17. 5. 2016

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

K smysluplnosti některých obsahových náležitostí koncesního projektu

Koncesní projekt představuje výchozí dokument pro zpracování koncesní dokumentace v řízeních, jejichž cílem je uzavření významné koncesní smlouvy[1]. Koncesním projektem je dle § 21 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „KZ“), míněno „základní vymezení činnosti, která má být předmětem koncesní smlouvy, základní vymezení ekonomických podmínek a právních vztahů vyplývajících z realizace koncesní smlouvy a ekonomické posouzení výhodnosti jejího zajištění formou koncesní smlouvy.“

Dle metodiky (dále jen „**Metodika**“), vydané pro účely aplikace KZ Ministerstvem pro místní rozvoj (dále jen „**MMR**“), by měl koncesní projekt *„popsat úplný obchodní případ projektu včetně jeho technického, ekonomického a právního řešení a demonstrovat ekonomickou výhodnost a předpoklady pro úspěšnou realizaci projektu.“* Fakticky lze tedy na koncesní projekt nahlížet jako na popis základních znaků a náplně uvažované koncese a na zdůvodnění jejího udělení z hlediska povinnosti péče řádného hospodáře, či spíše z hlediska dodržení principů účelnosti, efektivity a hospodárnosti při nakládání s veřejnými prostředky. Koncesní projekt v podstatě zachycuje základní premisy a z nich vycházející postup úvah, na jejichž základě dospěl zadavatel k závěru o vhodnosti udělení koncese v koncesním řízení. Úvahy a analýzy obvykle vtělované do koncesních projektů by přitom právě s ohledem na povinnost péče řádného hospodáře nutně musel před zahájením koncesního řízení učinit každý zadavatel bez ohledu na to, zda by byl koncesní projekt formalizován zákonnou úpravou (jako je tomu v případě § 21 a n. KZ) či nikoliv.

Institut koncesního projektu přitom, na rozdíl od převážné části právní úpravy koncesí, provedené KZ, není výsledkem implementace Evropských směrnic a ani svou koncepcí ne zcela odpovídá účelu KZ, jímž je především poskytnout právní rámec procesních pravidel kontraktace vedoucí k udělení koncese. Z hlediska těchto procesních pravidel KZ toliko ve svém § 22 odst. 1 stanoví, že koncesní projekt musí být schválen nejpozději před zahájením koncesního řízení a v případě koncesního dialogu nejpozději předtím, než zadavatel vyzve zájemce k podání nabídek. Současně však § 22 odst. 4 KZ uvádí, že neschválení koncesního projektu či skutečnost, že by podkladem pro zpracování koncesní dokumentace měl být jiný dokument, než právě koncesní projekt, nemají vliv na platnost koncesní smlouvy. Případné nepořízení koncesního projektu však bude zcela nepochybně naplňovat znaky správního deliktu dle § 27 odst. 1 písm. f) KZ (*„Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nepořídí nebo neuchová dokumentaci koncesního řízení podle § 33“*) s maximální sazbou pokuty 10 000 000 Kč.

Obsahové náležitosti koncesního projektu stanoví § 3 a § 4 vyhlášky č. 217/2006 Sb., vydané MMR k provedení KZ (dále jen „**Koncesní vyhláška**“). Stěžejní součástí koncesního projektu je dle § 3 odst. 1 Koncesní vyhlášky popis možných variant zajištění potřeb zadavatele a analýza způsobu realizace doporučené varianty. Tato analýza musí dle § 3 odst. 2 Koncesní vyhlášky obsahovat alespoň dvě formy řešení (zajištění potřeb zadavatele) s tím, že srovnává vždy výhodnost zajištění dané služby nebo provedení díla podle KZ se způsobem zajištění dané služby nebo provedení díla jinou formou. Srovnávané varianty musí být zpracovány ve shodném rozsahu a členění tak, aby byla zajištěna jejich plná vzájemná srovnatelnost. Pokud zajištění dané služby nebo provedení díla není vyjmuto z působnosti zákona o veřejných zakázkách, je vždy jednou ze srovnávaných forem řešení veřejná zakázka. Z analýzy přitom má vyplynout, zda je pro zajištění dané služby nebo provedení díla vhodné a ekonomicky výhodné pro zadavatele postupovat podle KZ. Pokud přitom koncesní projekt k závěru o vhodnosti postupovat dle KZ dospěje (a potenciálně se tak stane budoucím podkladem pro zpracování koncesní dokumentace), musí obsahovat i celou řadu dalších náležitostí stanovených dále v § 4 Koncesní vyhlášky.

Koncesní vyhláška tedy stanoví povinnost srovnání alespoň dvou variant zajištění potřeb zadavatele, přičemž jednou z těchto variant je koncese a druhou „klasická“ veřejná zakázka v případě, že stavební práce či služby, které mají být v rámci projektu zhotoveny či poskytnuty nejsou vyjmuty z působnosti zákona o veřejných zakázkách. Pro obligatorní porovnání koncese a veřejné zakázky tedy normotvůrce zvolil výlučně hledisko právní, nikoli hledisko věcné či faktické. Toto porovnání má dle Metodiky obsahovat *„vypracování dvou finančních modelů - komparátoru veřejného sektoru (Public Sector Comparator, dále též „PSC“) a referenčního PPP projektu. První model reprezentuje náklady zadavatele spojené s projektem, pokud by byl zadán tradiční veřejnou zakázkou, druhý model představuje „stínovou“ nabídku od potenciálních soukromých partnerů, pokud by byl projekt realizován formou PPP. Na základě porovnání obou modelů je možné získat představu o dosahovaných úsporách projektu („test hodnoty za peníze“). Zadavatel tak bude moci zhodnotit, zda je pro něj ekonomicky výhodné realizovat projekt formou PPP*.“

Tento způsob srovnání, z nějž patně MMR vycházelo i při formulaci § 3 a § 4 Koncesní vyhlášky, je dle mínění autorů tohoto článku nejvíce přiléhavý pro koncese, jejichž předmětem je zajištění spolupráce veřejného a soukromého sektoru v projektech, obsahujících významnou investiční část, zajišťující středně- či dlouhodobou návratnost. Právě ohledně této investiční části by pak připadalo v úvahu srovnání výhodnosti její realizace jako „klasické“ veřejné zakázky, či v rámci koncese. Typicky by takové porovnání nalezlo své místo v případě koncesí na vybudování rozsáhlých prvků dopravní (či energetické) infrastruktury, zhotovené a (spolu)financované konsorcii podnikatelů převážně z oblasti stavebnictví a bankovnictví, a následné umožnění brát užitky z provozu této infrastruktury zejména ve formě přímého výběru poplatků za užívání této infrastruktury či podílu z výnosu zadavatele za provoz sítě, jejíž součástí by se takto zhotovená infrastruktura stala (např. podílu z výběru mýta).

Ačkoli zákonodárce pravděpodobně takový vývoj nepředpokládal (a ani my jej nepokládáme za žádoucí), za dobu účinnosti KZ bylo v České republice uděleno naprosté minimum koncesí, které by odpovídaly jednomu z cílů KZ, jímž byla nepochybně právě snaha poskytnout jednoznačný rámec pro zajištění spolupráce veřejného a soukromého sektoru v oblasti investic do infrastruktury sloužící k uspokojování veřejných potřeb. Typicky právě v oblasti investic do dopravní infrastruktury naopak po minulých zkušenostech s nepříliš vydařenými a mediálně ne zcela pozitivně prezentovanými projekty panuje na straně zadavatelů vůči institutu koncesí dokonce jistá nedůvěra. Naopak, značná část koncesí, které byly dosud uděleny postupem dle KZ, se týká oblasti provozování vodovodů a kanalizací (jak potvrzují rovněž údaje, získané a uveřejněné v rámci dozorové činnosti Ministerstva financí, které se však týkají jen koncesí udělovaných municipalitami). Předmětem menší, nadále však významné části, pak bylo poskytování sociálních služeb (zejména v oblasti provozování domovů pro

seniory či obdobných zařízení).

Právě tyto dvě shora uvedené kategorie koncesí nesou typický společný znak, spočívající v tom, že nezahrnují investice ze strany koncesionáře do vybudování určité infrastruktury, nýbrž spočívají v provozování infrastruktury již existující, která je mu pro tento účel poskytnuta zadavatelem, jemuž obvykle nadále přísluší odpovědnost za investice do jejího rozšiřování či obnovy. Současně služby, které jsou předmětem těchto koncesí, zpravidla nebývají vyjmuty z působnosti zákona o veřejných zakázkách, proto se i zde nutně musí uplatnit obligatorní porovnání „klasické“ veřejné zakázky a koncese v koncesním projektu. Zajištění těchto služeb formou veřejné zakázky je však obtížně představitelné, a to převážně z ekonomických důvodů či důvodů, které by zadání služeb postupem dle zákona o veřejných zakázkách činily nepřiměřeně obtížným.

V případě služeb v oblasti provozování vodohospodářské infrastruktury tato obtíž spočívá zejména v tom, že případná veřejná zakázka by patrně mohla sestávat nanejvýš ze služeb představujících určité servisní činnosti, u nichž nelze dopředu určit jejich rozsah (který závisí na počtu odběratelů užívajících příslušnou vodohospodářskou infrastrukturu a jejím rozsahu, který se může měnit v čase). Navíc jde často o služby poskytované nahodile (zejména v reakci na havárie či meteorologické jevy, jako je sucho či povodně). K okamžiku zadání případné veřejné zakázky by tak bylo možné její předmět vymezit pouze rámcově, výsledkem zadávacího řízení by tedy nutně muselo být uzavření rámcové smlouvy, kterou však lze uzavřít nanejvýš na čtyři roky. Vzhledem k nutnosti stabilního a dlouhodobého smluvního vztahu s dodavatelem (aby byla splněna povinnost zadavatele zajistit plynulé zásobování pitnou vodou) a na druhé straně vysokým nákladům spojeným se zadávacím řízením (včetně rizik, která mohou nastat v jeho průběhu), je tedy zajištění provozu vodovodu nebo kanalizace ve formě veřejné zakázky zcela nevhodné. Zvláštní úprava provozování vodovodů a kanalizací, provedená zákonem č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů (zákon o vodovodech a kanalizacích), ve znění pozdějších předpisů, naopak vytváří podmínky k tomu, aby mohl být provoz vodovodů a kanalizací zajišťován třetí osobou ve formě typické koncese s poskytnutím možnosti výběru vodného a stočného koncesionáři, který rovněž nese související obchodní rizika.

Podstatou koncesí v oblasti sociálních služeb je pak bezprostřední a úzký vztah mezi koncesionářem – provozovatelem zařízení sociálních služeb a jeho klienty – přímými adresáty sociálních služeb, kteří za jejich poskytování platí úhradu (případně spolu hrazenou rovněž z veřejných rozpočtů). Zejména bezprostřednost tohoto vztahu a dále zvláštní podmínky poskytování sociálních služeb, které vyplývají ze zvláštní právní regulace, provedené zákonem č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, ve znění pozdějších předpisů, činí ekonomicky a právně obtížně představitelným, že by sociální služby reálně poskytoval dodavatel vybraný v zadávacím řízení dle zákona o veřejných zakázkách, avšak úhrada za tyto služby by náležela zadavateli.

Reálnou variantou zajištění plnění v obou výše uvedených případech (vodohospodářství a sociální služby) koncesí není (a ani nemůže být, jak bylo výše naznačeno) zajištění tohoto plnění ve formě veřejné zakázky, nýbrž situace, kdy by příslušné činnosti, jinak svěřené koncesionáři, vykonával zadavatel sám či prostřednictvím k tomu určené účelově zřízené organizace či společnosti. V rámci rozhodování o tom, zda příslušné plnění zajistit formou koncese, by se tak měl zadavatel koncentrovat spíše na srovnávací analýzu s touto realistickou a v úvahu připadající variantou zajištění plnění vlastními silami. Naopak povinnost zpracování porovnání s veřejnou zakázkou se v takové situaci jeví jako poněkud formalistická a nadbytečná. Tato dle našeho mínění příliš svazující právní úprava náležitostí koncesního projektu může vést v kombinaci s tím, že minimální počet porovnávaných variant v koncesním projektu činí dvě, v konečném důsledku až ke zkreslení závěrů koncesního projektu v tom smyslu, že pořizovatel v koncesním projektu věnuje prostor na porovnání koncese s veřejnou zakázkou na úkor porovnání se skutečně realizovatelnými a realistickými

variantami či se těmto variantám s ohledem na formální naplnění povinností dle § 3 Koncesní vyhlášky nebude věnovat vůbec.

Je otázkou, zda povinnost zpracování koncesního projektu bude zachována i v nové právní úpravě zadávacích řízení, jejímž prostřednictvím dojde mezi jiným i k implementaci směrnice č. 2014/23/EU, nově upravující na unijní úrovni udělování koncesí. Tato směrnice totiž koncesní projekt ani jemu obsahově obdobný dokument, resp. jeho zpracování nevyžaduje. Současně MMR deklarovalo záměr držet se při implementaci této směrnice toho, aby byl vytvořen zákon, který bude obsahovat primárně procesní pravidla sloužící k podpoře konkurenčního prostředí a který naopak ponechá prostor k ochraně principů účelnosti, hospodárnosti a efektivity v nakládání s veřejnými prostředky jiným právním normám. Jak přitom bylo výše uvedeno, koncesní projekt je z hlediska procesní úpravy udělování koncesí poměrně méně významný a spíše se týká právě ochrany posledně jmenovaných principů. Pokud však bude institut koncesního projektu zachován, měl by normotvůrce rovněž pečlivě zvážit, zda stávající, poměrně podrobná právní úprava formálních náležitostí koncesního projektu skutečně naplnila zamýšlený účel a zda naopak nemohla tento účel spíše jistým způsobem ohrozit.

Mgr. Lukáš Sommer,
advokát

Mgr. Jan Měkota,
advokát

ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o.

GEMINI Center
Na Pankráci 1683/127
140 00 Praha 4

Tel.: +420 224 216 212
Fax: +420 224 215 823
e-mail: praha@rowanlegal.com

---

[1] Významná koncesní smlouva je definována v § 20 KZ prostřednictvím prahového předpokládaného příjmu koncesionáře, a to různě pro jednotlivé typy veřejných zadavatelů.

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

Další články:

- Civilněprávní prostředky ochrany při koupi falzifikátu
- Novela zákona o pyrotechnice: likvidace profesionálů namísto zmírnění negativních vlivů
- Konec zákonné koncentrace řízení? Návrh Nejvyššího soudu před Ústavním soudem
- Soudní poplatky v řízení o rozvodu manželství a úpravy poměrů k nezletilému dítěti po tzv. rozvodové novele
- Imise ve stavebním řízení aneb kde končí veřejný zájem a začíná soukromé právo?
- Užívání prostoru nad pozemkem třetí osobou
- Přístup k nemovitosti přes pozemek třetí osoby
- PŘEHLEDNĚ: Jak funguje předkládání plné moci? Postačí soudu jen její „fotokopie“? Aneb vývoj právní úpravy požadavků na plnou moc v našem právním systému.
- Využívání nástrojů umělé inteligence: proč je GDPR relevantní?
- 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