

Veřejná zakázka vs. koncese



Author: David Fechtner | Published: 08.12.2010

Hlavní rysy koncesního řízení jsou shodné se zadávacím řízením ve smyslu zákona o veřejných zakázkách. Cílem je vybrat nejvhodnější nabídku a uzavřít mezi veřejným zadavatelem (pojem veřejného zadavatele ve smyslu koncesního zákona a veřejného zadavatele ve smyslu zákona o veřejných zakázkách je shodný) a koncesionářem koncesní smlouvu. Koncesní zákon se z tohoto důvodu často inspirovuje úpravou obsaženou v zákoně o veřejných zakázkách nebo na ni přímo odkazuje. Podstatné odlišnosti však nalezneme, porovnáme-li koncesní smlouvu se smlouvou o veřejné zakázce.

Koncese přináší riziko

Smlouvou o veřejné zakázce se dodavatel zavazuje poskytnout zadavateli plnění (služby, dodávky či stavební práce) a zadavatel se zavazuje poskytnout příslušné protiplnění (nejčastěji formou finanční úhrady). Smlouva o veřejné zakázce byla uzavřena například za účelem výstavby Biotechnologického pavilonu pro Mendelovu univerzitu v Brně, přičemž vybraný dodavatel zrealizuje vlastní stavbu pavilonu a univerzita uhradí příslušnou cenu zakázky, tj. 590.492.302,- Kč.

Na základě koncesní smlouvy se koncesionář také zavazuje k poskytnutí služeb či provedení díla (koncesní smlouvu nelze uzavřít na dodávky), zadavatel se však vedle případného finančního protiplnění zavazuje zejména umožnit koncesionáři brát z poskytnutého plnění (tj. z poskytnuté služby, popř. z provedeného díla) užítky. V rámci vztahu založeného koncesní smlouvou pak koncesionář přebírá podstatnou část rizika, které souvisí s poskytováním služeb, popř. s využíváním provedeného díla. Riziko na straně koncesionáře je v takovém případě základním znakem koncesní smlouvy. Učebnicový příklad koncesní smlouvy představuje smlouva na výstavbu a provoz parkovacích míst/domu, kde koncesionář nejen zajistí výstavbu parkovacích míst/domu (často na pozemcích zadavatele), ale parking také následně provozuje, takže nese související podnikatelské riziko.

Jak určit míru rizika

Správné určení míry rizika na straně koncesionáře spojené s braním užitků však v praxi přináší časté potíže. Není totiž vhodné, aby zadavatel přenášel na koncesionáře veškerá rizika, neboť toto by mohlo mít za následek nechtěné zúžení uchazečů o koncesi. Příliš nízká míra rizika však na druhou stranu vede k překvalifikování plnění z koncese na veřejnou zakázku. Jelikož se jednotlivé koncese liší případ od případu, nelze předem a s obecnou platností definovat přesnou hranici míry rizika, která by odlišovala koncesní řízení od řízení zadávacího. Je však možné se v takových případech inspirovat příslušnou českou a evropskou rozhodovací praxí. Za stěžejní lze považovat zejména rozsudek Evropského soudního dvora ve

věci Parking Brixen. Evropský soudní dvůr zde mimo jiné konstatoval: „V situaci, kdy odměna poskytovatele služeb (tj. koncesionáře) pochází nikoli od dotčeného veřejného orgánu, ale z částek placených třetími subjekty za užívání příslušného parkoviště, bere poskytovatel na sebe riziko poskytování dotčených služeb, čímž charakterizuje koncesi na veřejné služby.“ Odkázat však lze i na rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Na základě špatného určení míry rizika na straně koncesionáře uložil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže statutárnímu městu Hradec Králové pokutu ve výši 1,5 milionu Kč. Hradec Králové totiž v daném případě uzavřel koncesní smlouvu na výstavbu nových parkovacích míst, přestože, jak později Úřad pro ochranu hospodářské soutěže zjistil, ekonomické riziko na straně koncesionáře nebylo vůbec dáno. Podmínky plnění byly nastaveny tak, že koncesionáři byla zaručena nejen návratnost nákladů a investic do výstavby, ale také přiměřený zisk.

Ostatní rizika - riziko pro obě strany

Od výše uvedeného rizika spojeného s braním užitků (tj. zejména ekonomického rizika) je nutno odlišovat koncesním zákonem též upravená „ostatní rizika“. Ostatní rizika jsou většinou rovnoměrně rozdělena mezi zadavatele a koncesionáře, a to na základě koncesní smlouvy. Mezi ostatní rizika lze zařadit například: stavební a projekční riziko, riziko lokality, riziko chybných technologií, riziko likvidity, riziko poptávky, riziko zvýhodnění konkurence, politické riziko, vyšší moc, či operační (provozní) riziko.

Koncesní zákon se z velké části věnuje též dohledu nad dodržováním zákona. Jednotlivá ustanovení jsou však téměř identická s ustanoveními dohledu obsaženými v zákoně o veřejných zakázkách. V rámci úpravy námitek je na zákon o veřejných zakázkách přímo odkazováno. V této části proto čtenáře odkazujeme na již vydaný článek [Veřejné zakázky: ochrana proti nesprávnému postupu](#).

Autor pracuje v advokátní kanceláři bnt - pravda & partner, s.r.o.

08.12.2010 09:28, David Fechtner