

# Založení joint venture z pohledu zadávání veřejných zakázek

Založení korporátní joint venture struktury (dále jen „JV“) mezi veřejným zadavatelem a soukromým investorem není cokoli neobvyklého, a může přinést mnoho pozitivních synergických efektů. JV má zpravidla formu akciové společnosti, lze si představit i společnost s ručením omezeným. Proces vzniku JV a jeho následné fungování je nezbytné analyzovat nejen z pohledu práva soukromého (zejména právní úpravy obchodních společností), ale i z pohledu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“).

**T**ypicky si lze představit založení JV s ohledem na rozvoj zájmových lokalit navazujících na terminály hromadné dopravy, např. na nádraží, stanice metra atp.

## Smlouvy

Založení a fungování JV je upraveno v celé řadě smluv uzavíraných mezi akcionáři navzájem a v některých případech mezi JV a jedním z akcionářů. Mezi nejdůležitější smlouvy patří smlouva o založení JV, stanovy, akcionářská smlouva, smlouva o úvěru, smlouva o zápůjčce peněz, opční smlouva, smlouva o spolupráci, smlouvy o budoucích smlouvách o zřízení věcných práv, smlouvy o poskytnutí know-how a různé smlouvy o oblasti developmentu (management services agreement, development and financial services agreement atp.).

## Založení JV

Samotné založení JV jako takové nepředstavuje veřejnou zakázku ve smyslu ZZVZ a není tedy podřízeno jeho režimu. Při výběru investora pro JV tedy není nutné postupovat v některém ze zadávacích řízení podle ZZVZ. Tento závěr se uplatní i za předpokladu, že investor současně poskytne JV úvěr, tedy v případě, kdy účelem vstupu investora do JV bude primárně poskytnutí dlouhodobého úvěru JV, nikoli jen pouhá akcionářská účast v JV. Obecně lze přesto doporučit, aby veřejný zadavatel při výběru vhodného investora postupoval transparentně a nediskriminačně, tj. aby způsob výběru investora nebyl náhodný, ale byl výsledkem určitého formalizovaného postupu, jakkoli nespádajícího do režimu ZZVZ.

## Poskytnutí úvěru

V souladu s ustanovením § 29 písm. m) ZZVZ zadavatel není povinen zadat veřejnou

zakázku v zadávacím řízení, jde-li o úvěr nebo zápůjčku. Přijetí úvěru jakýmkoli subjektem (ať již ze strany JV nebo ze strany veřejného zadavatele) tedy v souladu s uvedeným ustanovením ZZVZ nepředstavuje veřejnou zakázku, kterou je nutné zadat v zadávacím řízení, a proto by nemělo být ani dovozováno obcházení ZZVZ založením JV s investorem, jehož hlavním účelem vstupu je poskytnutí dlouhodobého úvěru.

## Nabytí nemovitých věcí

Podle § 29 písm. h) ZZVZ platí, že zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jejímž předmětem je nabytí existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv. Půjde zejména o existující pozemky či stavby na nich zřízené.

Budoucí stavby spojené s dopravní infrastrukturou zřejmě nelze v tuto chvíli považovat za „existující“ věci nemovité, byť některé mohou být prostorovou částí budov, které budou součástí existujících nemovitých věcí (pozemků), tj. tyto budovy nebudou samostatnou nemovitou věcí. ZZVZ tuto problematiku výslovně neřeší. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve své rozhodovací praxi v minulosti opakovaně označil za obcházení zákona, když dovodil, že výjimka dopadající na nabytí, nájem nebo pacht existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv (nyní upravená v § 29 písm. h) ZZVZ), byla nesprávně použita v případech, kdy byl uzavřen komplex dohod spočívající v tom, že konkrétní developer nejprve nemovitosti postaví a následně převede na veřejného zadavatele.

## Ostatní smlouvy

Pro posouzení uzavírání ostatních smluv (architekti, výstavba, technický dozor atp.) na realizaci projektu je nezbytné posoudit postavení JV z pohledu ZZVZ, tedy zda

JV bude představovat tzv. „zadavatele“ ve smyslu ZZVZ a zda bude obecně podřízen režimu ZZVZ při zadávání veřejných zakázek. ZZVZ rozumí pod obecním pojmem „zadavatel“ tzv. veřejného zadavatele, nebo tzv. dotovaného zadavatele nebo tzv. sektorového zadavatele.

## Postavení JV z hlediska ZZVZ

Postavení JV z hlediska ZZVZ se bude odvíjet od způsobu financování JV a samotného projektu (zejména výstavby); faktického poměru ovládnutí uvnitř JV; a činností, které bude JV realizovat nebo na jejichž realizaci se bude připravovat.

## Veřejný zadavatel

Podle § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ je „veřejným zadavatelem“ (mimo jiné) jiná právnická osoba, pokud byla založena nebo zřízena za účelem „uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“; a jiný veřejný zadavatel ji „převážně financuje“; může v ní „uplatňovat rozhodující vliv“ nebo „jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu“. Aby jiná právnická osoba byla považována za veřejného zadavatele v souladu s § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ, musí být naplněny všechny výše uvedené předpoklady.

## Financování

Způsob financování JV představuje jedno z hledisek významných pro závěr, zda JV bude splňovat definici „veřejného zadavatele“ ve smyslu ZZVZ. V případě, že je určita právnická osoba „převážně financována“ jiným veřejným zadavatelem, znamená, že je splněna jedna z podmínek definice „veřejného zadavatele“ (podmínka podle § 4 odst. 1 písm. e) bod 2 ZZVZ).

Pro objasnění zákonné definice „převážného financování“ je nutné vycházet, a činí tak i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, z relevantní judikatury Evropského soudního dvora. Ve svém rozsudku ze dne 3. října 1998, C-380/98 University of Cambridge, Evropský soudní dvůr dospěl k závěru, že podmínka „převážného financování“ znamená, že příjem právnické osoby od státu či jiného veřejného zadavatele je vyšší než 50 %.<sup>1</sup>

Současně je nutné upozornit na skutečnost, že v rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (rozhodnutí č. j. R74,75/2006-7922/2011/310/JHr) se lze setkat s názorem, že „... je nerozhodné, zda z pohledu účetnictví je společnost (...) financována z vlastních zdrojů, tvořených bankovním úvěrem a vklady jejích společníků, neboť pro posouzení, zda konkrétní subjekt je veřejným zadavatelem, je nutno zohlednit faktický původ finančních prostředků, které tento subjekt vynakládá.“

I kdyby byla naplněna výše uvedená podmínka, že jiný veřejný zadavatel „převážně financuje“ JV, nestačí to samo o sobě pro podřazení JV pod pojem „veřejného zadavatele“ a tím i pod režim ZZVZ. Musí být naplněna rovněž podmínka, že jiný veřejný zadavatel může v JV „uplatňovat rozhodující vliv“ nebo „jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu“. Zároveň by musela být splněna podmínka, že JV bylo založeno nebo zřízeno za účelem „uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“ (viz níže).

### Ovládání

Z hlediska ovládání je podstatné, jaké bude postavení akcionářů v JV a jaká bude úprava vztahů v akcionářské smlouvě. Aby nebyla naplněna tato podmínka definice „veřejného zadavatele“ podle § 4 odst. 1 písm. e) bod 2. ZZVZ, úprava vzájemných vztahů akcionářů by neměla zakládat možnost veřejného zadavatele, i jako menšinového akcionáře JV, v JV fakticky „uplatňovat rozhodující vliv“ nebo „jmenovat více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.“ To platí samozřejmě za předpokladu, že i investor bude čistě soukromá osoba, která nesplňuje kritéria veřejného zadavatele.

### Poskytování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu

Jak bylo uvedeno výše, pro naplnění definice „veřejného zadavatele“ by kromě výše zmíněné podmínky „převážného financování“ veřej-

**Podíly a vztahy mezi akcionáři v JV a dceřiných společnostech musí být nastaveny tak, že nebudou zakládat „rozhodující“ nebo „dominantní vliv“ veřejného zadavatele nad těmito společnostmi. Tyto společnosti nesmí být ani nepřímou „převážně financovány“ veřejným zadavatelem a současně investor v JV bude ryze soukromá osoba.**

ným zadavatelem a/nebo ovládnání ze strany veřejného zadavatele musela být současně naplněna podmínka, že JV bylo založeno nebo zřízeno za účelem „poskytování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.“ Otázka naplnění této definice je podstatně složitější. V souladu s rozhodovací praxí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a evropské judikatury je třeba vyjít z faktického stavu, kdy postačí, aby společnost vykonávala jakoukoli činnost (byť z hlediska celkové činnosti minoritní) k uspokojování potřeb veřejného zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, tj. není běžně zajišťována trhem, a předmětná definice (podmínka) bude naplněna.

Pokud předmětem činnosti JV má být pouze vykoupení pozemků a založení dceřiných společností a pokud na těchto pozemcích dceřiné společnosti realizují výstavbu budov, pak JV ani jeho dceřiné společnosti tedy samy nebudou přímo provozovat dopravu ani dopravní infrastrukturu, tedy činnost ve veřejném zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu. V tomto ohledu by nebyla splněna jedna z podmínek stanovená ustanovením § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ, a proto by JV (resp. dceřiné společnosti) nemuselo zadávat zakázky podle ZZVZ.

### Dotovaný zadavatel

Pokud by JV nenaplněvalo definici „veřejného zadavatele“, je nezbytné se zabývat otázkou, zda nenaplnuje event. definici tzv. „dotovaného zadavatele“. V souladu s ustanovením § 4 odst. 2 ZZVZ se za zadavatele totiž považuje i osoba (a to dokonce bez ohledu na to, zda ji ovládá jiný veřejný zadavatel), která k úhradě nadlimitní nebo podlimitní veřejné zakázky použije více než 200 mil. Kč nebo více než 50 % prostředků poskytnutých z rozpočtu veřejného zadavatele, rozpočtu Evropské unie nebo veřejného rozpočtu cizího státu. Aby

se tedy v případě JV nebo dceřiných společností jednalo o tzv. „dotovaného zadavatele“, musely by prostředky z rozpočtu veřejného zadavatele, rozpočtu Evropské unie nebo veřejného rozpočtu cizího státu přesahovat 50% podíl na financování veřejné zakázky anebo přesahovat 200 mil. Kč. Zvláštní otázka vzniká v případě, že finanční prostředky získá JV převážně nebo výlučně z plateb hrazených zadavatelem nebo jiné úplaty za umožnění užívání. ZZVZ tuto otázku výslovně neřeší a nelze vyloučit, že by se i v tomto případě aplikoval výše uvedený rozsudek Evropského soudního dvora C-380/98 University of Cambridge a výše uvedené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. R74,75/2006-7922/2011/310/JHr.

### Sektorové veřejné zakázky

V případě, že by JV nebylo možné považovat za „veřejného zadavatele“, je postavení JV a dceřiných společností potřeba posoudit i z hlediska toho, zda by nepředstavovaly zadavatele povinného zadávat podle ZZVZ tzv. „sektorové veřejné zakázky“ (tzv. sektorové zadavatelé).

V souladu s § 151 odst. 2 ZZVZ je tzv. „sektorovou veřejnou zakázkou“ také zakázka, kterou zadává jiná osoba při výkonu tzv. „relevantní činnosti“, pokud (a) relevantní činnost vykonává na základě zvláštního nebo výhradního práva podle § 152 ZZVZ, nebo (b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo nebo nepřímou uplatňovat „dominantní vliv“.

### Dominantní vliv

Dominantní vliv je definován v § 151 odst. 3 ZZVZ a rozumí se jím případ, kdy jedna osoba přímo nebo nepřímou (a) drží většinový podíl na upsaném základním kapitálu jiné osoby, (b) disponuje většinou hlasovacích práv vyplývajících z podílu na jiné osobě nebo

c) může jmenovat více než polovinu statutárního nebo kontrolního orgánu jiné osoby. V případě, že struktura a úprava vztahů mezi akcionáři JV, resp. dceřiných společností, bude taková, že nebude zakládat „dominantní vliv“ nad těmito společnostmi, pak nebude naplněna jedna z podmínek pro povinnost zadávat sektorové zakázky podle ZZVZ. Platí tedy obdobně jako u posouzení JV z hlediska naplnění kritérií „veřejného zadavatele“, že rozhodující bude konkrétní podoba a úprava vztahů mezi akcionáři v JV a v dceřiných společnostech.

### Relevantní činnost

Pokud by bylo možné dovést „dominantní vliv“ veřejného zadavatele v JV nebo dceřiných společnostech, je třeba se dále zabývat i otázkou, zda je naplněna podmínka výkonu tzv. „relevantní činnosti“. Podle § 153 ZZVZ se za „relevantní činnost“ považuje mimo jiné činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy. Ne zcela zřejmou zůstává otázka, zda dikcí ZZVZ „činnost související s poskytováním či provozováním sítí...“ je za relevantní činnost považována jenom přímá činnost provozovatele sítí nebo činnost třetí osoby, tj. osoby, která by dopravní síť neprovozovala, ale působila by fakticky pouze jako „servisní“ společnost pro provozovatele a následně by mu využívání pozemků a částí staveb umožnila. Z historických zkušeností lze dovést, že v konkrétních případech developeri realizovali výstavbu na stanicích metra (nad stanicemi metra), včetně propojení vestibulů s těmito stanicemi, a tato činnost nebyla považována za „relevantní činnost“.

### Dopady ZZVZ na JV

V případě, že by byly JV nebo dceřiné společnosti v postavení „veřejného zadavatele“ nebo „dotovaného zadavatele“ (aniž bychom toto postavení předběžně dovozovali), pak v případě externího zajištění výstavby a dalších souvisejících služeb, např. služeb architektů, stavebního dozoru, poradců, makléřů apod., musí JV a dceřiné společnosti v určitých případech postupovat formalizovaným postupem (zadávací řízení) podle ZZVZ.

V případě, že by byly JV nebo dceřiné společnosti v postavení „zadavatele povinného zadat sektorové zakázky“, musí JV nebo dce-

řiné společnosti (v případě externího zajištění výstavby a dalších souvisejících služeb, např. služeb architektů, stavebního dozoru, poradců, makléřů apod.) pokud jsou naplněny podmínky výkonu „relevantní činnosti“, zadávat v režimu ZZVZ nadlimitní veřejné zakázky související s výkonem relevantní činnosti u dodávek a služeb zakázky s předpokládanou hodnotou nad 11.413.000 Kč; a v případě stavebních prací s předpokládanou hodnotou nad 142.668.000 Kč.

Pro komplexnost informace uvádíme, že pro případ, že by JV nebo dceřiné společnosti byly v postavení zadavatele (veřejného zadavatele, dotovaného zadavatele a/ nebo zadavatele povinného zadávat sektorové zakázky) (aniž bychom toto postavení předběžně dovozovali), je třeba analyzovat i možnost, zda by se v případě výstavby nejednalo o tzv. „koncesi“ (event. „sektorovou koncesi“) ve smyslu ustanovení § 174 odst. 2 ZZVZ. V souladu s tímto ustanovením se tzv. „koncesi“ rozumí uzavření úplatné smlouvy zadavatelem, ve které zadavatel zadá činnosti zhotovení stavby nebo poskytnutí souvisejících projektových činností zadávaných společně se stavebními pracemi nebo stavební činnosti<sup>2</sup> dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu tzv. „braní užitků“ vyplývajících z provozování stavby, která je výsledkem poskytnutých stavebních prací, nebo v tomto právu společně s platbou, a na dodavatele přenáší zcela nebo částečně „riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozování stavby“.<sup>3</sup>

Pokud by tedy JV nebo dceřiné společnosti splňovaly definici zadavatele<sup>4</sup> a současně by byly naplněny podmínky pro posouzení smlouvy jako „koncese“, což by v daném případě mohlo být např. tehdy, pokud by většina ceny za zhotovení stavby byla dodavateli hrazena ve formě výnosů z budoucích (nejistých) pronájmů staveb a jejich částí (s existencí rizika poptávky a výnosnosti, které by nezaručovaly návratnost vynaložených investic), pak by takovou koncesi zadavatel musel podle § 176 odst. 1 ZZVZ zadat v koncesním řízení nebo jiném druhu zadávacího řízení. V souvislosti s případným naplněním definice „koncese“ je nutné upozornit na ustanovení § 186 ZZVZ, podle kterého u veřejného zadavatele podle § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ, jehož je zřizovatelem nebo zakladatelem územní samosprávný celek, nebo ho územní samosprávný celek převážně financuje nebo ovládá nebo územní samosprávný celek jmenuje více než polovinu členů v jeho statutárním nebo kontrolním

orgánu, je takový zadavatel povinen si vyžádat předchozí stanovisko Ministerstva financí České republiky. Na rozdíl od předchozí úpravy však není nesplnění této povinnosti sankcionováno neplatností takto uzavřené smlouvy.

### Závěr

Podíly a vztahy mezi akcionáři v JV a dceřiných společnostech musí být nastaveny tak, že nebudou zakládat „rozhodující“ nebo „dominantní vliv“ veřejného zadavatele nad těmito společnostmi. Tyto společnosti nesmí být ani nepřímou „převážně financovány“ veřejným zadavatelem a současně investor v JV bude ryze soukromá osoba.

**JUDr. Gabriel Achour, advokát**  
**ACHOUR & PARTNERS advokátní kancelář, s. r. o.**

ACHOUR & PARTNERS

## Poznámky:

- <sup>1</sup> Ve stejném rozsudku pak Evropský soudní dvůr dospěl k závěru, že nejhodnějším obdobím pro zjišťování poměru financování je rozpočtový rok, ve kterém je zahájeno příslušné zadávací řízení. Ve svých rozhodnutích tak Úřad pro ochranu hospodářské soutěže z hlediska naplnění tohoto kritéria posuzuje příjmy příslušného subjektu za rozpočtový rok a zkoumá, zda příjmy od veřejných zadavatelů (z veřejných zdrojů, typicky dotace) přesáhly 50 % celkových příjmů.
- <sup>2</sup> Jak jsou definovány v oddílu 45 slovníku jednotného klasifikačního systému pro účely veřejných zakázek.
- <sup>3</sup> Má se za to, že došlo k přenesení provozního rizika, 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 riziko na straně poptávky i nabídky. Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, pokud část provozního rizika přenesená na dodavatele zahrnuje skutečné vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty dodavateli nebyly pouze zanedbatelné.
- <sup>4</sup> V tomto případě veřejného zadavatele, dotovaného zadavatele a/ nebo zadavatele povinného zadávat sektorové zakázky.