

9. ZÁVĚR

Zvolení formy komparace právních úprav veřejných zakázek české a francouzské se ukázalo jako velmi přínosné. Na problémy při aplikaci českého zákona v praxi existovalo ve francouzské právní úpravě prakticky vždy odpovídající elegantní řešení, v čemž spatřuje autorka největší přínos diplomové práce. Zcela reálně by šlo relevantní francouzské právní instituty přímo aplikovat na problematické situace, do kterých se z důvodu mezerovitosti zákona čeští zadavatelé i dodavatelé dostávají.

Zároveň bylo zajímavé pozorovat, jaké národní charakteristiky byly oběma uvedenými státy vtělovány do zákonů o veřejných zakázkách. Jelikož jsou zákony směrnicevého původu, měly být tedy prakticky shodné, čemuž tak nebylo. Zejména Francie vtělila do zákona velmi důmyslné instituty, které po staletí vytvářela aplikační praxe, ale zároveň se dostávala na hranice diskriminace s některými svými přehnaně sociálně laděnými opatřeními.

V následujících podkapitolách diplomové práce budou získané poznatky a na jejich základě vytvořená a doporučení i s nástroji shrnuty do těchto okruhů:

- mezerovitost české právní úpravy VZ
- neopodstatněně výhodné postavení sektorové zadavatele
- nevyužívání vhodných ustanovení ZVZ a jeho důvody.

9.1 *Mezerovitost české právní úpravy VZ*

9.1.1 **Poznatky**

Komparace české právní úpravy VZ s úpravou, která se kontinuálně vyvíjela po více než 180 let, která nezaznamenala žádné politické zvraty, které by zasáhly do hospodářského fungování státu a ve které zákonodárce pružně reaguje na podněty z praxe, se ukázala být velmi přínosná. Na základě podrobné studie francouzského zákona o VZ se autorka seznámila s vnitrostátními nesměrnicevými instituty, které se vyvinuly v reakci na praxi:

- V první řadě jde o tzv. „*allotissement*“ (rozdělování), institut, který nařizuje zadavatelům rozdělit předmět (pakliže to sám o sobě připouští) jedné nadlimitní

veřejné zakázky do vícera zakázek. Jednotlivé veřejné zakázky se stále řídí pravidly platnými pro zadávání nadlimitní zakázky, ovšem je otevřen přístup k zakázce malým a středním podnikům, které již mají možnost dosáhnout na jednotlivou rozdělenou zakázku. V ČR je zákonem daná pouze možnost takto postupovat, ovšem zadavatelé ji prakticky nikdy z důvodů otazníků kolem její aplikace nevyužívají. Na našem trhu je v důsledku dána faktická možnost ucházet se o větší zakázky pouze dostatečně velkým (často nadnárodním) podnikům, které mají kapacity na pokrytí veškerého spektra poptávaných služeb. I když by využili služeb drobných českých subdodavatelů a umožnili by jim na zakázce účast, náklady na realizaci VZ hrazené daňovými poplatníky by byly mnohem vyšší než v případě allotissement, tedy povinného rozdělení VZ. Lze říci, že česká právní úprava omezuje konkurenceschopnost malých a středních podniků v soutěži o VZ. Zároveň zadavatel nemůže těžit z pozitivních aspektů, které přináší specializace menších dodavatelů.

- Dále se ukázalo jako velice praktické ustanovení francouzského zákona, které řeší situaci převodu veřejné zakázky na subjekt, který nebyl vybrán na základě zadávacího řízení. V české úpravě je zadavatel nucen přijmout plnění od podniku, který zakázku „koupil“. To lze realizovat například formou převodu části podniku, která má jako jediné aktivum smlouvu o veřejné zakázce. Fakticky bude tedy zakázku plnit subjekt, který je pro zadavatele neznámý a který úspěšně neprošel zadávacím řízením. Zadavatel nemá v situaci takového obcházení zákona žádnou obranu, ani u ÚOHS. Francouzská, opět nesměrníková, úprava na takové případy pamatuje. V případě převodu obchodního jmění, fúze nebo rozdělení společnosti umožňuje zadavateli smlouvu o VZ rozvázat za podmínky, že neshledá, že by nástupnický subjekt poskytl kvalitativně a ekonomicky srovnatelné plnění jako vybraný podnik.
- Jako značný problém se v současné době ukázala nedostatečná právní úprava postihu kartelových dohod ve veřejných zakázkách (tzv. Bid – Rigging) v ČR a to zejména v souvislosti s obtížemi při prokazování a kvalifikování takových dohod v rozhodnutí ÚOHS ze dne 9. února 2007. Tímto rozhodnutím byla udělena rekordní pokuta bezmála 1 miliarda korun zahraničním i tuzemským

účastníkům (např. Siemens či Toshiba) dohod o ovlivňování nabídek v zadávacích řízeních na dodávky plynem izolovaného spínacího ústrojí. Jelikož tento artikl poptávali zejména veřejní zadavatelé a celková částka realizovaných zakázek za období let 2001 až 2004 činila zhruba 700 milionů korun, společenská nebezpečnost kartelu byla velmi vysoká. Úřad byl v rozkrývání kartelu značně handicapován neexistencí příslušných zákonných ustanovení v ZOHS ani ZVZ. Jako inspirační zdroj by mohla sloužit americká právní úprava, kde jsou dohody Bid – Rigging popsány a rozříděny do jednotlivých forem například dohody o podávání zdvořilostních nabídek, o střídání vítězů zakázek, o rozdělení trhu veřejných zakázek či o kompenzacích v rámci subdodávek. Je třeba zmínit, že v kartelu postiženém výše zmíněným rozhodnutím se objevila většina z těchto forem Bid – Riggingu.

- Závěrem, v rovině trestněprávní existuje ve Francii trestný čin zvaný „*favoritisme*“¹⁰⁶ (upřednostňování). Už z názvu vyplývá, že jde o situace spojené s neopodstatněným upřednostňováním, konkrétně uchazečů o VZ ze strany zadavatele. Jde o přečin¹⁰⁷, který je speciálně vytvořen na potírání korupčního chování ze strany zadavatelů. V ČR se tato skutková podstata řeší pouze na úrovni obecných ustanovení o přijímání úplatku¹⁰⁸. Bylo by jistě vhodně pro usnadnění dokazování a vystižení společenské nebezpečnosti zavést obdobnou výstižnou skutkovou podstatu jako je ve Francii. Pro úplnost byly vlivem praxe pod Favoritisme sumsumpovány i případy, kdy zadavatel uměle rozdělil jednu nadlimitní veřejnou zakázku na vícero podlimitních, aby se vyhnul povinnosti zadávat podle zákona.

9.1.2 Doporučení a nástroje

Směrnice ze své povahy dokumentu závazného pouze co do cílů připouští existenci vlastních vnitrostátních institutů. Všechny představené francouzské právní instituty jsou vnitrostátního původu, resp. nevznikly na úrovni komunitární. Francie

¹⁰⁶ Článek 432-14 Code pénal (francouzského trestního zákona). Délit de Favoritisme je postižitelný pokutou do 30 000 EUR nebo odnětím svobody do tří let.

¹⁰⁷ Ve Francii existuje tripartita trestný čin, přečin a přestupek, odstupňované podle společenské závažnosti.

¹⁰⁸ Trestní zákon č. 140/1961 Sb., ustanovení §160.

za základ pro jejich vytvoření použila analýzy ekonomických dopadů jednotlivých právních úprav VZ na jednotlivé subjekty. Proto tyto instituty FZVZ mají velmi příznivý vliv i na hospodářskou situaci dodavatelů, kteří jsou v ČR znevýhodněni (například omezeným přístupem k velkým nerozděleným zakázkám). Autorka diplomové práce by tedy doporučovala, aby probíhala užší komunikace mezi destinatáři zákona z praxe a legislativcem a na výsledky těchto setkání byly zákonem reflektovány. Je třeba si uvědomit, že zadávání VZ má silný ekonomický aspekt. Jelikož dochází k vynakládání prostředků ze státního rozpočtu, je třeba hledět i na ekonomické dopady právních úprav a následně na ně reflektovat v zákoně.

V neposlední řadě by bylo vhodné pro řešení problémů se více *de lege ferenda* inspirovávat v zahraničních úpravách VZ a to nejen v těch evropských. Diplomová práce prokázala, že na mnohé mezery a nedokonalosti v zákoně existuje elegantní řešení v právních úpravách cizích států. Bylo by tedy vhodné při legislativní práci i při aplikaci práva soudem či ÚOHS využívat právní komparace.

9.2 *Neopodstatněně výhodné postavení sektorového zadavatele*

V literatuře se často objevuje argument, že bylo třeba dát činnosti sektorového zadavatele zákonný rámec vzhledem k jeho napojení na státní finance a k specifickým jeho činnostem vykonávaným ve faktickém monopolním prostředí. Stejně tak je v současné době diskutováno nad otázkou, je-li takto nastavená právní úprava dostatečná.

9.2.1 Poznatky

Autorka na základě poznatků diplomové práce ale shledává, že zákonný rámec pro sektorového zadavatele byl nedostatečný a že mu přinesl neopodstatněně specifické a volné postavení oproti ostatním typům zadavatelů zejména tím, že:

- Zadávat VZ v zadávacím řízení podle zákona musí až od překročení finančního objemu stanoveného pro nadlimitní zakázky (tj. 11 715 000 korun), jinak mu „postačí“ dodržet zásadu transparentnosti a zákazu diskriminace.

- Sektorový zadavatel má oproti ostatním zadavatelům širokou možnost užití jednacího řízení bez uveřejnění (srov. § 23 odst. 8), tedy řízení, kde si on sám zvolí, které dodavatele vyzve k podání nabídek na rozdíl od standardních řízení, kde je složení uchazečů o VZ neovlivnitelné. Jednací řízení bez uveřejnění klade na zadavatele i jiné nízké nároky (nedochází k uveřejnění zadání veřejné zakázky, hodnocení nemusí provádět hodnotící komise, řízení může být kdykoli bez udání důvodů zrušeno aj.) a je tak nejméně transparentním druhem zadávacího řízení. Proto jsou v zákoně taxativně vypočteny možnosti jeho užití. Je třeba dodat, že opět sektorový zadavatel má nejširší prostor pro jeho užití.
- Nepostupuje podle zákona, pokud předmět veřejné zakázky souvisí především s jinou jeho činností, než je výkon relevantní činnosti (srov. § 5 odst. 2 písm. b). Jinými slovy za situace, kdy sektorový dodavatel zabývající se zajišťováním dopravy chce pořídit kancelářské vybavení ve značném finančním objemu, postupovat dle zákona nemusí. Ve stejném případě by veřejný zadavatel obligatorně dle zákona postupoval už od 2 mil. Kč a musel by na dodávku vypsat zadávací řízení. Autorka v této souvislosti odkazuje na stěžejní judikát ESD (zpracovaný v kapitole 3.), který takovou zákonnou dikci i případný výklad výslovně zakazuje. V případě, že sektorový zadavatel vypisuje zakázku, která není spjatá s jeho relevantní činností, se musí podle směrnice obligatorně řídit pravidly platnými pro zadavatele veřejného. Je-li zřizovatelem sektorového zadavatele stát, resp. veřejný zadavatel, není totiž důvodné, aby požíval oproti němu ve výše zmíněných případech neopodstatněných výjimek.
- Platí pro něj četné výjimky z působnosti zákona (srov. § 19) aj.

Ze všech typů zadavatelů má tak nejméně „svázané ruce“ a jeho postupy jsou tak méně transparentními a přezkoumatelnými. To práce prokázala i tím, že téměř ve všech případech obcházení či nedokonalé aplikaci zákona v praxi figuroval sektorový zadavatel. Za stěžejní považuje autorka diplomové práce výše zmíněný přímý rozpor ustanovení § 5 odst. 2 písm. b) ZVZ, podle kterého sektorový zadavatel vůbec podle

zákona nepostupuje, pokud předmět veřejné zakázky souvisí především s jinou jeho činností, než je výkon relevantní činnosti s judikaturou ESD¹⁰⁹, resp. s komunitárním právem. Je nasnadě ptát se na racionálnost a opodstatněnost takových zvýhodnění sektorového zadavatele, když jeho zřizovatel spadá do kategorie veřejných zadavatelů a je podřízen nejprísnějšimu zákonnému režimu. Nakolik by tedy osoba odvozená od veřejného zadavatele měla mít režim odlišný, který ji umožňuje bez jakýchkoli omezení disponovat s téměř dvanácti miliony korun daňových poplatníků?

9.2.2 Doporučení a nástroje

Pro větší transparentnost zadávání VZ by bylo vhodné snížit finanční limity, od kterých musí sektorový zadavatel postupovat podle zákona. Tento aspekt byl reflektován i na evropské úrovni zejména tím, že se nařízením snížily finanční limity téměř o dva miliony korun. Otázkou zůstává, zdali tuto tendenci EU potvrdí i při stanovování limitů platných od 1. 1. 2010.

Dále je bezpodmínečně nutné novelizovat obsoletní ustanovení § 5 odst. 2 písm. b) ZVZ, které je express verbis v rozporu s komunitárním právem.

Co se Francie týče, ohledně postavení sektorového zadavatele naráží v praxi na obdobné problémy s transparentcí a vysokými finančními limity jako ČR.

Naproti tomu Francie transponovala směrnice i včetně doporučené struktury – zvláštní část pro veřejného zadavatele a zvláštní pro sektorového zadavatele. Nedochozí tedy k prolínání právních úprav těchto typů zadavatelů a aplikace zákona i jeho výklad je pro destinatáře jednodušší. De lege ferenda by měly být pravomoci sektorového zadavatele „svázány“ jak nižšími finančními limity, tak přísnější právní úpravou neumožňující mu v tolika případech nepostupovat podle zákona.

9.3 *Nevyužívání vhodných ustanovení ZVZ a jeho důvody*

Autorka diplomové práce shledává, že destinatáři zákona v praxi nedostatečně využívají možností, které zákon dává. Mohou si tímto způsobem celé zadávací řízení prodražit, dostat se do právních problémů nebo uzavřít cestu k zakázce vhodným dodavatelům. Důvody této nedostatečné znalosti by mohly spočívat jak v komplexnosti

¹⁰⁹ Srov. kapitola 3., rozbor rozsudku ESD z 10. dubna 2008.

zákona, jeho nepřehledné struktury a nepropracovanosti (například ve srovnání s Francií), ale i celkové „mladosti“ právní úpravy veřejných zakázek v ČR. Stejně tak by se dala mnohým zadavatelům vytknout pohodlnost a příliš opatrný přístup.

Práce ukázala na praktických příkladech nevyužívání vhodných zákonných institutů a v důsledku závažné ekonomické důsledky. Tomu tak bylo například při neaplikaci soutěže o návrh v oblastech, kde při veřejné zakázce vznikalo autorskoprávně chráněné dílo. Nebo při nemožnosti profitování ze specializace a nízké ceny zakázky provedené SME v důsledku nerozdělení předmětu nadlimitní veřejné zakázky na jednotlivé zakázky, na kterou nemohl dosáhnout jen velký podnik.

Bylo by vhodné zvýšit informovanost zadavatelů veřejných zakázek zejména formou pravidelných školení, včetně publikování a bezplatném zasílání metodik, jak ve Francii činí Ministerstvo pro místní rozvoj ve spolupráci se soukromoprávními poradními organizacemi. Tato školení jsou přínosná i v tom ohledu, že zadavatelé upozorňují na problémy s jednotlivými ustanoveními v praxi a zároveň navrhují jejich řešení. V návaznosti na tuto „zpětnou vazbu“ francouzský zákonodárce poměrně pružně reaguje.

Úplným závěrem lze říci, že zvolené téma komparace české a francouzské právní úpravy veřejných zakázek i s ohledem na dopad na ekonomickou praxi se ukázalo jako velmi nosné. Závěry z komparace opřené o pozorování hospodářských dopadů by i formálně velmi málo rozdílných právních úprav by mohly být snadno de lege ferenda aplikovány na české prostředí.

* * *