

STRIKTNĚ DŮVĚRNÉ
PRÁVNÍ RADA ADVOKÁTA, POŽÍVÁ PRÁVNÍ OCHRANY

Memorandum

Datum: 3. února 2022

Pro: Město Semily se sídlem Husova 82, 513 01 Semily

Od: Deloitte Legal s.r.o., advokátní kancelář / JUDr. Martin Bohuslav, advokát, Mgr. Ondřej Chmela, advokát

Věc: Právní možnosti řešení přistoupení města Semily ke smlouvě o provozu vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu VHS Turnov ze dne 26. listopadu 2020

Ref.: MBH/CHO/VUD

1. SOUVISLOSTI

- 1.1. Město Semily, se sídlem Husova 82, 513 01 Semily, IČO: 00276111 („**město Semily**“), je členem dobrovolného svazku obcí Vodohospodářské sdružení Turnov, IČO: 49295934 („**VHS**“), který je vlastníkem převážné části vodárenské infrastruktury – vodovodů, kanalizací, úpraven vody, čistíren odpadních vod, vodojemů a dalších zařízení na sítích v tomto regionu („**Vodárenská infrastruktura**“).
- 1.2. Město Semily je vlastníkem vodohospodářského majetku spočívajícího v mechanicko-biologické čistírně odpadních vod (pozemky, stavby, technologie) v kat. úz. Bítouchov u Semil („**ČOV**“), 3 kanalizačních stok v kat. úz. Semily (v ulici 3. května - stoka A; v ulici Sokolská - stoka A VI; v ulicích Lhotecká, Nádražní, Bořkovská - stoka C) („**Kanalizace**“), a čerpací stanice v kat. úz. Bítouchov u Semil (pozemek, vč. stavby) („**čerpací stanice**“) (ČOV, kanalizace a čerpací stanice společně jen „**Vodohospodářský majetek města**“).
- 1.3. VHS přenechává provoz Vodárenské infrastruktury společnosti externímu profesionálnímu provozovateli, jakožto zadavatel zadávající sektorové veřejné zakázky na základě koncesní smlouvy.
- 1.4. Součástí Vodárenské infrastruktury je také Vodohospodářský majetek města, přičemž právním titulem k užívání Vodohospodářského majetku města je pro VHS Smlouva o nájmu nemovitých věcí ze dne 7. ledna 2016 („**Nájemní smlouva**“), jejíž účinnost byla opakovaně prodloužena, aktuálně do 31. března 2022.
- 1.5. VHS oznámením o zahájení zadávacího řízení odeslaném k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. prosince 2019, pod evid. číslem zakázky Z2019-046182, zahájil koncesní řízení s názvem Výběr provozovatele vodohospodářské infrastruktury VHS („**Koncesní řízení**“) na uzavření nové koncesní smlouvy, jejímž předmětem je závazek koncesionáře provozovat Vodárenskou infrastrukturu počínaje 1. lednem 2021, přičemž provozování Vodohospodářské infrastruktury zahrnuje rovněž provoz Vodohospodářského majetku města – viz např. i příloha H zadávací dokumentace koncesního řízení.

- 1.6. Výsledkem koncesního řízení bylo uzavření Smlouvy o provozu vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu VHS dne 26. listopadu 2020 („**Koncesní smlouva**“) mezi společnostmi Severočeské vodovody a kanalizace, a.s. („**SČVK**“) a VHS. Předmětem Koncesní smlouvy je provozování Vodárenské infrastruktury od 1. ledna 2021 na dobu 10 let.
- 1.7. Město Semily za stávajících podmínek neuvažuje o převodu vlastnického práva k Vodohospodářskému majetku města ve prospěch VHS a je proto nutné zajistit, aby VHS měl k Vodohospodářskému majetku města právní titul i po ukončení účinnosti Nájemní smlouvy, resp. zajistit nové vhodné právní aranžmá pro uspořádání současných faktických vztahů, přičemž stávající právní stav město Semily nepovažuje za uspokojivý a z hlediska naplnění ZVZZ za optimální. Z tohoto důvodu se město Semily rozhodlo analyzovat alternativní možnosti řešení, prostřednictvím nichž by mohl být zajištěn nerušený a řádný provoz Vodohospodářského majetku města společností SČVK na základě Koncesní smlouvy.
- 1.8. S ohledem na skutečnost, že koncesní řízení zahájené městem Semily na provoz ČOV dne 27. října 2021 nevedlo k nalezení nového provozovatele ČOV a ani není hospodárné uvažovat variantu nového společného zadání koncesního řízení na provoz Vodárenské infrastruktury ve smyslu ustanovení § 7 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů („**ZZVZ**“), když současná Koncesní smlouva má být v účinnosti ještě téměř 9 let, poptalo město Semily přípravu předkládaného právního stanoviska.

2. ZADÁNÍ

- 2.1. S ohledem na souvislosti, jak byly popsány výše, je předmětem tohoto právního stanoviska posouzení alternativní možnosti účasti města Semily na Koncesní smlouvě, zejména prostřednictvím jeho přistoupení ke Koncesní smlouvě za účelem zajištění bezproblémového provozu Vodohospodářského majetku města. Přistoupení by mělo spočívat v závazku města Semily poskytnout pro účely koncese majetek ve vlastnictví města (zejména Vodohospodářský majetek města) napřímo SČVK, čemuž by mělo odpovídat synallagmatické právo města Semily na získání poměrné části nájemného ve smyslu čl. VII Koncesní smlouvy. Překládaná právní analýza je tak zaměřena na analýzu proveditelnosti navrhovaného řešení a jeho souladu s příslušnými právními předpisy.
- 2.2. Součástí tohoto stanoviska je i popis cílového řešení, včetně zhodnocení potenciálních rizik souvisejících s navrhovaným řešením jak v rovině ZVZZ, tak závazkově.

3. ZÁVĚRY A DOPORUČENÍ

- 3.1. **ZZVZ výslovně nevylučuje u smlouvy na veřejnou zakázku přípustnost změny osoby na straně zadavatele, případně přistoupení dalšího subjektu na straně zadavatele. Institut přistoupení ke smlouvě, kdy dochází ke zvýšení počtu subjektů na jedné straně smlouvy není komplexně upraven v ZZVZ ani OZ. Dle převažujícího doktrinárního výkladu i známé praxe je přistoupení ke smlouvě obecně přípustné.**
- 3.2. **V předmětné právní věci nejsou dle našeho názoru naplněny důvody pro to, aby přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě na straně zadavatele bylo považováno za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku a jedná se tak o změnu přípustnou. Z hlediska subjektů se totiž jedná v případě obou zadavatelů o subjekty, které podléhají dle ZZVZ stejnému režimu, tedy oba zadavatelé by zadávali svoji zakázku v nadlimitním sektorovém režimu. Z hlediska objemu propachtovaného, resp. terminologií Koncesní smlouvy pronajatého, majetku rovněž nedochází ke změně. Nelze tedy uzavřít, že se mění rozsah koncese a podmínky, za nichž dodavatelé zvažovali svoji účast v koncesním řízení.**
- 3.3. **Potenciálně může být přistoupením města Semily ke Koncesní smlouvě narušena její ekonomická rovnováha ve prospěch dodavatele, jelikož může být zlepšena dobytnost pohledávek SČVK. Riziko, že by důsledkem změny potenciálu dobytnosti pohledávek bylo přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě hodnoceno jako podstatná změna smlouvy na veřejnou zakázku hodnotíme jako relativně nízké.**

- 3.4. **Doporučujeme realizovat přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě formou přistoupení na straně zadavatele. Důsledkem doporučeného postupu bude v kontextu Koncesní smlouvy vznik společného a nerozdílného společenství mezi městem Semily a VHS.**
- 3.5. **Přistoupením města Semily ke Koncesní smlouvě bude založena solidární odpovědnost města Semily a VHS za plnění Koncesní smlouvy, a to jak v soukromoprávní rovině, tak i veřejnoprávní rovině. Oba odpovědnostní režimy je však možné řešit prostřednictvím bilaterální dohody stran, např. formou dohody o odškodnění, případně v soukromoprávní rovině vymezením odpovědností města Semily a VHS za plnění Koncesní smlouvy, a to bez účasti SČVK.**
- 3.6. **Práva a povinnosti města Semily a VHS ve vztahu ke správě záležitostí města Semily z Koncesní smlouvy doporučujeme upravit formou komisionářské smlouvy uzavřené mezi uvedenými stranami. VHS by v takovém vztahu mělo vystupovat jako komisionář a město Semily jako komitent, přičemž VHS by se zavázal obhospodařovat práva a povinnosti města Semily plynoucí z Koncesní smlouvy vlastním jménem na účet města Semily s odbornou péčí ve prospěch města Semily.**

4. PRÁVNÍ ÚPRAVA

- 4.1. Jelikož byla Koncesní smlouva uzavřena v režimu ZZVZ, konkrétně v podobě veřejné zakázky v nadlimitním sektorovém režimu, je při posuzování možnosti přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě nutné zohlednit limity a přípustnost stanovenou pro změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku. Změna v osobě zadavatele není v ZZVZ ani evropských zadávacích směrnicích výslovně upravena. Proto je na změnu nutné pohlížet z hlediska obecných pravidel pro změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu ustanovení § 222 ZZVZ.
- 4.2. Jelikož ZZVZ výslovně neobsahuje ani regulaci přistoupení ke smlouvě (resp. institut změny subjektů na straně zadavatele ve smlouvě na veřejnou zakázku), zohledňujeme v této oblasti především právní úpravu a principy obsažené v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů („OZ“).

5. PŘÍPUSTNOST ZMĚNY ZÁVAZKU ZE SMLOUVY NA VEŘEJNOU ZAKÁZKU - ZMĚNA NA STRANĚ ZADAVATELE

- 5.1. Smyslem ustanovení § 222 ZZVZ je zamezit nutnosti opakovat mnohdy zdlouhavé a ekonomicky nákladné zadávací řízení, pokud se vyskytne potřeba následné změny smlouvy na veřejnou zakázku. Z tohoto hlediska pak lze režim § 222 ZZVZ považovat za vhodné řešení takové situace, přičemž dle ZZVZ je nutné dělit změny na podstatné a nepodstatné. Za nepodstatné změny lze považovat takové, kdy je možná jejich aplikace např. prostřednictvím dodatku ke smlouvě, aniž by vznikla povinnost opakovat celé zadávací řízení, resp. v předmětné právní věci koncesní řízení. Za podstatné změny se považují takové, v důsledku kterých by muselo být provedeno nové zadávací řízení. Dle § 222 odst. 1 ZZVZ platí, že **zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení.**

a) Nepodstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku

- 5.2. Nepodstatnými změnami jsou především ty, které smlouvu nemění v jejích podstatných náležitostech a jejich dopad na zásady hospodářské soutěže a zadávání veřejných zakázek je nulový či minimální. Mezi nepodstatné změny řadí zákon výslovně:
- 5.2.1. předem vyhrazené změny s jednoznačnými podmínkami (viz § 222 odst. 2 ZZVZ);
- 5.2.2. bagatelní změny závazku, tzv. změny *de minimis* (viz § 222 odst. 4 ZZVZ);
- 5.2.3. dodatečné změny vyvolané nezbytností dodatečného plnění do určité výše a současné nemožnosti změny osoby dodavatele (viz § 222 odst. 5 ZZVZ);
- 5.2.4. dodatečné nepředvídatelné změny v plnění do určité výše, pokud zadavatel jednající s náležitou péčí takovou nemohl předvídat (viz § 222 odst. 6 ZZVZ);

- 5.2.5. záměnu položek soupisu prací za splnění zákonem stanovených podmínek (viz § 222 odst. 7 ZZVZ).
- 5.3. Vzhledem k tomu, že změna osob/osoby na straně zadavatele není výslovně uvedena mezi nepodstatnými změnami, jak je definuje zákon, je nutné vyhodnotit, **zda taková změna splňuje podmínky změny nepodstatné ve smyslu obecného ustanovení § 222 odst. 3 ZZVZ**, resp. zda změna na straně zadavatele není změnou podstatnou ve smyslu uvedeného ustanovení ZZVZ.

b) Obecná definice podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku

- 5.4. Za podstatné změny, které smlouvu mění v jejích podstatných náležitostech, považuje zákon výslovně změny smluvních podmínek, které by:
- 5.4.1. umožnily účast jiných dodavatelů nebo by mohly ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně (viz § 222 odst. 3 písm. a);
- 5.4.2. měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele (viz § 222 odst. 3 písm. b); nebo
- 5.4.3. vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky (viz § 222 odst. 3 písm. c).
- 5.5. Obecně lze uvést, že změna na straně zadavatele není natolik závažná jako změna v osobě dodavatele.¹ Především zadavatel není v zadávacím řízení vybírán. Rovněž i po případné změně zadavatele (nebo přistoupení dalšího subjektu na straně zadavatele) zůstává smluvní vztah v zásadě totožný (tj. beze změny) z hlediska předmětu, tak i obsahu. **V předmětné právní věci tedy nejsou naplněny znaky podstatné změny závazku ve smyslu čl. 5.5.1 a čl. 5.5.3 stanoviska, jelikož přistoupením města Semily ke Koncesní smlouvě není významně rozšířen rozsah plnění veřejné zakázky, ani by změna neumožnila účast jiných dodavatelů nebo výběr dodavatele v původní zadávacím řízení.** Rovněž je nutné podotknout, že závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku bude nadále plněn subjektem, který byl v zadávacím řízení vybrán a změnou zadavatele obecně nemůže dojít k porušení § 6 ZZVZ, zejména nerovnému přístupu a diskriminaci jiných dodavatelů.

c) Umožnění účasti jiných dodavatelů

- 5.6. Změnu spočívající v přistoupení zadavatele v rámci Koncesní smlouvy při zachování shodného rozsahu svěřeného majetku a zachování všech ostatních parametrů Koncesní smlouvy nelze dle našeho názoru považovat za změnu, která by měla jakýkoliv potenciál ovlivnit rozhodování dodavatelů o účasti v Koncesním řízení a rovněž z podstaty věci ani nemůže mít vliv na výběr dodavatele v Koncesním řízení.

d) Narušení ekonomické rovnováhy Koncesní smlouvy

- 5.7. Potenciálně problematickým se může jevit vliv přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě z hlediska ekonomické rovnováhy Koncesní smlouvy. Zamýšlené přistoupení města Semily by **mohlo být z hlediska ZZVZ potenciálně považováno za podstatnou změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ.** Tuto eventualitu pak lze spatřovat především v ekonomickém zlepšení pozice SČVK, která bude po přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě oprávněna domáhat se svých práv nikoliv výlučně vůči VHS, nýbrž i nové straně Koncesní smlouvy – městu Semily. Touto změnou tedy prakticky dojde ke zlepšení dobytnosti pohledávek dodavatele. V uvedených souvislostech rovněž považujeme za důležité uvést rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 25.07.2014, č. j. ÚOHS-R156,157/2014/VZ-15743/2014/323/PMo, ve kterém byl formulován právní závěr, že cit.: „není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, **ale postačí i eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.** Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky.“ Jinými slovy, pro naplnění znaků § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ postačí pouhá možnost, že by se Koncesního řízení zúčastnili i jiní uchazeči, pokud by od počátku bylo vyhlášeno společnými zadavateli VHS a městem Semily.

¹ Srov. Dvořák David, Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny, 1. vydání, C.H. Beck, 2014, str.207

- 5.8. Shora uvedené **riziko však lze dle našeho mínění označit za relativně nízké**. Popsaná výhoda, která by z přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě (případně ze společného zadání veřejné zakázky městem Semily a VHS) mohla pro SČVK plynout, je v zásadě nekvantifikovatelná a zejména touto změnou nejsou dotčeny základní parametry Koncesní smlouvy, ani plnění (práva a povinnosti) z ní vyplývající.
- 5.9. **Pro výše uvedené důvody se domníváme, že přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě by nemělo být považováno za podstatnou změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ.**
- e) **Významné rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky**
- 5.10. Jak plyne ze samotné podstaty předmětné změny Koncesní smlouvy, nedochází k jakémukoliv rozšíření rozsahu plnění, tedy ani tato podmínka není naplněna.
- f) **Další argumenty svědčící o přípustnosti změny subjektu na straně zadavatele**
- 5.11. K přípustnosti změny na straně zadavatele je možné dospět i prostřednictvím argumentační linie výkladu *a contrario* ustanovení § 222 odst. 10 ZZVZ. Zákonodárce v příslušném ustanovení výslovně označil za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nahrazení dodavatele jiným dodavatelem, nejedná-li se o jednu ze dvou zákonem připuštěných výjimek. Oproti tomu zákonodárce obdobnou regulaci nepřijal i pro oblast změny osoby na straně zadavatele. Lze tak dospět k závěru, že taková změna je ze zákona přípustná, nenaplní-li jiné znaky podstatné změny ve smyslu § 222 ZZVZ.
- 5.12. Výše uvedené závěry o přípustnosti přistoupení ke smlouvě na veřejnou zakázku jsou rovněž nepřímou podpořeny i rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 9. dubna 2012, sp. zn. 31 Af 54/2012, cit.: „Na realizaci zakázky měla být uzavřena samostatná nová smlouva. **Nešlo o pouhé přistoupení k již uzavřené smlouvě mezi ÖBB a vybraným uchazečem (nahrazení smluvní strany).** Co do rozsahu i místa plnění se mělo jednat o zcela nové plnění. Předmět plnění (poskytnutí určitých dodávek, služeb či stavebních prací) je přitom dalším z definičních znaků veřejné zakázky.“ Z uvedené citace je rovněž odvoditelné, že i Krajský soud v Brně koncept přistoupení, k již uzavřené smlouvě na veřejnou zakázku připouští.
- g) **Závěr**
- 5.13. Zastáváme právní názor, že v předmětné právní věci by neměly být naplněny důvody pro to, aby přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě na straně zadavatele bylo považováno za podstatnou změnu závazku z Koncesní smlouvy na veřejnou zakázku. Z hlediska subjektů se totiž jedná v případě obou zadavatelů o subjekty, které podléhají dle ZZVZ stejnému režimu, tedy oba zadavatelé by zadávali svoji zakázku v nadlimitním sektorovém režimu. Z hlediska objemu propachtovaného, resp. terminologií Koncesní smlouvy pronajatého, majetku rovněž nedochází ke změně. Nelze tedy uzavřít, že se mění rozsah koncese a podmínky, za nichž dodavatelé zvažovali svoji účast v koncesním řízení, případně že by přistoupením ke Koncesní smlouvě došlo k jiné podstatné změně závazků z Koncesní smlouvy.

6. PŘÍPUSTNOST PŘISTOUPENÍ KE SMLouvĚ

- 6.1. Institut přistoupení ke smlouvě, kdy se zvýší počet subjektů na jedné straně smlouvy, není v českém právní prostředí výslovně ukotven. Dílčí regulace tohoto institutu je známa pouze u smlouvy o nájmu.² I přesto se však v praxi jedná o pravidelně využívaný právní režim.³ Taktéž **současná právní doktrína**

² Srov. § 2270 odst. 1, cit.: „...; společným nájemcem se stane i osoba, která se souhlasem stran přistoupí ke smlouvě.“

³ Srov. z veřejně dostupných zdrojů příkladem:

- **Město Hranice:** Dohoda o přistoupení k Rámcové smlouvě o prodeji zboží a poskytování služeb-ZŠ Struhlovsko, dostupná na: <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/17080111?backlink=icx4e>;
- **Město Hlinsko:** Dohoda o přistoupení k původní kupní smlouvě - kompaktní žací traktor typ SF 551, dostupná na: <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/16955883?backlink=icx4e>;
- **Povodí Labe státní podnik:** Dohoda o přistoupení ke smlouvě o spolupráci v oblasti šíření rizik a pojištění., dostupná na: <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/16840927?backlink=icx4e>
- **Město Jičín:** Dohoda o přistoupení ke smlouvě o smlouvě budoucí a ke kupní smlouvě a k dluhům z nich, dostupná na: <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/16689019?backlink=icx4e>
- **Město Šumperk:** Dohoda o přistoupení k závazku, dostupná na: <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/15156263?backlink=y56v9>

přistoupení ke smlouvě přijímá jako obecně přípustné. Podmínkou pro platné přistoupení ke smlouvě je především souhlas všech zúčastněných osob (subjektů). V praxi jde o dohodu jedné strany smlouvy s nově přistoupivším subjektem (tj. **dvojstrannou dohodu mezi městem Semily a VHS o přistoupení ke Koncesní smlouvě**), přičemž subjekty na druhé straně smlouvy musí s přistoupením vyjádřit souhlas (tj. **k platnosti přistoupení ke Koncesní smlouvě je vyžadován souhlas SČVK**).⁴

- 6.2. S ohledem na výše uvedené doporučujeme ze závazkového hlediska nejdříve stanovit způsob a podmínky přistoupení ke Koncesní smlouvě mezi městem Semily a VHS. Následně z důvodu právní jistoty města Semily a transparentnosti přistoupení ke Koncesní smlouvě doporučujeme, aby souhlas společnosti SČVK s navrhovaným přístupem k přistoupení byl vyjádřen v písemné formě.
- 6.3. Přistoupení ke Koncesní smlouvě je možné realizovat dle našeho názoru dvojím způsobem:
- 6.3.1. přistoupením města Semily ke Koncesní smlouvě jako samostatné třetí strany Koncesní smlouvy, na kterou se budou vztahovat originárně přiměřeně všechna práva a povinnosti, která se vztahují na VHS; nebo
- 6.3.2. přistoupením města Semily na straně zadavatele. Tedy, v rovině smluvní by na straně zadavatele došlo ke vzniku společného a nerozlučného společenství dvou subjektů - města Semily a VHS.

a) Přistoupení ke Koncesní smlouvě – samostatná strana Koncesní smlouvy

- 6.4. V rámci navrhovaného řešení jsme uvažovali, zda a za jakých podmínek by bylo možné realizovat přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě jako samostatné třetí strany. Toto řešení je v právní rovině dle našeho názoru teoreticky představitelné, avšak nese s sebou jistá praktická úskalí, vysokou finanční nákladnost a potenciální (ač nízká) právní rizika, jak vysvětlujeme níže.
- 6.5. S ohledem na komplexitu Koncesní smlouvy a provázanost nastavení vztahů mezi zadavatelem, VHS, a dodavatelem, SČVK, by musela Koncesní smlouva v případě přistoupení města Semily jako samostatné strany Koncesní smlouvy doznat výrazných extenzivních změn. V první řadě by bylo nutné identifikovat:
- 6.5.1. práva a povinnosti z Koncesní smlouvy, která by se vztahovala ve stejném rozsahu jak na město Semily, tak i VHS;
- 6.5.2. práva a povinnosti z Koncesní smlouvy, která by se vztahovala v rozděleném rozsahu na město Semily a VHS;
- 6.5.3. případy, ve kterých by oba subjekty mohly s ohledem na režim Koncesní smlouvy případně vystupovat vůči SČVK společně.
- Na základě takto identifikovaných poznatků by pak Koncesní smlouva musela být příslušným způsobem upravena.
- 6.6. Za zásadní praktické úskalí pak považujeme řádné informování SČVK o rozdělení práv a povinností mezi VHS a městem Semily. Vzhledem k provázanosti vztahů plynoucích z Koncesní smlouvy by v budoucnu mohlo být sporné, zda konkrétní nároky ze strany SČVK mají být uplatňovány vůči městu Semily či VHS. Obdobná spornost pak platí i o nárocích města Semily a VHS vůči SČVK. S ohledem na výše uvedené nepovažujeme popsané řešení z hlediska srozumitelnosti a transparentnosti právního jednání v režimu Koncesní smlouvy za vhodné a dále jsme ho proto neanalyzovali.
- 6.7. Pouze na okraj poznamenáváme, že z právního hlediska není rovněž jasné, jaké smluvní postavení by město Semily ve Koncesní smlouvě zastávalo. Obecně mají koncesní smlouvy pouze dvě strany, na straně jedné zadavatele (veřejnoprávní subjekt) a na straně druhé dodavatele, případně poddodavatele. Režim koncesních smluv nereflektuje existenci třetí strany nad rámec uvedených. I pro tento důvod se domníváme, že řešení přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě jako samostatné strany není vhodné.

⁴ Srov. *Petrov, J., Výtisk, M., Beran, V. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, [cit. 14-01-2022], dostupné na: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembrhfpw2nrgfzwxwzsgaytexzyhfpaxzrrha4tk>.*

b) Přistoupení ke Koncesní smlouvě - společné a nerozdílné společenství

- 6.8. Druhou možností, prostřednictvím které je možné realizovat přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě, je přistoupení formou vzniku společného a nerozdílného společenství mezi městem Semily a VHS na straně zadavatele. **Přistoupení ke smlouvě na straně zadavatele by pro město Semily znamenalo vznik solidární a nerozdílné odpovědnosti za plnění Koncesní smlouvy s VHS** ve smyslu § 1872 OZ. Na straně zadavatele by tak existovaly dva samostatné subjekty, které by však ze smluvního hlediska byly ve vztahu k dodavateli, SČVK, jednou stranou.
- 6.9. Předmětné řešení vykazuje dle našeho názoru oproti řešení popsanému výše zásadní právní a praktické výhody. V důsledku vzniku nerozdílného společenství na straně zadavatele nebude nutné extenzivně upravovat Koncesní smlouvu, když všechna práva a povinnosti se budou vztahovat ve stejném rozsahu jak na město Semily, tak VHS. Navíc, **budou-li strany ve Koncesní smlouvě vystupovat společně na straně zadavatele, budou si moci na bilaterální úrovni (tj. mimo rámec Koncesní smlouvy a bez účasti SČVK) upravit principy, podmínky a zásady své spolupráce, včetně případné odpovědnosti za plnění práv a povinností vyplývajících pro zadavatele z Koncesní smlouvy a právních předpisů.**

c) Potenciální riziko - solidární odpovědnost města Semily a VHS

- 6.10. Solidární odpovědnost je ze zákona ovládána principem „jeden za všechny a všichni za jednoho“. Uvedený princip je základním principem dlužnické solidarity a má dva projevy. Věřitel je oprávněn požadovat celé nebo část plnění po kterémkoliv ze spoludlužníků a takto vyzvaný spoludlužník je povinen splnit bez ohledu na vnitřní podíl spoludlužníků (což z dlužnické solidarity činí obecně institut zlepšující pozici věřitele). Za druhé splní-li celý dluh jeden dlužník, zanikne dluh ostatních spoludlužníků. Spoludlužníku, který celý dluh splnil, následně svědčí vůči ostatním spoludlužníkům tzv. následný regres a spoludlužníci se mezi sebou vypořádají podle pravidel stanovených § 1876 odst. 2 OZ.
- 6.11. Shora uvedené pravidlo je však, jak jsme již uvedli, modifikovatelné v rámci smluvní volnosti. **Strany jsou tedy oprávněny sjednat si odlišný odpovědnostní režim, případně omezit svoji odpovědnost za plnění příslušné smlouvy.** Pro účely předmětné právní věci by bylo možné uvažovat o uzavření separátní smlouvy mezi městem Semily a VHS, která by upravovala vzájemné odpovědnostní vztahy a limity pro případy porušení Koncesní smlouvy.
- 6.12. S ohledem na komplexitu Koncesní smlouvy a za účelem limitace případných zásahů do dokumentace, která byla již uzavřena mezi VHS a SČVK na základě koncesního řízení, tj. v režimu předepsaném zákonem, v současné chvíli **doporučujeme postupovat cestou přistoupení města Semily na straně zadavatele za současného uzavření separátní smlouvy mezi městem Semily a VHS upravující vzájemné odpovědnostní vztahy a limity pro případy porušení Koncesní smlouvy či příslušných právních předpisů.**
- 6.13. Obdobným způsobem může být řešena i společná odpovědnost města Semily a VHS vyplývající z § 7 odst. 3 ZZVZ. Dle § 7 odst. 3 ZZVZ platí, že v případě společného zadávání nesou všechny zúčastněné osoby společnou a nerozdílnou odpovědnost za dodržení zákona. Jedná se především o veřejnoprávní (delikt ní) odpovědnost vůči Úřadu na ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“), ale rovněž o soukromoprávní odpovědnost vůči dodavatelům, která může být rovněž vynucována prostředky veřejného práva, např. podáním návrhu k ÚOHS na zrušení zadávacího řízení.
- 6.14. Vzhledem k tomu, že se jedná o veřejnoprávní odpovědnostní režim, nelze tento v zásadě modifikovat. V tomto ohledu je však možné uvažovat o případné možnosti uzavření **dohody o odškodnění, která by vymezovala práva a povinnosti města Semily a VHS, pokud by postupem VHS v souvislosti s Koncesní smlouvou došlo k porušení právních předpisů.** Dohoda o odškodnění by měla zejména zohledňovat povinnost VHS nahradit městu Semily újmu, kterou by v důsledku protiprávního jednání VHS utrpělo. Za újmu bude především považována jakákoliv sankce, která by mohla být uložena ze strany příslušných úřadů (např. ÚOHS).

- 6.15. **Jak dohoda o odškodnění, tak případné vymezení práv a povinností vyplývajících ze soukromoprávní odpovědnosti mohou být řešeny v rámci jednoho dokumentu na bilaterální úrovni mezi VHS a městem Semily, a to bez účasti SČVK. Jednalo by se o soukromoprávní dohodu se všemi důsledky s tím spjatými, např. vymáhání práva a povinností z ní plynoucích by muselo být činěno soudní cestou atd.**

7. NAVAZUJÍCÍ SMLUVNÍ DOKUMENTACE

- 7.1. Rozumíme, že město Semily nemá prioritní zájem se extenzivně podílet na správě závazků plynoucích z Koncesní smlouvy. Případná správa Koncesní smlouvy by měla být především odpovědností VHS.
- 7.2. Výše uvedeného cílového stavu lze mezi městem Semily a VHS dosáhnout prostřednictvím uzavření příkazní smlouvy ve smyslu § 2430 a násl. OZ, případně komisionářské smlouvy dle § 2455 OZ. Navrhovaný postup se rovněž jeví hospodárným z hlediska nutnosti dalších zásahů do Koncesní smlouvy. Pokud by byly vzájemná práva a povinnosti města Semily a VHS v souvislosti s Koncesní smlouvou vyčleněna do separátní bilaterální dohody, eliminoval by takový postup nutnost extenzivních úprav Koncesní smlouvy, které by musely být schváleny jak VHS, tak i SČVK. Navrženým postupem dle našeho názoru bude rovněž výrazně sníženo riziko, že by přistoupení města Semily ke Koncesní smlouvě mohlo být považováno za podstatnou změnu závazku ve smyslu § 222 odst. 3 ZZVZ.
- 7.3. V této souvislosti ještě doplňujeme, že takto koncipovaná smlouva, pokud by měla být úplatná (v jakékoliv podobě), by rovněž naplňovala znaky veřejné zakázky, kdy by VHS byl v postavení dodavatele. S ohledem na výši případné odměny však předpokládáme, že by tato smlouva byla uzavřena v režimu veřejné zakázky malého rozsahu.
- 7.4. Předmětem smlouvy by v obou shora uvedených případech byl na straně VHS závazek vykonávat s odbornou péčí činnosti související se správou závazků a oprávnění města Semily, které plynou z Koncesní smlouvy – zejména řádného plnění povinností dle Koncesní smlouvy a zajištění zaplacení nájemného ve prospěch města Semily. Tato péče by zahrnovala i případné vyhodnocení potřeby dalších změn Koncesní smlouvy a jejich řádné provedení ve smyslu ZZVZ.
- 7.5. Rozdíl oproti současnému stavu by spočíval v tom, že smlouva s VHS by nepředstavovala právní titul k užívání Vodohospodářského majetku města Semily, jako je tomu dnes v případě Nájemní smlouvy, ale představovala by toliko službu VHS pro město Semily spočívající ve správě práv a povinností města Semily plynoucích z Koncesní smlouvy. Právním titulem k nakládání s Vodohospodářským majetkem města Semily v rámci koncese by na základě Koncesní smlouvy disponoval přímo SČVK.
- 7.6. Ve shora uvedených souvislostech poznamenáváme, že oba smluvní typy jsou smlouvami fiduciárními, tj. jejich předmětem je činnost sama, nikoliv její výsledek. Fiduciarita však může být vyloučena odlišným ujednáním stran. Město Semily a VHS si tako mohou ujednat, že VHS nese odpovědnost za řádný výkon Koncesní smlouvy, případně že záležitosti sjednané v příkazní / komisionářské smlouvě budou řádně obstarány, lze sjednat i odpovědnost za výsledek.⁵
- 7.7. Základní rozdíly mezi komisionářskou smlouvou a příkazní smlouvou lze spatřovat v následujícím:
- 7.7.1. **Zastoupení.** Komisionář (VHS) plní závazek vlastním jménem na účet komitenta (město Semily), typově tedy jde o nepřímé zastoupení komitenta. Oproti tomu příkaz lze sjednat jak ve formě přímého, tak i nepřímého zastoupení. Přímé zastoupení znamená jednání jménem a na účet příkazce (města Semily) s tím, že zástupčí oprávnění bývá navenek typicky demonstrováno plnou mocí, kdežto v případě nepřímého zastoupení jedná příkazník (VHS) vlastním jménem na účet příkazce (města Semily).

⁵ Srov. *Petrov, J., Výtisk, M., Beran, V. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, [cit. 14-01-2022], dostupné na: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembrhfpw2nrgfzwxwzsgaytexzyhfpaxzrsgqzta>.*

- 7.7.2. **Úplata.** Komise je na rozdíl od příkazu pojmově úplatná. Stanovení výše odměny však není podstatnou náležitostí komisionářské smlouvy. Je-li ve smlouvě ujednáno úplatné nepřímé zastoupení, je taková smlouva v zásadě vždy vykládána jako komise ve smyslu § 2455 a násl. OZ.⁶
- 7.8. Ve výše uvedených souvislostech a se zohledněním nám známé skutečnosti přikládáme k řešení prostřednictvím uzavření komisionářské smlouvy. VHS tak bude v souvislosti s Koncesní smlouvou oprávněna vykonávat činnosti související se správou závazků a oprávnění města Semily, a to vlastním jménem, přičemž takové jednání bude činit ve prospěch města Semily, mj. zajišťování řádného přijetí a případného vymáhání nájemného.
- 7.9. V rámci komisionářské smlouvy rovněž považujeme za vhodné akcentovat odbornost VHS v oblasti svěřené správy, včetně stanovení případné povinnosti doporučovat uzavření konkrétních dodatků ke Koncesní smlouvě apod. Akcentace odbornosti VHS se jeví vhodnou i z důvodu případné odpovědnosti, pokud by se ukázalo, že VHS jednal např. v rozporu se ZZVZ.
- 7.10. V ostatních provozních záležitostech pak lze přiměřeně využít znění pachtovní smlouvy zpracované pro koncesní řízení zahájené městem Semily na provoz ČOV dne 27. října 2021.
- 7.11. Případnou úplatu lze sjednat jako provizi z vybraného podílu nájemného na základě Koncesní smlouvy, který připadá na město Semily.

8. NUTNÉ ÚPRAVY KONCESNÍ SMLOUVY

- 8.1. I v případě, že bude zvoleno řešení přistoupení ke Koncesní smlouvě na straně zadavatele, bude nutné v Koncesní smlouvě provést formou dodatku několik dílčích úprav reflektujících navržené změny. Tyto úpravy se musí promítnou zejména v následujících pasážích Koncesní smlouvy:

Článek I. Úvodní ustanovení

- 8.2. V rámci článku I bude nutné objasnit pozici města Semily jakožto druhého vlastníka ve vztahu k vymezenému Vodohospodářskému majetku města Semily. Především považujeme za vhodné výslovně vymezit, která část Vodohospodářského majetku je ve výlučném vlastnictví města Semily.
- 8.3. V úvodních ustanoveních Koncesní smlouvy považujeme za vhodné dále definovat klíč, na základě kterého budou mezi město Semily a VHS rozdělována jiná plnění (výnosy) než nájem přijatý na základě Koncesní smlouvy (např. smluvní pokuty uhrazené SČVK ve smyslu čl. XXIII Koncesní smlouvy). Tato jiná plnění navrhuje dělit podle následujícího klíče:
- 8.3.1. plnění týkající se výlučně majetku ve vlastnictví jednoho ze zadavatelů, připadají tomu zadavateli, k jehož majetku se vážou;
- 8.3.2. nebude-li možné určit k jaké části majetku se plnění váže, případně týká-li se Vodárenské infrastruktury jako celku nebo jedná-li se o jiné plnění, bude takové plnění mezi zadavatele rozděleno podle podílu města Semily na nájemném (viz níže).
- 8.4. V úvodních ustanoveních se taktéž jeví vhodným specifikovat i podíl města Semily na dalších závazcích zadavatelů plynoucích z Koncesní smlouvy. Poměr podílu města Semily na nájemném by pak mohl odpovídat i případným dalším závazkům obou zadavatelů z Koncesní smlouvy. Tímto postupem by byla stanovena maximální výše účasti města Semily na těchto závazcích.

Článek VII. Nájemné a jeho platba

- 8.5. V rámci tohoto článku považujeme za vhodné vymezit podíl města Semily na nájemném, aniž by se tato skutečnost dotýkala dalších ujednání (s výjimkou klíče dle čl. 8.3 tohoto stanoviska) – tedy nájemné by stejně jako doposud bylo jako celek hrazeno ve prospěch VHS, který by následně na základě komisionářské smlouvy převáděl odpovídající podíl městu Semily.

⁶ Tamtéž.

Článek XI. Údržba Vodohospodářského majetku, odstraňování Poruch a Havárií

- 8.6. V rámci tohoto článku bude nutné vymezit, jakým způsobem bude řešeno případné vzájemné započtení závazků a pohledávek v souvislosti s povinností zadavatelů uhradit výdaje SČVK na technické zhodnocení Vodohospodářského majetku vůči nájemnému. S ohledem na skutečnost, že může dojít k technickému zhodnocení majetku pouze jednoho ze zadavatelů, může se případný zápočet ve smyslu čl. XI odst. 8 Koncesní smlouvy negativně projevit na konečné výši nájemného druhého ze zadavatelů (tj. snížení výše skutečně přijatého plnění), a to aniž by došlo k reálnému zhodnocení jeho majetku.
- 8.7. Výše uvedenou záležitost doporučujeme k dalšímu uvážení a řešení s VHS.

Článek XVII. Ukončení Smlouvy

- 8.8. V rámci předmětného článku, případně komisionářské smlouvy, doporučujeme uvážít, zda adresovat a stanovit pravidla pro situaci, kdy na straně města Semily a VHS nebude shoda ohledně ukončení Koncesní smlouvy. Především považujeme za vhodné uvážít pravidla pro jednostranné vystoupení města Semily z Koncesní smlouvy a odebrání vloženého Vodohospodářského majetku z koncese.
- 8.9. Upozorňujeme, že případné jednostranné vystoupení města Semily z Koncesní smlouvy a odebrání vloženého Vodohospodářského majetku z koncese může mít vliv na pokračování Koncesní smlouvy jako takové, resp. mohlo by být v rovině ZZVZ považováno za podstatnou změnu.

Článek XX. Škody na Vodohospodářském majetku a omezení odpovědnosti

- 8.10. Dle čl. XX. odst. 5 Koncesní smlouvy je vlastník povinen sjednat a udržovat po celou dobu trvání Koncesní smlouvy pojištění Vodohospodářského majetku. Z poskytnutých informací rozumíme, že Vodohospodářský majetek města bude pojištěn městem Semily, tuto skutečnost doporučujeme výslovně v Koncesní smlouvě upravit. Dojde-li na straně města Semily v této záležitosti ke změně zastávané pozice, doporučujeme v rámci jednání města Semily a VHS otázku pojištění otevřít.

9. UPOZORNĚNÍ

- 9.1. Toto Memorandum jsme připravili na základě souvislostí a zadání uvedených výše. Memorandum vyjadřuje náš kvalifikovaný právní názor a není možné vyloučit, že by se příslušný soud či jiný veřejný orgán přiklonil k jinému závěru. Memorandum bylo zpracováno pro potřeby města Semily. Memorandum jsme vydali na základě emailové komunikace ze dne 10. ledna 2022.