ÚOHS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

VEŘEJNÉ ZAKÁZKY V NOVÉM

INFORMAČNÍ LIST 3/2016

OBSAH

ÚVODNÍ SLOVO PŘEDSEDY . . . 3

ÚVOD . . . 4

OCHRANA PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE V NOVÉM ZÁKONĚ O ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK . . . 5

ZÁKLADNÍ PŘÍSTUPY K APLIKACI VÝJIMKY UVEDENÉ V § 29 PÍSM. K) ZZVZ ZE STRANY ÚOHS . . . 17

PŘEDBĚŽNÉ TRŽNÍ KONZULTACE . . . 22

V JAKÉ PODOBĚ PŘEDÁVAT ÚOHS DOKUMENTACI O ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ, JE-LI POSTUP ZADAVATELE NAPADEN? . . . 26

„ZAKÁZKOVÉ“ OPČNÍ PRÁVO A VYHRAZENÉ ZMĚNY ZÁVAZKU . . . 28

K UVEŘEJŇOVACÍM POVINNOSTEM ZADAVATELŮ – UVEŘEJŇOVÁNÍ INFORMACÍ A DOKUMENTŮ DLE ZZVZ . . . 34

INOVAČNÍ PARTNERSTVÍ . . . 40

VERTIKÁLNÍ A HORIZONTÁLNÍ SPOLUPRÁCE ZADAVATELŮ . . . 45

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno
Redakční rada: Milena Marešová, Martin Švanda
Foto: archiv ÚOHS, Jef Kratochvil, Aleš Špidla
Telefon: 542 167 111
Fax: 542 167 117
E-mail: posta@compet.cz
https://www.uohs.cz
Uzávěrka textu: 26. 9. 2016
Grafická úprava a tisk: Metoda spol. s r. o.

ÚVODNÍ SLOVO

K 1. říjnu 2016 vstoupila v účinnost nová právní úprava zadávání veřejných zakázek v České republice. Nový zákon byl všeobecně očekáván, neboť dosavadní předpis svazoval všechny strany zadávacího procesu přílišným formalizmem, což znamenalo značnou a mnohdy nadbytečnou administrativní zátěž.

Nový zákon, u jehož vzniku Úřad pro ochranu hospodářské soutěže od počátku participoval jako spolugestor pro oblast dohledu nad zadáváním, by měl přinést výrazné rozvolnění formálních pravidel. S větší volností jde však ruku v ruce také větší odpovědnost zadavatele za to, že jeho postup bude vždy v souladu se základními zásadami zadávání, tedy transparentností, nediskriminačním a rovným přístupem k uchazečům a nově i přiměřeností.

V rámci dohledu, za nějž je ÚOHS odpovědný, očekávám, že vlivem nového zákona dojde ke zvýšení podílu meritorních rozhodnutí nad rozhodnutími procesního charakteru. Nová právní úprava sice znamená, že Úřad bude muset vytvořit v některých oblastech zcela novou rozhodovací praxi, nicméně i přes tuto skutečnost jsme připraveni navázat na aktuální stav rychlého rozhodování a chceme tuto roli plnit s ohledem na nové blokační lhůty v zásadě v každé přezkoumávané věci.

V rámci proaktivního přístupu nyní Úřad vydává i tento informační list, aby nejenže připomněl hlavní změny, které nová právní úprava přináší, ale aby hned na počátku účinnosti zákona podrobněji vyložil, jakým způsobem bude přistupovat k některým novým institutům v zadávání veřejných zakázek.

Petr Rafaj

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

ÚVOD

Dne 1. října 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který k tomuto datu v plném rozsahu nahradil zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (účinný ode dne 1. července 2006 do dne 30. září 2016). Nový zákon byl Parlamentem České republiky přijat v reakci na tři nové směrnice Evropského unie, jež měla Česká republika povinnost transponovat do svého vnitrostátního právního řádu. Jedná se o směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí a směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES.[1]

Zákon o zadávání veřejných zakázek navazuje v některých aspektech na původní zákon o veřejných zakázkách, a lze tak vysledovat prvky kontinuity právní úpravy, v mnoha ohledech je však koncepce tohoto zákona odlišná, přičemž do českého právního řádu zavádí rovněž některé dosud neznámé a nezaužívané instituty zadávání veřejných zakázek.

Velkou předností nového zákona je větší volnost volby postupu v zadávacím řízení a „odformalizování" celého zadávacího procesu. Zákon rovněž narovnává některá práva a povinnosti zadavatelů a dodavatelů, přičemž rozšiřuje prostor pro to, aby Úřad pro ochranu hospodářské soutěže mohl v co nejvíce případech rozhodovat o věci meritorně, nikoli procesně. Co se týká konkrétních postupů v zadávacím řízení, zákon zcela nově a „moderně" pojímá koncepci změn závazků ze smluv na veřejné zakázky, kdy – v odůvodněných případech – např. odbourává překážky pro kontraktaci víceprací nebo umožňuje záměnu jednotlivých prací či materiálů za kvalitativně a cenově srovnatelné práce a materiály, dále zákon usnadňuje uzavírání měřených kontraktů, umožňuje zadavatelům zohlednit předchozí negativní zkušenosti s konkrétním dodavatelem, umožňuje zadavatelům efektivněji stanovit pravidla zjednodušeného podlimitního řízení nebo opouští detailní regulaci některých formálních či interních úkonů zadavatele (příprava jednání hodnotící komise apod.). K dílčím, avšak podstatným změnám, dochází též v částech věnovaných koncesnímu řízení, a také v oblasti přezkumu úkonů zadavatele, kdy je především posílena odpovědnost zadavatele za nápravu nezákonných kroků.

Jelikož je koncepce nového zákona v některých ohledech značně odlišná od dosavadního zákona o veřejných zakázkách, přičemž řada institutů je našemu právu či zkušenostem z poslední doby zcela neznámých, rozhodl se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže vydat tento infolist, prostřednictvím kterého chce seznámit širokou veřejnost s vybranými instituty zadávání veřejných zakázek. Pojednáno bude samozřejmě o změnách ve správním přezkumu zadávacích řízení. Často se setkávám s tím, že i z úst odborníků, jež o právu zadávání veřejných zakázek přednášejí, zaznívá, že v dozorové části není vlastně žádná změna a s touto poznámkou celou část třináctou přecházejí. O tom, že dílem zůstala zachována koncepce přezkumu tak, jak ji známe, ale že dílem dochází i k významným změnám, jež se dotýkají postupu zadavatelů, dodavatelů ale i široké veřejnosti, se na následujících řádcích seznámíte. Věnujete-li následujícím statím pozornost, přesvědčíte se, že změny v části třinácté zákona ohledně ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele jsou poměrně zásadní. Jednou z těch nejvýznamnějších je např. nová koncepce blokace uzavření smlouvy do doby, než bude o věci rozhodnuto. Dále bude pojednáno o vybraných institutech, které v zákoně o zadávání veřejných zakázek doznávají určitých změn, či se jedná o naprosté novinky.

Vydáním tohoto infolistu však činnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v oblasti informování a vzdělávání široké veřejnosti o nové úpravě zadávání veřejných zakázek nezačíná a samozřejmě nekončí. Standardem již je vydávání výkladových stanovisek a metodických pokynů k problematickým institutům a nejednoznačným ustanovením zákona, v čemž bude Úřad pro ochranu hospodářské soutěže pokračovat i za účinnosti nového zákona. Tomu, že toto téma, a to podání výkladových stanovisek, Úřad chce uchopit jinak, svědčí i skutečnost, že v době, kdy tyto řádky budou váženým čtenářem studovány, již byla finalizována i řada oficiálních stanovisek ve spolupráci s gestorem zákona, jež napomůže lepšímu pochopení některých ustanovení této bezesporu složité normy.

Nadto se Sekce veřejných zakázek dlouhodobě spolupodílí na organizaci školení mj. zaměstnanců orgánů činných v trestním řízení (cílem školení je zajistit, aby nedocházelo ke zbytečné kriminalizaci účastníků zadávacího řízení při nesprávné aplikaci právní úpravy zadávání veřejných zakázek) a zaměstnanci sekce aktivně vystupují na odborných konferencích a školeních organizovaných externími subjekty. Lze očekávat, že se vstupem nové právní úpravy v účinnost vzdělávací činnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nabude na intenzitě.

Josef Chýle,
místopředseda, Sekce veřejných zakázek

1 Nový zákon o zadávání veřejných zakázek transponuje i další právní normy, jako je např. tzv. dohledová směrnice, která však na unijní úrovni nebyla spolu se třemi uvedenými směrnicemi měněna; přitom je vhodné dodat, že se v současné době na úrovni Evropské komise diskutuje o možnostech její změny.

OCHRANA PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE V NOVÉM ZÁKONĚ O ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

Josef Chýle,
místopředseda,
Sekce veřejných zakázek

Mojmír Florian,
ředitel,
Odbor veřejných zakázek II

Dne 29. dubna 2016 byl ve Sbírce zákonů publikován zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též jen „ZZVZ" nebo „zákon"), který dle ustanovení § 279 odst. 1 nabývá účinnosti prvním dnem šestého kalendářního měsíce následujícího po dni jeho vyhlášení, tedy k 1. říjnu 2016.

Zákon upravující veřejné zadávání je nepochybně právní normou mimořádné důležitosti,[1] která je dána už tím, že objem finančních prostředků alokovaných prostřednictvím veřejných zakázek dlouhodobě dosahuje hodnot kolem půl bilionu korun ročně.[2]

Cílem tohoto příspěvku je seznámit čtenáře s tou částí nové úpravy, za kterou nesl Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též jen „Úřad" nebo „ÚOHS") v průběhu legislativních prací coby její autor odpovědnost. Nikoli překvapivě jde o část třináctou zákona, jež upravuje ochranu proti nesprávnému postupu zadavatele.

1. KONCEPCE NOVÉ ÚPRAVY

Hned na úvod je třeba poznamenat, že autoři „dozorové části" zákona se při tvorbě nové právní úpravy nevydali cestou revoluce (ať již terminologické nebo věcné), ale spíše – jak věří – evoluce. Snahou bylo zachovat z předcházející (a lze říci, že minimálně odborné veřejnosti všeobecně známé) právní úpravy vše, co se osvědčilo, a korigovat pouze ty instituty, u kterých se v praxi ukázalo, že buď nejsou zcela domyšlené, nebo neplní svoji funkci tak, jak bylo třeba i původně zamýšleno, a to zejména s ohledem na účel právní úpravy ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele, kterým nemůže být dle názoru autorů tohoto příspěvku nic jiného než efektivita takové ochrany.

Je zcela evidentní (a soudní judikaturou opakovaně potvrzenou[3]) skutečností, že jakékoli řízení týkající se nesprávného postupu zadavatele má v sobě silné prvky kontradiktornosti, kdy dodavatel, který se cítí být postupem zadavatele poškozen, legálnost tohoto postupu zpochybňuje, zatímco zadavatel jej brání. Pojímáno poněkud šířeji je zřejmé, že zájmy dodavatelů a zadavatelů jsou mnohdy zcela protichůdné. Tak by jistě pro každého zadavatele byla ideální právní úpravou taková, která by mu umožňovala v podstatě nerušeně realizovat celé zadávací řízení, zatímco pro dodavatele je zásadní možnost jednotlivé postupy zadavatele naopak napadat, a to takovým způsobem, aby účel takové obrany nebyl zmařen dříve, než bude o věci autoritativně rozhodnuto. Přitom lze vycházet z toho, že z pohledu dodavatele je jediným legitimním účelem jeho obrany proti postupu zadavatele to, aby dosáhl nápravy, tzn. konkrétně např. možnosti se o veřejnou zacházku vůbec ucházet (v případě, že byl neoprávněně vyloučen nebo se díky nezákonně stanoveným zadávacím podmínkám ani účastníkem zadávacího řízení nemohl stát), nebo ji realizovat (v případě, kdy zadavatel nabídky nezákonně hodnotil a vybraným dodavatelem se tak stal někdo jiný než ten, kdo se jím stát měl).

Úprava ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele proto může být efektivní pouze za situace, kdy budou oprávněné zájmy zadavatelů a dodavatelů rozumně a spravedlivě vyváženy a kdy v ní navíc budou obsaženy dostatečné pojistky proti tomu, aby mohli dodavatelé či zadavatelé prosazovat i své neoprávněné zájmy (přičemž takovým neoprávněným zájmem na straně např. stávajícího dodavatele může být snaha o maximální protahování správního řízení před Úřadem, které mu umožňuje dále plnit z původního, řekněme pro něj velmi výhodného kontraktu).

Z právě uvedených úvah podpořených dlouholetou zkušeností s vedením správních řízení ve věci veřejných

1 Za jeden z nejdůležitějších zákonů, které bude vláda během svého funkčního období předkládat, označil na tiskové konferenci po jednání vlády dne 5. 10. 2015 zákon o zadávání veřejných zakázek i předseda vlády Bohuslav Sobotka.

2 Např. v roce 2014 se dle Výroční zprávy o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2014 zpracované Ministerstvem pro místní rozvoj jednalo o 577 mld. Kč.

3 Zde je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 9. 2011 sp. zn. 62 Af 35/2010.

zakázek potom vyplynulo několik základních postulátů, které měli autoři „dozorové části" zákona při formulaci nové právní úpravy před očima a o kterých je autor tohoto příspěvku pevně přesvědčen, že jsou do ní vtěleny.

Jedná se o následující maximy:

- problém musí být především řešen tam, **kde je to nejrychlejší**, tj. u zadavatele (čím více bude Úřad nahrazovat roli zadavatele, tím bude ochrana dodavatele méně efektivní a celý proces zadávání méně smysluplný);
- postup zadavatele musí být vždy **přezkoumatelný** (opak musí vést k rychlému procesnímu řešení a k nápravě na straně zadavatele);
- žádná obstrukce se nesmí vyplatit (účastník řízení, jemuž nejde o obstrukce, má zájem na rychlém vyřešení věci, jakýkoli pokus o zdržovací taktiku proto musí být spojen s negativními důsledky);
- když už je zahájeno řízení před Úřadem, mělo by dojít k **meritornímu (věcnému) rozhodnutí**.

Je zřejmé, že předcházející právní úprava těmto tezím ne vždy zcela odpovídala, a tak je logické, že vzdor evolučnímu přístupu zmíněnému výše je v nové právní úpravě přítomna celá řada nových prvků, které si budou muset jak zadavatelé, tak dodavatelé osvojit.

1.1. PROBLÉM MUSÍ BÝT PŘEDEVŠÍM ŘEŠEN TAM, KDE JE TO NEJRYCHLEJŠÍ – „RESUSCITACE" NÁMITEK

Tak jako doposud se ochrana před nesprávným postupem zadavatele upravená v zákoně o zadávání veřejných zakázek skládá ze dvou na sebe navazujících fází: z úpravy námitek, které je oprávněn podat stěžovatel[4] zadavateli, který má povinnost o nich rozhodnout, a z úpravy dozoru[5] nad dodržováním zákona, který vykonává Úřad. Souvislost těchto kroků je – obdobně jako doposud – dána pravidly, podle kterých jednak bez předchozího podání námitek nelze ve věci podat návrh na zahájení správního řízení před Úřadem,[6] jednak Úřad nebude vyřizovat podnět k zahájení správního řízení z moci úřední, pokud bude podán stěžovatelem, jenž nevyužil možnost podat námitky.[7]

Jestliže doposud zkušenosti Úřadu hovoří spíše o tom, že vyřizování námitek je pro účastníky řízení před Úřadem jen jakýmsi „nutným zlem," bez kterého nemohou svůj spor přenést do správního řízení před Úřadem, zamýšleným *leitmotivem* nové právní úpravy ochrany před nesprávným postupem zadavatele je posun, který bychom mohli přiléhavě nazvat „rehabilitace" či snad dokonce „resuscitace" námitek.

Je třeba si totiž uvědomit, že skutečným „pánem zadávacího řízení" je vždy zadavatel. Je to on, kdo určuje, jaké plnění poptává (tj. vymezuje předmět plnění veřejné zakázky, přičemž toto vymezení musí být podrobné, srozumitelné a co do významu jednotlivých údajů jednoznačné)[8] a jaké schopnosti či kompetence musí mít dodavatel, aby se mohl o realizaci daného plnění ucházet (tj. vymezuje – v terminologii nového zákona – podmínky kvalifikace). Není dnes již zároveň sporu o tom, že při vymezení těchto základních mantinelů zadávacího řízení nemůže zadavatel postupovat zcela libovolně, neboť i příliš širokým vymezením předmětu veřejné zakázky nebo zjevně nepřiměřeným nastavením kvalifikačních předpokladů se zadavatel může dopustit porušení zákona (konkrétně pak zásady zákazu diskriminace v její skryté podobě).[9]

Zkušenost Úřadu dále vypovídá o tom, že jsou to právě tyto aspekty zadávacích podmínek, vůči kterým stále častěji – spíše než vůči řekněme čistě „procesním" pochybením v rámci zadávacího řízení – směřují návrhy na zahájení správního řízení.

Nová úprava důsledně vychází z toho, že po zadavateli lze spravedlivě požadovat, právě proto, že je „pánem zadávacího řízení," jak bylo uvedeno výše, aby svůj postup v zadávacím řízení aktivně obhajoval. Jinými slovy řečeno: Pokud zadavatel něco uvede do zadávacích podmínek, měl by vědět, proč danou podmínku stanoví, a měl by ji být schopen i věcným, konkrétním způsobem zdůvodnit.

Právě v tomto aspektu přitom tkví samotný *raison d'être*

4 Dle § 241 odst. 1 ZZVZ „*dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté, hrozí nebo vznikla újma* ".

5 Na základě připomínky Komise pro finanční právo Legislativní rady vlády byl dosavadní termín „dohled" (nad dodržováním zákona) nahrazen termínem „dozor" (nad dodržováním zákona), který přísluší Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže jakožto státnímu orgánu. Termín „dohled" je tradičně vyhrazen České národní bance jakožto (nestátnímu) orgánu pro otázky měny a pro dohled nad finančním trhem.

6 Což vyplývá už z toho prostého faktu, že přílohou návrhu (s výjimkou návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 ZZVZ) musí dle § 251 odst. 1 ZZVZ být *rovněž doklad o doručení námitek zadavateli*, přičemž skutečnost, že návrhu (opět s výjimkou návrhu podle § 254 ZZVZ) nepředcházely řádně a včas podané námitky, bude mít za následek zastavení správního řízení podle § 257 písm. h) ZZVZ.

7 § 258 odst. 2 ZZVZ

8 V tomto ohledu je možno poukázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 9. 2014 sp.zn. 62 Af 40/2013, ve kterém soud mimo jiné konstatoval, že „*[z]ákladem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl*". Byť se § 36 odst. 3 věta první ZZVZ („*Zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.*") formulačně liší od § 44 odst. 1 věta první stávajícího zákona o veřejných zakázkách („*Zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.*"), nevidí autor tohoto příspěvku prostor pro podstatnou revizi právě uvedených závěrů.

9 Dovozeno soudní praxí, viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008 nebo rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 1. 11. 2012 sp. zn. 62 Af 57/2011.

úpravy námitek. Pokud má dodavatel za to, že je jakákoli zadávací podmínka či jakýkoli jiný postup zadavatele nezákonný, měl by zadavateli podat zdůvodněné námitky. Takové námitky by měl zadavatel brát *a priori* nikoli jako nutné zlo, ale svým způsobem jako příležitost, aby si znovu ujasnil, zda svým postupem neomezuje soutěž (a nepřipravuje se tak o potenciálně výhodnější nabídky, přičemž získání nejvýhodnější nabídky v otevřené soutěži je nejzákladnějším principem veřejného zadávání). Pokud zadavatel dospěje k závěru, že pochybil, má možnost svůj postup napravit s tím, že se jedná o mnohem rychlejší a efektivnější nápravu, než kdyby bylo výsledkem až uložení nápravného opatření Úřadem. Pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen nikoli obecnými frázemi, ale podrobně a srozumitelně (jinými slovy řečeno přezkoumatelně) toto své stanovisko obhájit. Takové zdůvodnění by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten zahájit správní řízení před Úřadem (které je mimo jiné spojeno s povinností složit kauci mnohdy v ne zcela marginální výši).

Vzhledem k tomu, že autoři „dozorové části" zákona byli přesvědčeni, že jsme za účinnosti předcházející právní úpravy byli kontinuálně svědky vytrácení se tohoto smyslu námitek ze zadavatelské praxe, bylo v novém zákoně formulováno několik buďto pozměněných, nebo zcela nových pravidel, která by měla tento institut v právě naznačeném smyslu rehabilitovat. Jedná se o následující ustanovení.

Především v § 245 odst. 1 věta druhá ZZVZ je výslovně uvedeno, že součástí rozhodnutí o námitkách musí být *„odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách"*.

Na toto ustanovení pak navazuje § 263 odst. 5 ZZVZ, podle kterého *„je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné"*.

Tato dvě ustanovení jsou jakousi kvintesencí nové úpravy ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele. Vyjadřují myšlenku, že zadavatel nemůže očekávat ani to, že někdo jiný (Úřad) se bude meritorně zabývat jeho postupem, aniž by ho on sám přezkoumatelným způsobem hájil, ani to, že by se v zadávacím řízení posunul dále, dokud se ke zdůvodněným námitkám podrobně a srozumitelně nevyjádří [v tomto kontextu je třeba mít na paměti, že právní fikce podání nových námitek dle § 263 odst. 5 ZZVZ s sebou nese i opětovnou aktivaci zákazu uzavřít smlouvu podle § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ].

Povinnost zadavatele podrobně a srozumitelně odůvodnit své rozhodnutí o námitkách nelze pokládat za nikterak novou, bylo ji jistě možné dovodit i z dosavadní právní úpravy, z nedodržení této povinnosti však nešlo smysluplně vyvodit žádný procesní důsledek[10]. Rozebíranou úpravu tak lze také vnímat nikoli jako zcela novou, ale spíše „dotaženou".

Dalším postupem zadavatele, kterým je smysl úpravy námitek zcela popírán, je situace, kdy zadavatel o námitkách v zákonné lhůtě nerozhodne vůbec. Podle dosavadní úpravy platilo, že zadavatel v takovém případě námitkám nevyhověl a stěžovatel mohl podat návrh na zahájení správního řízení u Úřadu ve zvláštní lhůtě 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek[11]. Úřad však byl v takovém případě opět postaven do situace, kdy musel (v souladu se zásadou materiální pravdy) materiálně rozhodnout o postupu zadavatele, který on sám nebyl schopen nebo ochoten vůbec hájit, a to se všemi důsledky pro efektivitu takového řízení, které byly popsány výše.

Tento nežádoucí stav je nově řešen ustanovením § 263 odst. 6 ZZVZ, podle kterého pokud Úřad v průběhu řízení o návrhu zjistí, že zadavatel v zákonné lhůtě o námitkách, které mu předcházely, nerozhodl, *„uloží nápravné opatření spočívající podle povahy věci ve zrušení úkonu, proti kterému námitky směřovaly, a všech následných úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení, nebo ve zrušení celého zadávacího řízení"*.

Jedná se opět o „dotažení" stávající úpravy. Stěžovatel má v případě nerozhodnutí o námitkách možnost podat návrh na zahájení správního řízení u Úřadu,[12] a to ve zvláštní lhůtě 25 dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem[13]. Zásadní rozdíl pak spočívá v tom, že za tohoto stavu věci se Úřad nebude postupem zadavatele věcně zabývat, ale podle povahy věci (aby se takové ustanovení nestalo pro zadavatele cestou, jak obcházet zákonná ustanovení o možnosti zrušit zadávací řízení) bez dalšího zruší buď úkon, proti kterému námitky směřovaly (a všechny následné úkony provedené v zadávacím řízení), nebo celé zadávací řízení.

Úprava, kdy se Úřad postupem zadavatele, který tento buď vůbec nehájil v rozhodnutí o námitkách, nebo tak učinil nepřezkoumatelně, meritorně vůbec nezabývá, přitom není motivována jen efektivitou řízení, ale zároveň též dodržením účelu celé úpravy, tedy ochranou práv dodavatele. Je totiž třeba si uvědomit, že v takové situaci je stěžovatel, pokud se chce dále aktivně bránit (což je jeho výsostným právem), de facto nucen podávat návrh na zahájení správního řízení před

10 Už jen proto ne, že kdyby se Úřad za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl jako nápravné opatření zrušit pouze rozhodnutí zadavatele o námitkách (coby jednotlivý úkon zadavatele), zadavateli by nic nebránilo uzavřít v zadávacím řízení smlouvu, aniž by provedl jakoukoli nápravu. Vystavoval by se tak sice nebezpečí uložení sankce za správní delikt, avšak dosažení účelu prvotního správního řízení (zahájeno na návrh) by nebylo nijak zajištěno.

11 § 114 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

12 Podle § 245 odst. 5 ZZVZ i nadále platí, že nerozhodnutí o námitkách v zákonné lhůtě se pro účely podání návrhu rovná odmítnutí námitek.

13 § 251 odst. 3 ZZVZ

Úřadem, aniž by znal relevantní argumentaci zadavatele reagující na jeho konkrétní námitky. Za takové situace lze vnímat jako krajně nespravedlivé, aby měl zadavatel možnost si svoji, byť dejme tomu zcela konformní a oprávněnou, argumentaci „schovávat" až do správního řízení, ve kterém by pak díky ní dosáhl zamítnutí návrhu (kdy důsledkem pro stěžovatele by bylo mimo jiné to, že se jím zaplacená kauce stane příjmem státního rozpočtu).

Pro úplnost je třeba na tomto místě upozornit i na to, že důraz, který nový zákon klade na řádné vyřízení námitek zadavatelem, našel svůj odraz i v zásadním prodloužení lhůty, ve které zadavatel musí námitky vyřídit (resp. odeslat rozhodnutí o nich stěžovateli). Zatímco doposud se jednalo o 10 dní,[14] nyní má zadavatel dle § 245 odst. 1 ZZVZ k dispozici lhůtu patnáctidenní.

Na druhou stranu posiluje nová úprava význam námitek i pro samotné stěžovatele. Pokud totiž nová úprava vychází z toho, že by mělo být samozřejmou povinností zadavatele se nad podanými námitkami řádně zamyslet a skutečnosti v nich uvedené podrobně a srozumitelně vypořádat (k tomu by měla sloužit právě ona prodloužená lhůta, o které bylo pojednáno výše), mělo by být na druhou stranu stejně samozřejmou povinností stěžovatele v námitkách uvést všechny rozhodné skutečnosti, o které opírá svoje přesvědčení o nezákonném postupu zadavatele. Není totiž z pohledu efektivity žádoucí stav, kdy se některé argumenty o svém údajném nesprávném postupu dozvídá zadavatel až z návrhu, tj. v situaci, kdy už byla promeškána nejvhodnější příležitost k operativnímu zjednání nápravy.

Za účelem předcházení takového nechtěného stavu se nově v § 251 odst. 4 ZZVZ stanoví, že *„k novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli"*.

Lze již pouze dodat, že ani tento požadavek kladený na stěžovatele nelze shledat nikterak nepřiměřeným, protože tak, jako je zadavatel „pánem zadávacího řízení," tak je na druhé straně dodavatel profesionálem ve svém oboru – a pokud např. tvrdí, že nastavení určitého kvalifikačního předpokladu je diskriminační, měl by to být (coby profesionál znalý trhu, na kterém se pohybuje) schopen relevantním způsobem argumentovat.

Lze mít za to, že právě popsaná „resuscitace" institutu námitek přispěje zásadním způsobem k efektivitě celé ochrany dodavatelů proti nesprávnému postupu zadavatele. Za prvé v tom směru, že za situace, kdy budou obě strany nuceny „položit na stůl" všechny své argumenty, se určitá část sporů do fáze správního řízení před Úřadem ani nedostane, ať již proto, že zadavatel, který nebude schopen uvést racionální věcné důvody pro svůj postup, raději provede požadované opatření k nápravě, nebo proto, že se stěžovatel, konfrontován s vyčerpávajícím a logickým zdůvodněním zadavatele, rozhodne návrh na zahájení správního řízení vůbec nepodat. Za druhé pak v situaci, kdy už správní řízení bude zahájeno a Úřad bude meritorně rozhodovat (tj. nebudou dány důvody pro postup podle § 263 odst. 5 nebo 6 ZZVZ), bude tak činit za situace, kdy lze předpokládat, že budou proti sobě stát dva podrobně argumentované názory, což nepochybně představuje zásadní předpoklad pro efektivní rozhodnutí.

1.2. POSTUP ZADAVATELE MUSÍ BÝT VŽDY PŘEZKOUMATELNÝ

Obecně lze konstatovat, že předmětem správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele před Úřadem je posouzení souladu postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky se zákonem. Logicky se takové posouzení děje ve dvou krocích: 1) je třeba zjistit, jaký přesně byl postup zadavatele, a 2) je třeba jej porovnat s požadavky zákona.

V situaci, kdy není možno učinit ani první krok (čili pokud nelze zjistit, jak zadavatel postupoval), ztrácí jakékoli další vedení řízení smysl, protože nemůže dospět k jinému závěru, než že postup zadavatele byl chybný, a to pro rozpor se zásadou transparentnosti.[15]

Z tohoto pohledu je ostatně možno nazírat i na shora uvedená ustanovení § 263 odst. 5 a 6 ZZVZ, které v tomto smyslu stanoví specifické důsledky netransparentního postupu zadavatele při vyřizování námitek.

Za v zásadě „absolutní" míru netransparentnosti je možno pokládat situaci, kdy zadavatel Úřadu nepředá dokumentaci o zadávacím řízení. V takové situaci Úřad není schopen řízení dále vést a v tomto smyslu nepomůže ani uložení sankce za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ.[16] Na situaci, kdy zadavatel dokumentaci Úřadu nepředloží v zákonné lhůtě, případně ji nepředloží celou (kdy už samo „doposílání" mnohdy klíčových částí dokumentace se značným zpožděním je problematické), a která představuje se zřetelem ke shora uvedenému zásadní překážku efektivity řízení před Úřadem, je tak nově reagováno ustanovením § 263 odst. 4 ZZVZ, podle kterého *„nedoručí-li zadavatel v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele před uzavřením smlouvy Úřadu podle § 252*

14 § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

15 Již dlouhá léta (poprvé v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 sp. zn. 31 Ca 166/2005) je konstantně judikováno, že požadavek transparentnosti není splněn, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.

16 *„Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že … nesplní některou z povinností podle § 252 odst. 1, 3 nebo 4, § 254 odst. 5 nebo 6 nebo § 258 odst. 1"*, přičemž odkazovaná zákonná ustanovení obsahují právě povinnosti vztahující se k předání dokumentace o zadávacím řízení Úřadu.

odst. 1 nebo § 254 odst. 5 dokumentaci o zadávacím řízení ve stanovených lhůtách, a to ani v dodatečné pětidenní lhůtě stanovené Úřadem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení nebo přezkoumávaného úkonu vymezeného v oznámení o zahájení řízení ".

Dlužno podotknout, že dodatečná pětidenní lhůta, kterou bude Úřad stanovovat usnesením, byla do návrhu zákona včleněna až na základě připomínkového řízení, kdy někteří zadavatelé argumentovali tím, že zákonná lhůta (10 dnů[17]) je pro předání dokumentace Úřadu příliš krátká. I s touto v zásadě drobnou změnou lze pokládat toto ustanovení – inspirované i zahraniční úpravou[18] – za značný posun směrem k efektivnějšímu potírání obstrukčních praktik účastníků řízení.

1.3. ŽÁDNÁ OBSTRUKCE SE NESMÍ VYPLATIT

Lze mít za to, že oprávněným zájmem zadavatele je (přiměřeně rychle) zadat veřejnou zakázku a oprávněným zájmem dodavatele je bránit se případným nezákonným postupům zadavatele s cílem dosáhnout (opět přiměřeně rychle) nápravy. Logicky by tedy měl mít každý účastník řízení před Úřadem, kterému nejde toliko o obstrukce (kterými může sledovat nejrůznější cíle), zájem na co nejrychlejším vyřešení věci. Byť se tedy účastníci řízení s ohledem na kontradiktornost řízení pochopitelně nemohou shodnout na tom, jak by takové řešení mělo vypadat, mělo by být jejich společným zájmem, aby bylo nalezeno rychle.

Právě s touto vizí byla formulována nová právní úprava, která zachovává dosavadní „protiobstrukční" pojistky a v určitých aspektech je i prohlubuje.

Především zůstává zachována[19] dosavadní úprava kauce, kterou je navrhovatel povinen uhradit spolu s podáním návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. K jediné změně oproti úpravě v zákoně o veřejných zakázkách (ve znění zákona č. 40/2015 Sb.) dochází v případě zpětvzetí návrhu před vydáním rozhodnutí ve věci samé, kdy dochází k navýšení části kauce, která v takovém případě připadá státu. Zatímco nyní se jedná o 20 % kauce,[20] podle návrhu zákona připadne státu 35 % kauce, nejméně však 30 000 Kč.[21]

Z dosavadní právní úpravy byla převzata úprava zastavení správního řízení v situaci, kdy v návrhu absentují některé jeho náležitosti (uvedení toho, v čem je spatřováno porušení zákona, připsání kauce na účet Úřadu v zákonné lhůtě a připojení dokladu o doručení námitek zadavateli),[22] bez dalšího (rozumí se bez dalšího vyzývání k doplnění náležitostí návrhu), a to z toho důvodu, že lze mít za to, že uvést tyto náležitosti, resp. připojit příslušné přílohy k návrhu nepředstavuje pro navrhovatele žádný zásadní problém; pokud tak neučiní, lze oprávněně pochybovat o tom, co návrhem skutečně sleduje (v tom smyslu, zda se nejedná o návrh obstrukční).

Mezi nežádoucí postupy lze zařadit též nevyřízení námitek (buď vůbec, nebo způsobem, který neumožňuje seznat, jakými úvahami ve vztahu k namítaným skutečnostem byl zadavatel veden) nebo nezaslání dokumentace o zadávacím řízení Úřadu.

Pokud jde o samotný průběh řízení, je rovněž zachována koncentrace řízení, kdy podle § 251 odst. 5 ZZVZ *„v řízení zahájeném na návrh mohou účastníci řízení navrhovat důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení, nevztahuje-li se na ně omezení podle odstavce 4"* (ten se týká náležitostí návrhu včetně uvedení toho, v čem je spatřováno porušení zákona, které nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány); *„k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům Úřad nepřihlíží s výjimkou skutečností, návrhů důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí"*. Nově byla úprava koncentrace rozšířena o situaci, kdy zadavatel hodlá v případě podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy prokazovat existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, které mohou vést až k neuložení takového zákazu.[23] V takovém případě musí být podle § 254 odst. 6 ZZVZ součástí jeho vyjádření k návrhu rovněž i tvrzení a návrhy důkazních prostředků k jejich prokázání týkající se těchto důvodů; tato tvrzení a návrhy důkazních prostředků nelze po uplynutí lhůty pro podání vyjádření k návrhu dále měnit nebo rozšiřovat.

1.4. ZAMĚŘENÍ NA MERITORNÍ ROZHODOVÁNÍ

Konečně čtvrtým koncepčním cílem, který je novou úpravou dozoru nad dodržováním zákona sledován, je zaměření kapacit Úřadu na meritorní rozhodování.

Na první pohled možná nejviditelnějším dílčím opatřením v tomto směru je ustanovení § 262 ZZVZ, podle kterého není přípustné podat rozklad proti usnesení, kterým (a) se upravuje vedení správního řízení, (b) byla stanovena lhůta k provedení úkonu, nebo (c) byly opraveny zřejmé nesprávnosti, netýká-li se oprava výroku rozhodnutí. Toto opatření dílčím způsobem odbřemení Úřad, aniž by se negativně dotklo práv účastníků řízení, neboť případnou nezákonnost těchto procesních rozhodnutí je i nadále

17 § 252 odst. 1, § 254 odst. 5 ZZVZ

18 § 138 odst. 10 zákona č. 25/2006 Z.z., o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ve znění pozdějších předpisů; § 173 odst. 4 až 6 zákona č. 343/2015 Z.z., o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov

19 Ve vztahu k zadávání veřejných zakázek, které nejsou koncesemi; pokud jde o kauci v případě zadávání koncesí, bude o ní pojednáno v další části tohoto příspěvku.

20 § 115 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

21 § 255 odst. 4 ZZVZ

22 § 117a písm. b), c) a d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a § 257 písm. b), c) a d) ZZVZ

23 viz § 264 odst. 3 a 4 ZZVZ

možno samozřejmě namítat v rámci rozkladu proti rozhodnutí, kterým se bude řízení ukončovat. Zkušenost Úřadu je navíc taková, že rozklady proti těmto do značné míry standardizovaným procesním úkonům byly podávány s vysloveně obstrukčními cíli, kdy typicky v rozkladu proti usnesení, kterým byly např. stanoveny lhůty pro provedení určitých procesních úkonů, byly vznášeny meritorní námitky (typu zpochybňování skutečnosti, že účastníkovi řízení vůbec svědčí postavení zadavatele), které však nemohly být v této souvislosti řešeny.

Za podstatně zásadnější je však třeba považovat změnu, která na první pohled možná natolik viditelná není. Jedná se o zcela novou koncepci zákazu uzavření smlouvy a s tím spojené opuštění zvláštní úpravy předběžných opatření v zákoně.

Pro pochopení navrhované úpravy, která byla v průběhu legislativního procesu předmětem mnoha debat, je třeba vyjít z kritického zhodnocení dosavadního stavu, který je z mnoha důvodů zásadně nevyhovující.

Dosavadní zákon stanovil, že zadavatel nesmí uzavřít smlouvu před uplynutím lhůty pro podání námitek (fakticky jde zejména o námitky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení a o námitky proti výběru nejvhodnější nabídky) a do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách.[24] Pokud zadavatel podaným námitkám nevyhověl, nesměl uzavřít smlouvu před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a byl-li tento návrh podán včas, ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek.[25]

Dále dosavadní zákon umožňoval, aby Úřad před vydáním rozhodnutí ve správním řízení na návrh účastníka řízení nebo z moci úřední k zajištění účelu řízení nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající buď v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, nebo v pozastavení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh.[26]

Zásadní problém této konstrukce spočíval v tom, že lhůta 45 dnů se počítala ode dne doručení námitek, takže do ní bylo nutno započítat (1) lhůtu 10 dnů pro vyřízení námitek,[27] (2) lhůtu 10 dnů pro podání návrhu[28] a (3) lhůtu 10 dnů pro doručení dokumentace o veřejné zakázce.[29] Úřadu tak na jakékoli rozumné posouzení návrhu zbývalo přibližně 15 dnů, kdy měl k dispozici dokumentaci o veřejné zakázce a kdy zadavatel ještě nesměl uzavřít smlouvu. Přitom těchto patnáct dní je výsledkem pouze teoretického výpočtu, ve kterém například není zahrnuta žádná rezerva pro doručování jednotlivých písemností, reálně se tedy jednalo o lhůtu 10 a méně dnů. V takové lhůtě je pochopitelně zcela vyloučeno meritorně rozhodnout (už jen z důvodu nutnosti respektovat procesní práva účastníků řízení) a ke slovu se tak takřka automaticky dostává rozhodování o nařízení předběžného opatření. Úřad byl navíc při úvaze o nařízení či nenařízení předběžného opatření značně limitován tím, že bylo zřejmé, že o věci samé nemůže rozhodnout před koncem lhůty, ve které zadavatel nesměl uzavřít smlouvu, a po uzavření smlouvy je vyloučeno uložit na základě návrhu podaného před jejím uzavřením jakékoli nápravné opatření. Ve výsledku tak vedla úprava k častému nařizování předběžných opatření i v případech, kdy je návrh následně meritorně zamítán, přičemž tuto skutečnost je třeba mít na paměti při hodnocení úpravy obsažené v ZZVZ.

Právě popsanou dosavadní úpravu je třeba pokládat za zásadně dysfunkční. Nová úprava proto vychází ze zcela jiné koncepce, podle které zadavatel nemůže v případě včasného podání návrhu uzavřít smlouvu ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení správního řízení (zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci).[30]

Tato lhůta má být i dle obecných správněprávních pravidel, chovají-li se účastníci řízení dle pravidel, dostatečná k tomu, aby v ní Úřad mohl o věci meritorně rozhodnout. Zároveň je třeba připomenout, že Úřad tu sám sobě nastavuje tvrdé pravidlo, neboť tato lhůta je kratší než lhůta, ve které je povinen vydat rozhodnutí podle správního řádu, a to s ohledem na skutečnost, že lhůta pro vydání rozhodnutí podle § 252 odst. 2 ZZVZ začíná běžet až od okamžiku doručení vyjádření zadavatele a dokumentace o zadávacím řízení nebo soutěži o návrh, popřípadě kopie smlouvy na veřejnou zakázku (v případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy) a zásadně činí 60 dnů.[31] Úřad je však zcela připraven svému závazku rozhodovat v takto nastavené lhůtě dostát, o čemž ostatně přesvědčivě vypovídají i současné lhůty, ve kterých jsou rozhodnutí Úřadu vydávána. V prvním pololetí 2016 tak průměrná lhůta pro vydání

24 § 110 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

25 § 111 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

26 § 117 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

27 § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

28 § 114 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

29 § 114 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů; zde je třeba vycházet z toho, že bez dokumentace o veřejné zakázce si Úřad nemůže na předmět řízení učinit jakýkoli názor, protože mu chybí základní podklad pro rozhodnutí; z toho ostatně vycházel i zákonodárce v ust. § 114 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého *„lhůta pro vydání rozhodnutí počíná běžet od okamžiku doručení vyjádření a dokumentace o veřejné zakázce nebo soutěži o návrh…“*

30 § 246 odst. 1 písm. d) ZZVZ

31 K závěru, že lhůta pro vydání rozhodnutí činí v případě správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele 60 dnů, dospěla i relevantní judikatura, kdy je možno odkázat např. na usnesení Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 75/2008 ze dne 2. 3. 2009, kde soud uvedl, že *„nemá pochybnosti o tom, že v dané věci jde o zvlášť složitý případ; za takové zvlášť složité případy je zdejší soud připraven zásadně požadovat veškerá řízení před žalovaným coby specializovaným správním úřadem – tu pro oblast dohledu nad zadáváním veřejných zakázek. Soud tu totiž odlišuje široké spektrum správních řízení, na která správní řád dopadá, svojí složitostí, rozsahem a nároky na nikoli mechanickou aplikaci právních norem vzájemně odlišných; v rámci tohoto spektra je namístě správní řízení vedená právě žalovaným zásadně řadit mezi případy řízení nejsložitějších“.*

prvostupňového rozhodnutí Úřadu činila 31,3 dnů, a to za situace, kdy v této statistice nejsou zahrnuty příkazy (forma rozhodnutí o správním deliktu),[32] které vzhledem k tomu, že jsou vydávány jako první úkon v řízení, tuto průměrnou lhůtu dále podstatným způsobem zkracují.

V rámci správního řízení samozřejmě zůstává zachována možnost nařídit předběžné opatření podle obecné úpravy obsažené ve správním řádu, kdy však panuje všeobecná shoda na tom, že k ní bude přistupováno pouze v řídkých a řádně odůvodněných případech, ve kterých bude zřejmé, že ve lhůtě podle § 246 odst. 1 písm. d) ZZVZ nelze z objektivních důvodů (např. z důvodu nutnosti provedení důkazu znaleckým posudkem) rozhodnout.

S výjimkou těchto případů se s nařizováním předběžného opatření nepočítá, a to též s ohledem na úpravu obsaženou v § 263 odst. 8 ZZVZ, podle kterého *„ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek“*. Smyslem tohoto ustanovení pak samozřejmě je to, aby zadavatel, kterému bylo nepravomocně uloženo nápravné opatření (a o kterém tedy lze mít v dané chvíli za to, že ve svém postupu chyboval), neměl možnost uzavřít smlouvu (po uplynutí blokační doby) a zmařit tak účel vedeného správního řízení jen v důsledku toho, že si proti meritornímu rozhodnutí podá rozklad, jehož vyřízení v téže šedesátidenní blokační lhůtě je pochopitelně nereálné.

Ve výsledku tedy lze mít za to, že nová úprava je přehlednější a odbřemeňující Úřad od v současné době ne zcela smysluplné agendy častého nařizování předběžných opatření. Zároveň lze mít za to, že není v porovnání s dosavadní situací nijak zásadně nevýhodná ani pro zadavatele, jejichž zadávací řízení sice bude na nějakou dobu automaticky zablokováno, ale na druhou stranu jim nebude hrozit téměř automatické nařízení předběžného opatření, které je většinou platné podstatně delší dobu než navrhovaných 60 dnů. Navíc lze konstatovat, že zákon obsahuje dostatečné pojistky proti takovým šikanózním návrhům, které by si kladly za cíl výlučně aktivaci lhůty, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu (o několika zásadních z nich bylo pojednáno výše v tomto příspěvku).

1.5. DALŠÍ ÚPRAVY OCHRANY PŘED NESPRÁVNÝM POSTUPEM ZADAVATELE

Kromě shora uvedených koncepčních změn, či spíše posunů v právní úpravě ochrany dodavatele před nezákonným postupem zadavatele směřujících primárně k zajištění žádoucí efektivity celé úpravy, je vhodné na tomto místě poukázat i na některé další úpravy, které zpravidla taktéž reagují na určité negativní zkušenosti s aplikací dosavadní právní úpravy.

32 K tomu srov. § 150 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

1.6. NOVÁ KONCEPCE NÁVRHU NA ULOŽENÍ ZÁKAZU PLNĚNÍ SMLOUVY

Zásadně nová je především koncepce návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy. Podle § 118 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, mohl Úřad na základě návrhu uložit zákaz plnění smlouvy pouze za předpokladu, že (zároveň) rozhodl o tom, že se zadavatel v souvislosti s uzavřením předmětné smlouvy dopustil správního deliktu.[33] Tato konstrukce přinášela mnohé teoretické i praktické problémy, kdy za všechny je možno zmínit tu skutečnost, že zatímco zákaz plnění smlouvy bylo možno uložit výlučně na návrh, o správním deliktu lze rozhodnout pouze ve správním řízení zahájeném z moci úřední, přičemž z logiky věci obě tato řízení mají např. odlišný okruh účastníků, příp. takovou zvláštnost, že k zamítnutí návrhu na uložení (svoji podstatou) nápravného opatření (tedy institutu zcela odlišného od sankce) mohla vést úvaha o tom, že se zadavatel nedopustil správního deliktu např. z toho důvodu, že Úřad byl povinen aplikovat pozdější, pro pachatele příznivější právní úpravu.[34]

V nové právní úpravě bylo proto toto nepřirozeně úzké sepětí mezi uložením zákazu plnění smlouvy a rozhodováním o spáchání správního deliktu opuštěno.

Ustanovení § 254 odst. 1 ZZVZ nyní upravuje čtyři samostatné hypotézy, při jejichž naplnění (bez ohledu na to, zda bude jednání zadavatele předmětem řízení o deliktu) Úřad na návrh zákaz plnění smlouvy uloží.[35]

Jedná se – zjednodušeně řečeno – o situace, kdy zadavatel uzavřel smlouvu

a) aniž by předtím veřejně (tj. uveřejněním příslušného dokumentu, např. oznámení o zahájení) zahájil zadávací řízení, ačkoli k tomu byl povinen (hrozbě zákazu plnění smlouvy se zadavatel může tak jako doposud vyhnout tím, že uveřejní dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu),

b) v blokační době nebo v době, kdy mu její uzavření zapovídalo vydané předběžné opatření,

c) na základě postupu mimo zadávací řízení, ačkoli mu bylo pokračování v tomto postupu předcházejícím rozhodnutím Úřadu zakázáno (k tomu viz dále), nebo

d) na základě rámcové dohody nebo v dynamickém nákupním systému, přičemž využil svého práva a uzavřel ji před uplynutím lhůty pro podání námitek proti výběru dodavatele,[36] přičemž porušil pravidla stanovená zákonem, čímž ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr dodavatele.

33 Muselo se v různých situacích jednat o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, resp. o jejich souběh.

34 čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod

35 § 264 odst. 1 ZZVZ

36 § 135 odst. 3, resp. § 141 odst. 4 ZZVZ

Nikoli nepodstatnou změnu doznala i úprava situace, kdy Úřad přesto, že konstatuje naplnění právě uvedených hypotéz, zákaz plnění smlouvy neuloží, neboť zadavatel prokáže, že existují důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, které vyžadují pokračování plnění smlouvy (o přísné koncentraci, která je s tímto prokazováním spojena, již bylo pojednáno výše).

Oproti dosavadní úpravě, která v takovém případě uložení zákazu plnění smlouvy „rovnou" zapovídala,[37] zavádí zákon ve svém § 264 odst. 3 a 4 jakýsi dvoustupňový test ochrany daného veřejného zájmu. Pokud totiž zadavatel existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem, které vyžadují pokračování plnění smlouvy, prokáže, mělo by to primárně vést pouze k „odložení" uložení zákazu plnění předmětné smlouvy dle § 264 odst. 3 ZZVZ. V takovém případě je plnění smlouvy zakázáno uplynutím lhůty ne delší než 12 měsíců, kterou Úřad ve svém rozhodnutí stanoví (v této situaci též neplatí zákonem výslovně formulované pravidlo, že smlouva, ohledně níž Úřad uložil zákaz plnění, je neplatná od samého počátku[38]). Pouze v případě, že zadavatel kromě existence oněch důvodů zvláštního zřetele hodných ještě navíc prokáže, že k ochraně daného veřejného zájmu nepostačuje právě zmíněné „odložení" uložení zákazu plnění, Úřad zákaz plnění neuloží vůbec.

1.7. NÁVRH SMĚŘUJÍCÍ PROTI POSTUPU, KTERÝ SMĚŘUJE K ZADÁNÍ ZAKÁZKY MIMO ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

Zákon dodavatelům nově umožňuje podat námitky a následně návrh v situaci, kdy zadavatel vůbec nepostupuje v zadávacím řízení, ač v něm postupovat měl, a to ještě před podpisem smlouvy. Jedná se např. o situaci, kdy by osoba, které svědčí postavení zadavatele dle ZZVZ, vyhlásila veřejnou soutěž o nejvhodnější nabídku podle § 1772 a následně zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, jejímž cílem by bylo uzavření smlouvy na poskytnutí plnění, které má dle zákona zadávat v zadávacím řízení, nebo o situaci, kdy bude taková osoba deklarovat, že hodlá postupovat na základě výjimky, aniž by pro to byly splněny zákonné podmínky.

Podle dosavadní úpravy se nebylo možno ochrany před takovým postupem před Úřadem dovolat před uzavřením předmětné smlouvy, a to v zásadě z velmi jednoduchého důvodu. Úřad totiž mohl smysluplně vést správní řízení pouze v situaci, kdy zadavatel buď již zahájil zadávací řízení podle zákona o veřejných zakázkách (pak přezkoumával soulad jeho postupu se zákonem, kdy výsledkem mohlo být nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele učiněného v jeho rámci[39]), nebo kdy uzavřel (třeba i bez jakéhokoli zadávacího řízení) smlouvu (pak mohl Úřad na základě příslušného návrhu rozhodnout o nápravném opatření spočívajícím v zákazu jejího plnění[40] nebo z moci úřední o spáchání správního deliktu[41]).

Tuto ne zcela uspokojivou situaci nyní řeší ust. § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ, které dodavateli umožňuje podat námitky i proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení. Obsahem takových námitek musí pak logicky být tvrzení, že zadavatel měl za účelem poptávání předmětného plnění postupovat dle zákona v zadávacím řízení.

Na toto ustanovení pak navazuje ust. § 248 odst. 1 písm. b) ZZVZ, které zakládá pravomoc Úřadu rozhodovat o tom, zda zadavatele, který nepostupuje při poptávání určitého plnění dle zákona, nestíhala povinnost zahájit za účelem jeho pořízení zadávací řízení, § 250 odst. 1 písm. f) ZZVZ, které výslovně umožňuje podat proti takovému postupu zadavatele návrh, § 253 ZZVZ, které upravuje náležitosti takového návrhu (kdy toto ustanovení směřuje především k tomu, aby byl postup zadavatele, který není jednoznačně určitelným postupem v konkrétním zadávacím řízení, dostatečně identifikován) a zejména § 263 odst. 7 ZZVZ, podle kterého Úřad zadavateli zakáže pokračovat v návrhem napadeném postupu, pokud v řízení o návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, zjistí, že postup zadavatele je v rozporu s tímto zákonem nebo jej obchází. Jedná se v tomto případě o zvláštní druh nápravného opatření, jehož význam spočívá v tom, že kdyby zadavatel přes jeho uložení veřejnou zakázku takovým nezákonným postupem zadal, byla by splněna podmínka pro uložení zákazu plnění smlouvy (k tomu viz výše).

Pro úplnost je třeba dodat, že předmětné nápravné opatření, jak je zcela patrné již ze shora citovaného textu, lze uložit toliko v řízení zahájeném na návrh. Správní řízení z moci úřední tak bude možno i nadále v případě postupu zadavatele zcela mimo zadávací řízení zahájit až poté, co bude uzavřena smlouva, a to ve věci spáchání správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ.

37 K tomu srov. § 118 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

38 § 264 odst. 1 věta druhá ZZVZ

39 § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

40 § 118 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

41 § 120 odst. 1 písm. a) nebo c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

1.8. SJEDNOCENÍ ÚPRAVY DOSUD OBSAŽENÉ V ZÁKONĚ O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH A V KONCESNÍM ZÁKONĚ

Zákonodárce opustil dosavadní samostatnou úpravu zadávání veřejných zakázek [obsaženou v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů] a uzavírání koncesních smluv [obsaženou v zákoně č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů – dále též jen „koncesní zákon"] a obě tyto materie upravil v ZZVZ. Je rovněž jednoznačně stanoveno, že koncese je druhem veřejné zakázky[42] a koncesní řízení druhem zadávacího řízení.[43]

Jednoznačně pozitivním důsledkem této koncepční změny je zpřehlednění a sjednocení právní úpravy, a to i ve vztahu k procesním pravidlům souvisejícím s ochranou dodavatele proti nezákonnému postupu zadavatele. V minulosti totiž nezřídka docházelo k tomu, že byla novelizována ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (coby zákona aplikovaného v praxi nepoměrně častěji), aniž by byla změněna odpovídající ustanovení koncesního zákona. Dobrým příkladem může být např. pravidlo, podle kterého je v případě, že navrhovatel vzal svůj návrh před vydáním rozhodnutí ve věci samé zpět, 20 % kauce příjmem státního rozpočtu,[44] které však v koncesním zákoně zcela absentuje.[45]

§ 255 ZZVZ nyní upravuje výši kauce a podmínky toho, kdy bude vrácena navrhovateli, případně kdy propadne státu, pro všechny veřejné zakázky (tedy i pro ty, které jsou koncesemi). Maximální výše kauce tak byla např. sjednocena na 10 000 000 Kč[46] a kauce spojená s podáním návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy činí vždy (bez ohledu na druh veřejné zakázky) 200 000 Kč.[47] Další věcná změna nastala, pokud jde o výši kauce v případě návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání postupu pro zadání koncese, v tom směru, že navrhovatel je povinen složit kauci vypočtenou jako 1 % z předpokládané hodnoty koncese[48] pouze tehdy, uveřejnil-li ji zadavatel na svém profilu nebo ve Věstníku veřejných zakázek. Pokud zadavatel tímto způsobem předpokládanou hodnotu koncese neuveřejnil, činí kauce 100 000 Kč. Tato posledně uvedená změna je motivována snahou, aby na straně navrhovatele neexistovala nejistota ohledně toho, jak vysokou kauci má platit.

Určité nesoulady mezi úpravou zadávání veřejných zakázek a uzavíráním koncesních smluv obsaženou v právních předpisech účinných do 30. září 2016 však nebyly „pouze" důsledkem izolovaných novelizací jednoho nebo druhého předpisu, ale byly oběma úpravám tak říkajíc „dány do vínku" již na počátku jejich platnosti. I takové nedůvodné rozdíly jsou pak novým zákonem odstraňovány.

Jedná se např. o problematiku dozoru nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu,[49] resp. koncesí malého rozsahu.[50] Zatímco v případě veřejných zakázek malého rozsahu v odborné veřejnosti jednoznačně převládl názor, že vzhledem k tomu, že se tyto veřejné zakázky „nezadávaly"[51] a pravomoc Úřadu byla přitom omezena na rozhodování o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem,[52] Úřadu dohled nad postupem zadavatele při uzavírání smluv na tyto veřejné zakázky nepřísluší,[53] v případě koncesí malého rozsahu musel být závěr jednoznačně odlišný, a to s ohledem na formulaci § 24 odst. 2 písm. b) koncesního zákona,

42 K tomu srov. § 2 odst. 2 ZZVZ
43 § 3 písm. h) ZZVZ
44 § 115 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů
45 K tomu srov. § 24c koncesního zákona
46 § 24c odst. 1 koncesního zákona doposud – odlišně od § 115 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů – počítal s horní hranicí 2 000 000 Kč
47 § 24c odst. 1 koncesního zákona doposud – opět odchylně od zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů – počítal s částkou 100 000 Kč
48 Nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 10 000 000 Kč

49 Jde o zakázky, které pro svoji nízkou předpokládanou hodnotu (limitní hodnota byla po většinu účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, stanovena na 2 000 000 Kč pro veřejné zakázky na dodávky a služby a 6 000 000 Kč pro veřejné zakázky na stavební práce) nemusí být zadávány postupem dle zákona [k tomu srov. § 18 odst. 5zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů].
50 Takto je možno označit koncese uvedené v § 5 odst. 2 koncesního zákona, tedy koncese, u kterých činí předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty; v případě těchto koncesí zadavatel podle citovaného ustanovení nemusí koncesionáře vybírat v koncesním řízení podle zákona.
51 Zde je třeba pro účely výkladu dosavadní právní úpravy vycházet z definice pojmu „zadávání", jak byla obsažena v § 17 písm. m) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tedy z toho, že se jedná o *„závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení…"*
52 § 112 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů
53 Odborné veřejnosti jsou diskuse provázející otázku pravomoci Úřadu k dohledu nad postupy zadavatelů při uzavírání smluv na veřejné zakázky malého rozsahu jistě velmi dobře známy, jedním z posledních příspěvků do této diskuse pak bylo usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2016 č.j. 9 As 195/2015-55, ve kterém se devátý senát ztotožnil s výkladem dlouhodobě Úřadem zastávaným, a sice že pokud zadavatel nepostupuje v zadávacím řízení (což v případě veřejných zakázek malého rozsahu povinen není), nemůže se jednat o zadávání ve smyslu definice v § 17 písm. m) zákona; zadáváním je totiž jen a pouze postup zadavatele v některém z druhů zadávacích řízení taxativně vyjmenovaných v § 21 odst. 1 zákona. Uvedený senát přitom vyšel z premisy, že nelze-li postup vedoucí k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku malého rozsahu podřadit pod pojem „zadávání", nemůže se na veřejné zakázky malého rozsahu vztahovat ani „pravomoc vykonávat dohled při zadávání veřejné zakázky" stanovená v § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Pro úplnost dodejme, že věc byla uvedeným usnesením postoupena k rozhodnutí rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu.

podle kterého Úřad rozhodoval o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s tímto zákonem. Pravomoc Úřadu tak byla v koncesním zákoně vymezena podstatně obecněji a šířeji, aniž by k tomu byl dán jakýkoli důvod.[54]

Nastíněné nejasnosti a rozdíly jsou v novém zákoně odstraněny jednoznačným zněním návětí § 248, podle kterého Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté… Je tedy nyní zcela jednoznačně stanoveno, že nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu a koncesí malého rozsahu Úřad dozor nevykonává.

Další na první pohled možná drobný, ale ve výsledku velmi podstatný rozdíl mezi úpravou zadávání veřejných zakázek a uzavírání koncesních smluv bylo stanovení výše pokuty u „klasického" deliktu zadavatele spočívajícího v nedodržení postupu stanoveného zákonem s (alespoň potenciálním) vlivem na výběr.[55] Výše pokuty se u obou těchto správních deliktů primárně odvíjí od ceny zakázky, resp. předpokládané hodnoty koncesní smlouvy (do 31. 12. 2009 předpokládaného příjmu koncesionáře).[56]

Zatímco však zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách již od prvního dne své účinnosti počítal s tím, že cenu zakázky nebude možné ve všech případech zjistit (typicky např. u smluv na dobu neurčitou), a stanovil pro takový případ pevnou částku představující maximální výši pokuty, kterou lze za spáchání daného správního deliktu uložit, koncesní zákon takové ustanovení dosud postrádá. Přitom je zřejmé, že mohou nastat situace, kdy předpokládanou hodnotu koncesní smlouvy zadavatel reálně vůbec nezjišťoval (pokud jednání, kterým se dopustil správního deliktu, např. spočívá právě v úplné ignoraci existence koncesního zákona, tj. v přímém uzavření smlouvy, která naplňuje znaky smlouvy koncesní), a protože znalost maximální hranice pokuty je nezbytnou pro jakékoli úvahy o její skutečně uložené výši, bylo by zřejmě na Úřadu, aby předpokládanou hodnotu dané koncesní smlouvy sám zpětně vypočítal. O složitosti takového úkolu, navíc v situaci, kdy je pravděpodobné, že Úřad bude mít vůbec problém zjistit potřebné vstupní informace, si netřeba dělat iluze. Dokonce je možno předpokládat, že tato nedotaženost právní úpravy by mohla představovat i zásadní překážku postihu nezákonného jednání.

54 K tomu, že Úřad byl oprávněn k dohledu nad uzavíráním koncesních smluv malého rozsahu (a sice z toho pohledu, zda byly při jejich uzavírání dodrženy základní zásady dle § 3a koncesního zákona), srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 6. 2016 č.j. ÚOHS-R40/2015/VZ-25374/2016/321/TNo.

55 Autor zde má na mysli skutkové podstaty vymezené v § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, resp. v § 27 odst. 1 koncesního zákona.

56 K tomu srov. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, resp. § 27 odst. 2 písm. a) koncesního zákona

I tato dílčí otázka je však v novém zákoně jednoznačně řešena, a to v ust. § 268 odst. 3 písm. a), ve kterém je pro případ, že nelze předpokládanou hodnotu koncese zjistit, stanovena maximální hranice pokuty, kterou lze za spáchání příslušných správních deliktů uložit, na 20 000 000 Kč (jedná se opět o výši shodnou pro všechny druhy veřejných zakázek).

1.9. ELEKTRONIZACE ŘÍZENÍ PŘED ÚŘADEM – FORMA PODÁNÍ

Od 6. března 2015 (účinnost zákona č. 40/2015 Sb.) dle ustanovení § 117c odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách platilo, že podání účastníků v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele zahájených z moci úřední a rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu lze činit pouze v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem (tímto ustanovením tak byla dalším významným dílčím krokem posílena elektronizace řízení před Úřadem).

Ve vztahu k těmto úkonům pak v ustanovení § 261 odst. 1 ZZVZ dochází k určitému rozvolnění požadované formy, a to tak, že tyto úkony mohou být učiněny buď ve formě datové zprávy podepsané uznávaným elektronickým podpisem, nebo prostřednictvím datové schránky.

Je tedy – v souladu s tím, že obdobná pravidla platí i pro úkony činěné v řízení v prvním stupni zahájeném na návrh[57] – umožněno, aby podání učiněné prostřednictvím systému datových schránek nebylo opatřeno uznávaným elektronickým podpisem. Takové řešení lépe odpovídá filozofii systému datových schránek, kdy autentizace jednající osoby by namísto podpisu měla být zajištěna dispozicí přístupovými údaji, pomocí nichž se oprávněná osoba do datové schránky přihlašuje, a autenticita dokumentu zase samotným systémem datových schránek.[58]

1.10. ÚČASTENSTVÍ V ŘÍZENÍ O ULOŽENÍ ZÁKAZU PLNĚNÍ SMLOUVY

Zákon dále na rozdíl od dosavadní úpravy výslovně upravuje účastenství v řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy,[59] kdy je nyní (ostatně zcela v souladu s dosavadní aplikační praxí) stanoveno, že účastníky takového řízení je zadavatel a strany smlouvy.

57 K tomu srov. § 252 odst. 3 ZZVZ

58 V podrobnostech viz zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů, zejm. ust. § 8, 9 a 18; z dosavadní rozhodovací praxe je pak možno poukázat např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 2. 2012 sp. zn. 8 As 89/2011.

59 § 256 ZZVZ

1.11. KATALOG DŮVODŮ PRO ZASTAVENÍ SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

Do ustanovení § 257 ZZVZ byla nově vtělena jednoznačná úprava důvodů pro zastavení správního řízení vedeného ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, která je úpravou zvláštní ve vztahu k § 66 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (nejedná se však o úpravu komplexní, takže správní řízení lze i nadále zastavit z důvodů uvedených v obecném právním předpisu upravujícím správní řízení, např. z důvodu zpětvzetí návrhu.) Tato úprava definitivně odstraňuje určité pochybnosti, které v minulosti mohly ohledně některých důvodů pro zastavení řízení nastávat. Přiléhavě je možno tuto skutečnost demonstrovat na otázce, zda je správní řízení o návrhu podaném před uzavřením smlouvy (a směřujícím tedy k nápravnému opatření odlišnému od uložení zákazu plnění smlouvy) třeba zastavit v situaci, kdy zadavatel v jeho průběhu uzavře smlouvu, která byla předmětem rozdílné rozhodovací praxe Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu. Nejvyšší správní soud nakonec potvrdil názor Úřadu, že správní řízení je třeba v takovém případě zastavit, namísto „věcného" zamítnutí návrhu.[60] Do budoucna by tedy měla být takto rozdílná interpretace procesních situací uvedených v předmětném ustanovení eliminována.

1.12. KATALOG UVEŘEJŇOVACÍCH DELIKTŮ

Konečně je možno zmínit výrazný posun v otázce tzv. „uveřejňovacích" deliktů, kdy na rozdíl od dosavadního „všeobjímajícího" ustanovení § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,[61] stanoví § 269 ZZVZ konkrétní katalog skutkových podstat, resp. dokumentů, jejichž neuveřejnění bude správním deliktem. V této souvislosti lze mít jistě za to, že právní jistota zadavatelů byla touto legislativní úpravou posílena.

1.13. LHŮTA PRO PODÁNÍ NÁMITEK PROTI ZADÁVACÍM PODMÍNKÁM

V průběhu legislativního procesu bylo významným způsobem zasaženo do lhůty, ve které je možno podat námitky proti zadávacím podmínkám. Dosavadní právní úprava[62] počítala s tím, že *„námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek"*.

Tato lhůta byla mnohdy ze strany zadavatelů kritizována s poukazem na to, že díky tomu, že je stíhá povinnost zahájit otevírání obálek s nabídkami ihned po skončení lhůty pro jejich podání,[63] jsou námitky proti zadávacím podmínkám podávány mnohdy účelově až poté, kdy se stěžovatel, který jinak řádně podal nabídku, po otevírání obálek dozvěděl, že jeho šance na získání veřejné zakázky je minimální, a to s cílem dosáhnout zrušení zadávacího řízení, o kterém už ví, že v něm bude neúspěšný.

Byly to zřejmě tato argumentace, která nakonec v rámci přípravy nového legislativního textu převážila, a lhůta pro podání námitek proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci dodavatele, resp. proti zadávací dokumentaci byla zkrácena tak, jak je uvedeno v ust. § 242 odst. 3 a 4 ZZVZ, tedy námitky musí být zadavateli doručeny nejpozději do skončení příslušné lhůty (pro podání žádosti o účast v případě podmínek vztahujících se ke kvalifikaci, je-li v zadávacím řízení lhůta pro podání žádosti o účast stanovena, resp. pro podání nabídek či předběžných nabídek).

Netřeba v této souvislosti skrývat, že autoři původního legislativního návrhu s touto úpravou nepočítali. I dle názoru autorů tohoto příspěvku není provedená úprava oním pověstným „všelékem". Neřeší například jinou výtku, která byla ze strany zadavatelů proti dosavadní úpravě vznášena, a sice že při podání námitek po lhůtě pro podání nabídek už zadavateli nezbývá (v případě, že dospěje k závěru, že je třeba stěžovateli vyhovět) jiné opatření k nápravě než zrušení zadávacího řízení (úprava zadávacích podmínek je po podání a otevření nabídek logicky vyloučena). Lze mít za to, že stejná situace de facto nastane i v případě, že budou námitky podány např. 10 minut před koncem lhůty pro podání nabídek (k jejich faktickému řešení se zadavatel též dostane až v situaci, kdy bude změna zadávacích podmínek nemožná).

Navíc, pokud provedená změna znemožnila podání námitek proti zadávacím podmínkám za situace, kdy je znám obsah nabídek, což je skutečně možno vnímat pozitivně, přináší do aplikační praxe nový potenciální výkladový problém, a to řešení situace, kdy zadavatel zadávací podmínky změní např. jeden den před koncem lhůty pro podání nabídek, aniž by respektoval § 99 odst. 2 ZZVZ, tedy současně přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Opravdu se v takové situaci uplatní § 242 odst. 4 ZZVZ, podle kterého by bylo možno v takovém případě podat námitky jen v té jednodenní lhůtě? Lze mít za to, že se jedná o situaci minimálně velmi spornou.

Až praxe proto ukáže, zda byla tato změna lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám krokem správným směrem, či zda nemělo být uvažováno o zcela inovativním řešení situací, pro který byl tento institut přijat. V každém případě je na hodnocení doposud brzy. Všichni zadavatelé a všichni potenciální stěžovatelé by si

60 K tomu srov. zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2015 sp. zn. 4 As 249/2014

61 *„Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že … nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem."*

62 § 110 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

63 § 71 odst. 4 věta druhá zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů; dle ZZVZ (§ 110 odst. 1 věta druhá) musí zadavatel zahájit otevírání obálek bez zbytečného odkladu po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

však nové úpravy měli být velmi dobře vědomi – a měli by si být vědomi i jejích shora naznačených limitů.

1.14. NÁMITKY A NÁVRH PO UKONČENÍ FÁZE INOVAČNÍHO PARTNERSTVÍ

Úprava dozoru musela rovněž reagovat na některé nové instituty v zákoně, nejvýrazněji pak zřejmě na úpravu inovačního partnerství, kde bylo třeba na základě stanoviska Evropské komise připustit ochranu dodavatelů i v situaci, kdy je inovační partnerství již zavedeno a zadavatel následně – po ukončení jeho dílčí fáze – snižuje na základě v zadávací dokumentaci stanovených podmínek počet partnerů.[64]

Dochází tak k netypické situaci, kdy je podáván návrh směřující k nápravnému opatření (odlišnému od uložení zákazu plnění smlouvy) až po ukončení vlastního zadávacího řízení. Tato skutečnost si vyžádala zvláštní úpravu jak podávání námitek (§ 247 ZZVZ), tak i samotného návrhu (§ 267 ZZVZ). Důvodem pro tuto zvláštní úpravu pak byly důsledky oné výše zmíněné netypické situace, které spočívají v tom, že je řada institutů „standardního" námitkového a přezkumného řízení fakticky nepoužitelná (např. logicky nelze použít ustanovení § 263 odst. 4 a 6,[65] neboť neexistuje zadávací řízení, které by bylo možno zrušit, a muselo být proto konstruováno ustanovení § 267 odst. 4 zajišťující obdobný protiobstrukční účinek). Pokud jde o ukládané nápravné opatření,[66] jeho na první pohled velmi obecná formulace je dána tím, že dopředu není možno říci, jakým způsobem bude zadavatel vlastně inovační partnerství s navrhovatelem ukončovat (může to být nějaké formalizované rozhodnutí, které by bylo možno případně zrušit, ale také třeba výpověď smlouvy).

Detailnější rozbor této dílčí problematiky, byť by byl nepochybně zajímavý, však přesahuje možnosti tohoto příspěvku.

64 Jedná se o situaci předvídanou v § 71 odst. 2 písm. b) ZZVZ

65 Upravující ukládání nápravných opatření bez věcného přezkumu (v důsledku toho, že zadavatel buď nezaslal Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení, nebo nerozhodl v zákonné lhůtě o námitkách).

66 § 267 odst. 2 ZZVZ: *„Nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro snížení počtu partnerů, Úřad v rozhodnutí vysloví nezákonnost takového postupu a podle povahy věci nařídí zadavateli zjednat nápravu ve lhůtě 15 dnů od právní moci tohoto rozhodnutí."*

2. OČEKÁVANÝ LEGISLATIVNÍ VÝVOJ

Před samotným závěrem je vhodné upozornit ještě na jeden aspekt svědčící o veliké dynamice legislativního vývoje v předmětné oblasti (která ostatně není v českém právu ničím neobvyklým).

Příspěvek se zabývá procesní (či, přesněji řečeno, „dozorovou") úpravou zákona k okamžiku nabytí jeho účinnosti. Již nyní je ovšem zřejmé, že řízení před Úřadem dozná v blízké budoucnosti značných změn. Dne 3. srpna 2016 byl ve Sbírce zákonů publikován zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Tento zákon, který se má stát kodexem správního trestání v České republice, se bude vztahovat též na všechna řízení vedená Úřadem ve věci přestupků; k tomu je třeba dodat, že v souvislosti se zmíněným zákonem má z českého právního řádu vymizet pojem „správního deliktu", když všechna nezákonná jednání postižitelná sankcí ukládanou ve správním řízení mají nově spadat do jediné kategorie přestupků. V současné době prochází legislativním procesem tzv. změnový zákon k návrhu přestupkového zákona,[67] jehož účelem je jednak převést skutkové podstaty stávajících správních deliktů na přestupky, jednak upravit případné odlišnosti v pravidlech upravujících průběh řízení o přestupcích. Bude to právě tento změnový zákon, který bude novelizovat i část třináctou zákona. Lze předpokládat, že předmětem novely bude nejen (povýtce formální) reformulace skutkových podstat, ale že pro účely vedení správních řízení o přestupcích upravených v ZZVZ budou některé (procesní) instituty zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich buď vyloučeny z aplikace úplně, nebo modifikovány, a to s ohledem na skutečnost, že se jeví pro řízení ve věcech přestupků na úseku veřejného zadávání jako nevhodné.

V každém případě však k 1. červenci 2017 (datum nabytí účinnosti zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich; ke stejnému datu by pak měl logicky nabýt účinnosti i změnový zákon) nastane situace, kdy pro řízení o přestupcích budou platit pravidla zásadně odlišná ve srovnání s pravidly pro řízení (ať již zahajovaných na návrh či z moci úřední), která směřují k uložení nápravného opatření.

67 Legislativní návrh je oficiálně nazván „zákon, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích".

ZÁKLADNÍ PŘÍSTUPY K APLIKACI VÝJIMKY UVEDENÉ V § 29 PÍSM. K) ZZVZ ZE STRANY ÚOHS

Michal Kobza,
ředitel,
Odbor veřejných zakázek I

1. PROBLÉMY SPOJENÉ S PŘEDCHOZÍ PRÁVNÍ ÚPRAVOU

Výjimka podle ustanovení § 29 písm. k) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ" nebo „zákon"),[1] jež umožňuje určitou část veřejných zakázek na právní služby zadávat mimo režim zákona, je jednou z nejvíce diskutovaných novinek v nové právní úpravě zadávání veřejných zakázek. Mezi odbornou veřejností jsou s ní spojována velká očekávání, ale i velké obavy. Předchozí právní úpravy institut zvláštní výjimky pro zadávání veřejných zakázek na právní služby neznaly, přičemž zakázky na předmět plnění tohoto typu byly ze zkušeností z rozhodovací praxe Úřadu často zadavateli zadávány v rozporu se zákonem. Problematičnost právních služeb je dána jejich specifiky; za dobu účinnosti předchozí právní úpravy zadavatelé často mnohdy z racionálních důvodů zadávali zakázky v méně transparentních druzích zadávacích řízení jako je jednací řízení bez uveřejnění, aniž by však byly naplněny všechny podmínky pro jeho použití. Snahy zadavatelů zadávat veřejné zakázky na právní služby s ohledy na jejich specifika často vedly k situacím, kdy zadavatel neměl efektivní řešení nastalé situace.

Podobné problémy, spojené se zadáváním veřejných zakázek na právní služby, měly i ostatní členské státy Evropské unie. Proto se v rámci přípravy nových zakázkových směrnic začalo počítat i se speciálním režimem pro tento typ zakázek, jež měl reflektovat jejich zvláštnosti a nová právní úprava tak měla racionalizovat právní úpravu s požadavky praxe. Konkrétní podobu v nových zakázkových směrnicích tato výjimka dostala ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice 2014/24/EU"), konkrétně v jejím článku 10 písm. d). Jelikož je ZZVZ transpozicí mimo jiné právě této směrnice, dostává se výjimka i do vnitrostátního právního řádu v podobě ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ.

2. KONCEPCE ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK NA PRÁVNÍ SLUŽBY V ZZVZ

ZZVZ v prvé řadě vyjímá část právních služeb z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení podle zákona, přičemž pro zbylé právní služby se dle ZZVZ použije nový zvláštní režim zadávání. Podle ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ platí, že *„zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jde-li o právní služby, (1) které poskytuje advokát v rámci zastupování klienta v soudním, rozhodčím, smírčím nebo správním řízení před soudem, tribunálem nebo jiným veřejným orgánem nebo v řízení před mezinárodními orgány pro řešení sporů, (2) které poskytuje advokát při přípravě na řízení uvedená v bodě 1, nebo pokud okolnosti nasvědčují tomu, že dotčená věc se s vysokou pravděpodobností stane předmětem řízení uvedeného v bodě 1, (3) které musí poskytovat notář na základě jiného právního předpisu v rámci osvědčování a ověřování listin, nebo (4) při kterých na základě jiného právního předpisu, byť i příležitostně, vykonává dodavatel veřejnou moc".*

Zbylé právní služby se pak dle ZZVZ mohou zadávat ve zjednodušeném režimu podle části páté zákona, jelikož dle ustanovení § 129 odst. 1 ZZVZ se ve zjednodušeném režimu zadávají mimo jiné i veřejné zakázky na jiné zvláštní služby uvedené v příloze č. 4 ZZVZ, ve které jsou právě právní služby nevyloučené podle ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ uvedeny.

Podle ZZVZ tedy existují dva režimy pro zadávání veřejných zakázek na právní služby, přičemž volba tohoto režimu záleží na povaze předmětu veřejné zakázky, respektive na konkrétní povaze poskytované právní služby. Podle právní úpravy v ZZVZ tak zadavatel část právních služeb není povinen zadávat v zadávacím řízení podle zákona, tzn. lze využít zákonodárcem poskytnuté obecné výjimky podle ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ. Právní služby, které

1 Výjimka podle § 29 písm. k) ZZVZ je dále v textu dále označovaná také jako „výjimka", či „výjimka na právní služby".

svým charakterem této výjimce neodpovídají, je zadavatel i podle ZZVZ povinen zadat v zadávacím řízení dle zákona, přičemž je oprávněn postupovat ve zjednodušeném režimu.

Je možno učinit obecný závěr, že zadavatel musí v případě, že má v úmyslu zadat veřejnou zakázku na právní služby, nejprve velmi podrobně specifikovat, co bude jejím konkrétním předmětem, aby věděl, v jakém režimu má zakázku zadat, respektive, aby věděl, zda lze na zakázku použít výjimku z povinnosti ji zadávat v zadávacím řízení.

3. ÚOHS BUDE OBECNOU VÝJIMKU NA PRÁVNÍ SLUŽBY VYKLÁDAT RESTRIKTIVNĚ

V následujícím pojednání bude vyložen základní přístup Úřadu právě k problematice výjimky podle § 29 písm. k) ZZVZ. Protože se jedná o zcela nový institut práva veřejných zakázek, Úřad považuje za vhodné popsat, jak s tímto institutem bude nakládat. Text nejprve nastíní východisko výkladu celé výjimky na právní služby, přičemž následně na praktických příkladech popíše, jak mají zadavatelé s výjimkou pracovat. Cílem textu je poskytnout zadavatelům pohled na přístup Úřadu k tomuto novému institutu práva veřejných zakázek a v souladu se zásadou dobré správy nastínit zadavatelům budoucí rozhodovací praxi Úřadu.

S ohledem na fakt, že výjimka na právní služby je zcela nový institut, a to i v kontextu práva Evropské unie, je potřeba nalézt základní výkladové východisko pro jeho interpretaci. Jako nejracionálnější přístup se jeví ten, že při výkladu výjimky podle § 29 písm. k) ZZVZ je potřeba vycházet z obecného pravidla, že výjimky z povinnosti zadavatele postupovat v zadávacím řízení je třeba vždy vykládat restriktivně. Zcela nové instituty ZZVZ, mezi něž patří i výjimka podle § 29 písm. k) ZZVZ, budou dozajista předmětem výkladu ze strany soudů ve správním soudnictví. Je pravděpodobné, že právě tyto instituty, jež představují zcela nové prvky v právu veřejných zakázek, budou předmětem sporů o jejich povahu a správný výklad. S ohledem na fakt, že tato kultivace praxe ze strany správních soudů je možné očekávat až za delší dobu od nabytí účinnosti ZZVZ, není jiný přístup, než přístup restriktivní ze strany Úřadu ani možný.

Základním důvodem, proč Úřad volí v případě výkladu výjimky restriktivní přístup, plyne ze skutečnosti, že důsledkem aplikace výjimky na konkrétní případ je stav, kdy se dané plnění nemusí zadávat v zadávacím řízení podle zákona. Dochází tak k situaci, kdy veřejné prostředky, jež budou za toto plnění zaplaceny, nebudou vynaloženy na základě otevřené a transparentní hospodářské soutěže, která je základním prostředkem k dosažení efektivního, účelného a hospodárného vynakládání veřejných prostředků, jež je hlavním účelem a smyslem regulace veřejného zadávání. Restriktivní výklad výjimky přitom zaručuje, že z povinnosti zadávat veřejné zakázky v zadávacím řízení, tedy způsobem, který je pro dosažení stavu efektivní hospodářské soutěže určen, budou vyňaty pouze ty případy, které zákonodárce explicitně vymezil.

Pokud jde o restriktivní výklad výjimek z povinnosti zadat veřejnou zakázku postupem, který znamená zajištění co nejširší hospodářské soutěže, je potřeba odkázat na skutečnost, že tuto doktrínu již aprobovala i judikatura, a to jak národní, tak evropská, a to zejména ve vztahu k podmínkám použití jednacího řízení bez uveřejnění (dále také „JŘBU"). Na úrovni práva Evropské unie restriktivní přístup k použití JŘBU, tedy nejméně transparentního druhu zadávacího řízení, judikoval Soudního dvůr Evropské unie (dále jen „Soudní dvůr") ve svém rozsudku ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*, kde Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení směrnic, která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě „odklon" od přísnějšího postupu formou jednacího řízení bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, přičemž důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává.[2]

Restriktivní výklad výjimek, které určitý předmět vylučují ze zadávání v režimu zákona, je proto v rozhodovací praxi již zavedený, je tedy pravděpodobné, že soudy tento přístup zvolí i v případě výkladu výjimky podle ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ.

4. VYMEZENÍ ROZSAHU VÝJIMKY NA PRÁVNÍ SLUŽBY

Dle gramatického výkladu textu výjimky můžeme dovodit, že dle prvního bodu výjimky upravené v ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ nemusí zadavatel zadávat v zadávacím řízení právní služby, které poskytuje advokát v rámci zastupování klienta v soudním, rozhodčím, smírčím nebo správním řízení před soudem, tribunálem nebo jiným veřejným orgánem nebo v řízení před mezinárodními orgány pro řešení sporů. Povaha právních služeb, jež spadají pod tuto část výjimky, je z jazykového výkladu zcela jasná. Jedná se o právní služby, které spočívají v zastoupení klienta advokátem před soudem, správním orgánem, či jiným orgánem, vyjmenovaným v příslušném ustanovení. Obecně je pro použití této části výjimky potřeba, aby právní služba, která je předmětem veřejné zakázky, naplňovala následující kritéria: (1) předmětem veřejné zakázky je zastupování klienta v soudním, rozhodčím,

2 Obdobnost restriktivního pojetí prokazování podmínek pro aplikaci výjimky plynulo i z dřívější rozhodovací praxe Soudního dvora, a to z rozsudku ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise proti Itálii*, a z rozsudku ze dne 17. 11. 1993 ve věci C-71/92, *Komise proti Španělsku*, což dokládá, že se jedná ze strany Soudního dvora o pojetí konstantní.

smírčím nebo správním řízení před soudem, tribunálem nebo jiným veřejným orgánem nebo v řízení před mezinárodními orgány pro řešení sporů, (2) vybraným uchazečem a poskytovatelem služby je advokát ve smyslu ustanovení § 4 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii (dále jen „zákon o advokacii"), respektive (s ohledem na zákaz diskriminace členských států EU, Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarské konfederace) další fyzická osoba, která je oprávněna poskytovat v České republice za podmínek stanovených zákonem o advokacii a způsobem v něm uvedeným právní služby ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona o advokacii (dále jen „advokát").

Typickým příkladem takových právních služeb je například zastupování klienta (zadavatele) před soudem advokátem (vybraným uchazečem). Z jazykového výkladu (hlediska) je třeba bod 1. ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ chápat tak, že se jedná o následující výčet pěti druhů řízení:

1. soudní řízení vedené v ČR i v zahraničí před všemi druhy soudů,
2. rozhodčí řízení vedené v ČR (blíže zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů) i v zahraničí včetně arbitrážních sporů,
3. smírčí řízení vedené v ČR (blíže zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád) i v zahraničí,
4. správní řízení vedené v ČR i v zahraničí a vedené zejména před správními úřady, resp. orgány veřejné moci,
5. řízení před mezinárodními orgány pro řešení sporů.

Zastoupení klienta advokátem (advokátní kanceláří) v případě jakéhokoliv výše vedeného správního řízení je právní službou, na kterou bod 1. ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ přímo dopadá, a proto není zadavatel povinen takovouto veřejnou zakázku podle ZZVZ zadat v zadávací řízení.

Druhý bod výjimky z povinnosti zadávat veřejnou zakázku na právní služby v zadávacím řízení se vztahuje na právní služby, které poskytuje advokát při přípravě na řízení uvedená v první části výjimky, nebo pokud okolnosti nasvědčují tomu, že dotčená věc se s vysokou pravděpodobností stane předmětem řízení uvedeného v první části výjimky. V případě této výjimky se jedná o dvě samostatné situace, na které tato výjimka dopadá, respektive se jedná o dvě samostatné výjimky. První věta tohoto bodu dopadá na právní služby, (1) jejichž předmětem jsou služby spočívající v přípravě na řízení dle prvního bodu výjimky, tedy řízení, ve kterém je zadavatel zastoupen advokátem a (2) vybraným uchazečem a poskytovatelem služby je advokát. Druhá věta tohoto bodu výjimky dopadá na právní služby, (1) jejichž předmětem je věc (ve smyslu kauza, nikoliv věc ve smyslu občanského zákoníku), u které okolnosti nasvědčují tomu, že se s vysokou pravděpodobností stane předmětem řízení uvedeného v první části výjimky a (2) vybraným uchazečem a poskytovatelem služby je advokát.

S ohledem na fakt, že gramatický výklad výjimky neposkytuje zcela jasnou odpověď, jaké všechny konkrétní právní služby pod ni spadají, je potřeba vyložit nejasné právní pojmy z textu ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ, přičemž optikou, kterou tento výklad bude proveden, je právě výše popsaný restriktivní přístup.

Důvodová zpráva k ZZVZ k výjimce uvedené v ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ uvádí, že *„[d]ůvodem pro výjimku je specifická povaha právních služeb, jejichž poskytování je zejména ve sporných případech postaveno na důvěře mezi zadavatelem (klientem) a dodavatelem (advokátem), kterou není možné hodnotit na základě objektivních kritérií. U naléhavých případů je navíc zcela nezbytné, aby zadavatel co nejrychleji reagoval na vzniklou potřebu právního zastoupení, což mu formalizovaný postup podle zákona neumožňuje".* Právě specifický vztah mezi klientem a advokátem a potřeba pružně reagovat na vzniklé spory je základním smyslem zakotvení této výjimky, který by měl být určující ve výkladu pojmů u jejího druhého bodu.

Ustanovení § 29 písm. k) bod 2. ZZVZ však musí být vykládáno v kontextu celé výjimky, tedy v kontextu ustanovení § 29 písm. k) bod 1. ZZVZ. Tedy tak, že pokud druhá část výjimky odkazuje na řízení uvedené v bodě 1., je potřeba ji vykládat právě v jejím kontextu a jako činnost realizovanou v úzké spojitosti s konkrétním řízením podle bodu 1.

Pokud tedy ZZVZ hovoří v bodě 2. výjimky o *„přípravě na řízení uvedené v bodě 1."*, je nutné toto ustanovení vykládat tak, že se jedná o službu, která má přímou návaznost na konkrétní řízení (byť toto řízení ještě nemusí být formálně zahájeno, ale je jasně určeno a konkrétně definováno, například jako spor), jež splňuje definici řízení v bodě 1.

Stejným způsobem se pak musí vykládat i ustanovení věty druhé, kdy *„okolnosti nasvědčují tomu, že se věc s vysokou pravděpodobností stane předmětem řízení v bodě 1,"* a to právě v kontextu skutečnosti, že základním účelem vyjmutí těchto právních služeb z povinnosti zadávat v zadávacím řízení podle ZZVZ je právě následné zastupovaní klienta (tedy zadavatele) advokátem v řízení. Aby se dalo hovořit o právních službách, které se s vysokou pravděpodobností stanou předmětem řízení, musí se jednat o vymezené řízení, které v takovém případě může nastat – zadavatel tedy může na základě této části výjimky poptat pouze takové právní služby, u kterých je konkrétně definovaná hrozba vzniku konkrétního řízení, ve kterém bude zadavatel zastupován advokátem, který činí předchozí kroky podle věty druhé. Tuto část výjimky naopak nelze použít na případy, kdy je hrozba vzniku takového řízení malá, tzn. u věci (ve smyslu kauzy), která je předmětem právní služby, okolnosti nenasvědčují tomu, že by se „s vysokou pravděpodobností" stala předmětem řízení dle první části rozebírané výjimky. Jestliže ZZVZ v rámci věty druhé bodu 2. obsahuje pojem „s vysokou pravděpodobností", je vhodné odkázat i na důvodovou zprávu k ZZVZ, která říká, že *„(…) předmětná výjimka nedopadá na běžné zastupování klienta advokátem ve věcech, kde*

nehrozí vysoká pravděpodobnost shora uvedených sporů (např. zpracování běžných smluv)". Aby se tedy dalo konstatovat, že se věc stane předmětem řízení s vysokou pravděpodobností, nepostačí pouze samotná pravděpodobnost, že se věc stane předmětem řízení, ale tato míra pravděpodobnosti musí být dle zákonodárce v kvalitě „vysoké". Pokud by tomu okolnosti případu nenasvědčovaly, nebylo by možné dovodit, že byly splněny takové podmínky pro aplikaci této výjimky. Pokud by se přistoupilo na výklad, dle kterého je možné výjimku použít i tehdy, pokud není konkrétně daná hrozba vzniku řízení a žádné okolnosti tomu nenasvědčují, dovedeno do absurdního výkladu by pod tuto výjimku spadalo v podstatě každé právní jednání, jelikož téměř každé právní jednání se může stát předmětem některého z řízení uvedených v bodě 1.

Jako ukázka právních služeb, jež naplňují pro smysluplný výklad této výjimky výše uvedenou definici, může sloužit zastupování zadavatele před Úřadem v rámci šetření podnětu podle ustanovení § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (děle jen „správní řád"). V prvé řadě je potřeba uvést, že s ohledem na závěry obsažené v rozsudku Krajského soudu v Brně 62 Ca 13/2006 ze dne 15. 12. 2006[3] platí, že šetření přijatého podnětu Úřadem nepředstavuje správní řízení. Na zastoupení zadavatele advokátní kanceláří v rámci šetření podnětu tak nelze použít bod 1. výjimky zakotvené v ustanovení § 29 písm. k) bod 2. ZZVZ.

Právní služby poskytované v rámci šetření podnětu tak budou činěny v období, kdy zadavatel očekává s vysokou pravděpodobností, že se dotčená věc stane předmětem následného správního řízení před Úřadem (při posuzování otázky zastupování zadavatele při šetření podnětu k zahájení správního řízení nelze odhlédnout ani od té – jinak zcela zjevné – skutečnosti, že je to zadavatel sám, který si je nejlépe vědom svého předešlého postupu, a je postaven do situace, kdy je zcela zřejmé, že pokud tento svůj postup nevysvětlí, resp. neobhájí jeho soulad se zákonem, bude v souladu se zásadou oficiality zahájeno správní řízení; přitom zahájení řízení je v kompetenci správního orgánu a výsledkem může být jak zastavení řízení, tak i shledání závadného postupu a uložení nápravného opatření či sankce). Lze tedy uzavřít, že poskytovatel těchto právních služeb se bude podílet na přípravě věci, jejíž okolnosti nasvědčovaly vzniku následného správního řízení před Úřadem, tj. „jiným veřejným orgánem" jak jej definuje zákonodárce v ustanovení § 29 písm. k) bod 1. ZZVZ, a při zadávání těchto právních služeb je možnost aplikovat obecnou výjimku uvedenou v § 29 písm. k) bod 2. ZZVZ.

Podobnou situaci, jako výše popsané zastoupení v rámci šetření podnětu k zahájení správního řízení, bude představovat i právní poradenství při vyřizování námitek (například příprava odpovědi zadavatele na námitky). Podání námitek v zadávacím řízení je jedním ze základních prostředků ochrany dodavatele proti nesprávnému postupu zadavatele, tzn. jeho předpokladem je domnělé porušení zákona ze strany zadavatele. Jedná se tak již o fázi ochrany dodavatele před nezákonným postupem zadavatele, tzn. o spor, přičemž platí, že v případě, že bude návrh na přezkoumání úkonů zadavatele dodavatelem následně podán (neboť už z podání námitek je zřejmé, že dodavatel je připraven svá práva hájit), bude vedeno řízení s týmž předmětem řízení, jaký je řešen v rámci vyřizování námitek. Z uvedeného důvodu lze na dotčenou věc pohlížet tak, že se jedná o situaci, jež se s vysokou pravděpodobností stane předmětem následného správního (sporného) řízení zahájeno na návrh, přičemž není rozhodné, jestli se tak skutečně stane. Zde je důležité doplnit i to, že je to právě tato fáze, která spoluurčuje, pro jaký předmět by bylo vedeno následné správní řízení. Pro stručnost lze na tomto místě odkázat na předchozí příspěvek k novým pravidlům dozoru, zejména k pasážím o předmětu vymezenému námitkami a povinnostem spojeným s rozhodnutím o těchto obdržených námitkách.

Jako příklad činnosti, která pod výjimku podle ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ naopak nespadá, je možné uvést administraci zadávacích řízení, tedy takové právní služby, ve kterých zadavatel požaduje buď vyhotovení kompletní zadávací dokumentace na příslušnou veřejnou zakázku, nebo celkovou administraci zadávacího řízení. V případě tohoto typu právních služeb se s určitostí nejedná o žádnou formu zastoupení klienta (zadavatele) advokátem (advokátní kanceláří) v soudním, rozhodčím, smírčím nebo správním řízením [bod 1. § 29 písm. k) ZZVZ], neboť zadávací řízení je svoji povahou zvláštním (přísně regulovaným) způsobem uzavírání smlouvy (kdy na jedné její straně vystupuje osoba, které svědčí postavení zadavatele dle zákona), kdy vztahy v jeho rámci mají stále soukromoprávní charakter. Pokud se na proces zadávacího řízení podíváme ve vztahu k možné aplikaci obecné výjimky uvedené pod bodem 2. ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ, tedy jako na přípravu advokáta na ve výjimce uvedená řízení, nebo s ohledem na možnost, že dotčená věc se s vysokou pravděpodobností stane předmětem sporného řízení, je třeba konstatovat, že ani v tomto případě podmínky aplikace výjimky nenastanou. Zadávací řízení nepředstavuje žádnou z taxativního výčtu možností uvedených v bodě 1. předmětného ustanovení ZZVZ, a proto nelze v dané věci hovořit ani o přípravě advokáta (advokátní kanceláře) na takovéto typy řízení. Je přitom absurdní dovozovat, že by byl tento proces (zadávací řízení a tomu předcházející postupy samo o sobě), kdy zadavatel vybírá advokáta ještě před zahájením zadávacího řízení pro tvorbu zadávacích podmínek, tzn. aniž by bylo vůbec zahájeno zadávací řízení, natož aby např. zadavatel dostal určitou námitku proti nezákonnému postupu v tomto zadávacím řízení, vysoce pravděpodobně spojen s nějakým konkrétním řízením ve smyslu § 29 písm. k) bod 1. ZZVZ.

Pod výjimku obecně nespadá obecné právní poradenství bez dalšího, u něhož nelze hovořit o okolnostech, které nasvědčují tomu, že se předmětná věc stane s vysokou

3 Potvrzeno rozsudkem Nejvyššího správního soudu 8 Afs 74/2007 ze dne 31. 8. 2009.

pravděpodobností předmětem následného sporného řízení ve smyslu výjimky podle ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ, resp. z okolností případu tomu nesvědčí žádná skutečnost. Jde například účast právního experta na veřejné zakázky na Expertní skupině MMR pro veřejné zakázky apod.

Obecně je dále nutné akcentovat, že předmětná výjimka výslovně hovoří o nutnosti zastupování klienta v řízení, takže nelze jen mechanicky a paušálně ztotožňovat definici poskytování právních služeb dle § 1 odst. 2 zákona o advokacii a takto formulovanou výjimku.

5. OBEZŘETNOST ZADAVATELŮ JE NUTNÁ, I KDYŽ LZE OBECNOU VÝJIMKU ZE ZZVZ NA PRÁVNÍ SLUŽBY APLIKOVAT

Je potřeba uvést několik upozornění pro zadavatele, kteří budou chtít výjimky uvedené v ustanovení § 29 písm. k) ZZVZ využít. Dosud velmi častá praxe, kdy zadavatel u dodavatelů poptává pouze nespecifikované právní služby, jež zahrnují všechny možné úkony, od právních analýz až po zastupování před soudem, nebude pod výjimku spadat, respektive pod ni bude spadat vždy jen určitá, výjimkou jasně definovaná část těchto služeb. Zadavatel tak při formulaci předmětu veřejné zakázky, na kterou bude chtít výjimku využít, bude vždy muset popsat podrobně zadávané právní služby, aby bylo patrné, zda je možné je pod výjimku podřadit.

Pokud se zadavatel bude snažit výjimku vyložit velmi extenzivně a bude se snažit pod ni podřadit široké spektrum právních služeb, vystavuje se velmi vysokému riziku případných sporů, či dokonce správního postihu ze strany Úřadu.

PŘEDBĚŽNÉ TRŽNÍ KONZULTACE

1. CO JSOU PŘEDBĚŽNÉ TRŽNÍ KONZULTACE?

Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, do českého práva veřejných zakázek nově zavádí pojem *předběžné tržní konzultace.* Výslovně se v § 33 ZZVZ stanoví, že *„zadavatel je oprávněn vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích, pokud to nenarušuje hospodářskou soutěž…"* Co jsou tržní konzultace a jakou mají mít formu, ZZVZ blíže nestanoví. I když pojem tržní konzultace není v ZZVZ definován, je možno říci, že právní úprava zde jen kodifikuje to, co se v praxi v mnoha případech dělo před zahájením zadávacího řízení již za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Ačkoliv takový postup by nebylo možno bez dalšího shledat v rozporu s předmětnou normou, výše zmíněný postup zadavatelů v sobě zahrnoval velké riziko, že postup zadavatele bude některým z dodavatelů napaden námitkami z důvodu nedodržení zásady transparentnosti, rovného zacházení nebo zákazu diskriminace, a to z důvodu, že některý dodavatel mohl získat více informací než jiní potenciální uchazeči o veřejnou zakázku či z důvodu, že měl více času na přípravu své nabídky. Dodavatelé tak mohli zpochybňovat transparentnost zadávacího řízení právě pouze z důvodu provádění předchozího jednání, aniž by však byla transparentnost a nediskriminační charakter zadávacího řízení jakkoli reálně ovlivněna.

Výslovné umožnění jednání s dodavateli (nebo odborníky) vedené za účelem přípravy kvalitních zadávacích podmínek nyní poskytuje zadavateli vyšší míru jistoty v tom smyslu, že jestliže nyní zadavatel provede předběžné tržní konzultace a dodrží veškeré zákonné požadavky, které stanovil zákonodárce v ZZVZ, postup zadavatele nebude možno úspěšně v navazujícím zadávacím řízení napadnout námitkami podle § 241 ZZVZ, resp. u Úřadu návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 250a násl. ZZVZ.

2. ÚČEL PŘEDBĚŽNÝCH TRŽNÍCH KONZULTACÍ

Je vždy ku prospěchu zadavatele, aby ještě před zahájením zadávacího řízení provedl předběžné tržní konzultace? Ačkoliv odpověď na tuto otázku není jednoduchá, Úřad má za to, že určité zobecnění je možné.

Úřad vždy, a to již za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů, opakovaně tvrdil a tvrdí, že zadavatel při tvorbě zadávacích podmínek musí znát předmět veřejné zakázky a trh, na který hodlá s výzvou k podání nabídky v nejširším slova smyslu, vstoupit. U zadavatele, který je informován a zná situaci na trhu, na který hodlá vstoupit, jsou dány předpoklady, že se nedopustí např. skrytě diskriminačního jednání formou stanovení nepřiměřených podmínek účasti v zadávacím řízení. Cílem předběžných tržních konzultací je právě zvýšení informovanosti zadavatele o poptávaném plnění veřejné zakázky, popřípadě identifikace jiných způsobů řešení, kterými lze splnit jeho potřeby, ve fázi přípravy samotného zadávacího řízení. Předběžné tržní konzultace by tedy k formulaci zadávacích podmínek měly pomoci zejména těm zadavatelům, kteří se hůře orientují v problematice týkající se poptávaného předmětu plnění. Na předběžných tržních konzultacích mohou popsat cílový stav, kterého realizací zadávacího řízení a splněním smlouvy chtějí dosáhnout, a od dodavatelů se mohou dozvědět, jakým možným způsobem či možnými způsoby lze tohoto požadovaného cíle dosáhnout. Znalost o používaných technologiích získaná z předběžných tržních konzultací pak zadavateli lépe dá odpověď na otázku, zda jej pro něj přípustná pouze jedna zvolená technologie či varianta řešení, neboť jiné na trhu dostupné technologie a varianty řešení nesplní všechny požadavky zadavatele na předmět plnění a zajištění potřeb, či zda naopak nezáleží na tom, jaký konkrétní způsob plnění veřejné zakázky dodavatel zvolí, aby tyto potřeby zadavatele byly realizací veřejné zakázky naplněny.

Předběžné tržní konzultace však mohou být bezpochyby přínosné i pro zadavatele, který trh, na nějž hodlá vstoupit, zná detailně a má zcela jasnou představu o požadovaném předmětu plnění. Lze to uvést na následujícím příkladu, kdy se zadavatel rozhodl zadat veřejnou zakázku na dodávku motorového vozidla pro přepravu více osob a chce nějakým způsobem zajistit bezpečnost přepravovaných osob při vystupování z vozidla, a proto jeho prvotní představou bylo požadovat v prostoru pro přepravované osoby dveře pouze na pravé straně (jak nabízí jeden výrobce). Při provádění předběžných tržních konzultací však zadavatel zjistí, že v kombinaci s jeho dalšími požadavky na výkon motoru a na objem zavazadlového prostoru vozidla, existuje pouze jediný výrobce, který nabízí řešení s dveřmi pouze na pravé straně automobilu, které zadavatel zamýšlel požadovat, a že další dodavatelé jsou schopni nabídnout za stejných podmínek (finančních, kvalitativních aj.) řešení umožňující zablokování dveří na levé straně, kdy bude zcela vyloučena možnost otevírání těchto dveří z prostoru přepravovaných osob. V důsledku předběžných tržních konzultací pak zadavatel změnil své původně zamýšlené požadavky tak, aby umožnil efektivnější hospodářskou soutěž, přičemž vybral nabídku s dveřmi na levé straně blokovanými, jež byla přitom pro zadavatele za splnění i ostatních jeho podmínek dokonce mnohem výhodnější.

V případě, že zadavatel zná velmi dobře aktuální situaci na trhu, na který s veřejnou zakázkou vstupuje, či tento trh nepodléhá dynamickému vývoji a jde například o opakovanou veřejnou zakázku, kdy o okruhu účastníků a nabízených řešení má zadavatel jasno, nelze naopak předběžné tržní konzultace považovat za příliš přínosné a mohou být pouze neefektivním a zbytečným časovým nákladem pro zadavatele.

Zjednodušeně řečeno, účelem předběžných tržních konzultací musí být vždy zajištění maximální informovanosti zadavatele o předmětu veřejné zakázky a případných jiných způsobech řešení jeho potřeb tak, aby byl schopen definovat předmět veřejné zakázky nejotevřenějším způsobem, a tímto primárním prizmatem bude k dané problematice Úřad přistupovat i při případné aplikaci ustanovení § 33 ZZVZ v budoucnu. Úřad naopak vždy bude razantně vystupovat proti takovým krokům zadavatelů, kdy předběžné tržné konzultace budou sloužit jako nástroj k diskriminačnímu stanovení zadávacích podmínek pod rouškou „naoko" transparentního postupu zadavatele. Zde si je však třeba uvědomit, že vedení předběžných tržních konzultací jako postup zadavatele před zahájením zadávacím řízení samo o sobě nemůže být předmětem námitek podle ustanovení § 241 odst. 2 ZZVZ. Podle tohoto ustanovení námitky mohou být totiž podány pouze proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek; volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky; nebo postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s ZZVZ. Jak vyplývá z výše uvedeného, způsob, jakým jsou předběžné tržné konzultace vedeny, pod shora uvedená jednání zadavatele podřadit nelze. Nezákonně nastavené zadávací podmínky jako výsledek nezákonných předběžných tržních konzultací však samozřejmě mohou být předmětem přezkumu, a tak zadavatel s těmito nezákonnými zadávacími podmínkami v dalším procesu „narazí", neboť Úřad bude chránit dodavatele, kteří se legitimně domáhají férové soutěže.

3. S KÝM MOHOU BÝT PŘEDBĚŽNÉ TRŽNÍ KONZULTACE VEDENY

Předběžné tržní konzultace mohou být ve smyslu § 33 ZZVZ vedeny s odborníky či dodavateli. Ačkoliv ZZVZ neobsahuje žádnou definici toho, kdo je odborníkem, je zjevné, že i v kontextu směrnic, které byly implementovány prostřednictvím ZZVZ, má jít o tzv. „nezávislé odborníky nebo orgány". Vzhledem k tomu, že však právní úprava připouští vedení předběžných tržních konzultací i s dodavateli, není třeba se dle Úřadu výrazněji z pohledu zadavatele zabývat tím, nakolik jde o odborníka skutečně „nezávislého". Uvedení pojmu „nezávislý odborník" či „independent expert" však chápe Úřad spíše jako návod k tomu, s kým vším je možno o vymezení předmětu plnění jednat a diskutovat, a kdo může být teoreticky zadavateli k tomu nápomocen, tj. že nemusí jít pouze o potenciální dodavatele, ale že existuje i trh s poradenstvím o produktech či službách, které hodlá zadavatel získat.

Ačkoliv Úřad shora uvedl, že se není třeba výrazněji z pohledu zadavatele zabývat, nakolik jde o odborníka skutečně „nezávislého", jedním dechem Úřad dodává, že považuje za zbytečné na tomto místě současně připomínat, že zájem „dodavatelů i odborníků" ve smyslu ZZVZ i při provádění předběžných tržních konzultací není jiný než maximalizovat svůj zisk a že k tomuto cíli se mohou snažit vhodně využít i předběžných tržních konzultací. Lze předpokládat, že dodavatelé budou usilovat o vytvoření stavu, aby do zadávacích podmínek prosadili například technické parametry či technické kvalifikační předpoklady, kterými by mohli získat v budoucím zadávacím řízení výhodu. Je tedy na zadavateli, aby dokázal komunikaci s dodavateli a odborníky zvládnout tak, aby nedošlo k narušení hospodářské soutěže, přičemž zcela zásadní a kritické rozhodnutí může být již určení okruhu dodavatelů či odborníků s kým budou předběžné tržní konzultace vedeny. Úřad doporučuje, aby předběžné tržní konzultace byly vedeny v přiléhavých případech nejen se zástupci dodavatelů, kteří jsou lídry trhu a globálními hráči, ale i například se zástupci malého a středního podnikání, aby zadavatel mohl získat včas zpětnou vazbu o svých excesivně nepřiměřených požadavcích, které mohou bránit efektivní soutěži o předmětnou veřejnou zakázku.

4. JAK MAJÍ BÝT PŘEDBĚŽNÉ TRŽNÍ KONZULTACE VEDENY?

Zákonodárce stanovil v § 33 ZZVZ na vedení předběžných tržních konzultací tři základní požadavky. Prvním z nich je, že tyto probíhají před zahájením zadávacího řízení.

Dalším z nich je realizace předběžných tržních konzultací pouze v případě, kdy nedojde k narušení hospodářské soutěže. Toto ustanovení je dle Úřadu však třeba vykládat tak, že v zásadě je možno vést předběžné tržní konzultace vždy, avšak pokud se zadavatel k takovému jednání s dodavateli či odborníky již rozhodne, je jeho povinností zajistit, aby nedošlo k narušení hospodářské soutěže v navazujícím zadávacím řízení, které bude zahájeno po ukončení předběžných tržních konzultací. Zadavatel zkrátka nesmí vést předběžné tržní konzultace takovým způsobem, který by mohl narušovat hospodářskou soutěž, a to především v podobě diskriminace či naopak zvýhodnění takového dodavatele (či dodavatelů), se kterým byly konzultace vedeny.

Nelze nevidět, že ZZVZ kromě požadavku na nenarušení hospodářské soutěže a odkazu na § 211 odst. 1 ZZVZ nestanoví žádné jasné vymezení toho, co konkrétně zadavatel smí a nesmí provést. Je však třeba očekávat, že jinak budou předběžné tržní konzultace organizovány a prováděny na ministerstvu a jinak na malé obci, vždy totiž bude záležet na personálních, odborných i časových kapacitách

zaměstnanců pověřených zadáváním veřejných zakázek. ZZVZ však požaduje jednotný standard a individuální schopnosti zadavatelů nerozlišuje. Ačkoliv to ZZVZ výslovně nevyžaduje, zadavatel bude vždy v bezpečnější pozici, jestliže transparentním způsobem dá vědět potenciálním dodavatelům o konání předběžných tržních konzultací a o formátu budoucího jednání. Je však třeba mít na paměti, že uveřejnění informace o konání předběžných tržních konzultací ještě samo o sobě nezaručuje, že nedojde k nenarušení hospodářské soutěže v navazujícím zadávacím řízení. Účast co nejširšího okruhu dodavatelů na konání předběžných tržních konzultací je pouze předpokladem k tomu, aby se k zadavateli dostaly informace od více než jednoho dodavatele. Je však na zadavateli jakým způsobem vyhodnotí informace, které získá od dodavatelů, neboť k narušení hospodářské soutěže může dojít i v předběžných tržních konzultacích, jichž se účastnili všichni potenciální dodavatelé. Stejně tak neúčast jednoho z největších potenciálních dodavatelů na předběžných tržních konzultacích sama o sobě ještě neznamená, že došlo k narušení hospodářské soutěže. Opět zcela zásadní je pro posouzení věci až způsob jakým zadavatel aplikuje získané informace a poznatky v zadávacích podmínkách. Nelze a priori vyloučit, že zadavatel povede předběžné tržní konzultace pouze s jedním dodavatelem. Ani takový postup nemá bez dalšího za následek zrušení zadávacího řízení Úřadem. Takový průběh konzultací však bude klást na zadavatele velké nároky a vystavuje se velkému riziku, že nebude schopen správně využít informací získaných z tržních konzultací v důsledku absence konfrontace s informacemi získanými od konkurentů. Určité kritické zhodnocení informací, které zadavatel získal z předběžných tržních konzultací je nezbytné, a pokud tyto informace nebyly konfrontovány s informacemi předkládanými konkurenčním dodavatelem, Úřad doporučuje, aby v takovém případě byly minimálně konfrontovány s veřejně dostupnými údaji.

Třetí zákonnou podmínkou upravující způsob vedení předběžných tržních konzultací uvedenou v ustanovení § 33 ZZVZ je již jednou výše zmíněný odkaz na § 211 odst. 1 ZZVZ, kdy mají být na komunikaci mezi zadavatelem obdobně použita pravidla zde uvedená. Veškerá komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem či dodavateli u předběžných tržních konzultací tedy probíhá zásadně písemně. Lze však vést i ústní komunikaci, je-li obsah v dostatečné míře zdokumentován, zejména zápisy, zvukovými nahrávkami nebo souhrny hlavních prvků komunikace.

5. JAK ZPRACOVAT ZADÁVACÍ PODMÍNKY, JESTLIŽE ZADAVATEL VEDL PŘEDBĚŽNÉ TRŽNÍ KONZULTACE?

Zadavatel je při postupu podle ZZVZ povinen v zadávacím řízení podle § 6 odst. 1 dodržovat zásadu transparentnosti. Jako konkrétní projev této zásady zákonodárce v ZZVZ zadavateli stanovil v § 36 odst. 4 ZZVZ povinnost v případě, že zadávací dokumentace obsahuje i informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, označit v zadávací dokumentaci části formulované na základě předběžné tržní konzultace, uvést osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely, a uvést podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace.

6. ÚČAST NA PŘEDBĚŽNÝCH TRŽNÍCH KONZULTACÍCH JAKO DŮVOD VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ?

Základním požadavkem na využití předběžných tržních konzultací je, že tyto nesmí narušit hospodářskou soutěž. Jestliže však zadavatel prokáže, že se dodavatel, který se účastnil předběžných tržních konzultací, stal účastníkem zadávacího řízení podle § 47 ZZVZ a došlo tím k narušení hospodářské soutěže, a není již možné jiné opatření k nápravě, může (ale nemusí) zadavatel takového účastníka zadávacího řízení vyloučit, avšak pouze za předpokladu, že účastník zadávacího řízení na výzvu zadavatele neprokázal, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo. Je zjevné, že v těchto případech bude na zadavateli ležet velká tíha odpovědnosti, neboť to bude právě zadavatel, kdo posoudí informace, které účastník zadávacího řízení na výzvu předložil a bude muset učinit zásadní závěr, zda došlo či nedošlo k narušení hospodářské soutěže. Nelze dle Úřadu vyloučit, že toto ustanovení obsahující možnost vyloučení účastníka zadávacího řízení, v podstatě bez jeho jakéhokoliv aktivního přispění, může vést i k větší zdrženlivosti a snížené motivaci dodavatelů účastnit se předběžných tržních konzultací, a může tak snížit jinak pozitivní efekty související se zavedením tohoto nového institutu.

7. JSOU PŘEDBĚŽNÉ TRŽNÍ KONZULTACE VŠELÉKEM?

Řádné vedení předběžných tržních konzultací jistě není všelékem, který je schopen zcela eliminovat veškeré problémy při stanovení zadávacích podmínek. Úřad bude vést jistě i nadále správní řízení, jejichž předmětem bude přezkum zadávacích podmínek stanovených zadavatelem. Typicky půjde o případy, kdy zadavatel obdrží v zadávacím řízení námitky proti zadávacím podmínkám, které podal dodavatel, jenž v nich bude tvrdit, že způsob řešení zvolený zadavatelem jej diskriminuje, neboť bezdůvodně zvýhodňuje zboží vyráběné jeho konkurentem. Uskutečnění předběžných tržních konzultací pouze vytváří předpoklad k tomu, aby se tento spor mezi dodavateli „za asistence zadavatele" odehrál ještě před zahájením zadávacího řízení a zadavatel měl více možností, jak na tuto situaci a svou neznalost problému zareagovat. Proto zavedení nového právního institutu předběžných tržních konzultací Úřad hodnotí celkově pozitivně.

V JAKÉ PODOBĚ PŘEDÁVAT ÚOHS DOKUMENTACI O ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ, JE-LI POSTUP ZADAVATELE NAPADEN?

Ačkoliv povinnosti spojené s doručováním dokumentace o veřejné zakázce Úřadu nejsou v českém právním řádu nijak nové a jsou prakticky v nezměněné podobě jeho trvalou součástí již od 1. 1. 2014 od nabytí účinnosti zákona č. 341/2013 Sb., kterým byl změněn zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, Úřad se stále setkává s tím, že někteří zadavatelé nemají jasno jakým způsobem a v jaké podobě mají dokumentaci o veřejné zakázce v souvislosti s přezkumem vedeným Úřadem předkládat, tj. jak splnit své povinnosti vůči Úřadu.

1. ZADAVATEL JE POVINEN ZASLAT ÚOHS DOKUMENTACI O ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ

Nový zákon o zadávání veřejných zakázek stanoví v § 252 odst. 1 povinnost doručit Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení nebo soutěži o návrh, společně s vyjádřením zadavatele do 10 dnů od doručení návrhu na zahájení správního řízení. V § 252 odst. 3 pak ZZVZ stanoví, že zadávací dokumentaci vyjma netextové části zadávací dokumentace nebo soutěže o návrh, je zadavatel povinen odeslat Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datovou zprávu podepsanou uznávaným elektronickým podpisem. V § 252 odst. 4 pak ZZVZ stanoví, že části dokumentace o zadávacím řízení nebo soutěži o návrh neuvedené v odstavci 3 a netextovou část zadávací dokumentace nebo soutěže o návrh je zadavatel povinen odeslat Úřadu v listinné podobě, prostřednictvím datové schránky nebo jako datovou zprávu podepsanou uznávaným elektronickým podpisem.

§ 258 ZZVZ pak stanoví obdobné povinnosti zadavateli i pro případy předcházející zahájení správního řízení [tj. například šetření podnětu podaného k Úřadu podle § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád")] s tím, že je odlišně upraven okamžik rozhodný pro určení počátku běhu lhůty pro splnění povinnosti odeslat dokumentaci (do 10 dnů ode dne doručení výzvy Úřadu).

Odpověď na otázku, co tvoří dokumentaci o zadávacím řízení, dává ustanovení § 216 odst. 1 ZZVZ. Podle tohoto ustanovení dokumentaci o zadávacím řízení tvoří všechny dokumenty v listinné nebo elektronické podobě a výstupy z ústní komunikace, jejichž pořízení v průběhu zadávacího řízení, popřípadě po jeho ukončení, vyžaduje ZZVZ, včetně úplného znění originálů nabídek všech dodavatelů.

2. NEODESLÁNÍ DOKUMENTACE O ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ ÚOHS JE SPRÁVNÍM DELIKTEM, ZA JEHOŽ SPÁCHÁNÍ HROZÍ ZADAVATELI POKUTA AŽ 1 000 000 KČ

Byť se výše uvedené povinnosti jeví na první pohled srozumitelné, jak již bylo uvedeno výše, zadavatelé často žádají Úřad o vysvětlení a doporučení, jak vlastně mají postupovat, aby se nedopustili správního deliktu. I ZZVZ v § 268 odst. 1 považuje za správní delikt zadavatele nesplnění některé z povinností podle § 252 odst. 1, 3, 4 nebo § 258 odst. 1. ZZVZ, přičemž Úřad upozorňuje, že ke spáchání správního deliktu postačí pouze nesplnění vyjmenovaných povinností. Pro vznik odpovědnosti za správní delikt tedy není nezbytné prokazovat, zda došlo ke konkrétním negativním následkům nesplnění povinnosti (průtahy) na průběh správního řízení. Podle § 268 odst. 2 ZZVZ může být zadavateli za spáchání správního deliktu podle § 268 odstavec 1 písm. e) uložena pokuta až do výše 1 000 000 Kč. Protože naším společným cílem je rychlý, efektivní a bezproblémový průběh komunikace, považujeme za vhodné uvést základní východiska správného postupu dle předmětných ustanovení.

3. NESTANOVÍ-LI PRÁVNÍ PŘEDPISY JINAK, DOKUMENTACE O ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ JE ZASÍLÁNA ÚOHS V ORIGINÁLE

S ohledem na shora uvedené Úřad níže shrnuje přehledně způsob, jakým má být dokumentace o zadávacím řízení Úřadu předána. Úřad zdůrazňuje především povinnost předkládat zásadně originál dokumentace o zadávacím řízení. Pouze originál dokumentace o zadávacím řízení může obsahovat informace a údaje, na základě nichž může Úřad jako správní orgán zjistit stav věci,

o němž nejsou důvodné pochybnosti ve smyslu § 3 správního řádu. Úřad zdůrazňuje, že zadavatel nedostojí své zákonné povinnosti, jestliže z dokumentace o zadávacím řízení zhotoví např. prosté kopie protokolů z jednání hodnotící komise či zadávací dokumentace a souhrn těchto kopií zašle Úřadu.

Výjimku lze učinit pouze v případě části dokumentace o zadávacím řízení nebo soutěži o návrh neuvedené v odstavci 3 a netextové části zadávací dokumentace nebo soutěže o návrh, kdy v návaznosti na § 22 odst. 1 písm. a) zákona č. 300/2009 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů, je možno provést konverzi. Podle tohoto ustanovení se konverzí rozumí úplné převedení dokumentu v listinné podobě do dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru, ověření shody obsahu těchto dokumentů a připojení ověřovací doložky. § 22 odst. 2 zákona o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů stanoví, že dokument, který provedením konverze vznikl, má stejné právní účinky jako ověřená kopie dokumentu, jehož převedením výstup vznikl. Jestliže tedy Úřad obdrží dokument, který je součástí dokumentace o zadávacím řízení a byl původně vyhotoven v listinné podobě, pokud byl konvertován dle §22 a 23 zákona o elektronických úkonech, nedochází k nesplnění zákonné povinnosti a tento postup je dle Úřadu přípustný.

Zadávací dokumentace je rovněž součástí dokumentace o zadávacím řízení, avšak pro její předkládání Úřadu v případě, kdy je napaden u Úřadu postup zadavatele podle ZZVZ platí odlišné pravidlo. Zadávací dokumentace vyjma netextové části zadávací dokumentace nebo soutěže o návrh je zadavatel povinen odeslat Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datovou zprávu podepsanou uznávaným elektronickým podpisem.

U netextové části zadávací dokumentace, jako je např. projektová dokumentace, by mohlo být někdy velmi obtížné a finančně náročné pro zadavatele tuto dokumentaci převést do elektronické podoby tak, aby s ní bylo možno efektivně nakládat ve správním řízení. Netextovou část zadávací dokumentace je proto možno předložit ÚOHS i v listinné podobě, přičemž zde pak ale již opět platí pravidlo předložit dokument v originále.

4. JAK ZASÍLAT ÚOHS DOKUMENTACI O ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ, KTERÁ VZNIKLA V SOUVISLOSTI S „ELEKTRONICKÝM“ ZADÁVÁNÍM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK?

Zadavatelé se občas dotazují, jak postupovat v případě dokumentace o zadávacím řízení, která zahrnuje rozsáhlé dokumenty či nabídky, kdy jejich velikost v souhrnu přesahuje maximální přípustnou velikost příloh datové zprávy, tj. 20 MB. Zde Úřad uvádí, že je zcela v souladu se ZZVZ bude-li v takovém případě zaslána dokumentace o zadávacím řízení Úřadu např. ve více datových zprávách.

„ZAKÁZKOVÉ“ OPČNÍ PRÁVO A VYHRAZENÉ ZMĚNY ZÁVAZKU

Markéta Dlouhá,
ředitelka,
Odbor veřejných zakázek III

Opční právo je specifickým institutem, se kterým pracuje nejen zakázkové právo. V oblasti veřejného zadávání je však potřeba jeho význam chápat s ohledem na jeho vymezení odlišně, resp. není zcela shodný například s opčním právem v občanskoprávním pojetí. Opční právo se jako pojem, který byl výslovně vymezen v dosavadní úpravě, se čistě jazykově mění (viz dále). Opční právo ve veřejných zakázkách je nutno vnímat tak, že jeho účelem je umožnit zadavateli získat nové plnění obdobné tomu, které pořídil v rámci původní veřejné zakázky, avšak jedná se o plnění, u kterého nemá jistotu, zda u tohoto dodatečného plnění vyvstane potřeba jeho realizace, příp. zda bude mít zadavatel dostatek finančních prostředků na jeho pořízení (realizaci). Stručně vyjádřeno, jedná se pro zadavatele o možnost dalšího plnění dle veřejné zakázky, na kterou je již uzavřena smlouva. Podstatným je fakt, že se jedná výlučně o právo zadavatele, nenáleží tedy jinému subjektu než tomu, kdo veřejnou zakázku zadává a tedy poptává určité plnění. Navazující text reflektuje opční právo především z pohledu a v rozsahu původní úpravy dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“ nebo „předchozí právní úprava“) v návaznosti na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“ nebo „nová právní úprava“).

Zákon o veřejných zakázkách obsahoval v ustanovení § 99 přímé vymezení opčního práva v intencích zakázkového práva a určení, za jakých podmínek je možno jej využít. Jednalo se tak o národní úpravu, která výslovně pro určitý druh dodatečného plnění v oblasti zakázkového práva vyhradila označení opční právo. S institutem opčního práva nepřímo počítala i unijní úprava, a to např. v čl. 31 odst. 4 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice 2004/18“), která byla jednou ze směrnic, z nichž zákon o veřejných zakázkách vycházel. Směrnice 2004/18 v citovaném ustanovení však nevymezovala, co je opčním právem, nýbrž upravovala jednací řízení bez uveřejnění, na základě kterého je zajišťováno dodatečné plnění. Zmiňované ustanovení směrnice 2004/18 mělo co do opčního práva přímý odraz v dalším ustanovení zákona o veřejných zakázkách, kterým se právě opční právo realizovalo, což bude rozebráno níže.

V předchozí právní úpravě tedy zákonodárce v § 99 konkrétně vymezil, co je třeba pod pojmem opční právo v zakázkovém slova smyslu chápat. Citované ustanovení zákona o veřejných zakázkách v odst. 1 opční právo charakterizovalo jako právo zadavatele na poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací od původního dodavatele, se kterým byla uzavřena smlouva na plnění původní veřejné zakázky. Uplatnění tohoto práva si však musel zadavatel předem vyhradit v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky tak, aby o této skutečnosti věděli všichni potenciální dodavatelé. Co se týče finanční hodnoty případně pořizovaného plnění na základě opčního práva, tato musela být zahrnuta již v předpokládané hodnotě původní veřejné zakázky. Zadavateli taktéž bylo stanoveno, v jakých druzích zadávacího řízení bylo vyhrazení tohoto oprávnění odebírání dalšího plnění možné (v otevřeném řízení, užším řízení nebo zjednodušeném podlimitním řízení). Pokud zadavatel zadával veřejnou zakázku v oblasti obrany a bezpečnosti katalog druhů zadávacích řízení, ve kterém bylo možno uplatnit opční právo, se rozšiřoval o soutěžní dialog.

Dále § 99 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách negativně vymezil, za jakých okolností zadavatel nebyl oprávněn opčního práva využít, a to ve vztahu k finančním hodnotám takto poskytovaného plnění.

Současně citované ustanovení zákona o veřejných zakázkách v odst. 4 stanovovalo, jakým způsobem měli uchazeči o veřejnou zakázku zpracovávat své nabídky v případech, kdy si zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil možnost opčního práva. Platilo, že pokud v zadávacích podmínkách zadavatel neuvedl jinak, uchazeči ve svých nabídkách předkládali oceněný předmět plnění bez využití opčního práva. Jinými slovy řečeno, nabídky obsahovaly cenu vymezeného předmětu plnění, na nějž se nevztahovalo opční právo, tedy plnění, které dle zadávacích podmínek mělo být realizováno v plném rozsahu. V navazujícím odst. 5 předmětného ustanovení předchozí právní úpravy pak bylo stanoveno, že zadavatel je při zadávání původní veřejné zakázky povinen předběžně stanovit dobu využití opčního práva a vymezit předmět plnění veřejné zakázky týkající se opčního práva. V podstatě byl zadavatel povinen stanovit odhad budoucího potenciálně odebíraného plnění, a to včetně doby jeho odběru.

Posledně zmiňovaný odst. 5 citovaného ustanovení spolu s odst. 2 však při předchozí právní úpravě vyvolával na poli odborné veřejnosti nemalé diskuze. Za sporný moment úpravy opčního práva v zákonu o veřejných zakázkách bylo možno považovat právě § 99 odst. 2, který stanovoval způsob využití opčního práva, resp. způsob zadání dodatečného plnění. V citovaném ustanovení bylo uvedeno, že *„zadat veřejnou zakázku na základě využití opčního práva může zadavatel pouze v jednacím řízení bez uveřejnění; takto však nelze zadat veřejnou zakázku na dodávky. Jde-li o využití opčního práva veřejného zadavatele navazujícího na rámcovou smlouvu uzavřenou s jedním uchazečem, je možné zadat veřejnou zakázku na základě využití opčního práva rovněž postupem podle § 92 odst. 1, a to za předpokladu, že jsou splněny zákonné podmínky".*

Nesporným bylo, že při aplikaci opčního práva v případě veřejných zakázek na služby a stavební práce byl zadavatel povinen použít jednací řízení bez uveřejnění (za předpokladu, že dodatečné plnění nenavazovalo na uzavřenou rámcovou smlouvu s jedním uchazečem), a současně z něj vyplývalo, že tímto způsobem není možné zadat dodatečné plnění na dodávky. Z uvedené citace relevantní části textu zákona je však zřejmé, že nebylo konkretizováno, podle jakého ustanovení zákona o veřejných zakázkách týkajícího se jednacího řízení bez uveřejnění měl zadavatel povinnost postupovat. Právě tento aspekt v řadách odborné veřejnosti vyvolával otázku, zda aplikovat některý z konkrétních typů jednacího řízení bez uveřejnění, které byly vymezeny v § 23 zákona o veřejných zakázkách nebo zda mělo být užito obecného ustanovení § 34 zákona o veřejných zakázkách dopadajícího na jednací řízení bez uveřejnění.

Většina názorů, včetně např. Ministerstva pro místní rozvoj, které je gestorem zákonů o veřejných zakázkách a které zpracovalo a poskytlo Metodiku pro zadávání veřejných zakázek k zákonu o veřejných zakázkách,[1] zastávalo stanovisko, že z předmětného ustanovení plyne nutnost aplikace § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Ostatně i dozorový orgán v oblasti veřejného zadávání – Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jak vyplývá z jeho rozhodovací praxe ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách,[2] byl zastáncem toho, že bylo v daném případě povinností zadavatele aplikovat jednací řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, byť na něj § 99 odst. 2 výslovně neodkazoval. Tyto závěry ohledně realizace opčního práva prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách nebyly vyvráceny ani v rámci soudního přezkumu.[3] V řadách odborné veřejnosti, jak již bylo uvedeno výše, je však možno zaznamenat i názor, že z textace ustanovení § 99 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách nebylo možno dovozovat, že byl zadavatel povinen aplikovat jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a že tento výklad šel nad rámec zákonné úpravy a naopak se mělo uplatnit pouze procesní ustanovení týkající se jednacího řízení bez uveřejnění, a to § 34 zákona o veřejných zakázkách.[4]

Danému opozičnímu názoru je možno dát za pravdu v tom, že textace zákona o veřejných zakázkách v tomto směru nebyla bezvadná. Uvedené lze demonstrovat např. právě na již zmiňovaném § 99 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, kde byla zadavateli ponechána volnost ve stanovení doby využití opčního práva, tedy zadavatel nebyl zákonodárcem limitován konkrétním časovým rozpětím, ve kterém by měl opční právo využít, což plyne ze slovního spojení *„zadavatel je (…) povinen předběžně stanovit dobu využití opčního práva (…)"*. Oproti tomu v § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, bylo striktně určeno, že jednací řízení bez uveřejnění, kterým se zadává dodatečné plnění na základě zadavatelem vymíněné opce, muselo být zahájeno do tří let a v případě veřejné zakázky v oblasti obrany a bezpečnosti do 5 let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku. Dalším příkladem nedokonalosti původní právní úpravy je užití pojmů „poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací" a „nové stavební práce a v případě veřejného zadavatele i o nové služby". Ustanovení § 99 zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k opčnímu právu pojednával o „poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací", oproti tomu v § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách bylo užito sousloví „nové stavební práce a v případě veřejného zadavatele i o nové služby". I v tomto případě lze tedy shledávat v této normě určité (jazykové) nuance. Právě tyto „jazykové nedorazy" byly zejména hlavním argumentačním bodem pro názor, že pro uplatnění opčního práva je třeba vycházet z § 34 zákona o veřejných zakázkách a nikoliv svévolně vyhledávat v § 23 téhož zákona příhodné ustanovení.

Nicméně i při reflektování úpravy obsažené v čl. 31 odst. 4 písm. b) směrnice 2004/18 bylo možné dle názoru autora tohoto příspěvku dovodit, že byť i přes chybějící odkaz na konkrétní ustanovení týkající se jednacího řízení bez uveřejnění, a určitou nedokonalost této právní normy mimo jiného právě s odkazem na nejednotnost užitých pojmů, měl být aplikován § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Směrnice 2004/18 sice samostatně neupravovala opční právo, tak jako tomu bylo v § 99 zákona o veřejných zakázkách, ale zaměřovala se

1 Metodika Ministerstva pro místní rozvoj. Dostupné z http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Metodicke-pokyny/Metodika-zadavani-verejnych-zakazek-dle-zakona-c-1

2 Např. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S250/2007/VZ-20674/2007/510-če ze dne 20. 12. 2007, rozhodnutí S291/2008/VZ-23912/2008/510/če ze dne 6. 1. 2009 nebo rozhodnutí č j. ÚOHS-S6/2012/VZ-2957/2015/511/JNv ze dne 29. 1. 2015.

3 Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ve věci sp. zn. 30 Af 37/2010 potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 1/2012.

4 Srovnej např. http://www.weinholdlegal.com/upload/actuality/file/2748-Verejne_zakazky.pdf

výlučně na postup v jednacím řízení bez uveřejnění, kterým je užití opčního práva prováděno ve vztahu ke službám a stavebním pracím. Jinými slovy § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách byl transpozicí citovaného článku směrnice č. 2004/18, tedy článku 31 odst. 4 písm. b) a umožňoval zadavateli požadovat po původním dodateli poskytnutí dodatečného plnění v podobě služeb či stavebních prací, o jehož možném požadavku na plnění informoval v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky. Ustanovení § 99 původní právní úpravy bylo nutno vnímat jakousi nástavbu a konkretizaci toho, co bylo realizováno prostřednictvím § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách a současně dávalo možnost skrze opční právo zadat i dodatečné dodávky.

Specifikem předchozí právní úpravy byla možnost využití opčního práva v případě uzavření rámcové smlouvy s jedním uchazečem. Jednalo se tak o úpravu, která mimo jiného umožňovala naplnit „příslib" uvedený v § 99 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, a to, že bylo možno využít opčního práva i v případě veřejné zakázky na dodávky, což v případě využití opčního práva prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění bylo vyloučeno, novelou zákona č. 179/2010 Sb. dokonce výslovně, aby nedocházelo k interpretační nejistotě.

Jestliže je výše uvedeno, že předchozí právní úprava měla své mezery, je vhodné nyní představit novou právní úpravu, která v účinnost vešla k 1. říjnu 2016. Oproti zákonu o veřejných zakázkách, ZZVZ nově výslovně pojem opční právo neupravuje. Z důvodové zprávy k ZZVZ se dozvídáme, že tomu tak je proto, že *„(…)se nejedná o zvláštní institut závazkového práva, ale o v praxi běžně používané smluvní podmínky, kdy si smluvní strany vyhrazují právo na rozšíření plnění či jinou změnu smlouvy".* Z uvedeného je tedy zřejmé, že i národní úprava se v tomto ohledu přiblížila úpravě unijní, neboť ani směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice 2014/24/EU"), která je transponována právě ZZVZ, neupravuje (nedefinuje) opční právo tak, jak tomu bylo v § 99 zákona o veřejných zakázkách. Směrnice 2014/24/EU shodně jako předchozí směrnice 2004/18 upravuje výlučně postup, kterým je uplatnění opčního práva realizováno, tedy samotné jednací řízení bez uveřejnění.

Opční právo je v ZZVZ zakotveno v § 100 odst. 3. Zákonodárce nově plnění pořízené na základě opčního práva označuje za tzv. vyhrazenou změnu, avšak tento pojem není vztažen pouze k plnění pořizovanému na základě § 100 odst. 3 ZZVZ.

Celé ust. § 100 ZZVZ reguluje tzv. vyhrazené změny závazku. V případě vyhrazených změn závazku se jedná o takové změny závazku, se kterými zadavatel již v době zadávání původní veřejné zakázky počítá. Celé ustanovení § 100 ZZVZ tedy umožňuje zadavateli, aby si v zadávací dokumentaci původní veřejné zakázky určil (vyhradil) budoucí změnu závazku ze smlouvy, kterou uzavře na plnění původní veřejné zakázky. Specifický je v tomto ohledu odst. 2 předmětného ustanovení, který vyhrazenou změnou označuje i možnost změny v osobě dodavatele.[5]

Proč je pouze ust. § 100 odst. 3 ZZVZ spojováno s § 99 původní právní úpravy, ačkoliv např. v ust. § 100 odst. 1 ZZVZ je uvedeno, že *„zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací (…)?"* I toto citované ustanovení pracuje s předem vymezenou změnou závazku a lze jej v širším slova smyslu chápat jako „opční právo" zadavatele, neboť na jeho základě je zadavatel oprávněn mimo jiného např. rozšířit předmět veřejné zakázky o další plnění.

Ust. § 100 odst. 1 ZZVZ, jak bylo výše uvedeno, připouští, aby si zadavatel předem vyhradil možnou změnu závazku, což odpovídá i dikci § 99 předchozí právní úpravy. Tato změna se však nemusí výlučně týkat pouze rozsahu dodatečného plnění, ale např. i změny obchodních podmínek, ceny apod. V daném případě se z pohledu změny rozsahu plnění, resp. případného zajištění dodatečného plnění v podstatě jedná o smluvně vymezené opční právo. Tedy lze poptávat dodatečné plnění (tzn. uplatnit opční právo v širším slova smyslu) v návaznosti na předchozí zadávací řízení. Avšak pokud dojde k naplnění podmínek, které zadavatel v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky stanovil, tzn. dojde k naplnění podmínek pro změnu závazku, mělo by se „právo" zadavatele přeměnit na „povinnost" zadavatele k této změně závazku přistoupit. Optikou opčního práva by zadavatel měl být povinen přistoupit ke změně (rozšíření) předmětu plnění. Na ust. § 100 odst. 1 ZZVZ je tedy třeba nahlížet tak, že za předpokladu, kdy dojde k naplnění podmínek, které zadavatel stanovil v zadávacích podmínkách, u kterých by dle názoru autora tohoto příspěvku bylo vhodné, aby měly své přímé vyjádření i v uzavřené smlouvě, dojde automaticky i ke změně závazku, např. v podobě dodatečného plnění. Smyslem tohoto ustanovení pak je umožnit zadavateli provést změny vyplývající z uzavřené smlouvy na základě předchozího zadávacího řízení, aniž by byla porušena tato právní norma. Jedná se tedy o předvídanou a zákonem připuštěnou změnu, což je mimo jiného rovněž explicitně vyjádřeno v § 222 odst. 2 ZZVZ, a nejedná se tak o změnu závazku, která by nebyla zákonem aprobována.

Rovněž i v případě aplikace ust. § 100 odst. 1 ZZVZ platí, že zadavatel pro tuto vyhrazenou změnu závazku, která může spočívat právě i ve využití opčního práva v širším slova smyslu na dodatečné plnění, musí kumulativně splnit zákonem stanovené podmínky, kterými jsou: vyhrazení změny již v zadávacích podmínkách a zadávací dokumentace musí obsahovat jednoznačné podmínky,

5 Vzhledem k zaměření tohoto příspěvku nebude dále v textu § 100 odst. 2 ZZVZ reflektován.

za kterých ke změně a obsahu závazku dojde, kdy současně tato změna nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky. Byť se tedy v určitém případě může jednat i v případě § 100 odst. 1 ZZVZ o opční právo (v širším slova smyslu), je zde zásadní rozdíl v tom, že k jeho aplikaci dochází na základě naplnění určitých předem stanovených podmínek, a pokud tyto podmínky naplněny jsou, mělo by ke změně závazku dojít. Je zde tedy do určité míry oslabena vůle zadavatele, zda další plnění požaduje či nikoliv, neboť ke splnění podmínky pro další plnění došlo. Zásadní skutečností však je, že uplatnění této vyhrazené změny závazku (opčního práva) neprobíhá na základě navazujícího zadávacího řízení (pro dodatečné plnění), resp. zadavatel není povinen provést nové zadávací řízení, pro které se zadavatel příp. rozhodne, tak jak bylo popsáno výše ve vztahu k § 99 předchozí právní úpravy. I s ohledem na skutečnost, že k uplatnění vyhrazené změny dle § 100 odst. 1 ZZVZ není nutné provést nové zadávací řízení, není možné v předmětném ustanovení ZZVZ shledávat obdobnou úpravu k § 99 předchozí právní úpravě. „Nástupce" opčního práva ve smyslu § 99 zákona o veřejných zakázkách je třeba hledat pouze v § 100 odst. 3 ZZVZ. Ustanovení § 100 odst. 3 ZZVZ vykazuje více společných rysů s § 99 předchozí právní úpravy.[6] Obdobnost lze shledávat zejména v tom, že k uplatnění opčního práva dochází prostřednictvím navazujícího zadávacího řízení v podobě jednacího řízení bez uveřejnění, což je v předmětném ustanovení nové právní úpravy vyjádřeno následovně: *„Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací vybraným dodavatelem (…)".* Z čistě zakázkového pohledu, jak bylo popsáno výše, ve smyslu původní právní úpravy je tedy nutno opční právo vnímat pouze ve vztahu k § 100 odst. 3 ZZVZ.

ZZVZ oproti předchozí právní úpravě již výslovně stanovuje, že opční právo je uplatnitelné výlučně ve vztahu k plnění, které spočívá v poskytnutí nových služeb či provedení nových stavebních prací. Jednoznačně se již nevztahuje na plnění spočívající v dodávkách, což předchozí právní úprava za určitých okolností umožňovala. Zákon o veřejných zakázkách totiž připouštěl využití opčního práva i ve vztahu k dalším dodávkám, avšak pouze za předpokladu využití postupu dle § 92 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, tedy v případech, kdy dodatečné plnění navazovalo na rámcovou smlouvu.

Jak bylo zmíněno, jedním z rozdílů oproti předchozí právní úpravě je to, že opční právo ve smyslu citovaného ustanovení nelze uplatnit pro dodatečné dodávky. Byť na první pohled by se mohlo zdát, že se jedná o markantní rozdíl oproti předchozí právní úpravě, není tomu tak. V případě předchozí právní úpravy, pokud bylo realizováno opční právo prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, byl zadavatel oprávněn zadávat tímto způsobem výlučně plnění spočívající ve stavebních pracích či službách. Nová právní úprava umožňuje v citovaném ustanovení ZZVZ aplikaci opčního práva pouze prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění a rovněž výlučně ve vztahu ke službám či stavebním pracím. Stručně vyjádřeno, z dikce ustanovení § 100 odst. 3 ZZVZ plyne, že se jedná o výhradu budoucí možnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění a shodně s předchozí právní úpravou je možné prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, kterým je uplatňováno opční právo zadat pouze plnění spočívající ve stavebních pracích či službách.

Jak již bylo výše zmíněno, předchozí právní úprava vyvolávala i na poli odborné veřejnosti spekulace, jakým způsobem má být postupováno v případě, že dodatečné plnění bude realizováno na základě opčního práva prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Zákon o veřejných zakázkách neobsahoval odkaz na konkrétní ustanovení, kterým se mělo opční právo realizovat. S příchodem nové právní úpravy dochází v tomto ohledu k výraznému zpřesnění. Nyní zákonodárce přistoupil v § 100 odst. 3 písm. a) ZZVZ k přesnému odkazu, podle jakého ustanovení má zadavatel postupovat v případě, že se rozhodne k zadávání dalšího plnění při uplatnění opčního práva. Z citovaného ustanovení ZZVZ vyplývá, že pro aplikaci opčního práva se využije § 66 ZZVZ. Dané ustanovení představuje transpozicí článku 32 odst. 5 směrnice 2014/24/EU. Vzhledem ke skutečnosti, že nová právní úprava již obsahuje přesný odkaz, jaký postup má být v případě využití opčního práva uplatněn, nevznikají v tomto ohledu pochybnosti, jako v případě předchozí právní úpravy. Stejně tak již v ZZVZ nenalezneme jazykové nuance, které byly zmíněny v souvislosti s původní právní úpravou. Ustanovení § 100 odst. 3 a § 66 ZZVZ rovněž shodně užívají pojmů „nové služby" a „nové stavební práce".

Uplatnění opčního práva, a tedy získání dalšího plnění (služeb či stavebních prací) od původního dodavatele v podstatě mimo veřejnou soutěž, si může zadavatel vyhradit v případě, kdy předpokládá, že v budoucnu bude poptávat plnění navazující na předmět původní veřejné zakázky, avšak v momentě zadávání této původní veřejné zakázky nemá jistotu, zda takové plnění bude realizovat, příp. zda bude disponovat finančními prostředky na jeho provedení. I v případě nové právní úpravy je opční právo spojeno se splněním podmínek, které je zadavatel povinen naplnit, aby byl oprávněn opční právo uplatnit. ZZVZ pro využití opčního práva, resp. pro možnost vyhradit si možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací vybraným dodavatelem, stanovuje kumulativní splnění následujících podmínek:

a) podmínky pro nové služby nebo stavební práce odpovídají podmínkám pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 66 zákona o zadávání veřejných zakázek,

b) předpokládaná hodnota nových služeb nebo nových stavebních prací nepřevyšuje 30 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky a

6 Srov. např. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář, nakladatel Wolters Kluwer ČR, Vilém PODEŠVA, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK, Praha 2016, Právní stav v ASPI k 1. 7. 2016.

c) uvedení předpokládané doby a rozsah poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací v zadávací dokumentaci.

Takto definované podmínky pro vyhrazenou změnu závazku v podobě opčního práva dále rozvádí ustanovení § 66 ZZVZ. To, že prostřednictvím § 66 ZZVZ dochází k reálnému uplatnění opčního práva, pak plyne z jeho obsahu, kde je uvedeno, že zadavatel v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce může použít jednací řízení bez uveřejnění rovněž, pokud jde o nové služby nebo nové stavební práce spočívající v opakování obdobných služeb nebo stavebních prací jako v původní veřejné zakázce a odpovídající původní veřejné zakázce. Současně toto ustanovení zakotvuje další povinnosti, které zadavatel musí kumulativně naplnit, aby byl oprávněn takto postupovat, a to:

a) nové služby nebo nové stavební práce budou zadány témuž dodavateli,

b) v zadávací dokumentaci původního zadávacího řízení, jehož zahájení bylo uveřejněno způsobem podle § 212 nebo § 53 odst. 1,[7] byla podle § 100 odst. 3 uvedena možnost zadat veřejnou zakázku na nové služby nebo nové stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění a zároveň byl uveden rozsah nových služeb nebo nových stavebních prací,

c) předpokládaná hodnota veřejné zakázky na nové služby nebo nové stavební práce byla zahrnuta do předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky,[8]

d) jednací řízení bez uveřejnění bude zahájeno do tří let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku a

e) skutečná cena bez daně z přidané hodnoty veřejné zakázky za nové služby nebo nové stavební práce nepřesáhne o více než 30 % jejich předpokládanou hodnotu ani nepřesahuje 30 % ceny původní veřejné zakázky.

Z uvedených podmínek je seznatelné, že pravidla pro možnost aplikace opčního práva vyplývající z § 100 odst. 3 v návaznosti na § 66 ZZVZ jsou obdobná těm, která byla obsažena v zákoně o veřejných zakázkách. Stejně jako v předchozí právní úpravě je zadavateli umožněno využít opčního práva v případě, kdy je plnění (služby nebo stavební práce) zadáváno stejnému dodavateli, se kterým byla uzavřena smlouva na původní veřejnou zakázku. Opční právo (jednací řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací vybraným dodavatelem) lze uplatnit výlučně za předpokladu, že zadavatel si tuto možnost spolu s rozsahem případně dalšího poptávaného plnění vyhradil již v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky, přičemž předpokládaná hodnota tohoto dalšího plnění byla započtena do předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky. Jestliže předchozí právní úprava vzbuzovala pochybnosti či nejasnosti o době možnosti uplatnění opčního práva, vzhledem k určité dvojkolejnosti § 99 zákona o veřejných zakázkách a § 23 odst. 7 písm. b) téhož zákona, nová právní úprava tyto pochybnosti nepřipouští. Zadavatel je bez dalšího povinen do 3 let ode dne uzavření smlouvy na plnění původní veřejné zakázky zahájit jednací řízení bez uveřejnění, za účelem zadání plnění ve smyslu § 100 odst. 3 ZZVZ. Aby nedocházelo ze strany zadavatelů k obcházení zákona v tom smyslu, že by např. převážnou část plnění zadávali v jednacím řízení bez uveřejnění, čímž by z logiky věci docházelo ke snížení transparentnosti zadávání takové veřejné zakázky, zákonodárce současně stanovil maximální hodnotu, resp. omezuje rozsah, takto zadávaných služeb či stavebních prací. Skutečná cena (bez DPH) nesmí přesáhnout o více než 30 % předpokládanou hodnotu takto vyhrazeného dodatečného plnění a zároveň nesmí přesáhnout 30 % celkové smluvní ceny původní veřejné zakázky. Beze změny rovněž zůstala skutečnost, že možnost vyhrazení opčního práva (změny závazku dle § 100 odst. 3 ZZVZ) je možná pouze v případě, kdy původní veřejná zakázka je zadávána „na základě předchozího uveřejnění". Jinak vyjádřeno, zahájení původního zadávacího řízení muselo být zveřejněno buď odesláním příslušného formuláře k uveřejnění v Úředním věstníku nebo Věstníku veřejných zakázek podle § 212 ZZVZ, nebo uveřejněním výzvy k podání nabídek v případě zjednodušeného podlimitního řízení.

Jak vyplývá z obsahu tohoto příspěvku, je nyní opční právo, ve smyslu § 99 původní právní úpravy, zákonodárcem označováno jako vyhrazená změna závazku, která není změnou nepřípustnou, ale naopak pakliže zadavatel postupuje v souladu s relevantními ustanovení zákona, je zadavateli umožněno, aby došlo ke „změně smlouvy" prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění. Ačkoliv opční právo dle nové právní úpravy není možno využít ve vztahu k dodávkám, z obsahu celého ZZVZ je zřejmé, že zadavatel je schopen zvolit postup, kdy získá i dodatečné plnění v podobě dodávek, a to např. při aplikaci zde zmiňovaného ustanovení § 100 odst. 1 ZZVZ, příp. postupem podle § 64, zejm. pak dle § 64 písm. b) ZZVZ, který výslovně upravuje jednací řízení bez uveřejnění pro dodatečné dodávky, nicméně možnost uplatnění jednacího řízení bez uveřejnění podle § 64 ZZVZ stanovuje odlišný okruh podmínek, které zadavatel k jeho uplatnění musí naplnit a nejedná se opční právo. Postup podle § 64 písm. b) ZZVZ není novým institutem, který by přišel s novou právní úpravou, nýbrž se jedná o obdobu § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách.

7 Zadávací řízení bylo zahájeno způsobem, že jeho oznámení o zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek nebo v Úředním věstníku Evropské unie. Pokud se jedná o podlimitní veřejnou zakázku zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahajovaném výzvou, byla výzva uveřejněna na profilu zadavatele.

8 Stanovení předpokládané hodnoty viz § 16 zákona o zadávání veřejných zakázek; zahrnutí předpokládané hodnoty vyhrazeného plnění dle § 100 odst. 3 do předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky viz § 16 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek.

Co se týče uplatnění opčního práva lze zadavatelům doporučit, v případě, že již před zadáváním původní veřejné zakázky nabývají dojmu, že s jejím plněním možná vzniknou i předem předvídané „vícepráce“, vyhradit si již v zadávacích podmínkách v souladu se zákonem možnost užití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu zde popsaného ustanovení § 100 odst. 3 ZZVZ. Nová právní úprava oproti zákonu o veřejných zakázkách (viz § 99 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách) neobsahuje informaci o tom, jak mají být zpracovány nabídky v případě, kdy si zadavatel vyhradí možnost opčního práva, konkrétněji možnost jednacího řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací. V tomto ohledu lze zadavatelům doporučit, aby i v tomto ohledu stanovili zadávací podmínky dostatečně konkrétně a jednoznačně, tedy tak, aby nevyvolávali pochybnosti o tom, co je předmětem veřejné zakázky a jakým způsobem mají být nabídky zpracovány.

K UVEŘEJŇOVACÍM POVINNOSTEM ZADAVATELŮ – UVEŘEJŇOVÁNÍ INFORMACÍ A DOKUMENTŮ DLE ZZVZ

Kristýna Hlobilová,
ředitelka,
Odbor veřejných zakázek V

Stejně tak jako zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, i současný zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek přináší řadu uveřejňovacích povinností, které jsou zadavatelé povinni plnit, ať už v průběhu zadávacího řízení, či po jeho ukončení, tedy po podpisu smlouvy.

1. POVINNOSTI STANOVENÉ PRO VEŘEJNÉ ZAKÁZKY MALÉHO ROZSAHU

V případě uzavírání smluv na veřejné zakázky malého rozsahu mají zadavatelé jedinou uveřejňovací povinnost, a to uveřejnit celé znění smlouvy na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků, a to do 15 kalendářních dnů od jejího uzavření, pokud její cena přesáhne 500 000 Kč bez DPH.

Pokud však povinnost uveřejnit smlouvu vyplývá již z jiného právního předpisu (tj. zejména zákona č. 340/2015 Sb., o registru smluv), není zadavatel povinen uveřejňovat smlouvu na veřejnou zakázku malého rozsahu duplicitně podle tohoto zákona. Podle zákona o registru smluv se mají uveřejňovat smlouvy v hodnotě vyšší než 50 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, a je tedy možné, že zákonná povinnost uveřejnění plynoucí z ustanovení § 219 odst. 1 zákona bude často naplněna uveřejněním příslušné smlouvy v registru smluv, a to i přesto, že zákon o registru smluv poskytuje zadavatelům delší lhůtu pro splnění dané povinnosti, konkrétně 30 kalendářních dnů od uzavření smlouvy. V době, kdy tato stať bude čtenářem studována, bude vycházet společné stanovisko Úřadu a MMR k problematice uveřejňování smluv na veřejnou zakázku, aby zadavatelé a dodavatelé (ale samozřejmě i široká veřejnost) věděli, jak lze správně postupovat dle ustanovení § 219 ZZVZ, které je v několika ohledech velice problematické.

2. INFORMACE A DOKUMENTY UVEŘEJŇOVANÉ ZADAVATELEM VE VĚSTNÍKU VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK ČI V ÚŘEDNÍM VĚSTNÍKU EU PŘED PODPISEM SMLOUVY – POVINNOSTI PLYNOUCÍ ZE ZZVZ

Předběžné oznámení (§ 34 zákona) – nově se nejedná o povinné uveřejnění

Nově je zadavatel pouze oprávněn, nikoliv povinen, uveřejnit formou předběžného oznámení svůj úmysl zahájit zadávací řízení. V takovém případě zadavatel odešle předběžné oznámení k uveřejnění způsobem podle § 212 zákona, tedy na formuláři podle přímo použitelného předpisu EU (nařízení č. 2015/1986) v případě nadlimitních veřejných zakázek a v případě podlimitních veřejných zakázek na formuláři, který stanoví vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele.

V případě zadávání veřejných zakázek v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním, ve zjednodušeném režimu či v případě zadávání sektorových veřejných zakázek však zadavatel může uveřejněním předběžného oznámení jako jedním z možných způsobů zahájit zadávací řízení.

Oznámení o zahájení zadávacího řízení (§ 56 odst. 1, § 58 odst. 1, § 61 odst. 1, § 68 odst. 2, § 72 odst. 1, § 129 odst. 1, § 139 odst. 1, § 145 odst. 1 a § 146 odst. 1 zákona)

Oznámení otevřeného řízení, užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním, řízení se soutěžním dialogem, řízení o inovačním partnerství, soutěže o návrh či zavedení dynamického nákupního systému činí zadavatel uveřejněním formuláře oznámení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek v případě podlimitní veřejné zakázky a dále také i v Úředním věstníku EU v případě nadlimitní veřejné zakázky (prostřednictvím formuláře „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ dle přílohy II nařízení č. 2015/1986,

u soutěže o návrh prostřednictvím formuláře „Oznámení o zahájení soutěže o návrh“ dle přílohy IX nařízení č. 2015/1986). Veškeré náležitosti formuláře pro podlimitní veřejné zakázky a další náležitosti uveřejnění stanovuje vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele. Na rozdíl od předchozí vyhlášky je nyní stanovena povinnost odeslat příslušné formuláře výhradně elektronicky.

Dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu „ex ante“ (§ 212 odst. 2 zákona)

Pokud zadavatel v případě nadlimitní veřejné zakázky neodeslal oznámení o zahájení zadávacího řízení, může odeslat dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu prostřednictvím formuláře podle přímo použitelného předpisu EU („Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“ dle přílohy XII nařízení č. 2015/1986).

Oznámení o zavedení systému kvalifikace (§ 164 odst. 1 a § 165 odst. 2 zákona) u sektorových veřejných zakázek

Při zavedení a využívání systému kvalifikace je zadavatel povinen odeslat oznámení o zavedení systému kvalifikace k uveřejnění, a následně pak i případné změny doby použitelnosti systému kvalifikace nebo jeho ukončení způsobem podle § 212 zákona (prostřednictvím formuláře podle přímo použitelného předpisu EU s názvem „Systém kvalifikace – veřejné služby“ dle přílohy VII nařízení č. 2015/1986).

Oznámení o zrušení zadávacího řízení (§ 128 odst. 2 zákona)

Zadavatel má (s výjimkou jednacího řízení bez uveřejnění) povinnost odeslat oznámení o zrušení zadávacího řízení v případě podlimitní veřejné zakázky do Věstníku veřejných zakázek (na formuláři stanoveném vyhláškou č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele) a v případě nadlimitní veřejné zakázky vedle toho i do Úředního věstníku EU (prostřednictvím formuláře „Oznámení o výsledku zadávacího řízení“ dle přílohy III nařízení č. 2015/1986), a to do 30 kalendářních dnů od zrušení zadávacího řízení. Veškeré náležitosti uveřejnění stanovuje dále vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele.

3. INFORMACE A DOKUMENTY UVEŘEJŇOVANÉ NA PROFILU ZADAVATELE PŘED PODPISEM SMLOUVY – POVINNOSTI PLYNOUCÍ ZE ZZVZ

Zadávací dokumentace (§ 53 odst. 3 a § 96 odst. 1 zákona) + soutěžní podmínky (§ 144 odst. 2 zákona)

Zadavatel je povinen uveřejnit zadávací dokumentaci (a obdobně i soutěžní podmínky v případě soutěže o návrh) na svém profilu ode dne, kdy došlo k uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek, případně ode dne odeslání výzvy k podání žádosti o účast u užšího řízení zahajovaného předběžným oznámením, a to alespoň do konce lhůty pro podání nabídek. Povinnost uveřejňovat zadávací dokumentaci na profilu zadavatele se přitom nevztahuje na jednací řízení bez uveřejnění.

Z uvedeného vyplývá, že na rozdíl od předchozí právní úpravy je nově zadavatel povinen uveřejnit zadávací dokumentaci na svém profilu zadavatele ode dne, kdy došlo k uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek, i v případě užšího řízení či jednacího řízení s uveřejněním.

Vysvětlení zadávací dokumentace (§ 54 odst. 5 a § 98 odst. 1 zákona) + vysvětlení soutěžních podmínek (§ 144 odst. 2 zákona)

V případě, že zadavatel využije své možnosti vysvětlit zadávací dokumentaci (a obdobně i soutěžních podmínek v případě soutěže o návrh), je povinen současně takovéto vysvětlení, případně související dokumenty, uveřejnit na profilu zadavatele, přičemž zákon zadavateli stanovuje nejzazší lhůty, ve kterých je oprávněn před koncem lhůty pro podání nabídek takováto vysvětlení, případně dokumenty, uveřejnit (tedy nejméně pět pracovních dnů, resp. čtyři pracovní dny v případech, kdy je lhůta pro podání nabídek zkrácena podle § 57 odst. 2 písm. b) zákona nebo podle § 59 odst. 5 zákona, před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, u podlimitní veřejné zakázky pak nejméně čtyři pracovní dny před skončením lhůty pro podání nabídek, u vysvětlení soutěžních podmínek pak ve lhůtě minimálně 14 dní před uplynutím lhůty pro podání návrhů).

Změna nebo doplnění zadávací dokumentace (§ 99 odst. 1 zákona)

Zadavatel je oprávněn měnit či doplňovat zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci, a to za předpokladu, že ještě nedošlo k uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, přičemž při využití této své možnosti je následně povinen tuto změnu nebo doplnění zadávací dokumentace uveřejnit nebo oznámit dodavatelům stejným způsobem, jakým byla

uveřejněna nebo oznámena zadávací podmínka, jež byla dodatečně změněna nebo doplněna (tedy např. uveřejněním na profilu zadavatele, odesláním změnového formuláře apod.).

Výzva k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení (§ 53 odst. 1 zákona)

Na rozdíl od předchozí právní úpravy je nově zadavatel povinen zahájit zjednodušené podlimitní řízení pouhým uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele. Vyzývání konkrétních dodavatelů je pak v zákoně upraveno jako pouhá možnost, nikoliv již povinnost zadavatele.

Oznámení o zrušení zjednodušeného podlimitního řízení (§ 53 odst. 8 zákona)

V rámci zjednodušeného podlimitního řízení je zadavatel povinen uveřejnit oznámení o zrušení zadávacího řízení na svém profilu zadavatele, a to do pěti pracovních dnů od rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Tímto postupem jsou pak naplněny veškeré uveřejňovací povinnosti zadavatele při zrušení daného typu zadávacího řízení.

4. VOLITELNĚ VE ZJEDNODUŠENÉM PODLIMITNÍM ŘÍZENÍ (NAD RÁMEC VÝŠE UVEDENÉHO)

Oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení (§ 53 odst. 5 zákona)

Oznámení o výběru dodavatele (§ 53 odst. 5 zákona)

Stejně tak jako v předchozí právní úpravě, i dle současného zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit, že oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení nebo oznámení o výběru dodavatele uveřejní na svém profilu zadavatele, přičemž v takovém případě platí, že tato oznámení jsou řádně doručena okamžikem jejich uveřejnění na profilu zadavatele.

5. DOKUMENTY POVINNĚ UVEŘEJŇOVANÉ ZADAVATELEM PO PODPISU SMLOUVY

Písemná zpráva zadavatele (§ 217 zákona)

Zadavateli plyne z uvedeného ustanovení zákona povinnost vyhotovit písemnou zprávu o každém zadávacím řízení, tedy i o tom, které bylo zadavatelem v jeho průběhu zrušeno. Zadavatel naopak není povinen vyhotovovat písemnou zprávu např. o jednotlivých veřejných zakázkách zadávaných na základě rámcové dohody, či o veřejných zakázkách zadávaných v dynamickém nákupním systému.

Písemná zpráva zadavatele musí obsahovat minimálně náležitosti stanovené v § 217 odst. 2 zákona. Nově je však dle zákona možné pouze odkázat v písemné zprávě na oznámení o výsledku zadávacího řízení v případě, že toto oznámení obsahuje všechny skutečnosti uvedené ve druhém odstavci ustanovení § 217 a neuvádět tak jednotlivé skutečnosti opětovně v písemné zprávě.

Zákonem došlo současně k prodloužení lhůty nutné k uveřejnění písemné zprávy zadavatele na jeho profilu, a to z 15 kalendářních na 30 pracovních dnů od ukončení zadávacího řízení.

Oznámení o výsledku zadávacího řízení (§ 126, § 129 odst. 10, § 132 odst. 7 a § 142 odst. 1 zákona)

Zadavatel je povinen odeslat oznámení o výsledku zadávacího řízení k uveřejnění způsobem podle § 212 zákona do 30 dnů od uzavření smlouvy, rámcové dohody nebo zavedení dynamického nákupního systému. Oproti písemné zprávě zadavatele je tedy zadavatel povinen splnit tuto uveřejňovací povinnost do 30 dnů kalendářních a nikoliv pracovních.

V souladu s § 212 zákona je pak zadavatel povinen v případě podlimitních veřejných zakázek odeslat příslušný formulář oznámení o výsledku zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek a v případě nadlimitních veřejných zakázek kromě této povinnosti také do Úředního věstníku EU (prostřednictvím formuláře „Oznámení o výsledku zadávacího řízení“ dle přílohy III nařízení č. 2015/1986). Veškeré náležitosti formuláře pro podlimitní veřejné zakázky a další náležitosti uveřejnění pak určuje prováděcí právní předpis Ministerstva pro místní rozvoj, a to konkrétně vyhláška č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele.

Oznámení o uzavření smlouvy na základě rámcové dohody (§ 137 zákona) + Oznámení o uzavření smlouvy v dynamickém nákupním systému (§ 142 zákona)

Zadavatel odešle oznámení k uveřejnění dle § 212 zákona do 30 kalendářních dnů od uzavření smlouvy nebo do konce každého čtvrtletí, pokud zadavatel výsledek uveřejňuje souhrnně. Veškeré náležitosti uveřejnění určuje opět prováděcí právní předpis Ministerstva pro místní rozvoj, a to konkrétně vyhláška č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele.

Oznámení o ukončení soutěže o návrh (§ 150 zákona)

Zadavatel do 30 dnů od zrušení nebo od ukončení soutěže o návrh odešle oznámení o výsledku soutěže o návrh k uveřejnění způsobem podle § 212 zákona (v případě podlimitní veřejné zakázky do Věstníku veřejných zakázek na formuláři stanoveném vyhláškou č. 168/2016

Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele a v případě nadlimitní veřejné zakázky vedle toho i do Úředního věstníku Evropské unie prostřednictvím formuláře „Oznámení o výsledcích soutěže o návrh" dle přílohy X nařízení č. 2015/1986).

Smlouva uzavřená na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků (§ 219 odst. 1 zákona)

Veřejný zadavatel je povinen uveřejnit na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků, a to do 15 dnů, tedy 15 kalendářních dnů, od jejich uzavření nebo od konce každého čtvrtletí v případě veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody nebo v dynamickém nákupním systému. Uvedená povinnost neplatí pro:

a) smlouvu na veřejnou zakázku, jejíž cena nepřesáhne 500 000 Kč bez daně z přidané hodnoty,

b) smlouvu na veřejnou zakázku, u které veřejný zadavatel postupoval v souladu s § 29 písm. a) až c) a písm. l) bod 2, § 30 písm. d) nebo § 191 odst. 2 písm. e),[1]

c) pro zadavatele, který je zpravodajskou službou podle jiného právního předpisu, nebo

d) smlouvu uveřejněnou podle jiného právního předpisu.[2]

Veřejný zadavatel dále uveřejní na profilu zadavatele kromě smlouvy také rámcovou dohodu do 15 dnů, tedy 15 kalendářních dnů, od jejího uzavření (§ 219 odst. 2 zákona).

Výše skutečně uhrazené ceny za plnění veřejné zakázky (§ 219 odst. 3 zákona)

Veřejný zadavatel je povinen uveřejnit nejpozději do tří měsíců od splnění smlouvy na profilu zadavatele výši skutečně uhrazené ceny za plnění smlouvy, na kterou se vztahuje povinnost uveřejnění podle odstavce 1. U smlouvy, jejíž doba plnění přesahuje 1 rok, uveřejní veřejný zadavatel nejpozději do 31. března následujícího kalendářního roku cenu za plnění smlouvy v předchozím kalendářním roce.

Jelikož zákon o registru smluv upravuje uveřejňovací povinnosti ve vztahu k smlouvám a jejich dodatkům, nikoliv pak ke skutečně uhrazené ceně za plnění smlouvy, měla by tato být i nadále uveřejňována na profilu zadavatele.

Změna závazku (§ 222 odst. 8 zákona)

V případě, že zadavatel provede následnou změnu závazku, již mu umožňuje § 222 odst. 5 a 6 zákona, je povinen odeslat oznámení o změně závazku k uveřejnění podle § 212 zákona, a to ve lhůtě 30 kalendářních dnů ode dne změny závazku (tedy nejčastěji ode dne, kdy byl uzavřen dodatek ke stávající smlouvě na veřejnou zakázku, jehož prostřednictvím se tato upravuje).

Uvedená povinnost se tedy vztahuje pouze na dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele:

a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení,

b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a

c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.

A dále pak na změnu, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, nemění celkovou povahu veřejné zakázky a hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.

V souladu s § 212 je pak zadavatel povinen opět v případě podlimitních veřejných zakázek odeslat příslušný formulář oznámení o změně pro oznámení o změně závazku do Věstníku veřejných zakázek a v případě nadlimitních veřejných zakázek kromě této povinnosti také do Úředního věstníku EU. Příslušné formuláře a jejich náležitosti pak opět určuje prováděcí právní předpis Ministerstva pro místní rozvoj, a to konkrétně vyhláška č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele.

1 Jedná se o specifické případy veřejných zakázek realizovaných na základě výjimky (a to z pohledu bezpečnostních zájmů České republiky, utajovaných informací, zvláštních bezpečnostních opatření z pohledu např. zákona č. 240/2000 Sb., krizový zákon, nebo služeb poskytovaných Českou národní bankou), zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti či zakázek zadávaných zpravodajskými službami apod.

2 Pokud povinnost uveřejnit smlouvu vyplývá z jiného právního předpisu (např. zákona č. 340/2015 Sb., o registru smluv), není zadavatel povinen uveřejňovat smlouvu duplicitně podle tohoto zákona. Podle § 8 odst. 4 zákona o registru smluv, „[j]e-li v souladu s tímto zákonem uveřejněna smlouva, která má *být uveřejněna podle zákona o veřejných zakázkách, je tím splněna povinnost uveřejnit ji podle zákona o veřejných zakázkách; to platí obdobně o údajích uveřejňovaných jako metadata podle tohoto zákona*".

6. INFORMACE A DOKUMENTY UVEŘEJŇOVANÉ NA PROFILU ZADAVATELE – POVINNOSTI PLYNOUCÍ Z PROVÁDĚCÍHO PRÁVNÍHO PŘEDPISU

V souladu s § 219 odst. 4 zákona stanoví strukturu údajů pro uveřejnění výše skutečně uhrazené ceny za plnění veřejné zakázky a podrobnosti uveřejnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku vyhláškou Ministerstvo pro místní rozvoj.

Vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele (dále jen „vyhláška") také s odkazem na § 212 odst. 1 zákona stanoví, které formuláře budou použity k uveřejňování informací o veřejných zakázkách, a způsoby jejich doručování provozovateli Věstníku veřejných zakázek. Vzory evropských formulářů, které se použijí k uveřejnění informací o veřejných zakázkách, jsou vedle toho určeny přímo použitelným prováděcím nařízením Komise (EU) 2015/1986 ze dne 11. listopadu 2015, kterým se stanoví standardní formuláře pro uveřejňování oznámení v oblasti zadávání veřejných zakázek a kterým se zrušuje prováděcí nařízení (EU) č. 842/2011.

V přílohách vyhlášky jsou pak uvedeny vzory zjednodušených formulářů, které se použijí u veřejných zakázek v podlimitním režimu, vzory formulářů týkajících se profilu zadavatele, přehled informací, které mají být uváděny ve formulářích, a popis vybraných informací uveřejňovaných na profilu zadavatele ve strukturované podobě.

7. V SOULADU S PŘÍLOHOU Č. 8 UVEDENÉ VYHLÁŠKY JE POVINNOSTÍ ZADAVATELE ZAJISTIT UVEŘEJNĚNÍ NÁSLEDUJÍCÍCH ZÁKLADNÍCH INFORMACÍ O VEŘEJNÉ ZAKÁZCE NA PROFILU ZADAVATELE

a) identifikátor profilu zadavatele – jedná se o evidenční číslo profilu zadavatele ve Věstníku veřejných zakázek přidělené na základě Oznámení profilu zadavatele,

b) název nebo obchodní firma zadavatele a IČO, bylo-li přiděleno,

c) jednoznačný identifikátor veřejné zakázky evidované na profilu zadavatele odpovídající struktuře PrrVnnnnnnnn,[3]

d) jednoznačný identifikátor související veřejné zakázky na uzavření rámcové dohody/zavedení dynamického nákupního systému (v případě minitendru či nákupu v dynamickém nákupním systému) ve struktuře dle bodu c),

e) evidenční číslo veřejné zakázky ve Věstníku veřejných zakázek – uvádí se, je-li veřejná zakázka uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek,

f) název veřejné zakázky,

g) stav řízení, který odpovídá v souladu s XML schématy uveřejněnými na internetových stránkách Informačního systému o veřejných zakázkách jedné z možných hodnot,[4]

h) specifikace zadávacího řízení, která odpovídá v souladu s XML schématy uveřejněnými na internetových stránkách Informačního systému o veřejných zakázkách jedné z možných hodnot,[5]

i) jedná se o veřejnou zakázku dělenou na části (ano/ne),

j) jedná se o rámcovou dohodu (ano/ne),

k) jedná se o zavedení dynamického nákupního systému (ano/ne),

l) seznam dokumentů veřejné zakázky (dále jen „VZ") – k vybraným typům dokumentů se uvádí:

   i. Internetová adresa (URL), na které je dokument umístěn,

   ii. Typ dokumentu, který odpovídá v souladu s XML schématy uveřejněnými na internetových stránkách Informačního systému o veřejných zakázkách jedné z možných hodnot,[6]

   iii. Datum a čas vložení této verze dokumentu na profil,

---

3 1. „P" specifikuje, že se jedná o veřejnou zakázku uveřejněnou na profilu zadavatele, 2. „rr" specifikuje poslední dvojčíslí letopočtu, 3. „V" specifikuje, že se jedná o veřejnou zakázku, 4. „nnnnnnnn" udává osmimístné pořadové číslo veřejné zakázky přidělené zadavatelem v příslušném roce.

4 1. veřejná zakázka neukončena – informace o zakázce byly uveřejněny na profilu zadavatele, běží lhůta pro podání nabídek nebo probíhá hodnocení nabídek, 2. veřejná zakázka byla zadána – byla uzavřena smlouva s dodavatelem, 3. veřejná zakázka byla zrušena, 4. ukončeno plnění smlouvy na základě veřejné zakázky.

5 1. otevřené řízení, 2. užší řízení, 3. jednací řízení s uveřejněním, 4. jednací řízení bez uveřejnění, 5. soutěžní dialog, 6. řízení o inovačním partnerství, 7. zjednodušený režim, 8. zjednodušené podlimitní řízení, 9. koncesní řízení, 10. soutěž o návrh, 11. zakázka malého rozsahu, 12. zakázka zadaná na základě výjimky, 13. minitendr (zadání na základě rámcové dohody), 14. nákup v dynamickém nákupním systému.

6 Zadávací dokumentace (podle § 53 odstavce 3, § 96 odstavce 1 a § 164 odstavce 2 zákona), Výzva k podání nabídek (ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 53 odstavce 1 zákona), Vysvětlení zadávací dokumentace (podle § 98 zákona), Písemná zpráva (podle § 217 zákona), Smlouva (uzavřená na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků a rámcová dohoda podle § 219 zákona), Jiný dokument (zadavatel uvede název tohoto typu dokumentu).

m) datum uveřejnění VZ na profilu zadavatele,

n) seznam účastníků zadávacího řízení – uvádí se, pokud jsou tyto údaje známy. V případě, že je zakázka dělena na části, uvádí se seznam účastníků zadávacího řízení samostatně pro každou část,[7]

o) specifikace vybraného dodavatele nebo seznam vybraných dodavatelů – uvádí se, pokud dojde k výběru nejvhodnější nabídky. V případě, že je zakázka dělena na části, uvádí se specifikace vybraného dodavatele nebo seznam vybraných dodavatelů samostatně pro každou část,[8]

p) datum uzavření smlouvy (pokud byla VZ zadána),

q) datum zrušení VZ (pokud byla VZ zrušena),

r) seznam částí zakázky.[9]

Všechny dokumenty a informace, které byly uveřejněny na profilu zadavatele, musí být bezplatně veřejně přístupné nepřetržitě po dobu nejméně dvou let od jejich uveřejnění, čímž dochází ke zmírnění této povinnosti, kdy dle předchozí prováděcí vyhlášky k zákonu o veřejných zakázkách byl zadavatel povinen zajistit veřejnou dostupnost po dobu alespoň 5 let. Informace budou současně aktualizovány vždy nejpozději do třetího dne měsíce následujícího po měsíci, ve kterém došlo ke změně stavu řízení.

Zároveň již vyhláška nově nevyžaduje, aby některé dokumenty uveřejněné na profilu zadavatele byly podepsány zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu, který byl vystaven pro osobu oprávněnou k podepisování za zadavatele.

8. SPRÁVNÍ DELIKTY PŘI UVEŘEJŇOVÁNÍ

Na rozdíl od předchozí právní úpravy v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách došlo v současném zákoně ke snížení počtu skutkových podstat týkajících se uveřejňovacích povinností.

Zadavatel se nyní dopustí správního deliktu při uveřejňování podle § 269 odst. 1 zákona tím, že

a) neodešle k uveřejnění oznámení o zadání veřejné zakázky nebo oznámení o uzavření rámcové dohody v souladu s tímto zákonem,

b) neodešle k uveřejnění oznámení o zrušení zadávacího řízení v souladu s tímto zákonem,

c) neodešle k uveřejnění oznámení o změně smlouvy na veřejnou zakázku v souladu s tímto zákonem,

d) neodešle k uveřejnění oznámení o změně doby trvání dynamického nákupního systému na veřejnou zakázku v souladu s tímto zákonem,

e) neuveřejní písemnou zprávu zadavatele v souladu s § 217 odst. 5 zákona.

Veřejný zadavatel se dále dle § 269 odst. 2 zákona dopustí správního deliktu při uveřejňování tím, že neuveřejní uzavřenou smlouvu na veřejnou zakázku podle § 219 odst. 1 zákona.

Z výše uvedeného je zřejmé, že i ve znění současného zákona se zadavatel dopustí správního deliktu nejenom samotným neodesláním příslušného oznámení k uveřejnění, ale také jeho pozdním odesláním, případně nedodržením způsobu odeslání (tzn. odeslání na příslušném formuláři, na příslušné místo, tedy do Věstníku veřejných zakázek či také do Úředního věstníku EU apod.). Shodně je potom naplněna skutková podstata správního deliktu i v případě neuveřejnění písemné zprávy zadavatele či úplného znění smlouvy včetně všech jejích změn a dodatků, které tak musí být uveřejněny nejen na místě k tomu určeném, tedy na profilu zadavatele, ale také v zákonem stanovené lhůtě.

Pro úplnost je na tomto místě nutné připomenout již výše zmiňované, kdy jelikož zákon o registru smluv poskytuje zadavatelům delší lhůtu pro splnění povinnosti uveřejnění smlouvy v registru smluv, a to konkrétně 30 kalendářních dnů od jejího uzavření, přičemž v případě uveřejnění smlouvy v registru smluv je současně splněna i povinnost uveřejnění dle zákona o zadávání veřejných zakázek, bude možné s jistotou konstatovat spáchání správního deliktu dle § 269 odst. 2 zákona nikoliv po uplynutí 15 denní lhůty stanovené zákonem o zadávání veřejných zakázek, ale až po 30 kalendářních dnech po uzavření smlouvy, které přináší zákon o registru smluv.

7 Ke každému účastníkovi zadávacího řízení se uvádí: 1. IČO, 2. název nebo obchodní firma v případě právnické osoby/ jméno, příjmení v případě fyzické osoby, 3. země sídla, místa podnikání nebo bydliště, 4. nabídková cena bez DPH, 5. nabídková cena s DPH v6. účastník zadávacího řízení je sdružením dodavatelů – uvádí se příznakem ano/ne včetně identifikace vedoucího účastníka pomocí IČO, 7. údaj, že nabídka účastníka zadávacího řízení byla vyřazena pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu a důvody tohoto rozhodnutí, 8. údaj, že účastník zadávacího řízení ze zadávacího řízení odstoupil nebo odmítl uzavřít smlouvu nebo neposkytl zadavateli potřebnou součinnost a důvody tohoto jednání účastníka, jsou-li zadavateli známy.

8 Ke každému vybranému dodavateli se uvádí: 1. IČO, 2. název nebo obchodní firma v případě právnické osoby/ jméno, příjmení v případě fyzické osoby, 3. země sídla, místa podnikání nebo bydliště, 4. celková cena dle smlouvy bez DPH – uvádí veřejný zadavatel, pokud byla smlouva uzavřena, 5. celková cena dle smlouvy s DPH – uvádí veřejný zadavatel, pokud byla smlouva uzavřena, 6. vybraný dodavatel je sdružením dodavatelů – uvádí se příznakem ano/ne včetně identifikace vedoucího účastníka pomocí IČO, 7. skutečně uhrazená cena bez DPH v jednotlivých letech plnění – uvádí veřejný zadavatel, pokud došlo k realizaci veřejné zakázky, 8. skutečně uhrazená cena s DPH v jednotlivých letech plnění – uvádí veřejný zadavatel, pokud došlo k realizaci veřejné zakázky.

9 V případě, že je veřejná zakázka rozdělena na části, se ke každé části veřejné zakázky uvádí: 1. číslo části – části veřejné zakázky jsou značeny souvislou řadou začínající číslem 1, 2. název části zakázky, 3. stav části zakázky, který nabývá v souladu s XML schématy uveřejněnými na internetových stránkách Informačního systému o veřejných zakázkách jedné z možných hodnot (část zakázky neukončena; část zakázky byla zadána – byla uzavřena smlouva s dodavatelem; část zakázky byla zrušena; ukončeno plnění smlouvy části zakázky), 4. seznam účastníků zadávacího řízení ve struktuře dle bodu n), 5. specifikace vybraného dodavatele nebo seznam vybraných dodavatelů ve struktuře dle bodu o), 6. datum uzavření smlouvy (pokud byla část VZ zadána), 7. datum zrušení části VZ (pokud byla část VZ zrušena).

INOVAČNÍ PARTNERSTVÍ

Petr Vévoda,
ředitel,
Odbor veřejných zakázek IV

S účinností zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, dostávají zadavatelé k dispozici nový druh zadávacího řízení – inovační partnerství. Již samotné pojmenování napovídá, že v sobě ukrývá mnohem větší ambici, než které čelí většina zadavatelů při své běžné zadavatelské praxi, a to uspokojování veřejných potřeb skrze poptávání na trhu dostupného zboží, služeb či stavebních prací. S inovačním partnerstvím přichází zcela nová filozofie zaměřená na generování inovativních produktů s komerčním potenciálem, které, ať už z jakýchkoliv důvodů, v současné době běžný vztah poptávky a nabídky ve společnosti nezajišťuje. Je přirozené, že takovýmto inovačním deficitem trpí zejména oblasti, v nichž hraje zásadní, ne-li výlučnou roli, veřejný sektor, např. školství, zdravotnictví, sociální služby apod. Očekává se, že pouze cílená motivace soukromého sektoru k participaci na vývoji a dodání inovativních produktů pro veřejnou správu může napravit stávající v mnoha ohledech konzervativní stav v oblasti veřejných zakázek. Dlouhodobější koncepty spolupráce veřejného a soukromého sektoru nebývají vždy přijímány s důvěrou a nelze se proto domnívat, že vytvořením konceptu takovéto možné spolupráce při zadávání veřejných zakázek dojde k okamžité změně takto ustáleného vnímání. Je však zároveň nutno dodat, že nově představený institut inovačního partnerství je doprovázen velkými očekáváními zejména ze strany výzkumných a vědeckých institucí. Inovační partnerství dostává do vínku velmi nelehký úkol spočívající v naplnění těchto očekávání, přičemž nezůstává pouze u nich, jelikož inovační partnerství je jedním ze základních pilířů, na nichž má být postaven ekonomický růst v rámci Evropské unie. Přibližme si tedy nejdříve, jaké pohnutky stály za vznikem tohoto institutu.

1. UNIE INOVACÍ A NOVÉ ZADÁVACÍ SMĚRNICE EU

Jak již bylo uvedeno výše, inovační partnerství má směřovat k propojení privátního a veřejného sektoru formou hlubší kooperace při uvádění nových produktů na trh. Zapadá do širšího rámce snahy Evropské komise podpořit inovace napříč jednotlivými členskými státy EU, přičemž možnost dosáhnout pokroku v této oblasti skýtá právě oblast zadávání veřejných zakázek, kdy objem takto zadávaných plnění standardně dosahuje cca 20 % HDP EU. Evropská komise již v rámci Lisabonské strategie z roku 2000 formulovala cíle, které měly podporovat investice do výzkumu, vývoje a inovací. Jednou z vybraných oblastí byla podpora investic do inovačních řešení specifických potřeb veřejného sektoru prostřednictvím veřejných zakázek v předobchodní fázi (*Pre-commercial procurement – PCP*). Stimulem k dosažení tohoto cíle měla být směrnicemi připuštěná výjimka, která umožňovala zadavatelům u veřejných zakázek, jejichž předmětem byly služby ve výzkumu a vývoji, s výjimkou případů, kdy cena za provedení výzkumu a vývoje byla hrazena výlučně zadavatelem a zadavatel byl jediným uživatelem výsledků výzkumu a vývoje, vyhnout se povinnosti postupovat při výběru smluvního partnera podle práva veřejných zakázek. Jak však vypovídá vyznění obsahu dokumentů, které Evropská komise v průběhu následujících let od zakotvení této zákonné výjimky vydala za účelem podpory využívání tohoto institutu (např. sdělení Komise ze dne 14. prosince 2007 o zadávání veřejných zakázek v předobchodní fázi[1]), povědomí zadavatelů o možnostech a případných výhodách využití této formy „inovativního zadávání" nedosáhlo takové míry, jak se očekávalo, a tak vize Evropské komise o vylepšení situace v oblasti inovací na poli veřejného zadávání doznala nového zadání a to v koncepci strategie Evropa 2020,[2] v níž Evropská komise opět jako jednu ze stěžejních iniciativ označila „inovaci v Unii", v rámci níž apelovala na plné využívání politik orientovaných na poptávku, a to např. prostřednictvím zadávání veřejných zakázek.

Pokud mělo dojít k vylepšení stávajícího stavu a k dosažení takto stanovených cílů napříč celou Evropskou unií, bylo zřejmé, že se tento přístup musel promítnout ve změně stávajících směrnic regulujících zadávání veřejných zakázek.

1 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Pre-commercial Procurement: driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe

2 2020 – Strategie pro inteligentní a udržitelný růst podporující začlenění – EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth

Na základě konzultací s jednotlivými členskými státy EU, které Evropská komise iniciovala vydáním Zelené knihy o modernizaci politiky EU v oblasti zadávání veřejných zakázek – Směrem k efektivnějšímu evropskému trhu veřejných zakázek, byl vytvořen návrh nových zadávacích směrnic, z jejichž textu bylo zřejmé, že inovace se staly jedním z jejich hlavních motivů. V důvodové zprávě k předloženému návrhu nových směrnic je například uvedeno, že *„navrhovaná směrnice je založena na přístupu „umožnění", který veřejným zadavatelům poskytuje nástroje potřebné k přispění k dosažení cílů strategie Evropa 2020 pomocí jejich kupní síly k nákupu zboží a služeb, jež podporují inovace, berou ohled na životní prostředí a bojují proti změně klimatu, přičemž zlepšují zaměstnanost, veřejné zdraví a sociální podmínky"*. Ve vztahu k inovacím pak důvodová zpráva uvádí, že výzkum a inovace hrají ve strategii Evropa 2020 pro inteligentní a udržitelný růst podporující začlenění ústřední roli. Zadavatelům veřejných zakázek by mělo být umožněno kupovat inovativní výrobky a služby, které podporují budoucí růst a zlepšují účinnost a kvalitu veřejných služeb. Návrh za tímto účelem zavádí inovační partnerství, nový zvláštní postup pro vývoj a následnou koupi nových, inovativních výrobků, stavebních prací a služeb za předpokladu, že je lze dodat v dohodnutých úrovních výkonu a s dohodnutými náklady.

V březnu 2014 byly v Úředním věstníku EU publikovány nové „zadávací" směrnice (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU o udělování koncesí, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES). V preambuli směrnice 2014/24/EU je v bodu 47 řečeno, že výzkum a inovace, včetně ekoinovací a sociálních inovací, patří mezi hlavní hybné síly budoucího růstu a představují jádro strategie Evropa 2020 pro inteligentní a udržitelný růst podporující začlenění. Orgány veřejné správy by měly co nejstrategičtěji využívat zadávání veřejných zakázek za účelem podpory inovací. Nákupy inovativních výrobků, stavebních prací a služeb hrají klíčovou úlohu při zlepšování účinnosti a kvality veřejných služeb a zároveň řeší hlavní společenské problémy. Takové nákupy přispívají k dosažení nejlepšího poměru získané hodnoty a výše vynaložených veřejných prostředků, jakož i širších hospodářských, environmentálních a společenských výhod ve smyslu vytváření nových nápadů a jejich přeměny na inovativní výrobky a služby, a tím i k podpoře udržitelného hospodářského růstu. Mělo by být připomenuto, že řada modelů zadávání veřejných zakázek je uvedena ve sdělení Komise ze dne 14. prosince 2007 nazvaném „Zadávání veřejných zakázek v předobchodní fázi: Podpora inovace za účelem zajištění udržitelně vysoké kvality veřejných služeb v Evropě", které se týká veřejných zakázek na ty služby v oblasti výzkumu a vývoje, jež nespadají do oblasti působnosti této směrnice. Tyto modely by byly nadále k dispozici jako doposud, avšak tato směrnice by rovněž měla přispět k usnadnění zadávání veřejných zakázek v oblasti inovací a napomáhat členským státům při dosahování *cílů v oblasti Unie inovací.*

Jako hlavní nástroj umožňující dosažení stanovených cílů, byl v nových zadávacích směrnicích (vyjma směrnice 23/2014/EU, v rámci níž je prvek inovace zacílen „pouze" na fázi hodnocení nabídek) představen institut inovačního partnerství, a to jako samostatný druh zadávacího řízení, které by skrze propojení jak fáze vývojové, tak fáze komerční, mělo umožnit překlenout stávající omezenou možnost zadavatelů zavádět inovativní prvky do oblasti zadávání veřejných zakázek. V tomto kontextu je nezbytné dodat, že inkorporace inovativních prvků do procesu zadávání veřejných zakázek není omezena novými směrnicemi pouze ve vztahu k zavádění inovačních partnerství. Mezi další prvky, které mohou posunout poptávaná plnění směrem k inovativnímu charakteru, lze zařadit např. větší možnosti malých a středních podniků v účasti v zadávacích řízeních, zjednodušení režimu soutěžního dialogu, možnost hodnocení celkových nákladů životního cyklu, či např. větší možnost přeshraniční spolupráce. Současně lze na okraj uvést, že Evropská komise ve své snaze podpořit ekonomický růst skrze inovativní přístup nezůstala pouze u aktivizace samotného procesu zadávání veřejných zakázek, kdy jako jeden z dalších nástrojů podpory těchto aktivit lze zmínit např. zavádění Evropských inovačních partnerství (*European inovation partnership – EIP*), která *„představují nový přístup k celému řetězci výzkumu, vývoje a inovací, v němž se sdružují zúčastněné strany z veřejného i soukromého sektoru z různých zemí a odvětví s cílem urychlit zavádění inovací, přičemž mají být mechanismem, který spojuje všechny relevantní aktéry na úrovni EU, národní i regionální úrovni za účelem zintenzivnit úsilí v oblasti výzkumu a vývoje s cílem mobilizovat poptávku, a to zejména prostřednictvím lepší koordinace zadávání veřejných zakázek, aby bylo zajištěno, že všechny objevy jsou rychle uvedeny na trh"*.[3]

Samotný popis pravidel pro aplikaci inovačního partnerství je včleněn do čl. 31 směrnice 24/2014/EU, resp. čl. 49 směrnice 25/2014/EU pro sektorové zadavatele, a do národní úpravy transponován zákonem o zadávání veřejných zakázek.

2. INOVAČNÍ PARTNERSTVÍ V ZZVZ

Řízení o inovačním partnerství, jakožto samostatný druh zadávacího řízení podle § 3 ZZVZ, je v rámci systematiky ZZVZ začleněno do Části IV, Hlavy VII, a je tak dáno na roveň ostatním druhům zadávacích řízení určených pro nadlimitní veřejné zakázky (povinnost vyplývající z čl. 26 odst. 3 směrnice 24/2014/EU, resp. čl. 44 odst. 3 směrnice 25/2014/EU). Tak jako ostatní druhy zadávacích řízení určených pro nadlimitní veřejné zakázky, i tento druh

3 http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index_en.cfm?pg=eip

zadávacího řízení lze použít pro finančně hodnotově nižší veřejné zakázky. Je ale otázkou, zda lze vůbec v těchto finančních úrovních uvažovat o možných inovativních řešeních (zejména pak při nutnosti naplnění požadavku vyplývajícího z ust. § 70 odst. 2 ZZVZ – viz dále). Avšak jak uvádí důvodová zpráva k ZZVZ, *„není podstatné, zda inovační partnerství souvisejí s rozsáhlými projekty, nebo malými inovativními projekty, tato inovační partnerství by měla být strukturována tak, aby mohla vytvořit nezbytnou „tržní poptávku" podněcující vývoj inovativního řešení, aniž by vyloučila trh"*, proto ponechme raději tuto otázku k zodpovězení budoucí praxi.

Za uživatelsky optimální lze považovat zařazení tohoto institutu v blízké návaznosti na popis průběhu jednacího řízení s uveřejněním a soutěžního dialogu (Hlava IV a VI), a to s ohledem na povahu průběhu řízení o inovačním partnerství, které v mnoha ohledech kopíruje právě postup v těchto druzích zadávacích řízení. Ze systematiky zařazení inovačního partnerství v rámci jednotlivých ustanovení lze taktéž dovodit, že přestože ZZVZ upravuje postup sektorových zadavatelů samostatně v části VII a postup v řízení o inovačním partnerství není v případě ustanovení vztahujících se k sektorovým zadavatelům samostatně zmiňován, je inovační partnerství koncipováno jako „univerzální" pro všechny typy zadavatelů.

Samotné vnitřní členění Hlavy VII ZZVZ se může na první pohled jevit jako matoucí, kdy zákonné požadavky vztahující se k fázím inovačního partnerství (§ 71 ZZVZ), které mají v praxi navazovat až na zavedení inovačního partnerství, jsou předřazeny před popis samotného postupu v řízení (§ 72 ZZVZ), avšak toto členění kopíruje strukturu užitou ve směrnicích a lze se domnívat, že je důsledkem snahy zákonodárce upozornit na nutnost provázání pravidel vztahujících se k jednotlivým fázím inovačního partnerství již se samotným procesem přípravy zadávacích podmínek pro účely zadávacího řízení. K postupu předcházejícímu zahájení se pak váže i povinnost zadavatele stanovit předpokládanou hodnotu zamýšleného inovačního partnerství, přičemž v daném případě je nezbytné do předpokládané hodnoty zahrnout nejen celkovou hodnotu výzkumu a vývoje předpokládaného v průběhu inovačního partnerství, ale také celkovou hodnotu služeb, dodávek či stavebních prací, které budou poskytnuty v případě, že výzkum a vývoj bude úspěšně dokončen a přinese uskutečnění „komerční fáze" zavedeného partnerství.

Co se týče paragrafového vymezení, tak již první odstavec věnovaný inovačnímu partnerství (§ 70 odst. 1 ZZVZ) podává klíčovou charakteristiku, která odlišuje předmět plnění veřejných zakázek umožněných poptávat v tomto druhu zadávacího řízení od ostatních, a to s akcentem na situace, kdy nelze potřebu vývoje inovativní dodávky nebo služby nebo inovativních stavebních prací a následné koupě výsledných dodávek, služeb nebo stavebních prací uspokojit prostřednictvím řešení, která jsou na trhu již dostupná. Hned v následujícím odstavci (§ 70 odst. 2 ZZVZ) je uveden doplňující požadavek, podle něhož předpokládaná hodnota dodávek, služeb nebo stavebních prací zadávaných v řízení o inovačním partnerství nesmí být nepřiměřená investici potřebné pro jejich vývoj, tzn. náklady na výzkumnou a vývojovou fázi nesmí být zanedbatelného charakteru ve vztahu k dodávanému plnění. Požadavky, které vymezují možnost použití řízení o inovačním partnerství, tak jednoznačně vyžadují vysoký charakter inovace u takto na trhu nedostupných poptávaných plnění, přičemž je zřejmé, že tento inovativní aspekt předmětu plnění nemůže být přítomen pouze v zadávacích podmínkách, ale musí být následně dohledatelný i v dodávaném finálním produktu.

K přiblížení, v jakém smyslu je nutno vnímat pojem inovace, slouží jeho vymezení v § 2 odst. 1 písm. d) zákona č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu, experimentálního vývoje a inovací z veřejných prostředků a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o podpoře výzkumu, experimentálního vývoje a inovací), ve znění pozdějších předpisů, na nějž odkazuje důvodová zpráva k ZZVZ v souvislosti s aplikací § 60 odst. 1 ZZVZ, tj. v souvislosti s postupem v jednacím řízení s uveřejněním.

Na tomto místě je vhodné pozastavit se u skutečnosti, že § 60 odst. 1 písm. b) ZZVZ nabízí velmi obdobnou charakteristiku předmětu plnění jako v případě inovačního partnerství, které však může být poptáváno skrze jednací řízení s uveřejněním. Za stěžejní rozlišující aspekt pro volbu mezi těmito druhy zadávacích řízení je nutné považovat míru, v jaké dochází v těchto případech k inovacím. Zatímco u postupu v jednacím řízení s uveřejněním může docházet i pouze k určité customizaci dostupných řešení pro potřeby zadavatele (v tomto ohledu dochází k určitému překrývání podmínek užití s § 60 odst. 1 písm. a) ZZVZ) a půjde tedy o běžnější situace naplnění potřeb zadavatelů, u zavádění inovačního partnerství je nutnou podmínkou pro jeho využití inovace směřující k dodání na trhu nedostupného řešení, tedy součástí takového plnění musí být reálná podstatná fáze výzkumu a vývoje dosud neexistujícího produktu, což lze z pohledu zadavatelské praxe podřadit pod výjimečnější situaci (srov. komentář k § 60 odst. 1 ZZVZ[4]). V tomto kontextu je taktéž zřejmé, že v případě postupu v jednacím řízení s uveřejněním zadavatel nemá možnost využití soutěžního efektu se zapojením více „partnerů" v procesu vývoje nového řešení, resp. není mu dána možnost etapizace tohoto procesu, tak jako v inovačním partnerství, a proto i toto právní omezení samo o sobě určuje charakter standardnějšího typu předmětu plnění, které si lze představit v rámci aplikace tohoto ustanovení (např. inovativní řešení stávajícího softwarového vybavení zadavatele).

V této souvislosti je vhodné dodat, že zadavatelům nadále zůstává možnost využití již zmiňované výjimky pro zadávání veřejných zakázek v oblasti vědy a výzkumu v předobchodní fázi (§ 29 písm. r) ZZZVZ), avšak limitace

4 HERMAN, P., FIDLER, V. a kolektiv. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2016. ISBN 978-80-7380-595-1.

této výjimky zůstává stejná jako v předchozím zákoně o veřejných zakázkách a neumožňuje tak nadále právě kýžené propojení vývojové fáze s následnou fází komercializace takto vyvinutého produktu. I přes uvedené je však zřejmé, že pro řešení specifických potřeb zadavatelů v oblasti vědy a výzkumu může být tato zákonná výjimka dostačujícím nástrojem k naplnění jejich potřeb, a tudíž ji lze vnímat jako jednu z existujících možností zadavatelů, jak zapojit inovativní přístup do jejich činnosti.

Jak již bylo uvedeno výše, ZZVZ v určitém obsahovém předstihu podává v § 71 informaci k pravidlům souvisejícím se samotnými fázemi inovačního partnerství. V § 71 odst. 1 ZZVZ je stanovena povinnost zadavatele vymezit v zadávací dokumentaci jednotlivé fáze inovačního partnerství, které musí sledovat posloupnost kroků v procesu výzkumu a vývoje a následného poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, přičemž nezbytné je stanovení postupných cílů v procesu výzkumu, při jejichž dosažení se ukončují jednotlivé fáze inovačního partnerství a pravidla pro poskytování odměn partnerům za dosažení těchto cílů. Požadovanou etapizaci si lze představit např. v následujícím režimu – projekt-prototyp-sériová výroba, kdy za úspěšné dokončení každé z těchto fází přináleží participujícím partnerům dle stanovených podmínek odměna. S režimem naplňování jednotlivých fází pak souvisí možnost zadavatele inovační partnerství ukončit, příp. možnost snížit počet partnerů, jde-li o inovační partnerství s několika partnery, pokud zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil podmínky pro snížení počtu partnerů (§ 71 odst. 2 ZZVZ). V situaci, kdy zadavatel zavádí inovační partnerství s několika partnery, musí mít na paměti, že nesmí zpřístupnit ostatním partnerům řešení navržená některým z partnerů ani jiné důvěrné informace, pokud s tím daný partner nesouhlasí (§ 73 odst. 3 ZZVZ). Při zvažování o počtu případných partnerů, se kterými bude zavedeno inovační partnerství, by měl zásadní roli hrát faktor nákladů vynaložených ve vývojové fázi, kdy nadměrná soutěž mezi více partnery, doprovázená poskytovanými odměnami ze strany zadavatele, nemusí v případě významné investiční akce přinést z hlediska efektivity a hospodárnosti vynaložených prostředků v rámci celého inovačního procesu kýžený efekt.

Postupu v řízení je v ZZVZ vyčleněn § 72, který podává zadavatelům předně informaci ve vztahu k úkonům týkajícím se samotného zahájení zadávacího řízení, kdy zadavatel vyzývá neomezený okruhu dodavatelů k podání žádosti o účast prostřednictvím oznámení o zahájení zadávacího řízení. Zákonodárce pak určil 30 denní lhůtu jako lhůtu minimální pro možnost podání žádostí o účast, a to v případě, že zadavatel umožnil podávat nabídky elektronicky, v opačném případě musí být tato lhůta prodloužena o pět dní.

Vymezení zadávacích podmínek a pravidel, jimiž se řídí práva duševního vlastnictví, se věnuje § 72 odst. 3 ZZVZ, přičemž zákonný požadavek, který je zcela klíčový pro další průběh zadávacího řízení, souvisí s povinností zadavatele označit v zadávací dokumentaci minimální technické podmínky veřejné zakázky, které nabídky musí splňovat. Jak totiž vyplývá z dalších ustanovení zákona, tyto podmínky nemohou být dále jakkoliv měněny, tudíž zadavatelé jejich stanovením dopředu určí minimální technickou úroveň požadovaného plnění, což bude hrát zcela zásadní roli v případě následného jednání o možných změnách nabízeného plnění. V tomto ohledu je však zřejmé, že obezřetné vymezení těchto minimálních technických požadavků bude velmi obtížné s ohledem na skutečnost, že v rámci inovačních partnerství budou muset být poptávána plnění, které stávající tržní prostředí nezná.

Jak již bylo uvedeno výše, řízení o inovačním partnerství je v mnohém totožné s postupem zadavatele v jednacím řízení s uveřejněním a jeho předmětem je zejména jednání o předběžných nabídkách předložených jednotlivými účastníky zadávacího řízení s cílem dosáhnout požadované úrovně nabízeného plnění pro účely zavedení inovačního partnerství. Za tímto účelem je zadavatelům dána možnost v průběhu řízení průběžně omezovat počet jednotlivých účastníků zadávacího řízení, a to jednak skrze kritéria technické kvalifikace (§ 72 odst. 4 ZZVZ), při jejichž nastavení by však měl zadavatel citlivě zvážit, zda se jejich přísným nastavením neochudí o účast např. start-upových firem, které mohou být právě v oblasti inovací žádaným prvkem soutěže, a následně pak může zadavatel omezit počet účastníků taktéž prostřednictvím kritérií kvality posuzovaných ve vztahu k řešením předkládaných účastníky zadávacího řízení v předběžných nabídkách (§ 72 odst. 5 ZZVZ). S uvedeným postupem souvisí možnost zadavatele v průběhu jednání změnit či doplnit zadávací podmínky (§ 72 odst. 6 ZZVZ – na tomto místě lze uvést domněnku, že § 72 odst. 7 ZZVZ je ve vztahu k § 72 odst. 6 ZZVZ duplicitní), avšak s výjimkou kritérií hodnocení a zmiňovaných minimálních technických podmínek, přičemž takovéto změny jsou podmíněny trvajícím splněním podmínek pro použití řízení o inovačním partnerství podle § 70 ZZVZ.

Poslední odstavec § 72 ZZVZ je pak explicitním vyjádřením a logickým vyústěním předchozích zákonných ustanovení, kdy stanovuje, že zadavatel může rozhodnout o zavedení inovačního partnerství s jedním nebo několika partnery, kteří budou odděleně provádět činnosti v oblasti výzkumu a vývoje. Jako nezbytnou notorietu je na tomto místě vhodné připomenout, že zadavatel musí v průběhu celého výše uvedeného procesu dodržovat základní zásady uvedené v § 6 ZZVZ, tudíž musí být velmi důsledný ve způsobu vymezení zadávacích podmínek vztahujících se k jednotlivým etapám inovačního partnerství, zejména pak s akcentem na udržitelnost zásady transparentnosti, a to až do fáze poslední, kterou bude samotné dodání předmětu plnění.

3. OCHRANA PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE

V návaznosti na začlenění inovačního partnerství se všemi jeho specifiky do palety možných postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, bylo nutné taktéž přizpůsobit jak portfolio „obranných" nástrojů na straně dodavatelů nespokojených s postupem zadavatele, tak rámec dohledových pravomocí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Výsledkem takto potřebné legislativní provázanosti je v § 247 ZZVZ nově koncipovaná možnost dodavatelů podat námitky po zavedení inovačního partnerství proti jejímu ukončení s konkrétním dodavatelem, přičemž pro podávání námitek se použijí v § 247 odst. 2 ZZVZ vyjmenovaná ustanovení upravující postup podávání námitek v ostatních případech. Následná možnost podání návrhu na zahájení správního řízení (se současným složením kauce ve výši 200 000 Kč) je pak připuštěna v § 267 ZZVZ, v jehož rámci je taktéž zakotvena nově stanovená pravomoc Úřadu nařídit zadavateli nápravu podle povahy věci (§ 267 odst. 2 ZZVZ), a to v případě, že nedodrží postup pro snížení počtu partnerů, případně když nedoručí v takto vedeném správním řízení dokumentaci o zadávacím řízení ve lhůtě podle § 252 odst. 1 nebo zjistí-li Úřad, že zadavatel ve lhůtě podle § 245 odst. 1 nerozhodl ve smyslu § 245 odst. 5 o námitkách, které mu předcházely. Konkrétní procesní náležitosti a postupy ve vztahu k tomuto typu návrhů jsou dále řešeny odkazem na ustanovení ZZVZ vztahující se ke „standardním" návrhovým řízením před Úřadem, oproti kterým je toto návrhové řízení odlišné taktéž v tom, že v něm nelze nařídit předběžné opatření. Současně je vhodné dodat, že výše uvedené nápravné opatření podle ust. § 267 odst. 2 ZZVZ lze uložit pouze v návrhovém řízení a nikoliv v řízení zahájeném z moci úřední.

ZÁVĚR

Z výše uvedeného je zřejmé, že nově představený institut inovačního partnerství skýtá nový potenciál pro zadavatele, kteří si pohrávají s myšlenkou inovativních řešení procesů a výstupů v rámci jím svěřených agend. Nelze však bez dalšího samozřejmě odhlédnout od rizik a určitých nevýhod, které s sebou využití tohoto druhu zadávacího řízení přináší – v současném období přinejmenším absenci jakékoliv zkušenosti s jeho aplikací. Avšak jako každé novum, i tento inovační nástroj potřebuje odvážné hybatele dějin, kteří se pokusí tato rizika podstoupit s tím, že se jim ve výsledku může podařit posunout způsob zajištění veřejných potřeb k novým uživatelsky přínosným řešením. K tomuto přístupu jim tak nelze víc než popřát úspěšné, Úřadem nekorigované, zvládnutí tohoto jistě nelehkého předsevzetí.

VERTIKÁLNÍ A HORIZONTÁLNÍ SPOLUPRÁCE ZADAVATELŮ

Vítězslava Fričová,
vedoucí,
Metodické oddělení Sekce veřejných zakázek

Dle § 11 a § 12 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, není za veřejnou zakázku považováno uzavření smlouvy v režimu tzv. horizontální a vertikální spolupráce zadavatelů. Jde tak o další případy plnění, ke kterému není přistupováno na základě postupů definovaných v zákoně, resp. unijní legislativě. Horizontální a vertikální spolupráce zadavatelů představuje koncepty, které své základy nalézají v závěrech Soudního dvora Evropské unie (dále jen „Soudní dvůr"), ke kterým dospěl při posuzování aplikace směrnic EU upravujících problematiku zadávání veřejných zakázek. Vertikální i horizontální spolupráce zadavatelů je aktuálně upravena ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES[1], směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES[2] a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU o udělování koncesí[3], které jsou do českého právního řádu implementovány mj. novým zákonem o zadávání veřejných zakázek, zákonem č. 134/2016, který nabyl účinnosti dne 1. října 2016.

1. VERTIKÁLNÍ SPOLUPRÁCE ZADAVATELŮ

Plnění prostřednictvím vertikální spolupráce zadavatelů neboli zadání v režimu tzv. in-house výjimky[4] není pro český právní řád novinkou. V základní podobě je výslovně zakotvena již v minulém zákoně o veřejných zakázkách, zákoně č. 136/2007 Sb.[5] Nový zákon o zadávání veřejných zakázek dosavadní pojetí in-house výjimky v českém právním řádu v některých ohledech modifikuje, avšak základní myšlenka a smysl zůstávají stejné. Horizontální spolupráce zadavatelů naopak svůj odraz v psaném právu dosud nemá, nicméně i tento institut nalézá svůj původ v judikatuře Soudního dvora a jako takový již z povahy věci je součástí evropského systému zadávání veřejných zakázek.

K vertikální spolupráci zadavatelů obecně řečeno platí, že tohoto postupu lze v duchu účinného zákona využít v případech, kdy zadavatel disponuje výlučnými majetkovými právy v podřízené osobě a zároveň tato osoba vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch svého majitele, tj. zadavatele. Smysl uvedené výjimky tkví v tom, že pokud má veřejný zadavatel nepochybnou možnost vykonávat určitou část svých úkolů ve veřejném zájmu sám, aniž by se obracel na „vnější subjekty" účastnící se hospodářské soutěže, není důvodu, aby musel podstupovat zadávací řízení ve fakticky stejné situaci, kdy sice dané úkoly bude vykonávat dodavatel formálně od zadavatele odlišný, nicméně reálně v obdobném postavení jako jeho organizační jednotka. Primární cíl zákona, tj. hospodárné vynakládání veřejných prostředků, v takovém případě nebude ohrožen.

V ustanovení § 11 ZZVZ je rozlišeno několik druhů vertikální spolupráce – „standardní" in-house (tzn. veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku osobě, kterou ve smyslu zákona ovládá), společné in-house zadávání (tzn. kontrola ovládané osoby je vykonávána více veřejnými zadavateli), horizontální in-house (tj. zadání veřejné zakázky ovládané osobě její sesterskou společností) a obrácený vertikální in-house (tj. ovládající veřejný zadavatel dodává ovládané osobě).

Dle § 11 odst. 1 ZZVZ se za zadání veřejné zakázky nepovažuje (tzn. zadavatel nemusí postupovat dle zákona) uzavření smlouvy, kterou uzavírá veřejný zadavatel s jinou právnickou osobou jako dodavatelem, pokud

a) sám nebo společně s jinými veřejnými zadavateli ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky,

b) v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel nebo ovládající veřejní zadavatelé a

1 Čl. 12
2 Čl. 28
3 Čl. 17
4 Ačkoli i odborná literatura často používá tento obrat, terminologicky čistší by bylo označení „kvazi in-house" zadání. V akademických kruzích se objevuje rovněž označení „výjimka *Teckal*".

5 § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách

c) 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 právnickými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.

Podmínku **ovládání** definuje sám ZZVZ v § 11 odst. 2 a 3, dle kterých veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby. Pakliže dochází ke společnému ovládání právnické osoby více veřejnými zadavateli, musí být splněny následující podmínky: a) orgány s rozhodovacím oprávněním takto ovládané právnické osoby jsou složeny nebo ustaveny na základě jednání ve shodě všech společně ovládajících veřejných zadavatelů, b) ovládající veřejní zadavatelé mají společně rozhodující vliv na strategické cíle a významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby a c) takto ovládaná právnická osoba nesleduje žádné zájmy, které jsou v rozporu se zájmy ovládajících veřejných zadavatelů. K ovládání ve výše uvedeném smyslu pak může docházet i ze strany jiné právnické osoby, která je sama týmž veřejným zadavatelem ovládána obdobně jako jeho vnitřní organizační jednotka (tzn. je připuštěno určité řetězení ovládání, kdy mezi veřejným zadavatelem a dodavatelem v rámci in-house vztahu stojí další, veřejným zadavatelem ovládaná osoba).

Co se týče podmínky **majetkové účasti**, česká úprava je přísnější než její evropská předloha, která za určitých okolností připouští přímou účast soukromého kapitálu v ovládané společnosti (srov. čl. 12 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU a bod 32 preambule). Oproti tomu česká úprava nevylučuje pouze nepřímou účast soukromého kapitálu [ovládajícím veřejným zadavatelem může být tzv. jiná právnická osoba ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) ZZVZ]. Pro uplatnění výjimky dle § 11 odst. 1 ZZVZ je každopádně nezbytné, aby 100 % vlastníkem ovládané osoby byl jeden nebo více veřejných zadavatelů.

Pravidla, která musí být naplněna, aby bylo splněno **kritérium činnosti**, stanovuje § 13 ZZVZ: *„Pro určení podílu činností … se bere v úvahu průměrný obrat, pokud je činnost, která je předmětem smlouvy, hrazena jejími příjemci v plné výši. Není-li možno určit tento obrat, použijí se jako základ pro výpočet v případě vertikální spolupráce celkové náklady právnické osoby a v případě horizontální spolupráce náklady vzniklé v souvislosti s činností, kterých se tato spolupráce týká. Podíl činností se vypočítá v souhrnu za 3 účetní období předcházející účetnímu období, ve kterém došlo k uzavření smlouvy. Vznikla-li nebo zahájila-li právnická osoba příslušnou činnost později nebo došlo k reorganizaci jejích činností, postačí, že dosažení podmínek podle odstavce 1 je věrohodné, zejména na základě plánů činnosti.“*

Termín „činnosti, které jí byly svěřeny“ je pak třeba chápat funkčně, tj. spíše jako ad hoc svěření konkrétní činnosti související s předmětnou veřejnou zakázkou (tzn. svěření konkrétního „úkolu“). Nepochybně však lze připustit i situaci, kdy veřejný zadavatel zřídí ovládanou osobu právě za účelem obstarávání určité činnosti v jeho prospěch a již nadále nebude do konkrétní definice jednotlivých úkolů zasahovat, a přesto se bude taková činnost ve vytyčené oblasti započítávat do podílu činnosti ovládané osoby dle § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ. Charakter činností je však třeba posuzovat případ od případu.

Rozsah činnosti ve prospěch více subjektů se v případě, že jde o společné ovládání (ve smyslu § 11 odst. 3 ZZVZ), sčítá. Ovládaná osoba však musí vykonávat určitou činnost pro každého z ovládajících zadavatelů.

ZZVZ dále umožňuje využít obrácenou vertikální spolupráci v situacích, kdy ovládaná právnická osoba zadá zakázku veřejnému zadavateli, jenž ji ovládá, nebo jiné právnické osobě, která je ovládána týmž veřejným zadavatelem (srov. § 11 odst. 4 ZZVZ). Jinými slovy řečeno jde o situace, kdy ovládaná právnická osoba zadává zakázku své „matce“ nebo „sestře“ (zde se jedná o horizontální in-house). Tyto varianty vertikální spolupráce jsou ve směrnicích EU z roku 2014 připuštěny poprvé.

Pro aplikaci tohoto ustanovení musejí být splněny následující podmínky:

a) právnická osoba zadávající veřejnou zakázku je ovládána veřejným zadavatelem ve smyslu § 11 odst. 1 písm. a) ZZVZ,

b) veřejná zakázka je zadávána veřejnému zadavateli, který uvedenou právnickou osobu ovládá podle § 11 odst. 1 písm. a) ZZVZ (tzn. mateřské společnosti), nebo jiné právnické osobě ovládané stejným veřejným zadavatelem (tzn. sesterské společnosti) a

c) v dodavateli (tzn. v ovládajícím veřejném zadavateli nebo sesterské společnosti) nemá majetkovou účast žádná soukromá osoba.

Z uvedeného jsou zřejmé dvě podstatné odlišnosti oproti „standardnímu“ in-house zadávání upravenému v § 11 odst. 1 ZZVZ:

1. Zatímco v situaci, kdy veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku své ovládané osobě, příp. jedna veřejným zadavatelem ovládaná osoba zadává veřejnou zakázku jiné osobě ovládané stejným veřejným zadavatelem, je dovoleno, aby v osobě ovládajícího veřejného zadavatele měla přímou kapitálovou účast soukromá osoba, v případě, kdy ovládaná osoba zadává veřejnou zakázku svému ovládajícímu veřejnému zadavateli, přímá kapitálová účast soukromé osoby v osobě tohoto veřejného zadavatele připuštěna není.

2. Ze znění ustanovení § 11 odst. 4 ZZVZ plyne, že podmínka výkonu více než 80 % činnosti ve prospěch ovládajícího veřejného zadavatele v tomto případě nemusí být splněna ve vztahu k žádné z ovládaných osob. Ve vztahu k analogickému ustanovení směrnice 2014/24/EU (které je formulováno mírně odlišně)

však existují i opačné názory, že i v případě zadávání veřejné zakázky ovládanou osobou sesterské společnosti musejí oba tyto subjekty naplňovat podmínku výkonu více než 80 % činnosti ve prospěch ovládajícího veřejného zadavatele.

Výše uvedené představuje transpozici relevantních článků směrnic, které kodifikují rozhodovací praxi Soudního dvora EU. Při výkladu zákonného ustanovení je tedy třeba pracovat nejen se zněním předmětných směrnic, ale i s relevantní judikaturou Soudního dvora EU.[6]

Platí, že pokud není splněna byť jen jedna z podmínek uvedených v § 11 ZZVZ pro aplikaci jednotlivých druhů vertikální spolupráce, nelze podle tohoto ustanovení postupovat a zadavatel musí veřejnou zakázku zadat v příslušném druhu zadávacího řízení. V souladu s rozhodovací praxí a judikaturou je rovněž třeba při výkladu těchto ustanovení postupovat restriktivně.

2. HORIZONTÁLNÍ SPOLUPRÁCE ZADAVATELŮ

Horizontální spolupráce zadavatelů (v judikatuře Soudního dvora EU je používán termín „meziobecní spolupráce" a v odborné literatuře „výjimka *Hamburk*") je v zákoně (i směrnicích EU z roku 2014) explicitně upravena poprvé. Institut horizontální spolupráce je použitelný výlučně mezi veřejnými zadavateli, tzn. sektorový ani dotovaný zadavatel ani osoba, která zahájila zadávací řízení, ačkoliv k tomu nebyla povinna (srov. § 4 odst. 5 ZZVZ), nemohou dle § 12 ZZVZ postupovat.

Dle § 12 ZZVZ se za zadání veřejné zakázky nepovažuje uzavření smlouvy výlučně mezi veřejnými zadavateli, pokud

a) tato smlouva zakládá nebo provádí spolupráci mezi veřejnými zadavateli za účelem dosahování jejich společných cílů směřujících k zajišťování veřejných potřeb, které mají tito veřejní zadavatelé zajišťovat,

b) se spolupráce podle písmene a) řídí pouze ohledy souvisejícími s veřejným zájmem a

c) každý z těchto veřejných zadavatelů vykonává na trhu méně než 20 % svých činností, kterých se spolupráce podle písmene a) týká.

V případě horizontální spolupráce se musí jednat o skutečnou spolupráci veřejných zadavatelů, tzn. vzájemnou kooperaci, nikoliv o prosté zadávání veřejné zakázky jedním veřejným zadavatelem druhému veřejnému zadavateli, resp. o poskytnutí plnění jedním veřejným zadavatelem výlučně za účelem plnění úkolů, které v souvislosti s uspokojováním veřejných potřeb přísluší pouze druhému veřejnému zadavateli (může jít např. o poskytnutí laboratoří ke společnému výzkumu, sdílení kapacity zařízení na úpravu odpadů apod.). Stejně tak o horizontální spolupráci nelze hovořit v případě, že se dva veřejní zadavatelé rozhodnou (byť za účelem dosažení společných cílů) zadat společně veřejnou zakázku třetí osobě.

U podmínky uvedené pod písm. b) je třeba zdůraznit, že se musí jednat o činnost související s uspokojováním veřejných potřeb, tzn. veřejný zadavatel, coby účastník spolupráce nesmí být motivován snahou o dosažení zisku na úkor druhého veřejného zadavatele (např. úplatným poskytnutím vlastních nevyužitých kapacit za účelem jejich využití k plnění úkolů, které nejsou oběma veřejným zadavatelům společné).

Podmínka uvedená pod písm. c) pak míří na skutečnost, že činnost, jež je předmětem spolupráce, musejí participující veřejní zadavatelé vykonávat převážně právě za účelem uspokojování veřejných potřeb a naopak se jejím prostřednictvím neúčastní trhu (resp. účastní v maximální možné míře 20 %).

Obdobně jako u vertikální spolupráce jde u horizontální spolupráce o transpozici směrnic EU, které vycházejí z judikatury Soudního dvora EU, o kterou je třeba se opřít při interpretaci dotčeného ustanovení.[7]

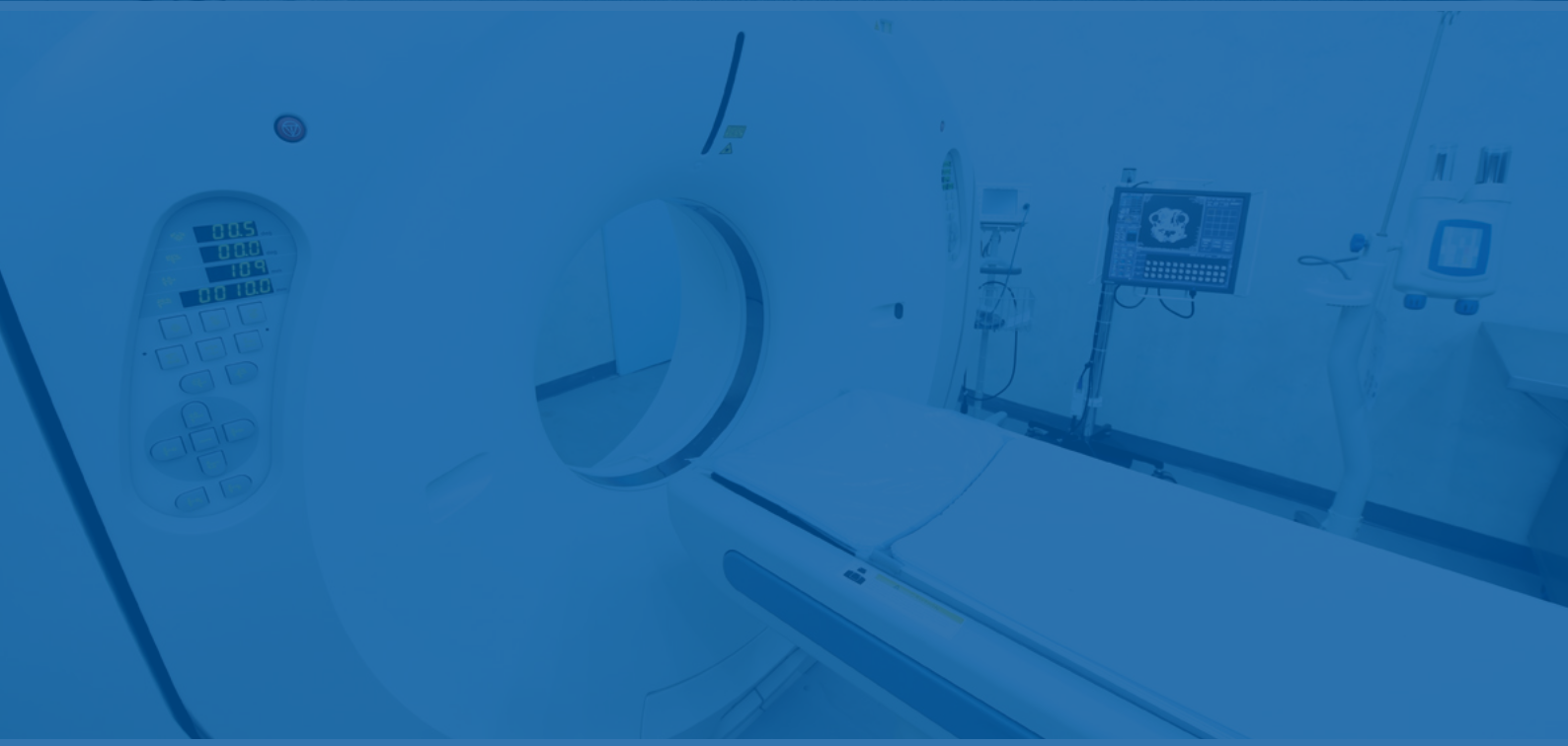
Současně platí, že pokud není splněna byť jen jedna z podmínek uvedených v § 12 ZZVZ pro aplikaci horizontální spolupráce veřejných zadavatelů, nelze podle tohoto ustanovení postupovat a zadavatel musí veřejnou zakázku zadat v příslušném druhu zadávacího řízení.

6 Zejména se jedná o následující rozhodnutí Soudního dvora EU: C-107/98 Teckal Srl. v. Comune di Viano a Azienda Gas Acqua Consorziale AGAC di Reggio Emillia z 18. 11. 1999; C-26/03 Stadt Halle a RLP Lochau ze dne 11. 1. 2005; C-458/03 Parking Brixen GmbH proti Gemeinde Brixen a Stadtwerke Brixen AG z 13. 10. 2005; C-340/04 Carbotermo SpA, Consorzio Alisei proti Comune di Busco Arsizio, AGESP SpA ze dne 11. 5. 2006; C-95/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración des Estado ze dne 19. 4. 2007; C-324/07 Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle a Région de Bruxelles--Capitale z 13. 11. 2008; C-573/07 Sea Srl proti Comune di Ponte Nossa z 10. 9. 2009; C-215/09 Mehiläinen Oy, Terveystalo Healthcare Oy, dříve Suomen Terveystalo Oyj, proti Oulun kaupunki z 22. 12. 2010; Econord SpA proti Comune di Cagno a Comune di Varese (C-182/11) a Comune di Solbiate a Comune di Varese (C-183/11) ze dne 29. 12. 2012; C-15/13 Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-Systém-GmbH proti Datenlotsen Informationssysteme ze dne 8. 5. 2014; C-574/12 Centro Hospitalar de Setúbal a SUCH ze dne 19. 6. 2014.

7 Zejména se jedná o následující rozhodnutí Soudního dvora EU: C-480/06 Komise v. Spolková republika Německo ze dne 9. 6. 2009; C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce a Università del Salento proti Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a další z 19. 12. 2012.

ÚOHS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



INFORMAČNÍ LIST 3/2016