

6. 2. 2015

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

Posouzení postupu zadavatele při uzavření koncesní smlouvy bez zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) měl v loňském roce příležitost rozhodnout zajímavý případ, který se týkal uzavření koncesní smlouvy, aniž by zadavatel postupoval v souladu se zákonem č. [139/2006](#) Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), a tedy, aniž by zadavatel zjišťoval celkový předpokládaný příjem koncesionáře. Jak se Úřad s uvedeným případem vypořádal, bychom rádi v tomto článku přiblížili.



Dne 25. 4. 2014 nabylo právní moci rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S323/2013/VZ-7638/2014/523/OPi, kterým Úřad zastavil správní řízení podle § 24f písm. f) koncesního zákona, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 27 koncesního zákona. Správní řízení bylo vedeno z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při uzavření smlouvy na provozovatele trhů. Zadavatel uzavřel předmětnou smlouvu na základě „výběrového řízení“ v režimu dle ustanovení § 281 a násl. zákona č. [513/1991](#) Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, tedy mimo režim koncesního zákona. Tato smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou (což mimochodem nad rámec zaměření tohoto článku koncesní zákon v § 16 odst. 4 neumožňuje).

V uvedeném rozhodnutí Úřad nejprve jednoznačně konstatoval, že smlouva uzavřená zadavatelem naplňuje definiční znaky koncesní smlouvy podle ustanovení § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona. Problém nastal ve chvíli, kdy měl Úřad stanovit, jakým způsobem bude uchazeče za nepostupování dle ustanovení koncesního zákona postihovat. Úřad totiž nebyl v rámci správního řízení schopen posoudit naplnění či nenaplnění podmínky ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona („Zadavatel nemusí postupovat podle této části zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 3a koncesního zákona.“).

Úřad v odůvodnění rozhodnutí uvedl: „... Úřad konstatuje, že ačkoliv dospěl k závěru, že předmětná smlouva naplňuje pojmové znaky koncesní smlouvy dle § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona, nebylo možné na základě vyžádaných a doložených podkladů zjistit dostatek informací ohledně předpokládaného celkového příjmu koncesionáře. Zadavatel před uzavřením smlouvy nezjišťoval předpokládaný příjem koncesionáře, neboť předmětnou smlouvu nepovažoval za smlouvu koncesní.“

Ač tedy měl zadavatel s ohledem na skutečnost, že se jedná o koncesní smlouvu zjišťovat, zda předpokládaný příjem koncesionáře nepřesáhne částku 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, neučinil tak a uzavřel dle příslušných ustanovení obchodního zákoníku smlouvu na dobu neurčitou. Výše předpokládaného příjmu koncesionáře je však zásadní pro zodpovězení otázky, zda je zadavatel povinen zadávat smlouvu v rámci koncesního řízení podle zákona či nikoliv. V průběhu správního řízení si Úřad vyžádal veškeré relevantní dokumenty, jakož i předložení faktur za předmětné období, z nichž by bylo možné důvěryhodným způsobem zjistit, v jakém rozsahu se příjmy provozovatele trhů v uplynulém období pohybovaly. Částky a údaje, které tvoří obsah dokumentů, však nemají průkaznou hodnotu, nejsou dostatečně podloženy účetními materiály a doklady, a proto nelze na jejich základě stanovit přezkoumatelným způsobem výši předpokládaného příjmu koncesionáře, jelikož vyřazený uchazeč doručil dne 30. 7. 2013 Úřadu podání, v němž pouze uvedl své příjmy za roky 2009 až 2012, kdy byl provozovatelem trhů na náměstí Republiky v Plzni, avšak nepodložené účetními doklady, a v rámci podání doručeného Úřadu dne 30. 12. 2013 vyřazený uchazeč pouze uvedl obsazenost stánků v letech 2009 až 2012 spolu s termíny konání jednotlivých trhů v průběhu let 2010 až 2012. Vzhledem k tomu, že se nepodařilo průkazným způsobem zjistit, zda měl zadavatel postupovat dle pravidel pro koncesní řízení obsažených v zákoně, neboť nelze s jistotou konstatovat předpokládanou výši příjmu koncesionáře, nemohl Úřad přistoupit k uložení sankce za spáchání správního deliktu.“

Ponechme nyní stranou otázku, zda vůbec došlo ze strany Úřadu k rádnému zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, tak, jak požaduje § 3 zákona č. [500/2004](#) Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů,^[1] a zabývejme se nyní vlastní „nemožností“ postihu zadavatele. Ačkoliv není jednoznačně určitelné, zda měl zadavatel koncesní smlouvu uzavřít v koncesním řízení či nikoliv, bylo by podle našeho názoru možné zadavatele sankcionovat za porušení zásady transparentnosti podle § 3a koncesního zákona („Zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.“). Pokud totiž zadavatel uzavřel smlouvu naplňující pojmové znaky koncesní smlouvy podle koncesního zákona, měl povinnost zjistit předpokládaný celkový příjem koncesionáře podle § 4 koncesního zákona. Ačkoliv ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona říká, že „zadavatel nemusí postupovat podle této části zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty“ (tedy nemusí v takovém případě postupovat ani podle výše citovaného ustanovení § 4 koncesního zákona a tedy de facto ani zjišťovat celkový předpokládaný příjem koncesionáře), současně ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona dodává, že „zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 3a koncesního zákona“, tj. i zásadu transparentnosti. Podle našeho názoru je dodržení zásady transparentnosti nutné vykládat mj. tak, že zadavatel postupuje způsobem, který umožní následně přezkoumat jeho kroky ze strany Úřadu (to je ostatně názor opakovaně judikovaný). Tedy postupuje takovým způsobem, který umožní Úřadu rovněž posoudit, zda zadavatel byl či nebyl povinen postupovat podle relevantní části koncesního zákona (část druhá „koncesní řízení“).

Pokud, jako v předmětné věci, zadavatel uzavírá koncesní smlouvu, přičemž nepostupuje podle koncesního zákona, a tedy ani nezjistí celkový předpokládaný příjem koncesionáře, což představuje jednu z podmínek pro posouzení, zda na postup zadavatele dopadá či nedopadá část druhá „koncesní řízení“ koncesního zákona, pak Úřad nemá zcela zásadní podklad pro posouzení postupu zadavatele. Podle názoru autorů tohoto článku by takové pochybení, tedy neprovedení úkonu zjistit celkový předpokládaný příjem koncesionáře ze strany zadavatele před zvolením „formy“ uzavření koncesní smlouvy, bylo jednoznačně možné posoudit jako postup v rozporu s koncesním zákonem a z toho vyplývajícím závěrem o spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona („Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře koncesní smlouvu.“). Při takovém postupu totiž zadavatel podle našeho názoru nerespektuje výše citovanou zásadu transparentnosti podle § 3a koncesního zákona, neboť je to právě a jen zadavatel, kdo má mít

na jisto postaveno, jakým režimem se jeho postup při uzavírání koncesní smlouvy bude řídit a současně (pro případný následný přezkum) mít tuto skutečnost adekvátně zdokumentovanou. Teprve takový postup zadavatele je podle našeho názoru postupem transparentním. Tak tomu ale v předmětné věci nebylo a zadavatel tedy postupoval v rozporu s § 3a koncesního zákona.

K druhému pojmovému znaku správního deliktu, tedy, že tento postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, uvádíme, že jeho naplnění lze poměrně jednoznačně dovodit, neboť konečným důsledkem nezjištění celkového předpokládaného příjmu koncesionáře je ta skutečnost, že zadavatel nepostupoval v koncesním řízení podle části druhé koncesního zákona, ačkoliv se při zjištění celkového předpokládaného příjmu koncesionáře mohlo ukázat, že tak postupovat měl.

Ve vztahu k nutnosti zadavatele zjišťovat předpokládaný celkový příjem koncesionáře je nutné uvést následující. Podle § 4 koncesního zákona *„před zahájením koncesního řízení zadavatel zjistí předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný celkový příjem koncesionáře, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy.“* Ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona dále uvádí, že *„zadavatel nemusí postupovat podle této části zákona, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.“* Pokud předpokládaný příjem koncesionáře tedy činí méně než 20 mil. Kč bez DPH, nemusí zadavatel postupovat podle části druhé (nazvané „Koncesní řízení“) koncesního zákona, tedy ani podle § 4 koncesního zákona, který zadavateli ukládá povinnost zjistit celkový předpokládaný příjem koncesionáře.

Z uvedeného lze tedy dovodit, že zadavatel zjišťuje předpokládaný příjem koncesionáře podle § 4 koncesního zákona, aby po jeho zjištění zjistil, že zjišťovat nic nemusel, neboť tento příjem nedosáhne limitu dle § 5 odst. 2 koncesního zákona. Tento legislativní paradox má podle našeho názoru jediné východisko, jímž je skutečnost, že zadavatel má povinnost zjišťovat předpokládaný příjem koncesionáře vždy, neboť zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře je nezbytnou podmínkou dodržení zásady transparentnosti podle § 3a koncesního zákona. Ustanovení § 3a koncesního zákona totiž není součástí části druhé koncesního zákona, a proto jeho aplikace není odvislá od zjištěné výše předpokládaného příjmu koncesionáře a tedy ani od případného překročení limitu podle § 5 odst. 2 koncesního zákona.

Z uvedeného tedy podle našeho názoru vyplývá, že povinnost zadavatele zjistit předpokládaný příjem koncesionáře nevyplývá primárně z § 4 koncesního zákona, jehož aplikace (tedy povinnost zjistit předpokládaný příjem koncesionáře) je absurdně vázána na zjištěný předpokládaný příjem koncesionáře, nýbrž z povinnosti dodržet zásadu transparentnosti podle § 3a koncesního zákona. S touto povinností je dále podle našeho názoru neoddělitelně spjata povinnost toto zjištění předpokládaného příjmu koncesionáře adekvátně zdokumentovat, neboť pouze za této podmínky je možný následný přezkum kroků zadavatele ze strany Úřadu.

Pokud tedy zadavatel uzavře koncesní smlouvu mimo režim koncesního zákona, aniž by zjišťoval předpokládaný příjem koncesionáře, máme za to, že tímto postupem zadavatel porušil zásadu transparentnosti podle § 3a koncesního zákona (za předpokladu, že předpokládaný příjem koncesionáře nelze následně Úřadem zjistit jako v předmětné věci a nelze tedy případně konstatovat konkrétní porušení části druhé „koncesní řízení“ koncesního zákona, pokud by Úřad zjistil, že předpokládaný příjem koncesionáře překročil limit podle § 5 odst. 2 koncesního zákona), čímž došlo podle názorů autorů článku k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona.

V souvislosti s výše uvedeným vyvstává otázka působnosti Úřadu k přezkumu postupu zadavatele při uzavírání koncesních smluv uzavíraných mimo režim části druhé koncesního zákona. Dále v článku bychom proto rádi tuto otázku rozebrali podrobněji.

Na rozdíl od zákona č. [137/2006](#) Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), kde je působnost Úřadu definována v § 112 odst. 1 jako „...*dohled nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh...*“, koncesní zákon definuje působnost Úřadu nikoliv ve vztahu k postupu zadavatele v koncesním řízení, ale obecně ve vztahu ke koncesnímu zákonu jako takovému, resp. ve vztahu k postupu zadavatele podle koncesního zákona. Podle ustanovení § 24 odst. 1 koncesního zákona totiž „*Dohled nad dodržováním tohoto zákona vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.*“ Dále ustanovení § 24 odst. 2 písm. b) koncesního zákona uvádí, že „*Úřad při výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona rozhoduje o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s tímto zákonem.*“

Oproti výkladu zákona o veřejných zakázkách, podle kterého je Úřad příslušný výlučně k přezkoumávání zadávacího řízení (s odkazem na výše uvedenou definici působnosti Úřadu stanovenou v zákoně o veřejných zakázkách a definici „zadávání“ podle § 17 písm. m) zákona o veřejných zakázkách), výklad obdobné povahy, tedy že by působnost Úřadu byla ve vztahu k uzavírání koncesních smluv omezena pouze na přezkum koncesního řízení, v případě koncesního zákona není podle našeho názoru přípustný, a to právě s ohledem na odlišnou definici působnosti Úřadu podle koncesního zákona).

Vzhledem k uvedenému lze tedy uzavřít, že v předmětné věci uzavření koncesní smlouvy, kdy naplnění pojmových znaků koncesní smlouvy bylo jednoznačně Úřadem v rozhodnutí konstatováno, Úřadu podle našeho názoru nic nebránilo dále konstatovat rovněž naplnění pojmových znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona ze strany zadavatele s odkazem na porušení zásady transparentnosti podle ustanovení § 3a koncesního zákona, i když (jako v předmětné věci) nebyl Úřad schopen posoudit naplnění či nenaplnění hypotézy § 5 odst. 2 koncesního zákona. V takovém případě totiž Úřad není omezen definicí své působnosti pouze na přezkoumávání postupu zadavatele v koncesním řízení (část druhá koncesního zákona), nýbrž je způsobilý přezkoumávat postupy zadavatelů při uzavírání všech koncesních smluv bez ohledu na režim, kterým se jejich uzavírání řídí (postup v koncesním řízení či mimo něj), tedy i dodržení § 3a koncesního zákona při jejich uzavírání.[2]

Jistě lze namítnout, že v případě povinnosti dodržovat zásady podle § 3a koncesního zákona se nejedná o „postup zadavatele“, jak je formulován ve skutkové podstatě správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona, přesto však se autoři článku domnívají, že i „dodržení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace“ by bylo za „postup zadavatele“ možné považovat, resp., že tvrzení – „*zadavatel nedodrží postup stanovený tímto zákonem*“ se rovná „*zadavatel nedodrží zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*“ – je udržitelné. To vše – pochopitelně – za předpokladu řádného a úplného popisu skutku ve výroku rozhodnutí (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62Af 74/2011). Uvedené platí podle nás zvláště v situaci, jako byla v předmětném případě, kdy, zdá se, nelze zadavatele postihnout jiným způsobem, tedy konstatovat porušení konkrétního ustanovení části druhé „Koncesní řízení“ koncesního zákona, s ohledem na to, že není možné zjistit, zda se tato část na postup zadavatele vztahuje či nikoliv.



Mgr. David Říčný,
analytik veřejných zakázek



Mgr. Karel Košťál,
analytik veřejných zakázek

[Hirst, a. s.](#)

Samaritská 199/16
301 00 Plzeň

Tel.: +420 727 817 132
e-mail: info@hirst.cz

[1] „Nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu.“

[2] Obdobný názor viz např. Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012.

© EPRAVO.CZ - Sběrka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- [Postoupení pohledávky na výživné jako novinka právní úpravy účinné od 1. 1. 2026](#)
- [Jak zahájit provoz mezinárodní letecké linky do České republiky \(EU\): právní požadavky pro aerolinky ze třetích zemí](#)
- [Mimořádné vydržení a vývoj judikatury Nejvyššího soudu](#)
- [Preventivně-sankční funkce náhrady nemajetkové újmy za porušení osobnostních práv pohledem Ústavního soudu](#)
- [Odštěpný závod zahraniční společnosti optikou NIS2: Jak správně určit velikost podniku?](#)
- [Zápis ochranné známky bez komplikací. Klíčem k úspěchu je kvalitní předběžná rešerše](#)
- [Zneužití práva na přístup podle GDPR](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 31. - létající pořizovatel ve světle nového stavebního zákona](#)
- [Právní povaha sítě elektronických komunikací - režim náhrady škody](#)
- [Náhrada ušlého nájemného při předčasném ukončení nájemní smlouvy na nebytové prostory](#)
- [Jak fungují plánovací smlouvy v reálných situacích \(2. díl\)](#)