

Cílem tohoto článku je přispět k debatě o smluvním rámci projektů partnerství veřejného a soukromého sektoru (Public Private Partnership, PPP), zejména s ohledem na požadavky práva ES a doporučení Komise ES vztahující se k náležitostem koncesních smluv, se zaměřením na význam koncesních smluv pro úspěšnou realizaci PPP projektů a na související rizika. Druhá část článku se zabývá vymezením tzv. in-house kontraktů v judikatuře Evropského soudního dvora.

Smluvní rámec PPP projektů a požadavky práva ES

Koncesní smlouva představuje smluvní základ projektů spolupráce subjektů veřejného a soukromého sektoru. Podstatou této spolupráce je, že subjekt veřejné správy svěří výkon určité veřejné služby privátnímu investorovi. Tento investor tak vloží své finanční prostředky například do vytvoření veřejně prospěšné stavby, kterou poté spravuje a provozuje.

Za tuto službu, kterou realizuje pro veřejný sektor, dostává investor buď předem sjednanou úplatu, nebo získává prostředky přímo od konečných uživatelů.

Podmínky uzavírání koncesních smluv upravuje zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení ("koncesní zákon"), který implementuje požadavky směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31.3.2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.¹⁾

Koncesní zákon upravuje institut koncesní smlouvy v ustanoveních § 16 až § 19, přičemž tato ustanovení se přímo použijí také pro smlouvy, na jejichž základě se realizují nadlimitní veřejné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách.

Náležitosti koncesní smlouvy podle koncesního zákona

Základní charakteristikou koncesní smlouvy je to, že protiplněním poskytovaným zadavatelem je udělení práva předmět dané koncesní smlouvy užívat nebo z něj brát užítky. Část plnění může být poskytnuta i v peněžní formě.

Koncesionář nese podstatnou část rizik spočívajících v tom, zda a do jaké míry se mu podaří realizovat právo předmět smlouvy užívat nebo z něj brát užítky. Koncesionář nesmí na předmět koncesní smlouvy ani na jeho část uzavírat další koncesní smlouvy. Jedná se tu o zákaz tzv. řetězení koncesí.

Smlouva musí být uzavřena písemně s podpisy stran na jedné listině. Uzavírá se vždy na dobu určitou. Dalšími obligatorními náležitostmi koncesní smlouvy jsou:

- uvedení důvodů, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení koncesní smlouvy, a
- vymezení právních vztahů smluvních stran k majetku, který je určen k realizaci koncesní smlouvy, včetně pravidel jejich vypořádání, pokud by došlo k předčasnému ukončení smlouvy.

Zásady práva ES týkající se přípravy a uzavírání koncesních smluv

Zásada rovného zacházení, transparentnosti a nediskriminace

Smluvní podmínky PPP projektů musí odpovídat zásadám Společenství, a to zejména zásadě rovného zacházení, transparentnosti a nediskriminace.

Tato zásada se projevuje v celém průběhu zadávacího řízení, tj. vztahuje se na transparentnost jak zadávací dokumentace, tak i podmínek koncesní smlouvy.

Evropský soudní dvůr v rozhodnutí *SIAC Constructions* (C-19/00)²⁾ uvedl, že ze zásady rovného zacházení vyplývá, že uchazeči musí být v rovném postavení jak ve fázi přípravy nabídek, tak i v průběhu jejich hodnocení. Konkrétně to znamená, že hodnotící kritéria musí být v zadávací dokumentaci a nebo v oznámení zakázky formulována způsobem, který umožní uchazečům vykládat tato kritéria stejným způsobem.

Zároveň to znamená i to, že zadavatel musí hodnotící kritéria interpretovat stejným způsobem v průběhu celého zadávacího řízení a uplatňovat je objektivně a stejně ve vztahu ke všem nabídkám. V rozhodnutí *Gebroeders Beentjes* (C-31/87)³⁾ ESD uvedl, že podmínka vztahující se k zaměstnávání dlouhodobě nezaměstnaných osob je slučitelná s ustanoveními směrnice, pokud nemá přímo či nepřímo diskriminační dopad na uchazeče z jiných členských států Společenství. Taková dodatečná specifická podmínka musí být uvedena v oznámení zadávacího řízení.

Zásady koncesních smluv v rámci PPP projektů

Zásada rovného zacházení, transparentnosti a nediskriminace se uplatňuje rovněž při stanovení požadavků na specifikaci obsahu koncesních smluv v rámci PPP projektů. Zásada transparentnosti vyžaduje, aby prvky využití pro vyhodnocení a rozdělení rizik, ohodnocení plnění, trvání smlouvy a ustanovení o změnách smlouvy byly sděleny v **popisné dokumentaci**, tak aby je zájemci o zakázku mohli vzít v potaz při přípravě svých nabídek.

Dle doporučení Společenství⁴⁾ je při přípravě koncesních smluv nutné věnovat pozornost zejména následujícím ustanovením:

- rozložení rizik mezi veřejný a soukromý sektor
- doba trvání projektu
- ustanovení o změnách smlouvy.

¹⁾ Z § 1 odst. 2 koncesního zákona je však třeba dovodit významné rozšíření působnosti některých důležitých ustanovení koncesního zákona nad rámec uvedené směrnice. V podstatě se jedná o doplnění příslušných ustanovení zákona o veřejných zakázkách v případech, kdy se podle něj realizují nadlimitní veřejné zakázky (§ 12 odst. 1 až 4 citovaného zákona), jestliže:

- smlouva je uzavřena na dobu určitou, a to nejméně pěti let, a

- dodavatel (pojem viz § 17 písm. a) zákona o veřejných zakázkách) nese některá ekonomická rizika spojená s realizací této veřejné zakázky, která obvykle nese zadavatel.

²⁾ Případ C-19/00, *SIAC Constructions*, rozsudek ze dne 18. října 2001, body 41-45.

³⁾ Případ C-31/87 *Gebroeders Beentjes v. Pays-Bas*, rozsudek ze dne 20. září 1988, body 29-37.

⁴⁾ Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích, Brusel, 30. 4. 2004, COM (2004) 327, Interpretací sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství (2000/C 121/02).

Správné rozložení rizik mezi soukromého a veřejného partnera je zpravidla klíčové pro úspěch projektu.⁵⁾

Doba trvání projektů PPP se pohybuje v řádech desítek let. Zároveň přitom platí, že nadměrnému trvání vztahu by mělo být zařazeno na základě zásad řídicích vnitřní trh⁶⁾ nebo ustanovení Smlouvy ohledně soutěže.⁷⁾

Vzhledem k tomu, že se týkají **služby, která je rozložena do delšího časového období**, musí se vztahy PPP rozvíjet v souladu se změnami makroekonomického, popř. technologického prostředí a v souladu s požadavky obecného zájmu. Ustanovení smlouvy umožňující její změnu jsou obecně považována za nezbytná. Jejich formulace však vyžaduje nejvyšší míru opatrnosti, aby smlouva nemohla být považována za netransparentní a diskriminační.

Popisná dokumentace doručovaná účastníkům soutěže nebo uchazečům o zakázku během výběrového řízení může upravovat **klauzuli pro automatické úpravy** ("Automatic Adjustment Clauses", tj. např. doložku ohledně cenových indexů), popř. stanovit okolnosti, za kterých mohou být účtované sazby změněny (**klauzule o přezkumu** - "Review Clauses"), avšak pouze za podmínky, že tyto klauzule budou přesně určovat okolnosti a podmínky, za nichž může být smluvní vztah změněn.

U určitých projektů si mohou finanční instituce vyhradit právo nahradit projektového manažera, popř. ustanovit nového manaže-



ra, pokud peněžní toky, které projekt vytvoří, klesnou pod určitou úroveň. Realizace těchto klauzulí, které spadají do kategorie tzv. "**step-in**" klauzulí (tj. klauzulí upravujících vnější zásahy do smluvního vztahu), mohou mít za následek změnu soukromého partnera zadavatele bez vyhlášení soutěže.

Obecně mají změny učiněné v průběhu provádění PPP, nejsou-li upraveny ve smluvní dokumentaci, za následek vyvolání otázek souladu se zásadou rovného zacházení se všemi provozovateli.⁸⁾

Takové dokumentací neupravené změny jsou přijatelné pouze tehdy, jsou-li nutné

z důvodu nepředvídatelné změny okolností nebo mohou-li být ospravedlněny z důvodů veřejného zájmu, veřejné bezpečnosti nebo veřejného zdraví.⁹⁾

Kromě toho, jakákoliv zásadní změna týkající se aktuálního předmětu smlouvy musí být považována za uzavření nové smlouvy vyžadující novou soutěž. Je ovšem nutné zmínit, že sekundární legislativa upravuje výjimečné situace, za nichž mohou být dodatečné práce nebo služby, které nebyly zahrnuty v původně zamýšleném projektu nebo smlouvě, zadány přímo bez vyhlášení obchodní soutěže.¹⁰⁾

⁵⁾ Jedná se zejména o:

- **riziko stavební**, tj. riziko odvíjející se od kvality provedení stavby, projekčních prací a její konstrukce - toto riziko může mít totiž negativní vliv na celou realizaci projektu PPP (podpůrně se využijí příslušná ustanovení smlouvy o dílo podle obchodního zákoníku)
- **riziko poptávky** vyplývající z nedostatečné poptávky po dodávané službě nebo produktu, které může vzniknout při náhlé změně poptávky nebo jejím špatném odhadu
- **riziko dostupnosti** spočívající v tom, že soukromý sektor nedostojí některým závazkům, což může mít vliv na zhoršení dostupnosti služby nebo výstupů z projektu PPP.

⁶⁾ Viz interpretační sdělení ke koncesím, zejména bod 3.1.3. - "*Zásada proporcionality vyžaduje také, aby byla hospodářská soutěž uvedena do souladu s finanční stabilitou; doba trvání koncese musí být stanovena tak, aby neomezovala volnou hospodářskou soutěž více, než kolik je třeba pro zajištění splacení investice a dosažení rozumné návratnosti vloženého kapitálu, při současném zvládnutí rizika spojeného s využíváním ze strany koncesionáře*". Viz také judikatura Soudu prvního stupně, podle které je Smlouva použitelná "*pokud opatření přijaté členským státem představuje omezení svobody podnikání státních příslušníků ostatních členských států na jeho území a zároveň poskytuje výhody podniku tím, že mu uděluje výhradní právo, ledaže je cíl opatření přijatého státem legitimní a slučitelný se Smlouvou a je trvale oprávněn převažujícími úvahami v obecném zájmu [...]*". V takovém případě Soud prvního stupně dodává, že "*je nutné, aby opatření přijaté státem zajišťovalo dosažení cíle, jenž sleduje, a nepřekračovalo to, co je k dosažení cíle požadováno*". (Rozsudek ze dne 8. července 1999, Případ T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, bod 108).

⁷⁾ Články 81, 82 a 86(2) Smlouvy ES.

⁸⁾ Viz případ C-337/98, *Komise v. Francie*, rozsudek ze dne 5. října 2000, body 44 a násl. Právo Společenství rovněž odmítá veškeré změny učiněné během fáze sepisování smlouvy poté, kdy byl proveden konečný výběr úspěšného zájemce o zakázku. V této souvislosti nová ustanovení upravující soutěžní dialog stanoví, že úspěšný zájemce o zakázku může pouze "*vyjasnit aspekty zakázky nebo potvrdit závazky v zakázce obsažené za předpokladu, že to nebude mít za následek změnu podstatných prvků zakázky nebo podmínek vyhlášení veřejné soutěže ani riziko narušení obchodní soutěže nebo diskriminace*".

⁹⁾ Článek 46 Smlouvy ES.

¹⁰⁾ Viz článek 11 (3)(e) Směrnice 92/50/EHS, článek 7 (3)(d) Směrnice 93/37/EHS a článek 20(2)(f) Směrnice 93/38/EHS. Nová Směrnice 2004/18/ES poskytuje podobnou výjimku pro koncese ohledně veřejných staveb, viz článek 61.

In-house kontrakty

Výjimka z povinnosti uzavřít koncesní smlouvu v koncesním řízení - kritéria in-house kontraktů

Směrnice 2004/18/ES se vztahuje na smlouvy uzavřené mezi dvěma odlišnými právními subjekty,¹¹⁾ tj. mezi veřejným zadavatelem a osobou od něj právně odlišnou. Veřejný orgán, který je zadavatelem, má však možnost vykonat úkoly veřejného zájmu, které mu přísluší, svými vlastními prostředky, správními, technickými a jinými, aniž by byl povinen obrátit se na vnější subjekty nenáležící k jeho organizačním útvarům.

V takovém případě se nejedná o úplatnou smlouvu uzavřenou se subjektem právně odlišným od zadavatele, a není tedy namístě použít právní předpisy Společenství v oblasti veřejných zakázek.

V souladu s judikaturou Soudního dvora není vyloučeno, že by mohly existovat další okolnosti, za kterých výzva k účasti v soutěži není povinná, dokonce i pokud je smluvní partner subjektem právně odlišným od zadavatele, a to za dvou podmínek, specifikovaných v rozsudku ESD *Teckal C-107/98*¹²⁾ a potvrzených rozsudky ESD *ARGE Gewässerschutz C 94/99* a *Španělsko proti Komisi ES C-349/97*,¹³⁾ přičemž obě podmínky musí být splněny současně:

- veřejný orgán, který je zadavatelem, vykonává nad dotčeným odlišným subjektem obdobnou **kontrolu**, jako je ta, kterou vykonává nad svými organizačními útvary
- tento subjekt realizuje **podstatnou část své činnosti ve spolupráci s veřejným orgánem** nebo veřejnými orgány, jimž náleží účast v tomto subjektu.¹⁴⁾

Kritérium kontroly

ESD judikoval opakovaně k výkladu pojmu "obdobné kontroly, jako je ta, kterou vykonává nad svými organizačními útvary".

Pro závěr, že se jedná o takovou kontrolu, ESD předně vyžaduje, aby veřejný partner stoprocentně vlastnil subjekt, s nímž chce smlouvu uzavřít. Jakákoli majetková účast třetího subjektu, a to sebe-menší podíl, vede nutně k závěru, že kritérium kontroly nemůže být splněno.

ESD se tak výslovně vyjádřil ke společností se smíšenou účastí, založeným a vykonávajícím činnost v souladu s právními předpisy soukromého práva, vzhledem k povinnosti zadavatele použít právní předpisy Společenství v oblasti veřejných zakázek, pokud jsou podmínky jimi stanovené splněny.

- V rozhodnutí ESD *Stadt Halle C-26/03*¹⁵⁾ soud výslovně uvedl, že "účast, byť i minoritní, soukromého podniku na kapitálu společnosti, ve které má rovněž účast dotčený zadavatel, každopádně vylučuje, aby tento zadavatel mohl vykonávat nad touto společností kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad svými organizačními útvary."¹⁶⁾

- V rozhodnutí *Parking Brixen C-458/03*¹⁷⁾ dále soud kritérium kontroly rozvedl tak, že je nutné posoudit, zda dotčený subjekt, který je držitelem koncese, podléhá kontrole umožňující veřejnému orgánu udělovajícímu koncesi **ovlivnit rozhodování uvedeného subjektu**. Musí se jednat o možnost rozhodujícího vlivu jak nad strategickými cíli, tak nad důležitými rozhodnutími.



¹¹⁾ Povinnost použít právní předpisy Společenství v případě, že uchazečem je veřejný subjekt, je potvrzena skutečností, že v čl. 1 odst. 8 Směrnice 2004/18/ES (původně shodně čl. 1 písm. c) Směrnice 92/50) zahrnuje pojem **poskytovatele služeb**, tedy uchazeče pro účely použití této směrnice, rovněž "veřejnoprávní subjekt, který nabízí služby" (viz též rozsudek ze dne 7. prosince 2000, *ARGE, C 94/99*, Recueil, s. I 11037, bod 28).

¹²⁾ Případ C-107/98 ze dne 18. listopadu 1999 - *Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*.

¹³⁾ Případ C-94/99 ze dne 7. prosince 2000 - *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft.*, bod 40 a případ C-349/97 ze dne 8. května 2003, *Španělsko v. Komise*, bod 204.

¹⁴⁾ Případ C-26/03 *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, bod 49.

¹⁵⁾ Případ ze dne 11. ledna 2005 *Stadt Halle a RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

¹⁶⁾ Soud uvedl v tomto případě, že "V tomto ohledu je třeba nejprve uvést, že vztah mezi veřejným orgánem, který je zadavatelem, a jeho vlastními organizačními útvary se řídí úvahami a požadavky specifickými pro dosahování cílů veřejného zájmu. Naopak jakákoli investice soukromého kapitálu do podniku je podřízena úvahám specifickým pro soukromé zájmy a její cíle jsou odlišné povahy."

¹⁷⁾ Případ C-458/03 ze dne 13. října 2005, *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen a Stadtwerke Brixen AG*



většinu své činnosti ve spolupráci s uve-
denou obcí. Pro posouzení, zda tomu tak
je, musí příslušný soudce zohlednit
všechny okolnosti konkrétního případu,
ať kvalitativní, nebo kvantitativní.

- V rozhodnutí ESD ve věci *Carbotermo SpA a Consorzio Alisei v. Comune di Busto C-340/04*²²⁾ soud dále uvedl, že pro posouzení, zda podnik uskutečňuje většinu své činnosti ve spolupráci s obcí, která jej vlastní, je třeba zohlednit všechny činnosti, které tento podnik vykonává na základě zakázky zadané zadavatelem, a to nezávisle na tom, kdo tuto činnost odměňuje, ať se jedná o samotného zadavatele, nebo uživatele poskytovaných plnění, přičemž území, kde je činnost vykonávána, není relevantní.

Závěr

Právo Společenství klade hlavní důraz na zá-
sady transparentnosti, rovného zacházení
a nediskriminace ve všech fázích koncesního
řízení. Tyto zásady se tedy uplatní i ve fázi
přípravy smluvní dokumentace pro koncesi,
tj. přípravy zadávací dokumentace pro kon-
cesní řízení a samotné koncesní smlouvy.

Judikatura ESD však zároveň umožňuje,
aby veřejný orgán zadal koncesi bez vyhlá-
šení soutěže subjektu, který je od něj odliš-
ný v případě, že vykonává nad tímto odliš-
ným subjektem obdobnou kontrolu, jako je
ta, kterou vykonává nad svými organizační-
mi útvary, a zároveň, že tento subjekt reali-
zuje podstatnou část své činnosti ve spolu-
práci s tímto veřejným orgánem.

Mgr. Barbora Hřivnáčová
PETERKA & PARTNERS v.o.s.
hrivnacova@peterkapartners.cz
www.peterkapartners.cz

V daném případě soud rozhodl, že tako-
vá kontrola není vykonávána, neboť:

- představenstvo má příliš široké pravomoci¹⁸⁾ a
- kontrola vykonávaná obcí nad soukro-
mým partnerem se omezuje většinou na
úroveň, kterou právo společností při-
znává většině společníků.

Soud uzavřel, že veřejný orgán nesmí udě-
lit bez soutěže koncesi na veřejné služby
akciové společnosti vzniklé přeměnou
zvláštního podniku tohoto veřejného orgá-
nu, jejíž předmět činnosti byl rozšířen o no-
vé významné oblasti, jež musí být povinné
v krátké době otevřena vstupu dalšího kapi-
tálu, jejíž územní působnost byla rozšířena
na celou zemi a zahraničí a jejíž předsta-
venstvo má široké pravomoci řízení, jež
může samostatným způsobem vykonávat.

- V rozhodnutí *Komise proti Rakousku*
C-29/04¹⁹⁾ ESD rozhodl, že o zadání spo-
lečnosti se smíšenou majetkovou účastí

se jedná i tehdy, pokud ke změně vlast-
nictví podílů koncesionáře (ke vstupu
soukromého majetku) dojde až po uděle-
ní koncese.²⁰⁾

- V rozhodnutí *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori proti Commune di Bari C-410/04*²¹⁾ soud uvedl, že pokud je společnost, která je držitelem koncese, společností, která je přinejmenším zčásti otevřená soukromému kapitálu, brání tato okolnost tomu, aby byla považována za "vnitřní" strukturu správy veřejné služby v rámci územně správního celku, který jí vlastní.

Kritérium výkonu činnosti

- Ve výše uvedeném rozsudku *Teckal* ESD dále uvedl, že pouze v případě, že činnost dotčeného podniku je vyhrazena hlavně obci, která jej vlastní, přičemž jakákoli jiná činnost má pouze okrajový charakter, lze mít za to, že tento podnik uskutečňuje

¹⁸⁾ "Stanovy Stadtwerke Brixen AG, zejména jejich článek 18, poskytuje tomuto orgánu široké pravomoci řízení této společností, neboť má možnost přijmout jakýkoliv akt, který považuje za nutný k realizaci předmětu činnosti společností. Pravomoc stanovená v uvedeném článku 18 zřizovat zástavy až do výše pěti milionů EUR nebo vykonávání jiných operací bez předchozího souhlasu valné hromady akcionářů krom toho naznačuje, že tato společnost má vůči svým akcionářům širokou samostatnost".

¹⁹⁾ Případ C-29/04 ze dne 10. listopadu 2005, *Komise Evropských společenství v. Rakouská republika*.

²⁰⁾ "Je třeba připomenout, že k převodu 49 % obchodního podílu ve společnosti Abfall došlo krátce poté, co tato společnost byla výhradně a na dobu neurčitou pověřena sběrem a zpracováním odpadů města Mödling. Společnost Abfall mimoto zahájila provoz až poté, co společnost Saubermacher převzala obchodní podíl. Je tedy nesporné, že prostřednictvím umělé konstrukce obsahující více odlišných fází, tedy založení společnosti Abfall, uzavření smlouvy o likvidaci odpadů s ní a převod 49 % obchodního podílu v této společnosti na společnost Saubermacher, byla veřejná zakázka na služby zadána podniku se smíšenou majetkovou účastí, v němž soukromý podnik vlastní 49% obchodní podíl."

²¹⁾ Případ ze dne 6. dubna 2006 C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v. Comune di Bari a AMTAB Servizio SpA*.

²²⁾ Případ ze dne 11. května 2006 C-340/04 *Carbotermo SpA a Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA*.