

10. 8. 2010

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

Právní kvalifikace PPP projektů jako koncesí a nejednotné posuzování koncesí v aplikační praxi orgánu dohledu

Pro zajištění a rozvoj spolupráce mezi subjekty veřejného a soukromého sektoru na bázi modelů PPP projektů je nezbytná jasná právní úprava podepřená konstantní aplikační praxí především ze strany orgánu dohledu.



Dovolím si tvrdit, že současná právní úprava obsažená v zákoně č. [137/2006](#) Sb., o veřejných zakázkách, a v zák. č. [139/2006](#), o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), jasný legislativní základ pro rozvoj takové spolupráce neposkytuje, a to přesto, že zákonodárce v důvodové zprávě ke koncesnímu zákonu deklaruje opak.[1] Poukázat lze např. na skutečnost, že pro závěr o tom, že konkrétní projekt PPP spolupráce je skutečně koncesí ve smyslu zákona č. [139/2006](#) Sb., musí být naplněna podmínka dle § 16 odst. 2, tj. že: „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.“ Pro závěr, že se nejedná o koncesi podle zákona č. [137/2006](#) Sb., ale o tzv. kvazikoncesi ve smyslu § 156 zák. č. [139/2006](#) Sb., je naopak podstatné, zda „dodavatel nese některá ekonomická *rizika spojená s realizací veřejné zakázky*, která obvykle nese zadavatel“. Protože není vůbec jasné, co jsou „ekonomická rizika spojená s realizací veřejné zakázky“ a co jsou „rizika spojená s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla“, a dokonce ani to, zda se jedná o rizika totožná (pak by se koncese a kvazikoncese lišily mírou jejich přenosu)[2] nebo veličiny odlišné, ocitá se zadavatel vlivem takové právní úpravy před velmi obtížnou volbou, jaký režim kontraktace má být vlastně správně využit. Rozhodně lze tedy uvítat záměr zákonodárce novelou zákona o veřejných zakázkách zmatečnou kategorii tzv. kvazikoncesí do budoucna zrušit.[3]

Nejasné právní prostředí pro rozvoj PPP projektů spolu s určitou nedůvěrou k této dosud nepříliš využívané formě spolupráce má za následek, že se nevytváří ani rozhodovací praxe, která by pro některé sporné momenty stanovila předvídatelná interpretační pravidla. Tento závěr se netýká komunitární judikatury, kde předvídatelná interpretační pravidla v tomto směru nalézt lze a bude o nich pojednáno. Uvedený závěr se týká spíše vnitrostátní rozhodovací praxe orgánu dozoru.[4]

Chybějící ustálenou aplikační praxi lze demonstrovat na zcela odlišném právním posouzení skutkově

velmi podobných případů budování a provozu parkovacích systémů, v prvním případě na území města Znojmo, v druhém případě na území města Hradec Králové. V obou případech se jednalo o realizaci a provoz komplexního systému parkování na území města, jehož cílem je optimální řešení pro parkování automobilů na území města a základním znakem byla skutečnost, že na straně jedné veškeré náklady na vybudování a provoz nesl dle smlouvy se zadavatelem dodavatel, resp. koncesionář, a na straně druhé bylo založeno právo dodavatele, resp. koncesionáře, po dobu trvání uzavřené smlouvy využívat vybudovaný systém a za užívání tohoto parkovacího systému vybírat od uživatelů poplatky. V rozhodnutí ÚOHS-S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh ze dne 8.2.2010, týkající se vybudování a provozu parkovacího systému na území města Znojma, orgán dozoru konstatoval, že veškeré jim zjištěné skutečnosti „nasvědčují tomu, že v šetřeném případě *se jedná o koncesi ve smyslu koncesního zákona*“. Přestože zadavatel postupoval při uzavírání smlouvy dle předpisů o zadávání veřejných zakázek a nikoli koncesí, postupoval dle orgánu dozoru nesprávně. Ke zrušení zadávacího řízení a k udělení pokuty zadavateli za orgánem dozoru konstatované porušení zákona nedošlo jen proto, že řízení bylo dle orgánu dozoru na místě zrušit rovněž z jiných důvodů a orgán dozoru považoval zabývat se otázkou nedodržení postupu dle koncesního zákona za nadbytečné.

Naprosto opačná situace nastala v případě druhého případu, posuzovaného orgánem dozoru v rozhodnutí ÚOHS č.j. S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo, ze dne 25.6.2010, týkajícího se PPP spolupráce města Hradec Králové při budování a provozu parkovacího systému města. Zde orgán dozoru učinil právě opačný závěr. Tedy, že smlouva o vybudování a provozování parkovacího systému města, zakládající právo koncesionáře po dobu trvání uzavřené smlouvy využívat vybudovaný systém a za užívání tohoto parkovacího systému vybírat od uživatelů poplatky, údajně *nemůže být koncesní smlouvou, ale jedná se o veřejnou zakázku*. Své rozhodnutí orgán dozoru zdůvodnil tím, že pojmovým znakem každé koncese, byť v legislativě výslovně nevyjádřeným, je existence rizik spojených s braním užitků z koncesovaných služeb a jejich přenos na koncesionáře. V tomto druhém případě naplnění daného znaku orgán dozoru neshledal, a to přestože otázka rizik a jejich přenosu je řešena v obou šetřených případech stejně. Důvodem je dle orgánu dohledu skutečnost, že poskytování parkovacích služeb je službou, která je nabízena v omezeném konkurenčním prostředí ve smyslu předpisů o hospodářské soutěži. Pikantní je, že i zde orgán dozoru udělil městu pokutu, a to právě za to, že smlouvu uzavřelo nikoli v zadávacím řízení pro veřejné zakázky, ale právě postupem pro uzavírání koncesní smlouvy.

Skutečnost, že takto zcela rozporná aplikační praxe orgánu dozoru může mít fatální důsledky pro na rozvoj PPP spolupráce, jistě není třeba zdůrazňovat.

Východiska k řešení dané situace lze nicméně nalézt v ustálené rozhodovací praxi Evropského soudního dvora. Jedná se např. o rozsudek ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C-458/03 (dále jen „Parking Brixen“), rozsudek ze dne 6. dubna 2006, ANAV, C-410/04 (dále jen „ANAV“), rozsudek ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant, C-324/07 (dále jen „Coditel Brabant“), rozsudek ze dne 10. září 2009, WAZV Gotha (dále jen „WAZV Gotha“) nebo rozsudek ze dne 15. října 2009, C-196/08 (dále jen „Acaset SpA“). Ve všech těchto citovaných rozsudcích Evropský soudní dvůr (dále jen „**Soud**“) shledal naplnění definičního znaku koncese „přenos rizika ze zadavatele na koncesionáře“. Ve všech těchto rozhodnutích se přitom Soud vypořádává i s argumentací, kterou použil orgán dohledu v rozhodnutí S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo, tedy zda k naplnění daného znaku existence a přenosu rizika může dojít i v oblasti omezeného konkurenčního prostředí. Jednak kazuisticky, neboť ve všech shora uvedených případech se jednalo o braní užitků v omezeném konkurenčním prostředí – provozování integrované vodohospodářské služby (rozhodnutí WAZV Gotha, rozhodnutí Acaset SpA – obojí dokonce s právem stanovou kontrakční povinností ze strany uživatelů koncesovaných služeb), provozování veřejné dopravy (rozhodnutí ANAV), provozování kabelové televize (rozsudek Coditel Brabant) a samozřejmě také v rozhodnutí Parking Brixen, které se jednalo

právě o braní užiteků s provozováním parkovacích služeb města. A jednak výslovně, obecným interpretačním pravidlem ve výroku rozhodnutí WAZV Gotha. V rozhodnutí WAZV Gotha se totiž Soud výslovně vypořádává s námitkou, že provozní riziko u správy některých veřejných služeb (konkrétně se jednalo o distribuci pitné vody a odvod odpadních vod) je vzhledem k omezené hospodářské soutěži na poli těchto služeb nižší než v jiných odvětvích. Soud k tomu uvádí: „skutečnost, že v rámci smlouvy na služby není smluvní partner přímo odměňován veřejným zadavatelem, ale má právo vybírat odměnu od třetích osob, **postačuje** k tomu, aby tato smlouva byla kvalifikována jako „koncese na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 3 písm. b) 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, pokud smluvní partner zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, **i když je toto riziko od začátku velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je služba zajišťována.**“

Shora uvedené závěry Evropského soudního dvora lze pokládat za správné a současně jako interpretační východiska plně aplikovatelné i pro případy posuzování diferencí mezi veřejnými zakázkami a koncesemi v rámci českého legislativního prostředí.

Vzhledem k jednoznačné judikatuře Evropského soudního dvora lze současně očekávat, že i rozhodovací praxe orgánu dohledu bude v budoucnu vycházet ze závěrů, na nichž je v otázce posuzování koncesí založeno rozhodnutí ÚOHS-S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh, ze dne 8.2.2010. Nikoli tedy ze závěrů, na nichž je založeno rozhodnutí ÚOHS č.j. S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo, ze dne 25.6.2010, které se jeví být s rozhodovací praxí Evropského soudního dvora v rozporu.



Vladislav Jirka , Ph.D., advokát
autor působí v advokátní kanceláři ŠACHTA & PARTNERS, v.o.s. v Praze

[ŠACHTA & PARTNERS, v.o.s.](#)

Radlická 28/663
150 00 Praha 5

Tel.: +420 251 566 005
Fax: +420 251 566 006
e-mail: jurista@jurista.cz

[1] K tomu srov. bod I.2 důvodové zprávy ke koncesnímu zákonu: „Důvodem navrhované úpravy je

posílit právní jistotu, vytvořit jasný právní rámec pro koncesní smlouvy, který bude pro veřejné i soukromé subjekty představovat jasná pravidla aplikovaná na tyto smlouvy a současně nastavit funkční proceduru pro výběr koncesionáře a regulační mechanismy.“

[2] K tomu srov. „podstatná část rizik“ a „některá rizika“.

[3] K tomu srov. provedení tohoto záměru v zákoně č. [179/2010](#) Sb. ze dne 18.5.2010.

[4] Jedná se o tyto rozhodnutí: č.j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr, ze dne 27.8.2008 (Projekt „Živá nádraží“), okrajově rozhodnutí č.j. S121/2008/VZ-12420/2008/510-Od, ze dne 23.7.2008, zabývající se otázkou tzv. nepřímé úplaty (tj. plateb od třetích osob) při spolupráci zadavatele s realitními kanceláři, rozhodnutí ÚOHS-S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh ze dne 8.2.2010, týkající se vybudování a provozu parkovacího systému na území města Znojma a dosud nepravomocné rozhodnutí č.j. S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo, ze dne 25.6.2010, týkající se PPP spolupráce města Hradec Králové při budování a provozu parkovacího systému města.

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

Další články:

- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - DUBEN 2026](#)
- [Prokazování dostupnosti technického vybavení při zadávání veřejných zakázek - limity sdílení technického vybavení](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - BŘEZEN 2026](#)
- [Zdrojové kódy jako „pojistka“ proti vendor-lock-inu: judikatorní korekce a její meze](#)
- [Spolupráce zadavatele a developera z pohledu rozhodovací praxe ÚOHS a plánovacích smluv](#)
- [Listinné nabídky v éře elektronizace: přestupek, nebo legitimní postup?](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - ÚNOR 2026](#)
- [Změna poddodavatele v průběhu zadávacího řízení](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - LEDEN 2026](#)
- [Metoda Design & Build na poli veřejných zakázek](#)
- [Požadavek zadavatele na prokazování referencí prostřednictvím staveb občanské vybavenosti ve světle rozhodovací praxe](#)