

KONTEXT KONCESNÍHO PROJEKTU V ČESKÉ REPUBLICE

Rok poté

Když 7. ledna 2004 vydala vláda České republiky usnesení č. 7 o partnerství veřejného a soukromého sektoru v ČR, vytkla si za svůj cíl „systematickou aplikaci partnerství veřejného a soukromého sektoru“. V této souvislosti označila partnerství veřejného a soukromého sektoru, pro které se v praxi vžíla zkratka PPP (angl. Public Private Partnership), jako „jednu z alternativ zajišťování veřejných služeb“.

Málokdo čte usnesení vlády, ale alespoň zpětně je možné vidět, že tímto usnesením se odstartoval proces, na jehož konci byl poměrně záhy - v první polovině roku 2006 - přijat tzv. koncesní zákon (zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon)), a to jako doplňková forma (alternativa) veřejného zadávání vůči „známým“ veřejným zakázkám upravených v novém zákoně o veřejných zakázkách (zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách). Oba tyto právní předpisy vstoupily zcela záměrně v účinnost ve stejný den, konkrétně 1.7.2006.

Autor tohoto článku nemá ambice popsat novinky spojené s přijetím koncesního zákona v celém souhrnu. Na to není pro tento formát sdělení dostatek prostoru. Pro tento účel by se spíše hodila ucelená monografie na dané téma. Už vůbec se nechce zabývat otázkami, co by se dalo na koncesním zákonu vylepšit, i když i tyto otázky jsou již nyní naprosto namístě. Cílem tohoto článku je pouze ukázat kontext jednoho tématu, na



kteří čtenář koncesního zákona narazí, a to tématu koncesního projektu. K získání základního předporozumění o smyslu a důvodu přijetí koncesního zákona a důležitosti koncesního projektu v jeho rámci je totiž nutné si uvědomit dvě základní věci:

- význam pojmu „nejlepší hodnota za peníze“ a
- rozdíl mezi tradičním versus netradičním zadáváním zakázek.

Nejlepší hodnota za peníze - smysl veřejného zadávání

Ani v zákoně o veřejných zakázkách ani v koncesním zákoně se čtenář nedozví, z jakého objektivního ekonomického důvodu by vlastně měl zadavatel podle závazného postupu zakázky udílet. Tato absence jednoznačného vyjádření smyslu či účelu právních předpisů veřejného zadávání, nejlépe na počátku obou zákonů, je možná příčinou mnohdy tragického zadávání veřejných zakázek v České republice, kdy jde mnohdy jen o to „vysoutěžit“, aniž by se někdo na straně zadavatele a prioritně, co vlastně zadavatel potřebuje a chce, tj. o jakou hodnotu(y) by vlastně měl v příslušném výběrovém řízení usilovat. Tuto ledabyllost i u veřejných zakázek někdy velkého rozsahu lze často sledovat v České republice v zadávacích dokumentacích ve velmi nedostatečných smluvních podmínkách pro realizační smlouvu, nekonkrétních specifikacích vlastností požadovaných služeb, dodávek, stavebních prací či dokonce totální absencí jakýchkoliv smluvních podmínek, které si pak de facto

určují uchazeči o veřejnou zakázku sami ve svých vlastních smluvních textech nabídek. To, o co ve veřejném zadávání na straně zadavatelů v daném případě jde a co se v mnoha zadávacích dokumentacích na veřejné zakázky v České republice v mnoha ohledech nenajde, je běžně v cizích právních úpravách označováno jako tzv. nejlepší hodnota za peníze (ang. value for money). Důležitost tohoto termínu v kontextu koncesního projektu je naprosto zásadní, neboť koncesní projekt by měl právě dát přesnou, objektivní a veřejně přístupnou odpověď na to, co je dle předpokladu na začátku zadávání zakázky hodnotou za peníze a průběh následného výběrového řízení má určit, která hodnota z nabídek způsobilých uchazečů je v daném případě ta nejlepší, která si „zaslouží“ peníze placené veřejným sektorem.

Pojem „nejlepší hodnota za peníze“ je používán v obou směrnici Společenství o veřejných zakázkách, tj. jak ve směrnici o veřejných zakázkách ES pro veřejné (2004/18/ES¹), tak i ve směrnici o veřejných zakázkách pro sektorové zadavatele (2004/17/ES²). Tyto směrnice byly do českého právní-

ho řádu transponovány právě koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách v polovině roku 2006. V čl. 46, třetího odstavce Směrnice 2004/18/ES je podstata tohoto pojmu „nejlepší hodnota za peníze“ výstižně pojmenována: „Pokud se veřejný zadavatel rozhodnou zadat zakázku podle hospodářsky nejvýhodnější nabídky, měli by nabídky posuzovat tak, aby určili, která z nich nabízí nejlepší hodnotu za peníze. Proto by měly stanovit hospodářská a kvalitativní kritéria, která, brána jako celek, musí umožnit určit nabídku, která je pro veřejného zadavatele nejvýhodnější. Stanovení těchto kritérií závisí na předmětu zakázky do té míry, do jaké musí tato kritéria umožnit jak vyhodnocení úrovně plnění, jakou každá nabídka nabízí vzhledem k předmětu zakázky, jak je definován v technických specifikacích, tak posoudit hodnotu za peníze u každé nabídky.“ Smyslem veřejného zadávání tedy není vybrat nabídku nejlevnější, ale ty, které ve svém souhrnu přinášejí pro zadavatele nejlepší hodnotu. Tuto podstatu lze nejlépe popsat českým úslovím „nejsem tak bohatý, abych si musel kupovat levné věci.“

Tradiční versus netradiční zadávání zakázek

Když vláda České republiky vydala výše zmíněné usnesení o partnerství veřejného a soukromého sektoru v ČR, označila veřejno-soukromá partnerství jako alternativu zajišťování veřejných služeb. Toto obecné tvrzení vede k úvaze, co je alternativou a co je základní variantou, vůči které se alternativa vymezuje. Konkrétní kategorizace zakázek na základní a alternativní typ může být provedena podle nejrůznějších klasifikačních kritérií, ve kterých se zpravidla odráží svébytný vývoj určitého národního či nadnárodního právního prostředí. V každém případě se zpravidla rozlišují dva základní přístupy v zadávání zakázek:

- a) tradiční přístup, kdy zadavatel poptává určité zboží, stavební práce či služby v určitém výběrovém řízení s cílem získání výstupu, který je předmětem přímé směny mezi zadavatelem a dodavatelem za peněžní protihodnotu v rámci standardních smluvních rizik dodavatelsko-odběratelských vztahů;
- b) netradiční přístup, který je nejlépe vymezit jako vše, co ne-

odpovídá tradičnímu přístupu a týká se:

- provedení stavebních prací vztahujících se k infrastruktuře, která má zajišťovat nějaký veřejný zájem³, a poskytnutí následných „veřejných služeb“⁴ prostřednictvím takové infrastruktury a/nebo
- poskytování „veřejných služeb“⁵.

Pro zakázky v rámci tradičního přístupu se používá v mezinárodním kontextu pojem veřejná smlouva⁶, která odpovídá českému právnímu ekvivalentu „veřejná zakázka“. Zakázky na základě netradičního přístupu bývají obecně označovány jako partnerství veřejného a soukromého sektoru⁷ a v praxi se pro ně prosadily s ohledem na variabilitu konkrétních standardních uspořádání nejčastěji označení a zkratky (např. BOO, BOT, DBFO, BLOT, DBM, DBO apod.⁸).

Specifickou formu partnerství veřejného a soukromého sektoru představují případy odborně označované jako tzv. koncese, které jsou založeny na přenesení práva vybírat poplatky od třetích osob na koncesionáře. Někdy se však legislativně nejen pro tyto, ale i pro jiné varianty netradičního přístupu zadávání zakázek používá stejného souhrnného označení „koncese“. Tento druhý přístup odpovídá řešení přijatému v České republice⁹. V tomto smyslu se pak s ohledem na předmět koncese používá základní dělení mezi:

- a) koncese na stavební práce (tzv. stavební koncese) a

- b) koncese na služby (tzv. servisní koncese).

Teoretický rozdíl mezi tradičním a netradičním přístupem zadávání zakázek může být v odborných publikacích řešen odlišně. Praktický ekonomický základ tohoto na první pohled teoretického rozlišování je však zřejmý a spočívá ve svém základu ve skutečnosti, že netradiční přístup k zadávání zakázek vytváří pro zadavatele zcela nové a složitější otázky o tom, jak získat a měřit na konkrétní zakázce „nejlepší hodnotu za peníze“ a o jakých hodnotách z pohledu ochrany veřejného zájmu má vlastně zadavatel při zadání příslušné zakázky usilovat¹⁰. Předmětem úvah zadavatele totiž není v případě netradičního zadávání zjednodušeně řečeno pouze výše smluvní ceny (proti hodnotě provedených stavebních prací, dodaného zboží nebo poskytnutých služeb), pravděpodobná kvalita výstupu dodavatele (jištěná kvalitními smluvními ujednáními), případně záruky dodavatele či třetích osob, ale zejména otázky ohledně:

- výše úplaty od dodavatele ve prospěch zadavatele, tak i například výše poplatků placených dodavateli ze strany odběratelů služby, a to oproti rizikům, které si ponechává či přenáší zadavatel na dodavatele (CENA) a
- kvality veřejných služeb a/nebo díla nejen vůči objednateli, ale také ve vztahu vůči odběratelům služby (VÝKON).

Z tohoto důvodu některé právní režimy vydělují jako zvláštní kate-

gorii zakázek ty, které „vyvolávají složitější otázky“ ohledně „nejlepší hodnoty za peníze“ (zjednodušeně posuzování CENY a VÝKONU) a nastavují závazné postupy, v rámci nichž má být na všechny legitimní otázky z hlediska dosažení „nejlepší hodnoty za peníze“ (efektivního zadávání zakázek) odborným a ověřitelným způsobem odpovězeno, a to ještě předtím, než se vytvoří příslušná dokumentace výběrového řízení.

Je jen na legislativní praxi toho kterého státu:

- zdali se v něm řeší tradiční zadávání zakázek a netradiční zadávání zakázek v rámci jednoho právního režimu či daný stát vytváří pro netradiční přístup zcela jiné procesní postupy,
- a především, jak je v daném právním řádu vedena konkrétní dělící čára mezi těmito dvěma typy zakázek.

V obou výše uvedených případech by se však měl sledovat stejný cíl: připustit hospodářskou soutěž o zakázku, které vyvolávají „složitější otázky ohledně nejlepší hodnoty za peníze“ pouze za předpokladu, že dojde k ověření, že je příslušná varianta z dostupných variant řešení¹¹ určité potřeby a konkrétní situace zadavatele ta nejlepší a pro vybranou variantu řešení se stanoví měřítko (prognóza), podle kterého bude posuzována CENA a VÝKON dodavatele. Tomuto cíli odpovídá prostředek, který má zjistit a ověřit proveditelnost takového uspořádání vztahů mezi zadavatelem a dodavatelem jako v dané situaci nejlepšího

řešení, tj. studie proveditelnosti¹², která se zabývá poměrně detailním věcným, technickým, finančním a právním obsahem variant budoucího vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem a jejich zhodnocením, nikoliv jen procesním postupem, jak příslušný vztah „vysoutěžít“, jak je povinně požadováno u veřejné zakázky. V tomto smyslu se u netradičního přístupu v té či oné míře na základě výše uvedené ekonomické logiky požaduje posouzení efektivity chtěného stavu (ex-ante posouzení před vyhlášením příslušného výběrového řízení) a dosaženého stavu (ex-post posouzení shody prognózy studie s nejlepší nabídkou ve výběrovém řízení). Tímto způsobem se objektivizuje získaná hodnota za peníze (efektivita nakládání s „veřejnými“ prostředky) v méně přehledných uspořádáních, než je tomu u klasických veřejných zakázek, kde je otázka VÝKONU A CENY v případě kvalitního nastavení přehledná. Tato studie proveditelnosti je v českém koncesním zákoně nazvána koncesní projekt.

Obecně pak platí, že dopad získání neoptimální hodnoty za peníze je tím větší, čím je větší předpokládaný příjem dodavatele a čím méně kvalitní je „studie proveditelnosti“.

Mgr. Petr Dovolil

Autor je právníkem a specialistou na problematiku veřejného zadávání ve společnosti MOTT MACDONALD Praha, spol. s r.o.

¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupu při zadávání zakázek na práce, dodávky a služby.

² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.

³ Toto dominantní chápání spojené s určitým „veřejným prvkem“ ve vztahu k veřejné infrastruktuře či veřejným službám je u některých teoretiků rozšířeno na jakýkoliv majetek ve vlastnictví veřejných korporací, tj. i toho majetku, který nemá „obecný hospodářský význam“ (např. pronájem budovy za účelem provozování infrastruktury). Je jen na národní legislativě, zdali podřadí i tyto vztahy do jednotného regulačního rámce se zakázkami, které sledují i jiný cíl než jen „optimální výnosnost veřejného majetku“.

⁴ Tyto „veřejné služby“ představují služby, jejichž původním nositelem je veřejnoprávní subjekt a u kterých existuje s ohledem na jejich povahu a důležitost veřejný zájem na dosažení určitého standardu jejich kvality, ceny, dostupnosti, trvalé udržitelnosti apod.

⁵ Netradiční způsob se ve vztahu ke zboží až na výjimečné případy neuplatňuje a je zpravidla předmětem finančních služeb (leasingu) jako běžných veřejných zakázek na služby.

⁶ Angl. public contract.

⁷ Angl. Public-Private Partnership (zkratka PPP).

⁸ BOO: Postav-Vlastní-Provozuj (angl. Build-Own-Operate); BOT: Postav-Provozuj-Převed (angl. Build-Operate-Transfer); DBFO: Navrhni-Postav-Financuj-Provozuj (angl. Design-Build-Operate-Transfer); BLOT: Postav-Pronajmi-Provozuj-Převed (angl. Build-Lease-Operate-Transfer), DBM: Navrhni-Postav-Právěděj údržbu (angl. Design-Build-Maintain), DBO: Navrhni-Postav-Provozuj (angl. Design-Build-Operate).

⁹ Místo označení „koncese“ používá koncesní zákon termín „koncesní smlouva“.

¹⁰ V kontextu *acquis communautaire* v oblasti „služeb obecného hospodářského zájmu“ je tato otázka pojímána ve vztahu k problematice veřejné podpory opačně (negativní vymezení). V souvislosti s ochranou veřejného zájmu se zde projevuje zájem Společenství, aby různé formy organizace zajišťování služeb obecného hospodářského zájmu nevedly v konkrétním případě k tzv. nadměrné vyrovnávací platbě (angl. over-compensation) konkrétního poskytovatele těchto služeb.

¹¹ Včetně varianty řešení, že zakázku bude realizovat sám zadavatel.

¹² Tato studie proveditelnosti odpovídá koncesnímu projektu dle koncesního zákona. Již z povahy věci je zřejmé, že jako taková může tato studie proveditelnosti ve značné míře stát osamocně oproti vlastnímu zadávacímu řízení a její příprava požaduje zcela jiné profesionální požadavky (technické, právní a finanční) než vlastní organizace zadávacího řízení.