

Zajišťování dopravní obslužnosti ve světle evropského a českého práva

Na začátku článku, který blíže rozvádí právní rámec možností zadávání veřejných zakázek na zajištění dopravní obslužnosti, o kterém jsme informovali v souvislosti s postupem města Česká Lípa zde, je třeba znovu připomenout právní předpisy, které se tématu dotýkají. Jelikož se jedná o problematiku, kterou upravuje i právo EU, pro které platí, tzv. zásada přednosti práva EU nad vnitrostátním právem (tedy nad českými zákony).

Těžištěm výkladu bude Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady č. 1191/69 a č. 1007/70 (dále jen „Nařízení“), dále pak navazující Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2017/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES a související Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (dále jen společné označení „zadávací směrnice“). Z českého právního řádu je třeba zmínit zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“).

Nad rámec výše uvedeného Nařízení, Směrnic a ZZVZ budeme pracovat i s doporučením Evropské komise č. 2003/361/EC¹, které je důležité pro vyhodnocení splnění podmínek pro zařazení subjektu mezi malé nebo střední podniky. Na tomto hodnocení je založeno využití výjimky ze zadávacích procesů dle Nařízení.

Pohled Evropského práva

Čl. 5 odst. 1 Nařízení stanovuje podmínky, že *smlouvy o veřejných službách se uzavírají v souladu s pravidly stanovenými tímto nařízením. Zakázky na služby nebo veřejné zakázky na služby, jak jsou definovány ve směrnici 2004/17/ES nebo ve směrnici 2004/18/EU (pozn. aut.: nahrazeno výše uvedenými zadávacími směrnici), v přepravě cestujících autobusem či tramvají se však zadávají v souladu s postupy stanovenými podle uvedených směrnic, pokud tyto smlouvy nemají podobu koncesí na služby, jak jsou definovány v uvedených směrniciích. Mají-li být smlouvy uzavřeny v souladu se směrnici 2004/17/ES nebo 2004/18/EU (pozn. aut.: nahrazeno výše uvedenými zadávacími směrnici), nepoužijí se odstavce 2 až 6 tohoto článku.*

Z citovaného nařízení je zřejmé, že je důležité, jestli je zajištění dopravní obsluhy realizováno prostřednictvím *zadávacího* nebo *koncesního* řízení, přičemž platí, že zadavatel není legislativně svazován k výběru té či oné varianty a je plně na jeho zvážení, jaká forma

¹ str. 35, dostupné zde: www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/7bd6ab99-01ea-4940-8247-cba566022d14/MSP_7bd6ab99-01ea-4940-8247-cba566022d14.pdf?ext=.pdf

„Hlíkáme veřejný zájem, hájíme efektivní a odpovědnou správu země.“

protiplnění je pro něj výhodnější. Doposud však výklad daného ustanovení čl. 5 odst. 1 Nařízení směřoval k tomu, že v případě zajišťování dopravní obsluhy prostřednictvím veřejné zakázky platí, že se Nařízení vůbec nepoužije, neboť je nutné postupovat podle zadávacích směrnic. Nyní je dostupné v zásadě revoluční rozhodnutí Soudního dvora EU (dále jen „SDEU“), který přijal výklad, že se v rámci zadávání veřejné zakázky na veřejné služby v autobusové přepravě cestujících nepoužijí pouze ustanovení čl. 5 odst. 2 až 6 Nařízení, zatímco ostatní ustanovení tohoto Nařízení se i nadále použijí.² Shrnutí: na koncesi platí celé Nařízení, na zadávací řízení (pro veřejné zakázky) platí celé Nařízení kromě čl. 5 odst. 2–6.

Ovšem ani tento revoluční výklad SDEU nepřináší možnost uplatnění výjimky dle čl. 5 odst. 4 Nařízení tak, jak ji chtělo uplatnit město Česká Lípa. Tento článek přináší poměrně jednoduše definované pravidlo, že v případě, *kdy to není zakázáno vnitrostátním právem, mohou příslušné orgány rozhodnout o přímém uzavření smluv o veřejných službách, buď pokud se jejich průměrná roční hodnota odhaduje na méně než 1 000 000 EUR, nebo pokud se týkají poskytnutí méně než 300 000 kilometrů veřejných služeb v přepravě cestujících ročně. V případě smlouvy o veřejných službách uzavřených přímo s malým nebo středním podnikem, který provozuje maximálně 23 vozidel, mohou být tyto prahy zvýšeny buď na průměrnou roční odhadovanou hodnotu nižší než 2 000 000 EUR, nebo pokud se týkají poskytnutí méně než 600 000 kilometrů veřejných služeb v přepravě cestujících.* Ovšem, jak je zřejmé z čl. 5 odst. 1 a z výkladu SDEU, čl. 5 odst. 2 až 6 není možné uplatnit na zadávací řízení (viz výše).

Pokud by se zadavatel nakonec rozhodl postupovat nikoli formou zadávacího řízení, ale formou koncesního řízení, mohl by zkoumat podmínky čl. 5 odst. 2 Nařízení, který umožňuje, *aby se příslušný místní orgán, bez ohledu na to, zda se jedná o samostatný orgán nebo skupinu orgánů poskytujících integrované veřejné služby v přepravě cestujících, mohl rozhodnout o tom, že bude veřejné služby v přepravě poskytovat sám, nebo že uzavře smlouvu o veřejných službách přímo s právně samostatným subjektem, nad kterým vykonává příslušný místní orgán, nebo v případě skupiny přinejmenším jeden příslušný místní orgán, kontrolu podobnou té, kterou vykonává nad svými vlastními útvary.* Jednalo by se o tzv. in-house zadání, které známe i z českého právního řádu a kterému se v souvislosti se ZZVZ budeme ještě věnovat.

Nicméně dle Nařízení platí několik kritérií, která musí být naplněna, aby se mohl tento in-house postup použít. Jedním ze stěžejních kritérií je určení, zda příslušný místní orgán vykonává takovou kontrolu nad dodavatelem služeb, která je v čl. 5 odst. 2 Nařízení naznačena. Pro naplnění podmínky se zkoumá míra zastoupení ve správních, řídicích nebo dozorcích orgánech, související upřesnění ve stanovách, vlastnictví, skutečný vliv a kontrola nad strategickými rozhodnutími a jednotlivými rozhodnutími v rámci řízení.

² Podrobněji k rozhodnutí SDEU zde: www.epravo.cz/top/clanky/revoluce-v-zadavani-verejnych-zakazek-v-oblasti-verejnych-sluzeb-v-preprave-cestujicich-autobusovou-dopravou-106422.html

„Hlíkáme veřejný zájem, hájíme efektivní a odpovědnou správu země.“

Platí, že není nutné, aby vlastnictví příslušným orgánem bylo stoprocentní, rozhodující je určení faktického ovládání a výkonu kontroly. V případě nově vznikajícího subjektu za částečného podílu města Česká Lípa a společnosti BusLine a.s., by se jednalo o poměr 20% podílu města ku 80% podílu společnosti BusLine a.s. A jak je patrné i z čl. VII odst. 4 a 5 návrhu společenské smlouvy společnosti DPMČL s.r.o. *město Česká Lípa má 50 hlasů a BusLine a.s. 50 hlasů bez ohledu na výši vkladu a skutečný podíl určený podle poměru výše vkladu společníka připadající na kvalifikovaný podíl k výši základního kapitálu*, město tedy nedisponuje většinovým hlasovacím právem, protože platí, že *valná hromada rozhoduje většinou alespoň 51 hlasů všech společníků, pokud zákon nevyžaduje vyšší počet hlasů*. Jelikož je zřejmé, že město Česká Lípa nemá rozhodující vliv na ovládání a kontrolu nově vznikajícího subjektu, využít výjimku čl. 5 odst. 2 Nařízení by nebylo možné.

Kategorie malého či středního podniku

V souvislosti s realizací koncesního řízení a možného uplatnění výjimky se ještě jednou budeme věnovat i čl. 5 odst. 4, který je citován už výše. V návaznosti na záměr České Lípy je třeba především zkoumat, jestli takovéto spojení subjektů (podílu města a podílu soukromé akciové společnosti) lze považovat za malý či střední podnik.

Jednoduché definice stanovených kategorií podniků lze vyjádřit přehledně graficky takto:

Prahy pro malé a střední podniky	
Mikro-podnik	Zaměstnanci: < 10
	Obrat: ≤ 2 miliony €
	Bilanční suma: ≤ 2 miliony €
Malý podnik	Zaměstnanci: < 50
	Obrat: ≤ 10 milionů €
	Bilanční suma: ≤ 10 milionů €
Střední podnik	Zaměstnanci: < 250
	Obrat: ≤ 50 milionů €
	Bilanční suma: ≤ 43 milionů €

3

³ www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/7bd6ab99-01ea-4940-8247-cba566022d14/MSP_7bd6ab99-01ea-4940-8247-cba566022d14.pdf?ext=.pdf

A doplňujeme, že s odkazem na čl. 3 odst. 4 Doporučení nelze za malý nebo střední podnik považovat podnik, pokud je 25 % nebo více kapitálu nebo hlasovacích práv přímo nebo nepřímo kontrolováno společně nebo jednotlivě jedním nebo více veřejnými subjekty.⁴ Vzhledem k výše citovaným ustanovením společenské smlouvy je zřejmé, že toto pravidlo není dodrženo, protože město Česká Lípa je veřejný subjekt a disponuje 50 % hlasovacích práv nově vznikající společnosti.

Nově vznikající společnost porušuje tuto základní podmínku malého či středního podniku, pro které lze využívat v rámci koncesních řízení výjimku dle čl. 5 odst. 4 Nařízení. Navíc by nebyly naplněny ani další podmínky týkající se stanovení maximálního počtu zaměstnanců, neboť u nově vznikajícího subjektu by počet přesahoval 250 zaměstnanců.

Výjimka dle ZZVZ

Z hlediska evropského práva tak máme za prokázané, že nemůže dojít v případě zajištění dopravní obslužnosti v České Lípě k přímému zadání veřejné zakázky ani přidělení koncese. Zbývá proto ověřit, zda není dána možnost přímého zadání podle ZZVZ.

Jednak se můžeme zabývat výjimkami uvedenými v § 29 ZZVZ, které pro jejich rozsah nebudeme doslovně citovat. Nicméně ani jedna výjimka zakotvená v § 29 ZZVZ nevyhovuje předmětu veřejné zakázky, který spočívá v zajištění dopravní obslužnosti (nejedná se ani o zakázku v oblasti obrany, ani o zakázku, která by obsahovala utajované informace, nebo o provoz komunikačních sítí apod.)

Zbývá posoudit možnosti in-house zadání dle ZZVZ. V případě spolupráce České Lípy a nově vzniklé společnosti by se jednalo o tzv. vertikální spolupráci, která je upravena v § 11 ZZVZ.

Pro přímé uzavření smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem platí, že je možné ho uskutečnit v okamžiku, kdy

- *sám (pozn. aut.: zadavatel) nebo společně s jiným veřejným zadavatelem ovládá tuto osobu (pozn. aut.: dodavatele) obdobně jako své vnitřní organizační jednotky,*
- *v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejní zadavatelé a*
- *více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právníckými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.*

Výše definované podmínky musí být naplněny tzv. kumulativně (zároveň). Nicméně je zřejmé, že již první podmínka spočívající v ovládnutí subjektu, který by byl poskytovatelem

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=celex:32003H0361>

„Hlíkáme veřejný zájem, hájíme efektivní a odpovědnou správu země.“

plnění, není naplněna. Znovu odkazujeme na znění společenské smlouvy společnosti DPMČL s.r.o., ve které jsou nastavena pravidla hlasování valné hromady tak, že každý ze společníků má k dispozici polovinu z celkového množství hlasů, přičemž pro přijetí rozhodnutí je třeba přidělení nadpolovičního počtu hlasů. Již při nenaplnění jedné ze stanovených podmínek není možné uvažovat o uplatnění výjimky in-house zadání veřejné zakázky na základě vertikální spolupráce.

Závěr

Pro zajištění dopravní obslužnosti v tomto konkrétním případě nejsou naplněny podmínky výjimek ani v evropském právu ani v českém právním řádu. Žádná z variant, která by byla hypoteticky možná a kterou jsme podrobili výkladu, není uskutečnitelná za situace, kdy by Česká Lípa měla v novém dopravním podniku nevětšinová hlasovací práva a pouze 20% majetkový podíl. Zadavatel by měl při zajišťování dopravní obslužnosti využít řádné zadávací nebo koncesní řízení.