní stránku (množství rizika), ale o jejich povahu a kvalitu, a to ve vztahu k plnění. Je zřejmé, že povaha plnění bude rozhodující pro určení, jaká rizika a v jaké míře, aby se jednalo o „podstatnou část“, bude muset nést koncesionář. V koncesní smlouvě nemusí být rizika pojmenována (například, že se jedná o finanční riziko, riziko poptávky, tržní riziko apod.). Z obsahového vymezení práv a povinností, ke kterým se koncesionář zavazuje, však musí být zřejmé, jaké riziko, jaká je jeho povaha a zda je spojeno s braním užitků, na sebe bere.

---

<sup>308</sup> Srov. LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – D (107.1), (143)

Poskytnutí části plnění v penězích (§ 16 odst. 1 in fine KZ) nesmí podstatně omezit či vyloučit rizika spojená s braním užitků. Část plnění v penězích rovněž nesmí narušit pravidlo, že příjem koncesionáře musí pocházet především (z podstatné části) z braní užitků, neboť s nimi je spojeno riziko, které koncesionář nese. Poskytnutí části peněz má tudíž subsidiární (doplňkovou) povahu a nikdy nemůže být hlavním zdrojem příjmů koncesionáře. Na druhou stranu neznamena to, že by poskytnutí části plnění v penězích mělo být výjimečné. Může být zcela pravidelné, avšak musí být zachována podstata koncese.

Pokud jde o povahu ostatních rizik, mohou to být jakákoliv jiná rizika, než spojená s braním užitků (využíváním plnění). Dohodou o rozdělení ostatních rizik však nelze negovat přenesení podstatné části rizik spojených s braním užitků na koncesionáře.

Podstatnou část rizik spojených s braním užitků musí vždy přebírat koncesionář, aby se jednalo o koncesní smlouvu, jinak by šlo o jinou formu partnerství, která by mohla být podrobena právní úpravě zadávání veřejných zakázek.

## **6.8 Right to exploit v české úpravě**

Koncese se oproti veřejné zakázce, která spočívá na straně zadavatele v povinnosti zaplatit a na straně dodavatele v poskytnutí dohodnutého plnění, liší v právu dodavatele využívat (right to exploit) plnění jako způsob protiplnění.<sup>309</sup> Right to exploit je prostředek, kterým se koncesionáři vrací náklady vynaložené na realizaci předmětu smlouvy.

Ačkoliv to z dikce § 16 odst. 1 KZ přímo nevyplývá, nesmí braní užitků vyplývající z poskytování služeb nebo z provedení díla spočívat v tom, že by tyto užitky byly získávány

---

<sup>309</sup> V teorii se zpravidla rozlišuje plnění a předmět plnění. Podle § 488 OZ závazkovým vztahem je právní vztah, ze kterého věřiteli vzniká právo na plnění (pohledávka) od dlužníka a dlužníkovi vzniká povinnost splnit závazek. Obsahem závazku pak dle § 494 OZ je povinnost dlužníka něco dát, konat, něčeho se zdržet nebo něco trpět a věřitel je oprávněn to od něj požadovat. Pokud jde o předmět závazkového vztahu, rozlišuje se tak předmět přímý – plnění – určité chování dlužníka, jak je uvedeno v § 494 OZ, a nepřímý, což je předmět vlastního chování – zhotovit určitou věc, odevzdat věc apod. Viz Fiala, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné. 3. opravené a doplněné vydání. Brno: Doplněk, 2002, str. 210; dále k plnění Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kolektiv. Občanský zákoník I, II. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 1504, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [29.12.2009] Soudní dvůr plnění a předmět plnění ve svých rozhodnutích nerozlišuje a užívá výrazu plnění. Právo využívat plnění je u koncesních smluv protiplněním. Využívání však spočívá nikoliv v plnění (tj. dare, facere, non facere/ommittere, pati), nýbrž ve využívání výsledku tohoto „plnění“ – například zhotovené stavby. Vzhledem k tomu, že Soudní dvůr používá výrazu plnění, používáme je zde také. Současně ale užíváme i termínu předmět plnění, a to jako synonyma. „Plnění“ užíváme zpravidla, pokud výklad podáváme v kontextu s judikaturou Soudního dvora, neboť nepovažujeme za vhodné nahrazovat pojmy užívané soudem terminologií národního práva, zvláště za situace, kdy soud tenduje k výkladu nezávislému na národním právu. Podobně koncesní zákon ani zákon o veřejných zakázkách není zcela jednotný a používá výrazy „předmět koncesní smlouvy“ (§ 4, § 8 odst. 3, § 10 odst. 1 písm. a), § 14 odst. 1, § 17 odst. 2, § 21 odst. 2 KZ), plnění (například § 15 odst. 1 písm. b) KZ, § 9 odst. 2, § 13 odst. 1 ZVZ /k tomu srov. použití obratu v § 13 odst. 1 ZVZ a § 4 KZ v definici „předpokládané hodnoty“) a „předmět“ v zákoně o veřejných zakázkách (například § 7 odst. 1, § 8 odst. 1, 2, § 9 odst. 1, 2, § 10 odst. 2, 4 ZVZ); stejně v obchodním zákoníku srov. například dikci § 289 odst. 1, § 293, § 328, § 333 odst. 1, § 372 ObchZ. Ostatně ani česká teorie není v této věci zcela za jedno. Považujeme však za vhodné zde na to upozornit.



od samotného zadavatele.<sup>310</sup> Nejednalo by se pak totiž o koncesní smlouvu, ale o veřejnou zakázku (srov. § 7 odst. 1 ZVZ), neboť protiplnění by bylo úplatné, byť by v některých případech nebylo jednorázové. Protiplnění spočívající v právu brát užitky totiž musí pocházet od subjektu odlišného od zadavatele. Jediné peněžité plnění, které může od zadavatele pocházet, je ona část uvedená v § 16 odst. 1 in fine KZ. V zásadě tak nejsou přípustné takové modely koncesních smluv, které by spočívaly na placení „nájemného“ či jiné obdobné platby za užití plnění koncesionáři, která by pocházela od uživatele, jímž by byl sám zadavatel. Z toho vyplývá, že předmětem koncesní smlouvy nemůže být takové plnění, jež má sloužit výlučně zadavateli a není možné, aby jej využívaly jiné od zadavatele odlišné osoby.

S tím také souvisí otázka, jak posoudit případ, kdy braní užitek má povahu vybírání úhrad a ty jsou vybírány zadavatelem s tím, že následně jsou odváděny koncesionáři. Zadavatel vystupuje pouze jako výběrčí platby. Jsme toho názoru, že pokud zadavatel vystupuje, například na základě ujednání v koncesní smlouvě, pouze jako „výběrčí“ platby, povaha koncese zůstává zachována.<sup>311</sup> Platba však musí vyplývat z užití předmětu plnění, které „dodal“ koncesionář, a musí být na něj navázána a zadavatel vystupuje na místo koncesionáře. Pokud by šlo o platbu, která by náležela zadavateli (a nedošlo by k převodu podle § 18 KZ), o koncesní smlouvu by se nejednalo.

Vymezení koncesní smlouvy je v § 16 KZ. Je zde uveden i ten znak spočívající v právu plnění využívat, slovy koncesního zákona brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla. Současně ale koncesní zákon obsahuje i ustanovení § 18, které do určité míry je s § 16 v rozporu. Toto ustanovení říká: V koncesní smlouvě zadavatel může koncesionáři umožnit vybírat od uživatelů úhrady za poskytované služby pouze v případě, že by sám zadavatel měl právo takové úhrady od uživatelů vybírat. Jenže právo vybírat úhrady od uživatelů je především obsahem práva plnění využívat, resp. využívání plnění spočívá v tom, že koncesionář jej poskytuje třetím osobám za úplatu. Toto je znak koncesí, jak jej vymezil Soudní dvůr. Pokud by tento znak byl jakkoliv omezen, nejedná se o koncesi a smlouva nemůže být klasifikována jako koncesní. V takovém případě, pokud by mělo jít o vztah v rámci veřejného soukromého partnerství, půjde o veřejnou zakázku s převzetím určitého rizika dodavatelem.

---

<sup>310</sup> Srov. k tomu například rozsudek Soudního dvora ze dne 15.10.2009 C-196/08, bod 43

<sup>311</sup> Shodně Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? *Common Market Law Review*, 2000, 37, str. 717

V ustanovení § 1 KZ je výslovně stanoveno, že zákon zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství (Evropské unie) a je výslovně v poznámce pod čarou odkázáno na směrnici 2004/18/ES. Vzniká proto otázka, jak ustanovení § 18 KZ vyložit.

Důvodová zpráva ke koncesnímu zákonu k § 18, resp. k § 19, který původně obsahoval větu nyní obsaženou v § 18 KZ, uvádí, že: „*Deklaruje právo koncesionáře vybírat **úhrady** (zvýraznil autor) za poskytované služby přímo od osob, které je budou užívat (uživatelé). Toto je podstatou koncesních smluv a je proto nezbytné postavit na jisto, že koncesionář toto oprávnění – pokud tak stanoví koncesní smlouva – má a tím předejít diskusím o zákonnosti takového postupu. To vše však musí být v souladu se sektorovými právními předpisy. Je rovněž zřejmé, že charakter takové úhrady musí být v souladu s ústavním pořádkem a nesmí mít charakter daně nebo poplatku, ale platby za využití, na niž není právní nárok, aniž by došlo k “využití” (tj. jde o soukromoprávní úhradu za poskytnutou službu). Vzhledem k tomu, že nelze ukládat povinnosti jinak než na základě zákona nebo v jeho mezích, je stanoveno, že vybírat **poplatky** (zvýraznil autor) koncesionářem (ať už přímo či nepřímo) lze pouze v případě, mohl-li by tak učinit sám zadavatel. Jestliže by tak učinit mohl, převede toto své právo na koncesionáře (zcela nebo částečně, popř. s výhradou maximálního limitu zisku - zbytek se převede k veřejným účelům), neboť jde o pojmový znak koncesní smlouvy.*“<sup>312</sup>

Text v důvodové zprávě je nekoherentní. Na jedné straně deklaruje právo vybírat *úhrady*. To znamená, že toto právo musí být konstituováno jiným ustanovením (zřejmě § 16 KZ). Na druhou stranu v předposlední a poslední větě text plynule místo „úhrady“ přechází k používání slova „poplatky“ a právo vybírat úhrady omezuje tím, že musí být odvozeno z práva zadavatele vybírat *poplatky*.

Z důvodové zprávy tak zřejmě vyplývá, že záměrem zákonodárce bylo stanovit právní základ oprávnění koncesionáře vybírat bezprostředně úhradu od uživatelů při vědomí díkce článku 11 odst. 5 Listiny. Podle článku 11 odst. 5 Listiny lze daně a poplatky ukládat jen na základě zákona. V teorii finančního práva se daně a poplatky striktně odlišují. Daněmi se rozumí „[p]latební povinnost[...], kterou stát stanoví zákonem k získání příjmů pro úhradu celospolečenských potřeb, tj. pro veřejný rozpočet, aniž přitom poskytuje zdaňovaným subjektům ekvivalentní protiplnění. Tato skutečnost se označuje jako nenávratnost daní na rozdíl od plateb nazývaných poplatky, které se platí jako částečná úhrada nákladů spojených

---

<sup>312</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, komentář k § 19

s činností státních orgánů nebo za oprávnění poskytovaná poplatníkovi.<sup>313</sup> Základní rozlišení tak spočívá v tom, zda subjekt, který daň či poplatek platí, za tuto platbu získává určité (proti)plnění, či nikoliv. Slovo „úhrady“ v textu důvodové zprávy i v dikci § 18 KZ je nepochybně širší, protože zahrnuje jakékoliv peněžité plnění. V této souvislosti je však nutné zdůraznit, že podle judikatury Soudního dvora soukromoprávní či veřejnoprávní povaha úhrady je nepodstatná.<sup>314</sup> Úhrada tedy může zahrnovat jak soukromoprávní platby tak poplatky, ne však daň, neboť ta není spojena s protiplněním.

Z toho, co bylo řečeno, je třeba vycházet při výkladu ustanovení § 18 KZ. Koncesní zákon zavádí do českého právního řádu koncese na stavební práce a koncese na služby, jak jsou vymezeny v evropských předpisech a jak je vykládá Soudní dvůr. Není proto možné, aby jejich vymezení v národní úpravě bylo s evropskou v rozporu. Zákodárce může pojem koncesí, resp. koncesních smluv rozšířit (koncese na stavební práce ve směrnici a dílo jako předmět koncesní smlouvy v koncesním zákoně), nemůže ale změnit charakteristické znaky, které koncese mají. Jedním z těchto znaků je možnost využívat plnění, s čímž je neoddělitelně spojen další znak, kterým je nesení určitých rizik spojených s poskytováním plnění koncesionářem.

Právo vybírat úhrady za využívání plnění třetími osobami je imanentní součástí koncesí a vyplývá z § 16 KZ a směrnice. Toto právo nelze od koncese oddělit. Pokud má úhrada soukromoprávní povahu (například v podobě vstupného, jízdného, přepravného apod.) nevztahuje se na ni článek 11 odst. 5 Listiny a není nutné ji stanovit zvláštním zákonným ustanovením, neboť vyplývá z § 16 KZ a obecně z vymezení závazkového právního vztahu mezi koncesionářem a třetí osobou (§ 488 OZ). Pokud však jde o úhradu, která spočívá ve výběru veřejnoprávního poplatku, a koncesionář by měl mít právo úhradu vybírat, což je předpoklad, aby se jednalo o koncesi (koncesní smlouvu), umožňuje § 18 KZ zadavateli za účelem umožnění realizace koncesní smlouvy, aby toto své oprávnění smluvně v koncesní smlouvě převedl na koncesionáře. Takový převod by byl konformní s článkem 11 odst. 5 Listiny, neboť veřejný zadavatel by měl zákonem stanovené oprávnění, jež by na základě zákonného dovolení v § 18 KZ smluvně převedl na koncesionáře.

---

<sup>313</sup> Viz Bakeš, M. a kolektiv. Finanční právo. 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 155, srov. k tomu i výklad na str. 86 a násl. téhož; čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [12.3.2010]

<sup>314</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 55

## **6.9 Tzv. quasikoncesní smlouvy, koncesionářské smlouvy a koncesní smlouvy**

### **6.9.1 Quasikoncesní smlouvy**

Zákon o veřejných zakázkách v § 156 a koncesní zákon v § 1 odst. 2 od okamžiku své platnosti do nabytí účinnosti zákona č. 179/2010 Sb. upravovaly tzv. quasikoncesní smlouvy.<sup>315</sup> Jednalo se o nadlimitní veřejné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách, jestliže smlouva, kterou se veřejná zakázka realizuje, má být uzavřena na dobu určitou, a to nejméně 5 let, a dodavatel nese některá ekonomická rizika spojená s realizací veřejné zakázky, která obvykle nese zadavatel. Zadávání těchto smluv podléhalo úpravě v zákoně o veřejných zakázkách. Z koncesního zákona se na ně vztahovala vybraná ustanovení. Z vymezení této kategorie smluv v obou zákonech je zřejmé, že obě ustanovení měla sloužit jako právní zakotvení určité formy veřejných soukromých partnerství. Od koncesních smluv se odlišovaly povahou rizika, které má nést dodavatel, a tím, že dodavatel nemá právo brát užitek z plnění. Proto také označení quasikoncesní smlouvy. Zmíněnou novelou však bylo ustanovení § 1 odst. 2 KZ zrušeno a ustanovení § 156 ZVZ bylo novelizováno a dnes obsahuje normy spíše rozpočtového práva.<sup>316</sup> Přestože tzv. quasikoncesní smlouvy byly novelou zrušeny, neznamena to, že by nebylo možné uzavírat smlouvy, ve kterých se dodavatel zaváže nést některá ekonomická či jiná rizika spojená s plněním ze smlouvy, která obvykle nese zadavatel. Tato smlouva, pokud jejím předmětem budou stavební práce nebo služby tak, jak jsou vymezeny v zákoně o veřejných zakázkách, a bude ji zadávat některý z veřejných zadavatelů, bude podléhat úpravě zadávání veřejných zakázek. Tím, že zákonodárce vypustil úpravu, která dávala právní základ určité formě partnerství (tzv. quasikoncesním smlouvám) z koncesního zákona i zákona o veřejných zakázkách sice uzavírání smluv s takovým obsahem neznemožnil, avšak nepřispívá to k právní jistotě zadavatelů, kteří by chtěli této formy partnerství využít.

### **6.9.2 Koncesionářské smlouvy**

Koncesní smlouvy a koncesionářské smlouvy označují různé smlouvy, ačkoliv dikce ustanovení § 1 KZ je v tomto směru zavádějící, když říká, že koncesní zákon upravuje *podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv* v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty, pokud *tyto podmínky a postup neupravuje*

---

<sup>315</sup> Zákon nabyl účinnosti dne 15.9.2010.

<sup>316</sup> Z důvodové zprávy důvod pro zrušení tzv. quasikoncesních smluv není zřejmý. Viz důvodová zpráva k návrhu zákona sněmovní tisk 833/0, část č. 1/3, Poslanecká sněmovna, 5. volební období, 2006-2010, zpráva je dostupná na: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=833&CT1=0> [22.4.2011]

zvláštní právní předpis a výslovně odkazuje na zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích. Z citovaného ustanovení by se mohlo zdát, že jde o určitý poddruh (species) obecných podmínek a postupu veřejného zadavatele při uzavírání *koncesních smluv* v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty. Ovšem ze znění části IV. zákona o pozemních komunikacích a zejména s ohledem na dikci ustanovení § 18a tohoto zákona, který pro postup při výběru koncesionáře přikazuje užít zákona o veřejných zakázkách, je nutné dovodit, že jde o samostatný institut, odlišný od koncesních smluv. Koncesní smlouvy se řídí především koncesním zákonem, zatímco koncesionářské smlouvy jsou upraveny v zákoně o pozemních komunikacích (§ 18a a násl. zákona č. 13/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů) a výběr koncesionáře probíhá dle zákona o veřejných zakázkách.<sup>317</sup> Uvedený legislativní stav je značně nepřehledný a z praktického hlediska nežádoucí.

Koncesionářské smlouvy byly do právního řádu zavedeny zákonem č. 256/2002 Sb., kterým se mění zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, s účinností od 1. ledna 2003. Jak vyplývá z důvodové zprávy k zákonu, zavádí se jím do právního řádu „[k]oncesní způsob výstavby, provozování a údržby silniční infrastruktury [...]“. <sup>318</sup> Nejedná se však o pravou koncesi tak, jak ji definovalo tehdy i v současné době evropské právo. Podle článku 1 písm. d) směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce se koncesí na stavební práce rozumí zakázka stejného typu jako zakázka uvedená v písmenu a) (tj. veřejná zakázka na stavební práce), kromě skutečnosti, že protiplnění za prováděné stavební práce spočívá buď pouze v právu využít stavbu, nebo v tomto právu společně s platbou.

Koncesionářská smlouva je zavedena jako legislativní zkratka v § 18a zákona pro označení smlouvy o převedení výkonu některých práv a povinností státu jako vlastníka dálnice nebo silnice I. třídy na právnickou osobu (koncesionáře). Tato definice by mohla být základem pro vymezení koncesí za podmínky, že by označení „převedení některých povinností státu jako vlastníka“ zahrnovalo převedení určitých rizik a „převedení některých práv státu jako vlastníka“ zahrnovalo oprávnění koncesionáře využívat (brát užitky z) plnění (tedy výstavby či provozování a údržby dálnice nebo silnice I. třídy). Oprávnění brát užitky však v zákoně výslovně upraveno není, naopak je upraven způsob odměny koncesionáře

---

<sup>317</sup> V § 18a zákona č. 13/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů, je sice uvedeno, že koncesionář se vybere: „postupem podle zákona o schvalování veřejných zakázek“ a odkaz je na již zrušený zákon č. 199/1994 Sb. Je však nepochybné, že nyní je tímto zákonem zákon č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

<sup>318</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona sněmovní tisk 1226/0, část č. 1/2, Poslanecká sněmovna, 3. volební období, 1998-2002, zpráva je dostupná na: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=1226&CT1=0> [19.12.2009]

(§ 18b zákona). Odměna náleží z příjmů Státního fondu dopravní infrastruktury, tedy od státu jako zadavatele. To vylučuje, aby se jednalo o koncesi.

Rozložení rizik mezi stát a koncesionáře má být podle § 18e písm. e) zákona dohodnuto ve smlouvě. Aby se jednalo o koncesi, musí koncesionář převzít rizika, která by nesl zadavatel, a souvisí s braním užiteků z plnění. Koncesionář sice nese určitá rizika – jeho povinností je zajistit zpracování projektové dokumentace k výstavbě a stavební povolení (§ 18e písm. g) zákona), na jeho náklady zajistit financování a výstavbu dálnice nebo silnice I. třídy, její provoz a údržbu (§ 18d odst. 1, § 18 písm. f) zákona), avšak současně některá rizika spojená se získáním protiplnění jsou zákonem omezená.<sup>319</sup> V koncesionářské smlouvě musí být vymezena návratnost vynaložených prostředků (§ 18e písm. b) zákona). To znamená, že jsou vyloučena určitá rizika spojená s braním užiteků z plnění, neboť zákon svým způsobem garantuje návratnost vynaložených prostředků. Přestože koncesionář nese rizika spojená s financováním projektu, pokud stavbu dokončí a je na ní zahájen provoz, má právo na úhradu z příjmů Státního fondu dopravní infrastruktury (§ 18b, § 18d odst. 2 zákona). V tomto směru není ani vznik práva na úhradu za výstavbu navázán na řádné ukončení díla (§ 554 ObchZ), nýbrž na dokončení výstavby a zahájení provozu na dokončené dálnici nebo silnici I. třídy. Přitom skutečnost, že dílo je dokončeno a provoz zahájen, ještě nemusí znamenat, že dílo bylo provedeno řádně.<sup>320</sup> Zde tedy bude záležet na koncesionářské smlouvě, jak vymezí podmínky pro zahájení provozu. I přesto podle § 18b a § 18d odst. 2 zákona může mít koncesionář nárok na úhradu.

Zákon dále stanoví, že úhrada koncesionáři je poskytována postupně v závislosti na ujednání o rozložení rizik (§ 18b zákona). Z dikce zákona ale nelze dovodit, že by byl koncesionář práva na úhradu nějak zbaven nebo že by bylo toto právo „vystaveno“ riziku. Rozložení rizik má vliv pouze na postupné poskytování úhrady, tedy v jakém časovém horizontu bude koncesionáři placena.

Z těchto důvodů proto nemůže jít o koncesi. Protože ale koncesionář nese rizika spojená s vypracováním projektové dokumentace k výstavbě, financováním a výstavbou dálnice nebo silnice I. třídy, jejím provozováním a údržbou (především jde o finanční riziko, riziko plánování a konstrukční riziko), jde o formu veřejných soukromých partnerství.<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> A nese s tím spojená rizika v případě, že stavební povolení nezíská včas, stavební úřad stanoví jiné podmínky apod.

<sup>320</sup> Srov. k tomu možnost předčasného užívání stavby (§ 123 zákona č. 183/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů) a zkušební provoz (§ 124 zákona č. 183/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

<sup>321</sup> Pro úplnost ještě dodejme, že v § 9 odst. 3 zákona je založeno oprávnění pro ministerstvo dopravy, aby po projednání s Ministerstvem financí smluvně převedlo na dobu určitou, nejdéle na dobu 35 let, výkon některých práv a povinností státu jako vlastníka dálnic na právnickou osobu vybranou postupem podle zákona o zadávání

### 6.9.3 Srovnávací tabulka

V následující srovnávací tabulce předkládáme porovnání základních znaků koncesních smluv, koncesionářských smluv, quasikoncesních smluv a smluv, na které se vztahuje § 156 ZVZ (tyto jsou uvedeny ve sloupci „Quasikoncesní smlouvy“ a text je napsán kurzívou).<sup>322</sup>

	Koncesní smlouvy	Koncesionářské smlouvy	Quasikoncesní smlouvy
Primární právní úprava a postup při výběru dodavatele se řídí	Zákonem č. 139/2006 Sb.	Zákonem č. 13/1997 Sb. a zákonem č. 137/2006 Sb.	Dříve zákonem č. 137/2006 Sb.
Předmět závazku	Musí jít o službu či dílo, které umožňuje koncesionáři z něj brát užítky, blíže však není vymezen.	Financování a zajišťování výstavby, provozování a údržby dálnice nebo silnice I. třídy. Jiné druhy komunikací nemohou být předmětem závazku z koncesionářské smlouvy, rovněž nelze takto vykonávat jiné činnosti než financovat a zajišťovat výstavbu, provozování nebo údržbu uvedených komunikací.	Není nijak vymezen, musí spadat do rozsahu definice nadlimitní veřejné zakázky dle § 7, § 12 odst. 1 ZVZ
Základní znaky smlouvy	Zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užítky z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, případně spolu s částečným peněžitým plněním. Koncesionář se zavazuje poskytovat služby, provést dílo nebo obojí.	Stát (zadavatel) převádí některá svá práva a povinnosti jako vlastníka příslušných silničních komunikací na právnickou osobu a tato osoba (koncesionář) tyto práva a povinnosti přijímá, a to pouze za účelem financování a zajištění výstavby, provozování a údržby	Jde o smlouvu, jež splňuje znaky nadlimitní veřejné zakázky, a současně obsahuje závazek k plnění na dobu určitou, nejméně však na dobu 5 let, a dodavatel nese některá ekonomická rizika spojená s realizací předmětu smlouvy, která obvykle nese

veřejných zakázek za cenu sjednanou v souladu s cenovými předpisy a splatnou způsobem sjednaným ve smlouvě. Jaký je vztah tohoto ustanovení k § 18a a následujícím ustanovením zákona není jasné.

<sup>322</sup> Quasikoncesní smlouvy zde uvádíme proto, aby bylo patrné, čím se odlišovaly od koncesních smluv. Smlouvy, na které se vztahuje § 156 ZVZ, nejsou kategorií smluv, avšak toto ustanovení může být relevantní, pokud jde o smlouvy, kterými se realizují některé jiné formy partnerství.

		<p>jmenovaných komunikací.  Stát se zavazuje odevzdat koncesionáři územní rozhodnutí nutné k výstavbě předmětné komunikace.  Koncesionář se zavazuje na své náklady zajistit v území stanoveném v územním rozhodnutí zpracování projektové dokumentace k výstavbě, stavební povolení, financování a výstavbu komunikace, její provozování a údržbu a po skončení smluvní doby odevzdat vybudovanou (a provozovanou) komunikaci včetně jejího příslušenství státu, který se zavazuje ji převzít, pokud bude odpovídat smlouvě.  Územní rozhodnutí vymezuje předmět plnění koncesionáře v prostoru.</p>	<p>zadavatel.  § 156 odst. 1 ZVZ: <i>předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí nejméně 500 milionů Kč</i></p>
Charakter rizik	<p>Obsahem smlouvy je převzetí „podstatné části“ rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla koncesionářem. Ostatní rizika jsou rozdělena mezi zadavatele a koncesionáře dle dohody.</p>	<p>Konkrétní rizika a jejich rozdělení mezi strany smlouvy nejsou uvedena. Rozsah rizik, která nese koncesionář, je určující pro postupné poskytování úhrady.</p>	<p>Dodavatel se obligatorně zavazuje nést „některá ekonomická rizika“ spojená s realizací veřejné zakázky, která obvykle nese zadavatel.</p>
Kdo může být	Je vymezen v § 2 KZ.	Zadavatelem může	Je vymezen v § 2



zadavatelem		být pouze stát. Smlouvu jménem státu uzavírá Ministerstvo dopravy.	ZVZ.
Délka trvání závazku	Závazek se uzavírá na dobu určitou, minimální doba však není stanovena.	Závazek se uzavírá na dobu určitou, nejméně však na dobu 25 let.	Závazek se uzavírá na dobu určitou, nejméně však na dobu 5 let. <i>§ 156 odst. 1 ZVZ: Závazek se uzavírá na dobu nejméně 5 let nebo na dobu neurčitou.</i>
Odměna za plnění	Spočívá v právu brát užitky (využívat), sekundárně lze poskytnout část plnění v penězích.	Je peněžítá a je poskytována postupně v závislosti na ujednání o rozdělení rizik po dokončení výstavby komunikace z příjmů Státního fondu dopravní infrastruktury.	Veřejná zakázka je ex definitione úplatná smlouva.

Základní odlišnost koncesionářské smlouvy od jiných veřejných zakázek a koncesní smlouvy spočívá v tom, že je s ní spojen převod výkonu některých práv a povinností státu jako vlastníka příslušných komunikací na (soukromoprávní) právnickou osobu.<sup>323</sup> Přitom výslovně není uvedeno, zda mezi tato práva a povinnosti patří i právo brát užitky a povinnost nést rizika spojená s braním užitků. U koncesních smluv není tato podmínka stanovena, i když není vyloučeno, aby převod výkonu některých práv a povinností zadavatele jako vlastníka na koncesionáře byl součástí smluvních ujednání stran smlouvy. Nemůže však jít o právo brát užitky a s tím spojená rizika, neboť toto je imanentní znak koncesní smlouvy.

Závěrem lze konstatovat, že vzhledem k existenci koncesního zákona je úprava koncesionářských smluv překonaná a s ohledem na jisté interpretační nejednoznačnosti ustanovení o koncesionářské smlouvě v zákoně o pozemních komunikacích by bylo vhodné tuto úpravu pro futuro úplně zrušit.

<sup>323</sup> Přitom nelze předem zcela vyloučit ani možnost převodu na veřejnoprávní právnickou osobu. V důvodové zprávě se však uvádí, že zákon „[...] má na zřeteli právnické osoby obchodního práva.“ Viz důvodová zpráva k návrhu zákona sněmovní tisk 1226/0, část č. 1/2, Poslanecká sněmovna, 3. volební období, 1998-2002, zpráva je dostupná na:  
<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=1226&CT1=0> [19.12.2009]

## 7 Právní úprava zadávání koncesních smluv

### 7.1 Úvod

Po té, co jsme v předchozím pojednání vymezili povahu veřejných soukromých partnerství a jejich forem, včetně vymezení koncesí a koncesních smluv, budeme se v následující části práce věnovat právní úpravě zadávání koncesních smluv.<sup>324</sup> Ta je upravena především v zákoně č. 139/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, a hned v § 1 zákona zákonodárce prohlašuje, že koncesní smlouvy jsou jednou z forem spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty. Koncese dle směrnice a v českém právu označené jako koncesní smlouvy jsou jedinou formou partnerství, které je věnována samostatná právní úprava. Jiné formy partnerství lze zpravidla zadávat podle zákona o veřejných zakázkách, ale tato úprava není specifická a obecně žádnou formu partnerství neupravuje.

### 7.2 Výjimky z věcné působnosti koncesního zákona

Koncesní zákon podobně jako zákon o veřejných zakázkách obsahuje v § 3 taxativní výčet případů, na které se nevztahuje. Obecně lze uvedené případy označit za výjimky z důvodu veřejné bezpečnosti, výjimky z důvodu zvláštních pravidel, jež mohou vyplývat z mezinárodních závazků České republiky, a výjimky týkající se zvláštních případů. Ačkoliv, jak již jsme uvedli, se směrnice 2004/18/ES na koncesní smlouvy (vyjma tzv. nadlimitních koncesí na stavby) nevztahuje, vychází uvedené výjimky z článku 57, resp. článků 13, 14 a 15 směrnice, na které článek 57 odkazuje, a dále je český zákonodárce rozšířil o další případy.<sup>325</sup> Ustanovení § 3 KZ je uvedeno slovy: *Tento zákon se nevztahuje na smlouvy uzavírané zadavateli, jestliže ...* Byť je v ustanovení lapidárně řečeno, že zákon se nevztahuje na „smlouvy“, z kontextu ustanovení, slov „tento zákon“ a výslovného použití označení „koncesní smlouvy“ pod písmenem b) komentovaného ustanovení, je zřejmé, že se tím myslí koncesní smlouvy, jak jsou vymezeny v § 16 KZ. V dále uvedených případech tedy nebude nutné postupovat dle koncesního zákona. Neznamená to však, že v uvedených případech nemůže být založeno partnerství. I když bude projekt z působnosti koncesního zákona vyloučen, za předpokladu, že bude splňovat znaky partnerství, může se jednat o jinou formu a může podléhat jiné právní úpravě. Dále namísto „tento zákon se nevztahuje na smlouvy

---

<sup>324</sup> V následující části práce se budeme věnovat rozboru zadávání koncesních smluv. Právní úprava je obsažena v koncesním zákoně a na základě odkazů i v zákoně o veřejných zakázkách. V rámci tohoto rozboru se zaměříme na úpravu v koncesním zákoně a ze zákona o veřejných zakázkách především na problematiku, která je ve vztahu ke koncesím interpretačně problematická. Výklad zákona o veřejných zakázkách je proto podáván v rozsahu nezbytném pro vlastní výklad problematiky zadávání koncesních smluv.

<sup>325</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, komentář k § 3

uzavírané zadavateli“ máme za to, že by byla přesnější dikce v tom smyslu, že při výběru dodavatele a uzavírání smluv se v uvedených případech nepostupuje dle koncesního zákona, neboť uzavření koncesní smlouvy je poslední z řady předcházejících fází, které vedou k výběru koncesionáře, se kterým je následně uzavřena koncesní smlouvy. Použití zákona je přitom vyloučeno nejen na uzavírání koncesní smlouvy, ale i na všechny předchozí fáze, jež předchází uzavření koncesní smlouvy.

Ve srovnání se zákonem o veřejných zakázkách je formulace mnohem „ostřejší“, neboť vylučuje působnost koncesního zákona úplně, zatímco zákon o veřejných zakázkách „pouze“ stanoví, že zadavatelé nejsou „povinni“ podle zákona o veřejných zakázkách zadávat.<sup>326</sup>

Nyní k jednotlivým výjimkám. Pod písmenem a) jsou uvedeny dva případy týkající se utajovaných informací dle zákona č. 412/2005 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Z postupů podle koncesního zákona jsou vyloučeny koncesní smlouvy, jejichž předmětem jsou utajované skutečnosti a rovněž smlouvy, jejichž předmětem sice nejsou utajované skutečnosti, avšak v koncesní dokumentaci je nutné určitě utajované skutečnosti uvést a jejich uveřejnění by mohlo (potencionálně) jejich ochranu ohrozit. Samozřejmě je vyňata z působnosti zákona i situace, kdy by byly v jednom případě naplněny obě výjimky. V zákoně o veřejných zakázkách je zmíněn ještě další případ, kdy v souvislosti s utajovanými informacemi není nutné postupovat dle zákona o veřejných zakázkách, a to tehdy, pokud by plnění veřejné zakázky mohlo ohrozit ochranu utajovaných informací (§ 18 odst. 1 písm. a) ZVZ), který však v koncesním zákoně uveden není. Nepovažujeme to za nedostatek, neboť máme za to, že pokud by plnění koncesní smlouvy mělo utajované informace ohrozit, není zde vůbec potřebné a ani vhodné uzavírat koncesní smlouvu.

Pod písmenem b) je uvedeno, že koncesní zákon se nevztahuje na uzavírání koncesních smluv, které jsou podle zvláštních právních předpisů spojeny se zvláštními bezpečnostními opatřeními, nebo jejichž uzavření souvisí s ochranou základních bezpečnostních zájmů státu. I v tomto případě využil český zákonodárce možnosti výjimky stanovené článkem 14 směrnice, a to včetně terminologie, neboť „zvláštní bezpečnostní opatření“ a „ochrana základních bezpečnostních zájmů státu“ jsou pojmy, které jsou použity ve směrnici. V českém právním prostředí je bude nutné vyložit zejména pomocí odkazů uvedených v poznámce pod čarou, které demonstrativně vyjmenovávají, které zákony se dotýkají uvedených situací. Zvláštní bezpečnostní opatření dle poznámky pod čarou jsou

---

<sup>326</sup> Srov. k tomu i dikci § 18 ZVZ: Zadavatel *není povinen* zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky ...

opatření, která jsou přijímána dle zákona o integrovaném záchranném systému, zákona o krizovém řízení, zákona o hospodářských opatřeních pro krizové stavy a zákona o zpravodajských službách.<sup>327</sup> Z výše uvedeného přehledu právních předpisů vyplývá, že musí jít o taková opatření, která jsou přijímána v souvislosti s mimořádnými událostmi, které mají objektivní povahu (nepokoje, živelné pohromy) a představují riziko pro bezpečnost státu a jeho obyvatel mimořádného charakteru. Ochrana základních bezpečnostních zájmů státu spočívá s ohledem na odkaz na ústavní zákon o bezpečnosti ČR a zákon o zajišťování obrany ČR především v zajištění svrchovanosti a územní celistvosti České republiky, ochraně jejích demokratických základů a dále ochraně životů, zdraví a majetkových hodnot.<sup>328</sup> Je zřejmé, že situace vyžadující přijetí zvláštních bezpečnostních opatření mohou spadat rovněž do kategorie patřící mezi základní bezpečnostní zájmy státu vyžadující ochranu a že uvedené pojmy se mohou do určité míry překrývat.

Je otázka, zda vůbec připadá v těchto případech objektivně možnost určitý statek zajišťovat prostřednictvím spolupráce veřejných a soukromých partnerů a máme-li mluvit o konkrétní formě této spolupráce – zda je možné, aby předmětem koncesní smlouvy bylo plnění, které je spojeno s určitými mimořádnými bezpečnostními opatřeními a zájmy. Máme za to, že v situacích uvedených pod písmeny a) a b) vůbec konstituování partnerství nepřichází v úvahu právě s ohledem na základní znaky takových partnerství, kterými jsou především dlouhodobost a přenos rizik. V uvedených případech je některá z těchto složek nebo obě současně narušeny a výhodnost využití partnerství mizí. Neznamená to však, že by v těchto případech vůbec nemohly být uzavírány smlouvy se soukromoprávními dodavateli, které však nebudou konstituovat partnerství, nýbrž budou mít povahu spíše jednorázových „zakázek“.<sup>329</sup> Jejich využití bude záviset vždy na konkrétní situaci, použitelnosti a výhodnosti takového postupu. Zásadně se ale bude lišit způsob výběr dodavatele, který nebude podřízen postup dle koncesního zákona nebo zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel může dodavatele vybrat například postupem dle § 281 a násl. obchodního zákoníku nebo na základě prosté poptávky vybraných osob.

Pod písmeny c) a d) v § 3 zákona jsou uvedeny další případy uzavírání smluv veřejným zadavatelem, na které se koncesní zákon nevztahuje, neboť se jejich uzavírání řídí

---

<sup>327</sup> Viz zákon č. 239/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 240/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 241/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 153/1994 Sb., ve znění pozdějších předpisů

<sup>328</sup> Viz článek 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků, zákon č. 222/1999 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

<sup>329</sup> V tomto smyslu chápeme zakázku jako smlouvu uzavřenou mezi veřejnoprávním subjektem a soukromoprávní osobou v širokém pojetí, nikoliv jako veřejnou zakázku zadávanou dle zákona o veřejných zakázkách.

zvláštními postupy, které vyplývají z pravidel daných mezinárodními organizacemi, nebo jejichž uzavírání se řídí zvláštními procesními pravidly a jsou uzavírány v návaznosti na mezinárodní smlouvu, která se vztahuje k pobytu ozbrojených sil jiných států na území České republiky nebo k vyslání ozbrojených sil České republiky na území jiných států a současně jde o mezinárodní smlouvu, kterou je Česká republika vázána a jež byla vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv. Je zcela evidentní, že v praxi vůbec v těchto případech jakákoliv forma partnerství nepřichází v úvahu.

Koncesní zákon se nevztahuje rovněž na smlouvy uzavírané zadavateli, jestliže jsou uzavírány podle jiných procesních pravidel v návaznosti na mezinárodní smlouvu uzavřenou mezi Českou republikou a jiným než členským státem Evropské unie a zahrnují služby nebo stavební práce určené pro společnou realizaci nebo využití smluvními stranami. Jde-li o tento případ, je Česká republika povinna uzavření smlouvy sdělit Komisi, která dohlíží na to, aby procesní pravidla, podle kterých byla smlouva uzavřena, nebyla ve zřejmém rozporu se základními zásadami práva Evropské unie. Výjimka totiž vyplývá ze směrnice 2004/18/ES článku 15 písm. a), a deroguje proto pouze pravidla ze směrnice, nikoliv jiná pravidla stanovená evropským právem. Je vhodné upozornit i na formulační nepřesnost v § 3 písm. e) zákona, kde chybí zmínka o jiných pravidlech, kterými se zadání zakázky, resp. koncese řídí. Návěti článku 15 směrnice totiž zní takto: „Tato směrnice se nevztahuje na veřejné zakázky, které se řídí *jinými procesními pravidly* a jež jsou zadávány: [...]“ a teprve pak následuje výčet jednotlivých výjimek, mimo jiné i té nyní rozebírané. Vzhledem k tomu, že se jedná o výjimku vyplývající z článku 57 směrnice upravující tzv. nadlimitní koncese na stavební práce, který odkazuje na článek 15 směrnice, je třeba ji vykládat v kontextu s textem a záměrem směrnice.

Podle písmene f) uvedeného v § 3 zákona je jeho použití vyloučeno na smlouvy, jejichž předmětem jsou služby poskytované Českou národní bankou při výkonu její působnosti podle zvláštních právních předpisů – především podle zákona o ČNB a případně dalších zákonů upravujících působnost České národní banky, například zákon o podnikání na kapitálovém trhu.<sup>330</sup>

Uvedená výjimka znovu otevírá otázku, v jakých případech přichází v úvahu využití partnerství. Z právní povahy partnerství vyplývá, že jeho předmětem může být pouze taková činnost, která se týká té oblasti veřejné správy, kde je možné zaměnit „dodavatele“ veřejného statku. Kde se nejedná o působnost, která je vyhrazena pouze určitému veřejnoprávnímu

---

<sup>330</sup> Zákon č. 6/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 256/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů

subjektu a je možné ji volně přenést na jiný soukromoprávní subjekt. Je těžko představitelné, aby působnost České národní banky byla na základě koncesní smlouvy přenesena na jiný subjekt. Česká národní banka je orgánem veřejné správy, který vykonává zákonem stanovenou působnost a jako takový může činit pouze to, co mu zákon dovoluje, a v rozsahu, v jakém mu to zákon dovoluje. V současné době není žádným zákonným předpisem České národní bance dovoleno, aby některou složku své působnosti převedla na soukromoprávní subjekt, neboť nejde v zásadě o „službu“, kterou by vykonávala na smluvním základě, nýbrž Česká národní banka uvedené činnosti vykonává ze zákona (ex lege) jako veřejnoprávní subjekt (správní orgán).

Od převodu působnosti České národní banky, popř. jiného subjektu veřejné správy, je třeba odlišit situaci, kdy takový subjekt nepřenáší svou působnost a kdy postup podle koncesního zákona či zákona o veřejných zakázkách je možný, nebo dokonce nutný. Pokud totiž předmětem smlouvy nebudou „služby“ (ve smyslu činností), které patří do působnosti České národní banky, bude muset Česká národní banka poustupovat jako jakýkoliv jiný veřejný zadavatel, neboť na tyto případy se výjimka nevztahuje.

Z působnosti zákona jsou vyloučeny také smlouvy, jejichž předmětem je zhotovení veřejných telekomunikačních sítí a rovněž smlouvy, jejichž předmětem jsou služby ve výzkumu, vývoji a inovacích, vyjma případů, kdy cena za provedení výzkumu, vývoje a inovací je hrazena výlučně zadavatelem a zadavatel je jediným uživatelem výsledků výzkumu, vývoje a inovací.

Zákon se nevztahuje ani na (slovy koncesního zákona) smlouvy, které mají za předmět závazek veřejné služby, resp. od účinnosti zákona č. 194/2010 Sb. na smlouvy uzavírané při zajišťování dopravní obslužnosti veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou drážní osobní dopravou a veřejnou linkovou dopravou. Zajištění dopravní obslužnosti prostřednictvím soukromého partnera lze považovat za jednu z forem partnerství a dokonce za formu blízkou koncesím (srov. § 21 zákona č. 194/2010 Sb.). Avšak v souladu s nařízením (ES) č. 1370/2007 a zákonem č. 194/2010 Sb. se zadávání a uzavírání smluv k zajišťování dopravní obslužnosti řídí zvláštními pravidly.

Na rozdíl od zákona o veřejných zakázkách koncesní zákon neuvádí mezi výjimky z působnosti zákona podle § 3 ty případy, kdy jde o uzavření koncesní smlouvy mezi zadavatelem a osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva.<sup>331</sup> Veřejný

---

<sup>331</sup> Viz § 18 odst. 1 písm. j) ZVZ

zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby.

V těchto případech tedy výjimka nevyplývá přímo z koncesního zákona. Obdobného výsledku, jakého by bylo dosaženo při použití výslovné výjimky uvedené v zákoně o veřejných zakázkách, lze dosáhnout výkladem pojmu veřejný zadavatel v § 2 zákona. V kapitole věnující se rozboru „jiné právnické osoby“ jako veřejného zadavatele jsme uvedli, že z judikatury Soudního dvora vyplývá, že pokud by byla uzavřena smlouva mezi veřejným zadavatelem dle článku 1 odst. 9 směrnice a jinou právnickou osobou, nad kterou veřejný zadavatel vykonává kontrolu v takovém rozsahu, že by tento subjekt byl v podstatě pouze jeho „organizační složkou“, a současně by podstatnou část své činnosti vykonával pro veřejného zadavatele, který nad ním vykonává kontrolu, nejednalo by se o veřejnou zakázku ani o koncesní smlouvu.<sup>332</sup> Při eurokomformním výkladu koncesního zákona se proto při uzavírání smlouvy mezi takovými subjekty nepostupuje podle koncesního zákona.

### **7.3 Fáze před zahájením koncesního řízení**

#### **7.3.1 Předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný příjem koncesionáře**

Než veřejný zadavatel dospěje k závěru realizovat projekt některou formou partnerství, nutně tomu musí předcházet celá řada přípravných prací, jejichž účelem je především určit, co by mělo být předmětem partnerství, dále musí vyhodnotit rizika spojená s přenosem zajišťování statku na jiný subjekt, náklady s tím spojené a vůbec celkovou vhodnost a výhodnost realizace projektu (tzv. analýza „value for money“). Tato fáze je stejně významná jako postup při výběru soukromého partnera je. Je totiž rozhodující pro zjištění, zda je v konkrétním případě vhodné a výhodné možnosti partnerství využít v porovnání s tím, kdyby byl statek zajišťován jiným způsobem, například „tradiční“ veřejnou zakázkou nebo bez ingerence soukromého partnera. V koncesním zákoně je přípravná fáze výrazně opomenuta.

Obecně pro všechny případy platí, že zadavatel je povinen před zahájením koncesního řízení zjistit předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový

---

<sup>332</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 13.1.2005 C-84/03, bod 38: *In accordance with Article 1(a) of Directive 93/36, it is sufficient, in principle, if the contract was concluded between a local authority and a person legally distinct from it. The position can be otherwise only in the case where the local authority exercises over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities.*

příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy (dále jen předpokládaný příjem koncesionáře).<sup>333</sup> Jedná se v obou případech v zásadě o odhad (srov. znění článku 9 směrnice, kde se přímo mluví o „odhadovaných hodnotách“), který by však přesto měl být vypracován co nejpřesněji. Způsob výpočtu v obou případech stanoví vyhláška č. 217/2006 Sb.<sup>334</sup> Zatímco způsob výpočtu předpokládaného příjmu koncesionáře je stanoven výrazně podrobněji podle stanoveného vzorce a délky trvání závazku, předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy (dále jen předpokládaná hodnota) definuje § 1 vyhlášky lapidárně jako předpokládanou hodnotu výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy. Vyhláška nestanoví, co jsou výdaje na realizaci, ani k jakému datu mají být tyto výdaje oceněny. Nerozlišuje ani výdaje, které nese zadavatel a ty, jež hradí koncesionář. Autoři komentáře ke koncesnímu zákonu s odkazem na článek 56 směrnice vyjadřují názor, že „[...] zadavatel by při stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy měl postupovat obdobně podle pravidel obsažených v ustanovení § 13 zákona o veřejných zakázkách.“<sup>335</sup> V § 13 ZVZ jsou stanovena obecná pravidla pro zjišťování předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která jsou dále pro jednotlivé zakázky doplněna v následujících ustanoveních. Ve vztahu ke koncesím máme za to, je třeba zmínit následující pravidla: Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty (obdobné pravidlo stanoví i vyhláška ke koncesnímu zákonu u předpokládaného příjmu koncesionáře). Předpokládanou hodnotu stanoví zadavatel na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění. Nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje, stanoví ji na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem. Vzhledem tomu, že předpokládaná hodnota má být zjištěna před zahájením koncesního řízení, a to se zahajuje uveřejněním oznámení o jeho zahájení, lze při stanovení rozhodného dne pro stanovení výše předpokládané hodnoty vyjít z úpravy v zákoně o veřejných zakázkách, kde je rozhodným dnem den odeslání oznámení k uveřejnění (tj. okamžik před zahájením koncesního řízení).<sup>336</sup> Zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v tomto zákoně. Rozdělení předmětu koncesní smlouvy zřejmě v mnoha případech bude

---

<sup>333</sup> Viz § 4 KZ

<sup>334</sup> Dále také jen vyhláška.

<sup>335</sup> Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 47

<sup>336</sup> Srov. k tomu, pokud jde o PFI a předpokládanou hodnotu (veřejné) zakázky LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 2 – (2037)



z povahy věci vyloučeno, avšak uvedené ustanovení ve vztahu ke koncesním smlouvám by mělo být interpretováno jako zákaz umělého snižování hodnoty předmětu koncesní smlouvy.

Ačkoliv se ztotožňujeme se závěrem aplikovat ustanovení zákona o veřejných zakázkách, neztotožňujeme se s tam uvedeným zdůvodněním. Vztah koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách je vztahem dvou samostatných předpisů. Nejsou tedy ve vztahu ani *lex generalis – lex specialis*, ani ve vztahu předpisu zvláštního a předpisu doplňujícího (subsidiárního). Koncesní zákon výslovně uvádí, kdy se použijí určitá ustanovení zákona o veřejných zakázkách (§ 6 odst. 2, § 7 odst. 3, § 8 odst. 3, 4, § 9 odst. 2 KZ), včetně rozsahu použití – „obdobně“ (například § 7 odst. 3 KZ). Vztah mezi předpisy je tudíž vztahem delegace. Určitá ustanovení se použijí jen tehdy, pokud tak stanoví zákon. V koncesním zákoně ale nikde není stanoveno, že by předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy měla být určena dle pravidel stanovených zákonem o veřejných zakázkách. V § 13 ZVZ jsou pravidla stanovena v souladu s článkem 9 směrnice. Cílem těchto pravidel je zajistit transparentní postup při výběru dodavatele, rovné šance pro všechny účastníky, zamezit diskriminaci a zajistit hospodárné nakládání s veřejnými prostředky.<sup>337</sup> Argument pro obdobné použití pravidel ze zákona o veřejných zakázkách proto nevyplývá ani z jednoho zákona ani z článku 56 směrnice, nýbrž v zásadě ze základních zásad ovládajících zadávání veřejných zakázek a koncesí. V souladu s požadavky směrnice byly tyto zásady výslovně konkretizovány ve vztahu k předpokládaným hodnotám pouze, pokud jde o veřejné zakázky, avšak již ne pokud jde o předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy.<sup>338</sup> Vzhledem k tomu, že tyto zásady výslovně uznává i koncesní zákon (viz § 3a KZ), je na místě stejná pravidla s ohledem na princip právní jistoty a princip stejného postupu ve shodných případech aplikovat i pokud jde o stanovení předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy.

Předpokládaný příjem koncesionáře je upraven detailněji, zřejmě protože jeho hodnota je rozhodná na jedné straně pro možnost vyloučení postupu dle části druhé koncesního zákona (§ 5 odst. 2 KZ) a opačně pro stanovení případů, na které se vztahuje část čtvrtá zákona (§ 20 odst. 1 KZ). Předpokládaný příjem koncesionáře se stanoví k počátku předpokládané platnosti koncesní smlouvy, tj. k okamžiku, kdy zadavatel uvažuje, že smlouva nabude platnosti, byť účinnost koncesní smlouvy může nastat později (srov. k tomu § 23 KZ). Ve skutečnosti tak může smlouva nabýt platnosti jindy, než se vycházelo při výpočtu. Vzhledem k tomu, že zjišťování výše předpokládaného příjmu koncesionáře se provádí před zahájením koncesního

---

<sup>337</sup> Viz bod 46 důvodů pro přijetí směrnice 2004/18/ES

<sup>338</sup> Což zřejmě odpovídá tomu, že směrnice se na všechny druhy koncesních smluv nevztahuje, ale upravuje, a to pouze dílčím způsobem, pouze nadlimitní koncese na stavební práce.

řízení, může se hodnota zjištěná a hodnota, ke které se dospěje v koncesním řízení, lišit. Především pokud zadavatel provede s dodavatelem koncesní dialog, může být tato odchylka značná a je otázka, zda zákonodárce si toho byl vědom a zda by při vedení koncesního dialogu nemělo být postupováno obdobně jako u koncesního projektu (viz § 21 odst. 1 KZ) a výše předpokládaného příjmu koncesionáře neměla být znovu zjištěna po skončení koncesního dialogu s ohledem na nalezené řešení koncesního projektu. (Celkový) předpokládaný příjem koncesionáře se získá součtem předpokládaných příjmů koncesionáře v jednotlivých letech trvání koncesního vztahu vypočtených za jednotlivá léta dle vzorce uvedeného v příloze 1 vyhlášky. Hodnota předpokládaného příjmu koncesionáře v jednotlivých letech je vypočtena v reálné hodnotě, tj. v cenové úrovni roku předpokládané platnosti koncesní smlouvy (tedy v současné hodnotě předpokládaného příjmu) a není upravena o inflaci v jednotlivých letech. Rovněž se do ní nezapočítává daň z přidané hodnoty. Pokud zadavatel vyčíslil předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře, může postupovat následujícím způsobem:

A) I. Pokud předpokládaný příjem koncesionáře je méně než 20000000 Kč bez daně z přidané hodnoty, má zadavatel na výběr (arg. „nemusí“ v § 5 odst. 2 KZ), zda koncesní smlouvu uzavře s dodavatelem na základě jeho výběru v koncesním řízení, nebo jiným postupem. I v tomto případě však musí dodržet pravidla transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Znamená to, že zadavatel musí záměr uveřejnit, musí přesně popsat předmět koncesní smlouvy a stanovit požadavky na koncesionáře, musí stanovit pravidla pro hodnocení předložených nabídek a výběr osoby, se kterou bude koncesní smlouva uzavřena. Pokud se zadavatel rozhodne nevybrat koncesionáře v koncesním řízení, nepostupuje sice podle části druhé zákona (viz § 5 odst. 2 KZ), avšak jiné části zákona se i v tomto případě použijí (zejména část třetí o koncesní smlouvě a část šestá).

V praxi tato výjimka nebude s ohledem na výši předpokládaného příjmu koncesionáře často využívána, neboť příjem koncesionáře obvykle tuto částku přesáhne.<sup>339</sup>

II. Zadavatel se může rozhodnout, že provede výběr osoby, se kterou uzavře koncesní smlouvu, v koncesním řízení i přesto, že předpokládaný příjem koncesionáře je méně než 20000000 Kč bez daně z přidané hodnoty, a postupuje podle celé části druhé zákona.

---

<sup>339</sup> Původně dle návrhu zákona mělo jít o částku 2000000 Kč předpokládané hodnoty plnění z koncesní smlouvy. Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, návrh znění § 5. V platném zákoně jde o částku 20000000 Kč předpokládaného příjmu koncesionáře.

B) Pokud předpokládaný příjem koncesionáře je 20000000 Kč bez daně z přidané hodnoty a víc, je zadavatel povinen vybrat osobu, se kterou bude koncesní smlouva uzavřena, v koncesním řízení.

### 7.3.2 Koncesní projekt

Pokud předpokládaný příjem koncesionáře dosahuje v závislosti na druhu zadavatele stanovené částky, je zadavatel povinen před zahájením samotného koncesního řízení vypracovat navíc koncesní projekt a nechat jej schválit příslušným orgánem. Pokud zadavatel povede koncesní dialog s dodavateli, zpracovává koncesní projekt již v rámci zahájeného koncesního řízení ve fázi před podáním výzvy k podání nabídek.

Ačkoliv původní návrh zákona stanovil povinnost zajistit vypracování koncesního projektu ve všech případech, nakonec byla přijata úprava výše uvedená.<sup>340</sup> Zákonodárce omezil nutnost vypracovat koncesní projekt na kapitálově náročnější projekty zřejmě z důvodu, že příprava a zpracování koncesního projektu je finančně i časově náročná a vyžaduje určitou odbornost. Zpravidla koncesní projekt (nebo jakýkoliv jiný projekt partnerství) nevytváří zadavatel sám, ale spolupracuje na něm nebo si ho dokonce celý nechává zpracovat osobami s odborností, které jsou schopny posoudit záměr zadavatele po stránce jeho proveditelnosti, možných technologických řešení, finanční náročnosti a způsobu financování. Význam koncesního projektu spočívá v tom, že jde o nástroj sloužící k ověření vhodnosti a výhodnosti zajišťování statku koncesním způsobem při současném porovnání zajištění statku způsobem jiným a při kladném stanovisku ke koncesní formě obsahuje i vlastní řešení projektu. Koncesní projekt je proto vhodné zpracovat i tehdy, kdy to zákon nevyžaduje.<sup>341</sup>

V koncesním projektu je obsaženo základní vymezení činnosti či činností, které mají být předmětem koncesní smlouvy, základní vymezení ekonomických podmínek a právních

---

<sup>340</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, návrh znění § 4

<sup>341</sup> Například Butterworths PFI Manual uvádí, že projekty Private Finance Initiative realizované místními orgány ve Velké Británii musejí před zahájením zadávacího řízení projít poměrně detailním posouzením z hlediska finanční realizovatelnosti (affordability), specifikace požadavků (output specification), rozdělení rizik (risk allocation), možnosti financování (indication of bankability), základních podmínek spolupráce (key terms and conditions), sestavení vhodného vzorce pro posouzení projektu (use of appropriate comparators), výběru vhodných poradců (suitability of proposed advisers), časového harmonogramu (indicative timetable), projektového týmu (project team), zákonných postupů (statutory processes), posouzení z hlediska commitment of sponsors / users a design. Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 3 – C – 1 (3042). To je výrazně širší posouzení, než jakékoliv posouzení vyžadované dle koncesního zákona.

vztahů vyplývajících z realizace koncesní smlouvy a ekonomické posouzení výhodnosti jejího zajištění formou koncesní smlouvy (viz § 21 odst. 2 KZ).<sup>342</sup>

Schválený koncesní projekt tvoří základní určující dokument, který vymezuje předmět koncesního řízení a jehož podstatný obsah je následně promítnut do koncesní dokumentace.

Fáze zpracování koncesního projektu je možné rozlišit na fázi přípravnou a fázi realizační. V první fázi se zkoumá, zda statek je vůbec vhodné a výhodné zajišťovat prostřednictvím koncese. Je-li závěr pozitivní, následuje fáze druhá, realizační, ve které se podrobně analyzuje postup realizace projektu. Podrobnosti zpracování koncesního projektu stanoví vyhláška v § 3 a § 4. Jde přitom pouze o vymezení minimálních náležitostí zpracování koncesního projektu (arg. obsahuje „alespoň“), zadavatel tedy může v rámci koncesního projektu provést detailnější a komplexnější analýzu, než požaduje vyhláška.<sup>343</sup>

V koncesním projektu by zadavatel měl především vymežit své objektivní potřeby a požadované cíle, které mají tyto potřeby uspokojit (§ 3 odst. 1 písm. a) vyhlášky). Jedná se o to, že veřejní zadavatele prostřednictvím projektů partnerství zajišťují své veřejnoprávní úkoly. V rámci koncesního projektu proto musejí vymežit, za jakým cílem je konkrétní projekt realizován. Veřejný zadavatel prakticky musí stanovit, jaký veřejný statek bude za pomoci soukromého partnera zajišťován. Může jít o zajištění dopravní obslužnosti výstavbou nové komunikace, zajištění sociálních, kulturních a společenských potřeb ve společnosti výstavbou a případně též provozem příslušných zařízení, zajištění fungování odpadového hospodářství apod. Vždy však musí jít o předmět, který lze provozovat koncesně – tj. tak, že koncesionáři bude umožněno z větší části brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání jím provedeného díla. Součástí koncesního projektu musí být rovněž vymezení

---

<sup>342</sup> LexisNexis Butterworths PFI Manual v této souvislosti zdůrazňuje význam provedení tzv. value for money analýzy, jejímž cílem je pečlivě porovnat celkovou výhodnost zajištění poskytování statku formou koncesní smlouvy, resp. v podmínkách UK private finance initiative, a formou tradiční veřejné zakázky, popř. jiným způsobem. Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – F (184) a násl. Koncesní smlouvu má dle tohoto návodu význam uzavřít jen tehdy, pokud přidaná hodnota (value for money) je vyšší, než pokud by statek byl zajišťován jiným způsobem. Přitom je třeba všechny v úvahu připadající způsoby zajišťování statku porovnat na základě objektivních a srovnatelných kritérií tak, aby bylo možné vyvodit závěry o tom, který způsob je výhodnější. Přitom se obvykle počítá s celkovými náklady (tzv. whole life cost) zahrnující veškeré náklady od počátku až do konce projektu. K porovnání slouží tzv. Public Sector Comparator (PSC). K parametrům tvorby PSC viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – F (201 - 203). Srov. k tomu i doporučení britské vlády: „[...] in reaching a judgment on whether a PFI contract will offer value for money, and therefore whether to proceed, the Government compares the contract with an assessment of the cost of alternative public sector financing and management - the Public Sector Comparator (PSC).“ Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 16

<sup>343</sup> Britská vláda doporučuje při rozhodování, zda využít konvenční veřejné zakázky nebo partnerství zvážit následující skutečnosti: Jaký je rozsah a složitost projektu, jak velký prostor je zde k inovacím v projektování infrastruktury a provozních postupech, jaká je hodnota zakázky samotné a náklady přípravy na její realizaci, jak zajistit dosažení požadovaného výsledku, jak vhodně rozdělit rizika spojená s realizací projektu a jak bude rozdělena mezi subjekty odpovědnost. Tyto směrnice je vhodné vzít v potaz i při přípravě koncesního projektu dle české úpravy. Viz HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, str. 19

konkrétních potřeb zadavatele, pokud jde o požadavky na plnění koncesionáře. Pokud má zadavatel požadavek na výstavbu a provoz nemocnice, musí vymezit, o jaký druh nemocnice se má jednat, jaká má být její kapacita celkově a na jednotlivých odděleních, jaké mezinárodní či domácí standardy na kvalitu poskytované péče má nemocnice splňovat, jakou technologií má být výstavba zajištěna apod. Přitom specifíkem projektů partnerství je to, že zadavatel zpravidla stanoví parametry „výsledného produktu“, neboli jaká kritéria má dodávka splňovat, způsob jejich dosažení ale z velké části ponechá na dodavateli (koncesionáři).

V koncesním projektu se vždy popíše všechny možné způsoby zajištění potřeb zadavatele a provede se jejich ekonomické posouzení. Součástí způsobů řešení je i rozbor, jaké důsledky ekonomické a jiné (například sociální, vliv na zaměstnanost) by mělo, pokud by potřeba nebyla realizována žádným z možných analyzovaných způsobů. Tím se zjistí naléhavost potřeby, což může napomoci při rozhodování, který způsob zajištění potřeb bude nakonec vybrán.

Z popsaných způsobů zajištění potřeb zadavatele, které přicházejí v úvahu, se v koncesním projektu uvede varianta, která je pro zadavatele nejvýhodnější. V této fázi se jedná o doporučení varianty řešení. Ohledně této doporučené varianty se provede analýza způsobů její realizace.

Tato analýza obsahuje především předpokládané finanční toky jednotlivých forem řešení a zhodnocení, zda je pro zajištění dané služby nebo provedení díla vhodné a ekonomicky výhodné pro zadavatele uzavřít koncesní smlouvu. Analýza obsahuje vždy alespoň dvě formy řešení a porovná se výhodnost zajištění dané služby nebo provedení díla podle koncesního zákona se způsobem zajištění téhož jinou formou. Srovnávané varianty musí být zpracovány ve shodném rozsahu a členění tak, aby byla zajištěna jejich plná vzájemná srovnatelnost. Vždy je jednou ze srovnávaných forem řešení veřejná zakázka, ledaže jde o případ, který je vyňat z působnosti zákona o veřejných zakázkách.

Z pravidel stanovených ve vyhlášce vyplývá, že způsob řešení zajištění potřeb zadavatele se vždy vytváří ve variantách. Varianty se nemusí týkat pouze způsobu řešení (tedy technologické stránky) ale i ekonomického posouzení. Přitom je zřejmé, že zpravidla změna způsobu řešení se promítne i do ekonomického posouzení a naopak. Navíc nemusí jít jenom o varianty koncesního a nekonesního způsobu řešení, nýbrž i o různé varianty koncesních řešení samotných.

V zahraniční praxi se analýzou podle § 3 odst. 2 vyhlášky rozumí vyhodnocení tzv. value for money a tzv. Public Sector Comparator.<sup>344</sup>

Ve vyhlášce je stanoveno, že v koncesním projektu musí být uvedeno u doporučené varianty, zda je pro zadavatele vhodné a ekonomicky výhodné postupovat dle koncesního zákona, či nikoliv. Analýza má sloužit k učinění závěru, zda se doporučená varianta bude realizovat. Nikde ale není stanoveno, jaká jsou jednotlivá kritéria vhodnosti a ekonomické výhodnosti, a zda je nutné, aby byla současně varianta shledána vhodnou i ekonomicky výhodnou. Podle vyhlášky analýza obsahuje alespoň dvě formy řešení a porovná se výhodnost zajištění dané služby nebo provedení díla podle koncesního zákona se způsobem zajištění téhož jinou formou. Srovnávané varianty musí být zpracovány ve shodném rozsahu a členění tak, aby byla zajištěna jejich plná vzájemná srovnatelnost. Z toho lze dovozovat, že kritéria pro stanovení vhodnosti a (ekonomické) výhodnosti forem jsou tvořeny jednotlivými porovnávanými prvky, které by v souhrnu měly rozhodnout o vhodnosti a výhodnosti některé z porovnávaných forem. Ovšem i zde se projevuje určitý nedostatek úpravy, jelikož není stanoven rozsah porovnávaných variant. Pouze se uvádí, že musí být shodný, kolik prvků se má porovnávat nebo alespoň jaká základní kritéria se mají porovnávat, uvedeno není.

Výše uvedené nedostatky při vyhodnocování vhodnosti a výhodnosti doporučené varianty mohou vést k poměrně snadné manipulovatelnosti analýzy buď ve prospěch, nebo neprospěch určité formy, což zásadním způsobem narušuje význam zpracování koncesního projektu.

Závěrem ještě doplníme, že při zkoumání zda je určitá forma vhodná fakticky, je nezbytné se zabývat i tím, zda je vhodná právně. Především půjde o otázku, zda koncesionář může určitý statek zajišťovat ve vztahu k adresátům přímo a zda může i přímo od nich vybírat úhrady.

Ačkoliv to v zákoně ani vyhlášce výslovně uvedeno není, je třeba, aby v rámci koncesního projektu byla zkoumána rizika, která lze na koncesionáře přenést. Nebude-li totiž možné přenést na koncesionáře rizika spojená s braním užitků z plnění, nebude možné vůbec vést koncesní řízení, neboť nebude moct být zadána koncesní smlouva.

Pokud na základě analýzy způsobů realizace doporučené varianty dojde k doporučení koncesního řešení, dostáváme se do fáze realizační a koncesní projekt musí obsahovat další minimální náležitosti. Zadavatel tak může zpracovat koncesní projekt v širším rozsahu.

---

<sup>344</sup> Srov. LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – F – (188) a násl.

Koncesní projekt u doporučené varianty k řešení podle koncesního zákona obsahuje dle § 4 vyhlášky:

a) v závislosti na předmětu zadávané koncesní smlouvy podrobný popis služby poskytované koncesionářem a předpokládaný způsob jejího poskytování, podrobný popis díla prováděného koncesionářem a předpokládaný způsob jeho provádění nebo obojí. V koncesním projektu je vymezen budoucí závazek z koncesní smlouvy a předmět koncesního řízení, neboť schválený koncesní projekt je podkladem pro vypracování koncesní dokumentace, která tvoří základ pro podání nabídek v koncesním řízení. Je otázka, do jaké míry je možné koncesní projekt měnit, resp. na základě již schváleného koncesního projektu vypracovat koncesní dokumentaci, která by se od něj odchylovala. Proti tomuto postupu hovoří fakt, že koncesní projekt musí být schválen a pouze schválený koncesní projekt je podkladem pro vypracování koncesní dokumentace (§ 22 odst. 1, 2 KZ). Na druhou stranu nedodržení tohoto postupu nemá vliv na platnost koncesní smlouvy. Vzhledem k tomu, že vypracování koncesního projektu je „vnitřní“ záležitostí zadavatele a vůči dodavatelům účastnících se koncesního řízení vystupuje až v podobě zapracované do koncesní dokumentace, je pochopitelné, že neschválení koncesního projektu nemůže mít účinky vůči dodavatelům a koncesionáři a nemůže způsobit neplatnost koncesní smlouvy. Tím je chráněn koncesionář v případě, že koncesní řízení proběhlo řádně, ale koncesní projekt je postižen nějakou vadou. Neplatnost koncesní smlouvy nemůže způsobit ani to, pokud zadavatel nezajistil vypracování koncesního projektu v těch případech, kdy mu to zákon ukládá. Vzhledem k tomu, že základem pro vypracování koncesní dokumentace je schválený koncesní projekt, máme za to, že nelze koncesní dokumentaci vypracovat odchylně od koncesního projektu. Tomuto závěru nasvědčuje i to, že zákon umožňuje, aby zadavatel provedl nejprve koncesní dialog, jehož účelem je nalezení jednoho nebo více vhodných řešení koncesního projektu. Na základě nalezených řešení pak zadavatel vypracuje vlastní koncesní projekt. Tím by se měl vyhnout tomu, aby vypracovaný koncesní projekt bylo nutné měnit, resp. koncesní dokumentaci vypracovat odchylně od koncesního projektu.

b) předpokládané finanční prostředky nezbytné pro realizaci předmětu koncesní smlouvy, včetně popisu předpokládaných finančních toků v průběhu realizace předmětu koncesní smlouvy. Finanční toky směřují mezi zadavatelem a koncesionářem a naopak, uživateli a koncesionářem, finančními institucemi a koncesionářem apod.

c) součet předpokládaných výdajů vynaložených na realizaci předmětu koncesní smlouvy v jednotlivých letech po dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy, resp. přesnější by byla formulace „po dobu trvání koncesního vztahu“. Tato částka se vypočte podle stejného

vzorci jako předpokládaný příjem koncesionáře. Výdaje nejsou rozlišeny dle subjektů, je však žádoucí, aby byly v koncesním projektu rozčleněny dle zadavatele, koncesionáře a jiných osob.

d) vymezení způsobu nakládání s majetkem zadavatele, je-li tento majetek určen k realizaci předmětu koncesní smlouvy – v koncesním projektu je nezbytné zvážit, zda zadavatel převede na koncesionáře určitý majetek potřebný k realizaci závazku z koncesní smlouvy například na základě darovací smlouvy, prodejem, přenechá do nájmu nebo bezplatného užívání. Rovněž je třeba vyřešit, jak bude naloženo s majetkem po skončení trvání koncesního vztahu a v případě předčasného zániku závazku koncesionáře z koncesní smlouvy, například v důsledku porušení povinností. V rámci partnerství ve formě koncese může být vlastníkem díla koncesionář nebo zadavatel (srov. § 542 ObchZ). Partnerství může být koncipováno tak, že koncesionář provede stavbu a zůstane jejím vlastníkem po dobu trvání koncesního vztahu a zadavatel ji bude oprávněn užívat. Vlastnické právo rovněž může v průběhu koncesního vztahu být převedeno z koncesionáře na zadavatele nebo může od počátku náležet zadavateli. Rovněž může jít o případ, kdy koncesionář bude udržovat a provozovat věc, která je ve vlastnictví zadavatele. Lze tudíž rozlišovat vlastnictví věci za trvání partnerství a po jeho skončení.

e) předpokládaný časový harmonogram realizace předmětu koncesní smlouvy.

f) předpokládané platební podmínky, zejména s ohledem na plnění závazků koncesionáře – vzhledem k tomu, že část plnění u koncesních smluv může být poskytnuto v penězích, je třeba i tuto možnost v koncesním projektu podrobit rozboru.

g) zhodnocení případných ekonomických a právních dopadů na smluvní strany při ukončení platnosti koncesní smlouvy, resp. i tato formulace je nepřesná, neboť nejde o ukončení platnosti koncesní smlouvy ale o skončení trvání koncesního vztahu.

h) předpokládaný časový harmonogram koncesního řízení.

Koncesní projekt především obsahuje postup při uskutečňování projektu, což je finanční, časový, právní a technologický rámec procesu realizace doporučené varianty.

V následující tabulce jsou uvedeny případy tzv. významných koncesních smluv podle zadavatele a výše limitu předpokládaného příjmu koncesionáře, kdy je třeba povinně vypracovat koncesní projekt.<sup>345</sup>

Druh zadavatele dle koncesního zákona	Předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně částku v Kč
---------------------------------------	--

<sup>345</sup> Viz § 20 odst. 2 KZ



<ul style="list-style-type: none"> <li>- Česká republika,</li> <li>- státní příspěvková organizace,</li> <li>- jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li Česká republika ve vztahu k této osobě v postavení podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2</li> </ul>	500 000 000
<ul style="list-style-type: none"> <li>- kraj,</li> <li>- hlavní město Praha,</li> <li>- příspěvkové organizace, u nichž vykonávají funkci zřizovatele,</li> <li>- jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li kraj nebo hlavní město Praha ve vztahu k této osobě v postavení podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2</li> </ul>	250 000 000
<ul style="list-style-type: none"> <li>- obec nad 100 000 obyvatel,</li> <li>- příspěvková organizace, u níž vykonává funkci zřizovatele,</li> <li>- jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li tato obec ve vztahu k této osobě v postavení podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2</li> </ul>	200 000 000
<ul style="list-style-type: none"> <li>- obec nad 25 000 do 100 000 obyvatel,</li> <li>- příspěvková organizace, u níž vykonává funkci zřizovatele,</li> <li>- jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li tato obec ve vztahu k této osobě v postavení podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2</li> </ul>	100 000 000
<ul style="list-style-type: none"> <li>- obec do 25 000 obyvatel,</li> <li>- příspěvková organizace, u níž vykonává funkci zřizovatele,</li> <li>- jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li tato obec ve vztahu k této osobě v postavení podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2</li> </ul>	50 000 000
-jiný zadavatel	100 000 000

Zákon neurčuje, podle jakého stavu se má vycházet při zjišťování počtu obyvatel obce. Doporučujeme vycházet ze stavu k 31.12. kalendářního roku předcházejícího rok, ve kterém se zpracovává koncesní projekt.

V následující tabulce pro přehlednost uvádíme, který orgán před zahájením koncesního řízení, nebo v případě provedení koncesního dialogu před podáním výzvy k podání nabídek, koncesní projekt schvaluje.<sup>346</sup> Tím, že koncesní projekt schvaluje určený orgán, má být zajištěna legitimita projektu.

Druh zadavatele dle koncesního zákona	Orgán schvalující koncesní projekt
- Česká republika - státní příspěvková organizace - jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li Česká republika ve vztahu k této osobě v postavení zadavatele podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2	vláda
- kraj, - příspěvková organizace, u níž plní kraj funkci zřizovatele, - jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li tento kraj ve vztahu k této osobě v postavení zadavatele podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2	zastupitelstvo kraje
- obce, - příspěvková organizace, u níž plní obec funkci zřizovatele, - jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), je-li tato obec ve vztahu k této osobě v postavení zadavatele podle § 2 odst. 1 písm. d) bodu 2	zastupitelstvo obce
- jiný zadavatel	orgán rozhodující o otázkách hospodaření podle zvláštního právního předpisu

<sup>346</sup> Viz § 22 odst. 3 KZ

## **7.4 Koncesní řízení**

### **7.4.1 Zahájení koncesního řízení**

Pokud zadavatel provedl nezbytné přípravné kroky, může zahájit koncesní řízení. Koncesní řízení je možné vymezit, jako koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách upravený postup zadavatele a dodavatelů, kteří mají zájem o uzavření koncesní smlouvy, jehož cílem je na základě v koncesní dokumentaci vymezených parametrů vybrat dodavatele, s nímž bude uzavřena koncesní smlouva (koncesionáře).

Koncesní řízení se zahajuje uveřejněním oznámení o jeho zahájení (§ 6 odst. 1 KZ). Jedná se o konkrétní projev zásady transparentnosti a rovného zacházení. Uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení se má umožnit co nejširšímu okruhu možných dodavatelů dozvědět se o tom, že zadavatel hodlá uskutečnit koncesní řízení, jakého plnění se smlouva, která bude na základě výsledku koncesního řízení uzavřena, týká, požadavků na prokázání splnění kvalifikace a dle jakých kritérií budou nabídky hodnoceny. Vychází se z předpokladu, že nabídky by měly být podávány v prostředí hospodářské soutěže, čehož lze dosáhnout, pokud se o záměru zadat smlouvu dozví více dodavatelů a ti pak předloží své nabídky.

Oznámení o zahájení koncesního řízení zákon definuje jako výzvu neomezenému počtu dodavatelů k podání žádosti o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace.<sup>347</sup> Oznámení není návrhem na uzavření smlouvy ani samo o sobě k pozdějšímu uzavření smlouvy nevede. Má iniciační charakter (jeho zveřejněním se zahajuje koncesní řízení) a informační charakter (vyzývá zájemce k účasti a stanoví její podmínky prostřednictvím požadavků na prokázání splnění kvalifikace).

Způsob uveřejnění je stanoven v § 31 KZ s tím, že se rovněž uplatní pravidla stanovená zákonem o veřejných zakázkách, konkrétně jde o ustanovení § 146 odst. 4 – 6 (použití prvních tří odstavců je prakticky vyloučeno, neboť pro koncese je podobná úprava obsažena právě v § 31 KZ), § 147 ZVZ a pravidla obsažená ve vyhlášce č. 339/2010 Sb.

Základní kritérium pro určení jak a především kde (v jakém publikačním nástroji) má být oznámení uveřejněno, je předmět koncesní smlouvy, abychom byli přesnější, rozhodující je jeho předpokládaná hodnota.

A) Jde-li o nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce, uveřejní se oznámení v informačním systému o veřejných zakázkách podle zákona o veřejných zakázkách a rovněž v Úředním věstníku Evropské unie prostřednictvím Úřadu pro úřední tisky

---

<sup>347</sup> Dále v této práci označované jen jako oznámení. Viz § 7 odst. 1 KZ

Evropských společenství (EU).<sup>348</sup> Nadlimitní koncesní smlouva je koncesní smlouva s předpokládanou hodnotou jejího předmětu, která je vyšší než finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem, jejímž hlavním předmětem jsou stavební práce (viz § 14 odst. 1 KZ). Požadavek na uveřejnění těchto koncesních smluv rovněž na úrovni EU vyplývá ze směrnice. Oznamit svůj úmysl udělit koncesi na stavební práce je základním pravidlem, které směrnice ve vztahu ke koncesím stanoví.<sup>349</sup> Jak již bylo uvedeno, dle článku 56 směrnice se ustanovení směrnice o koncesích vztahují pouze na koncesní smlouvy na stavební práce, jestliže se hodnota těchto smluv rovná nebo je vyšší než limit stanovený ve směrnici. Tento limit je proměnlivý, a proto, vzhledem k tomu že směrnice nemají přímou aplikovatelnost ve vnitrostátním právu, zákon stanoví zmocnění pro vládu (§ 34 odst. 3 KZ), aby, pokud dojde ke změně limitu ve směrnici, bylo možné operativně tuto změnu provést i ve vnitrostátním právním řádu, aniž by bylo nutné přijímat novelu ve formě zákona. V současnosti je dle nařízení vlády č. 78/2008 Sb., ve znění pozdějších změn, limit stanoven na hodnotu 125 451 000 Kč.<sup>350</sup> Oznámení za účelem uveřejnění se pro oba publikační nástroje zasílá na formuláři, který je uveden v příloze nařízení Komise č. 1564/2005 ze dne 7. září 2005, kterým se stanoví standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v oblasti zadávání veřejných zakázek ve znění nařízení komise (ES) č. 1150/2009 ze dne 10. listopadu 2009. Jde-li o nadlimitní koncesní smlouvy, nesmí být vyhlášení uveřejněna v informačním systému dříve, než jsou odeslána k uveřejnění v Úředním věstníku. Aby byly zajištěny rovné podmínky pro všechny dodavatele, nesmějí být v informačním systému uveřejněny jiné údaje než takové, které byly odeslány k uveřejnění v Úředním věstníku.<sup>351</sup> Ze směrnice dále vyplývá, že oznámení se uveřejňují<sup>352</sup> v plném znění v úředním jazyku Společenství, který vybral veřejný zadavatel. Současně se v ostatních úředních jazycích uveřejní souhrn podstatných prvků každého oznámení. Pouze původní jazykové znění je však závazné.

---

<sup>348</sup> Systém je přístupný pouze elektronicky na adrese <http://www.isvzus.cz/usisvz/usisvz001Prepare.do>.

<sup>349</sup> Viz článek 58 odst. 1 směrnice

<sup>350</sup> Uvedený limit platí i pro hodnotu stavebních prací podle § 15 odst. 1 písm. b) KZ. V tomto případě se uplatní rovněž požadavek na zveřejnění v Úředním věstníku EU.

<sup>351</sup> Viz § 147 odst. 6 ZVZ, článek 36 bod 5 směrnice

<sup>352</sup> Koncesní zákon a rovněž zákon o veřejných zakázkách používá slova „uveřejňování“ a „uveřejnit“ a příslušné tvary, v českém překladu směrnice se používá „zveřejňování“ a „zveřejnit“. V anglickém textu směrnice se používá slovo „publication“ a „publish“, které však neimplikuje žádné rozlišování mezi „uveřejnit“ a „zveřejnit“.

B) U jiných koncesních smluv než výše uvedených se oznámení uveřejní v informačním systému o veřejných zakázkách na formuláři uvedeném v příloze č. 2 ve vyhlášce č. 217/2006 Sb.<sup>353</sup>

Podle § 31 odst. 3 KZ zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení, může uveřejnit oznámení o záměru uzavřít smlouvu.<sup>354</sup> Jde o případ, kdy zadavatel nemusí postupovat podle části druhé koncesního zákona (viz § 5 odst. 2 KZ). Vedle toho § 147 odst. 7 ZVZ stanoví, že zadavatel může po uveřejnění v informačním systému uveřejnit vyhlášení i jiným způsobem. Uveřejněné údaje však nesmí být odlišné od těch zveřejněných v informačním systému. Zadavatel tak může kromě obligatorního uveřejnění zajistit, že se o zahájení koncesního řízení dozví více případných zájemců i tím, že shodné údaje uveřejní například v denním tisku, na svých internetových stránkách apod.

#### **7.4.2 Zrušení koncesního řízení**

Složitost a komplexnost koncesního řízení dle zákonodárce vyžaduje, aby toto řízení mohlo být, vedle případů uvedených v zákoně o veřejných zakázkách a vyžadujících splnění stanovených podmínek, zrušeno rovněž pouze na základě předchozí výhrady zadavatele uvedené v oznámení o zahájení koncesního řízení.<sup>355</sup> S uvedeným názorem, který se promítl do normativní podoby v § 6 odst. 2 KZ, nesouhlasíme. Právě složitost a komplexnost projektu by totiž měla přimět zadavatele k jeho velmi podrobné a precizní přípravě. Rovněž náklady a úsilí spojené s přípravou projektu, které musí zadavatel vynaložit, by měly vést k tomu, aby koncesní řízení bylo zrušeno pouze tehdy, pokud jsou zde závažné důvody pro takový krok. Takové závažné a rozumné důvody jsou již obsaženy v § 84 ZVZ a plně pro účely koncesního řízení dostačují. Pokud jde o zrušení koncesního řízení dle § 6 odst. 2 KZ, má sice zadavatel možnost vyhradit si v oznámení o zahájení koncesního řízení zrušení tohoto řízení, avšak nikoliv neomezenou. V tomto ustanovení sice nejsou výslovně stanoveny určité podmínky, za jakých je možné koncesní řízení zrušit (stačí výhrada v oznámení), avšak podle § 3a KZ musí

---

<sup>353</sup> V § 31 odst. 2 KZ se uvádí, že formulář obsahuje zejména údaje o zadavateli, stručný popis koncesního projektu, kritéria pro výběr koncesionáře a že podrobnosti k obsahu stanoví prováděcí předpis. Z přílohy č. 2 vyhlášky č. 217/2006 Sb. vyplývá, že v § 31 odst. 2 zákona zmíněný popis „koncesního projektu“ není koncesní projekt podle § 21 KZ, ale jde o použití slova „projekt“ v širokém obecném významu, například jako projekt partnerství, nikoliv ve významu podle § 21 KZ. V zásadě se jedná o vymezení předmětu koncesní smlouvy, která má být uzavřena na základě výsledků koncesního řízení. Ani v samotné vyhlášce není toto označení použito, v oddílu II. se hovoří o předmětu koncesní smlouvy.

<sup>354</sup> Obdobně dle článku 37 směrnice veřejní zadavatelé mohou zveřejňovat oznámení týkající se veřejných zakázek, na která se nevztahuje povinnost zveřejňování stanovená směrnicí.

<sup>355</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, komentář k § 6

zadavatel při každém postupu dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Tedy i tehdy pokud si sice vyhradil předem možnost zrušení koncesního řízení, avšak takový postup při využití této výhrady by v konkrétním případě zpochybňoval transparentnost jednání zadavatele, vedle k nerovnému zacházení s dodavateli či jejich diskriminaci.<sup>356</sup> Ustanovení § 3a KZ se vztahuje na každý postup zadavatele, tedy i na zrušení koncesního řízení. Kromě toho že by svévolné zrušení koncesního řízení mohlo být v rovině veřejnoprávní správním deliktem dle § 27 odst. 1 písm. e) KZ,<sup>357</sup> v civilní rovině by takový postup mohl rovněž zakládat odpovědnost zadavatele za škodu dodavatelům, kteří podali žádost o účast v koncesním řízení.<sup>358</sup>

Koncesní řízení se zahajuje uveřejněním oznámení o jeho zahájení. Okamžik jeho skončení však není výslovně v zákoně stanoven. V ustanovení § 6 odst. 2 KZ je stanoveno pouze oprávnění koncesní řízení zrušit, není však uvedeno, kdy je nejzazší okamžik, kdy tak zadavatel může učinit.<sup>359</sup> V zásadě koncesní řízení končí hodnocením nabídek před výběrem dodavatele pro uzavření koncesní smlouvy. Vyplývá to z ustanovení § 12 odst. 1 KZ i ze systematiky koncesního zákona (srov. označení hlavy II „koncesní řízení“).<sup>360</sup> Výběr koncesionáře je vnitřní akt zadavatele a jeho výsledek se navenek prezentuje odesláním oznámení o jeho výběru dle § 12 odst. 2 KZ. Proto zadavatel může koncesní řízení zrušit,

---

<sup>356</sup> Srov. k tomu například rozsudek Soudního dvora ze dne 18.6.2002 C-92/00, body 42, 45, 47: *It follows that, even though Directive 92/50 does not specifically govern the detailed procedures for withdrawing an invitation to tender for a public service contract, the contracting authorities are nevertheless required, when adopting such a decision, to comply with the fundamental rules of the Treaty in general, and the principle of non-discrimination on the ground of nationality, in particular[...].* Dále rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-244/02, bod 36, podle kterého zadavatel může zrušit řízení, pokud toto rozhodnutí neodporuje základním zásadám práva Společenství ohledně veřejných zakázek jako je princip rovného zacházení.

<sup>357</sup> Ačkoliv dikce § 25 odst. 1 KZ jednoznačně nedává odpověď na to, zda lze uložit nápravné opatření spočívající v tom, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen ÚOHS nebo úřad) úkon zadavatele, kterým koncesní řízení zrušil, zruší, s ohledem na rozsudek Soudního dvora ze dne 18.6.2002 C-92/00, body 1 a 2 výroku je třeba dovodit, že je možné zrušit rozhodnutí zadavatele o zrušení koncesního řízení. *1. Article 1(1) of Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, as amended by Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, requires the decision of the contracting authority to withdraw the invitation to tender for a public service contract to be open to a review procedure, and to be capable of being annulled where appropriate, on the ground that it has infringed Community law on public contracts or national rules implementing that law. 2. Directive 89/665, as amended by Directive 92/50, precludes national legislation from limiting review of the legality of the withdrawal of an invitation to tender to mere examination of whether it was arbitrary.*

<sup>358</sup> Odpovědnost za škodu dle § 415 a § 420 OZ dovozují rovněž autoři komentáře ke koncesnímu zákonu. Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 54

<sup>359</sup> Ustanovení § 6 odst. 2 KZ: Zadavatel může koncesní řízení zrušit, pokud si to vyhradí v oznámení podle odstavce 1.

<sup>360</sup> Dle § 12 odst. 1 KZ: *Na základě výsledků koncesního řízení vybere zadavatel pro uzavření koncesní smlouvy dodavatele, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Pro úplnost je třeba uvést, že zákon o veřejných zakázkách do celého zadávacího řízení zahrnuje i fázi výběru nejvhodnější nabídky (srov. hlavu VIII a část druhou zákona o veřejných zakázkách označenou jako „zadávací řízení“).*

pokud dodrží zásady dle § 3a KZ a toto oprávnění si v oznámení o zahájení koncesního řízení vyhradil, prakticky po celou dobu trvání koncesního řízení do doby, než je vybrán dodavatel (§ 12 odst. 1 KZ).

Lze se setkat i s názorem, který možnost zrušení koncesního řízení na základě výhrady odsunuje ještě dále do doby, než je uzavřena koncesní smlouva s vybraným dodavatelem.<sup>361</sup> Tento názor je uveden bez bližší argumentace. Lze se snad jen domnívat, že autoři vycházejí z § 84 ZVZ, kde zejména v odstavcích 3 a 4, jsou stanoveny lhůty, do kdy lze v tam uvedených druhích zadávacích řízení nebo v tam uvedených specifických situacích zadávací řízení zrušit. Tento okamžik se ale v jednotlivých případech liší a nelze tak stanovit nějaké obecné pravidlo ve vztahu ke koncesnímu řízení.<sup>362</sup> Máme za to, i v návaznosti na § 84 odst. 2 písm. c) ZVZ, že oprávnění dle § 6 odst. 2 KZ lze využít do doby, než je vybrán dodavatel s tím, že v případě že nebude možné s vybraným dodavatelem uzavřít smlouvu, je možné využít jiného ustanovení – § 84 odst. 2 písm. c) ZVZ a koncesní řízení zadavatel může zrušit dle tohoto ustanovení. Tím, že koncesní řízení je možné zrušit pouze do doby, než je vybrán dodavatel, jsou posilovány i zásady dle § 3a KZ, neboť pokud by bylo připuštěno zrušení koncesního řízení až do doby, než je uzavřena koncesní smlouva s vybraným dodavatelem, mohlo by takové rozhodnutí zadavatele vzbuzovat pochybnosti ohledně transparentnosti jeho postupu.

Oprávnění dle § 6 odst. 2 KZ by rovněž nemělo sloužit k tomu, aby zadavatel dodatečně ze zamýšleného projektu „odstoupil“. Rozhodně by se zadavatel po té, co koncesní řízení zahájí, neměl rozhodnout pro jiné řešení, a koncesní řízení proto zrušit. Způsob realizace projektu včetně finančního zajištění je nezbytné mít ošetřené ještě před uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení.

Mezi další důvody pro zrušení koncesního řízení uvedené v koncesním zákoně patří i případ, kdy příslušný orgán neschválí koncesní smlouvu podle § 23 KZ. Jde o důvod obligatorní.

Další zrušovací důvody koncesního řízení jsou na základě odkazu obsaženy v § 84 ZVZ. Důvody lze dělit na dvě skupiny podle toho, zda vedou ke zrušení koncesního řízení nutně a nevyvratitelně (obligatorně), nebo dávají zadavateli možnost koncesní řízení zrušit (fakultativně). Vzhledem k tomu, že jde o důvody, které jsou primárně stanoveny pro zrušení

---

<sup>361</sup> Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 54

<sup>362</sup> Podle § 84 odst. 3 ZVZ zadavatel může zrušit zadávací řízení a) až do doby uzavření smlouvy, jde-li o případ předvídaný § 90 odst. 2 nebo není-li možné uzavřít rámcovou smlouvu se všemi vybranými uchazeči, nebo b) až do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, pokud byla podána jenom jedna nabídka nebo pokud byly všechny nabídky kromě jedné vyřazeny. Podle čtvrtého odstavce zadavatel je oprávněn zrušit jednací řízení bez uveřejnění nebo řízení na základě rámcové smlouvy do doby uzavření smlouvy.

zadávacího řízení, které probíhá podle zákona o veřejných zakázkách, je nutné vždy u každého uvedeného důvodu zvážit, zda je aplikovatelný i pro koncesní řízení.<sup>363</sup> Ne všechny postupy, které se uplatňují v zákoně o veřejných zakázkách a pro které je případně stanoven zrušovací důvod, platí pro koncesní řízení. Takovou právní úpravu nepovažujeme za vhodnou, neboť klade vyšší nároky především na zadavatele co do její znalosti a nepřispívá k právní jistotě zadavatelů ani dodavatelů.

Pokud jde o okamžik, kdy se zadavatel může rozhodnout řízení zrušit, v obou případech tak má učinit bez zbytečného odkladu po té, co důvod pro zrušení nastane.<sup>364</sup>

Dále uvádíme pouze ty důvody, které s ohledem na postupy v koncesním řízení lze použít i v koncesním řízení.<sup>365</sup> Mezi obligatorní důvody pro zrušení koncesního řízení patří

---

<sup>363</sup> Tak například podle § 84 odst. 1 písm. a) ZVZ zadavatel zruší bez zbytečného odkladu zadávací řízení, pokud a) nebyly ve stanovené lhůtě podány žádné nabídky, žádosti o účast či potvrzení zájmu o účast. Přitom s potvrzením zájmu o účast se v koncesním řízení nelze setkat, neboť jde o postup, který se vyskytuje jen v rámci zadávacího řízení podle zákona o veřejných zakázkách – viz § 17 písm. n), § 88 ZVZ.

Stejně podle § 84 odst. 1 písm. d) ZVZ zadavatel zruší zadávací řízení i tehdy, pokud nebyl podán dostatečný počet nabídek nebo po posouzení podaných nabídek by měl být hodnocen menší než zadavatelem stanovený počet nabídek, nepřipustil-li zadavatel ve výzvě k podání nabídky podle § 29 odst. 4 písm. f) jednání o nabídkách i s nižším počtem uchazečů, než který uvedl ve výzvě k podání nabídky. V § 29 ZVZ je stanoven postup zadavatele, jímž je iniciováno jednací řízení s uveřejněním. Především je zde vymezeno oznámení jednacího řízení s uveřejněním a náležitosti výzvy zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídek. V § 29 odst. 2 ZVZ je stanovena možnost zadavatele omezit počet zájemců pro účast v jednacím řízení s uveřejněním, odstavci 3 je v návaznosti na to stanoven počet zájemců, které zadavatel musí vyzvat *k podání nabídek*. Na to pak navazuje vymezení náležitostí výzvy k podání nabídek, která mimo jiné obsahuje počet uchazečů, s nimiž zadavatel *zahájí jednání o nabídkách*, rozhodl-li se zadavatel pro omezení počtu zájemců, s nimiž jednání zahájí; v takovém případě zadavatel ve výzvě uvede, zda připouští jednání o nabídkách i s nižším než uvedeným počtem uchazečů, pokud nebude podán dostatečný počet nabídek nebo po posouzení podaných nabídek by měl být hodnocen menší než uvedený počet nabídek (§ 29 odst. 4 písm. f) ZVZ), což má poté relevanci ve vztahu k § 84 odst. 1 písm. d) ZVZ jako možný zrušovací důvod. Pro účely koncesního řízení jsou pravidla pro jeho iniciaci obsažená v § 7 a § 8 KZ relativně samostatná a jakákoliv aplikace § 29 ZVZ je zcela vyloučena (s § 29 odst. 2, 3 ZVZ koresponduje zjednodušené ustanovení § 7 odst. 4 KZ). Náležitosti výzvy k podání nabídek dle § 8 KZ jsou stanoveny zcela nezávisle na zákoně o veřejných zakázkách a jmenovitě § 29 ZVZ a jeho použití není možné, neboť koncesní zákon tak nestanoví. Koncesní zákon totiž v této souvislosti výslovně stanoví, jaké dílčí právní úpravy ze zákona o veřejných zakázkách je možné použít – viz § 8 odst. 3 KZ: *pro* zadávací lhůtu, technické podmínky, klasifikaci předmětu koncesní smlouvy, poskytování koncesní dokumentace dodavatelům, dodatečné informace k zadávacím podmínkám a prohlídku místa plnění *platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně*. Podobně v § 7 odst. 3 KZ pro posouzení kvalifikace dodavatelů a jejich vylučování platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách, které se k těmto činnostem zadavatele vztahují. Vzhledem k tomu, že v § 7 ani § 8 KZ, která nelze doplnit o některá ustanovení z § 29 ZVZ, neboť koncesní zákon to neumožňuje, není zadavateli dána možnost omezit počet uchazečů, se kterými zahájí jednání o nabídkách, a není proto možné použít zrušovací důvod podle § 84 odst. 1 písm. d) v druhé části věty ZVZ, podle kterého zadavatel zruší zadávací řízení i tehdy, pokud nebyl podán dostatečný počet nabídek nebo po posouzení podaných nabídek by měl být hodnocen menší než zadavatelem stanovený počet nabídek, nepřipustil-li zadavatel ve výzvě k podání nabídky podle § 29 odst. 4 písm. f) jednání o nabídkách i s nižším počtem uchazečů, než který uvedl ve výzvě k podání nabídky. Možnost stanovení omezení počtu zájemců pro účast v jednacím řízení s uveřejněním, která je uvedena v § 29 odst. 2 ZVZ, na což navazuje § 61 ZVZ, platí pouze pro řízení dle zákona o veřejných zakázkách. Pro koncesní řízení je tato možnost zakotvena v § 7 odst. 4 KZ. Ani v jednom případě však nejde o situaci, na kterou dopadá výše uvedený zrušovací důvod.

<sup>364</sup> Viz § 84 odst. 1, 2 ZVZ

<sup>365</sup> Viz § 7 odst. 5, § 8, § 10 KZ



případy, kdy a) nebyly ve stanovené lhůtě podány žádné nabídky<sup>366</sup> nebo žádosti o účast,<sup>367</sup> b) byli z účasti v koncesním řízení vyloučeni všichni dodavatelé,<sup>368</sup> c) v důsledku okolností předvídaných v § 82 odst. 3 ZVZ<sup>369</sup> nebyla uzavřena smlouva s posledním uchazečem v pořadí, s nímž bylo možné tuto smlouvu uzavřít, a d) v případě, že zadavatel s dodavatelem o podaných nabídkách jedná<sup>370</sup> a upravený návrh smlouvy podle § 32 odst. 5 ZVZ nepředložil ani poslední uchazeč v pořadí, s nímž bylo možné tuto smlouvu uzavřít, nebo zadavatel nevyzval dalšího uchazeče v pořadí k předložení upraveného návrhu smlouvy podle § 32 odst. 5 ZVZ.

Fakultativní důvody pro zrušení koncesního řízení jsou ve srovnání s těmi obligatorními problematičtější, neboť se zde víc projevuje, že důvody jsou primárně určeny pro jiné řízení – zadávací řízení dle zákona o veřejných zakázkách a některé postupy v tomto zákoně upravené se v koncesním řízení nevyskytují, popř. takový postup je diskusní. Jedná se o tyto případy:

a) Podle § 84 odst. 2 písm. a) ZVZ může zadavatel zrušit zadávací řízení, stanovil-li minimální počet zájemců, kteří mají podat žádost o účast v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu a tento stanovený počet nebyl naplněn, popřípadě nebyl naplněn po posouzení kvalifikace. Podle § 84 odst. 2 písm. b) ZVZ může zadavatel zadávací řízení zrušit, pokud počet zájemců vyzvaných zadavatelem k podání nabídky v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu byl nižší či roven minimálnímu zákonnému počtu a nabídku podá menší počet uchazečů než zadavatelem vyzvaný. Vzhledem k tomu, že oba dva důvody pro zrušení zadávacího řízení souvisí s iniciací zadávacího řízení a následným postupem v něm, provedeme výklad společně. Pro oba důvody také platí, že jejich použití ve vztahu ke koncesnímu řízení je problematické vzhledem k odlišnému postupu v koncesním řízení. Pro přehlednost proto nastíníme postup v jednacím řízení s uveřejněním a

---

<sup>366</sup> Viz § 7 odst. 5 písm. a) KZ

<sup>367</sup> Viz § 7 odst. 1 KZ

<sup>368</sup> Viz § 7 odst. 3, § 11 odst. 1, 2 KZ

<sup>369</sup> Podle § 82 odst. 3 ZVZ vybraný uchazeč je povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle odstavce 2. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě podle odstavce 2 uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost k jejímu uzavření, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč druhý či třetí v pořadí, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy.

<sup>370</sup> Podle § 9 odst. 2 KZ pokud zadavatel o nabídkách dále jedná, použijí se na tento postup zadavatele ustanovení zákona o veřejných zakázkách o jednání o nabídkách v jednotlivých fázích *jednacího řízení s uveřejněním* obdobně. V § 84 odst. 1 písm. d) ZVZ je uveden zrušovací důvod, který se vztahuje pouze k jednacím řízením s uveřejněním. Na základě odkazující normy v § 9 odst. 2 KZ se pro účely koncesního zákona stanoví aplikační pravidlo, že pro jednání o nabídkách dle koncesního zákona platí pravidla pro jednací řízení s uveřejněním dle zákona o veřejných zakázkách, a proto se tento důvod vztahuje i na koncesní řízení.

v koncesním řízení, aby byly patrné rozdíly a z toho zřejmé, zda a za jakých podmínek lze uvedené důvody pro zrušení koncesního řízení uplatnit.

Podle § 29 odst. 2 ZVZ může zadavatel v oznámení jednacního řízení s uveřejněním omezit počet zájemců pro účast v jednacím řízení s uveřejněním.<sup>371</sup> V takovém případě vyzve zadavatel k podání nabídek zájemce vybrané podle § 61 ZVZ. Na toto ustanovení navazuje § 29 odst. 3 ZVZ, který stanoví obecně povinnost zadavateli vyzvat k podání nabídek nejméně 3 zájemce a dále řeší některé specifické situace v řízení, které mohou nastat: Pokud byly zadavateli podány 1) méně než 3 žádosti o účast v jednacím řízení s uveřejněním nebo 2) méně žádostí o účast, než zadavatel uvedl v oznámení jednacního řízení s uveřejněním, pak může vyzvat k podání nabídek všechny zájemce, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu.<sup>372</sup> To platí i v případě, pokud splnění kvalifikace prokázali méně než 3 zájemci.

Možnost stanovit minimální počet zájemců, kteří mají podat žádost o účast, je uvedena v § 29 odst. 3 věta druhá ZVZ („Pokud byly zadavateli podány ... méně žádostí o účast, než zadavatel uvedl v oznámení jednacního řízení s uveřejněním ...“). Na to pak navazuje zrušovací důvod dle § 84 odst. 2 písm. a) ZVZ. V zásadě jde o situaci, kdy již na samém počátku zadávacího řízení je počet zájemců, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace, nižší, než jaký stanovil zadavatel v oznámení, nebo sice počet zájemců, kteří podali žádost o účast, odpovídá počtu stanovenému zadavatelem, avšak splnění kvalifikace prokáže tento nižší počet zájemců, a tudíž zadavatel má za to, že „nemá dostatečný prostor pro výběr“ dodavatele a je z jeho pohledu vhodnější zadávací řízení ukončit již v počáteční fázi. Zákon v § 29 odst. 3 ZVZ na jednu stranu umožňuje v zadávacím řízení pokračovat, na druhou stranu dává možnost zadávací řízení zrušit (§ 84 odst. 2 písm. a) ZVZ).

Pokud je počet zájemců nižší než výše uvedený (tj. buď méně než 3 zájemci jako zákonné minimum, nebo nižší než počet stanovený zadavatelem v oznámení), nebo pokud sice počet zájemců odpovídá minimálnímu počtu, ale splnění kvalifikace prokáže tento nižší

---

<sup>371</sup> Stejná úprava jako v § 29 odst. 2, 3 ZVZ pro jednací řízení s uveřejněním se pro užití řízení nalézá v § 28 odst. 2, 3 ZVZ a pro soutěžní dialog v § 35 odst. 3, 4 ZVZ. V závislosti na zvoleném vedení koncesního řízení se postup v něm do značné míry (i v návaznosti na odkazující ustanovení) podobá některým druhům zadávacích řízení dle zákona o veřejných zakázkách. Pokud zadavatel s dodavateli o nabídkách nejedná, podobá se užšímu řízení, v případě jednání o nabídkách se podobá jednacímu řízení s uveřejněním, a pokud zadavatel vede s dodavateli koncesní dialog, pak je postup blízký postupu v soutěžním dialogu. Přesto však panují určité odlišnosti. Zpravidla však ze zákona o veřejných zakázkách, pokud koncesní zákon na něj odkazuje, se užijí ta ustanovení, která se vztahují k těmto druhům zadávacích řízení. V následujícím textu pro zjednodušení provádíme rozbor na úpravě jednacního řízení s uveřejněním.

<sup>372</sup> Přitom i v případě stanovení počtu žádostí o účast zadavatelem platí, že zadavatel vyzve k podání nabídek nejméně 3 zájemce (viz § 29 odst. 3 věta první ZVZ), tj. zadavatel musí v oznámení jednacního řízení s uveřejněním stanovit, že podané žádosti o účast musí být minimálně 3.

počet zájemců, zákon umožňuje pokračování v řízení a zadavatel vyzve tento nižší počet zájemců k podání nabídek. Během dalšího průběhu řízení však může nastat situace, kdy již z takto malého počtu zájemců, kteří byli vyzváni k podání nabídek, skutečně nabídky podá ještě menší počet. V řízení tak může skončit pouze jediný uchazeč a je jasné, že za takové situace nemusí mít zadavatel zájem na jeho dalším pokračování. Proto, pokud počet zájemců vyzvaných k podání nabídky byl nižší nebo roven minimálnímu zákonnému počtu a nabídku podá menší počet uchazečů než zadavatelem vyzvaný, má zadavatel možnost zadávací řízení zrušit (§ 84 odst. 2 písm. b) ZVZ).

Pro koncesní řízení je jeho iniciace upravena v § 7 KZ a další postup v § 8 KZ, a to včetně možnosti omezení počtu dodavatelů po prokázání splnění kvalifikace, které vylučují použití celého § 29 ZVZ, neboť upravují totožnou problematiku pro dvě odlišná řízení (koncesní a zadávací – jednacím řízení s uveřejněním). Podle § 7 odst. 4 KZ zadavatel může omezit počet dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, pokud to uvedl v oznámení o zahájení koncesního řízení, včetně uvedení kritérií pro jejich omezení. K podání nabídky nebo k účasti v koncesním dialogu vyzve v tomto případě nejméně 3 dodavatele.

V koncesním i zadávacím řízení je třeba odlišovat situaci, kdy byl omezen počet dodavatelů podle § 7 odst. 4 KZ a § 29 odst. 2 ZVZ. Tento postup je pro každé řízení upraven samostatně. Dále je třeba odlišovat problematiku, pokud byl podán menší počet žádostí o účast v řízení než zákonem nebo zadavatelem v oznámení stanovený (§ 29 odst. 3 ZVZ). Tuto problematiku koncesní zákon neupravuje. A konečně je třeba odlišit situaci, kdy nebyl podán dostatečný počet nabídek v reakci na výzvu k podání nabídek podle § 7 odst. 5 písm. a) KZ, § 29 odst. 3 ZVZ.<sup>373</sup>

V koncesním zákoně možnost, aby zadavatel stanovil minimální počet zájemců (dodavatelů), kteří mají podat žádost o účast, zmíněna vůbec není. Vzniká tedy otázka, zda tento zrušovací důvod je rovněž aplikovatelný pro koncesní řízení, nebo se uplatní pouze pro zadávací řízení.

Podle § 6 odst. 2 věty druhé KZ platí pro zrušení koncesního řízení rovněž příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zrušení zadávacího řízení, včetně důvodů tohoto zrušení. Jedním z těchto důvodů je i důvod uvedený v § 84 odst. 2 písm. a) ZVZ, avšak úprava v koncesním zákoně nedává zadavateli možnost stanovit minimální počet dodavatelů, kteří mají podat žádost o účast. Proto tento důvod pro zrušení nelze v koncesním řízení

---

<sup>373</sup> Přitom pouze v návaznosti na nedostatečný počet nabídek podle § 29 odst. 4 písm. f) ZVZ platí obligatorní zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. d) ZVZ. Pro koncesní řízení tento důvod neplatí (viz výše).

uplatnit.<sup>374</sup> Z pouhého odkazu v § 6 odst. 2 KZ na zákon o veřejných zakázkách, konkrétně § 84 ZVZ, nelze dovozovat, že by bylo možné, aby zadavatel v koncesním řízení v oznámení stanovil počet žádostí o účast v koncesním řízení. Taková možnost by musela být stanovena výslovně, tak jako je výslovně uvedena v zákoně o veřejných zakázkách (§ 28 odst. 3, § 29 odst. 3, § 35 odst. 4 ZVZ).

Vzhledem k tomu, že při tvorbě koncesního zákona vycházel zákonodárce z velké části ze zákona o veřejných zakázkách s tím, že provedl určité úpravy a zjednodušení, vznikají určité výkladové a aplikační problémy v případech, kdy koncesní zákon upraví určitý postup odlišně od toho, jak je podobný postup upraven v zákoně o veřejných zakázkách a současně určitou související úpravu ponechá bez jakékoliv modifikace úpravě obsažené v zákoně o veřejných zakázkách. Tak je tomu i v případě důvodu pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. b) ZVZ. To, co je poměrně detailně a podrobně upraveno v § 29 odst. 2 a 3 ZVZ, je v koncesním zákoně zjednodušeno do jednoho odstavce v § 7 odst. 4 KZ. Takto formulované ustanovení však není totožné s těmi, která jsou v zákoně o veřejných zakázkách (§ 29 odst. 2, 3 ZVZ) a na které § 84 odst. 2 písm. b) ZVZ navazuje. Podle koncesního zákona může zadavatel omezit počet dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, pro další účast v koncesním řízení. Pokud tohoto oprávnění využije, musí v tomto případě k podání nabídky či účasti v koncesním dialogu vyzvat nejméně 3 dodavatele.

Z toho vyplývají následující závěry: Koncesní zákon nestanoví obecně žádný minimální počet dodavatelů, které musí zadavatel vyzvat k podání nabídek, tak jako stanoví § 29 odst. 3 věta první ZVZ. Alespoň 3 dodavatele musí zadavatel vyzvat pouze tehdy, pokud využije oprávnění dle § 7 odst. 4 KZ a omezí počet dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace. V návaznosti na to pak koncesní zákon nestanoví postup při řešení situace, kdy není možné vyzvat k podání nabídky minimální počet dodavatelů (jako v § 29 odst. 3 věta první ZVZ). Pokud by zadavatel chtěl možnosti dle § 7 odst. 4 KZ využít, avšak po tomto omezení by nebylo možné vyzvat k podání nabídky 3 dodavatele, omezení počtu dodavatelů nelze provést. Jsou-li podány méně než 3 žádosti o účast v koncesním řízení dodavateli, kteří prokázali splnění kvalifikace, nebo pokud splnění kvalifikace prokázali méně než 3 dodavatele, nelze omezení počtu dodavatelů dle koncesního zákona provést.

Podle § 84 odst. 2 písm. b) ZVZ může zadavatel zrušit zadávací řízení tehdy, pokud počet zájemců vyzvaných zadavatelem k podání nabídky v určitém druhu řízení byl nižší či

---

<sup>374</sup> Obecně je třeba říci, že při užívání odkazujících norem (jako například § 6 odst. 2 KZ), kterých je v koncesním zákoně řada, by zákonodárce měl zvažovat, zda jsou v daném případě vhodné a nepovedou k výkladovým a aplikačním potížím.

roven minimálnímu zákonnému počtu a nabídku podá menší počet uchazečů než zadavatelem vyzvaný.

Pokud podmínky uvedeného ustanovení aplikujeme na koncesní řízení, dospějeme k závěru, že zrušení připadá v úvahu, pokud zadavatel využil oprávnění dle § 7 odst. 4 KZ a omezil počet dodavatelů a současně splnil zákonný požadavek a k podání nabídky či k účasti v koncesním dialogu vyzval 3 dodavatele (viz § 84 odst. 2 písm. b) první část věty ZVZ), avšak nabídku podá ještě menší počet dodavatelů (viz § 84 odst. 2 písm. b) druhá část věty ZVZ). V tomto případě je možné koncesní řízení zrušit.

V souvislosti s koncesním řízením vyvstává ještě otázka, zda lze koncesní řízení zrušit pouze až v okamžiku, kdy nabídku podá ještě menší počet dodavatelů, než byl vyzvaný, nebo je možné k tomuto kroku přistoupit již v okamžiku, kdy záměr účastnit se koncesního dialogu vyjádří menší počet dodavatelů (tím, že se k účasti v koncesním dialogu dostaví menší počet dodavatelů než vyzvaný). Koncesní dialog na rozdíl od soutěžního dialogu není druhem zadávacího řízení, nýbrž postupem pro hledání vhodného nebo vhodných řešení koncesního projektu. Z koncesního zákona nevyplývá, že dodavatelé, kteří prokázali splnění kvalifikace a kteří k účasti v koncesním dialogu byli vyzváni, by se měli a museli koncesního dialogu zúčastnit. Dodavatel nemusí mít zájem předložit své řešení koncesního projektu například při současném jednání s dodavatelem vzhledem k prolomení důvěrnosti navrhovaného řešení. Odpovídá tomu i dikce § 10 odst. 3 KZ: O ukončení jednání v koncesním dialogu vyrozumí zadavatel písemně všechny *dodavatele, kteří byli vyzváni k účasti v koncesním dialogu*, a zároveň je vyzve k podání nabídek. Zadavatel vyzve všechny dodavatele, kteří byli vyzváni k účasti, nikoliv pouze ty, kteří se koncesního dialogu zúčastnili. Ti, kteří byli vyzváni k účasti, jsou vyzváni i k podání nabídek. Je otázkou, zda zákonodárce skutečně zamýšlel, aby účast pro dodavatele v koncesním dialogu byla fakultativní, nebo by jejich neúčast měla být spojena s vyloučením z koncesního řízení.

V případě, že se k účasti v koncesním dialogu dostaví menší počet dodavatelů než vyzvaný, není tato skutečnost ještě rozhodná pro zrušení koncesního dialogu a zadavatel musí vyčkat až do okamžiku, kdy dodavatelé podají své nabídky. Teprve pak je možné o zrušení koncesního řízení rozhodnout.

V případě, že zadavatel nevyužije oprávnění dle § 7 odst. 4 KZ, není v koncesním zákoně stanoven minimální zákonný počet dodavatelů, kteří mají být vyzváni k podání nabídky, a zrušovací důvod dle § 84 odst. 2 písm. b) ZVZ proto nelze využít. Jsou-li zadavateli podány méně než 3 žádosti o účast v koncesním řízení, nebo prokážou-li splnění kvalifikace méně než 3 dodavatelé, je na místě, aby zadavatel postupoval v řízení i s menším

počtem dodavatelů, neboť zákon tento postupu nevylučuje, ostatně ani nestanoví způsob, jak by zadavatel mohl v takovém případě koncesní řízení zrušit.<sup>375</sup>

b) Další fakultativní důvod pro zrušení koncesního řízení se týká situace, kdy vybraný uchazeč nebo uchazeč druhý v pořadí, odmítl uzavřít smlouvu nebo neposkytl zadavateli k jejímu uzavření řádnou součinnost.<sup>376</sup> Tento důvod se odlišuje od důvodu uvedeného v § 84 odst. 1 písm. c) ZVZ v tom, že v později zmiňovaném případě zadavatel koncesní řízení zrušit musí, neboť koncesní smlouva nebyla uzavřena ani s posledním uchazečem v pořadí, se kterým by ji bylo možné uzavřít (tj. s třetím uchazečem).

c) Koncesní řízení lze dále zrušit za současného (kumulativního) splnění následujících podmínek: 1) odpadly důvody pro jeho pokračování, a to 2) v důsledku podstatné změny okolností, 3) tyto okolnosti nastaly v době od zahájení koncesního řízení a 4) zadavatel tyto okolnosti s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil. Jde především o právní nemožnost realizace projektu koncesní formou vzhledem ke změnám v právních předpisech.

d) Dalším důvodem je skutečnost, že v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v koncesním řízení pokračoval. Oproti důvodu uvedenému pod písmenem d), jenž má objektivní povahu (arg. zadavatel změnu okolností nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil), jde o důvod, který souvisí se zadavatelem (arg. nelze na něm požadovat, aby v řízení pokračoval).<sup>377</sup>

e) V případě, že byla podána jenom jedna nabídka nebo pokud byly všechny nabídky kromě jedné vyřazeny, je zadavateli umožněno koncesní řízení zrušit až do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (viz § 84 odst. 3 písm. b) ZVZ).

### **Společná pravidla při zrušení koncesního řízení**

Aby bylo zabráněno obcházení zákona zadavateli a kumulaci řízení s obdobným předmětem plnění, je zakázáno zahájit koncesní (zadávací) řízení, kterému předcházelo

---

<sup>375</sup> Na uvedenou situaci by se vztahoval důvod dle § 84 odst. 2 písm. a) ZVZ, avšak pouze za předpokladu, že zadavatel v oznámení stanovil minimální počet dodavatelů (zájemců), kteří mají podat žádost o účast (viz předchozí výklad). Zadavatel rovněž může zrušit koncesní řízení, a to až do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, pokud byla podána jenom jedna nabídka nebo pokud byly všechny nabídky kromě jedné vyřazeny (§ 84 odst. 3 písm. b) ZVZ). Této možnosti lze v tomto případě využít. Jinak platí plně výše uvedené.

<sup>376</sup> Jak vyžaduje § 82 odst. 3 ZVZ.

<sup>377</sup> V důvodové zprávě k zákonu o veřejných zakázkách se jako příklad uvádí situace, kdy dojde k „[...] porušení postupu předepsaného tímto zákonem pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel sám zjistil. Musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě (§ 108 odst. 6), kterým by uvedené porušení zákona napravil, a při následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele by došlo k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt.“ Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách sněmovní tisk 1076/0, část č. 1/6, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, komentář k § 81, zpráva je dostupná na adrese: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=1076&CT1=0> [22.4.2011]

koncesní (zadávací) řízení s obdobným předmětem plnění, před zrušením takového předchozího řízení.<sup>378</sup> Na základě odkazu v § 6 odst. 2 KZ platí pravidlo, že pro obdobný předmět koncesního řízení nemohou vedle sebe probíhat dvě koncesní řízení, i v koncesním řízení. Kumulaci řízení odděluje okamžik, kdy je předchozí řízení zrušeno. Tato pravidla se ale týkají pouze kumulace koncesního a koncesního řízení pro obdobný předmět nebo zadávacího a zadávacího řízení pro obdobný předmět, nikoliv však souběhu koncesního a zadávacího řízení ohledně stejného předmětu. Souběžné zahájení stejným zadavatelem koncesního i zadávacího řízení ohledně stejného předmětu není upraveno. Takový postup není nemožný, avšak zřejmě není ani racionální a hospodárný. Jiná otázka je, zda může zadavatel zahájit jedno řízení (například zadávací) a následně druhé řízení (koncesní) s obdobným předmětem. Pokud by obě řízení byla zadávací nebo koncesní, nebyl by takový postup s ohledem na § 84 odst. 6 ZVZ možný. Máme za to, že ani tento postup není možný, byť není přímo § 84 odst. 6 ZVZ zakázán. Tento zákaz ale odpovídá účelu toho ustanovení.

Zákon o veřejných zakázkách ukládá zadavateli, aby odeslal oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 ZVZ do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí. Bylo by praktické, aby tato povinnost platila i pro zadavatele v koncesním řízení. Zákon je však v tomto směru neurčitý. V § 6 odst. 2 KZ, pokud jde o zrušení koncesního řízení, zákon odkazuje obecně na zákon o veřejných zakázkách, aniž by se nějak v tomto odkazu omezil, například pouze na zrušovací důvody nebo pouze na určitou část úpravy v zákoně o veřejných zakázkách.<sup>379</sup> Rovněž úpravu uveřejňování v § 31 KZ nelze považovat za *lex specialis* týkající se uveřejňování v koncesním řízení.<sup>380</sup> Je třeba si uvědomit, jak vymezujeme *lex generalis* a jak *lex specialis*. Při vztahu *lex generalis* – *lex specialis* se jedná o úpravu určitého institutu či určitého předmětu, který je upraven jednak obecně (v *lex generalis*) a pro určité případy odchylně, speciálně (v *lex specialis*). Úprava uveřejňování v koncesním řízení obsažená v koncesním zákoně není ve vztahu k úpravě uveřejňování obsažené v zákoně o veřejných zakázkách ve vztahu *lex generalis* – *lex specialis*, ale není ani v opačném vztahu, nýbrž tyto úpravy jsou ve vztahu doplnění se na základě odkazu v koncesním zákoně (*delegace*) – viz § 6 odst. 2, § 31 odst. 4 KZ. Proto závěr o tom, že není-li v § 31 KZ stanoveno, že se má uveřejnit oznámení o zrušení koncesního

---

<sup>378</sup> Viz § 84 odst. 6 ZVZ

<sup>379</sup> Viz znění § 6 odst. 2 věty druhé ZVZ: Mimoto platí pro zrušení koncesního řízení rovněž příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zrušení zadávacího řízení, včetně důvodů tohoto zrušení.

<sup>380</sup> Opačného názoru jsou autoři komentáře ke koncesnímu zákonu, na str. 58 a rovněž str. 170 uvádějí: „[...] ustanovení § 31 KZ je možné chápat jako speciální ustanovení pro uveřejňování ve vztahu ke koncesím, které stanoví taxativně okruh uveřejňovaných informací.“ Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 58, 170

řízení, nelze toto pravidlo dovozovat z § 84 odst. 7 ZVZ, nepovažujeme za správný. Ustanovení § 31 KZ navíc nelze považovat za komplexní, neboť samo odkazuje na zákon o veřejných zakázkách (§ 31 odst. 4 KZ).

Tento závěr, který odpovídá jazykovému a logickému výkladu vztahu koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách, však zřejmě Ministerstvo pro místní rozvoj nezastává. Ve vyhlášce č. 217/2006 Sb. formulář k oznámení o zrušení koncesního řízení není a do informačního systému lze zadat data jen prostřednictvím formuláře.

Dodavatele, kteří se účastní koncesního řízení, o jeho zrušení informuje zadavatel odesláním písemného oznámení, a to do dvou pracovních dnů po přijetí rozhodnutí. V oznámení je třeba uvést důvod. Ze zásady transparentnosti (viz § 3a KZ) plyne, že důvod nestačí uvést pouhým odkazem na zákonné ustanovení, nýbrž musí být dostatečně popsán.

## **7.5 Postup v rámci koncesního řízení**

### **7.5.1 Oznámení o zahájení koncesního řízení**

V následující kapitole se budeme věnovat průběhu koncesního řízení od jeho počátku do skončení. Zákon umožňuje v rámci koncesního řízení provést koncesní dialog, který však není jeho nutnou součástí. Rovněž dává zadavateli na výběr, zda o nabídkách předložených dodavateli bude s nimi jednat, či nikoliv a rovněž mu umožňuje stanovit postup při jednání o nabídkách. Je na volbě zadavatele, jaký postup zvolí. Koncesní zákon v tomto směru nestanoví žádné podmínky, například že by koncesní dialog bylo možné provést pouze v případech, kdy se jedná o zvlášť složitý předmět plnění, tak jako stanoví zákon o veřejných zakázkách u soutěžního dialogu.<sup>381</sup> V zákoně není výslovně stanoveno, že by zadavatel musel již v oznámení uvést, jak bude v koncesním řízení postupovat. Z požadavku, aby oznámení obsahovalo dílčí hodnotící kritéria, pokud zadavatel koncesní dialog nepovede, nebo předběžná dílčí hodnotící kritéria, pokud jej naopak s dodavateli povede, lze dovodit, že by z něj dodavatelům, kteří mají zájem o uzavření koncesní smlouvy, mělo být zřejmé, jak bude v koncesním řízení postupováno. Ze základních zásad koncesního řízení ale rovněž vyplývá, že by dodavatelům mělo být známo již od okamžiku zahájení koncesního řízení, zda zadavatel zamýšlí s nimi o nabídkách jednat, či nikoliv. Podle koncesního zákona zadavatel vyzve dodavatele k jednání o nabídkách po posouzení jejich kvalifikace a případném omezení jejich počtu, pokud se zadavatel rozhodne o nabídkách jednat (§ 7 odst. 5 písm. a), § 8 odst. 2 KZ). Domníváme se, že zadavatel musí již v okamžiku uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení, resp. v době kdy jej odesílá, být rozhodnut o tom, zda bude o nabídkách jednat a toto

---

<sup>381</sup> Viz § 24 ZVZ



své rozhodnutí v oznámení musí dát najevo. Ze zásady transparentnosti totiž vyplývá, že dodavatelé mají právo znát, jak bude řízení probíhat již od jeho zahájení. Není přijatelné, aby se zadavatel rozhodoval až v průběhu koncesního řízení, zvláště za situace, kdy nejsou stanoveny žádné podmínky pro takové rozhodnutí a je ponecháno zcela na vůli zadavatele.

Pokud se zadavatel pro určitý postup v koncesním řízení jednou rozhodne, musí jej dodržet po celý průběh koncesního řízení.<sup>382</sup>

Vzhledem k různým alternativám v rámci postupu zadavatele v koncesním řízení, předkládáme pro názornost schéma koncesního řízení (KŘ).

Uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení (KŘ)	Podání žádosti o účast v KŘ	Posouzení kvalifikace dodavatelů a jejich vyloučení	Omezení počtu dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace (nutno uvést v oznámení o zahájení KŘ)			Výzva k podání nabídek /v oznámení se uvedou dílčí kritéria pro hodnocení nabídek a jejich váha/	Jednání o nabídkách a) se všemi dodavateli současně nebo b) oddělené jednání i.) s postupným omezováním jejich počtu, nebo ii.) bez omezování jejich počtu
Uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení (KŘ)	Podání žádosti o účast v KŘ	Posouzení kvalifikace dodavatelů a jejich vyloučení	Omezení počtu dodavatelů, kteří prokázali splnění	Výzva k účasti v koncesním dialogu (nutno	Vedení koncesního dialogu	Výzva k podání nabídek /v oznámení se uvedou	Jednání o nabídkách a) se všemi dodavateli současně nebo

<sup>382</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 25.4.1996 C-87/94, bod 35

			kvalifikace (nutno uvést v oznámení o zahájení KŘ)	uvést v oznámení o zahájení KŘ); /v oznámení se uvedou předběžná dílní kritéria a jejich váha/		dílní kritéria pro hodnocení nabídek a jejich váha/	b) oddělené jednání i.) s postupným omezová- ním jejich počtu, nebo ii.) bez omezování jejich počtu
--	--	--	---	--	--	---	--

Na závěr následuje posouzení a hodnocení nabídek.

Zákon nestanoví, jaké náležitosti oznámení o zahájení koncesního řízení má mít. Nepřímo však vyplývají ze stanovených formulářů, které se odesílají k uveřejnění v příslušných publikačních nástrojích. Z obecného vymezení oznámení jako výzvy, která je určena neomezenému (a tudíž i neurčitému okruhu osob), k podání žádosti o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace, vyplývá, že musí především dostatečně vymezit předmět koncesního řízení, jenž se následně stane předmětem koncesní smlouvy. Skutečnost, že předmět koncesního řízení se stane předmětem koncesní smlouvy je v této fázi klíčová, byť to zákon nijak nezdurazňuje a zadavatel si to nemusí plně uvědomovat. Předmět koncesního řízení totiž musí být právně i fakticky možný a uskutečnitelný prostřednictvím koncesní smlouvy tak, jak ji definuje koncesní zákon v § 16. Pokud by například zadavatel zahájil koncesní řízení, ač při správném posouzení předmětu řízení by se jednalo o veřejnou zakázku, bylo by koncesní řízení postiženo vadou a muselo by být buď zrušeno samotným zadavatelem, nebo úřadem.<sup>383</sup>

Oznámení je třeba odlišovat od návrhu na uzavření smlouvy dle § 43a OZ, veřejného návrhu na uzavření smlouvy dle § 276 ObchZ a vyhlášení obchodní veřejné soutěže dle § 281 ObchZ.

Podle toho, zda zadavatel zvolil postup v koncesním řízení s provedením koncesního dialogu, či bez něj, se liší obsah oznámení. Pokud se zadavatel rozhodl po posouzení kvalifikace dodavatelů a jejich případném omezení vyzvat je k podání nabídek, jsou součástí

<sup>383</sup> Podle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, § 6 odst. 2 KZ; § 118 ZVZ

oznámení dílčí kritéria pro hodnocení nabídek spolu s uvedením váhy jednotlivých kritérií. V případě, že zadavatel po posouzení kvalifikace dodavatelů a jejich případném omezení zamýšlí provést koncesní dialog, obsahuje oznámení *předběžná* dílčí kritéria pro hodnocení nabídek spolu s uvedením váhy jednotlivých kritérií. Dílčí kritéria pro hodnocení nabídek spolu s uvedením jejich váhy jsou v tomto druhém případě uvedeny až ve výzvě k podání nabídek po skončení jednání v koncesním dialogu. Z § 7 odst. 2 KZ se podává, že součástí oznámení je rovněž lhůta, ve které musí být zadavateli doručena žádost o účast v koncesním řízení. Pouze s těmi dodavateli, kteří ve stanovené lhůtě doručí zadavateli žádost o účast, zadavatel dále v řízení jedná. Je na zadavateli, aby sám stanovil lhůtu pro doručení žádostí o účast. Zákon pouze stanoví, že lhůta nesmí být kratší než 52 dnů od uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení.

V oznámení zadavatel dále uvádí své požadavky, pokud tak stanoví zákon. Například zde uvede požadavky na prokázání splnění kvalifikace (§ 50 odst. 2 ZVZ). Chce-li omezit počet dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, musí to uvést rovněž v oznámení (§ 7 odst. 4 KZ), pokud si chce zadavatel v průběhu koncesního dialogu vyhradit, že koncesní dialog bude probíhat ve fázích s cílem snížit počet řešení, o nichž bude nadále probíhat koncesní dialog, musí to také předem uvést v oznámení (§ 10 odst. 2 KZ, § 36 odst. 6 ZVZ). Pokud chce zadavatel uplatnit požadavek podle § 14 odst. 1 KZ ohledně subdodávek u nadlimitních koncesních smluv, je nezbytné, aby jej také uvedl v oznámení.

Naopak v zákoně není výslovně stanoveno, že v oznámení má být uvedeno, zda bude zadavatel s dodavateli o nabídkách jednat (§ 8 odst. 2, § 9 KZ). Zákonodárce chtěl zřejmě ponechat zadavateli v tomto směru určitou volnost, aby se mohl rozhodnout, zda bude s dodavateli o nabídkách jednat, až po posouzení jejich kvalifikaci a případném snížení jejich počtu. Jak již jsme uvedli, s ohledem na zásady ovládající koncesní řízení (viz § 3a KZ) ale takový postup nepovažujeme za správný. Lze proto doporučit, aby tato skutečnost již v oznámení byla uvedena.

Předmět koncesní smlouvy musí být v oznámení vymezen nejen popisem, nýbrž také podle referenční klasifikace dle společného slovníku pro veřejné zakázky obsažené v nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 ve znění nařízení Komise č. 2151/2003.<sup>384</sup>

Dodavatelé, kteří mají zájem o účast v koncesním řízení, musejí ve lhůtě stanovené zadavatelem doručit mu žádost o účast v koncesním řízení.<sup>385</sup> Zákon náležitosti žádosti o

---

<sup>384</sup> Viz § 8 odst. 3 KZ, § 47 ZVZ

<sup>385</sup> Podle § 17 písm. a) ZVZ je *dodavatelem* fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České

účast v koncesním řízení nestanoví. Musí však z ní být patrné, jakého koncesního řízení se žádost o účast týká, kdo ji podává, kterému zadavateli je určena a měla by být podána ve stanoveném jazyku dle oznámení. A především musí dodavatelé současně k žádosti předložit doklady prokazující splnění požadované kvalifikace.<sup>386</sup> Podle § 148 odst. 3 ZVZ v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním a soutěžním dialogu je dodavatel oprávněn žádost o účast učinit také telefonicky. Toto pravidlo ale pro koncesní řízení neplatí, neboť koncesní zákon na toto ustanovení neodkazuje.

## 7.5.2 Kvalifikace dodavatelů

### 7.5.2.1 Obecně ke kvalifikaci

Oznámením o zahájení koncesního řízení zadavatel vyzývá dodavatele nejen k podání žádosti o účast, ale rovněž k prokázání splnění požadované kvalifikace. Kvalifikací dodavatele se rozumí jeho způsobilost pro plnění předmětu koncesní smlouvy.<sup>387</sup> Jedná se o soubor požadavků na dodavatele, které musí dodavatelé sami, popř. v některých případech spolu s jinými osobami, splňovat, aby se mohli dalšího průběhu koncesního řízení zúčastnit a ucházet se o uzavření koncesní smlouvy. Teprve dodavatelé, kteří prokážou splnění kvalifikace, jsou vyzváni k podání nabídek či účasti v koncesním dialogu (§ 7 odst. 5 KZ).<sup>388</sup>

---

republiky, nebo zahraniční dodavatel. *Zahraničním dodavatelem* je zahraniční osoba podle § 21 obchodního zákoníku, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce (§ 17 písm. o) ZVZ). *Subdodavatelem* je osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva (§ 17 písm. i) ZVZ). Podle § 17 písm. n) ZVZ *zájemcem* je dodavatel, který podal ve stanovené době žádost o účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, nebo dodavatel, který byl zadavatelem vyzván k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, k podání předběžné nabídky v dynamickém nákupním systému, k podání nabídky ve zjednodušeném podlimitním řízení, k podání nabídky v řízení na základě rámcové smlouvy, nebo k potvrzení zájmu o účast v případě zadávacího řízení zahájeného uveřejněním pravidelného předběžného oznámení. Podle § 17 písm. j) ZVZ je *uchazečem* dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení.

Z těchto definičních ustanovení plyne, že dodavatel je nejobecnější označení; dodavatel, který podá žádost o účast, je zájemce. Dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, je uchazeč. Analogicky to platí i pro koncesní řízení. Ačkoliv koncesní zákon, pokud jde o jednotlivé postupy a fáze koncesního řízení, odkazuje na zákon o veřejných zakázkách a z velké části kopíruje postupy tam obsažené, sám terminologii zákona o veřejných zakázkách nepoužívá a užívá pouze označení dodavatel, a nikoliv zájemce či uchazeč (ostatně ani zákon o veřejných zakázkách není terminologicky důsledný, když například označení zájemce používá v § 28 odst. 2, § 29 odst. 2 nebo § 35 odst. 3 ZVZ pro dodavatele před podáním žádosti o účast). V textu proto pokud přímo citujeme ustanovení ZVZ, popř. podáváme výklad v kontextu zákona o veřejných zakázkách a je nutné zachovat jeho terminologii, používáme označení použité v daném ustanovení, pokud hovoříme o koncesním zákoně, užíváme označení dodavatel.

<sup>386</sup> Viz § 52 odst. 2 ZVZ, § 7 odst. 1 KZ

<sup>387</sup> Vycházíme zde z definice kvalifikace dodavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách – viz § 17 písm. e) ZVZ. Tato definice však platí i pro koncesní řízení, neboť stanovením kvalifikačních předpokladů a posuzováním kvalifikace v koncesním řízení se sleduje stejný účel, totiž aby nabídky předkládali pouze ti dodavatelé, jež jsou kvalifikačně vybaveni (způsobilí) závazek z koncesní smlouvy řádně plnit.

<sup>388</sup> Obdobně viz § 51 odst. 2 ZVZ

Koncesní zákon v § 7 odst. 2 odkazuje ohledně posuzování kvalifikace dodavatelů a jejich vylučování na zákon o veřejných zakázkách. V zásadě se tak uplatní celá právní úprava v hlavě V. dílu I. zákona o veřejných zakázkách o kvalifikaci.

Podle § 51 odst. 1 ZVZ je veřejný zadavatel povinen požadovat splnění kvalifikace dodavatele, nestanoví-li zákon jinak. Vzhledem k výše uvedenému odkazu obsaženému v koncesním zákoně na zákon o veřejných zakázkách, platí toto pravidlo i pro koncesní řízení. Vyplývá to i z dikce § 7 odst. 5 KZ („... po posouzení kvalifikace...“). Koncesní řízení nelze podřadit pod uvedené výjimky, kdy se podle zákona o veřejných zakázkách prokázání splnění kvalifikace nevyžaduje, neboť postup v koncesním řízení je odlišný než v případě výjimek.

Posuzování kvalifikace v koncesním řízení je postaveno na povinnosti zadavatele stanovit požadavky na prokázání splnění kvalifikace, které je navíc povinen požadovat prokázat po dodavatelích, a povinnosti dodavatelů prokázat splnění kvalifikace. Pouze ti dodavatelé, kteří prokážou splnění stanovených kvalifikačních předpokladů, splní kvalifikaci a zadavatel je vyzve k dalšímu postupu (podání nabídky nebo k účasti v koncesním dialogu).<sup>389</sup> Požadavky na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů (a tím splnění kvalifikace) stanoví veřejný zadavatel v oznámení o zahájení koncesního řízení. Jelikož jejich rozsah může být značný, umožňuje zákon, aby podrobná specifikace těchto požadavků byla uvedena v kvalifikační či zadávací (koncesní) dokumentaci.<sup>390</sup> Znamená to ovšem, že základní specifikace musí být vždy v oznámení uvedena.<sup>391</sup>

Splnění kvalifikace prokazují dodavatelé. Dodavatelé také mohou prokázat splnění části kvalifikace prostřednictvím svých subdodavatelů<sup>392</sup> nebo v případě společného postupu

---

<sup>389</sup> Viz § 51 odst. 2 ZVZ, § 7 odst. 5 KZ

<sup>390</sup> Kvalifikační dokumentace je dokumentace, která se týká vymezení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů. Podle § 48 odst. 4 ZVZ musí zadavatel zajistit přístup uchazečů ke kvalifikační dokumentaci. V případě, že zadavatel nezveřejnil kvalifikační dokumentaci způsobem umožňujícím dálkový přístup ke kvalifikační dokumentaci, předá či odešle kvalifikační dokumentaci v listinné či elektronické podobě dodavatelé bezodkladně, nejpozději do 6 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele. Písemná žádost dodavatele o poskytnutí kvalifikační dokumentace musí být zadavateli doručena nejpozději 8 pracovních dnů před uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast.

<sup>391</sup> Viz § 50 odst. 2 ZVZ

<sup>392</sup> Viz § 51 odst. 4 ZVZ: Pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části profesních kvalifikačních předpokladů, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu, že není veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek a koncesních smluv (§ 31a KZ) a profesního kvalifikačního předpokladu spočívající ve výpisu z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpisu z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán, subdodavatelem a b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění profesních kvalifikačních předpokladů, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů. Dodavatel takto není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat

několika dodavatelů v rámci řízení (za účelem podání společné nabídky), ji mohou prokázat společně.<sup>393</sup> Těchto možností bude nepochybně využíváno i v koncesním řízení.

V zahraniční praxi u projektů partnerství je obvykle soukromým partnerem účelově vytvořená společnost, která má za úkol realizovat projekt (single / special purpose vehicle company).<sup>394</sup> Taková společnost zpravidla nemá za sebou žádnou historii, ani zkušenost s realizací jiných projektů, neboť byla účelově založen pro účast v zadávacím řízení pro konkrétní projekt. Obvykle ani nedisponuje dostatečným počtem zaměstnanců nebo kvalifikovaných zaměstnanců pro realizaci zakázky. Je vytvořena z důvodů daňových, účetních a právních (oddělení odpovědnosti za plnění této zakázky od jiných aktivit jejich společníků). Kromě této možnosti se lze setkat v zahraniční praxi také s tím, že se několik dodavatelů spojí, aniž by založili nový subjekt, za účelem realizace zakázky společnými silami jako tzv. dodavatelské konsorcium.

Oba tyto postupy jsou v koncesním řízení (a ostatně i v zadávacím řízení dle zákona o veřejných zakázkách) možné vzhledem k tomu, že zákon umožňuje prokázat splnění část kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů nebo společně při podání společné nabídky.

V prvním případě jako dodavatel vystupuje účelově založená společnost, avšak kvalifikaci prokazuje prostřednictvím subdodavatele nebo subdodavatelů, neboť jako subjekt

---

splnění profesních kvalifikačních předpokladů výpisem z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpisem z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán.

Vzhledem k tomu, že dodavatel musí smlouvu předložit zadavateli, musí být smlouva písemná. Nejedná se o žádný typ smlouvy, ale o nepojmenovanou (inominátní) smlouvu dle § 269 odst. 2 ObchZ, z níž musí vyplývat zákonem požadovaný závazek.

<sup>393</sup> Viz § 51 odst. 5, 6 ZVZ: Má-li být předmět veřejné zakázky plněn několika dodavateli společně a za tímto účelem podávají či hodlají podat společnou nabídku, je každý z dodavatelů povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů a profesního kvalifikačního předpokladu předložením výpisu z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpisu z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán, v plném rozsahu. Splnění ostatních profesních kvalifikačních předpokladů, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů musí prokázat všichni dodavatelé společně.

V případě, že má být předmět veřejné zakázky plněn společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky. Požadavek na závazek, aby dodavatelé byli zavázáni společně a nerozdílně, platí, pokud zvláštní právní předpis nebo zadavatel nestanoví jinak. Pokud se v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu dodavatelé spojují pro účely podání společné nabídky až po prokázání splnění kvalifikace, předloží smlouvu podle tohoto odstavce nejpozději s podáním společné nabídky. Totéž platí i v koncesním řízení (viz § 8 odst. 4 KZ).

Také v tomto případě musí být smlouva písemná. Dodavatelé mohou uzavřít smlouvu o sdružení dle § 829 OZ, u níž ze zákona platí solidarita jejich subjektů ve vztahu k třetím osobám (§ 835 odst. 2 OZ), nebo mohou uzavřít nepojmenovanou smlouvu, ze které ale musí vyplývat, že jsou její subjekty zavázány společně a nerozdílně (§ 511 odst. 1 OZ). Povinnost plnit společně a nerozdílně přitom v obou případech musí být dohodnuta tak, aby trvala po celou dobu plnění koncesní smlouvy i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z koncesní smlouvy.

<sup>394</sup> Viz Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? *Common Market Law Review*, 2000, 37, str. 727-728

bez dodavatelské historie a referencí není schopen splnění kvalifikace sám prokázat. Mezi subdodavateli zpravidla budou vystupovat rovněž společníci dodavatele, neboť ti obvykle disponují příslušným podnikatelským či jiným oprávněním disponují a splňují potřebné ekonomické a finanční a technické kvalifikační předpoklady. Tito subdodavatelé pak také budou minimálně v rozsahu, v jakém jejich prostřednictvím bylo prokazováno splnění kvalifikace, zakázku plnit.

Zadavatel si může vyhradit v koncesní dokumentaci, že část plnění nesmí být plněna subdodavatelem. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit zakázku prostřednictvím subdodavatele (viz § 44 odst. 6 ZVZ). Tuto výhradu je nutné uvést již v oznámení. Toto ustanovení má vztah jak k případům, kdy prostřednictvím subdodavatele zadavatel prokazuje splnění kvalifikace, tak i pokud subdodavatel vystupuje pouze jako osoba, pomocí které dodavatel plní zakázku. Pokud zadavatel této možnosti využije, může výrazně omezit možnost využití special purpose vehicle company. Tato výhrada může sloužit k tomu, aby zadavatel zajistil, že podstatná část plnění bude poskytována samotným dodavatelem. V této souvislosti je vhodné upozornit ještě na § 14 KZ, o kterém pojednáváme dále v práci.

Jak v okruhu subdodavatelů, tak v okruhu členů konsorcia může dojít k jejich změně. Pokud dojde k tomu, že některý ze subdodavatelů přestane být zavázán dodavateli dle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, pokud jeho prostřednictvím dodavatel prokazuje splnění části kvalifikace, nebo pokud člen dodavatelského konsorcia, jehož prostřednictvím se prokazuje splnění části kvalifikace, přestane být členem konsorcia, je třeba postupovat dle § 58 ZVZ a prokázat splnění kvalifikace (například předložit smlouvu dle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ s jiným subdodavatelem).

Možnost využít subdodavatele k prokázání splnění části kvalifikace je pro dodavatele výhodná. Ze strany zadavatelů zde spatřujeme určité riziko v tom, že není nijak ošetřen postup pro případ, že dojde k zániku závazku subdodavatele podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ jinak než splněním až po skončení koncesního řízení v době po uzavření koncesní smlouvy. Stanovení kvalifikačních předpokladů se proto může jevit jen jako formální, aniž je skutečně zaručeno, že subdodavatel dodavatele bude v době plnění skutečně plnit. V koncesní smlouvu je proto vhodné dohodnout postup při řešení této situace.

Další otázkou v souvislosti s prokázáním kvalifikace třetí osobou je rozsah vymezení pojmu subdodavatelů. Tento pojem je pro účely zákona o veřejných zakázkách vymezen v § 17 písm. i) ZVZ. Podle tohoto ustanovení se subdodavatelem rozumí osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva. Přitom směrnice v článku 47 odst. 2, 3 a článku 48 odst.

3, 4 umožňuje dodavateli, je-li to nezbytné a pro určitou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. V tom případě musí veřejnému zadavateli prokázat, že bude disponovat nezbytnými prostředky, například tím, že předloží závazek těchto subjektů v tomto směru. Stejně může postupovat skupina hospodářských subjektů dle článku 4 směrnice a využít schopnosti účastníků skupiny nebo jiných subjektů. S ohledem na rozdíl mezi dikcí „vyžít schopností jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty“ a „plnit určitou část veřejné zakázky pomocí určité osoby“ se někdy s poukazem na judikaturu Soudního dvora<sup>395</sup> dovozuje, že je třeba dodavatelům umožnit prokázat splnění kvalifikace v celém možném rozsahu, jak to umožňuje směrnice, nikoliv pouze prostřednictvím subdodavatelů ve smyslu zákona o veřejných zakázkách.<sup>396</sup> Zatímco pro veřejné zakázky lze tento výklad přijmout, pro koncesní řízení je tato možnost diskutní. Z hlavy III směrnice se totiž podává, že se směrnice vztahuje jen na koncese na stavební práce, jestliže jejich hodnota dosahuje stanoveného limitu, a navíc pouze v rozsahu vymezeném v hlavě III. Na stavební koncese, které nepřekračují stanovený limit, ani na koncese na služby se směrnice nevztahuje (viz článek 17 směrnice). Těžko lze potom dovozovat aplikaci směrnice, která byla nedokonale ohledně veřejných zakázek provedena do zákona o veřejných zakázkách, když právní úprava ve směrnici se na daný institut nevztahuje vůbec nebo omezeně, avšak ohledně jiného předmětu úpravy. Kvalifikace totiž není předmětem úpravy nadlimitních koncesí na stavební práce ve směrnici. V koncesním řízení lze proto kvalifikaci prokázat jen prostřednictvím subdodavatel dle § 51 odst. 4 ZVZ.

#### **7.5.2.2 Pravidla pro stanovení požadavku na prokázání splnění kvalifikace**

Účelem stanovení kvalifikačních předpokladů je vymezení „vlastností, schopností, dovedností a kompetencí“, které by dodavatelé, jež se ucházejí o koncesní zakázku, měli splňovat. Kvalifikační předpoklady proto mají být stanoveny tak, aby bezprostředně souvisely s předmětem koncesního řízení. Pouze v tomto rozsahu je zadavatel oprávněn informace a doklady k prokázání splnění kvalifikace požadovat.<sup>397</sup>

Kvalifikační předpoklady stanoví požadavky na všechny o koncesní zakázku se ucházející dodavatele po obecné stránce bez ohledu na jejich případné budoucí nabídky. Zákon výslovně zakazuje, aby ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické

<sup>395</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 2.12.1999 C-176/98

<sup>396</sup> Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 70, nepřímou rovněž Krč, R., Marek, K., Petr, M. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a předpisy souvisejícími. Praha: Linde, 2006, str. 126-128

<sup>397</sup> Viz § 50 odst. 3, 4 ZVZ



kvalifikační předpoklady byly předmětem hodnotících kritérií. Kvalifikační předpoklady a hodnotící kritéria jsou totiž dvě odlišné kategorie v rámci koncesního řízení.<sup>398</sup> Proto pokud zadavatel chce některý z kvalifikačních předpokladů uvedených v zákoně uplatnit, musí jej stanovit v oznámení jako jeden z požadavků na prokázání splnění kvalifikace. V pozdější části řízení již nelze splnění těchto předpokladů po dodavatelích požadovat prokázat. Z druhé strany zadavatel může vyloučit dodavatele pouze proto, že nesplnil kvalifikaci, neboť neprokázal splnění některého z kvalifikačních předpokladů, které zákon jako kvalifikační předpoklad umožňuje stanovit. Přitom musí jít o kvalifikační předpoklad, který zadavatel v oznámení uvedl, nikoliv o jiný v oznámení neuvedený.

Zadavatel v oznámení musí kvalifikační předpoklady vymezit tak, aby byly dostatečně určité a zřejmé, nikoliv například pouhým odkazem na zákonné ustanovení, a to ve vztahu k předmětu koncesního řízení (jeho druhu a rozsahu).<sup>399</sup>

Splnění kvalifikace je dodavatel povinen prokázat ve lhůtě pro podání žádosti o účast.<sup>400</sup>

### 7.5.2.3 Druhy kvalifikačních předpokladů

Kvalifikační předpoklady se dělí na: základní, jež stanoví obecně požadavky na každého zájemce o účast, profesní a dále ekonomické a finanční, technické. Tyto později uvedené jsou již specifitější a jejich vymezení by mělo být vždy ve vztahu ke konkrétnímu předmětu koncesního řízení.

Základní kvalifikační předpoklady jsou vymezeny v § 53 ZVZ včetně dokladů, jež jejich splnění prokazují.<sup>401</sup> Již z názvu a dikce ustanovení vyplývá, že zadavatelé musejí vyžadovat a dodavatelé musejí prokázat splnění všech zákonem stanovených základních kvalifikačních předpokladů. Jedná se o předpoklady týkající se trestní bezúhonnosti ohledně stanovených trestných činů (§ 53 odst. 1 písm. a) a b) ZVZ), nedopuštění se nekalosoutěžního deliktu podplácení (odst. 1 písm. c) ZVZ), skutečností souvisejících s vyrovnanou majetkovou bilancí dodavatele (odst. 1 písm. d) ZVZ), neexistence likvidace (odst. 1 písm. e) ZVZ), řádného plnění veřejnoprávních plateb (odst. 1 písm. f), g), h) ZVZ), neexistence

---

<sup>398</sup> Viz například rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28.5.2007 č.j. 106/2007-10505/2007/540-AS dostupné na <http://www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/vyhledavani/> [28.12.2010]

<sup>399</sup> Viz například rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9.3.2005 č.j. VZ/S17/05-151-/941/05-če (V daném případě šlo o věc rozhodovanou dle zákona č. 40/2004 Sb. Závěry jsou však aplikovatelné i na novou úpravu.)

<sup>400</sup> Viz § 52 odst. 2 ZVZ – koncesnímu řízení jsou nejbližší řízení uvedená v odstavci 2.

<sup>401</sup> Požadované doklady jsou uvedeny v § 53 odst. 2 ZVZ – jde o 3 kategorie dokladů – výpisy z evidence rejstříku trestů, čestné prohlášení a potvrzení příslušného orgánu.

disciplinárního postihu, je-li vyžadována odborná způsobilost osoby (odst. 1 písm. i) ZVZ), předložení seznamu určitých členů statutárního orgánu a u akciové společnosti seznamu akcionářů s podílem akcií vyšším než 10 % (odst. 1 písm. k), l) ZVZ). Mezi základní kvalifikační předpoklady patří i skutečnost, že dodavatel není veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek (§ 53 odst. 1 písm. j) ZVZ). Zákon o veřejných zakázkách v § 144 upravuje vedení rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek. Obdobný rejstřík je veden, i pokud jde o osoby, kterým byl uložen zákaz plnění koncesních smluv (viz § 31a KZ). Vzniká tak otázka, zda v koncesním řízení základní kvalifikační předpoklad nesplňuje dodavatel, pouze pokud je veden v rejstříku osob se zákazem plnění koncesních smluv nebo v kterémkoliv z těchto rejstříků. Máme za to, že v koncesním řízení základní kvalifikační předpoklad splňuje dodavatel, který není veden v žádném z rejstříků. To vyplývá z odkazu v § 7 odst. 3 KZ, který, pokud jde o posuzování kvalifikace dodavatelů a jejich vylučování, odkazuje na zákon o veřejných zakázkách o kvalifikaci, jejíž prokázání požaduje po dodavateli zadavatel. Koncesní zákon odkazuje na zákon o veřejných zakázkách, kde je stanoveno, že základní kvalifikační předpoklad splňuje dodavatel, který není veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek. Účinky zapsání dodavatele do rejstříku osob se zákazem plnění koncesních smluv sice v koncesním zákoně výslovně uvedeny nejsou, z povahy zakazu plnění koncesních smluv vyplývá, že taková osoba se nemůže koncesního řízení účastnit, neboť s ní nemůže být z důvodu zakazu plnění uzavřena koncesní smlouva. Analogicky je pak třeba aplikovat postup jako u dodavatele vedeného v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek.

Profesní kvalifikační předpoklady podle § 54 ZVZ zahrnují požadavek na předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné obdobné evidence, pokud je dodavatel v evidenci zapsán. V rozsahu odpovídajícím předmětu koncesního řízení je dodavatel dále povinen předložit doklad o oprávnění k podnikání (například živnostenský list). Je-li pro plnění koncesní smlouvy nezbytné členství v profesní organizaci a jedná se o koncesi na služby nebo je-li nezbytná odborná způsobilost osoby pro plnění koncesní smlouvy, vyžaduje se k prokázání profesní kvalifikace rovněž předložení dokladu o členství v profesní organizaci, resp. dokladu o odborné způsobilosti osoby.

Obsahem koncesní smlouvy může být celá řada činností při poskytování služeb, provádění díla či obojího. Vzhledem k tomu, že je to zadavatel, kdo stanoví požadavky na prokázání splnění kvalifikace (viz § 50 odst. 2 ZVZ), je na něm, aby rozvážil, které doklady o oprávnění k podnikání a další doklady prokazující splnění profesních kvalifikačních předpokladů bude požadovat. Přitom by žádné neměl opomenout, neboť zadavatel je

prokázání splnění kvalifikace dodavatele povinen požadovat (viz § 51 odst. 1 ZVZ). Zadavatel rovněž musí počítat s tím, že v případech kdy předmětem koncesní smlouvy bude řada odlišných a specializovaných činností, zejména bude-li k nim vyžadováno zvláštních oprávnění či odborné způsobilosti, budou dodavatelé využívat možnosti prokázat splnění profesní kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů podle § 51 odst. 4 ZVZ nebo společným postupem několika dodavatelů dle § 51 odst. 5 ZVZ.

Zatímco základní a profesní kvalifikační předpoklady jsou vymezené zákonem a zadavatel si je nemůže libovolně stanovit, ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady podle § 55 ZVZ stanoví zadavatel na základě svého uvážení v mezích limitů uvedených v tomto ustanovení. K prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů může zadavatel požadovat předložení jednoho či více z dokladů uvedených v prvním odstavci nebo může po dodavatelích požadovat vedle těchto dokladů i jiné doklady dle vlastního uvážení, jež vymezí v oznámení.<sup>402</sup> Doklady se ale musejí vždy vztahovat k předmětu koncesní smlouvy.

V oznámení o zahájení koncesního řízení musí zadavatel vždy, ať již se jedná o doklady uvedené v prvním odstavci či o doklady vyžadované na základě požadavku zadavatele, vymežit rozsah požadovaných informací a dokladů k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, stanovit, jakým způsobem dodavatel prokáže splnění těchto kvalifikačních předpokladů,<sup>403</sup> a vymežit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů. Minimální úroveň kvalifikačních předpokladů stanoví zadavatel s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu koncesní smlouvy. Tyto tři náležitosti jsou obligatorní a vždy musí být součástí oznámení. Zvýšenou pozornost je třeba věnovat vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů. Jedná se o limit vymezený zadavatelem vzhledem k předmětu koncesní smlouvy, který musí dodavatel, má-li splnit kvalifikaci, prokázat (například zadavatel stanoví, že obrat dodavatele nesmí být nižší než určitá částka).

Z hlediska posouzení schopnosti dodavatelů řádně splnit předmět koncesní zakázky je významné stanovení technických kvalifikačních předpokladů. Výstižnější je však označení,

---

<sup>402</sup> Zadavatel může požadovat předložit pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě, poslední zpracovanou rozvahu nebo určitou její část nebo údaj o celkovém obratu dodavatele, popřípadě obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky.

<sup>403</sup> V případě, že dodavatel nemůže z objektivních důvodů prokázat splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů způsobem uvedeným v oznámení, umožňuje § 55 odst. 4 ZVZ, aby je prokázal jinými rovnocennými doklady (náhradní doklady). Zadavatel může tyto doklady podle zákona odmítnout pouze z objektivních důvodů. Z díkce ustanovení se podává, že zadavatel nemůže přihlížet k dokumentům, které nelze považovat za rovnocenné. Dokumenty, které nelze považovat za rovnocenné, sice nemůže odmítnout (arg. a contrario § 55 odst. 4 ZVZ), avšak zadavatel k nim nemůže ani přihlížet a fakticky tak dochází k účinkům, jako by je zadavatel odmítl.

kteří je užito ve směrnici – technická nebo odborná způsobilost. V rámci prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů může zadavatel požadovat předložit takové doklady a informace, na jejichž základě lze zhodnotit způsobilost dodavatelů k plnění předmětu koncesní smlouvy po stránce materiálního a technického vybavení, dovedností a zkušeností dodavatelů, po stránce personální i ekologické.<sup>404</sup>

Způsob určení technických kvalifikačních předpokladů je odlišný od ostatních kvalifikačních předpokladů. V § 56 odst. 1 – 3 ZVZ jsou podle druhu veřejné zakázky rozděleny informace, doklady a požadavky, které může zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů po dodavateli požadovat. Pro každý druh veřejné zakázky – veřejná zakázka na dodávky, na služby a na stavební práce je taxativně vyjmenováno, co konkrétně může zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadovat. Z taxativního výčtu možných požadavků pro každý druh veřejné zakázky může požadovat prokázání splnění jen jednoho technického kvalifikačního předpokladu nebo více, nemůže ale požadovat předložení dalších informací a dokladů k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle své volby nad rámec v zákoně uvedených požadavků. Pokud veřejná zakázka zahrnuje plnění, které odpovídá více druhům veřejných zakázek (smíšená veřejná zakázka), může zadavatel požadovat prokázání splnění kvalifikačních předpokladů pro každý druh veřejné zakázky zvlášť (§ 56 odst. 6 ZVZ).

Pro účely koncesního řízení máme za to, že takový způsob určení technických kvalifikačních předpokladů není zcela vyhovující. Již jsme v této práci zmínili problematiku určení, co je předmětem koncesní smlouvy, resp. co je hlavním předmětem koncesní smlouvy pro určení, zda se jedná o nadlimitní koncesní smlouvu na stavební práce. Koncesní projekty jsou obvykle komplexnější projekty, využívající více schopností (například nést určitá rizika) soukromých partnerů. Pokud předmětem koncesní smlouvy je rovněž poskytování služeb, avšak poskytování služeb je pouze nezbytné k provedení (hlavního) předmětu koncesní zakázky, kterým jsou stavební práce, jde v souladu s analogickou aplikací § 9 odst. 2 ZVZ o koncesní zakázku na stavební práce. To samé platí, pokud je hlavním předmětem koncesní zakázky poskytování služeb a vedle toho i provedení stavebních prací, které jsou nezbytné ke

---

<sup>404</sup> Pokud to odůvodňuje předmět veřejné zakázky (koncesní smlouvy) je veřejný zadavatel oprávněn požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou (tzv. ISO 9000). Za stejných podmínek může požadovat také předložit doklad o registraci v systému řízení a auditu z hlediska životního prostředí (EMAS) nebo certifikátu řízení z hlediska ochrany životního prostředí (viz § 56 odst. 4, 5 ZVZ). Shodně jako u ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů jsou zadavatelé povinni akceptovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů i náhradními doklady (viz § 56 odst. 8 ZVZ).

splnění hlavního předmětu (viz § 10 odst. 2 písm. b) ZVZ). Jiná situace je, jsou-li předmětem koncesní zakázky stavební práce i služby, avšak není mezi nimi vztah hlavního a vedlejšího předmětu (slovy zákona o veřejných zakázkách nejsou ve vztahu „nezbytnosti“). Ve všech těchto případech je ale dle § 56 odst. 6 věta druhá ZVZ možné vyžadovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v přiměřeném rozsahu pro každé plnění, které by samostatně odpovídalo určitému druhu zakázky (koncese) zvlášť.

To, že zákon stanoví informace a doklady požadované k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle druhu veřejné zakázky, brání v oblasti koncesí stanovení komplexnějších, specifitějších a více povaze plnění koncesní smlouvy odpovídajících technických kvalifikačních předpokladů. Zadavatel sice může požadovat, pokud předmět koncesní smlouvy spočívá v plnění, jež odpovídá více druhům veřejných zakázek (tedy poskytování služby i provedení díla dle koncesní smlouvy), prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů v přiměřeném rozsahu pro každý druh, jedná se ale o oddělené, nekomplexní prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke každému druhu plnění dle koncesní smlouvy zvlášť. Navíc je nutné si uvědomit, že splnění zadavatel nemusí prokazovat sám, ale může využít subdodavatelů. Přitom pro zadavatele může být podstatná schopnost dodavatele jako koncesionáře zvládnout skloubit několik činností, které by odpovídaly různým druhům veřejných zakázek. Jelikož požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů jsou vymezeny taxativně, nemá zadavatel ani možnost, aby sám tyto požadavky ve vztahu ke konkrétní koncesní zakázce vymezil tak, jako je zadavateli umožněno stanovit vlastní další požadavky na předložení dokladů k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů.

Rovněž je třeba upozornit na další z definičních znaků koncesní smlouvy, a to přenos rizik spojených s braním užitků z plnění (§ 16 odst. 2 KZ). Součástí prokazování splnění kvalifikace v koncesním řízení by nepochybně měla být i schopnost nést rizika, která v konkrétním případě dodavatel ponese. Kromě schopnosti nést finanční rizika, jež by zadavatel mohl vyžadovat prokázat prostřednictvím jím stanoveného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu dle § 55 odst. 2 ZVZ, však zákon o veřejných zakázkách další (technický) kvalifikační předpoklad, který by určoval požadavky na schopnost dodavatelů nést i jiná než finanční rizika, vyžadovat prokázat neumožňuje. Na schopnost nést různá další rizika lze na základě v zákoně stanovených způsobů prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů usuzovat pouze nepřímou. Koncesní zákon ohledně stanovení požadavků na prokázání splnění kvalifikace mlčí a plně odkazuje na zákon o veřejných zakázkách (§ 7 odst. 3 KZ). Je sice povinností zadavatele stanovit požadavky na

prokázání splnění kvalifikace a prokázání splnění kvalifikace po dodavatelích vyžadovat (§ 50 odst. 2, § 51 odst. 1 ZVZ), avšak ve vztahu ke koncesím není nikde řečeno, zda a do jaké míry by zadavatel měl stanovit požadavky na prokázání splnění kvalifikace ve vztahu k rizikům a vyžadovat prokázání splnění kvalifikace i s ohledem na schopnost dodavatelů určitá rizika nést. Jinými slovy řečeno, zda je zadavatel povinen podle § 51 odst. 1 ZVZ v návaznosti na předmět koncesní zakázky dle § 50 odst. 3 ZVZ vždy stanovit požadavky na prokázání splnění kvalifikace tak, aby reflektovaly rizika související s plněním.<sup>405</sup> Máme za to, že schopnost nést rizika by měla být v rámci posouzení kvalifikace prokázána. Avšak výslovný příkaz k tomu chybí. Úpravu týkající se kvalifikace u koncesí proto z výše uvedených důvodů nepovažujeme za dostatečně reflektující specifika koncesí.<sup>406</sup>

Požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů stanoví zadavatel v oznámení. Podle § 56 odst. 7 ZVZ v oznámení uvede rozsah požadovaných dokladů a informací, způsob prokázání splnění určených kvalifikačních předpokladů a vymezí minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů. Minimální úroveň kvalifikačních předpokladů se stanoví podle druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění koncesní smlouvy. V podstatě jde o vymezení „síta“, hranice pro účely posouzení splnění kvalifikace. Vždy však musí mít vztah k předmětu plnění koncesní smlouvy a při jejím stanovení musejí být dodrženy zásady dle § 3a KZ. Minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů ani ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nesmí zadavatel stanovit tak, aby fakticky znamenaly diskriminaci určitých dodavatelů.

Na závěr této kapitoly ještě poznamenejme, že zákon o veřejných zakázkách umožňuje prokázat splnění určité kvalifikace rovněž prostřednictvím výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů (§ 125 a násl. ZVZ), certifikátu vydaném v rámci systému certifikovaných dodavatelů (§ 133 a násl. ZVZ), nebo výpisu ze zahraničního seznamu

---

<sup>405</sup> Zatímco základní kvalifikační předpoklady (§ 53 ZVZ) a profesní kvalifikační předpoklady (§ 54 ZVZ) jsou stanoveny bez možnosti zadavatele je ovlivnit (srov. dikci § 53 odst. 1 ZVZ „... základní kvalifikační předpoklady *splňuje dodavatel, který* ...“ a § 54 ZVZ „Splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který *předloží* ...“), u ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů může zadavatel požadovat některé z dokladů a informací podle jeho volby ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy (srov. dikci § 55 odst. 1 ZVZ „... *může* veřejný zadavatel požadovat předložení ...“ a § 56 odst. 1, 2, 3 i odst. 4 a 5 ZVZ „... *může* veřejný zadavatel požadovat...“).

<sup>406</sup> Zákonodárce při stanovení kvalifikačních předpokladů vycházel ze směrnice – viz kapitola VII, zejména oddíl druhý. Technické kvalifikační předpoklady – v terminologii směrnice – technická a odborná způsobilost (článek 48) jsou posuzovány dle dokladů, informací a požadavků, které jsou taxativně uvedeny, aniž by zadavatel měl možnost je rozšířit a vyžadovat jiné. Ve směrnici je současně v článku 48 odst. 5 ustanovení, které říká: V zadávacích řízeních veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou dodávky vyžadující umístovací a instalační práce, poskytování služeb nebo provádění stavebních prací, lze způsobilost hospodářských subjektů poskytnout služby nebo provést instalaci nebo stavbu hodnotit zejména s přihlédnutím k jejich dovednostem, výkonnosti, zkušenosti a spolehlivosti. Směrnice tedy počítá s tím, že způsobilost dodavatelů plnit zakázku lze hodnotit i ve vztahu k jejich způsobilosti nést rizika s touto zakázkou (koncesí) spojená. Z dokladů, informací a požadavků jmenovaných ve směrnici to však vždy nebude plně možné.

kvalifikovaných dodavatelů či zahraničním certifikátem podle § 143 ZVZ. I tyto způsoby prokázání splnění kvalifikace lze použít v koncesním řízení, neboť odkaz v § 7 odst. 3 KZ to umožňuje.

#### 7.5.2.4 Posouzení kvalifikace

Zákon výslovně nestanoví okamžik, kdy zadavatel má posoudit prokázání splnění kvalifikace dodavatele.<sup>407</sup> Z průběhu řízení, jak je popsáno zákonem, vyplývá, že zadavatel tak činí v době od doručení žádosti o účast v koncesním řízení do doby před tím, než omezí počet dodavatelů podle § 7 odst. 4 KZ, případně před jejich vyzváním k účasti v koncesním dialogu nebo k podání nabídek. Zadavatel posuzuje kvalifikaci u každého dodavatele samostatně a může ji posuzovat postupně, jak mu přicházejí žádosti o účast.

Zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace podle požadavků uvedených v oznámení, popř. kvalifikační dokumentaci. Zadavatel posoudí, zda dodavatel předložil stanovené doklady a poskytl požadované informace, zda prokázání splnění stanovených kvalifikačních předpokladů odpovídá způsobu stanovenému v oznámení, případně zda jsou prokázány náhradními doklady (§ 55 odst. 4, § 56 odst. 8 ZVZ), a zda dodavatel splňuje alespoň minimální úroveň kvalifikačních předpokladů vymezenou v oznámení. Část kvalifikace může být také prokázána prostřednictvím subdodavatele (§ 51 odst. 4 ZVZ) či dle § 51 odst. 5 ZVZ při společném postupu dodavatelů. Kvalifikaci posuzuje zadavatel sám nebo může za tímto účelem zřídit zvláštní komisi jako zvláštní vnitřní orgán zadavatele.<sup>408</sup>

Na základě posouzení buď dodavatel splní kvalifikaci tím, že prokáže splnění požadovaných kvalifikačních předpokladů a pokračuje dále v koncesním řízení, nebo po něm může zadavatel požadovat doplnění dokladů a informací, nebo pokud dodavatel nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu, tak jej zadavatel z účasti v koncesním řízení vyloučí a písemně mu toto rozhodnutí s uvedením důvodu oznámí.<sup>409</sup> Zadavatel dodavatele vyloučí také tehdy, pokud do doby rozhodnutí o výběru nejvýhodnější nabídky (§ 12 odst. 1 KZ) dojde

---

<sup>407</sup> V koncesním zákoně je použit výraz „posuzování kvalifikace“ (viz § 7 odst. 3 KZ), v zákoně o veřejných zakázkách „posouzení kvalifikace“ (viz § 59 odst. 1 ZVZ).

<sup>408</sup> Viz § 59 odst. 2, 5, 6, 7 ZVZ

<sup>409</sup> Zadavatel může požadovat po dodavateli objasnění předložených informací a dokladů, pokud obsahují určité nejasnosti, nebo předložení dalších dodatečných informací a dokladů prokazující splnění kvalifikace. Do 31.12.2009 platilo, že uvedený postup byl vyloučen, pokud splnění určité kvalifikace nebylo dodavatelem vůbec prokázáno. Máme však za to, že toto pravidlo, byť výslovně v § 59 odst. 4 ZVZ již uvedeno není, platí i nadále. Zadavatel totiž může vyžadovat předložení *dalších dodatečných* informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Z dikce „další dodatečné“ informace či doklady proto dovozujeme, že určitá kvalifikace částečně prokázána být musí, neboť nelze předkládat další dodatečné informace a doklady tam, kde od počátku žádné předloženy nebyly. Je třeba také zdůraznit, že je zcela ponecháno na zadavateli, zda objasnění či dodatečné předložení informací a dokladů bude po dodavatelích vyžadovat (arg. „může“). Pokud dodavatel ve lhůtě stanovené pro doplnění dokladů či informací splnění kvalifikace prokáže, pokračuje dále v řízení, v opačném případě ho zadavatel z účasti vyloučí.

k takové změně v kvalifikaci dodavatele, že by jinak znamenala nesplnění kvalifikace, a dodavatel nejpozději do 7 dnů tuto skutečnost zadavateli písemně neoznámí a současně nepředloží potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.<sup>410</sup> Stejně postupuje zadavatel i tehdy, dojde-li k takové změně v kvalifikaci dodavatel v období od výběru nejvýhodnější nabídky do doby uzavření smlouvy.

### 7.5.2.5 Podlimitní koncesní smlouvy na stavby

Zákon o veřejných zakázkách umožňuje, pokud jde o zadávání podlimitní veřejné zakázky, aby zadavatel požadoval pouze prokázání splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů (§ 62 odst. 1 ZVZ, naproti tomu srov. § 51 odst. 1 ZVZ). Zda bude požadovat prokázání i ostatních kvalifikačních předpokladů, je ponecháno na jeho uvážení. Další úleva spočívá v tom, že splnění základních kvalifikačních předpokladů se u podlimitní veřejné zakázky prokazuje předložením čestného prohlášení, pokud zadavatel nestanoví, že některé či všechny základní kvalifikační předpoklady mají být prokázány tak jako u jiných než podlimitních veřejných zakázek.

Podle § 7 odst. 3 KZ se kvalifikace dodavatelů posuzuje podle ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Je otázka, zda lze i v koncesním řízení využít úlev jako u podlimitních veřejných zakázek dle § 62 ZVZ. Koncesní zákon podlimitní koncesní smlouvy neupravuje. V § 14 odst. 1 KZ jsou vymezeny tzv. nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce, což jsou koncesní smlouvy s předpokládanou hodnotou jejich předmětu vyšší než finanční limit stanovený nařízením vlády č. 78/2008 Sb., ve znění pozdějších předpisů, jejichž hlavním předmětem jsou stavební práce.<sup>411</sup> Tato hodnota činí 125 451 000 Kč.

Rozdělení veřejných zakázek podle výše předpokládané hodnoty je uvedeno v § 12 ZVZ. Jsou rozlišovány nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu. Finanční limit pro nadlimitní veřejné zakázky je stanoven v nařízení vlády č. 77/2008 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Pro další výklad nyní pouze uvedme, že finanční limit pro nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce, (jež jsou obdobou tzv.

---

<sup>410</sup> Podle § 58 odst. 1 ZVZ dojde-li do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky k *jakékoliv* změně v kvalifikaci dodavatele, která by jinak *znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60*, je dodavatel povinen nejpozději do 7 dnů tuto skutečnost veřejnému zadavateli písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu. V uvedeném ustanovení se vyskytuje tzv. *contradictio in adjecto*. Jakákoliv změna v kvalifikaci dodavatele totiž současně nemůže být takovou změnou, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60. Pouze taková změna v kvalifikaci dodavatele, která by znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60, tzn. ne jakákoliv změna, ale změna která se kvalifikace dotýká takovým způsobem, že by znamenala její nesplnění, je spojena s povinností dodavatele oznámit a doložit dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.

Požadavky na formu a stáří všech předkládaných dokladů jsou upraveny v § 57 ZVZ. Zadavatel může v zadávacích podmínkách stanovit požadavky na formu dokladů odlišně.

<sup>411</sup> Nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce jsou dále zmíněny v § 15 odst. 1 KZ a § 31 odst. 1 KZ.



nadlimitních koncesních smluv na stavební práce), činí dle § 2 odst. 3 nařízení vlády č. 77/2008 Sb., ve znění pozdějších předpisů, částku 125 451 000 Kč. Podlimitní veřejnou zakázkou se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty a nedosáhne finančního limitu podle odstavce 1, tj. částky dle § 2 odst. 3 nařízení vlády č. 77/2008 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

Z výše uvedeného přehledu je patrné za prvé, že finanční limit pro nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce a nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce je stejný a činí 125 451 000 Kč a za druhé, že v koncesním zákoně jsou uvedeny pouze tzv. nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce, zatímco v zákoně o veřejných zakázkách jsou uvedeny i kategorie podlimitních veřejných zakázek a veřejných zakázek malého rozsahu. Obdoba podlimitní veřejné zakázky dle zákona o veřejných zakázkách není v koncesním zákoně upravena. Z vymezení nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce nelze výkladem a contrario dovodit, že by koncesní smlouvy na stavební práce, které mají předpokládanou hodnotou jejich předmětu nižší než finanční limit stanovený nařízením vlády č. 78/2008 Sb., ve znění pozdějších předpisů, bylo možné označit za podlimitní koncesní smlouvy na stavební práce. Tento závěr nelze učinit ani na základě toho, že jak pro nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce tak pro nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce je stanoven totožný finanční limit. Finanční limit je stanoven odlišnými právními předpisy a navíc se jedná o finanční limit pro „nadlimitní“ koncesní smlouvu či veřejnou zakázku, nikoliv pro účely vymezení „podlimitní“ veřejné zakázky či koncesní smlouvy. Ani definici podlimitních veřejných zakázek není možné použít pro účely koncesního řízení a takto zavést do koncesního zákona kategorii podlimitních koncesních smluv, neboť žádný takový odkaz koncesní zákon neobsahuje, a tudíž tento výklad neumožňuje. Z výše uvedených důvodů máme za to, že postupovat dle § 62 ZVZ v koncesním řízení nelze. Lze se ovšem setkat i s názorem opačným.<sup>412</sup> Pak to ovšem znamená přípuštění toho, že zadavatel pro určité koncesní smlouvy vůbec nemusí požadovat prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů, což, vezmeme-li v úvahu povahu koncesních smluv a požadavky, které by měly na koncesionáře být kladeny, lze těžko přijmout.

---

<sup>412</sup> Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 75

### 7.5.2.6 Omezení počtu dodavatelů po prokázání splnění kvalifikace

Dodavatelé, kteří prokázali splnění kvalifikace, pokračují dále v koncesním řízení. Koncesní zákon, podobně jako zákon o veřejných zakázkách (§ 61 ZVZ) umožňuje, aby zadavatel počet dodavatelů, omezil. Předpokladem pro tento postup je, že zadavatel tuto možnost spolu s kritérii pro omezení počtu dodavatelů uvedl v oznámení. Způsob výběru dodavatelů, kteří budou z další účasti v koncesním řízení vyloučeni, na rozdíl od zákona o veřejných zakázkách, koncesní zákon nestanoví. Uplatní se však obecný postulát, že výběr musí být proveden transparentně, aniž by byla dotčena zásada rovného zacházení a při výběru nesmí být stanovena diskriminační kritéria (viz § 3a KZ). Způsob výběru rovněž musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu koncesní smlouvy. Při určení kritérií může zadavatel volně vycházet z § 61 ZVZ, byť koncesní zákon na toto ustanovení neodkazuje. Při absenci právní úpravy v koncesním zákoně, může zadavatel ze zákona o veřejných zakázkách získat určitou představu, jaká kritéria zvolit, aby jeho postup nebyl následně Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže shledán právně vadným (viz § 24b odst. 1 KZ).

Ať už zadavatel použije kritéria pro výběr stanovená v § 61 ZVZ nebo si stanoví svá vlastní, která budou splňovat podmínky § 3a KZ, a uvede je v oznámení, musí počet dodavatelů, které vybere do další fáze koncesního řízení, odpovídat počtu, jenž uvedl v oznámení. Výběr zadavatel provede tak, že dle stanovených kritérií určí, kteří dodavatelé je nejlépe splňují (pokud se nejedná o výběr losem – viz § 61 odst. 4 ZVZ, popř. jiným náhodným způsobem) a vejdu se do stanoveného počtu dodavatelů. Zadavatel po provedení výběru vyloučí dodavatele, kteří výběrem neprošli a písemně jim tuto skutečnost sdělí. Toto pravidlo sice v koncesním zákoně uvedeno není, pravidlo o počtu zájemců, které zadavatel vybere do další fáze řízení, však je možné dovodit z ustanovení § 7 odst. 4 KZ. Zde se uvádí, že k podání nabídky nebo k účasti v koncesním dialogu vyzve zadavatel v případě, že rozhoduje o omezení počtu dodavatelů, nejméně 3 dodavatele, jako zákonné minimum, do jakého počtu může zadavatel dodavatele, kteří prokázali splnění kvalifikace, omezit.<sup>413</sup> Z toho lze dovodit, že v oznámení by měl být uveden počet dodavatelů, na které chce zadavatel dodavatele, kteří se kvalifikovali, omezit. Povinnost nepostupující dodavatele informovat o vyloučení není v koncesním zákoně výslovně stanovena, odpovídá však praktické potřebě, aby dodavatelé, kteří se koncesního řízení účastní, byli o ukončení jejich účasti v koncesním řízení uvědomeni a byl jim sdělen důvod. Jde o projev zásady transparentnosti.

---

<sup>413</sup> K problematice omezení počtu dodavatelů a § 7 odst. 4 KZ viz také kapitola pojednávající o zrušení koncesního řízení.

Než uzavřeme tuto kapitolu, učiníme ještě poslední poznámku. Není jasné, zda zákonodárce zamýšlel ustanovení § 7 odst. 4 KZ pojmout jako samostatné, nebo zda toto ustanovení nedoplňuje § 61 ZVZ. Pro tento druhý závěr by svědčilo to, že kritéria výběru dodavatelů jsou uvedena v § 61 ZVZ a rovněž je zde popsán postup při výběru a při vylučování dodavatelů. Ustanovení o omezení počtu zájemců v zákoně o veřejných zakázkách je navíc systematicky zařazeno do hlavy V dílu 1 nazvaného „Požadavky veřejného zadavatele na kvalifikaci“. Na druhou stranu ustanovení § 7 odst. 3 KZ zní: Pro posuzování kvalifikace dodavatelů a pro jejich vylučování platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o kvalifikaci, jejíž prokázání požaduje po dodavateli veřejný zadavatel, a o jejich vylučování obdobně. Možnost zadavatele omezit počet dodavatelů se vztahuje pouze k těm dodavatelům, kteří prokázali splnění kvalifikace (viz § 7 odst. 4 KZ, ze stejné zásady vychází i § 61 odst. 1 ZVZ). Ti dodavatelé, kteří splnění kvalifikace neprokázali, zadavatel vyloučí a z okruhu těch, kteří splnění kvalifikace prokázali, může provést omezující výběr. Při tomto výběru však již zadavatel kvalifikaci neposuzuje, byť dle § 61 odst. 2 písm. c) ZVZ jeden z požadavků na kritéria pro omezení je ten, že musí odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval. Nejedná se však o posuzování kvalifikace jako takové, ale využití stanovených kvalifikačních předpokladů jako jednoho z požadavků na stanovení kritérií pro omezení počtu dodavatelů. Jestliže zadavatel při rozhodování o omezení dodavatelů znovu kvalifikaci neposuzuje, což je zásada, jež platí v obou předpisech (omezuje se počet dodavatelů z okruhu těch, kteří splnění kvalifikace prokázali, tj. u nichž již kvalifikace posouzena byla), nelze aplikovat zákon o veřejných zakázkách (konkrétně § 61 ZVZ) na základě odkazu v § 7 odst. 3 KZ, neboť ten odkazuje na zákon o veřejných zakázkách ohledně posuzování kvalifikace dodavatelů. V tomto odkazu je však současně uvedeno, že se vztahuje i na vylučování dodavatelů. Zadavatel rozhoduje o vyloučení dodavatelů nejen při nesplnění kvalifikace (§ 60 odst. 1 ZVZ), nýbrž dle zákona o veřejných zakázkách jsou vyloučeni i ti dodavatelé, kteří splnění kvalifikace prokázali, avšak při omezení počtu dodavatelů nebyli vybráni (§ 61 odst. 7 ZVZ). Z dikce ustanovení § 7 odst. 3 KZ jednoznačně nevyplývá, zda v případě vylučování se odkaz vztahuje pouze na vylučování, ke kterému dochází v souvislosti s posuzováním splnění kvalifikace dodavatelů, nebo zda je odkaz širší a uplatní se na všechny případy vylučování zařazené do hlavy V dílu 1 zákona o veřejných zakázkách. Pokud by v § 7 odst. 3 KZ spojení ... *a pro jejich vylučování platí* ... vztahovalo k ... *posuzování kvalifikace dodavatelů* ... nebylo by možné na základě tohoto odkazu § 61 ZVZ použít. Pokud by však spojení ... *a pro jejich vylučování platí* ...

bylo samostatné a nedoplňovalo před ním stojící spojení ... *posuzování kvalifikace dodavatelů* ..., bylo by možné postupovat dle § 61 ZVZ, neboť v tomto ustanovení je v zásadě upraven postup, který směřuje k vyloučení těch dodavatelů, kteří na základě omezení dodavatelů nebyli vybráni.

Domníváme se, že ustanovení § 7 odst. 4 KZ mělo pouze doplňovat § 61 ZVZ. Jednoznačný závěr o tom však jazykovým výkladem učinit nelze. Ani ze systematického zařazení § 61 ZVZ do hlavy o kvalifikaci v zákoně o veřejných zakázkách nelze bez jakékoliv pochybnosti uzavřít, že by se toto ustanovení mělo vztahovat i na koncesní řízení.

### **7.5.3 Fáze koncesního řízení po posouzení kvalifikace; koncesní dialog**

Po té, co zadavatel posoudil kvalifikaci dodavatelů, a ty, kteří ji nesplnili, vyloučil, případně ještě provedl omezení počtu dodavatelů, následuje další fáze koncesního řízení.

Pokud zadavatel nemá ještě zcela jasnou představu o koncesním projektu, může vyzvat dodavatele k účasti v koncesním dialogu.<sup>414</sup> O tom, že zadavatel zamýšlí vést s dodavatelem koncesní dialog, je povinen je informovat v oznámení. Cílem koncesního dialogu je nalezení jedné nebo více variant řešení koncesního projektu. Mělo by se jednat o situaci, kdy zadavatel má představu o svých požadavcích, pokud jde o výsledek, avšak tohoto výsledku je možné dosáhnout různými cestami. V rámci koncesního dialogu má zadavatel možnost vyjasnit si možné způsoby realizace předmětu koncesní smlouvy po stránce technické, realizační a nákladové náročnosti, zda a za jakých podmínek jsou dodavatelé ochotni a schopni jednotlivé způsoby realizovat a vyhodnotit, který způsob se jeví jako nejvhodnější. Výsledkem koncesního dialogu má být získání potřebných údajů pro vymezení činnosti, která má být předmětem koncesní smlouvy, vymezení ekonomických podmínek a právních vztahů vyplývajících z realizace koncesní smlouvy a ekonomické posouzení výhodnosti jejího zajištění formou koncesní smlouvy. Pokud se zpracovává koncesní projekt podle § 21 odst. 2 KZ, jsou tyto údaje jeho obsahem. Uskutečnění koncesního dialogu však není závislé na tom, zda jde o významnou koncesní smlouvu a nezbytnosti vypracovat koncesní projekt dle § 21 KZ.

Zadavatel by se měl vyvarovat toho, aby předmět koncesní smlouvy nevymezil příliš vágně (předmět koncesní smlouvy musí být stručně vymezen již v oznámení a musí být

---

<sup>414</sup> Je zajímavé, že český zákonodárce využil pravidel o průběhu soutěžního dialogu pro koncesní dialog. Koncesní dialog je určitou obdobou soutěžního dialogu, avšak na rozdíl od soutěžního dialogu, který je plnohodnotným druhem zadávacího řízení (viz § 21 odst. 1 písm. e) ZVZ), slouží koncesní dialog pouze k nalezení vhodného řešení koncesního projektu. Neslouží ale k výběru nabídky. V zahraniční praxi však je právě soutěžní dialog (competitive dialogue) druhem zadávacího řízení, který se pro účely zadávání zakázek k realizaci partnerství užívá (viz například LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – H (267)).

dostatečně určitý), bez své vlastní jasné představy, a prakticky tak vypracování koncesního projektu či získání podkladů pro něj nepřenechal dodavatelům účastnícím se koncesního dialogu. Koncesní dialog nenahrazuje činnost zadavatele, při které získává vlastní údaje k vypracování koncesního projektu.

Koncesní zákon nestanoví žádná kritéria, kdy může zadavatel koncesní dialog užít. Je tedy na jeho vlastním uvážení, zda vyzve dodavatele k účasti koncesním dialogu, nebo je rovnou vyzve k podání nabídek, aniž by koncesní dialog proběhl.

Je si také nutné uvědomit, že provedení koncesního dialogu nemusí být bez rizik pro zadavatele. Dodavatelé mohou prezentovat pro sebe nejvýhodnější variantu a jiné možné zamlčet, popř. se k nim budou stavět rezervovaně a zdůrazňovat negativní stránky jiných než jimi preferovaných variant, aniž by bylo objektivně zjištěno, že jiné varianty jsou horší. Takové situace jsou především možné, pokud k účasti na koncesním dialogu bude vyzván malý počet dodavatelů nebo pokud půjde o zvláště specifický předmět koncesní smlouvy, kde bude z povahy věci omezená soutěž mezi dodavateli a tedy možnost předkládat více variant řešení. Nelze ani vyloučit, že dodavatelé za účelem získání výhod budou v koncesním dialogu postupovat ve vzájemném srozumění.

Na základě nalezeného řešení koncesního projektu v koncesním dialogu zadavatel vypracuje koncesní dokumentaci (§ 7 odst. 5 písm. b) KZ). Pokud jde o tzv. významnou koncesní smlouvu, na základě nalezeného řešení koncesního projektu vypracuje zadavatel koncesní projekt (§ 21 odst. 1 KZ) a nechá ho schválit (§ 22 odst. 1 KZ) jako podklad pro vypracování koncesní dokumentace (§ 22 odst. 2 KZ). Po zpracování koncesní dokumentace vyzve dodavatele k podání nabídek.

Stejně jako řada dalších postupů v koncesním řízení, je i úprava jednání v koncesním dialogu kombinovaná a je obsažena jak v koncesním zákoně, tak na základě odkazu v § 10 odst. 2 KZ i v zákoně o veřejných zakázkách. Platí, že na postup zadavatele při hledání vhodného řešení v koncesním dialogu se obdobně použijí ustanovení o průběhu soutěžního dialogu. Zákon o veřejných zakázkách upravuje soutěžní dialog jako druh zadávacího řízení (§ 21 odst. 1 ZVZ). Na základě výše uvedeného odkazu se ale pro účely koncesního dialogu použijí pouze ta ustanovení, která se týkají *průběhu* soutěžního dialogu.<sup>415</sup> Průběh soutěžního dialogu je upraven v § 36 ZVZ, o čemž svědčí nejen vlastní obsah tohoto ustanovení, ale i název paragrafu „§ 36 Průběh soutěžního dialogu.“<sup>416</sup>

---

<sup>415</sup> Nepoužije se tak ustanovení § 35 ani § 37 ZVZ.

<sup>416</sup> V koncesním řízení tak nejsou přípustné soutěžní ceny, neboť ty jsou upraveny v 35 odst. 6 ZVZ.

Koncesní dialog se zahajuje písemnou výzvou zadavatele k účasti dodavatelům, kteří prokázali splnění kvalifikace, a případně nebyli vyloučeni z důvodu omezení jejich počtu. Výzvu zadavatel zašle těmto dodavatelům a popíše v ní předmět jednání, uvede informace o místě a době jednání a o jazyce, v jakém bude jednání probíhat (§ 10 odst. 1 KZ). Popis předmětu musí odpovídat tomu, jak byl vymezen v oznámení, může však být blíže konkretizován. Zákon dává velkou volnost ve vymezení předmětu jednání. Umožňuje, aby předmět jednání byl vymezen i prostřednictvím specifikace potřeb a požadavků zadavatele na předmět koncesní smlouvy. Vždy ale musí být zřejmé, o čem se má jednat. Zadavatel ve výzvě může uvést i další údaje. Především může stanovit pravidla pro průběh jednání.

Je důležité si uvědomit, že koncesní dialog slouží k nalezení řešení koncesního projektu a nedotýká se další účasti dodavatelů v koncesním řízení. Není-li zadavatelem akceptováno řešení předložené některým z dodavatelů, nebo je-li řešení „vyloučeno“ při snižování počtu řešení, o kterých se jedná, při vícefázovém koncesním dialogu (§ 36 odst. 6 ZVZ), dodavatel se i nadále koncesního řízení účastní a je po skončení koncesního dialogu vyzván k podání nabídky (§ 7 odst. 5 písm. b), § 10 odst. 3 KZ).

Z § 36 ZVZ vyplývají následující pravidla pro vedení koncesního dialogu. Zadavatel není nijak při jednání s dodavatelem omezen a v mezích uvedeného předmětu jednání může projednat s dodavatelem veškeré aspekty předmětu koncesní smlouvy. Jde o aspekty právní, technické, finanční apod. Musí však mít souvislost se zadávanou koncesní smlouvou. Při jednání je zadavatel povinen dodržet zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace dodavatelů. Zásada rovného zacházení v praxi především znamená, že zadavatel by u každého z navržených řešení měl projednat stejný okruh záležitostí ve stejném rozsahu. Zadavatel je rovněž povinen zajistit důvěrnost informací sdělených mu jednotlivými dodavateli.

Podle § 36 odst. 6 ZVZ si může zadavatel v oznámení soutěžního dialogu vyhradit, že soutěžní dialog bude probíhat ve fázích, jejichž cílem je snížit počet řešení, o nichž bude nadále probíhat soutěžní dialog. Snížení počtu řešení zadavatel provede podle hodnotících kritérií uvedených v oznámení soutěžního dialogu po skončení každé fáze. Uvedený postup je nepochybně možný i v koncesním dialogu. Hodlá-li zadavatel této výhrady využít, uvede ji v oznámení o zahájení koncesního řízení a současně uvede kritéria, podle kterých bude počet řešení snižovat.<sup>417</sup> Tuto výhradu je vhodné uvést rovněž ve výzvě k účasti v koncesním

---

<sup>417</sup> Ani formulář oznámení o zahájení koncesního řízení s výjimkou nadlimitních koncesních smluv na stavby dle § 31 odst. 2 KZ ani formulář dle nařízení Komise č. 1564/2005 nemají žádnou specifickou kolonku pro uvedení

dialogu. Ustanovení § 36 odst. 6 ZVZ navazuje na ustanovení § 35 odst. 5 písm. c) ZVZ, které však pro koncesní řízení neplatí. Vystává otázka, podle jakých kritérií je zadavatel oprávněn počet řešení snížit.

V ustanovení § 7 odst. 1 in fine KZ je stanoveno, že v případě, že zadavatel vede koncesní dialog, uvede v oznámení předběžná dílčí kritéria, včetně váhy.<sup>418</sup> Význam ustanovení § 7 odst. 1 in fine KZ je poněkud nejasný. V původním návrhu zákona toto ustanovení obsaženo nebylo.<sup>419</sup> Z ustanovení není jasné, zda se má jednat o předběžná dílčí kritéria ve vztahu k dílčími kritériím pro hodnocení nabídek, nebo o jiná předběžná dílčí kritéria, například vztahující se k postupu v koncesním dialogu. Ze zákona mezi dílčími kritérii pro hodnocení nabídek a předběžnými dílčími kritérii není žádný vztah a nevyplývá z něj, že by například zadavatel musel být předběžnými dílčími kritérii, která uvedl v oznámení a jejichž „uplatnitelnost“ ověřil při hledání možných řešení v koncesním dialogu, vázán a že by dílčí kritéria pro hodnocení nabídek musela vzejít z předběžných dílčích kritérií.

Dále, odpovídá povaze věci, že pro výběr řešení či několika variant řešení koncesního projektu nestanoví zákon žádná kritéria. Cílem koncesního dialogu je nalezení vhodných řešení z pohledu zadavatele s ohledem na jeho potřeby a požadavky právě v případech, kdy zpravidla není možné předem stanovit jednoznačná kritéria pro výběr jednoho konkrétního řešení a kdy zpravidla je možných několik výsledných řešení, jež se však v jednotlivostech liší co do výhodnosti, anebo odlišně naplňují stejné potřeby a požadavky zadavatele.<sup>420</sup> Zadavatel v koncesním dialogu pokračuje do té doby, dokud nevybere jedno či více řešení způsobilých splnit jeho potřeby a požadavky (§ 36 odst. 7 ZVZ) jako řešení koncesního projektu.

Kloníme se k závěru, že předběžná dílčí kritéria mají v koncesním řízení, ve kterém se vede koncesní dialog, ten význam, že slouží jako dílčí kritéria pro hodnocení nabídek do doby, než jsou dodavatelé vyzváni po ukončení koncesního dialogu k podání nabídek. Vzhledem k tomu, že na jedné straně mají zadavatelé právo od samého zahájení koncesního řízení vědět, dle jakých kritérií bude rozhodováno o výběru dodavatele, a na straně druhé koncesní dialog slouží k hledání řešení koncesního projektu, je zřejmé, že dílčí hodnotící

---

hodnotících kritérií pro snížení počtu řešení, a je proto nutné využít části formulářů určené pro doplňující informace.

<sup>418</sup> Ustanovení § 7 odst. 1 věta druhá KZ zní: V případě postupu podle odstavce 5 písm. a) zadavatel uvede v oznámení dílčí kritéria pro hodnocení nabídek, včetně jejich váhy; v případě postupu podle odstavce 5 písm. b) zadavatel uvede předběžná dílčí kritéria, včetně jejich váhy.

<sup>419</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, návrh znění § 7 a § 10

<sup>420</sup> Například má-li zadavatel požadavek na zjištění fungování nemocnice o kapacitě 500 lůžek, může být tato potřeba při stejné finanční náročnosti zajištěna v řešení 1 tak, že dodavatel bude komplex provozovat po určitou dobu, a pak jej převede na zadavatele, nebo dle řešení 2 vlastníkem komplexu bude od počátku zadavatel a veškerá správa a užívání komplexu bude přenecháno na určitou dobu dodavateli.

kritéria by se v důsledku změn koncesního projektu a v důsledku toho i změn koncesní dokumentace mohla změnit. Proto zákon pro koncesní dialog stanoví na místo dílčích kritérií pro hodnocení předběžná dílčí kritéria, jež je do doby výzvy k podání nabídek nahrazují, a současně zadavatel má možnost tato kritéria prověřit, zda s ohledem na nalezené řešení mohou být uplatněna jako dílčí kritéria pro hodnocení nabídek. Snížení počtu řešení, o nichž bude probíhat koncesní dialog, se proto provede podle předběžných dílčích kritérií.

Jak již bylo uvedeno, koncesní dialog trvá, dokud zadavatel neurčí jedno nebo více řešení způsobilých splnit jeho potřeby a požadavky. Toto pravidlo platí jak pro koncesní dialog, ve kterém nedochází k omezování počtu řešení, tak pro koncesní dialog probíhající ve fázích s postupným snižováním počtu řešení. S ohledem na to proto zákon nestanoví, kolik fází může proběhnout. Pokud však zadavatel ve výzvě k účasti v koncesním dialogu (§ 10 odst. 1 KZ) uvede postup v koncesním dialogu, počet fází a postup při snížení počtu řešení (dle § 36 odst. 6 ZVZ musí být pouze hodnotící kritéria pro snížení uvedena v oznámení, to nebrání tomu, aby jiné skutečnosti, například počet fází, zadavatel uvedl ve výzvě) je povinen uvedený postup dodržet, byť by mu zákon umožňoval, aby postupoval jinak (zákon počet fází neomezuje). Lze si představit i situaci, kdy zadavatel provede první fázi jednání, poté sníží podle stanovených kritérií počet řešení pouze o jedno či dvě, která mu nejméně vyhovují, a pokračuje v dalším jednání s několika variantami řešení, avšak dále již jejich počet nesnižuje.

Důležitou součástí koncesního dialogu je protokolace jednání. Z protokolu o každém jednání v rámci koncesního dialogu musí být patrný předmět a výsledek jednání. Je to projev zásady transparentnosti a pro dodavatele slouží jako záruka pro dodržení pravidla, že každé řešení má být projednáno ve stejném rozsahu (§ 36 odst. 5 ZVZ). V praxi obvykle budou dodavatelé účastníci se jednání předkládat řešení písemně, které budou mít předem připravené na základě informací z oznámení a výzvy k účasti v koncesním dialogu, popř. doplněné na základě jednání. Součástí protokolu tedy budou přílohy, ve kterých budou obsaženy písemnosti týkající se řešení předkládaného určitým dodavatelem. Vysvětlení, úpravy a změny, ke kterým dojde při jednání, poté budou obsaženy v protokolu. Předkládaná řešení jsou koncepty, nejedná se o návrh smlouvy, a proto nezavazují ani dodavatele, kteří je předložili, ani zadavatele v případě, že určité řešení shledá způsobilým naplnit jeho potřeby a požadavky.

### **Praktické možnosti vedení koncesního dialogu**

Z výše uvedených pravidel se podávají především tyto způsoby vedení koncesního dialogu: Zadavatel jedná s dodavateli odděleně, při několika jednáních (jednací kolo), bez



snižování počtu řešení.<sup>421</sup> Hlavní nevýhodou tohoto řešení, a vlastně všech oddělených jednání v koncesním dialogu, je dle našeho názoru povinnost zadavatele zachovávat důvěrnost navrhovaných řešení (§ 36 odst. 3 ZVZ) a možnost tato řešení zpřístupnit pouze na základě předchozího písemného souhlasu dodavatele, který řešení navrhnul. Zadavatel tak nemá bez souhlasu dodavatele možnost „postavit“ řešení určitého dodavatele proti řešení jiného dodavatele. Řešením by mohlo být stanovit ve výzvě k účasti v koncesním dialogu (jako další, zákonem nevyžadovanou, doplňkovou informaci) požadavek zadavatele na jednotlivé dodavatele k udělení souhlasu k zpřístupnění řešení jiným dodavatelům. Z dikce ustanovení § 36 odst. 3 věta třetí ZVZ však vyplývá, že souhlas není možné dát paušálně předem, nýbrž že souhlas k zpřístupnění je možné dát až ohledně konkrétního řešení.<sup>422</sup> Možnost získání souhlasu je tak problematická a zadavatel si jej nemůže nijak vynucovat. Z hlediska taktiky vedení jednání je nemožnost pro zadavatele „postavit proti sobě“ jednotlivá řešení spíše nevýhodná.

Zadavatel jedná s dodavateli odděleně, pouze jednou, bez snižování počtu řešení; alternativně může docházet ke snižování počtu řešení, dokud není nalezeno řešení, které splní jeho potřeby a požadavky.

Zadavatel jedná se všemi dodavateli společně, při několika jednáních, bez snižování počtu řešení, dokud není nalezeno řešení, které splní jeho potřeby a požadavky.

Zadavatel jedná se všemi dodavateli společně, pouze jednou, bez snižování počtu řešení; alternativně může docházet ke snižování počtu řešení, dokud není nalezeno řešení, které splní jeho potřeby a požadavky.

Zadavatel jedná s dodavateli odděleně, při několika jednáních s tím, že dochází ke snižování počtu řešení, dokud není nalezeno řešení, které splní jeho potřeby a požadavky; alternativně může jednat se všemi dodavateli společně.

Povinnost zadavatele zachovat obdobný předmět a rozsah jednání se všemi dodavateli podle § 36 odst. 5 ZVZ se netýká pouze případu, kdy zadavatel nejedná se všemi dodavateli současně, jednají tedy odděleně, nýbrž toto pravidlo platí obecně pro všechna jednání. Vzhledem k tomu, že cílem jednání je nalezení řešení, které splní potřeby a požadavky dodavatele, je na místě, aby jednotlivá řešení byla projednána ve stejném rozsahu, pokud to

---

<sup>421</sup> Rozlišujeme opakované jednání v rámci jednacího kola a fázi koncesního dialogu. Jednací kolo trvá, dokud zadavatel při jednom nebo více jednáních (například vzhledem k rozsahu požadavků) neprojedná veškeré své požadavky na předmět koncesní smlouvy, které považuje za vhodné s dodavateli společně či odděleně projednat. Fáze koncesního dialogu pak zahrnují uzavřené jednací kolo.

<sup>422</sup> Podle § 36 odst. 3 věta třetí ZVZ zpřístupnit navrhované řešení či důvěrné informace je zadavatel oprávněn pouze tehdy, pokud k tomu obdržel předchozí písemný *souhlas zájemce, který takové řešení navrhnul* nebo jehož se takové informace týkají.

jejich povaha připouští a za tím účelem je možné uskutečnit ohledně určitého řešení i více jednání.

Od počtu jednání s dodavateli je však nutné odlišovat fáze koncesního dialogu, dochází-li ke snižování počtu řešení. Pokud zadavatel o určité řešení jejich celkový počet sníží, v koncesním dialogu se už dále o tomto řešení nejedná a dodavatel, který toto řešení navrhl, se dále jednání již neúčastní. Zákon nestanoví počet řešení, která jsou jednotliví dodavatelé oprávněni navrhnout. Pokud dodavatel navrhne několik řešení a do další fáze koncesního dialogu postoupí jen některé z nich, dodavatel se jednání v koncesním dialogu účastní do té doby, dokud o všechny jím navržená řešení není jejich celkový počet snížen.

Je pravidlem, že koncesní dialog probíhá tak, že dodavatelé předkládají řešení a že zadavatel si pak jedno řešení, popřípadě více řešení od jednoho či více dodavatelů vybere jako způsobilé splnit jeho potřeby a požadavky a na základě toho vypracuje koncesní projekt. Domníváme se však, a dikce § 36 ZVZ tomu nijak nebrání, že zadavatel na základě ověření proveditelnosti svých požadavků a možností řešení svých potřeb představených dodavateli v jednotlivých řešeních nemusí vybrat jedno či několik konkrétních řešení od určitého či určitých dodavatelů, ale může na tomto základě vytvořit řešení vlastní, obsahující prvky jednoho či více představených řešení. Máme za to, že zadavatel může předložená řešení zkombinovat (viz dikce § 7 odst. 5 písm. b) KZ – účelem koncesního dialogu je *nalezení* vhodných řešení koncesního projektu, nikoliv například výběr).

Zadavatel není povinen jednat se všemi dodavateli současně. Toto pravidlo nebrání tomu, aby zadavatel ve výzvě k účasti v koncesním dialogu uvedl, že budou v první fázi jednat odděleně (samostatně) a poté současně (společně), nebo obráceně, popř. že i v koncesním dialogu, který není rozdělen na fáze (nedochází ke snižování počtu řešení) budou probíhat jednání společná a oddělená.

Podle § 36 odst. 3 ZVZ musí zadavatel zajistit důvěrnost navrhovaných řešení nebo jiných informací sdělených zájemcem v koncesním dialogu. Toto pravidlo plně platí při odděleném jednání. Pokud však zadavatel vede s dodavateli společné jednání, těžko může zadavatel zajistit důvěrnost informací mezi jednotlivými dodavateli. V tomto případě tato povinnost stíhá dodavatele ve vztahu ke třetím osobám.

V okamžiku, kdy zadavatel dospěje k závěru, že je schopen určit jedno nebo více řešení koncesního projektu, bylo účelu koncesního dialogu dosaženo. Na základě identifikovaných řešení, popř. zjištění, že určité (například na počátku zadavatelem preferované) řešení není proveditelné nebo jen za podstatně změněných podmínek, vypracuje zadavatel koncesní projekt. Schválený koncesní projekt, jde-li o postup dle § 22 odst. 1 KZ,

slouží k vypracování koncesní dokumentace, která představuje soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.

Nalezení jednoho či více vhodných řešení koncesního projektu v koncesním dialogu je třeba odlišovat od povinného vypracování koncesního projektu u tzv. významných koncesních smluv (§ 20 odst. 1 KZ). Realizace koncesního dialogu je fakultativní a záleží plně na zadavateli, zda dialog povede, či nikoliv. Naproti tomu vypracování koncesního projektu dle § 21 KZ je pro významné koncesní smlouvy obligatorní. Hledání vhodných řešení koncesního projektu se děje v koncesním dialogu (viz § 7 odst. 5 písm. b), § 10 KZ). Přitom se postupuje podle pravidel zákona o veřejných zakázkách o průběhu soutěžního dialogu.<sup>423</sup> Podle jednoho z těchto pravidel je cílem jednání v (soutěžním) dialogu nalézt a vymezit jedno nebo více vhodných řešení způsobilých splnit potřeby a požadavky zadavatele.<sup>424</sup> Cílem koncesního dialogu je tak nalezení a vymezení vhodných řešení (koncesního) projektu. Koncesní projekt je pak podkladem pro vypracování koncesní dokumentace. Koncesní dokumentaci povinně vypracovává každý zadavatel (i ten, který koncesní dialog nevedl), neboť jsou v ní obsaženy základní údaje a požadavky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli předložit relevantní nabídky.

Cíl koncesního projektu podle § 21 KZ je poněkud jiný. Cílem v tomto případě není nalezení *vhodných* řešení koncesního projektu, ale vymezení *možných* způsobů zajištění potřeb zadavatele, jejich ekonomické a právní posouzení a porovnání, a to zejména z hlediska možného zajištění potřeb formou koncesní smlouvy a veřejné zakázky.<sup>425</sup> Jde v zásadě o test vhodnosti a celkové výhodnosti volby řešení formou koncesní smlouvy, nikoliv konkrétního způsobu realizace koncese a obsahu koncesní smlouvy, neboť ten je předmětem koncesního dialogu. Koncesní projekt dle § 21 KZ zajistí zadavatel buď před zahájením koncesního řízení, nebo, pokud se rozhodne pro vedení koncesního dialogu, po jeho provedení před tím než vyzve dodavatele k podání nabídek. Řešení koncesního projektu vzešlá z koncesního dialogu jsou při vypracování koncesního projektu dle § 21 KZ prezentována jako konkrétní řešení, ke kterým zadavatel dospěl s dodavateli, a jako konkrétní řešení mohou být v rámci zpracování koncesního projektu dle § 21 KZ lépe posouzena a porovnána co do výhodnosti s jinými možnými formami zajištění potřeb zadavatele.

---

<sup>423</sup> Viz § 10 odst. 2 KZ

<sup>424</sup> Viz § 36 odst. 1 ZVZ

<sup>425</sup> Viz § 3 vyhlášky č. 217/2006 Sb.

Z praktického hlediska považujeme za vhodné, aby období koncesního projektu dle § 21 KZ vypracoval v rámci přípravy koncesního řízení i zadavatel, který tak činit nemusí. Pokud povede koncesní dialog, měl by po jeho skončení konfrontovat závěry obsažené v koncesním projektu z fáze před zahájením koncesního řízení se závěry z koncesního dialogu.

Jednání v koncesním dialogu se formálně ukončuje písemným vyrozuměním zadavatele, které se zasílá všem dodavatelům, kteří byli vyzváni k účasti v koncesním dialogu (tedy i těm, jejichž řešení do další fáze koncesního dialogu nepostoupilo, pokud dialog probíhal s postupným snižováním počtu řešení). Současně zadavatel vyzve dodavatele, kteří se koncesního dialogu účastnili, k podání nabídek.<sup>426</sup>

#### **7.5.4 Koncesní dokumentace**

Před tím, než se budeme věnovat dalšímu postupu v koncesním řízení a podání nabídek, je vhodné pojednat o tzv. koncesní dokumentaci. Z hlediska časového průběhu koncesního řízení totiž spadá doba, kdy zadavatel zpracovává tuto dokumentaci, mezi okamžik, kdy je vypracován koncesní projekt, (pokud jeho vypracování zákon požaduje), po provedeném koncesním dialogu a tím, než je zaslána výzva dodavatelům k podání nabídek. Pokud zadavatel koncesní dialog nevedl, musí koncesní dokumentaci zpracovat před tím, než vyzve dodavatele k podání nabídek. Koncesní dokumentace nebo podmínky jejího poskytnutí, je-li zvláště rozsáhlá, jsou součástí výzvy k podání nabídek a představuje nejucelenější a konečný soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele pro vypracování nabídek dodavatelem a zprostředkovaně tak jsou v ní stanoveny požadavky na obsah koncesní smlouvy. Obsah koncesní dokumentace se stanoví obdobně jako obsah zadávací dokumentace dle zákona o veřejných zakázkách (§ 44 ZVZ).<sup>427</sup> V koncesní dokumentaci se odráží řešení koncesního projektu, jak bylo nalezeno v koncesním dialogu, pokud zadavatel vedl koncesní dialog. Jde-li o koncesní projekt ve smyslu § 21 odst. 1 KZ je schválený koncesní projekt podkladem pro vypracování koncesní dokumentace.

Podle § 44 odst. 1 ZVZ za správnost a úplnost zadávací (koncesní) dokumentace odpovídá zadavatel. Z tohoto ustanovení vyplývá, že je povinností zadavatele, aby

---

<sup>426</sup> Vzhledem k tomu, že koncesní projekt má zadavatel vypracovat před tím, než vyzve dodavatele k podání nabídek (§ 21 odst. 1 in fine KZ), je z hlediska časové souvislosti praktické postupovat tak, že po té, co zadavatel získá na základě konečného řešení představu o podobě koncesního projektu, vypracuje koncesní projekt, a poté zašle vyrozumění o ukončení jednání v koncesním dialogu a výzvu k podání nabídek.

<sup>427</sup> Viz § 8 odst. 1 písm. a) in fine KZ. Přestože tento odkaz odkazuje na obdobné užití ustanovení zákona o veřejných zakázkách jen, pokud jde o „obsah koncesní dokumentace“, v zásadě se užije ustanovení § 44 ZVZ celé, včetně prvního odstavce, v němž je vymezeno, kdo odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace. Toto ustanovení by jinak absentovalo, neboť v koncesním zákoně tato úprava chybí.

překontroloval, zda v koncesní dokumentaci jsou uvedeny veškeré jím požadované údaje a podmínky a zda jsou uvedeny správně (například číselně stanovené limity). Není tedy rozhodné, zda zadavatel zpracování koncesní dokumentace prováděl sám, či zda její vypracování zadal jiné osobě.

Je otázkou, zda může zadavatel změnit obsah koncesní dokumentace, případně jiné koncesní podmínky a především dílčí kritéria pro hodnocení nabídek v průběhu koncesního řízení. Zákon v této věci nic nestanoví. Při řešení této otázky je třeba vyjít ze základních zásad koncesního řízení (§ 3a KZ) a jeho průběhu. Koncesní řízení je zahájeno uveřejněním oznámení (§ 6 odst. 1 KZ). Po té následuje doručování žádostí o účast v koncesním řízení (ve stanovené lhůtě) a posouzení kvalifikace dodavatelů. Pak následuje buď výzva k podání nabídek (nabídky musejí být podány ve stanovené lhůtě), nebo jednání v koncesním dialogu. Pokud probíhá jednání v koncesním dialogu, je jeho výsledkem řešení koncesního projektu a teprve na jeho základě zadavatel vyzve dodavatele k podání nabídek. K podání nabídek, probíhá-li jednání v koncesním dialogu, však zadavatel vyzve pouze ty dodavatele, kteří již na začátku podali žádost o účast v koncesním řízení. Základní zásady koncesního řízení jsou zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Z toho vyplývá, že možnost změny závisí jednak na zvoleném postupu v koncesním řízení a dále je vázána na fázi koncesního řízení. Změna je při dodržení základních zásad přípustná do doby uplynutí lhůty pro doručení žádosti o účast v koncesním řízení. Musí však být dána na vědomí jak dodavatelům, kteří již žádost o účast v koncesním řízení podali, tak také musí být oznámena, jako-by šlo o zahájení „nového“ koncesního řízení, neboť jedině tak nebude porušena zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace (vůči případným dodavatelům, kteří za dříve uveřejněných podmínek neměli zájem žádost podat, ale po změně by ji měli).<sup>428</sup> Pokud by se změna měla týkat koncesní dokumentace, tj. ke změně by došlo po té, co uplynula lhůta pro podání nabídek, bylo by možné učinit v koncesní dokumentaci pouze takové změny, které by neměly vliv na okruh dodavatelů, kteří by jinak podali žádost o účast v koncesním řízení. Z povahy věci vyplývá, že by mohlo jít spíše než o změny podmínek o formální opravy.

Určité specifikum platí pro koncesní řízení, ve kterém probíhá koncesní dialog. Cílem koncesního dialogu je nalezení jednoho nebo více vhodných řešení koncesního projektu

---

<sup>428</sup> Ve věci Komise v. Belgické království – rozsudek Soudního dvora ze dne 25.4.1996 C-87/94 – byla Komise názoru, že pokud měl zadavatel potřebu své požadavky v zadávací dokumentaci upravit, měl je změnit a dát možnost všem dodavatelům, nikoliv pouze jednomu, na to ve svých nabídkách reagovat (bod 67). Nicméně Soudní dvůr se k správnosti názoru Komise dále nevyjadřoval, neboť porušení zásady rovného zacházení bylo shledáno už tím, že zadavatel přihlédl k upravené nabídce pouze jednoho z dodavatelů. (V daném případě však mělo jít o úpravu zadávacích podmínek poté, co byly nabídky otevřeny. Takový postup je jednoznačně nesprávný.)

(§ 7 odst. 5 písm. b) KZ). Rovněž teprve až na základě výsledků koncesního dialogu jsou stanovena dílčí kritéria pro hodnocení nabídek (§ 10 odst. 3 in fine KZ), v oznámení se uvádí pouze předběžná dílčí kritéria. V tomto případě jsou určité změny koncesních podmínek po uplynutí lhůty pro doručení žádosti o účast v koncesním řízení a před počátkem lhůty pro podání nabídek možné, pokud vyplývají z výsledků koncesního dialogu. Zákon výslovně takto umožňuje upravit dílčí kritéria pro hodnocení nabídek. Vzhledem k tomu, že k podání nabídek, probíhá-li jednání v koncesním dialogu, zadavatel vyzve pouze ty dodavatele, kteří již na počátku koncesního řízení podali žádost o účast v něm, a s ohledem na základní zásady však takové změny musejí být přiměřené a zohledňovat výsledky jednání v koncesním dialogu. Zadavatel nemůže takto koncesní podmínky změnit, pokud změna nevyplývá z výsledků jednání v koncesním dialogu.

Pokud zadavatel s dodavatelem o nabídkách jedná (§ 8 odst. 2, § 9 KZ), je jakákoliv změna koncesních podmínek v návaznosti na probíhající jednání o nabídkách nepřipustná. Při jednání o nabídkách lze jednat pouze o nabídkách, v žádném případě ne o koncesních podmínkách.

U projektů v rámci partnerství a tedy i u koncesí bude zpravidla docházet k tomu, že zadavatel vypracování koncesní dokumentace (a v zásadě veškeré dokumentace k projektu tedy i koncesního projektu) zadá třetímu subjektu.<sup>429</sup> Tento subjekt obvykle bude pověřen i kontrolou nad dodržováním plnění koncesní smlouvy. Spolupráci s touto osobou zadavatel zpravidla naváže v okamžiku, kdy se rozhodne, že určitý statek chce zajišťovat prostřednictvím koncese, ještě před zahájením koncesního řízení. Zadavatel tuto osobou vybere postupem podle zákona o veřejných zakázkách, zpravidla se bude jednat o veřejnou zakázku na služby, a jejich vztah bude upravený smlouvou, kterou mezi sebou uzavřou.<sup>430</sup> Tato osoba ale jako zadavatel v koncesním řízení nevystupuje a výsledky její činnosti slouží pouze zadavateli, který je použije pro své potřeby v koncesním řízení.

Pokud jde o vlastní obsah koncesní dokumentace, rozlišuje zákon, které náležitosti musejí být vždy uvedeny, a ty, jejichž uvedení je ponecháno na vůli zadavatele. Koncesní dokumentace může obsahovat podrobnou specifikaci údajů uvedených v oznámení (§ 44 odst. 2 ZVZ). Tak tomu bude i v koncesním řízení, neboť s ohledem na složitost předmětu koncesní smlouvy a i s ohledem na to, že zpravidla celkový koncept projektu bude znám až po

---

<sup>429</sup> Centrální orgány státu obvykle zřizují poradní centra, která pomáhají veřejnoprávním subjektům s přípravou a realizací projektů partnerství. Nemusí se tedy jednat pouze o soukromoprávní nestátní subjekty.

<sup>430</sup> Půjde o služby uvedené v Příloze č. 1 k zákonu o veřejných zakázkách kategorie 11 Poradenství a s tím spojené služby, kategorie 12 Služby architektů, inženýrské služby a integrované inženýrské služby, územní plánování, související vědeckotechnické poradenství, služby zkušeben a provádění analýz a Příloze č. 2 kategorie 21 Právní služby.

provedení koncesního dialogu, budou zadavatelé podrobnou specifikaci včetně konkrétního způsobu realizace předmětu koncesní smlouvy (například zpočátku není jasné délka trvání koncesního vztahu, právní vztahy k majetku určenému k realizaci koncesní smlouvy) uvádět v koncesní dokumentaci tak, aby dodavatelé mohli na požadovaný předmět předložit relevantní nabídky.

I když zadavatel nevyužil možnosti podrobněji specifikovat údaje obsažené v oznámení (protože byly dostatečně podrobné), obsahuje zadávací dokumentace vždy tyto náležitosti:<sup>431</sup>

a) obchodní podmínky

Obchodní podmínky představují požadavky zadavatele na plnění vyjádřené v právních formách. Jsou to podmínky, kterými se bude řídit vztah mezi zadavatelem a koncesionářem, případně jsou zde upravena i práva a povinnosti ve vztahu mezi stranami koncesní smlouvy a třetími osobami (například přístup uživatelů ke statku). V obchodních podmínkách jsou upravena vzájemná práva a povinnosti stran koncesní smlouvy, které zadavatel požaduje, aby byly následně vtěleny do koncesní smlouvy. Nespadají sem však podmínky na vlastní předmět koncesní smlouvy, neboť požadavky zadavatele na něj jsou vymezeny v technických podmínkách. Vzhledem k charakteru koncesí máme za to, že obchodní podmínky, případně koncesní dokumentace jako celek, musí obsahovat požadavky a podmínky na plnění v širším a detailnějším rozsahu.

V obchodních podmínkách zadavatel zpravidla vymezení netechnické požadavky na plnění, okamžik zahájení přípravných prací ke splnění závazku z koncesní smlouvy, okamžik zahájení poskytování plnění z koncesní smlouvy, v čem spočívá právo využívat plnění (brát z něj užitky), dobu, po kterou bude koncesionář oprávněn brát užitky z plnění, délku celkového trvání vztahu z koncesní smlouvy, rozsah a druh rizika, které je přenášeno na koncesionáře, způsoby zajištění závazků z koncesní smlouvy, sankce v případě porušení povinností z koncesní smlouvy (především výši nebo způsob určení výše smluvní pokuty, na porušení jakých povinností se smluvní pokuta vztahuje, případy, kdy povinnost platit smluvní pokutu nevzniká), vymezení právních vztahů k věcem a dalšímu majetku v souvislosti

---

<sup>431</sup> Koncesní dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezující předmět koncesní smlouvy v *podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky* (§ 44 odst. 1 ZVZ). Pokud již z oznámení je specifikace předmětu koncesní smlouvy zřejmá, omezuje se koncesní dokumentace na doplnění dalších podrobností nezbytných pro zpracování nabídek. Koncesní dokumentace přitom musí být sestavena a vymezena tak, aby umožňovala porovnání nabídek. Pokud v oznámení není specifikace předmětu koncesní smlouvy uvedena v takové míře, aby umožňovala předložit (porovnatelné) nabídky, jsou nezbytné údaje uvedeny v koncesní (zadávací) dokumentaci spolu s dalšími podrobnostmi nezbytnými pro zpracování nabídek (obchodní podmínky, požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny, podmínky a požadavky na zpracování nabídky apod.).

s plněním koncesní smlouvy, včetně práv k duševnímu vlastnictví a případné platby s tím spojené, způsob vypořádání v případě předčasného ukončení právního vztahu z koncesní smlouvy, způsoby ukončení právního vztahu, včetně důvodů pro předčasné ukončení vztahu, kdo, kdy a jak bude hodnotit řádnost poskytovaného plnění, způsoby rozhodování sporů z právních vztahů mezi zadavatelem a koncesionářem při plnění koncesní smlouvy, způsob a termín placení koncesionáři zadavatelem za provedené dílo nebo poskytnuté služby, možnosti snížení či zadržetí plateb, možnost a postup při úpravě plateb (v závislosti například na vývoji inflace, HDP, objemu poskytnutých služeb), způsob stanovení výše úhrad, jejich změn a postup při výběru těchto úhrad při braní užitků od uživatelů plnění koncesionářem (platební podmínky), způsoby zajištění řádnosti placení ze strany zadavatele (například požadavky na zálohy, participace bank apod.), požadavky na zajištění finanční stability koncesionáře (požadavky na způsob financování realizace plnění koncesní smlouvy), možnost postupu dle § 14 KZ, úpravu zákazu konkurence koncesionáře, požadavky na postup při vypořádání škody způsobené koncesionářem v průběhu trvání koncesního vztahu z jeho pojištění, způsob vypořádání při způsobení škody některou ze stran druhé straně nebo třetí osobě,<sup>432</sup> přechod práv a povinností z pracovněprávních vztahů a převody zaměstnanců,<sup>433</sup> možnosti dočasného převzetí povinností koncesionáře zadavatelem a nároky s tím spojené, přístup zadavatele a koncesionáře do objektů a pozemků ve vlastnictví nebo nájmu druhé strany v souvislosti s plněním závazku z koncesní smlouvy, vzájemná informační povinnost.

### **Nabídky dodavatelů, obsah koncesní dokumentace a dílčí kritéria pro hodnocení nabídek**

V zákoně rozsah ani míra podrobnosti při stanovení obchodních podmínek vymezeny nejsou. Bude záležet vždy na konkrétním případě a zadavateli jak obchodní podmínky vymezí. Výše uvedené okruhy však požadujeme za základní a doporučujeme, aby zadavatel požadavky na výše uvedené právní záležitosti vždy podrobně v koncesní dokumentaci vymezil. V případě, že má zadavatel další požadavky, je na místě, aby i ty stanovil do seznamu obchodních podmínek, resp. v širším kontextu koncesní dokumentace. Z náležitostí stanovených v koncesní dokumentaci, především však z obchodních podmínek, totiž dodavatelé při přípravě svých nabídek, které v koncesním řízení předkládají, vychází a v koncesní dokumentaci stanoveném rozsahu je přebírají do svých nabídek.

---

<sup>432</sup> Viz § 19 odst. 3 KZ

<sup>433</sup> Veřejný zadavatel například může požadovat, aby část svých zaměstnanců, kteří dosud vykonávali činnost, která je předmětem koncesní smlouvy, převzal koncesionář na dobu trvání závazku z koncesní smlouvy.



Nabídka je návrh smlouvy (§ 68 odst. 2 ZVZ). Zadavatel posuzuje nabídky z hlediska splnění mimo jiné požadavků zadavatele uvedených v koncesní dokumentaci (§ 76 odst. 1, § 17 odst. 1 písm. l) ZVZ), a ty nabídky, které těmto požadavkům nevyhoví, vyřadí.<sup>434</sup> Základním hodnotícím kritériem v koncesním řízení je vždy ekonomická výhodnost nabídky (§ 11 odst. 2 KZ, § 78 odst. 1, 4, 5 ZVZ). Ekonomická výhodnost nabídky není v zákoně definována. A contrario ke kritériu nejnižší nabídkové ceny lze dovodit, že jde o celkové zhodnocení více kritérií relevantních z hlediska plnění předmětu koncesní smlouvy. Tato kritéria jsou sestavena ve vzájemném poměru z hlediska jejich důležitosti, pravděpodobnosti výskytu, požadavků zadavatele a užitné hodnoty ve vztahu k hodnotě protiplnění tak, aby mohl zadavatel posoudit celkovou výhodnost nabídky. Nejde tedy jen o cenovou výhodnost, ale o výhodnost v širším ekonomickém kontextu. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, musí zadavatel jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím, v terminologii koncesního zákon dílčím kritériím pro hodnocení nabídek (stanoveným v oznámení podle § 7 odst. 1 KZ nebo ve výzvě k podání nabídek po skončení koncesního dialogu podle § 10 odst. 3 KZ) stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech, nebo stanoví jiný matematický vztah mezi dílčími kritérii. Váha může být pro jednotlivá dílčí kritéria pro hodnocení nabídek shodná. Dílčí kritéria pro hodnocení nabídek se musí vztahovat k plnění z koncesní smlouvy a mohou jimi být kromě nabídkové ceny také kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení (§ 78 odst. 4 ZVZ). V případech, kdy zadavatel z objektivních důvodů není schopen stanovit váhu dílčích hodnotících kritérií, uvede je v sestupném pořadí podle významu, který jim zadavatel přisuzuje (§ 78 odst. 7 ZVZ).

Z výše uvedeného plyne, pokud není určitý požadavek v koncesní dokumentaci (či koncesních podmínkách) vymezen, nemá zadavatel jistotu, že dodavatelé tento požadavek sami do nabídky zahrnou.<sup>435</sup> Současně přiřazuje-li konkrétnímu požadavku zadavatel určitou

---

<sup>434</sup> Pokud zadavatel přihlédně k nabídce, která nesplňuje jím stanovené požadavky, poruší tím zásadu rovného zacházení. Nápravu vad nabídky nemůže zadavatel zhojit ani v rámci jednání o nabídkách. Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 22.6.1993 C-243/89, bod 37

<sup>435</sup> Ve shodě s § 17 písm. l) ZVZ používáme termín koncesní podmínky pro to, co je v zákoně o veřejných zakázkách označeno jako zadávací podmínky, kterými jsou veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky (koncesní smlouvy). Sám koncesní zákon tento termín nezná. Ohledně koncesní dokumentace však odkazuje (viz § 8 odst. 1 písm. a) KZ) na ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zadávací dokumentaci. Vzhledem k tomu, že koncesní zákon odkazuje na ustanovení zákona o veřejných zakázkách, jež užívají výrazu zadávací podmínky, pro účely koncesního řízení považujeme za vhodné

důležitost a do koncesní dokumentace jej nezahrne, nemůže být nabídka vyřazena a dodavatel vyloučen (viz § 76 odst. 1, odst. 6 ZVZ), nesplňuje-li nabídka tento požadavek. To může mít za následek buď to, že zadavateli budou předloženy nabídky, ve kterých bude tento požadavek postrádat, nebo budou předloženy neporovnatelné nabídky anebo obojí.

Současně je však třeba upozornit na to, že veškeré požadavky stanovené v koncesní dokumentaci nemají vztah k dílčím kritériím pro hodnocení nabídek. Jejich volba je plně na zadavateli. Zadavatel proto může stanovit celou řadu požadavků, které uvede v koncesní dokumentaci tak, aby dodavatelé předkládali nabídky, které budou naplňovat jeho požadavky, avšak mezi dílčí kritéria pro hodnocení nabídek stanoví pouze některé z těchto požadavků, především ty, které považuje z hlediska posouzení ekonomické výhodnosti za relevantní.<sup>436</sup>

Pokud zadavatel získá jasnou představu o obsahu obchodních podmínek a dalších požadavků obsažených v koncesní dokumentaci, musí je vyjádřit takovým způsobem, aby dodavatelé po seznámení se s těmito dokumenty byli schopni vypracovat a předložit nabídky a hodnotící komise mohla posoudit předložené nabídky, zda splňují požadavky zadavatele uvedené v koncesní dokumentaci, a dále je hodnotit podle dílčích kritérií pro hodnocení nabídek a sestavit jejich pořadí dle ekonomické výhodnosti.

Porovnatelnost nabídek (byť to zákon o veřejných zakázkách výslovně v § 44 ZVZ neuvádí a porovnatelnost nabídek zmiňuje až v § 46 odst. 4 ZVZ v souvislosti se způsoby stanovení technických podmínek) je pro celé další řízení zásadní, neboť rozhodování zadavatele na základě neporovnatelných nabídek je vážným pochybením v koncesním řízení. Takový postup může ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (§ 25 odst. 1 KZ, § 27 odst. 1 písm. a), odst. 2 KZ).

Jak by tedy zadavatelé měli přistupovat k vymezení svých požadavků v zadávací dokumentaci? Zadavatelé musejí vycházet ze zásad ovládajících koncesní řízení – požadavky proto musejí být vymezeny transparentně a nediskriminačně. Vzhledem k složitosti a rozmanitosti předmětů koncesních smluv není možné stanovit jeden univerzální návod. Je však možné uvést určité doporučení, které mohou zadavatelé v závislosti na svých požadavcích a konkrétním předmětu sami upravit.

---

postupovat obdobně jako u označení zadávací – koncesní dokumentace a v koncesním řízení zadávací podmínky označit jako koncesní podmínky.

<sup>436</sup> Například zadavatel stanoví v koncesní dokumentaci požadavek, aby veškeré spory vzniklé z koncesní smlouvy byly řešeny v rozhodčím řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Tento požadavek je pro něj důležitý, avšak z hlediska posouzení výhodnosti nabídek není relevantní. Proto ho zadavatel zahrne do obchodních podmínek, avšak nestanoví jej jako dílčí hodnotící kritérium.

Zadavatel své požadavky může vymežit pevně a neměně, aniž by dodavatelé měli možnost se od nich jakkoliv odchýlit. Pokud by se odchýlili, znamenalo by to vyřazení nabídky pro nesplnění požadavků zadavatele. Tento způsob je vhodný tam, kde zadavatel má uniformní požadavek a nemá zájem na tom, aby mu byly předkládány nabídky, kde by tento požadavek byl vymezen odchýlně, nebo není-li z povahy věci odchylka možná. Například zadavatel požaduje, aby spory z koncesní smlouvy byly řešeny v rozhodčím řízení.

Zadavatel může své požadavky vymežit rovněž tak, že stanoví minimální standard svých požadavků. Nabídky dodavatelů musejí splňovat alespoň minimální požadavek stanovený zadavatelem, dodavatelé se však mohou od tohoto požadavku odchýlit, splní-li aspoň minimální standard požadavku zadavatele. Zadavatel nemusí vymežit pouze spodní hranici svých požadavků (minimální standard), může zvolit i opačnou hranici (maximální požadavky, které nelze v nabídkách překročit) nebo může zvolit kombinaci minimálního a maximálního požadavku, v jehož rámci se mohou dodavatelé ve svých nabídkách odchýlit.

Je-li současně určitý požadavek rovněž stanoven jako dílčí kritérium pro hodnocení nabídek, může zadavatel při hodnocení nabídek vyhodnotit, jak se nabídka přibližuje nebo oddaluje od minimálního nebo maximálního požadavku. Pro názornost uvedeme příklad. Zadavatel může v obchodních podmínkách stanovit, že v případě prodlení se splněním závazku z koncesní smlouvy se dodavatel zavazuje zaplatit smluvní pokutu. Výše smluvní pokuty činí nejméně 10 000 000 Kč (minimální standard). Dodavatelé ve svých nabídkách mohou předkládat klauzuli o smluvní pokutě ve výši, která se může pohybovat od částky 10 000 000 Kč výše, nikdy však nesmí být nižší než tato částka, jinak by nabídka musela být vyřazena. V případě kombinace požadavku by zadavatel mohl požadovat, aby výše smluvní pokuty činila nejméně 10 000 000 Kč, ne však více než 100 000 000 Kč. Dodavatelé ve svých nabídkách mohou předkládat klauzuli o smluvní pokutě ve výši, která se bude pohybovat mezi částkami 10 000 000 Kč a 100 000 000 Kč. Při hodnocení nabídek pokud jde o dílčí kritérium pro hodnocení nabídek výše smluvní pokuty, pak bude nejvýše hodnocena ta nabídka, v níž bude stanovena nejvyšší výše smluvní pokuty do částky 100 000 000 Kč. Všechny nabídky se smluvní pokutou, jež se nevejde do stanoveného limitu, budou vyřazeny.

V praxi je vhodné, aby zadavatelé využili kombinace výše uvedených způsobů vymezení požadavků podle toho, o jaký požadavek se jedná, a zda je určitý požadavek stanoven jako dílčí kritérium pro hodnocení nabídek.

Koncesní dokumentace, především v části obchodních podmínek, se z hlediska svého rozsahu a podrobnosti bude podstatně odlišovat od zadávací dokumentace. Je to dáno především povahou koncesí jako dlouhodobého vztahu, nutností úpravy vztahů k veřejnému

majetku a i potřebě ošetřit postup při braní užitků z plnění od uživatelů. Zadavatel o těchto věcech nemůže jednat s vybraným dodavatelem před podpisem koncesní smlouvy. Již v koncesní dokumentaci musí být vymezen právní rámec koncesního vztahu.

#### b) technické podmínky

Rovněž technické podmínky musejí být obsaženy v koncesní dokumentaci. Zatímco obchodní podmínky představují především právní požadavky zadavatele, technické požadavky se týkají faktických požadavků na plnění. Technickými podmínkami se rozumí vymezení charakteristik a požadavků na služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. Pokud je předmětem koncesní smlouvy provedení stavebních prací, jedná se o souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět koncesní smlouvy popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem (§ 45 odst. 1, 2 ZVZ).<sup>437</sup> Technické podmínky vymezují plnění z koncesní smlouvy co do zadavatelových požadavků na jeho funkci, vlastnosti a jiné charakteristiky po technické stránce takovým způsobem, aby dodavatelé mohli podat nabídky a zadavatel mohl nabídky porovnat. Vymezení musí být objektivní, jednoznačné a musí korespondovat s účelem využití plnění.

Vedle zákazu podle § 44 odst. 9 ZVZ jmenovitě odkazovat v koncesní dokumentaci na určitého dodavatele jako referenční kritérium je dále zakázáno stanovit technické podmínky způsobem, že by určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Jde o konkrétní projev zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení (rovných šancí podat nabídku).<sup>438</sup>

V návaznosti na výše uvedené generální klauzule (§ 44 odst. 9 a § 45 odst. 3 ZVZ) s cílem zabránit, aby dodavatel formulací technických podmínek neomezoval soutěž mezi dodavateli při předkládání nabídek a aby bylo zabráněno vytváření podmínek „na míru“ určitým dodavatelům, jsou v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5 ZVZ uvedeny způsoby, kterými zadavatel formuluje technické podmínky (viz § 45 odst. 4 ZVZ), a v § 46 odst. 3, 6 a 7 ZVZ jsou uvedeny podmínky, kdy zadavatel musí přijmout nabídku, i když neodpovídá tomu, jak jím byly technické podmínky formulovány, avšak přesto nabídka splňuje požadavky zadavatele.

---

<sup>437</sup> Pokud jde o technické podmínky, odkazuje koncesní zákon na zákon o veřejných zakázkách – viz § 8 odst. 3 KZ.

<sup>438</sup> Dále dle § 45 odst. 3 ZVZ odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel rovněž při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele. To může být aktuální pro některé koncesní smlouvy, pokud se týkají zajišťování veřejných statků v oblasti zdravotnictví nebo sociálních služeb.

Základní zásada přitom vychází z předpokladu, že při formulaci technických podmínek nelze stanovit konkrétního výrobce,<sup>439</sup> nýbrž požadavky na plnění, jež má splňovat, mají být formulovány odkazem na určité objektivní specifikace, jež jsou stanoveny technickou normou, technickou specifikací, osvědčením či jiným obdobným dokumentem, tak aby nabídky byly porovnatelné.<sup>440</sup> Kromě těchto způsobů formulace technických podmínek může zadavatel technické podmínky stanovit formulací vlastních požadavků na výkon nebo funkci.<sup>441</sup> Zákon zadavateli ukládá, aby požadavky vymezil dostatečně přesně, aby dodavatelům umožnily jednoznačně určit předmět zakázky a zpracovat porovnatelné nabídky. Formulace není zcela přesná, neboť spíše než o určení předmětu zakázky, půjde o určení požadavků a charakteristiky na tento předmět tak, aby požadavky byly objektivně stanovené a aby požadavky odpovídaly stanovenému účelu plnění (§ 45 odst. 1, 2 ZVZ), nezvýhodňovaly určité dodavatele nebo neodůvodněně nevytvářely bariéry pro předložení nabídky určitým dodavatelem (§ 44 odst. 9, § 45 odst. 3 ZVZ) a celkově, aby jednotlivé došlé nabídky bylo možné porovnat.<sup>442</sup> Třetí možností, jak zadavatel může stanovit technické podmínky, je za

---

<sup>439</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 24.1.1995 C-359/93. V daném případě zadavatel uvedl, že požaduje dodání operačního systému „UNIX“. Jde o operační systém vyvinutý společností Bell Laboratories of ITT z USA. Jedná se tedy o konkrétní označení produktu určité společnosti. Takové vymezení požadavků na předmět veřejné zakázky Soudní dvůr shledal v rozporu se zadávacími směrnicemi. K porušení směrnic by nedošlo pouze tehdy, pokud by zadavatel vedle označení tohoto produktu („UNIX“) uvedl, že připouští i jiné rovnocenné produkty („or equivalent“, bod 27 odůvodnění). Za této podmínky je tedy možné v technické dokumentaci odkázat na určitý výrobek či označení konkrétního dodavatele. /Srov. k tomu § 44 odst. 9 in fine ZVZ, který tento postup připouští./

<sup>440</sup> V § 46 odst. 1 a 2 ZVZ je přitom stanoveno, že technické podmínky zadavatel formuluje nejprve odkazem na dokumenty uvedené v prvním odstavci. Přitom musí zachovat uvedené pořadí – tj. je-li možné konkrétní technickou podmínku stanovit například odkazem na harmonizovanou ČSN, nelze použít odkaz na jiný dokument uvedený v prvním odstavci. Není-li to možné, použije se odkaz na nejbližší následující dokument dle pořadí, jehož prostřednictvím lze technickou podmínku formulovat. Nelze-li technickou podmínku formulovat prostřednictvím odkazu na žádný z dokumentů uvedených v prvním odstavci, formuluje ji zadavatel odkazem na některý z dokumentů uvedený v druhém odstavci. V druhém odstavci však již není pořadí stanoveno. V zájmu umožnění co nejšířšího posouzení nabídek zákon současně stanoví, že zadavatel připustí použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení (§ 46 odst. 3 ZVZ).

Z rozsudku Soudního dvora ze dne 22.9.1988 C-45/87, bod 27, se podává, že technické podmínky nelze vymežovat prostřednictvím (neharmonizovaných) národních technických norem či standardů, aniž by byly přípustěny srovnatelné technické normy cizí. Tomuto požadavku česká právní úprava odpovídá.

<sup>441</sup> Viz § 46 odst. 4 ZVZ. Pokud zadavatel stanoví technické podmínky formou požadavků na výkon nebo funkci může současně stanovit požadavky ohledně vlivu na životní prostředí. Pokud zadavatel postupuje podle tohoto ustanovení, může použít podrobné specifikace nebo jejich části, jak jsou vymezeny evropskými, národními, nadnárodními nebo jinými systémy pro udělování ekoznaček, za předpokladu, že tyto specifikace jsou vhodné pro vymezení charakteristik výrobků nebo služeb, které jsou předmětem koncesní zakázky (§ 46 odst. 8 ZVZ). Zadavatel může uvést, že u výrobků a služeb opatřených ekoznačkou podle výše uvedeného ustanovení se má za to, že splňují technické podmínky stanovené v koncesní dokumentaci. Zadavatel však musí přijmout jakýkoli jiný vhodný důkaz, zejména technickou dokumentaci výrobce nebo zkušební protokol vydaný uznaným orgánem (§ 46 odst. 9 ZVZ).

<sup>442</sup> Zadavatel může formulovat technické podmínky pouze odkazem na technické normy, technické specifikace a obdobné dokumenty dle § 46 odst. 1 a 2 ZVZ, nebo pouze formou požadavků na výkon nebo funkci (§ 46 odst. 4 ZVZ), nebo kombinovaně (§ 46 odst. 5 ZVZ). Formulovat technické podmínky formou požadavků na výkon nebo funkci může zadavatel i tehdy, pokud pro požadovaný „výkon nebo funkci“ existuje technická norma. Prostřednictvím této technické normy pak vůbec technické podmínky stanovit nemusí, nebo ji může využít jen

pomoci formulace požadavků na výkon nebo funkci dle svých potřeb, které by plnění mělo splňovat, a současně využije jako prostředek pro předpoklad shody s požadavky na výkon nebo funkci odkaz na technické normy, technická schválení a obdobné dokumenty uvedené v § 46 odst. 1 a 2 ZVZ. Alternativně zadavatel může technické podmínky formulovat tak, že některé požadované vlastnosti (technické podmínky) formuluje pomocí odkazu na technické normy, technická schválení a obdobné dokumenty uvedené v § 46 odst. 1 a 2 ZVZ a jiné požadované vlastnosti a charakteristiky vymezí prostřednictvím formulace požadavků na výkon nebo funkci.<sup>443</sup>

Uvedené způsoby formulace technických podmínek vyhovují potřebám zadávání zakázky v koncesním řízení. Technické podmínky zadavatel stanoví dle objektivních, měřitelných a porovnatelných kritérií bez vazby na konkrétního dodavatele nebo určitý druh plnění.<sup>444</sup> Je třeba ale dávat pozor na to, aby prima facie objektivní kritéria, která vyhovují výše uvedeným pravidlům, ve skutečnosti neznamenala vyloučení jiných dodavatelů a jejich nabídek.

Ať zadavatel vymezí technické podmínky s využitím odkazu na technické normy, technická schválení a obdobné dokumenty uvedené v § 46 odst. 1 a 2 ZVZ nebo formulací požadavků na výkon nebo funkci, v obou případech nesmí zadavatel odmítnout nabídku dodavatele, jestliže dodavatel prokáže jinak, že jím nabízené plnění takto vymezené technické podmínky splňuje.<sup>445</sup>

c) požadavky na varianty nabídek podle § 70 ZVZ, pokud je zadavatel připustil

V koncesním řízení platí, že dodavatelé mohou podat jen jednu nabídku (§ 69 odst. 1 ZVZ, § 8 odst. 4 KZ). Výjimkou z tohoto pravidla je případ, kdy zadavatel rozhodne, že připouští předkládání variant nabídky. Pak mezi náležitosti koncesní dokumentace patří i požadavky na varianty nabídek. Zda zadavatel připouští varianty nabídek, uvede v koncesních

---

jako prostředek pro předpoklad shody s požadavky na výkon nebo funkci dle § 46 odst. 5 ZVZ. Srov. k tomu také rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.9.2005 č.j. VZ/S148/05-154/4644/05-Der

<sup>443</sup> Viz § 46 odst. 5 ZVZ

<sup>444</sup> Viz LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 2 – R (2253)

<sup>445</sup> Podle § 46 odst. 6 ZVZ jestliže zadavatel stanoví technické podmínky s využitím odkazu na technické normy, technická schválení a obdobné dokumenty uvedené v § 46 odst. 1 a 2 ZVZ, nesmí odmítnout nabídku z důvodu, že nabízené dodávky nebo služby nejsou v souladu s takto stanovenými podmínkami, pokud dodavatel prokáže, že nabízené dodávky či služby splňují rovnocenným způsobem požadavky vymezené takovými technickými podmínkami. Tuto skutečnost dodavatel prokáže ve své nabídce, a to zejména technickou dokumentací výrobce nebo zkušebním protokolem vydaným uznaným orgánem.

Podle § 46 odst. 7 ZVZ jestliže zadavatel stanoví technické podmínky formou požadavků na výkon nebo funkci uvedených v odstavci 4, nesmí odmítnout nabízené zboží, služby nebo stavební práce, které jsou v souladu s technickými normami, technickými schváleními a obdobnými dokumenty uvedenými v § 46 odst. 1 ZVZ, pokud tyto dokumenty obsahují stanovené požadavky zadavatele na výkon nebo na funkci. I v tomto případě tuto skutečnost dodavatel prokáže ve své nabídce, a to zejména technickou dokumentací výrobce zboží nebo zkušebním protokolem vydaným uznaným orgánem (§ 46 odst. 10 ZVZ).

podmínkách.<sup>446</sup> Varianty nabídek musí připustit výslovně. Podle § 17 písm. 1 ZVZ jsou zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Zadavatel proto tuto možnost může připustit buď přímo v oznámení o zahájení koncesního řízení, nebo až v koncesní dokumentaci. V koncesní dokumentaci vždy, bez ohledu na to v čem zadavatel varianty připustil, uvede také požadavky na varianty.<sup>447</sup> Zákon nijak zadavatele neomezuje při připuštění nabídek (§ 70 odst. 2 ZVZ). Musí ale dodržet základní zásady (§ 3a KZ). Zadavatel tedy může připustit varianty a současně stanovit, kolik variant nabídky může každý dodavatel předložit. Zadavatel ale také může určit, v čem se varianty musejí odlišovat, aby byly přípustné.

Pokud by zadavatel předem nepřipustil v koncesních podmínkách předkládání variant nabídky a některý z dodavatelů by přesto předložil varianty nabídky a zadavatel by k nim přihlížel, porušil by tím zásadu rovného zacházení se všemi dodavateli.<sup>448</sup>

d) požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny

U veřejných zakázek v rámci tohoto požadavku obvykle zadavatel stanoví, jak by měla být členěna nabídková cena. Pokud jde o plnění, které bude poskytováno ve fázích, rozdělení cen podle jednotlivých fází, je-li předmětem zakázky více různých plnění – například dodání dodávky, zaškolení personálu a údržba a provozní servis, rozčlenění ceny dle jednotlivých plnění, dále rozpis ceny bez daně z přidané hodnoty a s připočtenou daní.<sup>449</sup>

U koncesních smluv za plnění poskytované koncesionářem primárně náleží naturální odměna spočívající v možnosti brát užitky vyplývající z plnění koncesionáře nebo vedle této naturální odměny lze část protiplnění poskytnout v penězích (viz § 16 odst. 1 KZ). Vždy však větší část protiplnění zadavatele je v naturální podobě a má povahu oprávnění brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo využívání provedeného díla koncesionářem. Braní užitků z poskytování služeb nebo využívání díla bude zpravidla spočívat v tom, že koncesionáři budou uživatelé či třetí osoby takto zajišťovaných statků platit úhrady. Úhrady

---

<sup>446</sup> Podle § 70 odst. 1 ZVZ jsou varianty nabídek přípustné, je-li veřejná zakázka zadávána na základě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti a pokud zadavatel varianty předem připustil v zadávacích podmínkách. V koncesním řízení je ze zákona (§ 12 odst. 1 KZ) jediné hodnotící kritérium ekonomická výhodnost nabídky. Proto přípustnost variant nabídek závisí pouze na rozhodnutí zadavatele.

<sup>447</sup> Podle § 70 odst. 3 ZVZ varianta nabídky nesmí být při posouzení nabídek vyřazena proto, že by v případě veřejné zakázky na dodávky došlo ke změně na veřejnou zakázku na služby nebo že by v případě veřejné zakázky na služby došlo ke změně na veřejnou zakázku na dodávky. V koncesním řízení problém s kvalifikační nabídkou nevzniká, neboť předmětem koncesní smlouvy je poskytování služeb nebo provedení díla, nikoliv však poskytnutí dodávky, resp. nikoliv samotné dodávky.

<sup>448</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 25.4.1996 C-87/94, body 89, 95

<sup>449</sup> Viz také § 79 odst. 2 ZVZ

mohou být stanoveny jako jediný druh příjmu z braní užiteků, nebo mohou být placeny spolu s dalšími platbami od zadavatele.

Rozsah, v jakém bude koncesionář pobírat užitky, a jaká část protiplnění bude zadavatelem poskytnuta v penězích, nemůže být ponechána na vůli a nabídkách dodavatelů (zájemců o uzavření koncesní smlouvy a případných koncesionářů). Způsob protiplnění, rozsah peněžních plateb a braní užiteků, výše úhrad, jakou může koncesionář stanovit při využívání možnosti braní užiteků (dále „výše úhrad“), může být předmětem jednání v koncesním dialogu a různá řešení koncesního projektu pak mohou obsahovat různé kombinace protiplnění, výše a způsobů úhrad za služby či dílo. V koncesní dokumentaci však zadavatel již musí stanovit konkrétní parametry. Pokud by tak neučinil, mohly by mu být předloženy neporovnatelné nabídky, neboť je zcela zřejmé, že nabídky, kde protiplnění je pouze naturální, a kde je kombinované, není možné bez jasného zadání a stanovení příslušných dílčích kritérií pro hodnocení nabídek porovnat a vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Zadavatel stanoví rozvržení míry braní užiteků a plateb, popř. platby zcela vyloučí, a určení výše úhrad při využívání možnosti braní užiteků.<sup>450</sup> V tomto rámci pak dodavatelé zpracovávají nabídkové ceny. Je vhodné současně stanovit maximální limity pro výši úhrad. „Nabídková cena“ dle § 44 odst. 3 písm. d) ZVZ pak zahrnuje výši úhrad, požadovanou část v penězích (přirozeně veškeré úhrady jsou v penězích, avšak tady máme na mysli kontext § 16 odst. 1 in fine KZ, kde se plnění v penězích odlišuje od braní užiteků, jež přirozeně v dnešní době má rovněž ekonomický základ a tedy peněžní hodnotu).

e) podmínky a požadavky na zpracování nabídky

Zadavatel v koncesní dokumentaci vymezení své požadavky na zpracování nabídky. Podle výkladového stanoviska Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže má jít o „[...] věcnou stránku, tj. co má být obsahem nabídek, jaké údaje týkající se předmětu veřejné zakázky, jeho realizace mají dodavatelé v nabídkách uvést, aby mohl zadavatel nabídky vzájemně objektivně srovnávat a vyhodnotit soulad nabídky se zadavatelem vymezenými podmínkami,“ nikoliv o formální požadavky.<sup>451</sup> Částečně by se tak tyto požadavky mohly překrývat s obchodními podmínkami či požadavky dle § 44 odst. 3 písm. g) ZVZ. Při výkladu „podmínek a požadavků na zpracování nabídky“ je třeba vyjít z vymezení nabídky i celého znění § 44 odst. 3 ZVZ. Nabídka je souhrnné označení, které zahrnuje několik dokumentů a informací, které jsou předpokladem pro zadání zakázky (viz § 68 odst. 2 ZVZ). Nabídka především obsahuje

<sup>450</sup> Částečně tak požadavky na způsob zpracování „nabídkové ceny“ souvisí s obchodními podmínkami.

<sup>451</sup> Viz výkladové stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže Požadavky zadavatele na formální zpracování nabídek a požadavky na kopie nabídek dostupné na <http://www.compet.cz/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky/> [3.6.2011]



návrh smlouvy a dokumenty, které vyžaduje zadavatel. Obsahové náležitosti koncesní dokumentace dle § 44 odst. 3 ZVZ jsou pouze minimální a zadavatel může stanovit další své podmínky a požadavky. Konečně podle § 44 odst. 3 písm. g) ZVZ stanoví zadavatel v koncesní dokumentaci i jiné požadavky na plnění veřejné zakázky. Máme za to, že obecně v koncesní dokumentaci je třeba rozlišit podmínky či požadavky, které se vztahují k plnění samotnému a tak i k návrhu smlouvy, který je součástí nabídky, a podmínky a požadavky, které se vztahují k nabídce a jejímu zpracování (například přípustnost variant nabídky). Dikce „Podmínky a požadavky na zpracování nabídky“ dle našeho názoru nevylučuje, aby koncesní dokumentace zahrnovala i požadavky formálnějšího charakteru na zpracování nabídky (například v jaké formě má být předložena, jak má být strukturována, jaké přílohy má obsahovat, v jakém jazyce má být předložena) za předpokladu, že nejsou nepřiměřené a v rozporu se základními zásadami řízení. Takové formální požadavky totiž mohou být stanoveny tak, aby umožňovaly efektivní porovnání nabídek.

f) způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií

Vedle obchodních a technických podmínek se jedná o další důležité náležitosti koncesní dokumentace. Základním hodnotícím kritériem je v koncesním řízení ekonomická výhodnost nabídky. Zadavatel proto současně uvede i dílčí kritéria pro hodnocení nabídek, jak je uvedl již v oznámení nebo ve výzvě k podání nabídek, včetně váhy každého kritéria a způsob postupu při vyhodnocování nabídek z hlediska naplnění stanovených kritérií.

g) jiné požadavky zadavatele na plnění koncesní zakázky

Zadavatel může v závislosti na podmínkách konkrétního koncesního řízení v koncesní dokumentaci vymezit své další požadavky na plnění koncesní zakázky. Může jít například o požadavky týkající se zvláštních podmínek v sociální oblasti, zaměstnanosti či životního prostředí (například že vymezené procento zaměstnanců dodavatele mají být osoby pracovně znevýhodněné, absolventi apod.).<sup>452</sup>

Výše uvedené náležitosti musí obsahovat každá koncesní dokumentace bez ohledu na předmět zakázky, který má být sjednán v koncesní smlouvě. Pokud jsou předmětem stavební práce (i jako hlavní předmět) musí koncesní dokumentace obsahovat také projektovou dokumentaci stavby nebo jinou dokumentaci podle stavebních a případně dalších souvisejících předpisů zpracovanou do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky a soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr.<sup>453</sup> Stavební práce musejí být

---

<sup>452</sup> Viz § 44 odst. 8 ZVZ

<sup>453</sup> Může se jednat o další dokumentaci vyžadovanou sektorovými předpisy, například zákon o posuzování vlivů na životní prostředí, zákon o ochraně přírody a krajiny.

podobně jako jiné předměty vymezeny kromě technických podmínek, je-li to u daného druhu stavební práce odůvodněno (§ 44 odst. 3 písm. b), § 45 odst. 2 ZVZ), vždy také projektovou dokumentací stavby a soupisem stavebních prací s výkazem výměr (§ 44 odst. 4 ZVZ) tak, aby byl zřejmý požadovaný druh, rozsah, technologie, parametry, vlastnosti a jiné charakteristiky stavebních prací nebo jejich výsledku pro zpracování nabídky.

U většiny projektů partnerství, jejichž předmětem je vytvoření dopravních, technických a jiných děl, bude zadavatel často vyžadovat, aby v mezích jím stanoveného řešení koncesního projektu dodavatel vypracoval i projektovou, stavební, technickou a další dokumentaci bezprostředně nutnou k provedení díla. Jedná se o ty typy projektů, které jsou označovány jako „design“ – například DBOT, DBTO, DBFO.<sup>454</sup> U těchto typů projektů je obsahem závazku dodavatel nikoliv pouze provedení určitého díla, popřípadě poskytování určité služby, ale rovněž projektová činnost. Činnost spočívající v „design“ – vypracování projektu a jeho dokumentaci se však nemusí týkat jen stavebních projektů. Může jít i o nestavební projekty týkající se poskytování určitých služeb. Rovněž si je třeba uvědomit, že předmětem činnosti „design“ soukromého partnera nemůže být v rámci koncesního řízení vypracování koncesního projektu dle § 21 KZ, neboť koncesní projekt se zpracovává pro účely koncesního řízení a musí být zpracován před zahájením koncesního řízení, nebo, pokud se vede koncesní dialog, před podáním výzvy k podání nabídek. Pokud chce zadavatel nechat přípravu zpracování koncesního projektu na jiné osobě (koncesní projekt má zadavatel „zajistit“ – viz § 21 odst. 1 KZ), vybere tuto osobu v jiném zadávacím řízení.

V některých případech náplň činnosti označovaná v zahraničních publikacích jako „design“ bude realizována nikoliv ve fázi po uzavření koncesní smlouvy, nýbrž v průběhu koncesního řízení, a to ve fázi koncesního dialogu. Cílem koncesního dialogu je nalezení jednoho či více vhodných řešení koncesního projektu způsobilých splnit potřeby a požadavky zadavatele.<sup>455</sup> V koncesním dialogu tak může zadavatel s dodavatelem řešit možné a

---

Pokud jde o stavení práce, zákon požaduje (§ 44 odst. 4 ZVZ), aby veškerá koncesní dokumentace byla rovněž v elektronické podobě.

<sup>454</sup> Viz UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, UN: New York, 2001, str. 32, dostupné na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/pfip/guide/pfip-e.pdf> [21.12.2009], viz Evropská komise. Guidelines for successful public – private partnerships, 2003, str. 24, dostupné na: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf) [30.8.2010]

DBOT – design-build-operate-transfer, DBTO – design-build-transfer-operate, DBFO – design-build-finance-operate. Zkratky označují počáteční písmena hlavních činností soukromého partnera – design – návrh realizace a vypracování projektové dokumentace, build – postavení díla, operate – provoz, poskytování statku, transfer – převod díla (změna vlastnického práva k provedenému dílu z dodavatele na zadavatele), finance – financování projektu.

<sup>455</sup> Viz § 36 odst. 1 ZVZ, § 7 odst. 5 písm. b) KZ

realizovatelné „návrhy“ (design) řešení způsobilých splnit potřeby a požadavky zadavatele. Takto navržené (designed) řešení je pak vtěleno do projektu a koncesní dokumentace.

V jiných případech bude platit následující postup. Podle § 9 odst. 1 písm. b) a c) ZVZ je veřejnou zakázkou na stavební práce také taková veřejná zakázka, jejímž předmětem je vedle provedení stavebních prací také s nimi související projektová nebo inženýrská činnost. Zákon o veřejných zakázkách tak pod veřejnou zakázku na stavební práce zahrnuje i jiné než stavební činnosti, pokud souvisí s hlavním předmětem činnosti dodavatele (jímž je provedení stavebních prací nebo zhotovení stavby) a ve vztahu k této činnosti jde o plnění doplňkové.<sup>456</sup> Pokud jde o výše uvedené případy veřejných zakázek na stavební práce, jejichž součástí je projektová činnost, může být jinak vyžadovaná projektová dokumentace stavby a soupis stavebních prací a služeb podle § 44 odst. 4 ZVZ, které jsou nedílnou součástí zadávací (koncesní) dokumentace, nahrazeny technickými podmínkami vyjádřenými formou požadavků na výkon nebo funkci podle § 46 odst. 4 nebo 5 ZVZ.<sup>457</sup> Jinak řečeno, jelikož vyhotovení projektové dokumentace je součástí zadávaného plnění, jsou v zadávací (koncesní) dokumentaci stanoveny pouze požadavky na výkon nebo funkci.

Tato pravidla platí rovněž pro koncesní smlouvy a koncesní řízení (§ 8 odst. 1 písm. a) in fine KZ). V tomto smyslu pak půjde o tzv. „design“ projekty. Pokud tedy obsahem závazku koncesionáře má být i projektová činnost a jde o stavební práce, může být jinak vyžadovaná stavební dokumentace (§ 44 odst. 4 ZVZ) nahrazena technickými podmínkami vyjádřenými formou požadavků na výkon nebo funkci. Podle toho, jak tyto požadavky zadavatel vymežil, pak vybraný dodavatel sám zpracuje projektovou dokumentaci a provede stavební práce.

Uvedené platí pro projektovou činnost stavební. Projektová činnost je ve vztahu k hlavnímu předmětu plnění – stavební práce (provedení díla) doplňková služba a zákon o veřejných zakázkách to celé proto pojímá jako veřejnou zakázku na stavební práce (§ 9 odst. 1 písm. b), c) ZVZ). Pokud by se jednalo o poskytnutí jiných služeb, než je projektová činnost, nezbytných k provedení stavebních prací, spadaly by tyto služby pod rozsah § 9 odst. 2 ZVZ a byly by také kvalifikovány jako veřejná zakázka na stavební práce.<sup>458</sup> Uvedené pravidlo analogicky platí i v koncesním řízení. Součástí zadání koncese proto mohou být i požadavky na poskytnutí služeb nezbytných k provedení díla. Požadavky na tyto služby zadavatel vymeží v technických podmínkách současně s vymezením požadavků na stavební

---

<sup>456</sup> Je zřejmé, že pokud by tyto doplňkové činnosti měly být samostatným a jediným předmětem plnění, jednalo by se o veřejnou zakázku na služby dle § 10 ZVZ.

<sup>457</sup> Viz § 44 odst. 5 ZVZ

<sup>458</sup> Podle § 9 odst. 2 ZVZ veřejnou zakázkou na stavební práce je též veřejná zakázka, jejímž předmětem je vedle plnění podle odstavce 1 rovněž poskytnutí dodávek či *služeb nezbytných k provedení* předmětu veřejné zakázky dodavatelem.

práce a dílo.<sup>459</sup> I technické podmínky u těchto služeb mohou být vymezeny prostřednictvím požadavků na výkon nebo funkci.

V této souvislosti je třeba také odlišit, zda se jedná o zadávanou službu jako předmět koncese nebo o jinou související službu. Pro obě však zadavatel musí stanovit technické podmínky. Může tak učinit i prostřednictvím formulace požadavků na výkon nebo funkci. Pouze taková služba, z jejíhož poskytování bere koncesionář užitky (§ 16 odst. 1 KZ), je ale předmětem koncese.<sup>460</sup>

### 7.5.5 Subdodávky

Právní úprava nadlimitních koncesních smluv na stavební práce vyplývá ze směrnice 2004/18/ES. Ve směrnici jsou kromě jiného také stanovena pravidla pro subdodávky u tohoto druhu koncesních smluv. Tato pravidla obsažená v článku 60 směrnice zákonodárce začlenil do koncesního zákona v § 14. Zadavatel podle tohoto ustanovení může požadovat, aby koncesionář zadal subdodávky na nejméně 30 % z předpokládané hodnoty stavebních prací třetím osobám, nebo aby dodavatel uvedl v nabídce předpokládaný procentní podíl z předpokládané hodnoty stavebních prací, který má v úmyslu zadat třetím osobám jako subdodávky. V prvním případě jde o požadavek zadavatele, aby určitou část stavebních prací, vždy však alespoň část o velikosti 30 % z předpokládané hodnoty stavebních prací (může se tedy jednat i o část větší než 30 %, konkrétní množství subdodavatelských prací se uvede v koncesní smlouvě) zadal koncesionář subdodavatelům jako subdodávky. V druhém případě zadavatel pouze požaduje, aby dodavatelé sami uvedli v nabídce, v jakém rozsahu (vyjádřeném v procentech) využijí plnění subdodavatelů k provedení zadaných stavebních prací. Požaduje-li zadavatel, aby dodavatelé využili v určitém rozsahu plnění subdodavatelů, nebo mají-li mu dodavatelé ve svých nabídkách sdělit rozsah stavebních prací, které zamýšlejí provádět prostřednictvím subdodavatelů, musí to uvést v oznámení o zahájení koncesního řízení. V obou případech se však jedná pouze o množstevní vyjádření z předpokládané hodnoty stavebních prací, které se zadají nebo mají zadat subdodavatelům, nikoliv o druh prací.

Předpokládaná hodnota stavebních prací se vypočte podle § 4 KZ. I z tohoto důvodu je nezbytné, aby výdaje na realizaci předmětu koncesní smlouvy byly členěny podle druhu.

---

<sup>459</sup> Viz § 45 odst. 2 ZVZ: Technickými podmínkami se v případě veřejné zakázky na stavební práce rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně *dodávky a služby* související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky na stavební práce popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Srov. k tomu i § 44 odst. 4 písm. b) ZVZ

<sup>460</sup> V podstatě jde o obdobu § 10 odst. 2 ZVZ pro služby.

Procentní díl se vypočítává pouze z hodnoty stavebních prací, byť předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy zahrnuje i jiné činnosti.

Protože koncesní zákon v § 8 odst. 1 písm. a) in fine odkazuje ohledně obsahu koncesní dokumentace na zákon o veřejných zakázkách o zadávací dokumentaci, mělo by platit i ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ o požadavcích na subdodávky v zadávacím řízení i pro koncesní řízení, neboť je systematicky zařazeno do části zákona věnující se obsahovým náležitostem zadávací dokumentace. Částečně se tato ustanovení překrývají. Podle § 44 odst. 6 ZVZ zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele. Ve srovnání s § 14 odst. 1 KZ tak má zadavatel právo požadovat od dodavatele, aby v nabídce uvedl, nejen jakou část plnění zamýšlí zadat subdodavatelům, ale navíc také jejich identifikaci, aby zadavatel věděl, které subjekty budou jako subdodavatelé vystupovat. Odlišnost spočívá i v tom, že se nemusí jednat pouze o specifikaci množství, ale z dikce ustanovení „... specifikoval části veřejné zakázky ...“ se podává, že může jít i o vymezení konkrétních prací nebo konkrétní fáze prací, resp. plnění jako takového, neboť § 44 odst. 6 ZVZ se neomezuje pouze na veřejné zakázky na stavební práce. Liší se i to, že zadavatel tyto své požadavky (vyjma výhrady) uvádí až v zadávací dokumentaci.

Je otázkou, zda vzhledem k tomu, že shodnou problematiku upravuje v souladu s článkem 60 směrnice poněkud odlišně § 14 odst. 1 KZ, aplikaci § 44 odst. 6 větu první ZVZ zcela vyloučit, nebo zda tu část těchto ustanovení, kde nejsou ve střetu (tj. ohledně požadavku na identifikaci subdodavatelů), připustit. Kloníme se k první variantě, neboť obě tato ustanovení mají svůj původ ve směrnici. Ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ je provedením článku 25 směrnice, § 14 odst. 1 KZ zase provedením článku 60 směrnice. Pokud však jde o druhou větu v § 44 odst. 6 ZVZ o výhradě zákazu plnění subdodavatelem, jsme toho názoru, že toto pravidlo bude možné použít i v koncesním řízení, neboť toto ustanovení není ve střetu s jiným ustanovením v koncesním zákoně a přímo ani ze směrnice nevyplývá. Pokud se zadavatel v koncesním řízení rozhodne pro využití výhrady zákazu plnění subdodavatelem, uvede to již v oznámení a v koncesní dokumentaci pak stanoví konkrétní část plnění, na kterou se tento zákaz vztahuje.

Ze směrnice vyplývají také další pravidla, pokud jde o zadávání zakázek k realizaci koncese koncesionáři třetím osobám (subdodavatelům).

Pokud je koncesionář veřejným zadavatelem dle zákona o veřejných zakázkách, musí, pokud zadává zakázku na stavení práce, postupovat podle tohoto zákona (viz článek 62 směrnice). Toto pravidlo sice koncesní zákon výslovně neuvádí, avšak obecně vyplývá z osobní a věcné působnosti zákona o veřejných zakázkách.

Z článku 63 a násl. směrnice vyplývají pravidla, která zákonodárce upravil vnitrostátně v § 15 KZ. Koncesionář, který není veřejným zadavatelem dle zákona o veřejných zakázkách, a zamýšlí zadat v rámci realizace tzv. nadlimitní koncesní smlouvy na stavební práce třetí osobě část plnění stavebních prací v rozsahu dosahujícím finančního limitu stanoveného nařízením vlády č. 78/2008 Sb., ve znění pozdějších změn, (tj. 125 451 000 Kč) je povinen svůj záměr uveřejnit dle § 31 odst. 1 KZ a umožnit zájemcům, aby se přihlásili k účasti a předložili nabídky. Koncesionář není povinen záměr uveřejnit, pokud by jinak byly splněny podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění podle zákona o veřejných zakázkách. A rovněž v případě, kdy by třetí osoba byla ke koncesionáři ve vztahu dle § 15 odst. 2 KZ (tj. ovládající nebo ovládanou osobou dle § 66a ObchZ). S tím souvisí důležitá povinnost každého dodavatele, na kterého by se mohl § 15 KZ vztahovat, předložit úplný seznam jeho ovládajících a jím ovládaných osob k žádosti o účast v koncesním řízení.

### **7.5.6 Výzva k podání nabídek**

Pokud zadavatel v koncesním dialogu nejednal, následuje výzva k podání nabídek ihned po posouzení kvalifikace dodavatelů, popřípadě po omezení jejich počtu. Pokud koncesní dialog probíhal, vyzve zadavatel dodavatele k podání nabídek s vyrozuměním o ukončení jednání v koncesním dialogu.

Zadavatel má možnost bez ohledu na to, zda před tím jednal v koncesním dialogu, či nikoliv, o nabídkách jednat. Podle toho, zda zadavatel této možnosti využije a o nabídkách, které dodavatelé předložili, bude jednat, liší se minimální náležitosti výzvy k podání nabídek dodavatelům.

Výzva k podání nabídky musí mít písemnou formou. V souladu s § 6 odst. 3 KZ a § 149 odst. 4 ZVZ může mít výzva, stejně jako jiné úkony zadavatele i dodavatelů elektronickou formu.

Náležitosti výzvy k podání nabídek jsou stanoveny v § 8 odst. 1 a 2 KZ. Jedná se o minimální náležitosti (arg. „obsahuje alespoň“) a zadavatel tudíž může ve výzvě uvést další

údaje.<sup>461</sup> Výzva vždy obsahuje koncesní dokumentaci nebo podmínky jejího poskytnutí. S ohledem na rozsah koncesní dokumentace budou zpravidla ve výzvě uvedeny podmínky jejího poskytnutí.

Poskytování koncesní dokumentace dodavatelům upravuje § 48 ZVZ.<sup>462</sup> V ustanovení je poskytování zadávací dokumentace rozlišeno podle druhu zadávacího řízení. Koncesní řízení se nejvíce blíží užšímu řízení (srov. k tomu § 28 ZVZ, neboť v obou řízeních zadavatel posuzuje prokázání splnění kvalifikace a následně vyzývá ty dodavatele, které nevyločil, k podání nabídky), v případě, že zadavatel o nabídkách s dodavatelem jedná, se podoba koncesního řízení blíží jednacím řízením s uveřejněním (srov. k tomu jednak výslovný odkaz v § 9 odst. 2 KZ a vymezení jednacích řízení s uveřejněním v § 29 ZVZ).<sup>463</sup> Pro všechny tyto druhy zadávacích řízení platí ohledně poskytování zadávací dokumentace pravidlo v § 48 odst. 3, 4 ZVZ, které se vzhledem k podobnosti řízení použije i v koncesním řízení.<sup>464</sup>

Koncesní dokumentace, kterou zadavatel poskytuje, musí být pro všechny dodavatele a bez ohledu na způsob jejího poskytnutí totožná.<sup>465</sup> Pokud zadavatel zjistí v dokumentaci chyby v psaní nebo počtech, měl by postupovat analogicky podle § 49 odst. 4 ZVZ a o opravě dodavatele informovat.

V případě, že dodavatelům nebudou dostatečně zřejmé jakékoliv požadavky zadavatele uvedené v oznámení, koncesní dokumentaci či jiných dokumentech obsahující vymezení předmětu koncesní smlouvy (například ve výzvě k účasti v koncesním dialogu), mohou se písemně obrátit na zadavatele a požadovat dodatečné informace.<sup>466</sup> Dodavatelé

---

<sup>461</sup> Viz § 8 odst. 1 ZVZ

<sup>462</sup> Na základě odkazu v § 8 odst. 3 KZ.

<sup>463</sup> Pokud se zadavatel navíc rozhodne v koncesním řízení vést s dodavatelem koncesní dialog, přibližuje se koncesní řízení průběhu soutěžního dialogu dle zákona o veřejných zakázkách (srov. k tomu § 36 ZVZ).

<sup>464</sup> Zadavatel má několik možností jak zajistit, aby koncesní dokumentace byla dodavatelům k dispozici. Zadavatel buď poskytne koncesní dokumentaci jako přílohu výzvy k podání nabídek, nebo ve výzvě k podání nabídek uvede odkaz na adresu elektronické sítě, kde je dálkově přístupná (internet). Další možností je, že zadavatel, popř. jiná jím určená osoba, jejíž adresu zadavatel uvede ve výzvě, předá či zašle koncesní dokumentaci v listinné formě nebo elektronicky na požádání dodavatele. Žádost dodavatele musí být písemná a musí být zadavatelovi doručena nejpozději 8 dnů před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Jsou-li tyto podmínky pro poskytnutí dokumentace splněny, předá nebo odešle zadavatel nebo určená osoba koncesní dokumentaci dodavatelovi do 6 dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele o její poskytnutí. Pokud zadavatel nezveřejnil koncesní dokumentaci způsobem umožňujícím dálkový přístup, předá či odešle tuto dokumentaci bezodkladně, nejpozději do 6 pracovních dnů ode dne doručení písemné žádosti dodavatele o její poskytnutí.

Pokud si to zadavatel v koncesních podmínkách, resp. oznámení, koncesní dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu koncesní smlouvy vyhradil, může požadovat úhradu nákladů souvisejících poskytnutím koncesní dokumentace (§ 48 odst. 5 ZVZ).

<sup>465</sup> Tento požadavek vyplývá z § 3a KZ.

<sup>466</sup> Viz § 49 odst. 1 ZVZ. Vyplývá to z odkazu v § 8 odst. 3 KZ, který pro dodatečné informace k zadávacím podmínkám (správněji koncesním podmínkám) odkazuje na zákon o veřejných zakázkách. Pokud dodavatel požádá o dodatečné informace, musí mu zadavatel vyhovět a informace, popř. související dokumenty zaslat nejpozději do 5 pracovních dnů ode dne doručení žádosti. Současně má zadavatel povinnost odeslat dodatečné informace spolu s přesným zněním žádosti o ně všem ostatním dodavatelům, kteří požádali, nebo jim byla

mohou nově také požadovat dodatečné informace ohledně požadavků na kvalifikaci. Zadavatel může poskytnout dodatečné informace i z vlastní vůle, aniž by o to dodavatelé předem požádali. Půjde především o případy, kdy sám zadavatel zjistí, že určitý požadavek je nesrozumitelný nebo připouští dvojí výklad nebo pokud dojde v koncesní dokumentaci k chybě. Pokud se zadavatel rozhodne o poskytnutí dodatečné informace, musí ji zaslat všem dodavatelům, kteří se ve fázi, kdy k poskytnutí informace dochází, účastní koncesního řízení.<sup>467</sup> Pokud zadavatel poskytl koncesní dokumentaci prostřednictvím dálkového přístupu přes veřejnou elektronickou síť, poskytne takto i dodatečné informace.

Především u stavebních prací, které budou zahrnovat i projektovou a inženýrskou činnost, bude pro dodavatele k předkládání nabídek potřebné mít možnost prohlédnout si místo případného plnění. I na to pamatuje § 49 odst. 5 ZVZ, který ukládá zadavateli za předpokladu, že je to pro plnění koncesní smlouvy nebo pro zpracování nabídky nezbytné, umožnit všem dodavatelům, kteří byli vyzváni k podání nabídky, prohlídku místa plnění. Doba prohlídky zadavatel určí v koncesních podmínkách a musí proběhnout nejpozději 12 dnů před uplynutím lhůty pro podání nabídek.

Ve výzvě dále zadavatel stanoví lhůtu pro podání nabídek. Tuto lhůtu nemůže stanovit kratší než 40 dnů ode dne odeslání výzvy k podání nabídek.<sup>468</sup> Pro případ, že zadavatel neodešle dodavatelům veškeré podklady potřebné pro zpracování nabídky spolu s výzvou k podání nabídek (například v případě, že zadavatel konal koncesní dialog a pro vybrané vhodné řešení koncesního projektu ještě není zpracována koncesní dokumentace) nebo mohou-li dodavatelé nabídky předložit až po prohlídce místa plnění, ukládá zákon zadavateli, aby lhůtu pro podání nabídek přiměřeně prodloužil.<sup>469</sup> Zadavatel lhůtu prodlouží v těchto případech přímo ve výzvě tak, že lhůtu pro podání nabídek stanoví delší než 40 dnů ode dne odeslání výzvy k podání nabídek. Doba, o jakou má být lhůta prodloužena, má být „přiměřená“ vzhledem k důvodu, proč k prodloužení dochází (neodeslané podklady, nezbytnost prohlídky

---

poskytnuta koncesní dokumentace; v případě dodatečných informací k požadavkům na kvalifikaci má zadavatel tuto povinnost pouze vůči dodavatelům, kteří požádali o poskytnutí kvalifikační dokumentace nebo kterým byla kvalifikační dokumentace poskytnuta. Pokud zadavatel poskytl koncesní nebo kvalifikační dokumentaci prostřednictvím odkazu na adresu veřejné dálkově přístupné elektronické sítě, uveřejní tímto způsobem i dodatečné informace včetně znění žádosti o jejich poskytnutí, a to i tehdy pokud zaslal dodatečné informace písemně (§ 49 odst. 2, 3 ZVZ).

<sup>467</sup> Toto pravidlo vyplývá z § 49 odst. 4 věta druhá ZVZ, jenž odkazuje na obdobné použití odstavců 2 a 3 ZVZ. A v odstavci 3 je zadavateli uloženo, aby v případě, že zaslal dodatečné informace na žádost některého dodavatele, zaslal je současně také ostatním dodavatelům, kteří požádali nebo kterým byla poskytnuta koncesní dokumentace, i když sami o dodatečnou informaci nepožádali. Toto pravidlo ale neplatí, pokud jde o dodatečnou informaci k požadavkům na kvalifikaci.

<sup>468</sup> Obvykle zadavatel kromě stanovení dne, do kdy lze nabídky podat, uvede ve výzvě k podání nabídek i hodinu.

<sup>469</sup> Podle § 10 odst. 3 KZ totiž zadavatel o ukončení jednání v koncesním dialogu vyrozumí dodavatele, kteří se jednání účastnili, a zároveň je vyzve k podání nabídek.



místa plnění). Nejde tedy o nějaký následný úkon zadavatele, kterým by dodatečně po odeslání výzvy již jednou stanovenou lhůtu prodloužil.

Zadavatel ve výzvě také uvede místo podání nabídky a informaci, v jakém jazyce má být nabídka podána. Informace o jazyku nabídky je pro koncesní řízení poměrně podstatná, neboť v koncesním zákoně není žádné ustanovení o jazyku pro koncesní řízení a ani není odkazováno na § 148 odst. 6 ZVZ. Podle tohoto ustanovení je možné nabídky a ostatní písemnosti vždy předložit v českém jazyce. Zadavatel může navíc stanovit jiný nebo další jazyk. Vzhledem k tomu, že nabídky mohou podávat i zahraniční dodavatelé a zákon nic o jazyku nabídky nestanoví, je na zadavateli, aby určil, v jakém jazyce mají být podány.

Pokud zadavatel o nabídkách bude s dodavateli dále jednat, musí výzva kromě již zmíněných náležitostí obsahovat dále informaci o způsobu jednání o nabídkách. Především jde o to, zda jednání s jednotlivými dodavateli bude probíhat odděleně, nebo zda zadavatel bude se všemi dodavateli jednat současně. Pokud zadavatel, podobně jako v koncesním dialogu, bude omezovat počet dodavatelů, se kterými jedná, uvede se ve výzvě i způsob výběru dodavatelů pro další jednání. Zadavatel však nesmí omezit počet dodavatelů, kteří postoupí do dalšího kola jednání, pod 3 postupující dodavatele (viz § 8 odst. 2 písm. b) KZ).<sup>470</sup> Ve výzvě zadavatel rovněž může uvést dílčí kritéria pro hodnocení nabídek, tak jak je uvedl v oznámení.

### **7.5.7 Nabídky a zadávací lhůta**

V koncesním řízení dodavatelé reagují na úkon zadavatele, jakým je výzva k podání nabídek, buď nečinností – nepodáním nabídky, čímž projevují svoji vůli se dále koncesního řízení neúčastnit, nebo jednáním spočívajícím v podání nabídky. Nabídky musejí být podány ve lhůtě pro jejich podání.<sup>471</sup> Jinak komise opožděně podané nabídky neotevívá. Pouze z těch dodavatelů, kteří podali včas řádnou nabídku, zadavatel vybírá koncesionáře.<sup>472</sup> Zákon stanoví, jaké obsahové náležitosti musí nabídka splňovat. Po formální stránce musí být nabídka podána písemně. Nabídku lze podat v listinné podobě nebo elektronickými prostředky dle § 149 ZVZ. Nabídku v listinné podobě dodavatel podává v řádně uzavřené obálce s označením názvu koncesního řízení, které bylo uvedeno v oznámení či koncesní dokumentaci, a na obálku uvede adresu, kam v případě, že nabídka bude podána po uplynutí lhůty pro podání nabídek, může zadavatel odeslat oznámení o tom, že nabídka byla podána

---

<sup>470</sup> Postup pro případ, že počet dodavatelů, kteří podají nabídky, je menší než tři, zákon neupravuje. V takovém případě nelze zrušit koncesní řízení podle § 84 odst. 1 písm. d) ZVZ ani podle § 84 odst. 2 písm. b) ZVZ, neboť jednání probíhají po podání nabídky.

<sup>471</sup> Viz § 69 odst. 5, § 71 odst. 6 ZVZ

<sup>472</sup> Viz § 68 odst. 1 ZVZ, § 8 odst. 4 KZ

opožděně. Takovou nabídku totiž komise ani neotvírá.<sup>473</sup> Obálka musí být uzavřena tak, aby nemohlo dojít před tím, než bude otevřena, k jakékoliv manipulaci s jejím obsahem a k jejímu pozměnění. V nabídce musí být dodavatel označen svými identifikačními údaji, uvádí se i označení zadavatele.<sup>474</sup>

Nabídka po obsahové stránce má odrážet požadavky vyjádřené zadavatelem v koncesní dokumentaci. Koncesní dokumentace obsahuje nejen materiální požadavky na samotné plnění, nýbrž i požadavky spíše formálnějšího charakteru ohledně podmínek a požadavků na zpracování nabídky.

Jádrum nabídky je návrh smlouvy. Návrh smlouvy musí odpovídat obecným zákonným požadavkům na právní úkony (§ 43a odst. 1, § 37 odst. 1 OZ) a musí splňovat veškeré požadavky stanovené zadavatelem v koncesní dokumentaci. Návrh smlouvy musí být podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za dodavatele.<sup>475</sup> Součástí nabídky jsou rovněž další dokumenty požadované zákonem či zadavatelem (tyto požadavky uvádí v koncesní dokumentaci).<sup>476</sup>

Do 31.12.2009 zákon vyžadoval, aby v nabídce bylo obsaženo rovněž prohlášení, z něhož muselo vyplývat, že uchazeč (dodavatel) je vázán celým obsahem nabídky po celou dobu běhu zadávací lhůty. Nyní již toto výslovné prohlášení potřeba není. Vázanost dodavatelů obsahem nabídky totiž vyplývá, a i v minulosti vyplývala, přímo ze zákona o veřejných zakázkách. Zadávací lhůta je lhůta, po kterou jsou uchazeči vázáni svými nabídkami.<sup>477</sup> Nabídka je přitom širší označení než návrh smlouvy. Zadávací lhůtu stanoví zadavatel. Řídí se při tom především plněním, které má být zadáno v koncesním řízení, aby

---

<sup>473</sup> Viz § 71 odst. 6 ZVZ

<sup>474</sup> Identifikační údaje jsou dle § 17 odst. 1 písm. d) ZVZ obchodní firma nebo název, sídlo, právní forma, identifikační číslo osoby, bylo-li přiděleno, pokud jde o právnickou osobu, a obchodní firma nebo jméno a příjmení, místo podnikání, popřípadě místo trvalého pobytu, identifikační číslo, bylo-li přiděleno, pokud jde o fyzickou osobu.

Pravidla o označování podnikatele na obchodních listinách upravuje rovněž § 13a ObchZ. Oproti identifikačním údajům vymezeným zákonem o veřejných zakázkách je součástí identifikace dle § 13a ObchZ podnikatele zapsaného do obchodního rejstříku nebo jiné evidence také údaj o tomto zápisu. Máme za to, že podnikatel by měl na nabídce uvádět údaje v plném rozsahu, tedy i podle § 13a ObchZ, byť pokud tak neučiní, nebude se jednat o vadu nabídky a na nabídku to nebude mít žádné negativní důsledky.

<sup>475</sup> Jednání podnikatele a za podnikatele, které může mít zákonný nebo smluvní původ, upravuje obchodní i občanský zákoník. Podnikatel buď jedná sám – osobně nebo, je-li právnickou osobou, svým statutárním orgánem (§ 13 odst. 1 ObchZ). Za podnikatele může ze zákona jednat rovněž vedoucí organizační složky podniku, který je zapsán do obchodního rejstříku, a to pokud jde o právní úkony týkající se této organizační složky (§ 13 odst. 3 ObchZ) a osoba, která byla při provozování podniku pověřena určitou činností; tato osoba je však ze zákona zmocněna pouze k těm úkonům, ke kterým při této činnosti obvykle dochází (§ 15 odst. 1 ObchZ). Podnikatel rovněž může zmocnit fyzickou osobu ke všem právním úkonům, k nimž dochází při provozu podniku, i když se k nim jinak vyžaduje zvláštní plná moc (prokura, § 14 ObchZ). Konečně se podnikatel může nechat zastoupit fyzickou nebo právnickou osobu na základě dohody o plné moci (§ 23, § 31 OZ).

<sup>476</sup> Viz § 44 odst. 3 písm. e) ZVZ

<sup>477</sup> Viz § 8 odst. 3 KZ, § 43 ZVZ

lhůta byla dostatečná k provedení výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel zadávací lhůtu vymezí buď její délkou (například 1 měsíc) nebo datem jejího konce (například do 26. ledna 2010) a uvede ji v oznámení. Plynutí zadávací lhůty je upraveno zejména v § 43 odst. 3 ZVZ.<sup>478</sup> Podle tohoto ustanovení zadávací lhůta začíná běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Jedná se o absolutní, nejzazší limit, který zadavatel nemůže při stanovení zadávací lhůty překročit, resp. i kdyby zadávací lhůtu stanovil delší než podle § 43 odst. 3 ZVZ, skončila by okamžikem uvedeným v tomto ustanovení. Výjimka platí pro ty uchazeče, s nimiž zadavatel může uzavřít smlouvu.<sup>479</sup> Těmto uchazečům se zadávací lhůta ze zákona prodlužuje a běží až do uzavření smlouvy s některým z nich nebo do zrušení zadávacího řízení.

Pro podání nabídek platí pravidla obsažená v § 69 ZVZ, která se použijí na základě odkazu v § 8 odst. 4 KZ. Cílem těchto pravidel je zajistit rovné podmínky pro všechny dodavatele při podání nabídek tak, aby byla zachována soutěž a omezen spekulativní postup dodavatelů a subdodavatelů.

Dodavatel v koncesním řízení může podat pouze jednu nabídku. Za jednu nabídku se považuje rovněž nabídka obsahující varianty podle § 70 ZVZ. Dodavatel, který podal vlastní nabídku v koncesním řízení, nemůže současně ve stejném koncesním řízení podat další nabídku sám nebo společně s dalšími dodavateli,<sup>480</sup> ani nemůže vystupovat jako subdodavatel, jehož prostřednictvím jiný dodavatel, který podal nabídku ve stejném koncesním řízení, prokazuje kvalifikaci. Pokud dodavatel tato pravidla poruší, zadavatel všechny nabídky tohoto dodavatele (i dalších osob, s nimiž společně podal nabídky) vyřadí a dodavatele z koncesního řízení vyloučí. Vyloučení včetně důvodu zadavatel písemně dodavateli oznámí.

Zákaz podat ve stejném koncesním řízení vlastní nabídku se vztahuje jen na ty subdodavatele, jejichž prostřednictvím určitý dodavatel v tomtéž koncesním řízení prokazuje kvalifikaci. Takový subdodavatel ve smyslu definice subdodavatele (§ 17 odst. 1 písm. i ZVZ) podat vlastní nabídku nemůže. Jde-li však o subdodavatele, jehož prostřednictvím dodavatel neprokuje kvalifikaci, tento zákaz neplatí.

Možnost určité osoby vystupovat jako subdodavatel různých dodavatelů v jednom koncesním řízení není nijak omezena. Jedna osoba může být subdodavatelem více

---

<sup>478</sup> Běh zadávací lhůty – konkrétně její stavění („lhůta neběží“) v případě, že jsou podány námitky nebo po dobu, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu dle zákona o veřejných zakázkách, a dále je-li podán návrh na přezkoumání úkonu zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nebo úřad zahájí toto řízení z moci úřední a po dobu, ve které má zadavatel učinit nápravné opatření, jsou upraveny v § 43 odst. 4 a 5 ZVZ.

<sup>479</sup> To jsou první tři dodavatelé v pořadí – viz § 82 odst. 3 ZVZ.

<sup>480</sup> Nepřipouští se, aby dodavatel podal vlastní nabídku a současně byl jedním z dodavatelů, kteří podali společnou nabídku ve stejném koncesním řízení.

dodavatelů.<sup>481</sup> Nijak upravené není ani, je-li subdodavatel, jehož prostřednictvím prokazuje kvalifikaci jiný dodavatel, ovládanou nebo ovládající osobu jiného dodavatele, který podal nabídku.

Má-li být předmět koncesní smlouvy plněn více dodavateli společně a za tímto účelem předložili zadavateli při prokazování splnění kvalifikace smlouvu, ze které vyplývá, že všichni dodavatelé podílející se na plnění koncesní smlouvy budou vůči zadavateli i třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s koncesní smlouvou zavázáni společně a nerozdílně po celou dobu trvání závazků z koncesní smlouvy, podávají tito dodavatelé společnou nabídku. Přestože se má dle záměru a dohody dodavatelů na plnění koncesní smlouvy podílet více dodavatelů, považují se dodavatelé, kteří podali společnou nabídku, za jednoho dodavatele. Zákon o veřejných zakázkách umožňuje, aby se dodavatelé spojili za účelem podání společné nabídky až po prokázání splnění kvalifikace.<sup>482</sup> V takovém případě musejí předložit smlouvu obsahující výše uvedený závazek nejpozději s podáním společné nabídky.

Přestože zákon o veřejných zakázkách podání společných nabídek více dodavatelů připouští, je diskutabilní, zda ve všech případech je tento postup žádoucí. Zadavatel přitom nemá možnost podávání společných nabídek dodavateli vyloučit. Podávání společných nabídek totiž vždy znamená, že se do určité míry snižuje konkurence a soutěž mezi dodavateli, neboť na plnění se podílejí dva či více dodavatelů. Přitom tito dodavatelé by mnohdy byli s to poskytnout celé plnění sami nebo by jeden mohl vystupovat jako dodavatel a druhý jako subdodavatel, a to případně více dodavatelů. Zvýšila by se tak soutěž mezi dodavateli, protože namísto jedné nabídky, by mohly být posuzovány dvě a více v závislosti na počtu dodavatelů, kteří společně podávají nabídku. Podobné výhrady lze vznášet k tomu, že dodavatelé, kteří podali žádost o účast v koncesním řízení a samostatně prokazovali splnění kvalifikace, se následně po té, co se seznámí s koncesní dokumentací a veškerými podmínkami plnění, spojí za účelem podání společné nabídky. Zákon o veřejných zakázkách umožňuje v § 51 odst. 6, aby se dodavatelé k podání společné nabídky spojili až po prokázání splnění kvalifikace, což v některých případech může vést opět ke snížení počtu nabídek, neboť dodavatelé, kteří se mohou spojit v časovém rozmezí od prokázání splnění kvalifikace do podání nabídky, mohou jednoduše po seznámení se s koncesní dokumentací dospět k závěru, že pro ně bude výhodnější než mezi sebou soutěžit (zejména pokud jde o specifické

---

<sup>481</sup> To platí i tehdy, pokud prostřednictvím subdodavatele dodavatel prokazuje kvalifikaci. Zákaz se totiž vztahuje jen na situaci, kdy dodavatel podá nabídku a současně je subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel prokazuje kvalifikaci.

<sup>482</sup> Viz § 51 odst. 6 in fine ZVZ

plnění, které je schopno poskytovat jen omezené množství dodavatelů) spojit se a předložit společnou nabídku.

Zásadně platí, že dodavatel nemůže nabídku měnit po uplynutí lhůty pro podání nabídek.<sup>483</sup> Změnou nabídky však není, pokud zadavatel o nabídkách s dodavatelem jedná. Přípuštění změny nabídky před uplynutím lhůty k podání nabídky je závislé na povaze změny nabídky. V žádném případě nelze připustit takovou změnu nabídky, která by vedla k porušení základních zásad koncesního řízení. Pokud dodavatel udělal v nabídce početní chyby, které jsou zjevné a nemají vliv na nabídkovou cenu, není nutné nabídku opravovat ani měnit, neboť hodnotící komise k nim ze zákona nepřihlíží (§ 76 odst. 1 in fine ZVZ).<sup>484</sup> Dodavatel samozřejmě může sám zadavatele na početní chyby upozornit, nejedná se ale o změnu nabídky. V nabídce mohou být i jiné než početní vady. Pokud jsou v nabídce určité nejasnosti, může hodnotící komise požádat o vyjasnění nabídky (§ 76 odst. 3, 4 ZVZ). Tento postup je ale závislý na jejím uvážení. Hodnotící komise při tom musí postupovat koherentně a v souladu s § 3a KZ. Znamená to, že nemůže u některého dodavatele o vysvětlení požádat, a u jiného ne. Opravu vad nabídky nelze napravovat podáním nabídky nové (opravené). Stejně tak není možné měnit nabídku tak, že dodavatel podá ve stejném koncesním řízení další odlišnou nabídku. V jednom koncesním řízení může totiž dodavatel podat pouze jednu nabídku.

Po uplynutí lhůty pro podání nabídek následuje další fáze koncesního řízení. Byť by se ze systematiky koncesního zákona mohlo zdát, že pokud zadavatel s dodavatelem o nabídkách jedná, dochází k posouzení a hodnocení nabídek až po jednání o nabídkách s dodavatelem (jednání o nabídkách je zařazeno v § 9 KZ, zatímco úprava posouzení a hodnocení nabídek je upravena až v § 11 KZ), není tomu tak. Po uplynutí lhůty pro podání nabídek následuje otevírání nabídek, jejich posouzení a hodnocení.

Zachováme však systematiku koncesního zákona a v další kapitole se budeme věnovat jednání o nabídkách.

---

<sup>483</sup> Ve věci Komise v. Belgické království Soudní dvůr uvedl: *When a contracting entity takes into account an amendment to the initial tenders of only one tenderer, it is clear that that tenderer enjoys an advantage over his competitors, which breaches the principle of the equal treatment of tenderers and impairs the transparency of the procedure.* Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 25.4.1996 C-87/94, bod 56. Z odůvodnění by bylo možné vyvozovat, že pokud možnost změny nabídky je umožněna i ostatním dodavatelům, je přípustná („of only one tenderer“). Domníváme se, že tento závěr by nebyl správný a že se jedná v odůvodnění pouze o formulační nepřesnost. Tomu by nasvědčoval i závěr generálního advokáta, který možnost změny nabídky po uplynutí lhůty pro doručení nabídky nebo po okamžiku otevírání obálky s nabídkou zásadně nepřipouští. Viz stanovisko generálního advokáta Lenz ze dne 12.9.1995, bod 29

<sup>484</sup> Srov. k tomu rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.1.2010 č.j. ÚOHS-S301/2009/VZ-15814/2009/540/VKu

### 7.5.8 Jednání o nabídkách

Pokud se zadavatel po posouzení prokázání splnění kvalifikace, vyloučení dodavatelů, kteří jí neprokážou, případně po jejich omezení, rozhodne o nabídkách s dodavateli jednat, vyzve je písemnou výzvou podle § 8 odst. 1 a 2 ZVZ, ve které zejména uvede, jak bude jednání probíhat, k jednání o nabídkách. Jednání o nabídkách je v § 29 a násl. ZVZ upraveno jako druh zadávacího řízení tzv. jednací řízení s uveřejněním. V koncesním zákoně je však odkaz pouze na menší část této úpravy a v důsledku toho úprava některých postupů při jednání chybí. Pokud bude probíhat více jednání, použijí se podle § 9 odst. 2 KZ pro průběh těchto jednání ustanovení zákona o veřejných zakázkách o jednání o nabídkách v jednotlivých fázích jednacího řízení s uveřejněním obdobně. Konkrétně se jedná o § 31 ZVZ. Pro úpravu návrhu koncesní smlouvy dle výsledků jednání platí rovněž ustanovení zákona o veřejných zakázkách – § 32 ZVZ. Úplně ale chybějí pravidla o postupu zadavatele po doručení nabídek a pravidla pro prvé jednání, neboť odkaz v § 9 odst. 2 KZ se týká dalších jednání („Pokud budou probíhat *další* jednání ...“). Předpokladem pro jednání o nabídkách musí být kontrola nabídky co do její včasnosti a úplnosti (§ 71 odst. 6, § 71 odst. 8 ZVZ), splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele vyjádřených v koncesních podmínkách (§ 76 odst. 1, § 74 odst. 1 ZVZ), vyřazení nabídek, které stanovené požadavky nesplňují a vyloučení dodavatele, jenž takovou nabídku podal, a její předběžné hodnocení. Avšak tento postup v koncesním zákoně upraven není. V zákoně o veřejných zakázkách je upraven v § 30 odst. 1 ZVZ, na který ale koncesní zákon neodkazuje (viz § 9 odst. 2 KZ). Bylo by snad možné z dikce § 11 odst. 1 KZ, který odkazuje na zákon o veřejných zakázkách ohledně hodnotící komise, jejíž působnost se vztahuje i předběžné hodnocení nabídek dle § 74 odst. 1 KZ, dovodit, že je třeba předběžné hodnocení a tomu předcházející úkony provést i při jednání o nabídkách v koncesním řízení, avšak jde o extenzivní výklad. Chybějící odkaz či výslovnou úpravu postupu v koncesním zákoně považujeme za nedostatek. Přesto zadavatel v zásadě výš popsaný postup dodržet musí. Domníváme se, že zásadě transparentnosti a nediskriminace (§ 3a KZ) odpovídá, aby zadavatel postupoval tak, jako-by se o nabídkách nejednalo. Proveďte se otevírání obálek s nabídkami / nabídek, posouzení nabídek a jejich předběžné hodnocení. Pro tyto úkony ustanoví zadavatel hodnotící komisi, jak mu ukládá § 74 odst. 1 ZVZ, což je ustanovení, které platí v návaznosti na § 11 odst. 1 a 2 KZ i v koncesním řízení. Poté může zadavatel o nabídkách jednat. V rámci jednotlivých fází jednání stanoví pořadí dodavatelů podle dílčích kritérií pro hodnocení nabídek zadavatel (viz § 31 odst. 5 ZVZ).<sup>485</sup>

---

<sup>485</sup> Nedomníváme se, že by finální hodnocení nabídek měla provádět výhradně hodnotící komise, jak se uvádí v komentáři k zákonu o veřejných zakázkách u § 31 odst. 5 (zřejmě v návaznosti na rozhodnutí Úřadu pro ochranu

Na rozdíl od jednacního řízení s uveřejněním není použití jednání o nabídkách v koncesním řízení svázáno žádnými podmínkami (srov. § 22 ZVZ).<sup>486</sup> Pravidla pro prvé jednání a v zásadě i další jednání musí zadavatel uvést ve výzvě k podání nabídek podle § 8 odst. 2 písm. a) KZ. Přitom musí vycházet především z toho, že v rámci jednání se všemi dodavateli musí dodržet základní zásady dle § 3a KZ.<sup>487</sup> Zadavatel může jednat se všemi dodavateli současně (společně) nebo odděleně (§ 8 odst. 2 písm. a) KZ).<sup>488</sup> V takovém případě je povinen zachovat obdobný předmět a rozsah jednání se všemi dodavateli (viz § 3a KZ). Rozsah projednávání nabídky je široký. Zadavatel může jednat s dodavateli o všech podmínkách plnění obsažených v jejich nabídkách (včetně podmínek, které jsou předmětem hodnocení). Zadavatel ale nesmí v průběhu jednání o nabídkách změnit koncesní podmínky.<sup>489</sup> Koncesní podmínky tedy vymezují rámec jednání a v mezích jejich požadavků lze o nabídkách, resp. návrhu smlouvy jednat. Jednání se tak může týkat například výše smluvní pokuty, doba plnění, délky záruční doby apod., při jednání však nelze rozšiřovat okruh požadavků zadavatele.

Zadavatel při odděleném jednání nemůže sdělovat informace o nabídkách ostatních dodavatelů.<sup>490</sup> Na rozdíl od jednání v koncesním dialogu se však povinnost zachovávat důvěrnost nabídek netýká nabídkové ceny, resp. hodnoty protiplnění. Pokud by zadavatel v rámci taktiky jednání chtěl při jednání s určitým dodavatelem sdělovat informace o konkurenčních nabídkách, musel by si předem vyžádat od dodavatelů souhlas.

Zadavatel zve dodavatele na první (§ 9 odst. 1 KZ) i další (§ 31 odst. 1 ZVZ) jednání, při kterém se jedná o nabídku či nabídkách, pokud zadavatel jedná se všemi dodavateli současně. Protože cílem jednání zadavatele s dodavateli je upravit nabídku a v ní obsažený

---

hospodářské soutěže ze dne 15.3.2005 č.j. VZ/S11/05-151/1098/05-SH) – viz Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011, str. 219, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2011]. Uvedené rozhodnutí bylo vydáno za platnosti zákona č. 40/2004 Sb. a jiné právní úpravy jednacního řízení s uveřejněním (viz § 64 zákona). Dále v § 74 odst. 1 ZVZ je výslovně uvedeno, že zadavatel ustanoví hodnotící komisi pro předběžné hodnocení nabídek v jednacím řízení s uveřejněním. A dle § 31 odst. 5 ZVZ po ukončení každé fáze jednání o nabídkách stanoví zadavatel na základě výsledků jednání pořadí dodavatelů podle dílčích kritérií pro hodnocení nabídek. Zadavatel může uložit, aby pro něj hodnotící komise stanovila rovněž finální hodnocení nabídek po poslední fázi jednání a závěry hodnotící komise přijmout za své.

<sup>486</sup> Tím zákonodárce vyřešil některé problémy, ke kterým v souvislosti s volbou vhodného zadávacího řízení u některých jiných forem partnerství v zahraničí dochází. Viz Butterworths PFI Manual – Division 2 – J (2111, 2112), viz také Division 2 – M (2153)

<sup>487</sup> Lze proto doporučit, aby zadavatel vycházel z pravidel uvedených v § 30 ZVZ, přestože na ně koncesní zákon neodkazuje. V koncesním zákoně není stanoveno, kdo jednání o nabídkách vede. Podle § 30 odst. 5 ZVZ zadavatel může jednáním pověřit hodnotící komisi, některé její členy či jakoukoliv jinou osobu. V koncesním řízení lze doporučit, aby jednání vedly osoby mající vztah k zadavateli, neboť o nabídkách jedná zadavatel (§ 9 odst. 1 KZ). Zadavatel jednáním může pověřit i hodnotící komisi, kterou stejně musí ustanovit (§ 74 odst. 1 ZVZ).

<sup>488</sup> Srov. § 30 odst. 7 ZVZ

<sup>489</sup> Viz § 30 odst. 4 ZVZ

<sup>490</sup> Viz § 30 odst. 6 ZVZ

návrh smlouvy tak, aby co nejvíce naplňovala požadavky zadavatele, sepisuje se o každém jednání protokol, ve kterém se uvedou závěry z jednání, které mají vliv na nabídku a obsah návrhu smlouvy. Oba účastníci jednání (zadavatel /zástupce zadavatele/ i dodavatel či dodavatelé účastníci se jednání) protokol podepisují a ujednání obsažená v protokolu z jednání jsou potom pro dodavatele závazná. Ujednání v protokolu z jednání zavazují jen toho dodavatele, jehož nabídky se týkají. Takto ale smlouva ještě uzavřena není. Dodavatel, který se podle výsledků jednání o nabídkách umístí jako první v pořadí, je povinen návrh smlouvy, který původně předložil, upravit v souladu se zápisem v protokolu z jednání (§ 32 odst. 1 a 2 ZVZ). Upravený návrh smlouvy nahrazuje původní návrh, jenž byl obsažen v nabídce. Úprava kontraktačního procesu při jednání o nabídkách se tak odlišuje od obecné úpravy uzavírání smluv (srov. § 44 odst. 2 OZ).

Jelikož může proběhnout několik jednání, stanoví zákon, že pozdější ujednání obsažené v podepsaném protokolu nahrazuje ujednání předchozí. V návaznosti na § 32 odst. 2 ZVZ je třeba dospět k závěru, že ujednání obsažená v pozdějším protokolu z jednání nahrazují předchozí ujednání pouze v tom rozsahu, v jakém se odlišují nebo nemohou vedle sebe obstát.

Určité výkladové problémy může způsobit použití jiných pojmů v § 8 odst. 2 písm. b) KZ a v zákoně o veřejných zakázkách. Podle zákona o veřejných zakázkách může zadavatel uskutečnit jednání v několika fázích. Navíc, pokud bude probíhat jednání ve fázích, může postupně omezovat počet dodavatelů, s nimiž o nabídkách jedná.<sup>491</sup> Termín „fáze jednání o nabídkách“ je užit i v § 31 odst. 5 ZVZ, který platí i pro jednání o nabídkách v koncesním řízení. V § 8 odst. 2 písm. b) KZ je uvedeno, že zadavatel, bude-li o nabídkách jednat, ve výzvě k podání nabídek uvede způsob výběru dodavatelů pro další jednání, pokud se rozhodne postupně omezovat jejich počet. Dále se zde uvádí, že § 7 odst. 4 věta za středníkem KZ platí obdobně. Podle § 7 odst. 4 KZ zadavatel může omezit počet dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, pokud to uvedl v oznámení o zahájení koncesního řízení, včetně uvedení kritérií pro jejich omezení; k podání nabídky nebo k účasti v koncesním dialogu vyzve v tomto případě nejméně 3 dodavatele.

Problém má dvě roviny. V právní jde o to, že možnost jednat ve fázích je založena v § 30 odst. 3 ZVZ s tím, že zadavatel musí záměr uvést v oznámení jednacího řízení s uveřejněním. Ustanovení ale pro koncesní řízení neplatí. Jednání ve fázích je pak promítnuto i do dalších ustanovení (například § 31 odst. 5 ZVZ), která již pro koncesní řízení platí. V § 8 odst. 2 písm. b) KZ je stanoven požadavek, aby ve výzvě k podání nabídek byl uveden i

---

<sup>491</sup> Viz § 30 odst. 3 ZVZ



způsob výběru dodavatelů pro další jednání, *pokud se zadavatel rozhodne postupně omezovat jejich počet*. Ze zákona o veřejných zakázkách však vyplývá, že více jednání (fází jednání) o nabídkách je možné uskutečnit, i když k omezování počtu dodavatelů nedochází. Pokud zadavatel chce v koncesním řízení uskutečnit jednání o nabídkách v několika fázích bez omezování počtu dodavatelů, uvede tak ve výzvě k podání nabídek jako součást způsobu jednání o nabídkách podle § 8 odst. 2 písm. a) KZ. I v koncesním řízení tak je možné provést několik fází jednání bez omezování počtu dodavatelů, neboť tento postup v jednání lze vztáhnout pod způsob jednání o nabídkách, který má stanovit zadavatel. Pokud zadavatel k omezování počtu dodavatelů přistoupí, bude postupovat dle § 8 odst. 2 písm. b) KZ.

Druhou rovinou problému je výklad „fází jednání o nabídkách“ (§ 30 odst. 3, § 31 odst. 5 ZVZ) a „další jednání“ (§ 8 odst. 2 písm. b) KZ). Ze srovnání úprav v obou zákonech je zřejmé, že „dalším jednáním“ v § 8 odst. 2 písm. b) KZ se rozumí další fáze jednání o nabídkách. Komplikovanější je však vyložit, k čemu se vztahuje omezení vyplývající z § 7 odst. 4 věta za středníkem KZ. Zda jde o počet dodavatelů, se kterými musí zadavatel zahájit druhou fázi jednání o nabídkách, ale pro další fáze už tento limit neplatí (tedy zda se jedná o způsob výběru dodavatelů pro jedno *další* jednání po prvním jednání), nebo jde o minimální počet dodavatelů, který se musí jakékoliv fáze jednání o nabídkách účastnit, chce-li zadavatel omezovat jejich počet. Domníváme se, že dikci ustanovení je blíže druhý výklad (arg. „... pokud se zadavatel rozhodne *postupně* omezovat jejich počet, § 7 odst. 4 věta za středníkem platí obdobně.“).

V koncesním řízení není možné omezit počet dodavatelů, s nimiž zadavatel zahájí jednání o nabídkách (§ 29 odst. 4 písm. f), § 30 odst. 2 ZVZ), neboť koncesní zákon to neumožňuje.

Bez ohledu na počet fází jednání zadavatel po ukončení každé fáze jednání o nabídkách stanoví na základě výsledků jednání obsažených v protokolu z jednání podle dílčích kritérií pro hodnocení nabídek uvedených v oznámení pořadí dodavatelů a vyhotoví o tom protokol. Pokud dochází k omezování počtu dodavatelů, rozhodne zadavatel podle výsledků hodnocení jednání o nabídkách a pořadí dodavatelů o výběru dodavatelů pro další (fázi) jednání o nabídkách v souladu s kritérii uvedenými ve výzvě k podání nabídek.<sup>492</sup> Pokud k omezování počtu dodavatelů nedochází a uskutečňuje se další fáze jednání, pokračují po každém stanovení pořadí dodavatelů do další fáze všichni dodavatelé.

---

<sup>492</sup> Viz § 8 odst. 2 písm. b) KZ, § 31 odst. 5 ZVZ

Zadavatel s dodavatelem jedná způsobem, který uvedl ve výzvě k podání nabídek. Zde by měl uvést počet fází jednání nebo způsob uzavření jednání. V rámci jedné fáze se může uskutečnit i několik jednání (například je-li třeba v rámci nabídky projednat rozsáhlé podmínky plnění). Jedná-li zadavatel s dodavatelem odděleně, uskutečňuje se v jedné fázi vždy několik jednání, neboť jedná s každým dodavatelem samostatně. Zadavatel není nijak omezen v počtu fází jednání, ani není nijak stanoven okamžik, kdy by měl jednání uzavřít. Jediný požadavek je ten, že zadavatel musí předem (tj. před zahájením fáze jednání) oznámit, že jde o poslední fázi jednání. Pokud již fázi jednání zahájil, může se písemně s dodavatelem dohodnout na tom, že jde o poslední fázi jednání o nabídkách. Ze zásady rovného zacházení vyplývá, že dohoda musí být uzavřena se všemi dodavatelem. Pokud zadavatel oznamuje, že jde o poslední fázi jednání, musí tak učinit transparentně. Dodavatelům je vhodné oznámení písemně odeslat tak, aby jim byla zachována stejná doba na přípravu na poslední fázi jednání. Nepovažujeme za vhodné, aby zadavatel toto sdělil dodavatelům bezprostředně před zahájením poslední fáze jednání.

Výsledkem jednání o nabídkách může být to, že je dosaženo ujednání, které má vliv na nabídku a obsah návrhu smlouvy, ale i to, že žádné takové ujednání dosaženo není. Pak zadavatel uzavře smlouvu s dodavatelem, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější při předběžném hodnocení.

Po poslední fázi jednání se stanoví na základě nabídky a výsledků jednání obsažených v protokolech z jednání podle dílčích kritérií pro hodnocení nabídek uvedených v oznámení pořadí dodavatelů a vyhotoví se o tom protokol. Pokud došlo ke změnám nabídky a návrhu smlouvy, dodavatel, jenž se umístil v pořadí jako první, je povinen do 7 dnů od doručení protokolu o konečném výsledku hodnocení doručit zadavateli upravený návrh smlouvy. Upravený návrh smlouvy musí odpovídat ujednáním obsaženým v protokolech z jednání. V návrhu smlouvy lze upravovat pouze to, co bylo dotčeno změnou při jednání a bylo zachyceno v protokolu z jednání. V ostatním platí původní návrh smlouvy předložený dodavatelem. Návrh smlouvy upravený v souladu s podepsanými protokoly z jednání nahrazuje původní návrh smlouvy obsažený v nabídce.

Pokud dodavatel předloží návrh upravený tak, že neodpovídá výsledku jednání nebo v návrhu upraví ty části, které jednáním nebyly dotčeny, zadavatel takový návrh odmítne a stanoví lhůtu k úpravě či doplnění návrhu smlouvy. Nepředloží-li dodavatel ve lhůtě upravený návrh smlouvy nebo neodpovídá-li návrh výsledku jednání a zadavatel nezjedná nápravu a nepředloží řádný návrh smlouvy, může zadavatel vyzvat k předložení upraveného návrhu

smlouvy dodavatele, který se umístil podle výsledků jednání o nabídkách jako druhý v pořadí, a není-li uzavřena smlouva s ním, tak dodavatele, který se umístil jako třetí v pořadí.

Dále postupuje zadavatel v souladu s obecnou úpravou uzavírání smlouvy dle § 82 ZVZ. Domníváme se, že i při jednání o nabídkách je třeba dodržet postup podle § 81 odst. 3 ZVZ a ostatním dodavatelům odeslat oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, neboť je na to navázána možnost podat námitky. V návaznosti na § 31 odst. 6 ZVZ půjde o protokol o konečném výsledku hodnocení, který bude mít rovněž náležitosti oznámení o výběru nejvhodnější nabídky (§ 81 odst. 4 ZVZ) a kromě dodavatelů účastnících se dané fáze jednání (§ 31 odst. 6 ZVZ) bude zaslán i osobám uvedeným v § 81 odst. 3 ZVZ.

### **7.5.9 Otevírání obálek s nabídkami**

Pokud jednání o nabídkách neprobíhalo je otevírání obálek s nabídkami další fází koncesního řízení a předznamenává blížící se závěr koncesního řízení – posouzení a hodnocení nabídek a výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Institut otevírání obálek má zaručovat transparentnost koncesního řízení.<sup>493</sup> Také ohledně postupu zadavatele při otevírání obálek s nabídkami se zákonodárce rozhodl využít legislativně technické hospodárnosti a plně odkázal na obdobné užití příslušných ustanovení ze zákona o veřejných zakázkách.<sup>494</sup>

Otevírání obálek může proběhnout až po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Pouze nabídky, které byly podány do konce lhůty pro podání nabídek, komise otevírá (viz § 71 odst. 6 ZVZ). V této lhůtě musí nabídka zadavateli rovněž dojít (srov. k tomu § 69 odst. 6 ZVZ). Opožděně podané nabídky komise vůbec neotevírá a zadavatel pouze dodavatele vyrozumí, že nabídka byla podána po uplynutí stanovené lhůty.<sup>495</sup> Zadavatel musí vyčkat, dokud neuplyne lhůta pro podání nabídek. Před tím on ani komise nesmějí obálky otevřít, ani nelze zpřístupnit komisi nabídky podané elektronicky. Jakmile lhůta pro podání nabídek uplyne, musejí být obálky otevřeny nejpozději do 30 dnů po jejím uplynutí. Konkrétní termín stanoví zadavatel. Jde o lhůtu pořádkovou, neboť její nedodržení není spojeno s žádným právním následkem. Nabídky podané elektronicky komise otevře po uplynutí lhůty pro podání nabídek do termínu pro otevírání obálek stanoveným zadavatelem podle předchozí věty.

Zadavatel sám obálky s nabídkami (nabídky) neotevírá. Tento úkol náleží nejméně tříčlenné komisi, kterou zadavatel ustanoví pro tento účel. Jako alternativu zákon umožňuje zadavateli stanovit, že místo komise pro otevírání obálek s nabídkami bude její funkci plnit

---

<sup>493</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 25.4.1996 C-87/94, bod 55

<sup>494</sup> Viz § 11 odst. 1 KZ, kde se odkazuje „pro otevírání obálek s nabídkami“ na zákon o veřejných zakázkách. Konkrétně jde o celý díl 1 hlavy VII zákona o veřejných zakázkách.

<sup>495</sup> Viz § 71 odst. 6 ZVZ, srov. k tomu i náležitosti listinné nabídky dle § 69 odst. 5 ZVZ

hodnotící komise.<sup>496</sup> Ta pak obálky nejen otevře, ale následně bude nabídky i hodnotit. Na rozdíl od úpravy hodnotící komise zákon o veřejných zakázkách nestanoví požadavky na členy komise pro otevírání obálek s nabídkami, zřejmě s ohledem na to, že význam této komise je pouze v otevření obálek a formálním přezkumu nabídek, kterého se navíc mohou dodavatelé zúčastnit. Zatímco členem hodnotící komise musí být vždy zástupce zadavatele (§ 74 odst. 4 ZVZ), pro komisi pro otevírání obálek tento požadavek stanoven není. Přesto členy obou komisí budou zpravidla zaměstnanci zadavatele. (Byť zástupcem zadavatele může být i osoba jiná než zaměstnanec zadavatele.) Ať už je vztah členů komisí k zadavateli jakýkoliv, vždy musí osoba se svým jmenováním za člena souhlasit. Zákon rozlišuje mezi komisí (pro otevírání obálek i hodnotící) a zadavatelem (srov. například „... *zadavatel* ani *komise* nesmí otevřít obálku ...“ v § 71 odst. 4 ZVZ) a jejich úkony (například *hodnotící komise* nabídku vyřadí a *zadavatel* dodavatele vyloučí, viz § 71 odst. 10 ZVZ). Ani jedna z komisí není právním subjektem. Jde o orgány účelově zadavatelem zřizované dle zákona o veřejných zakázkách, jejichž úkol je přesně stanoven. U hodnotící komise je její vztah k zadavateli výslovně vyjádřen v § 74 odst. 1 ZVZ. Činí-li hodnotící komise ve vztahu k dodavatelům úkony podle zákona o veřejných zakázkách, platí, že tyto úkony činí jménem zadavatele. Hodnotící komise (i komise pro otevírání obálek) mohou činit ve vztahu k dodavatelům ty úkony, které jim zákon o veřejných zakázkách činit dovoluje. Pouze takové úkony totiž jsou činěny „*podle zákona o veřejných zakázkách*“, jak zní dikce ustanovení. Proto hodnotící komise nemůže rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, neboť této komisi přísluší pouze posoudit a hodnotit nabídky, a nikoliv vybírat. O svých závěrech sepíše zprávu a na jejím základě zadavatel rozhodne o výběru. Pouze zadavateli totiž přísluší rozhodnout o výběru (§ 81 odst. 1 ZVZ, § 12 odst. 1 KZ). Z postavení obou komisí je zřejmé, že jejich provoz a náklady spojené s jejich činností nese zadavatel.

Obě komise pořizují o svých úkonech protokol a jejich členové jsou povinni zachovávat mlčenlivost o skutečnostech, o kterých se dozvěděli v souvislosti se svojí účastí v komisi.<sup>497</sup>

Dodavatelé mohou podat nabídky v listinné podobě nebo elektronickými prostředky. Podle způsobu podání se v detailech liší postup při otevírání nabídek. Při otevírání včas

---

<sup>496</sup> Viz § 71 odst. 1, 3 ZVZ. Má-li funkci komise pro otevírání obálek s nabídkami plnit hodnotící komise, musí tak zadavatel stanovit. Jde o vnitřní rozhodnutí zadavatele. Vzhledem k zásadám ovládacím koncesní (i zadávací) řízení je však nezbytné, aby se o tomto rozhodnutí dozvěděli dodavatelé, kterých se toto rozhodnutí týká. Zadavatel tak může „stanovit“ buď předem v koncesní dokumentaci, nebo může takové rozhodnutí učinit před otevřením obálek s nabídkami a záznam o tomto rozhodnutí vloží do spisu, který o koncesním řízení vede, a současně v listinné nebo elektronické podobě toto rozhodnutí oznámí dodavatelům.

<sup>497</sup> Viz § 73 odst. 1, § 75 odst. 5, § 71 odst. 2, § 75 odst. 6 ZVZ

podaných nabídek tak mohou nastat tři situace: všechny doručené nabídky jsou v listinné podobě, všechny doručené nabídky jsou v elektronické podobě, nebo jsou doručené nabídky v listinné i elektronické podobě.

Pro nabídky podané v listinné podobě platí pravidlo, že dodavatelé, kteří včas podali své nabídky, mají právo být přítomni otevírání obálek s nabídkami. Stejně právo mají i jiné osoby, o kterých to stanoví zadavatel.<sup>498</sup> Jejich účast tedy není povinná a komise může obálky otevřít, i když se žádný z dodavatelů nedostaví. Vzhledem k tomu, že se jedná o „právo“ dodavatelů, je nezbytné, aby jim zadavatel poskytl možnost tohoto práva využít. Zadavatel proto musí dodavatelům dát termín (včetně místa) konání otevírání obálek na vědomí.<sup>499</sup> Termín může zadavatel uvést již v koncesních podmínkách.<sup>500</sup> Vzhledem k tomu, že je to zadavatel, kdo určuje lhůty v koncesním řízení, nemělo by činit problém tento termín stanovit již v koncesní dokumentaci.<sup>501</sup> Pokud to nebude zadavateli vyhovovat a termín v koncesní dokumentaci neuvede, zadavatel dodavatele písemně o termínu vyrozumí, a to nejméně 5 dnů přede dnem otevírání obálek. Zadavatel písemně vyrozumí dodavatele i tehdy, pokud dojde ke změně termínu uvedeného v koncesní dokumentaci.

Elektronicky podané nabídky jsou soubory, které jsou uloženy na elektronickém nosiči dat. Proto „otevření“ nabídky má v tomto případě povahu zpřístupnění obsahu souboru s nabídkou komisi.<sup>502</sup> Jsou-li zadavateli doručeny ve lhůtě pro podání nabídek pouze nabídky v elektronické podobě, nemusí se otevírání obálek za účasti dodavatelů, kteří podali svou nabídku včas, a popřípadě jiných osob, o kterých to stanoví zadavatel, konat.<sup>503</sup> Předpokladem je, že všechny včas podané nabídky jsou v elektronické podobě. Jsou-li podány nabídky v elektronické podobě, avšak pouze některé jsou včasné a jiné opožděné, ani v tomto případě se nemusí otevírání obálek za účasti dodavatelů, kteří podali své nabídky včas, konat, neboť rozhodující pro určení, zda se otevírání obálek za účasti dodavatelů, kteří podali své nabídky včas, musí konat, je podoba nabídek. Také v případě, že je podána vedle nabídek v elektronické podobě rovněž nabídka v listinné podobě, avšak není u ní dodržena lhůta pro

---

<sup>498</sup> O rozhodnutí, kterým tak zadavatel „stanoví“, platí, co již bylo řečeno výše v souvislosti s rozhodnutím zadavatele o tom, že funkci komise pro otevírání obálek bude plnit hodnotící komise. Jinou osobou není zástupce dodavatele na základě plné moci, neboť ten zastupuje dodavatele, který má právo být vždy přítomen.

<sup>499</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 24.1.1995 C-359/93, bod 29

<sup>500</sup> V naprosté většině případů půjde o koncesní dokumentaci.

<sup>501</sup> Zadavatel určuje lhůtu pro podání nabídek (§ 8 odst. 1 písm. b) KZ) a stanoví i termín otevírání obálek, který se na lhůtu pro podání nabídek váže (§ 71 odst. 4 ZVZ).

<sup>502</sup> Viz § 72 odst. 1 ZVZ. Blíže k tomu viz § 5 vyhlášky č. 9/2011 Sb. U nabídek podaných v listinné podobě je v zákoně užit termín otevírání obálek (§ 71 odst. 1 ZVZ), zatímco u nabídek podaných v elektronické podobě se hovoří o otevírání nabídek (§ 72 odst. 1, § 73 odst. 1 ZVZ). I nabídky podané elektronicky otevírá komise pro otevírání obálek s nabídkami. Neotevírá ale obálku s nabídkou, ale zpřístupní se jí obsah nabídky (otevření nabídky).

<sup>503</sup> Viz § 72 odst. 4 ZVZ

podání nabídek, nemusí se otevírání obálek za účasti dodavatelů, kteří podali své nabídky včas, konat.

V § 72 odst. 4 ZVZ je použita formulace „otevírání obálek podle § 71 odst. 7 se *nemusí* konat.“ To svádí k výkladu, že snad zadavatel má nějakou volbu a otevírání obálek za účasti dodavatelů, kteří podali svou nabídku včas, konat může, pokud se tak rozhodne. „Nemusí konat“ je ale třeba vykládat v širších souvislostech ohledně postupu zadavatele při otevírání obálek a otevírání nabídek. V tomto případě jsou podány nabídky pouze v elektronické podobě. Žádné nabídky v listinné podobě nejsou, a proto žádné obálky s nabídkami komise neotevívá, a ani otevírat nemůže. Vzhledem k tomu, že jediným důvodem pro vyrozumění dodavatelů, kteří podali svou nabídku včas, k účasti na otevírání obálek, je zajistit transparentní a důvěryhodné otevírání obálek s nabídkami podanými v listinné podobě, ztrácí toto jednání komise jakýkoliv význam, pokud byly podány pouze nabídky v elektronické podobě, u nichž vzhledem ke způsobu jejich podání nedochází k otevírání obálek, nýbrž k jejich zpřístupnění, což je označeno jako otevírání nabídek. Nabídky podané elektronicky navíc komise otevírá dle § 72 odst. 1 ZVZ v době od uplynutí lhůty pro podání nabídek do termínu otevírání obálek bez účasti dodavatelů. Tedy v době konání otevírání obálek jsou již nabídky podané elektronickými prostředky otevřené. Otevírání nabídek probíhá vždy neveřejně. Svolávat dodavatele, kteří včas podali nabídky, tak ztrácí smysl, neboť žádné obálky s nabídkami k otevření nejsou. Informace o otevírání nabídek se v tomto případě dodavatelé dovědí z protokolu, který o tom komise sepisuje (viz § 73 odst. 2 ZVZ).<sup>504</sup> Pokud by zadavatel přesto v tomto případě (slovy zákona) otevírání obálek za účasti dodavatelů, kteří včas podali nabídky, konal, (ve skutečnosti by se o otevírání obálek nejednalo, ale šlo by pouze o seznámení dodavatelů s informacemi z protokolu o otevírání nabídek), mohl by jim akorát sdělit informace o nabídkách dle § 71 odst. 9 ZVZ a další informace obsažené v protokolu.<sup>505</sup> Takový postup nemůže ohrozit výběr nejvhodnější nabídky a nezpůsobuje vadnost koncesního řízení.

Pokud zadavatel uvedl v koncesní dokumentaci termín otevírání obálek a následně mu byly doručeny včas pouze nabídky v elektronické podobě, vyrozumí zadavatel bezodkladně

---

<sup>504</sup> Protokol v tomto případě musí splňovat jak náležitosti podle § 73 odst. 1 ZVZ tak i podle § 73 odst. 2 ZVZ. Vzhledem k tomu se z protokolu dozvědí i další informace a údaje, které se jinak sdělují při otevírání obálek za účasti dodavatelů, kteří podali nabídku včas (viz § 73 odst. 1, 2, § 72 odst. 5 a § 71 odst. 8, 9 ZVZ).

O otevírání obálek i nabídek pořizuje komise protokol souhrnně označovaný jako protokol o otevírání obálek. Náležitosti protokolu jsou upraveny v § 73 ZVZ. Pokud se otevírání obálek nekoná, protože všechny nabídky byly podány v elektronické podobě, zpřístupní bezodkladně zadavatel elektronickými prostředky (například prostřednictvím sítě internet) dodavatelům protokol o otevírání obálek (nabídek), viz § 73 odst. 4 věta čtvrtá ZVZ.

<sup>505</sup> Viz § 73 odst. 4 ZVZ

dodavatele o této skutečnosti a o tom, že se otevírání obálek nekoná. Stejně zadavatel postupuje i v případě, kdy termín otevírání obálek v koncesní dokumentaci uveden není.

Jsou-li včas doručené nabídky v obou možných podobách, postupuje komise tak, že nejdříve sdělí informace o nabídkách podaných elektronicky, a poté pokračuje otevíráním obálek s nabídkami v listinné podobě a kontrolou jejich úplnosti.<sup>506</sup>

Úkolem komise není pouze otevřít obálky / nabídky, ale také přezkoumat je po formální stránce. Komise obálky otevírá dle pořadového čísla, jak jdou za sebou.<sup>507</sup> Po otevření obálky zkontroluje komise, zda je nabídka úplná. Nabídka je úplná, jestliže vyhovuje parametrům uvedeným v § 71 odst. 8 ZVZ. Komise při kontrole úplnosti zkoumá, zda je nabídka zpracována v požadovaném jazyku (viz § 8 odst. 1 písm. d) KZ), je návrh smlouvy podepsán osobu oprávněnou jednat jménem či za uchazeče (viz § 68 odst. 2 ZVZ) a zda nabídka obsahuje všechny součásti požadované zákonem či zadavatelem v koncesních podmínkách (především § 68 odst. 2, § 44 odst. 3 písm. e) ZVZ).

Je-li nabídka podána elektronicky, kontroluje komise při otevírání nabídek kromě úplnosti, také zda je nabídka autentická a zda s datovou zprávou obsahující nabídku nebylo před jejím otevřením manipulováno.<sup>508</sup> Kontrola těchto skutečností je vyžadována s ohledem na způsob podání nabídky.

Pokud komise po provedené kontrole zjistí, že nabídka je neúplná, vyřadí ji. V tomto případě pak zadavatel z koncesního řízení vyloučí dodavatele, jehož nabídka byla vyřazena. Ze zásady transparentnosti vyplývá požadavek, aby zadavatel vyloučenému dodavateli sdělil důvody pro vyloučení.<sup>509</sup>

U elektronicky podaných nabídek má komise kontrolovat i jejich autenticitu a zda s datovou zprávou obsahující nabídku nebylo před jejím otevřením manipulováno. Zatímco postup při zjištění neúplnosti elektronicky podané nabídky je stejný jako u nabídky podané v listinné podobě (viz § 72 odst. 6 ZVZ), postup pro případ, že komise při kontrole zjistí, že nabídka není autentická nebo že s datovou zprávou bylo před otevřením manipulováno, chybí. Domníváme se, že by postup měl být i v tomto případě stejný, jako by se jednalo o neúplnou nabídku. Není možné, aby v řízení byla posuzována nabídka, která nebyla podána dodavatelem (neautentická nabídka).

---

<sup>506</sup> Viz § 72 odst. 3 ZVZ. Protokol o otevírání obálek v tomto případě musí splňovat náležitosti podle § 73 odst. 1 ZVZ, pokud jde o nabídky v listinné podobě, a pokud jde o nabídky v elektronické podobě tak podle § 73 odst. 1 a 2 ZVZ.

<sup>507</sup> V souvislosti s podáváním nabídek má zadavatel povinnost evidovat nabídky s uvedením data a času jejich doručení a přidělit jim pořadové číslo (viz § 69 odst. 6 in fine ZVZ).

<sup>508</sup> Viz § 72 odst. 5 ZVZ

<sup>509</sup> Viz § 71 odst. 10 ZVZ

Při otevírání obálek komise přítomným dodavatelům sdělí, zda nabídka je úplná, identifikační údaje dodavatele a informaci o nabídkové ceně (hodnotě protiplnění). Dodavatelé, kteří nejsou otevírání obálek přítomni, se tyto informace mohou dozvědět z protokolu o otevírání obálek, do kterého mohou nahlédnout a pořídit si z něj výpis nebo jeho opis.

Postup při otevírání obálek v koncesním řízení nevyžaduje specifickou úpravu a výklad zákona není v této souvislosti spojen s obtížemi.

## **7.5.10 Posouzení a hodnocení nabídek**

### **7.5.10.1 Obecně k posouzení a hodnocení nabídek a hodnotící komisi**

Po té, co byly obálky s nabídkami a nabídky podané elektronicky otevřeny a zkontrolována jejich úplnost, následuje posouzení a hodnocení nabídek, což přísluší hodnotící komisi. Přitom je však nutné obě činnosti odlišovat. Posouzení nabídek se týká posouzení nabídek, co do splnění požadavků, které jsou na ně kladeny zákonem a zadavatelem. Hodnocení je seřazení nabídek dle hodnotících kritérií od nejlépe po nejméně vyhovující. Nabídky, které neobstojí při jejich posouzení, jsou vyřazeny, a hodnoceny proto nejsou. Zatímco kontrola úplnosti nabídky zkoumá náležitosti nabídky, které jsou spíše formálního charakteru, při posouzení nabídek vedle splnění zákonných požadavků hodnotící komise zkoumá především, zda nabídka splňuje požadavky, které zadavatel stanovil v koncesních podmínkách, především tedy v koncesní dokumentaci. Jak již bylo řečeno, nabídka dodavatelů totiž musí „zrcadlit“ požadavky, které zadavatel stanovil v koncesní dokumentaci pro zpracování nabídky. V nabídce tudíž musí být obsaženy obchodní, technické a jiné podmínky na plnění koncesní smlouvy v mezích požadavků zadavatele.

Posouzení a hodnocení nabídek přísluší hodnotící komisi, která se v souladu s § 11 odst. 1 KZ řídí pravidly obsaženými v zákoně o veřejných zakázkách. Hodnotící komisi ustanoví zadavatel jmenováním jejích členů.<sup>510</sup> Skládá se nejméně z 5 členů a jejich přesný

---

<sup>510</sup> Současně se jmenováním jednotlivých členů hodnotící komise jmenuje zadavatel za každého člena náhradníka, který nastoupí, pokud se člen jednání hodnotící komise nemůže účastnit (pro podjatost nebo z jiných důvodů); viz § 74 odst. 4, 8, § 75 odst. 2 ZVZ. Členové hodnotící komise ani náhradníci nesmí být ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy a k dodavatelům, kteří podali včas nabídky, podjati. Blíže k (ne)podjatosti členů hodnotící komise, povinností členů hodnotící komise a zadavatele a postupu člena, nastane-li důvod k podjatosti, a zadavatele, vznikne-li mu pochybnost o nepodjatosti člena hodnotící komise, viz § 74 odst. 7 a 8 ZVZ.

První jednání hodnotící komise svolává zadavatel tak, že každého člena pozve na jednání nejméně 7 dní předem. Na prvním jednání zvolí členové komise předsedu a místopředsedu. Další jednání komise řídí předseda nebo místopředseda, pokud není předseda přítomen (viz § 75 odst. 1 ZVZ). Hodnotící komise je kolektivní orgán složený ze členů jmenovaných zadavatelem, který rozhoduje hlasováním. Hodnotící komise může jednat a usnášet se, jsou-li přítomny nejméně dvě třetiny členů nebo jejich náhradníků a k rozhodnutí je třeba většiny hlasů přítomných členů nebo náhradníků. Nejsou tedy rozhodné názory členů komise jednotlivě, ale celkový



počet určuje zadavatel. Je-li to odůvodněno předmětem koncesní smlouvy, musí mít hodnotící komise nejméně jednu třetinu členů s příslušnou odborností ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy.<sup>511</sup> Vzhledem k tomu, že hodnotící komise posuzuje a hodnotí nabídky, přičemž mezi požadavky na nabídky patří vyhovění stanoveným technickým podmínkám (požadavkům vyžadujícím odborné posouzení) a míra vyhovění určitým odborným požadavkům může rovněž být stanovena jako dílčí kritérium pro hodnocení nabídek, požaduje zákon, aby v případě, že je k posouzení a hodnocení nabídek třeba odborných znalostí, nejméně jedna třetina členů hodnotící komise měla příslušnou odbornou znalost. U koncesních smluv to bude pravidlem. Odborné znalosti jsou vyžadovány ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy tak, aby hodnotící komise byla schopna nabídky posoudit a hodnotit. V komisi mohou být zastoupeni členové s různou odborností, týkají-li se odbornosti předmětu koncesní smlouvy. Není ani vyloučeno, aby hodnotící komise byla složena pouze ze členů s odbornými znalostmi ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy. Vždy však musí být členem hodnotící komise zástupce zadavatele.

Pro některé veřejné zakázky zákon o veřejných zakázkách stanoví vyšší počet členů hodnotící komise i vyšší počet členů hodnotící komise s odbornými znalostmi.<sup>512</sup> Odlišný je i subjekt, který ustanovuje hodnotící komisi, kterým není zadavatel. Jedná se o veřejné zakázky zadávané veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. a) a b) ZVZ, u kterých v prvním případě výše předpokládané hodnoty přesáhne 200 milionů Kč bez daně z přidané hodnoty, ale nepřesáhne 500 milionů Kč bez daně z přidané hodnoty a v druhém případě, u kterých přesáhne 500 milionů Kč bez daně z přidané hodnoty. V prvním případě musí mít komise nejméně 7 členů a hodnotící komisi ustanoví ministr nebo jiná osoba, která jedná navenek jménem veřejného zadavatele, je-li jím Česká republika, nebo ministr nadřízený veřejnému zadavateli, pokud jím je státní příspěvková organizace. V druhém případě musí mít komise nejméně 9 členů a hodnotící komisi ustanoví vláda na návrh ministra nebo jiné osoby, která jedná navenek jménem veřejného zadavatele, je-li jím Česká republika, nebo ministra nadřízeného veřejnému zadavateli, pokud jím je státní příspěvková organizace. V obou případech musí mít příslušnou odbornost nejméně dvě třetiny členů komise.

---

výsledek hlasování. Pokud zastává člen komise odchylný názor od názoru většiny, uvede se tato skutečnost do protokolu o jednání, který se o jednání komise vždy sepisuje a který podepisují všichni přítomní členové (viz § 75 odst. 3, 5 ZVZ). Jednání hodnotící komise se mohou zúčastnit i jiné osoby, které určí zadavatel nebo hodnotící komise. Členové komise i přizvané osoby jsou povinny zachovávat mlčenlivost o skutečnostech, které se dozvěděli v souvislosti se svou účastí v hodnotící komisi (viz § 74 odst. 4, 6 ZVZ).

<sup>511</sup> Viz § 74 odst. 3 ZVZ

<sup>512</sup> Viz § 74 odst. 5, 6 ZVZ

Uvedená pravidla platí i v koncesním řízení. Odkaz v § 11 odst. 1 KZ je generální s tím, že pro hodnotící komisi platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. Rovněž zadavatelé vymezení v § 2 odst. 2 písm. a) a b) ZVZ jsou totožní se zadavateli vymezenými v § 2 odst. 1 písm. a) a b) KZ, kterými jsou Česká republika a státní příspěvková organizace. Jedná se o druhy zadavatelů, kteří vystupují v koncesním i zadávacím řízení. Předpokládanou hodnotou se v koncesním řízení rozumí předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy dle § 4 KZ.

### **7.5.10.2 Posouzení nabídek**

Také ohledně postupu při posouzení a hodnocení nabídek odkazuje § 11 odst. 2 KZ na obdobné užití zákona o veřejných zakázkách s tím rozdílem, že jediným hodnotícím kritériem je ekonomická výhodnost nabídky.

Hodnotící komise v rámci posouzení nabídek zkoumá (§ 76 ZVZ) u každé nabídky, zda splňuje zákonné požadavky, zda splňuje požadavky zadavatele uvedené v koncesních podmínkách (zejména v koncesní dokumentaci, viz § 44 ZVZ) a zda se nejedná o nepřijatelnou nabídku vzhledem k tomu, že by byla v rozporu s platnými právními předpisy.<sup>513</sup>

Po posouzení nabídky může komise dojít k těmto závěrům:

- nabídka splňuje požadavky dle § 76 odst. 1 ZVZ a bude předmětem hodnocení.
- hodnotící komise má za to, že nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu; k této problematice viz text níže.
- nabídka obsahuje nejasnosti, avšak není ve zřejmém rozporu s požadavky dle § 76 odst. 1 ZVZ. V tomto případě může hodnotící komise požádat dodavatele o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti o vysvětlení se uvede, v čem je spatřována nejasnost nabídky. Dodavatel musí vysvětlení doručit do 3 pracovních dnů od den doručení žádosti, nebo ve lhůtě delší stanovené hodnotící komisí. Pokud není vysvětlení komisi doručeno ve lhůtě, komise nabídku vyřadí. Hodnotící komise může také po písemném zdůvodnění nejasností nabídky přizvat dodavatele na její jednání, aby svou nabídku vysvětlil.<sup>514</sup> Pokud jsou nejasnosti odstraněny a

---

<sup>513</sup> V koncesním řízení jde především o to, aby bylo možné plnění poskytovat koncesně, tj. bylo možné od uživatelů brát užítky a nabídka vykazovala znaky koncese.

<sup>514</sup> Podle § 76 odst. 5 ZVZ na žádost veřejného zadavatele poskytne dodavatel v soutěžním dialogu veřejnému zadavateli dodatečné informace, jejichž cílem je podanou nabídku objasnit, konkretizovat či vysvětlit. V žádosti o dodatečné informace musí zadavatel určit, které údaje z nabídky požaduje objasnit, konkretizovat či vysvětlit, a stanovit pro tyto účely přiměřenou lhůtu, nejméně však 5 dnů. Dodatečné informace uchazeče nesmí obsahovat změnu nabídky nebo být v rozporu s výzvou k podání nabídek. Ačkoliv koncesní zákon odkazuje ohledně posouzení nabídek na zákon o veřejných zakázkách, aniž by některá ustanovení pro koncesní řízení vylučoval z použití, není toto ustanovení možné v koncesním řízení použít (ani při obdobné aplikaci zákona o veřejných

nabídka splňuje požadavky dle § 76 odst. 1 ZVZ, bude předmětem hodnocení. V opačném případě hodnotící komise nabídku vyřadí.

-nabídka požadavky dle § 76 odst. 1 ZVZ nesplňuje. V tomto případě hodnotící komise nabídku vyřadí.

Nabídka, která obsahuje varianty, je vyřazena pouze tehdy, pokud byly všechny varianty vyřazeny. Vyřazení jen některé varianty nemá za následek, že by ostatní varianty v nabídce nebyly hodnoceny.

Ke zjevným početním chybám v nabídce, které hodnotící komise zjistí při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. Pokud však chyby vliv na nabídkovou cenu mají, musí být nabídka vyřazena.<sup>515</sup>

Dodavatele, jehož nabídka byla hodnotící komisí vyřazena, zadavatel vyloučí z účasti v koncesním řízení. I zde platí, že vyloučení včetně důvodu je třeba dodavateli oznámit.<sup>516</sup>

Posouzení nabídek přísluší hodnotící komisi, která si ale může k této činnosti přizvat poradce.<sup>517</sup> V koncesním řízení bude zřejmě pravidlem, že hodnotící komise této možnosti využije. Většinou půjde o osobu, která zadavateli pomáhala již se zpracováním koncesní dokumentace, případně s koncesním projektem a jinými přípravnými pracemi před zahájením či v průběhu koncesního řízení. Tento poradce nesmí být stejně jako členové hodnotící komise podjatý ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy a dodavatelům a musí zachovávat mlčenlivost o všech skutečnostech, o nichž se dozvěděl v souvislosti se svojí účastí na posuzování nabídek. Poradcem bude zpravidla zaměstnanec právnické osoby, která poskytuje zadavateli poradenství v souvislosti s realizací projektu, který má určité odborné znalosti nezbytné k posouzení nabídek. Poradce „pouze“ radí a poskytuje podporu komisi pro posouzení nabídek. Samotné závěry z hlediska posouzení nabídek však přísluší pouze hodnotící komisi.

U složitých projektů v rámci partnerství zpravidla zadavatel využívá odborných konzultací a rad od třetích osob jako konzultantů a poradců. Poradci se podílejí na vypracování koncesní dokumentace, koncesního projektu, kvalifikační dokumentace a rovněž mohou spolupůsobit při posouzení prokázání splnění kvalifikace dodavatelů. Poradci mohou být činní též při posouzení nabídek hodnotící komisí jako přizvaní poradci. Zákon o veřejných zakázkách v § 151 odst. 1 umožňuje zadavatelům, aby se nechali při výkonu některých práv a

---

zakázkách). V koncesním řízení probíhá pouze koncesní dialog, jehož účelem je ale nalezení jednoho nebo více vhodných řešení koncesního projektu, a nikoliv předkládání nabídek.

<sup>515</sup> Viz rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14.1.2005 č.j. VZ/S232/04-151/134/05-MO

<sup>516</sup> Viz § 76 odst. 6 ZVZ

<sup>517</sup> Viz § 76 odst. 2 ZVZ

povinností vyplývajících ze zákona o veřejných zakázkách zastoupit jinou osobou. Poradci tak kromě činností a přípravy dokumentů pro zadavatele, který je pak sám v řízení použije, mohou určité úkony v souvislosti s konáním zadávacího řízení vykonat sami, pokud je k tomu zadavatel pověří. Toto oprávnění zadavatele je v zákoně výslovně zakotveno. Zda je lze užít i v koncesním řízení je ale sporné. Koncesní zákon na toto ustanovení neodkazuje. Vzhledem k specifikům koncesního (i zadávacího) řízení se domníváme, že nelze chybějící oprávnění v koncesním zákoně obejít například udělením plné moci poradci nebo uzavřením s ním mandátní smlouvy. De lege ferenda by však bylo jistě praktické rozšířit využití této možnosti i pro zadavatele v koncesním řízení.

### **7.5.10.3 Mimořádně nízká nabídková cena**

Zákon o veřejných zakázkách v § 77 odst. 1 ukládá hodnotící komisi, aby při posouzení nabídek dodavatelů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudila rovněž výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od dodavatele písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné.

Nabídková cena se v koncesním řízení neuplatňuje. Jak již bylo uvedeno, základním znakem koncesní smlouvy je, že protiplnění je poskytováno v možnosti dodavatele brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě této možnosti spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Rozsah peněžních plateb od zadavatele a braní užitků (možnosti využívat plnění) a určení výše úhrad při využívání možnosti braní užitků z plnění od uživatelů statku, musí být vymezeny v koncesní dokumentaci a na základě těchto údajů a v jejich rámci pak dodavatelé zpracovávají nabídky. Přitom některé z těchto parametrů mohou být stanoveny relativně pevně (například rozsah peněžních plateb od dodavatele) a jiné (výše úhrad, jakou může koncesionář stanovit při využívání možnosti braní užitků) mohou být v koncesní dokumentaci stanoveny limitem, například že nepřekročí určitou částku za měrnou jednotku (doba užití, kilometr, osoba apod.). Lze říct, že hodnota těchto protiplnění je v koncesním řízení tím, co nabídková cena v zadávacím řízení. Je ale otázka, do jaké míry by zadavatel výši těchto plnění měl u nabídek dodavatelů přezkoumávat.

Zadavatel nemůže na jednu stranu rezignovat na možnost ovlivnit výši úhrad, jakou může dodavatel (budoucí koncesionář) požadovat při využívání možnosti braní užitků z plnění od uživatelů statku, na druhou stranu výše úhrad nesmí být nastavena tak, aby

fakticky koncesionáře zbavovala nesení rizik spojených s braním užitků z plnění.<sup>518</sup> Rovněž v některých případech může být výše úhrad zprostředkovane upravena právními předpisy nebo tzv. regulátorem trhu (jako je například Energetický regulační úřad). Proto zadavatel zpravidla, pokud výše úhrad není nijak regulována, stanoví určité limity pro výši úhrad, kterou může koncesionář po uživatelích požadovat. Tyto parametry stanoví s ohledem na výpočet předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy (tedy výdajů vynaložených dodavatelem na realizaci předmětu koncesní smlouvy po dobu trvání závazku z ní) a předpokládaného příjmu koncesionáře po dobu trvání závazku z koncesní smlouvy (viz § 4 KZ). Tyto hodnoty zadavatel musí zjistit před zahájením koncesního řízení a jejich zjištění je součástí každého procesu rozhodování, zda určitý statek má být zajišťován prostřednictvím koncese, či není-li vhodnější využít veřejnou zakázku.

Zadavatel může stanovit v koncesní dokumentaci limit nejvyšší možnou úhradou, kterou dodavatel bude požadovat od uživatelů za měrnou jednotku. Pokud tak učiní a máme se zabývat případným posuzováním výše hodnoty protiplnění v nabídkách dodavatelů, je třeba si uvědomit také další podstatný znak koncesní smlouvy. Tím je přenos podstatné části rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla na koncesionáře a rozdělení ostatních rizik dohodou mezi zadavatele a koncesionáře v koncesní smlouvě. Dodavatel vychází při stanovení výše protiplnění z požadavků koncesní dokumentace a svých výpočtů. Je to dodavatel, kdo na sebe bere rizika toho, že výše protiplnění, které uvede v nabídce, že požaduje, nebude dostatečná a že nakonec jeho aktivita v realizaci předmětu koncesní smlouvy pro něj bude ztrátová. Na druhou stranu je třeba vzít v potaz i to, že závazek z koncesní smlouvy je dlouhodobý a že v případě, že se dodavatel například dostane do úpadku z důvodu, že špatně vypočítal nezbytnou výši požadovaného protiplnění, mohlo by být ohroženo zajišťování určitého statku. Zadavatel tomu může čelit tím, že v rámci prokazování splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů bude požadovat doklady prokazující kapitálovou zajištěnost dodavatele (viz § 55 odst. 2 ZVZ). Je to však současně jedno ze skrytých rizik, které je s každým projektem spojeno. Totiž v případě nemožnosti nebo neschopnosti dodavatele poskytovat určitý statek bude vždy stát nebo jiný veřejný zadavatel nucen okamžitě nastoupit na místo dodavatele a statek zajišťovat sám nebo i prostřednictvím někoho jiného, avšak vždy s vložením vlastního kapitálu, což nakonec může vést k tomu, že celý projekt bude finančně

---

<sup>518</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05, zejména body 36, 40 a rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08, bod 80

nevýhodný oproti tradičnímu způsobu zajišťování veřejných statků buď veřejným zadavatelem samotným, nebo prostřednictvím veřejné zakázky.

Zadavatel také může výši úhrad stanovit nejen nejvyšším limitem, ale i nejnižším. Tím může do určité míry zamezit tomu, aby v průběhu trvání závazku z koncesní smlouvy nastala situace, že dodavatel nebude mít dostatek prostředků na poskytování plnění. Pokud ale zadavatel stanoví minimální výši hodnoty protiplnění, vylučuje to, aby prováděl přezkum dle § 77 ZVZ.

Účelem ustanovení § 77 ZVZ je zajistit, aby dodavatelé ve svých nabídkách neuváděli takovou „cenu“, za kterou nakonec nebudou schopni závazek splnit a aby byly hodnoceny nabídky cenově realizovatelné. Zkrátka, aby se cenově nepodbízeli. Pokud nejde o případy, kdy výše protiplnění je pevně daná zadavatelem nebo je dán celkový spodní limit výše požadovaného protiplnění dodavatelem (výše úhrad od uživatelů, případně i rozsah peněžních plateb od zadavatele), měla by hodnotící komise i v koncesním řízení dodavatele požádat o zdůvodnění. Některé z důvodů podle § 77 odst. 2 ZVZ, které odůvodňují mimořádně nízkou nabídkovou cenu (jako například ekonomické aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb, objektivnost technického řešení nebo výjimečně příznivé podmínky, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb, originalita stavebních prací, dodávek nebo služeb), jsou mnohdy těmi důvody, proč se zadavatel rozhodl místo veřejné zakázky pro koncesní smlouvu. Jsou to tedy důvody zkoumané v koncesním projektu odůvodňující vhodnost a výhodnost zajišťování statku koncesně. Zde jde o důvody odůvodňující nízkou, ve srovnání s jinými nabídkami a kalkulacemi zadavatele navíc mimořádně nízkou, hodnotu protiplnění.

V koncesním řízení hodnotící komise posuzuje výši „nabídkových cen“ z hlediska výše peněžních plateb od zadavatele a hodnoty braní užitků, tj. výše úhrad při využívání možnosti braní užitků z plnění od uživatelů statku, uvedených v nabídce.

Ačkoliv se povinnost hodnotící komise při posouzení nabídek posoudit výši nabídkových cen vztahuje na všechny případy bez ohledu na to, zda je hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky nebo nejnižší nabídková cena, nebude-li z tohoto důvodu dodavatelova nabídka vyřazena a dodavatel vyloučen při posouzení nabídek, posoudí komise při hodnocení nabídek před stanovením pořadí úspěšnosti nabídek nabídkové ceny podle § 77 (tedy zda není mimořádně nízká) pouze, je-li hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena (viz § 79 odst. 4 ZVZ). Jinými slovy řečeno i v samotném zákonu o veřejných zakázkách je určitý náznak toho, že „mimořádně nízké nabídkové ceně“ je třeba věnovat větší pozornost při

hodnocení nabídek dle hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny. V koncesním řízení je ale jediným hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky.

Určité posouzení by mělo proběhnout i z toho důvodu, že závazek z koncesní smlouvy je dlouhodobý a dodavatel by měl předkládat nabídku, kterou je schopen plně realizovat, aby nemuselo docházet ke změně závazku z koncesní smlouvy nebo k ukončení spolupráce. Hodnotící komise by však měla požadovat písemné zdůvodnění podle § 77 ZVZ pouze, pokud by celková výše protiplnění požadovaného dodavatelem byla výrazně nízká ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy nejen s ohledem na kalkulace zadavatele, ale i v porovnání s nabídkami ostatních dodavatelů jako referenčním rámcem, a současně měla za to, že míra rizika, které má nést dodavatel, není přiměřená výši požadovanému protiplnění a ohrožuje schopnost dodavatele závazek z koncesní smlouvy plnit po celou dobu jeho trvání.<sup>519</sup> Přitom se hodnotící komise řídí údaji zadavatele z koncesního projektu, předpokládanou hodnotou předmětu koncesní smlouvy a předpokládaným příjmem koncesionáře po dobu trvání závazku z koncesní smlouvy a dalšími zjištěnými údaji z přípravné fáze řízení. Dodavatel může nízkou výši požadovaného protiplnění odůvodnit jakýmkoliv důvody (§ 77 odst. 2 ZVZ obsahuje demonstrativní výčet, arg. „zejména“).<sup>520</sup> Hodnotící komise však musí rozlišit tenkou linii mezi tím, kdy má za to, že výše požadovaného protiplnění je nízká s ohledem na reálnost řádného plnění závazku z koncesní smlouvy po celou dobu jejího trvání (jinak řečeno dodavatel plnění neufinancuje) a situací, kdy dodavatel sice bude schopen závazek splnit, avšak nebude ekonomicky úspěšný (na zakázce prodělá). Pouze v prvním případě přichází v úvahu postup dle § 77 odst. 6 ZVZ.

#### **7.5.10.4 Hodnocení nabídek**

Pro hodnocení nabídek platí pravidla obsažená v zákoně o veřejných zakázkách obdobně s tím rozdílem, že jediným hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře je ekonomická výhodnost nabídky.<sup>521</sup> Současně z tohoto ustanovení vyplývá, že ta ustanovení, která se týkají pouze hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny, se v koncesním řízení neuplatní.

---

<sup>519</sup> Pro veřejné zakázky srov. Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 428, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [29.3.2010]

<sup>520</sup> Dodavatel může odůvodnit výši požadovaného protiplnění i možností získat veřejnou podporu nebo i tím, že ji již získal, byla-li získána v souladu s předpisy EU (viz § 77 odst. 2 písm. e), odst. 5 ZVZ).

<sup>521</sup> Viz § 11 odst. 2 KZ

Hodnotící kritéria musí zadavatel určit předem. Zákon o veřejných zakázkách rozlišuje základní hodnotící kritérium a dílčí hodnotící kritéria.<sup>522</sup> Základním hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena nebo ekonomická výhodnost nabídky. Pouze u druhého základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky se stanovují i dílčí hodnotící kritéria.

Ze základních zásad rovného zacházení s dodavateli a transparentnosti, jež mají zajistit rovnost příležitostí pro všechny dodavatele, vyplývají především následující pravidla pro stanovení a hodnocení naplnění dílčích hodnotících kritérií: Hodnotící kritéria musí být dodavatelům známá před podáním nabídek. Musejí být formulována jasně a srozumitelně, aby jejich interpretace dodavateli i interpretace zadavatelem byla shodná, a to po celou dobu výběru, a nesmí obsahovat podmínky, které by přímo nebo nepřímo diskriminovaly některé z dodavatelů.<sup>523</sup>

Výběr dílčích hodnotících kritérií provede zadavatel především podle toho, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty (vyjádřené prostřednictvím určitého dílčího kritéria) a hodnoty protiplnění. Dílčí hodnotící kritéria vyjadřují vztah mezi určitými (dílčími) požadavky zadavatele na plnění navzájem<sup>524</sup> a současně vztah užitné hodnoty a hodnoty protiplnění.<sup>525</sup> Na základě vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií je pak stanovena celková ekonomická výhodnost každé nabídky.

Požadavek, aby dílčí hodnotící kritéria vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, resp. v koncesním řízení hodnoty protiplnění byl do § 78 odst. 4 ZVZ včleněn dodatečně. Zákonodárce se tak snažil dát zadavatelům určitou směrnicí, jak mají být dílčí hodnotící kritéria stanovena, aby odrážela požadavek „ekonomické výhodnosti nabídky“. U ekonomické výhodnosti nabídky nejde pouze o cenu nabídky, nýbrž musí jít o takovou nabídku, jejíž ekonomický přínos je v porovnání s ostatními největší. Přitom ekonomický přínos je měřen prostřednictvím jednotlivých dílčích hodnotících kritérií. Otázka je, zda lze parametr pro stanovení dílčích hodnotících kritérií ekonomické výhodnosti nabídky vyjádřit koncentrovaně vztahem užitné hodnoty a ceny. Otevírá se totiž hned otázka, co je a jak by měla být užitná hodnota určena, a tak se vlastně dostáváme do začarovaného kruhu. V koncesním řízení k tomu navíc přistupuje i to, že se zde neuplatňuje (nabídková) cena, nýbrž hodnota protiplnění.

---

<sup>522</sup> V koncesním zákoně se v souvislosti s hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře ekonomické výhodnosti nabídky na místo dílčích hodnotících kritérií užívá dílčích kritérií pro hodnocení nabídek (viz § 7 odst. 1, § 10 odst. 3 KZ). V dalším textu v souvislosti s výkladem zákona o veřejných zakázkách užíváme označení ze zákona o veřejných zakázkách, neboť mezi nimi není materiální rozdíl.

<sup>523</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 18.10.2001 C-19/00. Z těchto zásad vychází i právní úprava (srov. k tomu § 78 odst. 3, 4, 5 a 6 ZVZ).

<sup>524</sup> Viz § 78 odst. 4, 5, 7 ZVZ

<sup>525</sup> Viz § 78 odst. 4 věta první ZVZ



Jednotlivá dílčí hodnotící kritéria mají být zvolena tak, aby odrážela, čím zadavatel poměřuje užitnou hodnotu (tj. jaké parametry plnění jsou pro něj podstatné, a ty vyjádří tak, že je učiní dílčími hodnotícími kritérii). Podle toho, jakou důležitost zadavatel přiznává jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím mezi sebou, jim přiřadí váhu (§ 78 odst. 5 ZVZ).

V zákoně jsou demonstrativně uvedeny ty parametry, které mohou být zvoleny za dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musejí vždy vztahovat k nabízenému plnění. Vychází se z toho, že zadavatel stanoví dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala kritéria pro stanovení ekonomicky nejvýhodnější nabídky z hlediska zadavatele.<sup>526</sup> Vztah užité hodnoty a ceny / hodnoty protiplnění ovšem mohou různá dílčí hodnotící kritéria a jejich počet vyjadřovat různě. Například pokud zadavatel v modelovém případě jednou stanoví jako dílčí hodnotící kritéria cenu, technickou úroveň plnění a dodací lhůtu a podruhé cenu, technickou úroveň plnění, dodací lhůtu a funkční vlastnosti, může při stejném vyjádření vztahu užité hodnoty a ceny / hodnoty protiplnění dojít k jiným výsledkům hodnocení, a to pouze na základě zařazení nebo nezařazení určitého dílčího hodnotícího kritéria. Nikde ale není výslovně stanoveno, kolik dílčích hodnotících kritérií má zadavatel stanovit, aby získal objektivní vyhodnocení nabídek z hlediska ekonomické výhodnosti. Zařazení nebo nezařazení určitého kritéria může vést buď k manipulaci při vyhodnocování nabídek, nebo k chybnému vyhodnocení nabídek. Ekonomicky nejvýhodnější nabídka totiž bude vyhodnocena pouze ve vztahu k určitým parametrům (dílčím hodnotícím kritériím).

V praxi veřejných zakázek jsou v případě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky stanoveny dílčí hodnotící kritéria tak, že je stanoven určitý počet bodů za dílčí kritérium nabídkové ceny tak, aby zohledňoval její výši. Další dílčí hodnotící kritéria jsou pak stanovena tak, aby bonifikovala dodavatele, kteří poskytnou „přidanou hodnotu“ plnění nebo nad rámec minimálních požadavků. Například autobus splňuje ekologické normy ohledně výfukových plynů ve větší míře, než jsou obecné požadavky dle platných norem či požadavku zadavatel, což zadavatel hodnotí bonifikací v rámci dílčího hodnotícího kritéria. Zakázku pak získá dodavatel, který získal celkem nejvíce bodů.

Je zřejmé, že i u základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky je důležitým dílčím hodnotícím kritériem nabídková cena. Nabídková cena však nemůže být nikdy samostatným a tedy jediným dílčím hodnotícím kritériem, pokud má být zakázka

---

<sup>526</sup> Viz článek 53 odst. 1 písm. a) směrnice: Aniž jsou dotčeny vnitrostátní právní a správní předpisy o odměňování určitých služeb, vycházejí veřejní zadavatelé při zadávání zakázek z těchto kritérií: a) pokud se zakázka zadává na základě hospodářsky nejvýhodnější nabídky z hlediska veřejného zadavatele, která zahrnuje různá kritéria spojená s předmětem dané veřejné zakázky, jako jsou kvalita, cena, technická úroveň, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční servis a technická pomoc, datum dodání, dodací lhůta a lhůta pro dokončení

zadána na základě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky. Pokud by jako dílčí hodnotící kritérium byla zvolena pouze nabídková cena, fakticky by se nejednalo o základní hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky, nýbrž o základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkové ceny.<sup>527</sup> Při stanovení dílčích hodnotících kritérií tak vedle dílčího hodnotícího kritéria nabídkové ceny musí být stanoveno minimálně jedno další kritérium tak, aby se vztahovalo k předmětu plnění a vyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny. Na druhou stranu není možné, aby mezi dílčí hodnotící kritéria nebylo zahrnuto dílčí hodnotící kritérium nabídkové ceny, neboť ekonomickou výhodnost lze posoudit pouze prostřednictvím finančních prostředků, které bude muset zadavatel za plnění vynaložit a ty jsou vyjádřeny v nabídkové ceně. V koncesním řízení nabídková cena není a je tedy nutné místo ní používat hodnotu protiplnění vyjádřenou v penězích.

Hodnota protiplnění vyjádřená v penězích však může mít různou podobu, což se nutně promítne do způsobu a možností posouzení nabídkové ceny, resp. dílčího hodnotícího kritéria hodnoty protiplnění. Podle § 16 odst. 1 KZ je protiplněním buď umožnění braní užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, nebo braní těchto užitků spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Protiplnění spočívající v poskytnutí části plnění v penězích od zadavatele je nejbližší obdoba nabídkové ceny dle zákona o veřejných zakázkách a hodnocení jeho výše podle dílčího hodnotícího kritéria nabídkové ceny / hodnoty protiplnění je nesporné. Jiná věc je protiplnění spočívající v braní užitků. Braní užitků znamená, že dodavatel z poskytování služeb nebo využívání provedeného díla získává majetkový prospěch. Typicky půjde o případy, kdy dodavatel vybírá úhrady od uživatelů plnění.

Posoudit hodnotu protiplnění pro účely hodnocení ekonomicky nejvýhodnější nabídky nemusí být proto jednoduché. Vždy posouzení bude záviset na konkrétním koncesním řízení. Obecně lze zvolit tyto přístupy: Hodnota protiplnění spočívající v braní užitků (výše vybíraných úhrad od uživatelů) se vyjádří v penězích v celkové předpokládané výši a tato hodnota se sečte s peněžními platbami od zadavatele a součet se hodnotí podle dílčího hodnotícího kritéria hodnoty protiplnění. Druhý přístup spočívá v tom, že dílčí hodnotící kritérium hodnoty protiplnění bude složeno ze dvou poddílčích hodnotících kritérií peněžních plateb od zadavatele a hodnoty braní užitků (výše vybíraných úhrad). Každé z těchto plnění bude hodnoceno samostatně podle poddílčích hodnotících kritérií dle stanoveného vzorce

---

<sup>527</sup> Viz například rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.3.2005 č.j. VZ/S11/05-151/1098/05-SH

zohledňujícího vzájemný vztah.<sup>528</sup> Protože obě tato poddílčí hodnotící kritéria mají povahu dílčího hodnotícího kritéria hodnoty protiplnění / nabídkové ceny, musejí být doplněna o další dílčí hodnotící kritéria, aby mohla být vybrána nabídka dle ekonomické výhodnosti. Třetí přístup spočívá v tom, že pouze výše peněžních plateb od zadavatele bude hodnocena podle dílčího hodnotícího kritéria hodnoty protiplnění.

V souvislosti s tím, že v koncesním řízení nelze jako dílčí hodnotící kritérium užít nabídkovou cenu jako takovou, nýbrž tato je nahrazena hodnotou protiplnění, které může spočívat v braní užiteků (výběru úhrad od uživatelů) a také v poskytnutí části plnění v penězích zadavatelem, zdůrazňují někteří autoři, že zadavatel by měl ekonomickou výhodnost nabídky hodnotit nikoliv pouze ve vztahu k sobě samému, nýbrž také by měl přihlížet k výši úhrad, které by určitý dodavatel požadoval po uživatelích statku.<sup>529</sup> Uvedený požadavek je nepochybně rozumný. Jeho praktické naplnění však nemusí být jednoduché. Předně zákon o veřejných zakázkách ani koncesní zákon neukládá zadavateli přihlížet při hodnocení nabídek k výši úhrad, jež mají platit osoby od zadavatele odlišné – uživatelé. Do určité míry je tu i určitý střet mezi tím, že úhrada určitého poskytovaného statku je přenesena přímo na jeho uživatele namísto zadavatele. Na druhou stranu protiplněním je nikoliv pouze platba od zadavatele, nýbrž i penězi vyjádřená hodnota práva brát užitky z plnění, včetně práva vybírat od uživatelů úhrady za poskytované plnění. Protiplnění tedy nepochází od jednoho subjektu, nýbrž v obecné rovině pochází od zadavatele a uživatelů, kteří jsou vymezeni abstraktně, nejsou konkrétně identifikováni do okamžiku, kdy zpoplatněný statek využijí. Mimochodem i tato skutečnost znesnadňuje posouzení dle § 77 ZVZ, zda je požadovaná úhrada nízká, přiměřená nebo vysoká.

Máme za to, že ekonomickou výhodnost je nutné posuzovat v celé souvislosti všech finančních toků, bez ohledu, zda pocházejí od zadavatele nebo uživatelů, pokud je jejich účel totožný a směřují ke koncesionáři. Z hlediska objektivního zjištění ekonomické výhodnosti je proto nejvhodnější zvolit výše uvedený druhý přístup. Vždy je však třeba vzít v úvahu konkrétní předmět koncesní smlouvy a jeho specifika a s ohledem na ně dílčí hodnotící kritérium hodnoty protiplnění stanovit.<sup>530</sup>

---

<sup>528</sup> Stanovení podkritérií kritéria (v tomto případě označených jako poddílčí hodnotící kritéria) připouští judikatura Soudního dvora – viz rozsudek Soudního dvora ze dne 24.11.2005 C-331/04.

<sup>529</sup> Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 103

<sup>530</sup> Například pokud by výše úhrad byla stanovena pevnou částkou, nezdá se být přínosné hodnotit nabídky podle výše úhrad od uživatelů, nýbrž ekonomickou výhodnost lze jednoznačně posoudit v návaznosti na výši peněžního protiplnění od zadavatele.

Hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky v obecné rovině odpovídá zásadě value for money, tedy aby za danou cenu byla získána nejvyšší přidaná hodnota a byl maximalizován přínos pro zadavatele, a ve srovnání s druhým z možných hodnotících kritérií je v zahraničí preferováno.<sup>531</sup> S ohledem na výše uvedené a určitá národní specifika se ale může zdát diskutabilní, zda by nebylo vhodné přijmout jedno jednoznačné kritérium nejnižší nabídkové ceny / hodnoty protiplnění. Zadavatel totiž v koncesním řízení může nastavit podmínky a požadavky na plnění v koncesní dokumentaci dostatečně podrobně a s požadovaným standardem plnění, že již není nezbytné, aby tyto podmínky a požadavky nebo některé z nich byly předmětem posuzování z hlediska dílčích hodnotících kritérií a tedy ekonomické výhodnosti, když všechny požadavky a podmínky stanovené zadavatelem v koncesní dokumentaci pro zadavatele nějaký význam a užitnou hodnotu mají, jinak by je zřejmě nestanovil.<sup>532</sup> Pak je možné rozhodnout podle jediného kritéria, a to nejnižší nabídkové ceny, které je rovněž jednoznačně přezkoumatelné, zatímco ekonomická výhodnost nabídky, jak bylo výše naznačeno, je kritérium, které zadavatel vhodnou volbou a přiřazením váhy dílčím hodnotícím kritériím může, ať už záměrně či chybným stanovením dílčích hodnotících kritérií, ovlivnit.

V této souvislosti rovněž stojí za zmínku, že součástí koncesního projektu je ekonomické posouzení výhodnosti zajištění předmětu formou koncesní smlouvy (viz § 21 odst. 2 KZ). Přitom se posuzují různé varianty a jejich výhodnost, a to i z hlediska postupu dle zákona o veřejných zakázkách a koncesního zákona. Z této analýzy musí být zřejmé, zda je vhodné a ekonomicky výhodné pro zadavatele postupovat dle koncesního zákona (viz § 3 odst. 3 vyhlášky č. 217/2006 Sb.). Pro zadavatele musí být ekonomicky výhodné uzavřít koncesní smlouvu namísto zajištění statku jiným způsobem. Je-li možné statek zajistit prostřednictvím veřejné zakázky, musí být postup dle koncesního zákona oproti veřejné zakázce pro zadavatele ekonomicky výhodný. V koncesním projektu pak musí být doporučena varianta, která je pro zadavatele nejvýhodnější (viz § 3 odst. 1 písm. b) vyhlášky č. 217/2006 Sb.). V koncesním řízení se postupuje, je-li to nejvýhodnější varianta zajištění statku a je-li to ekonomicky výhodné. Ekonomická výhodnost musí spočívat v ekonomickém přínosu, který je vyjádřitelný v penězích. Má-li být varianta ekonomicky výhodná, znamená

---

<sup>531</sup> Viz například LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 2 – Chapter 2 – K (2136)

<sup>532</sup> Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění. Tedy k tomu plnění, které je vymezeno v koncesní dokumentaci zadavatelem. Dílčí hodnotící kritéria mohou být podle § 78 odst. 4 ZVZ například nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení. To jsou všechno podmínky a požadavky na plnění, které zadavatel stanoví v koncesní dokumentaci.

to, že musí jít o variantu, která v konečném důsledku znamená pro zadavatele „úsporu“, kterou je schopen vyjádřit v penězích. Tato úspora může být okamžitá nebo častěji v dlouhodobém horizontu. Úspora může spočívat v tom, že nevynaloží tolik prostředků, kolik by jinak musel vynaložit, nebo že za vynaložené prostředky dostane přidanou hodnotu, za kterou by jinak musel vynaložit další prostředky.

V koncesním řízení se ekonomická výhodnost objevuje jako kritérium pro posouzení vhodnosti postupu dle koncesního zákona (§ 21 odst. 2 KZ, § 3 vyhlášky č. 217/2006 Sb.), tedy zda je vhodné uzavřít koncesní smlouvu. Ekonomická výhodnost je také kritérium pro posouzení nabídek dodavatelů v koncesním řízení (§ 11 odst. 2 KZ). Je otázka, zda vůbec ekonomicky lze takto multiplikovat ekonomickou výhodnost, byť v obou případech se ekonomická výhodnost váže k něčemu jinému (k postupu dle koncesního zákona v prvním případě a k hodnocení nabídek v druhém). Pokud byla volba koncesního řízení učiněna na základě ekonomického posouzení výhodnosti zajištění statku formou koncesní smlouvy, bylo by vhodné, aby samotný výběr dodavatele byl učiněn na základě jiného kritéria, které lze jasně a jednoznačně posoudit a zhodnotit. Parametry při posuzování ekonomické výhodnosti zajištění statku formou koncesní smlouvy se totiž nezbytně musejí stát obsahem koncesní dokumentace, neboť obsahem koncesního projektu je „náčrt“ projektu, který se má zadávat v koncesním řízení (viz § 4 vyhlášky č. 217/2006 Sb.).

Dílčí hodnotící kritéria včetně jejich váhy zadavatel uvede v oznámení (§ 7 odst. 1 KZ) a v případě konání koncesního dialogu je uvede ve výzvě k podání nabídek (§ 10 odst. 3 KZ). Hodnotící kritéria se uvádí rovněž v koncesní dokumentaci (§ 44 odst. 3 písm. f) KZ). Přitom mezi dílčími hodnotícími kritérii a jejich váhou, popř. seřazením dle § 78 odst. 7 ZVZ uvedeným v oznámení nebo výzvě k podání nabídek a koncesní dokumentaci musí být shoda. Není možné, aby se údaje lišily.<sup>533</sup>

Z judikatury Soudního dvora vyplývají obecné požadavky na stanovení dílčích hodnotících kritérií následovně:<sup>534</sup> Ačkoliv má zadavatel svobodnou volbu při stanovení dílčích hodnotících kritérií, musí volit pouze ta kritéria, která v daném případě umožňují určit ekonomickou výhodnost nabídky a která se týkají daného plnění. Na druhou stranu nemusí mít každé dílčí ekonomické kritérium ekonomickou povahu. Stanovená kritéria nesmí

<sup>533</sup> Viz například rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.4.2005 č.j. S 508-R/05-078/140/VŠ

<sup>534</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 17.9.2002 C-513/99. V daném případě soud připustil, aby se jedno z dílčích hodnotících kritérií týkalo ochrany životního prostředí (emise NOx a hluchost) /jednalo se o zakázku na provozování městské autobusové dopravy/. V tomto rozhodnutí také dovodil, že *[s]kutečnost, že jedno z kritérií zvolených zadavatelem za účelem určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky mohlo být splněno jenom malým počtem podniků, mezi kterými figuroval podnik uvedeného zadavatele, nemůže sama o sobě představovat porušení zásady rovného zacházení (bod 85 odůvodnění).*

ponechávat zadavateli neomezenou volnost při výběru nabídky a je třeba, aby je zadavatel uvedl předem v oznámení, a nemůže je během řízení měnit nebo přidávat další. Zadavatel rovněž musí dílčím hodnotícím kritériím přiřadit váhu nebo jinak matematickým vzorcem vyjádřit jejich vztah, popř. pokud to není možné, seřadit je dle významu, který jim přiřazuje, v oznámení. Kritéria nesmí být diskriminační a musejí být transparentní.

Negativně lze dílčí hodnotící kritéria vymezit tak, že se nesmí jednat o takové parametry, které jsou předmětem jiného posuzování v rámci postupu v koncesním řízení. Dílčí hodnotící kritéria se musejí vztahovat k nabídce, kterou vyhodnocují, nikoliv k osobě dodavatele, ta je zkoumána v rámci prokazování splnění kvalifikace. Vyloučena jsou tak jakékoliv dílčí hodnotící kritéria, která by hodnotila kvalifikaci dodavatele.<sup>535</sup>

Hodnotící komise provádí hodnocení nabídek. Hodnotící komise je kolektivní orgán a jako takový rozhoduje většinou hlasů přítomných členů (§ 75 odst. 3 in fine ZVZ). Hodnocení podle jednotlivých dílčích hodnotících kritérií proto není hodnocením jednotlivých členů, nýbrž komise jako celku, ke kterému dospěje hlasováním. Nabídky hodnotí jednotlivě podle jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a jim přiřazených vah způsobem uvedeným v koncesní dokumentaci.<sup>536</sup> Jakmile hodnotící komise ukončí hodnocení nabídek, sestaví jejich pořadí podle dílčích hodnotících kritérií a jim přiřazených vah.<sup>537</sup> Jestliže není možné objektivně stanovit váhu dílčích hodnotících kritérií a zadavatel proto dílčí hodnotící kritéria uvedl v sestupném pořadí podle významu, který jim přiřazuje, hodnotící komise hodnotí nabídky podle stanovených dílčích hodnotících kritérií. Aby bylo zřejmé, co hodnotící komisi vedlo k přiřazení určité hodnoty u každého dílčího hodnotícího kritéria jednotlivé nabídky, odůvodní přiřazení konkrétní hodnoty u každého dílčího hodnotícího kritéria nabídky ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek.<sup>538</sup>

Pokud se do fáze hodnocení nabídek z jakéhokoliv důvodu dostane pouze jedna nabídka, hodnocení se neprovede, neboť zde není další nabídka, se kterou by mohla být hodnocena, aby bylo možné stanovit pořadí nabídek.<sup>539</sup> V takovém případě může zadavatel koncesní řízení zrušit podle § 84 odst. 3 písm. b) ZVZ.

Posouzení a hodnocení nabídek přísluší hodnotící komisi. Z tohoto pravidla však existuje výjimka pro případ, že zadavatel zjistí, že hodnotící komise porušila postup

---

<sup>535</sup> Viz například rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9.3.2005 č.j. VZ/S17/05-151/941/05-če, rozhodnutí ze dne 6.5.2005 č.j. VZ/S 49/05-154/1871/05-Ga, rozhodnutí ze dne 2.8.2005 č.j. Z/S 117/05-153/3387/05-LB

<sup>536</sup> Viz § 44 odst. 3 písm. f) ZVZ

<sup>537</sup> Viz § 79 odst. 1 ZVZ

<sup>538</sup> Viz § 79 odst. 3 ZVZ

<sup>539</sup> Posouzení nabídek ale hodnotící komise provádí.

stanovený zákonem o veřejných zakázkách. Jde o určitou formu autoremedury v koncesním řízení. Zadavatel má možnost učinit opatření k nápravě, aniž by byla nutná vnější ingerence ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a bez nutnosti vést speciální řízení. Zadavatel pochybení hodnotící komise zjistí ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, kterou pořizuje hodnotící komise, nebo se na něj může obrátit přímo některý dodavatel, který má za to, že hodnotící komise postupovala nezákonně (například tím, že ho vyloučila). Z dikce ustanovení § 79 odst. 5 ZVZ vyplývá, že zadavatele je povinen prověřit, zda hodnotící komise neporušila stanovený postup. Pokud hodnotící komise poruší postup při posouzení nebo hodnocení nabídek, popř. v obou případech, rozhodne zadavatel o novém posouzení a hodnocení nabídek. Zadavatel má v případě rozhodnutí o novém posouzení a hodnocení nabídek na výběr, jak bude postupovat. Posouzení a hodnocení nabídek totiž může učinit sám, nebo pro nové posouzení a hodnocení nabídek ustanoví jinou hodnotící komisi podle pravidel o složení hodnotící komise.<sup>540</sup>

Hodnotící komise závěry o své činnosti uvede v písemné zprávě, kterou předá po ukončení své činnosti zadavateli. Zadavatel pokud nezjistí, že hodnotící komise porušila postup dle zákona o veřejných zakázkách, na jejím základě rozhodne o výběru dodavatele, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější.

### **7.5.11 Výběr koncesionáře**

Provedením hodnocení nabídek hodnotící komisí dochází k završení koncesního řízení (viz systematika koncesního zákona a název hlavy II a hlavy III koncesního zákona a dikce § 12 odst. 1 KZ). Zatímco hodnotící komise provádí hodnocení nabídek z hlediska stanovených kritérií, přísluší zadavateli, aby na základě výsledků hodnocení provedeného hodnotící komisí a obsaženého v písemné zprávě vybral dodavatele, se kterým bude uzavřena koncesní smlouva. Samotný výběr *dodavatele* je vnitřním úkonem, který přísluší pouze zadavateli (zatímco hodnocení ekonomické výhodnosti *nabídek* přísluší hodnotící komisi). Ten se přitom ale řídí výsledky koncesního řízení, které mu hodnotící komise předložila. Byť je dikce ustanovení § 12 odst. 1 KZ méně imperativní než podobná dikce upravující výběr nejvhodnější nabídky dle § 81 odst. 1 ZVZ, jsme toho názoru, že zadavatel se při výběru dodavatele pro uzavření koncesní smlouvy nemůže odchýlit od závěru hodnotící komise,

---

<sup>540</sup> Zadavatel vždy k původní zprávě o posouzení a hodnocení nabídek připojí důvody, pro které rozhodl o novém posouzení a hodnocení nabídek. Pokud nové posouzení a hodnocení nabídek provádí zadavatel, vypracuje novou zprávu o posouzení a hodnocení nabídek sám, pokud pro to ustanovil jinou hodnotící komisi, učiní tak hodnotící komise (viz § 79 odst. 5 ZVZ).

kteřá určila dodavatele, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější.<sup>541</sup> Oprávnění provádět hodnocení nabídek totiž přísluší pouze hodnotící komisi, zadavateli jen tehdy, pokud dospěje k závěru, že hodnotící komise porušila postup dle zákona o veřejných zakázkách a rozhodne o novém posouzení a hodnocení nabídek, které provede sám. Pokud by zadavatel závěry hodnotící komise nerespektoval, porušil by pravidla pro výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Navíc pokud by se zadavatel mohl dle svého uvážení odchýlit od hodnocení provedeného hodnotící komisí, ztrácela by její činnost význam. Ustanovení § 12 odst. 1 KZ je tak třeba vykládat tak, že zadavatel provádí výběr dodavatele, nikoliv výběr nabídek, který je ovšem závislý na vyhodnocení nabídek.

Pokud by měla být hodnocena pouze jedna nabídka dle § 79 odst. 6 ZVZ, rozhodne zadavatel o výběru dodavatele, který podal tuto jedinou nabídku, pokud zadavatel koncesní řízení nezrušil. Byť koncesní zákon tuto situaci nijak neřeší, ani na zákon o veřejných zakázkách neodkazuje, je vhodné analogicky postupovat dle § 81 odst. 2, § 84 odst. 3 písm. b) ZVZ.

Vůči dodavatelům, jejichž nabídky byly hodnoceny, se rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele projevuje oznámením o výběru koncesionáře. Koncesní zákon ohledně tohoto úkonu zadavatele odkazuje na zákon o veřejných zakázkách. Jde o ustanovení § 81 odst. 3 a 4 ZVZ, kde je stanovena lhůta pro odeslání oznámení, okruh osob, kterým se oznámení zasílá, a jeho obsahové náležitosti. Zadavatel odešle oznámení o výběru nejvhodnější nabídky do 5 pracovních dnů po té, co učiní výběr dodavatele, všem dotčeným zájemcům a všem dotčeným uchazečům. Tato označení pro dodavatele koncesní zákon nepoužívá. V návaznosti na § 17 písm. j) a n) ZVZ dotčenými uchazeči se rozumějí uchazeči (jimiž jsou dodavatelé, jež podali nabídku), kteří nebyli s konečnou platností vyloučeni. Vyloučení má dle § 81 odst. 3 ZVZ konečnou platnost, pokud bylo uchazeči oznámeno a uchazeč nepodal námitky ve lhůtě podle § 110 odst. 4 ZVZ, nebo nepodal návrh ve lhůtě podle § 114 odst. 4 a 5 ZVZ, resp. v koncesním řízení ve lhůtě dle § 24b odst. 4, 5 KZ, nebo bylo řízení o jeho návrhu zastaveno. Dotčenými zájemci (jimiž jsou dodavatelé, kteří podali ve lhůtě žádost o účast) se rozumějí zájemci (dodavatelé, kteří podali ve lhůtě žádost o účast), kterým veřejný zadavatel nedoručil oznámení o jejich vyloučení před odesláním oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

---

<sup>541</sup> Srov. § 81 odst. 1 ZVZ: Zadavatel rozhodne o výběru nejvhodnější nabídky toho uchazeče, jehož nabídka byla podle hodnotících kritérií vyhodnocena jako a) ekonomicky nejvýhodnější, nebo b) nabídka s nejnižší nabídkovou cenou. A znění § 12 odst. 1 KZ: Na základě výsledků koncesního řízení vybere zadavatel pro uzavření koncesní smlouvy dodavatele, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Odlišný názor mají autoři komentáře ke koncesnímu zákonu. Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 107



Po oznámení o výběru koncesionáře nemůže zadavatel ihned uzavřít s vybraným dodavatelem koncesní smlouvu. Oznámením o výběru koncesionáře se vyrozumívá nejenom tento dodavatel o tom, že jeho nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější a zadavatel rozhodl o jeho výběru, nýbrž o tomto výsledku se vyrozumívají i ostatní dodavatelé, jejichž nabídky byly hodnoceny, resp. všichni dotčení zájemci a dotčení uchazeči ve smyslu § 81 odst. 3 ZVZ. Ti pak mohou po seznámení se s obsahem oznámení o výběru koncesionáře proti němu brojit. Po uzavření koncesní smlouvy totiž již nelze vady koncesního řízení a výběru dodavatele až na výjimky napravovat.<sup>542</sup> V § 25 odst. 5 KZ je výslovně stanoveno, že koncesní smlouva je neplatná z důvodu nedodržení postupu podle koncesního zákona pouze v případech, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže uloží zákaz jejího plnění podle § 25 odst. 2 KZ. Toto ustanovení je třeba vykládat v celkovém kontextu a systematiky zákona. Ustanovení je zařazeno do § 25 KZ označeného jako „Nápravná opatření a neplatnost smluv“. Zde jsou upraveny postupy v případě, že zadavatel poruší stanovená pravidla dle koncesního zákona a na základě jeho odkazu i zákona o veřejných zakázkách. Ustanovení však nelze vykládat tak, že by vylučovalo aplikovatelnost jiných důvodů neplatnosti uvedených v jiných právních předpisech (například § 39 OZ). Váže se totiž pouze k nedodržení *postupu* podle koncesního zákona. Jde tedy o vady, které se týkají nedodržení pravidel pro výběr koncesionáře před uzavřením koncesní smlouvy. V zásadě se tak nejedná o hmotněprávní důvod neplatnosti dle § 39 OZ, nýbrž o vady svou povahou procedurální, jež způsobují neplatnost koncesní smlouvy. Není však vyloučeno, aby u jedné koncesní smlouvy byl současně dán důvod neplatnosti podle § 25 odst. 2, 5 KZ i z jiných důvodů (například podle § 39 OZ).

Nedodržení postupu podle koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách může spočívat v celé řadě různě závažných pochybení (srov. k tomu dikci § 25 odst. 1 KZ). V § 25 odst. 5 KZ se proto stanoví omezení, pokud jde o nedodržení zákonného postupu, se kterým je spojena neplatnost koncesní smlouvy. Ne všechny procedurální vady totiž mají dle dikce ustanovení vliv na platnost uzavřené koncesní smlouvy. Jako (procedurální) důvod neplatnosti je stanoven pouze případ, kdy zadavatel nedodržel postup podle koncesního zákona a současně mu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže za to uložil zákaz plnění koncesní smlouvy podle § 25 odst. 2 KZ. Zákaz plnění koncesní smlouvy může úřad uložit

---

<sup>542</sup> Srov. k tomu § 24b odst. 1, 24e, § 25 odst. 1 KZ upravující postupy při nápravě vad ještě před tím, než došlo k uzavření koncesní smlouvy a § 24b odst. 2, § 25 odst. 2 KZ upravující postupy pro případ, že došlo k porušení pravidel koncesního řízení a koncesní smlouva již byla uzavřena, které však lze použít pouze na velmi omezený okruh případů porušení koncesního zákona. Porušení vyjmenovaných pravidel, ať už je spojeno s uzavřením koncesní smlouvy (§ 27 odst. 1 písm. a), c), d) KZ), nebo není (§ 27 odst. 1 písm. b), e), f), g) KZ), je rovněž správním deliktem, což ovšem není nápravný prostředek, nýbrž jde o sankční institut.

pouze ve dvou případech: pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) KZ, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 KZ a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 a § 12 odst. 5 KZ,<sup>543</sup> nebo pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) KZ a současně správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. d) KZ.<sup>544</sup> Jiné případy nedodržení postupu podle koncesního zákona neplatnost koncesní smlouvy nezpůsobují. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže má pravomoc zákaz plnění koncesní smlouvy neuložit, pokud důvody hodné zvláštního zřetele vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy (§ 25 odst. 3 KZ), byť by jinak podmínky dle § 25 odst. 2 KZ splněny byly. Pak ale důvod neplatnosti koncesní smlouvy dle § 25 odst. 5 KZ nenastane, neboť tento důvod nastane pouze tehdy, pokud úřad uloží zákaz plnění koncesní smlouvy. Pokud úřad svým rozhodnutím uložil zákaz plnění koncesní smlouvy podle § 25 odst. 2 KZ a toto rozhodnutí nabylo právní moci, tak dnem právní moci rozhodnutí se stává koncesní smlouva ex lege neplatnou. Jde o neplatnost absolutní, aplikace § 267 odst. 1 ObchZ je vyloučena. Je třeba ale poznamenat, že úřad rozhodne o zákazu plnění koncesní smlouvy pouze na návrh dle § 24b KZ.

Jedná se tak o výjimku, kdy lze i po uzavření koncesní smlouvy postihnout vady postupu zadavatele, které se vyskytly před uzavřením koncesní smlouvy (další možnost postihu je uložení sankce za správní delikty podle § 27 KZ).

### **7.5.12 Zákaz uzavření koncesní smlouvy**

Zákaz uzavření koncesní smlouvy má zabránit po určitou dobu uzavření koncesní smlouvy a v mezičase umožnit provedení nápravy vad, ke kterým došlo v průběhu koncesního řízení a při výběru dodavatele před tím, než je uzavřena koncesní smlouva, neboť později již zásahy do právního vztahu založeného koncesní smlouvou s ohledem na právní jistotu stran i třetích osob z těchto důvodů až na výjimky přípustné nejsou. Zákaz uzavření koncesní smlouvy se řídí ustanoveními zákona o veřejných zakázkách.<sup>545</sup>

---

<sup>543</sup> Odstavec 5 v § 12 byl zrušen zákonem č. 417/2009 Sb., avšak tato změna se do znění § 25 odst. 2 písm. a) KZ nepromítla.

<sup>544</sup> Podmínkou pro uložení zákazu plnění koncesní smlouvy dle § 25 odst. 2 KZ je, že se zadavatel dopustí správního deliktu uvedeného v tomto ustanovení. K rozhodnutí o zákazu plnění koncesní smlouvy stejně jako k rozhodnutí o správních deliktech je příslušný Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (§ 24 KZ). Z dikce „dopustí“ v § 25 odst. 2 KZ máme za to, že k rozhodnutí o uložení zákazu plnění koncesní smlouvy není nutné, aby předcházelo řízení o správním deliktu a aby bylo pravomocně rozhodnuto, že se zadavatel uvedeného správního deliktu dopustil. Úřad sám v řízení o uložení zákazu plnění koncesní smlouvy posoudí, zda se zadavatel uvedeného správního deliktu dopustil a rozhodne o zákazu plnění koncesní smlouvy.

<sup>545</sup> Viz § 12 odst. 3 ZVZ

Přímo ze zákona, aniž by bylo třeba vydávat rozhodnutí, vyplývá zákaz uzavření koncesní smlouvy v následujících případech. Pro zadavatele to znamená, že během níže uvedené doby nemůže koncesní smlouvu uzavřít.

- Podle § 82 odst. 1 ZVZ zadavatel nesmí před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podle § 110 odst. 4 ZVZ uzavřít smlouvu s uchazečem (dodavatelem), jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější podle § 81 ZVZ. Podle § 110 odst. 4 ZVZ námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru koncesionáře podle § 81 ZVZ. Zadavatel proto nesmí ve lhůtě do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru koncesionáře posledního z dodavatelů, kterým se oznámení podle § 81 odst. 3 ZVZ doručuje, uzavřít koncesní smlouvu. Zadavatel však nemůže uzavřít koncesní smlouvu ani po uplynutí lhůty pro podání námitek, pokud oprávněný dodavatel podal námitky, neboť podle § 110 odst. 6 ZVZ zákaz trvá do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách. A pokud zadavatel podaným námitkám ve lhůtě nevyhověl, ani o nich ve lhůtě do 10 dnů od jejich obdržení neodeslal stěžovateli rozhodnutí o vyhovění či nevyhovění, platí § 111 odst. 5 ZVZ a zákaz uzavřít koncesní smlouvu trvá dále, dokud neuplyne lhůta pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele podle § 24b odst. 1 KZ. V případě, že stěžovatel podá návrh na přezkoumání úkonů zadavatele podle § 24b odst. 1 KZ včas, platí zákaz uzavření koncesní smlouvy po dobu 45 dnů ode dne doručení námitek zadavateli. Aby nedošlo k zmaření účelu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v případě, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže dospěje k závěru, že ve lhůtě, po kterou platí zákaz uzavření koncesní smlouvy, nestihne rozhodnout, může v nezbytném rozsahu vydat předběžné opatření, kterým zakáže uzavřít koncesní smlouvu (§ 24e odst. 1 písm. a) KZ).

- Podle § 110 odst. 6 ZVZ nesmí zadavatel uzavřít koncesní smlouvu před uplynutím lhůty pro podání námitek podle § 110 odst. 3 až 5 ZVZ.<sup>546</sup> Jedná se o tyto případy:

Podle § 110 odst. 3 ZVZ námitky proti koncesním podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Po tuto dobu proto platí zákaz uzavřít koncesní smlouvu.

Podle § 110 odst. 4 ZVZ lze vedle již výše probraných námitek proti výběru nejvhodnější nabídky podat námitky i proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení. Námitky musí být stěžovatelem doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne doručení rozhodnutí o

---

<sup>546</sup> Přitom pro řízení dle koncesního zákona připadá v úvahu podání námitek jen podle § 110 odst. 3 a 4 ZVZ.

vyloučení z účasti v koncesním řízení. Po tuto dobu nesmí zadavatel uzavřít koncesní smlouvu.

Ve všech případech podání námitek (§ 110 odst. 2 až 4 ZVZ) zadavatel nemůže uzavřít koncesní smlouvu v mezičase od podání námitek do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách (§ 110 odst. 6 ZVZ). Stejně tak pokud zadavatel podaným námitkám nevyhověl, nesmí před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a, je-li tento návrh podán včas, pak ještě ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek zadavateli uzavřít koncesní smlouvu. Pokud zadavatel o námitkách nerozhodne a rozhodnutí ve lhůtě do 10 dnů od jejich obdržení neodešle, platí, že námitkám nevyhověl.<sup>547</sup> Lhůta pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je pro koncesní řízení upravena v § 24b odst. 4 a 5 KZ. Návrh se podává Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a ve stejnopisu i zadavateli. Lhůta pro podání návrhu a nepřímo tak i lhůta trvání zákazu uzavření koncesní smlouvy podle § 111 odst. 5 ZVZ se liší podle způsobu, jakým zadavatel vyřídil námitky stěžovatele. Návrh musí být doručen do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl (§ 24b odst. 4 KZ). Pokud ale zadavatel námitky nevyřídil podle § 12 odst. 3 KZ, lze návrh podat a doručit úřadu a zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem (§ 24b odst. 5 KZ). Není jasné, co se myslí obratem nevyřídil podle § 12 odst. 3 KZ, neboť v tomto ustanovení žádná materie upravena není, jelikož se jedná o odkazovací normu, která pouze ohledně podání námitek a jejich vyřízení odkazuje na obdobné použití zákona o veřejných zakázkách. V návaznosti na ustanovení § 24b odst. 4 KZ, kde je stanovena lhůta pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud zadavatel námitkám nevyhověl, je třeba vykládat ustanovení § 24b odst. 5 KZ. Oním nevyřízením podle § 12 odst. 3 KZ jsou případy, kdy zadavatel o námitkách nerozhodne vůbec, nebo o nich sice rozhodne, avšak po lhůtě uvedené v § 111 odst. 1 ZVZ nebo odešle rozhodnutí po této lhůtě.

Kromě zmíněných případů zákazu uzavření koncesní smlouvy, které vyplývají přímo ze zákona, je možné uzavření koncesní smlouvy zakázat rozhodnutím úřadu podle § 24e odst. 1 písm. a) KZ v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele rozhodnutím o předběžném opatření, a to pouze v nezbytném rozsahu a je-li to třeba k zajištění účelu řízení.<sup>548</sup>

---

<sup>547</sup> Viz § 111 odst. 5 ZVZ. Je-li před uplynutím lhůty, po kterou platí zákaz uzavřít koncesní smlouvu podle § 111 odst. 5 věty první ZVZ řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zastaveno, zákaz uzavřít smlouvu se dnem zastavení řízení ruší. Je nepochybné, že rozhodnutí musí nabýt právní moci a zákaz se tak ruší dnem právní moci rozhodnutí o zastavení řízení.

<sup>548</sup> Řízení musí být v době rozhodování o předběžném opatření již zahájené (srov. dikci § 24e odst. 1 KZ).

## **7.5.13 Námitky proti postupu zadavatele**

### **7.5.13.1 Přípustnost podání námitek**

Do novelizace provedené zákonem č. 417/2009 Sb., který nabyl účinnosti dne 1.1.2010, koncesní zákon připouštěl podání námitek pouze proti rozhodnutí zadavatele o výběru koncesionáře a proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení.<sup>549</sup> Současná právní úprava v § 12 odst. 3 KZ pouze odkazuje na obdobné užití zákona o veřejných zakázkách ohledně podání a způsobu vyřízení námitek.<sup>550</sup>

Věcná přípustnost námitek je v zákoně o veřejných zakázkách upravena široce. Lze je podat proti všem úkonům zadavatele. Aktivní legitimace k podání námitek náleží dodavateli, který má nebo měl zájem na uzavření koncesní smlouvy a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.<sup>551</sup> O takový případ jde například tehdy, pokud zadavatel dodavatele vyloučil, ačkoliv pro to nebyly splněné podmínky nebo vybral dodavatele, jehož nabídka nebyla hodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější nebo zadavatel stanovil požadavky na kvalifikaci v širším rozsahu, než se týká předmětu koncesní zakázky. Pro takového dodavatele zavádí zákon legislativní zkratku a označuje jej jako stěžovatele.

Lhůty pro podání námitek se liší podle toho, proti jakému úkonu zadavatele námitky směřují. Námitky proti zadávacím podmínkám musí být zadavateli doručeny nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z koncesního řízení musí být zadavateli doručeny do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky podle § 81 odst. 3 ZVZ nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení. Jiné námitky proti úkonům zadavatele musejí být doručeny zadavateli v subjektivní lhůtě do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví. Objektivní lhůta, do kdy lze nejpozději jiné námitky uplatnit a doručit, je do doby uzavření koncesní smlouvy.

### **7.5.13.2 Podání námitek**

Předpokladem pro podání námitek je existence zájmu dodavatele na uzavření určité koncesní smlouvy, postup zadavatele, pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele a možnost vzniku či dokonce již vznik újmy na právech dotčeného dodavatele. Námitky se podávají písemně zadavateli a musejí být zdůvodněné. Mezi obecné náležitosti námitek patří

---

<sup>549</sup> Srov. ustanovení § 12 odst. 4 KZ ve znění do 31.12.2009

<sup>550</sup> Jde o § 110 ZVZ a § 111 ZVZ.

<sup>551</sup> K vymezení újmy srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.7.2010 ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc, bod 22

označení osoby, která je podává, uvedení proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem stěžovatel spatřuje porušení zákona. Nejde-li o námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele z koncesního řízení, musí být v námitkách dále uvedeno, jaká újma stěžovateli hrozí nebo vznikla v důsledku domnělého porušení zákona a čeho se stěžovatel domáhá. U námitek podaných podle § 110 odst. 2 ZVZ (jiné námitky než proti koncesním podmínkám, proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele z koncesního řízení) pak je nutné ještě uvést skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl, aby bylo možné posoudit, zda námitky byly podány včas.

Námitky, které neobsahují tyto náležitosti, zadavatel odmítne a vyrozumí o tom stěžovatele, aniž by se jimi zabýval nebo stěžovatele vyzýval k opravě či doplnění. Pokud jsou námitky podány opožděně nebo vezme-li stěžovatel námitky zpět, zadavatel o takových námitkách nerozhoduje.<sup>552</sup> Takové neúplné stejně jako opožděné námitky však mohou být podnětem k nápravě zadavatelem z vlastní iniciativy dle § 111 odst. 6 ZVZ. Pokud vezme stěžovatel námitky zpět, má to rovněž ty důsledky, že stěžovatel není oprávněn podat ve stejné věci návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. „Stejnou věcí“ se rozumí podání návrhu z totožných důvodů. Nejde však o případy, kdy stěžovatel v jednom koncesním řízení například vezme zpět námitky proti zadávacím podmínkám a později podá námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Zde o stejnou věc nejde.

### **7.5.13.3 Přezkoumání námitek**

Zadavatel nejdříve zjistí, zda námitky mají veškeré náležitosti a zda byly podány včas a oprávněnou osobou. Pokud jsou tyto předpoklady pro rozhodnutí o námitkách splněny, přezkoumá zadavatel námitky. Zadavatel přezkoumává námitky v plném rozsahu, avšak pouze z hlediska namítaných domnělých vad. Pro přezkoumání námitek je stanovena lhůta 10 dnů, která počíná běžet dnem doručení námitek zadavateli, a do jejího uplynutí musí zadavatel odeslat stěžovateli rozhodnutí o námitkách. Rozhodnutí musí zadavatel vždy odůvodnit.

Dospěje-li zadavatel po přezkoumání námitek k závěru, že námitky jsou důvodné, stanoví způsob provedení nápravy, který uvede v rozhodnutí o námitkách. Způsob provedení nápravy se odvíjí od zjištěných vad a musí vést k tomu, aby tyto vady byly v rámci postupu

---

<sup>552</sup> Práva na podání námitek se lze také vzdát, avšak pouze pokud jde o podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele z účasti v koncesním řízení (viz § 110 odst. 8 ZVZ). Vzdání je možné učinit až po vzniku práva podat námitky a musí být učiněno písemně. Pokud se dodavatel vzdal práva na podání námitek, platí, že lhůta pro podání námitek tomuto dodavateli uplynula.

zadavatele odstraněny. Může se jednat o zrušení rozhodnutí o vyloučení dodavatele, vyloučení jiného dodavatele, měl-li být vyloučen, zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele a nový výběr nebo zrušení hodnocení nabídek hodnotící komisí a provedení nového hodnocení.

Pokud zadavatel má za to, že námitky nejsou důvodné, nevyhoví jim. V tomto případě je povinen v písemném rozhodnutí o nevyhovění stěžovatele poučít o možnosti podat ve lhůtě dle § 24b odst. 4 KZ návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u úřadu (v rozhodnutí je nutno výslovně lhůtu a místo, u kterého orgánu lze návrh podat, uvést). Zde je třeba upozornit, že podání námitek řádně (tj. mající stanovené náležitosti a podané oprávněnou osobu) a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.<sup>553</sup> Dodavatel může vznášet námitky proti koncesním podmínkám, obsahu oznámení, vyloučení dodavatele z koncesního řízení, rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, použití druhu koncesního řízení (s jednáním o nabídkách nebo bez jednání) a dalším úkonům zadavatele.<sup>554</sup> Námitky, které dodavatel vznesl, může pak uplatnit při podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele, pokud zadavatel námitkám nevyhoví. „Ve stejné věci“ se v tomto smyslu rozumí uplatnění stejných vad jako v podaných námitkách. Pokud dodavatel má pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při stanovení koncesních podmínek a použití druhu koncesního řízení, avšak vznesl námitky pouze proti koncesním podmínkám a zadavatel jeho námitkám nevyhověl, může úspěšně podat návrh na přezkoumání postupu zadavatele jen ohledně koncesních podmínek, ale nikoliv i ohledně použití druhu koncesního řízení.

Návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy podle § 25 odst. 2 KZ však je možné podat i bez předchozího podání námitek.<sup>555</sup>

Kromě výše popsaných případů napravování vad v postupu zadavatele při zadávání předmětu koncesní smlouvy, které jsou iniciovány ze strany dodavatelů, má zadavatel povinnost během celého koncesního řízení dbát na to, aby neporušoval zákon, a pokud takové porušení zjistí, je povinen sám přijmout opatření k nápravě, a to bez ohledu na to, zda případně obdržel námitky některého z dodavatelů.<sup>556</sup>

Pro úplnost jsme výše uvedli i postup při vyřizování námitek dodavatelů. Z provedeného rozboru vyplývá, že odkaz na pravidla obsažená v zákoně o veřejných

<sup>553</sup> Viz § 110 odst. 7 ZVZ, § 24b odst. 3 KZ. Doklad o doručení námitek zadavateli je součástí návrhu na zahájení řízení.

<sup>554</sup> Srov. k tomu demonstrativní výčet postupů, které lze napadnout návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele v § 24b odst. 1 KZ.

<sup>555</sup> Viz § 110 odst. 7 in fine ZVZ

<sup>556</sup> Viz § 111 odst. 6 ZVZ. Pokud námitky podány byly, uzavře zadavatel smlouvu nejdříve po uplynutí lhůty zákazu uzavření koncesní smlouvy, pokud není zahájeno řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo nepřijme-li zadavatel nápravné opatření znemožňující smlouvu uzavřít.

zakázkách nezpůsobuje aplikační problémy a úprava vyhovuje potřebám při postupu dle koncesního zákona.

#### **7.5.14 Uzavření koncesní smlouvy**

Pokud nebyly podány námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, má zadavatel uzavřít koncesní smlouvu s vybraným dodavatelem ve lhůtě do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek.<sup>557</sup> Ne vždy však bude možné tuto lhůtu dodržet.<sup>558</sup> Jedná se nepochybně o lhůtu pořádkovou, jejíž nedodržení nemá vliv na rozhodnutí o výběru. Obsah smlouvy musí korespondovat s obsahem nabídky, která byla hodnocena, v níž je vyjádřen návrh smlouvy. Nejsou tedy přípustné žádné následné změny nebo dodatky, které by měnily návrh smlouvy. Pouze pokud probíhalo jednání o nabídkách, uzavře se koncesní smlouva v souladu s upraveným návrhem podle § 32 ZVZ.

Smlouva se uzavírá s dodavatelem, jehož nabídka či určitá varianta nabídky byla vybrána, který je povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby smlouva byla uzavřena ve lhůtě. Pokud vybraný dodavatel koncesní smlouvu odmítne uzavřít nebo neposkytne-li řádnou součinnost, může zadavatel uzavřít smlouvu s dodavatelem, který se umístil jako druhý v pořadí, a pokud i on odmítne smlouvu uzavřít nebo neposkytne požadovanou součinnost, může zadavatel uzavřít smlouvu s dodavatelem, který se umístil jako třetí v pořadí.<sup>559</sup>

Aby nedošlo k zmaření celého předchozího řízení, může zadavatel podle zákona o veřejných zakázkách k zajištění toho, že vybraný dodavatel poskytne k uzavření smlouvy se zadavatelem řádnou součinnost a smlouvu uzavře v souladu s návrhem, po něm požadovat složení jistoty (viz § 67 ZVZ). V koncesním řízení ale požadovat složení jistoty nelze, neboť ustanovení ze zákona o veřejných zakázkách lze použít jen tehdy, pokud se jich koncesní zákon dovolává. Koncesní zákon ale žádný takový odkaz neobsahuje. De lege ferenda by jistě bylo vhodné zvážit, zda by nebylo přínosné využít jistoty i při zadávání koncesních smluv.

A ještě poslední poznámka k uzavírání koncesní smlouvy. Dle § 44 odst. 3 písm. a) ZVZ mají obchodní podmínky vedle platebních podmínek obsahovat i vymezení objektivních podmínek, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny. Tyto podmínky ze zadávací dokumentace se stanou součástí smluvních podmínek uzavřením smlouvy. V koncesní

---

<sup>557</sup> Viz § 82 odst. 2 ZVZ

<sup>558</sup> Především v případě, kdy je vyžadováno k uzavření koncesní smlouvy předchází stanovisko Ministerstva financí (viz § 30 KZ), nebude mnohdy možné lhůtu dodržet. Z ustanovení § 30 odst. 5 KZ vyplývá, že ministerstvo má lhůtu k vyjádření (vydání stanoviska) 60 dnů. Srov. k tomu i § 13 KZ.

<sup>559</sup> Pokud není smlouvu možné uzavřít ani s dodavatelem, který se umístil třetí v pořadí, je to obligatorní důvod pro zrušení koncesního řízení (§ 84 odst. 1 písm. c) ZVZ). Nelze-li uzavřít smlouvu s prvním nebo druhým dodavatelem, může zadavatel koncesní řízení zrušit (§ 84 odst. 2 písm. c) ZVZ).



smlouvě však ujednání v takové podobě být obsaženo nemůže. U koncesí a koncesních smluv se neuplatňuje nabídková cena. Protiplnění spočívá v právu brát užitky z plnění a obvykle má podobu vybírání úhrad od uživatelů. Může být doplněno peněžitými platbami od zadavatele, které jsou ale subsidiární. Dalším rysem koncesních smluv je to, že jimi založený vztah je dlouhodobý. Koncesní smlouva proto zpravidla bude obsahovat ujednání o způsobu stanovení výše úhrad, které je dodavatel oprávněn vybírat od uživatelů. Stejně tak může obsahovat ujednání o způsobu úprav plateb zadavatele. Žádná z těchto ujednání však nesmí způsobit omezení nebo zbavení dodavatele rizik, která má podle smlouvy nést. Vzhledem k tomu, že takto se upravuje výše protiplnění jako obdoba nabídkové ceny, jsou taková ujednání těmi, které vyžaduje ustanovení § 44 odst. 3 písm. a) ZVZ. Úprava výše hodnoty protiplnění u koncesních smluv by však neměla být striktně vyžadována, neboť v závislosti na povaze plnění koncesionáře s takovou úpravou může být spojeno omezení rizik, která má koncesionář nést, což by mohlo vést ke změně koncesní smlouvy na veřejnou zakázku.

## **7.5.15 Koncesní smlouva**

### **7.5.15.1 Obecně ke koncesní smlouvě**

Vymezení koncesní smlouvy jsme se v této práci opakovaně věnovali v různých souvislostech. V této kapitole proto doplníme několik poznámek k jejímu vymezení a dále se budeme věnovat její právní úpravě a určitým zásadním otázkám, kterým by strany koncesní smlouvy měly při jejím uzavírání věnovat náležitou pozornost.

Podle § 16 odst. 1 KZ koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Společně s druhým odstavcem tohoto ustanovení, podle kterého podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář, rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva, vymezuje podstatné znaky koncesní smlouvy. Pokud některý z uvedených znaků chybí, nejedná se o koncesní smlouvu, ale o jinou smlouvu. Může jít o takovou smlouvu, kterou se realizuje zakázka, jež má být zadávána v zadávacím řízení dle zákona o veřejných zakázkách. Koncesní smlouvu na rozdíl od koncese dle směrnice lze označit za smluvní typ.<sup>560</sup> Koncese dle směrnice je totiž smlouva, která má určité znaky. Český zákonodárce pak tyto znaky institucionalizoval a vytvořil koncesní smlouvu již jako

---

<sup>560</sup> Opačně avšak bez bližšího odůvodnění Krutáková, L., Rainer, F. Některé aspekty nové právní úpravy koncesí. Právní rádce, 2006, 3, str. 30

smluvní typ. Přestože hlavní část závazku koncesionáře spočívá v poskytování služeb nebo provedení díla a obsah tohoto závazku může sám o sobě v jistém rozsahu odpovídat určitému smluvnímu typu – například smlouvě o dílo dle § 536 ObchZ, jsou právní vztahy mezi zadavatelem a koncesionářem z tohoto závazkového právního vztahu kvalitativně jiné a závazek jak koncesionáře, tak zadavatele je obsahově širší, dochází k přenosu rizik, modifikován je způsob protiplnění, a to nikoliv z vůle stran koncesní smlouvy, nýbrž ex lege, neboť takto jsou stanoveny její podstatné znaky.<sup>561</sup> Proto jsme toho názoru, že v § 16 odst. 1 a 2 KZ jde o vymezení koncesní smlouvy jako smluvního typu.<sup>562</sup>

Určité pochybnosti může vyvolávat formulace v § 16 odst. 6 KZ, která zní následovně: koncesní smlouva se dále řídí příslušnými ustanoveními obchodního zákoníku. Koncesní smlouva je právní úkon, konkrétně jde o dvoustranný právní úkon mezi zadavatelem a dodavatelem, jehož nabídka byla vybrána, kterým se zakládá právní vztah mezi těmito stranami (viz § 489 OZ). Pokud se odkaz v odstavci 6 týká koncesní smlouvy, pak stricto sensu by mířil pouze na taková ustanovení obchodního zákoníku, která by se týkala pouze smluv, resp. právních úkonů (především jde o některá ustanovení o právních úkonech v § 266 a násl. ObchZ a o některá ustanovení o uzavírání smluv v § 269 a násl. ObchZ), právní úprava například zajištění závazků z koncesní smlouvy, by však podrobena obchodnímu zákoníku nebyla. I s ohledem na důvodovou zprávu k zákonu však máme za to, že ve skutečnosti zákonodárce neměl na mysli pouze koncesní smlouvu, nýbrž celý závazkový vztah od jeho vzniku, trvání, až po jeho zánik, včetně právních vztahů s ním souvisejících (například zajištění závazků).<sup>563</sup>

Další pochybnost se může týkat toho, zda odstavec 6 zakládá obecnou aplikovatelnost obchodního zákoníku bez dalšího, nebo zda se pouze vyjadřuje k aplikovatelnosti obchodního zákoníku za splnění jeho vlastních podmínek. Jinak řečeno, zda se závazkový vztah z koncesní smlouvy řídí obchodním zákoníkem pouze za předpokladu, že jsou naplněny předpoklady uvedené v § 261 odst. 1, 2, 4, popř. § 262 odst. 1, 3 ObchZ. Kloníme se k druhé

---

<sup>561</sup> Srov. vymezení smlouvy o dílo dle § 536 odst. 1 ObchZ. V koncesní smlouvě se ale nemůže zadavatel zavázat k zaplacení ceny za provedení díla. Cena za provedení díla je přitom podstatný znak smlouvy o dílo.

<sup>562</sup> Nejde tedy o stejnou kategorii jako označení veřejné zakázky (§ 7 ZVZ). Veřejná zakázka vskutku smluvním typem není. Stejně tak označení koncese v článku 1 odst. 3, 4 směrnice neoznačuje smluvní typ. Avšak tak, jak zní ustanovení § 16 KZ máme za to, že se již nejedná o označení kategorie smluv, které mají být zadávané v koncesním řízení, nýbrž jde o vymezení smluvního typu.

<sup>563</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, komentář k § 17: „Odstavec 6: Koncesní smlouva se dále řídí obchodním zákoníkem. Z toho jednak plyne, že jde o smlouvu soukromoprávní, jednak také to, že jde-li o smlouvu o dílo (s výjimkou plnění zadavatele), použijí se též příslušná ustanovení smlouvy o dílo. Strany si nepochybně mohou dohodnout, že se koncesní smlouva bude řídit i jiným než českým právem (výhrada veřejného pořádku se bude vztahovat na procesní ustanovení a ustanovení o dohledu tohoto zákona, nikoli v hmotněprávním uspořádání práv a povinností stran koncesní smlouvy).“

variantě. Dikce odstavce 6 totiž není vůbec přesná a nepostihuje to, že závazek z koncesní smlouvy se řídí i jinými soukromoprávními předpisy, především občanským zákoníkem (viz § 1 odst. 2 ObchZ). Vyjadřuje se jím spíše zakotvení koncesní smlouvy v právním systému.<sup>564</sup> Rovněž nelze opomenout, že ustanovení § 16 odst. 6 KZ neobsahuje prostý odkaz na obchodní zákoník, nýbrž na něj odkazuje slovy: koncesní smlouva se *dále* řídí *příslušnými* ustanoveními obchodního zákoníku. Výrazem „dále“ se má na mysli, že vždy platí pravidla v ustanovení v § 16 odst. 1 až 5 KZ. „Příslušná ustanovení“ koncesní zákon nijak nespecifikuje, a musejí jimi proto být veškerá ustanovení obchodního zákoníku, která se týkají právních vztahů jím upravených. Tedy i § 261 odst. 1 a 2 ObchZ. Proto obchodní zákoník bude aplikovatelný, pokud budou naplněny jím stanovené předpoklady pro to, aby se jím určitý právní vztah řídil.<sup>565</sup>

Koncesní smlouva zpravidla bude obsahovat různá ujednání a dohody, jež by mnohdy obstály jako samostatné smlouvy. Tak součástí koncesní smlouvy může být závazek dodavatele k provedení díla. Častá budou také ujednání, kterými se budou převádět mezi stranami nemovitosti, nebo bude docházet k nájmu nebytových prostor. Součástí koncesní smlouvy bude i dohoda o způsobu řešení sporů zakládající pravomoc k rozhodování rozhodčímu soudu. Koncesní smlouva má tak do určité míry povahu smlouvy smíšené (§ 491 odst. 3 OZ) a ujednání a dohody, která jsou součástí koncesní smlouvy, se proto řídí příslušnými právními předpisy, které je upravují. Například smlouva o převodu nemovitostí se řídí občanským zákoníkem a obchodním zákoníkem, pokud jde o obchodní závazkový vztah (§ 261 odst. 6 ObchZ). To samé platí pro smlouvu o nájmu nebytových prostor. Rozhodčí doložka se řídí zákonem č. 216/1994 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Jde-li o obchodní závazkový vztah, řídí se závazek z koncesní smlouvy spočívající v provedení díla

---

<sup>564</sup> Viz důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, komentář k § 17: „[...] *Koncesní smlouva se dále řídí obchodním zákoníkem. Z toho jednak plyne, že jde o smlouvu soukromoprávní [...].*“ Tímto ustanovením jsou koncesní smlouvy zařazeny do sféry soukromého práva.

<sup>565</sup> Obchodním zákoníkem (§ 261 odst. 2 ObchZ) se proto bude řídit závazkový vztah z koncesní smlouvy uzavřené státem (§ 2 odst. 1 písm. a) KZ), státní příspěvkovou organizací (§ 261 odst. 2 věta druhá ObchZ, § 54 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., § 2 odst. 1 písm. b) KZ) a územním samosprávným celkem (§ 2 odst. 1 písm. c) KZ) a podnikatelem při jeho podnikatelské činnosti (dodavatelem – koncesionářem), neboť se týká zabezpečování veřejných potřeb. Pokud jde o zadavatele dle § 2 odst. 1 písm. d) KZ zpravidla se bude závazkový vztah z koncesní smlouvy řídit obchodním zákoníkem, avšak podle § 261 odst. 1 ObchZ, neboť půjde o jiné subjekty než uvedené v § 261 odst. 2 ObchZ. Pokud jde o příspěvkovou organizaci, u níž vykonává funkci zřizovatele územní samosprávný celek (§ 2 odst. 1 písm. c) KZ), v tomto případě o obchodní závazkový vztah nepůjde, neboť tento subjekt nespadá ani pod § 261 odstavec 1 ani odstavce 2 obchodního zákoníku. Do režimu obchodního zákoníku by se takový vztah mohl dostat jen dohodou podle § 262 odst. 1 ObchZ. Tento vztah se proto řídí občanským zákoníkem. Srov. k tomu i rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.4.2010 sp. zn. 23 Cdo 2627/2008

ustanoveními o smlouvě o dílo v obchodním zákoníku. I z těchto důvodů je odkaz v odstavci 6 nepřesný.

Soukromoprávní povaha koncesních smluv odpovídá podstatě veřejného a soukromého partnerství, v jehož rámci jsou do zajišťování veřejných statků zapojovány soukromoprávní subjekty a k tomuto zapojování dochází prostředky soukromoprávní povahy – smlouvami. Teoreticky by připadalo v úvahu zakládání partnerství i tzv. veřejnoprávními smlouvami. Ty jsou v současném právním řádu obecně upraveny v § 159 a násl. zákona č. 500/2004 Sb. a jejich obsahem mohou být pouze práva a povinnosti v oblasti veřejného práva. Rovněž okruh subjektů, jenž je může uzavírat, je do určité míry omezený. Podrobení veřejnoprávní úpravě není vhodné, neboť závazek koncesionáře se týká nevvrchnostenské správy. Současně to ale implikuje to, že obsahem poskytování služeb nemohou být služby, které by se týkaly veřejnosprávního působení. Na koncesionáře nelze přenést působnost zadavatele v oblasti autoritativní (vrchnostenské) veřejné správy.

Stranami koncesní smlouvy jsou veřejný zadavatel a koncesionář. Zadavatel je vymezen v § 2 KZ. Žádné specifické požadavky na koncesionáře zákon nestanoví, takže jím může být každý, kdo prokáže splnění kvalifikace. Zadavateli náleží generální oprávnění uzavírat koncesní smlouvy. Pokud by toto oprávnění mělo být obecně nebo v konkrétním případě (například pro určitý druh koncesních smluv) derogováno, musel by tak stanovit zvláštní právní předpis.<sup>566</sup>

Zákon zakazuje, aby koncesionář na celý předmět koncesní smlouvy nebo jeho část uzavíral další koncesní smlouvy (tzv. řetězení, sub-koncese).<sup>567</sup> Koncesionář je osoba, která se zavázala poskytovat služby nebo provést dílo a zadavatel se zavázal jí umožnit brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla a nese podstatnou část rizik spojených s braním užitků z toho vyplývajících. „Koncesní smlouvou“ v § 17 odst. 2 KZ se myslí jakákoliv smlouva, kterou by koncesionář převáděl svůj závazek z koncesní smlouvy na jinou osobu, a splňovala by znaky uvedené v § 16 KZ. Závazek z koncesní smlouvy má na základě tohoto ustanovení povahu závazku osobní povahy. Uvedené ustanovení ale nebrání tomu, aby koncesionář za účelem realizace závazku z koncesní smlouvy vstupoval do právních vztahů s jinými subjekty nebo uzavíral subdodavatelské smlouvy. V určitých případech koncesní zákon dokonce výslovně s takovým postupem počítá (§ 14 a § 15 KZ). Subdodávky může uzavírat každý koncesionář.

---

<sup>566</sup> Viz § 17 odst. 1 KZ

<sup>567</sup> Viz § 17 odst. 2 KZ, důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, komentář k § 18

V § 16 odst. 1 KZ je stanoveno, že koncesní smlouvu se koncesionář zavazuje poskytovat služby *nebo i* provést dílo. Dikce „nebo i“ by sváděla výkladu, že obsahem závazku koncesionáře musí být vždy poskytování služeb, které může být doplněno i o závazek provést dílo. Provedení díla by tedy nikdy nebylo samostatným plněním, nýbrž vždy by bylo vedle poskytování služeb. Tento výklad ale zřejmě není zcela správný. Předmětem koncesní smlouvy může být pouze poskytování služeb, pouze provedení díla nebo kombinace obojího. Tomuto závěru svědčí to, že ve směrnici jsou koncese na stavební práce a koncese na služby definovány samostatně, bez vzájemné návaznosti (článek 1 odst. 3 a 4 směrnice) a pouze pro koncese na stavební práce platí úprava v hlavě III směrnice. Tudiž směrnice upravuje koncese na stavební práce samostatně bez návaznosti na koncese na služby. I když v koncesní smlouvě nejde jenom o stavební práce, ale o „dílo“, je nutno vycházet ze směrnice, neboť koncesní zákon zpracovává směrnici (viz § 1 KZ).

Další poznámka se týká braní užitku a rizika. Jeden ze základních rozdílů, který odlišuje koncesi od veřejné zakázky, je to, že protiplnění nespočívá výhradně v platbě od zadavatele, ale v právu brát užitky z plnění, popřípadě brát užitky spolu s částečným placením od zadavatele. Pokud předmětem plnění je například vybudování určitého stavebního díla, které má sloužit potřebám zadavatele, a ten je po jeho dokončení bude užívat, braní užitků z tohoto užívání díla bude mít podobu nájemného popř. jiné obdobné platby od zadavatele. Koncesní zákon nijak nevymezuje, kdo by měl plnění užívat a od koho by měl koncesionář získávat užitky v peněžní formě. Zákon pouze v § 18 KZ připouští, aby sám koncesionář v uvedeném případě získával užitky přímo a sám úhrady od uživatelů vybíral (viz výklad tohoto ustanovení výše). Vybírat úhrady od uživatelů je obecně možné tam, kde dochází k přímé interakci mezi uživatelem a koncesionářem – placení mýtného za průjezd určitého úseku dopravní komunikace, placení za vstup na hřiště, parkovné. Avšak v případech jako je například vybudování věznice, tento postup možný není. Nejsou zde totiž uživatelé odlišní od zadavatele, kteří by platili úhrady za užívání plnění koncesionáři. Mělo-li by braní užitků spočívat v tom, že koncesionář by vybíral úhrady od zadavatele, zpravidla ve formě nájemného nebo obdobné platby, narážíme na to, že celá konstrukce poskytování protiplnění koncesionáři zadavatelem je vlastně určitou obdobou placení za plnění formou úvěru, kdy namísto splátek úvěru platí zadavatel úhrady na „nájemném“ dodavateli a postupně tak splácí náklady a zisk dodavatele za provedení díla či poskytování služeb. Nejedná se tak o koncesi, resp. koncesní smlouvu, nýbrž o veřejnou zakázku jako úplatnou smlouvu (§ 7 ZVZ, článek 1

odst. 2 písm. a) směrnice).<sup>568</sup> Může se ale jednat o jinou formu partnerství než jsou koncese, pokud dodavatel ponese rizika, která by jinak nesl zadavatel.

S tím souvisí rovněž otázka přenosu rizik. Přenášené riziko by se mělo vztahovat v k vlastnímu předmětu koncesní smlouvy, nikoliv k osobě dodavatele. Dodavatel je podnikatelem. Součástí podnikání tak, jak je definováno v obchodním zákoníku, je i vlastní odpovědnost dodavatele podnikatele za své závazky a vykonávání podnikatelské činnosti za účelem dosažení zisku (§ 2 odst. 1 ObchZ). V této souvislosti se hovoří o tzv. podnikatelském riziku. Podnikatel nese riziko neúspěchu, resp. riziko finanční ztráty. To, co je obsahem podnikatelského rizika podnikatele, by však nemělo být riziko, jež má na mysli § 16 odst. 2 KZ. Toto riziko totiž nese každý podnikatele, ať už je stranou koncesní smlouvy, smlouvy, kterou se realizuje veřejná zakázka, nebo jakékoliv jiné smlouvy mezi ním a jiným podnikatelem či jinou osobou. Podnikatelské riziko je riziko ziskovosti. Velice blízké tomuto riziku je riziko poptávky nebo spotřeby, které však je řazeno mezi rizika, která lze přenést v rámci partnerství na dodavatele. Rozdíl spočívá v tom, že riziko poptávky je riziko ufinancovatelnosti projektu dodavatelem, zatímco podnikatelské riziko je rizikem, které je vlastní každému podnikateli, není spojeno pouze s koncesní smlouvou a jeho obsahem je, že dodavatel nedosáhne zisku (byť třeba náklady na provedení díla z jeho užívání pokryty budou). Podle znění § 16 odst. 2 KZ je poměrně obtížné tato rizika oddělit, neboť ustanovení je dosti vágní a obsah pojmu „rizika“ nijak nedefinuje. V praxi v některých případech můžou být mnohdy tato dvě rizika obtížně odlišitelná. Jejich odlišení je však poměrně důležité pro celkové zhodnocení výhodnosti realizace koncese a zvážení, zda by statek nebylo výhodnější zajišťovat jiným způsobem.

Velice blízkou problematiku řešil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve věci vybudování parkovacích technologií a výstavby nových parkovacích míst v Hradci Králové. Byť smlouva byla uzavřena ještě za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., jsou závěry úřadu použitelné i za účinnosti nového koncesního zákona. V tomto případě se město Hradec Králové rozhodlo zahájit řízení na uzavření koncese (podle § 9a a 9b zákona č. 40/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Město Hradec Králové se rozhodlo pro uzavření koncese z důvodů nedostatku financí, které by byly nutné, pokud by předmět koncese řešilo zadáním veřejné zakázky.<sup>569</sup> *Podstatou koncese bylo zajištění služeb provozování a správy parkovacích*

---

<sup>568</sup> Viz například rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03, body 39, 40, rozsudek Soudního dvora ze dne 15.10.2009 C-196/08, bod 39, rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09, bod 24

<sup>569</sup> Ačkoliv rozvoj partnerství je veden i snahou řešit nedostatek finančních prostředků veřejnoprávních subjektů na zajišťování určitých statků z veřejných peněz, neměla by tato okolnost být jediným důvodem pro dání přednosti uzavřít koncesní smlouvu před veřejnou zakázkou.

*míst a zajištění financování vybudování nových parkovacích míst pro veřejnost. Protiplnění za uvedené služby spočívá v právu koncesionáře tyto služby po určitou dobu poskytovat a brát užitky vyplývající z jejich poskytování. Koncesionář zároveň nese podstatnou část rizik spojených s poskytováním uvedených služeb.<sup>570</sup> Smlouva o koncesi obsahovala mimo jiné následující ujednání. Podle článku IV. odst. 4 koncesní smlouvy považují obě smluvní strany objem investic uvedený v čl. IV. odst. 1 a 2 koncesní smlouvy za minimální a **zavazují se oboustranně akceptovat úpravu jejich výše podle ekonomického vývoje a podle výnosnosti Integrovaného systému parkování tak, aby byla zachována zásada samofinancování po celou dobu trvání koncesní smlouvy a aby byly vytvářené zdroje v tomto systému podle dohodnutých zásad využity. Článek V. odst. 2 koncesní smlouvy stanoví, že zadavatel se zavazuje spoluvytvářet cenové podmínky pro uživatele parkovacích ploch včetně nezbytné cenové regulace parkovného na veřejných komunikacích takovým způsobem, aby byla zajištěna zásada samofinancování systému při garancích návratnosti nákladů na investice vkládané do systému koncesionářem. Článek IX. bod 3. koncesní smlouvy stanoví, že samofinancování ISP umožňuje financování provozu a investiční rozvoj plně z tvorby hospodářského výsledku jednotlivých fiskálních let při zachování tvorby zisku nad rámec tvorby zdrojů právě pro krytí investičních výdajů.**<sup>571</sup> Z těchto ujednání úřad dovodil, že se o koncesi nejedná, neboť nedošlo k převodu ekonomického rizika a není tedy naplněn definiční znak koncese.<sup>572</sup> Se závěry úřadu se ztotožňujeme. Když pomineme fakt, že motivem k uzavření smlouvy o koncesi (alespoň jak se podává z vyjádření zadavatele uvedeného v odůvodnění rozhodnutí) byl „pouhý“ nedostatek finančních prostředků na straně zadavatele, obsahovala smlouva ujednání, která nejen že žádná rizika spojená s plněním, která by jinak nesl zadavatel, na dodavatele nepřenesla, nýbrž navíc omezovala podnikatelské riziko dodavatele (!), které by dodavatel jinak v jakémkoliv vztahu nesl. Tím, že strany ve smlouvě zavedly tzv. zásadu samofinancování, veškerá potencionálně převoditelná rizika anulovaly, neboť z článku IX. bod 3. smlouvy plyne, že samofinancování umožňuje financování provozu a investiční rozvoj plně z tvorby hospodářského výsledku jednotlivých fiskálních let, avšak při zachování tvorby zisku nad rámec tvorby zdrojů pro krytí investičních výdajů. Současně se zadavatel zavázal upravovat objem investic dodavatele a cen parkovného podle ekonomického vývoje a výnosnosti systému tak, aby byla zachována zásada samofinancování. Jinak řečeno,*

---

<sup>570</sup> Viz rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo, bod 11.

<sup>571</sup> Viz body 35., 36. a 37. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo (V textu zvýraznil autor.)

<sup>572</sup> Viz body 41., 45. a 46. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo

dodavateli byl na základě úprav, resp. nezvyšování výše investic, či úpravou cen parkovného garantován zisk nad rámec jím vynaložených investic. Ačkoliv zadavatel i koncesionář před úřadem argumentovali tím, že je nejisté, zda systém bude výdělečný a v této nejistotě spatřovali přenesené riziko, ve skutečnosti v daném případě o riziko nejde.<sup>573</sup> Zadavatel jako město zcela jistě měl přehled o využívání a příjmech z dosavadního systému a představu o chybějícím počtu parkovacích míst a nedostatku současného parkovacího systému. Zadavatel sám uvedl, že se otázkou zvýšení počtu parkovacích míst zabýval od roku 2004, ostatně proto se nakonec taky rozhodl pro zadání koncese.<sup>574</sup> Navíc se ve smlouvě zavázal zajistit dodavateli exkluzivitu.<sup>575</sup> Předmětem koncese bylo zajištění správy a provozu současných parkovacích míst ve městě, zprovoznění parkovacího domu Katschnerka a výstavba dalších parkovacích míst. Nová parkovací místa však měla být vybudována až po vytvoření finančních zdrojů za zhruba 10 let.<sup>576</sup> Veškeré tyto skutečnosti ve svém souhrnu znamenají, že na dodavatele fakticky žádná rizika nepřešla. Potencionální riziko existence poptávky bylo ošetřeno smlouvou tak, že zadavatel zajistí exkluzivitu dodavatele a fakticky bylo limitováno tím, že dodavatel zajišťuje správu a provoz současných parkovacích míst ve městě, čímž bylo taktéž zajištěno smlouvou pokrytí investičních nákladů. Smlouva tak obsahovala konstrukce, které pouze budily dojem naplnění tohoto definičního znaku.

Uvedeným rozbořem rozhodnutí úřadu jsme chtěli zdůraznit důležitost identifikace rizik a jejich skutečné převzetí dodavatelem. Zdůrazňujeme, že druhem rizika, které je podstatné pro hodnocení smlouvy jako koncesní, je, že se jedná o riziko spojené s bráním užitků. Uvedené rozhodnutí ale nelze brát tak, že by nebylo možné samofinancování, ani úprava úhrady, kterou platí uživatelé koncesionáři, ani že by koncesní smlouvu nebylo možné uzavřít, pokud by se vztahovala k oblasti, kde by nezávisle na stranách smlouvy byla omezená hospodářská soutěž. Dokonce metoda samofinancování je vhodná. Rovněž způsob úpravy úhrady, kterou platí uživatelé koncesionáři, bude pravidelnou součástí koncesních smluv, například v návaznosti na změnu výše míry inflace apod. Taková ujednání ale nesmějí anulovat riziko, které má nést dodavatel.

---

<sup>573</sup> Viz bod 43. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo

<sup>574</sup> Viz bod 11. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo

<sup>575</sup> Viz bod 43. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo

<sup>576</sup> Viz body 13., 15. a 45 rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo



### 7.5.15.2 Náležitosti koncesní smlouvy

Po formální stránce koncesní zákon vyžaduje, aby koncesní smlouva byla uzavřena písemnou formou (odchylka od § 272 odst. 1 ObchZ). Odchylně od obecného ustanovení (§ 46 odst. 2 OZ) koncesní zákon také vyžaduje, aby projevy vůle smluvních stran byly na téže listině.<sup>577</sup>

Znaky uvedené v § 16 odst. 1 a 2 KZ, kterými jsou závazek koncesionáře poskytovat služby (opakovaně, resp. kontinuálně pod dobu trvání vztahu) nebo provést určité dílo a nést podstatnou část rizik spojených s braním užiteků z toho vyplývajících, a případně dalších rizik dle dohody, a závazek zadavatele umožnit koncesionáři braní užiteků vyplývajících z poskytování služeb nebo využívání provedeného díla, případně spolu s poskytnutím části plnění v penězích, vymezují koncesní smlouvu. Smlouva jako právní úkon musí splňovat obecné náležitosti právních úkonů. Vedle toho koncesní zákon v § 16 odst. 3 stanoví další podstatné náležitosti koncesní smlouvy. Nikoliv však proto, aby ji bylo možné kvalifikovat jako smlouvu koncesní, nýbrž jde o náležitosti smlouvy jako právního úkonu. Koncesní smlouva obsahuje důvody, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení smlouvy (vztahu) a vymezení právních vztahů stran k majetku, který je určen k realizaci smlouvy. Dohodnutá úprava se má týkat i pravidel pro případ vypořádání majetku, dojde-li k předčasnému ukončení koncesního vztahu. Dalším znakem koncesní smlouvy je časová omezenost trvání závazku (dočasnost). To lze dovodit z § 16 odst. 3 KZ. Podle § 16 odst. 4 KZ koncesní smlouvu lze uzavřít pouze na dobu určitou, z čehož vyplývá, že náležitostí koncesní smlouvy je i sjednání délky trvání závazku z koncesní smlouvy. Doba trvání závazku se obvykle stanoví datem – do 18.3.2020 nebo počtem let – na 20 let ode dne účinnosti smlouvy. Byť závazek na dobu neurčitou je také časově omezený (dočasný), na dobu neurčitou koncesní smlouvu sjednat nelze (arg. a contrario § 16 odst. 4 KZ, § 39 OZ). Dikce ustanovení „Koncesní smlouvu lze uzavřít pouze na dobu určitou“ je sice nepřesné (koncesní smlouva je právní úkon), avšak z tohoto obratu vyplývá, že na dobu určitou se uzavírá závazek spočívající v poskytování služeb a braní užiteků vyplývajících z poskytování služeb nebo z provedení díla a s tím související nesení rizik.

V případě, že jde o koncesní smlouvu, která podléhá schválení příslušným orgánem podle § 23 odst. 1 KZ (tzv. významné koncesní smlouvy), orgán schvalující koncesní smlouvu ji musí přezkoumat, a to i z hlediska toho, zda obsahuje ujednání o důvodech pro předčasné ukončení trvání vztahu a úpravu právních vztahů k majetku určeného k realizaci

---

<sup>577</sup> Viz § 16 odst. 5 KZ

koncesní smlouvy, včetně pravidel vypořádání při ukončení trvání vztahu a délku trvání závazku. Pokud tato ujednání ve smlouvě obsažena nejsou, smlouvu neschvální.

Koncesní smlouva (resp. vztah jí založený) se uzavírá na dobu určitou, mnohdy v délce několika i desítek let. Délka trvání závazku z koncesní smlouvy je závislá především na dvou hlavních faktorech: Požadavku zadavatele na dobu, po jakou má být statek takto zajišťován, a dále (a tento faktor je zřejmě důležitější) doba trvání vztahu musí být taková, aby délka trvání možnosti braní užitků z plnění odpovídala výši investic. Protože dodavatel získává protiplnění za provedení díla nebo poskytování služeb pouze po dobu trvání koncesního vztahu, musí se při určování délky jeho trvání vycházet z toho, že je to doba, kdy je umožňována investice dodavatele. Délka trvání závazku z koncesní smlouvy tak zpravidla bude odpovídat finanční náročnosti projektu.

Pravidelný způsob zániku závazku z koncesní smlouvy tak je uplynutím doby, na kterou byl závazek sjednán (§ 578 OZ). Během trvání závazku však mohou nastat takové okolnosti, které způsobí, že některá nebo obě ze stran nebudou mít na dalším trvání vztahu zájem. Důvody pro ukončení mohou spočívat v chování některé ze stran (například porušení smlouvy) a ukončení může mít pak sankční charakter nebo se může jednat o důvody na stranách nezávislé (například změna hospodářské nebo politické situace, vliv vyšší moci).

V § 16 odst. 3 písm. a) KZ se stanoví požadavek na sjednání důvodů, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení smlouvy. Jak již bylo uvedeno výše, „ukončením smlouvy“ se má na mysli ukončení závazku z koncesní smlouvy.

Koncesní smlouva, resp. závazek z ní vzniklý se vždy sjednává na dobu určitou. Dohoda o důvodech, které vedou k předčasnému ukončení, má právě vztah k délce trvání závazku z koncesní smlouvy spočívající v poskytování služeb nebo provedení díla a braní užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z provedení díla a s tím související nesení rizik. Předčasné ukončení znamená, že dochází k zániku závazkového vztahu před uplynutím doby podle § 16 odst. 4 KZ, na kterou byl sjednán. V této souvislosti je třeba si uvědomit, že je třeba odlišit časové omezení trvání závazkového vztahu a lhůtu ke splnění určitého závazku. A dále rozlišovat závazkový vztah z koncesní smlouvy (koncesní vztah), hlavní závazek obecně vymezený v § 16 KZ a jednotlivé závazky.

Obsahem závazkového vztahu z koncesní smlouvy (koncesního vztahu) je závazek koncesionáře poskytovat služby po dohodnutou dobu nebo provést dílo a nést podstatnou část rizik spojených braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla a případně nést další rizika dle dohody po dohodnutou určitou dobu a závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo

z využívání provedeného díla a případně poskytnout část plnění v penězích po stanovenou dobu.

Z obsahu vztahu je zřejmé, že fakticky ale i právně má koncesní vztah dvě fáze – přípravnou a realizační. V přípravné fázi je dodavatel povinen do určité doby provést dílo, připravit vše potřebné k poskytování sjednaných služeb, popř. vykonat další činnost nutnou k poskytování služeb nebo k provedení díla (například zajistit projektovou dokumentaci). Přitom již v této fázi nese určitá rizika. V druhé fázi dochází k tomu, že dodavatel po sjednanou dobu bere užitky vyplývající z výsledků první fáze, popř. souběžně poskytuje služby a bere užitky. I v této fázi dodavatel nese určitá rizika. Pro tuto fázi je podstatné, že se v ní realizuje protiplnění spočívající ve formě braní užitek z poskytovaných služeb nebo z využívání provedeného díla.

Koncesní smlouva bude pravidelně obsahovat několik závazků s lhůtami ke splnění, které budou různě stanoveny. Dodavatel například bude plnit závazek spočívající v provedení díla, který k určitému datu splní a tento závazek zanikne splněním. Na to bude navazovat povinnost do určité doby být připraven začít poskytovat služby apod. Časově omezený je pak celý koncesní vztah uzavřený na dobu určitou podle § 16 odst. 4 KZ. Důvod pro „předčasné ukončení smlouvy“ pak má vliv na trvání celého koncesního vztahu, nejde jen o zánik některého ze závazků z koncesní smlouvy, nýbrž celého hlavního závazku obecně vymezeného v § 16 odst. 1 a 2 KZ.

Předčasné ukončení smlouvy, resp. ukončení smlouvy jako samostatný způsob zániku závazku v občanském ani obchodním zákoníku upraven není. Je proto nutné zodpovědět, co po právní stránce předčasné ukončení smlouvy znamená a jaké důvody mohou k předčasnému ukončení vést.

Z hlediska naplnění důvodu (kauzy) pro uzavření smlouvy má předčasné ukončení smlouvy stejné důsledky jako zánik nesplněného závazku, popř. částečně splněného. Celkový účel smlouvy naplněn nebyl.

Závazek zaniká podle obecných ustanovení občanského a obchodního zákoníku o zániku závazků. V některých případech by mohlo docházet k splývání důvodů pro zánik závazku z koncesní smlouvy, a to na základě toho, že skutečnosti stanovené jako obecný důvod pro zánik závazku by byly současně sjednaným důvodem pro předčasné ukončení smlouvy. Například stejné důsledky jako zánik závazku v důsledku zamření účelu smlouvy podle § 356 ObchZ mohou být dosaženy, pokud v tomto ustanovení uvedené předpoklady strany dohodnou jako důvody pro předčasné ukončení smlouvy. Pak sice závazek nezanikne odstoupením, avšak konečné důsledky jsou stejné – zánik závazku. Podobně je otázkou, do

jaké míry nejde o zvláštní případ odstoupení podle § 344 a násl. ObchZ. Odstoupením od smlouvy dochází také k zániku závazku ze smlouvy (§ 349 odst. 1 ObchZ) a obchodní zákoník také umožňuje, aby si strany sjednaly případy (důvody), kdy je možné od smlouvy odstoupit (§ 344 ObchZ), nebo v případě prodlení sjednaly případy, kdy se jedná o podstatné a kdy o nepodstatné porušení smlouvy, které zakládá oprávnění strany od smlouvy odstoupit.

Nedomníváme se však, že u předčasného ukončení smlouvy jde o případ odstoupení, nýbrž o stanovení jiných důvodů a způsobu zániku závazku. Pokud by se mělo jednat o odstoupení, ztrácelo by toto ustanovení smysl, neboť možnost odstoupení i důvody pro odstoupení (podstatné a nepodstatné porušení smlouvy, případně další důvody například dle § 347 a § 348 ObchZ) jsou obecně stanoveny zákonem a navíc strany mají možnost smluvních odchylek, a to jak ohledně vymezení důvodů pro odstoupení tak i účinků odstoupení a uvedený požadavek by byl proto nadbytečný. V tomto případě se jedná o takové důvody, které vedou k předčasnému ukončení smlouvy. Předčasné ukončení smlouvy znamená, že v důsledku stanovených důvodů dochází ke zkrácení doby, na kterou byla koncesní smlouva uzavřena, resp. po kterou měl trvat závazek z ní (§ 16 odst. 4 KZ). Závazek obecně vymezený v § 16 odst. 1 a 2 KZ zaniká v důsledku změny trvání doby, po kterou měl původně trvat (§ 578 OZ).

Důvody pro předčasné ukončení smlouvy zákon nijak nevymezuje a ponechává je zcela na dohodě stran. Mohou být jak sankční povahy, tak rovněž mohou spočívat ve skutečnostech, které strany nemohly ovlivnit, a důvody nemají sankční povahu. Strany si musejí ve smlouvě dohodnout nejen důvody, které povedou k předčasnému ukončení smlouvy, resp. zániku hlavního závazku, nýbrž i jak k ukončení dojde, zda k zániku dojde automaticky okamžikem, kdy nastane tento důvod bez nutnosti jednání strany, nebo k zániku dojde až po určité době od naplnění důvodu, nebo vznikne pouze oprávnění dotčené strany dovolat se důvodu a smlouvu předčasné ukončit a případně i lhůtu, do kdy má tak oprávněná strana učinit. Zákon sice stanoví, že koncesní smlouva má obsahovat jen důvody, avšak vzhledem k chybějící úpravě postupu při naplnění důvodu pro předčasné ukončení smlouvy je nutné sjednat i postup, pokud takový důvod nastane. V některých případech je žádoucí, aby k zániku závazku nedošlo ihned naplněním důvodu, ale až po určité době, neboť zánik závazku se sebou přinese v návaznosti na § 16 odst. 3 písm. b) KZ i nutnost vypořádání se a je také třeba vzít v potaz, že může jít o zajišťování statku, kde je třeba zajistit kontinuitu a nelze připustit, aby došlo k přerušení jeho zajišťování v mezičase mezi zánikem závazku a případným vypořádáním.

V koncesní smlouvě musejí být důvody, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení smlouvy výslovně uvedeny (arg. „... smlouva obsahuje ...“). Pokud strany tyto důvody sjednat nechtějí, musejí výslovně v koncesní smlouvě uvést, že takové důvody nesjednávají. Z použitého výrazu „může dojít“ také plyne, že i když důvod nastane, nemusí nutně k předčasnému ukončení smlouvy dojít.

Koncesní smlouva dále obsahuje vymezení právních vztahů smluvních stran k majetku, který je určen k realizaci koncesní smlouvy. Existují různé konstrukce náplně projektů partnerství, které se pak promítají do obsahu koncesní smlouvy, a to podle obsahu povinností dodavatele a právních vztahů stran k majetku sloužícího k realizaci smlouvy.<sup>578</sup> V literatuře se lze setkat s různým členěním. Označení vychází z počátečních písmen anglických slov vyjadřujících podstatu činnosti dodavatele. Uvedené zkratky označují modelové typy. Například UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects uvádí následující členění:<sup>579</sup>

Projekt typu BOT – **build** – **operate** – **transfer** – postavit – provozovat – převést – spočívá v závazku dodavatele provést dílo, které současně dodavatel vlastní, po určitou dobu jej využívá (provozuje) a po uplynutí stanovené doby převede vlastnické právo k němu na zadavatele. Někdy se tento typ označuje také jako BOOT (**build** – **own** – **operate** – **transfer**) – postavit – vlastnit – provozovat – převést, kde je zdůrazněn právě prvek vlastnictví provedeného díla dodavatelem. Vlastnické právo k dílu je na zadavatele převedeno až po uplynutí sjednané doby.

Naopak znakem projektu typu BTO – **build** – **transfer** – **operate** – postavit – převést – provozovat – je to, že po provedení díla je vlastnické právo převedeno na zadavatele, popř. zadavatel je vlastníkem od počátku, a koncesionář má právo dílo po stanovenou dobu provozovat a brát z toho užítky.

V případě BOO – **build** – **own** – **operate** – postavit – vlastnit – provozovat – se dodavatel zavazuje provést dílo, které zůstává trvale v jeho vlastnictví, a po stanovenou dobu z provedeného díla bere užítky (provozuje jej). V zásadě i tato konstrukce je v režimu koncesního zákona možná, pokud zadavatel nebude požadovat provedení díla, ale půjde pouze o službu, k jejímuž poskytování ale bude provedení díla nezbytné a toto dílo bude

<sup>578</sup> Dle judikatury Soudního dvora není otázka vlastnictví stavby rozhodná pro posouzení, zda se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce. *S ohledem na výše uvedené je třeba na první otázku odpovědět, že dohoda, kterou první zadavatel svěří druhému zadavateli provedení stavební práce, je veřejnou zakázkou na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice, nezávisle na skutečnosti, zda je, či není stanoveno, že první zadavatel je nebo se má stát vlastníkem celé nebo části této stavby.* Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 18.1.2007 C-220/05, bod 47. Analogicky lze tento závěr vztáhnout i na koncesní smlouvu.

<sup>579</sup> Viz UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, UN: New York, 2001, str. 5 a násl., dostupné na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf> [21.12.2009]

sloužit k jejímu poskytování a po ukončení poskytování služby (která bude předmětem koncesní smlouvy) zůstane provedené dílo ve vlastnictví dodavatele. Vzhledem k tomu, že oprávnění dodavatele brát užítky je protiplněním za provedené dílo, je-li předmětem koncese provedení díla, musí vždy dílo do vlastnictví získat zadavatel. Pokud ho má ve vlastnictví od okamžiku zhotovení, před uplynutím doby trvání koncesního vztahu, jde o jakousi dobu následné platby (plnění je poskytnuto před tím, než je plně zapláceno), pokud vlastnictví k dílu nabude až po uplynutí koncesního vztahu, jde o určitou dobu platby předem (avans).

Někdy jsou v označení typu smlouvy zohledněny další povinnosti dodavatele. Lze se tak setkat s konstrukcemi typu DBOT – **d**esign – **b**uild – **o**perate – **t**ransfer – navrhnout – postavit – provozovat – převést, což je doba BOT, avšak je zde zdůrazněna rovněž povinnost dodavatele připravit projektovou dokumentaci k dílu. Známa je i konstrukce DBFO – **d**esign – **b**uild – **f**inance – **o**perate – navrhnout – postavit – financovat – provozovat. Zde je zdůrazněn prvek financování provedení díla dodavatelem. Vztah stran k vlastnictví díla zde není akcentován. Ale opět připadá v úvahu jak varianta, že vlastnické právo k dílu zůstane dodavateli tak i varianta, že vlastnické právo bude náležet zadavateli, a to buď od okamžiku provedení díla, nebo od okamžiku skončení doby provozování díla.

Uvedené konstrukce jsou modelové, vytvořené abstrakcí z podstatných rysů realizovaných zahraničních projektů, pocházejících převážně z anglicky mluvících zemí a jako takové jsou tedy jejich faktickými a právními reáliemi. V českých podmínkách jsou tyto konstrukce možné ve formě koncesní smlouvy za předpokladu, že budou splňovat znaky koncesní smlouvy podle § 16 odst. 1 a 2 KZ, zadavatel bude mít stejné povinnosti jako v uvedených modelech a bude jim odpovídat vymezení právních vztahů stran k majetku, který je určen k realizaci koncesní smlouvy.

Neexistuje žádné obecné pravidlo, jak by strany koncesní smlouvy měly vymezit právní vztahy k majetku určenému k realizaci koncesní smlouvy. Je na nich, aby určily s ohledem na právní předpisy, předmět koncesní smlouvy, na její účel a požadavky zadavatele, jaké budou právní vztahy k tomuto majetku. Vždy však musejí dodržet příslušná pravidla o nakládání s veřejným majetkem. Musejí mít rovněž na paměti, že některé věci může vlastnit pouze veřejný subjekt (například § 9 zákona č. 13/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Z ustanovení („majetku“) je zřejmé, že se nejedná pouze o věci, ale i práva a jiné majetkové hodnoty. Rovněž právní vztahy stran k majetku se netýkají jenom vlastnického práva, ale i jiných práv – práva nájemního, bezplatného užívání, v dnešních podmínkách informační společnosti dodavatel zpravidla bude shromažďovat i určité údaje o uživateli a

vytvářet různé databáze a strany by měly dohodnout i jaký bude právní vztah k nim během a po uplynutí trvání koncesního vztahu.

Strany si zejména musejí vymezit, pokud jde o dílo, zda bude prováděno na pozemcích, které od počátku vlastní zadavatel, nebo na pozemcích koncesionáře, nebo zda teprve pozemky bude třeba obstarat a pozemky zajistí koncesionář, který je následně převede na zadavatele, nebo je bude vlastnit po celou dobu trvání koncesního vztahu a vlastnické právo k nim převede na zadavatele až při skončení koncesního vztahu.<sup>580</sup> Není ani vyloučeno, aby zadavatel převedl, pronajal nebo poskytl do bezplatného užívání určitou věc (především půjde o pozemky) koncesionáři za účelem realizace koncesní smlouvy. Další otázka s tím související je otázka vlastnictví díla. Zde bude záležet na povaze díla, zda půjde o nově zhotovované dílo nebo půjde o modernizaci a opravu již hotového díla, například opravu veřejného areálu apod. Úpravu vlastnického práva k nově zhotovované věci obsahuje § 542 odst. 1 a 2 ObchZ. Jedná se však o dispozitivní ustanovení a strany si mohou dohodnout jiný režim nabývání vlastnického práva. Koncesionář obvykle v souvislosti se závazkem z koncesní smlouvy bude muset pořídit i některé věci (což by mimo rámec koncesního vztahu bylo hodnoceno jako veřejná zakázka na dodávky), nezbytné k plnění závazku (počítačové vybavení, vnitřní zařízení, obslužná zařízení). Rovněž o těchto věcech se musejí strany dohodnout, zda zůstanou koncesionáři, nebo zda vlastnické právo k nim převede na zadavatele.

Dohoda o majetkovém vypořádání se musí týkat nejen pro případ řádného zániku koncesního vztahu uplynutím sjednané doby, ale také pro případ předčasného ukončení. Zde půjde především o otázky peněžní kompenzace, buď zadavatele, nebo koncesionáře v závislosti na tom, kdo získal určitý prospěch bez náležitého protiplnění (například dodavatel provedl dílo, avšak došlo k předčasnému ukončení smlouvy a doba braní užitků ještě neumožnila „cenu“ díla).

### **7.5.15.3 Doplnková ustanovení**

S délkou trvání závazku souvisí i pravidlo v § 19 odst. 1 KZ, které prolamuje zásadu rozpočtového práva hospodaření dle ročního rozpočtu (srov. § 5 odst. 1, § 2 odst. 2 zákona č. 218/2000 Sb., § 2 odst. 1, § 4 odst. 2 zákona č. 250/2000 Sb.).<sup>581</sup> Zákon tímto ustanovením

---

<sup>580</sup> Majetkové vztahy musejí být rozvrženy již v koncesní dokumentaci. Jako problematické se jeví, aby o nich jednaly strany až v souvislosti s uzavíráním koncesní smlouvy, neboť majetkové vztahy úzce souvisí s obchodními podmínkami a předpokládanou hodnotou předmětu koncesní smlouvy.

<sup>581</sup> V tomto kontextu je záhodno zmínit, že zatímco pro veřejnoprávní subjekty je pravidlem, že hospodaří dle ročního rozpočtu, pro veřejná soukromá partnerství je charakteristické, že vypořádání je dlouhodobé. Srov. k tomu LexisNexis Butterworths PFI Manual – Division 1 – Introduction – A (25)

výslovně dovoluje zadavatelům, aby vstupovali i do takových právních vztahů, v nichž budou povinni k plnění v budoucnu, ačkoliv budoucí plnění není kryto rozpočtem zadavatele, podle kterého hospodaří v okamžiku uzavření (podpisu) koncesní smlouvy. Bez tohoto ustanovení by byly vyloučeny všechny koncesní smlouvy, ve kterých by se zadavatel zavazoval k budoucímu plnění (především podle § 16 odst. 1 in fine KZ) nekrytému platným rozpočtem. Nejde však o případy například placení nájmu, neboť nejde o budoucí plnění v tomto smyslu, ale o pravidelně se opakující plnění. Rovněž užití tohoto ustanovení nedopadá na případy, kdy veškeré úhrady pocházejí pouze od uživatelů a zadavatel sám koncesionáři nic neplatí.

V § 19 odst. 3 KZ zákonodárce stanovil, že za škodu, dojde-li k ní v přímé souvislosti s poskytováním služby uživatelům, odpovídá zadavatel. Musí se jednat o škodu způsobenou pouze v přímé souvislosti s poskytováním služby. Zřejmě se tedy ustanovení nevztahuje na případy škody způsobené uživatelům koncesionářem v souvislosti s užíváním provedeného díla, pokud současně koncesionář neposkytuje další službu. V tomto případě zůstává odpovědnost zachována koncesionáři. Je otázkou, do jaké míry je uvedené ustanovení správné, neboť v některých případech přenáší odpovědnost na zadavatele, aniž k tomu jsou rozumné důvody. Uvádí se, že toto ustanovení je výrazem toho, že i když stát či jiný veřejný zadavatel, uzavřel koncesní smlouvu, je zachována jeho „odpovědnost“ za zajišťování veřejných statků.<sup>582</sup> Jeho role jako zajišťovatele veřejné správy se nemění, mění se jen subjekt, který plní konkrétní úkoly a vykonává určitou činnost nutnou k zajištění určitých veřejných statků. Zajišťování veřejných statků je totiž veřejnosprávním úkolem veřejného partnera, při zadávání koncesní smlouvy vystupujícího jako veřejný zadavatel, a této povinnosti se zapojením soukromoprávního subjektu (koncesionáře) nezbavuje. I nadále zůstává garantem standardů zajišťovaného statku, kontroluje jeho plnění soukromým partnerem a činí nápravná opatření v případě nedostatků (srov. k tomu i § 16 odst. 3 písm. a) KZ a důvody pro předčasné ukončení smlouvy). Není však správné tuto úkolovou „odpovědnost“ spojovat s právní odpovědností za škodu, když jde o dvě zcela odlišné kategorie. Například pokud koncesionář má vybudovat a provozovat zdravotnické zařízení a v souvislosti s ošetřením uživatele dojde ke škodě na zdraví, odpovídá za vzniklou škodu uživateli zadavatel, ačkoliv nemá žádnou možnost vzniku škodě zabránit nebo ji nějak ovlivnit.<sup>583</sup> Pokud by ke škodě došlo mimo rámec koncesního vztahu, odpovídal by za vzniklou škodu škůdce, kterým je koncesionář. Tímto ustanovením je také narušeno rozdělení

---

<sup>582</sup> Viz Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, str. 136

<sup>583</sup> Předpokládáme zde, že jsou jinak splněny zdravotnické normy.



rizik (§ 16 odst. 2 KZ), neboť i možnost vzniku škody a nesení následků s tím spojených je určitý druh rizika a navíc je to riziko, které souvisí s rizikem braní užitků vyplývajících z poskytování služeb. Zadavatel se důsledkům tohoto ustanovení může bránit tak, že bude požadovat, aby v koncesní smlouvě bylo ujednání o regresu vůči koncesionáři. Zadavatel rovněž může v koncesních podmínkách požadovat, aby byl dodavatel pro tyto případy pojištěn a případně, aby pojistná smlouva s pojišťovnou byla sjednání tak, aby buď pojišťovna plnila přímo poškozenému, nebo aby plnila zadavateli v případě, že škodu bude hradit on. Pokud chtěl zákonodárce výslovně v zákoně vyjádřit odpovědnost zadavatele za dohled nad kvalitou statku zajišťovaného koncesionářem, měl tak učinit, avšak aniž by tuto skutečnost spojoval se vznikem odpovědnosti za škodu.

#### **7.5.15.4 Uzavření koncesní smlouvy ve zvláštním případě**

V zahraničí praxi je obvykle k realizaci koncese účelově vytvořen subjekt, který se označuje jako projektová společnost (project company) nebo single purpose vehicle company nebo někdy také special purpose vehicle (SPV).<sup>584</sup> Na založení této společnosti se obvykle účastní kromě dodavatele další společnosti, které se budou podílet na plnění koncesní smlouvy (dodavatelé koncesionáře). Na založení projektové společnosti se někdy účastní i banky a ostatní investoři a nejsou vyloučeny ani případy, kdy je zapojen sám zadavatel. Pokud je zadavatel rovněž angažován na založení projektové společnosti nebo pokud v ní získá účast a projektová společnost zadává smlouvy na určitá plnění dalším osobám (tzv. subdodávky), je třeba mít na paměti, že za určitých předpokladů by se taková projektová společnost mohla stát veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ a musela by tyto zakázky zadávat postupem podle zákona o veřejných zakázkách.

Výhody tohoto postupu jsou ty, že dodavatel a další zainteresované společnosti a subjekty založením účelové společnosti oddělí své ostatní aktivity a majetek od činnosti, která je předmětem koncesní smlouvy. To je výhodné jak z hlediska ochrany majetkových zájmů účastníků se osob, tak z hlediska ochrany celého projektu v případě, že se některá z participujících osob dostane do finančních problémů (například do úpadku). Výhodné je to i z daňových a účetních hledisek.<sup>585</sup> Vytvoření zvláštního subjektu, jenž realizuje koncesi, umožňuje lépe sledovat finanční toky v takové společnosti a celkový dohled nad projektem, a to jak finančními ústavy, které projekt financují, tak také zadavateli, neboť projektová společnost se výlučně zabývá pouze činnostmi související s realizací koncesní smlouvy. Tento

---

<sup>584</sup> Viz UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, UN: New York, 2001, str. 15, 19, 121, dostupné na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/pfip/guide/pfip-e.pdf> [21.12.2009]

<sup>585</sup> K pravidlům vedení účtového rozvrhu při souběhu činností koncesionáře – viz § 19 odst. 2 KZ.

postup se ale především využívá z důvodu financování, neboť do společnosti vstupují také finanční ústavy podílející se na financování projektu, které tak mají zajištěnou lepší a efektivnější kontrolu nad poskytnutými financemi. Prostřednictvím projektové společnosti je také možné získávat finanční prostředky, například zvyšováním jejího základního kapitálu nebo vydáváním dluhopisů.

Na druhou stranu přináší tento postup i určité nevýhody. Složitá vlastnická struktura projektové společnosti nemusí být dostatečně čitelná a může se stát, že projektovou společnost bude nakonec ovládat jiný subjekt než dodavatel, jenž byl vybrán pro uzavření koncesní smlouvy. Tento jiný subjekt ale není v žádném vztahu k zadavateli. Rovněž v případě, že se jedná o plnění, které je úzce spjato s vlastnostmi a schopnostmi dodavatele, je zde určité riziko, že poskytované plnění nebude odpovídat požadovanému, neboť plnění bude poskytovat jiná osoba. V tomto případě je pak nutné smluvně v koncesní smlouvě ošetřit, aby tomu tak bylo, například tak, že zaměstnanci koncesionáře, kteří mají požadované schopnosti a zkušenosti, budou přiděleni k výkonu práce k projektové společnosti, aby tak byly dodrženy požadavky zadavatele.

Protože zadavatel může uzavřít koncesní smlouvu pouze s dodavatelem, který vzešel z koncesního řízení (§ 12 odst. 1 KZ), musí zákon odchylku od tohoto pravidla výslovně připouštět. Takovou opravňující normou, jež umožňuje, aby zadavatel koncesní smlouvu uzavřel s jiným subjektem než s vybraným dodavatelem, je § 13 KZ. Je třeba mít na paměti, že jde pouze o změnu subjektu, nikoliv o změnu návrhu smlouvy. Zadavatel uzavře smlouvu v souladu s podmínkami obsaženými v nabídce dodavatele, který byl vybrán pro uzavření koncesní smlouvy, avšak s jinou osobou než tímto dodavatelem. Využití projektovou společnost či SPV k realizaci předmětu koncesní smlouvy je kromě způsobu zmíněného v souvislosti s výkladem o kvalifikaci možné i za následujících podmínek:

a) Musí se jednat o právnickou osobu, tedy o subjekt práva (o postup podle § 13 KZ nejde, pokud dodavatel zřídí pro účely realizace předmětu koncesní smlouvy odštěpný závod nebo jinou organizační složku podniku). Není přípustné, aby se osoba, se kterou má být na místo vybraného dodavatele uzavřena koncesní smlouva, sama koncesního řízení v této věci účastnila.

b) V nabídce vybraného dodavatele byla taková možnost uvedena, včetně právní formy, minimálního navrhovaného základního kapitálu, navrhované vlastnické struktury a návrhu obsazení orgánů takové osoby. Dodavatel musí v nabídce takovou možnost předem avizovat. Implicitně ze zákona vyplývá, že právnická osoba, se kterou má být koncesní smlouva na místo vybraného dodavatele uzavřena, musí mít formu obchodní společnosti, u níž se povinně

vytváří základní kapitál (arg. „minimálního navrhovaného základního kapitálu“ v § 13 písm. a) KZ). Zákon vychází z toho, že v době podání nabídky společnost ještě neexistuje (viz minimální *navrhovaný* základní kapitál, *navrhovaná* vlastnická struktura, *návrh* obsazení orgánů). Není však vyloučeno, aby již v době podání nabídky společnost existovala jako tzv. ready-made společnost a dodavatel ji měl připravenou k okamžitému využití v případě získání zakázky. Zákon však její existenci v době podání nabídky nevyžaduje. Právní forma takové osoby bude buď společnost s ručením omezeným, nebo akciová společnost. Ačkoliv je to vybraný dodavatel, jenž má podle zákona v nabídce určit právní formu, minimální navrhovaný základní kapitál, vlastnickou strukturu i obsazení orgánů této osoby, může zadavatel, pokud svolí k tomuto postupu a chce tyto záležitosti ovlivnit (například pokud jde o prvotní vlastnickou strukturu, výši základního kapitálu nebo obsazení orgánů této osoby), v koncesních podmínkách stanovit své požadavky, neboť jde zcela nepochybně o požadavky související s předmětem koncesní smlouvy. Tyto požadavky se pak promítnou do nabídky dodavatele.

c) Zadavatel nebo vybraný dodavatel tuto osobu v době uzavření koncesní smlouvy přímo nebo nepřímo ovládá. Ovládání se zkoumá k okamžiku uzavření koncesní smlouvy a posuzuje se dle pravidel uvedených v § 66a ObchZ. Jak již bylo řečeno, pozdější změny vlastnické struktury a změny v ovládání mohou mít vliv na způsobilost osoby řádně plnit závazek z koncesní smlouvy. Změnám vlastnické struktury může zadavatel zabránit obtížně, neboť by v koncesních podmínkách stanovil omezení pro změny vlastnické struktury, které by chtěl převzít do koncesní smlouvy, vítězný dodavatel takovými omezeními vázán není, neboť smlouva je uzavřena s projektovou společností, nikoliv s ním, on je pouze společníkem této osoby, a koncesní smlouva je závazná jen pro její strany. Vzhledem k tomu, že uzavření koncesní smlouvy místo s vybraným dodavatelem s jinou právnickou osobou (projektovou společností) je fakultativní, závisí na souhlasu zadavatele (arg. „Zadavatel může ...“), (i když předpoklad pro tento postup musí vyjít od dodavatele, který takovou možnost uvede v nabídce), je možné tuto problematiku ošetřit zvláštní smlouvou mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem ohledně zachování jeho minimální účasti na ovládání projektové společnosti nebo sjednáním požadavku, aby vybraný dodavatel požádal vždy zadavatele o souhlas, má-li dojít ke změně ve vlastnické struktuře nebo míře ovládání společnosti vybraným dodavatelem. Pokud vybraný dodavatel na uzavření této smlouvy nepřistoupí, nepřistoupí zadavatel na uzavření koncesní smlouvy s projektovou společností. Další možností je, že pokud dojde k určitým změnám ve vlastnické struktuře nebo v poměru hlasovacích práv, má zadavatel možnost koncesní smlouvu předčasně ukončit podle § 16 odst.

3 písm. a) KZ. Jde zřejmě o nejjednodušší způsob ošetření této problematiky, který nevyžaduje žádnou zvláštní smlouvu. Zákon sice připouští, aby ovládající osobou byl sám zadavatel, avšak v praxi půjde spíše o výjimečné případy. Častější budou spíše případy následného vstupu, a to pouze s minimální účastí zadavatele. Nehledě na to, že tato problematika podléhá právním přepisům týkajících se dispozice s veřejným majetkem.

d) Předmětem činnosti projektové společnosti je realizace předmětu koncesní smlouvy. Projektová společnost musí mít všechna potřebná oprávnění, jež jsou nezbytná k realizaci předmětu koncesní smlouvy, a to k okamžiku podpisu smlouvy.

e) Projektová společnost musí splňovat základní kvalifikační předpoklady. Uzavřením koncesní smlouvy s projektovou společností vystupuje na straně „dodavatele“ jiná osoba než ta, která se účastnila koncesního řízení, a prokazovala sama nebo prostřednictvím subdodavatelů splnění kvalifikace (viz § 51 odst. 4 ZVZ). Zákon však kromě požadavku na ovládání, a to pouze v okamžiku uzavření koncesní smlouvy, nestanoví žádné požadavky, které by zajišťovaly, že předmět koncesní smlouvy bude plněn kvalifikovaným dodavatelem. De lege ferenda je na zvážení, zda by projektová společnost neměla prokazovat, že má smluvně zajištěnou spolupráci s vybraným dodavatelem nebo jeho subdodavatelem v rozsahu, ve kterém prostřednictvím subdodavatelů bylo prokazováno splnění kvalifikace.

### **7.5.15.5 Schválení koncesní smlouvy**

Po uzavření koncesní smlouvy, není-li účinnost smlouvy odložena na pozdější dobu, může začít uskutečňování partnerství.<sup>586</sup> To však neplatí pro významné koncesní smlouvy podle § 20 a násl. KZ. Kontrakční proces je sice skončen, smlouva je uzavřená, avšak její realizace není zatím možná. Zákon totiž požaduje, aby uzavřená významná koncesní smlouva byla ještě schválena příslušným orgánem. Teprve jejím schválením nastávají právní účinky smlouvy a je ji možné realizovat. Právní účinky smlouvy, resp. účinnost smlouvy, stanoví zákon výslovně v § 23 odst. 2 KZ, a proto není nutné smlouvu sjednávat s odkládací podmínkou jejího schválení.<sup>587</sup> Pokud koncesní smlouvu příslušné orgány neschválí,

---

<sup>586</sup> Koncesní smlouvy, které nabudou účinnosti, se evidují v rejstříku koncesních smluv, jenž vede Ministerstvo pro místní rozvoj (viz § 32 KZ). Údaje do zápisu podává zadavatel a je povinen tak učinit do 30 dnů ode dne účinnosti koncesní smlouvy. U smluv, které podléhají schválení podle § 23 KZ, tato lhůta běží od schválení smlouvy, u jiných smluv ode dne její účinnosti uvedeného ve smlouvě. Zapisované údaje se vedou pouze po dobu trvání koncesního vztahu (zákon nepřesně uvádí „ukončení platnosti koncesní smlouvy“). Kromě povinnosti předat údaje ministerstvu k zápisu údajů do rejstříku je zadavatel povinen uchovávat dokumentaci koncesního řízení po dobu 5 let od ukončení účinnosti koncesní smlouvy (konce koncesního vztahu) nebo ode dne zrušení koncesního řízení (viz § 33 KZ). Zákon o veřejných zakázkách požaduje, aby zadavatel po uzavření smlouvy odeslal oznámení o výsledku zadávacího řízení k uveřejnění (§ 83 odst. 1 ZVZ). Žádné takové pravidlo však v koncesním zákoně výslovně stanoveno není, ani není uveden odkaz na zákon o veřejných zakázkách.

<sup>587</sup> Srov. k tomu § 47 odst. 1 OZ.

zadavatel koncesní řízení zruší. Toto je nepřesné, neboť koncesní řízení je završeno hodnocením nabídek (srov. dikci § 12 odst. 1 KZ). Schvalování koncesní smlouvy se proto děje již mimo rámec samotného koncesního řízení. Zákon nic nestanoví o již uzavřené, avšak ještě neúčinné smlouvě a závazků z ní. Existence neschválené smlouvy měla být nejspíš odklizená právě prostřednictvím rozhodnutí zadavatele o zrušení koncesního řízení. Právní účinky koncesní smlouvy nastávají jejím schválením. Schválení je nejistou skutečností, na které záleží, zda účinky (právní následky) smlouvy nastanou. Jinak řečeno, zda se smlouva bude realizovat. Schválení je tak podmínkou (§ 36 odst. 1 a 2 věta první OZ). Pokud ke schválení koncesní smlouvy nedojde, smlouva sice uzavřena byla, avšak nikdy nedojde k jejímu naplnění, k její realizaci. Zrušení koncesního řízení se proto jeví, jako nadbytečný úkon. Zadavatel však musí respektovat zákon a pro forma koncesní řízení zrušit. Zrušením koncesního řízení zanikne podklad, z něhož vzešlo rozhodnutí o výběru nejvýhodnější nabídky.

Ustanovení § 23 odst. 1 KZ vymezuje, u kterých zadavatelů jako stran významných koncesních smluv se schválení vyžaduje, a kterým orgánům přísluší smlouvu schválit. Vymezení zadavatelů i příslušnost orgánů se shodují se zadavatelem a schvalovatelem koncesního projektu podle § 22 odst. 3 KZ.

Zákon ani důvodová zpráva výslovně neuvádějí, co je účelem schválení a k čemu by měl příslušný orgán při schválení přihlížet. Kromě přezkoumání náležitostí koncesní smlouvy (viz zejména § 16 odst. 3 KZ) je zřejmě hlavním účelem schválení i ověření souladu koncesní smlouvy s koncesním projektem, neboť projekt i smlouvu schvalují stejné orgány, a rovněž posouzení aktuální finanční a rozpočtové situace ve vztahu mezi schvalujícím orgánem a zadavatelem v případech, kdy existují rozpočtové toky mezi nimi tak, aby uzavření smlouvy nemělo vliv na rozpočtovou stabilitu zadavatele. Byť to zákon výslovně nestanoví, pro neschválení musí existovat přesvědčivé důvody a nemůže se jednat o pouhou svévoli orgánu. Vzhledem k tomu, že schvalujícím orgánem je orgán zastupitelský – v případě obcí a krajů je tímto orgánem příslušné zastupitelstvo, v případě státu je jím vláda, která je však zpravidla ustanovena na základě výsledků voleb, existuje potencionální riziko, že smlouva uzavřená za doby určité „vlády“ nebude následně po její změně v důsledku rozložení sil v zastupitelských orgánech schválena, neboť různé politické strany mohou mít odlišné názory na využívání partnerství a uzavírání koncesních smluv. Odlišnost názorů na projekty partnerství a příjezdy či naopak záporný postoj k nim se samozřejmě vyskytují po celém světě. Nelze však akceptovat, aby do schválení koncesní smlouvy pronikal politický vliv. Příslušný orgán koncesní smlouvu neschválí jen z objektivních, právně a ekonomicky relevantních důvodů. Není přípustné, aby

neschválil koncesní smlouvu jen proto, že došlo ke změně politických sil ve schvalujícím orgánu a současná většina v něm není uzavírání koncesních smluv nakloněna.

Schválení podléhá rovněž dohoda o změně již účinné koncesní smlouvy, a to za podmínek uvedených v § 23 odst. 4 KZ. Změna koncesní smlouvy je účinná jen tehdy, pokud dohodu o změně příslušný orgán schválí.

V širších souvislostech otázka schválení koncesní smlouvy souvisí s otázkou tzv. veřejné odpovědnosti (public accountability) v rámci partnerství. Tato problematika se týká i jiných forem partnerství. V rámci partnerství dochází dlouhodobě k přenosu úkolů, které pravidelně plní veřejnoprávní subjekt, na soukromého poskytovatele. Nastoluje se však otázka odpovědnosti veřejnoprávního subjektu za kvalitu poskytovaného veřejného statku. Vzniká však i otázka veřejné odpovědnosti osob, které o realizaci partnerství rozhodují. Realizace partnerství je totiž na všech úrovních (obec, kraj, stát) politickým rozhodnutím, resp. rozhodují o něm příslušná zastupitelstva či vláda. Tyto orgány však jsou orgány dočasnými a jejich zastoupení se pravidelně po uplynutí stanovených volebních období mění. Přitom jedním ze znaků partnerství je jeho dlouhodobost. Během trvání partnerství se tudíž politická reprezentace těchto orgánů několikrát změní. A názory osob, které v těchto orgánech během trvání partnerství zasedají, se na něj mohou lišit. Nově zvolení zástupci ale nemají možnost do již založeného partnerství zasáhnout. V případě zásahu, například pokud by se rozhodli partnerství ukončit, by to bylo spojeno s nemalou finanční zátěží a nepochybně by to bylo značně finančně neefektivní. V zahraniční literatuře se proto objevuje námitka, že dlouhodobost partnerství oslabuje možnost voličů a jejich zástupců ovlivňovat politické směřování (*policy direction*).<sup>588</sup> Jinými slovy o tom, jak budou některé veřejné statky poskytovány a v jakých standardech, na dlouhou dobu dopředu bez možnosti efektivní změny rozhodují osoby, které mají časově omezený mandát. Navíc jelikož samotná příprava projektu, zpracování a vyhodnocení analýzy proveditelnosti a další přípravné práce trvají delší dobu a můžou trvat i několik let, není vyloučené ani, že o realizaci partnerství rozhodnou zástupci v orgánech na konci svého funkčního období a dále již nebudou mít možnost přípravu a realizaci partnerství ovlivňovat.

S veřejnou odpovědností za poskytování veřejných statků souvisí i legalita a legitimita partnerství, jež jsou významné proto, aby veřejná správa byla pro její adresáty důvěryhodná.

---

<sup>588</sup> Viz Mohr, A. Governance through “public private partnerships”: Gaining efficiency at the cost of public accountability? International Summer Academy on Technology Studies – Urban Infrastructure in Transition: „[t]he extended period of some PPP contracts [...] weakens the capacity of the electorate and their representatives to influence policy direction [...]”. Příspěvek je dostupný na adrese: [www.ifz.tugraz.at/index\\_en.php/filemanager/download/311/Mohr\\_SA%202004.pdf](http://www.ifz.tugraz.at/index_en.php/filemanager/download/311/Mohr_SA%202004.pdf) [8.12.2008]

Zatímco legalita partnerství je (či by měla být) zajištěna právní úpravou týkající se výběru soukromého partnera, tedy především koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách, legitimita zůstává stranou zájmu. Partnerství, a to platí i pro koncesní smlouvy jako jednu z forem, nejsou podrobena žádné vnější nezávislé kontrole. Tím, že jsou založena smluvně, závisí kontrola dodržování závazků soukromým partnerem na veřejném partnerovi.<sup>589</sup> Samotní uživatelé však kontrolu iniciovat nijak nemohou.

### **7.5.15.6 Rozpočtový dozor Ministerstva financí**

Podobné normy rozpočtového práva, jaké jsou nově v § 156 ZVZ, obsahuje koncesní zákon od počátku své účinnosti v § 30 KZ. Jde o požadavek na získání stanoviska Ministerstva financí, které posuzuje přijímané závazky z koncesní smlouvy z hlediska jejich vlivu a možných dopadů na ekonomickou situaci žadatele nebo na mezinárodní závazky České republiky (viz § 30 odst. 4 KZ).<sup>590</sup>

Na rozdíl od zákona o veřejných zakázkách se ale dle koncesního zákona stanovisko Ministerstva financí vyžaduje pouze u koncesních smluv, které uzavírají vybrané subjekty. Ustanovení § 156 ZVZ se vztahuje na všechny zadavatele, pokud má uzavíraná smlouva znaky v tomto ustanovení uvedené. Podle § 30 odst. 1 KZ je nutné získat stanovisko, jde-li o uzavření koncesní smlouvy či dohodu o změně uzavřené koncesní smlouvy, kterou uzavírá územní samosprávný celek, příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek, nebo jinou právnickou osobu dle § 2 odst. 1 písm. d) KZ, ke které je územní samosprávný celek v takovém postavení, že je jím převážně financována, ovládána, nebo v ní jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu.

Stanovisko je třeba získat k uzavření koncesní smlouvy i k její případné změně (uzavření dohody o její změně).<sup>591</sup> Stanovisko musí být nejen vyžádáno, nýbrž zákon požaduje, aby bylo i projednáno při schvalování koncesní smlouvy nebo dohody o její změně. Pokud zadavatel o stanovisko nepožádá, nebo sice požádá, ale neprojedná jej, a uzavře koncesní smlouvu, nebo dohodu o její změně, bude koncesní smlouva neplatná (viz § 30 odst. 1 KZ). Z dikce „k uzavření koncesní smlouvy“ a „předchozí stanovisko“ v § 30 odst. 1 věta první KZ je zřejmé, že stanovisko musí být získáno před uzavřením koncesní smlouvy.

---

<sup>589</sup> G.Hodge v této souvislosti uvádí: „*PPPs have essentially continued to be two-way government-business deals rather than also involving the community or any other independent accountability or representative bodies.*“ Viz Hodge, G. Public Private Partnerships and Legitimacy. The University of New South Wales Law Journal, 2006, sv. 29, č. 3, str. 324, dostupné v databázi HeinOnline ([www.heinonline.org](http://www.heinonline.org))

<sup>590</sup> Obsahové náležitosti žádosti o stanovisko a tak vlastně i údaje, ze kterých Ministerstvo financí při vydávání stanoviska vychází, jsou uvedeny v § 30 odst. 2 KZ a vyhlášce č. 238/2006 Sb.

<sup>591</sup> O stanovisko není nutné žádat, pokud jde o změnu koncesní smlouvy dle § 30 odst. 1 in fine KZ.

Projednáno musí být při schvalování koncesní smlouvy, což naopak může být i po jejím uzavření.<sup>592</sup>

S požadavkem na vyžádání a projednání stanoviska jsou spojeny dva problémy. První problém souvisí s tím, že koncesní zákon vyžaduje, aby byly schváleny koncesní smlouvy, jen jde-li o tzv. významné koncesní smlouvy (viz § 23 odst. 1 KZ). Pro jiné smlouvy tento požadavek stanoven není. Vzniká proto otázka, zda „projednání při schvalování koncesní smlouvy nebo její změny“ je projednání při schválení koncesní smlouvy dle § 23 odst. 1 KZ, nebo se jedná o jiné schvalování. Není jasné, zda rozdíl ve výrazu „schválení“ užitého v § 23 odst. 1 KZ a výrazu „schvalování“ užitého v § 30 odst. 1 KZ je záměrný, nebo se jedná pouze o jazykovou a legislativní nepřesnost. Vzhledem k tomu, že výklad zákona by měl být jednotný a že v zákoně další požadavek na schvalování ani schválení koncesní smlouvy vyjma § 23 KZ není, kloníme se k závěru, že projednání stanoviska při schvalování koncesní smlouvy se vztahuje pouze na tzv. významné koncesní smlouvy dle § 23 odst. 1 KZ.

S výše uvedeným souvisí také další problém, a to že stanovisko není nijak závazné. Stanovisko je vyžadováno od subjektů odlišných od státu z toho důvodu, že je třeba zajistit, aby stát měl přehled o veřejném dluhu a dlouhodobých závazcích souvisejících s veřejnými rozpočty a nedocházelo k nekontrolovanému zadlužování či prohlubování schodků tzv. veřejných rozpočtů, v tomto případě krajských a obecních. Ministerstvo financí ve stanovisku pouze posoudí, zda je, či není vhodné koncesní smlouvu uzavřít s ohledem na závazky pro zadavatele, které z ní vzejdou, a jejich vlivu na jeho ekonomickou situaci nebo na mezinárodní závazky České republiky. Avšak ministerstvo nemůže její uzavření zakázat. I přes negativní stanovisko ministerstva nic nebrání tomu, aby koncesní smlouva byla platně uzavřena. I z tohoto důvodu máme za to, že stanovisko musí být vyžádáno vždy (arg. „K uzavření koncesní smlouvy ... je žadatel povinen vyžádat si předchozí stanovisko“ viz § 30 odst. 1 věta první in fine KZ), avšak projednáno musí být při jednání o schválení koncesní smlouvy pouze, jde-li o tzv. významnou koncesní smlouvu. Zákon totiž na rozdíl od vyžádání stanoviska, které zmiňuje samostatně v § 30 odst. 1 věta první in fine KZ jako obecný požadavek, projednání stanoviska zmiňuje pouze v souvislosti s tím, že nevyžádání a neprojednání stanoviska způsobují neplatnost koncesní smlouvy (§ 30 odst. 1 věta druhá KZ), avšak projednání při schvalování výslovně jako obecný požadavek uvedeno není. Jelikož je tato skutečnost uvedena pouze jako důvod pro neplatnost, jako taková se uplatní jen u těch smluv, pro které zákon schválení vyžaduje, tj. u významných koncesních smluv.

---

<sup>592</sup> Srov. k tomu schválení významných koncesních smluv a § 23 odst. 2 KZ



Nejasná je i formální povaha stanoviska. Jde o správní rozhodnutí, nebo o jiný akt ministerstva? Pokud bychom chtěli argumentovat v prospěch toho, že se jedná o rozhodnutí, bylo by možné vyjít z náležitostí žádosti o stanovisko v § 30 odst. 2 KZ, který odkazuje na správní řád a z toho, že stanovisko se týká nestátních subjektů a jde tedy o akt ministerstva navenek. Proti povaze stanoviska jako rozhodnutí hovoří to, že stanovisko není vydáváno ve správním řízení ve smyslu § 9 zákona č. 500/2004 Sb. a že stanovisko, jak bylo výše uvedeno, není ani pro zadavatele závazné. Stanovisko je svojí povahou vyjádření ve smyslu § 154 zákona č. 500/2004 Sb. a ministerstvo postupuje dle tohoto ustanovení.

## 8 Závěr

V této práci jsme se zabývali veřejnými soukromými partnerstvími. Partnerství jsme vymezili jako určitý fenomén, který je právně upraven zprostředkovaně a nikoliv komplexním způsob, jak bylo prokázáno v předchozím textu. Označení veřejná soukromá partnerství (public private partnership) zahrnuje různé formy spolupráce mezi veřejnými a soukromými partnery jako subjekty soukromoprávních vztahů. Nikoliv obecně partnerství nýbrž tyto jednotlivé formy spolupráce podléhají právní úpravě a jsou výrazem konkrétní spolupráce. Lze přitom rozlišit, zda se právní úprava ve vztahu k nim omezuje pouze na úpravu výběru soukromého partnera nebo rovněž i na obsah vztahu mezi partnery. Existují formy partnerství, které mají v právní úpravě svůj „hmatatelný“ základ – v českém právním řádu to jsou koncese, resp. koncesní smlouvy, částečně rovněž koncesionářské smlouvy. Jiné formy partnerství zpravidla naplňují definiční znaky veřejné zakázky, a proto výběr soukromého partnera (dodavatele) podléhá právní úpravě zadávání veřejných zakázek. Jejich znaky, které daný vztah kvalifikují jako určitou formu partnerství, ale právní úprava nevymezuje.

Obecně lze partnerství vymezit jako dlouhodobé vztahy založené smluvně, jejichž prostřednictvím dochází k přenesení určitých činností, kterými jsou zajišťovány veřejné statky na soukromého partnera. Součástí tohoto vztahu je také na straně soukromého partnera (dodavatele) závazek spočívající v převzetí významných rizik spojených s plněním (činností týkající se zajišťování veřejného statku), která by jinak nesl veřejný partner. Toto jsou znaky partnerství bez ohledu na formu partnerství (všechny formy partnerství musejí mít tyto znaky), smluvní typ, kterým se partnerství zakládá, či právní úpravu, jež upravuje výběr soukromého partnera. Z toho důvodu také rizika nejsou vymezena jako právní kategorie. Přenesení „rizik“ má smluvní povahu a spočívá v dohodě o tom, že dodavatel se zaváže k určitému plnění a ponese „rizika“ s tímto plněním související a v případě, že nastane skutečnost mající povahu rizika, bude to on, kdo ponese právní i faktické důsledky s tím spojené. Co jsou významná rizika spojená s plněním, která by jinak nesl veřejný partner, závisí, jak vyplývá i z provedeného rozboru rozhodnutí Soudního dvora, na povaze plnění. Znamená to i to, že ne vždy je možné partnerství realizovat. Pokud povaha činnosti neumožňuje přenesení rizik, není možné partnerství využít.

Co odlišuje jednotlivé formy partnerství, je povaha a rozsah rizik, která jsou přenášena na soukromého partnera, způsob protiplnění za plnění poskytnuté soukromým partnerem (zda je poskytováno v penězích nebo v právu plnění využívat), obsah povinností soukromého partnera a právní vztahy k majetku, který slouží k realizaci partnerství.

Ačkoliv prostřednictvím jednotlivých forem partnerství jsou zajišťovány veřejné statky, je právní vztah mezi partnery u jednotlivých forem založen soukromoprávně a soukromoprávním předpisům podléhají i vztahy v rámci partnerství, a řadíme je proto do sféry soukromého práva.

V českém právu je za formu partnerství výslovně v § 1 KZ prohlášena koncesní smlouva. Ostatní formy zvláště upraveny nejsou, ale obecně pro ně platí všechna pravidla jako pro jiné veřejné zakázky. V této práci jsme se věnovali především koncesním smlouvám jako základní formě partnerství v českém právu. V nezbytném rozsahu jsme však poukázali i na formy jiné a na přesahy do úpravy zákona o veřejných zakázkách.

Z hlediska právní úpravy je třeba rozlišovat – fázi výběru soukromého partnera, která, ať již jde o jakoukoliv formu partnerství, musí obecně být v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace, i když nepodléhá žádné sekundární právní úpravě v právu Evropské unie, neboť toto jsou pravidla vyplývající z primárního práva. Především tato fáze je specificky upravena právními předpisy – zákonem o veřejných zakázkách obecně a koncesním zákonem. Druhá fáze se týká již samotného vztahu mezi veřejným a soukromým partnerem. Druhá fáze začíná uzavřením smlouvy, kterou se partnerství realizuje, a končí zánikem veškerých závazků mezi partnery. Tato druhá fáze podléhá soukromoprávním předpisům. V českém právním systému především obchodnímu zákoníku (§ 261 odst. 1 a 2 ObchZ) a občanskému zákoníku. Na rozhraní těchto dvou fází stojí veřejnoprávní předpisy, které regulují nakládání s veřejným majetkem. V mezích těchto předpisů pak veřejní partneři mohou uzavírat smlouvy, jimiž se realizuje partnerství. Za zásadní nedostatek v tomto smyslu považujeme to, že současné právní předpisy (především, jak bylo popsáno, zákon o majetku) neobsahují adekvátní úpravu, která by umožňovala složitější a dynamičtější majetkoprávní operace v rámci partnerství, aniž by bylo třeba výjimek. Rovněž nepovažujeme za praktické stanovit určité výjimky pro majetkoprávní operace pouze v rámci koncesních smluv (§ 12 odst. 8 ZMČR), když podobné operace by bylo výhodné mít možnost uskutečnit i u smluv, které veřejní partneři zadávají dle zákona o veřejných zakázkách, pokud se těmito smlouvami realizuje partnerství, tj. pokud dodavatel na sebe bere určitá rizika spojená s plněním, která by jinak nesl zadavatel.

Dřívější úprava tzv. quasikoncesních smluv (§ 156 ZVZ), která představovala určité zakotvení jiných než koncesních forem partnerství v právním řádu, byla zrušena. To sice neznamená, že by jiné formy partnerství nebylo možné realizovat, neboť, jak jsme uvedli, rozhodující pro existenci partnerství není výslovná právní úprava, nýbrž přenesení rizik spojených s plněním, která by jinak nesl veřejný partner, na soukromého partnera, a k tomuto

převzetí dochází v rámci smluvní volnosti (§ 269 odst. 2 ObchZ, § 491 odst. 1 OZ). Zakotvení je však důležité z hlediska právní jistoty subjektů, které v rámci partnerství uzavírají smlouvy, neboť vztahy v partnerství jsou dlouhodobé, komplexní a týkají se veřejného majetku. V souvislosti s tím platila do zrušení tzv. quasikoncesních smluv pro tyto smlouvy i některá pravidla obsažená v koncesním zákoně platná pro koncesní smlouvy. Především se jednalo o požadavek na zpracování a schválení koncesního projektu a tyto smlouvy musely mít i obsahové náležitosti koncesních smluv dle § 16 odst. 3 KZ. Šlo o vymezení důvodů, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení vztahu ze smlouvy, a vymezení právních vztahů stran k majetku určeného k realizaci smlouvy a postupu při vypořádání při předčasném ukončení vztahu. Máme za to, že nejen v koncesních, nýbrž i v jiných smlouvách, kterými se realizuje partnerství, by měly být sjednány náležitosti ve smyslu § 16 odst. 3 KZ, neboť cílem těchto ustanovení je ochrana veřejného majetku a zajištění požadovaného standardu zajišťovaného statku. V tomto směru tedy zrušení úpravy nebylo přínosné.

Ustanovení v § 156 ZVZ o tzv. quasikoncesních smlouvách bylo nahrazeno novým zněním. Nyní tak obsahuje obdobnou úpravu jako je pro koncesní smlouvy obsažena v § 30 KZ s tím rozdílem, že úprava v zákoně o veřejných zakázkách se vztahuje na všechny veřejné zakázky, i ty, které se netýkají partnerství, bez ohledu na osobu zadavatele, pokud je předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve výši stanoveného limitu. Zatímco dle koncesního zákona se stanovisko Ministerstva financí vyžaduje jen u vybraných zadavatelů, avšak bez ohledu na výši předpokládaného příjmu koncesionáře nebo předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy. V obou případech je stanovisko pouze poradní. Cíl obou ustanovení je stejný – zajistit dozor Ministerstva financí nad stabilitou veřejných rozpočtů. Proto nejsou odůvodněny rozdíly mezi oběma úpravami. V rozporu s cílem je však skutečnost, že stanovisko má pouze poradní funkci a ministerstvo nemůže efektivně realizaci zabránit.

Také okruh subjektů, které mohou vystupovat jako veřejní zadavatelé, zcela nekoresponduje s okruhem osob, u nichž připadá v úvahu, aby vystupovali jako veřejní partneři. Například není vyloučeno, aby státní podnik byl veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. d) KZ, § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, avšak z povahy věci vyplývá, že jako veřejný partner připadá v úvahu výjimečně. V rámci partnerství totiž dochází k přenosu činnosti. Pokud dojde k přenosu činnosti, pro kterou byl státní podnik založen, zpochybňuje se vlastní důvod existence státního podniku. Podobně státní příspěvkové organizace zřejmě prakticky jako veřejní partneři vystupovat nebudou.

Z výše uvedených důvodů se proto jeví jako vhodné, pokud by byla přijata obecnější a komplexnější úprava partnerství, ve které by bylo vymezeno, jaké subjekty mohou do vztahů

v rámci partnerství vstupovat, jaké mohou být majetkoprávní vztahy v rámci partnerství a stanovit opatření k zabránění převzetí nepřiměřených závazků veřejným partnerem, které by výrazně přesahovaly možnosti jeho rozpočtu.

V souvislosti s úpravou koncesního projektu v koncesním zákoně jsme opakovaně zmínili, že požadavek na zpracování koncesního projektu dle § 21 KZ pouze u tzv. významných koncesních smluv je nedostatečný a že koncesní projekt či jiné zjišťování ekonomické vhodnosti a výhodnosti postupu dle koncesního zákona je vždy třeba provést, i když to zákon nepožaduje. Absenci této povinnosti považujeme za zásadní nedostatek koncesního zákona. V rámci obecnější úpravy by proto měla být také stanovena povinnost pro všechny zadavatele bez ohledu na předpokládaný příjem koncesionáře či předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy zpracovat před zahájením koncesního řízení koncesní projekt ve smyslu § 21 KZ či jiný obdobný projekt. Koncesní projekt v zásadě může vycházet z členění, jak je upraveno v § 3 odst. 1 vyhlášky č. 217/2006 Sb., avšak musí být přesněji a konkrétněji, nikoliv pouze obecnými formulacemi vymezeno, jaké parametry se mají porovnávat a jaká kritéria mají určovat, zda je určitý postup vhodný a ekonomicky výhodný. Jedině tak lze hodnověrně ověřit, zda postup povede k úspoře veřejných prostředků, jak zákonodárce v důvodové zprávě proklamoval.<sup>593</sup>

Obdoba koncesního projektu by rovněž měla být zpracovávána i u těch forem partnerství, které jsou zadávány dle zákona o veřejných zakázkách. I z toho důvodu by proto bylo vhodné mít obecnou úpravu dávající základ partnerství kromě výše uvedených oblastí dále také, pokud jde o vyhodnocování vhodnosti a výhodnosti zajišťování statku určitým způsobem. Tyto postupy jsou totiž společné jak pro koncesní smlouvy, tak pro veřejné zakázky, kterými se jiné formy partnerství mohou realizovat, a případně i pro veřejné zakázky jako takové (aniž jde o formu partnerství). Postup při výběru soukromých partnerů by i nadále podléhal zákonu o veřejných zakázkách či koncesnímu zákonu, neboť je třeba zohlednit to, že koncese podléhají jiným pravidlům dle evropského práva a že výchozí právní úprava v koncesním zákoně je v zásadě pro zadávání koncesních smluv vhodně nastavena (s určitými výhradami). Dodavatelé podávají žádost o účast, zadavatel posuzuje jejich kvalifikaci z hlediska způsobilosti provést plnění ze smlouvy a poté dochází k podávání nabídek. Takový postup v řízení doporučuje i návod UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects.

---

<sup>593</sup> Viz spojení „plná vzájemná srovnatelnost“ v § 3 odst. 2 vyhlášky

Koncesní zákon vhodně na rozdíl od směrnice i některých zahraničních úprav (například britské nebo slovenské) nerozlišuje mezi koncesní smlouvou na stavební práce nebo na služby, ale je založen na konstrukci, že koncesní řízení směřuje k výběru dodavatele (koncesionáře) pro uzavření koncesní smlouvy. Závazek koncesionáře z koncesní smlouvy může spočívat v poskytování služeb, provedení díla nebo obojím. Postup v koncesním řízení je proto uniformní bez ohledu na to, zda jde o koncesní smlouvu na stavební práce nebo na služby nebo obojí. Je tak zajištěn jednotný postup bez ohledu na předmět koncesní smlouvy. Zákonodárce se tak zřejmě chtěl rovněž vyhnout obtížím, které s určením, jaký předmět je hlavní a jaký je vedlejší, jsou spojeny. Bohužel se mu to nepodařilo, když v § 14, § 15 a především v § 31 odst. 1 KZ pracuje s označením nadlimitní koncesní smlouva na stavební práce, jíž je taková koncesní smlouva, jejímž hlavním předmětem jsou stavební práce a předpokládaná hodnota tohoto předmětu je vyšší než stanovený limit. Zákon navíc ani nestanoví, podle čeho stanovit, co je hlavní předmět koncesní smlouvy, a je třeba toto řešit výkladem za pomoci ustanovení ze zákona o veřejných zakázkách. Rovněž v návaznosti na odkazy do zákona o veřejných zakázkách (především v souvislosti s kvalifikačními předpoklady a koncesní dokumentací) je třeba identifikovat, zda jde o koncesní smlouvu na stavební práce nebo na služby. Počáteční konstrukce zákona tak je zbytečně narušena a relativizována.

Jako pozitivní se jeví to, že zadavatelé mohou využít koncesního dialogu, aniž by byly stanoveny jakékoliv podmínky. To je praktické, neboť tento postup umožňuje zadavatelům, aby v závislosti na povaze předmětu zvážili, zda je potřebné hledat řešení koncesního projektu v koncesním dialogu, nebo toto není potřeba. Též možnost jednat o nabídkách není vázána na splnění žádných předpokladů a omezující podmínky. Máme však za to, že dodavatelům by již od zahájení koncesního řízení mělo být známo, že zadavatel chce o nabídkách jednat, a proto by tato informace měla být uvedena v oznámení o zahájení koncesního řízení. Uvedená volnost je projevem toho, že mnohdy není možné požadavky zadavatele jednoznačně stanovit, ale jsou vymezeny prostřednictvím požadavků na výkon nebo funkci plnění a ty mohou být naplňovány různými nabídkami odlišně.

Naopak jako velice problematické se jeví silná provázanost koncesního zákona na zákon o veřejných zakázkách. V koncesním zákoně je užitá poměrně neobvyklá legislativní technika. Ve srovnání s jinými předpisy obsahuje nebývale velký počet odkazovacích norem. Jak vyplývá z předchozího rozboru, s výjimkou aplikace ustanovení zákona o veřejných zakázkách pro postup po výběru nejvýhodnější nabídky, která nečiní větší problém (§ 12 odst. 2, 3 a 4 KZ), pro ostatní zásadní postupy v rámci koncesního řízení toto tvrzení neplatí. Každý odkaz na zákon o veřejných zakázkách je třeba ve vztahu ke koncesnímu zákonu samostatně

vyložit. To platí, pokud jde o zrušení koncesního řízení dle § 6 odst. 2 KZ, užití § 62 ZVZ v koncesním řízení u kvalifikace, to platí i pokud jde o odkaz na postup při dalším jednání u jednání o nabídkách dle § 9 odst. 2 KZ. V důsledku tohoto odkazu chybí některá pravidla pro jednání o nabídkách, která jsou obsažena v § 30 odst. 1, 4 a 6 ZVZ, na který ale koncesní zákon neodkazuje a tento nedostatek je třeba překlenout výkladem. Určité problémy způsobuje rovněž jiný způsob protiplnění, jež se uplatňuje u koncesí. Protiplnění zde spočívá v právu koncesionáře brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, případně vedle toho je poskytnuto rovněž plnění v penězích. Hodnotícím kritériem pro výběr nabídky je v koncesním řízení ekonomická výhodnost nabídky. V koncesní řízení se ale neuplatňuje jako dílčí hodnotící kritérium nabídková cena, neboť je zde jiné protiplnění. To má vztah k posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 ZVZ i k hodnocení nabídek dle dílčích hodnotících kritérií (dílčích kritérií pro hodnocení nabídek), neboť místo nabídkové ceny je třeba pracovat s hodnotou protiplnění, což přirozeně zákon o veřejných zakázkách nereflektuje. Rozdíl mezi nabídkovou cenou a hodnotou protiplnění je značný, takže možnost jejich zaměnění při hodnocení nabídek a rovněž při zohlednění možností změn výše protiplnění (§ 44 odst. 3 písm. a) ZVZ) nelze ponechat jen na výkladu a praxi. Nabídková cena je totiž z hlediska posouzení ekonomické výhodnosti nabídky zásadní. Pokud ale neexistuje zákonem upravený návod, jak toto kritérium posuzovat v koncesním řízení, nemůže být úprava hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky považována za transparentní.

Výše uvedené problémy jsme se snažili v této práci překlenout výkladem a předložit vhodná řešení. De lege ferenda stojí za zvážení, zda by nebylo vhodnější zvolit jinou legislativní techniku a tam, kde odkazy na zákon o veřejných zakázkách vedou k nejasnostem nebo aplikačním potížím, upravit problematiku přímo v koncesním zákoně.

V koncesním zákoně je rovněž zcela opomenuta dvojí problematika. Jednak ve vztahu k veřejnému majetku, povaze protiplnění u koncesní smlouvy, ale i v návaznosti na § 16 odst. 3 písm. b) KZ a na požadavek na zabezpečení kontinuity zajišťování veřejných statků chybí jakákoliv úprava úpadku koncesionáře. Ze stejných důvodů dále postrádáme i úpravu změn koncesní smlouvy. Nutnost změny může být způsobena v důsledku potřeby provedení dodatečných dříve nesjednaných prací či služeb nebo z důvodu prodloužení trvání koncesního vztahu (§ 16 odst. 4 KZ). Směrnice 2004/18/ES dokonce v hlavě III pravidla pro koncese na stavební práce v článku 61 úpravu zadávání dodatečných stavebních prací upravuje. Proč tato úprava nebyla transponována, není známo. Je zřejmé, že jakákoliv změna koncesní smlouvy nemůže obcházet zadání koncesní smlouvy na základě koncesního řízení. Z mimořádných

důvodů (tak jako například dle článku 61 směrnice v důsledku nepředvídatelných okolností je možné určité stavební práce dodatečně svěřit koncesionáři) je třeba možnost provést dodatečné práce či prodloužit trvání koncesního vztahu upravit. Aby však bylo zajištěno, že takto nebude obcházen postup v koncesním řízení, bylo zabráněno jakémukoliv narušení rovných příležitostí dodavatelů a neměl tento postup vliv na podstatu koncese (například aby tímto postupem nedošlo k omezení rizik na straně koncesionáře), bylo by žádoucí, aby tato situace byla právně upravena.



## 9 Přehled použité literatury a jiných pramenů

### 9.1 Knižní literatura

Bakeš, M. a kolektiv. Finanční právo. 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [12.3.2010]

Bradley, A.W., Ewing, K.D. Constitutional and Administrative Law. 13. vydání. Essex: Pearson Education Limited, 2003

Fiala, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné. 3. opravené a doplněné vydání. Brno: Doplněk, 2002

Eliáš, K. a kolektiv. Obchodní zákoník. Praktické poznámkové vydání s výběrem judikatury od r. 1900. 4. přepracované a rozšířené vydání. Praha: Linde, 2004

Harvánek, J. a kolektiv. Teorie práva. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2001

Havlan, P. Majetek státu v platné právní úpravě. Praha: Linde, 2003

Havlan, P. Veřejné vlastnictví v právu a společnosti. 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 2007

Hendrych, D. a kolektiv. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2010]

Holub, M., Fiala, J., Bičovský, J. Občanský zákoník. Poznámkové vydání s judikaturou. 7. doplněné vydání. Praha: Linde, 2000

Hornby, A.S. Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English. 5. vydání. Oxford: Oxford University Press, 1995

Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [29.3.2010]

Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2011]

Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kolektiv. Občanské právo hmotné 1, 4. aktualizované a doplněné vydání. Praha: ASPI, 2005

Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2003

Krč, R., Marek, K., Petr, M. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a předpisy souvisícími. Praha: Linde, 2006

Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006

Macur, J. Občanské právo procesní v systému práva. 1. vydání. Brno: UJEP, 1975

Mrkývka, P. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2004

Papadakis, E., Taylor-Gooby, P. The Private Provision of Public Welfare – State, Market and Community. Brighton: Wheatsheaf Books, 1987

Plíva, S. Hospodaření s majetkem státu. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2001

Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2001

Samuelson, P.A., Nordhaus, W.D. Ekonomie. 18. vydání. NS Svoboda, 2007

Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kolektiv. Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha: C.H.Beck, 2010, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [11.3.2011]

Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kolektiv. Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [10.3.2010]

Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kolektiv. Občanský zákoník I, II. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [29.12.2009]

Vedral, J., Váňa, L., Břeň, J., Pšenička, S. Zákon o obcích (obecní zřízení), 1. vydání, Praha 2008, čerpáno z databáze [www.beck-online.cz](http://www.beck-online.cz) [29.3.2010]

## **9.2 Časopisecká literatura**

Arrowsmith, S. Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict? Common Market Law Review, 2000, 37, čerpáno z databáze [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org) [23.3.2008]

Badcoe, P. Public private partnerships in local government: the legal, financial and policy framework, Public Procurement Law Review, 1999, 6, čerpáno z databáze [www.westlaw.co.uk](http://www.westlaw.co.uk) [19.1.2008]

Beran, K. Proč není stát právnickou osobou? Právní rozhledy, 2006, 7

Hausmann, F.L. Public private partnerships and the award of concessions. Public Procurement Law Review, 1999, 6, čerpáno z databáze [www.westlaw.co.uk](http://www.westlaw.co.uk) [19.1.2008]

Hodge, G. Public Private Partnerships and Legitimacy. University of New South Wales Law Journal, 2006, 29, čerpáno z databáze [www.HeinOnline.org](http://www.HeinOnline.org) [15.2.2008]

Krutáková, L., Rainer, F. Některé aspekty nové právní úpravy koncesí. Právní rádce, 2006, 3

Mohr, A. Governance through “public private partnerships”: Gaining efficiency at the cost of public accountability? International Summer Academy on Technology Studies – Urban Infrastructure in Transition. Příspěvek je dostupný na adrese: [http://www.ifz.tugraz.at/index\\_en.php/filemanager/download/311/Mohr\\_SA%202004.pdf](http://www.ifz.tugraz.at/index_en.php/filemanager/download/311/Mohr_SA%202004.pdf) [8.12.2008]

Norment, R. PPPs – American Style, The PFI Journal, 39, 2002, článek je dostupný na adrese: <http://www.ncppp.org/resources/papers/PFIArticle.pdf> [18.5.2011]

Skilbeck, J. The private finance initiative and public procurement. Public Procurement Law Review, 1996, 4, čerpáno z databáze [www.westlaw.co.uk](http://www.westlaw.co.uk) [23.3.2008]

Stuna, S., Švestka, J. Proč a kdy je stát právnickou osobou, jakož i o právnické osobě vůbec. Právní rozhledy, 2007, 14

### **9.3 Odborné zprávy**

Studie Public – Private Partnerships – Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161) PE 369.859, studie je přístupná na [http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0602\\_VSP\\_briefingnote\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0602_VSP_briefingnote_en.pdf) [8.12.2008]

HM Treasury: Public Private Partnerships Government's Approach, 2000, zpráva je přístupná na: <http://www.hm-treasury.gov.uk/d/80.pdf> [17.12.2009]

Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327, konečné znění, Brusel, 30.4.2004 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0327:EN:HTML> [2.1.2007]  
<http://www.portal-vz.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=5993b46f-64f9-43a9-bfcc-ac36f306c40e> [5.4.2011]  
<http://www.PPPcentrum.cz/res/data/002/000344.pdf> [2.4.2011]

Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law 2000/C 121/02, dostupné na adrese: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF> [27.1.2009]

Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships C (2007) 6661, dostupné na adrese: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/ppp/comm\\_2007\\_6661\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_en.pdf) [19.12.2009]

UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2004, dostupné na adrese [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf), [6.4.2011]

UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, UN: New York, 2001, dostupné na adrese: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf> [21.12.2009]

Evropská komise. Guidelines for successful public – private partnerships, 2003, dostupné na adrese: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf) [30.8.2010]

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTINFRANDLAW/0,,contentMDK:21734591~menuPK:6587348~pagePK:4710368~piPK:64860384~theSitePK:4817374~isCURL:Y,00.html#unictralguidance> [6.4.2011]

Důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení sněmovní tisk 1078/0, část č. 1/4, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, zpráva je dostupná na: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=14546> [19.12.2009]

Důvodová zpráva k návrhu nového občanského zákoníku, verze leden 2011, přístupná na: [http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova%20zprava%20OZ\\_ver\\_2010.pdf](http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova%20zprava%20OZ_ver_2010.pdf) [3.4.2011]

Návrh věcného záměru zákona o veřejně soukromých partnerstvích <http://www.PPPcentrum.cz/index.php?cmd=news&lang=cs&id=19> [8.12.2008],  
[http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni\\_webtest.nsf/0/45E9D4FF4038B8FBC12571B6006BA B75](http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni_webtest.nsf/0/45E9D4FF4038B8FBC12571B6006BA B75) [8.12.2008]  
[http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni\\_webtest.nsf/0/f6c380e55463b81bc12571b6006e3748/\\$FILE/uv050309.0265.doc](http://racek.vlada.cz/usneseni/usneseni_webtest.nsf/0/f6c380e55463b81bc12571b6006e3748/$FILE/uv050309.0265.doc) [8.12.2008]

Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, sněmovní tisk 833/0, část č. 1/3, Poslanecká sněmovna, 5. volební období, 2006-2010, zpráva je dostupná na: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=833&CT1=0> [22.4.2011]

Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, sněmovní tisk 1226/0, část č. 1/2, Poslanecká sněmovna, 3. volební období, 1998-2002, zpráva je dostupná na: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=1226&CT1=0> [19.12.2009]

Důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách sněmovní tisk 1076/0, část č. 1/6, Poslanecká sněmovna, 4. volební období, 2002-2006, zpráva je dostupná na: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=1076&CT1=0> [22.4.2011]

International Comparative Legal Guide to PFI / PPP Projects 2007, Global Legal Groups Limited, 2007, dostupné na:  
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1021.pdf>  
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1031.pdf>  
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1025.pdf>  
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1020.pdf> [9.4.2011]

## **9.4 Internetové databáze**

LexisNexis Butterworths PFI Manual z elektronické databáze LexisNexis [1.2.2008]

Databáze ASPI

<http://www.lexisnexis.co.uk>  
<http://www.HeinOnline.org>  
<http://www.westlaw.co.uk>  
<http://www.beck-online.cz>

<http://eur-lex.europa.eu>  
<http://www.isvzus.cz/usisvz/usisvz001Prepare.do>  
<http://www.portal-vz.cz>

<http://www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/vyhledavani//>  
<http://www.pppcentrum.cz>  
<http://www.nsoud.cz>  
<http://nalus.usoud.cz/Search/Search.aspx>

## **9.5 Soudní rozhodnutí**

Nález Ústavního soudu ze dne 22.3.2005 sp. zn. Pl. ÚS 21/02  
Usnesení Ústavního soudu ze 7.12.2006 sp. zn. Pl. ÚS 14/06  
Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19.7.2004 sp. zn. 28 Cdo 288/2004  
Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.4.2006 sp. zn. 33 Odo 478/2004  
Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.4.2010 sp. zn. 23 Cdo 2627/2008  
Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10.9.2009 č.j. 9 Afs 111/2008-91  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 17.9.1998 C-323/96  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 13.1.2005 C-84/03  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 22.5.2003 C-18/01  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-283/00  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 15.1.1998 C-44/96  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 27.2.2003 C-373/00  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-283/00  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.11.1998 C-360/96  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.4.2008 C-393/06  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 15.3.2003 C-214/00  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 12.12.2002 C-470/99  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 18.11.1999 C 107/98  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 6.4.2006 C-410/04  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 13.11.2008 C-324/07  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 3.10.2000 C-380/98  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 13.12. 2007 C-337/06  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 1.2.2001 C-237/99  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 27.2.2003 C-373/00  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 7.12.2000 C-324/98  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 25.4.1996 C-87/94  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 22.6.1993 C-243/89  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 19.4.1994 C-331/92  
Stanovisko generálního advokáta Lenz ze dne 9.12.1992 ve věci C-331/92  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 15.10.2009 C-196/08  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 18.1.2007 C-220/05  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 18.7.2007 C-382/05  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.9.2009 C-206/08  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.3.2011 C-274/09  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 13.10.2005 C-458/03  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 11.6.2009 C-300/07  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 13.11.2008 C-437/07

Rozsudek Soudního dvora ze dne 6.4.2006 C-410/04  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 16.10.2003 C-244/02  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 21.11.2006 C-6/05  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 2.12.1999 C-176/98  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 24.1.1995 C-359/93  
Rozsudku Soudního dvora ze dne 22.9.1988 C-45/87  
Stanovisko generálního advokáta Lenz ze dne 12.9.1995 ve věci C-87/94  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 18.10.2001 C-19/00  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 24.11.2005 C-331/04  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 17.9.2002 C-513/99  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 18.6.2002 C-92/00  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 10.5.2001 spojené případy C-223/99 a C-260/99

## **9.6 Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28.5.2007 č.j. 106/2007-10505/2007/540-AS  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9.3.2005 č.j. VZ/S17/05-151-/941/05-če  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.9.2005 č.j. VZ/S148/05-154/4644/05-Der  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14.1.2005 č.j. VZ/S232/04-151/134/05-MO  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.3.2005 č.j. VZ/S11/05-151/1098/05-SH  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.4.2005 č.j. S 508-R/05-078/140/VŠ  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.5.2005 č.j. VZ/S 49/05-154/1871/05-Ga,  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2.8.2005 č.j. Z/S 117/05-153/3387/05-LB  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.6.2010 č.j. ÚOHS-S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.1.2010 č.j. ÚOHS-S301/2009/VZ-15814/2009/540/VKu  
Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.7.2010 ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc  
Výkladové stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže Požadavky zadavatele na formální zpracování nabídek a požadavky na kopie nabídek dostupné na <http://www.compet.cz/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky/> [3.6.2011]

## **9.7 Právní předpisy**

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava ČR, ve znění pozdějších změn a doplňků  
Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod, ve znění pozdějších změn a doplňků  
Ústavní zákon č. 110/1998 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků  
Ústavní zákon č. 347/1997 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků  
Zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 373/1919 Sb.  
Zákon č. 455/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 309/1999 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 289/1995 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 946/1811 Sb., ve znění předpisů jej měnících a doplňujících  
Zákon č. 500/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 150/2002 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 360/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 160/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 128/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 129/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 92/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 95/1999 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 563/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 77/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 248/1995 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 227/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 561/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 341/2005 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 245/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 13/1997 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 239/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů,  
Zákon č. 240/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 241/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 153/1994 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 222/1999 Sb., ve znění pozdějších předpisů.  
Zákon č. 6/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 256/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 183/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Zákon č. 99/1963 Sb., ve znění pozdějších předpisů

Nářízení vlády č. 78/2008 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků  
Vyhláška č. 82/1927 Sb.  
Vyhláška č. 62/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů  
Vyhláška č. 217/2006 Sb.  
Vyhláška č. 238/2006 Sb.  
Vyhláška č. 9/2011 Sb.  
Vyhláška č. 339/2010 Sb.

Digesta 1, 1, 2

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 111/2009 Sb. m. s.

Smlouva o Evropské unii a Smlouva o fungování Evropské unie 2010/C 83/01  
(konsolidované verze)

[http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana\\_investic.html](http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana_investic.html) [21.12.2009]

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004

Nařízení Komise (ES) č. 1564/2005 ze dne 7. září 2005

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002

The Public Contracts Regulations 2006 Statutory Instrument 2006/5

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/introduction/made> [28.3.2011]

the Utilities Contracts Regulations Statutory Instrument 2006/6

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/6/contents/made> [28.3.2011]

Zákon č. 25/2006 Z.z., ve znění pozdějších předpisů, dostupný na: <http://jaspi.justice.gov.sk>

Nařízení č. 2004-559 ze dne 17.6.2004 o smlouvách o partnerství, nařízení je dostupné na:

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4B57D58CB9B44C8990DAAC693AC8CD12.tpdjo15v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000005787650&dateTexte=20110402#LEGISCTA000006088132](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4B57D58CB9B44C8990DAAC693AC8CD12.tpdjo15v_2?cidTexte=LEGITEXT000005787650&dateTexte=20110402#LEGISCTA000006088132) [2.4.2011]

v českém překladu na <http://www.PPPcentrum.cz/res/data/002/000306.pdf> [2.4.2011]



## 10 Abstrakt

Tématem této disertační práce jsou veřejná soukromá partnerství. Veřejná soukromá partnerství jsou novým fenoménem, jehož prostřednictvím veřejnoprávní subjekty (jako veřejní zadavatelé) zajišťují služby a stavební práce. Vyvinuly se v anglicky hovořících zemích, jmenovitě v USA a ve Velké Británii, v 70. a 80. letech minulého století. Později vzhledem k rozpočtovým omezením a problémům s financováním veřejných zakázek projevil zájem o tento fenomén rovněž jiné státy v rámci Evropské unie i jinde ve světě.

Veřejná soukromá partnerství jsou spíše ekonomickým než právním pojmem. V právních úpravách se toto označení nepoužívá. Místo toho veřejná soukromá partnerství jsou vymezena a v právu ustanovena společnými znaky. Označení veřejná soukromá partnerství je souhrnným označením pro různé formy spolupráce mezi veřejnoprávními a soukromoprávními subjekty, které mají následující znaky: Spolupráce je založena na smluvních vztazích, jde o dlouhodobý vztah, soukromoprávní subjekt nese rizika spojená s plněním, která by jinak nesl veřejnoprávní subjekt. Cílem založení spolupráce je zajištění služeb a děl ve veřejném zájmu a uspokojování veřejných potřeb. Za předpokladu, že výše uvedené znaky jsou naplněny, lze považovat vztah za vztah v rámci veřejných soukromých partnerství. Existuje řada forem veřejných soukromých partnerství, které podléhají odlišné právní úpravě. Formy se také liší v závislosti na jednotlivých zemích a pod označení veřejná soukromá partnerství řadí různí autoři různé formy. Například ve Velké Británii takový jev jako je privatizace, je řazen mezi formy veřejných soukromých partnerství, ačkoliv v kontinentální Evropě a konkrétně v České republice není privatizace obecně považována za formu partnerství. Dvě hlavní formy veřejných soukromých partnerství jsou koncese a Private Finance Initiative. Podstatný rozdíl mezi nimi spočívá v tom, že protiplnění za poskytnuté plnění spočívá výhradně v právu využívat plnění nebo v tomto právu společně s platbou. Toto je znak koncesí.

V České republice, jak vyplývá z § 1 koncesního zákona, je obecně uznávanou formou veřejných soukromých partnerství koncese, koncesní smlouva.

Disertační práce je složena ze tří částí. V první části se věnujeme znakům veřejných soukromých partnerství, jejich zakotvení v systému práva a zabýváme se jejich právní povahou. Veřejná soukromá partnerství jsou novým fenoménem v praxi i v právu a jako takový si zaslouží důkladnou právní analýzu, abychom je mohli zakotvit v právním systému a zkoumat právní vztahy mezi veřejnými a soukromými partnery a uživateli služeb a děl ve veřejném zájmu. V rámci zkoumání povahy partnerství je třeba se zaměřit na právní úpravu, právní systém jako celek a subjekty, které mohou vystupovat jako partneři. Právní úprava je zkoumána na třech úrovních mezinárodní, nadstátní a státní. Také se zabýváme dalšími formami veřejných soukromých partnerství běžných ve Velké Británii ve vztahu k právní úpravě a možnému využití těchto forem v České republice.

V druhé části práce se zaměřujeme na koncesní zákon, který stanoví právní rámec pro zadávání koncesních smluv, jež jsou jednou z forem partnerství. Koncesní smlouvy byly zavedeny do právního řádu na základě požadavku směrnice 2004/18/ES. Proto výklad koncesních smluv musí vycházet z výkladu koncesí tak, jak jej provedl Soudní dvůr. Jako pojem evropského práva musejí být vykládány jednotně v rámci celé Evropské unie. Po důkladné analýze rozsudků soudu vztahujících se ke koncesím můžeme definovat znaky koncesí. Podstat koncesí spočívá v tom, že poskytovatel jako soukromý partner nese rizika spojená s provozováním služeb nebo díla a protiplnění za provedené dílo nebo poskytnuté služby spočívá z podstatné části v právu využívat dílo nebo služby. Využívání obvykle zahrnuje právo vybírat platby od uživatelů služeb nebo díla.

Dále se věnujeme analýze českého zákona. Určitý rozdíl mezi koncesemi a koncesními smlouvami musí být překonán výkladem (zvláště pokud jde o § 18 zákona). Rozlišujeme mezi zadáváním koncesních smluv a zadáváním veřejných zakázek, kterými se zakládá partnerství. Povaha rizik a protiplnění za provedené dílo a služby je kritérium, jež je odlišuje.

V koncesním zákoně zákonodárce používá poměrně nežádoucí metodu odkazu na zákon o veřejných zakázkách. V důsledku toho je postup při zadávání a výběru koncesionáře rozdělen mezi dva zákony. V koncesním zákoně je vymezen právní rámec pro zadávání, ale podstatná část úpravy řízení je obsažena v zákoně o veřejných zakázkách. Podstata koncesí, řízení,

jak je popsáno v koncesním zákoně, a celkový koncept zadávání koncesních smluv však činí občas interpretaci zákona o veřejných zakázkách ve vztahu ke koncesnímu zákonu obtížnou a je zřejmé, že původně byl postup určen pro jiné řízení. Například pojetí nabídkové ceny při zadávání veřejných zakázek není aplikovatelné na koncese, protože zde protiplnění nemá podobu ceny, nýbrž práva využívat dílo nebo služby.

Další věcí je skutečnost, že zákon o veřejných zakázkách je založen na zadávání třech druhů zakázek: veřejné zakázky na stavební práce, na služby a na dodávky. Zatímco koncesní zákon a koncesní smlouvy samotné toto rozlišování nereflektují. V důsledku toho se tyto rozdíly projevují v řízení při stanovení požadavků na kvalifikaci, koncesní dokumentaci a hodnocení ceny.

V závěrečné části činíme závěry, ke kterým jsme dospěli na základě rozborů v předchozích částech. Ideové východisko koncesního zákona a záměr v něm vyjádřený je racionální. Úprava je jednotná pro zadávání stavebních prací i služeb. Veřejný zadavatel může jednat s dodavateli o jejich nabídkách. Ale jsou zde dva hlavní nedostatky. Za prvé, zhodnocení, zda je výhodné využít koncesní smlouvu, není vždy požadováno. Takový rozbor se vyžaduje pouze u smluv, jejichž předpokládaná hodnota přesáhne stanovený limit. Koncesní projekt, jehož účelem je posoudit, zda je vhodné a ekonomicky výhodné uzavřít koncesní smlouvu, by měl být vypracován na začátku jakéhokoliv koncesního řízení. Vypracování koncesního projektu by mělo být pro každé koncesní řízení povinné. Za druhé, zákon v řadě ohledů odkazuje na zákon o veřejných zakázkách. V důsledku toho je výklad právní úpravy veřejných zakázek ve vztahu ke koncesním smlouvám mnohdy obtížný, nebo postup zcela nevyhovuje potřebám zadávání koncesních smluv. Domníváme se, že by bylo užitečnější s ohledem na právní jistotu a transparentnost řízení, pokud by koncesní zákon obsahoval úpravu celého řízení bez odkazů na zákon o veřejných zakázkách. Například nabídková cena v zákoně o veřejných zakázkách vůbec není použitelná u koncesí, neboť protiplnění spočívá v právu využívat plnění. Veřejný zadavatel neplatí žádné peníze, nebo aspoň ne podstatnou část za plnění. Koncesní zákon ale toto nezohledňuje a nestanoví, jak tyto odkazy na nabídkovou cenu mají být vykládány.

## **11 Abstract**

The topic of this dissertation thesis is Public Private Partnership. Public Private Partnership is a new phenomenon for delivering services and works by public authorities and other public bodies and entities (as contracting authorities). It emerged in the English speaking countries, namely in the USA and UK, in the 70s and 80s of the last century. Later, because of budgetary restraints and problems with financing public contracts other countries across the European Union and the world showed interest in this phenomenon.

Public Private Partnership is an economic rather than a legal term. Legislation does not use this designation. Instead, common features of Public Private Partnership are used to describe and set down Public Private Partnership in law. It is a general designation for different forms of cooperation between public and private entities which have the following features: The cooperation is based on contractual relations, it is a long term relation and the private entity bears risks related to the performance which would bear the public entity otherwise. The objective of establishing the cooperation is to deliver services and works in the public interest and to satisfy public needs. Provided that the aforementioned features are given we can consider the relation as the Public Private Partnership. There are various forms of Public Private Partnership which are subject to different regulation. The forms differ quite significantly state to state and various authors also list different forms of Public Private Partnership. For example in the UK a phenomenon such as privatization is listed as a form of Public Private Partnership even though in the continental Europe and to be specific in the Czech Republic privatization is not generally considered to belong among forms of Public Private Partnership. The two main forms of Public Private Partnership are concessions and Private Finance Initiative. The substantial distinction between these forms is based on the fact that the consideration for the performance to be carried out consists either solely in the right to exploit the performance or in this right together with payment. This is a feature of concessions.

In the Czech Republic as it flows from section 1 of the Concession Act a generally accepted form of Public Private Partnership is concession, concession contract.

This dissertation thesis consists of three parts. In the first part we define the features of Public Private Partnership, set it down in the legal system and deal with its legal nature. The Public Private Partnership as a new phenomenon in life and in law as well deserves a proper legal analysis in order for us to be capable of setting it down in the legal system and to assess the legal relations between the public and private partners and also the users of services and works in the public interest. In assessing the nature of partnership we need to focus on legal regulation, the legal system as a whole and the entities which can be partners. Legal regulation is examined at three levels – international, supranational and national level. We also examine other forms of Public Private Partnership common in the United Kingdom with a view to the legal regulation and possibilities of using them in the Czech Republic.

In the second part of work we focus on the Concession Act which sets down the legal framework for bidding for concession contracts which are a form of partnership. Concession contracts were introduced into the legal system as it was demanded by the directive 2004/18/EC. Therefore, the interpretation of concession contracts must emanate from the interpretation of concessions provided by the European Court of Justice. As a European term it must be interpreted uniformly throughout the European Union. After an in-depth analysis of concessions related judgments of the court we are able to define features of concessions. The essence of concessions lies in the fact that the provider as a private partner bears the risks of operating the services or work and his consideration for the works or services to be carried out consists in a significant part in the right to exploit the work or services. The exploitation usually consists of the right to collect payment from the users of the services or work.

Then we move on to the analysis of the Czech act. A slight difference between concessions and concession agreements must be overcome by interpretation (especially as to section 18 of the Act). Bidding for concession contracts and bidding for public contracts by which a partnership

is established are distinguished from. A nature of risks and the consideration for the work and services to be carried out is a criterion to separate them.

In the Concession Act the lawmaker uses rather unadvisable method of referring to the Act on Public Procurement. As a result the procedure for bidding and choosing the concessionaire is divided between two acts. In the Concession Act there is a legal framework for bidding but the core of the procedure is contained in the Act on Public Procurement. However, the essence of concessions, the procedure as described in the Concessions Act and the whole concept of bidding for concession contracts sometimes make the interpretation of the Act on Public Procurement in relation to the Concession Act burdensome as it is apparent that originally the procedure was meant for a different procedure. For example the concept of price in public procurement is not applicable to concessions as the consideration instead of price is the right to exploit the work or services.

Another concern is that the Act on Public Procurement is based on bidding for three different contracts: public works contract, public service contract and public supply contract. Whereas the Act on Concessions and concession contracts themselves do not follow this distinction. Consequently, this discrepancy is reflected in the procedure as to setting down the qualification requirements, specification of the contract and assessment of the price.

The final part summarizes the findings of the thesis. The starting point and intent of the Concession Act is reasonable. The regulation is uniform for bidding for both the work and services; the contracting authority may negotiate with bidders on the terms of their offers. But there are two main drawbacks. First, the evaluation if it is advantageous to use concession contract is not always required, it is required only for contracts of a value which is over a set threshold. The concession project whose purpose is to assess whether it is advisable and economically preferable to conclude a concession contract should be carried out at the outset of any concession procedure. It should be mandatory for every concession procedure. Second, the act refers to the Act on Public Procurement in many aspect of regulation. Consequently the interpretation of regulation of public procurement in relation to the concession procedure is sometimes difficult or the procedure

does not fit properly for the needs of bidding for concession contracts. In our opinion it would be more useful in a view of legal certainty and transparency of the procedure if the Concession Act contained the regulation of the whole procedure without referring to the Act on Public Procurement. For example the price of the offer in the Act on Public Procurement is not applicable for concessions at all as the consideration for the performance consists in the right to exploit the performance. There is no money to be paid by the contracting authority or at least not a significant amount for the performance. However, the Concession Act does not state how these references to the price of the offer should be interpreted.