



Veřejné zakázky 2019 – nové výklady a zkušenosti



Koncese z pohledu územních samospráv a koncesní řízení

Jan Bořuta

ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o.

Základní témata

- Pojem „koncese“
- Druhy koncesí a předpokládaná hodnota
- Zadávání koncesí
- Rozlišování koncese/nájem/pacht
 - Příklady
 - Rozhodovací praxe
 - Reálná praxe

Pojem „koncese“



Pojem „koncese“ – základní rysy

- Koncese je veřejnou zakázkou
- § 2 odst. 1, 2 ZZVZ - Úplatná smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.“
- Braní užitků koncesionářem
- Na koncesionáře přeneseno provozní riziko spojené s braním užitků

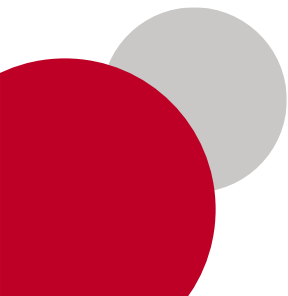
Pojem „koncese“ – pojmové znaky

- Úplatnost
- Předmětem jsou stavební práce nebo služby – nikoli dodávky
- Protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z provozování stavby nebo poskytování služeb (nevylučuje možnost i dalšího protiplnění)
- Provozní riziko koncesionáře spojené s braním užitků z provozované stavby či poskytovaných služeb

Pojem „koncese“ – přenesení provozního rizika

- Vyvratitelná domněnka (§ 174 odst. 4 ZZVZ)
- Pokud dodavateli za běžných tržních podmínek není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese.
- Může se jednat o riziko na straně poptávky, riziko na straně nabídky, nebo obojí.
- Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, pokud část provozního rizika přenesená na koncesionáře zahrnuje skutečné vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty koncesionáře nebyly pouze zanedbatelné.
- Zjednodušeně řečeno – Koncesionář nese podnikatelské riziko, v jehož důsledku nemá zaručenou návratnost investice

Druhy koncesí a předpokládaná hodnota



Druhy koncesí a PH

- Stejně jako u jiných VZ se způsob zadání odvíjí od předpokládané hodnoty
- Výpočet PH - § 175 ZZVZ
- Celkový obrat koncesionáře z plnění koncese za celou dobu trvání bez DPH
- Příjem z plateb uhrazených uživateli předmětu koncese
- Platby nebo finanční výhody v jakékoli formě poskytnuté zadavatelem nebo třetí stranou za plnění koncese
- Příjem z prodeje jakýchkoli aktiv, která jsou spojená s předmětem koncese
- Hodnota všech dodávek, služeb nebo stavebních prací poskytnutých zadavatelem

Druhy koncesí a PH

- Do 20 mil. Kč – koncese malého rozsahu
- Do 149,224 mil. Kč – podlimitní koncese
- Nad 149,224 mil. Kč – nadlimitní koncese

Zadávání koncesí



Zadávací řízení

- Koncese malého rozsahu – zcela mimo režim ZZVZ
- Podlimitní a nadlimitní:
 - Koncesní řízení
 - Zjednodušený režim
 - Všechna další zadávací řízení mimo ZPŘ

Stanovisko Ministerstva financí

- Povinnost pro ÚSC nebo právnická osoba vlastněná/zřízená nebo ovládaná ÚSC
- Jde o žádost o vydání stanoviska ve smyslu SŘ
- Cílem je, aby MF posoudilo schopnost zadavatele nést své finanční závazky v rámci plnění koncese v kontextu jeho ekonomické kondice
- Námitky MF nepůsobí absolutní neplatnost koncesní smlouvy
- ZZVZ výslovně neuvádí, že v případě výhrad MF nelze koncesní smlouvu uzavřít
- Fikce absence námitek po 2 měsících

Rozlišování koncese/nájem/pacht



Základní vymezení

- Nájem – úplatné dočasné užívání cizí věci (§2201 a násl. OZ) pro vlastní potřebu nájemce a potřebu jeho domácnosti (§ 1283 OZ)
- Pacht – úplatné dočasné užívání a požívání cizí věci (§ 2332 a násl. OZ, § 1285 OZ) - braní plodů a užitků
- Koncese – nemusí vůbec zahrnovat užívání věci zadavatele

Rozlišovací znaky koncese X pacht

- Charakteristika typického pachtu, který je koncesí
 - Pachtýř je dle smlouvy povinen provést stavební práce či poskytovat služby
 - Provozování stavby či poskytování služeb je spojeno s výnosem inkasovaným pachtýřem i od jiných osob než je zadavatel
 - Pachtýř je vystaven působení tržních mechanismů (přenos provozního rizika), nemá jistý objem výnosů a návratnost investice
 - Obousměrný finanční tok – pachtovné X služebné

Příklady pachtu, který je koncesí

- Pacht se závazkem poskytování služeb
 - Pacht součástí veřejné infrastruktury (kabelové vedení, rozvodny, ČOV, letiště...)
 - Pacht budovy občanské vybavenosti či budovy užívané veřejností (zdravotnické zařízení, škola, lázně, domov pro seniory...)
 - Pacht sportoviště a jeho provoz

Příklady pachtů, který jsou koncesí

- Pacht se závazkem provedení stavebních prací
 - Rekonstrukce zchátralých objektů/areálů v majetku zadavatele a jejich provoz koncesionářem
 - Poskytnutí pozemků pro vybudování veřejně prospěšné stavby (škola, zdravotnické zařízení, domov pro seniory, dopravní terminál, silnice/železnice...) a její následný provoz koncesionářem
 - Pěstěšky MHD, městský mobiliář atd. s reklamními plochami vybudovaný a provozovaný koncesionářem na pozemcích zadavatele
 - PPP projekty

Rozhodovací praxe

Provoz multifunkčního sportovního centra

- ÚOHS-S0477/2017/VZ-10163/2018/521/MŽi
- „veřejná soutěž“ (§ 1772 a násl. OZ); SoSB pachtovní + smlouva o spolupráci
- Bylo konstatováno, že jde o koncesi zadanou protiprávně mimo ZZVZ; uložen zákaz plnění smlouvy
- Jednotný záměr zadavatele k zajištění služeb sportovního centra veřejnosti.
- Zadavatel nijak nekompenzuje výpadky či poklesy tržeb z důvodu nižší návštěvnosti.
- Koncesionář nesmí zvýšit ceny pro veřejnost bez souhlasu zadavatele

Rozhodovací praxe

Provoz školní jídelny

- ÚOHS-S65/2012/VZ-10070/2014/523/Opi
- ÚOHS shledal, že nešlo o koncesní smlouvu; správní řízení bylo zastaveno.
- „Pokud tedy např. odměna koncesionáře spočívá v pevné platbě od zadavatele nebo pokud má koncesionář zadavatelem garantováno, že případné výpadky v jeho příjmu budou kompenzovány, nejedná se o koncesní smlouvu.“
- Riziko případného poklesu počtu strávníků je považováno za minimální a nelze tak hovořit o přenosu podstatné části rizik na dodavatele.

Rozhodovací praxe

Reklamní plochy

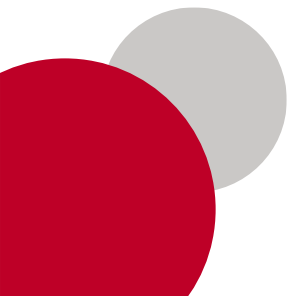
- ÚOHS-S0412/2016/VZ-36760/2016/543/MPr
- Zadavatel uzavřel dodatek ke „Smlouvě o pronájmu ploch pro reklamní činnost“
- ÚOHS shledal, že šlo o neoprávněné zadání koncese mimo režim zákona; byla uložena pokuta 1.000.000 Kč.
- Dodavatel je oprávněn rozvíjet digitální reklamu dle svých potřeb a dle vlastního uvážení. ÚOHS to posuzuje jako závazek k provedení stavebních prací a poskytování služeb.
- Dodavatel je povinen zadavateli platit fixní částku bez ohledu na své tržby – přenos provozního rizika

Rozhodovací praxe

Provozování rozvodného tepelného zařízení

- ÚOHS-S549/2013/VZ-23025/2013/522/LKo; správní žaloba a kasační stížnost zamítnuty rozsudkem KS v Brně 29 Af 11/2015-48 a NSS - 10 As 157/2017 – 38
- ÚOHS konstatoval spáchání správního deliktu (neoprávněné zadání koncese mimo režim koncesního zákona); uložena pokuta 300 000 Kč.
- Dodavatel povinen provozovat zařízení a dodávat teplo a teplou užitkovou vodu.
- Provoz je na podnikatelské riziko dodavatele; dodavatel hradí veškeré náklady správy
- Tržby za rok jsou vždy vyšší než 20 mil. Kč.

Závěrečné shrnutí



Závěrečné shrnutí

- Koncese jsou zadavateli využívány poměrně sporadicky, aniž by k tomu byl pádný důvod
- Při vhodném nastavení základních parametrů není proces sestavení ZD ani proces zadávání o nic složitější než u standardních VZ

Přínosy koncesí

- Úspora peněz pro zadavatele; mobilizace soukromého kapitálu
- Využití invence a profesionálních zkušeností a schopností koncesionáře
- Odbřemenění zadavatele – podstatně stručnější požadavky na plnění; postačí vymezit pouze základní parametry
- V současnosti značně aktuální (Národní investiční plán)

Děkuji Vám za pozornost.

Jan Bořuta

ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o.