

DISERTAČNÍ PRÁCE
k získání akademického titulu doktor
v oboru
občanské právo

Mgr. Jan Hrabák
**Koncesní smlouva v komparativním
pohledu**

Školitel: JUDr. Tomáš Louda, CSc.
Datum státní doktorské zkoušky: 9.1.2013
Datum odevzdání práce: 21.1.2013

V Plzni, 2013

OBSAH:

Poděkování konzultantovi disertační práce:	7
Úvodní slovo I.....	8
Cíle disertační práce.....	8
Popis vlastního řešení	9
Namísto úvodního slova II.....	10
KAPITOLA I.	11
1. Koncesní smlouva jako nástroj pro spolupráci veřejného a soukromého sektoru	11
KAPITOLA II.	14
2. Krátce k pojmu, typologii a historii partnerství veřejného a soukromého sektoru. Historie koncesní smlouvy.....	14
KAPITOLA III.	18
3. K pojmu koncesní smlouvy. Koncesní smlouva a PPP v právu Evropské unie	18
3.1. Rozlišení smlouvy na veřejnou zakázku a koncesní smlouvy v judikatuře Soudního dvora.....	27
3.2. Koncesní smlouvy nepodléhající dle evropského práva otevřenému řízení	31
KAPITOLA IV.	35
4. Povaha koncesní smlouvy dle českého právního řádu.....	35
KAPITOLA V.	50
5. Převzetí rizik soukromým partnerem jako jeden z definičních znaků koncesní smlouvy	50
KAPITOLA VI.	54
6. Přístup zákonodárce k úpravě koncesní smlouvy	54

KAPITOLA VII.....	58
7. Náležitosti koncesní smlouvy.....	58
7.1. Náležitosti koncesní smlouvy dle koncesního „soft law“	58
7.1.1. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, přijaté v roce 2001 („UNCITRAL Guide“).	63
7.1.2. EBRD základní principy moderního koncesního práva	64
KAPITOLA VIII.	66
8. Náležitosti koncesní smlouvy dle platné české právní úpravy	66
8.1. Vzorové koncesní smlouvy v České republice	70
8.2. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve vztahu ke koncesní smlouvě.....	71
8.2.1. Živá nádraží Českých drah a jejich zadání mimo režim koncesního zákona	71
8.2.2. Hradec Králové – výstavba parkovacích míst.....	73
8.2.3. Provozování veřejné kanalizace a ČOV v obci Zdiby.....	75
8.2.4. Vybudování a provoz parkovacího systému na území města Znojma	76
8.3. K některým dalším institutům v českém koncesním právu	77
8.3.1. K rejstříku koncesních smluv	81
8.3.2. K dalším institutům českého koncesního zákona	84
8.3.2.1. Rejstřík osob se zákazem plnění koncesních smluv	84
8.3.2.2. Nápravná opatření a neplatnost smluv.....	84
8.3.3. Koncesní smlouva a nový občanský zákoník.....	86
KAPITOLA IX.	91
9. Náležitosti koncesní smlouvy dle cizích právních řádů	91
9.1. Náležitosti koncesní smlouvy dle bulharského práva.....	91

9.2.	Plnění koncesní smlouvy dle bulharského práva.....	93
9.3.	Náležitosti koncesní smlouvy dle rumunského práva.....	95
9.4.	Náležitosti koncesní smlouvy dle polského práva.....	96
9.5.	Náležitosti koncesní smlouvy dle španělského práva.....	99
9.6.	Náležitosti koncesní smlouvy dle francouzského práva.....	106
9.7.	Náležitosti koncesní smlouvy dle portugalské právní úpravy	111
9.8.	Náležitosti koncesní smlouvy dle ruské právní úpravy	113
9.9.	Náležitosti koncesní smlouvy dle slovenského práva.....	114
9.10.	Náležitosti koncesní smlouvy dle anglického práva.....	115
9.11.	Náležitosti koncesní smlouvy dle irského práva.....	116
9.12.	Náležitosti koncesní smlouvy dle litevského práva	117
	KAPITOLA X.....	118
10.	Komparativní shrnutí I.	118
	KAPITOLA XI.	121
11.	K institutu změny koncesní smlouvy	121
11.1.	Změny koncesní smlouvy dle koncesního soft law.....	121
11.2.	Změny koncesní smlouvy dle judikatury Soudního dvora, principy Presstext. Změny koncesní smlouvy dle návrhu Směrnice o udělování koncesí.....	123
11.3.	V krátkosti k rozhodnutí Wall AG aneb rozvedení principů Presstext pro koncesní smlouvy.....	126
11.4.	Změny koncesní smlouvy dle českého práva	133
11.5.	Změny koncesní smlouvy dle bulharského práva.....	134
11.6.	Změny koncesní smlouvy dle polského práva	134
11.7.	Změny koncesní smlouvy dle portugalského práva	135
11.8.	Změny koncesní smlouvy dle francouzského práva	137
11.9.	Změny koncesní smlouvy dle španělského práva.....	138

11.10.	Změny koncesní smlouvy dle anglického práva.....	139
KAPITOLA XII.....		139
12.	Předčasné ukončení koncesní smlouvy	139
12.1.	Právní úprava předčasného ukončení koncesní smlouvy v jiných právních řádech	140
12.2.	Ukončení koncesí dle návrhu Směrnice o udělování koncesí.....	145
KAPITOLA XIII.		146
13.	Komparativní shrnutí II.....	146
13.1.	Shrnutí ve vztahu ke změnám koncesní smlouvy.....	146
13.2.	Úvahy de lege ferenda	148
KAPITOLA XIV.....		151
14.	Právo rozhodné pro koncesní smlouvy. Řešení sporů z koncesních smluv. Ochrana investic.....	151
KAPITOLA XV.		161
15.	Závěr a shrnutí podstatných výsledků práce.....	161
KAPITOLA XV.		166
16.	Seznam použité literatury a dalších zdrojů.....	166
16.1.	Odborné publikace, vysokoškolské učebnice, monografie.....	166
16.1.1.	Zahraniční	166
16.1.2.	České (resp. v českém překladu)	169
16.2.	Rozsudky Soudního dvora, rozhodnutí dalších správních úřadů	173
16.3.	Právní předpisy	175
KAPITOLA XVI.....		179
17.	THE ENGLISH SUMMARY	179
KAPITOLA XVII.		194
18.	RÉSUMÉ EN FRANÇAIS	194

Prohlášení autora disertační práce:

Prohlašuji tímto, že jsem disertační práci na téma „Koncesní smlouva v komparativním pohledu“ zpracoval sám pouze s využitím pramenů v disertační práci uvedených.

V Plzni dne 21. ledna 2013

Mgr. Jan Hrabák

Poděkování konzultantovi disertační práce:

Děkuji tímto vedoucímu katedry veřejné správy Fakulty právnické Západočeské univerzity v Plzni, **JUDr. Tomáši Loudovi, CSc.**, že mi byl v průběhu sepsování této disertační práce a jejího pozdějšího redigování ochotně a obětavě nápomocen svými odbornými připomínkami a radami.

V Plzni dne 21. ledna 2013

Mgr. Jan Hrabák

Úvodní slovo I.

Partnerství veřejného a soukromého sektoru (dále v rámci této práce také jen jako „PPP“) je v současné době velmi používaným pojmem. Vzrůst obliby PPP projektů souvisí zejména s finančními omezeními na straně veřejné správy, s cílem rozvíjet a zlepšit fungování veřejné správy a zefektivnit veřejnou správu poskytnutím know-how soukromého partnera.

Pro soukromého partnera je spolupráce s veřejným sektorem zajímavá především z důvodu **relativní stability veřejného subjektu**.

Když se poprvé setkáme s pojmem partnerství veřejného a soukromého sektoru, jen stěží si uvědomíme, jak rozmanité jsou formy spolupráce, jež mohou vznikat mezi soukromým a veřejným subjektem. V této práci se však nechci věnovat problematice partnerství veřejného a soukromého sektoru v celé její šíři, ale mojí snahou je obsáhnout pouze jeden nástroj realizace PPP projektů, a sice koncesní smlouvu.

Cíle disertační práce

Hlavním cílem, který jsem si kladl při sepsání této disertační práce, byla snaha přehledným způsobem shrnout problematiku úpravy koncesní smlouvy v rámci českého právního řádu, v některých cizích právních řádech.

Zaměřil jsem se na tři základní okruhy problematiky, a sice **pojem a náležitosti koncesní smlouvy, změny koncesní smlouvy a předčasné ukončení koncesní smlouvy**. Významnou část práce představuje i vymezení dělící linie mezi koncesí a veřejnou zakázkou, tak jak toto vymezení vyplývá zejména z judikatury Evropského soudního dvora. Zohledněna je i připravovaná Směrnice o udělování koncesí.

Popis vlastního řešení

Vycházel jsem z právních předpisů a odborné literatury obecně dostupné. Právní předpisy jsem používal většinou v anglickém znění (resp. španělském či francouzském znění). Při studiu a následné analýze jsem si byl vědom možných zkreslujících závěrů plynoucích z toho, že nejsem seznámen s principy příslušného cizího právního řádu. Myslím si však, že případné částečné nepřesnosti, které při psaní z tohoto důvodu mohly vzniknout, nemají zásadní vliv na přínos disertační práce.

Po každé popisné části jsem se pokusil provést nutnou syntézu a vyvození částečných nebo celkových závěrů.

Část této disertační práce byla publikována v odborné publikaci: Louda, T., Grospič, J. et al. Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010 jako kapitola 7, části II pod názvem „Komparativní pohled na právní úpravu koncesí, zejména na náležitosti koncesní smlouvy a možnosti změny již uzavřené koncesní smlouvy“.

Namísto úvodního slova II.

„Právní nejistota se týká definice koncese i použitelného právního režimu. Stávající definice ztěžuje rozlišování mezi koncesemi a veřejnými zakázkami (a rovněž mezi koncesemi na stavební práce a koncesemi na služby).

Mimoto je i nadále nejasný přesný obsah povinností týkajících se transparentnosti a zákazu diskriminace, které vyplývají ze Smlouvy.

Řešení tohoto problému neposkytují ani vnitrostátní právní rámce, jelikož z týchž důvodů nelze snadno zajistit jejich soulad s pravidly EU. Současná situace nejistoty na mnoha úrovních způsobuje značnou ekonomickou neefektivnost a poškozuje zadavatele, hospodářské subjekty a uživatele služeb¹“.

¹ Pracovní dokument útvarů komise – Souhrn posouzení dopadů návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí, KOM(2011) 897 v konečném znění.

KAPITOLA I.

1. Koncesní smlouva jako nástroj pro spolupráci veřejného a soukromého sektoru

[1] Úvodem je třeba uvést, že pojem koncese není v českém právním řádu používán jednotně. Pokud vezmeme zároveň v úvahu okolnost vývoje pojmu koncese v judikatuře Soudního dvora (k tomu srovnej **Kapitolu III.**), můžeme říci, že nejasnost ohledně pojmu koncese v českém právním řádu není až tak překvapující.

[2] Pojem koncese v obecném významu znamená subjektivní právo, výsadu či oprávnění k provozu nějaké činnosti na určitém území. Na vydání koncese (*ve smyslu koncese veřejnoprávní*) není právní nárok. Pokud nějaké oprávnění vzniká na základě koncese, je věcí správního uvážení správního orgánu, zda je přizná, či nikoli. Zákon většinou stanoví určitá hlediska, jakými se má správní orgán při vydávání koncesí řídit².

[3] S pojmem koncese (resp. pojmem koncesovaná živnost) se v českém právu setkáváme také v zákoně č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon, ve znění pozdějších předpisů a odkazy na tuto úpravu i v jiných právních normách.

[4] V rámci této práce se však budu výlučně věnovat koncesi resp. koncesní smlouvě ve smyslu smlouvy, kterou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo provést dílo a kterou se zadavatel zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Lze tedy shrnout, že v rámci dalšího pojednání budeme pod pojmem koncesní smlouvy rozumět takovou smlouvu, kterou vymezuje jednotlivými znaky ustanovení § 16 českého koncesního zákona, v platném znění.

² Srov. Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 216.

[5] Považuji tuto úvodní poznámku za důležitou především proto, že v některých právních řádech může pojem koncese resp. koncesní smlouvy získávat i velmi odlišný obsah³. Úplně na okraj pak jen poznamenám, že pojem koncese se používá i ve spojení tzv. územní koncese⁴. Územní koncese je většinou ústupek nějakého území slabšího státu, který ho podstoupí silnějšímu.

[6] Až do přijetí zákona č. 139/2006 Sb., koncesní zákon, ve znění pozdějších předpisů (zákon nabyl účinnosti 1. července 2006) v českém právu komplexní úprava koncesí a koncesních smluv chyběla.

[7] **Koncesní smlouva** představuje jeden ze základních nástrojů umožňujících realizaci spolupráce veřejného a soukromého sektoru. Koncem minulého století můžeme sledovat nárůst využívání „*public-private-partnership*“ projektů jako **alternativy ke standardnímu pořízení zboží nebo služeb veřejným zadavatelem**⁵. Podle dostupných informací je možno konstatovat, že za koncese lze označit více než 60 % všech zakázek v rámci partnerství veřejného a soukromého sektoru⁶. Jako model, v němž odměnou pro soukromého partnera je právo využívat stavbu nebo službu se souvisejícími finančními riziky, představují koncese vhodný právní rámec pro plnění veřejných úkolů formou partnerství veřejného a soukromého sektoru, a umožňují tudíž vykonat potřebné stavební práce a zajistit poskytování služeb, aniž by zatěžovaly bilanci veřejných financí.

³ Např. pojetí koncesní smlouvy ve Francii. Koncesní smlouvou dává obchodník zvaný koncesionář svůj distribuční podnik do služeb obchodníka nebo průmyslníka- poskytovatele koncese, aby si na určeném území zajistil výhradní distribuci výrobků, na něž je mu poskytnut prodejní monopol. Srov. k tomu: Mestre, J.: Francouzské obchodní právo. Praha: Orac, 1999, s. 188 an.

⁴ Takové území resp. koncese zůstává oficiálně součástí původního státu, ale veškerou moc a suverenitu nad ním má nová silnější mocnost. Nejznámější územní koncesí je město Tchien-ťin (Tiencin), ležící na řece Chaj-che na pobřeží Pochajského zálivu. Více než půku města mělo od konce 19. století do konce první světové války obsazeno mnoho evropských koloniálních mocností.

⁵Srov. např. Yescombe, E.R.: Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance, 2007, s. 3-5.

⁶ Viz Pracovní dokument útvarů komise – Souhrn posouzení dopadů návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí, KOM(2011) 897 v konečném znění.

[8] Při psaní této disertační práce jsem si kladl za cíl především objasnit postavení koncesní smlouvy jako nástroje spolupráce soukromého a veřejného partnera ve srovnávaných právních řádech. Je nepochybné, že poznání právní úpravy v jiných právních řádech nám může pomoci lépe pochopit výhody *public-private-partnership projektů* vůbec a může vést ke zlepšení českého právního prostředí.

[9] V úvodních částech práce (**Kapitola I., Kapitola II.**) nalezneme základní informace o historii partnerství veřejného a soukromého sektoru, vysvětlení pojmu a typologie PPP projektů. V následující kapitole (**Kapitola III.**) se věnuji historii PPP v právu ES resp. EU. V další kapitole (**Kapitola IV.**) se snažím objasnit povahu koncesní smlouvy a její místo v českém právním řádu. V následující části je shrnut princip převzetí rizik jako jeden z hlavních definičních znaků koncesní smlouvy (**Kapitola V.**) V **Kapitole VI.** se seznámíme s legislativními možnostmi při úpravě koncesí a koncesních smluv, tj. buď přijetí samostatného koncesního zákona, nebo upravení koncesní problematiky ve stávajícím zákoně upravujícím veřejné investování (především zákon o veřejných zakázkách).

[10] V **Kapitole VII., VIII. a IX.** se seznámíme s náležitostmi koncesní smlouvy, nejdříve dle českého právního řádu a posléze i dle cizích právních řádů. Po těchto kapitolách následuje krátké komparativní shrnutí I. (**Kapitola X.**).

[11] Jednou z nejaktuálnějších problematik v oblasti práva koncesních smluv je otázka rozsahu a možností jejich změn a otázka možnosti jejich předčasného ukončení. Toto téma představuji v **Kapitole XI. a XII.** Výklad pak ukončuje Komparativní shrnutí II. (**Kapitola XIII.**) a v **Kapitole XIV.** se seznamujeme s právem rozhodným pro koncesní smlouvy, řešením sporů z koncesních smluv a rámcově i s ochranou investic ve vztahu ke koncesním smlouvám.

KAPITOLA II.

2. Krátce k pojmu, typologii a historii partnerství veřejného a soukromého sektoru. Historie koncesní smlouvy.

[12] Ačkoli termín „**public private partnership**“ je novým právním a ekonomickým pojmem, koncept používání soukromého kapitálu pro poskytování veřejných služeb je tradiční. Někteří autoři [Bergére, F.] spojují základy partnerství veřejného a soukromého sektoru již se starým Římem. Zmiňují se např. o koncesích na stavbu pošt⁷. Počátky partnerství veřejného a soukromého sektoru můžeme spatřovat dále ve 14. století ve Velké Británii, kde soukromý partner poskytoval služby údržby silnic a mohl za tyto služby vybírat poplatky⁸. V Anglii se dále objevují koncese na výstavbu silnic v roce 1660. Další koncese typu BOT („*Build-operate-transfer*“) rychle následovaly pro výstavbu a provoz železničních projektů, jak v Anglii, tak i ve Spojených státech. V odvětví vodního hospodářství byla jedna z prvních koncesí udělena v roce 1782 k přívodu vody do Paříže⁹.

[13] Koncesní smlouvy pro výstavbu a financování průplavu mezi Středozezemním mořem a Atlantickým oceánem byly uzavřeny v roce **1666**. V druhé polovině 19. století Francie široce využívala koncese k financování výstavby a provozu infrastrukturních sítí, zejména železničních, tramvajových, vodovodních či elektrických¹⁰. Již v 18. století a začátkem 19. století skupiny „lokálních podnikatelů“ vytvářely společnosti - trusty, jež si půjčovaly finanční prostředky od

⁷ Bergére, F. et al.: Le guide opérationnel des PPP. Paris: Groupe Moniteur, 2010, s. 21 an.

⁸ Viz k tomu Grimsey, D., Lewis, M.: Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure. Northampton: Edward Edgar Publishing, 2004. s. 10 an.

⁹ Srov. k tomu Auriol E., Picard, P.: A Theory of BOT Concession Contracts Crea discussion papers. University of Luxemburg. 2010, s. 1

¹⁰ Srov. Grospič, J., Louda, T. et al.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty, Ústav státu a práva, 2010

privátních investorů na opravy silnic, a dluh splácely poplatky za užívání¹¹. Ve Spojených státech se využívání PPP projektů v oblasti výstavby silnic objevuje již kolem roku 1790¹².

[14] Koncese jsou některými autory považovány za **historickou formu kolektivního vlastnictví**, kdy lokální nebo národní společné přírodní zdroje nebo veřejné vlastnictví je pronajato koncesionáři, který platí v penězích nebo jiných hodnotách po celou dobu trvání koncese¹³.

[15] Rozvoj projektů PPP v minulém století a růst významu PPP projektů v tomto století lze spojovat i s problematikou veřejného dluhu a veřejného financování. Veřejný subjekt tudíž stojí před otázkou, jak zajistit realizaci určité veřejné služby nebo zajistit výstavbu určitého díla, když zjišťuje, že vlastní prostředky veřejného subjektu jsou nedostačující.

[16] PPP projekty se používají např. v oblasti provozování vodovodů a kanalizací, ve výstavbě a provozování dálnic, elektráren, telekomunikační infrastruktury, tunelů, školních budov, letištní infrastruktury, vládních budov, věznic, železnic, parkování, podzemních drah, muzeí, přístavů, zdravotních služeb a odpadového hospodářství¹⁴.

[17] Celkový koncept PPP projektů prošel vývojem v průběhu minulého století. Původně byly projekty PPP chápány především jako cesty, jak čelit rozpočtovým omezením vlád a lokálních municipalit, následně PPP začalo být více chápáno jako „*value for money option*“ (**koncept hodnota za peníze**)¹⁵. Pro tuto

¹¹ Srov. např. Yescombe, E.R.: Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance. London: 2007, s. 3 an.

¹² Viz Kolektiv autorů: Public Sector Decision Making for Public Private Partnership .A Synthesis of Highway Practice. s. 7 an. Dostupné na: http://onlinepubs.trb.org/onlinepubs/nchrp/nchrp_syn_391.pdf. [Citováno dne 5.12.2011]

¹³ Viz k tomu Grahovac, B. East and West European Public Private Partnerships. Public companies in Restructuring and Privatization. Nova Publishers, 2004, s. 53.

¹⁴ Viz Grimsey, D., Lewis, M.: Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004. s 2 an.

¹⁵ Viz Yong, H.K. Public- Private Partnerships Policy and Practice. Rference Guide.London:Commonwealth Secretariat, 2010. s. 10 an.

nejčastěji **dlouhodobou spoluprací** je charakteristická role soukromého partnera, který se účastní různých etap daného projektu (**koncepce, realizace a provoz**), nese **rizika** tradičně zatěžující veřejný sektor a často přispívá na financování projektu¹⁶.

[18] Termín „*public private partnership*“ je obecným označením pro vztahy spolupráce mezi veřejnou správou a soukromým sektorem. Může být představován různou formou spolupráce od **privatizace**, přes **veřejné zakázky, koncesní smlouvy** nebo **smlouvy o pronájmu**¹⁷.

[19] Evropská komise identifikovala čtyři hlavní úlohy soukromého partnera v projektech PPP¹⁸:

1. Poskytnutí **dodatečného kapitálu**;
2. Poskytnutí **alternativního managementu a znalostí**;
3. Poskytnutí **přidané hodnoty spotřebiteli a celé veřejnosti**;
4. Lepší **identifikace potřeb a optimální využití zdrojů**.

[20] PPP je alternativou k pořízení zboží nebo služby veřejným sektorem (prostřednictvím např. veřejných zakázek).¹⁹

[21] Ve světě se můžeme setkat s odlišným názvoslovím kromě pojmu PPP²⁰: **PPI** („*Private Participation in Infrastructure*“), termín používaný např. Světovou bankou. **PSP** („*Private Sector Participation*“), používaný v bankovním sektoru. **P3**, forma používaná v Severní Americe. **PFP** („*Privately Financed Projects*“), termín používaný zejména v Austrálii. **PFI** („*Private Finance Initiative*“), termín původně z Velké Británie, a nyní používaný také v Japonsku a v Malajsii.

[22] Další dělení PPP spočívá v rozlišení **smluvního** a **institucionálního** nebo též **organizačního PPP**²¹. Obecně můžeme říci, že v případě smluvního PPP nedochází k vytváření žádné zvláštní

¹⁶ Viz Interpretací sdělení Komise týkající se uplatňování právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí na institucionalizovaná partnerství veřejného a soukromého sektoru (IPPP), C (2007)6661

¹⁷ Srov. Jurčík, R. Veřejné zakázky a PPP projekty. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008.

¹⁸ Viz European Commission. Guidelines for successful public private partnership. January 2003. S. 4 an.

entity, v rámci níž by se soukromý a veřejný sektor setkával při realizaci PPP projektu. **Smluvní PPP** (zejména PPP v oblasti stavby děl) můžeme dále rozdělit do jednotlivých podtypů v závislosti na rozsahu spoluúčasti soukromého partnera na²²:

- a) **Realizace technického řešení** (označováno zkratkou D z anglického *design*) – tento typ především spočívá v přípravě projektové dokumentace.
- b) **Provedení stavby** (označovaná zkratkou B z anglického *build*) – jde o základní činnost, pokud jde o partnerství vedoucí k zajištění veřejné infrastruktury.
- c) **Financování** (označováno zkratkou F z anglického *finance*) – financování projektu ze strany soukromého partnera.
- d) **Provozování infrastruktury** (označováno zkratkou O z anglického *operation, operate*) – buď nová infrastruktura tj. nově budovaná, nebo stávající infrastruktura je provozována soukromým partnerem.
- e) **Údržba infrastruktury** (označovaná zkratkou M z anglického *maintenance*).
- f) **Převedení vlastnictví** (označované zkratkou T z anglického *transfer*) – spočívá v převedení vlastnického práva k předmětu smlouvy na zadavatele.

[23] V praxi se projekty PPP mohou vyskytnout v **různých kombinacích** (např. DBO, DB, BO, DBFT atp.) prvků výše uvedených. V této práci se zaměřím pouze na jednu formu spolupráce veřejného a soukromého sektoru, a sice na koncesní smlouvu. Koncesní smlouvu můžeme optikou předchozí dělení zařadit do **smluvního PPP**.

¹⁹ Srov. Yescombe, E.R.: Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance. Amsterdam: Elsevier/Butterworth-Heinemann, 2007, s. 3.

²⁰ Srov. Yescombe, E.R.: Public-Private Partnerships: Principles of policy and finance. Amsterdam: Elsevier/Butterworth-Heinemann, 2007, s. 4 an.

²¹ Srov. Grospič, J., Louda, T. et al.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty, Ústav státu a práva, 2010, s. 29

²² Viz např. Grahovac, B.: East and West European Public Private Partnerships: Public companies in restructuring and privatization.

KAPITOLA III.

3. K pojmu koncesní smlouvy. Koncesní smlouva a PPP v právu Evropské unie

[24] Koncesní smlouvu je možné obecně vymezit jako smlouvu, kterou **veřejný subjekt (koncedent²³) pověřuje soukromého partnera (koncesionáře) ve veřejném zájmu poskytováním služeb nebo stavbou díla**, a soukromý subjekt se zavazuje převzít na sebe riziko a brát užitky z provozování plynoucí, a to zásadně od uživatelů příslušné služby nebo stavby. Tato úvodní mnou vymezená definice si nikterak neklade požadavek absolutní přesnosti. Např. v anglickém právu autoři koncesní smlouvu dle mého názoru trefně definují takto: „*Concession contracts are **part of the general set of licenses and permits through which states grant the right to a private organization to undertake a particular public-service activity. Concession contracts differ from other types of legal instruments in that while taking the form of operating licenses, they tend to embed the basic regulatory framework that will guide their evolution as it relates to basic features such as prices, quality, penalties, termination and the like.***”²⁴

[25] Dle mého názoru podstatným pojmem ve vztahu ke koncesní smlouvám je **právě výše zmiňovaný veřejný zájem**. Tento zcela základní pojem však stále není jednoznačný. Veřejný či obecný zájem je chápán v konkrétním státě relativně velmi rozdílně a navíc podléhá značnému vývoji²⁵.

[26] Koncesní smlouva jako způsob organizování určité veřejné služby se v obecném pojetí liší od jednostranného aktu veřejné správy

²³ Z latinského „*concedere*“, poskytnout, povolit.

²⁴ Spiller, P.: AN INSTITUTIONAL THEORY OF PUBLIC CONTRACTS: REGULATORY IMPLICATIONS. Cambridge: NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, 2008, s. 22.

²⁵ Viz Tichý, L. et al.: Evropské právo. Praha: C.H.Beck 2004, s. 602.

v tom, že v sobě obsahuje omezení jednostranné změny podmínek ze strany veřejné správy, a to právě svojí povahou smlouvy. Srov. ovšem některé instituty uvedené v komparativní části práce (jednostranná změna podmínek ze strany veřejné správy je v některých zemích možná s cílem obnovit rovnováhu práv a povinností smluvních stran).

[27] Dle návrhu **směrnice o udělování koncesí**²⁶ pak nejsou koncesí určité státní akty, jako např. autorizace nebo licence, kterými stát stanoví podmínky pro výkon určité činnosti. Obdobně nejsou koncesí určité dohody, jejichž předmětem je právo podnikatele využívat určité veřejné vlastnictví nebo zdroje, jako např. nájemní smlouvy, v nichž veřejná správa pouze stanoví obecné podmínky pro jejich využití, aniž by získávala specifické stavební práce či služby.

[28] Než se budeme věnovat komparaci institutu koncesní smlouvy v rámci právních řádů, projdeme v krátkosti základní východiska právní úpravy v rámci Evropské unie.

[29] V některých odborných statích se můžeme dočíst, že **„postoj unijního práva k využívání PPP je neutrální, tedy, že právo EU využívání PPP ani nezakazuje, ani k němu nezavazuje“**²⁷. Rozumím myšlenku, kterou chtěl autor tímto prezentovat, ale dovolím si s ní nesouhlasit. Ze skutečnosti, že právo EU přímo neupravuje problematiku partnerství veřejného a soukromého sektoru prostřednictvím nařízení (přímo) nebo směrnice²⁸ (nepřímo), nelze dle mého názoru dovozovat jeho neutrální postoj. V tomto mém přesvědčení mě dále utvrzuje i velmi bohatá judikatura Soudního dvora vztahující se k problematice partnerství veřejného a soukromého sektoru, ať již ve formě smluvního nebo institucionálního. Z textu Stanoviska Komise z roku 2005 je patrné, že Komise měla na mysli poněkud jinou skutečnost, a sice že **„Postoj práva Společenství k tomu, zda orgány veřejné**

²⁶ Viz dokument Evropské komise, COM(2011) 897 final. Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 9.12.2012].

²⁷ Viz k tomu Malík, J.: in Grospič, J., Louda, T. et al.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty, Ústav státu a práva, 2010, s. 115

²⁸ Právo EU upravuje pouze tzv. nadlimitní stavební koncese.

správy zajistí hospodářskou činnost samy, či ji svěří třetí straně, je neutrální“. Z posledních dokumentů Evropské unie, a to i z důvodu fiskálních omezení veřejných rozpočtů naopak vyplývá snaha využívání PPP podporovat. Srov. např. dokument Komise **Mobilizace soukromých a veřejných investic pro obnovu a dlouhodobou strukturální změnu: rozvoj partnerství veřejného a soukromého sektoru**²⁹.

[30] Mezi prvními dokumenty, v nichž EU shrnuje svůj přístup ke koncesím jako jedním z nástrojů realizace PPP, má významné místo „**Interpretační sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství**“³⁰, které nám v krátkosti shrnuje přístup EU k právní úpravě koncesí, a které po dlouhou dobu představovalo (kromě judikatury Soudního dvora) jediné shrnutí pohledu evropského práva na institut koncese a koncesní smlouvy. Koncese byly v některých členských státech dlouho používány **zejména k provádění a financování významných projektů infrastruktury, jako jsou železnice a silniční sítě**. Účast soukromého sektoru se od první čtvrtiny 20. století snižovala, protože vlády začaly preferovat svou přímou účast v poskytování a řízení infrastruktury a veřejných služeb³¹. Komise se rozhodla, že se nebude zabývat formami partnerství, jejichž charakteristiky se liší od charakteristik koncese definované v tomto interpretačním sdělení³².

[31] **Ve Smlouvě o fungování Evropské unie, ve znění Lisabonské smlouvy nejsou koncese definovány**. V čl. 106 se pouze stanovuje opatření pro veřejné podniky a podniky, kterým členské státy přiznávají zvláštní nebo výlučná práva, kde se členským státům zakazuje přijmout nebo ponechat v platnosti opatření odporující evropskému právu. V čl. 106 odst. 2 se dále upravuje obecné pravidlo

²⁹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:CS:PDF>
[Citováno dne 5.12.2012]

³⁰ 2000/C 121/02, Commission interpretative communication on concessions under Community law.

³¹ Viz tamtéž.

³² Viz tamtéž.

pro podniky pověřené poskytováním služeb obecného hospodářského zájmu.

[32] Jediná definice, kterou lze nalézt v sekundárním právu Společenství, se nachází ve Směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve znění pozdějších předpisů, která uvádí konkrétní pravidla pro **nadlimitní koncese na stavební práce**. Jiné formy koncesí však nespadají do oblasti působnosti směrnic o veřejných zakázkách. Avšak to neznamená, že koncese nepodléhají pravidlům a zásadám Smlouvy. Právě naopak, pokud tyto koncese vycházejí z aktů státu, jejichž účelem je zajišťování hospodářských činností nebo dodávání zboží, podléhají příslušným ustanovením Smlouvy o fungování EU a zásadám odvozeným z judikatury Soudního dvora³³.

[33] Následně po vydání interpretačního sdělení (viz výše) Komise zahájila veřejnou diskusi, jejímž výsledkem byla tzv. **Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu společenství o veřejných zakázkách a koncesích**³⁴. V tomto dokumentu se dočteme, že *„pojem partnerství veřejného a soukromého sektoru („PPP“) není na úrovni Společenství právně definován. Tímto pojmem se obecně označují formy spolupráce mezi orgány veřejné správy a podnikatelským sektorem za účelem zajištění financování, výstavby, obnovení, správy či údržby veřejné infrastruktury nebo poskytování veřejné služby“*.

[34] V souladu se závěry obsaženými v **Zelené knize o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu společenství o veřejných zakázkách a koncesích**, můžeme shrnout, že PPP jsou dle práva EU obvykle charakterizována následujícími prvky:

³³ Viz tamtéž.

³⁴ COM (2004) 327 konečné znění, dostupné na: www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/.../Zelena_kniha_PPP_ceskypreklad.doc [Citováno dne 5.12.2011]

[35] **Relativně dlouhodobým trváním vztahu** týkajícího se spolupráce mezi veřejnoprávním a soukromým partnerem na různých aspektech plánovaného projektu.

[36] **Metodou financování projektu - částečně soukromým sektorem** - někdy prostřednictvím složitých dohod mezi různými stranami.

[37] **Významnou úlohou soukromého partnera**, který se účastní různých fází projektu (*návrh, vyhotovení, provedení, financování*). Veřejnoprávní partner se soustředí hlavně na definování cílů, které je nutné z hlediska veřejného zájmu, kvality poskytovaných služeb a cenové politiky dosáhnout, a přebírá odpovědnost za dohled nad jejich dodržením.

[38] **Rozdělením rizik mezi veřejnoprávního partnera (koncedenta) a soukromého partnera (koncesionáře)**, na něhož jsou přenesena rizika obvykle nesená veřejným sektorem. PPP však nemusí nutně znamenat, že by soukromý partner nesl veškerá rizika spojená s projektem či jejich podstatnou část. Konkrétní rozdělení rizika se určuje případ od případu podle možnosti zúčastněných stran toto riziko vyhodnotit, kontrolovat jej a vyrovnat se s ním.

[39] Zelená kniha³⁵ obdobně jako právní teorie rozlišuje mezi **PPP čistě smluvní povahy**, u nichž je partnerství mezi veřejnoprávním a soukromým sektorem založeno výlučně na smluvním spojení, a **PPP institucionální povahy** zahrnující spolupráci mezi veřejnoprávním a soukromým sektorem v rámci zvláštního subjektu.

[40] „**Čistě smluvní PPP**“ se dle závěrů uvedených v Zelené knize³⁶ vztahuje „**na partnerství založené výlučně prostřednictvím smluvních spojení mezi různými stranami**“. Zahrnuje především smluvní uspořádání, v jejichž rámci jsou jeden popř. více úkolů menšího či většího rozsahu zadány soukromému partnerovi, a které

³⁵ Viz COM (2004) 327 konečné znění. Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 7.12.2012].

³⁶ Viz COM (2004) 327 konečné znění. Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 5.12.2011]

mohou zahrnovat plánování, financování, vyhotovení díla, renovaci a pobírání užitků z veřejného díla či veřejné služby. Jedním z nejčastějších modelů je pak „**model koncesní**“. Tento model je charakterizován **přímým spojením, které existuje mezi soukromým partnerem a konečným uživatelem: soukromý partner poskytuje veřejnosti službu „namísto“ avšak za kontroly veřejnoprávního partnera.** Jiným jejím charakteristickým znakem je metoda odměňování společného smluvního partnera, která zahrnuje **poplatky uložené uživatelům služby,** jež mohou být v případě nutnosti doplněny dotacemi orgánů veřejné správy.

[41] V roce 2005 po veřejné diskuzi Komise vydala **Stanovisko o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o zadávání veřejných zakázek a koncesích**³⁷. V úvodu tohoto stanoviska se mj. dočteme o důvodech jeho vydání: *„Orgány veřejné správy na všech úrovních mají stále větší zájem o spolupráci se soukromým sektorem při zajišťování infrastruktury nebo služeb. Zájem o tuto spolupráci, obecně označovanou jako partnerství veřejného a soukromého sektoru (PPP), vyplývá částečně ze skutečnosti, že by orgány veřejné správy mohly využít know-how soukromého sektoru, zejména pro zvýšení efektivity, a z části je dán omezeními veřejných rozpočtů. Partnerství veřejného a soukromého sektoru však nejsou zázračným řešením: u každého projektu je nutno posoudit, zda partnerství skutečně přidává hodnotu konkrétní službě nebo veřejným pracím ve srovnání s ostatními možnostmi, například s tradičním uzavřením smlouvy“.*

[42] Jak ve stanovisku z roku 2005³⁸ Komise dále uvádí, *„hlavním účelem práva Společenství o zadávání veřejných zakázek a koncesích je vytvořit vnitřní trh, kde je zajištěn volný pohyb zboží a služeb a právo usazování, kde jsou respektovány základní zásady rovného zacházení, průhlednosti a vzájemného uznávání a kde je*

³⁷ KOM(2005) 569 v konečném znění. Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 5.12.2012]

³⁸ KOM(2005) 569 v konečném znění

zajištěno získání hodnoty za vynaložené peníze v případech, kdy orgány veřejné správy nakupují výrobky nebo pověří třetí strany poskytováním služeb či prací“.

[43] Ačkoli však Komise v roce 2005 **neshledala důvod pro změnu úpravy v oblasti koncesí a koncesních smluv**, ve svém stanovisku si ponechala **otevřenou cestu** v případě nutnosti úpravy koncesí v budoucnu, když mj. uvedla: „*Cílem tohoto sdělení však není uzavřít debatu o partnerstvích veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o zadávání veřejných zakázek a koncesích. Zkušeností s partnerstvími veřejného a soukromého sektoru je stále více“.*

[44] Potenciál legislativní iniciativy týkající se koncesních smluv, pokud jde o vytvoření podpůrného rámce EU pro partnerství veřejného a soukromého sektoru, byl zdůrazněn již ve sdělení Komise z roku 2009 s názvem **Mobilizace soukromých a veřejných investic pro obnovu a dlouhodobou strukturální změnu: rozvoj partnerství veřejného a soukromého sektoru**³⁹.

[45] Komise oznámila záměr přijmout legislativní iniciativu týkající se koncesí již ve svém sdělení s názvem Akt o jednotném trhu – Dvanáct nástrojů k **podnícení hospodářského růstu a posílení důvěry** ze dne 13. dubna 2011⁴⁰.

[46] Další legislativní iniciativa Komise na sebe nenechala dlouho čekat a koncem roku 2011 (**20.12.2011**) byl přijat **návrh Směrnice Evropského parlamentu a Rady**⁴¹ **o udělování koncesí**.

[47] Udělování koncesí na stavební práce se v současnosti řídí jen omezeným počtem sekundárních právních předpisů, **zatímco na koncese na služby se vztahují pouze obecné zásady Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU)**. Tento nedostatek má za následek vážné narušení vnitřního trhu, protože především omezuje

³⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:CS:PDF>

⁴⁰ KOM(2011) 206 v konečném znění.

⁴¹ Viz dokument Evropské komise, COM(2011) 897 final. Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 5.12.2011]

přístup evropských společností (především malých a středních podniků) k hospodářským příležitostem, které koncesní smlouvy skýtají. Nedostatek právní jistoty pro soukromé partnery (ale i pro zadavatele samotné) vede rovněž k **neefektivnosti**. V situaci významných rozpočtových omezení a hospodářských potíží v mnoha členských státech EU má účinná alokace veřejných finančních prostředků zvláštní význam. **Náležitý právní rámec pro udělování koncesí** podpoří veřejné a soukromé investice do infrastruktury a strategických služeb s co nejlepším poměrem kvality a ceny⁴².

[48] Hlavním cílem návrhu směrnice je **objasnit právní rámec vztahující se na udělování koncesí**, ale také jasně vymezit oblast působnosti tohoto rámce. Konkrétní povinnosti v oblasti koncesí zvýší právní jistotu na jedné straně tím, že veřejní zadavatelé a soukromí partneři budou mít k dispozici **jasná pravidla** zohledňující zásady Smlouvy o fungování EU v souvislosti s udělováním koncesí, a na druhé straně tím, že hospodářským subjektům budou poskytnuty určité základní **záruky**, pokud jde o koncesní řízení.

[49] **K některým dalším principům navrhované právní úpravy můžeme uvést následující:** Právo užívat stavbu nebo služby znamená přenesení značného operačního rizika na koncesionáře. Má se za to, že koncesionář převzal značné operační riziko⁴³, **pokud mu není zaručena návratnost vynaložených investic** nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese.

[50] Toto **ekonomické riziko koncesionáře** může spočívat buď: v **riziku** spojeném s užíváním stavby nebo poptávkou po poskytování služby; nebo v **riziku spojeném s dostupností infrastruktury** poskytované koncesionářem nebo používané k poskytování služeb uživatelům.

⁴² Viz dokument Evropské komise, COM (2011) 897 final. Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 5.12.2012]

⁴³ Viz článek 2 odst. 2 Návrhu směrnice o udělování koncesí.

[51] **Koncese udělené přidruženému podniku v návrhu Směrnice o udělování koncesí.** Přidruženým podnikem se rozumí podnik, jehož roční účetní závěrky jsou konsolidovány s ročními účetními závěrkami zadavatele v souladu s požadavky sedmé směrnice Rady 83/349/EHS. V případě subjektů, na něž se výše uvedená směrnice nevztahuje, se „přidruženým podnikem“ rozumí jakýkoli podnik, který:

- a) může přímo nebo nepřímo podléhat dominantnímu vlivu zadavatele ve smyslu čl. 4 odst. 2 této směrnice;
- b) může vykonávat dominantní vliv nad zadavatelem;
- c) společně se zadavatelem podléhá dominantnímu vlivu jiného podniku na základě vlastnictví, finanční účasti nebo pravidel, jimiž se řídí.

[52] Návrh směrnice přichází mj. i s novým institutem tzv. **smíšených koncesí**⁴⁴, za něž se považují smlouvy, jejichž předmětem jsou služby i dodávky, pokud hlavním předmětem dotyčné smlouvy jsou služby a jedná se o koncese. Dle článku 19 návrhu směrnice koncese, která má zahrnout více činností, se řídí pravidly vztahujícími se na činnost, na kterou je především určena.

[53] Můžeme obecně říci, že návrh nové směrnice o udělování koncesí upravuje takové otázky, jako jsou **pravidla pro udělování koncesí** (zveřejňování, transparentnost, průběh řízení), dále pravidla týkající se **plnění koncesí, změny koncesí** v době jejich platnosti⁴⁵, až po předčasné **ukončování** koncesních smluv.

[54] Záměrem evropského zákonodárce tedy je pojmout **celý životní cyklus koncesí resp. koncesních smluv**, přičemž je především veden snahou zlepšit právní jistotu v oblasti koncesních smluv pro soukromého i veřejného partnera. O jednotlivých připravovaných změnách se zmíníme v příslušných kapitolách této práce.

⁴⁴ Viz čl. 18 návrhu Směrnice o udělování koncesí (KOM/2011/897 v konečném znění - 2011/0437 (COD). Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 15.12.2012].

⁴⁵ Viz příslušná část této práce.

3.1. Rozlišení smlouvy na veřejnou zakázku a koncesní smlouvy v judikatuře Soudního dvora

[55] Dříve než začneme blíže poznávat institut koncesní smlouvy, považuji za vhodné vysvětlit rozdíl mezi smlouvou na veřejnou zakázku a smlouvou koncesní. Při rozlišování institutu veřejné zakázky (a smlouvy na veřejnou zakázku) od institutu koncese (a koncesní smlouvy) Soudní dvůr ve své rozhodovací činnosti používá dvě základní kritéria, pomocí nichž vytvořil poměrně přehlednou „soustavu pravidel – „testů“, **jak odlišit veřejnou zakázku a koncesi**“.

[56] **Prvním kritériem pro určení, že jde o koncesi, je neexistence přímé odměny** ze strany zadavatele resp. oprávnění koncesionáře brát si užitky od uživatelů služby resp. díla.

[57] **Druhým kritériem je pak převzetí rizika** ze strany soukromého partnera.

[58] Tato kritéria v průběhu času byla v rozhodovací činnosti Soudního dvora **zpřesňována**, doplňována a tudíž se nyní pokusím představit aktuální pohled Soudního dvora na dělící linii veřejné zakázky a koncese.

[59] Ustálená rozhodovací praxe Soudního dvora spočívá především na těchto základních předpokladech:

- a) o **koncesi na služby** se jedná tehdy, pokud sjednaný způsob **odměny tkví v právu poskytovatele poskytovat vlastní službu, a předpokládá, že poskytovatel na sebe bere riziko spojené s poskytováním dotčených služeb**⁴⁶.
- b) Pro kvalifikaci, zda se jedná o veřejnou zakázku, nebo o koncesi na služby naopak není rozhodující okolnost, zda poskytování služeb

⁴⁶ Viz rozsudek ve věci C-324/98, Telaustria a Telefonadress, bod 58, jakož i rozsudek ve věci C-458/03, Parking Brixen, (bod 40). Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 15.12.2012]

nabízených poskytovatelem může případně z jeho strany vyžadovat značnou míru **autonomie**⁴⁷.

- c) Ani **dlouhá doba platnosti** ani **značné počáteční investice** nelze použít samy o sobě jako kritérium pro odlišení veřejných zakázek a koncesí⁴⁸.
- d) **Neexistence přímé odměny** poskytovatele služeb má za následek, že poskytovatel na sebe bere riziko provozování dotčených služeb, a charakterizuje tak koncesi na veřejné služby.
- e) Existence **přímé odměny**⁴⁹ poskytovateli služeb ze strany **dotčeného orgánu veřejné moci** nutně **neimplikuje existenci veřejné zakázky na služby**. Tato skutečnost vysvětluje, proč Soudní dvůr v rozsudcích ve věci *Contse a další*⁵⁰, *Komise v. Itálie*⁵¹, jakož i ve věci *Hans & Christophorus Oymanns*⁵² **zkoumal, zda mohou dotčené smlouvy představovat koncese na služby, přestože poskytovatelé služeb byli dotčenými orgány veřejné moci odměňováni přímo**.
- f) V rozsudku *Eurawasser*⁵³ se Soudní dvůr vrátil ke **kritériu neexistence přímé odměny**, přičemž vysvětlil, že skutečnost, že poskytovatel služeb je odměňován platbami pocházejícími od třetích osob, představuje jednu z forem, kterou může mít výkon práva využívat služby, jež bylo přiznáno poskytovateli služeb.

⁴⁷ Viz bod 44 rozsudku Soudního dvora ve věci C-382/05, *Komise v. Itálie*.

⁴⁸ Viz tamtéž bod 42.

⁴⁹ Viz též Stanovisko generálního advokáta Jána Mazáka přednesené dne 9. září 2010 ve věci C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* proti *Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*

⁵⁰ Viz rozhodnutí ve věci C-234/03: *Conte SA, Visiol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional*.

⁵¹ Viz rozhodnutí ve věci C-382/05, *Komise v. Itálie*.

⁵² Viz rozhodnutí ve věci C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v. AOK Rheinland/Hamburg*

⁵³ Viz rozhodnutí ve věci C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v. Eurawasser Aufbereitungs*.

- g) Není důvodné, aby **riziko nesené poskytovatelem služby, potřebné pro existenci koncese**, muselo být „celkově značné“, nýbrž stačí, představuje-li alespoň „**významný rozsah**“ rizika, **které by v každém případě nesl samotný zadavatel**, pokud by sám poskytoval dotčenou službu. Vzhledem k tomu, že riziko je zahrnuto v hospodářském provozování služby⁵⁴, Soudní dvůr zaujal postoj, že jeho převzetí poskytovatelem znamená, že smlouva uzavřená se zadavatelem odpovídá **pojmu koncese na služby**.
- h) [V] případech, v **nichž veřejnoprávní podmínky, kterým podléhá hospodářské a finanční provozování služby, omezují hospodářská rizika na minimum, musí být nadále veřejnoprávním zadavatelům dovoleno, aby zajistily poskytování služby prostřednictvím koncese**, pokud mají za to, že tato smluvní forma je nejvhodnější pro zajištění veřejné služby⁵⁵.
- i) Bylo by proto **absurdní žádat vytvoření přísnějších podmínek, než jsou podmínky, které v tomto odvětví existují na základě právní úpravy na něj použitelné, pouze za tím účelem, aby byl k dispozici dostatečný rozsah převoditelného rizika pro odůvodnění právní kvalifikace veřejnoprávní smlouvy jako koncese na služby**⁵⁶. Určující naopak je, že došlo k významnému převodu rizika zahrnutého v provozování služby, ať je toto riziko celkově jakékoli, tedy samo o sobě⁵⁷.
- j) **Odměna za plnění ze strany třetích subjektů** byla určujícím kritériem pro kvalifikaci právního úkonu jako koncese na služby,

⁵⁴ Viz C-206/08, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha). v. Eurawasser Aufbereitungs uvedený rozsudek Eurawasser, bod 66.

⁵⁵ Viz Stanovisko Generálního advokáta Pedra Cruz Villalóna ve věci C-348/10, SIA „Norma-A“, SIA „Dekom“, bod 51.

⁵⁶ Viz výše uvedený rozsudek Eurawasser, body 72 až 76.

⁵⁷ Viz bod 51 Stanoviska generálního advokáta Pedra Cruz Villalóna ve věci C-348/10, SIA „Norma-A“, SIA „Dekom“.

jelikož předpokládá, že riziko využívání služby je neseno úspěšným uchazečem. Občas, jak upozornil generální advokát Mazák ve svém stanovisku ve věci Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler⁵⁸, dokonce **pouze nepřímá povaha odměny sama o sobě Soudnímu dvoru stačila k učinění závěru, že zkoumaný právní úkon představuje koncesi na služby.**

- k) Podle názoru generálního advokáta Cruze Villalóna⁵⁹ je však opravdu určující **skutečnost převzetí rizika**. Vyplývá to ze skutečnosti, že **přímá odměna** za poskytování ze strany zadavatele neznamena, že se nutně a v každém případě zabýváme zakázkou na služby. Důvod, jak rovněž upozornil generální advokát Mazák v uvedeném stanovisku⁶⁰, spočívá v tom, že Soudní dvůr začal určovat „**podpurná kritéria**“, která v případě přímé odměny umožní dospět k závěru, že poskytovatel služby převzal provozní riziko s nimi spojené, přičemž toto převzetí rizika vede v konečném důsledku ke kvalifikaci právního úkonu jako koncese navzdory přímé odměně.
- l) Naproti tomu **rizika související se špatnou správou nebo s nesprávným posouzením hospodářského subjektu nejsou určující pro kvalifikaci smlouvy jako veřejné zakázky nebo koncese na služby, neboť se jedná o rizika vlastní každé smlouvě obecně**⁶¹.

⁵⁸ Stanovisko generálního advokáta Jána Mazáka přednesené dne 9. září 2010 ve věci C-274/09: Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau.

⁵⁹ Stanovisko generálního advokáta - Cruz Villalón - 7 července 2011, ve věci C-348/10 Norma-A SIA a Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions.

⁶⁰ Tamtéž, body 28 a 29.

⁶¹ Rozsudek ve věci C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, bod 38.

3.2. Koncesní smlouvy nepodléhající dle evropského práva otevřenému řízení

[60] Rozlišujeme dva základní typy koncesí, které dle evropského práva nejsou spojeny s povinným otevřeným řízením. Zaprvé jde o koncese **podlimitní** a **koncese na služby obecně**. Evropské právo totiž v současné době upravuje jen nadlimitní stavební koncese. U ostatních evropská judikatura dospívá k nutnosti určitých požadavků na jejich otevřenost⁶². Zadruhé pak jde o **koncese, u kterých je specifický vztah mezi zadavatelem a koncesionářem**.

[61] Podle ustálené judikatury nemusí veřejný zadavatel zahájit zadávací řízení veřejné zakázky, pokud nad subjektem, jemuž je zakázka zadávána, vykonává **obdobnou kontrolu, jakou vykonává nad svými organizačními složkami**, a tento subjekt s veřejným zadavatelem nebo zadavateli, kteří jej vlastní, uskutečňuje převážnou část své činnosti⁶³.

[62] V souladu s judikaturou Soudního dvora nemá otázka, zda se jedná o **koncesi na služby nebo o veřejnou zakázku** na služby žádný vliv, neboť se výjimka z užití pravidel unijního práva, pokud jsou dány podmínky výkonu „obdobné kontroly“, užije stejně⁶⁴.

[63] „**Obdobná kontrola**“ je dána, pokud je předmětný subjekt podřízen kontrole umožňující veřejnému zadavateli ovlivnit jeho rozhodnutí. Musí se jednat o možnost rozhodujícího vlivu jak nad **strategickými cíli**, tak nad **důležitými rozhodnutími** tohoto subjektu⁶⁵. Jinými slovy musí být veřejný zadavatel s to nad tímto subjektem **vykonávat strukturální a funkční kontrolu**⁶⁶. Soudní dvůr rovněž vyžaduje, aby tato kontrola byla **účinná**⁶⁷.

⁶² Srov. i Interpretální sdělení Komise o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (2006/C 179/02).

⁶³ Viz rozsudek ve věci C-107/98, Teckal, bod 50.

⁶⁴ V tomto smyslu viz rozsudek ve věci C-573/07, Sea, body 31 až 40.

⁶⁵ Viz rozsudky ve věci C-458/03, Parking Brixen, bod 65; ve věci C-324/07, Coditel Brabant, bod 28.

⁶⁶ Viz rozsudek ve věci C-371/05, Komise v. Itálie, bod 26.

⁶⁷ Viz rozsudek ve věci C-324/07, Coditel Brabant, bod 46.

[64] V případě využití **subjektu společně vlastněného několika veřejnými orgány** může být „obdobná kontrola“ vykonávána **společně těmito orgány**, aniž by bylo nezbytné, aby byla vykonávána jednotlivě každým z nich⁶⁸.

[65] V případě, že se **veřejný orgán stane menšinovým akcionářem akciové společnosti s výhradně veřejnou kapitálovou účastí**, za účelem zadání řízení veřejné služby například formou uzavření koncesní smlouvy této společnosti, pak kontrola, kterou nad ní orgány veřejné správy, které jsou členy této společnosti, vykonávají, může být kvalifikována jako obdobná kontrole, kterou vykonávají nad svými vlastními organizačními složkami, je-li těmito orgány vykonávána **společně**⁶⁹.

[66] Postavení veřejného zadavatele v subjektu, jemuž je zakázka zadávána a který je ve společném vlastnictví, nezajišťující jakoukoli možnost podílet se na kontrole tohoto subjektu by totiž otvíralo **možnost k obcházení užití pravidel unijního práva v oblasti veřejných zakázek a koncesí na služby**, neboť čistě formální účast na takovémto subjektu nebo na společném orgánu zajišťujícím jeho řízení by zbavovala tohoto veřejného zadavatele povinnosti zahájit nabídkové řízení podle pravidel unijního práva, ačkoli by se posledně uvedený zadavatel nijak neúčastnil výkonu „obdobné kontroly“ nad tímto subjektem⁷⁰.

[67] Pokud několik veřejných orgánů v postavení veřejného zadavatele **společně zřídí subjekt pověřený plněním jejich úkolů v oblasti veřejných služeb** nebo pokud veřejný orgán do takovéhoho subjektu vstoupí, je podmínka stanovená judikaturou Soudního dvora Evropské unie, podle níž musí tyto orgány, aby byly osvobozeny od své povinnosti zahájit veřejné zadávací řízení podle pravidel unijního práva, společně nad tímto subjektem **vykonávat kontrolu obdobnou**

⁶⁸ (v tomto smyslu viz výše uvedené rozsudky Coditel Brabant, body 47 a 50, jakož i Sea, bod 59).

⁶⁹ (výše uvedený rozsudek Sea, bod 63)

⁷⁰ Viz rozsudek ve spojených věcech C-182/11 a C-183/11, Econord SpA, bod 36.

té, kterou vykonávají nad vlastními organizačními složkami, splněna, pokud má každý z těchto orgánů podíl jak na základním kapitálu, tak v řídicích orgánech uvedeného subjektu.⁷¹

[68] Srovnej i nedávný rozsudek ve věci C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, kde se uvádí: „[U]nijní právo v oblasti veřejných zakázek brání vnitrostátní právní úpravě, která dovoluje, aby byla bez výzvy k účasti v soutěži uzavřena smlouva, na jejímž základě mezi sebou veřejnoprávní entity zavádějí spolupráci, jestliže – a to přísluší ověřit předkládajícímu soudu – předmětem takové smlouvy není zajistit **plnění úkolu v rámci veřejných služeb, který je těmto entitám společný**, jestliže se neřídí pouze ohledy a požadavky souvisejícími se sledováním cílů ve veřejném zájmu nebo jestliže může soukromoprávnímu poskytovateli zajistit výhodnější postavení ve vztahu k jeho konkurentům“.

[69] Návrh směrnice o udělování koncesí⁷² upravuje v čl. 15 pod rubrikou „**Vztahy mezi orgány veřejné správy**“ specifické případy koncesí, které nevyžadují otevřené řízení. Koncese udělená veřejným zadavatelem jiné právnické osobě nespadá do oblasti působnosti této směrnice, jsou-li splněny tyto kumulativní podmínky:

- a) veřejný zadavatel nebo zadavatel **ovládá dotyčnou právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky;**
- b) **nejméně 90 % činností** této právnické osoby je vykonáváno pro ovládajícího veřejného zadavatele nebo zadavatele nebo pro jiné právnické osoby ovládané tímto veřejným zadavatelem nebo zadavatelem;
- c) v ovládané právnické osobě **nemá účast žádný soukromý subjekt.**

⁷¹ Viz rozsudek ve spojených věcech C-182/11 a C-183/11, Econord SpA, výroková část rozsudku.

⁷² Viz KOM(2011) 897 v konečném znění. Dostupné zde: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:CS:PDF> [citováno dne 13.1.2013].

Má se za to, že veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky, má-li rozhodující vliv na **strategické cíle i významná rozhodnutí ovládané právnické osoby**. Výjimky stanovené v tomto článku přestávají platit okamžikem vstupu soukromého subjektu, v důsledku čehož je třeba otevřít stávající koncese soutěži prostřednictvím řádných koncesních řízení.

KAPITOLA IV.

4. Povaha koncesní smlouvy dle českého právního řádu

[70] Právním důvodem vzniku závazků jsou **různé právní skutečnosti**⁷³. Smlouva je právní úkon, a to zpravidla právní úkon dvoustranný. Jak uvádí odborná literatura charakteristika smluv jako dvoustranných právních úkonů je v nauce ustálená a většinová. Přesnější by však bylo používat pojem **právní úkon dvou stran**⁷⁴. Nový občanský zákoník tj. zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, u něhož předpokládáme nabytí účinnosti dnem 1. ledna 2014 stanovuje⁷⁵, že: „*Smlouvou projevují strany zříditi mezi sebou závazek a řídit se obsahem smlouvy*“.

[71] Smluvní právo obecně stojí na některých základních zásadách, jedná se především o **zásadu smluvní svobody**. Princip smluvní svobody se projevuje ve dvou směrech. Za prvé ve svobodě každého rozhodnout se, zda a s kým smlouvu uzavře, za druhé pak ve svobodě určit obsah této smlouvy⁷⁶.

[72] Zásadním znakem „*smluv mezi soukromými partnery*“ je „*lex contractus*“ a z toho plynoucí smluvní svoboda. V případě, že jsou smluvní strany vystaveny nepředvídaným okolnostem, pak se dohodnou na změně „*obsahu smlouvy*“ bez nutnosti náročné „*renegociace*“. Koncesní smlouva, která spadá do kategorie smluv s veřejným partnerem, je charakterizovaná formalizovanými, standardními, byrokratickými a přísnými procedurami⁷⁷.

⁷³ Viz např. Fiala, J. et al.: Občanské právo hmotné. Nakladatelství Doplněk. Brno. 1993. s. 181

⁷⁴ Viz Zuklínová, M. Smlouva. Praha: Academia, 1985, s. 70 an.

⁷⁵ Viz § 1724 an.

⁷⁶ Viz Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol. Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 4. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 10 an.

⁷⁷ Srov. např. Spiller, P.: AN INSTITUTIONAL THEORY OF PUBLIC CONTRACTS: REGULATORY IMPLICATIONS. Cambridge: NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, 2008, s. 1.

[73] Již před přijetím koncesního zákona jsme se mohli s problematikou **koncesí** v českém právním řádu setkat:

[74] V zákoně č. **13/1997** Sb., o pozemních komunikacích, s účinností od 1. 4. 1997, a to v jeho části čtvrté, nazvané „**Převedení výkonu některých práv a povinností státu v souvislosti s výstavbou, provozováním a údržbou dálnice**“. Jednalo se v podstatě o účelovou úpravu v souvislosti s přípravou projektu dálnice D 47. Dále prostřednictvím novelizace zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, provedené zákonem č. 60/2005 Sb. s účinností od 8. února 2005, a to tím, že do textu zákona byly vloženy § 9a (koncese na stavební práce) a § 9b (koncese na služby) a zejména část čtvrtá, nazvaná „**Udělování koncesí**“ - § 71a až § 71g.

[75] Ještě před přijetím koncesního zákona se v odborné literatuře občas objevovaly zmínky o koncesní smlouvě⁷⁸. Jak uvádí Černá, S.: „Tento typ právních aktů lze definovat jako smlouvu, v níž osoba veřejného práva svěřuje výkon veřejné služby či realizaci veřejných prací soukromé osobě, přičemž úhrada za sjednané plnění je poskytována formou poplatků hrazených uživateli. Veřejnou osobou (**koncedentem**) může být buď stát reprezentovaný svými orgány, nebo obce, které nesou odpovědnost za zajišťování veřejných služeb, popřípadě výstavbu veřejných zařízení sloužících k jejich poskytování. Koncesionářem je soukromá osoba - v současné době nejčastěji kapitálová obchodní společnost- která za úplatu poskytuje služby a provádí nebytnou výstavbu. Tyto činnosti pak vykonává vlastním jménem (a vlastním nákladem) nikoli jménem veřejnoprávní korporace. Na získání „koncese“ není právní nárok, takže volba koncesionáře je věcí uvážení koncedenta⁷⁹. Smlouva koncesního typu má podobu aktu spojujícího dohodu, v níž strany konstatují shodu pro

⁷⁸ Viz např. Černá, S.: K možnostem využití smluv koncesního typu. Správní právo, č. 8, 1991, s. 499 an.

⁷⁹ Pojem koncedent používám v rámci této práce spolu s pojmem zadavatele pro označení veřejného subjektu, který rozhodl o zahájení koncesního řízení, a nakonec uzavírá koncesní smlouvu. Oba pojmy zde používám *promiscue*.

udělení a výkon „koncese“ a současně dodací podmínky, které unilaterálně stanoví koncedent⁸⁰“.

[76] Koncesní smlouva a její náležitosti jsou **upraveny zvláštním zákonem** tj. zákonem č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů. V otázkách neupravených koncesním zákonem se koncesní smlouva řídí obchodním zákoníkem. **Koncesní smlouva dle koncesního zákona je tedy dvoustranným právním úkonem uzavřeným subjekty v rovnoprávném postavení⁸¹.**

[77] V odborné literatuře se lze setkat s názorem (s kterým se ztotožňuji) a sice, že koncesní smlouva **není samostatným smluvním typem**, a že koncesní smlouvou může být i kupní smlouva, smlouva o dílo, pokud splňuje uvedené obsahové náležitosti⁸² (koncesní smlouvy – *pozn. autora*). Koncesní smlouva má **charakter smíšené smlouvy**, tj. že se sestává z více smluvních typů. Vznik koncesní smlouvy, možnost odstoupení od koncesní smlouvy, náhrada škody a další obecné předpoklady koncesní smlouvy se řídí **obchodním zákoníkem**.

[78] Koncesní smlouva je bezpochyby **smlouvou na plnění⁸³**. Koncesní smlouva je dále **smlouvou konsenzuální**, neboť při standardně uzavírané koncesní smlouvě nebude obvykle poskytnutí věci podmínkou jejich vzniku. Koncesní smlouva dále spadá do kategorie **smluv úplatných (onerózních)**, i když jistým specifíkem většinou bude poskytování plnění nikoli druhou stranou, ale

⁸⁰ Viz např. Černá, S.: K možnostem využití smluv koncesního typu. Správní právo, č. 8, 1991, s. 499 an.

⁸¹ Srov. k tomu Jurčík, R. Partnerství mezi soukromým a veřejným sektorem (veřejné zakázky, kvazikoncese a koncese) – úvahy de lege lata a de lege ferenda ve vztahu ke zjednodušení právní úpravy a zvýšení účinnosti neziskového řízení, in Veřejné zakázky a PPP projekty- potřebnost změny právní úpravy v EU a v ČR. Sborník příspěvků z 2. Ročníku mezinárodní konference konané dne 15. – 16. 5. 2008. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 25 an.

⁸² Srov. k tomu Jurčík, R. Partnerství mezi soukromým a veřejným sektorem (veřejné zakázky, kvazikoncese a koncese) – úvahy de lege lata a de lege ferenda ve vztahu ke zjednodušení právní úpravy a zvýšení účinnosti neziskového řízení, in Veřejné zakázky a PPP projekty- potřebnost změny právní úpravy v EU a v ČR. Sborník příspěvků z 2. Ročníku mezinárodní konference konané dne 15. – 16. 5. 2008. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 25 an.

⁸³ Viz Švestka, J., Dvořák, J. a kol.: Občanské právo hmotné 2. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 91.

konečnými uživateli předmětu koncese. Koncesní smlouvu můžeme dále zařadit do kategorie smluv **dvoustranně zavazujících**⁸⁴.

[79] V otázce vzniku a uzavření koncesní smlouva vykazuje určité specifické rysy, spočívající v tom, že **běžný proces kontraktace** vedený pouze vůlí jednoho z kontrahentů (resp. obou z nich) je v podstatné míře nahrazen procesem uzavírání koncesní smlouvy dle režimu stanoveného příslušným koncesním (nebo jiným) zákonem. V některých případech může uzavření koncesní smlouvy podléhat např. pravidlům mezinárodní organizace⁸⁵.

[80] Smluvní svoboda je v případě uzavírání koncesní smlouvy (obdobně i v případě uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku) na straně uchazeče (resp. budoucího koncesionáře) omezena většinou pouze na rozhodnutí, **zda má zájem se koncesního řízení zúčastnit** a v případě výběru jeho nabídky jako nejvýhodnější na rozhodnutí, **zda koncesní smlouvu uzavře**⁸⁶. Obsah koncesní smlouvy většinou určuje samotný zadavatel a uchazeč koncesního řízení stojí pouze před otázkou, zda se koncesního řízení za stanovených podmínek zúčastní, anebo ne („*take it or leave it*“).

[81] I na straně zadavatele je smluvní svoboda omezena, a sice v tom, že volba smluvního partnera je právě provedena samotným koncesním řízením.

[82] Naopak příliš iniciativní snaha koncesionáře nebo potenciálního uchazeče trvat na zásadě smluvní svobody při sjednávání koncesní smlouvy by mohla mít za svůj následek vznik trestní odpovědnosti⁸⁷.

[83] **Zvláštnost koncese** na služby (ale i stavební koncese) tedy umožňuje volit poskytovatele na základě širokého spektra kritérií,

⁸⁴ Viz Švestka, J., Dvořák, J. a kol.: Občanské právo hmotné 2. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 89.

⁸⁵ Viz k tomu obecné výjimky z působnosti koncesního zákona.

⁸⁶ Pokud vybraný uchazeč smlouvu neuzavře, má většinou zadavatel možnost vyzvat uchazeče, který se umístil na druhém místě.

⁸⁷ Viz např. ustanovení § 256, Sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě nebo ustanovení § 257, Pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži, zákon č. 40/2009 Sb.

přičemž se upřednostňuje kritérium „*intuitu personae*“⁸⁸. Tato svoboda výběru však neznamená, že by udělení koncese mohlo být svévolné a diskriminační. Svoboda jednání a rozhodnutí tak přetrvává, musí však být při jejím uplatňování dodržena předchozí povinnost zveřejnění nabídkového řízení a jeho otevření soutěži, což umožňuje transparentní výběr uchazeče a zajišťuje rovnost zacházení s uchazeči⁸⁹.

[84] Pokusíme se nyní odpovědět na otázku, zda **koncesní smlouva dle českého práva je typem veřejnoprávní smlouvy dle správního řádu**⁹⁰. Dle usnesení zvláštního senátu zřízeného podle zákona č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů⁹¹: *„Část pátá správního řádu, která upravuje veřejnoprávní smlouvy, se v tomto ohledu vymyká ze striktního vymezení věcné působnosti správního řádu obsažené v jeho § 1. V § 1 odst. 3 je pak obsaženo negativní vymezení věcné působnosti správního řádu, který se nepoužije mj. pro občanskoprávní, obchodněprávní a pracovněprávní úkony prováděné správními orgány. Těmito dvěma póly vytyčenými v § 1 se však činnost správních orgánů nevyčerpává. Je tu ještě oblast pečovatelské správy, která není ani správou vrchnostenskou (§ 1 odst. 1), ani správou fiskální (ta by se nejspíše realizovala prostředky vypočtenými v § 1 odst. 3). Právě tomuto širšímu pohledu pak odpovídá úprava části páté správního řádu. Ustanovení § 159 odst. 1 totiž omezuje možnost uzavírání veřejnoprávních smluv na „oblast veřejného práva“, nikoli na oblast vrchnostenské veřejné správy; v tomto ohledu je tak část pátá určitým rozšířením „základní“ působnosti podle § 1 odst. 1 správního řádu.“*

[85] Například S. Kadečka má za to, že u koncesní smlouvy jde o typ veřejnoprávní smlouvy, pokud ji uzavírají veřejní zadavatelé,

⁸⁸ Překlad tohoto latinského výrazu do češtiny není jednoduchý, ale použitím opisu lze říci „z důvodu vlastností (kvalit) této osoby“.

⁸⁹ Viz bod 46 Stanoviska generálního advokáta Yvese Bota ve věci Wall AG, C – 91/08.

⁹⁰ Viz Louda, T., Grospič, J. et al.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Praha-Plzeň. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk. 2010. s. 110. Obdobně Jurčík, R.: Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a EU. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 465 an.

⁹¹ Viz čj. Konf 31/2007-82.

kteří jsou součástí veřejné správy. Pokud ji uzavírají jiní zadavatelé (zde S. Kadečka uvádí jako příklad Lesy ČR, s.p.), dle jeho názoru o veřejnoprávní smlouvu nejde. P. Kolman dospívá k závěru, že „v českém pozitivním právu existují i veřejnoprávní smlouvy, které **nejdou typově ve správním řádu upraveny**. Tedy smlouvy stojí jakoby parciálně mimo správní řád – spadají pod ustanovení § 159 správního řádu [...] jako smlouvy koncesní dle zákona č.139/2006 Sb., o koncesním řízení a koncesních smlouvách. Výše zmíněné vybočení některých veřejnoprávních smluv uzavíraných nositeli veřejné moci (ne)přímo vede k tomu, že správní řád neupravuje spory ze všech typů veřejnoprávních kontraktů⁹²“.

[86] Veřejnoprávní smlouva dle pojetí správního řádu je dvoustranným nebo vícestranným právním úkonem, **kteří zakládá, mění nebo ruší práva a povinnosti v oblasti veřejného práva.**⁹³ Podle mého názoru se na koncesní smlouvy vztahuje pouze a výhradně ustanovení § 159 správního řádu, tudíž nevztahuje se na ně žádné další ustanovení správního řádu, neboť nejde o veřejnoprávní smlouvy dle ustanovení § 160 až 162 správního řádu.

[87] Proces uzavírání koncesní smlouvy dle koncesního zákona je zcela specifický, stejně jako je **speciálně upraven proces uzavírání vybraných veřejnoprávních smluv ve správním řádu**⁹⁴, ve správním řádu je upravena i problematika **změny veřejnoprávní smlouvy**⁹⁵, je řešena problematika **přezkoumání souladu veřejnoprávní smlouvy s právními předpisy**⁹⁶. Přezkoumávání souladu veřejnoprávní smlouvy je řešeno nadřízeným správním orgánem a správní orgán může veřejnoprávní smlouvu pro rozpor se zákonem i **zrušit**.

⁹² Viz Kolman, P.: Veřejnoprávní smlouvy (vybrané otázky). Správní právo, č. 4-5 (ročník 40), 2007, s.252 – 264.

⁹³ Viz § 159 správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁴ Viz ustanovení § 159 a násl. správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁵ Viz ustanovení § 166 správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁶ Viz ustanovení § 165 správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

[88] Koncesní zákon resp. zákon o veřejných zakázkách má specifické **postupy přezkoumání souladu koncesní smlouvy se zákonem** Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a zároveň stanovuje i specifický režim pro **neplatnost koncesní smlouvy**⁹⁷. Koncesní smlouva je z tohoto důvodu dle mého názoru **smlouvou spadající pod základní ustanovení § 159 správního řádu, ale u níž veškeré ostatní otázky (rozhodování sporů, řešení nároků, určení platnosti smlouvy apod.) jsou řešeny u obecných soudů, nikoli v rámci hierarchie veřejné správy.**

[89] Lze si představit možnost jednostranného zasahování zadavatele do koncesní smlouvy (viz dále zahraniční právní úpravy např. ve Španělsku, Francii), zde ale takový postup je vždy doplněn navazujícími ustanovení, které například zaručují, že soukromý partner nebude takovýmto jednostranným úkonem veřejné správy zkrácen na svých majetkových právech, resp. ve svém legitimním očekávání a právní jistotě celkově. Jednostranné zasahování zadavatele do uzavřené koncesní smlouvy by však bylo nepřípustné a stálo by v rozporu s obecnou zásadou, že závazkový vztah lze měnit pouze na základě souhlasu obou smluvních stran⁹⁸.

⁹⁷ Viz § 25 koncesního zákona: (1) Nedodrží-li zadavatel postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele. (2) Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 24b uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel a) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c), s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 a § 12 odst. 5, nebo b) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) a současně správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. d). (3) Úřad zákaz plnění koncesní smlouvy dle odstavce 2 neuloží, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy. Ekonomický zájem na plnění koncesní smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušování plnění koncesní smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou koncesní smlouvou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění koncesní smlouvy, náklady spojené se zahájením nového koncesního řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění koncesní smlouvy a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění koncesní smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy. (4) Úřad návrh zamítne, pokud

a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2, nebo

b) byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3. (5) Koncesní smlouva je neplatná z důvodu nedodržení postupu podle tohoto zákona pouze v případech, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle odstavce 2.

⁹⁸ Viz ustanovení § 493 občanského zákoníku, v platném znění.

[90] V tomto ohledu bych se přiklonil k argumentaci, že „poskytnutí koncese resp. uzavření koncesní smlouvy, ačkoli je projevem vrchnostenské a diskreční pravomoci veřejnoprávní povahy, nutně mu předchází projev vůle zájemce o získání koncese. **Úprava vztahů mezi orgánem, který poskytuje koncesi, a jejím držitelem je věcí oboustranné dohody**⁹⁹.

[91] Koncesní smlouvy svojí povahou **nemůžeme považovat za běžné soukromoprávní smlouvy**. Dle mého názoru jde obsahově (materiálně) o smlouvy subsumovatelné pod základní ustanovení § 159 správního řádu, neboť jde o dvoustranný nebo vícestranný právní úkon, který **zakládá, mění nebo ruší práva a povinnosti v oblasti veřejného práva**. Na koncesní smlouvu lze uplatnit i další pravidlo stanovené ve správním řádu, a sice že nesmí být v rozporu s právními předpisy, nesmí je obcházet a musí být v souladu s veřejným zájmem. **První dvě hlediska**, tj. soulad se zákonem a zákaz zákon obcházet vyplývá obecně jako požadavek kvality všech právních úkonů z občanského zákoníku (ustanovení § 39¹⁰⁰), a v tomto směru je úprava ve správním řádu dle mého názoru nadbytečná. **Další příkaz zákonodárce**¹⁰¹, který stanovuje, že „Uzavření veřejnoprávní smlouvy, jejíž stranou je správní orgán, **nesmí snižovat důvěryhodnost veřejné správy**, musí být **účelné** a správní orgán musí mít při jejím uzavírání za cíl **plnění úkolů veřejné správy**, je svou podstatou příkazem deklaratorním, který provádí obecné ústavní postuláty platné pro veřejnou správu¹⁰². A konečně poslední princip stanovující, že veřejnoprávní smlouva se vždy posuzuje podle svého skutečného obsahu, nás nikterak nepřekvapí, neboť vyplývá z obecných právních principů.

⁹⁹ Viz rozsudek Evropského soudního dvora ve věci C-174/06, Ministero delle Finanze, bod 17 a bod 20.

¹⁰⁰ „Neplatný je právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází anebo se přičí dobrým mravům“.

¹⁰¹ Viz ustanovení § 159 odst. 3 správního řádu, v platném znění.

¹⁰² Viz např. čl. 2 (3) Ústavy: „Státní moc slouží všem občanům a lze ji uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon“.

[92] Z důvodů uvedených výše se domnívám, že koncesní smlouva sice může být považována za smlouvu, která zakládá, mění nebo ruší práva a povinnosti v oblasti veřejného práva a spadající tak pod základní ustanovení § 159 správního řádu, ale z pohledu jejího přezkumu, rozhodování sporů, sdílí osud všech ostatních smluv soukromoprávních (pouze s přihlédnutím specifiky přezkumu dle koncesního zákona).¹⁰³. Skutečnost, že koncesní smlouva spadá pod ustanovení § 159 správního řádu nám však do jejího „života“ kromě teoretické diskuze nic zásadního nepřináší (viz výše).

[93] Již ve výše citovaném článku Černá trefně pojednává o „**finančním průběhu**“ koncesní smlouvy. Obecně lze říci, že koncesionář nepobírá úplatu za poskytování služby či provedení díla od koncedenta, ale úplatu za plnění, které je předmětem smlouvy, a kterou získává od uživatelů. Smluvní období lze v zásadě rozdělit na tři etapy: první fázi platnosti „**koncese**“, kdy se provádí sjednané práce, lze označit jako „**akumulaci ztrát**“. Během tohoto období koncesionář vkládá vlastní, popřípadě úvěrové prostředky, protože poplatky za služby ještě nepobírá. Ve druhém období, které se časově shoduje se zahájením činnosti (s jejím otevřením uživatelům), **příjem poplatků** umožňuje koncesionáři uhradit předchozí náklady. Konečně ve třetím období už příjem z poplatků za užívání umožňuje pokrýt náklady provozu a současně realizovat **zisk**¹⁰⁴.

¹⁰³ Na základě judikatury ESD lze pojmy „občanská a obchodní věc“ vymezit zejména prostřednictvím oddělení aktů veřejné moci (acta iure imperii). O výkon veřejné moci jde zejména v situaci, kdy subjekt veřejného práva uplatňuje vůči osobě soukromého práva požadavek na plnění vyplývající z práva veřejného. Za účelem zjištění, zda státní orgán jedná při výkonu státní moci, je nutné prozkoumat principy a detaily pravidel, kterými se řídí daný úkon. Tam, kde je založen na ustanoveních, kterými zákonodárce uděluje veřejné moci výsady nebo práva, nespadá takovýto úkon pod pojem „civilní věc“ (srovnej rozsudek ESD ze dne 14. listopadu 2002, ve věci Gemeente Steenberg v Baten).

¹⁰⁴ Viz Černá, S.: K možnostem využití smluv koncesního typu. Správní právo, č. 8, 1991, s. 499 an.

[94] Koncesní zákon dále rozlišuje tyto „druhy“ koncesních smluv: **Koncesní smlouvy malého rozsahu**¹⁰⁵, **významné koncesní smlouvy**¹⁰⁶, **nadlimitní koncesní smlouvy**¹⁰⁷.

[95] **Koncesní smlouvy malého rozsahu** jsou smlouvami s předpokládaným příjmem koncesionáře do 20 mil. Kč bez DPH, které se neudělují v koncesním řízení, ale u nichž je třeba dodržet **základní zásady**, které stanovuje koncesní zákon¹⁰⁸ Dle 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 tj. zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace**“.

[96] **Významné koncesní smlouvy.** V případě významných koncesních smluv (finanční limity jsou uvedené v ustanovení § 20 odst. 2 koncesního zákona) je nutné před zahájením koncesního řízení vypracovat **koncesní projekt. O významnou koncesní smlouvu jde** tehdy, pokud u jednotlivých zadavatelů předpokládaný příjem přesáhne, resp. činí nejméně zákonem stanovené částky¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Viz ustanovení § 5 odst. 2 koncesního zákona.

¹⁰⁶ Viz ustanovení § 20 koncesního zákona, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁷ Viz ustanovení § 14 koncesního zákona, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁸ Interpretací sdělení Komise o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (2006/C 179/02).

¹⁰⁹ a) Česká republika, státní příspěvková organizace nebo jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d) (za předpokladu, že Česká republika vykonává rozhodující vliv v této osobě), jestliže předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně 500 000 000 Kč, b) kraj, hlavní město Praha, příspěvkové organizace, u nichž vykonávají funkci zřizovatele, nebo jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d) (za předpokladu, že kraj resp. Praha vykonává rozhodující vliv v této osobě), jestliže předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně 250 000 000 Kč, c) obec nad 100 000 obyvatel, příspěvková organizace, u níž vykonává funkci zřizovatele, nebo jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), (za předpokladu, že vykonává rozhodující vliv v této osobě), jestliže předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně 200 000 000 Kč, d) obec nad 25 000 do 100 000 obyvatel, příspěvková organizace, u níž vykonává funkci zřizovatele, nebo jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), (za předpokladu, že vykonává rozhodující vliv v této osobě), jestliže předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně 100 000 000 Kč, e) obec do 25 000 obyvatel, příspěvková organizace, u níž vykonává funkci zřizovatele, nebo jiná právnická osoba podle § 2 odst. 1 písm. d), (za předpokladu, že vykonává rozhodující vliv v této osobě), jestliže předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně 50 000 000 Kč, a f) jiný zadavatel, jestliže předpokládaný příjem koncesionáře činí nejméně 100 000 000 Kč.

[97] **Koncesním projektem** se rozumí 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. Můžeme tedy říci, že koncesní projekt představuje jistý druh předběžného dokumentu nutného k zahájení koncesního řízení. Ministerstvo financí v analytickém dokumentu „**Proces přípravy a realizace projektu partnerství veřejného a soukromého sektoru a jeho institucionální zajištění**“, jenž byl přílohou usnesení vlády č. 7 ze dne 7. ledna 2004, definuje takzvaný institut „**Public Sector Comparator (PSC)**“. PSC srovnává „*value-for-money*“ (hodnotu za peníze) dodanou projektem PPP s nejefektivnějším způsobem zajištění služby veřejným sektorem. Hodnota PSC představuje hypotetické celkové náklady efektivní organizace veřejného sektoru potřebné pro zajištění shodné služby po dobu plánovaného trvání projektu PPP. Při srovnání s PSC je přihlíženo k odlišným úrovním rizika.

[98] Je důležité vymezit si v souladu s koncesním zákonem, **kdo je povinen postupovat dle koncesního zákona**. Veřejným zadavatelem se pro účely koncesního zákona rozumí:

- a) **Česká republika,**
- b) **státní příspěvková organizace,**
- c) **územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace,** u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
- d) **jiná právnická osoba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu,** které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je **financována převážně státem nebo jiným zadavatelem nebo je státem nebo jiným zadavatelem ovládána** nebo stát nebo jiný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu zájmu, členů v jejím statutárním, správním, dozorčím nebo kontrolním orgánu. Za zadavatele se též považuje jakékoli spojení zadavatelů nebo zadavatele a jiných osob za účelem společného

postupu směřujícího k výběru koncesionáře, je-li alespoň jeden z účastníků spojení zadavatel uvedený výše.

[99] Ustanovení § 3 koncesního zákona stanovuje „**obecné výjimky z působnosti koncesního zákona**“. Koncesní zákon se nevztahuje na smlouvy uzavírané zadavatelem, jestliže:

- a) jejich předmětem jsou **utajované informace**, nebo uveřejnění koncesní dokumentace by mohlo ohrozit ochranu utajovaných informací¹¹⁰,
- b) jde o koncesní smlouvy, které jsou podle zvláštních právních předpisů **spojeny se zvláštními bezpečnostními opatřeními**, nebo jejichž uzavření souvisí s ochranou základních bezpečnostních zájmů státu¹¹¹¹¹²,
- c) jejich uzavírání se **řídí zvláštními procesními pravidly** a jsou uzavírány v návaznosti na mezinárodní smlouvu, která se vztahuje k pobytu ozbrojených sil jiných států na území České republiky nebo k vyslání ozbrojených sil České republiky na území jiných států, kterou je Česká republika vázána a která byla vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv,
- d) **na jejich uzavírání se vztahují pravidla daná zvláštními postupy mezinárodních organizací**,
- e) jsou uzavírány zadavatelem v návaznosti na mezinárodní smlouvu uzavřenou mezi Českou republikou a jiným než členským státem Evropské unie a zahrnují služby nebo stavební práce určené pro společnou realizaci nebo využití smluvními

¹¹⁰ Zákon č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹¹ Například zákon č. 239/2000 Sb., o integrovaném záchranném systému a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 241/2000 Sb., o hospodářských opatřeních pro krizové stavy a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 153/1994 Sb., o zpravodajských službách České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹² Například ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, ve znění ústavního zákona č. 300/2000 Sb., zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

- stranami; Česká republika uzavření takové smlouvy sdělí Komisi Evropských společenství,
- f) jejich předmětem jsou **služby poskytované Českou národní bankou** při výkonu její působnosti podle zvláštních právních předpisů¹¹³,
 - g) jejich předmětem je **zhotovení veřejných telekomunikačních sítí**,
 - h) jejich předmětem je **závazek veřejné služby** podle zvláštních předpisů¹¹⁴, nebo
 - i) jejich předmětem jsou **služby ve výzkumu, vývoji a inovacích**, s výjimkou případů, kdy cena za provedení výzkumu, vývoje a inovací je hrazena výlučně zadavatelem a zadavatel je jediným uživatelem výsledků výzkumu, vývoje a inovací¹¹⁵.

[100] Ustanovení § 13 koncesního zákona upravuje případ uzavření koncesní smlouvy s tzv. **SPV** („*special-purpose-vehicle*“), a to pod rubrikou „**Uzavření koncesní smlouvy ve zvláštním případě**“. Zadavatel může uzavřít koncesní smlouvu místo s vybraným dodavatelem s právnickou osobou, která se koncesního řízení neúčastnila, jestliže v nabídce vybraného dodavatele **byla taková možnost uvedena, včetně právní formy**, minimálního navrhovaného základního kapitálu, navrhované vlastnické struktury a návrhu obsazení orgánů takové osoby, a pokud tuto osobu zadavatel nebo vybraný dodavatel v době uzavření koncesní smlouvy přímo nebo nepřímo ovládá. Dalším požadavkem je, že předmětem činnosti takové osoby je realizace předmětu koncesní smlouvy, a splňuje základní kvalifikační předpoklady.

[101] Ustanovení § 3a koncesního zákona stanovuje **základní zásady postupu zadavatele v rámci koncesního řízení**. Zadavatel je povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a

¹¹³ Viz zákon č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹⁴ Například § 19 zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹⁵ Zákon č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu, experimentálního vývoje a inovací z veřejných prostředků a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o podpoře výzkumu, experimentálního vývoje a inovací), ve znění pozdějších předpisů.

zákazu diskriminace. Tyto základní zásady je zadavatel povinen dodržet i u **tzv. koncesí malého rozsahu** (viz výše).

[102] **Stručný průběh koncesního řízení.** Před zahájením koncesního řízení zadavatel zjistí **předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy** a **předpokládaný celkový příjem koncesionáře**, který vyplývá z realizace koncesní smlouvy; způsob výpočtu předpokládané hodnoty předmětu koncesní smlouvy a předpokládaného příjmu koncesionáře stanoví prováděcí právní předpis¹¹⁶. Zadavatel je povinen vybrat koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení.

[103] **Koncesní řízení** je upraveno v hlavě druhé koncesního zákona. Koncesní řízení se zahajuje **uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení**. Zadavatel může koncesní řízení zrušit, pokud si to vyhradí v oznámení. Mimo to platí pro zrušení koncesního řízení rovněž příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zrušení zadávacího řízení, včetně důvodů tohoto zrušení.

[104] Oznámení o zahájení koncesního řízení je výzvou neomezenému počtu dodavatelů k podání žádostí o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace. **Lhůta pro doručení žádosti o účast v koncesním řízení** nesmí být kratší než 52 dnů ode dne uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení. Pro posuzování **kvalifikace** dodavatelů a pro jejich vylučování platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o kvalifikaci, jejíž prokázání požaduje po dodavateli veřejný zadavatel, a o jejich vylučování obdobně.

[105] Po posouzení kvalifikace dodavatelů a případném omezení jejich počtu zadavatel vyzve dodavatele, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání **nabídek** s tím, že o těchto nabídkách může dále jednat, nebo vyzve dodavatele, kteří prokázali splnění kvalifikace,

¹¹⁶ Srov. k tomu § 4 koncesního zákona a Vyhlášku č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

k účasti v **koncesním dialogu**, jehož účelem je nalezení jednoho nebo více vhodných řešení koncesního projektu¹¹⁷.

[106] **Výzva k podání nabídek** dle ustanovení § 8 koncesního zákona obsahuje alespoň

- a) koncesní dokumentaci nebo podmínky jejího poskytnutí; pro obsah koncesní dokumentace platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zadávací dokumentaci obdobně,
- b) lhůtu pro podání nabídek, která nesmí být kratší než 40 dnů ode dne odeslání výzvy k podání nabídek; pokud zadavatel neodešle dodavateli veškeré podklady potřebné pro zpracování nabídky spolu s výzvou k podání nabídek nebo mohou-li být nabídky předloženy pouze po prohlídce místa plnění, zadavatel přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání nabídek,
- c) místo podání nabídky a
- d) informaci o tom, v jakém jazyce má být nabídka podána.
- e) Pokud se zadavatel rozhodne o nabídkách jednat, písemná výzva dále obsahuje **způsob jednání o nabídkách**, zejména informaci o tom, zda bude jednání probíhat se všemi dodavateli současně anebo odděleně, způsob výběru dodavatelů pro další jednání, pokud se zadavatel rozhodne postupně omezovat jejich počet.

[107] Pro **zadávací lhůtu, technické podmínky**, klasifikaci předmětu koncesní smlouvy, poskytování koncesní dokumentace dodavatelům, dodatečné informace k zadávacím podmínkám a prohlídku místa plnění platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách *obdobně*.

[108] Ustanovení § 9 koncesního zákona upravuje institut **jednání o nabídkách**. Pokud se zadavatel rozhodne o nabídkách dále jednat, vyzve písemně všechny dodavatele, kteří nebyli vyloučeni z účasti v koncesním řízení, k jednání o nabídkách. Pokud budou

¹¹⁷ Tuto skutečnost musí zadavatel uvést v oznámení o zahájení koncesního řízení.

probíhat další jednání, použijí se pro průběh těchto jednání ustanovení zákona o veřejných zakázkách o jednání o nabídkách v jednotlivých fázích jednacího řízení s uveřejněním *obdobně*.

[109] Pro postup zadavatele při hledání vhodného řešení v koncesním dialogu platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o průběhu soutěžního dialogu *obdobně*.

[110] Na základě výsledků koncesního řízení **vybere zadavatel pro uzavření koncesní smlouvy dodavatele, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější**. Pro oznámení o výběru koncesionáře se použijí ustanovení o oznámení o výběru nejvhodnější nabídky zákona o veřejných zakázkách *obdobně*.

[111] Pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a **zákaz uzavření koncesní smlouvy** (k institutu zákazu uzavření smlouvy viz dále) se použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách *obdobně*.

KAPITOLA V.

5. Převzetí rizik soukromým partnerem jako jeden z definičních znaků koncesní smlouvy

[112] Výše jsme si již vymezili pomocí závěrů judikatury Soudního dvora **veřejnou zakázku a koncesi**. Můžeme říci, že hlavní dvě kritéria, pomocí nichž nalezneme hranici mezi veřejnou zakázkou a koncesí je **převzetí podstatné části rizik** soukromým partnerem, přičemž tato rizika nemusejí být „**celkově značná**“, nýbrž stačí, představují-li alespoň „**významný rozsah rizik**“, která by v každém případě nesl samotný zadavatel a druhým kritériem je **absence přímé platby od zadavatele** (i když i ta je někdy zpochybňována).

[113] Považuji na tomto místě disertační práce za vhodné zamyslet se nad otázkou, jaká rizika (**rizika jakého druhu**) se mohou

při realizaci příslušné koncesní smlouvy objevit¹¹⁸ a tedy rizika jakého druhu bude soukromý partner (koncesionář) přebírat prostřednictvím koncesní smlouvy.

[114] **Rozdělení hlavních rizik**, která se obvykle vyskytují při realizaci PPP projektů¹¹⁹:

- a) **Projekční rizika.** Do kategorie rizik projekčních řadíme zejména rizika vyplývající z vad a nedostatků projektové dokumentace, dále rizika nevhodně zvolených konstrukčních řešení a dále též rizika nadměrné zátěže projektu pro životní prostředí.
- b) **Rizika lokality.** Lokalita, na níž se bude daný projekt realizovat, může být zatížena riziky vztahovanými k životnímu prostředí, ekologickým škodám, apod.
- c) **Rizika využití chybných či zastaralých technologií.**
- d) **Rizika nedodržení smluvních závazků.**
- e) **Kreditní rizika.**
- f) **Riziko likvidity.**
- g) **Rizika nesplnění závazků/riziko dostupnosti.**
- h) **Tržní rizika** (Riziko poptávky, Riziko zvýhodnění konkurence).
- i) **Vyšší moc.**
- j) **Politická rizika.**
- k) **Operační rizika** – tj. Rizika související se zařízením.
- l) **Rizika související s lidmi.**
- m) **Bezpečnostní rizika.**
- n) **Strategická rizika**¹²⁰.

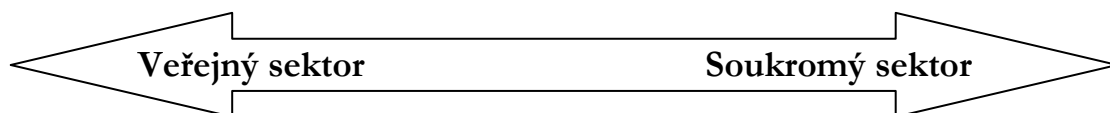
[115] Tabulka níže ukazuje **míru rizika a jeho rozložení mezi** soukromého partnera a veřejného partnera v případě různých forem

¹¹⁸ Viz např. Yescombe, E.R.: Public-Private Partnerships: Principles of policy and finance. Amsterdam: Elsevier/Butterworth-Heinemann, 2007, s. 18 an.

¹¹⁹ Srov. Louda, T., Grospič, J.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty. Praha- Plzeň: Ústav státu a práva, Aleš Čeněk, 2010, s.406 an.

¹²⁰ Srov. Louda, T., Grospič, J.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty. Praha- Plzeň: Ústav státu a práva, Aleš Čeněk, 2010, s.406 an

realizace spolupráce veřejného a soukromého sektoru¹²¹. Vidíme, že koncesní smlouva představuje typ veřejně-soukromého partnerství, kde je nejvíce rizik na straně soukromého partnera.



Smlouva o poskytování služeb	Smlouva o provozu a řízení	Pronájem	BOT	DBFO	Koncesní smlouva
------------------------------	----------------------------	----------	-----	------	------------------

[116] Jiné členění nabízí dělení¹²² rizika v PPP projektech na:

- A. Příjmové (výnosové) riziko;**
- B. Riziko výběru soukromého partnera (riziko protistrany);**
- C. Stavební riziko;**
- D. Finanční riziko;**
- E. Regulatorní a smluvní riziko;**
- F. Politické riziko;**
- G. Environmentální/archeologické riziko;**
- H. Riziko skrytých závad;**
- I. Riziko dostupnosti.**

[117] Pokud jde o „**management rizik**“ způsob rozdělení rizik mezi soukromého partnera a veřejného partnera, obecně se uvádí, že

¹²¹ Srov. k tomu materiál MF ČR, Řízení rizik v projektech PPP, Identifikace, ohodnocení, alokace, ošetření a kontrola, s. 24

¹²² Srov. Mešťanová, D. Výstavbový projekt charakteru PPP. In Jurčík, R. et al. Veřejné zakázky a PPP projekty. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 412 an.

rizika by měla být na straně toho z partnerů, který může rizika lépe řídit¹²³.

[118] Pokud se zadavatel rozhodne realizovat projekt formou PPP, měl by se seznámit se základními principy řízení projektových rizik. Rizika - konkrétně jejich rozdělení mezi zadavatele a jeho soukromého partnera - jsou jedním ze základních faktorů, které ovlivňují efektivnost a úspory v nákladech realizovaného projektu. **Přenesení rizika na tu stranu, která má lepší předpoklady snižovat pravděpodobnost jeho výskytu nebo dopadu ztráty vzniklé v důsledku rizika, je hlavní myšlenkou PPP projektů.** Díky efektivnímu rozdělení rizik mezi obě strany může být dosaženo nižších celkových nákladů projektu, a tím zvýšené protihodnoty ve srovnání s tradičními metodami veřejného zadávání.

¹²³ MF ČR: Řízení rizik v projektech PPP. Dostupné na: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Methodika_rizeni_rizik_PPP.pdf (citováno dne 3.1.2012)

KAPITOLA VI.

6. Přístup zákonodárce k úpravě koncesní smlouvy

[119] S jistou mírou nutného zjednodušení můžeme říci, že koncesní smlouva v jednotlivých právních řádech je upravena zásadně třemi různými legislativními přístupy. **První možnost** představuje úprava koncesní smlouvy v rámci zákona o veřejných zakázkách, v němž jsou ale specificky upraveny náležitosti koncesní smlouvy, většinou společně s procesem vedoucím k jejímu uzavření. **Druhou možností** je existence zvláštního koncesního zákona. **Třetí možností** je existence specifického zákona o veřejně soukromém partnerství, v rámci něhož je upravena koncesní nebo obdobná smlouva.

[120] **Bulharsko.** V Bulharsku je v současné době v platnosti koncesní zákon č. SG 36/2.05.2006, ve znění pozdějších změn (poslední provedená zákonem SG č. 73/20.09.2011, účinná od 20.10.2011)¹²⁴. Kromě koncesního zákona má bulharské právo i **zvláštní zákon o partnerství veřejného a soukromého sektoru**. Jedná se o zákon 45/15.06.2012, účinný od 1.01.2013.

[121] **Rumunská republika.** Zákon č. 34/2006 o přidělování veřejných zakázek představuje základní právní rámec. Na základě vládního rozhodnutí 925/2006 bylo schváleno použití pravidel zákona č. 34/2006 také na stavební koncese a na koncese na služby.

[122] **Polská republika**¹²⁵. Zákon z 9. ledna 2009, o koncesích na stavební práce nebo služby a zákon ze dne 19. prosince 2008 o veřejně soukromém partnerství.

[123] **Španělské království:** Zákon č. 13/2003 z 23. května, upravující koncesní smlouvu ohledně veřejných staveb a měnicí

¹²⁴ Legislativní úpravy čerpány z: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws> [citováno dne 13.1.2013]

¹²⁵ V následujících částech práce budu pro zjednodušení používat i zkrácené tj. neoficiální názvy jednotlivých států.

některé další zákony ohledně koncesí. PPP projekty v oblasti dopravy byly upravovány již od roku 1972.

[124] **Francouzská republika:** Zákon č. 2002-1094 z 29. srpna 2002, pokud jde o policejní a vojenské síly, kterým jsou svěřeny policejní pravomoci v rámci civilní populace (“*Gendarmerie*”), a přesněji o výstavbu a provozování zařízení a budov k těmto účelům). Zákon č. 2002-1138 ze 7. září 2002, pokud jde o výstavbu a provozování věznic. Nařízení č. 2003-850 ze dne 4. září 2003 (kodifikováno v zákoně o veřejném zdraví), pokud jde o výstavbu, provozování a renovaci veřejných nemocnic. Nařízení č. 2004-559 ze dne 17. června 2004, pokud jde o neupravené nebo jiné dohody o veřejném a soukromém partnerství, upravené zákonem č. 2008-735 ze dne 28. července 2008.

[125] **Portugalská republika.** V Portugalsku jsou koncese upraveny v obecném rozsahu v zákoně č. 86/2003 (ve znění zákona 141/2006 z 27. června 2006). V Portugalsku dále existuje specifický režim pro koncese v oblasti veřejného zdraví (zákon č. 185/2002 z 20. srpna 2002, ve znění zákona 86/2003).

[126] **Ruská federace.** Dne 21. července 2005 nabyl účinnosti federální zákon č. 115-FL o koncesních smlouvách.

[127] **Slovensko.** Slovensko nemá speciální zákon o koncesních smlouvách. Koncese jsou upraveny v zákoně o veřejném obstarávání¹²⁶.

[128] **Spojené království Velké Británie a Severního Irska.** V rámci Spojeného království Severního Irska a Velké Británie je problematika implementace směrnic ES - 2004/17/EC a 2004/18/EC řešena separátně pro Skotsko, které implementovalo směrnice samostatně. Pro ostatní části Spojeného království byly přijaty dva zákony: „Public Contracts Regulations 2006“, ve znění pozdějších předpisů a „Utilities Contracts Regulations 2006“, ve znění pozdějších předpisů”.

¹²⁶ Viz dále v kapitole o náležitostech koncesní smlouvy.

[129] V **Irsku** existují dvě základní normy upravující problematiku PPP a koncesí: tzv. „State Authorities (Public Private Partnership Arrangements) Act“, 2002 a dále „European Communities (Award of Public Authorities' Contracts) Regulations“, 2006.

[130] V **Litvě** je problematika koncesní smlouvy upravena v koncesním zákoně z 10. Zář 1996, zákon č. I-1510, ve znění pozdějších změn.

[131] **Rakouská republika:** Pro stát a veřejné subjekty na centrální vládní úrovni platí federální zákon o veřejných zakázkách z roku 2006 (Bundesvergabegesetz 2006 – „BVergG 2006“), který implementuje Směrnice 2004/17/EC a 2004/18/EC a stanovuje i právní režim pro udělování mj. i stavebních koncesí a koncesí na služby.

[132] **Italská republika.** V Itálii materii veřejných zakázek upravuje zákon o veřejných zakázkách č. 163 z roku 2006. V tomto zákoně najdeme nyní po novelizacích i ustanovení o DBF (Design, Build and Finance) smlouvách. Kromě tohoto Itálie přijala: tzv. Galliho zákon č. 36/94 pro projekty v oblasti vodárenství a další zákon upravující PFI/PPP schémata pro místní správu a zákon v oblasti veřejných služeb.

[133] **Dánské království.** Příkaz č. 936 a 937 ze 16. září 2004 inkorporuje Směrnice č. 2004/17/EC a 2004/18/EC do dánského právního řádu (účinnost 1. ledna 2008). Kromě toho dánský zákon o veřejných zakázkách č. 1410 ze 7. září 2007 upravuje veřejné zakázky, které jsou mimo režim směrnic ES.

[134] **Finská republika.** Uzavírání smluv o veřejných zakázkách je upraveno zákonem o veřejných zakázkách (Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/34) a zákonem o veřejných zakázkách subjektů působících v sektorech (Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 30.3.2007/349). Obecné principy veřejných zakázek se uplatňují i na koncese a koncesní smlouvy.

[135] **Řecká republika.** Zákon č. 3389/2005 (A 232/22-9-2005) je speciálním zákonem o PPP.

[136] V dalších částech disertační práce se nevěnuji všem výše uvedeným právním úpravám, ale soustředuji se pouze na některé vybrané. K omezení komparace na pouze vybrané státy bylo přistoupeno nejen z důvodu nadbytečnosti¹²⁷ srovnávání mnoha úprav, ale i vzhledem k poznání, že rozdíly právních úprav nejsou tak rozsáhlé, aby rozšíření srovnávaných právních úprav **přineslo další podnětná zjištění.**

[137] V jednotlivých právních řádech spíše nacházíme **zajímavé izolované právní instituty**, které mohou být *de lege ferenda* přínosné pro budoucí českou úpravu anebo pro úpravu v jiném členském státě EU.

¹²⁷ Také z důvodů nedostupnosti v jazycích, jimiž autor hovoří.

KAPITOLA VII.

7. Náležitosti koncesní smlouvy

[138] Výše jsem uvedl, že mým cílem je věnovat se podrobněji zejména **náležitostem koncesní smlouvy**. Obecně můžeme říci, že náležitosti koncesní smlouvy a jejich zákonný rozsah vycházejí zejména ze skutečnosti, že **vztahy soukromého a veřejného subjektu založené koncesní smlouvou jsou vztahy relativně dlouhodobými**¹²⁸, a proto by měly být náležitosti koncesní smlouvy koncipovány tak, aby se jimi založené smluvní vztahy mohly vyvíjet a koncesní smlouva se nestala brzdou vývoje koncesního vztahu.

7.1. Náležitosti koncesní smlouvy dle koncesního „soft law“

[139] Stejně jako u jakýchkoli jiných smluv může v případě koncesních smluv rozlišovat náležitosti podstatné („*Essentialia negotii*“), náležitosti obvyklé („*Naturalia negotii*“) a náležitosti občas se vyskytující („*Accidentalia negotii*“). Náležitosti koncesní smlouvy jsou ve většině právních řádů stanoveny jako obligatorní podstatné náležitosti, přičemž je standardně (pokud to však umožňuje proces uzavření smlouvy) v souladu s principem smluvní svobody umožněno ujednat i další skutečnosti, nad rámec povinných náležitostí.

[140] Kromě vlivu evropského práva a evropské judikatury právní úpravu koncesí ovlivňuje tzv. „soft law“ – různá legislativní pravidla, „guidelines“ či modelové zákony připravené profesními a jinými odbornými institucemi. V mezinárodním měřítku pak úpravu práva koncesí ovlivnily a ovlivňují zejména tyto dokumenty:

¹²⁸V rámci evropského pohledu k tomuto srovnání např. ZELENOU KNIHU O PARTNERSTVÍ VEŘEJNÉHO A SOUKROMÉHO SEKTORU A PRÁVU SPOLEČENSTVÍ O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH A KONCESÍCH (COM (2004) 327 konečné znění). Dostupné na www.europa.eu [Citováno dne 15.12.2012].

Název dokumentu	Stručná charakteristika
<p style="text-align: center;">UNIDO Guidelines for Infrastructure Development through Build Operate Transfer (BOT) Projects, 1996 (UNIDO BOT Guidelines)</p>	<p>Manuál pokrývá celé spektrum finančních a právních otázek, které řeší veřejná správa a projektoví manažeři v případě BOT projektů (<i>postav-provozuj-převod vlastnictví</i>).</p> <p>Jejich cílem je pomoci zefektivnit přípravu BOT¹²⁹.</p> <p>UNIDO je specializovaná agentura OSN, která se věnuje průmyslovému rozvoji pro snížení chudoby, globalizaci a udržitelnému rozvoji. UNIDO sídlí ve Vídni a bylo založeno v roce 1966.</p>
<p style="text-align: center;">OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, 1999-2000</p>	<p>OECD koordinuje ekonomickou a sociálně-politickou spolupráci členských zemí, zprostředkovává nové investice, prosazuje liberalizaci mezinárodního obchodu. Cílem OECD je napomáhat k dalšímu ekonomickému rozvoji, potlačení nezaměstnanosti, stabilizaci a rozvoji mezinárodních finančních trhů.</p>

¹²⁹ Bliže viz <http://www.unido.org/index.php?id=o3426> [citováno dne 1.2.2012].

<p>UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000 (UNCITRAL Legislative Guide)</p>	<p>Přijato UNCITRAL (Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo) dne 29. června 2000, účelem této příručky je pomoci při vytváření právního rámce příznivého pro soukromé investice do veřejné infrastruktury. Poradenství poskytované v průvodci se zaměřuje na dosažení rovnováhy mezi snahou usnadnit a podpořit účast soukromého sektoru v infrastrukturních projektech na jedné straně a různé problémy ve veřejném zájmu hostitelské země, na straně druhé.</p>
<p>UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2003 (UNCITRAL Model Legislative Provisions).</p>	<p>Přijato UNCITRAL dne 7. července 2003, jsou právní doporučení a předpisy model má pomoci domácí zákonodárné orgány při vytváření právního rámce příznivého pro soukromě financovaných infrastrukturních projektů. Doplňují předchozí dokument.</p>
<p>EBRD Core principles for a modern concession law.</p>	<p>EBRD základní principy (dále jen „EBRD principy“) mají</p>

	především sloužit jako zdroj inspirace pro zákonodárce tvořícího koncesní zákon
--	---

[141] Úvodem se zmíním o „**OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements**“ (dále též jen „**OECD principy**“)¹³⁰. Tyto OECD principy byly vytvořeny OECD, Istanbulskou burzou a skupinou evropských právních a ekonomických expertů. Jejich cílem je zjednodušit zavádění legislativy ohledně koncesí. V části V. principů OECD je vymezen obsah koncesní smlouvy. OECD principy kladou **důraz na smluvní svobodu** smluvních stran, však za předpokladu **dodržení procedury výběru smluvního partnera** (je upraveno v části III. OECD principů). OECD principy dále stanovují, že nic v těchto principech neomezuje veřejného zadavatele uzavřít **dodatek ke koncesní smlouvě**, pokud je takový dodatek ve veřejném zájmu.

[142] V čl. 15. části III. OECD principů jsou blíže definovány **náležitosti koncesní smlouvy**.

[143] Koncesní smlouva podle OECD principů musí, pokud zadavatel neurčí jinak, obsahovat kromě jiného následující ustanovení:

- a) Povahu a rozsah díla, které má být provedeno a služeb, které mají být poskytovány dodavatelem;
- b) Odkládací podmínku účinnosti koncesní smlouvy;
- c) Dobu trvání koncesní smlouvy;
- d) Míru exkluzivity;
- e) Vztah smluvních stran k majetku a osobám, prostřednictvím nichž bude stavební koncese prováděna nebo které jsou předmětem díla či služeb, které budou na základě koncesní smlouvy poskytovány;
- f) Termín nebo termíny, kdy má být dílo dokončeno;

¹³⁰ Dostupné na <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/oecd-basic-elements-law-concession-agreements> [citováno dne 14.1.2013].

- g) Omezení nebo podmínky, které mohou být dohodnuty ohledně převodu kontrolního podílu v podniku dodavatele;
- h) Jakékoli platby, které musí zadavatel uhradit za služby nebo dílo provedené dodavatelem;
- i) Případný závazek dodavatele zajistit nepřetržitý a nediskriminační přístup pro třetí osoby k infrastruktuře a/nebo službě poskytované na základě koncesní smlouvy;
- j) Případné právo dodavatele vybírat úplaty od třetích osob za služby poskytované na základě koncesní smlouvy;
- k) Způsoby úpravy plateb placených dodavateli zadavatelem nebo třetími osobami;
- l) Právo smluvních stran převést svá práva, ať již formou ručení, **zástavy** nebo jinak a podmínky, které se na takový převod vztahují;
- m) Požadavky vztahující se k **zajištění plnění**, které je dodavatel povinen poskytnout nebo požadavky na **pojištění**, které je dodavatel povinen udržovat ve spojení se stavbou nebo provozováním infrastruktury;
- n) Závazky dodavatele vztahující se k **ochraně životního prostředí**;
- o) Závazky zadavatele poskytnout pozemek nebo jinou infrastrukturu;
- p) Práva zadavatele **monitorovat** plnění povinností dodavatele, včetně práva zadavatele provádět **inspekci** příslušné infrastruktury;
- q) Podmínky, za kterých **může kterákoli smluvní strana ukončit koncesní smlouvu** nebo požadovat znovuoobnovení jednání o koncesní smlouvě;
- r) Jakékoli **platby**, které mají být provedeny některou ze smluvních stran druhé smluvní straně z jiného důvodu, než jako protiplnění za provedené dílo nebo poskytnuté služby;
- s) **Náhrady škod** nebo jiné prostředky nápravy dostupné zadavateli a dodavateli v případě prodlení druhé smluvní strany;

- t) Podmínky, za kterých je zadavatel nebo určená třetí osoba oprávněna na určenou dobu **převzít provozování infrastruktury** nebo převzít jiné činnosti dodavatele z důvodu zajištění **účinného a nepřetržitého poskytování služeb**, které jsou předmětem koncesní smlouvy, v případě podstatného porušení dodavatele při plnění jeho povinností;
- u) Daňové a fiskální otázky;
- v) Vztah koncesní smlouvy a jiných relevantních smluv;
- w) Ujednání o **vyšší moci a důsledky změny legislativy**;
- x) **Rozhodné právo**;
- y) **Rozhodování sporů**;

[144] Z OECD principů se zmíním ještě o institutu tzv. **Stabilizační doložky**, (**“Stabilisation Clause”**), která stanovuje oprávnění zadavatele uzavřít závazný slib jménem státu, který bude spočívat v poskytnutí odpovídajících ujištění ve prospěch dodavatele, který tak bude chráněn proti finančním následkům legislativy, která nabude účinnosti po uzavření koncesní smlouvy za předpokladu:

- a) finanční následky budou jasně a přesně popsány;
- b) závazek skončí skončením koncesní smlouvy;
- c) povaha změn legislativy musí být popsána.

7.1.1. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, přijaté v roce 2001 („UNCITRAL Guide“).

[145] UNCITRAL Guide uvádí, že Projektová smlouva jako smlouva mezi zadavatelem a koncesionářem je centrálním smluvním dokumentem ohledně infrastrukturního projektu. Projektová smlouva určuje rozsah a účel projektu, stejně jako práva a povinnosti smluvních stran, poskytuje informace o realizaci projektu a stanovuje podmínky pro provozování infrastruktury nebo poskytování příslušných služeb. Smlouvy mezi zadavatelem a koncesionářem

mohou být obsaženy v jediném dokumentu, nebo se smluvní vztah může skládat z více než jedné samostatné smlouvy mezi zadavatelem a koncesionářem.

[146] **Projektová smlouva dále obsahuje¹³¹:**(a) formy, trvání a výši záruk výkonu koncesionáře požadované v souvislosti s výstavbou nebo provozem zařízení; (b) pojistné podmínky, které koncesionáře musí udržovat; (c) odškodnění, na které koncesionář může mít nárok v případě výskytu legislativních změn nebo jiných změn v ekonomických a finančních podmínkách, které činí plnění závazku podstatně náročnějším, než se původně předpokládalo. Projektová smlouva by měla obsahovat další **mechanismy na revizi podmínek koncesní smlouvy po vzniku takové změny**; (d) rozsah, v němž každá ze stran může být osvobozena od odpovědnosti za selhání či zpoždění při plnění závazků vyplývajících z koncesní smlouvy vzhledem k okolnostem, kterou neměly pod přiměřenou kontrolou; (e) náhrady, které jak zadavatel, tak i koncesionáře mají k dispozici v případě neplnění ze strany druhé strany.

[147] **Dle dalšího doporučení č. 59.** by projektová smlouva měla obsahovat podmínky, **dle kterých zadavatel může dočasně převzít provozování zařízení pro zajištění účinného a nepřetržitého poskytování služby** v případě závažného selhání koncesionáře plnit své závazky.

7.1.2. EBRD základní principy moderního koncesního práva¹³²

[148] EBRD základní principy (dále jen „EBRD principy“) mají především sloužit jako zdroj inspirace pro zákonodárce tvořícího koncesní zákon. Shrnují se v nich moderní principy koncesního práva. Tím, že **propagují jasnost, rovnost, stabilitu a předvídatelnost**, ale zároveň i flexibilitu, je jejich cílem chránit jak soukromého investora,

¹³¹ Doporučení č. 58.

¹³²EBRD Core Principles for a Modern Concessions Law, dostupné na <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/coreprin.pdf>. [Citováno dne 15.12.2012]

tak veřejný sektor před nečestným zacházením a zneužitím. Poprvé byly zveřejněny na www stránkách EBRD (Evropské banky pro obnovu a rozvoj) v lednu roku 2005.

[149] **První princip:** Moderní koncesní právo musí být založeno na jasné politice participace soukromého sektoru. **Druhý princip:** Moderní koncesní právo zakládá jasné právní zakotvení koncesí. **Třetí princip:** Moderní koncesní právo poskytuje jasná pravidla. **Čtvrtý princip:** Moderní koncesní právo poskytuje stabilní a předvídatelný režim koncesí. **Pátý princip:** Moderní koncesní právo podporuje nediskriminační, transparentní a přímý přístup k pravidlům a procedurám koncesního řízení. **Šestý princip:** Moderní koncesní právo je konzistentní s právním řádem příslušného státu. **Sedmý princip:** Moderní koncesní právo umožňuje jednání o koncesní smlouvě. **Osmý princip:** Moderní koncesní právo umožňuje ochranu dotčené smluvní strany před soudem nebo arbitráží. **Devátý princip:** Moderní koncesní právo umožňuje závazky a garance státu. **Desátý princip:** Moderní koncesní právo umožňuje zajištění.

[150] Desátý princip moderního koncesního práva vychází ze skutečnosti, že většinou pouze 30% koncesního projektu je financováno samotným koncesionářem (privátním partnerem). Zbýlých 70% je většinou získáno formou úvěrů od bank ve spojení se zajišťovacími smlouvami, dle nichž koncesionář poskytuje bance zajištění ve vztahu k právům dle koncesní smlouvy. Z tohoto důvodu EBRD principy doporučují, aby koncesní právo umožňovalo uplatnění takových zajištění před soudem a dále, aby specifikovalo způsob, jakým tyto úvěrové instituce nastoupí do koncesní smlouvy namísto koncesionáře¹³³.

¹³³ Viz EBRD Core Principles for a Modern Concession Law, s. 5-6.

KAPITOLA VIII.

8. Náležitosti koncesní smlouvy dle platné české právní úpravy

[151] Současná platná česká právní úprava provedená zákonem č.139/2006 Sb. definuje¹³⁴ koncesní smlouvu tak, že koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. 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.

[152] Principem koncesních smluv dle českého práva (obdobně jako v právu EU a v jiných právních řádech) tedy je, že jejich prostřednictvím veřejný zadavatel opravňuje soukromého partnera – koncesionáře k tomu, aby namísto něj poskytoval veřejnou službu.¹³⁵ Ačkoli veřejný zadavatel uzavřením koncesní smlouvy (po realizaci předepsaného koncesního řízení) poskytne soukromému partnerovi oprávnění k poskytování veřejné služby, nezbavuje se jejím uzavřením veřejný zadavatel své odpovědnosti za její poskytování vůči třetím osobám. Tento závěr je zcela zřejmý mj. z ustanovení § 19 odst. 3 koncesního zákona, kde je uvedeno, že **za škodu způsobenou koncesionářem v přímé souvislosti s poskytováním služeb uživatelům odpovídá uživatelům služby zadavatel**. Z osobní zkušenosti vím, že v některých dosud uzavíraných koncesních

¹³⁴ Viz ustanovení § 16 zákona č. 139/2006 Sb.

¹³⁵ Srov. obdobně Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 122

smlouvách např. v oblasti zajištění veřejné služby provozování vodovodů a kanalizací veřejný zadavatel požaduje např. poskytnutí **slibu odškodnění** nebo bankovní záruky a dále **pojištění** pro případ situace, kdy by veřejný zadavatel měl být povinen poskytnout náhradu škody uživatelům.

[153] Výkladem ustanovení § 19 odst. 3 koncesního zákona se zabýval mj. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve svém rozhodnutí Rozhodnutí R039/2008/02-17578/2008/310-Hr (v bodech 51 a 52): [U]stanovení § 19 odst. 3 koncesního zákona neobsahuje definiční znak koncesní smlouvy, ale **toto ustanovení pouze závazným způsobem stanovuje odpovědnost zadavatele za škodu způsobenou třetím osobám, a to čistě ve vztahu k těmto třetím osobám.** Odlišné ujednání stran koncesní smlouvy, které by směřovalo vůči třetím osobám a které by vylučovalo tuto zákonnou odpovědnost zadavatele, je tak **nepřípustné**, stejně jako i **ujednání, které by vylučovalo tomu odpovídající právo třetí osoby primárně u zadavatele uplatňovat nárok z titulu vzniklé škody.**

[154] Zadavatel se s koncesionářem může v koncesní smlouvě dohodnout pouze na případném **regresu**, tedy např. na tom, že koncesionář uhradí zadavateli částku vyplacenou zadavatelem třetím osobám jako náhradu škody, neboť otázka ekonomického rizika plynoucího z této odpovědnosti není ustanovením § 19 odst. 3 koncesního zákona žádným způsobem řešena a je tedy na smluvní volnosti stran. Omezení či vyloučení odpovědnosti zadavatele vůči třetím osobám a případně přenesení této odpovědnosti na koncesionáře je však ze zákona nepřípustné.

[155] Smyslem ustanovení § 19 odst. 3 koncesního zákona je, aby třetí osobě nevnikla nejistota ohledně povinné osoby, pokud této třetí osobě vznikne v souvislosti s provozováním předmětu koncesní smlouvy škoda. **Odpovědnost zadavatele za škodu způsobenou třetím osobám tak není pojmovým znakem koncesní smlouvy, a tedy nelze vykládat, že pouze je-li taková odpovědnost sjednána, jde o koncesní smlouvu, ale naopak; odpovědnost zadavatele je**

vždy objektivně dána ze zákona, aniž by si strany toto musely výslovně sjednat, respektive aniž by si mohly platným a proti třetím osobám účinným úkonem sjednat jinak. Takové případné ujednání by bylo neplatné a již z toho důvodu by ani nemohlo zakládat následek dovozovaný zadavatelem, že koncesní smlouva, uzavřená veřejným zadavatelem a jinak splňující znaky dle § 16 zákona, by na základě tohoto ujednání byla vyňata z režimu a působnosti koncesního zákona.

[156] Koncesní zákon stanovuje další pojmový znak koncesní smlouvy v §16 odst. 2, a sice, že **podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář**. Přístup českého zákonodárce odráží požadavek evropského práva, které právě v pojmovém znaku podstatné části rizik spatřuje hlavní rozlišovací kritérium veřejných zakázek a koncesí.

[157] Pokud jde o náležitosti koncesní smlouvy, můžeme říci, že **česká právní úprava patří k těm stručnějším**. Ačkoli v některých případech stručnost právních předpisů může být považována za přínosnou a ukazovat na dobré schopnosti legislativců, v případě koncesního zákona s tím nemohu souhlasit.

[158] Dle § 16 odst. 3 koncesní smlouva obsahuje:

- a) **Důvody**, na jejichž základě může dojít **k předčasnému ukončení smlouvy**, a
- b) **Vymezení právních vztahů smluvních stran k majetku, který je určen k realizaci koncesní smlouvy včetně pravidel jejich vypořádání**, pokud dojde k ukončení smlouvy dle písmene a).
- c) Koncesní zákon dále stanovuje, že koncesní smlouva musí být **písemná a projevy vůle smluvních stran musí být na téže listině**. V otázkách neupravených koncesním zákonem se koncesní smlouva řídí obchodním zákoníkem. Koncesní smlouvu lze uzavřít pouze na dobu **určitou**. Pokud jde o otázku doby

trvání koncesní smlouvy, v literatuře¹³⁶ se objevuje otázka vztahu koncesního zákona k § 27 odst. 2 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů. Zákon se vztahuje pouze na jednání organizačních složek státu. Toto ustanovení zní: *„Užívání podle odstavce 1 lze sjednat pouze na dobu určitou v trvání nejdéle 8 let pro jednoho uživatele. Pokud jsou podmínky podle odstavce 1 splněny i nadále, lze užívání témuž uživateli prodloužit anebo sjednat znovu, avšak opět pouze na dobu v trvání nejdéle 8 let. Nestanoví-li zvláštní právní předpis jinak, musí smlouva obsahovat ujednání o možnosti ukončit uživateli vztah výpovědí a rovněž odstoupením od smlouvy, pokud uživatel neplní řádně a včas své povinnosti anebo pokud přestanou být plněny podmínky podle odstavce 1“*. Jsem názoru, že úprava stanovená v koncesním zákoně je v poměru speciality k úpravě zákona č. 219/2000 Sb., a tudíž se omezení 8 lety pro koncesní smlouvy nepoužije.

- d) Ustanovení § 19 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, stanoví, že při uzavírání koncesních smluv se zadavatelé mohou zavázat k **budoucímu plnění**, které není kryto z rozpočtu zadavatele platného v okamžiku uzavření koncesní smlouvy, zákon č. 137/2006 obdobné ustanovení neobsahuje.

¹³⁶ Viz např. Lego, J., Louda, T.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Praha, Plzeň: 2008, s. 62.

8.1. Vzorové koncesní smlouvy v České republice

[159] V rámci České republiky, ale samozřejmě i v ostatních státech se setkáváme často se vzorovými koncesními smlouvami zpracovanými buď orgány státní správy, nebo odbornými organizacemi. Jedním z prvních takových počinů v ČR byla **vzorová smlouva Ministerstva financí České republiky** pro realizaci PPP projektů v České republice. Tato smlouva byla připravena společným týmem Ministerstva financí, PPP Centra, a.s. a advokátní kanceláře Johnson & Kramařík¹³⁷.

[160] Z přínosných ujednání této vzorové smlouvy můžeme zmínit alespoň: **Předčasné ukončení a kompenzace**¹³⁸, **Změny závazných předpisů a definice kvalifikované změny předpisů**¹³⁹. Mezi další vzorovou koncesní smlouvu lze zařadit **Vzorová smluvní ujednání** připravená Státním fondem životního prostředí pro žadatele z operačního programu Životní prostředí. Tato vzorová smluvní ujednání mají vést k usnadnění procesu výběru nového provozovatele vodohospodářské infrastruktury formou koncesního řízení¹⁴⁰.

¹³⁷ Vzorová smlouva je k dispozici na webových stránkách MF ČR- viz http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/rr_ppp_metodiky_postupy_25475.html [citováno den 13.1.2013]. Tato vzorová smlouva byla připravena pro projekty, které vykazují následující charakteristiky: jedná se o projekty tzv. „ubytovacích kapacit“ (např. školy, nemocnice, úřady, věznice), u kterých lze očekávat nejrozšířenější používání metody PPP pro jejich realizaci; jedná se o samostatné zařízení (nikoliv o tzv. „skupinu zařízení“, např. více škol v kraji); může jít o výstavbu na místě či vedle existujícího zařízení či přestavbu existujícího zařízení; vybudované zařízení vlastní a po skončení smlouvy bude dále vlastnit zadavatel; koncesionář je založen jako zvláštní účelová společnost pouze pro konkrétní projekt; koncesionář je ve významné míře financován úvěrem tzv. „seniorních věřitelů“; dochází k přechodu některých zaměstnanců zadavatele na koncesionáře či jeho subdodavatele; koncesionář není nijak odměňován za předčasné dokončení výstavby a otevření zařízení; koncesionář je financován v českých korunách a žádá ze stran nenese kurzové riziko; a koncesionář nevybírá od uživatelů žádné významné platby za užívání vybudované infrastruktury a je převážně placen tzv. „poplatky za dostupnost“ (v této vzorové smlouvě nazývanými společně s poplatky za poskytované služby „Služebné“).

¹³⁸ Viz část 12 vzorové smlouvy.

¹³⁹ Viz část 8, bod 35 vzorové smlouvy.

¹⁴⁰ <http://www.opzp.cz/clanek/254/1545/vzorova-smluvni-ujednani/> [citováno den 13.1.2013].

8.2. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve vztahu ke koncesní smlouvě

8.2.1. Živá nádraží Českých drah a jejich zadání mimo režim koncesního zákona

[161] Jedním z prvních rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ohledně koncesních smluv je Rozhodnutí R039/2008/02-17578/2008/310-Hr¹⁴¹, v němž se Úřad zabýval **projektem společnosti České dráhy, a.s. České dráhy mimo režim koncesního zákona spolupracovaly se soukromými partnery na revitalizaci nádraží v ČR**, kdy použily **tři rozdílné modely spolupráce**. Prvním z těchto modelů byla *revitalizace formou dlouhodobého pronájmu*, kdy soukromý partner vybraný na základě výběrového řízení následně na vlastní náklady a na základě dlouhodobého pronájmu měl zajistit revitalizaci nádraží a nádražních prostor, přičemž návratnost investice měl získat tento partner z komerčního využití revitalizovaného majetku např. formou podnájmu pronajatých prostor ke komerčnímu využití jejich koncovým provozovatelům nebo formou realizace vlastního developerského projektu. **Druhým** z posuzovaných modelů byla revitalizace *formou založení společného podniku*, jehož podstatou byla skutečnost, že zadavatel spolu s vybraným soukromým partnerem založil společný podnik, do něhož vložil právo na užívání nemovitého majetku a soukromý partner vkládal investice a know-how týkající se realizace projektu. Společný podnik (tzv. „SPV“) byl založen za jediným účelem přípravy podkladů pro realizaci projektu a po ukončení přípravné fáze jsou za účelem vlastní realizace projektu zakládány další SPV. Kontrolní funkce si na projektu ponechává zadavatel, který drží 51 % akcií v každé SPV. **Posledním** posuzovaným modelem byla *revitalizace s využitím vlastních prostředků*, kdy zadavatel prováděl revitalizaci sám.

¹⁴¹ Viz www.compet.cz [citováno den 13.1.2013]

[162] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže zde dospěl k závěru, že revitalizace podle modelu 1 a 2 **naplňuje znaky koncese resp. koncesní smlouvy** a revitalizace skrze model 3 je **veřejnou zakázkou**. K naplnění jednotlivých pojmových znaků koncese podle zákona pak kontrolní pracovníci uvádějí, že zadavatel při použití modelu 1 a 2 **přenesl závazek revitalizovat pronajaté nádražní prostory, tedy závazek ve veřejném zájmu, na třetí subjekt, a to včetně závazku financování revitalizace a závazku údržby těchto zařízení**.

[163] Tomuto subjektu pak zadavatel **umožnil braní užitků z využívání provedeného díla**, které spočívá v právu využívat pronajaté prostory za účelem jejich dalšího pronájmu stávajícím či budoucím podnájemníkům, a to **spolu s riziky spojenými s užíváním tohoto díla**.

[164] **Rizika** spočívají v tom, že revitalizaci provedou vybrané třetí subjekty na vlastní náklady (tj. bez finančního příspěvku zadavatele) a návratnost vložených prostředků je závislá na výši vybraného nájemného z pronajatých, resp. podnajatých prostor (tj. po odečtu fixní částky hrazené zadavateli). Riziko vybraného třetího subjektu, tedy koncesionáře, spočívá rovněž v závazku udržovat, spravovat a opravovat pronajaté nemovitosti, kdy tyto služby jsou hrazeny podílem vybraného nájemného, kdy zisk z nájemného není zaručen.

[165] České dráhy dle Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže porušily koncesní zákon. Proto pokud zadavatel fakticky **obešel či obchází postup podle koncesního zákona použitím systému jiných, vzájemně spolu přímo či nepřímo souvisejících a na sebe navazujících smluv, vytvořil tak situaci, kdy je obtížné jím vytvořené právní vztahy popsat jednoduše a přehledně, respektive stav, kdy žádná z jím uzavřených smluv nemůže být sama o sobě označena jako smlouva koncesní**.

[166] Takto **nepřehledný právní stav však jde dle ÚOHS k tíži zadavatele**.

8.2.2. Hradec Králové – výstavba parkovacích míst

[167] Další koncesní projekt, jímž se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže zabýval, byla **nadlimitní koncese na služby vyhlášená Statutárním městem Hradec Králové**¹⁴². Předmětem uvedené koncese bylo zajištění správy a provozu parkovacích míst ve městě.

[168] Zadavatel se od roku 2004 zabýval **otázkou zvýšení počtu parkovacích míst na území města**. Vzhledem k finanční náročnosti projektu zvolil v roce 2006 pro realizaci tohoto projektu uzavření koncesní smlouvy podle v té době účinného zákona. Podstatou koncese je v šetřeném případě **zajištění služeb provozování a správy parkovacích míst a zajištění financování vybudování nových parkovacích míst pro veřejnost**. Protiplnění za uvedené služby spočívalo v **právu koncesionáře tyto služby po určitou dobu poskytovat a brát užítky vyplývající z jejich poskytování**. Koncesionář zároveň nesl podstatnou část rizik spojených s poskytováním uvedených služeb.

[169] Orgán dohledu obecně uvedl, že základním znakem definujícím koncesi je podle § 9a a § 9b zákona protiplnění za poskytnuté služby či realizované stavební práce, které spočívá v právu službu či stavbu po stanovenou dobu využívat nebo provozovat, přičemž toto právo může být spojeno s poskytnutím peněžitého plnění veřejným zadavatelem.

[170] Dalším podstatným znakem koncese je **přenos hospodářského rizika z veřejného zadavatele na koncesionáře**. Tento znak – jak uvádí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže – sice není v zákoně uveden výslovně, avšak jeho existence vyplývá z judikatury Evropského soudního dvora, k níž je nutno při rozhodování přihlížet¹⁴³.

¹⁴² Rozhodnutí S36/2010/VZ-3959/2010/540/KKo.

¹⁴³ Orgán dohledu uvádí např. rozsudek ESD C-458/03 ze dne 13.10.2005 ve věci Parking Brixen GmbH proti Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, bod 40. a 41, ve kterém ESD uvádí, že v případě, kdy je za poskytování služby dodavatel odměňován třetími osobami, dochází

[171] Orgán dohledu však **nemůže souhlasit s názorem účastníků** správního řízení, že v případě vybudování parkovacích technologií a výstavby nových parkovacích míst **došlo k přenosu hospodářského rizika z veřejného zadavatele na koncesionáře**, neboť po přezkoumání všech podkladů dospěl k závěru, že zde **ekonomické riziko neexistuje**. Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že v případě výstavby nových parkovacích míst a dalších investic do parkovacích technologií ekonomické riziko neexistuje, neboť **koncesionář má zajištěnou základnu při neexistenci významných konkurenčních subjektů** a ceny za využívání spolu s předpokládanými investicemi koncesionáře jsou ve spolupráci se zadavatelem nastaveny tak, aby byla zajištěna jak úhrada vložených investic, tak i tvorba přiměřeného zisku koncesionáře.

[172] Tvorba zisku je pro koncesionáře hlavním cílem jeho činnosti, neboť jako podnikatelský subjekt by s největší pravděpodobností nevstupoval do jakéhokoliv smluvního vztahu, aniž by měl vysokou míru jistoty, že tento vztah pro něj bude ziskový. Vzhledem k neexistenci ekonomického rizika nemohlo dojít ani k jeho přenosu na koncesionáře.

k přenosu rizika na dodavatele, a jedná se tedy o koncesi. Dále Úřad odkazuje na rozsudek ESD C-206/08 ze dne 10.9.2009 ve věci Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, ve kterém ESD uvádí, že pokud dodavatel zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, jedná se o koncesi. Jako další pramen lze uvést např. článek 2.1.2. Interpretativního sdělení komise č. 2000/C 121/02. Existenci přenosu hospodářského rizika jako jednoho ze základních znaků koncese argumentuje ve svých rozhodnutích i orgán dohledu (např. rozhodnutí 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), ve kterých orgán dohledu dovodil, že přenos podstatné části ekonomického rizika na koncesionáře je jedním ze základních znaků koncese a jeho neexistence v konkrétním případě znemožňuje definovat vztah mezi zadavatelem a dodavatelem jako koncesi.

8.2.3. Provozování veřejné kanalizace a ČOV v obci Zdíby¹⁴⁴

[173] **Smlouva o spolupráci za účelem provozování veřejné kanalizace a čistírny odpadních vod v obci Zdíby. Zastupitelstvo obce Zdíby na svém zasedání dne 26.9.2007 usnesením pověřilo starostu obce podpisem koncesní smlouvy o provozování veřejné kanalizace a čistírny odpadních vod v obci Zdíby, která byla poté se společností BMTO GROUP uzavřena ze dne 14.11.2007. Jako předmět koncesní smlouvy bylo v čl. I. smlouvy stanoveno zajištění řádného provozu a správy veřejné kanalizace odvádějící odpadní vody z obce Zdíby na ČOV Zdíby a provoz ČOV Zdíby. Zadavatel se dále zavázal umožnit koncesionáři, společnosti BMTO GROUP, získat za vymezené plnění dohodnutou úplatu a poskytnout mu součinnost potřebnou k naplnění účelu smlouvy. Zadavatel – obec Zdíby, se dle názoru ÚOHS dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. b) cit. zákona, neboť nedodržel postup stanovený v § 5 odst. 1 cit. zákona, když při výběru koncesionáře nepostupoval v koncesním řízení s tím, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr koncesionáře.**

¹⁴⁴Rozhodnutí S116/2008/VZ-12377/2008/530/RP, Rozhodnutí R133/2008/02-22047/2008/310-AS (potvrzeno).

8.2.4. Vybudování a provoz parkovacího systému na území města Znojma¹⁴⁵

[174] V případě naplnění znaků charakteristických pro koncese je rozhodující zejména forma protiplnění, kdy dochází ze strany koncesionáře k braní užitků z předmětu koncese a dále k přenosu podstatné části rizik souvisejících s braním užitků. Koncesní smlouvy mají dlouhodobý charakter a jsou jednou z možností jak zajistit realizaci úkolů veřejné správy a poskytování služeb veřejnosti prostřednictvím soukromých subjektů.

[175] Pokud srovnáme veřejné zakázky na straně jedné a koncesní smlouvu na straně druhé, tak v případě veřejných zakázek jsou výdaje za poskytnutí plnění hrazeny v plné výši veřejným zadavatelem, dodavatel nevyužívá dále předmět veřejné zakázky a nedostává žádnou úplatu např. formou poplatků placených uživateli předmětu zakázky a úplatu od veřejného zadavatele obdrží dodavatel bez toho, aby tato úplata byla závislá na ekonomických rizicích.

[176] U veřejných zakázek dodavatel nese obvyklá rizika upravená obchodním právem, jako je odpovědnost za vady, nedodělky, poskytnutí záruky apod. Riziko poptávky je na straně veřejného zadavatele, přičemž předpokládanou výši úplaty ve prospěch dodavatele neovlivňuje skutečnost, zda jsou naplněny plánované ukazatele využívání veřejné služby v praxi tak, jak předpokládal zadavatel.

[177] Na druhé straně v případě koncesních smluv koncesní zákon předpokládá využívání předmětu koncese koncesionářem s tím, že koncesionář ponese podstatnou část „ekonomických rizik“ s tím spojených a samotné využívání předmětu koncese po určitou dobu je zdrojem jeho příjmů (např. vybírání poplatků od uživatelů služeb).

[178] Podstatná část předpokládaných příjmů koncesionáře je závislá především na riziku poptávky.

¹⁴⁵ Rozhodnutí S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh.

[179] Doba, po kterou je koncese zaručena, je důležitou součástí odměny koncesionáře.

[180] Jsou-li naplněny znaky koncesní smlouvy ve smyslu koncesního zákona je nutno realizovat koncesní řízení.

[181] Před zahájením koncesního řízení musí zadavatel zjistit předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy a současně také předpokládaný celkový příjem koncesionáře z realizace koncesní smlouvy¹⁴⁶. Dosáhne-li předpokládaný příjem koncesionáře částky 20 000 000,- Kč bez DPH, je zadavatel povinen při udělování koncese postupovat podle koncesního zákona.

[182] [V] šetřeném případě se jedná o koncesi ve smyslu koncesního zákona, neboť předmětem návrhu smlouvy, kterou hodlá zadavatel uzavřít, je závazek dodavatele na své náklady vybudovat, provozovat a zajistit další rozvoj parkovacího systému a na druhé straně právo dodavatele po dobu trvání předmětné smlouvy využívat vybudovaný systém a za užívání tohoto parkovacího systému vybírat od uživatelů poplatky¹⁴⁷.

8.3. K některým dalším institutům v českém koncesním právu

[183] V rámci českého práva považuji za vhodné ve vztahu k procesu uzavírání koncesní smlouvy přiblížit některé právní instituty obsažené v koncesním zákoně:

- a) **Rozpočtový dozor Ministerstva financí;**
- b) **Rejstřík koncesních smluv;**
- c) **Neplatnost koncesních smluv, zákaz plnění koncesní smlouvy;**

¹⁴⁶ Způsob výpočtu stanoví vyhláška č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon.

¹⁴⁷ S ohledem na výši předpokládané hodnoty stanovené zadavatelem v oznámení o zakázce, tj. 170 000 000,- Kč bez DPH včetně opce, by se mohlo v uvedeném případě jednat o významnou koncesní smlouvu, u které je koncesním zákonem vyžadováno po zadavateli, aby před zahájením koncesního řízení nebo v případě postupu podle § 7 odst. 5 písm. b) před podáním výzvy k podání nabídek, zajistil vypracování koncesního projektu (viz § 21 odst. 1 koncesního zákona).

[184] **Rozpočtový dozor Ministerstva financí¹⁴⁸** představuje ingerenci Ministerstva financí do procesu uzavírání koncesní smlouvy a dále do procesu její změny. K uzavření koncesní smlouvy územním samosprávným celkem, příspěvkovou organizací, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek, nebo jinou právnickou osobou podle § 2 odst. 1 písm. d) koncesního zákona, a k její změně, je žadatel povinen vyžádat si předchozí stanovisko Ministerstva financí. **Vyžádání stanoviska** k uzavření nebo změně koncesní smlouvy a jeho **projednání při schvalování koncesní smlouvy** nebo její změny je podmínkou platnosti koncesní smlouvy. O stanovisko ke změně koncesní smlouvy není nutné žádat, pokud se navrhované změny koncesní smlouvy **netýkají vybraných náležitostí uzavřené koncesní smlouvy**. Z uvedeného je zřejmé, že před uzavřením koncesní smlouvy je vyžádání stanoviska od Ministerstva financí obligatorní a představuje podmínku platnosti. Zákon však nehovoří o tom, že by stanovisko muselo být **pozitivní** (souhlasné), stačí tedy samotné vyžádání stanoviska a jeho projednání při schvalování příslušné koncesní smlouvy. Rozpočtovému dozoru však podléhají všechny koncesní smlouvy tj. i ty, které není v souladu s koncesním zákonem třeba zadávat v rámci koncesního řízení.

[185] Při změnách již uzavřené koncesní smlouvy je situace složitější. Zákon stanovuje, že o stanovisko ke změně koncesní smlouvy není nutné žádat, pokud se navrhované změny koncesní smlouvy **netýkají vybraných náležitostí uzavřené koncesní smlouvy**.

[186] **Které změny koncesní smlouvy podléhají předchozímu stanovisku Ministerstva financí a které nikoli.** Odpověď na tuto otázku není zcela jasná, neboť v ustanovení § 30 odst. 1 koncesního zákona, v platném znění, se pouze dočteme, že o stanovisko není nutné žádat, pokud se navrhované změny netýkají vybraných náležitostí uzavřené koncesní smlouvy podle odstavce 2. V odstavci

¹⁴⁸ Je upraven v ustanovení § 30 koncesního zákona.

druhém stejného odstavce však žádné náležitosti dle mého názoru nenalezneme. V tomto odstavci je pouze uveden povinný obsah žádosti o stanovisko k uzavření koncesní smlouvě, dále uvedeno, že taková žádost by měla obsahovat ekonomický rozbor dopadů koncesní smlouvy nebo její změny na ekonomickou situaci žadatele, včetně údajů o stavu zadluženosti žadatele apod. Samotné náležitosti obsahu žádosti pak stanovuje prováděcí právní předpis, kterým je Vyhláška č. 238/2006 Sb., kterou se stanoví náležitosti obsahu žádosti o předchozí stanovisko k uzavření koncesní smlouvy nebo smlouvy a ke změně uzavřené koncesní smlouvy nebo smlouvy podle koncesního zákona, ze dne 17. května 2006. V této vyhlášce jsou stanoveny **vybrané náležitosti koncesní smlouvy, které jsou obligatorní součástí žádosti o předchozí stanovisko:**

- a) vymezení předmětu koncesní smlouvy,
- b) u koncesionáře nebo vybraného uchazeče (dále jen koncesionář“), je-li právnickou osobou, obchodní firmu nebo název, sídlo, právní formu a identifikační číslo, u koncesionáře, je-li fyzickou osobou, jméno, příjmení, případně obchodní firmu, místo podnikání, případně místo trvalého pobytu, je-li odlišné od místa podnikání, a identifikační číslo,
- c) předpokládanou hodnotu předmětu koncesní smlouvy,
- d) předpokládaný příjem koncesionáře,
- e) výši finančních závazků žadatele vyplývajících z koncesní smlouvy, včetně výše jednotlivých plateb a jejich časového rozložení, popřípadě výši a způsob zajištění závazků koncesionáře souvisejících s koncesní smlouvou žadatelem,
- f) ostatní závazky žadatele vyplývající z realizace předmětu koncesní smlouvy,
- g) práva žadatele vyplývající z realizace předmětu koncesní smlouvy,

- h) výši plnění hrazených žadateli koncesionářem nebo jejich limity, pokud z koncesní smlouvy vyplývá
- i) jejich existence, a způsob jejich určení,
- j) výši úhrad plynoucích koncesionáři přímo od uživatelů nebo jejich limity, pokud z koncesní smlouvy
- k) vyplývá oprávnění tyto úhrady vybírat, a způsob jejich určení,
- l) dobu, na kterou se koncesní smlouva uzavírá,
- m) popis rozložení rizik mezi zadavatele a koncesionáře,
- n) stanovení reálné hodnoty aktiv a vymezení použitých zdrojů včetně jejich výše, z nichž jsou jednotlivá
- o) aktiva pořizována, pokud tvorba těchto aktiv vyplývá z koncesní smlouvy,
- p) vymezení právních vztahů smluvních stran k majetku, který je určen k realizaci předmětu koncesní smlouvy po celou dobu předpokládané platnosti koncesní smlouvy,
- q) způsob vypořádání závazků vyplývajících z koncesní smlouvy,
- r) podmínky ukončení koncesní smlouvy a důsledky, které z ukončení koncesní smlouvy plynou pro žadatele.

[187] Pokud se tedy pokusíme odpovědět na otázku, jaké změny v uzavřené koncesní smlouvě s sebou přinášejí povinnost požádat o předchozí stanovisko Ministerstva financí, lze se domnívat, že jde o **jakékoli změny, jimž se mění náležitosti stanovené právě v tomto výše uvedeném prováděcím předpisu**. Jsem však přesvědčen, že stávající právní úprava je v tomto směru **nepřesná** a de lege ferenda zejména s ohledem na **právní jistotu smluvních stran** koncesní smlouvy je vhodné při případné novelizaci koncesního zákona tuto nepřesnost odstranit. Ministerstvo financí podanou žádost o stanovisko posuzuje v omezeném rozsahu (neposuzuje celou koncesní smlouvu, ani ji neschvaluje, jak bylo nejdříve v rámci

legislativního procesu vyžadováno). Koncesní smlouvu posoudí z hlediska možných dopadů přijímaných závazků obsažených v koncesní smlouvě a jejich vlivu na ekonomickou situaci žadatele nebo na mezinárodní závazky České republiky. V případě, že Ministerstvo stanovisko nevydá ve lhůtě 60 dnů od okamžiku, kdy je mu žadatelem doručena žádost, nastupuje **fikce pozitivního rozhodnutí**, tj. platí, že Ministerstvo financí nemá námitek k uzavření nebo změně koncesní smlouvy.

[188] V případě, že stanovisko k uzavření nebo změně stanovených náležitostí koncesní smlouvy není vyžádáno, je koncesní smlouva resp. příslušný dodatek absolutně neplatný.

[189] **Smlouvy naplňující znaky koncesní smlouvy, uzavřené přede dnem nabytí účinnosti koncesního zákona:** V rámci stávajícího koncesního zákona nenalezneme odpověď na otázku, zda rozpočtovému doзору podléhají i změny smluv uzavřených před nabytím účinnosti koncesního zákona (tj. před 1.7.2006), které svojí povahou naplňují pojmové znaky koncesní smlouvy, avšak nebyly (a ani nemohly být) uzavřeny postupem dle koncesního zákona. Vzhledem k **principu legitimního očekávání, principu právní jistoty** se domnívám, že změny takovýchto smluv nepodléhají režimu rozpočtového doзору Ministerstva financí, a to v souladu s obecnou zásadou veřejného práva, že jest zakázáno vše, co není výslovně zákonem dáno do pravomoci příslušného správního orgánu. Pokud by však změna takové smlouvy sama o sobě naplnila znaky udělení koncese dle koncesního zákona, bylo by nutné postupovat v souladu s koncesním zákonem.

8.3.1. K rejstříku koncesních smluv

[190] Český koncesní zákon upravuje **zvláštní registr uzavřených koncesních smluv**¹⁴⁹. Dle ustanovení § 32 koncesního

¹⁴⁹ http://www.isvz.cz/isvz/RKS/ISVZ_RKS_text.aspx [citováno dne 21.12.2012].

zákona Ministerstvo pro místní rozvoj zajišťuje vedení rejstříku koncesních smluv. Rejstřík funguje na principu **publicity** – je veřejně přístupný a je součástí informačního systému o veřejných zakázkách¹⁵⁰.

[191] Zadavatel je povinen předat Ministerstvu pro místní rozvoj údaje výše uvedené **do 30 dnů ode dne účinnosti koncesní smlouvy**; v případě změn, které se týkají zapsaných údajů, postupuje obdobně. Ministerstvo pro místní rozvoj zapíše údaje do 30 dnů ode dne jejich předání zadavatelem do rejstříku koncesních smluv a vymaže tyto údaje z rejstříku koncesních smluv ke dni ukončení platnosti koncesní smlouvy.

[192] V současné době je v Rejstříku koncesních smluv celkem 54 záznamů (stav k 7.1.2013). Nacházíme zde koncesní smlouvy různého typu a z různých oblastí¹⁵¹. Jen pro zajímavost zmíním např. tyto:

Obchodní firma/název:	Předmět koncesní smlouvy:	Koncesionář:	Koncesní smlouva uzavřena dne:
Město Říčany	Zajištění provozu vodohospodářské	1.SčV, a.s.	02.11.2011

¹⁵⁰ Předmětem zápisu do rejstříku jsou

- a) u zadavatele obchodní firma nebo název, sídlo, právní forma a identifikační číslo osoby,
- b) u koncesionáře, je-li právnickou osobou, obchodní firma nebo název, sídlo, právní forma a identifikační číslo osoby,
- c) u koncesionáře, je-li fyzickou osobou, jméno, příjmení, případně obchodní firma, datum narození, místo podnikání, případně místo trvalého pobytu, je-li odlišné od místa podnikání, a identifikační číslo osoby,
- d) základní vymezení předmětu koncesní smlouvy,
- e) předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy a předpokládaný příjem koncesionáře,
- f) oprávnění vybírat úhrady od uživatelů a jejich výše, případně způsob jejich určení, nebo jejich limity, pokud takové oprávnění vyplývá z koncesní smlouvy,
- g) doba, na kterou se koncesní smlouva uzavírá,
- h) datum uzavření koncesní smlouvy.

¹⁵¹ Viz <http://www.isvz.cz/isvz/default.aspx?mainwindow=3> [citováno 1.2.2012].

	infrastruktury města Říčany		
České dráhy, a.s.	Služba ČD taxi	City taxi s.r.o.	30.07.2011
Město Bohumín	Dodávka tepla	ČEZ Teplárenská, a.s.	14.07.2010
Město Rakovník	Zajištění školního a závodního stravování pro žáky a zaměstnance 1. základní školy, Rakovník, Martinovského 153, 2. základní školy, Rakovník, Husovo nám. 3 a Gymnázia Zikmunda Wintra, Rakovník, nám. J. Žižky 186	EUREST – zařízení školního stravování spol. s r.o.	12.08.2010
Město Litoměřice	Provozovatel domova pro seniory v Litoměřicích	Farní charita Litoměřice	16.3.2009

8.3.2. K dalším institutům českého koncesního zákona

8.3.2.1. Rejstřík osob se zákazem plnění koncesních smluv

[193] Do rejstříku osob se zákazem plnění koncesních smluv jsou zapisovány právnické nebo podnikající fyzické osoby, kterým byl uložen zákaz plnění koncesních smluv. Rejstřík vede Ministerstvo pro místní rozvoj. V současné době není v Rejstříku prozatím žádný záznam.

8.3.2.2. Nápravná opatření a neplatnost smluv

[194] Nedodrží-li zadavatel postup stanovený koncesním zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že **zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele**¹⁵².

[195] Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu **uloží zákaz plnění koncesní smlouvy**¹⁵³, pokud se zadavatel:

- a) dopustí správního deliktu, kdy **uzavře koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení**, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu (**oznámení o průhlednosti ex ante**);
- b) **dopustí správního deliktu spočívajícího v nedodržení postupu stanoveného koncesním zákonem**, přičemž takovýto postup **podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky**, a zároveň **správního deliktu spočívajícího v uzavření koncesní smlouvy v rozporu se zákazem jejího uzavření** nebo v rozporu s vydaným předběžným opatřením.

¹⁵² Viz k tomu ustanovení § 25 koncesního zákona, v platném znění.

¹⁵³ Viz k tomu ustanovení § 25 koncesního zákona, v platném znění.

[196] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **zákaz plnění koncesní smlouvy neuloží**, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy. Ekonomický zájem na plnění koncesní smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění koncesní smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou koncesní smlouvou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění koncesní smlouvy, náklady spojené se zahájením nového koncesního řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění koncesní smlouvy a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění koncesní smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění koncesní smlouvy¹⁵⁴.

[197] **Neplatnost koncesní smlouvy**¹⁵⁵. Koncesní zákona pouze stanoví, že koncesní smlouva je neplatná z důvodu nedodržení postupu podle koncesního zákona pouze v případech, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže uloží zákaz jejího plnění. Srov. k tomuto (*jde sice o judikaturu ve vztahu k veřejným zakázkám, ale je možné ji aplikovat i zde*): „*Smyslem řízení o přezkumu úkonů zadavatele [...] je nastolení podmínek, jež mohou případně zadavatelovo pochybení napravit, a to ve fázi před uzavřením smlouvy [...], a sekundárně pak uložení sankce zadavateli, který při zadávání veřejné zakázky pochybil, a to ve fázi, kdy smlouva již byla uzavřena*“. **A dále** (*tamtéž*): „*Otázka platnosti či neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku [...] může navazovat na posouzení otázky souladu či rozporu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách; zatímco zodpovězení otázky souladu či rozporu postupu zadavatele se zákonem o veřejných zakázkách se promítá do rozhodnutí orgánu dohledu ve věci samé, otázka platnosti či neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku se do rozhodnutí orgánu dohledu nepromítá.*

¹⁵⁴ Viz ustanovení § 25 odst. 3 koncesního zákona, v platném znění.

¹⁵⁵ Viz ustanovení § 25 odst. 5 koncesního zákona, v platném znění.

Následek, který může být vyvolán závěrem správního orgánu učiněným ve správním řízení, tedy v rozhodnutí správního orgánu ve věci (zde závěr o nezákonnosti právního úkonu, který může vyvolat ze soukromoprávního pohledu jeho neplatnost), nemůže být zároveň podmínkou vedení takového správního řízení“.

[198] **Podle koncesního zákona je koncesní smlouva neplatná z důvodu nedodržení postupu stanovených v koncesním zákoně pouze v případech, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže uloží pravomocným rozhodnutím zákaz plnění koncesní smlouvy¹⁵⁶.** Tímto však není dotčena možnost obecného soudu vyslovit neplatnost koncesní smlouvy z jiných důvodů, například pro rozpor s jiným zákonem (viz k tomu např. ustanovení § 39 občanského zákoníku).

8.3.3. Koncesní smlouva a nový občanský zákoník.

[199] Od 1.1.2014 předpokládáme nabytí účinnosti nového občanského zákoníku (zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník), který v českém právu mj. odstraní nevhodnou dvojkolejnost **institutů smluvního práva.**

[200] Dle platného koncesního zákona¹⁵⁷ se totiž koncesní smlouva „**dále řídí**“ (slovy koncesního zákona) příslušnými ustanoveními obchodního zákoníku. V přechodných a závěrečných ustanoveních nového občanského zákoníku, konkrétně v §3029 odst. 1 se stanovuje, že „*Dovolávají-li se právní předpisy ustanovení, která se tímto zákonem zrušují, vstupují na jejich místo jim odpovídající ustanovení tohoto zákona.*“ V ustanovení § 3080, bodě 72. se zrušuje nabytím účinnosti nového občanského zákoníku mj. i obchodní zákoník. Z těchto důvodů počínaje účinností nového občanského zákoníku, bude **koncesní smlouva v otázkách neupravených**

¹⁵⁶ Srov. k tomu Raus, D.: Zadávání veřejných zakázek. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 405 an.

¹⁵⁷ Viz ustanovení § 16 odst. 6 koncesního zákona.

koncesním zákonem podřízena obecnému režimu nového občanského zákoníku.

[201] Z nového občanského zákoníku bych zmínil alespoň tato ustanovení, která dle mého názoru budou pro právní život koncesní smlouvy významná:

[202] **Změna okolností dle § 1764:** Změní-li se po uzavření smlouvy okolnosti do té míry, že se plnění podle smlouvy stane pro některou ze stran obtížnější, nemění to nic na její povinnosti splnit dluh. To neplatí v případech stanovených v § 1765 a 1766.

[203] **Podstatná změna okolností dle § 1765:** (1) Dojde-li ke **změně okolností tak podstatné**, že změna založí v právech a povinnostech stran zvlášť hrubý nepoměr znevýhodněním jedné z nich buď neúměrným zvýšením nákladů plnění, anebo neúměrným snížením hodnoty předmětu plnění, má dotčená strana právo domáhat se vůči druhé straně **obnovení jednání o smlouvě**, prokáže-li, že změnu nemohla rozumně předpokládat ani ovlivnit a že skutečnost nastala až po uzavření smlouvy, anebo se dotčené straně stala až po uzavření smlouvy známou. Uplatnění tohoto práva neopravňuje dotčenou stranu, aby odložila plnění. (2) **Právo podle odstavce 1 dotčené straně nevznikne, převzala-li na sebe nebezpečí změny okolností.** V důvodové zprávě se pouze odkazuje na judikaturu Nejvyššího soudu ČSR z r. 1922¹⁵⁸: „*Doložka rebus sic stantibus má význam nejen při smlouvě o smlouvě budoucí, nýbrž při úplatných smlouvách vůbec. Účinek její nespočívá nutně jen v nároku na zrušení smlouvy, nýbrž se může projevit i v tom, že se zjedná hospodářský soulad mezi plněním a protiplněním.*“

[204] Do našeho práva a optikou této práce do koncesního práva se tedy vrací **institut obnovení rovnováhy smlouvy**. Je však otázkou, do jaké míry bude v případě smluv na veřejné zakázky a koncesních smluv aplikovatelný z důvodu restrikcí a omezení podstatných změn

¹⁵⁸ Rozhodnutí č. 1680 Vážného sbírky.

smlouvy judikaturou SD. Podle mého názoru aplikace institutu obnovení rovnováhy koncesní smlouvy bude možná (srov. i následující bod ve vztahu k evropskému pohledu), vždy však za předpokladu, že **takové obnovení rovnováhy práv a povinností mezi koncesionářem a zadavatelem nebude představovat podstatnou změnu uzavřené koncesní smlouvy**. Smluvní strany v případě tendence vyvolání jednání o obnovení rovnováhy budou možná zvažovat (*tj. s trochou teoretické nadsázky budou předstírat nedohodu na obnovení*) možnost využití obnovení rovnováhy soudem dle ustanovení § 1766, neboť soudní ingerence pro ně bude představovat větší míru právní jistoty budoucího uspořádání většinou dlouhodobých vztahů. Soud totiž v rámci rozhodnutí (stejně jako smluvní strany) bude muset zvažovat, zda navržené změna koncesní smlouvy nepředstavuje podstatnou změnu smlouvy. Z osobní zkušenosti v rámci právní praxe vím, že posoudit, zda příslušná změna koncesní smlouvy nebo smlouvy na veřejnou zakázku je podstatnou změnou ve smyslu mantinelů vytyčených rozhodovací praxí Evropského soudního dvora, není vůbec jednoduché a závěry takového posouzení jsou vždy **pouze pravděpodobné, nejisté a diskutabilní**¹⁵⁹.

[205] Ustanovení § 1765 v podstatných rysech koresponduje i s návrhem směrnice o udělování koncesí, konkrétně pak s bodem 35 preambule návrhu směrnice o udělování koncesí¹⁶⁰: Veřejní zadavatelé a zadavatelé se mohou setkat s **vnějšími okolnostmi, jež nebylo možno v době udělení koncese předvídat**. V tomto případě je zapotřebí **určitá míra pružnosti za účelem přizpůsobení koncese těmto okolnostem** bez nového koncesního řízení. Pojem okolnosti, které veřejný zadavatel nebo zadavatel jednající s péčí řádného hospodáře nemohl předvídat, odkazují na okolnosti, jež nebylo možno

¹⁵⁹ Což už ale vyplývá z obecného „problému“ právní vědy, která jest vědou argumentační nikoli exaktní.

¹⁶⁰ KOM(2011) 897 v konečném znění.

předvídat navzdory **přiměřeně pečlivé přípravě původního koncesního řízení ze strany veřejného zadavatele nebo zadavatele s přihlédnutím k dostupným prostředkům, povaze a vlastnostem konkrétního projektu, osvědčeným postupům v dané oblasti a nutnosti zajistit odpovídající vztah mezi zdroji vynaloženými při přípravě zadávacího řízení a jeho předvídatelnou hodnotou.** To se však nemůže vztahovat na případy, kdy má změna za následek změnu povahy celkové zakázky, například nahrazením stavebních prací, dodávek nebo služeb, jež mají být pořízeny, něčím jiným nebo zásadní změnou druhu zakázky, jelikož v tomto případě lze předpokládat hypotetický vliv na výsledek.

[206] **Obnovení rovnováhy smlouvy soudem dle § 1766:(1)** Nedohodnou-li se strany v přiměřené lhůtě, může **soud k návrhu kterékoli z nich rozhodnout, že závazek ze smlouvy změní obnovením rovnováhy práv a povinností stran, anebo že jej zruší ke dni a za podmínek určených v rozhodnutí.** Návrhem stran soud není vázán. (2) Soud návrh na změnu závazku **zamítne**, pokud dotčená **strana neuplatnila právo na obnovení jednání o smlouvě v přiměřené lhůtě**, co změnu okolností musela zjistit; má se za to, že tato lhůta činí dva měsíce.

[207] Další ustanovení nového občanského zákoníku, na které bychom měli pamatovat, je § 2000 o **tzv. šněrovacích úmluvách.** Koncesní smlouvy jsou **obvykle dlouhodobá složitá ujednání**, kdy zhotovitel přebírá povinnosti a rizika, jež obvykle nesou veřejní zadavatelé a zadavatelé a která obvykle spadají do jejich oblasti působnosti¹⁶¹. Z důvodu dlouhodobosti koncesních smluv je jistě nevíтанou možností právo stanovené v § 2000 nového občanského zákoníku. První odstavec stanovuje: **„Byla-li smlouva bez vážného důvodu uzavřena na dobu určitou tak, že zavazuje člověka na dobu**

¹⁶¹ KOM(2011) 897 v konečném znění, bod 27 Preambule.

jeho života, anebo že **zavazuje kohokoli na dobu delší než deset let, lze se po uplynutí deseti let od vzniku závazku domáhat jeho zrušení**. Soud závazek zruší i tehdy, **pokud se okolnosti, z nichž strany zřejmě vycházely při vzniku závazku, změnily do té míry, že na zavázané straně nelze rozumně požadovat, aby byla smlouvou dále vázána**“.

Koncesní smlouvy ve většině případů budou smlouvami uzavřenými na dobu delší než deset let. Na druhou stranu lze argumentovat, že v případě koncesních smluv většinou nepůjde o smlouvy sjednané v takové délce **„bez vážného důvodu“**, nelze však takovou možnost vyloučit. Politické (a s tím související i personální) změny, které mohou od uzavření příslušné koncesní smlouvy na straně zadavatele nastat, jsou někdy natolik zásadní, že „noví představitelé“ příslušného veřejného zadavatele se vůbec neztotožňují s kroky svých předchůdců, tudíž argumentace tímto ustanovením se může v budoucnu objevit. Dle druhého odstavce tohoto paragrafu je možné, aby se strany, pokud jde o právnické osoby, práva domáhat se využití tohoto oprávnění vzdaly. Jevila by se tedy zde cesta z této potenciálně svízelné situace. Myslím si však, že vzhledem k běžné praxi probíhajících koncesních řízení, kdy veřejný zadavatel sám určuje obsah koncesní smlouvy bez možnosti uchazeče ji jakkoli modifikovat, nebude možnost vzdání se ze strany zadavatele příliš praktická a častá.

KAPITOLA IX.

9. Náležitosti koncesní smlouvy dle cizích právních řádů

9.1. Náležitosti koncesní smlouvy dle bulharského práva

[208] V Bulharsku je v současné době v platnosti koncesní zákon č. SG 36/2.05.2006, ve znění pozdějších změn (poslední změna provedená zákonem SG č. 73/20.09.2011, účinná od 20.10.2011). Náležitosti koncesní smlouvy upravuje devátá kapitola. V článku 62 zákona je upraven **institut zákazu uzavření koncesní smlouvy** a uvádí se, že zadavatel nemůže uzavřít smlouvu před vypršením lhůty 14 dnů začínající dnem, kdy účastníci koncesního řízení byli informováni o výběru koncesionáře. Koncesní smlouva musí být dle bulharského práva uzavřena bez vedení jednání o obsahu v souladu s návrhem, jež byl zahrnutý v zadávací dokumentaci, a to s uchazečem, jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvýhodnější (článek 63). V případě, že uchazeč, který se umístil na prvním místě, odmítá uzavřít koncesní smlouvu, může tato být uzavřena s uchazečem, který se umístil na druhém místě, avšak po uskutečnění **jednání** o jeho nabídce s cílem tuto jeho nabídku vylepšit (článek 63 odst. 2).

[209] Koncesní smlouva se uzavírá vždy obligatorně v písemné podobě a minimálně ve třech vyhotoveních, kdy po jednom vyhotovení obdrží každá ze smluvních stran a jedno vyhotovení je určeno pro **Národní Registr koncesí** (článek 64). Koncesní smlouva s municipálním partnerem se uzavírá vždy ve 4 vyhotoveních, kdy jedno vyhotovení je pro potřeby Rady města (článek 64 odst. 2).

[210] V případě, že některé otázky uzavírání koncesní smlouvy nejsou upraveny koncesním zákonem, postupuje se *mutatis mutandis* dle části třetí obchodního zákoníku a dle obecné části zákona o smlouvách a obligacích, v platném znění (článek 64 odst. 3).

[211] **Obsah koncesní smlouvy** je v Bulharsku upraven následovně (článek 65). Koncesní smlouvou převádí zadavatel na koncesionáře právo užívat předmět koncese a koncesionář přebírá riziko provedení předmětu koncese.

[212] Koncesní smlouva musí obsahovat:

- a) vymezení předmětu koncese,
- b) informace o koncesionáři,
- c) informace o zadavateli,
- d) popis infrastruktury a příslušenství,
- e) datum účinnosti smlouvy, odkládací podmínky účinnosti smlouvy, a dobu trvání koncesní smlouvy,
- f) podmínky předání předmětu koncesní smlouvy na začátku smlouvy a předání na konci koncese,
- g) podmínky provedení koncese a její zajištění, pokud je používáno,
- h) práva a povinnosti smluvních stran, včetně termínů jejich plnění,
- i) částku, termín a způsob placení koncesního poplatku, pokud je sjednán,
- j) druh, množství a časový harmonogram plnění závazku provedení investic koncesionářem,
- k) druh, množství a podmínky placení kompenzace dle článku 6 zákona (tj. platba od zadavatele ke koncesionáři, která však nezbavuje koncesionáře rizika spojeného s koncesí),
- l) druh, množství, termín a způsob předložení záruk a zajištění pro plnění závazků dle smlouvy,
- m) podmínky vztahující se k národní bezpečnosti a obraně, ochraně životního prostředí, lidského zdraví, ochranných pásem, sítí a veřejného pořádku,
- n) podmínky a způsob financování náhrad újem způsobených na životním prostředí,

- o) odpovědnost za neplnění závazků dle smlouvy,
- p) podmínky a způsob upravující předávání informací mezi smluvními stranami, včetně e-mailové komunikace, a dále provádění kontroly plnění smlouvy,
- q) způsob řešení sporů mezi stranami,
- r) důvody a způsob předčasného ukončení smlouvy,
- s) požadavky ohledně podmínek, za kterých je předmět koncese předán zadavateli po ukončení koncesní smlouvy,
- t) použitelné právo.

9.2. Plnění koncesní smlouvy dle bulharského práva¹⁶²

[213] Nabytí účinnosti koncesní smlouvy může být vázáno na splnění některých podmínek uvedených v zahájení koncesního řízení.

[214] Specifický **institut neplatnosti koncesní smlouvy** je upraven v čl. 77a, části Va zákona. Koncesní smlouva je dle bulharského koncesního zákona neplatná v případě, že byla uzavřena bez uveřejnění řízení, bez realizace koncesního řízení, dle procedury neslučitelné s koncesním zákonem, v případě porušení povinnosti neuzavřít koncesní smlouvu dle zákona atd.

[215] V části VI koncesního zákona se dále řeší **následky předčasného ukončení koncesní smlouvy a/nebo neplatnosti koncesní smlouvy**. Jako hlavní povinnost se stanoví závazek koncesionáře předat předmět koncese komisi určené zadavatelem ve lhůtě 30 dnů. Dále zákon stanoví notifikační povinnost ve vztahu ke státnímu registru koncesí. V případě předčasného ukončení koncesní smlouvy má koncesionář právo na kompenzaci za vylepšení provedené dle koncesní smlouvy po zohlednění odpisů (článek 80).

¹⁶² čl. 66 a násl.

V případě neplatnosti koncesní smlouvy se stanoví základní pravidlo, že každá ze smluvních stran vrátí druhé straně to, co obdržela.

[216] Kromě koncesního zákona má bulharské právo i **zvláštní zákon o partnerství veřejného a soukromého sektoru**. Jedná se o zákon 45/15.06.2012, účinný od 1.01.2013. Článek 2 tohoto zákona stanovuje, že účelem zákona je zajistit rozvoj vysoce kvalitních a dostupných služeb veřejného zájmu při dosažení lepší hodnoty za peníze. Jako další účel zákon uvádí ochranu veřejného majetku a účinnou správu veřejných zdrojů v procesu PPP. Zákon dále zdůrazňuje, že princip veřejnosti, transparence, princip otevřené a nenarušené soutěže, princip rovnosti a proporcionality musí být v rámci PPP vždy dodržován.

[217] V článku 3 se pak stanovuje, že PPP znamená dlouhodobou smluvní spolupráci mezi jedním nebo více veřejnými partnery na jedné straně a jedním nebo více soukromými partnery, na straně druhé, pro zajišťování činností veřejného zájmu, při dosažení **lepší hodnoty za peníze a při rozložení rizik mezi partnery**. V dalším ustanovení se dočteme, že dle tohoto zákona se mj. postupuje, **pokud zde nejsou žádné možné úplaty ze strany konečných uživatelů**, a proto není možné postupovat dle koncesního zákona.

9.3. Náležitosti koncesní smlouvy dle rumunského práva

[218] Partnerství veřejného a soukromého sektoru je v Rumunsku upraveno zákonem č. 178 z 1. října 2010. Zákon nabyl účinnosti dne 4. listopadu 2010. Zákon byl následně upraven výjimečným příkazem č. 39 ze dne 20. dubna 2011 a dalším výjimečným příkazem č. 86 z 12. října 2010¹⁶³.

[219] Smlouva o veřejně-soukromém partnerství dle čl. 27 je uzavřena mezi veřejným partnerem a soukromým investorem vybraným v souladu s pravidly uvedenými v čl. 18 a zahrnující:

- a) typ činnosti;
- b) přesné vymezení – vzhledem k typu činnosti, povinností smluvních stran v rámci PPP projektu;
- c) objem investic, které představují předmět smlouvy o veřejně-soukromém partnerství;
- d) dobu trvání smlouvy o veřejně-soukromém partnerství a termín dokončení;
- e) Vymezení harmonogramu plnění smlouvy o veřejně-soukromém partnerství, který specifikuje termín pro zhotovení studie proveditelnosti a pro realizaci projektu, způsob financování, atd.
- f) Kritéria plnění (výkonová kritéria) ve vztahu k plnění předmětu smlouvy o veřejně-soukromém partnerství;
- g) Ujednání o možnosti ukončení projektu;
- h) Smluvní pokuty pro případ, kdy cíle uvedené ve smlouvě nejsou dosaženy;
- i) Podmínky pro založení projektové společnosti.

¹⁶³ Ale již např. v roce 2000 byla francouzské společnosti Vivendi udělena 25 letá koncese na provozování vodovodů a kanalizací v Bukurešti.

9.4. Náležitosti koncesní smlouvy dle polského práva

[220] V Polsku v současné době platí zákon z 9. ledna 2009, o koncesích na stavební práce nebo služby a zákon ze dne 19. prosince 2008, o veřejně soukromém partnerství.

[221] První polský zákon, kterým se měly řešit otázky související s partnerstvím veřejného a soukromého sektoru, byl zákon o partnerství veřejného a soukromého sektoru ze dne 28. července 2005. Podle tohoto zákona se však v Polsku nezrealizoval jediný projekt. V literatuře se uvádí, že důvodem byl jeho princip, že PPP lze uplatňovat pouze tehdy, pokud způsob realizace formou PPP je prospěšnější než ostatní způsoby realizace projektu¹⁶⁴.

[222] Polský koncesní zákon vzhledem k relativně krátké době své platnosti ještě nemůžeme považovat za „praxí ověřený“. Osobně jsem informován o dvou koncesních řízeních z oblasti provozování vodovodů a kanalizací.

[223] Polský zákon v ustanovení čl. 21 a násl. definuje koncesní smlouvu. Dle čl. 12 polského zákona „zainteresovaný subjekt předkládá návrh na uzavření koncesní smlouvy, obsahující oznámení o účasti v řízení a oznámení o splnění podmínek účasti v řízení. Dle čl. 14 pak **zadavatel koncese přizve k účasti na jednání kandidáty, kteří podali návrhy**, přičemž vedená jednání se mohou týkat všech aspektů koncese, včetně aspektů technických, finančních a právních.

[224] **O ukončení jednání** informuje zadavatel koncese všechny kandidáty. Protokol z vedených jednání je veřejný. V důsledku provedených jednání může zadavatel koncese před výzvou k předkládání nabídek změnit požadavky stanovené v oznámení o koncesi. Čl. 21 a následující upravuje **institut koncesní smlouvy**. Zadavatel koncese (až na výjimky) uzavírá smlouvu s navrhovatelem, **jehož nabídka byla uznána jako nejvýhodnější, ne však dříve než ve lhůtě 10 dnů ode dne zaslání navrhovatelům informace**

¹⁶⁴ Srov. k tomu: Rychlík, J.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru v Polsku. In: Louda, T., Grospič, J. et. al. Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, Aleš Čeněk, 2010, s. 212 an.

o výběru nejvýhodnější nabídky faxem nebo elektronicky, a v případě zaslání informace jiným způsobem – ne dříve než ve lhůtě 15 dnů ode dne jejího zaslání. Dodržení lhůty se nevyžaduje, jestliže v řízení byla předložena pouze jedna nabídka. Jestliže navrhovatel, jehož nabídka byla uznána jako nejvýhodnější, se odchyluje od obsahu smlouvy, zvláště tím, že nebyly předloženy požadované dokumenty potvrzující splnění podmínek účasti v řízení, může zadavatel koncese uzavřít smlouvu s navrhovatelem, který předložil nejvýhodnější nabídku ze zbývajících nabídek splňujících požadavky uvedené v popisu podmínek koncese.

[225] V případě výše uvedeném si zadavatel koncese ponechá peněžní jistotu, obdrženou od navrhovatele, který se odchýlil od obsahu smlouvy, jako *vadium*, nebo se uspokojí z této jistoty jako předmětu zajištění, jestliže bylo vadium požadováno.

[226] Koncesní smlouva dle polského práva vyžaduje **písemnou formu pod sankcí absolutní neplatnosti**.

[227] Koncesní smlouva obsahuje¹⁶⁵:

- a) vymezení předmětu koncese;
- b) termín realizace předmětu koncese;
- c) dobu platnosti koncesní smlouvy;
- d) způsob odměny koncesionáře;
- e) stanovení plateb zadavatele koncese koncesionáři;
- f) přenos a rozdělení rizika mezi zadavatele koncese a koncesionáře, spojeného s provedením předmětu koncese;
- g) normy jakosti, požadavky a standardy používané při realizaci předmětu koncese;
- h) práva koncesionáře v oblasti kontroly realizace koncese koncesionářem;
- i) podmínky prodloužení nebo zkrácení doby platnosti koncesní smlouvy;
- j) podmínky a způsob ukončení koncesní smlouvy;

¹⁶⁵ Viz článek 22 polského koncesního zákona.

- k) podmínky a rozsah odpovědnosti stran z titulu nerealizace nebo nesprávné realizace koncesní smlouvy;
- l) podmínky a rozsah zabezpečení realizace předmětu koncese;
- m) seznam dokumentů, které jsou strany koncesní smlouvy povinné získat nebo předložit za účelem realizace koncesní smlouvy a uvedení termínů ke splnění této povinnosti;
- n) způsob a podmínky řešení sporů v souvislosti s realizací koncesní smlouvy;

[228] V koncesní smlouvě mohou být („**accidentalia negotii**“), jestliže to vyplývá z předmětu koncese, obsažena ustanovení týkající se především:

- a) podmínek a způsobů zpřístupnění koncesionáři majetkových účastí nezbytných k realizaci předmětu koncese;
- b) plateb nebo způsobu stanovení jejich výše, které koncesionář pobírá od třetích osob z titulu využívání předmětu koncese;
- c) podmínek přípustnosti realizace koncese jiným subjektem.

[229] **Změny koncesní smlouvy** upravuje polský zákon v čl. 23¹⁶⁶.

[230] **Doba**¹⁶⁷, na niž bude uzavřena koncesní smlouva, musí zohledňovat návratnost nákladů koncesionáře vynakládaných v souvislosti s realizací koncese a nemůže být delší než:

- a) v případě koncese na stavební práce – **30** let;
- b) v případě koncese na služby – **15** let.

[231] V případě, že předpokládaná doba návratnosti nákladů koncesionáře vynaložených v souvislosti s realizací je delší než doba výše uvedená, může být smlouva uzavřena na **delší** dobu. V případě uzavření smlouvy na dobu delší než uvedenou se má za to, že smlouva je podle okolností uzavřena na dobu **30** nebo **15** let.

¹⁶⁶ (dále viz příslušná kapitola této práce).

¹⁶⁷ Viz článek 24 polského zákona.

[232] **Dodatky koncesní smlouvy** dle polského práva upravuje čl. 25¹⁶⁸.

[233] Kromě ustanovení polského koncesního zákona se na koncesní smlouvu vztahují i příslušná ustanovení **zákona o veřejně-soukromém partnerství**. Můžeme tedy říci, že smlouva o veřejně-soukromém partnerství podle zákona o veřejně-soukromém partnerství představuje pojem **nadřazený pojmu koncesní smlouvy** podle zákona o koncesích na stavební práce nebo služby. Smlouvou o veřejně-soukromém partnerství se soukromý partner zavazuje k realizaci projektu za úplatu a nesení všech či části výdajů na jeho realizaci nebo jejich nesení třetí osobou, a veřejný subjekt se zavazuje ke spolupráci na dosažení cíle projektu, zejména vložení vlastního vkladu. **Platba soukromému partnerovi** závisí především na skutečném využívání nebo skutečné dostupnosti předmětu veřejně-soukromého partnerství. Smlouva o veřejně-soukromém partnerství stanoví následky nesprávného plnění a neplnění povinností, zejména smluvní pokuty nebo snížení plateb soukromému partnerovi.

9.5.Náležitosti koncesní smlouvy dle španělského práva

[234] Ve Španělsku reguluje zákon 13/2003 z 23. května 2003 koncesní smlouvy na dodávky veřejných prací („*Ley 13/2003 Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*“). Tento zákon je novelou **zákona o smlouvách státní správy** (Zákon schválený královským výnosem č. 2/2000 z 16. června 2000). Charakter koncesní smlouvy je v tomto zákoně dán čtyřmi koncepty. Jedná se o „veřejnou stavbu“, „koncesní riziko“, „ekonomickou vyváženost koncese“ a „rozlišení financování“¹⁶⁹. Kromě zákona č. 13/2003 je vhodné zmínit i **zákon o veřejných sektorových smlouvách** č. 30/2007, který byl publikován 31. října 2007 a nabyl účinnosti šest měsíců poté.

¹⁶⁸ (Dále viz příslušná kapitola této práce).

¹⁶⁹ Viz „Vysvětlení důvodů“, bod II, zákona š. 13/2003.

[235] Jak se dočteme v úvodních ustanoveních zákona č. 13/2003: „*Dlouhodobý hospodářský rozvoj a zlepšování životní úrovně nemohou být oddělovány od vytváření infrastruktury a poskytování základních služeb občanům. Nicméně, hlavní úloha státních správ pro účely zajištění nejlepší odezvy na požadavky společnosti nesmí ani nemůže vyloučit relevantní roli - odpovídající vlastní občanské společnosti- a na ekonomické úrovni soukromému podnikateli, vděčnému a tradičnímu spolupracovníkovi státní správy [...]“.*

[236] Zákonem č. 13/2003, kterým byl do španělského právního řádu vložen institut koncesních smluv na stavby mj. změnil i článek 7 zákona o smlouvách státních správ. Koncesní smlouvy jsou tak ve španělském právu považovány za tzv. **správní smlouvy**. Správní smlouvy se ohledně jejich přípravy, přiřazování, účinků a rušení řídí **zákonem o správních smlouvách**, dále se řídí **zbývajícími normami správního práva**, a pokud tyto neexistují, **normami soukromého práva**.

[237] Článek 220 španělského zákona č. 13/2003 mj. definuje pojem koncesní smlouvy na veřejné stavby. „Koncesní smlouvou na veřejné stavby se rozumí smlouva, ohledně které státní správa nebo poskytující státní správa nebo sdružení veřejného práva povolí koncesionáři během určité doby výstavbu a využívání nebo pouze využívání staveb nebo obecně těch, které jsou schopny využívání a jsou potřebné pro poskytování veřejných služeb hospodářského charakteru nebo pro rozvoj ekonomických činností či služeb obecného zájmu a koncesionáři bude přiznáno právo na odměňování, spočívající ve **využívání vlastní stavby**, přičemž toto jeho právo je doprovázeno **právem získat odměnu**“.

[238] Výstavba i využívání veřejných staveb, které jsou předmětem koncese, bude prováděno na **riziko a nebezpečí koncesionáře**, který ponese hospodářská rizika, vyplývající z provádění a využívání stavby v podmínkách a s dosahem, stanovenými tímto zákonem, což bude vždy slučitelné se systémy

financování staveb a s příspěvkem, ke kterým by se mohla zavázat poskytující správa [...]. Soukromý sektor bude nést **většinu rizik**. Veřejný sektor může nést rizika, která nemohou být **adekvátně řízena** nikým jiným¹⁷⁰.

[239] **Systém financování** stavby a odměna koncesionáře budou určeny poskytující správou s odvoláním na rozpočtovou rovnováhu a s přihlédnutím ke kritériím racionalizace, k charakteru stavby a jejímu významu pro veřejný zájem¹⁷¹.

[240] **Obsah koncesní smlouvy na veřejné stavby**¹⁷². Koncesní smlouva na veřejné stavby bude nutně zahrnovat během doby platnosti koncese tato ujednání:

- a) Využívání veřejných staveb v souladu s jejich charakterem a účelem.
- b) Uchovávání staveb.
- c) Uzpůsobení, změně a modernizaci staveb takovým způsobem, aby byly adekvátní k funkčním a technickým požadavkům, požadovaným pro odpovídající poskytování služeb nebo uskutečňování hospodářských činností, kterým tyto slouží jako materiální podpora.
- d) Ujednání o činnostech, jež jsou spojené s obnovou a velkými opravami, požadované v souladu s náležitostmi, které musí splňovat každá stavba, aby byla vhodná pro účely služeb a činností, kterým má sloužit, to vše odpovídající ekonomickým nárokům a sociálním požadavkům.
- e) Bude-li předmětem smlouvy výstavba a zároveň využívání veřejných staveb, další ujednání řídící koncesi budou moci vyžadovat, aby koncesionář byl povinen výstavbu i projektovat, dílo udržovat, obnovovat a opravovat, a to i příslušenství nebo součást hlavní stavby tak, aby hlavní stavba plnila svůj určující

¹⁷⁰ Viz Vassalo, M.J., Gallego, J.: Risk Sharing in the New Public Works Concession Law in Spain, Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board No. 1932, 2005, s. 2.

¹⁷¹ Viz článek 220. odst. 4 cit. zákona.

¹⁷² Viz článek 221. cit. zákona.

účel stavby, a aby byla umožněna její co nejlepší funkce a využívání, stejně jako provádění činností, týkajících se životního prostředí.

- f) V případě, že by smlouva měla jako jediný předmět smlouvy využívání stavby již postavené, koncesionář má rovněž povinnost provádět **uchovávání, opravy a obnovu** staveb, tvořících příslušenství nebo majících vztah k budově hlavní, pokud by souhrn zvláštních správních klauzulí koncese neurčoval jinak. V případě, že by tyto stavby, tvořící příslušenství nebo mající vztah k budově hlavní byly předmětem využívání nebo hospodářského využívání, budou tyto náležet koncesionáři spolu s využíváním stavby hlavní a to způsobem, stanoveným v odpovídajících souhrnech.

[241] Ve španělském právu je dále upravena možnost soukromého partnera resp. i jiného orgánu veřejné správy vyvolat případné řízení o udělení koncese na stavbu. V zákoně je tato problematika upravena pod názvem „**Koncesní smlouvy na veřejné stavby na žádost soukromníků nebo jiných státních správ**“¹⁷³. V takovém případě nezávisle na návrhu kompetentních správ dát do dražby možné koncese, může být **zahájen proces na žádost osob fyzických nebo právnických nebo jiných správ**, které by se navrhly pro postavení nebo využívání některé ze staveb, upravených tímto zákonem, a to vždy, kdy žadatel, kromě splnění obecných stanovených požadavků, předloží spolu se žádostí odpovídající **studii proveditelnosti**.

[242] V ustanovení čl. 223 jsou dále vymezeny **doplňující oblasti obchodního využití**. Pod tímto trochu složitým pojmem si můžeme představit slovy zákona „další zóny nebo oblasti související s hlavní stavbou, které jsou určeny pro provádění doplňkových činností, obchodních nebo průmyslových“. Tyto oblasti a s nimi související činnosti mohou být potřebné nebo vhodné z důvodu

¹⁷³ Článek 222 cit. zákona.

prospěšnosti nebo vhodnosti pro uživatele stavby (např. ubytovací zařízení, zařízení pro služby, zařízení pro trávení volného času, parkování apod.) Tyto oblasti a rozsah jejich využití spolu s hlavní stavbou musejí být vymezeny v koncesní dokumentaci.

[243] Článek 224 upravuje **financování veřejných staveb**. Veřejné stavby, jež jsou předmětem koncese, budou financovány celkově nebo částečně koncesionářem, který ve všech případech ponese riziko.

[244] Článek 225 vymezuje **základní náležitosti odměňování koncesionáře**. Koncesionář bude odměňován přímo prostřednictvím částek, které uhradí uživatel nebo správa za využívání stavby, za využívání doplňujících oblastí (viz výše), popřípadě na základě příspěvků správy přičemž je třeba vždy respektovat princip převzetí rizika.

[245] **Práva koncesionáře**¹⁷⁴: Koncesionáři budou mít následující práva: **Právo na využívání veřejné stavby** a na odměňování, stanovené smlouvou pro celou dobu koncese. **Právo na udržování hospodářské rovnováhy koncese** způsobem a v rozsahu stanoveném článkem 248 cit. zákona. **Právo používat veřejný majetek poskytující správy**, který je potřebný pro stavbu, úpravu, uchování a využívání veřejné stavby. Zmíněné právo bude zahrnovat právo využívání, výhradně pro výstavbu stavby vodu nebo materiály, které se objeví během jejího provádění po schválení poskytující správou. **Právo vyžádat si od správy projednávání postupů nuceného vyvlastnění, dosazení provozního personálu a soudní výpověď**. **Právo postoupit koncesi v souladu s podmínkami zákona**. **Právo zatížit koncesi hypotékou**.

[246] **Obecné povinnosti koncesionáře**¹⁷⁵ budou následující:

- a) Provádět stavby v souladu s nařízeními smlouvy.

¹⁷⁴ Článek 242 cit. zákona.

¹⁷⁵ Viz čl. 243 španělského zákona.

- b) Využívat veřejnou stavbu s převzetím ekonomického rizika při jejím provádění a v podmínkách, stanovených smlouvou nebo za podmínek nařízených později orgánem uzavírajícím smlouvu.
- c) Pripustit **používání** veřejné stavby všemi uživateli podle podmínek, stanovených v souladu s principy **rovnosti**, **univerzálnosti** a bez **diskriminace** prostřednictvím předplatného nebo popřípadě na základě odpovídajícího tarifu.
- d) Starat se o pořádek ve veřejné stavbě při jejím využívání s možností nařídit vhodná nařízení, aniž by byla dotčena policejní moc odpovídajícího orgánu, který uzavřel smlouvu.
- e) Uhradit **škody**, které by byly způsobeny třetími stranami z důvodu provádění stavby nebo jejím využíváním.
- f) Chránit veřejný majetek, související s koncesí, především zachováváním jeho ekologických hodnot a podmínek životního prostředí.
- g) Oddělit v rámci účetnictví příjmy plynoucí z veřejných příspěvků, od uživatelů stavby, případně plynoucí z využívání obchodní zóny¹⁷⁶.

[247] **Institut udržování ekonomické rovnováhy koncesní smlouvy dle španělského práva¹⁷⁷**. Smlouva na koncesi ohledně veřejných staveb musí udržovat ekonomickou rovnováhu v podmínkách, které byly zvažovány pro její přisouzení, přičemž byl brán v potaz obecný zájem a zájem koncesionáře.

[248] **Správa musí nastolit ekonomickou rovnováhu koncesní smlouvy** ve prospěch odpovídající strany, v těchto případech:

- a) Když správa upraví, z veřejného zájmu, podmínky využívání stavby.

¹⁷⁶ Viz čl. 246 odst. 6 cit. zákona.

¹⁷⁷ Viz čl. 248 cit. zákona.

- b) Kdyby z příčin vyšší moci nebo jednání správy došlo přímým způsobem k zásadnímu zlomu v hospodářství koncese.
- c) Pokud nastanou případy, stanovené přímo ve smlouvě.

[249] Pokud nastanou okolnosti vedoucí k nutnosti obnovit rovnováhu koncese, správa nastolí rovnováhu např. **úpravou tarifů¹⁷⁸ stanovených pro využívání stavby, prodloužením nebo zkrácením doby koncese v rámci limitů,¹⁷⁹ a nebo úpravou jiných klauzulí ekonomického charakteru.**

[250] **Výsada a práva správy v rámci koncesního vztahu** jsou blíže stanoveny v čl. 249. Správa je oprávněna **vykládat** smlouvy a řešit **pochyby**, plynoucí z jejich plnění. Dále jí náleží právo **upravovat smlouvy** z důvodu veřejného zájmu, patřičně zdůvodněného. O institutu nastolení ekonomické rovnováhy jsme se již zmínili výše. Správa dále vykonává **dozor** nad činností koncesionáře a stanovuje maximální **tarify** pro využívání stavby. Pokud by v souladu se zákonem došlo k zabavení koncese, pak správě vzniká povinnost starat se o využívání stavby. V případě, že koncesionář neplní povinnosti stanovené koncesní smlouvou, pak správa ukládá koncesionáři příslušné smluvní pokuty. Správa je také oprávněna ukládat zvláštní podmínky užívání stavby potřebné pro řešení výjimečných situací [zákon však upravuje i případné **odškodnění** koncesionáře pro tento případ].

[251] Svou povahou výjimečné **ustanovení o zabavení stavby¹⁸⁰** reaguje na situaci, kdy koncesionář nemůže poskytovat plnění, k němuž se dle koncesní smlouvy zavázal. Zabavení má zásadně dočasný charakter, maximálně však na dobu tří let. Po odpadnutí překážek správa rozhodne nebo dohodne s koncesionářem

¹⁷⁸ Viz čl. 248 odst. 3 cit. zákona.

¹⁷⁹ Viz čl. 263 cit. zákona.

¹⁸⁰ Viz ustanovení čl. 251 cit. zákona.

„ukončení zabavení“ v případě, že překážky, jež vedly k zabavení, odpadly. V opačném případě rozhodne o zrušení koncesní smlouvy.

[252] Ve španělském zákoně jsou podrobně upraveny možnosti **soukromého financování**¹⁸¹. Soukromé financování může být realizováno formou vydání **obligací** a jiných **cenných papírů**. Nelze však vydávat cenné papíry, jejichž lhůta splacení by přesahovala dobu trvání koncesní smlouvy. Vydání jakéhokoli cenného papíru musí být oznámeno správě.

[253] Dle článku 255. koncese na veřejné stavby s majetkem a právy, které jim náleží, mohou sloužit jako **hypotekární zástava**, **vždy však pouze k zajištění dluhů**, které souvisejí s příslušnou koncesní smlouvou.

[254] Dle článku 263. koncese na výstavbu a využívání veřejných staveb budou udělovány na dobu, která **nemůže překročit 40 let**, přičemž bude brán v úvahu typ stavby a investice, která bude provedena.

9.6. Náležitosti koncesní smlouvy dle francouzského práva

[255] Ve Francii se rozlišuje několik druhů „**administrativních smluv**“. Mezi dva základní typy patří „*la concession de service public*“ (někdy též nazývaná „*l'affermage*“). Rozlišení mezi „*concession*“ a „*affermage*“ spočívá zásadně ve způsobu, jakým je zajištěno financování první investice. V „*affermage*“ veřejný zadavatel financuje infrastrukturu a poskytuje ji smluvnímu partnerovi k provozování. U „*concession*“ je infrastruktura financována smluvním partnerem, který zaplacené náklady získává následně od uživatelů¹⁸².

[256] Využívání koncesních smluv je velmi rozšířené při zajišťování městských dodávek vody, zajišťování čistoty, ve veřejné dopravě, v oblasti rozsáhlých infrastrukturních projektů dálnic, mostů,

¹⁸¹ Viz ustanovení čl. 253 an. cit. zákona. Viz dále Vassalo, M.J., Gallego, J.: Risk Sharing in the New Public Works Concession Law in Spain, Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board No. 1932, 2005, s. 1-8.

¹⁸² Srov. k tomu: Brown, N., Bell, J.S.: French Administrative Law, New York: Oxford University Press, 2003, s.204 an.

velkých stadionů, tunelů. Smlouvy typu PPP, kde je v roli plátce veřejný sektor, se ve Francii v současnosti velmi rychle rozvíjejí¹⁸³.

[257] Tradiční formy PPP spolupráce jako koncese a „*bail emphytéotique administratif*“ (dlouhodobý nájem udělený místní správou) jsou často využívány pro rozsáhlé infrastrukturní projekty¹⁸⁴. Nové formy PPP zahrnují tzv. „*contrats de partenariat*“, které se používají ve všech oblastech a ve specifických oblastech jako je zdravotnictví, obrana, spravedlnost a v policii¹⁸⁵.

[258] Všechny smlouvy v oblasti PPP se ve Francii řídí obecným správním právem a specifickou legislativou. Koncese jako způsob delegování veřejných služeb je definována v čl. 3 zákona č. 2001-1168 z 11. prosince 2001 (**Loi Murcef**), jako smlouva, dle které veřejný subjekt deleguje provozování veřejné služby nebo infrastruktury jinému veřejnému subjektu nebo soukromému subjektu, přičemž podstatná část příjmů tohoto subjektu musí pocházet od konečných uživatelů této služby nebo infrastruktury. Právní rámec ještě dotváří **tzv. Sapinův zákon (Loi Sapin)** č. 93-122 z 29. ledna 1993, upravujícím prevenci před uplácením, zásadu transparentnosti a proces veřejných zakázek. *Contrats de Partenariat* se řídí Nařízením č. 2004-559 ze 17. června 2004. Pokud jde o specifické sektorové předpisy, pak můžeme zmínit zákon č. 2002-1094 z 29. srpna 2002, „*Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*“ (nazýván zkráceně LOPSI) pro oblast vnitřní bezpečnosti a dále zákon č. 2002-1138 z 9. září 2002, „*Loi d'orientation et de programmation pour la justice*“ (nazýván zkráceně LOPJ)¹⁸⁶. Zvláštní předpis platí i pro oblast zdravotnictví, zákon č. 2003-850 ze 4. září 2003.

¹⁸³ Srov. k tomu: Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k tématu Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a komunitárním právu upravujícím veřejné zakázky a koncese, COM (2004) 327 final, bod 2.3.4.1.

¹⁸⁴ Blíže viz Laloum, T., Jahanguiri, A.: France PFI/PPP Projects. London:2007, s. 28 an.

¹⁸⁵ Blíže viz Laloum, T., Jahanguiri, A.: France PFI/PPP Projects. London:2007, s. 28 an.

¹⁸⁶ viz Laloum, T., Jahanguiri, A.: France PFI/PPP Projects. London:2007, s. 28 an.

[259] Mnoho přísných právních podmínek se aplikuje na procesy uzavírání PPP smluv. Zejména všechny procedury zahrnují povinnost zveřejnění tak, aby byl dodržen princip transparency a objektivit¹⁸⁷.

[260] Smlouva o partnerství v rámci francouzského práva představuje veřejnoprávní smlouvu. Smlouvy o partnerství jsou **administrativními smlouvami**, kterými stát nebo veřejná instituce svěřuje třetí osobě na dobu určitou, v závislosti na době trvání odpisů investic nebo na zvolených způsobech financování, komplexní úkol týkající se financování nehmotných investic, potřebných děl či vybavení pro veřejnou službu, stavby nebo přestavby děl nebo vybavení, jakož i jejich údržbu, uchovávání, provozování nebo správu a případně jiné plnění služeb souběžných s plněním úkolu veřejné služby veřejnoprávní osobou, která tím byla pověřena.

[261] **Smlouva o partnerství** musí dle francouzského práva nezbytně obsahovat ustanovení týkající se:

- a) její doby trvání;
- b) podmínek rozdělení rizik mezi veřejnoprávní osobu a jejího partnera;
- c) výkonových ukazatelů stanovených partnerovi, zejména co se týče kvality plnění služeb, kvality díla a vybavení, podmínek, za kterých jsou tyto poskytovány veřejnoprávní osobě a popřípadě určení míry jejich návštěvnosti;
- d) odměny partnera, podmínek za jakých jsou brány v úvahu a rozlišovány pro její kalkulaci investiční náklady, náklady na provoz a financování a popřípadě příjmy, jejichž dosažení může mít partner povoleno provozováním díla díky zajišťování i jiných potřeb nežli pouze potřeb smluvní veřejnoprávní osoby, důvodů a způsobů jejich variant po dobu trvání smlouvy. Ujednání o způsobů placení, zejména

¹⁸⁷ Laloum, T., Jahanguiri, A.: France PFI/PPP Projects. London:2007, s. 30.

- podmínek, za jakých jsou každoročně kompenzovány částky dlužné veřejnoprávní osobou jejímu partnerovi a částky, které tento dluží z titulu penále nebo sankcí;
- e) povinností partnera, jejichž předmětem je zajistit dodržování určení děl a vybavení pro veřejnou službu, kterou je pověřena veřejnoprávní osoba a dodržování požadavků veřejné služby;
 - f) způsobů kontroly prováděné veřejnoprávní osobou ve věci plnění smlouvy, zejména dodržování výkonových ukazatelů, jakož i podmínek, za kterých se partner obrací na další podniky pro plnění smlouvy a zejména podmínek, za kterých dodržuje svůj závazek přidělit část smlouvy malým a středním podnikům a živnostníkům.
 - g) subdodavatelů, na které se partner obrací pro stavbu díla a vybavení;
 - h) sankcí a penále uplatňovaných v případě nedodržení povinností, zejména v případě nedodržování výkonových cílů ze strany partnera;
 - i) podmínek, za kterých může veřejnoprávní osoba přistoupit prostřednictvím **dodatku**, nebo nedojde-li k dohodě tak svým **jednostranným rozhodnutím**, ke změně některých aspektů smlouvy nebo k jejímu **zrušení**, zejména s ohledem na vývoj potřeb veřejnoprávní osoby, technologických inovací nebo změn v podmínkách financování získaných partnerem;
 - j) kontroly, kterou má veřejnoprávní osoba v případě částečného nebo úplného **postoupení smlouvy**;

- k) podmínek, za kterých v případě neplnění závazku ze strany partnera bude zajištěno **pokračování** veřejné služby, zejména pokud dojde k vypovězení smlouvy;
- l) **důsledků ukončení smlouvy** ať již předčasně či nikoliv, zejména co se týče vlastnictví díla a vybavení;
- m) způsobů předcházení a řešení sporů a podmínek, za kterých je možné se popřípadě obrátit na arbitráž řídicí se francouzským právem.

9.7. Náležitosti koncesní smlouvy dle portugalské právní úpravy

[262] Problematika partnerství veřejného a soukromého sektoru je v Portugalsku upravena zákonem č. 86/2003 z 26. dubna 2003 a dále zákonem č. 141/2006.

[263] PPP je zákonem definováno jako kontrakt nebo soubor kontraktů (podle toho, jaký soukromý subjekt uzavře s orgánem veřejné správy dohodu o rozvoji dlouhodobé činnosti a službě veřejnému zájmu), na jehož základě je za financování a provoz těchto činností částečně či úplně zodpovědný soukromý subjekt¹⁸⁸.

[264] Nový zákon vytvořil další typy dohod, jako např.: (i) dohodu o poskytnutí služeb („*contrato de prestação de serviços*“), u níž veřejnou službu nadále provozuje veřejný subjekt a soukromý subjekt určitým způsobem spolupracuje, nebo (ii) dohodu o správě („*contrato de gestão*“), na jejímž základě soukromý subjekt spravuje veřejnou organizaci a poskytuje služby třetím stranám a je mu za to veřejným subjektem pravidelně vyplácena fixní nebo proměnlivá částka (tyto typy dohod se používají ve zdravotnickém sektoru), nebo (iii) dohodu o spolupráci, která se vztahuje na organizace nebo infrastruktury ve vlastnictví dobročinných organizací či jiných soukromých subjektů¹⁸⁹.

[265] Portugalský zákon **nestanovuje přesně veškeré náležitosti koncesní smlouvy**. V článku 6 portugalského zákona nazvaném „Zásadní náležitosti“ jsou spíše shrnuty podmínky, které musejí být splněny v procesu uzavírání PPP smlouvy. Je zde uvedeno, že oznámení zahájení řízení o PPP smlouvě a jednání o této smlouvě musí být v souladu s rozpočtovými pravidly. Smlouva by měla dále obsahovat „**jasné vymezení cílů partnerství,**“ vymezení požadovaných **výsledků**, které umožňují odpovídající rozdělení

¹⁸⁸ Viz Nejlepší mezinárodní postupy v oblasti partnerství veřejného a soukromého sektoru. Vypracoval Atkins, 2005. Dostupné na: http://www.asociaceppp.cz/content/o_ppp/dokumenty/projekt_esf/esf_metod/files/nejlepsi_mezinarodni_postupy-hodnotici_zprava.pdf [Citováno dne 12.1.2013], bod 2.140 an.

¹⁸⁹ Viz tamtéž, bod 2.140 an.

odpovědností mezi obě smluvní strany. Smlouva má být dle portugalského zákona dále nastavena tak, aby přinášela **výhody veřejnému partnerovi**, ale zároveň dávala soukromému partnerovi odpovídající **návratnost** investic (odpovídající i úrovni rizika¹⁹⁰). Při uzavírání smlouvy je třeba dodržet právní předpisy ve vztahu k ochraně životního prostředí, územnímu plánování apod.

[266] Článek 7 potom formuluje významné pravidlo, které by se dle mého názoru mělo v co největší míře používat při definice sdílení rizik mezi soukromým partnerem a veřejným subjektem. Vychází se zde z premisy, že různá rizika imanentní partnerství musí být sdílena mezi smluvními stranami **v souladu se schopností řídit uvedené riziko**.

[267] Partnerství je samozřejmě plně vázáno zásadnou zákonností, tudíž je vyžadován soulad s platnými **zákony** a vydání řádného **povolení** od správních úřadů. Dále je upravena zásada ochrany životního prostředí a ochrana principů územního plánování. Zákonodárce dále požaduje zajistit, aby riziko plnění, bylo - pokud je to možné - převedeno na soukromého partnera. Obecně je preferováno takové pojetí partnerství, které se vyhýbá, nebo snižuje, pokud je to možné, není-li dostatečně odůvodněné, přijetí „**odškodňujících**“ klauzulí ve smlouvě¹⁹¹.

¹⁹⁰ Srov. čl. 6, odst. 1, písm. c) cit. zákona.

¹⁹¹ Srov. čl. 6, odst. 1, písm. e) cit. zákona.

9.8. Náležitosti koncesní smlouvy dle ruské právní úpravy

[268] V Rusku jsou koncesní smlouvy upraveny federálním zákonem č. 115 z 21. července 2005, o koncesních smlouvách. Jak uvádí tento zákon, jeho cílem (ostatně jako u všech PPP legislativ) je podpořit investice do ekonomiky v Ruské federaci. V čl. 3 odst. 2 tohoto zákona se uvádí, že koncesní smlouva je smlouvou, jež obsahuje **prvky různých smluv podle ruského práva**. Vztah smluvních stran koncesní smlouvy se bude v odpovídajících částech řídit civilní ruskou legislativou o smlouvách¹⁹². Zastavení předmětu koncese je zakázáno¹⁹³. Koncesionář nese náklady plnění závazků dle koncesní smlouvy, pokud není jinak dohodnuto v koncesní smlouvě¹⁹⁴. Změna koncesionáře je možná pouze se souhlasem zadavatele¹⁹⁵. Článek 8 stanovuje práva o povinnosti koncesionáře. Mezi základní práva koncesionáře patří právo provést předmět koncesní smlouvy způsobem jím zvoleným. Koncesionář je oprávněn použít i třetích osob pro plnění předmětu koncesní smlouvy. V takovém případě však plně odpovídá koncesionář. V článku 12 je upravena odpovědnost koncesionáře za kvalitu provádění předmětu koncesní smlouvy.

[269] Na základě čl. 10 koncesní smlouva musí zahrnovat následující podmínky:

- a) předmět koncese,
- b) platnost koncesní smlouvy,
- c) předání infrastruktury k provedení předmětu koncesní smlouvy,
- d) další náležitosti dle federálních zákonů.

[270] Kromě těchto základních nezbytných podmínek může koncesní smlouva obsahovat další podmínky např. **množství služeb**

¹⁹² Viz k tomu čl. 3 odst. 2 cit. zákona.

¹⁹³ Viz k tomu čl. 3 odst. 6 cit. zákona.

¹⁹⁴ Viz k tomu čl. 3 odst. 12 cit. zákona.

¹⁹⁵ Viz k tomu čl. 5 odst. 2 cit. zákona.

poskytovaných koncesionářem, proces změny **tarifů**, množství předpokládaných **investic**, další povinnosti **koncesionáře**. Další podstatnou skutečností je, že ruská vláda schvaluje **standardní koncesní smlouvy** ve vztahu k jednotlivým předmětům koncesní smlouvy¹⁹⁶.

9.9. Náležitosti koncesní smlouvy dle slovenského práva

[271] Koncese jsou ve slovenském právu upravené v zákoně č. 25/2006 Z.z., „o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ve znění pozdějších předpisů“.

[272] Koncesím se věnuje třetí hlava, ustanovení § 66 a násl. Jako specifické instituty upravuje slovenský zákon **tzv. koncesní lhůtu**, za niž považuje lhůtu určenou v koncesní smlouvě, po kterou má koncesionář právo užívat předmět koncesní smlouvy anebo brát užitky z koncesní smlouvy. Koncesní lhůta začíná plynout od prvního dne měsíce následujícího po kolaudaci stavby anebo po jejím uvedení do trvalého provozu anebo po jiné události dle koncesní smlouvy, pokud již koncesionář měl nebo mohl mít výnosy z provozování stavby nebo poskytování služby. Koncesní lhůta dle zákona nesmí být stanovena na dobu neurčitou. Zákon dále v ustanovení § 66 odst. 3 stanoví, že délka koncesní smlouvy je závislá na předmětu koncesní smlouvy, rozsahu peněžního plnění za stavební práce, které se mají uskutečnit anebo služeb, jež se mají poskytovat, odhadovaného přiměřeného výnosu koncesionáře po dobu trvání koncesní smlouvy. Zákon dále stanoví, že zadavatel postupuje podle pravidel platných pro zadávání veřejných zakázek s některými výjimkami.¹⁹⁷ Slovenský zákon pamatuje i na možnost **tzv. dodatečných stavebních prací a dodatečných služeb**¹⁹⁸, původně nezahrnutých v koncesním projektu a v původní koncesní smlouvě, jejichž potřeba vyplynula dodatečně z nepředvídatelných okolností. Takovéto stavební práce

¹⁹⁶ Viz čl. 10 odst. 4 cit. zákona.

¹⁹⁷ Srov. ustanovení § 67 slovenského zákona, v platném znění.

¹⁹⁸ Viz ustanovení § 68 slovenského zákona.

nebo služby se zadají původnímu koncesionáři, pokud nejsou technicky nebo ekonomicky oddělitelné od původního plnění koncesní smlouvy, aniž by veřejnému zadavateli nezpůsobily nepřiměřené těžkosti, anebo jsou technicky nebo ekonomicky oddělitelné od původního plnění koncesní smlouvy, ale jsou nevyhnutelné na další plnění podle původní koncesní smlouvy. Souhrnná hodnota dodatečných stavebních prací nebo služeb však nikdy nesmí přesáhnout 50 % hodnoty původní koncesní smlouvy.

9.10. Náležitosti koncesní smlouvy dle anglického práva

[273] Problematika koncesních smluv je v rámci anglického práva upravena ve dvou předpisech, a sice „*Public Contracts Regulations 2006*“, ve znění pozdějších předpisů a dále v „*Utilities Contracts Regulations 2006*“, ve znění pozdějších předpisů. Tyto předpisy jsou platné v Anglii, Walesu a Severním Irsku.

[274] Koncesionář je výše uvedenými předpisy vymezen jako osoba, která uzavřela stavební koncesi se zadavatelem¹⁹⁹. Používá se zde tzv. **třístupňový test** pro určení koncese. **Zaprvé**, koncesionář musí nést (plně nebo částečně) náklady stavby (nebo poskytování služby). **Zadruhé**, koncesionáři musí být hrazeny poplatky od uživatelů za možnost využívat stavbu nebo službu. **Zatřetí**, koncesionář musí nést tržní úroveň rizika²⁰⁰.

[275] Koncesní smlouvy na služby v anglickém právu nespádají pod režim výše uvedených předpisů, a to v souladu se současným evropským právem²⁰¹. Podle bodu 46. (2) *Public Contracts Regulations* je zadavatel povinen nediskriminovat uchazeče o servisní koncesi, a to jak při „hledání poskytovatele služby“, tak i při uzavírání příslušné koncesní smlouvy.

¹⁹⁹ Viz část I „Obecná“, „Interpretace“, bod (1), *Public Contracts Regulation*.

²⁰⁰ Viz Ellison, J., Baudrihaye, L.: *UK Public Procurement*. London: Ashurst, 2010, s. 21 an.

²⁰¹ Srov. k tomu ale současný vývoj evropského práva, zejména návrh směrnice o udělování koncesí v příslušné části této práce.

[276] Koncesní smlouvy v Anglii zahrnují komplexní a dlouhodobé smlouvy, které vyžadují **flexibilitu** v průběhu jejich udělování i v průběhu jejich provádění²⁰². Jak jsem již výše uvedl, v rámci anglického práva je blíže upraven pouze proces vzniku nadlimitní koncesní smlouvy na stavby. Podmínky jejich uzavírání nalezneme v části 6 upravující „**Speciální smlouvy**“ (*Specialised Contracts*)²⁰³. Uzavírání některých koncesních smluv na stavby je z rozsahu výše uvedeného předpisu vyloučeno např. z důvodu, že jsou zde jiné způsoby jejich uzavření vyplývající např. z mezinárodní smlouvy, uzavřené v souladu s právem EU.

9.11. Náležitosti koncesní smlouvy dle irského práva

[277] V Irsku mají dvě základní normy upravující problematiku PPP a koncesí: tzv. „State Authorities (Public Private Partnership Arrangements) Act“, 2002 a dále „European Communities (Award of Public Authorities' Contracts) Regulations“, 2006.

[278] Na základě prvního zákona, čl. 1, bodu 3 se stanovuje, že „bez ohledu na funkce státní autority dle jiných zákonů, státní autorita může, buď sama, nebo spolu s jinou osobou (včetně další státní autority) uzavřít ujednání s partnerem na plnění úkolů státní autority. Zákon předpokládá různé formy PPP zahrnující návrh díla, stavbu díla, provozování, financování apod.

[279] V druhé výše uvedeném zákoně jsou stanovena pravidla pro nadlimitní stavební koncese (viz část 9. zákona). Jdou zde upraveny povinnosti zveřejnění (čl.71), lhůty pro přijetí nabídky (čl.72), možnosti využití subdodavatele (čl. 73), možnosti dodatečných prací koncesionáře v případě nepředvídatelných prací, které jsou nutné pro dokončení díla (čl. 74).

²⁰² Viz Ellison, J., Baudrihaye, L.: UK Public Procurement. London: Ashurst, 2010.

²⁰³ Viz část VI, Public Contracts Regulation, počínaje bodem 36.

[280] V irském právu nenalzáme zvláštní úpravu náležitostí koncesní smlouvy, neboť tato je považována pouze za zvláštní typ smlouvy na veřejnou zakázku.

9.12. Náležitosti koncesní smlouvy dle litevského práva

[281] V Litvě je problematika koncesní smlouvy upravena v koncesním zákoně z 10. Září 1996, zákon č. I-1510, ve znění pozdějších změn.

[282] V článku 12 zákona je upraven **institut koncesní smlouvy**. Koncesní smlouva dává koncesionáři právo užívat předmět koncese v souladu se smlouvou a vykonávat činnost na území a v čase uvedeném ve smlouvě a v souladu s ostatními podmínkami ve smlouvě uvedenými. Koncesní smlouva musí být v souladu se vzorovou koncesní smlouvou schválenou vládou. Článek 13 stanovuje obligatorní náležitosti koncesní smlouvy.

[283] Koncesní smlouva musí obsahovat:

- a) dobu trvání smlouvy, podmínky pro prodloužení smlouvy, podmínky pro přerušování smlouvy a podmínky jejího ukončení;
- b) práva a povinnosti smluvních stran ve vztahu k předmětu smlouvy;
- c) závazky koncesionáře ve vztahu k financování smluvní povinnosti;
- d) podmínky doplňování a změn smlouvy;
- e) odpovědnost smluvních stran pro případ nedodržení smluvních povinností nebo neplnění smluvních povinností; podmínky řešení sporů mezi smluvními stranami²⁰⁴.

²⁰⁴ <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws> [citováno dne 13.1.2013].

KAPITOLA X.

10. Komparativní shrnutí I.

[284] Výše jsme se seznámili s náležitostmi koncesní smlouvy dle právní úpravy v České republice, a dále jsme prošli náležitosti koncesní smlouvy v některých zahraničních právních úpravách.

[285] **Povaha koncesních smluv.** Koncesní smlouvy jsou ve španělském právu považovány za tzv. „*správní smlouvy*“. Ve Francii jsou zařazovány mezi „*administrativní smlouvy*“. V Anglii jsou koncesní smlouvy upraveny v zákoně o „*public contracts*“ jako zvláštní smlouvy. V Rusku koncesní smlouva je smlouvou, jež obsahuje *prvky různých smluv* podle ruského práva. V české právní teorii²⁰⁵ se obecně uvádí, že koncesní smlouvy jsou veřejnoprávními smlouvami. Jak již jsem výše uvedl, domnívám se, že koncesní smlouvy dle českého práva nejsou typickými veřejnoprávními smlouvami, vztahuje se na ně pouze základní ustanovení § 159 správního řádu. Obecně ve většině analyzovaných právních řádů je koncesní smlouva řazena mezi „veřejnoprávní smlouvy“.

[286] Z prvního pohledu je jasné, že **odlišnosti jednotlivých právních úprav nejsou v žádném směru propastné**, ba naopak právní úpravy jsou v některých směrech velmi podobnými. Důvod je dle mého názoru prostý, cílem všech právních úprav je umožnit, aby koncesionář namísto orgánu veřejné správy zajistil řádným a efektivním způsobem předmět koncesní smlouvy (ať už jím je zhotovení díla nebo poskytování služeb), tudíž požadavky na obligatorní náležitosti koncesní smlouvy odrážejí skutečný charakter a povahu těchto smluv a všechny jsou dále ovlivňovány již zmiňovaným koncesním soft-law.

²⁰⁵ Viz výše Kapitulu k pojmu koncesní smlouvy.

[287] Dle mého názoru právní úpravu ovlivňuje i obecná snaha zákonodárce udržovat obdobnou úpravu jako je v jiných právních řádech, aby významnými odlišnostmi nedocházelo k odlivu zájmu privátních investorů.

[288] Pokud bychom se pokusili zobecnit, jaké jednotlivé prvky v rámci koncesní smlouvy v jednotlivých právních řádech nacházíme, pak bychom mohli mj. říci, že:

[289] Mezi **essentialia negotii** (podstatné části, které v jednotlivých právních řádech určují typ koncesní smlouvy jako takové a jsou vyžadovány příslušným koncesním či jiným zákonem jako obligatorní) patří: **specifikace předmětu koncesní smlouvy, právo koncesionáře užívat stavbu nebo poskytovat služby a brát si platby od uživatelů** (případně spolu s platbou od zadavatele koncese), **přenos rizika** ze strany zadavatele na koncesionáře; **rozdělení rizika mezi koncesionáře a veřejný subjekt; důvody předčasného ukončení koncesní smlouvy resp. možnosti odstoupit; práva a povinnosti zadavatele a koncesionáře.**

[290] mezi **naturalia negotii** (části koncesní smlouvy, které se obvykle v právních řádech vyskytují) patří:

- a) **zajišťovací instituty** ve vztahu k povinnostem koncesionáře;
- b) možnosti **odstoupení od koncesní smlouvy** v případech porušení povinností ze strany zadavatele, koncesionáře nebo v případě, že nastanou jiné kvalifikované události (např. vis maior, legislativní změny apod.);
- c) ujednání o **možnostech vyvolat jednání o změně obsahu koncesní smlouvy**;
- d) **standards poskytovaných služeb** nebo způsob provádění díla;
- e) instituty pro udržení „**rovnováhy**“ práv a povinností smluvních partnerů²⁰⁶;

²⁰⁶ Srov. Např. úpravu španělskou, portugalskou apod.

f) „**change of control clauses**“. Jde obecně o ujednání vyžadující předchozí souhlas zadavatele – veřejného partnera k změnám v akcionářské struktuře koncesionáře. V českém právu obdobné ujednání chybí, ale např. ve vzorových dokumentech zpracovaných Státním fondem životního prostředí takové ujednání nalezneme (**Vzorová smluvní ujednání pro vlastníky vodohospodářské infrastruktury**²⁰⁷)

[291] mezi **další náležitosti koncesní smlouvy**, které se nevyskytují ve většině porovnávaných právních řádů:

[292] **Jednostranný institut udržování ekonomické rovnováhy** smlouvy ve španělském právu a v jisté době i ve francouzském a portugalském právu, který umožňuje veřejné správě jednostranně nastolit ekonomickou rovnováhu.

[293] Institut **prodloužení** nebo **zkrácení** doby trvání koncesní smlouvy v polském právu²⁰⁸.

[294] Institut **hypotekárního zástavního práva** ve španělském právu, kdy udělená koncese je možným předmětem zástavního práva²⁰⁹.

[295] Ujednání o **sdílení rizik** dle portugalského práva²¹⁰.

²⁰⁷ Pokud dojde ode dne účinnosti Smlouvy do dne vypořádání: k převodu obchodních podílů či akcií v Provozovateli a/nebo osobách ovládajících Provozovatele, nebo k jejich zastavení či jiné zajišťovací transakci vůči majetku Provozovatele, která by mohla mít za důsledek změnu kontroly nad Provozovatelem, nebo k přeměně Provozovatele, bez předchozího písemného souhlasu Vlastníka, považuje se taková skutečnost za Hrubé Porušení Smlouvy. Žádost o písemný souhlas s podrobným popisem zamýšlené transakce musí být doručena Vlastníku nejméně 90 (slovy: devadesát) dnů před provedením kroků popsanych v tomto článku Smlouvy.

²⁰⁸ Srov. blíže v kapitole věnující se změnách koncesní smlouvy.

²⁰⁹ Srov. čl. 255 španělského zákona.

²¹⁰ Srov. čl. 7 portugalského zákona.

KAPITOLA XI.

11. K institutu změny koncesní smlouvy

[296] Koncesní smlouvy je **smlouvou dlouhodobého charakteru**. Vzhledem k této skutečnosti je vhodné, aby právní řád umožňoval smluvním stranám reagovat na změny, které se mohou v průběhu trvání objevit (legislativní změny, skutečnosti nepředvídatelné v době uzavření smlouvy, vyšší moc).

11.1. Změny koncesní smlouvy dle koncesního soft law

[297] Podle **sedmého principu EBRD principů** moderního koncesního práva²¹¹ by koncesní zákon měl umožňovat jednání o koncesních smlouvách: „*A modern concession law should allow for negotiability of concession agreements.*” Dle EBRD principů svoboda vyjednat koncesní smlouvu je důležitá, neboť umožňuje lépe rozložit rizika mezi smluvní strany a vytvořit více kreativní a finančně efektivní přístup k rozložení rizik.

[298] Další zdroj koncesního soft law, jenž by mohl pozitivním způsobem ovlivnit právní úpravu koncesního práva, jsou „*UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects*”²¹². Jde zejména o modelové ustanovení 39 „*Kompenzace za specifické změny v legislativě*“, modelové ustanovení 40 „*Revize koncesní smlouvy*“, modelové ustanovení 42 „*Nahrazení koncesionáře*“ a modelové ustanovení 43 „*Trvání a prodloužení koncesní smlouvy*“.

[299] **Modelové ustanovení 39 „Kompenzace za specifické změny v legislativě“** stanovuje, že koncesní smlouva by měla obsahovat ustanovení rozsahu, v kterém je koncesionář oprávněn

²¹¹ <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/coreprin.pdf> [citováno dne 13.1.2013].

²¹² http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf

[citováno dne 13.1.2013]

požadovat kompenzaci v případě, že náklady plnění koncesní smlouvy se podstatně zvýšily nebo hodnota, kterou koncesionář obdrží za plnění koncesní smlouvy, se podstatně snížila ve srovnání s náklady a hodnotou původně předvídanými, přičemž takováto změna je výsledkem změny v legislativě nebo předpisů aplikovatelných na infrastrukturu nebo poskytované služby. [**Pozn.** Změny v legislativě jsou vždy změnami, které nemůže koncesionář ovlivnit a podle obecného principu PPP, a sice že rizika by měla nést ta smluvní strana, která může toto riziko nejlépe řídit, by koncesní zákon měl dle mého názoru upravit možnost koncesionáře požadovat kompenzace v případě, že se náklady podstatně zvýší. Je však třeba současně pamatovat na limity stanovené právem pro veřejnou podporu a tudíž při aplikaci takové kompenzace pohlížet na tento krok veřejného subjektu principem soukromého investora.]

[300] **Modelové ustanovení 40 „Revize koncesní smlouvy“.** Toto vzorové ustanovení pamatuje na případy jiných změn v ekonomických nebo finančních podmínkách, změn jiné legislativy, to však za předpokladu, že takové změny se udály po uzavření koncesní smlouvy, jsou mimo kontrolu koncesionáře a jsou takového druhu, že je koncesionář nemohl rozumně předpokládat v době sjednávání koncesní smlouvy. Koncesní smlouva by měla obsahovat proceduru pro revizi podmínek koncesní smlouvy v případě, že nastanou takovéto změny.

[301] **Modelové ustanovení 42 „Nahrazení koncesionáře“.** Zadavatel může souhlasit s osobami poskytujícími financování pro projekt, že koncesionář bude nahrazen jinou osobou v případě, že dojde k podstatnému porušení koncesní smlouvy koncesionářem, které by jinak vedlo k předčasnému ukončení koncesní smlouvy²¹³.

[302] **Modelové ustanovení 43 „Trvání a prodloužení koncesní smlouvy“.** Doba trvání koncese musí být stanovena

²¹³ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf
[citováno dne 13.1.2013]

v koncesní smlouvě. Zadavatel nemůže souhlasit s prodloužením jejího trvání, vyjma případu, že dojde k prodlení v dokončení projektu nebo přerušení provozování z důvodu okolností *mimo rozumnou kontrolu kterékoli ze stran*, nebo přerušení projektu z důvodu jednání zadavatele nebo jiných veřejných subjektů, nebo z důvodu nárůstu nákladů způsobených požadavky zadavatele, které nebylo možno původně předpokládat, to vše za předpokladu, že koncesionář není schopen kompenzovat tyto náklady bez takového prodloužení smlouvy²¹⁴.

11.2. Změny koncesní smlouvy dle judikatury Soudního dvora, principy *Pressetext*. Změny koncesní smlouvy dle návrhu Směrnice o udělování koncesí.

[303] V návrhu Směrnice o udělování koncesí z konce předminulého roku je mj. nově upraven i **institut změny koncesní smlouvy**. V důvodové zprávě k návrhu směrnice se dočteme, že pro odborníky z praxe je stále důležitější a problematičtější otázka změny koncesí během jejich doby platnosti. Důvodová zpráva dále doplňuje, že zvláštní ustanovení o změně koncesí přebírá základní řešení vypracovaná v judikatuře a představuje pragmatické řešení pro případ nepředvídaných okolností, jež vyžadují úpravu koncese během její doby platnosti.

[304] Návrh nové směrnice vychází z judikatury Evropského soudního dvora, která vznikala zejména v minulém desetiletí, a z tohoto důvodu považuji za vhodné seznámit se nejdříve se závěry judikatury a teprve následně s návrhem nové směrnice.

[305] I v rámci právní úpravy koncesí jsou plně aplikovatelné závěry rozsudku Evropského soudního dvora ve věci **C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund)***, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse

²¹⁴ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf
[citováno dne 13.1.2013]

Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, pokud jde o změny koncesní smlouvy.

[306] Rozsudek **Presstext** se sice primárně vztahuje na změny uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku, ale rozhodnutím ve věci ve věci **Wall AG** proti městu Frankfurt nad Mohanem, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH²¹⁵ (srov. dále v textu) byly závěry a principy obsažené v rozhodnutí Presstext vztáhnuty v plném rozsahu i na koncese.

[307] Za účelem zajištění transparentnosti postupů a rovného zacházení s uchazeči představují změny ustanovení veřejné zakázky [resp. koncesní smlouvy] během jejího trvání nové zadání veřejné zakázky [resp. koncesní smlouvy], pokud mají **podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky**²¹⁶.

[308] Změnu veřejné zakázky [resp. koncesní smlouvy – pozn. JH] během doby trvání lze považovat za **podstatnou**, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, *připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni*, nebo pokud by umožnily *přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata*.

[309] Změna původní veřejné zakázky [resp. koncesní smlouvy – pozn. JH] může být rovněž považována za podstatnou, **pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány**.

[310] Změna může být rovněž považována za podstatnou, *jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána*.

²¹⁵ Viz rozhodnutí ve věci C-91/08. Dostupné na <http://curia.europa.eu> [citováno dne 13.1.2013]

²¹⁶ Bod č. 34 cit. rozsudku. (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie, C-337/98, body 44 a 46).

[311] Ze starších rozhodnutí zmiňme rozhodnutí **Komise v. CAS Succhi di Frutta SpA.**²¹⁷: Je úkolem zadavatele definovat, ve výzvě k podání nabídek, podmínky upravující udělení zakázky. Zadavatel následně musí *striktně dodržovat podmínky uvedené ve výzvě*, které vedly účastníky k účasti v řízení a podání příslušné nabídky, na základě podmínek uvedených ve výzvě. Tato podmínka zadavatele trvá po celou dobu řízení a **zahrnuje i fázi, kdy je smlouva mezi zadavatelem a vybraným uchazečem plněna**. Zadavatel se může odchýlit od podmínek a ujednání pouze v případech výslovně uvedených ve výzvě. A Soudní dvůr ukončuje touto frází, kterou si dovolím uvést v originále anglickém: *„That obligation prevails throughout the procedure, including at the stage when the contract between the contracting authority and the successful tenderer is performed. The contracting authority may derogate from the conditions and arrangements laid down only in the circumstances expressly specified in the notice of invitation to tender. It is not, therefore, at liberty to manage the contract with the selected tenderer or tenderers as it sees fit.*

[312] Připomenout můžeme i **rozsudek ve věci C-532/06 Emm. G. Lianakis AE**: „Článek 36 odst. 2 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES ze dne 13. října 1997, vykládaný ve světle zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty a povinnosti transparentnosti, která z ní vyplývá, brání tomu, aby zadavatel v rámci zadávacího řízení stanovil váhové koeficienty a podkritéria pro kritéria pro zadání uvedená v zadávací dokumentaci nebo ve vyhlášení zakázky dodatečně“.

217 Rozhodnutí ESD ve věci C-496/99 P.

11.3. V krátkosti k rozhodnutí Wall AG aneb rozvedení principů Presetext pro koncesní smlouvy

[313] **Skutkový stav:** Žádost o rozhodnutí byla předložena v rámci sporu mezi společnostmi Wall AG (dále jen „Wall“) a městem Frankfurt nad Mohanem ve věci udělení koncese na služby týkající se *provozování a údržby některých veřejných toalet* na území tohoto města. Dne 18. prosince 2002 vyzvalo město Frankfurt formou „dobrovolného oznámení pro celou Evropskou unii“ uveřejněného v úředním věstníku tohoto města k účasti na soutěži o smlouvu o koncesi na služby týkající se provozu, údržby a čištění jedenácti městských veřejných toalet, a to na dobu šestnácti let. Z těchto jedenácti veřejných toalet měly být dvě zrekonstruovány, a sice ty, které se nachází na nádražích Rödelheim a Galluswarte. Protiplnění za tyto služby mělo spočívat *pouze v oprávnění k výběru poplatků za použití toalet* a možnosti *využívat po dobu platnosti smlouvy reklamní plochy na toaletách i uvnitř toalet*, jakož i na jiných veřejných místech na území města Frankfurt. Dne 9. června 2004 byla koncese udělena společnosti FES. Odpovídající smlouva s platností do 31. prosince 2019 byla mezi posledně uvedenou a městem Frankfurt uzavřena ve dnech 20. a 22. července 2004 (dále jen „**smlouva o koncesi**“).

[314] Příslušný článek koncesní smlouvy stanovil, že společnost **Wall je subdodavatelskou společností FES**, pokud jde o plnění související s reklamou, na něž se vztahuje dotyčná koncese. Podle tohoto ustanovení je změna subdodavatele možná pouze po písemném schválení ze strany města Frankfurt. Dne 5. ledna 2005 vyzvala společnost FES společnost Wall k předložení nabídky na plnění související s reklamou, která jsou předmětem koncese udělené společnosti FES. Mimoto tato společnost vyzvala k předložení takové nabídky podnik Deutsche Städte Medien GmbH (dále jen „DSM“).

[315] Dopisem požádala společnost FES město Frankfurt, aby pro využívání reklamních ploch **schválilo změnu subdodavatele** ve prospěch společnosti DSM. Město tuto změnu subdodavatele

schválilo. Společnost Wall podala k předkládajícímu soudu žalobu, jíž se domáhá, aby bylo společnosti FES uloženo, aby se zdržela jednak plnění smlouvy týkající se reklamních služeb uzavřené se společností DSM a jednak uzavření jakékoli smlouvy se třetími osobami na výstavbu dvou veřejných toalet, které měly být rekonstruovány, nebo plnění takové smlouvy. Společnost Wall se rovněž domáhala toho, aby bylo městu Frankfurt uloženo zdržet se schválení uzavření smlouvy o výstavbě těchto dvou veřejných toalet mezi společnostmi FES a jinou stranou nežli samotnou společností Wall. Podpůrně společnost Wall požadovala, aby byla městu Frankfurt a společnosti FES společně a nerozdílně uložena povinnost zaplatit jí částku 1 038 682,18 eur navýšenou o úroky. Z předběžných otázek položených Evropskému soudnímu dvoru se zaměříme pouze na třetí otázku, která zněla: „*Vyžadují povinnosti **transparentnosti** zmíněné v první předběžné otázce rovněž to, aby byla v případě zamýšlené **změny smlouvy o koncesi na služby** – včetně případu, kdy se tato změna týká **nahrazení konkrétního subdodavatele**, na něhož byl kladen důraz v rámci soutěže o koncesi – jednání týkající se této změny znovu otevřena soutěži se zárukou odpovídajícího stupně zveřejnění a pomocí jakých postupů by případně mělo být takové znovuotevření soutěži uskutečněno?*“.

[316] Za současného stavu práva Unie nejsou smlouvy o koncesi na služby upraveny žádnou ze směrnic, kterými zákonodárce Unie upravil oblast veřejných zakázek. Orgány veřejné moci, které uzavírají takovéto smlouvy, jsou nicméně **povinny dodržovat základní pravidla Smlouvy ES**, zejména články 43²¹⁸ ES a 49²¹⁹ ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá²²⁰.

²¹⁸ Článek 49 SFEU (bývalý článek 43 Smlouvy o ES): V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území jiného členského státu. Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu usazenými na území jiného členského státu. Svoboda usazování zahrnuje přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 54 druhého pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právem země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak.

[317] Tato **povinnost transparentnosti** se vztahuje na případ, kdy dotyčná koncese na služby může vzbudit zájem podniku, který se nachází v jiném členském státě, než je členský stát, v němž je tato koncese udělována²²¹.

[318] **Povinnost transparentnosti**, jež je uložena orgánům veřejné moci, které uzavírají smlouvu o koncesi na služby, předpokládá, že musí být ve prospěch každého potenciálního uchazeče zaručen *odpovídající stupeň zveřejnění*, který zajistí otevření koncese hospodářské soutěži, jakož i *přezkum nestrannosti* řízení o udělení.

[319] Za účelem zajištění transparentnosti postupů a rovného zacházení s uchazeči mohou **podstatné změny zásadních ustanovení smlouvy o koncesi na služby** v určitých případech zapříčinit *nezbytnost udělení nové smlouvy o koncesi na služby*, mají-li tyto změny podstatně odlišné charakteristiky než původní koncese na služby, a **prokazují** v důsledku toho **vůli smluvních stran sjednat znovu zásadní podmínky této smlouvy**²²².

[320] Změnu smlouvy o koncesi na služby během její doby platnosti lze považovat za **podstatnou**, pokud *zavádí podmínky, které by, pokud by byly součástí původního řízení o udělení, umožnily připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata*²²³.

[321] **Změna subdodavatele**, ačkoliv je možnost takovéto změny ve smlouvě upravena, může ve výjimečných případech být takovou **změnou jednoho z podstatných prvků smlouvy o koncesi**,

²¹⁹ Článek 56 SFEU (bývalý článek 49 Smlouvy o ES): Podle následujících ustanovení jsou zakázána omezení volného pohybu služeb uvnitř Unie pro státní příslušníky členských států, kteří jsou usazeni v jiném členském státě, než se nachází příjemce služeb. Evropský parlament a Rada mohou řádným legislativním postupem rozšířit použitelnost této kapitoly též na poskytovatele služeb, kteří jsou státními příslušníky třetích zemí a kteří jsou usazeni v Unii.

²²⁰ (viz v tomto smyslu výše uvedené rozsudky *Telaustria* a *Telefonadress*, body 60 až 62; *Coname*, body 16 až 19, a *Parking Brixen*, body 46 až 49)

²²¹ (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek *Coname*, bod 17, *Komise v. Irsko*, C-507/03, bod 29, *Komise v. Itálie*, C-412/04, bod 66)

²²² (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 5. října 2000, *Komise v. Francie*, C-337/98, body 44 a 46 a ve věci *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, bod 34).

²²³ Bod 38 rozsudku *Wall AG*, viz obdobně výše uvedený rozsudek *pressetext Nachrichtenagentur*, bod 35.

a to v situaci, kdy využití služeb určitého subdodavatele spíše nežli subdodavatele jiného, s ohledem na charakteristiky vlastní dotčenému plnění, bylo *rozhodujícím aspektem pro uzavření smlouvy*; ověření čehož je v každém případě na vnitrostátním soudu.

[322] Pokud by v rámci posouzení předkládající soud došel k závěru, že **došlo ke změně jednoho z podstatných prvků smlouvy o koncesi**, bylo by v souladu s vnitrostátním právním řádem dotčeného členského státu třeba přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového řízení o udělení koncese.

[323] Případné nové řízení o udělení koncese by mělo být vedeno podle postupů přizpůsobených specifikům dotčené koncese na služby a mělo by podniku nacházejícímu se na území jiného členského státu umožňovat před udělením koncese přístup k odpovídajícím informacím o ní.

[324] **Dle závěrů rozhodnutí Wall AG můžeme shrnout:** Mají-li změny provedené v ustanoveních smlouvy o koncesi podstatně odlišné charakteristiky, než jsou ty, jež odůvodňovaly původní udělení smlouvy o koncesi, a prokazují-li v důsledku toho vůli stran sjednat znovu podstatné prvky této smlouvy, je v souladu s vnitrostátním právním řádem dotčeného členského státu třeba přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového řízení o udělení koncese. Případné nové řízení o udělení koncese by mělo být vedeno podle postupů přizpůsobených specifikům dotčené koncese na služby a mělo by podniku nacházejícímu se na území jiného členského státu umožňovat před udělením koncese přístup k odpovídajícím informacím o ní.

[325] **Z rozhodnutí Wall AG vyplývá použitelnost závěrů a princip podstatné změny rozvedený v rozhodnutí Presstext na koncesní smlouvy.**

[326] Kromě obsahu rozhodnutí Pressetext je pro podstatu změny koncesní smlouvy vhodné odkázat na některá právní posouzení provedená ve Stanovisku generálního advokáta²²⁴ v této věci. V bodě 47 a 48 Stanoviska generálního advokáta jsou uvedeny další obecné principy, které jsou však vzhledem k charakteru koncesních smluv klíčové.

[327] „[...] *ve fázi plnění smlouvy je nezbytné nalézt rovnováhu mezi povinnostmi transparentnosti a zájmem veřejné služby, který za určitých okolností vyžaduje přizpůsobit a změnit smlouvu*“.

[328] S ohledem na *komplexní a dlouhodobou povahu koncese na služby musí držitel koncese disponovat dostatečným prostorem pro to, aby se mohl přizpůsobit podmínkám na trhu a změnám, které mohou nastat v hospodářských, technických nebo právních souvislostech spjatých s koncesí*. Nepředvídatelné obtíže a problémy při poskytování služby, které jsou u dlouhodobých investic nevyhnutelné, tak vyžadují od smluvních stran *obzvláštní flexibilitu a smysl pro spolupráci*. *Důvody změn smluv jsou proto četné*. Některé z nich mohou být nicméně *zdrojem zneužívání*, vedou-li k narušení *rovnováhy* práv a povinností smluvních stran, a činí tak transparentnost řízení a předchozí *soutěž uchazečů pouze zdánlivými*. Je tedy nezbytné posoudit, zda je zamýšlená změna pouhým dodatkem ke smlouvě, který je legitimně odůvodněn, nebo zda v konečném důsledku vede k *uzavření nové smlouvy*, které musí být v souladu se základními zásadami práva Společenství odpovídajícím způsobem zveřejněno a znovu otevřeno hospodářské soutěži.

[329] **Změna koncesní smlouvy dle návrhu směrnice o udělování koncesí**. V důvodové zprávě k návrhu Směrnice o udělování koncesí²²⁵ se mj. dozvíme, že „Veřejní zadavatelé nebo zadavatelé *by měli mít možnost stanovit změny koncese v samotné koncesní smlouvě*, a to formou *ustanovení o změnách*, jež by neměla

²²⁴ Viz Stanovisko generální advokátky Julianne Kokott ve věci C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GmbH.

²²⁵ Viz bod (37) Důvodové zprávy k dokumentu KOM (2011) 897 v konečném znění.

ponechávat neomezenou volnost výběru. Směrnice by proto měla stanovit, v jaké míře mohou být v původní koncesní smlouvě změny koncese povoleny.“

[330] Hlavní **principy povolených a nepovolených změn** stanovuje článek 42 návrhu směrnice. Podstatná změna ustanovení koncesní smlouvy v době její platnosti se dle návrhu směrnice považuje za nové udělení a vyžaduje nové koncesní řízení v souladu s touto směrnicí.

[331] **Změna koncese v době její platnosti se považuje za podstatnou**, pokud vede k podstatně odlišné koncesi, než je koncese, jež byla udělena původně. Změna se dle návrhu směrnice v každém případě považuje za podstatnou, je-li splněna jedna z těchto podmínek:

a) změna **zavádí podmínky**, jež by v případě, že by byly součástí původního koncesního řízení, **umožnily výběr jiných žadatelů**, než byli vybráni původně, nebo by umožnily udělit koncesi jinému žadateli nebo uchazeči;

b) změna **mění ekonomickou vyváženost koncese** ve prospěch koncesionáře nebo

c) změna **výrazně rozšiřuje rozsah koncese** tak, že se vztahuje na dodávky, služby nebo stavební práce, jež nebyly původně zahrnuty.

[332] **Nahrazení koncesionáře** se dle návrhu směrnice považuje za podstatnou změnu. Toto se ale nevztahuje na případ, kdy postavení původního dodavatele v důsledku **restrukturalizace**, platební **neschopnosti** nebo smluvního ustanovení částečně nebo zcela převezme jiný hospodářský subjekt, který splňuje původně stanovená kritéria pro výběr na základě kvality, za předpokladu, že s sebou tento krok nepřináší další podstatné změny koncese a jeho cílem není obejít ustanovení této směrnice.

[333] **Jestliže lze hodnotu změny vyjádřit v penězích**, nepovažuje se změna za podstatnou v případě, že její hodnota nepřekračuje prahové hodnoty a pohybuje se pod **5 %** hodnoty původní smlouvy, za předpokladu, že tato změna nemění celkovou

povahu smlouvy. Je-li provedeno několik postupných změn, posuzují se tyto změny na základě **kumulativní hodnoty** postupných změn.

[334] Změny koncesí se nepovažují za podstatné, pokud byly **stanoveny v koncesní dokumentaci** v jasných, přesných a jednoznačných ustanoveních o změnách nebo opčních právech. Tato ustanovení uvádějí rozsah a povahu možných změn nebo opčních práv a rovněž podmínky, za nichž je lze uplatnit. Nesmí však stanovit změny nebo opční práva, které by měnily celkovou povahu koncese.

[335] **Dále i podstatná změna nevyžaduje nové koncesní řízení, jsou-li splněny tyto kumulativní podmínky:**

- a) potřeba změny vyplývá z okolností, jež veřejný zadavatel nebo zadavatel jednající s péčí řádného hospodáře nemohl předvídat;
- b) změna nemění celkovou povahu koncese;
- c) u koncesí udělených veřejnými zadavateli v případě, že zvýšení ceny není vyšší než 50 % hodnoty původní koncese.

[336] **Veřejní zadavatelé a zadavatelé neprovedou změnu koncese dále v těchto případech:**

- a) pokud by cílem změny byla náprava nedostatků při plnění koncese koncesionářem nebo jejich důsledků,
- b) je-li možno nápravy dosáhnout prosazením smluvních závazků;
- c) pokud by cílem změny byla kompenzace rizika zvýšení ceny plynoucího z cenových výkyvů, které by mohly podstatně ovlivnit plnění koncese a proti kterým koncesionář provedl zajišťovací operace.

[337] Závěrem pojednání o připravovaném návrhu směrnice o udělování koncesí můžeme říci, že návrh jde v některých směrech ještě dále, než dosavadní judikatura Evropského soudního dvora.

11.4. Změny koncesní smlouvy dle českého práva

[338] Dle platného českého práva v případě změny koncesní smlouvy, která vede ke **zvýšení předpokládaného příjmu koncesionáře o více než 20 %**, nebo v jejímž důsledku dosáhne nebo přesáhne předpokládaný příjem koncesionáře částky uvedené v § 20 odst. 2 koncesního zákona, se vyžaduje schválení takové změny příslušným orgánem.

[339] Ve schválené novele zákona o veřejných zakázkách, která nabyla účinnosti 1. dubna 2012, se doplňují do ustanovení § 82 odstavce 7 a 8, které znějí: (7) **Zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy**, kterou uzavřel s vybraným uchazečem.

[340] Za podstatnou se považuje taková změna, která by

- a) rozšířila předmět veřejné zakázky;
- b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
- c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
- d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

[341] Česká právní úprava přebírá zásadní závěry vyplývající z judikatury Priesstext a Wall AG, aniž by přihlížela k návrhu nové směrnice o udělování koncesí.

11.5. Změny koncesní smlouvy dle bulharského práva

[342] Koncesní smlouva může být změněna²²⁶ a/nebo doplněna **dodatečnou dohodou**. Pokud jsou změny a dodatky **v rámci mezí rozhodnutí o zahájení koncesního řízení, rozhodnutí o výběru koncesionáře a nabídky koncesionáře**, dohoda musí být sjednána s úřadem, s nímž byla koncesní smlouva uzavřena.

[343] Pokud nejde o výše uvedené změny, může být dodatek uzavřen po odůvodněném rozhodnutí zadavatele v těchto případech:

- a) v případě, že nastanou skutečnosti **ohrožení národní bezpečnosti a obrany, ohrožení životního prostředí**, lidského zdraví, ochranných zón, sítí a veřejného pořádku,
- b) v případě **částečné ztráty předmětu koncese** nebo v případě objektivní nemožnosti užívání předmětu koncese tak, jak byl předán k užívání,
- c) v případě **změny legislativy**,
- d) v případě, že **nastanou skutečnosti výslovně předvídané v rozhodnutí o zahájení koncesního řízení**, které vedou ke změně faktického nebo právního stavu předmětu koncese nebo ekonomické činnosti prováděné v rámci koncese,
- e) v jiných případech stanovených zákonem.

11.6. Změny koncesní smlouvy dle polského práva

[344] **Změny koncesní smlouvy** upravuje polský zákon v čl. 23. Jsou zakázány změny ustanovení uzavřené smlouvy ve vztahu k obsahu nabídky, na jejímž základě byla koncesní smlouva uzavřena, ledaže nezbytnost provedení takových změn vyplývá z okolností, které nebylo možné předpokládat ke dni uzavření smlouvy. **Změna**

²²⁶ Viz čl. 69 a násl., část IV bulharského koncesního zákona.

koncesní smlouvy provedená s porušením výše uvedených pravidel je neplatná.

[345] **Dodatky koncesní smlouvy** dle polského práva upravuje čl. 25. Zadavatel koncese může s koncesionářem uzavřít dodatkovou smlouvu na realizaci stavebních prací neobsažených v koncesi, jestliže z povahy okolností, které nebylo možné předpokládat v době uzavření koncesní smlouvy, vyplývá, že se staly nezbytné k realizaci stavby uvedené v koncesi v případě, že stavební práce:

[346] z technických nebo ekonomických hledisek nemohou být oddělené od předmětu koncese, nebo

[347] mohou být oddělené od předmětu koncese, ale jsou bezpodmínečně nutné k jeho dokončení.

[348] Celková hodnota dodatkové smlouvy na stavební práce nemůže překročit **50 % hodnoty koncese**. Dodatková smlouva uzavřená s porušením těchto pravidel je neplatná.

11.7. Změny koncesní smlouvy dle portugalského práva

[349] Za splnění některých podmínek založených na veřejném požadavku může zadavatel navrhnout dodatek obsahu smlouvy a tento návrh a změny závisejí na posouzení a akceptaci dodavatelem resp. poskytnutí kompenzace tak, aby byla zachována ekonomická rovnováha smlouvy. Čl. 14 portugalského zákona upravuje obecně tzv. **změnu partnerství**. Jakékoli změny prováděné poté, co byl vybrán soukromý partner a uzavřena koncesní smlouva, ať již prováděná na základě dohody obou smluvních stran nebo z iniciativy jedné smluvní strany založené na zákonných nebo smluvních podmínkách, je podmíněna těmito pravidly: Pokud příslušný státní orgán nebo jiný subjekt, který je povinen postupovat podle tohoto zákona, má zájem uzavřít dodatek, je povinen **zaslat oznámení ministru financí nebo jím určenému subjektu a požádat o ustanovení vyjednávací a dohledové komise**. V některých výjimečných případech, kdy je to řádně odůvodněné, vytvoření této

komise může být **prominuto**. Článek 14A zákona upravuje povinnosti vyjednávací komise. **Úkolem vyjednávací komise** je *zastupovat veřejný subjekt v jednáních se soukromým partnerem*, připravit zprávu a zaslat tuto zprávu subjektu, který požádal o připravení dodatku. Tuto **zprávu** je komise povinna vytvořit ve lhůtě 60 dnů. Ve zprávě shrne zejména **soulad navrženého dodatku s blíže specifikovanými požadavky zákona** (např. *hodnocení rizik veřejného subjektu, závazky veřejného subjektu, popis dodatku, ospravedlnění veřejného zájmu na změně, apod.*) Následně je návrh dodatku spolu s touto zprávou zaslán ministrovi financí a ministrovi, do jehož gesce spadá příslušná koncese, tito mají 30 dnů na případné schválení, přičemž uplynutím 30 dnů od doručení zprávy komise se považuje dodatek za schválený (vyjma případů uvedených v čl. 14D, kde hodnota přesahuje 1 mil. EUR). V případě, že by vznikl další případ nutnosti uzavření dodatku stejné smlouvy, ustanovuje se stejné vyjednávací komise pro zjednodušení procesu.

[350] Článek 14C upravuje **tzv. finanční bilanci a nové aktivity**. Podstatná změna finančních podmínek partnerské smlouvy může vést ke změně **finanční rovnováhy** příslušného partnerství, zvláště v případech jednostranných změn uložených veřejným partnerem, s ohledem na smluvní povinnosti soukromého partnera, nebo jiných zásadních podmínek vztahujících se k partnerství. Veřejný subjekt musí mít právo sdílet finanční výhody, stejně jako soukromý subjekt, např. v situacích zlepšené ziskovosti, která vyplývá ze změn smlouvy. Určení finanční bilance partnerství musí být v předepsané formě součástí partnerské smlouvy jako příloha a musí zahrnovat všechny příjmy soukromého partnera, které mohou být z partnerství vytvořeny. **Nová finanční bilance** nebo sdílení zisku musí být vytvořeno znovu např. v případě **změn v délce partnerství**, zvýšení nebo snížení peněžních závazků, přisouzení přímé kompenzace apod. Kdykoli soukromý partner požaduje vykonávat aktivity nikoli výslovně zahrnuté v partnerské smlouvě, souhlas subjektů, které schvalují smlouvu, nebude vydán, pokud tento návrh neobsahuje

odpovídající ekonomicko-finanční předpovědi a podíl na příjmu.

11.8. Změny koncesní smlouvy dle francouzského práva

[351] Zmíním se ještě o možnostech změny koncesní smlouvy ve francouzském právu. Jako obecné pravidlo se stanovuje, že koncesní smlouva musí být uzavřena ve znění, které vychází z procedury výběru. **Jakákoli změna smlouvy, která vede ke zvýšení celkové částky zakázky resp. koncese o více než 5 %, musí být předem zaslána komisi, která rozhodla o přidělení zakázky resp. koncese.**

[352] Veřejná správa má vždy možnost ukončit smlouvu v situaci, kdy je to odůvodněno veřejným zájmem, avšak v těchto případech má dodavatel právo na kompenzaci.

[353] Jeden z principů, který se používá ve francouzském právu je „*theorie de l’Imprévision*“ (teorie předvídatelnosti). Podle této teorie může osoba, která je smluvním partnerem ve veřejnoprávní smlouvě (*contrat administratif*) požádat veřejnou správu o částečné **odškodnění**, pokud zde nastanou skutečnosti nepředvídatelné v době uzavření smlouvy²²⁷.

[354] I samotná koncesní smlouva dle francouzského práva musí obsahovat „*podmínky, za kterých může veřejná správa přistoupit prostřednictvím dodatku, nebo nedojde-li k dohodě, tak svým jednostranným rozhodnutím, ke změně některých aspektů smlouvy nebo k jejímu zrušení, zejména s ohledem na vývoj potřeb veřejné správy, technologických inovací nebo změn v podmínkách financování získaných partnerem*“²²⁸.

²²⁷ Viz Guinchard, S. et al.: Lexique des termes juridiques. Paris: Dalloz, 2012, s.483.

²²⁸ Viz čl. L.1414-12 písm h).

11.9. Změny koncesní smlouvy dle španělského práva

[355] Španělská právní úprava koncesí neobsahuje obdobná právní pravidla pro změnu koncesní smlouvy - jako má např. sousední Portugalsko.

[356] V rámci španělského zákona o koncesích reaguje na dlouhodobost vztahu nám poněkud neznámý institut **tzv. udržování ekonomické rovnováhy smlouvy** upravený v článku 248. V našich podmínkách je však řešení poněkud netradiční a dle mého názoru odporující principu smluvní svobody. Oprávnění nastolit rovnováhu v koncesním vztahu přináleží totiž orgánům veřejné správy. Zákon stanoví i způsoby, jakými má být rovnováha nastolena. Tato opatření mohou spočívat v **úpravě tarifů**, stanovených pro užívání stavby, **prodloužení nebo zkrácení doby koncese** v rámci limitů stanovených zákonem a všeobecně v jakékoliv úpravě klauzulí ekonomického obsahu, zahrnutých ve smlouvě. Ustanovení zřejmě může fungovat, ovšem za předpokladu férového, odpovědného a nezneužívajícího přístupu orgánů veřejné správy. Přijetí obdobného ustanovení v podmínkách ČR si bez značných rozporů a složitých soudních sporů ani nedovedu představit. „1. *Smlouva na koncesi ohledně veřejných staveb musí udržovat ekonomickou rovnováhu v podmínkách, které byly zvažovány pro její přisouzení, přičemž byl brán v potaz obecný zájem a zájem koncesionáře v souladu s ustanoveními, uvedenými v dalším odstavci.* 2. *Správa musí nastolit ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch odpovídající strany, v těchto případech:* a) *Když správa upraví, z veřejného zájmu, podmínky využívání stavby.* b) *Kdyby z příčin vyšší moci nebo jednání správy došlo přímým způsobem k zásadnímu zlomu v hospodářství koncese.* c) *Pokud nastanou případy, stanovené přímo ve smlouvě nebo zákoně. V případech, uvedených výše nastolení ekonomické rovnováhy smlouvy se bude uskutečňovat přijetím odpovídajících opatření pro tyto případy. Tato opatření mohou spočívat v úpravě tarifů, stanovených pro užívání stavby, prodloužení nebo zkrácení*

doby koncese v rámci limitů, a všeobecně v jakékoliv úpravě klauzulí ekonomického obsahu, zahrnutých ve smlouvě“.

11.10. Změny koncesní smlouvy dle anglického práva

[357] Změny koncesní smlouvy a jejich limity jsou upraveny v bodě 36 (6) písm. (f) Public Contracts Regulations 2006. **Dodatečné dílo dle koncesní smlouvy na stavbu**, které nebylo předvídáno v projektu resp. ve smlouvě, je možné, pokud vyvstalo z důvodu okolností **nepředvídatelných** v době uzavření smlouvy a²²⁹, nemůže být z technických nebo ekonomických důvodů provedeno **odděleně** od původní smlouvy bez významných obtíží pro zadavatele, nebo může být provedeno samostatně, ale je zásadně nezbytné pro pozdější fáze provádění smlouvy. Další limit je pak ještě stanoven v bodě 36 (7) Public Contracts Regulations 2006, kde jsou celkové možné změny dle odstavce 6 omezeny 50 % hodnoty plnění dle původní smlouvy.

KAPITOLA XII.

12. Předčasné ukončení koncesní smlouvy

[358] Jelikož koncesní smlouvy představují smlouvy dlouhodobého charakteru (ačkoli, jak uvedl opakovaně Evropský soudní dvůr, **dlouhodobost není tou rozhodující skutečností, jež by sama o sobě byla schopna odlišit koncesní smlouvu od smlouvy na veřejnou zakázku**), pak je zřejmé, že institut předčasného ukončení koncesní smlouvy je institutem výjimečným a také institutem, jehož vymezení musí být v příslušném právním předpise resp. i v koncesní smlouvě samotné upraven s velkou pozorností, neboť jeho úkolem je

²²⁹ Kumulativně.

ochránit jak veřejného zadavatele, tak i koncesionáře pro případ, že nastanou takové události, které povedou k předčasnému ukončení koncesní smlouvy.

[359] **Český koncesní zákon** je v otázce předčasného ukončení velmi stručný. V ustanovení § 16 odst. 3 koncesního zákona pouze uvádí, že koncesní smlouva obsahuje důvody, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení koncesní smlouvy. Jelikož v otázkách neupravených koncesním zákonem se postupuje dle obchodního zákoníku, tak i pro koncesní smlouvy použijeme úpravu obsaženou v obchodním zákoníku (§344 a násl.). Z důvodu velké stručnosti právní úpravy v koncesním zákoně nenacházíme v české úpravě podobné instituty jako je **odškodnění** koncesionáři nebo zadavateli v důsledku předčasného ukončení koncesní smlouvy. Takovéto situace je dobré předvídat v koncesní smlouvě, a to i z důvodu, že pravidla vypořádání jsou považovány za obligatorní náležitost koncesní smlouvy.

12.1. Právní úprava předčasného ukončení koncesní smlouvy v jiných právních řádech

[360] Dle **OECD principů** by koncesní smlouva měla obsahovat okolnosti, při jejichž vzniku může kterákoli smluvní strana smlouvou předčasně ukončit nebo požadovat „*znovuobnovení jednání o koncesní smlouvě*“²³⁰.

[361] Podle **bulharské** právní úpravy koncesní smlouva končí **uplynutím lhůty** (článek 73). Před uplynutím lhůty trvání koncesní smlouva zaniká smlouva **zánikem předmětu koncese**, a to dnem zániku (článek 74), **smrtí** fyzické osoby koncesionáře nebo **zánikem** právnické osoby koncesionáře. V případě zániku právnické osoby

²³⁰ Viz k tomu ustanovení čl. 15 písm. q) OECD Basic Element of a Law on Concession Agreements.

s právním nástupcem, je v zákoně stanoven postup pro uzavření smlouvy s takovýmto právním nástupcem (článek 72). Dále koncesní smlouva zaniká **prohlášením konkurzu**, a to právní mocí rozsudku o prohlášení konkurzu na majetek koncesionáře. Dále koncesní smlouva zaniká z důvodů stanovených **ve smlouvě samotné** nebo **v zákoně**. V případě, že koncesionář skončí právě z důvodu prohlášení konkurzu, dává koncesní zákon státu resp. municipalitě postavení **privilegovaných věřitelů** v rámci konkurzního řízení. Koncesní smlouva může být dále ukončena **jednostranně** nebo **dohodou** stran (článek 75), a to v případě ohrožení národní bezpečnosti, obrany, životního prostředí, lidského zdraví, ochranných zón, sítí a veřejného pořádku a dále z důvodů stanovených v zákoně nebo stanovených v koncesní smlouvě. V případě neplnění koncesní smlouvy jednou ze stran, je druhá smluvní strana povinna upozornit druhou stranu a stanovit jí **přiměřený limit k plnění** s upozorněním, že po vypršení této přiměřené lhůty se považuje za **ukončenou** (čl. 76 odst. 1). Zadavatel může ukončit koncesní smlouvu i bez udělování dodatečné lhůty k plnění v případě, že koncesionář neplní zásadní povinnosti stanovené v rozhodnutí o zahájení koncesního řízení (čl. 76 odst. 2).

[362] V **Polsku** najdeme v zákoně pouze obdobně jako v české úpravě požadavek, aby koncesní smlouva obsahovala **ujednání o podmínkách a způsobu ukončení koncesní smlouvy**²³¹, které opravňují zadavatele nebo koncesionáře koncesní smlouvu předčasně ukončit.

[363] Ve **španělském právu** článek 264. upravuje ukončení koncesní smlouvy, kdy definuje tzv. „**Příčiny rozpuštění**“. Příčiny pro zrušení koncesní smlouvy na veřejné stavby jsou následující:

- a) Úmrtí nebo nenadálá neschopnost koncesionáře fyzické osoby nebo zánik koncesionáře právnické osoby.

²³¹ Viz ustanovení čl. 22 odst. 1 bod 10) polského koncesního zákona.

- b) Vyhlášení **bankrotu**, zastavení plateb, konkurs věřitelů nebo úpadek z důvodu nesolventnosti v jakémkoliv procesu či povolená reorganizace.
- c) **Hypotekární exekuce** je prohlášena za propadlou nebo je nemožné začít proces hypotekární exekuce z důvodu neexistence zájemců.
- d) **Vzájemná dohoda** mezi poskytovatelem a koncesionářem.
- e) **Zabavení koncese** na dobu delší, než je maximálně stanovená, aniž by kontrahent zaručil úplné převzetí svých povinností.
- f) **Zpoždění** delší než šest měsíců ze strany orgánu uzavírajícího smlouvu při předávání protislužeb koncesionáři, terénů nebo pomocných prostředků, což je podle smlouvy jeho povinností.
- g) **Výkup využívání veřejné stavby orgánem uzavírajícím smlouvu.** Za výkup bude pokládáno jednostranné prohlášení orgánu uzavírajícího smlouvu, diskrétně přijaté, kterým se považuje koncese za ukončenou, přes dobré řízení.
- h) Potlačení využívání veřejné stavby z důvodu veřejného zájmu.
- i) Nemožnost využívání veřejné stavby v důsledku přijatých dohod poskytující správou, po uzavření smlouvy.
- j) Odstoupení pro neplnění základních smluvních povinností koncesionářem.

[364] Následky zrušení koncesní smlouvy pak ještě doplňuje článek 266 „**Účinky zrušení**“. V případech bodu g), h) a i) výše poskytující **správa odškodní koncesionáře** za škody a újmy, které mu byly způsobeny. Pro určení částky odškodnění budou brány v úvahu budoucí zisky, které koncesionář neobdrží, se zřetelem na výsledky využívání v posledních pěti letech [...].

[365] Pokud smlouva bude zrušena z důvodu, způsobených koncesionářem, bude mu zabavena **záruka** a kromě toho bude muset

uhradit orgánu, uzavírajícímu smlouvu **způsobené škody a újmy v částce, která bude přesahovat výši zabavené záruky.**

[366] Ve **francouzském** zákoně o partnerství²³² se pouze obecně stanovuje, že smlouva o partnerství musí obsahovat mj. podmínky, za kterých může veřejnoprávní osoba přistoupit prostřednictvím dodatku, nebo nedojde-li k dohodě tak svým jednostranným rozhodnutím, ke změně některých aspektů smlouvy nebo k jejímu **zrušení**, zejména s ohledem na **vývoj potřeb veřejnoprávní osoby, technologických inovací nebo změn v podmínkách financování získaných partnerem** a dále vymezení podmínek, za kterých v případě neplnění závazku ze strany partnera, bude zajištěno **pokračování** veřejné služby, zejména pokud dojde k jejímu vypovězení.

[367] **Ruská** právní úprava předčasného ukončení koncesní smlouvy vychází (čl. 13 citovaného zákona) z obecných předpokladů, že smlouva může být ukončena **vypršením doby platnosti koncesní smlouvy**, dále **souhlasnou dohodou** smluvních stran anebo na základě ukončení koncesní smlouvy **rozhodnutím soudu**. Pokud jde o následky ukončení koncesní smlouvy, pak se obecně v čl. 14 cit. zákona uvádí, že koncesionář je povinen předat zadavateli předmět koncesní smlouvy a další majetek uvedený v koncesní smlouvě, a to ve lhůtě stanovené v koncesní smlouvě. Předmět koncesní smlouvy vrácený zadavateli musí být v souladu s požadavky federálního práva a nesmí být zatížen žádnými právy třetích osob. Předání předmětu koncesní smlouvy se uskutečňuje ve formě **předávacího protokolu** podepsaného oběma smluvními stranami. Článek 15 cit. zákona upravuje **případ ukončení koncesní smlouvy na základě rozhodnutí soudu**. Takovéto ukončení dle ruského práva předpokládá žádost kterékoli ze stran, přičemž takový návrh je možné podat v případě **podstatného porušení podmínek koncesní smlouvy** druhou smluvní stranou, nebo podstatnou změnu v podmínkách

²³² Viz čl. L.1414-12 písm. l).

koncesní smlouvy. Zákon dále stanovuje, které porušení podmínek koncesní smlouvy se považuje za podstatné.

[368] V souladu s článkem 14 koncesního zákona v **Litvě** smlouva zaniká **uplynutím doby trvání, dohodou** smluvních stran, v případě **insolvence** koncesionáře nebo jeho likvidace. Zadavatel koncese má právo požadovat ukončení koncesní smlouvy před uplynutím doby trvání buď z důvodu, že informace předložené koncesionářem v rámci koncesního řízení ve vztahu k finanční situaci koncesionáře byly nesprávné nebo nepodložené a tyto skutečnosti přetrvávají i po podpisu koncesní smlouvy. Dále také v případě, že koncesionář poruší požadavky jiného právního předpisu. Pokud je koncesní smlouva ukončována pro porušení povinností (*ať již ve stádiu koncesního řízení nebo později v době platnosti koncesní smlouvy*), je koncesionář povinen **odškodnit** stát nebo municipalitu za škody způsobené tímto předčasným ukončením. Koncesionář je na druhou stranu oprávněn požadovat **ukončení koncesní smlouvy** před uplynutím doby trvání, pokud udělit koncese poruší podmínky a závazky stanovené v koncesní smlouvě a nenapraví takové porušení způsobem a ve lhůtě stanovené v koncesní smlouvě. V takovémto případě zase **odškodnění** náleží koncesionáři. Pokud dojde dodatečně najevo, že koncesní smlouva byla udělena v rozporu s koncesním zákonem nebo v rozporu s jiným litevským právem nebo v rozporu s litevským národním a veřejným zájmem, tyto instituce jsou oprávněny **požadovat ukončení koncesní smlouvy**:

- 1) Parlamentem jeho rozhodnutím, pokud byla koncese udělena vládou,
- 2) Vládou, pokud koncese byla udělena jinými subjekty;
- 3) Radou města, pokud byla koncese udělena výkonným orgánem města.

Pro případ těchto ukončení, musí vláda (municipalita) **odkoupit** od koncesionáře práva a **odškodnit** jej za předčasné ukončení smlouvy.

12.2. Ukončení koncesí dle návrhu Směrnice o udělování koncesí²³³

[369] Již jsem se výše zmiňoval o tom, že Evropská komise dne 20.12. 2011 předložila návrh Směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí²³⁴. Cílem směrnice je snížit právní nejistotu související se zadáváním koncesí ve prospěch orgánů veřejné správy i hospodářských subjektů²³⁵.

[370] Členské státy zajistí, aby veřejní zadavatelé a zadavatelé měli za podmínek stanovených použitelným vnitrostátním smluvním právem možnost ukončit koncesi během doby její platnosti, je-li splněna jedna z těchto podmínek:

- a) **výjimky stanovené v článku 15 přestanou platit v důsledku účasti soukromého subjektu v právnické osobě, již byla udělena koncese, podle čl. 15 odst. 4. Článek 15 upravuje vztahy mezi orgány veřejné správy a specifikuje případy, kdy není třeba zahajovat otevřené koncesní řízení, neboť jde o formu „public-public spolupráce“.** Blíže k tomu srovnej výše v bodu [68].
- b) **změna koncese představuje nové udělení koncese** ve smyslu článku 42;
- c) Soudní dvůr Evropské unie shledá v řízení podle článku 258 Smlouvy, že členský stát nesplnil své povinnosti podle Smluv, a to na základě skutečnosti, že veřejný zadavatel nebo zadavatel příslušející k tomuto členskému státu **udělil dotyčnou koncesi, aniž by dodržel své povinnosti podle Smluv a této směrnice.**

²³³ 4l. 43 Návrhu Směrnice.

²³⁴Viz KOM (2011) 897 v konečném znění. http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=cs&DosId=201237 (fáze aktuálního projednávání).

²³⁵235 Srov. část. I. Důvodové zprávy.

KAPITOLA XIII.

13. Komparativní shrnutí II.

13.1. Shrnutí ve vztahu ke změnám koncesní smlouvy

[371] Jak jsem již výše uvedl, koncesní smlouva představuje typ dlouhodobého smluvního vztahu mezi soukromým a veřejným partnerem. Z tohoto důvodu je vhodné, aby právní úprava pamatovala na možnosti změn koncesní smlouvy v průběhu doby jejího trvání.

[372] Problematika změn koncesních smluv je řešena v koncesním soft law, v **EBRD principech**²³⁶ [např. *modelové ustanovení 39 „Kompenzace za specifické změny v legislativě“*, *modelové ustanovení 40 „Revize koncesní smlouvy“*, *modelové ustanovení 42 „Nahrazení koncesionáře“* a *modelové ustanovení 43 „Trvání a prodloužení koncesní smlouvy“*].

[373] Pro státy v rámci EU je velmi významným zdrojem principů ohledně možných změn uzavřené koncesní smlouvy judikatura Soudního dvora EU. Mezi první rozsudky patří rozhodnutí *Pressetext*²³⁷, které vymezuje **podstatnou změnu smlouvy** na veřejnou zakázku a rozhodnutí *Wall AG*²³⁸, které principy *Pressetext* v plném rozsahu potvrzuje i na problematiku změn koncesní smlouvy. Judikatura o podstatné změně je i nadále rozvíjena Soudním dvorem a objevuje se i v návrhu **Směrnice o udělování koncesí**²³⁹. Jak uvádí návrh Směrnice v bodě (35) Preambule: *„Veřejní zadavatelé a zadavatelé se mohou setkat s vnějšími okolnostmi, jež nebylo možno v době udělení koncese předvídat. V tomto případě je*

²³⁶ <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/coreprin.pdf> [citováno dne 13.1.2013]

²³⁷ Rozhodnutí ve věci C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* proti Republik Österreich (Bund)

²³⁸ Rozhodnutí ve věci C-91/08, *Wall AG* proti městu Frankfurt nad Mohanem, *Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*.

²³⁹ Viz KOM (2011) 897 v konečném znění.

zapotřebí určitá míra pružnosti za účelem přizpůsobení koncese těmto okolnostem bez nového koncesního řízení [...].

[374] Limity stanovené v judikatuře Soudního dvora jsou po novele zákona o veřejných zakázkách účinné od 1.4.2012 zavedeny rámcově i do **českého** práva. Podmínky pro změny koncesní smlouvy stanovuje bulharské právo, polské právo (to pamatuje i na možnost prodloužení nebo zkrácení doby trvání koncesní smlouvy). Francouzské právo zná tzv. „*theorie de l’Imprévision*“ (teorie předvídatelnosti), která umožňuje smluvnímu partnerovi ve veřejnoprávní smlouvě (*contrat administratif*) požádat veřejnou správu o částečné odškodnění, pokud zde nastanou skutečnosti nepředvídatelné v době uzavření smlouvy. Španělské a portugalské právo zná institut **udržování rovnováhy koncesní smlouvy** (ve Francii má smlouva o partnerství obsahovat podmínky, za nichž může správa jednostranně změnit smlouvu). Instituty obnovení rovnováhy jsou zásadně chápány jako jednostranná administrativní opatření samotné správy, přičemž právě z tohoto důvodu lze pochybovat o

[375] **Předčasné ukončení koncesní smlouvy** představuje výjimečný institut reagující buď na závažné porušení povinností některých ze stran koncesně-právního vztahu, nebo na vnější okolnosti nastalé bez vlivu kterékoli ze stran. Většina právních řádů požaduje, aby ujednání o možnosti předčasného ukončení byla zahrnuta do koncesní smlouvy. **Španělské** právo má detailně zpracované důvody „**rozpuštění** (resp. zrušení)“ smlouvy a zároveň pamatuje i na nutnost **odškodnit** v některých případech koncesionáře. Některé právní řády (např. **francouzský**) pamatují na možnost a oprávnění veřejného partnera **převzít provozování** předmětu smlouvy. V **ruském** právu se setkáváme s možností ukončit koncesní smlouvu **rozhodnutím soudu**. Zajímavé bude sledovat, zda po nabytí účinnosti nového občanského zákoníku bude využíváno ustanovení o obnovení rovnováhy smlouvy jednáním smluvních stran nebo soudním rozhodnutím resp. ustanovení o „**šněrovacích smlouvách**“.

13.2. Úvahy de lege ferenda

[376] Český koncesní zákon bezpochyby nepatří mezi příliš zdařilá legislativní díla. Bohužel v našem koncesním zákoně nenalezneme mnohá ustanovení, která se již stala běžnou součástí koncesních zákonů v zahraničí.

[377] Pokud jde o koncepční otázku našeho koncesního zákona, bylo by vhodné zvážit další existenci samostatného koncesního zákona, který je však v mnohém navázán na zákon o veřejných zakázkách, neboť tato „**relativní nezávislost**“ není žádným přínosem.

[378] Podle mého názoru by bylo vhodné zapracovat při případné novelizaci minimálně tyto změny do koncesního zákona:

[379] Rozšířit **náležitosti koncesní smlouvy** v souladu s rozsahem běžným v ostatních právních řádech (Francie, Španělsko, koncesní soft-law). Pamatovat především na ustanovení umožňující změnu koncesní smlouvy pro případ legislativních změn či jiných nepředvídatelných změn.

[380] Vyjasnit vztah k ustanovení o **veřejnoprávních smlouvách** dle správního řádu.

[381] Dále považuji za vhodné jednoznačně vymezit, u kterých **změn koncesní smlouvy** je třeba vyžádat si stanovisko Ministerstva financí, neboť současná úprava je nejednoznačná a matoucí.

[382] Upravit v koncesním zákoně jednoznačně otázku **volby práva** s tím, že jsou v zásadě možné dva přístupy, a to buď jednoznačné odmítnutí volby práva pro koncesní smlouvy a jejich podřízení českému právu, nebo upravení omezené volby práva (např. pro právo členských států EU obdobně jako v případě sdružení zadavatelů dle zákona o veřejných zakázkách).

[383] Z oblasti koncesního soft law inspirativně působí tzv. **Stabilizační doložka**²⁴⁰. Stabilizační doložka chrání koncesionáře

²⁴⁰ V anglickém znění je obsah doložky vyjádřen takto: "A Contracting Authority is authorised to enter into a **binding commitment** on behalf of the State which shall have the effect of providing appropriate assurances in favour of the Contractor that it will be protected against **the financial consequences of legislation** which becomes effective after the date of the

před specifickými změnami v legislativě a představuje významné posílení právní jistoty soukromého partnera.

[384] **Další návrhy de lege ferenda: Z „UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects“** si podle mého názoru zaslouží pozornost modelové ustanovení 35 „*Security interests (Zajištění)*“. Dle tohoto modelového ustanovení je koncesionář oprávněn **zastavit** majetek, právo, včetně práv souvisejících s infrastrukturním projektem, jestliže zastavení je **třeba k zajištění financování projektu**. Může zahrnovat zastavení movitého nebo nemovitého majetku vlastněného koncesionářem, zastavení pohledávek, které má koncesionář v souvislosti s provozováním infrastruktury nebo poskytováním služeb. Akcionář koncesionáře je oprávněn zastavit akcie. Žádné takové zajištění nesmí být však provedeno na veřejném majetku, pokud je takové zajištění zakázáno právem. **Jsem přesvědčen, že podobné ustanovení v zákoně by nejen zvýšilo atraktivitu koncese jako takové, ale především koncesionáři usnadnilo možnost dosáhnout na financování koncesních projektů od bank či jiných financujících subjektů²⁴¹**. Viz např. v právním řádu Španělského království institut **hypotekární zástavy** k předmětu koncese. Hlavním nehmotným aktivem v infrastrukturním projektu je **koncese samotná**, tj. právo koncesionáře provozovat infrastrukturu nebo poskytovat příslušnou službu. Věřitelé proto mohou **koncesi považovat za základní prvek**

Concession Agreement subject to the following limitations: (a) the financial consequences must be clearly and precisely described; (b) the commitment shall terminate upon the termination of the Concession Agreement; (c) the nature of the legislation must be described”.

²⁴¹ Bližší specifiká o zástavním právu v souvislosti s koncesemi jsou podrobně a obsáhle uvedeny např. v dalším dokumentu UNCITRAL – POJMY – DEFINICE: Ujednání o zástavách, které jsou **nutné pro získání finančních prostředků na projekt**, může čelit právním překážkám, jsou-li aktiva projektu majetkem veřejným. Nemá-li koncesionář vlastnické právo k majetku, pak v mnoha právních systémech nebude mít žádnou (nebo pouze omezenou) pravomoc tento majetek zatížit. Přesto, že omezení tohoto druhu existují, zákon může umožnit jednání o zástavních ujednáních například tím, že určí typy aktiv, na které zástava může být poskytnuta nebo typ zástavy, který je přípustný. V některých právních systémech koncesionář, kterému je uděleno právo nájmu nebo právo užívání určitého majetku, může zástavu poskytnout na toto nájemní právo nebo právo užívání. Kromě toho mohou být zástavy poskytnuty, pokud koncese zahrnuje odlišné typy veřejného majetku. Je-li možné poskytnout jakoukoli formu zástavy na aktiva ve vlastnictví zadavatele, nebo která mají být předána zadavateli, nebo na aktiva, na která má zadavatel smluvní možnost koupě, může zákon vyžadovat souhlas zadavatele s tím, aby koncesionář mohl takové zástavy poskytnout.

zástav, vyjednaných s koncesionářem. Jak Zástava koncese **může věřitele opravňovat, aby v případě porušení závazků koncesionářem převzali koncesi** a učinili opatření k pokračování projektu s jiným koncesionářem a odvrátili tak ukončení projektu. Zástava koncese proto může představovat užitečný doplněk nebo, za určitých okolností, náhradu přímé smlouvy mezi věřiteli a zadavatelem o právech zásahu věřitelů²⁴².

[385] Z UNCITRAL Model Legislative Provisions je dále vhodné připomenout modelové ustanovení **39. Kompenzace pro specifické změny v legislativě**, dále modelové ustanovení **40. Změny koncesní smlouvy**, dále modelové ustanovení **42. Nahrazení koncesionáře**, dále modelové ustanovení **43. Trvání a prodloužení koncesní smlouvy**.

[386] V **portugalské** právní úpravě tj. zákonu 86/2003 považují za přínosné např. ustanovení čl. 7 o „**Riziku**“. Jako obecné se uvádí **pravidlo, že různá rizika ovlivňující partnerství budou sdílena mezi smluvními stranami podle jejich schopnosti řídit tato rizika**.

[387] Další návrhy pro změnu českého koncesního zákona vyplynou z konečného znění **Směrnice o udělování koncesí**.

²⁴² Viz dokument UNCITRAL – POJMY – DEFINICE, dostupný na: http://www.asociaceppp.cz/?action=ventire&n_id=729&start=0 [citováno dne 14.1.2013].

KAPITOLA XIV.

14. Právo rozhodné pro koncesní smlouvy. Řešení sporů z koncesních smluv. Ochrana investic.

[388] Koncesní smlouva, kterou veřejný subjekt (např. stát, obec) pověřuje soukromého partnera k zajištění předmětu koncesní smlouvy, ať už je předmětem koncesní smlouvy služba nebo dílo, bude čas od času i smlouvou mezi zahraničními subjekty. Může jít např. o koncesní smlouvu uzavřenou mezi státem a soukromou společností se zahraničním akcionářem. Z tohoto důvodu do popředí právní problematiky koncesních smluv vstupuje i otázka rozhodného práva, otázka rozhodování sporů z koncesních smluv a v neposlední řadě i problematika ochrany investic koncesionáře.

[389] V omezené míře se problematika rozhodného práva objevila v ČR i v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. V ustanovení § 2 odst. (11) je upravena situace, kdy veřejnou zakázku zadává sdružení zadavatelů a alespoň jeden účastník sdružení zadavatelů je zahraniční osobou se sídlem v členském státě Evropské unie. V takovém případě se mohou **účastníci sdružení dohodnout, že rozhodné právo je právo České republiky nebo právo členského státu Evropské unie**, ve kterém má sídlo některý účastník sdružení. Zákon o veřejných zakázkách tedy počítá explicitně pouze s možností volby práva pro toto sdružení. V českém koncesním zákoně se pouze dočteme, že koncesní smlouva se „*dále řídí příslušnými ustanoveními obchodního zákoníku*“²⁴³. Není zcela jasné, zda tímto ustanovením chtěl český zákonodárce říci, že koncesní smlouva uzavíraná zadavateli znemožňuje volbu jiného

²⁴³ Viz § 16 odst. 6 koncesního zákona.

práva pro koncesní smlouvu. Přikláním se však k výkladu, že tomu tak je.

[390] V teorii mezinárodního práva veřejného se uvádí, že „V praxi jsou obzvláště sporné takové kontrakty, jimiž stát dlouhodobě přenechává zahraničním soukromým osobám v jakékoli formě výsostné právo²⁴⁴ [...]. Toto se dříve dělo téměř výlučně formou koncesí. Stát zde za poplatek z těžby přenesl výkon horního regálu na území určeném ve smlouvě. Dnes dochází často jen k uzavírání „*service contracts*“, v nichž zahraniční podnik formálně vystupuje jen jako partner smlouvy o dílo se státním podnikem²⁴⁵.

[391] **Je-li koncesní smlouva podřízena právu státu, který ji uzavřel** (a to jak sám, tak prostřednictvím např. orgánů místní správy), tak by se tento stát již z toho mohl pokoušet dovozovat právo zrušit smlouvu pozdější změnou svého právního řádu²⁴⁶. Z těchto důvodů trvají mnozí soukromí partneři takové smlouvy na „zmrazení stabilizační klauzulí“, v důsledku čehož smí být smlouva změněna nebo ukončena jen dohodou, anebo aby byla podřízena nikoli právu určitého státu, nýbrž toliko mezinárodnímu právu veřejnému nebo obecným právním zásadám²⁴⁷. Někdy se hovoří i o tzv. „*kvazi-mezinárodněprávních smlouvách*“²⁴⁸.

[392] Koncesní smlouvy v oblasti přírodních zdrojů byly nejčastější formou smluv a většinou se řídily **právním zadavatele koncese**. Od padesátých let minulého století mezinárodní arbitráže opustily tuto tradici a podpořily teorii podřazující tyto smlouvy zahraničnímu právnímu řádu resp. mezinárodnímu právu veřejnému²⁴⁹.

²⁴⁴ Viz Hohoenveldern, I.S.: Mezinárodní právo veřejné. Praha: ASPI, 2006, s.298.

²⁴⁵ Viz Hohoenveldern, I.S.: Mezinárodní právo veřejné. Praha: ASPI, 2006, s.298.

²⁴⁶ Viz Hohoenveldern, I.S.: Mezinárodní právo veřejné. Praha: ASPI, 2006, s.298..

²⁴⁷ Viz tamtéž, s. 298.

²⁴⁸ Viz tamtéž, s. 298.

²⁴⁹ Viz Bordukh, O.: CHOICE OF LAW IN STATE CONTRACTS IN ECONOMIC DEVELOPMENT SECTOR - IS THERE PARTY AUTONOMY? Bond University, School of law, 2008, s.iv.

[393] Nejsm informován o žádném případě koncesní smlouvy nebo smlouvy na veřejnou zakázku uzavírané v ČR podle jiného právního řádu. **Možnost koncesních smluv řídicích se cizím právem** však implicitně vyplývá z § 3 písm. d) a e) koncesního zákona. V těchto ustanoveních koncesního zákona jsou vymezeny obecné výjimky z postupu dle koncesního zákona, mj. pro případ, že se na jejich uzavírání se vztahují pravidla daná zvláštními postupy mezinárodních organizací, nebo jsou uzavírány zadavatelem v návaznosti na mezinárodní smlouvu uzavřenou mezi Českou republikou a jiným než členským státem Evropské unie a zahrnují služby nebo stavební práce určené pro společnou realizaci nebo využití smluvními stranami. V těchto případech (*jde ale o případy, kdy se proces uzavírání neřídí koncesním zákonem*) bude **podřízení koncesní smlouvy režimu jiného právního řádu mnohdy praktické** a mnohdy nutností, neboť volba českého práva nemusí být komfortní pro ostatní zúčastněné strany. **Tudíž volba práva při uzavírání koncesní smlouvy je dle mého názoru možná v případě, že je uzavírána podle jiných procesních pravidel, než jsou pravidla stanovená zákonem č. 139/2006 Sb.**

[394] Domnívám se, že ve většině případů bude koncesní smlouva podřízena **lokálnímu právu zadavatele**. U koncesních smluv uzavíraných v méně vyspělých státech však může být praktická volba jiného (*stabilního*) právního řádu ve snaze atraktivnit a zpřehlednit zvažovaný PPP projekt.

[395] **Do jaké míry se na určení rozhodného práva mohou vztahovat pravidla o rozhodném právu:** V rámci EU je problematika určení rozhodného práva řešena Nařízením č. 593/2008, o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I). V bodě 11 preambule tohoto nařízení se stanovuje, že: „**Možnost svobodné volby**, kterou mají smluvní strany při výběru rozhodného práva, by měla být základem systému kolizních norem v oblasti smluvních závazků.“ V čl. 3 se stanovují obecná pravidla. Smlouva se řídí právem, které si strany zvolí. Volba musí být vyjádřena výslovně nebo

jasně vyplývat z ustanovení smlouvy nebo okolností případu. Strany si mohou zvolit právo rozhodné pro celou smlouvu nebo pouze pro její část. Čl. 4 tohoto nařízení pak stanovuje rozhodné právo pro případ neexistence volby práva. V případě koncesních smluv by připadalo v úvahu hledisko uvedené v odstavci 1 pod písmenem b), tj. smlouva o poskytování služeb se řídí právem země, v níž má poskytovatel služby obvyklé bydliště. Kromě tohoto by mohlo být aplikovatelné kolizní ustanovení dle písmene c): „smlouva, jejímž předmětem je věcné právo k nemovitosti nebo **nájem nemovitosti**, se řídí právem země, ve které se nemovitost nachází.“ I v rámci tohoto nařízení (v odstavci 3 čl. 4) se upravuje **zásada úzkého vztahu**: „Vyplyvá-li ze všech okolností případu, že je smlouva zjevně úžeji spojena s jinou zemí, než je země uvedená v odstavcích 1 nebo 2, použije se právo této jiné země.

[396] Ve většině právních řádů je přísným způsobem upraven proces uzavření koncesní smlouvy, a to s ohledem na ochranu finančních zájmů státu resp. ostatních zadavatelů, a i z tohoto důvodu, kdy koncedent je povinován dodržet postupy dle příslušných zákonů není vhodné, aby v čase se část smlouvy (**její vznik**) řídila právem místa a její „*život a naplňování*“ (**nároky z ní vznikající**) právem jiným.

[397] V návrhu směrnice o udělování koncesí je v čl. 31 upraven institut společné koncese veřejných zadavatelů nebo zadavatelů z různých členských států. Předpokládá se zde, že koncesi bude moci společně udělit několik veřejných zadavatelů nebo zadavatelů z různých členských států. V tomto případě uzavřou zúčastnění veřejní zadavatelé nebo zadavatelé dohodu, která stanoví: a) které vnitrostátní právo se použije na koncesní řízení; b) vnitřní organizaci koncesního řízení, včetně jeho řízení, sdílení odpovědnosti, rozdělení stavebních prací, dodávek nebo služeb, které mají být pořízeny, a uzavření koncesních smluv. Při stanovení použitelného vnitrostátního práva podle písmene a) mohou veřejní zadavatelé nebo zadavatelé zvolit vnitrostátní předpisy členského státu, v němž se nachází nejméně

jeden ze zúčastněných zadavatelů. Pokud neexistuje dohoda, která stanoví použitelná pravidla pro udělování koncesí, určí se vnitrostátní právo, jímž se bude udělování koncesí řídit, na základě těchto pravidel: a) pokud řízení provádí nebo řídí jeden zúčastněný veřejný zadavatel nebo zadavatel jménem ostatních, použijí se vnitrostátní předpisy členského státu tohoto veřejného zadavatele nebo zadavatele; b) pokud řízení neprovádí nebo neřídí jeden zúčastněný veřejný zadavatel nebo zadavatel jménem ostatních a i) řízení se týká veřejné koncese na stavební práce nebo koncese na stavební práce, použijí veřejní zadavatelé nebo zadavatelé vnitrostátní předpisy členského státu, v němž se nachází většina stavebních prací; ii) řízení se týká koncese na služby, použijí veřejní zadavatelé nebo zadavatelé vnitrostátní předpisy členského státu, v němž se poskytuje převážná část služeb; c) nelze-li určit použitelné vnitrostátní právo podle písmene a) nebo b), použijí veřejní zadavatelé nebo zadavatelé vnitrostátní předpisy členského státu veřejného zadavatele, který nese největší díl nákladů²⁵⁰.

[398] **Řešení sporů.** Například ve Francii spory vyplývající z veřejnoprávních smluv spadají pod jurisdikci specializovaných soudů „*tribunaux administratifs*“. Francouzské právo zakazovalo rozhodčí doložky v těchto smlouvách²⁵¹. Ve **Francii** je obligatorní náležitostí smlouvy o partnerství ujednání o způsobu předcházení a řešení sporů a podmínek, za kterých je možné se popřípadě obrátit na arbitráž s aplikací francouzského práva²⁵². „*Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française*“. V **bulharském** zákoně o PPP²⁵³ čl.

²⁵⁰ Čl. 31 an. Návrhu Směrnice o udělování koncesí. Dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:CS:PDF> [citováno dne 13.1.2013]

²⁵¹ Viz Borduikh, O.: CHOICE OF LAW IN STATE CONTRACTS IN ECONOMIC DEVELOPMENT SECTOR - IS THERE PARTY AUTONOMY? Bond University, School of law, 2008, s. 17.

²⁵² Viz čl. 11 Nařízení o smlouvách o partnerství 2004/559).

²⁵³ Viz zákon č. 45/15.06.2012, účinný od 1.01.2013.

72 je stanoveno, že rozhodnutí přijatá v procesu výběru privátního partnera mohou být napadena podle zákona o veřejných zakázkách. Spory vztahující se k uzavření, plnění, změn a ukončení PPP smluv jsou rozhodovány příslušnými civilními soudy. Dle **polského** zákona o koncesích na stavební práce nebo služby²⁵⁴ musí smlouva obsahovat způsob a podmínky řešení sporů v souvislosti s realizací koncesní smlouvy.

[399] Pokud jde o přezkum koncesních smluv v **českém** právu, musíme rozlišovat dvě základní cesty přezkumu.

[400] **První cestu** představuje dohled nad dodržováním koncesního zákona vykonávaný Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže dle ustanovení § 24 a násl. koncesního zákona. Úřad při výkonu dohledu nad dodržováním koncesního zákona a) vydává předběžná opatření, b) rozhoduje o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s koncesním zákonem, c) ukládá nápravná opatření a sankce, d) projednává správní delikty, e) kontroluje úkony zadavatele podle jiného právního předpisu; tím není dotčena působnost jiných orgánů vykonávajících takovou kontrolu podle jiných právních předpisů (například kontrola prováděná NKÚ). Dle ustanovení § 24d koncesního zákona je účastníkem řízení **zadavatel** a v řízení zahájeném na návrh též **navrhovatel**; je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, je účastníkem řízení též **vybraný uchazeč**. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže může v řízení před vydáním rozhodnutí vydat **předběžné opatření**,²⁵⁵ a to v rozsahu nezbytně nutném, buď na návrh účastníka řízení nebo z moci úřední k zajištění účelu řízení a tímto nařídí zadavateli a) zakázat uzavřít koncesní smlouvu v koncesním řízení, nebo b) pozastavit koncesní řízení. O institutu **neplatnosti koncesní smlouvy a zákazu uzavřít koncesní smlouvu** již bylo pojednáno výše²⁵⁶. Proti pravomocnému rozhodnutí Úřadu pro

²⁵⁴ Zákon ze dne 9. ledna 2009, čl. 22.

²⁵⁵ Viz § 24e koncesního zákona.

²⁵⁶ Viz bod 8.3.2.2. této práce.

ochranu hospodářské soutěže je možné podat **žalobu** ve správním soudnictví podle zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů („s.ř.s.“) a za podmínek stanovených v s.ř.s. je rozhodnutí tohoto soudu dále přezkoumatelné Nejvyšším správním na základě **kasační stížnosti**.

[401] **Druhou cestu** představují nároky z již uzavřené koncesní smlouvy (např. platnost/neplatnost koncesní smlouvy, nárok na náhradu škody apod.). O těchto sporech budou rozhodovat soudy v civilním řízení dle občanského soudního řádu. O určení neplatnosti koncesní smlouvy, o dalších sporech z koncesní smlouvy, a to i v případě, že peněžité plnění bude přesahovat 100.000 Kč, budou příslušné rozhodovat **okresní soudy**. Jak uvedl ve svém nedávném stanovisku Nejvyšší soud²⁵⁷: „Skutečnost, že **závazkové vztahy mezi samosprávnou územní jednotkou a podnikateli při jejich podnikatelské činnosti, jestliže se týkající zabezpečování veřejných potřeb, předpisy hmotného práva (§ 261 odst. 2, věta první, obch. zák.) zařazují mezi obchodní závazkové vztahy a podřizují je režimu obchodního zákoníku, ze samosprávné územní jednotky podnikatele nečiní. V závazkových vztazích, na něž míří ustanovení § 261 odst. 2²⁵⁸, věta první, obch. zák., samosprávná územní jednotka jako podnikatel při jeho podnikatelské činnosti nevystupuje; zabezpečování veřejných potřeb není z povahy věci podnikáním, neboť jeho účelem není dosažení zisku.**“ Je dle mého názoru nepochybné, že většina koncesních smluv bude **zabezpečovat veřejné potřeby**. Aspekt veřejných potřeb ostatně vyplývá i ze základního ustanovení §159 odst. 3 správního řádu, které správnímu orgánu ukládá při uzavírání veřejnoprávní smlouvy mít na mysli plnění úkolů

²⁵⁷ Stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu České republiky ze dne 14. 11. 2012 k věcné příslušnosti soudů ve sporech mezi samosprávnou územní jednotkou a podnikatelem.

²⁵⁸ „Touto částí zákona se řídí rovněž závazkové vztahy mezi státem nebo samosprávnou územní jednotkou a podnikateli při jejich podnikatelské činnosti, jestliže se týkají zabezpečování veřejných potřeb. K tomuto účelu se za stát považují i státní organizace, jež nejsou podnikateli, při uzavírání smluv, z jejichž obsahu vyplývá, že jejich obsahem je uspokojování veřejných potřeb“.

veřejné správy. Jsou však i názory opačné,²⁵⁹ které jsou názoru, že spory o peněžité plnění převyšující 100 000 Kč z obchodních závazkových vztahů upravených ustanovením § 261 odst. 2 obch. zák. přísluší rozhodovat v prvním stupni krajským soudům. Prosazují výklad pojmu „podnikatel“ z procesního hlediska jako subjektu, jenž je účastníkem obchodního závazkového vztahu, ve kterém jedná podnikatelským způsobem.

[402] Uzavřená koncesní smlouva představuje významnou **investici soukromého partnera**, a to mnohdy v jiném státě. Z tohoto důvodu i v případě sporů z koncesních smluv mohou významu nabýt dvoustranné nebo mnohostranné dohody o podpoře investic.

[403] Doposud nebyla uzavřena **žádná komplexní mnohostranná investiční dohoda**²⁶⁰. Při neexistenci (komplexní) multilaterální mezinárodní smluvní úpravy o vzájemné podpoře a ochraně investic je liberalizace a ochrana investic upravena především **bilaterálními (BIT) a regionálními dohodami**²⁶¹. BIT je dohoda (mezinárodní smlouva jako akt mezinárodního práva) uzavřená mezi dvěma státy, jejímuž režimu podléhají (zahraniční) investice uskutečněné na jejich území fyzickými a právníckými osobami z jiné země²⁶². BIT vymezují rámec ochrany zahraničních investorů tím, že od hostitelských států vyžadují zajištění konkrétního standardního přístupu. Kupříkladu většina BIT hostitelskému státu zakazuje diskriminaci zahraničních investorů ve prospěch domácí konkurence (zákaz diskriminace) nebo konkurence ze třetí země (doložka nejvyšších výhod)²⁶³. Vedle toho BIT často vyžadují, aby hostitelský stát poskytl investorovi náhradu, pokud jeho investici vyvlastní. Kromě toho většina BIT obsahuje úpravu umožňující investorovi předložit spory ohledně nároků vyplývajících z porušení

²⁵⁹ Zmiňuje se o nich i citované stanovisko Nejvyššího soudu.

²⁶⁰ Viz Bělohávek, A.J.: Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 17 an.

²⁶¹ Viz tamtéž, s. 18.

²⁶² Viz tamtéž, s. 20.

²⁶³ Viz tamtéž, s. 20.

BIT hostitelskými státy k vyřešení formou mezinárodního rozhodčího řízení²⁶⁴.

[404] Před přijetím Lisabonské smlouvy členské státy EU řešily otázky režimu přímých zahraničních investic za použití BIT jako nástroje na podporu a ochranu zahraničních investic²⁶⁵. Zásadní změna ve vztahu k přímým zahraničním investicím, které přešly do výlučné pravomoci Unie, se projevila především v čl. 207 SES/SFEU: **Článek 207 (bývalý článek 133 Smlouvy o ES):** „*Společná obchodní politika se zakládá na jednotných zásadách, zejména pokud jde o úpravy celních sazeb, uzavírání celních a obchodních dohod týkajících se obchodu zbožím a službami, obchodní aspekty duševního vlastnictví, **přímé zahraniční investice**, sjednocování liberalizačních opatření, vývozní politiku a opatření na ochranu obchodu, jako jsou opatření pro případ dumpingu a subvencování. Společná obchodní politika je prováděna v rámci zásad a cílů vnější činnosti Unie.*“

[405] Ochrana investic dle Washingtonské úmluvy o řešení sporů z **investic mezi státy a občany druhých států (ICSID)** (1965): Přestože je Washingtonská úmluva nejvýznamnějším mnohostranným dokumentem týkajícím řešení sporů z investic, který podepsalo již více než 150 států a jejímž členským státem je od roku 1993 i Česká republika, omezuje se na stanovení pravomoci na jakýkoliv spor mezi smluvním státem a občanem jiného smluvního státu vzniklý přímo z investice.²⁶⁶

[406] **Koncese a pojem investice dle bilaterálních dohod.** Například dle Dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou republikou a Francouzskou republikou²⁶⁷ se uvádí v čl. 1 odst. 1 písm. e) pojem „**investice**“ označuje všechna aktiva, jako je majetek a práva všeho druhu, a to zejména **koncese udělené na základě zákona nebo smlouvy** [...].

²⁶⁴ Viz tamtéž, s. 21.

²⁶⁵ Viz tamtéž, s. 38.

²⁶⁶ Viz Kališ, R.: Mezinárodní investice jako předmět ochrany poskytované mezinárodním právem investičním. Právní fórum, č. 11 (ročník 5), 2008, s. 467 – 474.

²⁶⁷ Viz 453/1991 Sb.

[407] Tudíž koncesní smlouvy spadají i pod pojem investice dle bilaterálních dohod. V případech sporů mezi jednou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany, jak stanovuje např.²⁶⁸ čl. 10 již výše uváděné Bilaterální dohody mezi ČR a Francií, se bude postupovat mezi dotčenými stranami přátelsky. Jakmile obě smluvní strany budou smluvními stranami Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany jiných států²⁶⁹, pak takový spor, pokud nemohl být vyřešen přátelsky do 6 měsíců od okamžiku, kdy byl jednou ze stran ve sporu oznámen, bude na žádost jedné z těchto stran předložen **Mezinárodnímu středisku pro řešení sporů z investic** k vyřešení arbitrážní cestou.

²⁶⁸ Obdobně stanovují i jiné BIT.

²⁶⁹ Washington, 18. března 1965.

KAPITOLA XV.

15. Závěr a shrnutí podstatných výsledků práce

[408] Při psaní této práce jsem si nekladl za cíl obsáhnout vše, co se koncesního zahraničního práva týká. Takový úkol by byl i nesplnitelný. Vybral jsem zejména některé zajímavé otázky a instituty spojené s právní úpravou koncesní smlouvy v zahraničních právních řádech.

[409] Částečné shrnutí výsledků bádání jsem uvedl již v předchozích kapitolách **Komparativní shrnutí I. (Kapitola 10.)** a **Komparativní shrnutí II. (Kapitola 13.)**, na které v tomto ohledu v plném rozsahu odkazuji. Pokud jde o výsledky práce, které jsou použitelné jako náměty de lege ferenda, pak tyto jsem výše shrnul v **kapitole 13.2.**

[410] Koncesní smlouva je velmi zajímavý právní institut, neboť se ocitá na pomezí práva soukromého a práva veřejného a z obou odvětví práva si něco přináší. Právo veřejné koncesní smlouvu ovlivňuje zejména v procesu tvorby, kdy většina právních řádů podrobně upravuje určitý typ koncesního řízení. Dále veřejné právo ovlivňuje koncesní smlouvu i v případě jejich změn a v některých případech (viz např. úprava španělská, francouzská, portugalská) i v době ukončování resp. obnovování rovnováhy práv a povinností smluvních stran v koncesně-právním vztahu. Pro právo soukromé je koncesní smlouva předmětem zkoumání perspektivou např. odškodnění pro koncesionáře v situaci nepředvídatelných změn nebo ukončení ze strany veřejné správy. Mezinárodní právo soukromé i veřejné si v oblasti úpravy koncesní smlouvy může nalézt své pole působnosti, neboť v literatuře se nyní diskutuje např. otázka volby práva, ochrany investic apod.

[411] V evropském právním prostředí je právní úprava koncesí a koncesních smluv velmi ovlivněna evropskou judikaturou

a v budoucnosti bude ovlivňována i jednotným evropským právním rámcem v podobě Směrnice o udělování koncesí.

[412] Když jsem měl nyní v průběhu studia podkladů pro sepsání této práce možnost posoudit přístup jednotlivého zákonodárce, lze s trochou nadsázky a s určitým nutným zjednodušením konstatovat, že český zákonodárce na rozdíl od jiných je zákonodárcem, jemuž scházela při tvorbě zákona větší míra kreativity, neboť v českém koncesním zákoně nenalezneme právní instituty, které by plnění koncesní smlouvy v průběhu času ulehčovaly.

[413] V této práci jsem se pokusil objasnit povahu koncesní smlouvy. Koncesní smlouvy jsou ve španělském právu považovány za tzv. „*správní smlouvy*“. Ve Francii jsou zařazovány mezi „*administrativní smlouvy*“. V Anglii jsou koncesní smlouvy upraveny v zákoně o „*public contracts*“ jako zvláštní smlouvy. V Rusku koncesní smlouva je smlouvou, jež obsahuje *prvky různých smluv* podle ruského práva. V české právní teorii²⁷⁰ se obecně uvádí, že koncesní smlouvy jsou veřejnoprávními smlouvami. Jak již jsem výše uvedl, domnívám se, že koncesní smlouvy dle českého práva nejsou typickými veřejnoprávními smlouvami, vztahuje se na ně pouze základní ustanovení § 159 správního řádu. Obecně ve většině analyzovaných právních řádů je koncesní smlouva řazena mezi „veřejnoprávní smlouvy“.

[414] Odlišnosti jednotlivých právních úprav koncesní smlouvy nejsou v žádném směru propastné, ba naopak právní úpravy jsou v některých směrech velmi podobnými. Důvod je dle mého názoru prostý, cílem všech právních úprav je umožnit, aby koncesionář namísto orgánu veřejné správy (koncedenta) zajistil řádným a efektivním způsobem předmět koncesní smlouvy (ať už jím je zhotovení díla nebo poskytování služeb), tudíž požadavky na obligatorní náležitosti koncesní smlouvy odrážejí skutečný charakter a

²⁷⁰ Viz výše Kapitulu k pojmu koncesní smlouvy.

povahu těchto smluv a všechny jsou dále ovlivňovány již zmiňovaným koncesním soft-law.

[415] Problematika změn koncesní smlouvy je dle mého názoru klíčovým problémem úspěšného fungování koncesně-právního vztahu tj. většinou dlouhodobého vztahu mezi koncedentem a koncesionářem. Právní úprava by totiž měla být schopná reagovat na nepředvídatelné události a jiné skutečnosti, které mohou v době trvání koncesní smlouvy nastat.

[416] Pro státy v rámci EU je velmi významným zdrojem principů ohledně možných změn uzavřené koncesní smlouvy judikatura Soudního dvora EU. Mezi první rozsudky patří rozhodnutí *Pressetext*, které vymezuje **podstatnou změnu smlouvy** na veřejnou zakázku a rozhodnutí *Wall AG*, které principy *Pressetext* v plném rozsahu potvrzuje i na problematiku změn koncesní smlouvy. Judikatura o podstatné změně je i nadále rozvíjena Soudním dvorem a objevuje se i v návrhu **Směrnice o udělování koncesí**.

[417] Podmínky pro změny koncesní smlouvy stanovuje bulharské právo, polské právo (to pamatuje i na možnost prodloužení nebo zkrácení doby trvání koncesní smlouvy). Francouzské právo zná tzv. „*theorie de l’Imprévision*“ (teorie předvídatelnosti), která umožňuje smluvnímu partnerovi ve veřejnoprávní smlouvě (*contrat administratif*) požádat veřejnou správu o částečné odškodnění, pokud zde nastanou skutečnosti nepředvídatelné v době uzavření smlouvy. Španělské a portugalské právo zná institut **udržování rovnováhy koncesní smlouvy** (ve Francii má smlouva o partnerství obsahovat podmínky, za nichž může správa jednostranně změnit smlouvu). Instituty obnovení rovnováhy jsou zásadně chápány jako jednostranná administrativní opatření samotné správy, přičemž právě z tohoto důvodu lze pochybovat o

[418] **Předčasné ukončení koncesní smlouvy** představuje výjimečný institut reagující buď na závažné porušení povinností některých ze stran koncesně-právního vztahu, nebo na vnější okolnosti nastalé bez vlivu kterékoli ze stran. Většina právních řádů požaduje,

aby ujednání o možnosti předčasného ukončení byla zahrnuta do koncesní smlouvy. **Španělské** právo má detailně zpracované důvody „**rozpuštění** (resp. zrušení)“ smlouvy a zároveň pamatuje i na nutnost **odškodnit** v některých případech koncesionáře. Některé právní řády (např. **francouzský**) pamatují na možnost a oprávnění veřejného partnera **převzít provozování** předmětu smlouvy. V **ruském** právu se setkáváme s možností ukončit koncesní smlouvu **rozhodnutím soudu**.

[419] Prostředí evropských právních řádů se sice vzájemně **podobá a přibližuje**, neboť promítá požadavky práva evropského, ale i přesto se může moje pojednání místnímu právnímu odborníkovi jevit jako zkreslující, neúplné nebo zavádějící, neboť neobsáhne veškeré souvislosti, které v rámci toho kterého právního řádu existují. Tohoto možného nedostatku jsem si vědom, domnívám se však, že každá práce, která se snaží o určitou komparaci, se s tímto problémem v určité míře potýká.

[420] Jsou zde bezpochyby další otázky ve vztahu ke koncesní smlouvě, které budu i nadále sledovat. Pokud dojde k nabytí účinnosti nového občanského zákoníku od 1.1.2014 bude bezpochyby zajímavé sledovat jeho vliv na koncesní smlouvu, a to nejen optikou ustanovení o obnovení rovnováhy smlouvy jednáním smluvních stran nebo soudním rozhodnutím, nebo ustanovením o „**šněrovacích smlouvách**“. Ke dni odevzdání této práce stále ještě není schválena směrnice o udělování koncesí. Poté, co bude legislativní proces ukončen, budou zákonodárci členských států postaveni před úkol uvést národní legislativu do souladu se směrnicí. Poslední znění návrhu počítá s lhůtou transpozice do 30. června 2014. I v tomto směru jsem zvědav, jakým způsobem se tohoto úkolu v jednotlivých členských státech legislativci zhostí.

[421] Domnívám se, že tato práce může být přínosná zejména tím, že jsem se pokusil pojednat v co nejširším záběru o specifickém typu smlouvy, jehož použití se aktuálně v době rozpočtových omezení

veřejné správy rozšiřuje. V české právní literatuře nenajdeme mnoho odborných prací věnujících se v tomto rozsahu koncesní smlouvě.

[422] Byl bych tedy rád, kdyby se mi v tomto směru alespoň částečně podařilo iniciovat širší diskusi právní o problematice koncesních smluv a PPP projektech obecně, neboť se domnívám, že v době, kdy jsou veřejné rozpočty v nelehké situaci, by častější, ale racionálnější využívání PPP projektů mohlo být přínosné. K tomu ovšem budeme potřebovat mj. i kvalitní právní prostředí.

KAPITOLA XV.

16. Seznam použité literatury a dalších zdrojů

16.1. Odborné publikace, vysokoškolské učebnice, monografie

16.1.1. Zahraniční

- 1) Arregui, F.I., Rueda, C.: PFI/PPP Projects in Spain. ICLG, 2007.
- 2) Auriol E., Picard, P.: A Theory of BOT Concession Contracts Creation discussion papers. University of Luxemburg. 2010.
- 3) Bergère, F. et al.: Le guide opérationnel des PPP. Paris: Groupe Moniteur, 2010.
- 4) Blondeau, A. La concession de service public. Grenoble:1929.
- 5) Bordukh, O.: Choice of law in state ontracts in economic development sector – is there party autonomy ? Bond University, School of law, 2008. Dostupné na: <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi> [citováno dne 3.1.2013]
- 6) Bovis, Ch.H.: EU Public procurement law. Elgar Publishing, 2012.
- 7) Brown, N., Bell, J.S.: French Administrative Law. New York: Oxford University Press, 2003, s.204 an.
- 8) Dimitripoulou, E., Papamichaloupoulos, G.: PFI/PPP Projects in Greece. ICLG, 2007.
Dostupné na: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/pppresourcebook.pdf [citováno dne 3.1.2013].

- 9) EBRD Core Principles for a Modern Concessions Law, dostupné na <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/coreprin.pdf> [citováno dne 21.1.2012].
- 10) Ellison, J., Baudrihaye, L.: UK Public Procurement. London: Ashurst, 2010.
- 11) EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, CONCESSION LAWS ASSESSMENT 2007/8 COVER ANALYSIS REPORT, dostupné na www.ebrd.com [citováno dne 12.12.2012].
- 12) European Commission. Guideline for successful public private partnership. Dostupné na: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf [citováno dne 3.1.2013].
- 13) European Commission. Resource book on PPP case studies. June 2004.
- 14) Grahovac, B. East and West European Public Private Partnerships. Public companies in Restructuring and Privatization. Nova Publishers, 2004.
- 15) Grimsey, D., Lewis, M.: Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004.
- 16) Guinchard, S. et al.: Lexique des termes juridiques. Paris: Dalloz, 2012.
- 17) Herzberg, B. Competitiveness partnerships. Washington: World Bank, 2005.
- 18) Hodge, G.A., Greve, C., Boardman, A.E. International Handbook on Public- Private Partnerships. London: Edward Elgar Publishing, 2010.
- 19) International Comparative Legal Guide Series, PFI / PPP Projects 2007. In 16 jurisdictions. Areas of law covered in the guide include: structure of PFI/PPP Arrangements, dostupné na:

http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&kh_publications_id=28 [citováno dne 24.12.2012].

- 20) Matei, L., Flogaitis, S.: Public Administration in the Balkans – from Weberian bureaucracy to New Public Management. Sofia: Editura Economica, 2011.
- 21) Mestre, J.: Francouzské obchodní právo. Orac, Praha. 1. Vydání. 2002.
- 22) Shivergueva, M., Nachev, I.: Reforms in the Bulgaria Public Administration. Sofia: Editura Economica, 2011, s. 98 an.
- 23) Spiller, P.: An Institutional theory of public contracts: Regulatory Implications. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2008.
- 24) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, dostupné na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PFIP.html [citováno dne 31.12.2012].
- 25) UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, připravené komisí OSN pro mezinárodní obchodní právo, dostupné na: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/pfip/model/03-90621_Ebook.pdf [citováno dne 31.1.2012].
- 26) Vasallo, J.M. Gallego, J. Risk Sharing in the New Public Works Concession Law in Spain. Transportation Research Record. Journal of the Transportation Research Board No. 1932. Washington: 2005.
- 27) Vigliano, F., Bicchieri, N.: PFI/PPP Projects in Italy. ICLG, 2007.
- 28) Yescombe, E.R.: Public-Private Partnerships: Principles of policy and finance. Amsterdam: Elsevier/Butterworth-Heinemann, 2007.

- 29) Yong, H.K. Public- Private Partnerships Policy and Practice. Reference Guide. London: Commonwealth Secretariat, 2010.

16.1.2. České (resp. v českém překladu)

- 1) Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol. Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 4. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2007.
- 2) Bělohlávek, A.J.: Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. Praha:C.H.Beck, 2010.
- 3) Černá, S.: K možnostem využití smluv koncesního typu. Správní právo, č. 8, 1991, s. 499 an.
- 4) Dokument UNCITRAL – POJMY – DEFINICE, dostupný na www.pppcentrum.cz [citováno dne 20.12.2012].
- 5) Dvořák, D.: Návrh nové směrnice EU o koncesích. Veřejné zakázky č. 3, 2012, s. 13 an.
- 6) Eliáš, K. et al.: Nový občanský zákoník. Praha: Sagit, 2012.
- 7) Fiala, J. et al.: Občanské právo hmotné. Nakladatelství Doplněk. Brno: 2002.
- 8) Hohenveldern, I.S.: Mezinárodní právo veřejné. Praha: ASPI, 2006.
- 9) Horálek, V.: Koncesní zákon s komentářem – Veřejně soukromá partnerství a jejich obecná úprava v ČR. Praha: Linde, 2006.
- 10) [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/1589/COM_SEC\(2011\)1589_CS.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/1589/COM_SEC(2011)1589_CS.pdf) [citováno dne 18.1.2013].
- 11) Interpretační sdělení Komise o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání

- veřejných zakázek (2006/C 179/02). Dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:CS:PDF> [citováno dne 11.11.2011].
- 12) Interpretační sdělení Komise týkající se uplatňování právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí na institucionalizovaná partnerství veřejného a soukromého sektoru (IPPP), C (2007)6661. Dostupné na: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_cs.pdf [citováno dne: 25.1.2012].
 - 13) Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU. Praha : C.H. Beck, 2007.
 - 14) Jurčík, R., Krutáková, L. Veřejné zakázky a PPP projekty. Potřebnost změny právní úpravy v EU a v ČR. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008.
 - 15) Jurčík, R.: Úvahy o změnách právní úpravy veřejných zakázek a PPP projektů ve vztahu k efektivnějšímu vynakládání veřejných prostředků. Správní právo, č. 4-5 (ročník 41), 2008, s. 257 – 282.
 - 16) Kadečka, S.: Veřejnoprávní smlouvy a nový správní řád. Právní zpravodaj, č.2, 2001.
 - 17) Kališ, R.: Mezinárodní investice jako předmět ochrany poskytované mezinárodním právem investičním. Právní fórum, č. 11 (ročník 5), 2008, s. 467 – 474.
 - 18) Kolman, P.: Veřejnoprávní smlouvy (vybrané otázky). Právní právo, č. 4-5 (ročník 40), 2007, s.252 – 264.
 - 19) Krč, R., Marek, K., Petr, M.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon, s vysvětlivkami a předpisy souvisejícími. Praha: Linde, 2006.
 - 20) Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2006.

- 21) Lego, J., Louda, T. Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- 22) Louda, T., Grospič, J. Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty. Praha: Ústav státu a práva, Aleš Čeněk, 2010.
- 23) Malíř, J.: Veřejno-soukromá partnerství a unijní pravidla hospodářské soutěže. Jurisprudence, č. 3, 2008, s. 17-22.
- 24) Marek, K.: K uzavírání smluv. Právní fórum, č. 4 (ročník 9), 2012, s.138 – 143.
- 25) Materiál MF ČR, Řízení rizik v projektech PPP, Identifikace, ohodnocení, alokace, ošetření a kontrola;
- 26) Možnosti uplatnění PPP v Operačním programu Podnikání a inovace 2007 – 2013 (závěrečná zpráva). Dostupné na: <http://www.mpo-oppi.cz/odkazy/277-evaluace-a-jine-analyzy.html> [citováno dne 1.1.2013].
- 27) Novotný, V.: Přehled judikatury ve věcech veřejných zakázek. Praha: ASPI, 2006.
- 28) OSTRÍŽEK, J. a kol.: PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP – příležitost a výzva. Praha: C. H. BECK, 2007.
- 29) Pelikánová, I.: Obchodní právo 5. Praha: Wolters Kluwer, 2012.
- 30) Plíva, S.: Obchodní závazkové vztahy. Praha: Wolters Kluwer, 2006.
- 31) PPP centrum České republiky, Řízení rizik v projektech PPP–Identifikace,ohodnocení, alokace, ošetření a kontrola. Ministerstvo financí ČR, Praha 2007.
- 32) Pracovní dokument útvarů komise – Souhrn posouzení dopadů návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o udělování koncesí, KOM(2011) 897 v konečném znění.

- 33) Preisler, P.: Rizika jako jeden ze znaků Public Private Partnership a jejich projev u koncesních smluv. Právní rozhledy, č. 24 (ročník 19), 2011, s. 877 – 885.
- 34) Tichý, L. et al.: Evropské právo. Praha: C.H.Beck 2004.
- 35) Vedral, J.: Veřejnoprávní smlouvy o výkonu státní správy podle zákona o obcích. Správní právo, č. 2-3 (ročník 36), 2003.
- 36) Vích, J.: K zákonu č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Právní rádce, č. 5 (ročník 15), 2007, s. 49 – 61.
- 37) Vzorová koncesní smlouva MF ČR, dostupná na www.mfcr.cz [citováno dne 12.1.2013].
- 38) Vzorová smluvní ujednání SFŽP, dostupné na <http://www.opzp.cz/clanek/254/1545/vzorova-smluvni-ujednani/> [citováno den 1.1.2012].
- 39) Zákony o PPP, Koncesní zákona. Dostupné na: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/?q=content/ppp-lawsconcession-laws> [citováno dne 20.12.2011].
- 40) Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích COM (2004) 327 konečné znění). Dostupné na: www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/.../Zelena_kniha_PPP_ceskypreklad.doc [citováno dne 20.12.2011].
- 41) Zuklínová, M. Smlouva. Praha: Academia, 1985.
- 42) Hrabák, J.: Komparativní pohled na právní úpravu koncesí, zejména pak na náležitosti koncesní smlouvy a možnosti změny již uzavřené koncesní smlouvy. In: Louda, T., Grospič, J. et al.: Partnerství veřejného a soukromého sektoru. Právní a ekonomické aspekty. Praha- Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR, Aleš Čeněk, 2010. s. 164-211.

16.2. Rozsudky Soudního dvora, rozhodnutí dalších správních úřadů

- 1) Rozhodnutí ve věci C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund). Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 2) Rozhodnutí ve věci C-91/08, Wall AG proti městu Frankfurt nad Mohanem, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 3) Rozhodnutí ve věci C-337/98, Komise Evropských společenství proti Francouzské republice. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 4) Rozhodnutí ve věci C-324/98: Telaustria a Telefonadress v. Telekom Austria AG. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 5) Rozhodnutí ve věci C-382/05: Komise Evropských společenství v. Italská republika. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 6) Stanovisko generálního advokáta Jána Mazáka přednesené dne 9. září 2010 ve věci C-274/09: Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 7) Rozhodnutí ve věci C-234/03: Conte SA, Visiol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 8) Rozhodnutí ve věci C-382/05: Komise v. Itálie. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>

- 9) Rozhodnutí ve věci C-300/07: Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v. AOK Rheinland/Hamburg. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 10) Rozhodnutí ve věci C-206/08: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha). v. Eurawasser Aufbereitungs. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 11) Stanovisko generálního advokáta Cruz Villalóna ve věci C-348/10 Norma-A SIA a Dekom SIA v. Latgales plānošanas reģions. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 12) Stanoviska generálního advokáta Yvese Bota ve věci Wall AG, C – 91/08; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 13) Rozhodnutí ve věci C-348/10: Norma-A SIA, Dekom SIA v. Latgales plānošanas reģions, právní nástupkyně Ludzas novada dome; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 14) Rozhodnutí ve věci C-174/06: Ministero delle Finanze; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 15) Rozhodnutí ve věci C-496/99: Komise Evropských společenství proti CAS Succhi di Frutta SpA. Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 16) Rozhodnutí ve věci C-532/06: Emm. G. Lianakis AE; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 17) Rozhodnutí ve věci C- 231/03: Consorzio Aziende Metano (Coname) proti Comune di Cingia de' Botti; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 18) Rozhodnutí ve věci C-507/03: Komise v. Irsko; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 19) Rozhodnutí ve věci C-412/04: Komise v. Itálie; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>

- 20) Stanovisko generální advokátky Julianne Kokott ve věci C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 21) Rozhodnutí ve věci C-458/03 : Parking Brixen; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 22) Rozhodnutí ve věci C-107/98, Teckal; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 23) Rozhodnutí ve věci C-324/07, Coditel Brabant; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 24) Rozhodnutí ve spojených věcech C-182/11 a C-183/11, Econord SpA; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 25) Rozhodnutí ve věci C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce; Dostupné na: <http://curia.europa.eu/>
- 26) Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže S116/2008/VZ-12377/2008/530/RP, R133/2008/02-22047/2008/310-AS, S212/2009/VZ-13550/2009/510/MCh.
Dostupné na: www.compet.cz

16.3. Právní předpisy

ČR:

- a. Zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů;
- b. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů;
- c. Vyhláška č. 217/2006 Sb., kterou se provádí koncesní zákon, ve znění pozdějších předpisů;

- d. Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů;

Zahraniční:

Většina právních předpisů dostupná na <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws> nebo vlastní překlad autora (Polsko, Španělsko, Francie).

- 1) **Slovensko:** dostupné na www.justice.gov.sk
 - a. Zákon č. 25/2006 Z.z., o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ve znění pozdějších předpisů;
- 2) **Polsko:**
 - a. Zákon z 9. ledna 2009, o koncesích na stavební práce nebo služby, ve znění pozdějších předpisů;
 - b. Zákon ze dne 19. prosince 2008, o veřejně soukromém partnerství, ve znění pozdějších předpisů;
- 3) **Španělsko:**
 - a. Zákon č. 13/2003 z 23. května 2003, upravující koncesní smlouvu ohledně veřejných staveb a měnicí některé další zákony ohledně koncesí, ve znění pozdějších předpisů;
- 4) **Francie:**
 - a. Zákon č. 2002-1094 z 29. srpna 2002, pokud jde o policejní a vojenské síly, kterým jsou svěřeny policejní pravomoci v rámci civilní populace (“Gendarmerie”), a přesněji o výstavbu a provozování zařízení a budov k těmto účelům);

- b. Zákon č. 2002-1138 ze 7. září 2002, pokud jde o výstavbu a provozování věznic.
- a. Nařízení č. 2003-850 ze dne 4. září 2003 (kodifikováno v zákoně o veřejném zdraví), pokud jde o výstavbu, provozování a renovaci veřejných nemocnic.
- b. Nařízení č. 2004-559 ze dne 17. června 2004, pokud jde o neupravené nebo jiné dohody o veřejném a soukromém partnerství, upravené zákonem č. 2008-735 ze dne 28. července 2008.

5) Bulharsko:

- a. Koncesní zákon č. SG 36/2.05.2006, ve znění pozdějších změn (poslední provedená zákonem SG č. 73/20.09.2011, účinná od 20.10.2011).
- b. Zákon o PPP, č. SG 45/15.06.2012

6) Rumunsko:

- a. Zákon č. 178 z 1. Října 2010 o partnerství veřejného a soukromého sektoru

7) Rusko:

- a. Federální zákon č. 115-FL, o koncesních smlouvách.

8) Portugalsko:

- a. Zákon č. 86/2003.

9) Řecko:

- a. Zákon č. 3389/2005 o PPP;

10) Anglie:

- a. Public Contracts Regulations 2006;
- b. Utilities Contracts Regulations 2006

11) **Irsko:**

- a. State Authorities (Public Private Partnership Arrangements) Act, 2002;
- b. European Communities (Award of Public Authorities' Contracts) Regulations, 2006.

KAPITOLA XVI.

17.THE ENGLISH SUMMARY

Comparative Aspects of the Concession Contract

Abstract

The concession agreement is the instrument for implementing public-private partnership. Since the conceptual feature of this partnership and the concession contract itself is a long-term nature, the main task for legislation is to reflect unpredictable changes that may occur during its term. The dissertation introduces the main approaches of some European legal systems and could serve as a stimulus for discussion of changes to the current concession laws in different countries.

Key words

Concession contract, changes of the concession contract, balance of the rights and duties, changes of the concession contracts, termination of the concession contract.

Concession Agreement.

The term concession can be defined basically as the right granted by a government or by public entity to a corporation. It specifies rules under which the private or public company can operate the

subject of the concession. In my thesis I am focusing on the concession as the legal institute used within the implementation of the public private partnership and specifically I am interested in the legal framework of the concession contract.

The concession contract in this meaning is the institute of 20th century (but its history is very old), when the public entities in some traditionally public sectors (such is building of road infrastructure, water and wastewater infrastructure, hospitals etc.) started to involve the private partner.

Public private partnerships (PPP) refer to contractual or equity agreements formed between a public agency and private sector entity in which the latter substitutes the former in the provision of public goods and services over a specific and/ or indefinite period, for mutual benefits and better efficiency. Ownership structure of PPPs can vary from 100% public, to majority stake of private partner.

The concession agreement can be defined as “a relatively long-term written agreement between the public and private sectors for the purpose of providing a service of a general nature or implementing a project or performing a certain task whereby project financing and allocation of risks arising therefrom shall be pursuant to the contract”.

The starting points of the legal definition of the concessions in European Union law. Actual changes in EU law.

Among the first documents in which the EU summarizes its approach to concessions is the Interpretative Communication from the Commission on concessions by community law” (C 121/02), which briefly summarizes the EU approach for regulation on concessions: “The Treaty does not define the concessions. The only definition that can be found in secondary Community law, is located in the directive on construction work, which lays down specific provisions for works concessions. Other forms of concessions do not fall within the scope of the Directives on public procurement. However, this does not mean that concessions are not subject to rules and principles of the Treaty.”

We can therefore conclude that EU law provides only for excess building concessions and other concessions are regulated by the framework of principles derived from primary legislation and case law (ie. the principle of equality, non-discrimination, transparency, etc.).

We are just now in the process of the change of EU legislation on concessions.

The European Commission has prepared a first draft of the directive amending both public procurement directives (2004/18/EC and 2004/17/EC) in force and setting out new rules for the award of concessions (services and public works).

The international influences affecting PPP law.

Besides the influence of European law the law on concessions in different laws is influenced by the “soft law” as we understand the rules, guidelines or model laws prepared by professional and other professional institutions. Internationally, the adjustment of rights and concessions affected and affecting in particular the following documents:

- A. UNIDO Guidelines for Infrastructure Development through Build Operate Transfer (BOT) Projects, 1996 (UNIDO BOT Guidelines);
- B. OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, 1999-2000;
- C. UNCITRAL Legislative Guide on privately Financed Infrastructure Projects, 2000 (UNCITRAL Legislative Guide);
- D. UNCITRAL Model Legislative Provisions on privately Financed Infrastructure Projects, 2003 (UNCITRAL Model Legislative Provisions).
- E. EBRD Core Principles for a modern concession law.

Legal framework of the concessions.

First of all we can say that the legislation on concessions (and on the concession contract) in foreign jurisdiction (European and also non-European jurisdictions) has 3 feasible solutions. In some countries - as well as in the Czech Republic before the Special Act No. 139/2006 Coll. was adopted - the concession contracts are usually regulated by the Public Procurement Act. The second

method brings the special independent Act on concessions which deals with the process of the concession procedure and also regulates the concession contract. The third method is the combination of the preceding methods – special act on concession with subsidiary application of Public Procurement Act and its rules and principles.

Concession contract and its requirements.

Generally we can say that elements of the concession contracts and their legal range arise mainly from the fact that the relations of private and public entities established in the concession contract shall allow relatively long-term relationships, and therefore the requirements of the concession contract shall be designed in the manner that allow the smooth functioning of the relations and therefore the concession agreement shall not become a brake on the development of the concession relationship.

In this English summary of my dissertation, I cannot analyse (and it's even not the aim of this English summary) different legal frameworks on concession, but to present just the general understanding of the institute of the concession contract we can look inside the OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements.

„OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements“:

I consider these OECD principles as the valuable source of inspiration - not only from the theoretical (academic) point of view – but mainly because of different international experts who

prepared them and various experiences which affect their final content.

These principles were prepared by the experts from UNCITRAL, the OECD and from the EBRD. These principles can provide the source on which countries might draw in shaping their laws on the subject matter and offer a point of reference for the negotiation of actual concession agreements, help to improve the harmonisation of concession agreement legislation with pertinent international standards and best practices; and promote a common approach and terminology with respect to concession agreements.

According to these principles concession agreement means an agreement pursuant to which a contracting authority grants rights and agrees the obligations to be undertaken in relation to the Concession Contract in construction, refurbishment or provision of infrastructure or the exploration for and/or exploitation of natural resources.

In section 15 “Elements of the Concession Agreement” are stipulated. The concession agreement shall, unless the contracting authority determines otherwise, contain provisions, inter alia, on the following matters:

- (a) Nature and scope of works to be performed and services to be provided by the contractor;
- (b) Any conditions precedent to the entry into force of the concession agreement;
- (c) Duration of the concession agreement;

- (d) Degree of exclusivity;
- (e) Nature of the property interests of the parties in real and personal assets which are to be constructed or provided (if any) or which are the subject of any works or services to be provided pursuant to the concession agreement;
- (f) The date or dates by which any works have to be completed;
- (g) Such restrictions or conditions as may be agreed on the transfer of a controlling interest in the capital of a contractor;
- (h) Any payments that the contracting authority is required to make in consideration for services provided or work done by the contractor;
- (i) The obligations, if any, of the contractor to ensure continued and non-discriminatory access for third parties to the facility and/or services provided pursuant to the concession agreement;
- (j) The rights, if any, of the contractor to charge third parties for services provided pursuant to the concession agreement;
- (k) Methods for the adjustment of payments due to the contractor by the contracting authority or by third parties;
- (l) The rights of the parties to assign their rights, whether by way of security or otherwise and any conditions applicable thereto;
- (m) Any requirements concerning guarantees of performance that the contractor may be required to provide or any

insurance policies that the contractor may be required to maintain in connection with the construction or the operation of the facility;

- (n) Obligations of the contractor, if any, relating to the protection of the environment;
- (o) Obligations of the contracting authority to provide land and/or other facilities;
- (p) Any rights of the contracting authority to monitor the performance of the contractor's obligations, including the contracting authority's rights to inspect the relevant facilities;
- (q) The circumstances under which either party may terminate or seek renegotiation of the concession agreement;
- (r) Any payments required to be made by either party to the other or for any reason other than as consideration for works or services;
- (s) Remedies available to the contracting authority and the contractor in the event of default by the other party;
- (t) The circumstances under which the contracting authority or a designated third party may (temporarily or otherwise) take over the operation of the facility or any other function of the contractor for the purpose of ensuring the effective and uninterrupted supply of services or goods which are the subject of the concession agreement in the event of serious failure by the contractor to perform its obligations;
- (u) Taxation and fiscal matters;

- (v) The relationship between the concession agreement and other relevant agreements;
- (w) Any applicable provision on force majeure and the consequences of changes in law;
- (x) Governing law;
- (y) Settlement of disputes.

Concession contract under the Czech law.

In the Czech Republic the Act No. 139/2006 Coll., on Concession Contracts and Concession Procedure (the Concession Act), as amended defines these requirements of the concession contract.

Under a concession contract, the concessionaire undertakes to provide services or, in addition, execute a work and the grantor pledges to allow the concessionaire to enjoy benefits resulting from the provision of such services or from the exploitation of the executed work, or, if appropriate, together with partial payment. The concessionaire shall bear a substantial proportion of risks attaching to the enjoyment of benefits from the provision of services or the exploitation of the executed work; the distribution of the other risks between the grantor and the concessionaire shall be laid down in the concession contract.

The concession contract shall set out the grounds on the basis of which the contract may be terminated prior to the expiry of its term, and delimitation of the legal relations of the contractual parties concerning the assets designed for the performance of a

concession contract, including the rules for arrangements between them in the case of termination of the contract. The concession contract may be concluded only for a definite period. The concession contract shall be in writing and the expressions of wills of contractual parties shall appear on the same deed. The concession contract shall, in addition, be governed by relevant provisions of the Commercial Code.

Important clauses as the inspiration from other laws.

Requirements of the concession contract under different laws. Hereinabove we presented from one side the soft-law or the model law which served and will serve as the “source of inspiration” for other countries legislators when drafting or re-drafting the current legislation. I wonder that also Czech legislators can find these “legislative concession ideas” useful when thinking about the amendments to the current concession act.

In the next pages I would like to summarise remarkable institutes from different concession laws, which from my point of view make the “life of the concession contract” easier and prevent the situations where the concession grantor or the concessionaire cannot find the solution acceptable for both parties. As was already written above the concession contract differs from other contract usually signed between the private partners or between the private partner and the public one (i.e. the public procurement contract). Main difference is in the long duration of the contract.

Because of this we use the term “partnership contract”, which signifies that it’s more (mainly in time aspect) than normal “contract”.

The most important legal institutes during the life of the concession contract:

A. **Change of the Concession Contract and Essential amendment doctrine introduced by ECJ**, Change of the **Scope** of the Concession Contract, Change of the **Duration** and prolongation;

B. **Financial Equilibrium** of the Concession Contract vs. Stabilisation Clause in OECD principles;

C. **Termination** of the Concession Contract and its Financial Consequences;

D. Change of the **ownership** of the concessionaire (transfer of controlling share in concessionaire).

The concession contract is concluded for the long duration (usually from 10 years to 30 years). The legal environment, but also other factors (technical aspects of the subject matter of the concession contract, force major events, etc.) require the principles for “adaptation of the concession contract to the reality”.

Under the model provision No. 39 of the UNCITRAL Model Legislative Provisions on privately Financed Infrastructure Projects, 2003: (The Compensation for specific changes in legislation): “The concession contract shall set forth the extent to which the concessionaire is entitled to compensation in the event that the cost of the concessionaire’s performance of the

concession contract has substantially increased or that the value that the concessionaire receives for such performance has substantially diminished, as compared with the costs and the value of performance originally foreseen, as a result of changes in legislation or regulations specifically applicable to the infrastructure facility or the services it provides.

Some countries like Poland, Portugal, Spain, and Russia introduced similar arrangement into their legislation. Other countries are at this time influenced by the European Court of Justice's doctrine on the essential changes of the concession contract.

European Court of Justice 's *Pressetext* (C-454/06) "essential change" doctrine stipulates that amendments to the provisions of a public contract during the currency of the contract constitute a new award of a contract when they are materially different in character from the original contract and, therefore, such as to demonstrate the intention of the parties to renegotiate the essential terms of that contract. An amendment to a public contract during its currency may be regarded as being material when it introduces conditions which, had they been part of the initial award procedure, would have allowed for the admission of tenderers other than those initially admitted. Afterwards European Court of Justice has developed the doctrine also for the service concessions in the decision *Wall* – AG (C-91/08):

"Where amendments to the provisions of a service concession contract are materially different in character from those on the

basis of which the original concession contract was awarded, and are therefore such as to demonstrate the intention of the parties to renegotiate the essential terms of the contract, all necessary measures must be taken, in accordance with the national legal system of the Member State concerned, to restore the transparency of the procedure, which may extend to a new award procedure”.

In respect of prolongation of the concession contract the general approach is in the model provision 43. of the UNCITRAL Model Legislative Provisions on privately Financed Infrastructure Projects, 2003: “The contracting authority may not agree to extend its duration except as a result of the following circumstances: (a) Delay in completion or interruption of operation due to circumstances beyond the reasonable control of either party; (b) Project suspension brought about by acts of the contracting authority or other public authorities”.

Financial Equilibrium of the Concession Contract vs. Stabilisation Clause in OECD principles.

In the Spanish Act on Concession Contract regulating work concessions (Act. No 13/2003) 13/2003), there is special right of the concessionaire to ask for the re-balance of the concession contract’s conditions. Model provision No. 40. of the UNCITRAL Model Legislative Provisions deals with the “Revision of the concession contract” due to changes in economic or financial conditions, changes in legislation provided that these changes occur after the conclusion of the concession contract, are beyond of the control of the concessionaire and are of such a nature that

the concessionaire could not reasonably be expected to have taken them into account at the time the concession contract was negotiated or to have avoided or overcome their consequences.

Termination of the Concession Contract and its Financial Consequences.

The termination of the concession contract is exceptional institute mainly in the situation when it can no longer be reasonably expected that the concessionaire will be able or willing to perform its obligations, owing to insolvency, serious breach or otherwise and sometimes for compelling reasons of public interest, subject to payment of compensation to the concessionaire, the terms of the compensation to be as agreed in the concession contract. The termination is exceptional because the agreed duration of the concession contract corresponds to the investments made by the concessionaire. In the case the concession grantor uses his right to terminate in advance the concession contract, there has to be mechanism of compensation to the concessionaire except the case the termination is due to the breach of the obligations on the side of the concessionaire.

Change of the ownership of the concessionaire (transfer of controlling share in concessionaire).

As already written above the concession grantor - due to the characteristic of “partnership” - wants to be informed about all important changes of the concessionaire. Transfer of controlling

interest is very often the change that has to be approved by the concession grantor.

Summary.

Long life of the concession contract requires more attention and predictability of the contracting partners mainly at the beginning of the “partnership” – at the stage of the negotiation of the contract. In some countries (e.g. in the Czech Republic) the general approach of the concession grantors is that the concession contract is presented as the definitive template during the concession awarding procedure and this draft of the contract cannot be changed by the concessionaire. In other countries the terms of the concession contract are negotiated within the concession procedure. Regardless which law we are just studying and by which law our concession contract is governed, the parties to the concession contract have to be prepared to the different situations that as a rule come within the duration of the concession contract.

KAPITOLA XVII.

18.RÉSUMÉ EN FRANÇAIS

Aspects comparatifs du contrat de concession

Abstrait

L'accord de concession est l'instrument pour mettre en application des associations entre le secteur public et le secteur privé. Puisque le dispositif conceptuel de cette association et du contrat de concession elle-même est une nature à long terme, la tâche principale pour la législation est de refléter les changements imprévisibles qui peuvent se produire pendant sa limite. La dissertation présente les approches principales de quelques systèmes juridiques européens et pourrait servir de stimulus à l'examen des changements à la loi courante de concession.

Mots clés

Contrat de concession, changements du contrat de concession, équilibre des droits et devoirs, changements des contrats de concession, arrêt du contrat de concession.

Quelle est la concession ? Principes de base de PPP.

Accord de concession.

La concession de limite peut être définie fondamentalement comme droite accordée par un gouvernement ou par l'entité publique à une société. Elle spécifie les règles sous lesquelles la société privée ou anonyme peut actionner le sujet de la concession.

Dans ma thèse je me concentre sur la concession en tant qu'institut juridique utilisé dans l'exécution de l'association privée publique et spécifiquement je suis intéressé par le cadre juridique du contrat de concession.

Le contrat de concession dans cette signification est l'institut du 20ème siècle (mais son histoire est très vieux), quand les entités publiques dans quelques secteurs publics traditionnellement (telle est construction de l'infrastructure routière, l'infrastructure de l'eau et d'eau usagée, les hôpitaux etc.) ont commencé à faire participer l'associé privé.

Les associations privées publiques se rapportent à des accords contractuels ou de capitaux propres formés une entité entre une agence publique et secteur privé auxquelles ce dernier substitue l'ancien dans la prestation des biens publics et des services sur une période spécifique et/ou indéfinie, pour des bénéfices mutuels et une meilleure efficacité. La structure de propriété des PPA peut varier du public de 100%, à l'enjeu de majorité de l'associé privé.

L'accord de concession peut être défini comme « accord écrit relativement à long terme entre les secteurs public et privé afin de fournir un service d'une nature générale ou de mettre en application un projet ou d'effectuer une certaine tâche par lequel le

financement de projet et l'attribution des risques surgissant de là soient conformément au contrat ».

Les points de départ de la définition légale des concessions dans la loi d'Union européenne. Changements réels de loi d'UE.

Avant que nous donnions une comparaison du contrat de concession (ou de plutôt quelques aspects de elle) en vertu des différentes lois (principalement dans des pays d'UE), je voudrais se focaliser sur la base de la législation d'UE.

Parmi les premiers documents dans lesquels l'UE récapitule son approche aux concessions est communication interprétative de la Commission sur des concessions par le droit communautaire » (C 121/02), qui récapitule brièvement l'approche d'UE au règlement sur des concessions : « Le Traité ne définit pas les concessions. La seule définition qui peut être trouvée dans le droit communautaire secondaire, est située dans la directive concernant les travaux de construction, qui établissent les dispositions spécifiques pour des concessions de travaux. D'autres formes de concessions ne tombent pas dans le champ d'application des directives dessus marchés publics. Cependant, ceci ne signifie pas que les concessions ne sont pas sujettes aux règles et à des principes du Traité. »

Nous pouvons donc conclure que la loi d'UE prévoit seulement des concessions excessives de bâtiment et d'autres concessions sont réglées par le cadre des principes dérivés de la législation et

de la jurisprudence primaires (IE. le principe de l'égalité, de la non-discrimination, du transparent, etc.).

Nous sommes en ce moment en cours de changement de la législation d'UE sur des concessions.

La Commission européenne a préparé un projet de la directive modifiant les deux directives de marchés publics (2004/18/EC et 2004/17/EC) en vigueur, visant de nouvelles règles pour la récompense des concessions (des services et des travaux publics).

Les influences d'international affectant la loi de PPA.

Sans compter que l'influence de la loi européenne la loi sur des concessions dans différentes lois est influencée par « la loi douce » pendant que nous comprenons les règles, les directives ou les lois de modèle disposées par le professionnel et d'autres établissements professionnels. Internationalement, l'ajustement des droites et concessions affectées et affectantes en particulier les documents suivants :

- F. Les directives d'UNIDO pour le développement d'infrastructure par la construction actionnent le transfert Projects, 1996 (des directives de BOT d'UNIDO) ;
- G. Éléments de base d'OCDE d'une loi sur ConcessionAgreements, 1999-2000 ;
- H. Le guide législatif d'UNCITRAL sur l'infrastructure en privé financée projetée, 2000 (guide législatif d'UCITRAL

- I. Les dispositions législatives modèles d'UNCITRAL sur l'infrastructure en privé financée par projet, 2003 (les dispositions législatives modèles d'UNCITRAL).
- J. L'EBRD creuse des principes pour une loi moderne de concession.

Cadre juridique des concessions.

D'abord de tous nous pouvons dire que la législation sur des concessions (et sur le contrat de concession) dans la juridiction étrangère (Européenne et également juridictions non-européennes) a 3 solutions faisables. Dans quelques pays - aussi bien que dans la République Tchèque avant acte no. spécial 139/2006 Coll. a été adopté - les contrats de concession sont habituellement réglés par la Loi de marchés publics. La deuxième méthode apporte la Loi indépendante spéciale sur les concessions que les affaires avec le processus du procédé de concession et règle également le contrat de concession. La troisième méthode est la combinaison des méthodes précédentes - acte spécial sur la concession avec l'application subsidiaire de la Loi de marchés publics et ses règles et principes.

Contrat de concession et ses conditions.

Généralement nous pouvons dire que les éléments des contrats de concession et de leur gamme légale résultent principalement du fait que les relations des entités privées et publiques établies dans le contrat de concession permettront des rapports relativement à long terme, et donc les conditions du contrat de concession seront conçues de la façon qui permettent le bon fonctionnement des

relations et donc l'accord de concession ne deviendra pas un frein sur le développement du rapport de concession.

En ce résumé anglais de ma dissertation, je ne peux pas analyser (et ce n'est pas même le but de ce résumé anglais) différents cadres juridiques sur la concession, mais présenter juste la compréhension générale de l'institut du contrat de concession que nous pouvons regarder à l'intérieur des éléments de base d'OCDE d'une loi sur des accords de concession.

Éléments de base du „OCDE d'une loi sur des accords de concession « :

Moi considérons ces principes d'OCDE comme source valable de l'inspiration - non seulement du point de vue (scolaire) théorique - mais principalement en raison des différents experts internationaux qui les ont préparés et les diverses expériences qui affectent leur contenu final.

Ces principes ont été préparés par les experts d'UNCITRAL, l'OCDE et de l'EBRD. Ces principes peuvent fournir la source sur laquelle les pays pourraient dessiner en formant leurs lois sur les thèmes et offrir un point de référence pour la négociation des accords réels de concession, aide d'améliorer l'harmonisation de la législation d'accord de concession avec des normes internationales convenables et des pratiques ; et favorisez une approche et une terminologie communes en ce qui concerne des accords de concession.

Selon l'accord de concession de ces principes signifie un accord conformément pour lequel un maître d'ouvrage accorde des droites et convient les obligations d'être entrepris par rapport au contrat de concession dans la construction, la rénovation ou la fourniture d'infrastructure ou l'exploration et/ou l'exploitation des ressources naturelles.

Dans la section 15" des éléments de l'accord de concession » sont stipulés. L'accord de concession, à moins que le maître d'ouvrage détermine autrement, contiennent des dispositions, entre autres, sur les sujets suivants :

- (a) Nature et portée des travaux à exécuter et des services à fournir par l'entrepreneur ;
- (b) Toutes conditions précédentes à l'entrée en vigueur de l'accord de concession ;
- (c) Durée de l'accord de concession ;
- (d) Degré d'exclusivité ;
- (e) Nature d'intérêts de propriété des parties dans les vrais et personnels capitaux qui doivent être construite ou fournie (le cas échéant) ou qui sont le sujet de tous les travaux ou des services à fournir conformément à l'accord de concession;
- (f) La date ou les dates lesoù tous les travaux doivent être terminés;
- (g) restrictions ou des conditions telles que peut être convenu sur le transfert d'une participation majoritaire dans la capitale d'un entrepreneur;

- (h) Tous les paiements que le maître d'ouvrage est exigé pour faire dans la considération pour des services ont fourni ou travail effectué par l'entrepreneur;
- (i) Les obligations, le cas échéant, de l'entrepreneur de s'assurer ont continué et accès indiscriminatoire pour les tiers au service et/ou aux services fournis conformément à l'accord de concession;
- (j) Les droites, le cas échéant, de l'entrepreneur de charger les tiers pour des services fournis conformément à l'accord de concession;
- (k) Méthodes pour l'ajustement des paiements dus à l'entrepreneur par le maître d'ouvrage ou par les tiers;
- (l) Les droites des parties d'attribuer leurs droits, par la manière de la sécurité ou autrement et toutes conditions applicables là-dessus;
- (m) Toutes conditions au sujet des garanties de l'exécution que l'entrepreneur peut être exigé pour fournir ou de toutes polices d'assurances que l'entrepreneur peut être prié de maintenir en liaison avec la construction ou l'exploitation du service;
- (n) Engagements de l'entrepreneur, le cas échéant, concernant la protection de l'environnement;
- (o) Obligations du maître d'ouvrage de fournir la terre et/ou d'autres équipements;
- (p) Toutes droites du maître d'ouvrage de surveiller l'exécution des engagements de l'entrepreneur, y compris les droites

du maître d'ouvrage d'inspecter les équipements appropriés;

- (q) Les circonstances dans lesquelles l'une ou l'autre partie peut terminer ou chercher la renégociation de l'accord de concession;
- (r) Tous paiements requis pour être fait par la partie à l'autre ou pour toute raison autre que comme la considération pour des travaux ou des services;
- (s) Remèdes disponibles au maître d'ouvrage et à l'entrepreneur en cas du défaut par l'autre partie;
- (t) Les circonstances dans lesquelles le maître d'ouvrage ou un tiers indiqué peut (temporairement ou autrement) assurer l'opération du service ou de n'importe quelle autre fonction de l'entrepreneur afin d'assurer l'approvisionnement efficace et ininterrompu en services ou marchandises qui sont le sujet de l'accord de concession en cas de manque sérieux par l'entrepreneur d'exécuter ses engagements;
- (u) Imposition et sujets fiscaux;
- (v) Le rapport entre l'accord de concession et autres accords appropriés;
- (w) Toute disposition applicable sur la force majeure et les conséquences des changements de la loi;
- (x) Loi de gouvernement;
- (y) Règlement des conflits.

Les conditions stipulées dans ces principes peuvent être dans « court portée » ou « presque de la même trouvaille portée » dans la législation nationale de différents états.

Contrat de concession en vertu de la loi tchèque.

Dans la République Tchèque acte no. 139/2006 Coll., sur des contrats de concession et le procédé de concession (l'acte de concession), en tant que modifié définit ces conditions du contrat de concession.

Dans le cadre d'un contrat de concession, le concessionnaire s'engage à fournir des services ou, en outre, à exécuter un travail et les engagements de donateur pour permettre au concessionnaire d'apprécier des avantages résultant de la prestation de tels services ou de l'exploitation du travail exécuté, ou, si approprié, ainsi que le paiement partiel. Le concessionnaire soutiendra une proportion substantielle de risques attachant au plaisir des avantages de la prestation des services ou de l'exploitation du travail exécuté ; la distribution des autres risques entre le donateur et le concessionnaire sera établie dans le contrat de concession.

Le contrat de concession visera les raisons sur la base dont le contrat peut être résilié avant l'échéance de sa limite, et délimitation des relations légales des parties contractuelles au sujet des capitaux conçus pour l'exécution d'un contrat de concession, y compris les règles pour des arrangements entre eux dans le cas de l'arrêt du contrat. Le contrat de concession peut être signé seulement pendant une période définie. Le contrat de concession

sera dans l'écriture et les expressions des volontés des parties contractuelles apparaîtront sur le même contrat. Le contrat de concession sera en outre régi par les dispositions appropriées du code commercial.

Clauses importantes comme inspiration d'autres lois.

Conditions du contrat de concession sous différentes lois. Nous avons présenté d'un côté la doux-loi ou la loi modèle qui a servi et servirons ci-dessus de « source d'inspiration » pour d'autres législateurs de pays en rédigeant ou re-en rédigeant la législation courante. Je me demande ce également tchèque les législateurs peuvent trouver ces « idées législatives de concession » utiles en pensant aux amendements à l'acte courant de concession.

Dans les prochaines pages je voudrais récapituler les instituts remarquables des différentes lois de concession, qui de mon point de vue facilitent la « vie du contrat de concession » et empêchent les situations où le donateur de concession ou le concessionnaire ne peut pas trouver la solution acceptable pour les deux parties. Comme a été déjà écrit au-dessus du contrat de concession diffère de l'autre contrat habituellement signé entre les associés privés ou entre l'associé privé et le public (c.-à-d. le contrat de marchés publics). La principale différence est dans la longue durée du contrat.

Pour cette raison nous employons le terme « contrat d'association », qui signifie qu'il est davantage (principalement dans l'aspect de temps) que le « contrat » normal.

Les instituts juridiques les plus importants pendant la vie du contrat de concession :

A. Changement du contrat de concession et de la doctrine essentielle d'amendement présentés par la CEJ, changement de la portée du contrat de concession, changement de la durée et prolongation ;

B. Équilibre financier du contrat de concession contre la clause de stabilisation dans des principes d'OCDE ;

C. Arrêt du contrat de concession et de son financier

Conséquences ;

D. Transfert de la propriété du concessionnaire (transfert d'action de contrôle dans le concessionnaire).

Le contrat de concession est signé pour la longue durée (habituellement de 10 ans à 30 ans). L'environnement légal, mais également d'autres facteurs (aspects techniques des thèmes du contrat de concession, des grands événements de force, etc.) exigent les principes pour la « adaptation du contrat de concession à la réalité ».

Sous le no. modèle 39 de disposition des dispositions législatives modèles d'UNCITRAL sur l'infrastructure en privé financée projette, 2003 : (La compensation pour le détail change dans la législation) : « Le contrat de concession déterminera le point auquel le concessionnaire aurait droit à la compensation au cas où le coût de l'exécution du concessionnaire du contrat de concession a sensiblement augmenté ou cela que la valeur que le concessionnaire reçoit pour une telle exécution a

sensiblement diminué, par rapport aux coûts et à la valeur de l'exécution à l'origine prévus, en raison des changements de la législation ou des règlements spécifiquement applicables au service d'infrastructure ou aux services il fournit.

Certains pays aiment la Pologne, le Portugal, l'Espagne, et l'arrangement semblable présenté par Russie dans leur législation. D'autres pays ont lieu actuellement influencé par la Cour Européenne de la doctrine de Justice's sur les changements essentiels du contrat de concession.

La Cour Européenne de la doctrine « de changement essentiel » de Pressetext de 's de justice (C-454/06) stipule que les amendements aux dispositions d'un marché public pendant la devise du contrat constituent une nouvelle passation d'un contrat quand ils sont matériellement différents le character du contrat original et, en conséquence, comme pour démontrer l'intention de parties de renégocier les limites essentielles de ce contrat. Un amendement à un marché public pendant sa devise peut être considéré comme être matériel quand il présente les conditions qui, les ont eues faites partie de la procédure d'adjudication initiale, aurait tenu compte de l'admission des soumissionnaires autres que ceux au commencement admis. Après la Cour Européenne de la justice a développé la doctrine également pour les concessions de service dans le mur de décision - AG (C-91/08) :

« Où les amendements aux dispositions d'un contrat de concession de service sont matériellement différents le character de ceux sur la base comme desquels le contrat de concession original a été

attribué, et est donc de démontrer l'intention de parties de renégocier les clauses contractuelles essentielles, toutes les mesures nécessaires doivent être prises, selon le système juridique national de l'Etat membre concerné, pour reconstituer le transparent du procédé, qui peut se prolonger à une nouvelle procédure d'adjudication ».

En ce qui concerne la prolongation du contrat de concession l'approche générale est dans la fourniture modèle 43. des dispositions législatives modèles d'UNCITRAL sur les projets en privé financés d'infrastructure, 2003 : « Le maître d'ouvrage peut ne pas accepter de prolonger sa durée excepté en raison des circonstances suivantes : (a) Retardez dans l'accomplissement ou l'interruption de l'opération due aux circonstances indépendantes de la volonté raisonnable de l'une ou l'autre partie ; (b) Projetez la suspension provoquée par des actes du maître d'ouvrage ou d'autres services publics ».

Équilibre financier du contrat de concession contre la clause de stabilisation dans des principes d'OCDE.

Dans la Loi espagnole sur des concessions de réglementation de travaux sous contrat de concession (Loi. Aucun 13/2003) 13/2003), là n'est droit spécial du concessionnaire de demander le rééquilibrage des conditions de contract's de concession. No. modèle 40 de disposition. des dispositions législatives modèles d'UNCITRAL traite la « révision du contrat de concession » dû aux changements des conditions économiques ou financières, change dans la législation à condition que ces changements se

produisent après la conclusion du contrat de concession, soient là-bas de la commande du concessionnaire et soient d'une telle nature que le concessionnaire ne pourrait pas raisonnablement être prévu les avoir prises en considération alors que le contrat de concession a été négocié ou avoir évité ou surmonté leurs conséquences.

Arrêt du contrat de concession et de ses conséquences financières.

L'arrêt du contrat de concession est institué exceptionnellement principalement dans la situation quand il peut plus raisonnablement ne prévoir que le concessionnaire pourra ou voulant exécuter ses engagements, dû à l'insolvabilité, infraction sérieuse ou autrement et parfois pour des raisons indiscutables d'intérêt public, sujet au paiement de la compensation au concessionnaire, les limites de la compensation d'être comme convenu dans le contrat de concession. L'arrêt est exceptionnel parce que la durée convenue du contrat de concession correspond aux investissements réalisés par le concessionnaire. Dans le cas le donateur de concession emploie sa droite de résilier à l'avance le contrat de concession, là doit être mécanisme de compensation au concessionnaire à moins que le cas l'arrêt soit dû à l'infraction des engagements du côté du concessionnaire.

Transfert de la propriété du concessionnaire (transfert d'action de contrôle dans le concessionnaire).

Comme déjà écrit au-dessus du donateur de concession - dû à la caractéristique de la « association » - veut être informé au sujet des

changements de la plus haute importance du concessionnaire. Le transfert de la participation majoritaire est très souvent le changement qui doit être approuvé par le donateur de concession.

Résumé.

La longue durée du contrat de concession exige plus d'attention et de prévisibilité des associés d'adjudication principalement au début de la « association » - à l'étape de la négociation du contrat. Dans quelques pays (par exemple dans la République Tchèque) l'approche générale des donateurs de concession est que le contrat de concession est présenté comme calibre définitif pendant le procédé de attribution de concession et cette ébauche du contrat ne peut pas être changée par le concessionnaire. Dans d'autres pays les limites du contrat de concession sont négociées dans le procédé de concession. Sans se soucier qui loi que nous étudions juste et par quelle loi notre contrat de concession est régi, les parties au contrat de concession doivent être préparées aux différentes situations qui relèvent en règle générale de la durée du contrat de concession.

