

ZÁPADOČESKÁ UNIVERZITA V PLZNI
FAKULTA PRÁVNICKÁ

Diplomová práce

Problematické body průběhu zadávání veřejné zakázky

Ing. Jan Vaněček, MBA

Plzeň 2013

ZÁPADOČESKÁ UNIVERZITA V PLZNI
FAKULTA PRÁVNICKÁ
KATEDRA SPRÁVNÍHO PRÁVA

Studijní program: Právo a právní věda

Obor: Právo (6805T003/0)

Vedoucí práce: JUDr. Robert Krč, Ph.D. - KSP

Diplomová práce

Problematické body průběhu zadávání veřejné zakázky

Ing. Jan Vaněček, MBA

Plzeň 2013

ZÁPADOČESKÁ UNIVERZITA V PLZNI
Fakulta právnická
Akademický rok: 2012/2013

ZADÁNÍ DIPLOMOVÉ PRÁCE

(PROJEKTU, UMĚLECKÉHO DÍLA, UMĚLECKÉHO VÝKONU)

Jméno a příjmení: **Ing. Jan VANĚČEK, MBA**
Osobní číslo: **R08M0348P**
Studijní program: **M6805 Právo a právní věda**
Studijní obor: **Právo**
Název tématu: **Problematické body průběhu zadávání veřejné zakázky**
Zadávací katedra: **Katedra správního práva**

Z á s a d y p r o v y p r a c o v á n í :

1. Právní úprava v EU
2. Právní úprava v ČR
3. Průběh zadávání veřejné zakázky
4. Závěr

Rozsah grafických prací:

Rozsah pracovní zprávy: **60**

Forma zpracování diplomové práce: **tištěná**

Seznam odborné literatury:

- Radek Jurčík; **Zákon o veřejných zakázkách - komentář**; C. H. Beck; 978-80-7400-329-5
- David Dvořák, Petr Serafín; **VEŘEJNÉ ZAKÁZKY VE STAVEBNICTVÍ - Zákon o veřejných zakázkách podle stavu k 1. 1. 2011 a jeho praktická aplikace ve stavebnictví - 2. vydání**; Linde Praha; 978-80-7201-843-7.
- **Veřejné zakázky**; Vizea s.r.o.; 1803-6724.
- **Právní rádce**; Economia, a.s.; 1210-4817.
- **Příslušná judikatura.**

Vedoucí diplomové práce: **JUDr. Robert Krč, Ph.D.**
Katedra správního práva

Datum zadání diplomové práce: **14. února 2012**
Termín odevzdání diplomové práce: **31. března 2013**



Doc. JUDr. Jan Pauly, CSc.
děkan



JUDr. et PhDr. Jan Malášt
vedoucí katedry

V Plzni dne 3. října 2012

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že svou diplomovou práci "Problematické body průběhu zadávání veřejné zakázky" jsem vypracoval samostatně pod vedením vedoucího diplomové práce a s použitím odborné literatury a dalších informačních zdrojů, které jsou citovány v práci a uvedeny v seznamu literatury na konci práce. Jako autor uvedené diplomové práce dále prohlašuji, že jsem v souvislosti s jejím vytvořením neporušil autorská práva třetích osob.

V Plzni dne 29. března 2013

Poděkování

Rád bych touto cestou poděkoval vedoucímu práce JUDr. Robertu Krčovi, Ph.D. za jeho odbornou pomoc při psaní této práce. Dále bych rád poděkoval Mgr. Bc. Vladimíru Novému, PhDr. Janě Krausové, MBA, Bc. Marcele Chladové, Ing. Veronice Bohaté, JUDr. Pavlu Roubalovi, Mgr. Janě Klainové, JUDr. Dominiku Tomáškoví, JUDr. Stanislavu Peškovi, JUDr. Jindřichovi Vítkovi, Ph.D. a JUDr. Mgr. Vlastimilu Fidlerovi za jejich náměty, připomínky, korekce a podporu.

Obsah

1	Úvod	9
2	Cíl práce a metodika	10
2.1	Teoreticko-metodologická část	10
2.1.1	Veřejná zakázka	12
2.1.2	Zadání a zadávání (veřejné zakázky)	14
2.1.3	Zadavatel	17
2.1.4	Uchazeč, zájemce a dodavatel	19
3	Právní úprava v ČR/EU	21
3.1	Počátky zadávání a vývoj za první republiky	21
3.2	Období socialismu	21
3.3	Porevoluční období	22
3.4	První zákonná úprava zadávání veřejných zakázek	23
3.5	Právní úprava v období po vstupu do EU	24
3.6	Současná právní úprava	25
3.7	Nová zadávací směrnice EU	29
4	Obecné výjimky z působnosti ZVZ	31
4.1	In-house zadání	31
4.2	Práva související s nabytím nemovitostí	35
5	Průběh zadávání veřejné zakázky	37
5.1	Zahájení zadávacího řízení	37
5.1.1	Oznamovací povinnost v rámci užšího řízení	38
5.2	Zadávací dokumentace	45
5.2.1	Rozsah obsahu zadávací dokumentace	45
5.2.2	Kvalifikační předpoklady	46
5.2.3	Obsah smluv - navýšení ceny	48
5.3	Komunikace s uchazeči - fax	51
5.4	Podání nabídek	52
5.4.1	Sdružování v rámci užšího řízení	52
5.4.2	Subdodávky vs. prokázání kvalifikace	56
5.4.3	Zprostředkování subdodavatelé a obsah subdodavatelské smlouvy	58
5.4.4	Zaměstnanec subdodavatelem	59
5.4.5	Zásada rovného zacházení u profesních kvalifikačních předpokladů	63

5.4.6	Délka záruky jako dílčí hodnotící kritérium	64
5.4.7	Projev vůle v subdodavatelských smlouvách	67
5.4.8	Projev vůle ve specifických dokumentech veřejné zakázky.....	70
5.4.9	Odpovědnost za nabídku.....	73
5.5	Posuzování nabídek	73
5.5.1	Úkony hodnotící komise.....	73
5.5.2	Výklad zásad transparentnosti a rovného zacházení.....	77
5.6	Ukončení zadávacího řízení.....	78
5.6.1	Podmínky zrušení zadávacího řízení	78
5.6.2	Nemožnost výběru více vítězů veřejné zakázky.....	79
5.6.3	Obsah spisové dokumentace.....	80
5.6.4	Náhrada škody zadavatelem	81
6	Shrnutí	83
6.1	Summary	84
7	Seznam zkratk.....	87
8	Citovaná literatura	88
8.1	Rozhodnutí Úřadu.....	88
8.2	Judikatura ČR	89
8.3	Judikatura EU	90
9	Přílohy	92

1 Úvod

Téma diplomové práce jsem si vybral z důvodu mého osobního i profesního zájmu o tuto problematiku, a jelikož realizace veřejných zakázek je náplní mé práce již 5 let. Pro Útvar koordinace evropských projektů města Plzně, p. o.¹ (dále jen „ÚKEP“) zajišťuji zejména realizaci projektů (skládajících se z jedné či více veřejných zakázek), a to ve všech fázích řízení projektů. V první fázi se jedná především o identifikaci možnosti podpory projektů města Plzně ze strany Evropské unie (dále jen „EU“) či ČR a zajištění jak politické, tak i dotační podpory. Ve druhé fázi pak o realizaci zadávání veřejných zakázek dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále také „ZVZ“) či specifických podmínek předmětné dotace (zejména v případě veřejných zakázek malého rozsahu²). Třetí fází je skutečná (faktická) realizace projektu, tj. od okamžiku uzavření příslušných smluv (zadání veřejných zakázek), přes dohled nad jejich plněním, až do okamžiku konečného vypořádání dotace vůči jejímu poskytovateli. V této diplomové práci se zabývám problematickými situacemi spojenými s druhou fází řízení projektů, tj. zadáváním veřejných zakázek dle ZVZ, které jsem řešil či řeším v rámci svého působení v oblasti zadávání veřejných zakázek pro statutární město Plzeň. Tyto problematické situace se především vztahují k prokazování splnění kvalifikace uchazečů o veřejnou zakázku, informačních povinností zadavatele a průběhu užšího řízení.

S ohledem na získané zkušenostem (v rámci realizace desítek veřejných zakázek téměř všech druhů) patřím mezi úzkou skupinu odborníků města Plzně se specializací na veřejné zakázky a jako takový vytvářím a následně i publikuji odborná stanoviska týkající se problematické aplikace ZVZ a případné aplikace tzv. „override rule“³ ze strany práva EU. Nejdůležitější ze stanovisek uvedených v této diplomové práci jsem publikoval i v odborné literatuře (1 stránky 8-13)

¹ ÚKEP, je příspěvkovou organizací, která byla zřízena k 1. 3. 2005 za účelem zastupování statutárního města Plzně (veřejného zadavatele) ve většině projektů financovaných ze zdrojů EU a navázaných zadávacích řízení dle ZVZ.

² Blíže § 18 odst. 5 ZVZ či Tabulka 2 - rozdělení veřejných zakázek dle finančních limitů (od 1. 4. 2012).

³ Blíže pak prohlášení k ustanovením smluv v konsolidovaném znění smlouvy o Evropské unii a smlouvy o fungování Evropské unie (2008/C 115/01), poznámka č. 17 *“Konference připomíná, že v souladu s ustálenou judikaturou Soudního dvora Evropské unie mají Smlouvy a právo přijímané Unii na základě Smluv přednost před právem členských států, za podmínek stanovených touto judikaturou.”*

2 Cíl práce a metodika

Mým cílem v této diplomové práci je zhodnotit průběh zadávání veřejné zakázky od zahájení zadávacího řízení až po uzavření smlouvy z pohledu evropské i národní legislativy, judikatury Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora – dále také „SDEU“, resp. „ESD“), rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále také „Úřad“ či „ÚOHS“), odborné literatury a mých praktických zkušeností. V diplomové práci rozebírám problematické body zadávacího řízení a předkládám možná řešení, která jsem v rámci své praxe realizoval.

V úvodu diplomové práce v teoreticko-metodologické části vysvětluji základní pojmy, které se v ní vyskytují. Stěžejní částí diplomové práce je pak analytická část, kde se věnuji aktuální právní úpravě dle ZVZ a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve znění pozdějších předpisů (dále také „Směrnice“ či „2004/18/ES“), včetně poukázání na nedostatky *de lege lata*. V této práci se zabývám pouze průběhem zadávacího řízení veřejných zadavatelů, a proto se nebudu zabývat směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále také „2004/17/ES“), která se týká výhradně sektorových zadavatelů dle § 4 ZVZ. V úvodu analytické části se krátce věnuji historii právní úpravy veřejného zadávání v ČR/EU a dále předpokládaným vývojem zadávacího práva EU do budoucna, které bude následně transponováno i do právního řádu ČR. V závěru práce pak shrnuji nejdůležitější závěry z analytické části diplomové práce a konfrontuji je se zněním návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady, o zadávání veřejných zakázek ze dne 20. prosince 2011⁴ (dále také „Nová směrnice“) a její možné transpozice do právního řádu ČR.

2.1 Teoreticko-metodologická část

Z pohledu základní terminologie jsou podstatnými pojmy této práce veřejná zakázka, zadání a zadávání (veřejné zakázky), zadavatel, uchazeč, zájemce a dodavatel. V diplomové práci jsou využívány metody komparační, deskriptivní a výkladové.

⁴ Dle Úředního věstníku EU: KOM(2011) 896 v konečném znění, 2011/0438 (COD); {SEK(2011) 1585 v konečném znění} a {SEK(2011) 1586 v konečném znění}

Z výkladových metod pak především výklad gramatický, teleologický, analogický⁵ a historický. Tato diplomová práce, pokud nebude určeno jinak, vychází ze ZVZ ve znění ke dni 1. 7. 2012, a nevěnuje se tématice soutěže o návrh či koncesnímu řízení, které jsou speciálními případy zadávání veřejných zakázek.

Ačkoliv to není na první pohled zcela zřejmé, proces zadávání veřejných zakázek je ryze soukromoprávního charakteru (blíže pak rozhodnutí Úřadu R146/2012/VZ-16687/2012/310/PMo s datem nabytí právní moci dne 18. 9. 2012, když uvádí: „*V případě kontraktace veřejných zakázek se jedná o soukromoprávní vztah, neboť zde není přítomen žádný prvek vrchnostenského charakteru, dle něhož by mělo být jednání zadavatele v zadávacím řízení posuzováno jako státně-mocenské. Úkony zadavatele v zadávacím řízení mají soukromoprávní povahu s tím, že zadavatel ve vztahu k dodavateli vystupuje v zadávacím řízení jako subjekt soukromého práva – oba subjekty tak při uzavírání smlouvy mají rovné postavení.*“). Nicméně přezkum nad zadáváním veřejných zakázek zajišťuje Úřad na základě delegace vyplývající z §§ 1⁶ a 2⁷ zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších zákonů (ačkoliv tento uvádí působnost Úřadu pouze na dohled při zadání veřejných zakázek) a § 112 a násl. ZVZ (který již působnost rozšiřuje i na dohled nad zadáváním veřejných zakázek). Úřad, dle Hendrycha (2 str. 125), v takovém případě vystupuje jako *jiný správní úřad s celostátní působností řízený vládou, který má užší obor působnosti vztahující se na odborně technickou problematiku.*

Průběh řízení o přezkoumání úkonů zadavatele před Úřadem v první instanci upravuje čistě ZVZ (konkrétně pak definuje zahájení řízení, účastníky řízení, správní delikty, náklady řízení, nápravná opatření, zastavení řízení, atd.). Proti rozhodnutí, které vydal Úřad v prvním stupni, lze podat rozklad⁸ dle § 152 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších zákonů (dále také „OSŘ“), když o tomto rozkladu rozhoduje (opět)

⁵ Aplikací zejména rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR (dále také „NS“) sp. zn. 20 Cdo 1662/2005, ze dne 1. 6. 2006.

⁶ § 1: *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") je ústředním orgánem státní správy pro podporu a ochranu hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování.*

⁷ § 2 písm. b) a c): *Úřad: vykonává dohled při zadání veřejných zakázek; vykonává další působnosti stanovené zvláštními zákony. Zvláštním zákonem je pak ZVZ.*

⁸ Dle § 152 odst. 4 OSŘ se fakticky jedná o odvolání.

předseda Úřadu na základě návrhu rozkladová komise (nejméně pětičlená). Předsedu a ostatní členy rozkladové komise jmenuje (opět) předseda Úřadu.

Proti rozhodnutí Úřadu ve druhé instanci, lze postupovat dle zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších zákonů (dále také "SŘS"), tj. podat do dvou měsíců ode dne druhoinstančního rozhodnutí Úřadu (§ 84 SŘS) žalobu proti rozhodnutí správního orgánu u krajského soudu v Brně (§§ 7 a 31 SŘS). Proti rozhodnutí krajského soudu v Brně pak lze ještě podat kasační stížnost, a to ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení, přičemž o této rozhoduje Nejvyšší správní soud ČR (dále také „NSS“) se sídlem taktéž v Brně.

Do průběhu většiny zadávacích řízení však ještě zasahují i jiné správní orgány (*ex ante*, *ex tempore* i *ex post*). V případě veřejných zadavatelů dle § 2 odst. 2 ZVZ, na které se vztahují specifická rozpočtová⁹ či dotační pravidla, se pak jedná např. o Ministerstvo financí ČR (dále také „MF“), Ministerstvo životního prostředí ČR (dále také „MŽP“), Ministerstvo dopravy ČR, Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR (dále také „MPO“), apod. Tyto *ústřední správní úřady s dílčí věcnou působností* (2 str. 124) pak prostřednictvím svých směrnic zasahují do průběhu zadávacích řízení, a to konkrétně zejména *ex ante* kontrolou zadávací dokumentace, *ex tempore* účastí na jednáních hodnotící komise a *ex post* kontrolou celého průběhu zadávacího řízení a plnění smlouvy zadané vybranému uchazeči o veřejnou zakázku.

2.1.1 Veřejná zakázka

Dle Právníckého slovníku (3) a ZVZ je *veřejná zakázka v nejobecnější charakteristice zakázka financovaná z veřejných prostředků. Její právní úprava je obsažena ve zvláštním zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Podle něho je veřejná zakázka vymezena jako zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Přitom zadavatelem se rozumí tzv. veřejný zadavatel (zejména Česká republika a územní samosprávné celky¹⁰), dále tzv. dotovaný zadavatel (osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50% z peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem nebo pokud peněžní prostředky*

⁹ Např. zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších zákonů; zákon o státním rozpočtu České republiky na příslušný rok, apod.

¹⁰ A jimi zřízené či založené organizace, kterou jsou jimi ovládané (§ 2 ZVZ).

poskytnuté na veřejnou zakázku z těchto zdrojů přesahují 200.000.000 Kč) a tzv. sektorový zadavatel, tj. osoba vykonávající činnost v odvětvích a oblastech vymezených v zákoně, pokud nad touto osobou může veřejný zadavatel uplatňovat dominantní vliv nebo tato osoba uvedenou činnost vykonává na základě zvláštního nebo výhradního práva. (blíže pak Tabulka 1 - rozdělení zadavatelů¹¹). Podle předmětu se veřejné zakázky rozlišují na veřejné zakázky na dodávky (pořízení věcí), na stavební práce (provedení stavebních prací, zhotovení stavby) a na služby (veřejné zakázky, které nejsou na dodávky ani na stavební práce). Podle předpokládané hodnoty se veřejné zakázky člení na významné (§ 16a ZVZ), nadlimitní, podlimitní a malého rozsahu (blíže pak Tabulka 2 - rozdělení veřejných zakázek dle finančních limitů (od 1. 4. 2012)).

Jak vyplývá ze ZVZ i konstantní rozhodovací praxe Úřadu, ZVZ má velmi omezenou působnost na veřejné zakázky malého rozsahu. Tato omezená působnost vyplývá z § 12 odst. 3 a § 18 odst. 5 ZVZ. Zadavatel si tak v případě těchto zakázek může vybrat, zda bude dodržovat „pouze“ základní zásady uvedené v § 6 ZVZ, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, nebo zda bude postupovat dle § 26 odst. 5 ZVZ, tj. procesně složitějším postupem dle ZVZ. V případě zahájení zadávání podlimitní veřejné zakázky postupem platným pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky, je zadavatel povinen postupovat podle ustanovení ZVZ platných pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky a v případě zahájení zadávání veřejné zakázky malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, je zadavatel povinen postupovat podle ustanovení ZVZ platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky.

V případě zadávání veřejných zakázek malého rozsahu mimo režim ZVZ, pak žádný uchazeč nemá možnost podat námitky proti jakémukoliv úkonu zadavatele dle § 110 odst. 1 ZVZ a tedy ani možnost obrany u Úřadu, když jakýkoliv takový návrh Úřad zamítne dle § 118 odst. 5 písm. d) ZVZ (*návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení* – blíže pak např. rozhodnutí Úřadu S471/2012/VZ-22049/2012/521/JHn s datem nabytí právní moci dne 8. 12. 2012. V opačném případě, tedy při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, pak platí přesný opak. Blíže např. rozhodnutí Úřadu S399/2011/VZ-16212/2012/530/JWe s datem nabytí

¹¹ Tabulky jsou uvedeny v přílohách – část 9.

právní moci dne 14. 9. 2012, ve znění: „Z výše uvedeného vyplývá, že přesto, že výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky zadavateli umožňovala její zadání mimo režim zákona, rozhodl se při zahájení zadávacího řízení postupovat podle ustanovení § 38 a následujících ZVZ, a že tedy byl v celém zadávacím řízení povinen postupovat podle ustanovení ZVZ, která se týkají zjednodušeného podlimitního řízení, neboť tato povinnost vyplývá z cit. ust. § 26 odst. 5 ZVZ.“

2.1.2 Zadání a zadávání (veřejné zakázky)

V návaznosti na předchozí definici je nutné rozlišovat pojmy zadání a zadávání veřejné zakázky. Oba tyto pojmy jsou vymezeny v § 17 písm. k) a m) ZVZ následovně:

- *zadání je rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení, tj. jedná se dva dílčí úkony. Specifickým případem zadání veřejné zakázky je pak „in-house“ zadání, které se vztahuje k uplatnění konkrétní výjimky uvedené v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ (blíže pak k této problematice v části 4.1);*
- *zadávání je závazný postup zadavatele podle ZVZ v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy, tj. jedná se o souvislý postup zadavatele skládající se více dílčích úkonů, když o celém procesu je zadavatel povinen dle § 148 odst. 3 ZVZ vést písemnou evidenci všech úkonů učiněných dodavatelem vůči zadavateli a zadavatelem vůči dodavatelům, Úřadu či Evropské komisi (písemná evidence musí obsahovat pořadové číslo úkonu, jeho označení, datum a identifikační údaje dodavatele);*

Z čistě teoretického pohledu je, dle ZVZ, zadání veřejné zakázky složeno ze dvou dílčích úkonů, kdy první (rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky) je součástí zadávání a druhý dílčí úkon (uzavření smlouvy s vybraným uchazečem) již do zadávání nepatří, ačkoliv tomu definice zadávání zcela nebrání (... , až do uzavření smlouvy ...). Nejednotně se k dané terminologické nepřesnosti ZVZ (a stejně i např. zákon č. 306/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „TrZ“) vyjadřují i komentáře, když Jurčík (4 str. 158) uvádí „Zadávací proces dle ZVZ je ukončen zadáním veřejné zakázky. Tím se rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru

nejvhodnější nabídky a následný podpis smlouvy.“, a naproti tomu Podešva et al. (5 str. 63) uvádí, že *„za zadávání je spíše třeba považovat postup nebo souhrn jednotlivých kroků postupu zadavatele směřujících k zadání veřejné zakázky.*“. Přikláním se právě k názoru prvnímu (Jurčík (4)), který je na jednu stranu v rozporu s rozhodovací praxí Úřadu ze které vyplývá, že faktický okamžik uzavření smlouvy s vybraných uchazečem, již do zadávání nepatří – viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. S502/2012/VZ-20213/2012/521/GSt s datem nabytí právní moci dne 4. 12. 2012, kde v čl. 44. *„Úřad uvádí, že je nutno rozlišovat mezi kvalifikačními požadavky, kterými zájemci, resp. uchazeči, prokazují ve fázi před uzavřením smlouvy (druhý dílčí úkon zadání veřejné zakázky) splnění daného kvalifikačního předpokladu a dokládají tak svoji způsobilost realizovat danou veřejnou zakázku (v rámci procesu zadávání veřejné zakázky a prvního dílčího úkonu zadání veřejné zakázky), a mezi obchodními podmínkami, které se vztahují již k samotné realizaci dané veřejné zakázky (po dokončení celého zadání veřejné zakázky)*“, avšak na stranu druhou v souladu se zněním § 118 odst. 1 ZVZ a výkladem ostatních relevantních právních předpisů ČR¹². Stejně jako Podešva et al. (5 str. 63), i já poukazuji na *„určitou nedůslednost ZVZ při rozlišování pojmů zadání a zadávání*“, která může být velmi snadno legislativním procesem odstraněna, když bude ve specifických částech právního řádu ČR nahrazeno slovo „zadání“ slovem „zadávání“. Znění § 118 odst. 1 ZVZ *„Nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.*“ tak při mém (a Jurčíkovo (4)) teleologickém výkladu může znamenat nejen to, že Úřad může zrušit celé zadávací řízení nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nejen na základě jedné jediné možné situace vyplývající ze zadání (a to když zadavatel rozhodne o výběru nejvhodnější nabídky v rozporu s postupem uvedeným v ZVZ, který podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky), ale i z jakékoliv jiné situace vyplývající ze zadávání. Opačný výklad by znamenal, že čistě gramatickým výkladem by § 118 odst. 1 ZVZ stanovoval jednu jedinou skutečnost, kdy může Úřad zrušit jednotlivý úkon zadavatele v zadávání nebo i celé zadávací řízení, tedy porušení zadání veřejné zakázky, a to pouze v rámci jednoho jediného dílčího úkonu, kterým je rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Takový výklad by byl nejen v rozporu s rozhodovací praxí Úřadu, která je vymezena

¹² zejména pak v § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů a § 257 TrZ.

jeho působností v § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů „Úřad vykonává dohled při zadání veřejných zakázek“, ale i se zněním § 257 TrZ, který opět ve svém znění odkazuje na „pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži“.

Zadávací proces je dle Právníckého slovníku (3) a ZVZ upraven *otevřeným řízením, užším řízením, jednacím řízením s uveřejněním, jednacím řízením bez uveřejnění, soutěžním dialogem a zjednodušeným podlimitním řízením. Obecně použitelnými jsou otevřené řízení a užší řízení. Zbývající druhy zadávacího řízení může zadavatel použít jen v případě, že jsou splněny zákonem stanovené podmínky. Předmět veřejné zakázky je vymezen zadávací dokumentací, kterou tvoří soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek stanovených ZVZ a zadavatelem. Až na výjimky jsou zadavatelé povinni požadovat od dodavatelů splnění stanovených kvalifikačních předpokladů základních, profesních, ekonomických, finančních a technických. Kromě toho jsou v určitých případech oprávněni požadovat, aby uchazeči poskytli ve stanovené výši jistotu, a to formou složení peněžní částky na účet zadavatele nebo formou bankovní záruky či pojištění záruky v souladu s § 47 zákona č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě, ve znění pozdějších předpisů. Jistota slouží k zajištění plnění povinností uchazečů vyplývajících jim z účasti v zadávacím řízení. V ZVZ stanovených případech jistota připadá zadavateli, jinak je zadavatel povinen peněžní jistotu uchazeči uvolnit. Základním předpokladem zadání veřejné zakázky je nabídka dodavatele mající stanovené náležitosti a podaná včas. ZVZ podrobně upravuje postup při otevírání obálek s nabídkami, posuzování a hodnocení nabídek komisí zřízenou zadavatelem. Hodnocení lze provádět buď podle ekonomické výhodnosti nabídky na základě předem stanovených dílčích hodnotících kritérií (nabídková cena, kvalita, technická úroveň plnění, provozní náklady, dodací lhůta, apod.) nebo jen podle nejnižší nabídkové ceny. O výběru nejvhodnější nabídky rozhoduje zadavatel podle doporučení hodnotící komise. Od něho se může výjimečně odchýlit, je však povinen své rozhodnutí stanoveným způsobem odůvodnit. S vybraným uchazečem je zadavatel povinen uzavřít smlouvu. Vybraný uchazeč je povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost k uzavření smlouvy. Zadavatel však nesmí k uzavření smlouvy přistoupit před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v souladu s ustanovením § 110 odst. 4 ZVZ. Lhůta je 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější*

nabídky podle § 81 ZVZ nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení. *Jsou-li námitky včas podány, nesmí zadavatel smlouvu uzavřít před doručením rozhodnutí o námitkách. Zákaz uzavřít smlouvu může pro zadavatele vyplývat také z předběžného opatření nařízeného Úřadem v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. V ZVZ jsou stanoveny případy, kdy je zadavatel povinen zadávací řízení zrušit a kdy zadávací řízení zrušit může. K ochraně proti neoprávněnému postupu zadavatele slouží právo dodavatele podat zadavateli písemné, včasné a odůvodněné námitky. Zadavatel je povinen takové námitky přezkoumat a rozhodnout, zda jim vyhovuje či nikoliv (s odůvodněním). Jestliže zadavatel námitkám ve lhůtě 10 dnů od jejich obdržení nevyhověl, může stěžovatel podat do 10 dnů písemný návrh Úřadu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Tento návrh musí mít zákonem stanovené náležitosti a musí k němu být připojeny doklady o doručení námitek zadavateli a o složení zákonem stanovené kauce na účet Úřadu. Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele může Úřad zahájit také z moci úřední. V případě, že Úřad zjistí takové porušení zákona zadavatelem, které ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, uloží nápravné opatření. To může záležet ve zrušení buď zadání veřejné zakázky jako celku, nebo ve zrušení jen jednotlivého úkonu zadavatele (např. rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky). V případech, kdy došlo k uzavření smlouvy (a tato nespadá pod výjimky uvedené v ZVZ), uloží nápravné opatření ve formě zákazu plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku. V ostatních případech řízení zastaví. Kromě toho je Úřad povinen v případě zákonem stanoveného správního deliktu uložit zadavateli či uchazeči/dodavateli pokutu. Pro zadávací řízení v určitém rozsahu platí také zák. č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení.*

2.1.3 Zadavatel

Pojem zadavatel je definován v § 2 odst. 1 ZVZ s odkazem na následující ustanovení ZVZ, jako uzavřená množina níže uvedených základních (prvních tří) a odvozených subjektů:

- veřejný zadavatel (pozitivní vymezení - § 2 odst. 2 ZVZ);
- dotovaný zadavatel (pozitivní i negativní vymezení - § 2 odst. 3 až 5 ZVZ);
- sektorový zadavatel (pozitivní vymezení - § 2 odst. 6 ZVZ);
- „hybridní“ zadavatel – jedná se o kombinaci veřejného/dotovaného zadavatele a sektorového zadavatele, když veřejná zakázka se týká výkonu relevantní činnosti, tzv. souběh činností (pozitivní vymezení - § 2 odst. 7 a § 5 ZVZ);

- sdružení zadavatelů na základě *uzavřené písemné smlouvy upravující vzájemná práva a povinnosti související se zadávacím řízením a stanovující způsob jednání jménem účastníků sdružení zadavatelů* (pozitivní vymezení - § 2 odst. 9 ZVZ);
- jakékoliv sdružení nebo jiné spojení výše uvedených zadavatelů s jinou¹³ fyzickou nebo právnickou osobou (pozitivní vymezení - § 2 odst. 10 ZVZ);
- sdružení zadavatelů s mezinárodním prvkem, pokud se účastníci sdružení dohodnou, že rozhodným právem je právo České republiky (pozitivní vymezení - § 2 odst. 11 ZVZ);
- centrální zadavatel na základě *uzavřené písemné smlouvy upravující vzájemná práva a povinnosti v souvislosti s centralizovaným zadáváním mezi zadavatelem/zadavateli a centrálním zadavatelem, když centrální zadavatel pro jiného zadavatele pořizuje dodávky či služby, jež jsou předmětem veřejných zakázek, které následně prodává jiným zadavatelům za cenu nikoliv vyšší, než za kterou byly dodávky či služby pořízeny, nebo provádí zadávací řízení a zadává veřejnou zakázku na dodávky, služby či stavební práce na účet jiných zadavatelů* (pozitivní vymezení - § 3 ZVZ).

Rozsudkem NSS č. j. 1 Afs 98/2010 ze dne 31. 5. 2011 a rozhodnutím Úřadu č. j. S227/2005/VZ-707/2013/511/Mon s datem nabytí právní moci dne 6. 2. 2013, došlo k upřesnění výkladu definice zadavatele vyplývající ze ZVZ, když „*pojem zadavatele veřejné zakázky je třeba chápat ve funkčním smyslu, tzn., že při určení okruhu zadavatelů veřejných zakázek je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činnosti určitého subjektu. Při zkoumání otázky, zda určitý subjekt je či není veřejným zadavatelem, je tedy nutné především posoudit, zda činnost zadavatele slouží k uspokojování potřeb veřejného zájmu, a pokud ano, nelze se vyhnout aplikaci postupů pro zadávání veřejných zakázek pouhým poukazem na skutečnost, že subjekt (v daném případě státní podnik Lesy ČR) byl zřízen podle soukromoprávních předpisů, popř. dle zákona o státním podniku, jako je tomu v šetřeném případě. Výše uvedený závěr vyplývá z dlouhodobé rozhodovací praxe ESD a je rovněž opakovaně uváděn i ve stanoviscích a rozhodnutích Úřadu. Z rozsudků ESD jednoznačně vyplývá, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a*

¹³ Resp. fyzickou nebo právnickou osobou, která není zadavatelem za účelem zadání veřejné zakázky.

současně i jinou běžnou obchodní činností, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti“

2.1.4 Uchazeč, zájemce a dodavatel

Ačkoliv pojmy uchazeč, zájemce a dodavatel jsou zcela jasně vymezeny v § 17 písm. a), j) a n) ZVZ, a tato definice zcela koresponduje s definicemi uvedenými v čl. 1 odst. 8 Směrnice, v praxi se setkávám s tím, že tyto pojmy jsou velmi často zaměňovány – a to zejména v rámci rozhodovací praxe Úřadu, který tyto pojmy často zaměňuje¹⁴, tak i v rámci samotného ZVZ¹⁵.

ZVZ a Směrnice definují:

- dodavatele
 - § 17 písm. a) ZVZ: *fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel;*
 - čl. 1 odst. 8 Směrnice: *Pojem „hospodářský subjekt“ zahrnuje zároveň zhotovitele, dodavatele i poskytovatele služeb. Je používán pouze za účelem zjednodušení. Když pojmy „zhotovitel“, „dodavatel“ nebo „poskytovatel služeb“ označují jakoukoli fyzickou nebo právnickou osobu nebo veřejný subjekt nebo skupinu těchto osob či subjektů, která na trhu nabízí, v uvedeném pořadí, provedení stavebních prací nebo staveb, výrobky nebo služby.*
- uchazeče
 - § 17 písm. j) ZVZ: *dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení;*
 - čl. 1 odst. 8 Směrnice: *Hospodářský subjekt, který podal nabídku, se označuje jako „uchazeč“.*
- zájemce
 - § 17 písm. n) ZVZ: *dodavatel, který podal ve stanovené době žádost o účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, nebo dodavatel, který byl zadavatelem vyzván k jednání v*

¹⁴ Např. rozhodnutí S502/2012/VZ-20213/2012/521/GSt s datem nabytí právní moci 4. 12. 2012 a rozhodnutí S306/2011/VZ-15739/2012/540/IMa s datem nabytí právní moci dne 8. 9. 2012.

¹⁵ Např. § 74 odst. 1: *„Činí-li hodnotící komise ve vztahu k dodavatelům úkony podle tohoto zákona, platí, že úkony činí jménem zadavatele“,* ačkoliv tato může činit úkony pouze k uchazečům.

jednací řízení bez uveřejnění, k podání předběžné nabídky v dynamickém nákupním systému, k podání nabídky ve zjednodušeném podlimitním řízení, k podání nabídky v řízení na základě rámcové smlouvy, nebo k potvrzení zájmu o účast v případě zadávacího řízení zahájeného uveřejněním pravidelného předběžného oznámení;

- čl. 1 odst. 8 Směrnice: *Hospodářský subjekt, který požádal o výzvu k účasti v omezeném nebo vyjednávacím řízení nebo v soutěžním dialogu, se označuje jako „zájemce“.*

Terminologicky správně by pak měl být dodavatel označován jako uchazeč od okamžiku podání nabídky do okamžiku zadání veřejné zakázky, kdy se tak stane *de iure* i *de facto*. Speciálním případem je pak označení zájemce, které se váže pouze k speciálním zadávacím postupům (blíže výše a § 17 písm. n) ZVZ) a toto označení v těchto speciálních zadávacích postupech v první fázi nahrazuje pojem uchazeč. Toto označení je terminologicky i fakticky správné, když v případech vícestupňového zadávacího řízení je nezbytné rozlišení dodavatele v jednotlivých fázích zadávacího postupu, tj. v první fázi jako zájemce a teprve po splnění konkrétních povinností pak jako uchazeče ve fázi druhé.

V případě užšího řízení dle § 28 ZVZ zadavatel oznamuje neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku, když zájemci podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po prokázání splnění kvalifikace pak zadavatel úspěšné zájemce vyzve k podání nabídek, když okamžikem faktického podání nabídky se již jedná o uchazeče. Obdobná situace je pak i v případech jednacího řízení s uveřejněním (§ 29 ZVZ), jednacího řízení bez uveřejnění (§ 34 ZVZ dle kterého může zadavatel oznámit svůj záměr i pouze jedinému zájemci) a soutěžního dialogu (§ 35 ZVZ). V případě zjednodušeném podlimitním řízení (§ 38 ZVZ) se fakticky nejedná o dvoustupňovitost zadávacího řízení, když předvýběr zájemců z řad dodavatelů provádí již zadavatel v rámci „pozitivní diskriminace“ v souladu se ZVZ¹⁶.

¹⁶ S omezení dle § 38 odst. 3 nesmí veřejný zadavatel vyzývat opakovaně stejný okruh zájemců, není-li to odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi.

3 Právní úprava v ČR/EU

V této části diplomové práce je rozebrán vývoj právní úpravy v ČR a EU, která se týká veřejného zadávání. Níže uvedená část vychází z Nového (6 stránky 10-28), když s jeho souhlasem byla revize textu provedena.

3.1 Počátky zadávání a vývoj za první republiky

Právní regulace zadávání veřejných zakázek má historický původ v úpravách a postupech zakotvených a užívaných např. ve Francii (francouzský stavební řád z roku 1535) či Rakousku (nařízení č. 61/1909 ř. j., o zadávání státních dodávek a prací). Má tedy dlouholetou tradici.¹⁷

Po vzniku Československa, které recepční normou (zákonem č. 11/1918 Sb., o zřízení samostatného státu Československého) převzalo rakouské právo a tím i rakouskou a uherskou právní úpravu zadávání veřejných zakázek, byl v roce 1920 zákonem č. 337/1920 Sb. vydán Zadávací řád - Nařízení vlády republiky Československé č. 667/1920 Sb., o zadávání státních dodávek a prací ze dne 17. 12. 1920, jímž bylo upraveno zadávání státních dodávek a prací. Účelem zadávacího řádu bylo zajistit efektivnější hospodaření s penězi státního rozpočtu, zajistit konkurenční plnění, vyloučit korupci a nekvalitní provedení zakázek. Zadávací řád měl pět částí a vztahoval se na dodávky a práce, které zadávaly úřady státní správy a jimi spravované ústavy, podniky a fondy. Získání státní zakázky bylo prestižní záležitostí a znamenalo osvědčení o spolehlivosti a řemeslné zručnosti podnikatele, jemuž byla veřejná zakázka zadána.

3.2 Období socialismu

Za trvání socialismu, kdy neexistovalo tržní hospodářství, obchodní veřejné soutěže na zadávání veřejných zakázek v podstatě neexistovaly, zakázky byly přidělovány státním podnikům a institucím v rámci centrálně řízeného hospodářství. Tyto státní podniky a instituce měly v podstatě monopolní postavení, právní úprava proto nebyla nutná. Rámcově byla problematika upravena Všeobecnými stavebními podmínkami z roku 1947 a Hospodářským zákoníkem upravujícím veřejnou soutěž, užší soutěž a veřejný příslib. Možnosti pro uplatnění těchto ustanovení v systému plánovaného hospodářství byly značně omezené, jelikož cena výrobku nebo služby byla pevně stanovena a

¹⁷ Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek v praxi. Vydání první. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 1

případně i dotována státem, a tedy neměla obchodní ani motivační význam. Forma zadávání veřejných zakázek byla používána v oblasti soutěží na projektové řešení, a to prostřednictvím vyhlášky č. 101/1973 Sb., o projektových soutěžích, která byla nakonec zrušena až zákonem č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ObchZ“).

Zcela opačná situace však nastala v rámci ES. První směrnicí ES upravující zadávání veřejných zakázek byla zejména směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, naposledy pozměněná směrnicí 89/440/EHS. Další pak byla směrnice Rady 77/62/EHS ze dne 21. 12. 1976 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, naposledy pozměněná směrnicí 88/295/EHS.

ES také přijalo první „prováděcích“ směrnicí, která se veřejných zakázek dotýkala, a to směrnicí Rady č. 71/304/EHS ze dne 26. 7. 1971 o odstranění omezení volného pohybu služeb, pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce a zadávání veřejných zakázek na práce podnikatelům jednajícími prostřednictvím zastoupení a poboček. Je logické, že možnost schválení směrnice Rady 71/305/EHS v plném znění, bylo podmíněné přijetím právě této prováděcí směrnice Rady (71/304/EHS).

3.3 Porevoluční období

Se změnou politického systému v roce 1989 došlo ke vzniku prostředí tržní ekonomiky. Vzhledem ke skutečnosti, že úprava veřejných zakázek představuje účinný nástroj nejen k úspoře veřejných prostředků, ale i k zabezpečení efektivního fungování hospodářské soutěže, objevila se potřeba vydat nový právní předpis, který by vyplnil existující mezery v legislativě. Úřad racionalizace ve stavebnictví proto vydal metodickým pokynem Zadávací řád staveb, který stanovil způsoby a postup zadávání staveb dodavatelům, soutěžní podmínky pro zadávání a požadavky na prokazování způsobilosti uchazečů. Usnesením vlády ČR ze dne 24. 6. 1992 (č. 458/1992) došlo k širšímu uplatnění a rozšíření zadání formou soutěže na celou oblast předmětů zakázek (tj. na dodávky, práce, služby a výkony). S účinností od 1. 1. 1992 byl ObchZ zrušen zákon o národohospodářském plánování a také s tímto předpisem spjatý hospodářský zákoník. ObchZ zavedl a rámcově upravil v ustanoveních § 281 a násl. obchodní veřejnou soutěž. Přesto se vzhledem k nárůstu objemu veřejných zakázek jevílo nezbytné přijmout zákonnou úpravu procesu zadávání veřejných zakázek, neboť

zadavatelé si podmínky soutěží stanovovali individuálně, soutěží se účastnili pouze místní uchazeči a způsob hodnocení i doba hodnocení nabídek byly většinou obtížně kontrolovatelné a netransparentní. Nedostatečná právní úprava zadávání veřejných zakázek vedla ke spoustě nedostatků, což bylo ostře kritizováno nejen podnikatelskou sférou.

V tomto období je nejdůležitějším pramenem práva ES směrnice Rady č. 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, která doplnila předchozí dvě a ustanovila tak konečnou typologii veřejných zakázek (stavební práce, dodávky a služby).

Z procesních předpisů ES je pak potřeba zmínit směrnice Rady č.:

- 89/665/EHS ze dne 21. 12. 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na stavební práce;
- 92/13/EHS ze dne 25. 2. 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se použití předpisů Společenství o postupech při zadávání veřejných zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací;
- 92/50/EHS ze dne 18. 6. 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby;
- 93/36/EHS ze dne 14. 6. 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky;
- 93/37/EHS ze dne 14. 6. 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce;
- 93/38/EHS ze dne 14. 6. 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek v oblastech vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací, vše ve znění pozdějších předpisů ES.

3.4 První zákonná úprava zadávání veřejných zakázek

První zákonná úprava upravující zadávání veřejných zakázek v ČR, tj. zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, nabyla účinnosti dnem 1. 1. 1995. Primárním důvodem pro přijetí tohoto zákona byla snaha ČR integrovat se do ES, která vyvrcholila začátkem roku 1995 přijetím Evropské dohody, ve které jsme se mimo jiné zavázali zadávat veřejné zakázky na základě principů nediskriminace a vzájemnosti.

Cílem zákona o zadávání veřejných zakázek bylo uplatněním systému obchodní veřejné soutěže aplikovat tržní mechanismus do hospodaření s veřejnými prostředky, zabezpečení transparentnosti postupu zadávání, vyloučení diskriminace, protekce či korupce. Tento zákon obsahoval plnou právní úpravu zadávání a přezkumu úkonů zadavatelů. Konec účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů připadl na 30. 4. 2004.

V tomto období jsou nejdůležitějším pramenem práva ES směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a Směrnice, která nahradila předchozí směrnice 92/50/EHS.

Z procesních směrnic ES jsou pak důležité směrnice:

- Evropského parlamentu a Rady č. 97/52/ES ze dne 13. října 1997, kterou se mění směrnice 92/50/EHS, 93/36/EHS a 93/37/EHS, které koordinují postupy při zadávání veřejných zakázek na služby, dodávky a stavební práce;
- Evropského parlamentu a Rady č. 98/4/ES ze dne 16. února 1998, kterou se mění směrnice 93/38/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací;
- Komise 2001/78/ES ze dne 13. září 2001, kterou se mění příloha IV směrnice Rady 93/36/EHS, přílohy IV, V a VI směrnice Rady 93/37/EHS, přílohy III a IV směrnice Rady 92/50/EHS ve znění směrnice 97/52/ES, a přílohy XII až XV, XVII a XVIII směrnice Rady 93/38/EHS ve znění směrnice 98/4/ES.

3.5 Právní úprava v období po vstupu do EU

Dalším milníkem v oblasti právní úpravy zadávání veřejných zakázek byl vstup ČR do EU. Zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, který nabyl účinnosti dne 1. 5. 2004 se vstupem ČR do EU, zavádí zcela nový systém zadávání veřejných zakázek, jenž byl v souladu s komunitárním právem ES¹⁸. Zákon definuje pojem veřejné zakázky a zadavatele, zavádí pojem dodavatele, rozděluje veřejné zakázky na podlimitní a

¹⁸ V současné době se již pojem komunitární právo nevyužívá, v souladu s Lisabonskou smlouvou se jedná o unijní právo.

nadlimitní, upravuje nové druhy zadávacích řízení či nový způsob uveřejňování informací o zadávacích řízeních, zavádí seznam kvalifikovaných dodavatelů a upravuje přezkumné řízení. Tato úprava institutů a implementace směrnic ES je podmínkou pro využívání prostředků ze strukturálních fondů EU a transparentní a nediskriminační zadávání zakázek hrazených z těchto strukturálních fondů. Přestože zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, byl novým zákonem v oblasti zadávání veřejných zakázek a byl účinný poměrně krátkou dobu (od 1. 5. 2004 do 30. 6. 2006), i tak byl sedmkrát novelizován.

3.6 Současná právní úprava

Vydáním ZVZ bylo sledováno zajištění transpozice směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES do právního řádu ČR. Tato právní úprava zadávání veřejných zakázek, stejně jako v případě zákona č. 40/2004 Sb.¹⁹, respektuje základní zásady vyplývající ze Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „Smlouva“) – tj. princip transparentnosti, zákaz diskriminace a zásadu rovného zacházení.

Společně se ZVZ, nebo k jeho provedení, byla vydána i řada dalších právních předpisů a byl celkem 19x novelizován a v současné době MMR připravuje zcela nový zákon o veřejných zakázkách, který bude reflektovat znění Nové směrnice (blíže pak část 3.7).

Aktuální znění ZVZ je především odrazem tzv. „transparentní novely“, tj. zákona č. 55/2012 Sb. s účinností od 1. 4. 2012.

Tato transparentní novela zejména:

- zpřísnila definici dotovaného zadavatele a upřesnila či zavedla nové pojmy;
- přidala možnost zadávání s mezinárodním prvkem (zejména výhradou zadávacího práva);
- zásadním způsobem rozšířila působnost ZVZ snížením limitů pro veřejné zakázky malého rozsahu zadávané mimo režim ZVZ;
- zavedla pojem významná veřejná zakázka a s tím související změny v procesní části zadávacího řízení (odůvodnění těchto zakázek, prodloužení lhůt, apod.);
- zavádí nově odlišení veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti;

¹⁹ V případě zákona č. 40/2004 Sb. se jedná o zásady uvedené ve Smlouvě o založení Evropského společenství, která byla Lisabonskou smlouvou upravena a současně přejmenována na Smlouvu o fungování Evropské unie.

- zavádí povinnost uveřejňování informací na profilu zadavatele;
- odstraňuje (v širším měřítku) ekonomické a finanční kvalifikační kritéria;
- zjednodušuje činnosti vztahující se k otevírání obálek a naopak definuje nově povinnost informovat o rozhodných skutečnostech v nabídkách uchazeče, kteří jsou přítomni otevírání obálek;
- zavádí nemožnost podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy s vybraným uchazečem;
- zvyšuje množství povinně uveřejňovaných informací týkajících se zadávacího řízení zadavatelem (zejména na profilu zadavatele).

V rámci výše uvedeného bych se zmínil pouze k jednotlivým bodům transparentní novely, které osobně vnímám za nešťastné, a které v rámci zadávacích řízení působí největší obtíže:

1. odstranění faktického prokázání splnění ekonomických a finančních předpokladů a jejich nahrazení čestným prohlášením o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku (§ 50 odst. 1 písm. c) ZVZ) – v tomto ohledu není stále zcela jasné, zda se jedná o správní delikt dodavatele dle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ, když dodavatel, který není schopen předložit např. pojistnou smlouvu (požadovanou v rámci smluvních podmínek), předložil k prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu doklad (čestné prohlášení), které neodpovídá skutečnosti a mělo nebo mohlo mít vliv na posouzení dodavatele v zadávacím řízení (za tento delikt se ukládá pokuta do výše 20 mil. Kč a zároveň zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let - § 120a odst. 2 ZVZ);
2. zcela nelogické přesunutí části základních kvalifikačních předpokladů z § 53 odst. 1 ZVZ z hlavy V (Kvalifikace) do hlavy VI (Nabídka) a přidání dalšího, dle mého názoru zcela jasného, základního kvalifikačního předpokladu uvedeného v § 68 odst. 3 písm. c)²⁰ ZVZ – tímto přesunem byla ztížena práce zadavatelům v tom ohledu, že v případě neplnění těchto, dle ZVZ, „obsahových“ skutečností, je možné uchazeče vyloučit až v rámci posuzování nabídky dle § 76 odst. 1 ZVZ a nikoliv v rámci posuzování kvalifikace dle § 59 ZVZ, které posuzování nabídky předchází;

²⁰ Prohlášení uchazeče o tom, že neuzavřel a neuzavře zakázanou dohodu podle zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou.

3. u veřejných zakázek zadávaných ve zjednodušeném podlimitním řízení v praxi velmi často zneužívané ust. § 62 odst. 3 ZVZ, dle kterého *splnění kvalifikačních předpokladů prokazuje dodavatel²¹ předložením čestného prohlášení, z jehož obsahu bude zřejmé, že dodavatel²¹ kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem splňuje*. Již samotná formulace odkazující na zřejmý obsah čestného prohlášení je velmi vágní a umožňuje uchazečům prokazovat v tomto druhu zadávacích řízení kvalifikaci prostým prohlášením ve formě: „*Já, výše uvedený uchazeč, tímto čestně prohlašuji, že splňuji veškeré kvalifikační předpoklady požadované výše uvedeným zadavatelem v rámci výše uvedené veřejné zakázky zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení.*“. V tomto ohledu nesouhlasím s Jurčíkem (4 str. 418), který požaduje po dodavatelích uvádět v čestném prohlášení odkaz na konkrétní referenční dispozice a souhlasím s pohledem²² Ministerstva pro místní rozvoj ČR (dále také „MMR“)- Podešva et al. (5 stránky 294-296) pro jistotu odst. 3 vůbec nezmiňují. Jelikož pak uchazeč faktické doklady prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu překládá až před uzavřením smlouvy a neposkytnutí těchto dokumentů je dle § 52 odst. 3 ZVZ považováno „pouze“ za nesplnění povinnosti poskytnutí součinnosti k uzavření smlouvy, jsem toho názoru, že není možné aplikovat ust. § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ, a to ani v případě opodstatněného podezření zadavatele. Tento postup dle ZVZ považuji za velmi nešťastný a *de facto* i *de iure* v rozporu se zásadou transparentního zadávacího řízení dle § 6 ZVZ;
4. oznamovací povinnosti a projednávací povinnosti, které vyplývají ze zcela nových §§ 16a a 156 ZVZ (zejména ve vztahu k významným veřejným zakázkám a jejich předchozím schválením vládou ČR, resp. zastupitelstvem obce či jiným orgánem rozhodujícím o otázkách hospodaření daného subjektu.) a § 147a ZVZ (povinné uveřejňování smluv uzavřených na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků, výše skutečně uhrazené ceny za plnění veřejné zakázky a seznam subdodavatelů veřejné zakázky).

²¹ Zde by mělo být terminologicky správně uveden pojem „uchazeč“ a nikoliv dodavatel.

²² MMR. Katalog vzorových zadávacích dokumentací. [http://www.portal-vz.cz/getmedia/68a535b1-8ec4-4b24-af05-ded6e03ce05f/CP_kvalifikace_ZPR.rtf]. On-line citace [2013-03-25]

Na základě výše uvedených změn a vlastní zkušenosti mohu konstatovat dva dopady této novely, které dle mého názoru neospravedlňují její zavedení, když zkušenosti z praxe jsou spíše negativního charakteru:

1. došlo k prodloužení délky zadávacího řízení o cca 50% (v případě významných veřejných zakázek až o 150%), zvýšení administrativní náročnosti o cca 150% a zvýšení finanční náročnosti zadávacích řízení o cca 200% vzhledem k administrativní náročnosti prováděných úkonů a jejich množství;
2. průměrný počet uchazečů o veřejnou zakázku se zvýšil o jednoho uchazeče a ve velké míře dochází ze strany uchazečů k předkládání podhodnocených nabídek – tyto aspekty však ještě odrážejí fakt, že vzhledem k úbytku objemu investic v soukromé i veřejné sféře došlo k zostření konkurence a zvýšení zájmu o veřejné zakázky.

V období od 1. 7. 2006 pak ES/EU přijalo pouze procesní směrnice, konkrétně pak směrnice:

- Evropského parlamentu a Rady č. 2005/75/ES ze dne 16. listopadu 2005, kterou se opravuje směrnice 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby;
- Komise č. 2005/51/ES ze dne 7. září 2005, kterou se mění příloha XX směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES a příloha VIII směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES o veřejných zakázkách;
- Evropského parlamentu a Rady č. 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 1989/665/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 1992/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek;
- Evropského parlamentu a Rady č. 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic č. 2004/17/ES a 2004/18/ES;
- Komise č. 2005/51/ES ze dne 7. září 2005, kterou se mění příloha XX směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES a příloha VIII směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES o veřejných zakázkách.

3.7 Nová zadávací směrnice EU

Neustálý vývoj judikatury SDEU a moderních technologií, které mají uplatnění i na poli veřejného zadávání měl za následek návrh Nové směrnice.

Tato Nová směrnice si klade za cíl především zvýšení efektivity vynakládání veřejných prostředků a zajištění dosažení nejlepší hodnoty za peníze, zaměřením se především na:

- zjednodušení a větší flexibilitu zadávacích řízení;
- strategické využití veřejného zadávání (ve vztahu k hodnotícím kritériím);
- lepší dostupnost veřejných zakázek pro malé a střední podniky a začínající podnikatele;
- vyšší transparentnost;
- zefektivnění dohledu.

Mezi hlavní změny pak patří:

- nové či upřesněné definice (vymezení pojmů „zadávání veřejných zakázek“, „veřejnoprávních subjektů“ „pomocných nákupních činností“, „poskytovatele zadavatelských služeb“, „životního cyklu“, apod.; nové vymezení zadavatelů – regionálních úřadů skrze NUTS²³ a zpřesnění definic veřejných zakázek na stavební práce a služby);
- výjimky, které byly (a zatím stále jsou) založeny pouze na judikatuře SDEU – in-house a spolupráce mezi veřejnými zadavateli;
- posílení elektronické komunikace v zadávacích řízeních;
- důraz na odstranění konfliktů zájmů a protiprávního jednání;
- definice nových druhů zadávacích řízení²⁴ – úprava „jednacího řízení bez uveřejnění“ na „výběrové řízení s jednáním“ (v souvislosti s rozšířením možností pro použití) a zcela nové „inovační partnerství“;
- zkrácení zadávacích lhůt o téměř 25%.

²³ NUTS - Nomenklatura územních statistických jednotek

²⁴ Vše s výhradou uvednou v čl. 24 odst. 1 Nové směrnice: „Členské státy mohou rozhodnout, že výběrové řízení s vyjednáváním, soutěžní dialog ani inovační partnerství do svého vnitrostátního práva neprovedou.“

Nová směrnice si klade za cíl (v odst. 3 odůvodnění) jasněji definovat samotný pojem zadávání zakázek s cílem pokrýt pravidly všechny formy vynakládání veřejných peněžních prostředků²⁵, jejichž cílem je nákup stavebních prací, dodávek nebo služeb. Pokud tedy v současné době může zadavatel, na základě přímého vertikálního účinku Směrnice vykládat tuto i dle čl. 31 odůvodnění a postupovat pouze dle základních zásad uvedených ve Smlouvě a ve Směrnici, pak Nová směrnice tuto možnost již vylučuje a zadavatel tak bude odkázán na rozhodovací praxi SDEU.

Nové směrnice poměrně pak zdařile zakomponována judikatura SDEU, která je sama o sobě velmi kvalitní (např. definice in-house zadávání [čl. 11], způsoby prokazování kvalifikace na základě dispozice s nezbytnými zdroji [čl. 62], apod.).

Jak vyplývá z čl. 7 a 93 Nové směrnice, tato bude rušit pouze směrnici 2004/18/ES (a to k předpokládanému datu účinnosti této Nové směrnice dne 30. června 2014), ačkoliv v důvodové zprávě se uvádí, že „*Společně s navrhovanou novou směrnicí o veřejných službách tento návrh nahradí směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES jako základní prvky právního rámce Evropské unie pro zadávání veřejných zakázek.*“. Článek 7 Nové směrnice pak zcela jasně vylučuje zakázky v odvětvích vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb z působnosti Nové směrnice, když uvádí: „*Tato směrnice se nevztahuje na veřejné zakázky a veřejné soutěže na určitý výkon, jež jsou podle [směrnice nahrazující směrnici 2004/17/ES] zadávány nebo organizovány veřejnými zadavateli, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v člancích [5 až 11] uvedené směrnice, a jež jsou zadávány za účelem výkonu těchto činností, ani na veřejné zakázky vyloučené z oblasti působnosti uvedené směrnice podle jejích [článků 15, 20 a 27]*“.

²⁵ Pojem nákupu je pak dle Nové směrnice třeba chápat širěji, a to ve smyslu získání výhod z příslušných stavebních prací, dodávek nebo služeb, přičemž není nezbytně vyžadován převod vlastnictví na zadavatele zakázek.

4 Obecné výjimky z působnosti ZVZ

V této části se blíže věnuji dvěma obecným výjimkám z působnosti ZVZ, které spadají do okruhu výjimek uvedených v § 18 ZVZ – *de facto* se tak nejedná o veřejné zakázky. Jedná se o problematiku in-house zadání²⁶ (§ 18 odst. 1 písm. e) ZVZ) a práv souvisejících s nabytím nemovitostí (§ 18 odst. 1 písm. d) ZVZ). Ačkoliv se jedná o výjimky z působnosti ZVZ, nejedná se o exempci úplnou, ale pouze částečnou, když ohledně přezkumu rozhodnutí zadavatele

4.1 In-house zadání

V rámci obcí, jakožto veřejných zadavatelů, se problematika in-house zadání objevuje velmi často, když obce zřizují či zakládají právnické osoby, které pak realizují uspokojování veřejných potřeb. V této části se pokusím vysvětlit svůj názor na specifický případ v rámci této problematiky, a to konkrétní situaci, kdy veřejný zadavatel (A) zadal, v rámci in-house zadání, své společnosti (B) veřejnou zakázku na služby na dobu neurčitou. Po několika letech fungování tohoto systému se veřejný zadavatel rozhodl tuto společnost odprodat jiné společnosti (C), ve které je však tento veřejný zadavatel opět v postavení jediného vlastníka společnosti.

Porušením pravidel pro zadávání veřejných zakázek by nepochybně bylo, kdyby A výjimku danou § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ využil čistě účelově – tj. pokud by tímto způsobem pouze „jednoduše“ vybral dodavatele a pak obratem majetková práva vůči dodavateli převedl na jinou osobu. Vzhledem k časovému rozpětí několika let mezi uzavřením smluvního vztahu s B a jejím nynějším prodejem se ale o tento případ nejedná. Nicméně je potřeba vzít v potaz, že SDEU²⁷ i Úřad²⁸ by situaci, kdy zadavatel

²⁶ Pojmy „in-house zadání“ a „in-house zakázka“ tak neodrážejí definice uvedené v ZVZ (zadání a veřejná zakázka) – jedná se o obecně užívanou terminologickou zkratku.

²⁷ V tomto směru nejsem přesvědčen, že by rozsudek C-454/06 ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Österreich* ze dne 19. 6. 2008 obecně poskytoval dostatečnou jistotu, že nemohou nastat nějaké negativní důsledky. Zvláště když se SDEU obecně k uzavírání smluv na dobu neurčitou u veřejných zakázek staví negativně a situaci, kdy je uzavřena právě takováto smlouva s obchodní společností, u níž je z podstaty věci změna vlastnických práv obvyklá, by mohl interpretovat i tak, že zadavatel měl a mohl následné porušení podmínek in-house zadání předpokládat, a že i v takovém případě jde o účelové využití in-house zadání.

²⁸ Blíže např. rozhodnutí Úřadu R45/2011/VZ-11318/2011/310/EKu s datem nabytí právní moci dne 22. 7. 2011 s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 6. 2008, č. j. 62 Ca 21/2007-58, v němž bylo konstatováno, že *“o nepřipustnou modifikaci smlouvy se jedná zejména tehdy, pokud by tato změna znamenala zmírnění původně stanovených podmínek a potažmo zvýhodnění vybraného uchazeče*

využije in-house zadávání a následně během plnění smlouvy dojde k takovým změnám podmínek, za nichž by již nebylo znovu možné in-house zadávání použít, mohl hodnotit jako podstatnou změnu smlouvy (zejména pokud bude přijata Nová směrnice vylučující soukromou účast i během plnění in-house zakázky). ZVZ stanovuje pro in-house zadání dvě podmínky, které musí být splněny kumulativně (blíže popsáno níže a dále v textu):

- *výlučná majetková práva zadavatele v osobě*: v našem případě A hodlá prodat podíl ve své 100% vlastněné společnosti (B) jiné společnosti (C), ve které má ale rovněž 100% podíl. A tedy sice ztratí výlučná majetková práva v B, ale vzhledem ke svým rozhodovacím právům v C může nadále vykonávat kontrolu i nad činností B. Na takovou situaci je, dle mého názoru, možné analogicky užít judikaturu SDEU (zejména rozsudek ESD C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune Cagliari) a rovněž zmíněný návrh Nové směrnice, který nepovažuje daný případ za podstatnou změnu smlouvy. V tomto ohledu by SDEU neměl mít z titulu následného porušení podmínek in-house zadávání výhrad (za předpokladu, že do B ani C v budoucnu nevstoupí, a to ani menšinově, soukromý vlastník/akcionář);
- *výkon převážné části své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele*: pokud jde o tuto podmínku, pak ta byla i stále je v B splněna. Je ale třeba si uvědomit, že pokud vlastnická práva nad B převezme C, pak C může rozšířit aktivity B natolik, že B již nebude tuto podmínku splňovat. Tuto situaci by A, prostřednictvím svého vlivu v C, nemělo připustit, neboť (dle aktuálně platných právních předpisů EU a ČR) by z pohledu SDEU již teoreticky mohlo jít o porušení zásad in-house zadávání (ačkoliv dle čl. 11 odst. 5 Nové směrnice a argumentace *a contrario* by *ex post* změna v rozsahu aktivit dodavatele neměla mít vliv na již uzavřené kontrakty a tudíž by nešlo o podstatnou změnu smlouvy).

In-house zadáním se rozumí aplikace obecné výjimky z působnosti ZVZ, která je uvedena v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. *Zadavatel není povinen zadávat dle ZVZ veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které má veřejný zadavatel výlučná majetková práva*

oproti (i jen potenciálním) uchazečům ostatním, resp. pokud by mohla vést k připuštění jiných uchazečů a přijetí jiné nabídky než té, která byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější”.

(veřejný zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě, nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby²⁹). Tato definice v sobě odráží judikaturu SDEU, zejména pak rozhodnutí:

- C-107/98 ve věci Teckal Srl. v. Comune di Viano a Azienda Gas Acqua Consorziabile AGAC di Reggio Emilia ze dne 18. 11. 1999;
- C-26/03 ve věci Stadt Halle a RPL Lochau v. TREA Leuna ze dne 11. 1. 2005;
- C-340/04 ve věci Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA ze dne 11. 5. 2006;
- C-295/05 ve věci Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado ze dne 19. 4. 2007;
- C-454/06 ve věci Priesstext Nachrichtenagentur GmbH v. Österreich ze dne 19. 6. 2008
- C182/11 a C183/11 ve spojených věcech Econord SpA v. Comune di Cagno (C 182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate (C 183/11), Comune di Varese ze dne 29. 11 2012;

Pro uplatnění výjimky stanovené v § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ je pak dle stanoviska Úřadu (7) nutné současné splnění následujících podmínek v rozhodném období:

- *zadavatel má v osobě výlučná majetková práva a*
- *osoba vykonává převážnou část své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele.*

Rozhodným obdobím, dle metodiky Úřadu (7), *pro posouzení, zda jsou kumulativně naplněny obě podmínky, by měl být rozpočtový rok, v němž je veřejná zakázka zadávána, když tento se odkazuje zejména na rozhodnutí ESD C-380/98 ve věci University of Cambridge³⁰, podle kterého „posouzení, zda je daný subjekt veřejným zadavatelem, musí být činěno ročně a rozpočtový rok, ve kterém zadávací řízení započne, musí být považován za nejvhodnější období pro výpočet“.* Obě podmínky pak

²⁹ Např. zákon č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

³⁰ Rozhodnutí Úřadu S390/2010/VZ-18850/2010/520/ s datem nabytí právní moci dne 29. 7. 2011.

blíže upřesňuje až judikatura SDEU a je tedy nutné v tomto ohledu ZVZ vykládat dle účelu Směrnice a judikatury SDEU (srov. rozhodnutí Úřadu č. j. R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu s nabytím právní moci dne 26. 5. 2011). Úřad dále ve své metodice (7) konkrétně oba výše uvedené body rozvádí následovně:

- *Případy, kdy má zadavatel v určité osobě výlučná majetková práva jsou příkladmo uvedeny v ust. § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Lze konstatovat, že v případě obchodních společností založených veřejným zadavatelem, v nichž je zadavatel 100 % akcionářem či jediným společníkem, bude tato podmínka splněna.*
- *Pojem „výkon převážné činnosti“ užitý v české právní úpravě je s přihlédnutím k citovaným rozsudkům ESD nutno vykládat ve smyslu základní či podstatné činnosti pro veřejného zadavatele, resp. kterákoliv jiná činnost vykonávaná pro ostatní osoby musí mít pouze okrajový charakter. Z obecného hlediska lze podmínku převážné činnosti ve prospěch zadavatele splnit i v případě, že úhrada za činnost ve prospěch zadavatele nebude směřovat přímo od zřizovatele nebo zakladatele, neboť se v praxi mohou vyskytnout i případy, kdy všechny podmínky pro „in-house zadávání“ budou naplněny, avšak přímé platby od zřizovatele budou z povahy věci znemožněny a budou hrazeny z jiných zdrojů.*

S výše uvedeným názorem Úřadu se lze ztotožnit pouze částečně, což vyplývá z neaktuálnosti dané metodiky. Jak vyplývá z Nové směrnice, konkrétně pak čl. 11, budou zcela jasně definovány podmínky pro in-house zadávání, které zohledňují aktuální judikaturu SDEU a které budou transponovány i do ZVZ. Nicméně již nyní tento návrh poskytuje Úřadu konkrétní mantinely pro své úvahy, a to:

- *veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé ovládají společně právnickou osobu obdobně, jako ovládá či ovládají vlastní organizační složky;*
- *alespoň 90 % činností této právnické osoby je vykonáváno pro ovládajícího veřejného zadavatele nebo ovládající veřejné zadavatele nebo pro jiné právnické osoby ovládané týměž veřejným zadavatelem či týmiž veřejnými zadavateli;*
- *v ovládané právnické osobě nemá účast žádný soukromý subjekt.*

Novým prvkem je vyloučení existence soukromé účasti po celou dobu trvání veřejné zakázky, která se ověřuje zejména při zadání zakázky, když dle odst. 5 čl. 11 Nové směrnice „Výjimky stanovené v odstavcích 1 až 4 přestávají platit okamžikem vstupu

*soukromého subjektu, v důsledku čehož je třeba otevřít probíhající zakázky soutěží prostřednictvím řádných zadávacích řízení.“ V okamžiku, kdy např. dojde k prodeji, byť jen drobné, části obchodního podílu v právnické osobě jiné osobě než veřejnému zadavateli, bude nutné danou smlouvu „okamžitě“ ukončit a vypsat řádnou veřejnou zakázku. Pojem okamžitě jsem uvedl do závorek především z důvodu časové náročnosti zadávání veřejné zakázky a po dobu průběhu tohoto by bylo zcela jistě možné aplikovat jinou výjimku vyplývající z Nové směrnice a ZVZ (zejména pak § 23 odst. 4 ZVZ - *zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem*).*

V souvislosti s výše uvedeným je pak nezbytné ještě zmínit postup ukončení daného smluvního vztahu (v rámci in-house zadání), který *per analogiam iuris* vyplývá zejména z Rozhodnutí: R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu s nabytím právní moci dne 26. 5. 2011 (a navázané judikatury ČR a SDEU), ve znění *“Otázka odchýlení se od návrhu smlouvy obsažené ve vybrané nabídce v neprospěch zadavatele byla řešena mj. i v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 21/2007-58 ze dne 25. 6. 2008, v němž bylo konstatováno, že se jedná o modifikaci nepřípustnou, a to zejména tehdy, pokud by tato změna znamenala zmírnění původně stanovených podmínek a potažmo zvýhodnění vybraného uchazeče oproti (i jen potenciálním) uchazečům ostatním. Lze tedy shrnout, že za podstatnou změnu návrhu smlouvy z hlediska § 82 odst. 2 zákona je nutné považovat takové nové podmínky, které – byly-li by součástí zadávací dokumentace – by mohly vést k připuštění jiných uchazečů a přijetí jiné nabídky než té, která byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější. Ke shodnému závěru dospěl i ESD v již Úřadem citovaném rozsudku C-454/06.”* a rozsudek NS sp. zn. 23 Cdo 4561/2008 ze dne 21. 12. 2010.

4.2 Práva související s nabytím nemovitostí

Při realizaci projektu zahrnujícího výstavbu stavebních objektů a s nimi souvisejících inženýrských sítí a obslužných objektů téměř vždy nastane situace, kdy investor (zadavatel) uzavírá smlouvu s distributorem elektrické energie na základě žádosti o připojení lokality k distribuční soustavě napěťové hladiny nízkého napětí, případně vysokého napětí či velmi vysokého napětí. V rámci realizace jednoho investičního projektu jsem byl konfrontován s otázkou, zda se na uzavření takové smlouvy vztahuje

nutnost zadávacího řízení dle ZVZ nebo zda je možné využít některou z výjimek uvedených v § 18 ZVZ., když:

- v dané lokalitě je jediným možným dodavatelem připojení do výše uvedených energetických sítí pouze jediná společnost (na základě licence k distribuci elektřiny dle zákona č. 458/2000 Sb., Energetický zákon, ve znění pozdějších předpisů);
- náklady na připojení (zejména tedy za realizace trafostanice) jsou stanoveny výpočtem dle Energetického zákona a vyhláškou Energetického regulačního úřadu č. 51/2006 Sb., o podmínkách připojení k elektrizační soustavě.

Ve stanovisku obsaženém v interním sdělení MPO ze dne 16. 4. 2009, č. j. 15543/09/08100, se uvádí: „*Smlouvy uzavřené na dodávky (zejména se jedná o dodávky elektřiny, tepla, vody, plynu, atd.) nebo služby (poskytování telekomunikačních služeb, aj.) dlouhodobého charakteru není nutné realizovat přes výběrová řízení, když se jedná o výjimky vyplývající z ustanovení § 18 ZVZ. Mezi práva související s nabytím nebo nájmem nemovitosti bezesporu patří práva využívání výše uvedených služeb síťových poskytovatelů.*“. S takovým stanoviskem nesouhlasím a jsem toho názoru, že stejné stanovisko zaujímají Jurčík (4 str. 174) i Podešva et al. (5 str. 72). Zejména vycházím ze znění ZVZ, ze kterého vyplývá, že pro aplikaci dané výjimky dle § 18 odst. 1 písm. d) ZVZ se musí jednat o již existující nemovitost (tedy již dokončenou) a související práva se musejí týkat nabytí či nájmu takových nemovitostí. Tyto podmínky zcela jistě nesplňují služby síťových poskytovatelů, které uvádí MPO ve svém interním sdělení. Osobně se domnívám, že správný postup je využití kvazi-výjimky dle ZVZ, tj. jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.

5 Průběh zadávání veřejné zakázky

Obecný průběh zadávání veřejné zakázky je uveden již v části 2.1.2. V této části diplomové práce se tak budu věnovat pouze průběhu zadávání veřejných zakázek (od okamžiku zahájení zadávacího procesu až po uzavření smlouvy), ke kterým se vztahují problematické situace, které jsem v rámci své praxe řešil. Detailní popis průběhu (včetně všech problematických situací) by přesahoval rámec této diplomové práce a svým obsahem by odpovídal komentáři k ZVZ.

V rámci své profesní praxe jsem řešil nespočet problematických situací, které vyvstávají v rámci aplikace ZVZ. V této diplomové práci vybírám pouze ty problematické situace, které osobně považuji za nejdůležitější. Kritérii pro výběr níže uvedených situací byla četnost jejich výskytu v rámci zadávacích řízení, tj. zda se jedná o situace, které nastávají velmi často, resp. zda se jedná o situace, které nastávají velmi zřídka. V prvním případě se jedná z pohledu četnosti výskytu o rutinní situace, které však, při neznalosti širšího pohledu ZVZ (v rámci rozhodovací praxe Úřadu) a právního rámce EU (zejména Směrnice a judikatury SDEU), mohou vést k nevědomým chybám či opomenutím (obsah zadávací dokumentace, stanovení úrovně kvalifikačních předpokladů, prokazování splnění kvalifikace, postupy členů komisí, apod.). V případě druhém jsou to pak velmi specifické situace, do kterých se běžně zadavatelé nedostávají a názory na jejich řešení nejsou ani v odborné literatuře jednotné (prokazování splnění kvalifikace u rozsáhlejších veřejných zakázek, průběh užšího řízení, apod.). Stanoviska uvedená v čl. 4.5.1, 4.5.3. – 4.5.6. jsem publikoval v odborné literatuře (1 stránky 8-13).

5.1 Zahájení zadávacího řízení

Zahájení zadávacího řízení je popsáno v § 26 ZVZ. Zahájit je možné dvěma způsoby, a to dle druhu zadávacího řízení:

1. oznámením o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění se zahajují otevřená řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním a dynamické nákupní systémy v případě veřejného i sektorového zadavatele, a dále pak soutěžní dialogy v případě veřejného zadavatele, když takové oznámení o zahájení zadávacího řízení je zadavatel povinen uveřejnit způsobem uvedeným v §§ 146 a 147 ZVZ;
2. výzvou o zahájení zadávacího řízení se zahajují jednací řízení bez uveřejnění, zjednodušená podlimitní řízení a řízení na základě rámcové smlouvy.

V tomto ohledu jsem narazil pouze na jednu problematickou situaci, a to v případě užšího řízení, které se věnuji podrobně níže. Tato problematická situace se týkala povinných údajů³¹, které musí zadavatel v oznámení vyplnit, ačkoliv je v okamžiku vyhlášení nemůže, v případě užšího řízení, spolehlivě vědět. Aplikace jednotného formuláře pro všechny druhy zadávacích řízení ze strany ISVZUS pak má za následek vynucování spekulativního chování zadavatelů, které je na samotné hranici zásady transparentnosti uvedené v § 6 ZVZ.

Užší řízení je specifický typ řízení, když jeho specifičností je především dvojstupňovitost zadávacího řízení, a kdy podmínkou zahájení druhé fáze zadávacího řízení je úspěšné zakončení fáze první. ZVZ v § 28 odst. 2 tyto fáze zcela jasně rozlišuje a přesně definuje jednotlivé okamžiky těchto fází a stejně tak i práva a povinnosti k nim se vztahující. V tomto ohledu jsem řešil zejména dva problematické aspekty, a to možnosti sdružování v rámci druhé fáze užšího řízení a na základě připomínek MF i splnění oznamovací povinnosti dle ZVZ.

5.1.1 Oznamovací povinnost v rámci užšího řízení

ZVZ v § 28 odst. 2 zcela jasně rozlišuje fáze užšího řízení. Zejména se tedy jedná, v první fázi, o (prosté) „*oznámení neomezenému počtu dodavatelů zadavatelův úmysl zadat veřejnou zakázku v užším zadávacím řízení, když oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace*“. Tento okamžik, ačkoliv je spojen s uveřejňovací povinností uvedenou v § 146 odst. 1 písm. b) a odst. 3 ZVZ, není spojen s okamžikem uvedení jakýchkoliv bližších informací týkajících se druhé stupně užšího řízení dle odst. 2 a 5 téhož ustanovení ZVZ. Naopak, povinnost uvést tyto informace je dána až řádným ukončením první fáze užšího řízení, jak vyplývá z § 28 odst. 2 a 5 ZVZ.

V případě užšího řízení by tedy nemělo být ze strany jakéhokoliv orgánu veřejné moci³² vymáháno plnění podmínek uvedených zadavatelem v dobré víře ve formuláři

³¹ Dle metodických pokynů a validačních pravidel pro vyplnění formuláře F02 - Oznámení o zakázce, vydaných a schválených MMR dne 30. 11. 2012 ve verzi v03.1 s účinností od 3. 12. 2012 se jedná o: Kritéria pro zadání zakázky (zadavatel povinně zaškrtně základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky výběrem pouze jedné ze 2 nabízených možností – „nejnižší nabídková cena“ nebo ekonomická výhodnost nabídky), podmínky pro otevírání nabídek (zadavatel povinně uvede datum a hodinu, kdy bude provádět otevírání obálek s nabídkami), apod.

³² Zejména pak ze strany Úřadu, MMR, MF, atd.

„Oznámení o zakázce“, když Formulář F02 (dále „Formulář“), v pojetí MMR, jež schvaluje metodiku pro ISVZ, sám není v souladu s právním rámcem EU.

Formulář vyžaduje po zadavateli povinné vyplnění informací týkajících se druhé fáze užšího řízení již v rámci realizace první fáze užšího řízení. Dochází tak tedy ve stejný okamžik dle § 146 odst. 1 písm. b) ZVZ v souladu s odst. 3 téhož ustanovení ZVZ *ex lege* k definování předpisu vyšší právní síly, tj. přímo použitelného předpisu EU, když pro účely uveřejňování je nutné, v rámci euro konformního výkladu aplikovat již zmíněný odst. 31 zdůvodnění Směrnice.

Odst. 31 zdůvodnění Směrnice pak přímo stanovuje, že *„veřejní zadavatelé, kteří provádějí obzvláště složité projekty, mohou, aniž by za to mohli být podrobeni kritice, zjistit, že je objektivně nemožné vymezit prostředky, které by splňovaly jejich potřeby, nebo finanční či právní řešení. V míře, v jaké použití omezeného řízení neumožňuje zadání takových zakázek, je potřebné přijmout takovou úpravu průběhu řízení, která zachová nejen hospodářskou soutěž mezi hospodářskými subjekty, ale i potřebu veřejných zadavatelů projednat s každým zájemcem všechny aspekty zakázky. Takové řízení nesmí být použito způsobem, který by omezoval nebo narušoval hospodářskou soutěž, zejména změnami podstatných prvků zakázek nebo vnucováním nových podstatných prvků uchazeči nebo zapojením jakéhokoli jiného uchazeče než toho, který podal hospodářsky nejvýhodnější nabídku.“*. V poslední větě pak odůvodnění Směrnice přímo konstatuje, že daní uchazeči musí podat hospodářsky nejvýhodnější nabídku, kterou se zcela jistě myslí i nejnižší nabídková cena.

V souladu s výše uvedeným se dále odkazují na rozhodnutí Úřadu S318/2012/VZ-21901/2012/520/MHr s datem nabytí právní moci dne 8. 12. 2012, který odkazuje na § 78 odst. 4 ZVZ a zadávací dokumentaci (a nepřímo i na formulář oznámení o zakázce). V tomto rozhodnutí pak Úřad citoval i rozhodnutí NSS, č. j. 2 Afs 87/2008-234, ze dne 26. 3. 2009, ve kterém se uvádí, že: *„... zadávacími podmínkami se rozumí veškeré požadavky zadavatele, obsažené v oznámení zadávacího řízení, případně dále upřesněné v zadávací dokumentaci, které musí být uchazečem v nabídce splněny. Je tak zřejmé, že zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní veřejná soutěž, v jejímž rámci bude vybrána vskutku ta nejlepší nabídka.“*

Směrnice v čl. 1 odst. 11 písm. b) definuje Omezená řízení³³. Základní zásadou Směrnice je pak v odst. 2 zdůvodnění uvedená zásada otevření zadávání veřejných zakázek hospodářské soutěži na základě všech uvedených zásad EU³⁴. Není možné vykládat čl. 28 Směrnice tak, že národní legislativa může upravovat či být vykládána tak, aby omezená (užší) řízení byla v rozporu se zásadami Smlouvy a Směrnice. I v této části se odkazují na Fröhlicha (8) a nezbytnost teleologického výkladu dle zdůvodnění Směrnice.

Stejně, jako v případě ostatních otevřených řízení, jednacích řízení s uveřejněním nebo soutěžních dialogů, je i užší řízení dle § 26 odst. 1 písm. a) ZVZ „*zadávací řízení zahájeno odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění*“, když dle odst. 2 písm. a) téhož ustanovení se „*za oznámení o zahájení zadávacího řízení považuje oznámení užšího řízení*“.

Dle § 146 odst. 1 písm. b) ZVZ je pak zadavateli „*stanovena povinnost k uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení (dále jen "vyhlášení") uveřejněním v informačním systému podle § 157 a Úředním věstníku EU (dále jen "Úřední věstník"), jde-li o nadlimitní veřejnou zakázku*“. V souladu s odst. 3 téhož ustanovení je pak zadavatel „*povinen pro uveřejnění vyhlášení použít formulář podle přímo použitelného předpisu Evropských společenství*“. Ex lege tedy dochází k definování předpisu vyšší právní síly, tj. přímo použitelného předpisu EU (ES) pro účely uveřejňování.

Dle § 28 odst. 1 ZVZ je užší řízení zahájeno „*oznámením neomezenému počtu dodavatelů zadavatelův úmysl zadat veřejnou zakázku v užším zadávacím řízení, když oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace*“. Tento okamžik, ačkoliv je spojen s uveřejňovací povinností uvedenou v § 146 odst. 1 písm. b) a odst. 3 ZVZ, není spojen s okamžikem uvedení jakýchkoliv informací týkajících se druhé fáze užšího řízení dle odst. 2 a 5 téhož ustanovení. Naopak, povinnost uvést tyto informace je dána až řádným ukončením první fáze užšího řízení, jak vyplývá z § 28 odst. 2 a 5 ZVZ, tj. „*po posouzení kvalifikace zájemců, kdy zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky*“, když „*písemná výzva k podání nabídek obsahuje alespoň: a) zadávací dokumentaci nebo podmínky přístupu či poskytnutí zadávací dokumentace podle § 48,*

³³ Dle §21 odst. 1 ZVZ se v českém překladu jedná o „užší řízení“.

³⁴ Zásady Smlouvy, zejména zásada volného pohybu zboží, zásada svobody usazování a zásada svobodného poskytování služeb a zásady z nich odvozené, jako je zásada rovného zacházení, zásada zákazu diskriminace, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality a zásada transparentnosti

b) *informaci o uveřejnění oznámení užšího řízení, c) lhůtu pro podání nabídek; to neplatí, jestliže sektorový zadavatel stanoví lhůtu podle § 41 odst. 4, d) místo podání nabídek, e) údaje o hodnotících kritériích podle § 78, pokud nejsou uvedeny v oznámení užšího řízení či zadávací dokumentaci, a f) informaci o tom, v jakém jazyce může být nabídka podána.*“ Stejná informace je pak uvedena i v § 44 ZVZ.

Prováděcí nařízení komise EU č. 842/2011 ze dne 19. srpna 2011, kterým se stanoví standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v oblasti zadávání veřejných zakázek a kterým se zrušuje nařízení (ES) č. 1564/2005, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Nařízení“) v odst. 1 zdůvodnění uvádí, že *„Podle směrnic 89/665/EHS a 2004/18/ES musí být veřejné zakázky na dodávky, stavební práce a služby zveřejněny v Úředním věstníku Evropské Unie. Oznámení určená k tomuto zveřejnění by měla obsahovat informace stanovené v uvedených směrnících.*“ Prostřednictvím preambule zdůvodňovací části Nařízení, je odkazováno na obecné články (36 odst. 1, čl. 58. odst. 2, čl. 64 odst. 2 a čl. 70 odst. 1) Směrnice. Konkrétní odkazy na Směrnici jsou pak uvedeny v čl. 2 Nařízení, který uvádí, že *„Ke zveřejnění oznámení uvedených v člancích 35, 36, 58, 64, 69 a 70 směrnice 2004/18/ES v Úředním věstníku Evropské unie použijí zadavatelé standardní formuláře uvedené v přílohách I, II, III a VIII až XIII tohoto nařízení.*“ Nařízení v žádné části neurčuje povinné položky, které musí zadavatel vyplnit pro splnění povinnosti vyplývající z Nařízení. Povinné položky nevyplývají ani ze Směrnice, když čl. 36 odst. 1³⁵ Směrnice je nutné vykládat dle čl. 28³⁶ Směrnice (případně pak v souladu s odst. 31 zdůvodnění Směrnice), tedy v případě ČR ani ze ZVZ (konkrétně § 28). Směrnice, jak vyplývá z Nařízení, v tomto ohledu pouze demonstrativně uvádí informace, které standardní oznámení o zakázce obsahují, avšak nestanovují povinnost, že dané informace musí každý zadavatel povinně vyplňovat do každého jednotlivého oznámení ke každé veřejné zakázce. Naopak, stanovení takové povinnosti přenechává Směrnice, dle čl. 28, na národních legislativách. Tato delegace

³⁵ Oznámení obsahují informace uvedené v příloze VII A a případně veškeré jiné informace považované veřejným zadavatelem za užitečné, ve formě standardních formulářů přijatých Komisí postupem podle čl. 77 odst. 2. -> Příloha VII A - OZNÁMENÍ O ZAKÁZCE, odst. 23: Kritéria uvedená v článku 53, která budou použita pro zadání zakázky: „nejnižší cena“ nebo „hospodářsky nejvýhodnější nabídka“. Údaj o kritériích, která představují hospodářsky nejvýhodnější nabídku, stejně jako o jejich poměrné váze, pokud nejsou uvedena ve specifikacích nebo, v případě soutěžního dialogu, v popisném dokumentu.

³⁶ Při zadávání svých veřejných zakázek veřejní zadavatelé použijí vnitrostátní řízení upravená pro účely této směrnice. Zadávají tyto veřejné zakázky za použití otevřeného nebo omezeného řízení.

vyplývá jak Směrnice, tak i z Nařízení, konkrétně z odst. 1 zdůvodnění, ze kterého vyplývá, že „Oznámení určená k tomuto zveřejnění by měla obsahovat informace stanovené v uvedených směrnících“, když Směrnice, co se povinných informací ke zveřejnění, odkazuje na národní legislativu.

V § 28 odst. 1 ZVZ, je pak konkrétně uvedeno, že „V oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace.“ V tomto okamžiku má zadavatel uveřejňovací povinnost dle § 146 odst. 1 a 6 ZVZ. V souladu s § 8 Vyhlášky, který zní „Údaje, které musí být obsaženy v příslušných formulářích, jsou stanoveny předpisy Evropské unie. Tím není dotčena povinnost zadavatele k uveřejnění údajů, u kterých povinnost k jejich uveřejnění vyplývá ze zákona. Rovněž není dotčena možnost neuveřejnit některé údaje, stanoví-li tak zákon nebo zvláštní právní předpis.“, má zadavatel možnost neuveřejnit některé údaje, stanoví-li tak zákon, tj. ZVZ.

5.1.1.1 Možnost změny oznámených hodnotících kritérií

V tomto ohledu ZVZ stanovuje v odst. 5 písm. e), v návaznosti na odst. 2, že teprve až písemná výzva k podání nabídek (tj. 2. fáze užšího řízení) obsahuje „údaje o hodnotících kritériích podle § 78, pokud nejsou uvedeny v oznámení užšího řízení či zadávací dokumentaci.“ V mém stanovisku jsem konstatoval, že zadavatel využil možnosti dané mu Vyhláškou, ZVZ, Nařízením a Směrnicí, a v souladu s výkladem odst. 31 zdůvodnění Směrnice, když stanovil v části IV.2.1) oznámení o zakázce možnost neuvést údaje o hodnotících kritériích konkrétně a odkázal, co se upřesnění hodnotících kritérií týče, na zadávací dokumentaci (dle § 44 ZVZ), resp. výzvu k podání nabídky (dle § 28 odst. 5 ZVZ), která bude předmětem druhé fáze užšího řízení.

Mé stanovisko je tak v souladu i s názorem Jurčíka (4 stránky 248-250), kde je detailně popsán postup veřejného zadavatele v užších řízeních. Tento postup zcela zřetelně odlišuje povinnosti zadavatele ve fázi I. užšího řízení (body 1 až 7) a fázi II. (body 8 až 19). Konkrétně se pak jedná, v případě informací neuvedených v oznámení, o bod 8 (§ 28 odst. 5 ZVZ) ve znění „výzva k podání nabídky, kterou je (povinen) veřejný zadavatel zaslat všem zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace“ a bod 9 (§ 44 odst. 3 písm. h) ZVZ) ve znění: „části zadávací dokumentace, které nebyly uveřejněny na profilu zadavatele, poskytuje zadavatel jako přílohu výzvy k podání nabídek“.

Stejný názor má pak i Podešva et al. (5 stránky 132-134), kde je opět zcela jasně uvedeno rozdělení užšího řízení do dvou fází a určeny povinnosti zadavatele v těchto jednotlivých fázích. K fázi I. pak komentář (5 stránky 132-134) říká, že *„Úmysl zadat veřejnou zakázku v užším řízení oznamuje zadavatel neomezenému počtu dodavatelů prostřednictvím oznámení užšího řízení, které uveřejňuje v informačním systému, popř. Úředním věstníku, tím je tedy zahájena první fáze zadávacího řízení.“* K fázi II. pak *„Písemná výzva k podání nabídek tedy musí obsahovat údaje o hodnotících kritériích podle § 78, pokud nejsou uvedeny v oznámení užšího řízení či zadávací dokumentaci (uchazeči musí být poskytnuta konkrétní informace o hodnotících kritériích a jejich vahách tak, aby mohl vyhodnotit svůj zájem a možnosti pro získání veřejné zakázky).“*.

Oba výše uvedené komentáře uvádějí, v souladu s § 8 Vyhlášky, možnost neupřesňovat hodnotící kritéria v oznámení o zakázce (tj. fázi I. užšího řízení) a na tato hodnotící kritéria odkázat z daného oznámení na výzvu k podání nabídky a/či zadávací dokumentaci (tj. fázi II. užšího řízení). Shodně oba komentáře, v souladu s § 28 odst. 1 ZVZ, zmiňují oznámení užšího řízení, což samo o sobě zdůrazňuje, že se nejedná o stejné oznámení jako v případě obecného oznámení o zakázce, a to především z důvodu specifičnosti (dvojstupňovitosti) užšího řízení. Stejně je pak v ZVZ i komentářích odlišeno oznámení otevřeného řízení, oznámení jednacího řízení s uveřejněním a oznámení soutěžního dialogu, když i tato jsou speciálními oznámeními vzhledem k obecnému oznámení o zakázce (jako standardizovanému formuláři).

5.1.1.2 Možnost uvedení předpokládaných údajů

Mé stanovisko se také dotýkalo také obdobného postupu zadavatele, tj. v souladu se Směrnicí, ZVZ a Vyhláškou, když v rámci logické aplikace všech zmíněných, jsem došel k závěru, že nejpřesnější a nejvhodnější informace ohledně předpokládaných údajů {níže uvedených v písm. a) – c)} pro uvedení ve Formuláři jsou ta, která zadavatel uvedl a která nejbližší odpovídají povaze prvního či druhého stupně užšího řízení, co se údajů ve Věstníku veřejných zakázek týče:

a. Podmínky pro získání ZD

Dle § 48 odst. 4 ZVZ je uvedena povinnost zadavatele na zveřejnění či předání/odeslání kvalifikační dokumentace, když dle § 44 odst. 2 *„zadávací dokumentace může obsahovat podrobnou specifikaci údajů uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení“*. V souladu s výše uvedenými ustanoveními ZVZ došel

zadavatel ke stejnému názoru který je uveden i v komentářích ((4) a (5)), tj. že zadavatel i v případě užšího řízení může odkazem na zadávací dokumentaci blíže upřesnit i kvalifikační dokumentaci, která je její součástí (zadávací dokumentace) a to již v okamžiku zahájení užšího řízení na základě oznámení o zahájení zadávacího řízení. Blíže pak zejm. komentář (5 str. 190), „Zadávací dokumentaci je nutné s ohledem na toto ustanovení chápat jako dokument, který doplňuje oznámení o zahájení zadávacího řízení, tedy dokumentů, jimiž zadavatel zahajuje řízení, když, vzhledem k omezené možnosti zadavatele specifikovat veškeré své požadavky v oznámení o zahájení zadávacího řízení, by zadavatel měl tyto uvést v zadávací dokumentaci.“

Z výše uvedených důvodů zadavatel uvedl v oznámení, části IV.3.3) *Podmínky pro získání zadávací dokumentace a dalších dokumentů nebo dokumentace soutěžního dialogu (v případě soutěžního dialogu)* konkrétní datum a čas.

b. Datum odeslání výzev k podání nabídek nebo k účasti vybraným zájemcům

S odkazem na § 8 Vyhlášky, který zní „Údaje, které musí být obsaženy v příslušných formulářích, jsou stanoveny předpisy Evropské unie. Tím není dotčena povinnost zadavatele k uveřejnění údajů, u kterých povinnost k jejich uveřejnění vyplývá ze zákona. Rovněž není dotčena možnost neuveřejnit některé údaje, stanoví-li tak zákon nebo zvláštní právní předpis.“, má zadavatel možnost neuveřejnit některé údaje, stanoví-li tak zákon, tj. ZVZ. Na druhou stranu, je zadavatel dle § 44 odst. 1 ZVZ „zodpovědný za správnost a úplnost zadávací dokumentace“. V souladu s § 44 odst. 2 ZVZ pak zadavatel blíže upřesnil specifikaci podmínek procesního průběhu veřejné zakázky na základě svého odhadu předpokládaného termínu zahájení druhé fáze užšího řízení, tak aby byla zachována transparentnost zadávacího řízení dle § 6 ZVZ. Tento termín je podstatný i s ohledem na § 58 ZVZ.

Z výše uvedených důvodů zadavatel uvedl v oznámení, části IV.3.5) *Datum odeslání výzev k podání nabídek nebo k účasti vybraným zájemcům (je-li to známo, v případě omezeného řízení)* konkrétní datum.

c. Podmínky pro otevírání obálek

V souladu s § 71 odst. 8 písm. c) ZVZ je zadavatel povinen kontrolovat úplnost nabídky, zejména pak, že nabídka obsahuje všechny součásti požadované ZVZ či

*zadavatelem. Ze ZVZ má uchazeč právo zúčastnit se této části zadávacího řízení. Proto, s ohledem a v souladu s § 6 ZVZ, zejména zásadou transparentnosti, zadavatel umožnil uchazečům zúčastnit se otevírání obálek s žádostí o účast v užším řízení a prokázáním kvalifikace, kde zadavatel posuzoval úplnost této žádosti a prokázání kvalifikace. Jelikož součástí žádosti jsou dle § 68 odst. 2 ZVZ a argumentací *a contrario* v užším řízení i doklady prokázání kvalifikace a součástí nabídky dle § 68 odst. 2 ZVZ rovněž další dokumenty požadované ZVZ či zadavatel, nemá zadavatel důvod pochybovat o tom, že i v případě užšího řízení jsou dokumenty prokazující kvalifikaci součástí nabídky, tj. zároveň i součástí žádosti o účast a prokázání kvalifikace, když na tento okamžik musí být *per analogiam legis* uplatněn § 71 odst. 8 písm. c) ZVZ tak, aby byla dodržena zejména zásada transparentnosti dle § 6 ZVZ.*

Z výše uvedených důvodů zadavatel uvedl v oznámení, části IV.3.8) *Podmínky pro otevírání nabídek* konkrétní datum, čas (*je-li k dispozici*) a místo.

5.2 Zadávací dokumentace

Obsahu zadávací dokumentace je věnována celá hlava IV ZVZ, konkrétně pak §§ 44-49 ZVZ. Níže si dovoluji okomentovat několik rozhodnutí Úřadu, které se vztahují k dané problematice, a které považuji za podstatné, resp. považuji za vhodné se k nim vyjádřit, a to zejména s ohledem na zásadu legitimního očekávání, kterou je Úřad povinen zohlednit³⁷.

5.2.1 Rozsah obsahu zadávací dokumentace

V rozhodnutí Úřadu R176/2012/VZ-2248/2012/310/Mše s datem nabytí právní moci dne 11. 2. 2013 se uvádí: “Námítka navrhovatele, spočívající v tom, že zahraniční subjekty se s obsahem interní směrnice ČD V95/5 nemohou seznámit, neboť se jedná o normu vnitrostátní, je taktéž bezpředmětná. Předmětná norma je sice normou vnitrostátní a nadto normou interní, nicméně tato skutečnost neomezuje zahraniční uchazeče v možnosti seznámit se s jejím obsahem. Tuto interní normu mohou získat vnitrostátní, stejně jako zahraniční dodavatelé. Jedinou podmínkou jejího úspěšného získání je, pro všechny bez výjimky, zaplacení poplatku, který ovšem nelze hodnotit jako

³⁷ Viz blíže rozhodnutí Úřadu S181/2008/VZ-15975/2008/530/JW s datem nabytí právní moci dne 6. 1. 2009.

překážku účasti v zadávacím řízení. Nelze souhlasit s námitkou navrhovatele, že zadavatel není oprávněn poskytnutí směrnice zpoplatnit z důvodu, že je to on, kdo má na jejím plnění zájem.”

V tomto případě nejsem zcela ztotožněn s názorem Úřadu, a to především s odvoláním na § 44 odst. 1 ZVZ, když „Zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.“, a § 48 odst. 1 ZVZ, kde se uvádí: „Zadavatel v otevřeném řízení, zjednodušeném podlimitním řízení, užším řízení a jednacím řízení s uveřejněním, uveřejní na profilu zadavatele alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení zadávacího řízení či výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, a to alespoň do konce lhůty pro podání nabídek.“. Jestliže je tedy jakýkoliv dokument nezbytný pro zpracování nabídky, stává se automaticky *ex lege* součástí zadávací dokumentace, a dále pak je i povinností zadavatele *ex lege* textovou část zadávací dokumentace uveřejnit na profilu zadavatele (po novele, tj. po 1. 4. 2012). Argumentace Úřadu by tak neobstála při současném znění ZVZ, avšak nemohla obstát ani v rámci znění ZVZ v době vypsání předmětné veřejné zakázky, když daná interní směrnice měla být součástí zadávací dokumentace a její případná úplata měla být zahrnuta v ceně poskytnutí této tak, aby nedocházelo ke zvýhodňování lokálních uchazečů oproti zahraničním.

5.2.2 Kvalifikační předpoklady

Dle Jurčíka (4 str. 354) „kvalifikací zadavatel zjišťuje, zda je dodavatel způsobilý splnit předmět veřejné zakázky, když ZVZ stanovuje nevyvratitelnou právní domněnku, že pokud dodavatel kvalifikaci nesplní, není způsobilý k plnění veřejné zakázky.“ Dále Jurčík uvádí (4 str. 355), že: „splnění kvalifikace je předpokladem pro účast dodavatele v užším řízení, v jednacím řízení bez uveřejnění a v soutěžním dialogu; resp. pro hodnocení nabídek v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení.“. Podešva et al. (5 stránky 220-221) ještě upřesňuje, že: „kvalifikace představuje jednu z nejdůležitějších součástí procesu zadávání veřejných zakázek, když zadavatel získává prostřednictvím kvalifikace určitou míru jistoty, že s dodavatelem, který splnil požadovanou kvalifikaci, může uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky bez větších pochybností o způsobilosti takového dodavatele splnit své závazky.“.

V této části diplomové práce se zaměřuji na uvedení, dle mého názoru zásadních, rozhodnutí Úřadu, které se dotýkají stanovení úrovně kvalifikace a které v rámci své metodické činnosti aplikuji. První uvedené rozhodnutí Úřadu je, dle mého názoru, potřeba vykládat pouze v případech, kdy není jednoznačně určená minimální hranice podmínek stanovených zadavatelem. V okamžiku, kdy minimální hranice je zcela jasně identifikována, pak je, dle mého názoru, zadavatel oprávněn vyloučit danou nabídku v rámci fáze posuzování. Ostatní rozhodnutí Úřadu považuji za zdařilá a zcela se s nimi ztotožňuji.

1. Rozhodnutí Úřadu S128/2011/VZ-8854/2012/511/KČe s datem nabytí právní moci dne 8. 1. 2013: *“Úřad v této souvislosti konstatuje, že zadavatel stanovením podmínky, že „nesplnění některého z požadovaných minimálních technických nebo cenových standardů může být důvodem k odmítnutí nabídky“ porušil zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 zákona, neboť tímto způsobem nestanovil jednoznačnou hranici, rozhodující o tom, zda uchazeč splnil podmínky zadavatele či nikoliv. Vzhledem k této skutečnosti nemohli také ani případní potenciální uchazeči posoudit, zda jimi nabízené plnění bude zadavatelem ještě akceptováno či nikoliv, a posoudit zda je pro ně reálné podat nabídku.”*
2. Rozhodnutí Úřadu S587/2012/VZ-22956/2012/531/SPo s datem nabytí právní moci dne 21. 1. 2013: *“K uvedenému problematice Úřad uvádí, že veřejný zadavatel není oprávněn po dodavateli požadovat prokázání jiných kvalifikačních předpokladů, než které jsou vymezeny v ustanovení § 56 odst. 1 až 5 zákona. Výčet možného okruhu požadavků veřejného zadavatele na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je tedy taxativní. Úřad dále k uvedenému sděluje, že k tomu, aby uchazeč prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky na stavební práce prostřednictvím seznamu významných stavebních prací, musí podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona být přílohou tohoto seznamu osvědčení objednatelů o řádné realizaci stavebních prací. Toto osvědčení objednatelů o řádné realizaci stavebních prací, na rozdíl od veřejných zakázek na dodávky a služby, nelze nahradit čestným prohlášením dodavatele; při naplnění podmínek ustanovení”*

§ 56 odst. 8 zákona jej lze nahradit pouze jiným rovnocenným dokladem (např. kolaudačním rozhodnutím³⁸, protokolem o předání a převzetí stavby apod.).”

3. Rozhodnutí Úřadu S404/2012/VZ-1323/2013/512/JHI s datem nabytí právní moci dne 7. 2. 2013: “Úřad uvádí, že zadavatel v zadávacích podmínkách blíže nerozepsal, v čem je provádění sanačních prací v ochranném pásmu II. stupně přírodních léčivých zdrojů složitější, pouze obecně odkázal na dotčenou legislativu (mimo jiné lázeňský zákon, zákon o geologických pracích atd.).”
4. Rozhodnutí Úřadu S466/2012/VZ-19381/2012/710/FKa s datem nabytí právní moci dne 5. 12. 2012: “Požadavek na „Čestné prohlášení uchazeče, že není dlužníkem Statutárního města Ústí nad Labem a příspěvkové organizace zřízené Statutárním městem Ústí nad Labem dle přílohy č. 2 k předmětné zadávací dokumentaci“ nelze zařadit ani mezi ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, jelikož dluh dodavatele vůči zadavateli vykazuje znaky pouze jakýchsi referencí (vzájemného vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem), nikoliv však znak objektivní ekonomické a finanční schopnosti dodavatele realizovat požadované plnění dané zakázky. Tato forma dluhu je pouhým vyjádřením vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem a nemá žádný vztah k ekonomické schopnosti uchazeče plnit předmět dané zakázky. Zákon tedy neumožňuje, aby zadavatel požadoval po dodavateli takovéto „prohlášení“ vůči zadavateli.
Úřad došel k závěru, že zadavatel pochybil, když požadoval „Čestné prohlášení uchazeče, že není dlužníkem Statutárního města Ústí nad Labem a příspěvkové organizace zřízené Statutárním městem Ústí nad Labem dle přílohy č. 2 k předmětné zadávací dokumentaci.“ Vzhledem k tomu, že nabídku v zadávacím řízení podali všichni uchazeči, kteří byli seznámeni se zadávací dokumentací a všichni splnili zadávací podmínku dle přílohy č. 2 k předmětné zadávací dokumentaci, nemohlo zadavatelovo pochybení ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.”

5.2.3 Obsah smluv - navýšení ceny

Problematika navýšení ceny u veřejných zadavatelů je velmi složitá. V tomto ohledu však pro většinu případů podává pomocnou ruku zadavatelům ObchZ a judikatura

³⁸ Dle platné legislativy se jedná o kolaudační souhlas - § 122 zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších zákonů.

soudů ČR. Konkrétně se pak jedná o § 547 ObchZ³⁹ a rozsudek NS sp. zn./č. j.: 32 Cdo 2601/2007 ze dne 5. 11. 2008, ve znění: „*Pravidlo, že smlouvy mají být dodržovány, platí obecně, bez ohledu na to, že byly uzavřeny po výběrovém řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek, toto pravidlo platí nepochybně i pro ujednání o ceně díla, a to zejména tehdy, jestliže bez ohledu na existenci rozpočtu je cena sjednána jako maximální a nejvýše přípustná.*“.

Z výše uvedeného rozsudku NS vyplývá, že „*pokud je cena díla ve smlouvě sjednána jako maximální a nejvýše přípustná, pak takové ustanovení smlouvy je platné a dodavatel nemá jakýkoliv nárok na zvýšení ceny díla*“. Takové rozhodnutí je však potřeba brát s rezervou, a to především ze dvou důvodů. Prvním je fakt, že o „sjednání“ podmínky maximální a nejvýše přípustné ceny u většiny veřejných zakázek, v čistě gramatickém smyslu, nemůže být řeč. Pokud zadavatel, jakou součástí zadávací dokumentace, uvede „návrh“ příslušné smlouvy, od které se nesmí uchazeč odchýlit, pak ze strany uchazeče se jedná pouze o akceptaci daného ustanovení smlouvy. ZVZ však (ve většině zadávacích řízení) neumožňuje vzájemnou interakci zadavatele a uchazečů nad textací takového návrhu smlouvy. Na druhou stranu je však důležité poznamenat, že proces zadávání veřejných zakázek je svázán přísným formalizmem a základním posláním ZVZ a Směrnice je především zajistit hospodárné vynakládání veřejných prostředků, tj. zejména jejich vynakládání v co nejnižší možné míře. Druhým je pak § 547 odst. 2 a 4 ZVZ. ze kterých vyplývá, že pokud „*ze smlouvy vyplývá, že se nezaručuje úplnost rozpočtu, může se zhotovitel domáhat přiměřeného zvýšení ceny, objeví-li se při provádění díla potřeba činností do rozpočtu nezahrnutých, pokud tyto činnosti nebyly předvídatelné v době uzavření smlouvy*“ a „*Nesouhlasí-li se zvýšením ceny objednatel, určí její zvýšení soud na návrh zhotovitele.*“. Rozpočtem dle ObchZ se zcela jistě myslí i soupis prací s výkazem výměr (či obdobná část zadávací dokumentace) dle § 44 ZVZ. V této rovině vnímám několik problematických okamžiků, které mají vliv na aplikovatelnost dané judikatury NS:

1. Obce, tj. velká část zadavatelů dle ZVZ, se musí řídit i jinými právními předpisy o stejné právní síle, např.: zákonem č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve

³⁹ Ačkoliv se nejedná o kogentní ustanovení, je otázkou pro jinou diplomovou práci, zda je možné se alespoň relativní kogentnosti domáhat. Jsem osobně toho názoru, že úplná smluvní derogace daného ustanovení by byla v rozporu se zásadou poctivého obchodního styku (§ 265 ObchZ), a to i přes rozsudek NS sp. zn./č. j.: 32 Odo 1177/2004 ze dne 11. 5. 2005, ve znění: „*Nepřijetí návrhu na uzavření dodatku o ceně díla není jednáním contra legem a není ani rozporné se zásadami poctivého obchodního styku.*“.

znění pozdějších předpisů (zejména pak ve vztahu k ZVZ § 38 odst. 1 - *Majetek obce musí být využíván účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákonem vymezené působnosti*) či zákonem č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů (zejména pak ve vztahu k ZVZ § 9 odst. 1 písm. b) a d) - *Z rozpočtu obce se hradí zejména: b) výdaje na vlastní činnost obce v její samostatné působnosti, zejména výdaje spojené s péčí o vlastní majetek a jeho rozvoj; d) závazky vyplývající pro obec z uzavřených smluvních vztahů v jejím hospodaření a ze smluvních vztahů vlastních organizací, jestliže k nim přistoupila*) a judikaturou, např.: nálezem Ústavního soudu ČR (dále také „ÚS“), sp. zn./č. j.: III. ÚS 2984/09-1, ze dne 23. 11. 2010 (*Z ustanovení § 38 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), plyne obci přímá povinnost pečovat o zachování a rozvoj svého majetku a chránit jej před neoprávněnými zásahy. Péče o majetek a výkon vlastnického práva k němu není ponecháno obci na volné úvaze, jako je tomu u jiných vlastníků. Kvalifikovaná starost o majetek obce je naplněním jednoho z veřejných zájmů, k jehož zabezpečení si obec musí vytvořit materiální a personální předpoklady, a to v rozsahu a kvalitě, která je přímo úměrná množství (hodnotě) a charakteru (svěřeného) majetku.*).

Výše uvedené jednoznačně podporuje aplikaci nepřekročitelné ceny na základě zadávacího procesu, která bude garantovat, že vybraný uchazeč doopravdy zabezpečí plnění dané smlouvy nejhospodárněji.

2. Nepředvídatelnost činností v době do uzavření smlouvy (dle § 547 odst. 2 ObchZ) pak spíše inklinuje k derogaci aplikace institutu nepřekročitelné ceny, když dodavatel, v určitých případech, bude zcela objektivně schopen takovou nepředvídatelnost prokázat.

K tomuto bodu je pak ještě nezbytné zmínit, že dle ObchZ a judikatury NS může dojít ještě ke dvěma situacím, a to dle § 547 odst.:

- a. 5 ObchZ: *Objednatel může bez zbytečného odkladu odstoupit od smlouvy, požaduje-li zhotovitel zvýšení ceny podle odstavců 2 a 3 o částku, jež přesahuje o více než 10 % cenu stanovenou na základě rozpočtu. V tomto případě je objednatel povinen nahradit zhotoviteli část ceny odpovídající rozsahu částečného provedení díla podle rozpočtu.* Dané ustanovení ObchZ pak dává možnost nevyužití plnění institutu jednacímho řízení bez uveřejnění v případě

dodatečných stavebních prací dle § 23 odst. 7 písm. b) ZVZ (limitace je zde uvedena na hranici 20%)

- b. 6 ObchZ: *Zhotoviteli zaniká nárok na určení zvýšení ceny podle odstavců 2 a 3, jestliže neoznámí nutnost překročení rozpočtované částky a výši požadovaného zvýšení ceny bez zbytečného odkladu poté, kdy se ukázalo, že je nevyhnutelné překročení ceny, jež byla určena na základě rozpočtu.*

Na základě všeho výše uvedeného jsem dospěl k názoru, který statutární město Plzeň u veřejných zakázek, pokud to povaha věci umožňuje, aplikuje. Jedná se o kombinaci všech výše uvedených institutů. U veřejných zakázek, kde to povaha věci umožňuje, je prioritním dokumentem nikoliv soupis prací s výkazem výměr, ale dokument určující finální výslednou podobu nebo výsledek veřejné zakázky (obvykle se jedná o projektovou dokumentaci, vizualizaci, apod.). Nižší prioritu při výkladu smlouvy pak má právě soupis prací s výkazem výměr, když smlouva obsahuje ujednání dle § 547 odst. 1 a 2 ObchZ, když možnost existence nepředvídatelných činností před uzavřením smlouvy je eliminována právě dokumentem o vyšší prioritě. Do dnešního dne jsem si vědom pouze jediné „činnosti“, která opravňuje dodavatele požadovat zvýšení „nepřekročitelné“ ceny – geologický průzkum, pokud byl součástí zadávací dokumentace, který neodpovídá zcela skutečnosti, ačkoliv byl vyhotoven řádně a v co nejširším možném měřítku. Avšak i v tomto případě musí zhotovitel prokázat, že se jedná o zásadní změny v horninách (negativního charakteru) a že dané změny profilu hornin neznal ani nemohl předpokládat.

5.3 Komunikace s uchazeči - fax

Již od počátku platnosti ZVZ neexistoval převažující názor na to, zda doručováním faxem je ZVZ povoleno či zakázáno. Já jsem již od samého začátku zastáncem názoru druhého, tj. že § 148 odst. 2 a § 149 odst. 1 ZVZ neumožňuje jakoukoliv komunikaci faxem (a to ani dříve povolenou komunikaci mezi zadavatelem a Informačním systémem veřejných zakázek – Uveřejňovacím subsystém (dále jen „ISVZUS“) - § 146 odst. 6 ZVZ v návaznosti na § 4 Vyhlášky Ministerstva pro místní rozvoj (dále také „MMR“) č. 339/2010 Sb. ze dne 26. 11. 2010, o uveřejňování vyhlášení pro účely zákona o veřejných zakázkách – dále jen „Vyhláška“). Můj názor je pak v souladu i s rozhodnutím Úřadu č. j.: ÚOHS-S280/2009/VZ-15920/2009/510/Mon s datem nabytí právní moci dne 21. 7. 2010, které lze *per analogiam iuris* aplikovat obecně, když říká: „*Doklad o faxovém volání, který předložil zadavatel v dokumentaci o veřejné zakázce za*

doklad prokazující doručení rozhodnutí o námitkách považovat nelze, neboť neosvědčuje skutečnost, zda požadovaný dokument byl adresátovi řádně a v čitelné podobě doručen.“ . Podešva et al. (5 stránky 553-559) k dané problematice žádný názor nezastává a Jurčík (4 str. 765) se vyjadřuje pouze v obecné rovině, když říká: „*Komentované ustanovení (§ 148 odst. 2 ZVZ) umožňuje v podstatě jakékoli doručení s tím, že zadavatel musí prokázat doručení písemnosti.*“ .

Pokud tedy ZVZ ukládá povinnost zadavateli komunikovat s uchazeči (dodavatelem) určitým způsobem (tj. *osobně, kurýrní službou, skrze držitele poštovní licence, el. prostředky, datovou schránkou nebo jiným způsobem*), nelze za „jiný způsob“, a to od samého počátku platnosti ZVZ, považovat fax. Jelikož se fax spíše blíží definici el. prostředku, nelze mít za to, že spadá do definice „jiným způsobem“, což i potvrdil Úřad ve výše uvedeném rozhodnutí.

5.4 Podání nabídek

V této části diplomové práce se zabývám aspekty, které především ovlivňují dodavatele v rámci přípravy nabídky. Jedná se zejména o prokazování kvalifikace pomocí sdružování, subdodavatelů a zaměstnanců.

5.4.1 Sdružování v rámci užšího řízení

Podešva et al. (5 str. 233) prezentují názor k § 51 odst. 6 ZVZ, kdy pro účely užšího řízení uvádějí, že „*dodavatelé (kteří splnili kvalifikaci) se však nemohou za účelem podání společné nabídky spojit s dodavateli, kteří nebyli veřejným zadavatelem vyzváni k podání nabídky*“ nesdílím, naopak jsem názoru opačného. Zmíněná interpretace je, ačkoliv s obtížemi (ii) aplikovatelná, dle mého názoru, pouze v rozsahu „subjektivního neplnění kvalifikace dle § 58 ZVZ“ a „subjektivního rozhodnutí o spojení s jiným dodavatelem“. V případě „objektivního neplnění kvalifikace dle § 58 ZVZ“ (i) jsem názoru opačného, vyplývajícího přímo *ex lege*. Přikloněním se k názoru uvedenému Podešvou et al. (5 str. 233) a jeho následnou aplikací by pak mohlo docházet k bid-riggingu *ex lege*⁴⁰.

Ad i) V souladu s § 58 ZVZ se může jakýkoliv dodavatel (uchazeč), v rámci jakéhokoliv typu řízení a to až do doby uzavření smlouvy s veřejným zadavatelem (tj.

⁴⁰ Blíže pak např.: Mgr. Michaela Poremská - Může se při podání společné nabídky po prokázání splnění kvalifikace v užším řízení vyskytnout bid-rigging?, Právní fórum 2012/11, Wolters Kluwer ČR, a. s., 31. 10. 2012

zcela jednoznačně i po okamžiku prokázání splnění kvalifikace v rámci užšího řízení), dostat do situace, kdy u něj dojde ke změně (zejména objektivní), která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace v plném rozsahu (např. výpověď klíčového zaměstnance). V takovém případě pak v souladu se ZVZ musí do 10 dnů tuto skutečnost veřejnému zadavateli písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu, tj. je takovému dodavateli (uchazeči) umožněno *de lege* i využití institutu společné nabídky jakožto i možnosti využití subdodavatele.

Ustanovení § 58 ZVZ zcela jednoznačně umožňuje nejen nové prokázání splnění kvalifikace v důsledku změny jakýchkoliv okolností (zejména objektivních) na straně uchazeče (dodavatele) v termínu po jejím posuzování příslušnou komisí či veřejným zadavatelem, ale umožňuje, v souladu s Rozhodnutím SDEU v případě Makedoniko Metro a Michaniki AE proti Řeckému státu⁴¹, i změnu či vytvoření nových vazeb v rámci prokázání splnění kvalifikace. Dodavatel tedy může využít pro prokázání splnění kvalifikace subdodavatele, dále může vytvořit nové sdružení dodavatelů (tj. dle terminologie ZVZ „vytvořit“ nového uchazeče) či u stávající uchazeče změnit strukturu dodavatelů (za předpokladu splnění ostatních podmínek pro splnění kvalifikace). Nicméně v takovém případě, tj. po ukončení fáze posuzování kvalifikace, již veřejný zadavatel (ani příslušná komise) nemůže využít institutu objasnění poskytnutých informací v rámci posuzování kvalifikace, ani institutu § 59 odst. 4 ZVZ (vyžádání dodatečných informací či podkladů pro prokázání splnění kvalifikace). Veřejný zadavatel je tak omezen pouze na konstatování, zda k termínu podání nabídky či k termínu poskytnutí dokumentů nezbytných pro prokázání splnění kvalifikace tyto předpoklady dodavatel (uchazeč) splňuje či nikoliv. Ustanovení § 65 odst. 2 ZVZ se tak vztahuje pouze na dodavatele, kteří prokazují splnění kvalifikace a kteří pak musí být v postavení buď hlavního dodavatele (v případě využití subdodávek) nebo členem sdružení. Zejména z tohoto důvodu je v § 65 ZVZ uveden terminologicky správný

⁴¹ K výše uvedenému se *per analogiam legis* přiklání i judikatura SDEU, když v případě Makedoniko Metro a Michaniki AE proti Řeckému státu ze dne 23.1.2003 (C-57/01) je řečeno, že „směrnice 93/37/EHS (v obdobném znění nebrání této existenci ani Směrnice, jež tuto nahrazuje) nebrání existenci národních pravidel, které vylučují změny ve složení skupiny dodavatelů účastníci se zadávacího řízení na veřejnou zakázku nebo koncesi na stavební práce, ke kterým by došlo po podání nabídek“. V tomto duchu ZVZ nijak uchazeče (ve smyslu § 69 odst. 4 ZVZ, kdy více dodavatelů je pak považováno za jednoho uchazeče), tj. skupinu dodavatelů, neomezuje (s odkazem na § 58 odst. 1 a 2 ZVZ).

obrat dodavatel a nikoliv uchazeč a není zde uvedeno, že se má jednat o každého dodavatele, který je součástí nabídky.

Ad ii) Jsem toho názoru, že i v ostatních případech, tj. „subjektivního neplnění kvalifikace dle § 58 ZVZ“ a „subjektivního rozhodnutí o spojení s jiným dodavatelem“, by mohla aplikace Komentářového názoru způsobit přímý vertikální účinek⁴² Směrnice, když by se mohlo jednat, v porovnání s uvedeným v ad i), k porušení zásady rovného zacházení s uchazeči dle § 6 ZVZ i odst. 2 odůvodnění Směrnice, kdy není možné rozlišovat mezi dodavateli (uchazeči), u kterých dochází ke změně v kvalifikaci na základě zcela objektivní okolnosti z pohledu dodavatele či uchazeče a mezi dodavateli (uchazeči), u kterých dochází pouze k identifikaci nutnosti využití jiných subjektů pro realizaci veřejné zakázky nebo ke změně v kvalifikaci na základě subjektivních okolností z pohledu dodavatele či uchazeče. Dle mého názoru by se pak § 65 ZVZ měl vztahovat pouze na dodavatele, kteří prokazují splnění kvalifikace a kteří pak musí být v postavení buď hlavního dodavatele (v případě využití subdodávek) nebo člena sdružení.

Směrnice v čl. 1 odst. 11 písm. b definuje Omezená řízení⁴³ jako „řízení, ve kterých může každý hospodářský subjekt žádat o účast a ve kterých pouze ty hospodářské subjekty, které vyzve veřejný zadavatel, mohou podat nabídku“. Tato ustanovení nemůže být, v souladu se zněním Smlouvy, a zejména odst. 2 zdůvodnění Směrnice⁴⁴, vykládáno tím způsobem, že by vylučovalo či omezovalo zásadu proporcionality či zásadu svobodného poskytování služeb. Základní zásadou Směrnice je pak v odst. 2 zdůvodnění uvedená zásada otevření zadávání veřejných zakázek hospodářské soutěži na základě všech uvedených zásad Evropské Unie⁴⁵. Výše uvedený čl. 1 odst. 11 písm. b) Směrnice by pak měl být vykládán tak, že pouze ty hospodářské subjekty, které vyzve veřejný zadavatel, mohou podat nabídku, přičemž v případě společné nabídky

⁴² SDEU ve své judikatuře stanovil, že směrnice má přímý účinek, jsou-li její ustanovení bezpodmínečná, dostatečně jasná a přesná (rozsudek ze dne 4. prosince 1974, Van Duyn). Může však mít pouze vertikální přímý účinek a je platná pouze v případě, že členské státy neprovedly směrnici ve stanovené lhůtě (rozsudek ze dne 5. dubna 1979, Ratti);

⁴³ Dle §21 odst. 1 ZVZ se v českém překladu jedná o „užší řízení“.

⁴⁴ Znění „Koordinační ustanovení této Směrnice by proto měla být vykládána v souladu s výše uvedenými pravidly a zásadami, jakož i dalšími pravidly Smlouvy“.

⁴⁵ Zásady Smlouvy, zejména zásada volného pohybu zboží, zásada svobody usazování a zásada svobodného poskytování služeb a zásady z nich odvozené, jako je zásada rovného zacházení, zásada zákazu diskriminace, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality a zásada transparentnosti

dvou a více hospodářských subjektů (dle čl. 4 odst. 2 a čl. 44 Směrnice) musí tato skupina obsahovat alespoň jednoho z vyzvaných hospodářských subjektů. Tedy není možné vykládat čl. 28 Směrnice tak, že národní legislativa může upravovat či být vykládána tak, aby omezená (užší) řízení byla v rozporu se zásadami Smlouvy a Směrnice.

K výše uvedenému závěru pak doplňuji, že lze ke stejnému závěru dojít i aplikací odst. 31 zdůvodnění Směrnice, kde se konkrétně uvádí, že *„veřejní zadavatelé, kteří provádějí obzvláště složité projekty, mohou, aniž by za to mohli být podrobeni kritice, zjistit, že je objektivně nemožné vymezit prostředky, které by splňovaly jejich potřeby, nebo finanční či právní řešení. V míře, v jaké použití omezeného řízení neumožňuje zadání takových zakázek, je potřebné přijmout takovou úpravu průběhu řízení, která zachová nejen hospodářskou soutěž mezi hospodářskými subjekty, ale i potřebu veřejných zadavatelů projednat s každým zájemcem všechny aspekty zakázky. Takové řízení nesmí být použito způsobem, který by omezoval nebo narušoval hospodářskou soutěž, zejména změnami podstatných prvků zakázek nebo vnucováním nových podstatných prvků uchazeči nebo zapojením jakéhokoli jiného uchazeče než toho, který podal hospodářsky nejvýhodnější nabídku.“*. Ačkoliv zdůvodnění Směrnice (a ani jakéhokoliv právního aktu EU) není explicitně právně závazné, mělo by být toto využito v rámci teleologického výkladů, když dle čl. 296 Smlouvy musí každý *„právní akt obsahovat odůvodnění a odkazovat na návrhy, podněty, doporučení, žádosti nebo stanoviska požadovaná smlouvami“* (8). Jak dále uvádí Fröhlich (8) *„obecně lze dle judikatury SDEU odůvodnění považovat za dostatečné tehdy, pokud: „dotčené osoby mohou seznat důvody, které vedly k přijetí daného opatření, a příslušný soud může vykonávat svou kontrolní funkci“, tj. v okamžiku, kdy „odůvodnění opatření obsahuje nejdůležitější právní a skutkové úvahy, na nichž se dané opatření zakládá a které jsou potřebné pro porozumění myšlenkovému pochodu, na jehož základě zákonodárce rozhodnutí přijal“*. Fröhlich (8) pak ještě upřesňuje, že *„z pohledu adresátů právních norem odůvodnění vytváří záruku proti svévoli, zvyšuje transparentnost unijních aktů a umožňuje výkon kontroly evropské normotvorby, a zároveň mohou vhodně zvolené body odůvodnění předem vyřešit i mnoho potencionálně sporných otázek (resp. mnoho sporných otázek může být vyřešeno jedním krátkým pohledem do odůvodnění daného aktu), čímž je zvyšována předvídatelnost práva a podporována právní jistota“*.

5.4.2 Subdodávky vs. prokázání kvalifikace

Obě níže uvedená rozhodnutí Úřad plně korespondují i s mým názorem, když shodně říkají, že pro možnost prokázání kvalifikace je nejen nutné skutečné provedení činností, které jsou předmětem kvalifikace, tak i jejich aktivní provedení při realizaci dané veřejné zakázky.

1. Rozhodnutí: S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc s datem nabytí právní moci 15. 9. 2012: *“Uvedené slovní spojení „zadat určitou část veřejné zakázky“ je nutné chápat ve smyslu aktivní účasti subdodavatele při plnění veřejné zakázky. V předmětném případě se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, jejímž předmětem je vybudování nových zpevněných ploch (vozovek, chodníků a parkovacích stání). „Zadáním určité části veřejné zakázky jiné osobě“ se tedy v tomto případě rozumí aktivní provádění stavebních činností subdodavatelem, případně dodávka materiálu vztahujícího se k předmětu plnění zakázky. Dále je zřejmé, že jako „zadání určité části veřejné zakázky“ nemůže být chápáno pasivní zapojení subdodavatele, který poskytne pouze práva, finanční zdroje nebo know-how pro potřebu prokázání kvalifikačních předpokladů a dále se na samotném plnění předmětu veřejné zakázky již aktivně podílet nebude. Úřad zastává názor, že pouhé poskytnutí know-how není aktivní účastí subdodavatele při plnění předmětu veřejné zakázky.”*
2. Rozhodnutí Úřadu S342/2012/VZ-16882/2012/514/MDI s datem nabytí právní moci dne 26. 9. 2012: *“Z žádosti o účast navrhovatele vyplývá, že požadavek stanovený v bodě 1. 5. 4. kvalifikační dokumentace prokazuje prostřednictvím 2 realizovaných atletických drah společností Strabag Sportstättenbau GmbH, která je součástí koncernu STRABAG SE, kdy jednou referenční stavbou je sportovní stadion Ernst-Abbe v Jeně, která v sobě zahrnuje i výstavbu atletické 8-dráhy. Z žádosti o účast sdružení společností VOKD, a. s. a BSW GmbH vyplývá, že i tento uchazeč prokazuje splnění kvalifikace prostřednictvím realizace atletické 8-dráhy na sportovním stadionu Ernst-Abbe v Jeně.*
Z dalších doložených písemností ze strany navrhovatele, zejména ze smluv o dílo mezi navrhovatelem a společností BSW GmbH, které byly navrhovatelem doloženy jako příloha k námitkám ze dne 23. 5. 2012 a jejich doplnění ze dne 28. 5. 2012 je zřejmé, že navrhovatel byl generálním dodavatelem stavby stadionu Ernst-Abbe v Jeně a společnost BSW GmbH na této zakázce participovala jakožto subdodavatel.

Dílčí plnění spočívající v realizaci atletické 8-dráhy bylo na základě smlouvy o dílo provedeno společností BSW GmbH.

Úřad se neztotožňuje s názorem navrhovatele, že skutečnost, že společnost Strabag Sportstättenbau GmbH měla při realizaci zakázky „Rekonstrukce stadionu Ernst-Abbe v Jeně“ subdodavatele, nemá na doložení v přezkoumávaném zadávacím řízení žádný vliv.

Ze strany navrhovatele byly předloženy důkazy, ze kterých plyne, že byl generálním dodavatelem stavby stadionu Ernst-Abbe v Jeně, jakožto generální dodavatel nese všechna rizika, včetně případných reklamací a záruky za stavbu jakožto celek, včetně atletické dráhy, která byla zhotovena subdodavatelem, není však subjektem, který by realizoval a fakticky vykonal práce spojené s výstavbou atletické dráhy na tomto stadionu. Požadavek zadavatele v rámci šetřené veřejné zakázky se vztahuje na reálnou výstavbu či realizaci atletických drah, z tohoto důvodu, má Úřad za prokázáno, že zadavatel při neakceptování referenční zakázky „Rekonstrukce stadionu Ernst-Abbe v Jeně“ předložené navrhovatelem postupoval v souladu se zákonem.”

Toto rozhodnutí Úřadu je zcela v souladu s mým názorem. V praxi to však pro zadavatele znamená faktické prověřování všech referenčních zakázek téměř všech uchazečů, pokud má zadavatel být jen minimální pochybnosti o tom, že zakázku v celém rozsahu realizoval uchazeč. V tomto ohledu si dovoluji poukaz na tři různé aspekty daného rozhodnutí Úřadu v případě:

- a) generálního dodavatele a subdodavatele, kdy je řešení dáno přímo rozhodnutím Úřadu, tj. generální dodavatel není oprávněn si přisvojit tu část kvalifikace, kterou fakticky prováděl subdodavatel;
- b) generálního dodavatele a subdodavatele, který je však z pohledu generálního dodavatele osobou „v rámci holdingových vazeb“^{46c}, kdy je řešení dáno přímo judikaturou SDEU, tj. generální dodavatel je oprávněn si přisvojit tu část kvalifikace, kterou fakticky prováděl subdodavatel, když prokáže, že oprávněn disponovat s prostředky tohoto subdodavatele v rámci svých holdingových vazeb, a to *ex tunc* i *ex nunc*;

⁴⁶ Blíže např. rozhodnutí Úřadu 2R013/06 s datem nabytí právní moci dne 16. 3. 2006 a judikaturu SDEU C-176/98 Holst v. Italia a C-389/92 Ballast Nedam Grep NV v. Belgie

- c) sdružení více dodavatelů, kteří jsou však považováni za jednoho “hromadného” dodavatele s ohledem na solidární závazek dle § 51 odst. 6 ZVZ, kdy i na takového hromadného dodavatele, dle mého názoru, doléhá aplikace daného rozhodnutí v případě, že členové sdružení budou moci fakticky doložit, že veškeré činnosti byly realizovány společně. Na základě osobních zkušeností jsem toho názoru, že taková situace v rámci realizace veřejných zakázek nenastává, a naopak každý z členů sdružení realizuje předem specifikované činnosti a zcela výjimečně pak činnosti *ad hoc*. V tomto ohledu musí být každý veřejný zadavatel velmi opatrný a veškeré referenční listy, kde vystupuje sdružení několika dodavatelů, posuzovat nejen textově, ale především fakticky. Zejména by tedy každý zadavatel měl požadovat alespoň čestné prohlášení uchazeče, že danou reference splňuje v plném rozsahu, případně pak ve fakticky doložitelném rozsahu nezbytném pro akceptaci dané reference. Každého uchazeče, který není takový kvalifikační předpokladem schopen splnit, aniž by se vystavoval riziku správního deliktu § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ, musí zadavatel z dalšího průběhu zadávacího řízení vyloučit.

5.4.3 Zprostředkování subdodavatelé a obsah subdodavatelé smlouvy

Úřad ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHSS130/2/09-11951/2009/530/RPá s datem nabytí právní moci dne 20. 7. 2010⁴⁷ v čl. 8 uvádí: „*V obecné rovině (Úřad) uvedl, že není vyloučeno, aby příslušnou část kvalifikace prokázal za uchazeče nikoliv jeho přímý subdodavatel, ale (zjednodušeně řečeno) subdodavatel subdodavatele (dále také „druhý subdodavatel“). To platí za předpokladu uzavření a předložení smlouvy, z níž vyplývá závazek k poskytnutí plnění určeného k realizaci veřejné zakázky či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel (prostřednictvím přímého subdodavatele) oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém druhý subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Co se rozumí smlouvou, „... z níž vyplývá závazek ...“*, Úřad uvedl, že: „*ZVZ neklade na zmíněnou smlouvu žádné další požadavky. Není tedy rozhodné, jaký smluvní typ si dodavatelé zvolí a nelze ani vyloučit uzavírání smluv o smlouvě budoucí. Účelem předmětného ustanovení je, aby zadavateli bylo předem prokázáno, že „seskupení subjektů“ reálně disponuje potřebnými kapacitami (zkušenostmi, technickým nebo personálním vybavením, atd.“*“.

⁴⁷ Potvrzeném rozhodnutím předsedy Úřadu č. j.: ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc s datem nabytí právní moci dne 20. 7. 2010.

Z citovaného rozhodnutí vyplývají následující skutečnosti:

1. část kvalifikace lze prokázat nejen subdodavatelem „přímým“ ale i subdodavatelem „zprostředkovaným“ jiným subdodavatelem;
2. smlouva mezi dodavatelem a subdodavatelem (a jeho subdodavatelem) může být jakéhokoliv typu, tedy i smlouva o smlouvě budoucí, avšak za podmínky, že bude obsahovat náležitosti dle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ.

Uvedené rozhodnutí je zcela v souladu s čl. 48 odst. 3 Směrnice v pojetí (zejména) rozsudku ESD C-176/98⁴⁸, když toto lze aplikovat nejen na „přímé“ subdodavatele, ale i na dalších „zprostředkované“ subdodavatele. K bodu 2 jen doplním, že dle (5 str. 229) může být *„smlouva uzavřená mezi dodavatelem a subdodavatelem koncipována jako tzv. rámcová smlouva, která pokrývá více veřejných zakázek, popř. je závazek subdodavatele v takové smlouvě vymezen obecněji ...“*

Co však z citovaného rozhodnutí nevyplývá, a ani danou problematiku neobsahují komentáře ((4 stránky 362-365) ani (5 stránky 228-230)) zda je dodavatel povinen veřejnému zadavateli předložit i dokumenty dle § 51 odst. 4 písm. a) ZVZ v případě „zprostředkovaného“ subdodavatele. Jsem toho názoru, že v souladu s § 6 ZVZ, zejména zásady rovného zacházení, je povinností dodavatele stejným způsobem prokazovat využívání možností „přímých“ i „zprostředkovaných“ subdodavatelů, tj. dokládat splnění povinnosti dodavatele u všech typů subdodavatelů v plném rozsahu § 51 odst. 4 ZVZ. Tato povinnost se pak dle mého názoru vztahuje na veškeré typy a úrovně subdodavatelských vztahů, tj. i včetně vztahů založených na ekonomických vazbách vertikálních (mateřská společnost – dceřiná společnost), horizontálních (dceřiná společnost – jiná dceřiná společnost, kdy obě mají stejnou mateřskou společnost) nebo diagonálních (dceřiná společnost dceřiné společnosti – mateřská společnost či její jiná dceřiná společnost, apod.).

5.4.4 Zaměstnanec subdodavatelem

Současné znění ZVZ umožňuje dva zcela odlišné výklady posuzování zaměstnanců uchazečů, pomocí níž je dle § 54 písm. c) a d) ZVZ požadováno prokázání odborné způsobilosti podle zvláštních právních předpisů. Prvním názorem je ten, který odpovídá ekonomickému pojetí v souladu s ObchZ, konkrétně pak § 5 odst. 1 ObchZ (*podnikem*

⁴⁸ Rozsudek ESD C-176/98, ačkoliv se vztahuje ke směrnici 92/50/EHS, lze v plné míře aplikovat i na směrnici 2004/18/ES, která předchozí nahradila.

se pro účely tohoto zákona rozumí soubor hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání), že takový zaměstnanec je součástí dodavatele. Takový názor nejspíše převažuje, protože se v odborných kruzích daná problematika vůbec nevyskytuje a ani komentáře (4 stránky 384-390) ani (5 str. 252)) s jinou variantou nepočítají. Druhý názor, který zastávám já, pak vychází čistě z právní definice uvedené v § 17 písm. i) ZVZ, ze které vyplývá, že takový zaměstnanec je zároveň součástí dodavatele i subdodavatelem.

V této souvislosti se odkazuji především na rozhodnutí Úřadu č. j. R047,050/2007/02-11371/2007/310-Hr s datem nabytí právní moci dne 16. 7. 2007, kde se uvádí, že „*na ObchZ nelze ve vztahu k zákonu⁴⁹ pohlížet jako na normu vyšší právní síly, neboť takovými normami jsou pouze ústava, ústavní zákony a mezinárodní smlouvy*“. Tento pohled je, dle daného rozhodnutí, umožněn pouze z „*pohledu závazkových právních vztahů, kdy zákon jako lex specialis se v dané souvislosti použije přednostně před ObchZ*“.

Subdodavatelem je dle § 17 písm. i) ZVZ osoba, „*pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva*“. Jak vyplývá z § 2 odst. 1 zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů, „*autorizací se rozumí oprávnění fyzických osob k výkonu odborných činností ve výstavbě*“. Jedná se tedy v případě prokazování splnění profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. d) ZVZ ze strany autorizované fyzické osoby o poskytnutí určitého práva (oprávnění) dodavateli. V tomto ohledu pak ZVZ nerozlišuje mezi dodavatelem a subdodavatelem a stejná interpretace je možná i v rámci profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. c) ZVZ. Stejnou interpretaci lze dovodit i ze znění zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „*ŽZ*“), kde jsou v § 7 ŽZ definovány zvláštní podmínky provozování živnosti a v § 24 ŽZ (resp. příloze č. 2 ŽŽ) odborná způsobilost, obě se vztahující výlučně k fyzické osobě. Jak uvádí rozsudek NS soudu č. j. 5 Afs 77/2010 ze dne 19. 11. 2011 „*možnost prokazování části kvalifikace subdodavately, obsažená v ustanovení § 51 odst. 4*

⁴⁹ Zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů – *per analogiam legis* tedy i ZVZ.

zákona o verejných zakázkách, není vázána na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele, ale na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace v plném rozsahu“. Pokud tedy dodavatel (právnícká osoba) nemůže v plném rozsahu prokázat dispozici s uvedeným oprávněním, které je vystaveno na jméno konkrétní fyzické osoby, pak je nutné přijmout interpretaci autora, tj. že oprávněná osoba pouze poskytuje toto oprávnění dodavateli. Stejného názoru je pak i důvodová zpráva k ZVZ, kde se uvádí, že „Za subdodavatele je považována nejen osoba, která fakticky provádí určitou činnost (poskytuje část plnění místo dodavatele), ale rovněž osoba, která poskytuje dodavateli pro plnění veřejné zakázky určité věci (například výrobní zdroje) či práva (například licenční oprávnění).“.

Na základě výše uvedeného pak v praxi mohou vzniknout 4 odlišné situace, kdy bude potřeba řešit splnění prokázání kvalifikace různým způsobem, a to v rámci vazby⁵⁰:

1. přímé I: oprávněná osoba je zároveň jediným statutárním orgánem právnické osoby.
2. přímé II: oprávněná osoba je zároveň statutárním orgánem právnické osoby (jedním z více).
3. zaměstnanecké I: oprávněná osoba je zaměstnancem právnické osoby a její oprávnění je přímo vázáno na oprávnění právnické osoby.
4. zaměstnanecké II: oprávněná osoba je zaměstnancem právnické osoby, avšak (ačkoliv je držitelem oprávnění) není její oprávnění přímo vázáno na oprávnění právnické osoby.

5.4.4.1 Ad 1. – Přímá vazba I

V případě, kdy je oprávněná osoba zároveň jediným statutárním orgánem, v takovém případě lze nahlížet na dodavatele jakožto na splynutí fyzické a právnické osoby. Tedy splnění § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ je dáno zakladatelskou listinou a splnění § 51 odst. 4 písm. a) ZVZ prokazuje právnická osoba čestným prohlášením (v plné textaci § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ) dle § 53 odst. 3 písm. d) ZVZ podepsaným tímto statutárním orgánem a

⁵⁰ Pozn.: V případě 1. a 2. neuvažují o možnosti, že právnická osoba využívá k získání vázaného živnostenského oprávnění jinou osobu (zaměstnance) a tedy oprávnění statutárního orgánu není přímo propojeno s právnickou osobou. V takovém případě pak je nutné postupovat adekvátní kombinací níže uvedených variant.

výpisem z obchodního rejstříku dle § 54 písm. a) ZVZ dané právnické osoby. V této souvislosti jen poznamenávám, že provázanost fyzické a právnické osoby je v tomto případě přímo uvedena ve výpise z živnostenského rejstříku (v případě o ohlašovací vázané živnosti).

5.4.4.2 Ad 2. – Přímá vazba II

V případě, kdy je oprávněná osoba zároveň i součástí statutárního orgánem, je možné aplikovat stejný postup jako v případě Ad 1., avšak za podmínky, že čestné prohlášení dle § 53 odst. 3 písm. d) ZVZ musí podepsat i tato oprávněná osoba/statutární orgán.

5.4.4.3 Ad 3. – Zaměstnanecká vazba I

V případě, kdy je oprávněná osoba zaměstnancem a její oprávnění je přímo spojeno s danou právnickou osobou (výpisem z evidence živnostenského rejstříku), naplňuje definici kvazi-subdodavatele a musí předložit zadavateli splnění § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, a to formou alespoň čestného prohlášení (dodavatele či zaměstnance) o existenci zaměstnaneckého poměru (ačkoliv toto je jednoznačně patrné z výpisu z evidence živnostenského rejstříku) a dále pak čestným prohlášením zaměstnance dle § 53 odst. 1 písm. i) a j) ZVZ. Nutnost uvedení tohoto čestného prohlášení a podpisu zaměstnancem dovozují především z důvodu, kdy tento zaměstnanec může (pokud např. vykonává danou činnost i jako osoba samostatně výdělečně činná či v zaměstnaneckém poměru u jiného hospodářského subjektu) být v daném rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek pod jinou firmou. Naopak se nedomnívám, že by tento zaměstnanec, byť by byl v obchodním rejstříku či jiné obdobné evidenci zapsán, musel prokazovat splnění této části dle § 54 písm. a) ZVZ, když tato povinnost je splněna dodavatelem přímo uvedením ve výpise z obchodního rejstříku či jiné obdobné evidence dodavatele a z registru živnostenských oprávnění dodavatele (v případě ohlašovací vázané živnosti).

5.4.4.4 Ad 4. – Zaměstnanecká vazba II

V případě, kdy je oprávněná osoba zaměstnancem a její oprávnění není přímo spojeno s danou právnickou osobou (tedy není tato osoba uvedena ve výpise z evidence živnostenského rejstříku), naplňuje „zcela“ definici subdodavatele dle ZVZ a musí předložit zadavateli splnění § 51 odst. 4 ZVZ v plném rozsahu, a to dle písm. b) formou nejen čestného prohlášení zaměstnance (subdodavatele) z něhož bude vyplývat závazek oprávněné osoby (zaměstnance) k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem (zaměstnavatele) či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel

(zaměstnavatel) oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel (zaměstnanec) prokázal splnění kvalifikace, ale i čestného prohlášení zaměstnavatele (dodavatele) z něhož bude vyplývat závazek dodavatele (zaměstnavatele) že bude disponovat plněním určeným k plnění veřejné zakázky subdodavatelem (zaměstnancem) či mu budou poskytnuty věci či práva zaměstnance, s nimiž bude dodavatel (zaměstnavatel) oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel (zaměstnanec) prokázal splnění kvalifikace. Dle § 51 odst. 4 písm. a) ZVZ pak musí tento zaměstnanec splnit v plném rozsahu a navíc předložit čestné prohlášení dle § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ.

5.4.5 Zásada rovného zacházení u profesních kvalifikačních předpokladů

Ustanovení § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ nerespektuje zásadu uvedenou v § 6 ZVZ, konkrétně zásady rovného zacházení a nediskriminace, když určitou skupinu dodavatelů (prokazující splnění profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 písm. c) ZVZ) zvýhodňuje oproti skupině jiné (prokazující splnění profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 písm. c) ZVZ). V případě prokazování splnění základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ je dodavatel splnit tento předpoklad i pro osoby, pomocí níž je dle § 54 písm. d) ZVZ požadováno prokázání odborné způsobilosti podle zvláštních právních předpisů (např. zákon č. 417/2004 Sb., o patentových zástupcích a o změně zákona o opatřeních na ochranu průmyslového vlastnictví, zákon č. 254/2000 Sb., o auditorech a o změně zákona č. 165/1998 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů). V případě prokazování splnění základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ však již není dodavatel povinen splnit tento předpoklad pro osoby, pomocí níž je dle § 54 písm. c) ZVZ požadováno prokázání členství v profesní samosprávné komoře či jiné profesní organizaci, pokud je takové členství podle zvláštních právních předpisů nezbytné v rámci realizace veřejné zakázky (např. zákon č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů). Případy definované v § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ, tj. pravomocné disciplinární potrestání či pravomocně uložené

kárné opatření mohou nastat v obou případech prokazování splnění profesní kvalifikace, tedy dle § 54 písm. c)⁵¹ i d) ZVZ.

Z ustanovení § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ dále není zcela jasné, zda prokázání tohoto základního kvalifikačního předpokladu čestným prohlášením dle § 53 odst. 4 písm. d) ZVZ, prokazuje za tyto osoby dodavatel automaticky svým čestným prohlášením podepsaným oprávněnou osobou dodavatele, nebo zda toto prokázání základního kvalifikačního kritéria musí ještě doložit i každá odpovědná osoba svým vlastním čestným prohlášením. V Komentáři je uváděn názor, že „Čestné prohlášení, a to i ve vztahu k odpovědnému zástupci či jiné osobě dle písm. i), učiní dodavatel, tedy v případě právnické osoby ty osoby, které jednájí jménem právnické osoby (nebo za právnickou osobou), a to v souladu se způsobem jednání a podepisování za právnickou osobu“. Ani s tímto názorem se neztotožňuji a jsem zastáncem druhého výkladu, tedy, že nabídka musí obsahovat jak čestné prohlášení prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu dle § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ dodavatelem, tak i čestné prohlášení stejného rozsahu pro každou odpovědnou (či jinou) osobu, když toto ustanovení explicitně říká, že „... tento předpoklad se vztahuje na osoby, prostřednictvím nichž dodavatel tuto činnost vykonává“. Pokud se tedy na tyto osoby vztahuje tento předpoklad, pak se na ně zcela jednoznačně vztahuje i povinnost tento předpoklad splnit a v logickém sledu tedy i prokázat. Prokázání splnění předpokladu pak musí být stejným způsobem a ve stejném rozsahu, tj. prostřednictvím čestného prohlášení dle § 53 odst. 4 písm. d) ZVZ. Výše uvedené vyplývá i z OZ, když podpis čestného prohlášení je právní úkon dle §§ 34 a násl. OZ. V této souvislosti jsem toho názoru, že čestné prohlášení musí podepsat osoba, které se toto bezprostředně (a objektivně) týká a která jediná je způsobilá takový právní úkon učinit. V případě, kdy by čestné prohlášení za tuto osobu učinila osoba jiná, muselo by se tak stát na základě zastoupení na základě plné moci dle §§ 31 a násl. OZ. Dodavatel není ze ZVZ oprávněn zastupovat odpovědnou (či jinou) osobu v rozsahu nutném pro aplikaci § 23 OZ.

5.4.6 Délka záruky jako dílčí hodnotící kritérium

Na Portálu veřejných zakázek⁵² (dále jen „Doporučení“) bylo uveřejněno k § 78 odst. 4 ZVZ následující stanovisko: „*Délka záruky neuspokojivým způsobem vyjadřuje vztah*

⁵¹ Srov. §§ 20 a násl. zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů

užitné hodnoty a ceny, a proto je toto dílčí kritérium, s ohledem na nedostatečný vypovídací charakter, k hodnocení nabídek nevhodné. Doporučujeme Vám proto stanovit jiná dílčí hodnotící kritéria, jejichž prostřednictvím budete schopni mezi sebou jednotlivé nabídky objektivně porovnat.“ S takovým stanoviskem se absolutně ztotožňuji. Stejný názor se mnou, s vysokou mírou pravděpodobnosti, zastávají i komentáře ((4 stránky 490-511) ani (5 stránky 352-353)), když především Jurčík (4 str. 509) odkazuje např. na rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S12/2009/VZ-2323/2009/510/HOd s datem nabytí právní moci dne 25. 3. 2009⁵³

Jak vyplývá z § 78 odst. 4 ZVZ *„Dílčí hodnotící kritéria stanoví zadavatel vždy tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, když jimi mohou být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení. Dílčím hodnotícím kritériem nemohou být smluvní podmínky, jejichž účelem je zajištění povinností dodavatele, nebo platební podmínky.*“ V Doporučení se pak dále uvádí, že *„Délka záruky do těchto podmínek (smluvní podmínky, jejichž účelem je zajištění povinností dodavatele) nespadá.*“ S tímto tvrzením souhlasím, jelikož vyplývá i z konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu v Brně i Úřadu (např.: č. j. 5Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009, kde délka záruční lhůty je označována jako „doba záručního servisu“ – blíže pak Rozhodnutí Úřadu S198/2012/VZ-7307/2012/520/ABr s datem nabytí právní moci dne 30. 6. 2012; Rozhodnutí Úřadu R259,261/2011/VZ-10165/2012/32 s datem nabytí právní moci dne 22. 6. 2012, atd.), dále pak i z metodiky zadávání veřejných zakázek (MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR, právní stav k 15. 7. 2012), kde se uvádí *„Dílčím hodnotícím kritériem nemohou být smluvní podmínky, jejichž účelem je zajištění povinností dodavatele, nebo platební podmínky (smluvní pokuta, doba*

⁵² Portál VZ - Otázka. MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR. Portál VZ [online]. 18.7.2012 11:23:12. 2012 [cit. 2012-12-13]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Info-forum/Otazky-a-odpovedi> –

⁵³ Citace: *“Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že předmětem veřejné zakázky je dodávka kardioangiografického zařízení, je nepochybné, že jeho pozáruční servis se vztahuje k nabízenému plnění veřejné zakázky a zadavatel stanovením tohoto dílčího hodnotícího kritéria postupoval v souladu se ZVZ. Současně je nesporné, že cena za pozáruční servis pořizovaného zařízení může být z důvodu budoucích finančních a jiných nákladů pro zadavatele natolik významným aspektem, že tuto cenu zahrne do hodnotících kritérií.”*

splatnosti faktur apod.).“ a v neposlední řadě i z důvodové zprávy k novele ZVZ (k 1. 4. 2012), kde se uvádí, že „*Návrh zakazuje použít jako dílčí hodnotící kritérium smluvní podmínky sloužící pro zajištění povinnosti dodavatele. Typicky jde o smluvní pokuty či sankce. V těchto případech je velmi sporné, jakým způsobem souvisí zajištění povinnosti dodavatele s vlastní ekonomickou výhodností nabízeného plnění. Zajištění budoucího závazku lze řešit konkrétní specifikací v obchodních podmínkách již v zadávací dokumentaci.*“

Ačkoliv vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 231/2012 Sb., kterou se stanoví obchodní podmínky pro veřejné zakázky na stavební práce v § 5 písm. f) zahrnuje pod obchodní podmínky i délku záruční lhůty, je potřeba si danou formulaci vykládat v souladu s § 78 odst. 4 ZVZ. Zde jsem toho názoru, že v případě hodnocení délky záručních lhůt, postačí uvedení min. délky záruční lhůty v obchodních podmínkách s tím, že konkrétní (delší) lhůtu si může určit uchazeč sám v rámci mantinelů zadávacích podmínek, tj. zadavatel není vyhláškou nucen uvést konkrétní délku záruční lhůty, ale může uvést tento údaj i relativně. Jak vyplývá z ObchZ (§§ 297 -323i) a jeho komentáře (9 stránky 947-995), instituty zajištění závazku jsou uvedeny taxativním výčtem. Délka záruční lhůta do tohoto výčtu nespadá a tedy dle § 53 odst. 1 písm. i) ZVZ nemůže být považována za obchodní podmínku zajišťující povinnosti dodavatele ani za platební podmínku. Naopak, délka záručního servisu, v pojetí časového kritéria, je uvedena v příloze č. B2 Dokumentu „*Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek*“ - Postupy pro výběr kritérií vhodných pro typické předměty s ohledem na možnosti definování měřitelných ukazatelů, vydané Ministerstvem pro místní rozvoj - Odborem veřejného investování (autor metodického textu: Prof. PhDr. František Ochraňa, DrSc.) v prosinci 2008, který se odvolává i na zákon o finanční kontrole⁵⁴. Tento dokument pak konkrétně uvádí, že „*Kritérium záručního servisu a pozáručního servisu patří mezi užitková kritéria (kritéria maximalizační), kdy pro hodnocení stanovujeme časové ukazatele. Při hodnocení nabídek postupujeme podle § 78 odst. 5 ZVZ, tedy provádíme normalizaci údajů. Časová kritéria umožňují komplexně sledovat 3E. Doporučená metoda ke*

⁵⁴ Ukládající, že při nakládání s veřejnými prostředky musí být sledováno kritérium hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti (§ 25 odst. 1 zákona o finanční kontrole) a při předběžné kontrole a v rámci vnitřního auditu musí být prováděn audit 3E (§ 28 odst. 4 písm. c) zákona o finanční kontrole).

sledování daného ukazatele je stanovení časových jednotek a jejich normalizace prostřednictvím kardinální stupnice.“.

Jak vyplývá z § 429 odst. 1 ObchZ „Zárukou za jakost zboží přejímá prodávající písemně závazek, že dodané zboží bude po určitou dobu způsobilé pro použití ke smluvenému, jinak k obvyklému účelu nebo že si zachová smluvené, jinak obvyklé vlastnosti.“. Ačkoliv se tedy jedná o obchodní podmínku a závazek prodávajícího (uchazeče o veřejnou zakázku), nejedná se o obchodní podmínku (závazek), která by zajišťovala povinnosti dodavatele, když zajišťovací instituty jsou taxativně vymezeny v §§ 300 a násl. ObchZ (Smluvní pokuta. Ručení. Bankovní záruka a Uznání závazku)

Doba záručního servisu je v ZVZ zahrnuta ve výčtu uvedeném v § 78 odst. 4 ZVZ, a to konkrétně jako „záruční a pozáruční servis“ a subsidiárně i jako „provozní náklady“, když doba záručního servisu zcela jednoznačně ovlivňuje i provozní náklady. Pokud tedy bude zadavatel postupovat v souladu s § 6 ZVZ, tj. transparentně stanoví vztah užitné hodnoty a ceny (zde je zcela volní dispozice rozhodnutí zadavatele) a v zadávací dokumentaci uvede transparentní a jasná pravidla pro hodnocení dílčího kritéria, je doba záručního servisu zcela konkrétní, matematicky vyjádřitelné a porovnatelné, číslo, které je objektivně porovnatelné. Doba záručního servisu bude korespondovat i s kvalitou provedeného díla uchazečem (a má tedy i vypovídací charakter) a tedy bude naplňovat i další aspekt uvedený v § 78 odst. 4 ZVZ – kvalitu. V tomto ohledu se znovu odkazují na konstantní judikaturu NSS a Úřadu k této problematice.

5.4.7 Projev vůle v subdodavatelských smlouvách

V rámci jedné veřejné zakázky, kdy zadavatelem bylo statutární město Plzeň, byl na návrh hodnotící komise (jakožto komise příslušné k posuzování kvalifikace, a jejíž jsem byl členem) vyloučen uchazeč na základě obsahu smluv se subdodavatelem. V tomto ohledu pak vyloučený uchazeč v námitkách argumentoval tím, že zadavatel hodnotil smlouvy o smlouvách budoucích uzavřených mezi stěžovatelem a jeho subdodavateli (pomocí nichž stěžovatel prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ) příliš restriktivně, když nepřihlédl ke skutečné vůli smluvních stran předložených smluv dle § 266 ObchZ. K dané problematice jsem pak sestavoval odůvodnění sloužící k zamítnutí námitek vyloučeného uchazeče, jehož, dle mého názoru správnost a důvodnost, byla potvrzena tím, že vyloučený uchazeč (dále

„stěžovatel“) nevyužil svého práva k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 111 ZVZ.

Ve svém stanovisku jsem uvedl, že v rámci zadávacího procesu předmětné veřejné zakázky postupoval zadavatel (statutární město Plzeň) v souladu s konstantní judikaturou SDEU⁵⁵ a ustálenou rozhodovací praxí Úřadu⁵⁶, když:

- a) postupoval restriktivně při hodnocení stěžovatelem předložených smluv a
- b) vykládal projev vůle v souladu s § 266 odst. 2, 3 a 4 ObchZ.

Ad a) Z předložených dokladů a smluv o smlouvách budoucích mezi stěžovatelem a jeho subdodavatelem nelze vyvodit, že by zakládaly závazky daných subdodavatelů podílet se na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky jako celku, resp. předmětné smlouvy o smlouvách budoucích neprokazují, že by subdodavatelé pokryly „závazkem spolupráce a montáží technologického zařízení“, resp. „závazkem spolupráce a dodávkou automatizační techniky“ činnosti při realizaci předmětu veřejné zakázky v rozsahu, v jakém pomocí subdodavatelů stěžovatel prokazuje splnění kvalifikace, tj. v souladu s § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ (smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věci či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace dle § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ).

K namítanému restriktivnímu pohledu zadavatel uvádí, že postupoval v souladu s ustanovením § 51 odst. 4 ZVZ, resp. § 60 odst. 1 ZVZ. V opačném případě, tedy pokud by zadavatel akceptoval znění smluv o smlouvách budoucích uvedených v nabídce stěžovatele, došlo by k popření smyslu prokazování kvalifikace při zadávání veřejných zakázek, neboť by mohla nastat situace, že k realizaci veřejné zakázky bude vybrán subjekt, který neprokázal kvalifikaci ani v součinnosti se subdodavatelem, neboť nedoložil smlouvy se subdodavatelem, jež by zakládaly závazek těchto subdodavatelů podílet se na plnění veřejné zakázky alespoň v rozsahu, v jakém prokazovali kvalifikaci dle § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ.

⁵⁵ Např. rozsudky: ESD C-389/92 Ballast Nedam Groep NV v. Belgie; ESD C-5/97 Ballast Nedam Groep NV v. Belgie; ESD C-176/98 Host Italia SpA v. Comune di Cagliari, apod.

⁵⁶ Např. rozhodnutí S78/2010/VZ-9423/2010/520/EMa a R103,104/2010/VZ-17013/2010/310/JSI (obě s datem nabytí právní moci dne 3. 12. 2010); S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc (s datem nabytí právní moci dne 15. 9. 2012), apod.

Vše výše uvedené stěžovatel ve svých námitkách nerozporuje, když z jeho námitek vyplývá, že:

1. zadavatel byl uveden v omyl ohledně projevu vůle, když písemná podoba tohoto nebyla v souladu s faktickou vůlí smluvních stran (tj. stěžovatelem a jeho subdodavatelem) a
2. stěžovatel *de facto* vědomě porušil § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, když z předmětných smluv o smlouvách budoucích, dle názoru stěžovatele, vyplývá pouze závazek obou smluvních stran ve stanovené době uzavřít smlouvy, které budou teprve závazek uvedený v § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ obsahovat, tj. sám stěžovatel nenamítá, že smlouvy o smlouvách budoucích požadavek uvedený v § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ neobsahují.

Ad b) K námitce stěžovatele týkající se výkladu uzavřených smluv o budoucích smlouvách, který by měl být podáván s ohledem na kontext okolností a účel jejich uzavření, zadavatel sděluje, že celý proces zadávání veřejných zakázek podle ZVZ je svázán přísným formalismem právě proto, aby zadavatel s ohledem na specifika konkrétního předmětu plnění vybral nejvhodnějšího dodavatele, který má s obdobným druhem plnění zkušenosti, přičemž jistota závazku budoucího dodavatele je stvrzena i velmi přísnými podmínkami na obsah smlouvy, resp. smlouvy o smlouvě budoucí dle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ. Jestliže zadavatel zjistil, že stěžovateli na základě smlouvy o smlouvě budoucí se subdodavatelem vznikla pouze "práva na užití dokladů pro splnění kvalifikačních předpokladů, závazek spolupráce a montáž technologického zařízení", resp. "práva na užití dokladů pro splnění kvalifikačních předpokladů, závazek spolupráce a dodávka automatizační techniky", nikoliv však závazek k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky, má zadavatel za správný svůj názor o tom, že takto formulovanou smluvní podmínkou nevzniká subdodavatelem závazek podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky (v rozsahu prokázání splnění technické kvalifikace) a zadavatel skutečně nemá o co opřít svoji jistotu, že by se na plnění veřejné zakázky podíleli subdodavatelé, jejichž prostřednictvím je splnění technických kvalifikačních předpokladů prokazováno.

Nad rámec svých povinností se zadavatel zabýval i námitkou výkladu projevu vůle a nad rámec výše uvedeného uvádí, že ani v tomto případě není námitka stěžovatele důvodná, když v souladu s § 266 ObchZ je důležité rozlišit projev vůle, který je

adresovaný druhé smluvní straně (stěžovatel v. subdodavatel) a projev vůle, který musí vyplynout třetí, mimosmluvní, straně (stěžovatel v. zadavatel). V tomto ohledu pak zadavatel správně aplikoval § 266⁵⁷:

1. odst. 2 ObchZ, když vykládal projev vůle stěžovatele vůči zadavateli podle významu na základě písemného projevu smluvních stran, který by mu zpravidla přikládal zadavatel (osoba v postavení osoby, které byl projev vůle určen),
2. odst. 3 ObchZ, když povaha věci, tj. realizace zadávacího procesu dle ZVZ⁵⁸, nepřipouští jiný výklad a
3. odst. 4 ObchZ, když vykládal výraz připouštějící různý výklad k tíži stěžovatele (jakožto strany, která tento výraz v jednání použila jako první).

Dále zadavatel odkazuje i (např.) na rozsudek NS, sp. zn. 33 Cdo 1148/98, ze dne 31. 8. 1999, kde významově samostatnou částí tvoří věta: *“Výkladem tak lze zjišťovat pouze obsah právního úkonu, nelze jím projev vůle doplňovat.”* Pokud tedy stěžovatel v námitkách uvádí, že *„smluvním stranám je bez pochyby známo, že z předmětných smluv o budoucích smlouvách o dílo vyplývá i, kromě výše uvedeného, závazek poskytování veškeré potřebné technické pomoci subdodavatelů stěžovateli při provádění veřejné zakázky v rozsahu ..., kdy tato technická pomoc bude spočívat zejména ve vypracování konkrétních technologických řešení, ..., v poskytování konzultací a poradenství v určitých jednotlivých případech spojených s prováděním veřejné zakázky.“*, zadavatel je toho názoru, že se z pohledu stěžovatele jedná právě o doplňování projevu vůle a nikoliv jeho zpřesnění.

5.4.8 Projev vůle ve specifických dokumentech veřejné zakázky

Projevem vůle se zabýval i NSS v rozsudku č. j. 7 Afs 77/2008–68, dne 20. 5. 2009 a dospěl k opačnému názoru, než je prezentován v části 5.4.7. Takový pohled nerozporuji, jelikož se jedná o zcela odlišnou situaci. Naopak, daný pohled je i za současného znění ZVZ v určitých (avšak velmi ojedinělých) situacích aplikovatelný. Tento rozsudek se týkal sice obsahu nabídky, avšak pouze těch částí, které činil čistě uchazeč ve vztahu k zadavateli. V neposlední řadě je také potřeba zmínit, že daný rozsudek se vztahuje

⁵⁷ V souladu s judikaturou, např. rozsudek NS ze dne 30. 5. 2000, sp. zn. 32 Cdo 2061/99, kterým potvrdil rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 20. 5. 1999, čj. 3 Cmo 1083/97–49, apod.

⁵⁸ ZVZ je vůči ObchZ *lex specialis* v daném rozsahu. Bližší např. rozhodnutí R047,050/2007/02-11371/2007/310-Hr (nabytí právní moci dne 16. 7. 2007), apod.

k předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek, tj. k zákonu č. 199/1994 Sb., ve znění pozdějších předpisů, kdy ještě postup dle ZVZ nebyl tak striktně formalizován, jako je tomu dnes a dle mého názoru nelze aplikovat nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. I. ÚS 625/03 ÚS ze dne 14. 4. 2005 v plné šíři na jakékoliv smlouvy dle ZVZ, když taková aplikace by v podstatě derogovala působnost ZVZ.

Podle ust. § 2 písm. g)⁵⁹ zákona o zadávání veřejných zakázek je nabídkou návrh na uzavření smlouvy, doložený doklady požadovanými v zadání veřejné zakázky. Tento právní úkon, i jeho jednotlivé části, je proto nutno vykládat podle interpretačních zásad soukromého práva. V této souvislosti odkazuje NSS na judikaturu ÚS vztahující se k právním úkonům. Např. v nálezu ze dne 14. 4. 2005, sp. zn. I. ÚS 625/03 ÚS mimo jiné uvedl, že „Text smlouvy je toliko prvotním přiblížením se k významu smlouvy, který si chtěli její účastníci svým jednáním stanovit. Doslovný výklad textu smlouvy může, ale nemusí být v souladu s vůlí jednajících stran. Směřuje-li vůle smluvních stran k jinému významu a podaří-li se vůli účastníků procesem hodnocení skutkových a právních otázek ozřejmit, má shodná vůle účastníků smlouvy přednost před doslovným významem textu jimi formulované smlouvy. Vůle je vnitřním stavem jednající osoby, který není bezprostředně přístupný interpretovi právního úkonu a není interpretem tohoto právního úkonu poznatelný. Vůle je proto nutno dovozovat z vnějších okolností spojených s podpisem a realizací smluvního vztahu, zejména z okolností spojených s podpisem smlouvy a následným jednáním účastníků po podpisu smlouvy. Je nemožné, v obecné rovině, přesně vyjádřit hierarchii jednotlivých interpretačních argumentů, ani specifikovat okolnosti, za nichž má mít jednotlivý argument přednost před argumentem jiným. Jinak řečeno, objektivní právo, ačkoliv upravuje základní argumenty a metody výkladu smluv a jiných právních úkonů, nejen že nepodává úplný výčet argumentů a principů, k nimž má soud při výkladu smluv přihlížet, ale nestanoví ani jednoznačnou formou vzájemné vztahy mezi jednotlivými interpretačními pravidly. Soud musí přihlížet ke vzájemným vztahům jednotlivých, v úvahu připadajících argumentů a jejich roli v konkrétním případě vyvážit s ohledem na specifika dané kauzy, a nikoliv tato kritéria aplikovat mechanicky. Takovýto přístup je zároveň přístupem moderní judikatury, která postupně nahrazuje formálně legalistický pohled na právo pohledem, kterým soudce usiluje poskytnout nejlépe vyargumentovanou odpověď na právní a skutkové otázky,

⁵⁹ Aktuálně § 68 odst. 2 ZVZ.

které před něj strany sporu staví. Porušení ústavně zaručených základních práv se tedy orgán veřejné moci dopustí i tehdy, pokud formalistickým výkladem norem podústavního práva odepře autonomnímu projevu vůle smluvních stran důsledky, které smluvní strany takovým projevem zamýšlely ve své právní sféře vyvolat“.

Vznikne-li o obsahu právního úkonu pochybnost, ust. § 35 odst. 2 OZ formuluje pro takový případ výkladová pravidla, která umožňují tuto pochybnost odstranit. Právní úkony vyjádřené slovy je třeba vykládat nejenom podle jejich jazykového vyjádření, tzn. prostředky gramatickými (z hlediska možného významu jednotlivých použitých pojmů), logickými (z hlediska smyslu, účelu a vzájemné vazby použitých pojmů) či systematickými (z hlediska řazení pojmů ve struktuře celého právního úkonu), ale zejména také podle vůle toho, kdo právní úkon učinil, není-li tato vůle v rozporu s jazykovým projevem. Je-li však slovní vyjádření právního úkonu natolik jednoznačné, že z něj není možné ani s přihlédnutím k tvrzené vůli subjektu, který právní úkon učinil, usuzovat na jiný jeho obsah, nelze v takovém případě obsah právního úkonu vyložit v rozporu s jazykovým projevem (srovnej rozsudky Nejvyššího soudu ze dne 22. 8. 2001, sp. zn. 25 Cdo 1569/99 a ze dne 27. 4. 2006, sp. zn. 33 Odo 828/2004).

Ze skutečnosti, že předmětné prohlášení bylo součástí nabídky v obchodní veřejné soutěži vyhlášené podle zákona o zadávání veřejných zakázek, lze nepochybně dovodit, že hlavním a jediným cílem stěžovatele bylo získat veřejnou zakázku. Tomuto cíli stěžovatel podřídil své jednání, když zpracoval a předložil zadavateli svou nabídku. Nelze přitom důvodně předpokládat, že by zpracoval nabídku vědomě v rozporu s podmínkami soutěže, tedy s úmyslem sám sebe předem diskvalifikovat z další účasti v obchodní veřejné soutěži. Za situace, kdy z textu prohlášení „Platnost nabídky: 90 kalendářních dnů“ a ani z jeho konkrétního umístění v rámci nabídky nelze spolehlivě usuzovat na skutečný význam takového prohlášení, je třeba vycházet z celkového kontextu daného případu a zohlednit přitom i tvrzení stěžovatele, co bylo jeho skutečným úmyslem. Stěžovatel od vždy tvrdil, a i nadále tvrdí, že předmětným prohlášením v nabídce zamýšlel pouze dát zadavateli najevo, že si je vědom délky zadávací lhůty. Toto tvrzení nelze v daném případě ignorovat, neboť jím stěžovatel jako osoba, která právní úkon (nabídku) učinila, vysvětluje svou skutečnou vůli. To, že tak činí až dodatečně, nic nemění na tom, že pro posouzení významu předmětného prohlášení je v daném případě rozhodující jeho skutečná vůle v okamžiku podání nabídky, a krajský soud (příp. Úřad) měl při svém rozhodování toto tvrzení zohlednit a

ne je pouze negovat vlastním výkladem. Není totiž sebemenší důvod v dané situaci přisuzovat stěžovateli zcela iracionální chování, jak to činí krajský soud, které by bylo v naprostém rozporu s jeho hospodářskými zájmy.

Z důvodů výše uvedených dospěl NSS k závěru, že stěžovatel předmětným prohlášením zadavateli pouze sdělil, že bere na vědomí délku zadávací lhůty. Protože tedy závěry, které z tohoto prohlášení vyvozoval krajský soud, a před ním i Úřad a zadavatel, jsou nesprávné, nemohlo být předmětné prohlášení důvodem pro vyloučení stěžovatele z další účasti v obchodní veřejné soutěži. Tato námitka je proto důvodná.

5.4.9 Odpovědnost za nabídku

Rozhodnutí Úřadu S306/2011/VZ-15739/2012/540/IMa s datem nabytí právní moci dne 8. 9. 2012: “Vzhledem k tomu, že jak celá nabídka, tak čestné prohlášení ze dne 22. 6. 2010 bylo podepsáno jednatelem společnosti, není se možno zprostit odpovědnosti tím, že vedení dodavatele konstatuje, že referenční list se v nabídce objevil bez jejich vědomí. Osoba jednající za společnost si musí být vědoma, jaké dokumenty podepisuje a jaké následky mohou nastat, pokud jí není známo, co je obsahem nabídky, kterou podepisuje.”

5.5 Posuzování nabídek

V této části diplomové práce se zabývám úkony členů komise, zejména pak povinností mlčenlivosti, zda tato platí i vůči zadavateli, který takovou komisi ustanovil, a způsobem, jak by dle Úřadu komise měla fungovat tak, aby naplňovala zásady uvedené v § 6 ZVZ.

5.5.1 Úkony hodnotící komise

Ačkoliv to z nadpisu nevyplývá, v této části se zabývám úkony, resp. chováním hodnotící komise při práci s nabídkami. Jak vyplývá i ze ZVZ nepřímo, dané názory a rozhodnutí Úřadu lze aplikovat na všechny komise dle ZVZ (tj. komise pro otevírání obálek dle § 71 ZVZ i komisi pro posouzení kvalifikace dle § 59 ZVZ). Dovožuji tak především s odkazem na § 71 odst. 3 ZVZ.

5.5.1.1 Mlčenlivost členů komise

V § 74 odst. 1 ZVZ je uvedeno, že „činí-li hodnotící komise ve vztahu k dodavatelům úkony podle tohoto zákona, platí, že tyto úkony činí jménem zadavatele“. Dle mého názoru se tak jedná o kvazi plnou moc, a to vzhledem k danému úkonu, kdy se sice

nejedná o „zplnomocnění“ (ale o ustanovení), avšak projev vůle ustanoveného je činěn jménem zadavatele⁶⁰.

Z výše uvedeného znění ZVZ pak jednoznačně nevyplývá, zda je možné, aby zadavatel (resp. zmocnitel) požadoval jakékoliv informace (ať již *ex tempore* či *ex ante/ex post*). Dle mého názoru, pokud zadavatel kohokoliv ustanoví (resp. zplnomocní) do funkce člena/náhradníka komise, tak by si měl být vědom všech rizik z daného zastoupení vyplývajících a nemá možnost požadovat jakékoliv odůvodňování počínání členů komisí. Blíže pak k jednotlivým komisím:

- otevírání obálek komisí pro otevírání obálek: Pokud je tato komise určena, i v případě, kdy otevíráním obálek je pověřena hodnotící komise, není vůbec možné zbavit člena mlčenlivosti, když i zadavatel je z této části jednání automaticky *ex lege* „vyloučen“ a to i argumentací *a contrario* k § 79 odst. 5 ZVZ)⁶¹. Dle § 71 odst. 2 ZVZ „členové komise jsou povinni zachovávat mlčenlivost o skutečnostech, o nichž se dozvěděli v souvislosti se svou účastí v komisi“;
- posouzení kvalifikace: Z § 59 odst. 2 ZVZ vyplývá aplikace § 74 odst. 7 a § 75 odst. 6 přímo. Proto i v tomto případě jsem toho názoru, že není možné zbavit mlčenlivosti člena komise mlčenlivosti vůči zadavateli, a to ani s ohledem na § 79 odst. 5 ZVZ. Jak vyplývá z § 59 odst. 6 ZVZ „zastává-li člen komise odlišný názor od názoru většiny, uvede se v protokolu tento odlišný názor s odůvodněním“, člen komise je povinen odlišný názor od ostatních uvést do protokolu a má tak možnost seznámit jakoukoliv třetí osobu se svým názorem. Mimo tento pak je povinen dodržet mlčenlivost a to i vzhledem k zadavateli;
- posouzení a hodnocení nabídek: Oproti výše uvedenému protokolu o posouzení kvalifikace, u protokolu o posouzení a hodnocení dohromady již není povinnost člena komise uvádět svůj odlišný názor (§ 80 odst. 1 ZVZ). I v případě této komise jsem toho názoru, že z gramatického výkladu § 80 odst. 2 poslední věta ZVZ vyplývá, že „... komise předá zadavateli zprávu ...“, a tedy zadavatel nemůže zprostit mlčenlivosti jakéhokoliv člena, a to ani vůči sobě samému.

⁶⁰ Analogicky pak §§ 31 a 32 odst. 1 a 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁶¹ Analogicky rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62Ca 12 06-600 ze dne 17. 10. 2006.

Níže uvádím rozhodnutí Úřadu, která jsem vzal při formulaci svého stanoviska na vědomí a ze kterých vyplývá, že myšlenkové postupy členů komise není oprávněn přezkoumávat ani Úřad, pokud jsou závěry komise jako celku v souladu se ZVZ.

1. Rozhodnutí Úřadu R196/2011/VZ-4049/2012/310/JSI s datem nabytí právní moci dne 26. 3. 2012: “K výše uvedenému Úřad konstatuje, že není ze zákona legitimován posoudit technickou proveditelnost veřejné zakázky podle nabídky vybraného uchazeče, což je plně v souladu s právním názorem Nejvyššího správního soudu (rozsudek 5 Afs 75/2009), ve kterém je uvedeno: „Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží.“ Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komise došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce. Postup zadavatele při posuzování nabídky vybraného uchazeče je transparentní a Úřad neshledal v postupu zadavatele porušení zákona.

Úřad uvedl ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/Ema ze dne 29. 6. 2011, které nabylo právní moci dne 16. 7. 2011, k problematice zjevné nepřiměřenosti, následující stanovisko: „V intencích přezkumné činnosti Úřadu je posoudit pouze odůvodnění verdiktu odborné komise spočívající v tom, proč některé kritérium považovala za zjevně nepřiměřené a přiřadila mu hodnocení 0. V souladu se shora označeným judikátem Nejvyššího správního soudu je nepřipustné přezkoumávání vlastních úvah hodnotící komise Úřadem“.

2. Rozhodnutí Úřadu S134/2010/VZ-17736/2010/530/Edo s datem nabytí právní moci dne 2. 2. 2011: “Posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky za účelem zjištění, zda existují důvody pro takovéto oprávněné podezření, náleží do kompetencí hodnotící komise. Hodnotící komise má k dispozici informace o předmětu a způsobu realizace veřejné zakázky i o nabídkových cenách všech uchazečů a má tak dostatečné podklady pro určení, zda se v některém případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv. V šetřeném případě

hodnotící komise výslovně konstatovala, že žádná z předložených nabídek mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje (viz zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 3. 2010). V této souvislosti Úřad odkazuje i na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 49/2007-107 ze dne 29. 8. 2008. V tomto rozhodnutí se soud vyjádřil i k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny, když uvedl, že (citace) „zákon nestanovuje, kdy je nabídková cena mimořádně nízká a ponechává posouzení této skutečnosti na zadavateli, resp. hodnotící komisi. Pokud zadavatel neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, zákon mu neukládá tento jeho názor jakkoliv zdůvodnit, ani ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ani kdekoliv jinde...“ (konec citace). I na základě citovaného rozhodnutí tedy nelze přisvědčit názoru navrhovatele, že závěr hodnotící komise ve vztahu k neexistenci mimořádně nízké nabídkové ceny měl být více odůvodněn.”

3. Rozhodnutí Úřadu S110/2011/VZ-10072/2011/520/JM s datem nabytí právní moci dne 18. 7. 2011: “Podle hodnotící komise je navrhovatelovo zdůvodnění nízké nabídkové ceny pouze obecné a nízká cena není odůvodněna objektivními příčinami ve smyslu § 77 odst. 2 zákona.

Úřad přezkoumal námitky navrhovatel, vyjádření zadavatele včetně dokumentace k předmětné veřejné zakázce a vzhledem k výše uvedeným skutečnostem neshledal důvody pro uložení nápravného opatření. Nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, Úřad tedy rozhodl o zamítnutí návrhu podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.”

4. Rozhodnutí Úřadu S506/2010/VZ-1775/2011/530/RNi s datem nabytí právní moci dne 29. 4. 2011: “Navrhovatel ve svém návrhu poukazuje na rozhodnutí Úřadu vztahující se k mimořádně nízké nabídkové ceně, konkrétně na rozhodnutí č. j. ÚOHS-R115/2009/VZ-2158/2010/310-EKu (s datem nabytí právní moci dne 18. 2. 2010), v němž Úřad konstatuje, že nabídkovou cenu je nutné posuzovat ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, nikoliv ve vztahu k předpokládané hodnotě zakázky. Samotná skutečnost, že některá nabídková cena je nejnižší ještě neznamená, že se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 77 zákona.

Dle ustálené rozhodovací praxe Úřadu je smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky, která by během realizace předmětu veřejné zakázky vedla například k

nedokončení veřejné zakázky, k jejímu nekvalitnímu splnění, případně k téměř nekontrolovatelnému navyšování původní nabídkové ceny uchazeče. Posouzení, zda se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, zcela přísluší do kompetence hodnotící komise, což jasně vyplývá z ustanovení § 77 zákona.

V rámci protokolů o posuzování kvalifikace a o posouzení a hodnocení nabídek pak vyvstává ještě jedna problematická situace. Touto je podepisování členů komise na tyto protokoly, pokud došlo k více setkání příslušné komise v rámci dané fáze zadávacího řízení. Takovéto situace nastávají velmi často, a proto zadavatelům doporučuji, aby o každém jednání, a tedy nikoliv pouze o konečném, byl pořízen protokol, který aktuálně přítomní členové podepíší.

5.5.2 Výklad zásad transparentnosti a rovného zacházení

Ve vztahu k výše uvedenému, tedy úkonům členů komisí, je nezbytně nutné uvést i rozhodovací praxi Úřadu týkající se základních zásad uvedených v § 6 ZVZ, která se přímo dotýká jednání komisí.

1. Rozhodnutí Úřadu R209/2010/VZ-10147/2011/310/JS s datem nabytí právní moci dne 11. 7. 2011: *“Za naprosto nemístné považuji tvrzení zadavatele, který dále uvádí, že navrhovatel ve svém zdůvodnění nespecifikoval určitou objektivní výhodu, která odůvodňuje výrazně nižší cenu plnění než je na daném místě obvyklé, přičemž však současně v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele odmítá efektivitu použití elektronických nástrojů a systém řízení managementu navrhovatele pouhým paušálním konstatováním stručnosti takového argumentu. Jak již je uvedeno výše, pokud zadavatel měl po předloženém zdůvodnění nadále pochybnosti o reálnosti navrhovatelem nabídnuté ceny plnění, měl za účelem udržení co největší transparentnosti zadávacího řízení nejméně přizvat navrhovatele k ústnímu jednání podle ust. § 77 odst. 3 zákona. Skutečnost, že tak zadavatel neučinil, považuji a contrario za fakt nasvědčující tomu, že transparentnost rozhodování o veřejné zakázce nebyla v zorném poli zadavatele mezi prioritními hledisky.”*
2. Rozhodnutí Úřadu S102/2012/VZ-5040/2012/510/Krk s datem nabytí právní moci dne 7. 9. 2012: *“V rozsudku č. j. 5 Afs 75/2009-107 ze dne 6. 11. 2009 Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že „vzhledem k zásadě transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení je ve většině případů vhodné, ne-li nutné, použít kontradiktorní ověření zdůvodnění zjevně nepřiměřené hodnoty hodnotící*

komisi. “ Nejvyšší správní soud tedy vyjadřuje názor, že dříve, než je při hodnocení kritéria použita nepřiměřenost a přiděleno 0 bodů, měla by hodnotící komise provést kontradiktorní ověření. To znamená, že by hodnotící komise měla požádat uchazeče o vyjasnění nabídky právě s ohledem na uchazečem nabízenou hodnotu, která se zadavateli jeví jako nevěrohodná. Uchazeč v takovém případě může prokázat, že jeho nabídka je hodnověrná a vážná. Takový postup, kdy je dána uchazeči možnost určité „obhajoby“ je možno považovat za objektivní, transparentní a legitimní.”

3. Rozhodnutí Úřadu S535/2011/VZ-4234/2012/540/IMa s datem nabytí právní moci dne 5. 4. 2012: *“Vzhledem k tomu, že zadavatel vyzval k objasnění nabídky všechny uchazeče, konkrétně pak ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům, ale navrhovatele v souvislosti s referenční zakázkou, kvůli které byl navrhovatel ze zadávacího řízení následně vyloučen, nevyzval, nelze tento postup zadavatele považovat za postup v souladu se zákonem.”*

5.6 Ukončení zadávacího řízení

Ukončení zadávacího řízení je popsáno v hlavě VIII ZVZ. Ačkoliv ZVZ neuvádí přesný časový okamžik ukončení zadávacího řízení, jsem osobně toho názoru, že faktické ukončení zadávacího řízení nastává v okamžiku posledního procesního úkonu dle ZVZ, tj. dle § 147a odst. 3 ZVZ. Konkrétně pak tedy nejpozději 90 dnů od splnění smlouvy (v případě smlouvy na dobu neurčitou pak dnem ukončení smlouvy). V obecném pojetí se však stále ukončením zadávacího řízení, v tom lepším případě, míní uveřejnění písemné zprávy zadavatele dle § 85 ZVZ, v tom horším případě (avšak převládajícím) pak uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, případně uveřejnění oznámení o zrušení zadávacího řízení. Jelikož jsem zastáncem extenzivního pohledu, dovoluji si zmínit i svůj pohled na spisovou dokumentaci veřejné zakázky. K danému tématu, tj. ukončení zadávacího řízení, se ještě vztahuje i problematika náhrada škody v případě, kdy veřejná zakázka byla zadána v rozporu se ZVZ.

5.6.1 Podmínky zrušení zadávacího řízení

S níže uvedeným rozhodnutím Úřadu se zcela neztotožňuji, když, dle mého názoru, druhá část argumentace zcela odporuje § 50 odst. 3 ZVZ, tj. zcela popírá ustanovení ZVZ týkající se povinnosti omezit požadovanou kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Dle mého názoru měl

zadavatel oprávnění dané zadávací řízení zrušit a naopak by takové zrušení bylo v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 ZVZ, avšak Úřad má pravdu co se zdůvodnění týče, které by mělo uvést přesné informace týkající se důvodů zrušení (opět s odvoláním na zásadu transparentnosti dle § 6 ZVZ).

Rozhodnutí Úřadu S502/2012/VZ-20213/2012/521/GSt s datem nabytí právní moci dne 4. 12. 2012: “Obdobně v případě druhého důvodu „v zadávací dokumentaci a v Příloze č. 1 zadávací dokumentace se vyskytují vzájemně si odporující ustanovení, která by mohla uvést uchazeče v omyl“, uváděného zadavatelem v tomto oznámení, nelze s určitostí určit, která konkrétní ustanovení zadávací dokumentace a Přílohy č. 1 si vzájemně odporují. Oznámení o zrušení zadávacího řízení ze dne 18. 7. 2012 je tedy v tomto smyslu netransparentní, neboť na základě tohoto oznámení nemohly být důvody, které vedly zadavatele ke zrušení zadávacího řízení, známy uchazečům, kteří s ním byli seznámeni. Netransparentnost tohoto oznámení rovněž znamená pro uchazeče nemožnost uvést konkrétní argumenty v podaných námitkách proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení.

Úřad uvádí, že je nutno rozlišovat mezi kvalifikačními požadavky, kterými zájemci, resp. uchazeči, prokazují ve fázi před uzavřením smlouvy splnění daného kvalifikačního předpokladu a dokládají tak svoji způsobilost (tj. v daném případě ekonomickou a finanční úroveň) realizovat danou veřejnou zakázku, a mezi obchodními podmínkami, které se vztahují již k samotné realizaci dané veřejné zakázky.”

5.6.2 Nemožnost výběru více vítězů veřejné zakázky

Rozhodnutí Úřadu S128/2011/VZ-8854/2012/511/KČe s datem nabytí právní moci dne 8. 1. 2013: “Tím, že zadavatel vybral jako nejvhodnější dvě z podaných nabídek, nedodržel postup stanovený v § 81 odst. 1 písm. a) zákona. Tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť jako nejvhodnější byla vybrána i nabídka uchazeče IMPERA styl, která se v hodnocení nabídek podle stanovených kritérií hodnocení umístila až jako druhá v pořadí.” Dané rozhodnutí není potřeba blíže komentovat, snad jen doplním, že v případě výběru více uchazečů a uzavření více smluv s těmito pak dochází v podstatě k násobnému zvýšení objemu veřejné zakázky a ve své podstatě se pak jedná o zcela novou veřejnou zakázku s vyšší předpokládanou hodnotou.

5.6.3 Obsah spisové dokumentace

V souladu s ust. § 148 odst. 3 ZVZ je „*zadavatel povinen v souvislosti se zadávacím řízením vést písemnou evidenci všech úkonů učiněných dodavatelem vůči zadavateli a zadavatelem vůči dodavatelům, Úřadu či Evropské komisi. Písemná evidence musí obsahovat pořadové číslo úkonu, jeho označení, datum a identifikační údaje dodavatele.*“ Nesplnění této povinnosti je porušením ZVZ a rovněž správním deliktem dle § 120 odst. 1 písm. a) a c) ZVZ (*Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky*). Ačkoliv to z ustanovení o správním deliktu zcela jednoznačně nevyplývá, skutkovou podstatu tohoto naplňuje i zadavatel, který nesplní povinnost dle § 48 odst. 1 a § 49 odst. 2 (resp. 2 a 3) ZVZ, když právě splnění těchto povinností je zahrnuto do množiny úkonů zadavatele, které mohli ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

ZVZ ukládá povinnost zadavateli reagovat v případě poskytování zadávací dokumentace (dříve do 6 dnů, dnes bezodkladně⁶²) i v případě dodatečných informací (dříve do 6 dnů, dnes do 5 pracovních dnů) v určité lhůtě. Písemná evidence dle § 148 odst. 3 ZVZ tak nejen obsahuje náležitosti výslovně uvedené, ale i další dokumentaci, která prokazuje splnění všech povinností zadavatele daných ZVZ. Písemnou evidenci je tak třeba vykládat nejen v užším smyslu, tj. pouze jako přehled úkonů, ale ve smyslu širším, tj. „spisu“ obsahujícího hmotnou podobu všech (*de facto* i *de iure*) úkonů prokazující splnění všech povinností zadavatele daných ZVZ a úvodního přehledového listu daných úkonů. Totéž vyplývá i z Jurčíka (4 str. 765), který uvádí: „*Zadavatel má povinnost vést dokumentaci o veřejné zakázce ve formě spisu, ve které je povinen v souvislosti s konkrétním zadávacím řízením vést písemnou evidenci všech úkonů učiněných dodavatelem vůči zadavateli a zadavatelem vůči dodavatelům, Úřadu či*

⁶² Blíže pak k problematice bezodkladně rozhodnutí Úřadu R94/2011/VZ-11490/2011/310/EKu s datem nabytí právní moci dne 22. 7. 2011: „*Pojem bezodkladně není zákonem blíže specifikován, ale nelze z něj dovozovat, že znamená „ihned“. Vyjadřuje takovou časovou lhůtu, která je nezbytná pro provedení všech úkonů vyplývajících z organizační struktury zadavatele, popřípadě jiných právních předpisů. Znamená to, že zadavatel nesmí bez objektivních důvodů oddalovat rozhodnutí o vyloučení uchazečů z další účasti v zadávacím řízení. Je-li tedy vyloučení dodavatele schvalované radou města a samotný úkon vyloučení je prováděn na základě oprávnění k administraci zadávacího řízení prostřednictvím jiného subjektu, pak je lhůta od vyřazení nabídky, resp. vyloučení uchazeče radou města do předání potřebných podkladů subjektu oprávněnému k administraci zadávacího řízení, de facto nezbytná a pojem „bezodkladně“ ji podle Úřadu zahrnuje. Úřad neshledal, vzhledem k výše uvedenému, v postupu zadavatele při oznámení o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení porušení § 61 odst. 6 ZVZ.*“

Evropské komisi. ... Do takové dokumentace patří kupř. rozhodnutí o vyloučení, o výběru nejvhodnější nabídky, apod.“

5.6.4 Náhrada škody zadavatelem

Tématem náhrady škody v rámci aplikace zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů, se zabýval rozsudek krajského soudu v Brně, sp. zn. 62Af 20/2011-52 ze dne 16. 8. 2012. Jak tento soud správně dovedl, jakékoliv rozhodnutí v rámci zadávacího procesu není správním aktem, jelikož se z pohledu zadavatele nejedná o správní řízení. Tato problematiku vztahující se k zadávacímu postupu dle ZVZ není často řešena, proto si dovoluji si v této práci tento stěžejní rozsudek uvést.

Druhý subjekt, který by z hlediska možné náhrady škody připadal v úvahu, je zadavatel (osoba na řízení zúčastněná), který žalobce nezákonně z obchodní veřejné soutěže vyloučil. Jak správně připomíná žalobce, rozhodnutí o vyloučení stále existuje, neboť je může zrušit toliko žalovaný. Na druhou stranu je v odůvodnění jak rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 5. 2009, č. j. 7 Afs 77/2008-68, a Krajského soudu v Brně ze dne 18. 11. 2009, č. j. 62 Ca 36/2007-87, tak napadeného rozhodnutí žalovaného jednoznačně uvedeno, že se jedná o rozhodnutí nezákonné a že zadavatel nebyl oprávněn žalobce ze zadávacího řízení vyloučit. Podle názoru soudu za tohoto stavu nelze považovat rozhodnutí zadavatele za rozhodnutí, kterému by svědčila presumpce správnosti, jak uvádí žalobce v žalobě. Předně se nejedná o správní akt, neboť rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce není rozhodnutím vydávaným správním orgánem ve správním řízení. Navíc, byť nebylo toto rozhodnutí žalovaným zrušeno, je orgány k tomu příslušnými (žalovaným a správními soudy) jednoznačně postaveno najiště, že zadavatel vyloučil žalobce ze zadávacího řízení v rozporu se ZVZ. V takovém případě tedy nelze na rozhodnutí zadavatele o žalobcově vyloučení nahlížet jinak, než jako na rozhodnutí nezákonné. Závěr o nezákonnosti postupu zadavatele při žalobcově vyloučení je přitom podle zdejšího soudu jednoznačně a nezpochybnitelně vyjádřen jak v soudních rozsudcích, tak v napadeném správním rozhodnutí, aniž by byla závaznost tohoto závěru jakkoli oslabena tím, že se tak nestalo ve výroku, ale v odůvodnění rozhodnutí. Nezákonnost postupu zadavatele při žalobcově vyloučení je tedy zcela zřejmá, aniž by bylo třeba, aby ji žalovaný deklaroval ve výroku svého rozhodnutí,

případně nezákonné rozhodnutí zadavatele rušil. Jinak řečeno na žalobcově postavení by se nijak nemohlo odrazit ani to, pokud by žalovaný správní řízení nezastavil, ale rozhodl o tom, že byl žalobcovým vyloučením porušen ZVZ.

6 Shrnutí

Ve své diplomové práci jsem se zaměřil na poukázání některých problematických situací, které jsem v rámci své odborné praxe řešil, a které vyplývají z aktuální právní úpravy zadávacího řízení dle ZVZ a Směrnice (od okamžiku zahájení zadávacího procesu až po uzavření smlouvy).

Nejvíce problematických situací se objevuje při prokazování kvalifikace, kdy se v praxi objevují situace, jejichž existenci ZVZ či Směrnice nepředpokládají či opomíjí. Zejména problematika sdružování dodavatelů se v čase neustále vyvíjí a je konstantně řešena i judikaturou SDEU. Aktuálně se nejčastěji setkávám s problematikou tzv. zprostředkovaných subdodavatelů, kdy uchazeč prokazuje splnění kvalifikace pomocí subdodavatele, který však danou kvalifikaci splňuje opět prostřednictvím svého subdodavatele. V podstatě tak může v extrémním případě dojít k situaci, kdy v rámci několika nabídek figurují různí subdodavatelé a veřejná zakázka tak působí opticky zcela nediskriminačně, avšak fakticky prokázání kvalifikace splňuje pouze jediná společnost, která v rámci subdodavatelského poskytování kvalifikace tuto poskytla několika různým subdodavatelům různých uchazečů. Takový faktický výsledek pak jednoznačně poukazuje na diskriminační chování zadavatele a tedy na porušování ZVZ. V souvislosti s tímto pak subdodavatelé (resp. subdodavatelé subdodavatelů) využívají i judikatury SDEU a rozhodovací praxe Úřadu, která umožňuje uchazeči využít způsobilosti jiných subjektů bez ohledu na právní povahu vztahů mezi uchazečem a těmito subjekty, když v takovém případě stačí prokázat veřejnému zadavateli dispozici s nezbytnými zdroji například tím, že předloží závazek těchto subjektů učiněný za specifickým účelem. Posuzování takových ekonomických vazeb je pak nad rámec možností a schopností většiny veřejných zadavatelů, když se může jednat vazby vertikální, horizontální nebo diagonální, a to ve spojitosti s anonymními akcemi.

Na druhou stranu je pak nutné konstatovat, že judikatura SDEU i rozhodovací praxe Úřadu je i na straně zadavatele, když mu dává nástroj omezování možnosti využívání výše uvedených ekonomických či právních vazeb v rámci prokazování splnění kvalifikace po tu míru, kdy uchazeč (nebo jeho subdodavatel) je povinen prokázat zadavateli nejen papírové splnění dané kvalifikace (osvědčením, čestným prohlášením, apod.), ale i faktickým doložením, že danou kvalifikací skutečně tento subjekt disponuje

(tj. zejména v rámci veřejných zakázek, které jsou realizovány ve sdružení několika dodavatelů, kdy každý realizuje pouze část veřejné zakázky).

V obecné rovině mohu konstatovat, že ačkoliv ZVZ ani Směrnice nejsou zcela dokonalé, je možné, při znalosti Směrnice (zejména pak odst. 31 jejího zdůvodnění) a judikatury SDEU, nalézt řešení ke každé situaci. Právě odůvodnění Směrnice umožňuje zadavateli, který provádí obzvláště složité projekty, a aniž by za to mohl být podroben kritice, na základě objektivního zjištění nemožnosti vymezení prostředků, které by splňovaly jeho potřeby, nebo finanční či právní řešení, v míře nezbytně nutné přijmout takovou úpravu průběhu zadávacího řízení, která zachová nejen hospodářskou soutěž mezi hospodářskými subjekty, ale i potřebu veřejného zadavatele projednat s každým zájemcem všechny aspekty zakázky. Bohužel však v Nové směrnici již taková možnost dána není a naopak si tato Nová směrnice klade za cíl (v odst. 3 odůvodnění) jasněji definovat samotný pojem zadávání zakázek s cílem pokrýt pravidly všechny formy vynakládání veřejných peněžních prostředků, jejichž cílem je nákup stavebních prací, dodávek nebo služeb. Pokud tedy v současné době může zadavatel, na základě přímého vertikálního účinku Směrnice vykládat tuto i dle čl. 31 odůvodnění a postupovat pouze dle základních zásad uvedených ve Smlouvě a ve Směrnici, pak Nová směrnice tuto možnost již vylučuje a zadavatel tak bude odkázán na rozhodovací praxi SDEU. Na druhou stranu je nutné říci, že do Nové směrnice byla poměrně zdařile zakomponována judikatura SDEU, která je sama o sobě velmi kvalitní (např. definice in-house zadávání [čl. 11], způsoby prokazování kvalifikace na základě dispozice s nezbytnými zdroji [čl. 62], apod.). Domnívám se, že transpozice takto rigidní směrnice EU do národní legislativy, zvláště v pojetí zákonodárců ČR, je krokem zpět a povede k ještě vyšší administrativní i finanční náročnosti zadávacího řízení vzhledem k čistě formalistickému vykládání dané směrnice (v současnosti ve znění Nové směrnice), resp. k ní navázanému znění zákona o zadávání veřejných zakázek.

6.1 Summary

In my thesis, I focused on pointing out several problematic situations I had been facing during public procurement according to current Czech legislation (act Nr. 137/2006 Coll., Public procurement act, as subsequently amended) and Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (Directive).

The most problematic situations are appearing during qualification procedure. Mediated subcontractors are the most commonly encountered problems currently. A candidate demonstrates the qualification through a subcontractor that meets the qualification through its subcontractors. In connection with such behaviour of subcontractors (or subcontractors of subcontractors) the Court of Justice of the European Union (CJEU) case law is sometimes also misused, especially in cases which allow the candidate to rely on the capacities of other entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them when proving to the contracting authority that it will have at its disposal the resources necessary, for example, by producing an undertaking by those entities to that effect. The check of such economic ties is beyond the abilities and capabilities of most contracting authorities, though there may be links vertical, horizontal or diagonal, in conjunction with anonymous shares.

Although the Public procurement act and the Directive 2004/18/EC are not perfect, generally speaking it is possible, knowing the Directive 2004/18/EC (in particular paragraph 31 of its justification) and CJEU case law, to find a solution to each situation any contracting authority can face. The Directive allows contracting authorities carrying out particularly complex projects, without being due to any fault on their part on the basis of impossibility of defining objective means to satisfy their needs, and/or financial or legal solutions, to the extent strictly necessary to adopt such arrangements during procurement processes, that preserves not only competition among economic operators (to je co?) but also the need of the contracting authority to discuss all aspects of the contract with each candidate. Unfortunately, the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement /* COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD) */ (Directive proposal) is giving no such option, and on the contrary this Directive proposal aims (in paragraph 3 of its justification) at clear definition of public procurement and covering all forms of acquisition⁶³ of works, supplies or services from public funds. Based on the vertical direct effect of paragraph 31 Directive 2004/18/EC justification, contracting authorities may proceed according to the basic principles laid down in the Treaty on European Union and in the Directive 2004/18/EC. The Directive proposal nowadays excludes this possibility and the

⁶³ The notion of acquisition should be understood broadly in the sense of obtaining the benefits of the works, supplies or services in question, not necessarily requiring a transfer of ownership to the contracting authorities.

contracting authority will be referred only to the CJEU case law. On the other hand, it is necessary to say that the Directive proposal is quite successfully incorporating the CJEU case law, which is of very high quality (e.g. definition of “in-house” procurement [Article 11], reliance on the capacities of other entities [Article . 62], etc.). In my opinion, transposition of such rigid Directive proposal to the national legislations, particularly in the concept of legislators in the Czech Republic, is a backward step and will lead to even greater administrative and financial requirements on the procurement procedure resulting from purely formalistic interpretation of the Directive (based on current Directive proposal).

7 Seznam zkratek

- EU (ES) Evropská unie (dříve Evropské společenství)
- ISVZUS Informační systém veřejných zakázek – Uveřejňovací subsystém
- KS Krajský soud
- MF Ministerstvo financí ČR
- MMR Ministerstvo pro místní rozvoj ČR
- MPO Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR
- Nařízení Prováděcí nařízení komise EU č. 842/2011 ze dne 19. srpna 2011, kterým se stanoví standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v oblasti zadávání veřejných zakázek a kterým se zrušuje nařízení (ES) č. 1564/2005, ve znění pozdějších předpisů
- Nová směrnice Návrh směrnice Evropského parlamentu a rady, o zadávání veřejných zakázek ze dne 20. 12. 2011
- NS Nejvyšší soud ČR
- NSS Nejvyšší správní soud ČR
- ObchZ zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů
- OSŘ zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších zákonů
- Sbírka (Sb.) Sbírka zákonů
- SDEU (ESD) Soudní dvůr Evropské unie (dříve Evropský soudní dvůr)
- Směrnice Směrnice Evropského parlamentu a rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve znění pozdějších předpisů
- Smlouva Smlouva o fungování Evropské unie
- SŘS zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších zákonů
- TrZ zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- ÚKEP Útvar koordinace evropských projektů města Plzně, p. o.
- Úřad (ÚOHS) Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
- ÚS Ústavní soud ČR
- Vyhláška Vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 339/2010 Sb. ze dne 26. listopadu 2010, o uveřejňování vyhlášení pro účely zákona o veřejných zakázkách
- ZVZ zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění k 1. 7. 2012

8 Citovaná literatura

1. **Vaněček, Jan.** Výkladové problémy současného zákona o veřejných zakázkách. *obchodněprávní revue*. 2013, Sv. 5. ročník, 1/2013.
2. **Hendrych, Dušan a kol.** *Správní právo: obecná část*. 6. Praha : C.H. Beck, 2006. str. 822. 80-7179-442-2.
3. **Hendrych, Dušan; kol.** *Právní slovník*, 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009.
4. **Jurčík, Radek.** *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 3. vyd. Praha : C.H. Beck, 2012. str. 832. 978-80-7179-222-2.
5. **Podešva, Vilém a kol.** *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 2. vyd. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2011. str. 631. 978-80-7357-636-3.
6. **Nový, Vladimír.** Veřejné zakázky. *Diplomová práce*. Plzeň : Západočeská univerzita. Fakulta právnická., 2009. 000144953.
7. **Úřad.** Úřad pro ochranu hospodářské soutěže | Výkladová stanoviska a metodiky. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*. [Online] 6. červen 2007. [Citace: 3. březen 2013.] http://www.uohs.cz/download/Sekce_VZ/Metodiky/inhouse.pdf.
8. **Fröhlich, Radek.** *ODŮVODNĚNÍ LEGISLATIVNÍCH AKTŮ EVROPSKÉ UNIE*. [http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Frohlich_Radek_6117.pdf] Brno : Masaryk University, 2011. Cofola 2011: the conference proceedings. 1. vyd., Sv. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, sv. 390. 978-80-210-5582-7.
9. **Štenglová, I.; Plíva, S.; Tomsa, M. a kol.** *Obchodní zákoník. Komentář*. 13. vydání. Praha : C. H. Beck, 2010.

8.1 Rozhodnutí Úřadu

- 2R013/06 s datem nabytí právní moci dne 16. 3. 2006
R047,050/2007/02-11371/2007/310-Hr s datem nabytí právní moci dne 16. 7. 2007
R103,104/2010/VZ-17013/2010/310/JSI s nabytí právní moci dne 3. 12. 2010
R115/2009/VZ-2158/2010/310-EKu s datem nabytí právní moci dne 18. 2. 2010
R146/2012/VZ-16687/2012/310/PMo s datem nabytí právní moci dne 18. 9. 2012
R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc s datem nabytí právní moci dne 20. 7. 2010

R176/2012/VZ-2248/2012/310/Mše s datem nabytí právní moci dne 11. 2. 2013
R196/2011/VZ-4049/2012/310/JSI s datem nabytí právní moci dne 26. 3. 2012
R209/2010/VZ-10147/2011/310/JS s datem nabytí právní moci dne 11. 7. 2011
R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu s nabytím právní moci dne 26. 5. 2011
R259,261/2011/VZ-10165/2012/32 s datem nabytí právní moci dne 22. 6. 2012
R94/2011/VZ-11490/2011/310/EKu s datem nabytí právní moci dne 22. 7. 2011
S102/2012/VZ-5040/2012/510/Krk s datem nabytí právní moci dne 7. 9. 2012
S110/2011/VZ-10072/2011/520/JM s datem nabytí právní moci dne 18. 7. 2011
S12/2009/VZ-2323/2009/510/HOd s datem nabytí právní moci dne 25. 3. 2009
S128/2011/VZ-8854/2012/511/KČe s datem nabytí právní moci dne 8. 1. 2013
S130/2/09-11951/2009/530/RPá s datem nabytí právní moci dne 20. 7. 2010
S134/2010/VZ-17736/2010/530/Edo s datem nabytí právní moci dne 2. 2. 2011
S181/2008/VZ-15975/2008/530/JW s datem nabytí právní moci dne 6. 1. 2009
S198/2012/VZ-7307/2012/520/ABr s datem nabytí právní moci dne 30. 6. 2012
S227/2005/VZ-707/2013/511/Mon s datem nabytí právní moci dne 6. 2. 2013
S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc s datem nabytí právní moci 15. 9. 2012
S280/2009/VZ-15920/2009/510/Mon s datem nabytí právní moci dne 21. 7. 2010
S306/2011/VZ-15739/2012/540/IMa s datem nabytí právní moci dne 8. 9. 2012
S318/2012/VZ-21901/2012/520/MHr s datem nabytí právní moci dne 8. 12. 2012
S342/2012/VZ-16882/2012/514/MDI s datem nabytí právní moci dne 26. 9. 2012
S390/2010/VZ-18850/2010/520/ s datem nabytí právní moci dne 29. 7. 2011
S399/2011/VZ-16212/2012/530/JWe s datem nabytí právní moci dne 14. 9. 2012
S404/2012/VZ-1323/2013/512/JHI s datem nabytí právní moci dne 7. 2. 2013
S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/Ema s datem nabytí právní moci dne 16. 7. 2011
S466/2012/VZ-19381/2012/710/FKa s datem nabytí právní moci dne 5. 12. 2012
S471/2012/VZ-22049/2012/521/JHn s datem nabytí právní moci dne 8. 12. 2012
S502/2012/VZ-20213/2012/521/GSt s datem nabytí právní moci dne 4. 12. 2012
S506/2010/VZ-1775/2011/530/RNi s datem nabytí právní moci dne 29. 4. 2011
S535/2011/VZ-4234/2012/540/IMa s datem nabytí právní moci dne 5. 4. 2012
S587/2012/VZ-22956/2012/531/SPo s datem nabytí právní moci dne 21. 1. 2013
S78/2010/VZ-9423/2010/520/Ema s datem nabytí právní moci dne 3. 12. 2010

8.2 Judikatura ČR

nález ÚS sp. zn. I. ÚS 625/03 ÚS ze dne 14. 4. 2005

nález ÚS sp. zn. III. ÚS 2984/09-1 ze dne 23. 11. 2010
rozsudek NSS č. j. 1 Afs 98/2010 ze dne 31. 5. 2011
rozsudek NSS č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009
rozsudek NSS č. j. 5 Afs 75/2009-107 ze dne 6. 11. 2009
rozsudek NSS č. j. 7 Afs 77/2008-68 ze dne 20. 5. 2009
rozhodnutí NSS, č. j. 2 Afs 87/2008-234 ze dne 26. 3. 2009
rozsudek NS soudu č. j. 5 Afs 77/2010 ze dne 19. 11. 2011
rozsudek NS sp. zn. 23 Cdo 4561/2008 ze dne 21. 12. 2010
rozsudek NS sp. zn. 25 Cdo 1569/99 ze dne 22. 8. 2001
rozsudek NS sp. zn. 32 Cdo 2061/99 ze dne 30. 5. 2000
rozsudek NS sp. zn. 32 Odo 1177/2004 ze dne 11. 5. 2005
rozsudek NS sp. zn. 33 Cdo 1148/98 ze dne 31. 8. 1999
rozsudek NS sp. zn. 33 Odo 828/2004 ze dne 27. 4. 2006
rozsudek NS sp. zn./č. j.: 32 Cdo 2601/2007 ze dne 5. 11. 2008
rozhodnutí NS sp. zn. 20 Cdo 1662/2005 ze dne 1. 6. 2006
rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 3 Cmo 1083/97–49 ze dne 20. 5. 1999
rozsudek Krajského soudu („KS“) v Brně č. j. 62 Ca 21/2007-58 ze dne 25. 6. 2008
rozsudek KS v Brně č. j. 62 Ca 36/2007-87 ze dne 18. 11. 2009
rozsudek KS v Brně č. j. 62 Ca 49/2007-107 ze dne 29. 8. 2008
rozsudek KS v Brně sp. zn. 62Af 20/2011-52 ze dne 16. 8. 2012
rozsudek KS v Brně sp. zn. 62Ca 12 06-600 ze dne 17. 10. 2006

8.3 Judikatura EU

C-107/98 ve věci Teckal Srl. v. Comune di Viano a Azienda Gas Acqua Consorziale
AGAC di Reggio Emilia ze dne 18. 11. 1999
C-148/78 ve věci Pubblico Ministero v. Tullio Ratti ze dne 5. dubna 1979, Ratti
C-176/98 ve věci Holst v. Italia ze dne 2. 12. 1999
C-182/11 a C183/11 ve spojených věcech Econord SpA v. Comune di Cagno (C
182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate (C 183/11), Comune di
Varese ze dne 29. 11. 2012
C-26/03 ve věci Stadt Halle a RPL Lochau v. TREA Leuna ze dne 11. 1. 2005
C-295/05 ve věci Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v.
Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado ze dne
19. 4. 2007;

- C-340/04 ve věci Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio,
AGESP SpA ze dne 11. 5. 2006
- C-380/98 ve věci University of Cambridge ze dne 3. 9. 2000
- C-389/92 ve věci Ballast Nedam Grep NV v. Belgie ze dne 14. 4. 1994
- C-41/74 ve věci Yvonne Van Duyn v. Home Office ze dne 4. prosince 1974
- C-454/06 ve věci Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Österreich ze dne 19. 6. 2008
- C-5/97 ve věci Ballast Nedam Groep NV v. Belgie ze dne 18. 12. 1997
- C-57/01 ve věci Makedoniko Metro a Michaniki AE v. Řecký stát ze dne 23. 1. 2003

9 Přílohy

Tabulka 1 - rozdělení zadavatelů	93
Tabulka 2 - rozdělení veřejných zakázek dle finančních limitů (od 1. 4. 2012)	94

Tabulka 1 - rozdělení zadavatelů

Zadavatel		ZVZ (§/odst./písm.)	Specifické podmínky
veřejný	ČR	2/2/a	
	státní příspěvková organizace	2/2/b	
	územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace	2/2/c	
	jiná právnická osoba	2/2/d	Musí být kumulativně splněny obě podmínky dle § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ
dotovaný	právnická nebo fyzická osoba	2/3	více než 50% peněžních prostředků veřejné zakázky pochází z veřejných zdrojů (i prostřednictvím jiné osoby) nebo prostředky z těchto zdrojů přesahují 200 mil. Kč a nejedná se o subdodavatele
sektorový	osoba vykonávající některou z relevantních činností dle § 4 ZVZ	2/6	relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva nebo nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo nebo nepřímo uplatňovat dominantní vliv

Tabulka 2 - rozdělení veřejných zakázek dle finančních limitů (od 1. 4. 2012)

Veřejná zakázka	Služby a dodávky	ZVZ (§/odst./písm.)	Stavební práce	ZVZ (§/odst./písm. - poznámka)
Malého rozsahu	< 1.000.000	12/3	< 3.000.000	12/3
			<1.000.000	12/3 - od 1. 1. 2014
Zjednodušená podlimitní	< 3.236.000	2/2/a) a b); 12/2; 25/a	< 10.000.000	12/2; 25/b
	< 5.010.000	2/2/c) a d); 12/2; 25/a		
	< 10.021.000	2/6; 12/2; 25/a		
Podlimitní	< 3.236.000	2/2/a) a b); 12/2	< 125.265.000	12/2
	< 5.010.000	2/2/c) a d); 12/2		
	< 10.021.000	2/6; 12/2		
Nadlimitní	> 3.236.000	2/2/a) a b); 12/1	> 125.265.000	12/1
	> 5.010.000	2/2/c) a d); 12/1		
	> 10.021.000	2/6; 12/1		
Významná	> 50.000.000	2/2/c) a d); 16a/b	> 50.000.000	2/2/c) a d); 16a/b
	> 300.000.000	2/2/a) a b); 16a/a	> 300.000.000	2/2/a) a b); 16a/a