22. 6. 2018

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

K pojmu „obchodního rizika“ jako podstatné náležitosti koncesí ve smyslu zákona o veřejných službách v přepravě cestujících

Zákon č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících (dále jen „ZVS“), je významným předpisem v oblasti veřejného zadávání, protože dle pravidel v něm obsažených postupuje velké množství subjektů veřejného práva při zajišťování dopravních služeb pro veřejnost. V českém prostředí pak ZVS hraje důležitou roli zejména při zajišťování veřejné linkové a tramvajové dopravy ve smyslu § 21 ZVS.

Toto ustanovení zjednodušeně určuje, že při zajišťování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou a tramvajovou dopravou se podle ZVS postupuje, pokud a) cestující platí dopravci jízdné, b) dopravci je uděleno výlučné právo nebo poskytována za předem sjednaných podmínek z veřejných rozpočtů kompenzace a c) kompenzace[1] nevylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících.

Hodlá-li tedy veřejný subjekt nastavit systém zajišťování veřejné služby v přepravě cestujících linkovou dopravou a dopravou na dráze tramvajové tak, že dopravce má nést zejména obchodní riziko spojené s výší tržeb z jízdného hrazeného mu cestujícími, postupuje při výběru dopravce dle ZVS. V tomto případě je potom část nákladů dopravce pokryta výnosem z jízdného, a nikoliv z kompenzace poskytované veřejným subjektem.

Smlouvy uzavřené na základě § 21 ZVS jsou vzhledem ke své povaze smlouvy koncesní, přičemž za jeden z podstatných pojmových znaků koncese se v kontextu českého i evropského práva veřejného zadávání považuje přenos obchodního/provozního rizika z objednatele/zadavatele na dodavatele/dopravce.[2] V kontextu ZVS to vyplývá z § 21 odst. 1 písm. c). Pokud by tento (nebo jiný znak obsažený v § 21 odst. 1 ZVS) v zamýšleném smluvním vztahu absentoval, bylo by nutné přistoupit k postupu dle ZZVZ (viz § 21 odst. 2 ZVS).

Pojem obchodního rizika nepatří z interpretačního hlediska k nejuchopitelnějším. Při jeho výkladu ve vztahu ke koncesím je nutné vycházet zejména z ustálené judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**SDEU**“), českých soudů i Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**ÚOHS**“). Ty s pojmem přenosu obchodního rizika ustáleně pracují ve vztahu ke všem evropským zadávacím předpisům (minulým i současným) souvisejících s koncesemi včetně navazujících tuzemských předpisů.

Závěry vyplývající z rozhodovací činnosti dozorových orgánů a soudů byly vcelku zdařile promítnuty

do § 174 odst. 4 ZZVZ: *„Má se za to, že došlo k přenesení provozního rizika podle odstavců 2 a 3, pokud dodavateli za běžných tržních podmínek není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese. Může se jednat o riziko na straně poptávky, riziko na straně nabídky, nebo riziko na straně poptávky i nabídky. Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, pokud část provozního rizika přenesená na dodavatele zahrnuje skutečné vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty dodavateli nebyly pouze zanedbatelné.*“ Byť jde o domněnku vztahující se ke koncesím na stavební práce a služby dle § 174 ZZVZ, lze v obecné rovině vycházet z této domněnky i při posuzování přenosu obchodního rizika z objednatele na dopravce dle § 21 ZVS. Důležité tedy je, že na dodavatele/dopravce je přeneseno obchodní/provozní riziko tržní povahy, což v praxi znamená, že se dodavateli/dopravci může i nemusí vrátit jeho provozní náklady a investice. Pokud není takové riziko přítomné, nemůže se jednat o koncesi, resp. veřejnou službu v přepravě ve smyslu ZVS.[3]

Obchodní riziko dopravce spojené s odhadem tržeb z jízdného však musí být reálné, nikoliv pouze formální či marginální. To vyplývá zejm. z rozsudků SDEU ve věci C-458/03 Parking Brixen, bod 46, ve věci C-410/04 ANAV, bod 16 a ve věci C-382/05 Komise v. Itálie, body 34 a 35. Poskytovatel veřejné služby nesmí být plně chráněn zejména proti výkyvům v příjmech z tržeb jízdného (tj. část nákladů musí být pokryta výnosem z jízdného a nikoliv kompenzací. V tomto ohledu je třeba upozornit, že riziko se skutečně musí týkat odhadu tržeb z jízdného, nikoliv např. odhadu nákladů na poskytování služeb jako celku. Riziko nesprávného odhadu celkových nákladů na poskytování služeb je totiž společné pro koncese i veřejné zakázky, a není tedy spolehlivým rozlišovacím kritériem.

Ač existuje k pojmu přenosu obchodního rizika poměrně rozsáhlá judikatorní praxe, není v konkrétních případech často jednoduché určit, kdy k takovému přenosu rizika už došlo a kdy nikoliv. Je tedy vždy nutné k posouzení přistupovat individuálně. V kontextu ZVS a veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou a tramvajovou dopravou je takové určení o to složitější, neboť objednatelé poskytují dopravcům kompenzace dle § 23 ZVS.

V tomto ohledu může být pro zadavatelskou praxi užitečné rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 3. 11. 2016, sp. zn. 62 Af 89/2015. V řešeném případě Statutární město Přerov uzavřelo smlouvu podle § 21 ZVS s dopravcem, z níž vyplývalo, že odměna dopravce spočívala zčásti v oprávnění vybírat jízdné od cestujících a zčásti v poskytnutí kompenzace od žalobce. Touto kompenzací měl být dorovnán rozdíl mezi dosaženými tržbami a náklady na zajištění dopravní obslužnosti včetně přiměřeného zisku dopravce. *„Rozložení rizika mezi dopravce a zadavatele bylo stanoveno pro dvě možné situace: první situace by nastala v případě, že by dopravce dosáhl alespoň 50 % předpokládaného objemu tržeb podle výchozího finančního modelu nákladů, výnosů a čistého příjmu dopravce – ztrátu vypočtenou jako rozdíl mezi dosaženými tržbami a součtem všech dopravcem vynaložených nákladů na zajištění dopravní obslužnosti a přiměřeného zisku dopravce hradil žalobce; druhá situace by pak nastala v případě, že by skutečně dosažené tržby z jízdného dosáhly méně než 50 % předpokládaného objemu tržeb – dopravce by tak nesl ztrátu sám bez podpory žalobce.*“[4]

Krajský soud tedy zkoumal, na kolik bylo reálné, že tržby nedosáhnou ani 50 % odhadované výše. Z dostupných materiálů (analýzy ukazující na pokles přepravených cestujících za předchozí období, strategie dopravní obslužnosti města a další) pak učinil závěr, že pravděpodobnost takového scénáře byla prakticky nulová, a tudíž k přenosu obchodního rizika reálně nedošlo. *„Ostatně sám žalobce vysvětloval rozložení rizika mezi něj a dopravce v tom směru, že dopravce má nést riziko za vlastní pochybení a nikoli riziko vyplývající z faktorů stojících vně dopravce (to plyne z jeho vyjádření žalovanému ze dne 9. 1. 2014); jestliže tedy žalovaný (souhrnně v bodu 33. prvostupňového rozhodnutí) pravidlo podle čl. 10.8 smlouvy vyložil nikoli jako pravidlo, na základě něhož dojde k přenosu provozního (obchodního) rizika, nýbrž jako smluvní pojistku řádného plnění povinností*

dopravce, jde rovněž o závěr podle zdejšího soudu zcela oprávněný. Pokles počtu cestujících by totiž byl podle zdejšího soudu právě tím rizikem stojícím primárně vně dopravce, jež ovšem podle samotného žalobce nemělo být na dopravce přeneseno.“ [5]

Z výše uvedeného vyplývá, že pokud se subjekty veřejného práva rozhodnou pro zajištění veřejné linkové a tramvajové dopravy postupem podle § 21 ZVS a souvisejících ustanovení, měly by vždy pečlivě zvažovat nastavení konkrétních smluvních mechanismů s dopravcem. Konkrétně lze doporučit, aby věnovaly pozornost zejména smluvnímu mechanismu, na základě kterého budou vypláceny kompenzace, protože právě ten je hlavním měřítkem přenesení obchodního rizika na dopravce. Objednatel by měl zejména vycházet z relevantních podkladů, na jejichž základě bude moci učinit predikci budoucí poptávky po veřejné službě a s ohledem na ně pak pečlivě stanovit podmínky poskytování kompenzace při dodržení podmínky přenosu obchodního rizika.

Mgr. Ondřej Šafránek

BRODEC & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář

Rubešova 162/8
120 00 Praha 2

Tel.: +420 224 247 215
e-mail: info@akbrodec.cz

---

[1] Kompenzace slouží k vyrovnání rozdílu mezi náklady na poskytování veřejných služeb a reálnými příjmy z jejich poskytování, neboť jde často o služby, které nejsou v běžném tržním prostředí ziskové, nicméně existuje veřejný zájem na jejich poskyotvání. Kompenzace nemůže přesahovat meze toho, co je nezbytné k pokrytí všech nebo části nákladů vynaložených k plnění povinností veřejné služby se zohledněním příjmů, které se k nim vztahují, jakož i zisku, který je přiměřený k plnění těchto povinností. Výše kompenzace je určována na základě tzv. finančního modelu ve smyslu § 23 ZVS. Viz vyhlášku č. 296/2010 Sb., o postupech pro sestavení finančního modelu a určení maximální výše kompenzace.
[2] Zde je nutné upozornit na dvojkolejnost právní terminologie používané zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), a ZVS. Vymezení vztahu ZVS a ZZVZ by přesáhlo rozsah tohoto článku, nicméně v daném kontextu nejde o natolik podstatný aspekt, neboť je pojednáváno o definičním znaku koncese, jehož přítomnost ve smluvním vztahu je nezbytná, aby bylo vůbec možné hovořit o koncesi.
[3] Např. rozhodnutí ÚOHS č. j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr ze dne 27. 8. 2008 nebo rozhodnutí č. j. S121/2008/VZ-12420/2008/510-Od ze dne 23. 7. 2008.
[4] Rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 3. 11. 2016, sp. zn. 62 Af 89/2015.
[5] Tamtéž.

© EPRAVO.CZ – Sbírka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- „Těžko na cvičišti, lehko na bojišti“, aneb proč je kvalitní prodejní dokumentace klíčová (nejen) v automotive segmentu
- Územní plán jako klíčový faktor při oceňování pozemků
- Výpis z německého živnostenského rejstříku – kdy ho můžete potřebovat a kde a jak jej získat
- Aktuality ze světa nekalé soutěže
- Podíly pro zaměstnance v obchodních společnostech
- Evidence skutečných majitelů se uzavírá veřejnosti
- Transfer Pricing: Na co si dát pozor s blížícím se koncem roku
- Byznys a paragrafy, díl 24.: Digitalizace korporátního práva: EU cílí na snížení administrativy při přeshraničním podnikání
- Oceňování ochranných známek
- Zákon o prověřování zahraničních investic v kontextu nových návrhů Evropské komise
- Spolupráce s influencery: na co si dát pozor?