

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE PRÁVNICKÁ FAKULTA

Katedra národního hospodářství

**Veřejné zakázky – komparace
vybraných aspektů české
a francouzské právní úpravy a jejich
dopad na ekonomickou praxi**

Diplomová práce

Kateřina Bičovská

Vedoucí diplomové práce:

Doc. JUDr. PhDr. Ilona Bažantová, CSc.

Praha, říjen 2009

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem tuto diplomovou práci zpracovala samostatně a že jsem v ní vyznačila všechny prameny, z nichž jsem čerpala, způsobem ve vědecké práci obvyklým.

V Praze 26. 10. 2009

K a t e ř i n a B i č o v s k á

Poděkování

Děkuji paní Doc. JUDr. PhDr. Iloně Bažantové, CSc., vedoucí mé diplomové práce, za cenné rady a účinnou pomoc při zpracování.

Dále vřele děkuji Ing. Josefu Dalešickému a Miroslavě Dalešické za nezbytnou podporu při práci i v průběhu celého studia na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. V neposlední řadě pak děkuji Ing. Janu Procházkovi za konstruktivní připomínky.

V Praze 26. 10. 2009

K a t e ř i n a B i č o v s k á

OBSAH

1.	ÚVOD	7
1.1	VOLBA TÉMATU	7
1.2	PRACOVNÍ METODA.....	8
2.	CHARAKTER PRÁVNÍCH ÚPRAV VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK EU, ČR A FRANCIE	10
2.1	ROLE EVROPSKÉHO PRÁVA V OBLASTI VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	10
2.1.1	<i>Nástroje evropského práva</i>	10
2.1.2	<i>Existence národních specifíků v transponované právní úpravě veřejných zakázek</i>	11
2.2	HISTORIE VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK.....	12
2.2.1	<i>Historie veřejných zakázek ve Francii</i>	12
2.2.2	<i>Historie veřejných zakázek v České republice</i>	12
2.3	STRUKTURA ZÁKONŮ	13
2.4	ZÁKLADNÍ POJMY A INSTITUTY ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	14
2.4.1	<i>Zadavatelé veřejné zakázky</i>	14
2.4.2	<i>Rozdělení veřejných zakázek</i>	16
2.4.3	<i>Základní zásady zadávání veřejných zakázek</i>	20
3.	SUBJEKTY ZADAVATELŮ A ROZPOR RELEVANTNÍCH USTANOVENÍ ČESKÉHO ZÁKONA S KOMUNITÁRNÍM PRÁVEM..	21
3.1	SPECIFIKA SEKTOROVÉHO ZADAVATELE A SOUBĚH MEZI SUBJEKTY ZADAVATELŮ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	21
3.1.1	<i>Specifika sektorového zadavatele</i>	22
3.1.2	<i>Souběh činností</i>	22
3.2	ROZSUDEK ESD Z 10. DUBNA 2008 O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	23
3.2.1	<i>Spor v původním řízení a jeho význam</i>	23
3.2.2	<i>Působnost sektorové směrnice č. 2004/17/ES na zakázky nesouvisející s relevantní činností sektorového zadavatele</i>	24
3.2.3	<i>Působnost zadavatelské směrnice 2004/18/ES na zakázky nesouvisející s relevantní činností sektorového zadavatele</i>	25
3.3	PRÁVNÍ ÚPRAVA POSTAVENÍ ZADAVATELŮ VE FRANCOUZSKÉM ZÁKONĚ O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH.....	28
3.4	ZHODNOCENÍ	29
4.	STANOVENÍ PŘEDPOKLÁDANÉ HODNOTY PŘED ZADÁNÍM VEŘEJNÉ ZAKÁZKY	30
4.1	UMĚLÉ SNIŽOVÁNÍ PŘEDPOKLÁDANÉ HODNOTY	30
4.2	PŘÍPUSTNÉ ROZDĚLENÍ PŘEDMĚTU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY	31
4.3	ZHODNOCENÍ EKONOMICKÝCH DOPADŮ ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY ROZDĚLENÍ PŘEDMĚTU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY VE SROVNÁNÍ S FRANCOUZSKOU ÚPRAVOU	34
4.3.1	<i>Omezení konkurenceschopnosti malých a středních podniků jako důsledek české právní úpravy?</i>	34
4.3.2	<i>Allotissement – zákonná povinnost ve Francii rozdělit předmět veřejné zakázky na jednotlivé části</i>	35

4.3.3	<i>Postoj Evropské komise k přístupu malých a středních podniků k veřejné zakázce</i>	37
4.4	VARIABILITA CENY DODÁVKY PŘI STANOVENÍ PŘEDPOKLÁDANÉ HODNOTY VEŘEJNÉ ZAKÁZKY	38
5.	KRITÉRIA PRO HODNOCENÍ NABÍDEK PODANÝCH V ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ A ZÁSADA ZÁKAZU DISKRIMINACE	41
5.1	ZÁKLADNÍ HODNOTÍCÍ KRITÉRIA	42
5.1.1	<i>Základní kritérium ekonomické výhodnosti nabídky</i>	42
5.1.2	<i>Základní kritérium nejnižší nabídkové ceny</i>	43
5.1.3	<i>Zákaz směšování kvalifikačních předpokladů a hodnotících kritérií</i>	43
5.2	PRINCIP ZÁKAZU DISKRIMINACE A JEHO ZÁKONEM DOVOLENÉ PROLOMENÍ	44
5.2.1	<i>Zákonná pozitivní diskriminace</i>	44
5.2.2	<i>Porušení principu rovného zacházení se všemi dodavateli</i>	46
5.3	KRITÉRIA PREFERENČNÍHO PRÁVA VE FRANCOUZSKÉM ZÁKONĚ VERSUS EVROPSKÝ PRINCIP NEDISKRIMINACE	48
5.3.1	<i>Důsledky preferenčního práva a jeho slučitelnost s vnitrostátním právem Francie</i>	49
5.3.2	<i>Slučitelnost preferenčního práva s právem evropským</i>	49
5.3.3	<i>Preferenční klauzule v českém právu</i>	50
5.4	PŘÍPUSTNOST SOCIÁLNÍCH A ENVIRONMENTÁLNÍCH HODNOTÍCÍCH KRITÉRIÍ V KOMUNITÁRNÍM PRÁVU	50
5.4.1	<i>Ekonomická vs. sociální koncepce zadávání veřejných zakázek</i>	51
5.4.2	<i>Frekvence a cena užívání sociálních a environmentálních kritérií v EU</i>	51
6.	PROBLEMATIKA TRANSFERU VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	53
6.1	FAKTICKÁ MOŽNOST PŘEVODU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY A JEJÍ EKONOMICKÉ DOPADY	53
6.1.1	<i>Obcházení zákona v praxi</i>	54
6.1.2	<i>Stanovisko Úřadu</i>	55
6.2	FRANCOUZSKÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA PŘEVODU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY	56
6.2.1	<i>Možnost rozvázání smlouvy o VZ v případě převodu obchodního jmění</i>	57
6.2.2	<i>Možnost rozvázání smlouvy o VZ v případě fúze a rozdělení společnosti</i>	57
6.3	ZHODNOCENÍ EKONOMICKO - PRÁVNÍCH DOPADŮ ČESKÉ A FRANCOUZSKÉ ÚPRAVY	57
6.3.1	<i>Dopad transferu veřejné zakázky</i>	57
6.3.2	<i>Dopad rozvázání smlouvy</i>	58
6.4	NOVÉ PRAVOMOCI ÚŘADU V DOBĚ PO UZAVŘENÍ SMLOUVY O VEŘEJNÉ ZAKÁZCE	59
6.4.1	<i>Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy</i>	59
6.4.2	<i>Neplatnost smlouvy</i>	60
6.4.3	<i>Registr dodavatelů se zákazem účasti na plnění veřejných zakázek (Blacklist)</i>	60
7.	DŮSLEDKY UŽITÍ NEVHODNÉHO DRUHU ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ V OBLASTI PRÁV PLYNOUCÍCH Z DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ	61
7.1	PRÁVNÍ ÚPRAVA SOUTĚŽE O NÁVRH A USTANOVENÍ O VLASTNICTVÍ K PŘEDLOŽENÝM NÁVRHŮM V ČESKÉM ZÁKONĚ O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	62
7.1.1	<i>Specifika soutěže o návrh a její odlišnost od zadávacích řízení</i>	62

7.1.2	<i>Provázanost soutěže o návrh a jednacího řízení bez uveřejnění</i>	63
7.1.3	<i>Úprava majetkových práv k projektům předloženým v soutěži o návrh</i>	64
7.2	PRÁVNÍ A EKONOMICKÉ NÁSLEDKY NEUŽITÍ SOUTĚŽE O NÁVRH V PŘÍPÁDECH Z PRAXE	65
7.2.1	<i>Případ I – Nemožnost zadání realizace návrhu jeho tvůrci</i>	66
7.2.2	<i>Případ II – Střet právní úpravy veřejných zakázek a práv vyplývajících z duševního vlastnictví</i>	67
7.3	POPŘENÍ AUTORSKÝCH PRÁV V SOUTĚŽI O NÁVRH VYHLÁŠENÉ EVROPSKOU KOMISÍ V ROCE 2006	69
7.4	ÚMLUVY O PRÁVECH PLYNOUCÍCH Z DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ K PROJEKTŮM VE FRANCII.....	70
8.	KARTELOVÉ DOHODY VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH (BID - RIGGING)	71
8.1	TEORIE BID - RIGGINGU	72
8.1.1	<i>Druhy Bid - Riggingu</i>	73
8.2	ROZHODNUTÍ ÚŘADU ZE DNE 9. ÚNORA 2007 VE VĚCI DOHOD O OVLIVNĚNÍ NABÍDEK PODANÝCH V ZADÁVACÍCH ŘÍZENÍCH	75
8.2.1	<i>Relevantní trh v případě a kritéria náchylnosti trhu k Bid - Riggingu</i>	76
8.2.2	<i>Vznik a fungování kartelových dohod o ovlivnění nabídek v PISU</i>	78
8.2.3	<i>Rozhodnutí a sankce</i>	78
8.2.4	<i>Druhy Bid - Riggingu v Rozhodnutí</i>	80
9.	ZÁVĚR.....	81
9.1	MEZEROVITOST ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY VZ	81
9.1.1	<i>Poznátky</i>	81
9.1.2	<i>Doporučení a nástroje</i>	83
9.2	NEOPODSTATNĚNĚ VÝHODNÉ POSTAVENÍ SEKTOROVÉHO ZADAVATELE	84
9.2.1	<i>Poznátky</i>	84
9.2.2	<i>Doporučení a nástroje</i>	86
9.3	NEVYUŽÍVÁNÍ VHODNÝCH USTANOVENÍ ZVZ A JEHO DŮVODY	86
	SEZNAM ZKRATEK	88
	POUŽITÁ LITERATURA.....	89
	SEZNAM GRAFŮ A TABULEK.....	93
	SEZNAM PŘÍLOH.....	94
	PŘÍLOHA Č. 1	95
	PŘÍLOHA Č. 2	97
	PŘÍLOHA Č. 3	101

1. ÚVOD

1.1 *Volba tématu*

Téma diplomové práce Veřejné zakázky – komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy a jejich dopad na ekonomickou praxi zvolila autorka z několika důvodů.

Předně, veřejné zakázky jsou oblast, kterou se při studiu intenzivně zabývala a pozorně sleduje její vývoj i na komunitární úrovni. Veřejné zakázky a zadávací řízení taktéž tvoří značnou část náplně její práce v současné advokátní praxi, kde je často konfrontována s nedokonalostmi právní úpravy veřejných zakázek v České republice.

Autorce diplomové práce se zároveň dostalo možnosti rok studovat právní úpravu veřejných zakázek („*droit des marchés publics*“) na Pařížské univerzitě Pantéon – Assas. Tyto dva výše zmíněné důvody ji přivedly k myšlence pojmout práci jako právní komparaci. Francouzská právní úprava veřejných zakázek se vyvíjela již od 18. století a patří k jedněm z nejpropracovanějších v Evropě. Hlavní přínos komparace autorka spatřuje v analýze českých a francouzských institutů veřejných zakázek a ve využití těchto výstupů *de lege ferenda* v České republice, čehož se bude snažit v následujících kapitolách dosáhnout. Jelikož francouzské právo patří stejně jako české do „rodiny“ kontinentálního práva a obě země jsou povinny dostát stejným legislativním závazkům plynoucím z členství v Evropské Unii, nebude složité aplikovat vybrané instituty francouzské právní úpravy veřejných zakázek na sporné otázky či na situace, na které český zákonodárce nepamatoval. V neposlední řadě, ve Francii hraje velmi důležitou úlohu judikatura. Veřejné zakázky jsou velmi dynamickou oblastí a podle názoru autorky práce lze oproti Francii vytýkat českým soudům příliš pozitivistický přístup k výkladu právních předpisů a nerefektování vývoje v této právní oblasti nekomplikovanou cestou aplikace práva.

Závěrem, imanentním aspektem většiny právních úprav jsou jejich ekonomické důsledky na praxi. Zejména pak právní úprava veřejných zakázek vyžaduje bezprostřední návaznost na reálné ekonomické prostředí, jinak by byla vzhledem ke svému účelu nefunkční. Pro studium takového propojení jsou veřejné zakázky velmi vhodným institutem. Předně, při jejich realizaci dochází k vynakládání enormních

částek hrazených z veřejných financí. Zároveň lze v tomto odvětví velmi dobře sledovat, jaký má vliv nastavení právních pravidel na ekonomickou situaci podniků, např. na dosažitelnost vypsaných zakázek ze strany malých a středních dodavatelů. Dále, právní úprava veřejných zakázek umožňuje některým subjektům zadavatelů disponovat s téměř dvanácti miliony korun, aniž by musel sledovat zákonný postup předepsaný pro jiné zadavatele. I aspekt nedostatečné kontroly a v důsledku možného plýtvání s veřejnými prostředky či korupce a hospodářské kriminality má silný hospodářský dopad. Ve světle výsledků komparace bude zajímavé sledovat, nakolik se ukážou rozdílné hospodářské důsledky české i francouzské právní úpravy veřejných zakázek na praxi.

Tedy autorka si pro svou diplomovou práci zvolila téma, které vyžaduje praktický přístup, reflektuje propojení právně-ekonomických vztahů a je v současné době velmi aktuální.

1.2 Pracovní metoda

Pro účely komparace bude nejprve představen charakter právních úprav veřejných zakázek v České republice, ve Francii a v Evropské Unii.

Pro metodu práce u většiny kapitol si autorka diplomové práce volí jako výchozí bod reálný problém, se kterým se seznámila v české aplikační praxi právní úpravy veřejných zakázek. Ten bude rozebrán z právní stránky (jeho podstata, tj. zdali je způsoben mezerami v zákoně, obskurností, špatným výkladem či přílišnou komplexností některých ustanovení) a ze stránky ekonomické (např. dopady problému na hospodářskou soutěž, nároky na veřejné finance, omezování konkurenceschopnosti malých a středních podniků či zbytečně vysoké výdaje na veřejnou zakázku). Na základě výstupů komparace bude představeno vhodné řešení z francouzské právní úpravy veřejných zakázek. Na druhou stranu práce se nebude omezovat pouze na přejímání francouzských institutů, které vyřeší právní stránku věci, ale důraz bude kladen i na zkoumání jejich ekonomických dopadů. A to zejména z důvodu, že sociální zaměření Francie se značně promítá i do nahlížení na funkci veřejných zakázek.

Autorka diplomové práce bude chtít výběrem problémů obsažených v jednotlivých kapitolách obsáhnout chronologicky nejdůležitější fáze zadávacího řízení včetně problematiky následného „osudu“ veřejné zakázky.

V diplomové práci bude kladen důraz zejména na sektorového zadavatele, neboť je u zdroje většiny problémů plynoucích z právní úpravy veřejných zakázek v práci uvedených. Může tomu být i proto, že má zákonem nejméně svázané ruce a může disponovat s několikamilionovým finančním objemem bez dodržení zákonem stanovených postupů platných pro ostatní typy dodavatelů.

V potaz bude brán i na komunitární právní řád, jakožto jeden z hlavních a nejdůležitějších pramenů práva veřejných zakázek v obou zemích. Zkoumán bude zejména soulad právních úprav s relevantními směrnici a aktuálními rozhodnutími Evropského Soudního dvora.

Zvolená metoda by měla umožnit pozorování vlivů právní úpravy veřejných zakázek České republiky a Francie na ekonomickou praxi dané země a definování doporučení, které z těchto poznatků vyplynou, v čemž spatřuje autorka hlavní přínos diplomové práce.

Diplomová práce tedy bude:

- komparovat vybrané aspekty české a francouzské právní úpravy veřejných zakázek
- rozebírat nedokonalosti některých ustanovení českého zákona o veřejných zakázkách, jejich ekonomické dopady na praxi a vyhledávat možné řešení ve francouzské úpravě
- posuzovat slučitelnost národních úprav s komunitárním právem, zejména ve světle nové judikatury Evropského soudního dvora
- de lege ferenda nastiňovat doporučení ke zkvalitnění právní úpravy veřejných zakázek v České republice.

2. CHARAKTER PRÁVNÍCH ÚPRAV VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK EU, ČR A FRANCIE

Před započítím s právní komparací je vhodné věnovat kapitulu úvodu do problematiky právní úpravy veřejných zakázek, a to jak na evropské úrovni, tak na úrovni členských států.

V této kapitole se diplomová práce proto bude zabývat:

- rolí evropského práva v oblasti veřejných zakázek
- historií zadávání veřejných zakázek
- charakterem a strukturou českého a francouzského zákona
- základními pojmy a instituty zákona.

2.1 Role evropského práva v oblasti veřejných zakázek

2.1.1 Nástroje evropského práva

Do doby vytvoření jednotného vnitřního trhu se zadávání veřejných zakázek považovalo za čistě vnitrostátní problematiku a až v tento okamžik se objevila potřeba zajistit rovné podmínky pro všechny uchazeče o veřejnou zakázku nehlédě na jejich státní příslušnost. Jako hlavní nástroj byly zvoleny směrnice, jež měly za cíl zpřehlednění a unifikaci roztržitých úprav a které zároveň dávaly členským státům s možností volby právních prostředků. Diplomová práce se bude zaměřovat zejména na nejnovější směrnice č. 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek ve zvláštních odvětvích, tedy v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále jen „sektorová směrnice“) a 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „zadavatelská směrnice“). Ekonomické indikátory ve zprávě o fungování trhu veřejných zakázek v EU¹ prokazují, že za posledních 10 let měla aplikace pravidel vnitřního trhu na zadávání veřejných zakázek výrazně pozitivní dopad, zejm. došlo ke zvýšení transparentnosti procesu

¹ EVROPSKÁ KOMISE. Pozitivní dopady aplikace EU direktiv a výzvy pro budoucnost. Brusel. 2004. Publikováno ke dni 22.10.2009 na: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf.

zadávání veřejných zakázek, dosažení úspory vynakládaných veřejných prostředků a zvýšení počtu reálných soutěžitelů.

Nepřímým nástrojem v procesu unifikace zadávání veřejných zakázek na evropské úrovni se stala rozhodnutí Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“). Účinky některých rozhodnutí se neomezovaly pouze inter partes, ale výkladem pojmů dotvářely právní rámec položený směrnicemi a dokonce v určitých případech učinily obsoletními ustanovení národních zákonů (viz kapitola 3.).

2.1.2 Existence národních specifik v transponované právní úpravě veřejných zakázek

I přes rozsáhlé intervence ze strany EU do vnitrostátních právních úprav veřejných zakázek (dále jen „VZ“), nejsou členské státy vždy pouze pasivními recipienty. Směrnice je závazná co do výsledku, ale způsob a prostředky ponechává na členském státě.² Proto je možné, aby národní specifika právních úprav členských států v transponované oblasti VZ daly vzniknout novým pravidlům. V žádném případě by ale nemělo jít o situace, kdy se národní zájem promítne do právní úpravy takovým způsobem, že se dostává do přímého rozporu s transponovanou směrnicí. Například Francie projevuje snahu ze zadávání veřejných zakázek vytvořit prodlouženou ruku sociální politiky státu zejména v oblasti podpory přístupu malých a středních podniků či jiných znevýhodněných subjektů k zakázce. Nástroje této politiky mohou být z pohledu ESD i diskriminační a následně dochází ke konstataci jejich rozporu s komunitárním. Na druhou stranu určité sociální aspekty zadávání veřejných zakázek byly rozsudky ESD³ „posvěceny“ a přispěly tak k rozvoji komunitární právní úpravy v této oblasti. Francie tak nepřímo ovlivnila i pole působnosti českého zadavatele.

² EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 20. 9. 1988, ve věci G. Beentjes vs. Nizozemsko. Celexové číslo 61987J0031. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009. V tomto rozsudku ESD mj. říká, že cílem směrnice je koordinovat národní postupy zadávání veřejných zakázek a nikoli stanovit uniformní a vyčerpávající právní úpravu. Směrnice má stanovit pouze rámec, uvnitř kterého mohou členské státy svá hmotněprávní nebo procesní pravidla, za podmínky, že respektují relevantní ustanovení komunitárního práva.

³ EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 26. 9. 2000, ve věci Komise Evropských společenství proti Francouzské republice, ve věci zohlednění opatření proti nezaměstnanosti při hodnocení nabídek. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009. „[...] směrnice 93/37/EHS nebrání tomu, aby bylo jako hodnotící kritérium použito kritérium zohledňující boj proti nezaměstnanosti, a to za předpokladu, že to bude v souladu se základními zásadami komunitárního práva, zejména se zásadou zákazu diskriminace.“

Lze tedy říci, že evropské právo nehraje v právní úpravě zadávání veřejných zakázek výlučnou roli a že je tato jeho oblast značně dynamická zejména díky aktivitě členských států i ekonomickému vývoji.

2.2 Historie veřejných zakázek

Pro srovnání a pochopení rozdílů i reálného fungování právních úprav VZ České republiky (dále jen „ČR“) je důležité nastínit i historický vývoj v dané oblasti.

2.2.1 Historie veřejných zakázek ve Francii

Počátek zadávání veřejných zakázek v moderním slova smyslu ve Francii spadá do období konzulátu a císařství. Již nařízení ze 4. prosince 1836 stanoví, že „všechny zakázky ve jménu státu budou zveřejňovány a uzavírány v konkurenčním prostředí“. V souvislosti se sociální politikou velkých veřejných prací v 19. století se rozvíjela judikatura v oblasti veřejných zakázek, položila základy právnímu režimu a zformulovala obecně platné principy už před rokem 1914⁴. Až do zákoníku z roku 1964 pak zůstává tato oblast upravována pouze na úrovni obecně závazných vyhlášek vlády v samostatné působnosti a judikatury. S příchodem evropského práva a Páté republiky se poměrně jasná úprava veřejných zakázek zkomplikovala. Jednak z důvodu přílišné aktivity zákonodárce v oblasti, která doposud tradičně spadala do samostatné působnosti vlády, jednak z nutnosti harmonizace. Francie následně přijala zákon o VZ z roku 2001 a zákony z roku 2004 a 2006 pak shodně s Českou republikou transponovala relevantní evropské směrnice. Francouzské zákony mezi sebou nevykazovaly zásadní rozdíly v systematicce ani koncepci. Nadto relativní stálost politického režimu, kontinuita francouzské legislativy a důraz na judikaturu přispěly ke snadnému překonávání úskalí vznikajících při aplikaci právní úpravy VZ v praxi.

2.2.2 Historie veřejných zakázek v České republice

V historii československé a české legislativy se poprvé oblast zadávání veřejných zakázek objevila v roce 1920, kdy byl vydán Zadávací řád⁵. Ten se vztahoval

⁴ Srov. : SCHULTZ, P.: *Eléments du droit des marchés publics*. Paříž: L.G.D.J., 1996.

⁵ Nařízení vlády Československé republiky č. 667/1920 Z. a n., o zadávání státních dodávek a prací.

na dodávky zboží a prací, které zadávaly orgány státní správy a jimi spravované organizace, podniky a fondy. Po roce 1945 byla problematika zadávání veřejných zakázek v oblasti staveb řešena tzv. Všeobecnými stavebními podmínkami.⁶ V roce 1972 byl novelou doplněn hospodářský zákoník o ustanovení o veřejné soutěži, užší soutěži a o tzv. veřejném příslibu. Detailní právní úprava v této době potřeba nebyla, neboť žádní reální soutěžitelé v podmínkách minulého režimu de facto neexistovali.

Po roce 1990 byl Federálním ministerstvem financí vydán "Zadávací řád staveb" jakožto metodický pokyn, který však neměl obecnou závaznost. Až do roku 1994⁷ nebyla samostatná úprava veřejných zakázek. Zákon z roku 1994 sice upravil v zásadě postup zadavatele v zadávacím řízení, ale vykazoval značné nedokonalosti v definicích a systematické úpravě zákona.

V roce 2004 a 2006 byly přijaty transpoziční zákony⁸. Na základě jejich srovnání se zákonem z roku 1994 zastává autorka diplomové práce názor, že europeizace zadávání veřejných zakázek v nemalé míře přispěla ke zkvalitnění a zpřehlednění české právní úpravy VZ.

Zhodnotíme-li, tak ve srovnání s vývojem práva ve zmiňované oblasti v ČR je francouzská úprava mnohem lépe etablovaná. Francouzský politický ani ekonomický systém ve 20. století nezaznamenal výrazné zvraty a úprava veřejných zakázek se tak mohla kontinuálně rozvíjet. Důsledkem je, že některé instituty VZ jsou ve Francii lépe propracované, efektivnější a v určitých aspektech mohou sloužit jako předloha pro českého zákonodárce (viz dále).

2.3 Struktura zákonů

Dalším důležitým obecným aspektem pro komparaci je srovnání systematiky českého a francouzského platného zákona o VZ. Ač se jedná o zákony, které oba transponovaly zadavatelskou a sektorovou směrnici, nejsou zcela shodné. Vykazují určité rozdíly po formální stránce, obsahové, ale i z hlediska dopadů na ekonomickou praxi, což bude také podrobně studováno v následujících kapitolách diplomové práce.

⁶ Srov. dále např.: www.justitia.cz/historie.php.

⁷ Zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁸ Zákon č.40/2004 Sb, o zadávání veřejných zakázek a od 1. července 2006 vstoupil v účinnost zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách.

Francouzský zákon o veřejných zakázkách (dále jen FZVZ)⁹ z roku 2006 se svou koncepcí zákona velmi přiblížil struktuře transponovaných směrnic z roku 2004. Zákonodárce totiž rozdělil předpis na dvě části, z nichž první je zcela věnovaná veřejnému zadavateli, tak jako zadavatelská směrnice a druhá zadavateli sektorovému, shodně se směrnicí sektorovou.

Český zákon o veřejných zakázkách doporučenou strukturu nepřejal a všechny typy zadavatelů upravil najednou. Z ustanovení platných pro veřejného zadavatele stanoví výjimky, kterými se řídí zadávání veřejných zakázek ze strany sektorového zadavatele. Zákon tak nepůsobí přehledně a orientace v něm je složitější.

Zhodnotíme-li, tak jasná systematika FZVZ neumožňuje prolínání právních úprav veřejného a sektorového zadavatele, resp. nezná užívání techniky výjimek na sektorového zadavatele z ustanovení platných pro zadavatele veřejné. Právě fakt, že v českém zákoně neexistují samostatné části platné pouze pro jeden typ zadavatele, činí problémy (viz kapitola 3.). Francouzský zákon je tak přehlednější a uživatelsky jednodušší. Ohledně koncepce zákona měl český zákonodárce také přejmout strukturu doporučenou transponovanými směrnicemi.

2.4 Základní pojmy a instituty zákona o veřejných zakázkách

Pro srovnávání konkrétních institutů zákona je třeba operovat s definovanými a vysvětlenými pojmy, což bude předmětem následující podkapitoly.

2.4.1 Zadavatelé veřejné zakázky

Český zákon o veřejných zakázkách vymezuje osobní působnost v § 2. Taxativním způsobem podává okruh subjektů, které musejí povinně postupovat podle zákona při zadávání veřejných zakázek a rozděluje je do tří skupin:

Veřejní zadavatelé jsou upraveni v § 2 odst. 2 ZVZ. Bývají někdy označováni jako zadavatelé první třídy. Jedná se o Českou republiku, státní příspěvkové organizace, územní samosprávný celek nebo příspěvkovou organizaci, u níž funkci zřizovatele

⁹ EDITIONS DALLOZ. Code des marchés publics et autres contrats de 2006. 76. vydání. Paříž: Dalloz, 2008.

vykonává územní samosprávný celek, či jinou právnickou osobu za splnění podmínek v odst. 2 písm. d)¹⁰ ZVZ.

*Dotovaní zadavatelé*¹¹ jsou upraveni v § 2 odst. 3 ZVZ. Jsou těmi právnickými a fyzickými osobami, které nejsou dlouhodobě financovány státem či jiným veřejným zadavatelem, avšak zadávají konkrétní veřejnou zakázku, která je z více než poloviny hrazena ze zdrojů pocházejících od veřejného zadavatele (např. obchodní společnost, která získala dotaci z EU fondů na vybudování rekreačního areálu).

Třetí skupinu tvoří zadavatelé *sektoroví*¹². Jejich právní úprava se nachází § 2 odst. 6 ZVZ. Jsou jimi takoví zadavatelé, kteří vykonávají některou z činností v § 4 zákona, mají-li k jejímu výkonu zvláštní nebo výhradní právo nebo je-li nad nimi vykonáván tzv. dominantní vliv ze strany jiné osoby, která je veřejným zadavatelem. Příkladem lze uvést Dopravní podnik a.s., nebo ČEZ a.s. Sektoroví zadavatelé mají v ZVZ poměrně specifické postavení. Požívají značných výhod a volnosti oproti ostatním typům zadavatelů (zejména je signifikantní povinnost postupovat dle ZVZ až v případě nadlimitní veřejné zakázky). Možná i proto je v diplomové práci popsána většina případů obcházení zákona v praxi právě na úrovni sektorového zadavatele.

K zamyšlení bude opodstatněnost takových výhod. Vezměme příklad, kdy město, které vystupuje jako veřejný zadavatel, zřídí podnik pro zajišťování dopravy

¹⁰ Ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ zní: „1. pokud byla zřízená **za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu**, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.“

¹¹ Ustanovení § 2 odst. 3 ZVZ zní: „**Dotovaným zadavatelem** je právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % z peněžních prostředků poskytnutých veřejným zadavatelem, a to i prostřednictvím jiné osoby, jde-li o a) veřejnou zakázku na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota odpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v § 12 odst. 4 a předmětem této veřejné zakázky 1. je provedení stavebních prací, které se týkají některé z činností uvedených v příloze č. 3, nebo 2. je provedení stavebních prací podle § 9 týkajících se zdravotnických zařízení, sportovních zařízení, zařízení určených pro rekreaci či volný čas, škol a budov určených pro administrativní účely, nebo b) veřejnou zakázku na služby související s veřejnou zakázkou na stavební práce podle písmene a), jejíž předpokládaná hodnota odpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému v § 12 odst. 3 písm. b).“

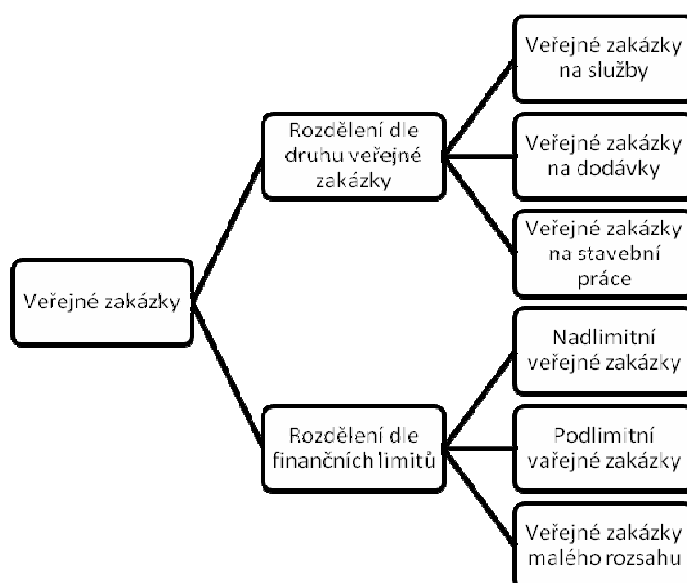
¹² Ustanovení § 2 odst. 6 ZVZ zní: „**Sektorovým zadavatelem** je osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4, pokud a) tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že 1. disponuje většinou hlasovacích práv sám, 3) či na základě dohody s jinou osobou, nebo 2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.“

na jeho území (tedy sektorového zadavatele) a stane se jeho jediným akcionářem. De facto se jedná o totožný subjekt. Neměla by se tedy pro tento podnik aplikovat stejná pravidla?

2.4.2 Rozdělení veřejných zakázek

Veřejné zakázky se dělí podle svého předmětu a podle finančních limitů, kterých dosahují.

Graf č. 1: Rozdělení veřejných zakázek



Zdroj: Zpracováno autorkou diplomové práce

(a) Rozdělení dle předmětu (druhu) veřejné zakázky

Zákon vymezuje tři druhy VZ. Každou veřejnou zakázku je třeba podřadit pod jeden z druhů VZ s tím, že konkrétní VZ nemůže být podřazena více druhům veřejných zakázek. Určení druhu veřejné zakázky je důležité pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebo možnosti využití některých druhů zadávacích řízení¹³. Rozdělení veřejných zakázek dle svého předmětu je v ZVZ detailně upraveno v § 8 až 10, proto je následující vymezení schematické:

¹³ Např. pro použití jednacího řízení s uveřejněním či jednacího řízení bez uveřejnění, jež jsou velmi rozdílná.

Veřejnou zakázkou na dodávky se rozumí veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci zadavatelem, a to zejména formou koupě zboží. Za veřejnou zakázkou na dodávky se považuje i montáž takové věci nebo veřejná zakázka na dodávku energií.

Předmětem *veřejné zakázky na stavební práce* je zejména provedení stavebních prací a současně s nimi i související projektová nebo inženýrská činnost. Do předmětu veřejné zakázky na stavební práce též spadají veškeré dodávky a služby nezbytné k provedení předmětu veřejné zakázky, a to jsou-li poskytovány společně se stavebními pracemi. To v praxi znamená, že veškerá plnění, která by samostatně byla dodávkou či službou, budou při splnění podmínek dle předchozí věty automaticky zahrnuta do předpokládané hodnoty stavebních prací.

Veřejnou zakázkou na služby se rozumí veřejná zakázka, která není veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce. V případě, že předmětem veřejné zakázky je kromě poskytnutí služeb i pořízení dodávky, jedná se o veřejnou zakázkou na služby pouze tehdy, pokud předpokládaná hodnota poskytovaných služeb je vyšší než zboží - tzv. princip těžiště.

(b) Rozdělení veřejných zakázek dle finančního limitu

Nadlimitními VZ se rozumí zakázky, jejich předpokládaná hodnota odpovídá nejméně finančnímu limitu stanovenému zákonem rozdílně pro jednotlivé druhy VZ, popřípadě podle předmětu plnění nebo subjektu zadavatele. Až od tohoto limitu je sektorový zadavatel povinen zadávat podle ZVZ.

U *podlimitních VZ* činí předpokládaná hodnota nejméně 2 miliony korun a u stavebních prací nejméně 6 milionů korun a nedosáhne finančního limitu stanoveného pro nadlimitní veřejné zakázky.

Předpokládaná hodnota *VZ malého rozsahu* nedosáhne ani finančního limitu stanoveného pro podlimitní VZ. Tyto VZ není povinen žádný zadavatel zadávat podle zákona. Nad tuto hranici však musí veřejný a dotovaný zadavatel dostát zákonným požadavkům, na rozdíl od sektorového zadavatele.

Konkrétní finanční limity pro určení hranic mezi jednotlivými druhy VZ jsou stanovovány na evropské úrovni vždy na období dvou let a následně mohou být s přihlédnutím k ekonomickému i právnímu vývoji přehodnocovány. O formě pro vtělení nových hodnot ZVZ neobsahoval žádné ustanovení; vyžadovalo by to tedy

novelizaci, což je poměrně zbytečně komplikovaná legislativní technika pro účely pravidelných numerických změn v zákoně. S účinností od ledna 2008 nařízení Komise ES¹⁴ opět změnilo eurové finanční limity v sektorové a zadavatelské směrnici, na jehož základě k technické novelizaci¹⁵ ZVZ došlo. Novela stanovila, že finanční limity budou odteď stavovány v prováděcím předpisu¹⁶. Zákonodárce tedy zvolil pro aktualizování finančních limitů elegantní cestu podzákoného předpisu. Nové limity budou platit do 31. 12. 2009 a poté budou opět přepočítány.

Na základě komparace hodnot uvedených v tabulce č. 1 lze vyzorovat, že zvýšení finančních limitů v roce 2006 se v praxi neosvědčilo (prodražování VZ), a proto se novými nižšími limity EU vrátila k prakticky shodným hodnotám, jaké byly v roce 2004.

¹⁴EVROPSKÁ KOMISE. Nařízení č. 1422/2007 o přepočtu eurových finančních limitů; sdělením Komise (ES) č. 2007/C 301/01. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

¹⁵ Novelizace ZVZ zákonem č. 76/2008 Sb. Publikováno na www.compet.cz/legislativa/verejne-zakazky/ceska-republika/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

¹⁶ Nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu. Publikováno na www.compet.cz/legislativa/verejne-zakazky/ceska-republika/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Tabulka č. 1: Finanční limity určující různé hranice pro nadlimitní veřejné zakázky podle subjektů zadavatelů

Druh veřejné zakázky	Finanční limity dle zákona č. 40/2004 Sb.	Původní finanční limity dle zákona č. 137/2006 Sb.	Finanční limity podle nařízení Komise (ES) č. 1422/2007 a nařízení vlády č. 77/2008 Sb.
Veřejné zakázky na dodávky a služby zadávané:			
- Českou republikou a státními příspěvkovými organizacemi	130 000 EUR (cca 3 640 000 Kč)	4 290 000 Kč	3 782 000 Kč
- územně samosprávnými celky, jeho příspěvkovými organizacemi a "jinými právníckými osobami (§ 2 odst. 2 písm. d) zákona)"	200 000 EUR (cca 5 600 000 Kč)	6 607 000 Kč	5 857 000 Kč
- sektorovými zadavateli	400 000 EUR (cca 11 200 000 Kč)	13 215 000 Kč	11 715 000 Kč
veřejné zakázky na stavební práce	5 000 000 EUR (cca 140 000 000 Kč)	165 288 000 Kč	146 447 000 Kč

Zdroj: zpracováno autorkou diplomové práce

Pozn. č. 1: Výše finančních limitů pro veřejné zakázky malého rozsahu (2 mil. Kč pro veřejné zakázky na služby a na dodávky a 6 mil. Kč pro veřejné zakázky na stavební práce) je v zákoně ponechána.

Pozn. č. 2: Eurové hodnoty přepočítány dle průměrného kurzu EUR v období účinnosti zákona (1 EUR = 28 Kč).

2.4.3 Základní zásady zadávání veřejných zakázek

Základní zásady zadávání VZ jsou nadnárodní a slouží jako nástroj při interpretaci směrnic a zákonů. Zároveň je ESD využívá při svém rozhodování o souladu napadených postupů národních zadavatelů s komunitárním právem. Vzhledem k tomu, že na ně bude v diplomové práci často odkazováno, je vhodné je na tomto místě uceleně uvést.

Jedná se zejména o:

Rozvoj a podpora konkurenčního prostředí mezi dodavateli
Zabezpečení hospodárnosti a efektivnosti vynakládání veřejných prostředků
Zásada co nejširší účasti v zadávacím řízení (zásada favor participationis)
Vyloučení možnosti diskriminace uchazečů o veřejnou zakázku
Dosažení rovného přístupu k veřejné zakázce
Zákaz zvýhodňování určitých subjektů, korupce a nekalosoutěžního jednání
Transparence procesu zadávání veřejných zakázek
Zásada dodržování předepsaného postupu (zásada formálnosti)
Nemožnost zadávání veřejné zakázky mimo soutěž
Zásada zabezpečení nápravy a možnost použití sankcí při porušení zákona

3. SUBJEKTY ZADAVATELŮ A ROZPOR RELEVANTNÍCH USTANOVENÍ ČESKÉHO ZÁKONA S KOMUNITÁRNÍM PRÁVEM

Pro aplikaci zákona o veřejných zakázkách je stěžejní vymezení subjektů, na které dopadá jeho působnost. Pouze určití zadavatelé mají totiž povinnost se řídit zákonem, a to ještě za podmínky dosažení určitého finančního limitu zakázky.

Právo veřejných zakázek je relativně mladým právem a jako takové podléhá zásadnějším a častějším změnám než jiné etablované oblasti. Zejména judikatura Evropského soudního dvora a zásada eurokonformního výkladu s sebou přináší nejvíce změn do české úpravy. Tomu se tak podle autorky diplomové práce stalo s novým rozsudkem ESD (viz dále), na který zákonodárce zatím nereflektoval. Ne všude ovšem tento rozsudek znamenal změnu. Vzhledem k odlišné formulaci a jinému rozdělení subjektů zadavatelů se francouzská právní úprava ve světle tohoto rozsudku nedostala do rozporu s komunitárním právem.

V této kapitole se proto práce bude zabývat:

- výkladem specifik sektorového zadavatele a souběhu mezi subjekty zadavatelů veřejných zakázek
- rozsudkem ESD ze dne 10. dubna 2008 o veřejných zakázkách
- právní úpravou subjektů zadavatelů ve francouzském zákoně o veřejných zakázkách.

3.1 Specifika sektorového zadavatele a souběh mezi subjekty zadavatelů veřejných zakázek

Jak již bylo řečeno v úvodu, ve většině reálných problematických případů uvedených v diplomové práci figuruje sektorový zadavatel zejména z důvodu vysokého finančního limitu nadlimitních VZ. Pro přikročení k rozboru výše zmíněného rozsudku ESD je nejprve vhodné zmínit další specifika jeho postavení a právní řešení souběhu s činnostmi veřejného zadavatele.

3.1.1 Specifika sektorového zadavatele

Sektoroví zadavatelé vykonávají některou z činností v § 4 zákona, mají-li k jejímu výkonu zvláštní nebo výhradní právo nebo je-li nad nimi vykonáván tzv. dominantní vliv ze strany jiné osoby, která je veřejným zadavatelem.

Úprava postavení tohoto zadavatele vychází zejména ze sektorové směrnice č. 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek ve zvláštních odvětvích, tedy v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb. Nezbytností koordinace v těchto odvětvích je uzavřený charakter trhů, na kterých dotyční zadavatelé působí, způsobený udělováním zvláštních nebo výlučných práv členskými státy na dodávky, obstarávání nebo využívání sítí pro poskytování dotčených služeb. Činnost sektorového charakteru je tedy taková činnost, která nepodléhá dostatečnému tlaku konkurence. V daných oblastech ani z povahy věci být nemůže, nebo je z důvodu faktických či administrativních bariér významně omezena. Zadavatelé tu mají faktický monopol.

Na základě ustanovení § 19 ZVZ sektorový zadavatel postupuje podle zákona pouze v případě nadlimitní veřejné zakázky a to pouze u těch, které jsou zadávány v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Tato druhá podmínka bude dále studována pro přímý rozpor s nejnovější judikaturou ESD. Nejprve je ale třeba k dané problematice osvětlit pravidla pro řešení souběhu činností zadavatelů.

3.1.2 Souběh činností

Ustanovení § 5 ZVZ stanoví pravidla, která se aplikují v případě subjektu, který splňuje jak podmínku veřejného zadavatele, tak podmínku sektorového zadavatele. Jinými slovy jde o situaci, kdy jedna osoba splňuje kumulativně znaky více zadavatelů:

- buďto veřejný zadavatel vykonává některou z relevantních činností podle § 4 ZVZ,
- nebo sektorový zadavatel vykonává kromě relevantní činnosti i činnost jinou, která není relevantní činností podle § 4 ZVZ.

V prvním případě se má na zadavatele nahlížet jako na sektorového a aplikovat „mírnější“ pravidla platné právě pro sektorového zadavatele. Stejně tak by se na něj v tomto případě aplikovala speciální sektorová směrnice 2004/17/ES, nikoli obecná zadavatelská 2004/18/ES.

V případě druhém, kdy předmět veřejné zakázky zadávané sektorovým zadavatelem souvisí především s jinou činností než relevantní, pak sektorový zadavatel vůbec podle zákona nepostupuje [srov. § 5 odst. 2 písm. b) ZVZ]. Dále, pokud nelze spolehlivě určit, zdali souvisí či ne předmět zakázky s výkonem relevantní činnosti, bude vodítkem vzájemný poměr využití zadavatelem poptávaného plnění pro jeho relevantní činnost na straně jedné a jinou činnost na straně druhé a zdali má toto plnění „zřetelně převažující souvislost s relevantní činností“.¹⁷

Ustanovení § 19, resp. § 5 ZVZ hovoří o tom, že sektorový zadavatel nepostupuje podle tohoto zákona, pokud předmět veřejné zakázky souvisí především s jinou jeho činností, než je výkon relevantní činnosti. Jeho výklad v komentáři zákona se ovšem dostal podle názoru autorky diplomové práce ve světle rozsudku ESD z 10. dubna 2008¹⁸ do přímého rozporu s komunitárním právem. Tento rozsudek bude tedy pro svůj zásadní přínos do oblasti veřejných zakázek rozebrán v následující části.

3.2 Rozsudek ESD z 10. dubna 2008 o veřejných zakázkách

3.2.1 Spor v původním řízení a jeho význam

Společnost Fernwärme Wien byla založena za účelem zajišťování dodávek tepla do bytů a veřejných zařízení na území města Vídeň, má právní subjektivitu a je zcela ve vlastnictví města. Je tedy sektorovým dodavatelem. Mimo jiné se zabývá rovněž jinou činností, kterou vykonává na úrovni hospodářské soutěže s dalšími subjekty. Na tuto jinou nerelevantní činnost vypsal veřejnou soutěž a stanovila, že na předmětnou zakázku vůbec nepoužije rakouské právní předpisy o veřejných zakázkách (ani předpisy platné pro sektorového, ani veřejného zadavatele). Společnost Ing. Aigner se řízení účastnila, podala nabídku a po odmítnutí napadla rozhodnutí před předkládajícím soudem. Tvrdila, že mají být v daném případě uplatněna pravidla Společenství v oblasti veřejných zakázek, resp. má být aplikován transponovaný rakouský zákon. Vnitrostátní soud řízení přerušil a položil předběžné otázky, jež jsou rozebrány v následujícím textu.

¹⁷ RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 61.

¹⁸ EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 10. 4. 2008, ve věci Fernwärme Wien. Celexové číslo 62006J0393. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Význam rozhodnutí spočívá v tom, že pakliže by zmíněná společnost byla v pozici veřejnoprávního subjektu¹⁹, a nemusela by zadávat zakázky podle zákona, docházelo by tím k neefektivnímu hospodaření s veřejnými prostředky a otevřel by se prostor případné korupci. Když by naopak postupovat podle rakouského zákona i v případě zakázek nesouvisejících s relevantní činností bylo její povinností, těmto situacím by se zamezilo a odpadla by diskrece spjatá s rozhodováním o tom, co je a není spjaté s výkonem relevantní činnosti.

3.2.2 Působnost sektorové směrnice č. 2004/17/ES na zakázky nesouvisející s relevantní činností sektorového zadavatele

První předběžná otázka zněla, zdali zadavatel, který vykonává činnost spadající do odvětví uvedených v článku směrnice 2004/17/ES (sektorový zadavatel), spadá do působnosti této směrnice, i co se týče další, nerelevantní činnosti vykonávané současně v rámci hospodářské soutěže.

Sektorová směrnice a zadavatelská vzájemně vykazují zjevné odlišnosti jak ohledně subjektů dotčených jimi stanovenými pravidly, tak ohledně povahy a působnosti této právní úpravy, jež je třeba pro zodpovězení otázky zmínit.

(a) Subjekty, na které se vztahuje právní úprava uvedených směrnic:

Zadavatelská směrnice č. 2004/18/ES - „veřejní zadavatele“

Sektorová směrnice č. 2004/17/ES - „zadavatelé“, tzn. nejen „veřejní zadavatelé“, ale i zadavatelé, kteří jsou „veřejnými podniky“ či podniky, které působí na základě „zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu“, v rozsahu, v jakém všechny tyto subjekty vykonávají některou z činností uvedených v člácích 3 až 7 dané směrnice (tj. sektorovou činnost jako např. zajišťování dopravy).

¹⁹ Sektorová směrnice č. 2004/17/ES čl. 2., shodně se zadavatelskou směrnicí č. 2004/18/ES čl. 1. : „[...] veřejnoprávním subjektem se rozumí jakýkoli subjekt, který je zaprvé založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, zadruhé má právní subjektivitu a zatřetí je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nebo je těmito orgány řízen nebo je v jeho správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty. Podmínky mají kumulativní povahu.“
Publikováno na: <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

(b) Působnost směrnic:

Sektorová směrnice č. 2004/17/ES - koordinace prováděná uvedenou směrnicí se nevztahuje na všechna odvětví hospodářské činnosti, jen na některé (proto se nazývá sektorová či odvětvová), má omezený dosah, musí být tedy vykládána restriktivně. Směrnice se nevztahuje na zakázky, které zadavatelé zadávají za jiným účelem, než je vykonávání jejich činností uvedených v člancích 3 až 7 téže směrnice. Je speciální k obecné zadavatelské.

Zadavatelská směrnice č. 2004/18/ES - zahrnuje téměř všechna odvětví hospodářského života, což odůvodňuje její běžné pojmenování (zadavatelská či obecná směrnice), má tedy všeobecný dosah. Zadavatelská směrnice se nevztahuje na veřejné zakázky, jež jsou zadávány veřejnými zadavateli, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v člancích 3 až 7 směrnice 2004/17/ES, a jež jsou zadávány pro výkon těchto činností.

Působnost sektorové směrnice 2004/17/ES je tedy přísně ohraničena, což neumožňuje rozšířit postupy v stanovené nad rámec působnosti směrnice. Je třeba tedy odpovědět na první otázku tak, že sektorový zadavatel ve smyslu směrnice 2004/17/ES je povinen uplatnit postup stanovený uvedenou směrnicí pouze na zadávání zakázek souvisejících s činnostmi, které tento subjekt vykonává v jednom či více odvětvích uvedených v člancích 3 až 7 uvedené směrnice.

3.2.3 Působnost zadavatelské směrnice 2004/18/ES na zakázky nesouvisející s relevantní činností sektorového zadavatele

Další otázka zněla, zda „všechny zakázky zadávané subjektem v postavení veřejnoprávního subjektu ve smyslu směrnice sektorové nebo zadavatelské musejí podléhat pravidlům první nebo druhé z uvedených směrnic, jestliže lze účinnými opatřeními dosáhnout jasného oddělení činností, které tento subjekt vykonává za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu, a činností, které vykonává v podmínkách hospodářské soutěže, s vyloučením křížového financování mezi oběma druhy činností“. Jinými slovy zda lze činnost prováděnou Fernwärme v rámci hospodářské soutěže společností zahrnout do působnosti sektorové směrnice 2004/17/ES, nebo zadavatelské směrnice 2004/18 nebo vůbec směrnice neaplikovat.

(a) Hypotetická odpověď na základě českého zákona

Na základě ustanovení § 5 odst. 2 písm. b) ZVZ sektorový zadavatel vůbec podle tohoto zákona nepostupuje, pokud předmět veřejné zakázky souvisí především s jinou jeho činností, než je výkon relevantní činnosti.

Graf č. 2: Znázornění závěrů na základě aplikace českého zákona, resp. § 5 odst. 2 písm. b) ZVZ

Aplikace ZVZ, resp. směrnice
č. 2004/17/ES.

Zadavatel nepostupuje dle ZVZ,
resp. dle směrnice č. 2004/17/ES,
ani 2004/18/ES. Půjde o veřejnou
soutěž dle obchodního zákoníku.

Veřejná zakázka zadávaná sektorovým
zadavatelem v souvislosti s činností
v odvětvích v čl. 3 až 7 směrnice
sektorové, resp. § 4 ZVZ.

Veřejná zakázka zadávaná
sektorovým zadavatelem
v souvislosti s **jinou** činností,
nerelevantní.

Zdroj: zpracováno autorkou diplomové práce

(b) Odpověď Evropského soudního dvora

Soud nejprve připomněl tzv. „teorii nákazy“, jež byla rozvinuta po vydání rozsudku Mannesmann Anlagenbau Austria a další²⁰. Ta říká, že spadá-li jedna z činností subjektu do působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek, podléhají všechny jeho ostatní činnosti také směrnicím o zadávání veřejných zakázek nezávisle na tom, zda jsou, či nejsou tyto činnosti průmyslové nebo obchodní povahy. Uvedený rozsudek byl ale vydán ESD v rámci směrnice Rady 93/37/EHS, tedy v oblasti, která v současnosti spadá do působnosti směrnice zadavatelské. Jelikož sektorová směrnice neumožňuje extenzivní výklad, teorii nákazy aplikovat na sektorového zadavatele nelze.

Nicméně ESD upozorňuje na závěr vyplývající z rozsudku ze dne 16. června 2005, Strabag a Kostmann. V něm rozhodl, že pokud se zakázka netýká výkonu některé z činností upravených v sektorové směrnici, bude se podle konkrétního

²⁰ EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 15. 1. 1998, ve věci Mannesmann Anlagenbau Austria. Celexové číslo 61996J0044. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

případu řídit pravidly stanovenými směrnicemi o zadávání zakázek na služby, na stavební práce nebo dodávky.

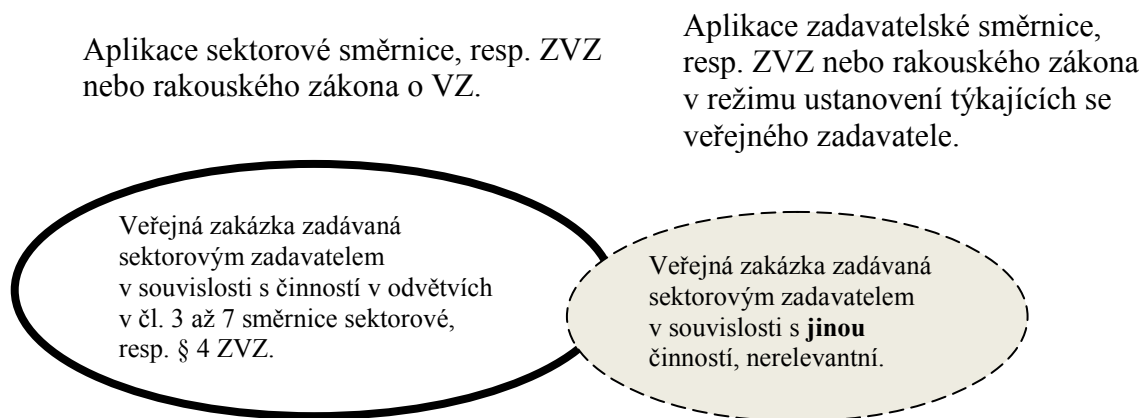
Uvedený závěr platí rovněž v případě subjektů, které vedou účetnictví s cílem jasného interního oddělení činností vykonávaných za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu a činností vykonávaných v podmínkách hospodářské soutěže. Lze totiž vážně pochybovat „o skutečné možnosti provést takové oddělení jednotlivých činností subjektu, který je jedinou právnickou osobu, jehož majetkový režim a vlastnictví jsou jednotné a jehož rozhodnutí o řízení a správě jsou přijímána jednotně“²¹.

A vzhledem k důvodům právní jistoty, transparency a předvídatelnosti, jimž podléhá provádění postupů pro všechny veřejné zakázky, ESD dospěl k závěru, že zakázky zadávané subjektem v postavení veřejnoprávního subjektu ve smyslu sektorové směrnice, které jsou spojeny s výkonem činnosti tohoto subjektu v jednom či více odvětvích uvedených v člancích 3 až 7 této směrnice, se musejí řídit postupy stanovenými sektorovou směrnicí. Naproti tomu všechny ostatní zakázky zadávané tímto subjektem v souvislosti s výkonem jiných činností se řídí postupy stanovenými všeobecnou zadavatelskou směrnicí. EDS tedy vyloučil neaplikaci směrnic, resp. národních právních úprav veřejných zakázek.

V důsledku toho se Fernwärme Wien řídí postupy stanovenými sektorovou směrnicí v rozsahu, v jakém jsou spojeny s jeho relevantní sektorovou činností. Všechny ostatní zakázky zadávané Fernwärme Wien se řídí postupy stanovenými zadavatelskou směrnicí. Rakouský zákon o VZ se tedy aplikovat měl, resp. ustanovení platná pro postup veřejného zadavatele (viz následující graf č. 3).

²¹EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 10. 4. 2008, ve věci Fernwärme Wien. Celexové číslo 62006J0393. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Graf č. 3: Znázornění závěrů ESD na základě aplikace směrnice



Zdroj: zpracováno autorkou diplomové práce

Závěrem lze říci, že v tomto bodě se český zákon výrazně odchyľuje od evropské úpravy, která má mít přednost a v případě konkrétního sporu by ji měl český soudce vzít v potaz a ustanovení českého zákona ponechat neaplikované.

3.3 Právní úprava postavení zadavatelů ve francouzském zákoně o veřejných zakázkách

Jak již bylo řečeno ve druhé kapitole, francouzský zákonodárce zapracoval materiál zadavatelské a sektorové směrnice do dvou částí FZVZ, z nichž první je zcela věnovaná veřejnému zadavateli a druhá zadavateli sektorovému. Vyhnul se tím prolínání rozdílných právních úprav těchto dvou hlavních typů zadavatelů.

K dalšímu specifiku francouzské úpravy patří fakt, že zákonodárce ponechal úpravu tzv. jiných právnických osob, definovaných v § 2 odst. 2 písm. d)²² českého zákona, na nařízení vlády²³ a sám se o nich výslovně nezmiňuje. Zároveň toto nařízení,

²² Ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ definuje jiné právnické osoby takto: 1. pokud byly zřízeny za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, 2. jsou financovány převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo jsou státem či jiným veřejným zadavatelem ovládané nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejich statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

²³ Nařízení vlády č. 2005/649 ze dne 6. června 2005. Publikováno na <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

tedy podzákoná úprava, upravuje postup veřejného zadavatele, který zadává zakázku v souvislosti s činností v některém ze sektorových odvětví.

„Českého“ dotovaného zadavatele FZVZ výslovně neupravuje, pouze u něj stanoví, že se vzájemné vztahy mezi státem a dotovaným zadavatelem řídí na základě mandátní smlouvy, a že mandatář musí respektovat stejná pravidla jako mandant. Jinými slovy se na něj vztahuje právní úprava veřejného zadavatele, tak jako tomu je v českém zákoně.

3.4 Zhodnocení

Co se týče výše zmíněné problematiky v rozsudku ve věci Fernwärme Wien, francouzský zákonodárce výslovně nevylučuje užití zákona pro sektorového zadavatele při zadávání zakázky, která není spjatá s jeho činností, jako tomu činní ten český. Z komentáře k FZVZ vyplývá, že se na situace, kdy sektorový zadavatel zadává v souvislosti s jinou činností, užije první část zákona, tedy ta, která je věnována postupu veřejného zadavatele. FZVZ je tedy v souladu s evropskou judikaturou, na rozdíl od relevantních ustanovení v českém zákoně o veřejných zakázkách.

Závěrem je třeba zmínit, že předchozí zákon o veřejných zakázkách č. 40/2004 Sb., situaci souběhu řešil tak, že v případě pochybností byl sektorový zadavatel povinen postupovat podle ustanovení platných pro zadavatele veřejného. Podle odborníků z praxe se je tento usus zachován a v ČR tak většinou nedochází k případům typu Fernwärme Wien.

4. STANOVENÍ PŘEDPOKLÁDANÉ HODNOTY PŘED ZADÁNÍM VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

Nezbytnou součástí přípravy zadání zakázky v zadávacím řízení je stanovení její předpokládané finanční hodnoty. Předpokládanou hodnotou se rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývajícího z plnění veřejné zakázky. Tu si určuje zadavatel sám dle postupu upraveného v § 13 až 16 ZVZ a na ni závisí jeho průběh celého zadávacího řízení. Zejména je stanovení předpokládané hodnoty rozhodující pro zadavatelův úsudek o tom, zda je vůbec třeba postupovat podle zákona. ZVZ se totiž nevztahuje obecně na zadávací řízení u veřejných zakázek malého rozsahu a na zadávací řízení v případě podlimitních veřejných zakázek zadávaných sektorovými zadavateli.

Stanovení předpokládané hodnoty obsahuje několik aspektů, jež v praxi znamenají úskalí. Práce se proto jimi bude zabývat v této kapitole a to zejména:

- umělým snižováním předpokládané hodnoty veřejné zakázky
- problematikou přípustného rozdělení předmětu veřejné zakázky
- ekonomickými dopady české právní úpravy stanovení předpokládané hodnoty ve srovnání s francouzskou právní úpravou
- problematičností speciálního ustanovení §13 odst. 8 druhé věty ZVZ, které se týká stanovení předpokládané hodnoty pro dodávky, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá.

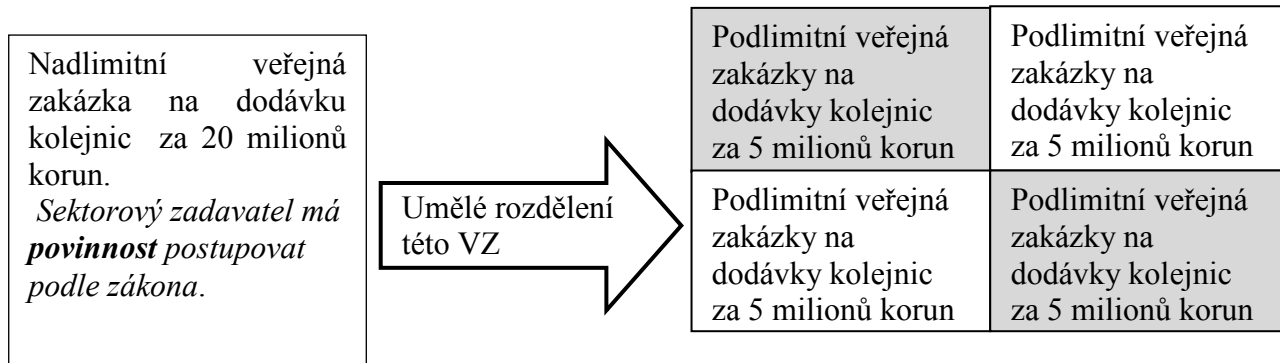
4.1 Umělé snižování předpokládané hodnoty

Zadavatelská směrnice stanoví, že „žádný projekt díla nebo navrhovaný nákup určitého množství dodávek nebo služeb nesmí být rozdělen tak, aby se zabránilo použití této směrnice“²⁴. Ustanovení tohoto článku bylo transponováno do § 13 ZVZ zákazem rozdělení veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity obsažené v § 12 ZVZ. O umělé snížení předpokládané hodnoty půjde tehdy, pokud veřejná zakázka bude rozdělena bez ohledu na předmět zakázky. Artificiální subsumpce veřejných zakázek do jiné kategorie (např. veřejných zakázek

²⁴ Článek č. 9 zadavatelské směrnice.

nadlimitních mezi podlimitní či podlimitních mezi veřejné zakázky malého rozsahu) je formou obcházení zákona a otevírá prostor korupci a neefektivní nakládání s veřejnými prostředky.

Graf č. 4: Znázornění umělého snižování hodnoty veřejné zakázky na stejný předmět z pozice sektorového zadavatele



Zdroj: Zpracováno autorkou diplomové práce

Pozn.: U podlimitních zakázek nemusí sektorový zadavatel postupovat podle ZVZ. Po umělém rozdělení nadlimitní veřejné zakázky vznikne větší počet zakázek podlimitních, čímž se sektorový zadavatel vyhne povinnosti zadávat podle zákona.

Od tohoto případu je potřeba odlišit zákonem dovolenou situaci, kdy zadavatel v zadání veřejné zakázky připustí podání jednotlivých nabídek na dílčí části rozdělené veřejné zakázky. Tím na plnění odpovídající předmětu veřejné zakázky uzavření více smluv a zároveň dodrží postup stanovený zákonem.

4.2 Přípustné rozdělení předmětu veřejné zakázky

Oproti častým představám adresátů zákona v praxi, předmět veřejné zakázky lze zásadně dělit na jednotlivé části (srov. §13 odst. 4 ZVZ). Zadavatel je totiž oprávněn rozhodnout, že celkový předmět veřejné zakázky spočívající v témže nebo obdobném plnění bude plněn po částech, které budou uskutečňovány v jiné době, za jiných

podmínek i odlišnými dodavateli.²⁵ To pro něj bude praktické zejména v případě rozsáhlejších a finančně náročnějších zakázek. Rozdělit lze zakázku tehdy, pokud plnění v rámci jednotlivých částí jedné veřejné zakázky budou plněními svým charakterem vzájemně odlišnými a doloží se prokazatelná úspora veřejných prostředků²⁶. *Pro ilustraci*, když by obec chtěla zřídit komunální noviny, může být tato veřejná zakázka rozdělena na několik předmětů, např. na vytvoření grafické podoby stránek, na tisk či na distribuci a bude tudíž uzavřeno několik smluv se specializovanými dodavateli, nikoli pouze jedna s jediným dodavatelem²⁷ (viz **graf č. 5 a č. 6**).

V případě rozdělení veřejné zakázky na části je v § 13 odst. 4 ZVZ je zanesena povinnost sečíst předpokládané hodnoty všech částí veřejné zakázky pro stanovení předpokládané hodnoty²⁸. Pokud je veřejná zakázka takto rozdělená na části vztahují se ustanovení zákona o postupu zadavatele či právech a povinnostech dodavatele na každou jednotlivou část, nevyplývá-li ze zákona jinak.²⁹ Tato ustanovení vychází ze zadavatelské směrnice, která dále stanoví, že „je-li souhrnná hodnota částí rovna prahové hodnotě nebo je vyšší, použije se tato směrnice pro zadání každé části“³⁰. Nejedná se tedy o umělé snižování předpokládané hodnoty, neboť jednotlivá dílčí plnění spadají do působnosti zákona, ač samy o sobě nedosahují finančních limitů uvedených v § 12 ZVZ. Jinými slovy se sice jednotlivé části nadlimitní veřejné zakázky zadávají samostatně, ale podle pravidel platných pro zadávání nadlimitních veřejných zakázek.

²⁵ ÚOHS. Rozhodnutí ze dne 8. 10. 2003, ve věci **záměrného členění předmětu veřejné zakázky**: „Zákon o zadávání veřejných zakázek pro dané rozmezí výše peněžitého závazku a pro daný typ veřejné zakázky jednoznačně stanoví postup zadávání předmětné veřejné zakázky. Neumožňuje zadavateli zvolit postup, který se vztahuje na veřejné zakázky pro nižší rozhodný finanční limit, stejně tak zákon nepředpokládá záměrné členění předmětu veřejné zakázky s cílem snížení peněžitého závazku a tím zjednodušení zadávacího postupu. Zadavateli však nebrání, aby na splnění veřejné zakázky uzavřel více smluv za předpokladu, že v podmínkách zadání veřejné zakázky předem připustí dílčí plnění předmětu veřejné zakázky, pokud se domnívá, že takový postup pro něj bude znamenat určité výhody (cenová či časová úspora apod.). Jednotlivé smlouvy však musí být uzavřeny na základě postupu odpovídajícímu celkovému peněžitému závazku zadavatele.“ Publikováno na www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/. VZ/S147/03. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Srov. dále RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 96

²⁶ Pravidlo prokazatelné úspory veřejných prostředků znamená, že za plnění po částech vynaloží zadavatel méně prostředků, než kdyby zakázku nerozdělil.

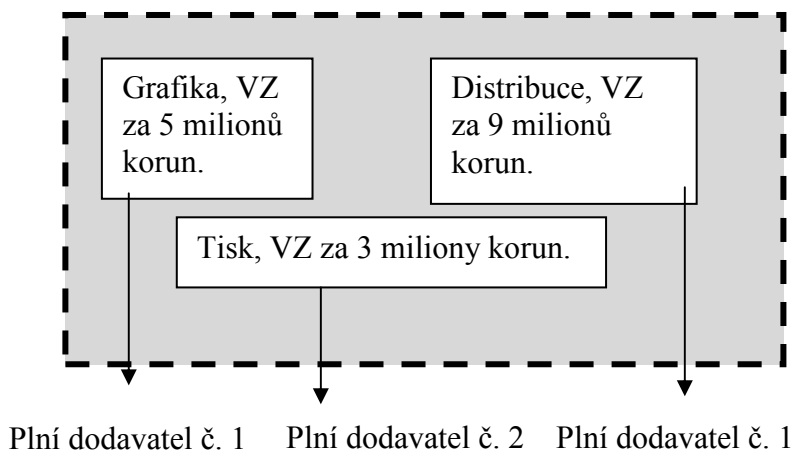
²⁷ Není ovšem vyloučeno, aby jediný zadavatel získal všechny zakázky, pakliže vyhraje všechna jednotlivá zadávací řízení, podepisuje se s ním pak jediná smlouva.

²⁸ Zadávání částí veřejných zakázek je pak podrobně upraveno v § 98 ZVZ, které navíc stanoví, že zadavatel je tuto skutečnost povinen oznámit již v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení.

²⁹ Ustanovení § 98 odst. 4 ZVZ.

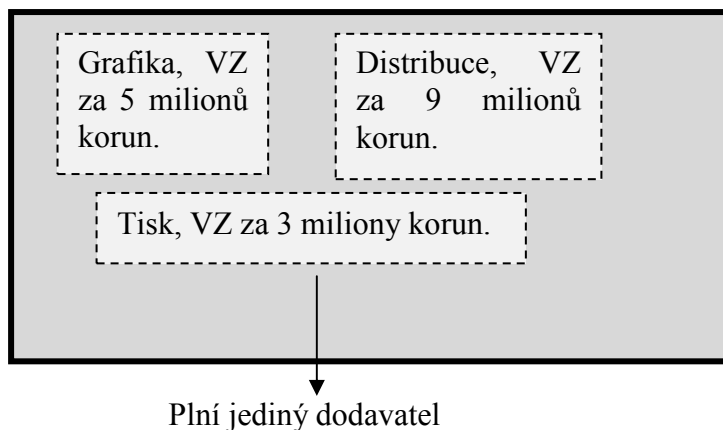
³⁰ Článek 9, odst. 5 zadavatelské směrnice.

Graf č. 5: Znárodnění přípustného rozdělení předmětu veřejné zakázky zadané sektorovým zadavatelem



Každá zakázka, ač sama o sobě podlimitní, spadá do působnosti ZVZ, jelikož je součástí též nadlimitní zakázky. Rozdělení umožní přístup k VZ i malým a středním podnikům a zároveň se postupuje dle ZVZ.

Graf č. 6: Znárodnění nerozdělení předmětu veřejné zakázky zadané sektorovým zadavatelem, ač to předmět zakázky umožňuje.



Nadlimitní VZ má kapacitu plnit jen takový velikostní subjekt, který pokryje celé spektrum požadovaných služeb.

Zdroj: Grafy č. 5 i č. 6 zpracovány autorkou diplomové práce

Na rozdělení veřejné zakázky na části lze nahlížet nejen z právního úhlu pohledu, ale zároveň jako na ekonomický problém. Ač harmonizované, česká a francouzská právní úprava v dané oblasti vykazují drobné rozdíly v dikci relevantních ustanovení. Na druhou stranu tyto nepatrné právní nuance mají značně odlišné ekonomické dopady, zejména na malé a střední podniky.

4.3 Zhodnocení ekonomických dopadů české právní úpravy rozdělení předmětu veřejné zakázky ve srovnání s francouzskou úpravou

Jak již bylo řečeno, předmět veřejné zakázky lze zásadně dělit na jednotlivé části; toto dělení je vyloučeno v případech, kdy by došlo dělením ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity v § 12 ZVZ. Respektuje-li tedy zadavatel omezení v § 13 odst. 3, je ponecháno na jeho rozhodnutí, zda celkový předmět veřejné zakázky spočívající v témže nebo obdobném plnění ze strany dodavatele bude plněn v celku nebo po částech. Český zákon tu dává zadavateli *možnost volby*. Obvykle zadavatel v praxi zvolí jednodušší způsob zadání celého plnění jedinému dodavateli, jež je schopen zajistit veškerá požadovaná plnění. Naproti tomu francouzský zákon výslovně ukládá *povinnost* rozdělit předmět zakázky na jednotlivé části, pakliže je to možné, a tím otevírá přístup k zakázce i dodavatelům, kteří by jinak nebyli sami schopni pokrýt celé spektrum požadovaných služeb.

4.3.1 Omezení konkurenceschopnosti malých a středních podniků jako důsledek české právní úpravy?

Účelem zákona o veřejných zakázkách je stanovit dílčí postupy jednotlivých osob při zadávání veřejných zakázek tak, aby bylo zajištěno konkurenční prostředí a finanční prostředky byly vynakládány racionálně a efektivně. V některých ustanoveních tomuto ale český zákon nedostál. Zejména v případech, kdy zadavateli nedává dostatečná zákonná vodítka k interpretaci a aplikaci svých ustanovení. Pro zadavatele je v praxi velmi složité rozlišit, jsou-li jednotlivé části veřejné zakázky svým charakterem vzájemně odlišnými plněními. V takové situaci nechce riskovat porušení zákazu obsaženého v dikci ustanovení § 13 odst. 3 ZVZ a z opatrnostních důvodů tedy se rozhodne zakázku nerozdělit a přistupuje k zavedeným a vyzkoušeným postupům.

Pro ilustraci je vhodné uvést *příklad z praxe*, jenž se stal v roce 2007 v Praze. Sektorový zadavatel P. D., a.s. měl na území hlavního města 30 objektů, ve kterých musely být pravidelně prováděny úklidové práce v celkovém objemu 30 milionů Kč za účetní období. Jelikož považoval úklidové práce za shodný předmět zakázky,

realizoval zadávací řízení pro všechny objekty najednou a zároveň se tím vyhnul možnému podezření z rozdělení předmětu zakázky pod finanční limity stanovené v § 12 ZVZ. Vzhledem k obecnému charakteru úklidových prací v objektech sektorového zadavatele přistoupil k otevřenému řízení³¹ pro výběr jediného dodavatele pro tuto činnost. Jelikož se požadovalo technicky zajistit pokrytí celého objemu prací ve všech objektech zadavatele, došlo k podání nabídek pouze od jednoho velkého nadnárodního subjektu. Kapacitu plnit v takto vypsané VZ měl jenom tento velký subjekt. Ten si byl vědom, že nemusí cenu stanovovat s ohledem na konkurenci, což přineslo zadavateli značně vysoké finanční náklady. Výše popsany postup není v praxi ojedinělý a mohl by vyústit oproti původnímu záměru zákona ve zvýšení ekonomické zátěže zadavatelů a v likvidaci malých a středních dodavatelů.

Otázkou zůstalo, zdali se úklidové práce daly pojmout i jako veřejná zakázka složená z jednotlivých plnění, která jsou svým charakterem vzájemně různými (např. chemické čištění, strojový úklid, údržba zařízení aj.). Pakliže ano, jednotlivé části veřejné zakázky by se zadaly samostatně. Dodavatelé by mohli podat nabídku jak na všechny, tak na některé části veřejné zakázky nebo dokonce jen na jednu část. To by široce otevřelo přístup malým a středním podnikům k zakázce, které se často specializují pouze na jedinou oblast oboru.

Praktické využití ustanovení tedy spočívá ve využití služeb specializovaných dodavatelů, kteří budou moci zadavateli nabídnout příznivější cenu. Francouzský zákonodárce si výše zmíněných aspektů byl vědom a ve spojení se sociálně pojímanou funkcí veřejných zakázek zavedl *povinnost* rozdělit předmět zakázky na jednotlivé části na základě dovolených principů.

4.3.2 Allotissement – zákonná povinnost ve Francii rozdělit předmět veřejné zakázky na jednotlivé části

Výše zmíněná problematika rozdělení předmětu zakázky na jednotlivé části je, vzhledem k dlouhé tradici právní úpravy veřejných zakázek ve Francii a propracované judikatuře, poměrně kvalitně upravena. Navíc doktrinální proud by rád viděl

³¹ Jde o obecné zadávací řízení, které může zadavatel zvolit vždy a zákon pro možnost jeho použití nestanoví žádné zvláštní podmínky. Zadavatel vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání nabídek a k prokázání splnění požadované kvalifikace.

v „zadávaní veřejných zakázek prodlouženou ruku sociální politiky státu“³² a tak se zákon snaží podporovat přístup malých a středních podniků k zakázce. To ale může být také v rozporu s principem zákazu diskriminace.

(a) Allotissement jako nástroj podpory přístupu malých a středních podniků k zakázce

Zákon v návaznosti na stanovený cíl rozšířit možnost přístupu malých a středních podniků (dále jen „SME“³³) k veřejné zakázce zavádí speciální institut – „*allotissement*“ (volně přeloženo jako rozdělování). Jedná se o rozdělení potřeb zadavatele dle dílčích předmětů plnění. Zadavatel vyzve k podání jednotlivých nabídek na dílčí části rozdělené zakázky, a tudíž uzavře na plnění odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky více smluv s vícemě dodavatelů. Až doposud má *allotissement* odpovídající úpravu i v českém zákoně. Ovšem tento institut se stává s novým francouzským zákonem z roku 2006 povinným, což období nemá ani v jiných evropských zemích. Umožňuje-li to tedy předmět zakázky, zadavatel je *povinen* zadat jednotlivé části veřejné zakázky samostatně.

V žádném případě se nejedná o zákonem dovolenou možnost umělého rozdělení zakázky pod finanční limit stanovující povinnost zadávat podle zákona.

Článek 10 francouzského zákona³⁴ obsahující takovou povinnost byl dokonce zkoumán Státní radou³⁵ z hlediska legality. Otázka zněla, neznámá-li diskriminaci pro podniky poskytující zároveň celé spektrum služeb či porušení zásady rovnosti v přístupu k veřejné zakázce dle článku 49 Smlouvy o založení ES. Státní rada žádný rozpor neshledala.

Allotissement lze derogovat pouze ve výjimečných případech a vždy s náležitým odůvodněním. Judikatura uvádí mimo jiné případ, kdy by takto frakcionované zakázky představovaly ekonomickou či finanční nevýhodu (celková cena plnění byla vyšší než v případě zadání jediné zakázky).

³²Srov. dále RICHER, L.: Droit de préférence et les contrats publics. CP-ACCP : únor 2004, str. 32.

³³ Small and Medium Enterprises: Malé a střední podniky dle definice z Doporučení Komise 2003/361/ES ze dne 6. května 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků. Střední podnik - zaměstnáno méně než 250 zaměstnanců a jejichž roční obrat nepřesahuje 50 milionů eur, nebo jejichž bilanční suma roční rozvahy nepřesahuje 43 milionů eur. Malý podnik - zaměstnáno méně než 50 zaměstnanců a jejichž roční obrat nepřesahuje nebo bilanční suma roční rozvahy 10 milionů eur.

³⁴ EDITIONS DALLOZ. Code des marchés publics et autres contrats. Paříž: Dalloz, 2008.

³⁵ CONSEIL D'ÉTAT (nejvyšší orgán v hierarchii správního soudnictví). Rozsudek ze dne 9. 7. 2007, ve věci Syndicat EGF-BTP. Publikováno na www.conseil-etat.fr/cde/ft/. Zobrazeno ke dni 27. 1. 2009.

V zájmu zdravého ekonomického konkurenčního prostředí a v souladu se zásadou favor participationis je existence co nejvyššího možného počtu potenciálních dodavatelů. V této situaci nebude zadavatel nucen akceptovat „netržní cenu“ plnění od několika málo dodavatelů, kteří jsou jediní schopni pokrýt celé spektrum požadovaných služeb. Francouzská úprava by i tu mohla být inspiračním zdrojem pro český zákon.

(b) Diskriminace stanovením velikosti podniku?

Na druhou stranu v jiném ustanovení FZVZ snaha francouzského zákonodárce implementovat sociální funkci do o zadávání veřejných zakázek narazila na porušení principu nediskriminace a rovného zacházení³⁶. FZVZ stanovil, že zadavatel smí v užším řízení, jednacím řízení a soutěžním dialogu určit minimální počet SME, které budou moci podat nabídku. Státní rada toto ustanovení zrušila s odkazem na fakt, že stanovení velikosti společnosti jako kritérium přístupu k veřejné zakázce je diskriminační. Ve svém důsledku by příslušnost ke kategorii SME sama osobě znamenala neopodstatněnou výhodu v zadávacím řízení, což již dříve ESD mnohokrát judikoval.

Jak u ZVZ, tak v případě FZVZ je tedy třeba docílit takové kompromisní právní úpravy, která by nepůsobila omezení konkurenceschopnosti SME, ale ani jejich umělé zvýhodňování.

4.3.3 Postoj Evropské komise k přístupu malých a středních podniků k veřejné zakázce

Na základě několika odlišných studií jsou právě SME těmi velikostními subjekty, které získaly 78 % všech zakázek za rok 2002 (tzn. pouze 22 % uzavřených smluv o veřejné zakázce s velkými podniky) a proto se jeví politika podpory SME jako zbytečná. Ačkoli se Evropská komise vyhýbá zvýhodňování SME v přístupu k veřejné

³⁶ Ustanovení §1 odst. 2 FZVZ (Code des marches publics) stanoví princip rovného zacházení, který zakazuje jakoukoli diskriminační praxi, která by ve svém důsledku upřednostňovala určitého uchazeče.

zakázce, ve své zprávě³⁷ vysvětluje skutečnost, proč tento procentuální ukazatel nemůže být relevantní.

Předně je třeba vzít v úvahu fakt, SME představují celých 99,8 % z celkového podílu podniků v EU. Dále je rozhodující, že ačkoli je procento uzavřených smluv s velkými podniky nízké, jedná se o zakázky značně velkého finančního objemu. Závěrem Komise zpochybňuje význam výsledků studií tím, že SME sice získávají větší počet vnitrostátních zakázek, ovšem v případě přeshraničních zakázek zůstávají pasivními aktéry (zejména z důvodu reálné nemožnosti konkurovat finančnímu majetku a hmotnému kapitálu velkých podniků).

Ač tedy Komise, resp. ESD nepřipouští velikost podniku jako kritérium přístupu k zakázce, problematikou „nevýhodného“ postavení SME se zabývá a v mezích principu nediskriminace členským státům toleruje možnost vlastních právních úprav se zohledněním těchto subjektů (jako např. allotissement ve Francii).

4.4 Variabilita ceny dodávky při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky

V této podkapitole bude rozebráno problematické ustanovení § 13 odst. 8 ZVZ. Na jeho základě je zadavatel povinen pro stanovení předpokládané hodnoty sečíst předpokládané hodnoty obdobných, spolu souvisejících dodávek či služeb, které hodlá pořídit v průběhu účetního období. To neplatí pro dodávky, jejichž jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá a zadavatel tyto dodávky pořizuje opakovaně podle svých aktuálních potřeb. Zadavatel je však povinen vždy dodržet zásady podle § 6 ZVZ.

Stanovení předpokládané hodnoty je relativně snadné u služeb, ale v případě produktů se naráží na fakt, že se mění cena vstupních surovin pro jejich výrobu v průběhu účetního období, tudíž se mění i cena finálového produktu³⁸.

Jako *praktický příklad* může posloužit vývoj ceny olova na komoditní burze za 20 měsíců (viz **graf č. 7**). Cena se pohybovala v rozmezí 700 – 2300 EUR za tunu.

³⁷ EVROPSKÁ KOMISE. EVROPSKÁ KOMISE. The access of SMEs to public procurement. Brussels. 2004. Publikováno na <http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-studies/craft-publicprocurement.htm>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

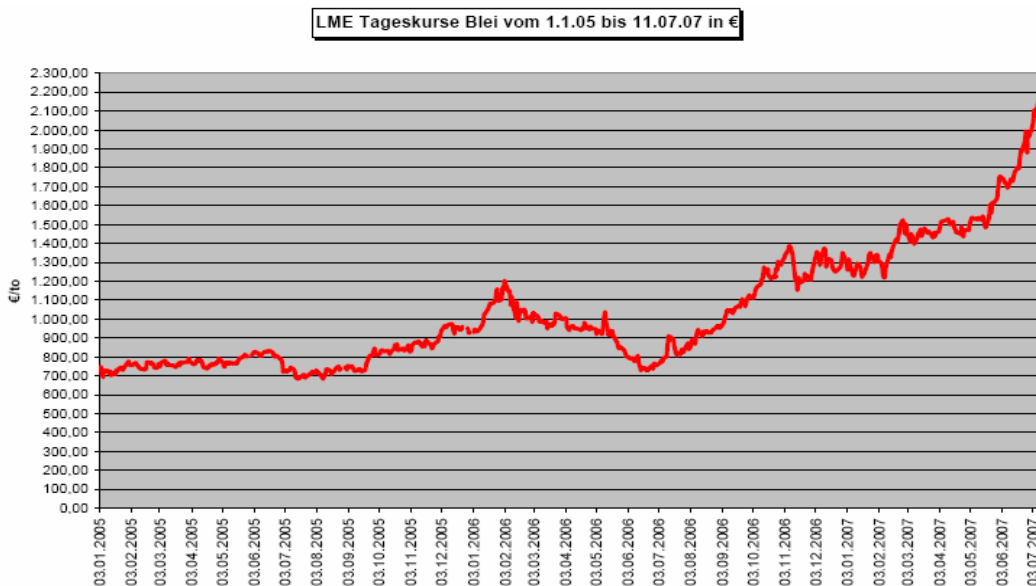
³⁸ KRČ, R. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a souvisejícími předpisy. Praha: Linde, 2006, str 33.

Olovo je ze 70 % základní surovinou pro výrobu součástek do autobusů. Je pak prakticky nemožné stanovit přesnou hodnotu dodávky těchto součástek. Český zákon na tyto situace pamatuje tak, že by se při pořizování dodávek dle něj nepostupovalo. Pouze by se musely dodržet zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Ve výše zmíněném případě by při pohyblivém vývoji cen nákup této komodity, resp. finálního produktu, neměl být zahrnut do pravidel zákona o veřejných zakázkách.

Účelnost tohoto ustanovení lze dle názoru autorky diplomové práce zpochybnit zejména poukazem na výraznou variabilitu cen de facto všech komodit na burze. Doslovná aplikace § 13 odst. 8 ZVZ by umožnila subsumovat pod toto ustanovení široké spektrum dodávek. Zejména v případě dodávek nafty by neaplikace zákona mohla vést k nežádoucím důsledkům.

Na druhou stranu se podle odborníka z praxe se z opatrnostních důvodů pracuje s fikcí stálosti ceny komodit, potažmo produktů. To sice nesleduje postup popsany v § 13 odst. 8 ZVZ, ale zároveň nedochází k arbitrární derogaci aplikace zákona.

Graf č. 7.: Vývoj ceny olova od 1. 1. 2005 do 11. 7. 2007



Zdroj: London Metal Exchange. Publikováno na www.lme.co.uk/

Závěrem kapitoly lze říci, že stanovení předpokládané hodnoty je stěžejním úsekem celého procesu zadávání veřejných zakázek a chybně určená hodnota zakázky může mít za následek zrušení celého zadávacího řízení.

5. KRITÉRIA PRO HODNOCENÍ NABÍDEK PODANÝCH V ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ A ZÁSADA ZÁKAZU DISKRIMINACE

Zásada rovného zacházení se všemi zájemci a uchazeči, zásada transparentnosti a zásada zákazu diskriminace jsou považovány za základ celého zadávání veřejných zakázek a jeho kontroly. Jejich zakotvení jak v právu EU, tak v českém zákoně sleduje zájem na zajištění volné a efektivní soutěže dodavatelů o zakázku, která je financovaná z veřejných prostředků. Tyto jednotlivé zásady se dále promítají do konkrétních ustanovení zákona, jako například do ustanovení o hodnocení nabídek na základě nediskriminačních kritérií.

V rámci výkladu pojmu principu zákazu diskriminace je třeba zmínit, že není absolutní a že jsou z něj českým zákonem připuštěné výjimky. Ve Francii navíc zákonodárce zvýhodňuje ještě další skupiny dodavatelů tzv. preferenčním právem (viz dále), což ovšem nenachází oporu v evropské legislativě. Dále je problematika (ne)diskriminace promítnuta do základních hodnotících kritérií, která jsou taxativně stanovena směrnicemi i zákonem jen jako kritérium ekonomické výhodnosti nabídky nebo nejnižší nabídkové ceny. K tomu je třeba dodat, že se v posledních letech otevřel na evropské úrovni prostor pro diskusi o přípustnosti i dalších kritérií, resp. sociálních a environmentálních.

Diplomová práce se proto v této kapitole bude zabývat:

- základními hodnotícími kritérii
- principem zákazu diskriminace a jeho zákonem dovoleným prolomením
- kritérii preferenčního práva ve francouzském zákoně a posouzením jejich souladu s evropským principem nediskriminace
- přípustností sociálních a environmentálních hodnotících kritérií v komunitárním právu.

5.1 Základní hodnotící kritéria

Stanovením hodnotících kritérií zadavatel rozhoduje o tom, jakým způsobem bude hodnotit nabídky, resp. která vlastnost nabídky je z jeho pohledu nejdůležitější. Podle těchto kritérií pak provádí hodnotící komise hodnocení nabídek a stanoví jejich pořadí od nejlevnější po nejdražší či od nejvýhodnější po nejméně výhodnou (srov. § 79 odst. 1 ZVZ). Hodnocení je klíčovou fází zadávacího řízení, neboť jeho výsledkem je doporučení komise zadavateli, aby zakázku přidělil nabídce, kterou vyhodnotila jako nejlepší.³⁹

Aby se zajistilo rovné zacházení se všemi dodavateli, směrnice stanovily pouze dvě základní kritéria pro hodnocení nabídek, které byly transponovány do § 78 odst. 1 zákona a to:

- kritérium ekonomické výhodnosti nabídky
- kritérium nejnižší nabídkové ceny.

5.1.1 Základní kritérium ekonomické výhodnosti nabídky

Toto kritérium hodnotí nabídku podle její celkové ekonomické výhodnosti („*value for money*“). Na rozdíl od kritéria nejnižší cenové nabídky jde o kritérium vícesložkové, neboť v sobě zahrnuje více dílčích kritérií (srov. § 78 odst. 4 ZVZ) jako například:

- požadavky na údržbu
- provozní náklady
- technické, jakostní, funkční vlastnosti předmětu VZ
- nabídková cena atd.

Zákon pro kritérium ekonomické výhodnosti stanoví následující podmínky: dílčí kritéria musí být vždy nejméně dvě, ke každému musí zadavatel přiřadit váhu a dále jedno z těchto kritérií musí být vždy nabídková cena. Nevhodná a zakázaná dílčí kritéria podle rozhodovací praxe orgánu dohledu vedou ke zrušení zadávacího řízení či uložení

³⁹ Zadavatel není hodnocením nabídky provedenému hodnotící komisí podle zvolených kritérií při výběru nejvýhodnější nabídky a při uzavírání realizační smlouvy vázán, jakékoli jeho odchýlení od hodnocení provedeného na základě kritérií podle § 78 zákona musí být řádně odůvodněno, přitom toto odůvodnění je přezkoumatelné v námitkovém řízení podle §110 a § 111 zákona a v řízení vedeném před ÚOHS na základě návrhu ve smyslu § 114 zákona.

pokuty. Jsou jimi zejména ta kritéria, která mají charakter kvalifikačních předpokladů⁴⁰ či kritéria vágní, neurčitá nebo objektivně neohodnotitelná.⁴¹ Hodnocení na základě ekonomické výhodnosti je flexibilnější a umožňuje zadavateli vybrat z nabízených řešení to, které bude nejlépe odpovídat jeho specifickým potřebám. Na druhou stranu je poměrně složité komparovat jednotlivá dílčí kritéria a na jejich základě sestavit objektivním a transparentním způsobem pořadí výhodnosti nabídek.

5.1.2 Základní kritérium nejnižší nabídkové ceny

V případě, že zadavatel zvolí toto kritérium, jsou nabídky hodnoceny co do výše nabídkové ceny. Vzhledem k tomu, že se jedná o jednosložkové kritérium, zadavatel nesmí brát v úvahu při hodnocení nabídky i její jiné atributy. Úkolem hodnotící komise je pak tedy jen seřazení nabídek od nejlevnější po nejdražší. Celkově lze říci, že se jedná o transparentnější kritérium než hodnocení na základě ekonomické výhodnosti.

5.1.3 Zákaz směšování kvalifikačních předpokladů a hodnotících kritérií

Hodnotící kritéria musí být stanoveny vždy ve vztahu k předmětu plnění VZ. Nemohou to být údaje vztahující se k osobě uchazeče o VZ jako například jeho ekonomická síla, reference či pojištění, neboť tyto parametry jsou zadavatelem přezkoumávány v rámci fáze posuzování splnění kvalifikačních předpokladů pro plnění VZ.

Sektorová směrnice zakazuje směšování kvalifikačních předpokladů a hodnotících kritérií a to i pro sektorové zadavatele⁴². Právě zaměňování či směšování bývá častým důvodem úspěšného napadnutí průběhu zadávacího řízení u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

⁴⁰ Srov. ustanovení § 50-62 ZVZ, typicky např. reference na subjekt dodavatele, finanční a ekonomická síla, technické kvalifikační předpoklady aj.

⁴¹ Srov. např. ÚOHS. Rozhodnutí ze dne 6. 10. 2003, ve věci **Hodnocení nabídek podle ekonomické vhodnosti**. VZ/S123/03. Publikováno na www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009. „Pro způsob hodnocení nabídek podle ekonomické vhodnosti by obecně a neurčitě formulované kritérium (např. "kvalita návrhu koncepce údržby a oprav") mělo být v souladu s požadavkem transparentnosti, tvořícím jednu ze stěžejních zásad zadávacího procesu, zadavatelem podrobněji specifikováno (např. v zadávací dokumentaci), neboť zadavatel je povinen stanovit podmínky zadání veřejné zakázky natolik konkrétně, přesně a jednoznačně, aby zájemci o veřejnou zakázku byli reálně schopni předložit konkrétní nabídky a mohli si vytvořit představu i o způsobu hodnocení včetně obsahu jednotlivých kritérií.“

Dále srov. RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 576.

⁴² Srov. rovněž rozsudky ESD C-31/87 a C-315/01.

V ustanovení § 63 odst. 7 ZVZ doposud sektorový zadavatel mohl používat údaje, týkající se ekonomické, finanční a technické způsobilosti ke stanovení hodnotících kritérií, pokud převažujícím předmětem veřejné zakázky bylo poskytování finančních, poradenských či konzultačních služeb. Možnost směšovat kvalifikační předpoklady a hodnotící kritéria, která mu tímto byla přiznána, byla tedy v rozporu s evropskou úpravou⁴³. Novelou zákona č. 76 z roku 2008 bylo předmětné ustanovení zákona uvedeno do souladu s evropskou úpravou. Bylo změněno tak, že sektoroví zadavatelé nebudou moci nadále při hodnocení nabídek v rámci veřejných zakázek na poradenskou a konzultační služby používat finanční, ekonomické a technické předpoklady jako kritéria hodnocení.⁴⁴

5.2 Princip zákazu diskriminace a jeho zákonem dovolené prolomení

Ustanovení § 6 ZVZ ukládá zadavateli povinnost při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásadu transparentnosti a zákazu diskriminace⁴⁵, resp. rovného zacházení se všemi dodavateli. Článek 82 Smlouvy o ES pak za diskriminaci označuje jednání spočívající v uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým účastníkům trhu při srovnatelném plnění, jímž dochází k jejich znevýhodňování v hospodářské soutěži. Jde o princip aplikovatelný na celou oblast soutěžního práva, tedy i na veřejné zakázky. Podstatou této zásady je pravidlo, že „žádný z dodavatelů nemůže být přímo či nepřímo, vědomě či nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení“⁴⁶.

5.2.1 Zákonná pozitivní diskriminace

Jediná zákonem připuštěná zvýhodnění určité skupiny dodavatelů jsou upravena v § 101 a § 100 ZVZ, které se týkají dodavatelů zaměstnávající osoby se zdravotním postižením a nabídek zahrnujících dodávky původem ze třetích států.

⁴³ České republice byla kvůli tomuto ustanovení dne 2. 7. 2007 Evropskou komisí zaslána výzva podle čl. 226 Smlouvy o podání vysvětlení.

⁴⁴ Srov. dále JURČÍK, R.: Změny v oblasti veřejných zakázek a PPP projektů platné od 1. 1. 2008. Právní rozhledy 2/2008.

⁴⁵ K upřesnění pojmu diskriminace se tuzemská judikatura vyjádřila např. ve věcech ODS-Dopravní stavby Ostrava či Austrotrade.

⁴⁶ RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 64.

(a) Zvýhodnění dodavatelů zaměstnávající osoby se zdravotním postižením

V důsledku prolomení obecné aplikovatelnosti zásady rovného zacházení a nediskriminace dochází k dvojímu zvýhodnění tohoto typu zadavatelů:

- Jednak § 101 ZVZ umožňuje omezit okruh dodavatelů, kteří se mohou účastnit řízení, na dodavatele provozující chráněnou dílnu nebo na dodavatele, na které se vztahuje program zaměstnanosti, pokud na jeho základě zaměstnává víc než 50 % osob se zdravotním postižením.
- Druhou možností je zvýhodnění některých dodavatelů při hodnocení nabídek a to za kumulativního splnění následujících podmínek: veřejná zakázka je zadávaná v otevřeném nebo užším řízení a je podlimitní zakázkou na dodávky či na služby. Pakliže jsou podmínky splněny, je třeba na nabídkovou cenu dodavatele, který zaměstnává minimálně 26 zaměstnanců, z nichž více než polovinu tvoří zaměstnanci se zdravotním postižením, nahlížet jako na nejnižší tehdy, není-li o více než 15 % vyšší než ta z nabídkových cen, která by byla jinak nejnižší. V daném případě zákon nejen připouští, nýbrž přímo ukládá zadavateli pozitivní diskriminaci takových dodavatelů.⁴⁷

Nadto odstavec čtvrtý § 101 ZVZ říká, že seznam zboží, u kterého je veřejný zadavatel povinen využít zvýhodnění stanoví prováděcí právní předpis. Nutno dodat, že vláda je zákonu stále dlužna přijetí nařízení vlády, které by seznam zboží specifikovalo.

(b) Problematika nabídek zahrnujících dodávky původem ze třetích států

Ustanovení § 100 ZVZ umožňuje sektorovému zadavateli zvýhodnit, ale i ve svém důsledku znevýhodnit některé dodavatele oproti jiným. Za podmínek stanovených v prvním odstavci⁴⁸ je oprávněn odmítnout takovou nabídku dodavatele, pokud podíl dodávek pocházejících z nečlenských států EU⁴⁹ je ve vztahu k celkovému

⁴⁷ RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 66.

⁴⁸ Ustanovení §100 odst. 1 ZVZ vymezuje věcnou působnost následujících odstavců, které se vztahují na situace, kdy dodavatelovo plnění zahrnuje též plnění spočívající v dodávkách pocházejících z jiných než členských států Evropské unie, s nimiž nemá EU dohodnuto pravidlo o vzájemném přístupu na trhy na principu reciprocity.

⁴⁹ Nečlenské státy EU jsou státy, které jsou uvedeny v Nařízení Rady č. 2913/92 ze dne 12. 10. 1992, kterým se vydává celní kodex Společenství – tzv. třetí státy.

objemu dodávek vyšší než 50 %. Od možnosti odmítnout takovou nabídku dodavatele je třeba odlišit situaci, kdy je sektorový zadavatel k tomu povinován.

V případě, že zadavatel nevyužil možnost odmítnout nabídku, pak se tato nabídka stává předmětem běžného posouzení a hodnocení. Je-li rovnocenná⁵⁰ k jiné nabídce (která nezahrnuje vyšší než 50% plnění pocházející ze třetích států), má pak zadavatel povinnost upřednostnit tuto jinou nabídku. Jinými slovy dochází k derogaci zásady rovnosti zacházení se všemi dodavateli ve prospěch těch, jejichž podíl hodnoty dodávek původem ze členských států je vyšší než 50 %.

5.2.2 Porušení principu rovného zacházení se všemi dodavateli

Aby pojem zákazu diskriminace nezůstal pouze v abstraktní rovině, bude práce v této podkapitole rozebírat relevantní rozsudek⁵¹ ESD o rozšiřování podmínek zákazu účasti určitým subjektům v zadávacím řízení. Šlo o situaci, kdy vnitrostátní úprava členského státu šla nad rámec toho, co je nezbytné pro dosažení cíle spočívajícího v zajištění uplatnění zásad rovného zacházení a transparentnosti, což mělo diskriminační účinky.

(a) Spor v původním řízení

Spor v původním řízení vznikl ohledně toho, zda je vnitrostátní právní úprava, která zakazuje, aby společnosti, mezi kterými existuje ovládací vztah nebo vztah, v rámci něhož jedna z těchto společností vykonává významný vliv v ostatních společnostech, se samostatně a jako soutěžitelé účastnily stejného zadávacího řízení.

Podle italského legislativního nařízení se „stejného nabídkového řízení se nemohou zúčastnit zájemci, mezi kterými existuje ovládací vztah“. Krom toho zadavatelé vyloučí z těchto řízení také účastníky, u kterých na základě jednoznačných údajů zjistí, že příslušné nabídky pocházejí z jediného rozhodovacího centra. Na tomto

⁵⁰ Ustanovení §100 odst. 3 ZVZ říká, že tomu tak je možné jen pokud tento cenový rozdíl nepřesáhne 3 %.

⁵¹ EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 19. 5. 2009, ve věci Assitur Srl proti Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. Celexové číslo 62007J0538. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009. Srov. dále BIČOVSKÁ, K.: Veřejné zakázky – rozsudek ESD ze dne 19. 5. 2009. Obchodní právo 6/2009, str 35.

základě bylo v řízení o veřejné zakázce účastníkem požádáno, aby byly z nabídkového řízení vyloučeny dvě společnosti z důvodu jejich propojení.

(b) Předběžná otázka

Vnitrostátní soud se dotázal, zda je takový přístup slučitelný s právním řádem Společenství, a zejména s principem zákazu diskriminace, resp. rovného zacházení a s článkem 29 směrnice 92/50⁵². Toto ustanovení, které je vyjádřením zásady „favor participationis“ (zájem na co možná nejvyšším počtu podniků zúčastněných na nabídkovém řízení), obsahuje podle uvedeného rozsudku taxativní výčet případů vyloučení z účasti v soutěži o veřejnou zakázku na služby. Mezi těmito případy není uveden případ společností propojených prostřednictvím ovládacího vztahu nebo významného vlivu.

(c) Odpověď ESD

Soudní dvůr ve svém rozhodnutí judikoval, že tento taxativní výčet nicméně nevylučuje možnost, aby členský stát stanovil vedle případů vyloučení, které obsahuje toto ustanovení, další případy vyloučení směřující k zaručení dodržování zásad rovného zacházení a transparentnosti za předpokladu, že taková opatření nejdou nad rámec toho, co je nezbytné k dosažení tohoto cíle. Nicméně by bylo v rozporu s účinným uplatňováním práva Společenství, zejm. zásadou rovného zacházení, systematicky vylučovat propojené podniky z účasti na stejném zadávacím řízení. Takové řešení by totiž značně omezilo hospodářskou soutěž na úrovni Společenství. Sdružení podniků mohou mít různé formy a cíle a nevylučují nutně, aby ovládané podniky požívaly určité autonomie ve vedení své obchodní politiky a svých hospodářských činností.

Otázka, zda dotčený ovládací vztah ovlivnil obsah nabídek předložených dotčenými podniky v rámci téhož zadávacího řízení, vyžaduje přezkum a posouzení skutkového stavu zadavatelem. Naproti tomu pouhé konstatování ovládacího vztahu mezi dotčenými podniky nepostačuje k tomu, aby zadavatel mohl automaticky vyloučit tyto podniky ze zadávacího řízení.

⁵² Výklad tohoto článku Evropským soudním dvorem je obsažen v rozsudku ze dne 9. 2. 2006 ve věci La Cascina a další. Celexové číslo 62004J0226. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EDS tedy konstatoval, že princip zákazu diskriminace brání vnitrostátnímu ustanovení zavést absolutní zákaz, aby se podniky, mezi kterými existuje ovládací vztah, nebo jsou propojené, účastnily současně a jako soutěžitelé stejného nabídkového řízení, aniž by jim bylo umožněno prokázat, že tento vztah neovlivnil jejich jednání v rámci tohoto nabídkového řízení.

(d) Situace v ČR

V ČR žádný takový zákaz neexistuje, naopak je v praxi běžné, že se stejného zadávacího řízení účastní propojené subjekty. Často bývá pro zadavatele výhodné mít možnost výběru, zdali chce srovnatelné plnění (pocházejícího ze stejného centra) od většího dodavatele, který může zajistit i montáž, údržbu či pojištění, ale je o to dražší nebo od menšího dodavatele, který poskytne pouze dodávky, zato za nižší cenu.

5.3 Kritéria preferenčního práva ve francouzském zákoně versus evropský princip nediskriminace

Preferenční právo („*droit de préférence*“) neboli právo být upřednostněn je jedním z dalších nástrojů sociální politiky francouzského zákonodárce realizované přes VZ.

Jedná o to, že je-li nabídka dodavatele požívajícího preferenčního práva rovnocenná s nabídkami ostatních dodavatelů, má tento subjekt právo být zadavatelem „preferován“ (upřednostněn). Jinými slovy zadavatel má povinnost mu zakázku přidělit. Ustanovení § 53 odst. 4 FZVZ přiznává preferenční právo pouze určitým subjektům.

Preferenčního práva požívají nabídky podané například od dělnického výrobního družstva, sdružení výrobců zemědělských a řemeslných produktů či od sdružení umělců („*société coopérative ouvrière de production, groupement des producteurs agricoles, artisan, société cooperative d'artistes, entreprises adaptées*“⁵³). Z výše uvedeného vyplývá, že kritériem je právní forma dodavatele, což evropské zákonodárství nepřipouští. Je tedy vhodné zaměřit se na důsledky institutu preferenčního práva a jeho slučitelnost s vnitrostátním právem a posléze posoudit slučitelnost s právem evropským. Dále je třeba od preferenčního práva odlišit „preferenční klauzuli“, kterou mohli naopak

⁵³ RICHER, L.: *Droit de préférence et les contrats publics*. CP-ACCP, n° 30. Paříž : 2004, str. 32.

využívat čeští zadavatelé a která byla z původního zákona odstraněna právě pro rozpor s evropským právem (viz dále).

5.3.1 Důsledky preferenčního práva a jeho slučitelnost s vnitrostátním právem Francie

Francouzská doktrína přiznává, že toto právo dává svému nositeli výhodu v soutěži oproti jiným dodavatelům, ale zároveň dodává, že soutěž nevyklučuje, neboť jeho nositel musí nejprve předložit rovnocennou nabídku s nabídkou nejlepší, aby ho mohl uplatnit.⁵⁴ Nadto Ústavní rada ve svém rozhodnutí⁵⁵ říká, že „[...] zákonodárce může za účelem spojení ekonomické efektivity veřejné zakázky s cíli obecného zájmu, zejména pak sociálními, přiznat preferenční právo v případě rovnocennosti nabídek ve prospěch určité kategorie kandidátů“. Z ekonomického hlediska ovšem dochází k negativnímu ovlivnění soutěže kdykoli se poruší princip rovného zacházení. K tomu přistupuje fakt, že pozitivní dopad na nositele preferenčního práva může být široce převážen negativními důsledky na fungování hospodářské soutěže. Sociální aspekt by tedy, dle některých francouzských autorů, neměl figurovat v zadávání veřejných zakázek, neboť s sebou nutně přináší diskriminační kritéria.⁵⁶

Slučitelnost daného institutu s francouzským vnitrostátním právem neznamená nutně respekt práva komunitárního, ač by, vzhledem k harmonizaci právních úprav, měl.

5.3.2 Slučitelnost preferenčního práva s právem evropským

Ústavní rada svou argumentaci přípustnosti preferenčního práva opřela zejména o článek 30 směrnice 93/37 o zakázkách na stavební práce, který v principu připouští pojem preference v kontextu přidělení veřejné zakázky. Ovšem sdělení Evropské komise z 15. října 2001 na téma integrace sociálních aspektů do zadávání veřejných zakázek zdůrazňuje, že „kritéria, která se nedají podřadit pod kritérium ekonomické výhodnosti nabídky zůstávají směrnice vyloučeny“. Se zadávacími směrnice

⁵⁴ BRÉCHON, C.: Droit des marchés publics. Paříž : Édition Moniteur, 2004, str. 433.

⁵⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL (Ústavní rada). Rozhodnutí ze dne 6.12. 2001 ve věci slučitelnosti preferenčního práva s vnitrostátním právem. Publikováno na www.conseil-constitutionnel.fr. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

⁵⁶ RICHIER, D. - CLEMENT, J.: Les marchés publics de travaux des collectivités territoriales. Paříž: Economica, 2000.

z roku 2004 se prostor pro sociální charakter kritérií začal otevírat. To ale neznamená, že by se sociální charakter preferenčního práva, které je založeno pouze na kritériu právní formy dodavatele, ocitl v hierarchii evropských zásad nad stěžejním principem nediskriminace. V tomto ohledu tedy dle autorky diplomové práce zůstává relevantní francouzská právní úprava diskriminační.

De lege ferenda by měla Francie zvolit k realizaci své sociální politiky takový nástroj, který neomezuje konkurenční prostředí.

5.3.3 Preferenční klauzule v českém právu

Od preferenčního práva je třeba odlišovat institut preferenční klauzule⁵⁷, který byl odstraněn z českého práva již předchozím zákonem o VZ č. 40/2004 Sb. Nejednalo se v něm o kritérium právní formy dodavatele, nýbrž jeho sídla. Na základě preferenční klauzule mohl zadavatel v případech obchodní veřejné soutěže se zahraniční účastí stanovit zvýhodnění nabídkových cen tuzemských osob až do 10 % od nejnižší nabídkové ceny zahraniční osoby. Toto fakultativní oprávnění zadavatele bylo právě pro rozpor s komunitárním právem přijetím předchozího zákona zrušeno. Princip nediskriminace má zajistit, aby zakázky v ČR měly možnost za stejných podmínek získat dodavatelé z jiných členských států EU a zvýhodnění nabídek podaných dodavateli se sídlem v ČR by bylo v rozporu s touto zásadou komunitárního práva.

5.4 *Přípustnost sociálních a environmentálních hodnotících kritérií v komunitárním právu*

V souvislosti s vývojem práva veřejných zakázek a úvahami nad jeho funkci ve společnosti otevřela zadávací směrnice prostor pro diskusi o kritériích sociálního charakteru nebo kritériích z oblasti životního prostředí. Otázkou zůstává, zdali nebudou znamenat narušení hospodářské soutěže mezi subjekty a jestli by neměla být státní politika podpory „znevýhodněných“ dodavatelů realizována přes jiné nástroje.

⁵⁷ Srov. dále RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 66.

5.4.1 Ekonomická vs. sociální koncepce zadávání veřejných zakázek

Právě příprava zadavatelské směrnice ukázala, že se v Evropě střetávají dvě koncepce veřejných zakázek. První je založena na striktně ekonomickém pojetí veřejné zakázky, ve kterém jiná než ekonomická kritéria hodnocení nabídky nemají prostor. Druhá koncepce nastiňuje takový vývoj, který by umožňoval z veřejné zakázky vytvořit nástroj politiky státu v oblasti sociální a environmentální.⁵⁸

Směrnice nepřímou sociální a environmentální charakter kritérií připouští, ale zároveň dodává, že „tato kritéria musí být spojena s předmětem zakázky, musí být výslovně uvedena, nesmí ponechávat veřejnému zadavateli neomezenou volnost výběru a nesmí být v rozporu se základními zásadami práva Společenství“⁵⁹. Pro ilustraci, ESD v rozhodnutí Concordia Bus Finland⁶⁰ ve věci veřejné zakázky na poskytování služeb městské hromadné dopravy seznal, že ekologická kritéria, jako je úroveň emisí oxidů dusíku nebo hlučnost provozu autobusů výše zmíněné podmínky naplňují.

V reálu jim ale ponechává velmi omezený prostor⁶¹, neboť právo Společenství je ovládáno zásadou nediskriminace a ekologická a sociální kritéria často neumožňují ze své podstaty rovné zacházení se všemi dodavateli.

Lze tedy dovodit, že má zadávání veřejných zakázek na evropské úrovni stále ekonomický charakter a francouzská koncepce se od tohoto hlavního proudu odklání.

5.4.2 Frekvence a cena užívání sociálních a environmentálních kritérií v EU

Ve zprávě o fungování trhu veřejných zakázek v EU⁶² Evropská komise mimo jiné analyzuje statistické údaje z oblasti sociálních a environmentálních kritérií, dodané

⁵⁸ MENEMENIS. Commentaire du Code des marchés publics. Paříž : Ménéménis, 2008.

⁵⁹ Bod č. 2. odůvodnění zadavatelské směrnice.

⁶⁰ EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek z roku 2002, ve věci Concordia Bus Finland a jiní. Celexové číslo 61999J0513. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

⁶¹ Srov. např. EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 4. prosince 2003 ve věci EVN AG a Wienstrom GmbH proti Republik Österreich. Celexové číslo 62001J0448. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009. „Ekologická kritéria přípustná jsou, musí však být vztahena k předmětu veřejné zakázky, musí být výslovně uvedena v zadávací dokumentaci, nesmí poskytovat zadavateli zcela volnou možnost výběru a musí respektovat princip zákazu diskriminace. K zajištění objektivit a transparentnosti musí být zadavatel schopen jím stanovená kritéria odborně vyhodnotit u každého uchazeče. V případě, že určité kritérium je v rozporu s komunitární nebo vnitrostátní právní úpravou (contra legem largo sensu), je nutné, aby zadavatel vypsal novou veřejnou zakázku, nikoliv aby pokračoval v daném řízení a jaksi „odhlédl“ od protiprávního kritéria.“

⁶² EVROPSKÁ KOMISE. Pozitivní dopady aplikace EU direktiv a výzvy pro budoucnost. Brusel. 2004. Publikováno na http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

jak dodavateli, tak členskými vládami. Z nich vyplývá, že se podniky setkaly cca ze 40 % v zadávacích řízeních s klauzulemi týkajícími se životního prostředí⁶³. Dále, takové klauzule měly prakticky zanedbatelný vliv na cenu veřejné zakázky a nezpůsobily vynaložení dalších finančních prostředků.

Naopak se sociálními klauzulemi se evropské dodavatelé setkali pouze ve 20 % zadávacích řízení veřejnou zakázku to citelně prodražilo.

Závěrem shrňme, že v této kapitole byla řešena mj. problematika preferenčního práva, institutu, jehož kritériem není ekonomická výhodnost nebo cena, ale evropským právem *nedovolená* právní forma dodavatele. Zde je markantní snaha Francie si i přes harmonizaci ponechat svůj národní charakter právní úpravy VZ. Ovšem jakékoli zvýhodnění znamená negativní ovlivnění soutěže a omezení konkurenčního prostředí. ČR naopak plně respektuje ustanovení směrnice o přípustných kritériích. Zároveň se řadí do té většinové evropské názorové vlny, která chce ponechat zadávání VZ ekonomický charakter.

⁶³ EVROPSKÁ KOMISE. Study contract to survey the state of play of green public procurement in the European Union. Final report. Freiburg. 2003. Publikováno na <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/iceisstudy.pdf>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

6. PROBLEMATIKA TRANSFERU VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

Základním znakem veřejné zakázky je úplatný smluvní vztah, jehož smluvními stranami jsou zadavatel a vybraný dodavatel. Smluvní stranou, která se zadavatelem vstoupí do závazkového vztahu, může být na základě výsledků zadávacího řízení být jedna osoba, stejně tak je přípustné aby na straně dodavatele bylo více subjektů. Vždy se však dodavatelem zboží, služeb nebo stavebních prací může stát pouze vybraná osoba z okruhu uchazečů nebo zájemců.⁶⁴ Reálná praxe je ovšem rozdílná.

K tomuto přispívá zejména fakt, že ZVZ obsahuje pravidla povinně aplikovatelná pouze v prekontrakční a kontrakční fázi. Jinými slovy českým zákonem je regulován proces výběru smluvního partnera do okamžiku uzavření, ale nikoli problematika následné možnosti převodu zakázky na subjekt odlišný od vybraného uchazeče. Tímto způsobem se obchází výše uvedený princip totožnosti výherce a dodavatele VZ. Naproti tomu taková změna v subjektu smluvního partnera ve francouzském právu je zákonem regulována, právě za účelem nezhoršení zadavateli pozice.

V této kapitole se diplomová práce proto bude zabývat:

- faktickou možností převodu veřejné zakázky a jejími ekonomickými dopady
- francouzskou právní úpravou převodu veřejné zakázky
- komparací ekonomicko-právních dopadů české a francouzské úpravy.

6.1 *Faktická možnost převodu veřejné zakázky a její ekonomické dopady*

Při studiu podkladových materiálů⁶⁵ k práci autorka diplomové práce zjistila, že lze reálně převést veřejnou zakázku od vybraného uchazeče na třetí osobu. Jedná se o situaci, kdy určitý postup dodavatele nelze zpochybnit z hlediska předpisů práva obchodního (občanského), ale na druhou stranu se dostává do rozporu s účelem zákona o veřejných zakázkách. Bylo by proti duchu tohoto zákona, kdyby mohl veřejnou

⁶⁴ RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 70.

⁶⁵ Žádost o stanovisko Úřadu na ochranu hospodářské soutěže podané advokátní kanceláří z Prahy 6, zastupující neúspěšného kandidáta v zadávacím řízení na stavební práce při starých ekologických zátěžích.

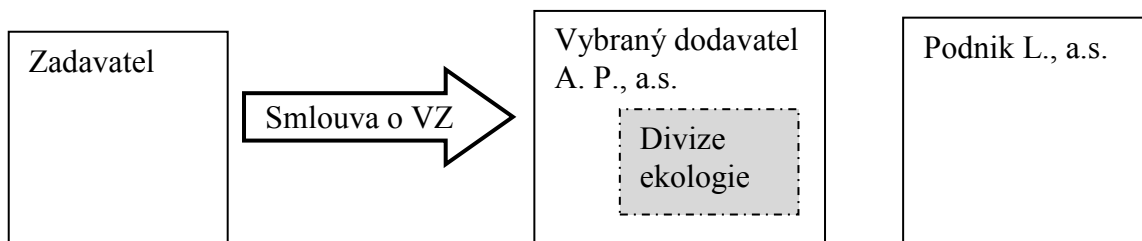
zakázku plnit jiný než vybraný uchazeč, který splnil všechny podmínky zadávacího řízení a který byl vyhodnocen jako nejvhodnější dodavatel. Z praxe vyplývá, že taková situace možná je.

6.1.1 Obcházení zákona v praxi

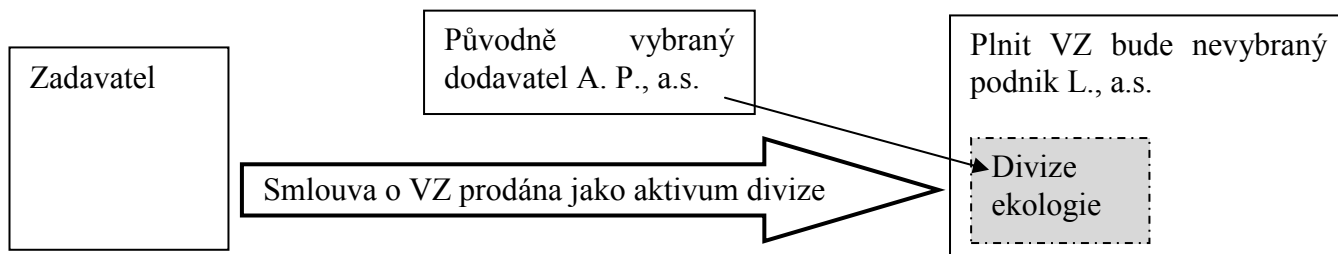
Ze žádosti o stanovisko ve věci změny subjektu adresované Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „ÚOHS“) vyplývá, že jistý veřejný zadavatel uzavřel smlouvu o dílo na základě výsledků veřejné soutěže s dodavatelem A. P., a.s. na stavební práce při starých ekologických zátěžích. Dodavatel A. P., a.s. následně oznámil, že nabyla účinnosti smlouva o prodeji části podniku (divize ekologie) uzavřená mezi jím a podnikem L., a.s. Na základě této smlouvy se společnost L., a.s. stala nositelem práv a povinností organizační složky podniku A. P., a.s., čímž vstoupila do právního vztahu ze smlouvy o dílo s veřejným zadavatelem, původně uzavřené s dodavatelem A. P., a.s. (viz následující **graf č. 8**).

Graf č. 8: Schéma převodu veřejné zakázky

I. Výchozí stav



II. Stav po prodeji zakázky



Zdroj: Zpracováno autorkou diplomové práce

Vyvstala pochybnost, zdali se předmětná smlouva nedostává do rozporu se ZVZ, resp. zda tento zákon neobchází. Zároveň je třeba dodat, že:

- podnik L., a.s. nebyl účastníkem zmíněné veřejné soutěže
- nebyl uveden ani jako subdodavatel podniku A. P., a.s. v nabídkovém projektu, a že
- jediným hlavním aktivem prodávané části tohoto podniku je předmětná smlouva o dílo na sanaci starých ekologických zátěží.

Smlouvou o převodu obchodního podílu se tedy stal obchodním partnerem zadavatele podnik, který je pro něj z právního hlediska neznámý. Tento postup podle názorů odborníků z praxe by měl vést k neplatnosti smlouvy (podle § 39 občanského zákoníku č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů) uzavřené na danou veřejnou zakázku, neboť změny ve smlouvě jsou v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže.⁶⁶

6.1.2 Stanovisko Úřadu

Úřad ve svém vydaném stanovisku nejprve uvedl, že v jeho pravomoci je dohlížet nad již učiněnými úkony zadavatelů v zadávacích řízeních a nikoli vstupovat po uzavření smlouvy do soukromoprávních vztahů mezi smluvními stranami. Dále zdůraznil, že výčet jeho kompetencí je sice v § 112 demonstrativní, ale k přijetí konkrétních opatření v návaznosti na neplatnost smlouvy není Úřad zmocněn, neboť k rozhodnutí, že určitá smlouva je neplatná, je příslušný pouze soud.

K vlastní problematice změny subjektu smlouvy o dílo uvedl, že okamžikem uzavření smlouvy na určitý předmět plnění mezi zadavatelem a vybraným uchazečem se další vztahy mezi těmito subjekty již dále neřídí zákonem o veřejných zakázkách, neboť proces zadávání byl uzavřením smlouvy již ukončen, ale řídí se obchodním (popř. občanským) zákoníkem. Úřad neřešil, že v popsaném případě se jedná o transfer VZ, tedy o formou obcházení zákona.

De lege ferenda by bylo vhodné vytvořit takovou právní úpravu, která by vylučovala či stanovila podmínky přesunu zakázky v režimu relevantních ustanovení obchodního zákoníku nebo ZVZ, jako tomu je ve Francii.

⁶⁶ Srov. § 6 a § 112 a následující ZVZ.

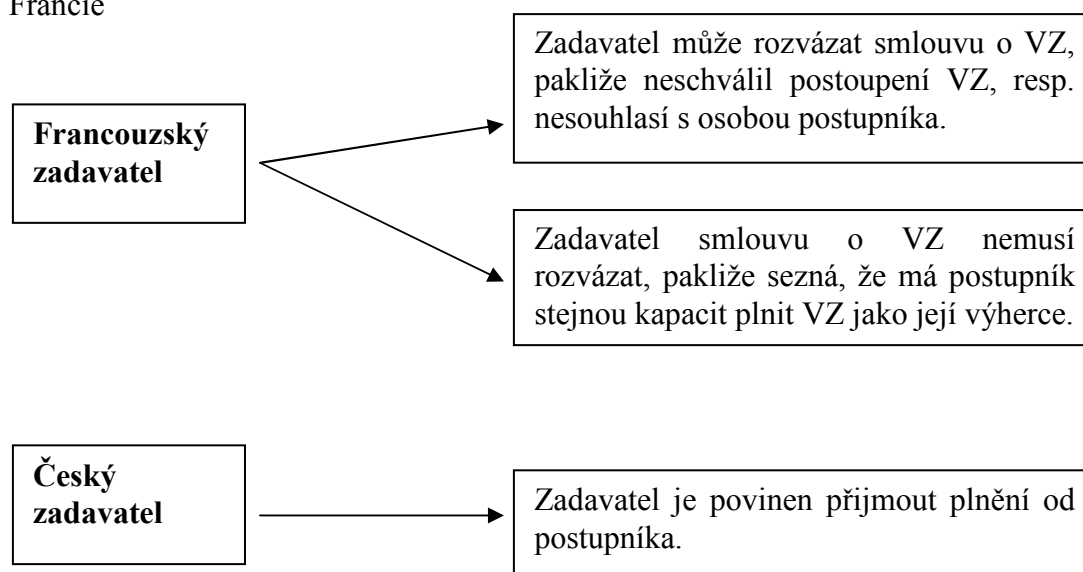
6.2 Francouzská právní úprava převodu veřejné zakázky

Řešení problematiky změny smluvního partnera u VZ se ve Francii rozvinulo na základě doktríny⁶⁷ a judikatury, neboť zákonná úprava stejně tak jako česká mlčí.

Státní rada⁶⁸ řeší danou problematiku ve svém stanovisku z 8. června 2000. Rozlišuje, jakým způsobem se dotýká přeměna subjektu dodavatele platnosti a účinnosti smlouvy. Zadavatel se musí nejprve přesvědčit, zda má postupník stejnou kapacitu plnit povinnosti vyplývající ze smlouvy o VZ jako její postupitel. Následně buďto schválí nebo odmítne postoupení smlouvy o VZ. Na takové předchozí schválení ze strany zadavatele jsou navázány dva typy změn v subjektu závazkového právního vztahu:

- převod obchodního jmění nebo fúze a
- rozdělení společnosti.

Graf č. 9: Řešení převodu smlouvy o VZ na nevybraný subjekt v právní úpravě ČR a Francie



Zdroj: Zpracováno autorkou diplomové práce

⁶⁷ Srov. např. ALLAIRE, F.: L'essentiel du droit des marchés publics. Paříž: Gualiano éditeur, 2007, chapitre 1.

⁶⁸ Conseil d'Etat neboli Státní rada je nejvyšší orgán v hierarchii správního soudnictví, kromě rozhodovací činnosti vydává i stanoviska k právním, resp. výkladovým problémům či vládním návrhům zákonů.

6.2.1 Možnost rozvázání smlouvy o VZ v případě převodu obchodního jmění

V případě převodu obchodního jmění je smlouva postoupena na právnickou osobu odlišnou od postupitele, resp. výherce veřejné zakázky. Ta v postavení postupníka nastupuje do právního vztahu se zadavatelem. Tato změna je ovšem podmíněna souhlasem zadavatele, který může po přezkoumání způsobilosti podniku, který neprošel standardním výběrovým řízením, smlouvu o VZ rozvázat.

6.2.2 Možnost rozvázání smlouvy o VZ v případě fúze a rozdělení společnosti

Fúze a rozdělení společnosti jako takové ve francouzském obchodním právu nejsou důvodem rozvázání jakékoli smlouvy ze strany smluvního partnera. Na druhou stranu právní úprava veřejných zakázek spojuje tyto operace se změnou subjektu smluvní strany a také v tomto případě podmiňuje postoupení smlouvy o VZ schválení zadavatelem.⁶⁹ To znamená, že nesezná-li zadavatel, že má postupník srovnatelné kvalifikační předpoklady k řádnému plnění zakázky jako vybraný uchazeč, se kterým smlouvu uzavřel, má právo smlouvu o VZ rozvázat. Toto určité narovnání právního stavu ovšem může mít i negativní ekonomické dopady.

6.3 Zhodnocení ekonomicko - právních dopadů české a francouzské úpravy

Dopad reálné možnosti převodu veřejné zakázky v českém právu a tím nutnost akceptace nového smluvního partnera se mohou jevit značně nepříznivé ve srovnání s francouzskou úpravou, která rozvázání smlouvy umožňuje. Každopádně i takový zánik smlouvy o VZ v sobě zahrnuje mnohé negativní důsledky.

6.3.1 Dopad transferu veřejné zakázky

Cílem ZVZ je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Tohoto cíle je dosahováno především vytvářením podmínek

⁶⁹ COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL. Rozhodnutí ze dne 17. 5. 2000 ve věci Société d'aménagement des Monts et autres. Versailles. Publikováno na <http://versailles.cour-administrative-appel.fr/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Zadavatel tedy uzavírá smlouvu s uchazečem, který ve výběrovém řízení nejlépe splnil požadovaná kritéria. Jelikož ovšem zákon neupravuje transfer veřejné zakázky na nevybraný subjekt, ani nepřipouští z tohoto důvodu možnost rozvázání smlouvy, může dojít k situaci, kdy po transferu bude plnit „nekvalitní“ dodavatel. Zadavatel tak nebude moci těžit z výsledků procesu zadávacího řízení. Bude nucen přijmout plnění ze strany nástupnické společnosti, která neprokázala tytéž předpoklady jako podnik vybraný.

6.3.2 Dopad rozvázání smlouvy

Na druhou stranu ani rozvázání smlouvy ze strany zadavatele, který shledal nového smluvního partnera nezpůsobilým k plnění v takovém rozsahu jako postupitel zakázky, není bez negativních ekonomických a právních dopadů. Předně by takový postup mohl být shledán v rozporu s právní jistotou. Dále musí zadavatel v případě rozvázání smlouvy vynaložit další finanční prostředky na vypsání nového výběrového řízení, nehledě na fakt, že poptávané plnění či služba mohly být urgentního charakteru. Rozvázání smlouvy také zasahuje do možnosti reorganizace postupníkovy podniku či do pohybu jejího kapitálu. Ten nemůže z obavy o ztrátu veřejné zakázky např. založit dceřinou společnost a převést na ni část aktiv v podobě této zakázky, neboť se již jedná o jinou obchodní společnost, a tedy spadá do výše zmíněných premis umožňujících zadavateli smlouvu o VZ rozvázat. Ač tedy francouzská úprava dává zadavateli možnost vyjádřit se k osobě postupníka a tím ovlivnit kvalitu plnění z veřejné zakázky, nepřináší sama pouze pozitivní dopady.

Závěrem lze říci, že by česká právní úprava měla pamatovat na možnost transferu veřejné zakázky např. formou právní úpravy následného „osudu“ zakázky po skončení zadávacího řízení. Jako inspirační zdroj by tu mohlo sloužit francouzské řešení dané problematiky změny smluvního partnera.

6.4 *Nové pravomoci Úřadu v době po uzavření smlouvy o veřejné zakázce*

Pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek je velmi důležitou změnou transpozice směrnice č. 66 z roku 2007⁷⁰. Na základě této směrnice, jejíž transpozice musí být ukončena do prosince 2009, bude posílena pravomoc Úřadu na ochranu hospodářské soutěže zejména možností vyslovit zákaz plnění ze smlouvy o VZ, která byla uzavřena v hrubém rozporu se ZVZ. Jinými slovy Úřad bude moci intervenovat i ve fázi postkontraktační.

6.4.1 Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy

Vládní návrh⁷¹ přináší o nový institut transponující ustanovení čl. 2f relevantní směrnice, který se vztahuje se na nadlimitní a podlimitní veřejné zakázky *po uzavření smlouvy o VZ*. Podle nového § 114a ZVZ bude moci být uložen zákaz plnění z již uzavřené smlouvy; a to za podmínek, že účastník podá návrh a že se zadavatel dopustí následujících zákonem vymezených deliktů⁷²:

- pokud zadavatel zadá veřejnou zakázku bez oznámení zadávacího řízení, ač je povinen oznámení uveřejnit, nebo
- nedodrží zákaz uzavření smlouvy a současně je zjištěno v jeho postupu další porušení zákona, které podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Rozhodnutí Úřadu v případě porušení zákona může být dvojití:

- nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud *nedošlo k uzavření smlouvy o VZ*, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, jinak řízení zastaví, nebo

⁷⁰ EVROPSKÁ KOMISE. Směrnice č. 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

⁷¹ Vládní návrh č. 220/08 novely ZVZ. Publikováno na www.psp.cz.

⁷² Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy lze podat po uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky, pokud navrhovatel namítá spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) nebo c) ZVZ zadavatelem.

- *po uzavření smlouvy o VZ* Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114a uloží zákaz plnění ze smlouvy.

Úřad zákaz plnění smlouvy uložit nemusí. Takovým důvodem může být výjimečně i ekonomický zájem na plnění smlouvy (nikoli však náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení aj.).

6.4.2 Neplatnost smlouvy

Smlouva na realizaci veřejné zakázky může být z důvodu nedodržení postupu podle ZVZ považována za neplatnou pouze v případech, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle předchozího odstavce. O neplatnosti smlouvy však Úřad nerozhoduje ani po novele, zůstává zde pravomoc soudu. Současně je stanoveno, že nemůže dojít k prohlášení neplatnosti smlouvy na základě ostatních porušení zákona o veřejných zakázkách, které např. nemohly mít vliv na výběr nevhodnější nabídky.

6.4.3 Registr dodavatelů se zákazem účasti na plnění veřejných zakázek (Blacklist)

V novele zákona se navrhuje zavedení správního deliktu uvedení nepravdivých údajů v prokazování kvalifikace⁷³. V případě potrestání za tento delikt Úřad tuto skutečnost oznámí Ministerstvu pro místní rozvoj, které (analogicky k vedení seznamu kvalifikovaných dodavatelů) povede veřejně přístupný seznam potrestaných osob. Osobám vedeným v registru je zakázána jakákoliv účast na plnění veřejných zakázek po dobu tří let od zápisu do registru. Tudíž firma, která byla třeba spjata s korupcí, by neměla šanci získat veřejnou zakázku.

Je třeba doplnit, že tento institut je vnitrostátního původu.⁷⁴

⁷³ Ustanovením § 144 odst. 1 písm. c) novely k ZVZ č. 220/08 se zavádí nová skutková podstata poskytnutí nepravdivých informací v prokazování kvalifikace, které se dopustí dodavatel poskytnutím nepravdivých informací v prokazování kvalifikace.

⁷⁴ Vláda dne 25.10.2006 usnesením č.1199/2006 o Strategii boje proti korupci uložila ministerstvu pro místní rozvoj úkoly, které souvisejí s posílením transparentnosti a potíráním korupce v oblasti veřejných zakázek. Blacklist je jejich výsledkem.

7. DŮSLEDKY UŽITÍ NEVHODNÉHO DRUHU ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ V OBLASTI PRÁV PLYNOUCÍCH Z DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Nedostatečná znalost zákona ze strany jeho destinatářů byla častým problémem, se kterým se autorka diplomové práce setkávala. V této kapitole proto bude dán důraz na opomíjení využívání vhodných institutů zákona v situacích, kde mají svoje místo. Zejména častému střetu právních úprav veřejných zakázek a práv plynoucích z duševního vlastnictví by se dalo předejít užíváním takového druhu zadávacího řízení, který zákon pro tuto oblast výslovně doporučuje⁷⁵. Opět z opatrnosti a pohodlnosti se zadavatelé kloní k užívání jednoduchého otevřeného řízení i v oblastech kde by měla mít své místo soutěž o návrh ve spojení se zadávacím řízením bez uveřejnění (např. tvorba a následná realizace architektonických plánů či uměleckých návrhů). Tím dochází ke značným ekonomickým i právním problémům, jež budou rozebrány v následujících částech.

Dále se kapitola bude věnovat zásadnímu porušení autorských práv v soutěži o návrh na logo k oslavě výročí padesáti let Římské smlouvy Evropskou komisí z roku 2006.

Ze strany francouzského zadavatele se zase v praxi jeví jako problematické rozsah a cena postoupených práv z projektu vybraného na základě soutěže o návrh a bude uvedeno jeho navržené vládní řešení.

Proto se tedy diplomová práce v této kapitole bude zabývat:

- právní úpravou soutěže o návrh a ustanoveními o vlastnictví k předloženým návrhům v zákoně o veřejných zakázkách
- právní a ekonomické následky neužití soutěže o návrh v případech z praxe
- popřením autorských práv v soutěži o návrh vyhlášené Evropskou komisí v roce 2006
- francouzskými úmluvami o právech plynoucích z duševního vlastnictví k projektům.

⁷⁵ ZVZ doporučuje používat soutěž o návrh zejména v oblastech, které jsou spjaté s právem duševního vlastnictví (srov. § 103 odst. 2 ZVZ).

7.1 Právní úprava soutěže o návrh a ustanovení o vlastnictví

k předloženým návrhům v českém zákoně o veřejných zakázkách

V této podkapitole bude předveden správný postup zadavatele v případě zadávání VZ, jejíž předmět zasahuje do oblasti práv plynoucích z duševního vlastnictví. Zadavatel by měl užít soutěže o návrh na získání projektu a následně jednacím řízení bez uveřejnění, který by zajistil udělení VZ přímo autorovi vítězného návrhu.

7.1.1 Specifika soutěže o návrh a její odlišnost od zadávacích řízení

Soutěž o návrh (srov. § 102 – § 109 ZVZ) je koncipována jako speciální řízení, na úpravě zadávacího řízení je z velké části nezávislá a odlišuje se od něj. Zejména účel soutěže o návrh není se zadávacím řízením totožný. Nesměřuje bezprostředně k uzavření smlouvy, ale k výběru nejvhodnějšího řešení určitého problému. Zadavatel pak může na základě této soutěže:

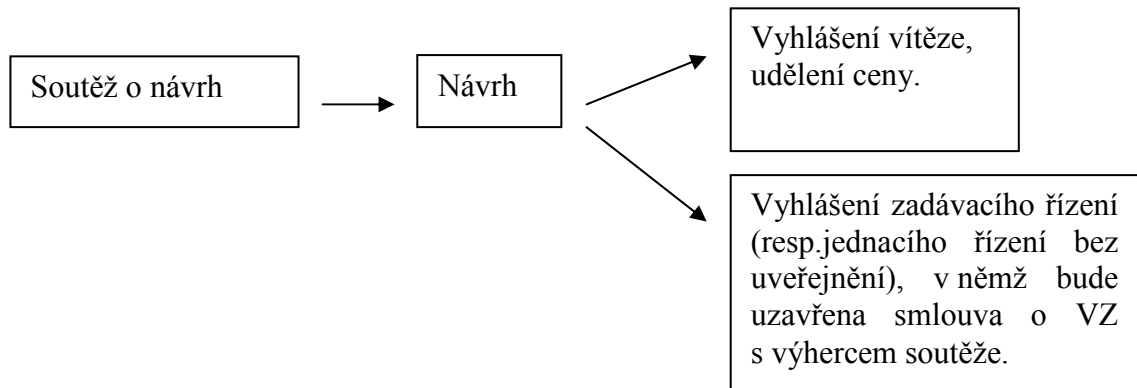
- vyhlásit jejího vítěze a udělit mu cenu (ale vítězný návrh nerealizovat) nebo
- vyhlásit navazující zadávací řízení (typicky jednacím řízením bez uveřejnění), které již není součástí soutěže o návrh a v němž bude jednat o uzavření smlouvy s výhercem soutěže (viz **graf č. 10**).

Soutěž o návrh se využívá zejména v případech architektonických návrhů, zpracování dat, získání konkrétních technických či uměleckých návrhů atd. Zadavatel je povinen postupovat podle zákona při vyhlášení a průběhu soutěže o návrh pouze tehdy, pakliže jsou splněny následující podmínky⁷⁶:

- jedná se o nadlimitní VZ a
- jejím předmětem jsou služby (plány, návrhy, projekty).

⁷⁶ Ustanovení §102 odst. 2 ZVZ vypočítává situace, kdy i při splnění podmínek v odstavci prvním se zákon na pořádání soutěže nevztahuje (např. předmět soutěže spojený s bezpečnostními opatřeními, výrobou zbraňových systémů na obranu státu).

Graf č. 10: Proces uzavření smlouvy o VZ na základě soutěže o návrh



Zdroj: Zpracováno autorkou diplomové práce

Právní úprava soutěže o návrh je v porovnání s úpravou zadávacího řízení velmi stručná a ponechává tak zadavateli značnou volnost. Je nesporné, že se na soutěž o návrh užití základní zásady zákona obsažené v § 6⁷⁷. Na druhou stranu nelze z žádného ustanovení zákona dovodit, že by se na ni obdobně či podpůrně užití pravidla platná pro zadávací řízení.⁷⁸ Proto si zadavatel může a musí celou řadu věcí upravit sám v soutěžních pravidlech, což ho v praxi nejvíce odrazuje.

7.1.2 Provázanost soutěže o návrh a jednacího řízení bez uveřejnění

Soutěž o návrh úzce spjatá s jednacím řízením bez uveřejnění. Jedná se o málo formalizovaný⁷⁹ druh řízení, ve kterém zadavatel vyzve přímo k jednání o veřejné zakázce jednoho nebo několik konkrétně určených a jím vybraných dodavatelů, aniž by před tím vyzval neurčitý počet dodavatelů k podání žádosti o účast (viz **graf č. 11**). De facto zakázku přidělí jím vybranému subjektu bez proběhnutí standardního výběrového řízení. Ustanovení § 23 odst. 6 ZVZ umožňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění, jestliže je zadáno v návaznosti na soutěž o návrh. Tím se zajistí udělení

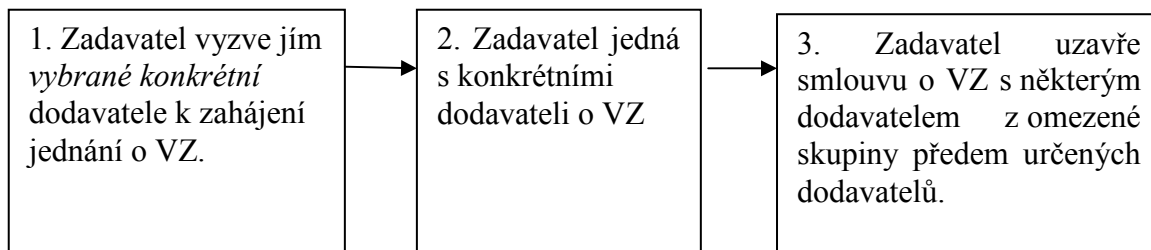
⁷⁷ Zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

⁷⁸ RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 700 a n.

⁷⁹ Jednací řízení bez uveřejnění klade na zadavatele 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.

veřejné zakázky přímo výherci soutěže o návrh. To je žádoucí nejen z hlediska správného provedení návrhu, ale i vzhledem k aspektům např. autorskoprávní ochrany.

Graf č. 11: Schéma průběhu jednacího řízení bez uveřejnění



Zdroj: Zpracováno autorkou diplomové práce

7.1.3 Úprava majetkových práv k projektům předloženým v soutěži o návrh

Jak již bylo řečeno, zákon doporučuje používat soutěž o návrh zejména v oblastech, které jsou spjaté s právem duševního vlastnictví. Vítězný návrh se stává majetkem zadavatele. Ostatním účastníkům, kteří neuspěli, má zadavatel umožnit převzetí jejich návrhů (srov. § 107 odst. 2 ZVZ), jelikož jsou majetkem těchto účastníků⁸⁰. Česká právní úprava soutěže o návrh tímto stanovuje, komu náleží majetková práva k vybraným i neúspěšným návrhům a zamezuje tak problémům způsobeným mlčením soutěžních podmínek.

V praxi k využití soutěže o návrh v oblastech příliš nedochází. Zadavatelé se uchylují k zaběhlým druhům zadávacích řízení, resp. k nejjednoduššímu otevřenému řízení. Toto řízení ovšem nezajistí zadání realizace projektu jeho tvůrci, ani u něj v ZVZ není zmínka o vlastnictví k návrhům, ať už vybraným či ne.

V následující podkapitole budou proto uvedeny dva případy z praxe, kdy zadavatelé neužili soutěže o návrh, důsledky jejich nevhodných rozhodnutí a právní a ekonomický rozbor.

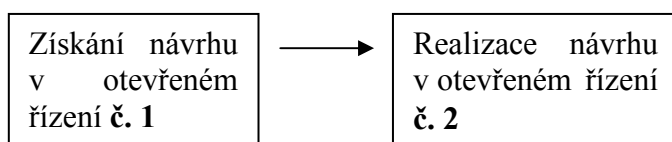
⁸⁰ Srov. RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 728.

7.2 Právní a ekonomické následky neužití soutěže o návrh v případech z praxe

Na základě analýzy následujících případů⁸¹ užití nevhodného druhu zadávacího řízení - otevřeného řízení⁸² v oblasti uměleckých návrhů mělo a mívá dvojí formu. V prvním případě bylo užito jedno otevřené řízení na vytvoření návrhu a jiným otevřeným řízením mělo být dosaženo realizace návrhu. Ve druhém bylo naopak užito jen jednoho otevřeného řízení na realizaci VZ s tím, že konkrétní návrh teprve vznikne v jeho průběhu. Obě formy přinesly zadavatelům značné problémy.

Graf č. 12: Schéma užití otevřených řízení v oblasti uměleckých návrhů v popisovaných případech z praxe

Případ I.



V případě I. nebude možné zákonným způsobem zajistit udělení realizace návrhu právě jeho tvůrci.

Případ II.

Jediné otevřené řízení na realizaci návrhu, který vznikne v průběhu tohoto otevřeného řízení

Tento postup přinesl střet právní úpravy veřejných zakázek a práv vyplývajících z duševního vlastnictví.

Zdroj: Zpracováno autorkou diplomové práce

⁸¹ Případ č. 1 – Praha, červen 2006, sektorový zadavatel, objem VZ 15 milionů korun. Případ č. 2 – Praha, únor 2007, veřejný zadavatel, objem VZ 14 milionů korun.

⁸² Jedná se o obecné zadávací řízení, které může zadavatel zvolit vždy a ve kterém vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání nabídek a k prokázání splnění kvalifikace (srov. § 27 ZVZ).

7.2.1 Případ I – Nemožnost zadání realizace návrhu jeho tvůrci

(a) Skutkový stav

Při studiu podkladových materiálů⁸³ se autorka práce seznámila s případem (viz **graf č. 12** - případ I.), který se stal v Praze v roce 2006. Zadavatel vypsal otevřené zadávací řízení na získání návrhu výzdoby exteriérů svých budov. Zadavatel soutěž o návrh nepoužil, neboť je prý málo zaběhlá, ustanovení o ní v ZVZ jsou strohá a volnost spjatá s organizací průběhu soutěže by mu přinesla větší časové nároky a obavu, zdali se svým postupem nedostává do rozporu s ustanoveními ZVZ.

Nejlepší návrh vytvořilo pražské architektonické studio. Dle smlouvy o VZ se návrh stal majetkem zadavatele. Následně se rozhodl zadavatel návrh zrealizovat. Jeho záměrem bylo nechat vyzdobit exteriér právě studiem, které návrhy vytvořilo, neboť autoři projektu logicky mohou svoje dílo nejlépe provést.

(b) Právní následky užití nevhodného řízení

Zadavatel se uchýlit opět k otevřenému řízení a jako kritérium výběru zvolil cenu. Při použití běžných druhů řízení jako je právě otevřené nebo užší ale nešlo zajistit udělení zakázky výherci soutěže o návrh, neboť v těchto řízeních zadavatel oznamuje zahájení řízení neomezenému počtu neurčitých dodavatelů a dodavatel musí být vybrán na základě cenové výhodnosti, nehledě na možná autorská práva k návrhu. Toto zadávací řízení ale vyhrála odlišná společnost, která nabídla nejnížší cenu za realizaci. Autoři projekt tedy realizovat nemohli.

(c) Ekonomické následky užití nevhodného řízení

Provedení návrhu jinou společností mělo přinést zadavateli nižší náklady, než kdyby vyhrálo pražské studio. Na realizaci projektu nebyly ovšem použity odpovídající materiály ani nebyly dostatečně pochopeny návrhy architektů. Zadavatel tedy musel vynaložit značné náklady na retuše a opravy. Zároveň vznikl soudní spor ohledně zásahů do návrhu chráněného autorským právem.

⁸³ Zdroj : pražská advokátní kancelář. Právní posouzení aplikace zákona o veřejných zakázkách na konkrétní případ. Materiály byly poskytnuty za přislíbení anonymity kanceláře i aktérů.

Zásadní chyba v tomto případě spočívala v tom, že zadavatel rovnou nevypsal nejprve soutěž o návrh na získání návrhu výzdoby. Realizaci pak mohl zadat přímo autorovi v jednacím řízení bez uveřejnění, což zákon nejen připouští, ale i doporučuje⁸⁴.

7.2.2 Případ II – Střet právní úpravy veřejných zakázek a práv vyplývajících z duševního vlastnictví

(a) Skutkový stav

Tento případ se udál v roce 2007 v Praze. Sektorový zadavatel uzavřel na základě výsledků otevřeného řízení smlouvu o veřejné zakázce na šití uniforem s podnikem A. R., a.s.

Úskalí spočívalo v tom, že vzhled a úprava uniforem měla vzniknout až v rámci realizace zakázky v interakci s podnikem A. R., a. s. V zadávací dokumentaci pak nebylo žádné ustanovení o majetkových právech pro případ, že by za doby výkonu došlo ke vzniku průmyslového vzoru, čehož dodavatelský podnik využil. Vzhledem k tomu, že se jednalo o stejnokroj, který prakticky nepodléhá módním vlivům, bylo zřejmé, že sektorový zadavatel bude mít i nadále zájem na jeho dodávkách. Uvědomělá obchodní společnost A. R., a.s., si sama nechala zapsat tento stejnokroj jako průmyslový vzor⁸⁵ u Úřadu průmyslového vlastnictví, ač vznikl při spolupráci zaměstnanců z obou podniků.

(b) Ekonomické následky užití nevhodného řízení

Vzhledem k tomu, že sektorový zadavatel musel stále požadovat tento stejnokroj (neboť změna uniforem a likvidace zásob na skladě by znamenalo vynaložení enormních nákladů), neměl jinou možnost než užít na jeho dodávky jednacím řízení bez uveřejnění. Jinými slovy oslovit pouze podnik A. R., a.s., který se v důsledku získaného monopolního postavení mohl chovat relativně nezávisle jak na konkurenci, tak na spotřebiteli a ovlivňovat cenotvorbu. Vznikl uzavřený trh, na kterém existoval

⁸⁴ Ustanovení § 23 odst. 4 písmene a) ZVZ říká, že zadavatel může zadat veřejnou zakázku 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. Ustanovení tohoto odstavce pamatuje zejména na případy, kdy je některý výrobek či jeho část chráněna autorskoprávními předpisy či předpisy o ochraně průmyslových práv.

⁸⁵ Ustanovení § 2 a) ZOPV říká, že průmyslovým vzorem se rozumí vzhled výrobku nebo jeho části, spočívající zejména ve znacích linií, obrysů, barev, tvaru, struktury nebo materiálů výrobku samotného, nebo jeho zdobení.

pouze jeden dodavatel, jehož produkt neměl žádný blízký substitut. Zadavatel byl tedy nucen odebírat ušité uniformy za vysokou cenu a nemohl těžit z efektivity a úspory finančních prostředků, které by normálně přinesla soutěž o návrh ve spojení s jednacím řízením bez uveřejnění nebo jiným řízením.

(c) Právní následky užití nevhodného řízení

Česká právní úprava soutěže o návrh v zákoně o veřejných zakázkách implicitně stanovuje, komu náleží práva autorská příp. průmyslová k vybraným i neúspěšným návrhům. U jiných druhů zadávacích řízení v ZVZ problematika majetkových práv k návrhům výslovně řešena není. Nebyla ani upravená v zadávacích podmínkách.

Určité narovnání nastalého právně asymetrického stavu by v tomto případě představovala aplikace relevantních ustanovení⁸⁶ zákona o ochraně průmyslového vlastnictví č. 207/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „ZOPV“). Stejnokroj vznikl za spolupůsobení obou podniků. Právo na původcovství⁸⁷ mělo náležet oběma jejich zaměstnancům a z vlastnictví průmyslového vzoru měly být oprávněny obě právnické osoby, jako jejich zaměstnavatelé. Zadavatel by se tedy bránil ve sporu o spolupůvodcovství u soudu⁸⁸, na jehož základě by Úřad průmyslového vlastnictví připojil zadavatele jako dalšího majitele práv z průmyslového vzoru. Navzdory dosažení spoluvlastnictví průmyslového vzoru by zadavatel stejně nemohl vyhlásit otevřené řízení na realizaci návrhu bez souhlasu jeho spoluvlastníka.

Ač chybí explicitní ustanovení v ZVZ, lze dovodit, že návrh, který takto vznikl, je majetkem zadavatele, nejen na základě ustanovení o vytvoření průmyslového vzoru

⁸⁶ Zákonná možnost dodatečného zápisu spolupůvodcovství.

⁸⁷ Ustanovení § 2 písm. d) ZOPV říká, že původcem průmyslového vzoru ten, kdo průmyslový vzor vytvořil vlastní tvůrčí činností, spolupůvodcem průmyslového vzoru ten, kdo se podílel na tvůrčí činnosti, při níž byl průmyslový vzor vytvořen. Dle § 12 odst. 1. právo k průmyslovému vzoru má původce nebo jeho právní nástupce. Spolupůvodce má právo na průmyslový vzor v rozsahu odpovídajícím jeho podílu na vytvoření průmyslového vzoru. Přihlášku průmyslového vzoru je oprávněn podat ten, kdo má na něj právo.

⁸⁸ Ustanovení § 15 odst. 1 ZOPV říká, že spory o určení práva na průmyslový vzor rozhodují soudy. Žalobu na určení oprávněného přihlašovatele, popřípadě vlastníka zapsaného průmyslového vzoru lze podat do 2 let od zápisu průmyslového vzoru do rejstříku; to neplatí, jestliže přihlašovatel nejednal v dobré víře.

ke splnění úkolu vyplývajícího z pracovního poměru⁸⁹, ale i z ducha a účelu zákona o veřejných zakázkách.

Závěrem je třeba zdůraznit, že společnost A. R., a.s., nepostupovala při zápisu průmyslového vzoru v souladu se ZVZ ani ZOPV. Zadavateli lze vytknout nedostatečně propracované zadávací podmínky. I v tomto případě shledává autorka práce zásadní chybu v nevypsání soutěž o návrh na získání vzoru uniformy. Ušití pak mohl zadat buď autorovi uniformy v jednacím řízení bez uveřejnění, nebo užít otevřeného řízení pro výběr nejvhodnějšího (nejlevnějšího) dodavatele. V případě soutěže o návrh již z textu ZVZ není pochyb o oprávněném z majetkových práv plynoucích z návrhu. De lege ferenda by bylo vhodné výslovně upravit tuto problematiku také u zadávacího řízení.

7.3 Popření autorských práv v soutěži o návrh vyhlášené Evropskou komisí v roce 2006

Celá úprava soutěže o návrh jak v českém, tak ve francouzském zákoně vychází z ustanovení článků 66 až 74 zadavatelské směrnice. V té ovšem zmínka o vlastnictví neúspěšných návrhů není, paradoxně na rozdíl od zákonů, které úpravu transponovaly. To mohlo být příčinou případu⁹⁰ popření autorských práv na samotné komunitární úrovni, který se udál v souvislosti s vypsáním soutěže o návrh na logo k oslavám výročí 50ti let Římské smlouvy. V pátém článku soutěžních podmínek bylo řečeno, že „[...] všechny předložené návrhy smějí sloužit pouze k účelům této soutěže a již nesmějí být autory užity pro jinou příležitost. Jejich předložením se stávají majetkem Komise a ta nabývá právo je rozmnožovat a rozšiřovat. Zároveň autoři souhlasí s jejich vystavením bez nároku na odměnu.“⁹¹ Jinými slovy si Komise činila majetková práva i na projekty, které nebyly vybrány, což nejen nemá to oporu v žádném relevantním ustanovení nařízení či směrnice, ale jde dokonce proti jejich účelu.

⁸⁹ Ustanovení § 13 odst. 1 ZOPV: Vytvořil-li původce průmyslový vzor ke splnění úkolu vyplývajícího z pracovního poměru, z členského nebo z jiného obdobného vztahu, přechází právo na průmyslový vzor na toho, kdo původci vytvoření průmyslového vzoru zadal, není-li smlouvou stanoveno jinak. Právo na původcovství tím není dotčeno.

⁹⁰ CAPO-CHICHI, C.: Guide des marchés public du design graphique. Paříž: Édition Pyramid, 2007, str. 118.

⁹¹ Tamtéž, str. 120.

Francouzský spolek designerů⁹² ustanovení článku pátého soutěžních podmínek napadl a dosáhl narovnání. Neúspěšní autoři zůstali majiteli svých projektů. V každém případě od instituce jako Evropská komise je popírání autorských práv v soutěži o návrh nepřijatelné.

7.4 Úmluvy o právech plynoucích z duševního vlastnictví k projektům ve Francii

Při aplikaci francouzského zákona o veřejných zakázkách v praxi se naopak jeví jako problematické rozsah a cena postoupených práv z projektu vybraného na základě soutěže o návrh. V důsledku mnohým sporů vzniklých právě v této oblasti bylo vládou navrženo, aby se k zadávací dokumentaci nebo soutěžním podmínkám automaticky připojovaly úmluvy týkající se práv plynoucích z duševního vlastnictví. Ty měly obsahovat ustanovení, že cena postoupení práv dílo užít a rozmnožovat ho je již obsažená v ceně zakázky a nezakládá nárok na dodatečné finanční ohodnocení plynoucí z těchto práv. Každopádně tyto úmluvy nijak obecně nevyřešily problém rozsahu postoupených práv, proto nebyla zákonodárcem stanovena povinnost je k zadávací dokumentaci připojovat. Tato problematika tedy dále zůstala na dohodě mezi subjekty jako v ČR.⁹³

⁹² "Alliance française des designers".

⁹³ CAPO-CHICHI, C.: Guide des marchés public du design graphique. Édition Pyramid, 2007, str. 121.

8. KARTELOVÉ DOHODY VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH (BID - RIGGING)

Kartelové dohody i vzhledem k české a evropské judikatuře tvoří v soutěžním právu poměrně propracovanou problematikou. Jednotlivé druhy nesoutěžního jednání jsou pojmenované, jsou popsány jejich definiční znaky a mnohokrát již bylo takové chování soutěžitelů odhaleno a pokutováno. Ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže č. 143/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „ZOHS“) říká, že dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak, nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku.

Ovšem dohody o ovlivnění nabídek v oblasti veřejných zakázek („*Bid - Rigging*“) jsou recentním, pro teorii málo známým druhem kartelu. V rámci demonstrativního výčtu zakázaných dohod podle § 3 ZOHS uvedeny nejsou⁹⁴, přesto se jedná o protisoutěžní jednání. Někdy mohou nést znaky dohod ZOHS výslovně zakázaných, např. dohod o (ne)přímém určení cen či o rozdělení trhu nebo nákupních zdrojů, ale častěji obsahují nepopsané druhy jednání inherentní právě veřejným zakázkám.

Je třeba dodat, že média i politici věnují, dostatečnou pozornost prevenci korupčního jednání zadavatelů, neboť disponují s prostředky ze státního rozpočtu. Ale dodavatelé, jako subjekty soukromého práva a priori nepodléhají kogentní právní úpravě a ani se státními prostředky nemohou disponovat, což může být pro legislativce zavádějící. Neznamená to totiž, že se nemusí věnovat pozornost regulaci vztahů mezi

⁹⁴ Ustanovení § 3 odst. 2 ZOHS: Z dohod zakázaných podle odstavce 1 jsou zakázány zejména dohody, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže proto, že obsahují ujednání o

a) přímém nebo nepřímém určení cen, popřípadě o jiných obchodních podmínkách,

b) omezení nebo kontrole výroby, odbytu, výzkumu a vývoje nebo investic,

c) rozdělení trhu nebo nákupních zdrojů,

d) tom, že uzavření smlouvy bude vázáno na přijetí dalšího plnění, které věcně ani podle obchodních zvyklostí a zásad poctivého obchodního styku s předmětem smlouvy nesouvisí,

e) uplatnění rozdílných podmínek vůči jednotlivým soutěžitelům při shodném nebo srovnatelném plnění, jimiž jsou někteří soutěžitelé v hospodářské soutěži znevýhodněni,

f) tom, že účastníci dohody nebudou obchodovat či jinak hospodářsky spolupracovat se soutěžiteli, kteří nejsou účastníky dohody, anebo jim budou jinak působit újmu (skupinový bojkot).

dodavatelí samotnými. Celá teorie Bid – Riggingu je založeno právě na rozkrývání protisoutěžního jednání mezi dodavatelí. De lege ferenda by měl ZVZ nebo ZOHS stanovit jasné mantinely pro jejich chování v zadávacích řízeních, aby nevznikaly níže popsané situace.

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže se poprvé od svého vzniku podařilo odhalit kartel ve veřejných zakázkách až v roce 2007. Hned v tomto případě uložil svým rozhodnutím ze dne 9. února⁹⁵ téhož roku dosud nejvyšší pokutu ve své historii a to bezmála 1 miliardu korun. Aby bylo možné posoudit přiměřenost výše uložených pokut ve vztahu k následku působení těchto dohod na relevantním trhu, je zapotřebí nejprve objasnit charakter dohod Bid - Rigging, jejich formy a účinky. Práce se proto v této kapitole bude zabývat:

- teorií Bid - Riggingu a následně
- rozhodnutím Úřadu ze dne 9. února 2007 ve věci dohod o ovlivnění nabídek podaných v zadávacích řízeních.

8.1 Teorie Bid - Riggingu

Jedním z hlavních důvodů přijetí zákona o veřejných zakázkách byla podpora rozvoje konkurenčního prostředí mezi dodavatelí. Právě konkurence nutí dodavatele poskytovat plnění v co nejvyšší možné kvalitě a za co nejnižší cenu. Samotná aplikace zákona ale tento ideální stav nezajistila. Efektivita zakázaných dohod (Bid – Rigging) se dále zvyšovala, což vedlo k vynakládání zbytečně vysokých prostředků ze strany zadavatele, resp. státu a tudíž i daňových poplatníků. Aby mohl Úřad efektivně začít toto jednání potírat, bylo třeba nejprve rozpoznat jeho znaky.

Tzv. dohody o ovlivnění nabídek, které jsou dohody soutěžitelů - dodavatelů uzavírané v souvislosti s veřejnými zakázkami a ovlivňující nabídky soutěžitelů tak, aby byl předem znám jistý vítěz nebo aby se jinak eliminovala konkurence mezi soutěžiteli, se v zahraničí označují jako Bid – Rigging. Pojmovým znakem těchto dohod je tedy ovlivnění soutěže formou vzájemné kooperace tím, že soutěžící spolu fakticky nesoutěží

⁹⁵ ÚOHS. Rozhodnutí ze dne 9. 2. 2007, ve věci dohod o ovlivnění nabídek podaných v zadávacích řízeních. Publikováno na www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

a namísto soupeření mezi sebou podnikají společné kroky v zájmu získání prospěchu na úkor zadavatele⁹⁶.

V některých zahraničních zemích (např. USA, Kanada, Japonsko) jsou zákonem upraveny nejen jednotlivá typová chování Bid – Riggingu, ale existují i konkrétní trestné činy⁹⁷, které taková jednání postihují. V ČR taková úprava zcela chybí.

8.1.1 Druhy Bid - Riggingu

Dohody o ovlivnění nabídek mohou mít různé podoby. Americký článek „*Price – fixing and bid-rigging*“⁹⁸ popisuje několik následujících typických šablon ovlivňování nabídek.

(a) Bid Suppression - Dohody o potlačení nabídek

Potlačení nabídek může mít vícero forem. Předně, soutěžitel upustí od podání konkurenční nabídky, aby v daném řízení zvítězila nabídka předem určeného soutěžitele. Nebo lze Bid Suppression zrealizovat tak, že dodavatelé své dříve podané nabídky vezmou zpět, aby veřejnou zakázku získal pouze dohodnutý dodavatel. Pod tuto formu Bid – Riggingu spadá i případ, kdy se dodavatelé dohodli na tom, že v zadávacím řízení nepodá žádný z nich nabídku, takže zadavatel, pokud bude chtít uzavřít smlouvu, bude nucen vypsát nové zadávací řízení s jinými podmínkami.

(b) Courtesy Bidding - Dohody o podávání zdvořilostních nabídek

V praxi se označuje tento druh Bid - Riggingu i jako „dělání křoví“ vzhledem k následující charakteristice. Dodavatelé se totiž předem dohodnou, kteří z nich podají pro zadavatele nepřijatelné nabídky (příliš vysoká cena, dlouhé lhůty plnění, krátká záruka na poskytnuté plnění aj.). Tyto nabídky nemají ani v nejmenším za účel vyhrát zakázku, ale být zadavatelem vyřazeny ze zadávacího řízení. Zadavateli pak zbude

⁹⁶ MIKULECKÝ, D. : K problematice kartelových dohod při veřejných zakázkách. Právní rozhledy 15/2007.

⁹⁷ The Sherman Antitrust Act, USA, z roku 1890. Publikováno na www.u-s-history.com. Zobrazeno ke dni 25. 10. 2009.

⁹⁸ UNITED STATES DEPARTEMENT OF JUSTICE. Price – fixing and bid – rigging: What they are what to look for. Publikováno na www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Článek byl použit i v článku Mikuleckého „K problematice kartelových dohod při veřejných zakázkách“. Publikovaném v právních rozhledech 15/2007. Z něj autorka čerpala české ekvivalenty pro názvy jednotlivých druhů Bid – Riggingu.

nabídka předem určeného dodavatele ostatními účastníky kartelu. Ostatní tedy „dělají křoví“ tomuto určenému zadavateli, který předloží nabídku. Jeho nabídka se pak ve srovnání s ostatními doplňkovými jeví jako nejlepší. V Čechách existuje zákonem nezakázaná praxe, že se stejného řízení účastní více subjektů vlastněných stejnou mateřskou společností a každý nabízí splnění zakázek za rozdílných podmínek (viz rozsudek EDS ze dne 19. května 2009 ve věci Assitur Srl proti Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano rozebraný v kapitole 5.). To může být ovšem pro zadavatele výhodné, neboť může získat srovnatelné plnění s doplňkovými službami či bez nich (pojištění, montáž aj.), což se odráží na ceně.

(c) Bid Rotation - Dohody o střídání vítězů zakázek

Od výše zmíněného případu se Bid Rotation liší pouze v tom, že se na pozici nejlepšího dodavatele účastníci kartelu pravidelně střídají podle předem stanovených pravidel (podle velikosti dodavatele, druhu zakázky, finančního objemu aj.). Bid Rotation může mít i formu finančního vyrovnání za zdržení se podání nabídky nebo podání záměrně nevyhovující nabídky.

(d) Market Division - Dohody o rozdělení trhu

Tato forma je poměrně známá a bývá základem fungování většiny druhů kartelů. Zatímco například u dohody uzavřené mezi distributory výrobků půjde o územní rozdělení trhu, u veřejných zakázek se Market Division vztahuje nejen na území (např. Středočeský kraj), ale i na zadavatele (zadávací řízení vyhlášené státem, jeho organizační složkou nebo územním samosprávným celkem, konkrétním sektorovým zadavatelem aj.) či produkty (dodávky pohonných hmot, poradenské služby, náhradní díly aj.).

(e) Subcontracting - Kompenzace v rámci subdodávek

Dodavatelé, kteří v zakázce po dohodě s účastníky kartelu neuspěli, bývají obvykle určitým způsobem kompenzováni za jejich „ušlý zisk,..“ Ve výše jmenovaném článku je jako forma výměny za přenechání výhry v zadávacím řízení zmíněna forma subdodávek pro neúspěšného dodavatele, nabídnutí spolupráce na jiném projektu či

částečné finanční plnění z ceny přenechané zakázky. Mikulecký⁹⁹ uvádí, že v praxi se vyskytuje i možnost neúspěšnému soutěžiteli uhradit pouze náklady vynaložené v souvislosti s podáváním jeho nabídky.

8.2 Rozhodnutí Úřadu ze dne 9. února 2007 ve věci dohod o ovlivnění nabídek podaných v zadávacích řízeních

Úřad ve své zprávě ze dne 30. dubna 2007 nazvané Historická sankce za kartel o rozdělení trhu potvrzena¹⁰⁰ upozorňuje na fakt, že dohody o ovlivnění nabídek jsou jedním z nejzávažnějších druhů protisoutěžního jednání, neboť mají často za následek úplné vyloučení soutěže na trhu, vedou k zásadním ztrátám ekonomiky jako celku a újmě bezprostředních i konečných zákazníků. Bid - Rigging jsou zároveň jedny z nejobtížněji prokazatelných druhů protisoutěžního chování.

Z tohoto důvodu se považuje rozhodnutí ze dne 9. 2. 2007 za stěžejní, neboť v něm ÚOHS historicky poprvé odhalil kartel mezi účastníky výběrových řízení o veřejné zakázky v České republice. Následně předseda Úřadu po podaném rozkladu potvrdil uvalení rekordní pokuty. Úřad tím vyjádřil, že bere tyto dohody na vědomí, a že je bude potírat (vzhledem k rekordní výši pokuty i ve srovnání s ostatními druhy protisoutěžních dohod – viz **tabulka č. 2**) velice přísně.

V daném případě došlo k odhalení globální kartelové dohody, jíž se zúčastnilo dvacet soutěžitelů z celého světa, jež trvala více než 15 let. Tato dohoda měla přímý dopad na hospodářskou soutěž na trhu České republiky.

⁹⁹ MIKULECKÝ, D. : K problematice kartelových dohod při veřejných zakázkách. Právní rozhledy 15/2007.

¹⁰⁰ ÚOHS. Historická sankce za kartel o rozdělení trhu. Aktuality z hospodářské soutěže ze dne 12. 2. 2007. Publikováno na www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/historicka-sankce-za-kartel-o-rozdeleni-trhu/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Tabulka č. 2.: Nejvyšší pokuty uložené Úřadem za historii jeho trvání

ALSTOM, AREVA, Fuji, Hitachi, Mitsubishi, Toshiba, Siemens a další (komentované rozhodnutí)	979 mil. Kč
RWE Transgas	370 mil. Kč
ČESKÝ TELECOM, a.s. (dnes Telefónica)	205 mil. Kč

Zdroj: Zpráva ÚOHS Historická sankce za kartel o rozdělení trhu potvrzena ze dne 30. dubna 2007 in www.compet.cz

Dle Úřadu jsou dohody Bid - Rigging jedny z nejobtížněji prokazatelných druhů protisoutěžního chování a vzhledem k propracovanosti kartelu a délce jeho trvání by šlo jen těžko předpokládat, že by se mu bez pomoci jednoho účastníka kartelu (viz dále) podařilo zakázané dohody odhalit.

V daném případě se společnosti Fuji, Hitachi, Mitsubishi, Toshiba, Siemens a jiné „dopustily kartelové dohody (Bid - Rigging), která nemá co do sofistikovanosti, rozsahu a délky trvání v rozhodovací praxi ÚOHS obdoby“¹⁰¹. Tyto dohody o ovlivnění nabídek způsobily, že zadávací řízení byla obcházena zejména prostřednictvím dílčích dohod o určení cen, fixaci tržních podílů, rozdělení trhu a bránění vstupu konkurentů na trh. Finanční objem prokázaných ovlivněných zakázek jenom v letech 2001 - 2004 činil přibližně 700 mil. Kč.

8.2.1 Relevantní trh v případě a kritéria náchylosti trhu k Bid - Riggingu

Sankce ve výši bezmála 1 miliardy korun se týká největších výrobců tzv. plynem izolovaného spínacího ústrojí (dále jen „PISU“). Tyto specializované stroje mají formu zapouzdřených rozvodů a jsou velmi malého rozměru, což je výhodné například pro použití v městech, nemocnicích a pro napájení průmyslových podniků. Tyto subjekty byly hlavními odběrateli - často tedy státem vlastněné podniky. Je nasnadě

¹⁰¹ ÚOHS. Historická sankce za kartel o rozdělení trhu potvrzena. Aktuality z hospodářské soutěže ze dne 30. dubna 2007. Publikováno na www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/historicka-sankce-za-kartel-o-rozdeleni-trhu-potvrzena/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

vysvětlit, proč byl trh PISU vzhledem ke svým specifickým vůči dohodám Bid - Rigging náchylnější než jiný.

Dle názoru *Mikuleckého*¹⁰² byla tato náchylnost trhu PISU k Bid - Riggingu dána splněním následujících kritérií:

- Existoval malý počet soutěžitelů, popřípadě malý počet významných soutěžitelů na relevantním trhu. Obecně, méně soutěžitelů na relevantním trhu snadněji zkoordinují své kroky a zkontrolují dodržování pravidel vyplývajících z dohod.
- Dodávky či služby nebyly snadno nahraditelné jinými. Neexistence substitutů pak zabránila zadavateli rozhodnout se pro jiný druh zboží či služeb.
- Existovaly podstatné překážky vstupu nových soutěžitelů na trh. V takovém případě kooperující soutěžitelé nejsou vystaveni riziku, že se nečekaně objeví nový soutěžitel, který svou výhodnější nabídkou získá veřejnou zakázku.
- Soutěžitelé se spolu navzájem pravidelně setkali, což umožňovalo dohodnout kompenzační řešení pro všechny členy kartelu v určitém časovém rozmezí.
- Vysoký stupeň transparentnosti trhu, resp. povinné uveřejňování informací (oznamovací povinnost, uveřejnění úmyslu zadat veřejnou zakázku a vybraného dodavatele na www.ISVZ.cz) sice umožňovalo orgánům dohledu odhalovat případnou korupci, ale i konkurentům se lépe orientovat na trhu a vzájemně se kontrolovat při dodržování pravidel z dohody.
- V daném odvětví existovala organizace, která sdružuje členy, což umožňuje snadnou a pravidelnou komunikaci mezi nimi.

Z výše uvedeného je patrné, že trh PISU splňoval předpoklady nejen pro vznik kartelových dohod o ovlivnění nabídek, ale též pro jejich dlouhodobé trvání.

¹⁰² MIKULECKÝ, D.: K problematice kartelových dohod při veřejných zakázkách. Právní rozhledy 15/2007.

8.2.2 Vznik a fungování kartelových dohod o ovlivnění nabídek v PISU

Tyto dohody o ovlivnění nabídek ve veřejných zakázkách na dodávky PISU nebylo složité pro účastníky uzavřít a dodržovat, neboť na území ČR je relativně malý počet dodavatelů takového ústrojí a systém uveřejňování vybraných dodavatelů v rámci zásady transparency zadávacího řízení umožňoval kontrolu dodržování pravidel vyplývajících z kartelu.

Na základě zveřejňované zadávací dokumentace si mohli dodavatelé dovodit představu zadavatele o pro něj vhodném dodavateli. Pak se dohodli na tom, kdo nabídne jakou cenu, aby došlo k přidělení zakázky předem dohodnuté společnosti a nabídky ostatních dodavatelů byly pro zadavatele nepřijatelné.

Ve výroční zprávě za rok 2007¹⁰³ Úřad uvádí, že kartelová dohoda měla celosvětový rozsah. Byla uzavřena v roce 1988 ve Vídni. Smlouvy sice nikdy nebyly podepsány, ale jejich účastníci byli vyjmenováni v příloze pod kódovým označením. Její členové se poté pravidelně scházeli za účelem stanovení obecných strategií a urovnávání sporů. Členové kartelu komunikovali i prostřednictvím zakódovaných emailů a SMS zpráv.

Jako příklady zakázek z území ČR z roku 2003, kde byla realizována kartelová dohoda, uvádí Úřad rozvodny Mikulov, Kunovice, Kaplice, Strakonice, elektrifikace trati Kadaň-Karlovy Vary a další. Správní řízení zahájil ÚOHS v srpnu 2006 podáním společnosti ABB, která se k účasti v kartelu přiznala a předložila relevantní důkazy. Této společnosti byla proto také pokuta v rámci tzv. leniency programu¹⁰⁴ prominuta.

8.2.3 Rozhodnutí a sankce

S ohledem na závažnost vyloučení hospodářské soutěže na území České republiky za účelem udržení tržních podílů a udržení určité cenové úrovně PISU v období 1991- 2004 dosáhly Úřadem uvalené pokuty rekordní výše.

¹⁰³ ÚOHS. Výroční zpráva za rok 2007. Publikováno na www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/vyrocní-zprava-pro-verejnost-za-rok-2007/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

¹⁰⁴ Program aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut podle § 22 ZOHS u zakázaných dohod narušujících soutěž, při jejichž splnění lze stranám takových zakázaných dohod neuložit pokutu nebo výši pokuty podstatně snížit.

Kartelové dohody ve veřejných zakázkách (Bid – Rigging)

Sankcionováno bylo celkem 16 společností, které se kartelu účastnily (viz **tabulka č. 3**). Nejvyšší pokuta byla uložena společnosti Siemens AG -126 588 000 Kč.

Tabulka č. 3: Sankcionované společnosti rozhodnutí Úřadu ze dne 9. 2. 2007

ALSTOM (Société Anonyme)	85.581.000,- Kč
AREVA T&D SA	69.552.000,- Kč
AREVA T&D AG	58.926.000,- Kč
AREVA T&D Holding SA	28.000.000,- Kč
Fuji Electric Holdings Co., Ltd.	44.408.000,- Kč
Fuji Electric Systems Co., Ltd.	44.408.000,- Kč
Hitachi Ltd.	54.600.000,- Kč
Hitachi Europe Limited	54.600.000,- Kč
Japan AE Power Systems Corporation	44.408.000,- Kč
Mitsubishi Electric Corporation	75.348.000,- Kč
Toshiba Corporation	70.762.000,- Kč
Siemens AG	126.588.000,- Kč
Siemens Aktiengesellschaft Österreich	88.816.000,- Kč
VA Tech Transmission & Distribution GmbH & Co KEG	44.408.000,- Kč
Siemens Transmission and Distribution Limited	44.408.000,- Kč
Nuova Magrini Galileo S.p.A.	44.408.000,- Kč
Celkem	979.221.000,- Kč

Zdroj: Zpráva ÚOHS Historická sankce za kartel o rozdělení trhu potvrzena ze dne 30. dubna 2007 in www.compet.cz

8.2.4 Druhy Bid - Riggingu v Rozhodnutí

Úřad ve svém rozhodnutí popisuje, že mezi účastníky docházelo k pravidelné výměně informací (zejm. cena dodavatel jakou uvede v nabídce) týkajících se konkrétní veřejné zakázky. Ostatní pak věděli jakou cenu zvolit, aby na podporu této nabídky. Takové dohody označit za *Courtesy Bidding* - dohody o podávání zdvořilostních nabídek.

Dle názoru Úřadu též k rozdělení celosvětového trhu PISU mezi evropské a japonské společnosti prostřednictvím kvót na prodej PISU (Evropská skupina 65,84 % celosvětových prodejů, japonská skupina 34,15 %). To lze považovat za *Market Division* - dohody o rozdělení trhu s veřejnými zakázkami.

Dodavatelé rovněž uzavřeli *zakázané dohody o cenách* (vlastní stanovení minimální ceny). Jejich důsledkem bylo mj. to, že zadavateli znemožnili zadání zakázky na základě tržně stanovené ceny, pakliže chtěl plnění získat. Takové dohody jsou zakázané samotným ZOHS.

Narušili tedy „hospodářskou soutěž podstatným způsobem při využití jednoho z nejobtížněji prokazatelných druhů protisoutěžního chování“¹⁰⁵. V tomto odvětví zcela zaniklo nebo bylo alespoň ochromeno konkurenční prostředí.

¹⁰⁵ ÚOHS. Historická sankce za kartel o rozdělení trhu potvrzena. Aktuality z hospodářské soutěže ze dne 30. dubna 2007. Publikováno na www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/historicka-sankce-za-kartel-o-rozdeleni-trhu-potvrzena/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

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 nesměrniceovými 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 postizitelný 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 prísnějši 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 byť i formálně velmi málo rozdílných právních úprav by mohly být snadno de lege ferenda aplikovány na české prostředí.

* * *

SEZNAM ZKRATEK

EU	–	Evropská Unie
ČR	–	Česká republika
ESD	–	Evropský soudní dvůr
ZVZ	–	Zákon o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů
FZVZ	–	Francouzský zákon o veřejných zakázkách (Code des marchés publics, 2006)
VZ	–	Veřejné zakázky
ZOHS	–	Zákona o ochraně hospodářské soutěže č. 143/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů
ZOPV	–	Zákon o ochraně průmyslového vlastnictví č. 207/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů
ÚOHS	–	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
PISU	–	Plynem izolované spínací ústrojí
SME	–	Small and medium enterprises (malé a střední podniky)
PP	–	Public procurement

POUŽITÁ LITERATURA

Česká republika

RAUS, D. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007.

KRČ, R. a kol.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a souvisejícími předpisy. Praha: Linde, 2006.

PLÍVA, S.: Obchodní závazkové vztahy. Praha: ASPI, 2006.

DĚDIČ, J. Obchodní zákoník, Komentář: Díl I. Praha: Polygon, 2002.

PELIKÁNOVÁ, I. Komentář k obchodnímu zákoníku, 2. díl. 3. vydání. Praha: ASPI, 2004.

JURČÍK, R.: Změny v oblasti veřejných zakázek a PPP projektů platné od 1. 1. 2008. Právní rozhledy 2/2008.

JURČÍK, R.: Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek. Analýza pro Transparency International. Praha, 2006.

MIKULECKÝ, D.: K problematice kartelových dohod při veřejných zakázkách. Právní rozhledy 15/2007.

BĚHAN, P.: Dominantní postavení na trhu a jeho zneužití: právní úprava v ES a v ČR. Praha: Prospektrum, 2002.

BIČOVSKÁ, K.: Veřejné zakázky – rozsudek ESD ze dne 19. 5. 2009. Obchodní právo 6/2009.

ÚOHS. Historická sankce za kartel o rozdělení trhu. Aktuality z hospodářské soutěže ze dne 12. 2. 2007. Publikováno na www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/historicka-sankce-za-kartel-o-rozdeleni-trhu/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

ÚOHS. Historická sankce za kartel o rozdělení trhu potvrzena. Aktuality z hospodářské soutěže ze dne 30. dubna 2007. Publikováno na www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/historicka-sankce-za-kartel-o-rozdeleni-trhu-potvrzena/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

ÚOHS. Výroční zpráva za rok 2007. Publikováno na www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/vyrocní-zprava-pro-verejnost-za-rok-2007/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

ÚOHS. Rozhodnutí ze dne 9. 2. 2007, ve věci dohod o ovlivnění nabídek podaných v zadávacích řízeních. Publikováno na www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

ÚOHS. Rozhodnutí ze dne 8. 10. 2003, ve věci záměrného členění předmětu veřejné zakázky. VZ/S147/03. Publikováno na www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

ÚOHS. Rozhodnutí ze dne 6. 10. 2003, ve věci hodnocení nabídek podle ekonomické vhodnosti. VZ/S123/03. Publikováno na www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

ÚOHS. Manuály a metodiky. Publikováno na www.compet.cz/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Nářízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu. Publikováno na www.compet.cz/legislativa/verejne-zakazky/ceska-republika/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

www.justitia.cz/historie.php

Francie

EDITIONS DALLOZ. Code des marchés publics et autres contrats de 2006. 76. vydání. Paříž: Dalloz, 2008.

MENEMENIS. Commentaire du Code des marchés publics. Paříž: Ménéménis, 2008.

RICHER, L.: Droit de préférence et les contrats publics. CP-ACCP, n° 30. Paříž: 2004.

BRÉCHON, C.: Droit des marchés publics. Paříž : Édition Moniteur, 2004.

RICHIER, D. - CLEMENT, J.: Les marchés publics de travaux des collectivités territoriales. Paříž: Economica, 2000.

ALLAIRE, F.: L'essentiel du droit des marchés publics. Paříž : Gualiano éditeur, 2007.

MÉNÉMÉNIS, A.: Commentaire de code des marchés publics et autres contrats de 2006. Paříž: 2008.

CAPO-CHICHI, C.: Guide des marchés public du design graphique. Paříž: Édition Pyramid, 2007.

SCHULTZ, P.: Eléments du droit des marchés publics. Paříž: L.G.D.J., 1996.

Dictionnaire permanent Droit des affaires. Paříž: Editions législatives, 1998.

EDITIONS DALLOZ. Code de commerce. 102. vydání. Paříž : Dalloz, 2007.

EDITIONS L.G.D.J. Eléments du droit des marchés publics. Paříž: L.G.D.J., 1996.

Nařízení francouzské vlády č. 2005-649 ze dne 6. června 2005 o postavení určitých zadavatelů, tzv. jiných právnických osob. Publikováno na <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL. Rozhodnutí ze dne 17. 5. 2000, ve věci Société d'aménagement des Monts et autres. Versailles. Publikováno na <http://versailles.cour-administrative-appel.fr/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

CONSEIL D'ETAT. Rozsudek ze dne 9. 7. 2007, ve věci Syndicat EGF-BTP. Publikováno na www.conseil-etat.fr/cde/fr/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

CONSEIL D'ETAT. Stanovisko ze dne 8. 6. 2000, ve věci změny smluvního partnera ve smlouvě o veřejné zakázce. Publikováno na www.conseil-etat.fr/cde/fr/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Rozhodnutí ze dne 6. 12. 2001, ve věci slučitelnosti preferenčního práva s vnitrostátním právem. Publikováno na www.conseil-constitutionnel.fr/. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

Evropská Unie

EVROPSKÁ KOMISE. Pozitivní dopady aplikace EU direktiv a výzvy pro budoucnost. Brusel. 2004. Publikováno na: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÁ KOMISE. Směrnice č. 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek ve zvláštních odvětvích, tedy v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb („sektorová směrnice“). Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÁ KOMISE. Směrnice č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby („zadavatelská směrnice“). Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÁ KOMISE. Směrnice č. 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÁ KOMISE. Důvodové zprávy ke směrnicím č. 2004/17/ES a č. 2004/18/ES. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÁ KOMISE. Nařízení č. 1422/2007; sdělením Komise (ES) č. 2007/C 301/01. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÁ KOMISE. The access of SMEs to public procurement. Brussels. 2004. publikováno na <http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-studies/craft-publicprocurement.htm>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÁ KOMISE. Study contract to survey the state of play of green public procurement in the European Union. Final report. Freiburg. 2003. Publikováno na <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/iceisstudy.pdf>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 10. 4. 2008, ve věci Fernwärme Wien. Celexové číslo 62006J0393. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 20. 9. 1988, ve věci G. Beentjes vs. Nizozemsko. Celexové číslo 61987J0031. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 15. 1. 1998, ve věci Mannesmann Anlagenbau Austria. Celexové číslo 61996J0044. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek z roku 2002, ve věci Concordia Bus Finland a jiní. Celexové číslo 61999J0513. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 26. 9. 2000, ve věci Komise Evropských společenství proti Francouzské republice. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 16. 6. 2005, ve věci Strabag a Kostmann. Celexové číslo 62003J0462. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 19. 5. 2009, ve věci Assitur Srl proti Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. Celexové číslo 62007J0538. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 9. 2. 2006 ve věci La Cascina a další. Celexové číslo 62004J0226. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR. Rozsudek ze dne 4. prosince 2003 ve věci EVN AG a Wienstrom GmbH proti Republik Österreich. Celexové číslo 62001J0448. Publikováno na <http://eur-lex.europa.eu/>. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

USA

UNITED STATES DEPARTEMENT OF JUSTICE. Price – fixing and bid – rigging: What they are what to look for. Publikováno na www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf. Zobrazeno ke dni 27. 10. 2009.

SEZNAM GRAFŮ A TABULEK

Graf č. 1: Rozdělení veřejných zakázek

Graf č. 2: Znázornění závěrů na základě aplikace českého zákona

Graf č. 3: Znázornění závěrů ESD na základě aplikace směrnic

Graf č. 4: Znázornění umělého snižování hodnoty veřejné zakázky na stejný předmět z pozice sektorového zadavatele

Graf č. 5: Znázornění přípustného rozdělení předmětu veřejné zakázky zadané sektorovým zadavatelem

Graf č. 6: Znázornění nerozdělení předmětu veřejné zakázky zadané sektorovým zadavatelem, ač to předmět zakázky umožňuje.

Graf č. 7.: Vývoj ceny olova od 1. 1. 2005 do 11. 7. 2007

Graf č. 8: Schéma převodu veřejné zakázky

Graf č. 9: Řešení převodu smlouvy o VZ na nevybraný subjekt v právní úpravě ČR a Francie

Graf č. 10: Proces uzavření smlouvy o VZ na základě soutěže o návrh

Graf č. 11: Schéma průběhu jednacího řízení bez uveřejnění

Graf č. 12: Schéma užití otevřených řízení v oblasti uměleckých návrhů v popisovaných případech z praxe

Tabulka č. 1: Finanční limity určující různé hranice pro nadlimitní veřejné zakázky podle subjektů zadavatelů

Tabulka č. 2.: Nejvyšší pokuty uložené Úřadem za historii jeho trvání

Tabulka č. 3: Sankcionované společnosti rozhodnutí Úřadu ze dne 9. 2. 2007

SEZNAM PŘÍLOH

Příloha č. 1: Seznam klíčových slov z oblasti veřejných zakázek a jejich překlad do jazyka anglického a francouzského

Příloha č. 2: Výběr rozhodnutí správních soudů, ESD a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek

Příloha č. 3: Srovnávací překladová tabulka

PŘÍLOHA Č. 1

Seznam klíčových slov z oblasti veřejných zakázek a jejich překlad do jazyka anglického a francouzského

AJ	FJ	ČJ
award a contract (to)	attribuer un marché; attribuer un contrat	zadat (veřejnou) zakázku
bid	offre; soumission	nabídka
bid evaluation; evaluation of tenders	évaluation des soumissions	hodnocení nabídek
bidder; tenderer; candidate	soumissionnaire	dodavatel, uchazeč
call for tenders; invitation to bid; invitation to tender	appel d'offres; avis de mise en adjudication	výzva k podání nabídek
contract	marché; contrat	smlouva o VZ
public procurement	marché public	zadávání veřejných zakázek
limited tendering, restricted procedure	appel d'offres restreint	užší řízení
lowest bidder; lowest tenderer	moins-disant offre	nejnižší nabídka
open tendering	appel d'offres ouvert	otevřené řízení
successful tenderer	titulaire du marché	výherce VZ
bid-rigging	collusion des soumissionnaires; soumissions concertées; "truquage des offres"	bid-rigging
bid notice; notice of tender	avis d'appel d'offres	oznámení o úmyslu zadat VZ
discriminatory effect	effet discriminatoire	diskriminační účinek
submit a bid	faire une offre, soumissionner	podat nabídku
official list of approved economic operators	listes officielles d'opérateurs économiques agréés	seznam kvalifikovaných dodavatelů
foreign operator	opérateur étranger	zahraniční dodavatel
framework agreement	accord de cadre	rámcová smlouva
to be shortlisted	etre choisi	být vybrán do užšího řízení
directive on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts	directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services	směrnice o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

launching a procedure for the award of a contract	lancement d'une procédure de passation d'un marché	zahájení zadávacího řízení
public works contracts	marchés publics de travaux	veřejné zakázky na stavební práce
public supply contracts	marchés publics de fournitures	veřejné zakázky na dodávky
public service contracts	marchés publics de services	veřejné zakázky na služby
contracting authorities	pouvoirs adjudicateurs	veřejný zadavatel
criteria for award		kritéria pro zadání zakázky
directive coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors	directive portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports et des services postaux	směrnice o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb
involvement of small and medium-sized undertakings in the public contracts procurement market	l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics	přístup malých a středních podniků na trh veřejných zakázek
subcontracting	sous-traitance	subdodávky
contract notice	l'avis de marché	oznámení o zakázce
contract documents	le cahier des charges	zadávací dokumentace
criterion of the lowest price	critère du prix le plus bas	kritérium nejnižší ceny
criterion of the most economically advantageous tender	critères de l'offre économiquement la plus avantageuse	kritérium hospodářsky nejvýhodnější nabídky
abnormally low tenders	offres anormalement basses	mimořádně nízké nabídky

PŘÍLOHA Č. 2

Výběr rozhodnutí správních soudů, ESD a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek

Vrchní soud v Olomouci : 2 A 9/2000	Mimořádně nízká nabídková cena	Mimořádně nízkou cenu ve smyslu § 36 zákona č. 199/1994 Sb., musí orgán dohledu odůvodnit na základě kritérií, která snesou přísná měřítka objektivitu a současně samotné rozhodnutí bude respektovat zásadu přiměřenosti, spočívající v tom, aby příliš rigorózní kritéria nevedla k diskriminaci uchazečů a neomezovala nabídku a naopak příliš mírná nevedla k nezodpovědným nabídkám uchazečů.
ÚOHS : VZ/S144/03	Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny	Komise může vzít zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v úvahu pouze tehdy, jestliže shledá příčiny mimořádně nízké nabídkové ceny jako objektivní, (výjimečné hospodárnosti realizace nebo výrobní metody, originality, popřípadě objevnosti technického řešení). Komise musí při posuzování předmětné otázky vycházet ze znalosti věci a výsledek jejího posouzení a hodnocení musí být objektivním a prokazatelným způsobem podložen. Absence úvah členů komise o vyhodnocení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče činí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky netransparentním a neumožňuje orgánu dohledu vyčerpávajícím způsobem přezkoumat úkony zadavatele ve smyslu § 52 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Komise je povinna své úvahy náležitým způsobem odůvodnit.
ÚOHS : VZ/S147/03	Záměrné členění předmětu veřejné zakázky	Zákon o zadávání veřejných zakázek pro dané rozmezí výše peněžitého závazku a pro daný typ veřejné zakázky jednoznačně stanoví postup zadávání předmětné veřejné zakázky. Neumožňuje zadavateli zvolit postup, který se vztahuje na veřejné zakázky pro nižší rozhodný finanční limit, stejně tak zákon nepředpokládá záměrné členění předmětu veřejné zakázky s cílem snížení peněžitého závazku a tím zjednodušení zadávacího postupu. Zadavateli však nebrání, aby na splnění veřejné zakázky uzavřel více smluv za předpokladu, že v podmínkách zadání veřejné zakázky předem připustí dílčí plnění předmětu veřejné zakázky pokud se domnívá, že takový postup pro něj bude znamenat určité výhody (cenová či časová úspora apod.). Jednotlivé smlouvy však musí být uzavřeny na základě postupu odpovídajícímu celkovému peněžitému závazku zadavatele.
ÚOHS : VZ/S123/03	Hodnocení nabídek	Pro způsob hodnocení nabídek podle ekonomické

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

	podle ekonomické vhodnosti	vhodnosti by obecně a neurčitě formulované kritérium (např. "kvalita návrhu koncepce údržby a oprav") mělo být v souladu s požadavkem transparentnosti, tvořícím jednu ze stěžejních zásad zadávacího procesu, zadavatelem podrobněji specifikováno (např. v zadávací dokumentaci), neboť zadavatel je povinen stanovit podmínky zadání veřejné zakázky natolik konkrétně, přesně a jednoznačně, aby zájemci o veřejnou zakázku byli reálně schopni předložit konkrétní nabídky a mohli si vytvořit představu i o způsobu hodnocení včetně obsahu jednotlivých kritérií.
ÚOHS : 2R 54/03	Změna resp. rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky	Pokud v průběhu plnění veřejné zakázky vyvstane nutnost změnit, resp. rozšířit předmět plnění veřejné zakázky, zadavatel je povinen opět postupovat v souladu se zákonem. a při splnění všech zákonných předpokladů je možno použít například zadání veřejné zakázky formou výzvy jednemu zájemci podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. V takovém případě se ovšem nejedná o změnu předmětu původní veřejné zakázky v právním slova smyslu, neboť v případě dodatečné či opakované veřejné zakázky se jedná o zcela novou veřejnou zakázku, která na původní veřejnou zakázku jenom navazuje. Předmět plnění původní veřejné zakázky je tak měněn pouze ve faktickém slova smyslu. Jiný způsob změny předmětu plnění veřejné zakázky obecně není přípustný, neboť dle ustanovení druhé věty § 70 tohoto zákona platí, že "změny ve smlouvě v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže jsou neplatné".
Nejvyšší soud : 1 Afs 20/2008	Diskriminace nastavením technických kvalifikačních předpokladů	Zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřijatelné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.
Krajský soud v Brně : 62 Ca 12/2006	Aktivní legitimace k podání žaloby ve správním soudnictví	Pokud byl žalobce (vyloučený uchazeč v zadávacím řízení) vyloučen ze zadávacího řízení v souladu se zákonem, a to již pro nesplnění kvalifikace uchazeče a zároveň pro vyřazení jeho nabídky, pak se jeho subjektivních veřejných práv nemohl dotknout postup zadavatele či hodnotící komise po tomto vyloučení; proto namítá-li žalobce, že byl vyloučen v rozporu se zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, a zároveň uplatňuje další námitky proti postupu zadavatele a

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

		hodnotící komise v rámci zadávacího řízení, který s jeho vyloučením nesouvisí (in concreto: proti následnému postupu při samotném hodnocení nabídek nevyločených uchazečů), pak neshledá-li soud důvodnými námitky proti rozhodnutí žalovaného ohledně samotného vyloučení tohoto žalobce, žalobu zamítne, aniž by se zabýval dalšími námitkami.
Krajský soud v Brně : 31 Ca 135/2005	Možnost zahájení přezkumného řízení po ukončení zadávacího řízení	Je-li zadávací řízení ukončeno (tedy je-li již uzavřena smlouva na realizaci veřejné zakázky s vítězným uchazečem dle § 40 citovaného zákona), není tím vyloučena možnost orgánu dohledu zabývat se <i>ex officio</i> zákonností úkonů zadavatele, které tomuto uzavření předcházely. Jestliže je takové přezkumné řízení zahájeno, musí v něm být rozhodnuto ve smyslu § 59 a § 60 citovaného zákona, což představuje i možnost zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.
Vrchní soud v Praze : 62 Ca 21/2006	Správní trestání: podstatné porušení předpisů o zadávání veřejných zakázek	Pro uvedení, že došlo k porušení zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, konkrétním úkonem zadavatele, postačí dle § 101 odst. 1 téhož zákona zjištění, že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený v citovaném zákoně. Pro uložení pokuty za správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. a) nebo písm. b) tohoto zákona však musí být prokázáno, že k porušení citovaného zákona ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem („podstatně“). Tento kvalifikovaný způsob je naplněn tehdy, pokud v důsledku konkrétního porušení citovaného zákona ze strany zadavatele došlo nebo alespoň mohlo dojít k ovlivnění hodnocení nabídek.
Rozsudek ESD ze dne 19. května 2009 ve věci C-538/07 Assitur Srl proti Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano	Ovládací vztah mezi soutěžiteli ve stejném zadávací řízení	Tedy právo Společenství brání vnitrostátnímu ustanovení zavádí absolutní zákaz, aby se podniky, mezi kterými existuje ovládací vztah nebo jsou propojené, účastnily současně a jako soutěžitelé stejného nabídkového řízení, aniž by jim bylo umožněno prokázat, že tento vztah neovlivnil jejich jednání v rámci tohoto nabídkového řízení.
Rozsudek ESD ze dne 10. dubna 2008 ve věci C-393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH proti Fernwärme Wien GmbH, celexové číslo 62006J0393	Působnost směrnice 2004/18/ES na zakázky nesouvisející s relevantní činností sektorového zadavatele	Zakázky zadávané subjektem v postavení veřejnoprávního subjektu ve smyslu směrnice 2004/17 a směrnice 2004/18, které jsou spojeny s výkonem činnosti tohoto subjektu v jednom či více odvětvích uvedených v člancích 3 až 7 směrnice 2004/17, se musejí řídit postupy stanovenými uvedenou směrnicí. Naproti tomu všechny ostatní zakázky zadávané tímto subjektem v souvislosti s výkonem jiných činností se řídí postupy stanovenými směrnicí 2004/18. Každá z těchto směrnic se uplatní bez rozlišení mezi činnostmi, které tento subjekt vykonává za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu, a činností, které vykonává v podmínkách hospodářské soutěže, a to i pokud je vedeno

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

		účetnictví s cílem zajistit oddělení odvětví činností dotčeného subjektu za účelem zabránění křížovému financování mezi uvedenými odvětvími.
--	--	--

PŘÍLOHA Č. 3

Srovnávací překladová tabulka k francouzskému zákonu o veřejných zakázkách

FZVZ s překladem autorky diplomové práce	ZVZ	Zadavatelská směrnice
Veřejná zakázka		
<p>Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.</p> <p><i>Příklad:</i> veřejné zakázky jsou úplatné smlouvy uzavřené mezi veřejnými zadavateli podle článku 2 a hospodářskými subjekty práva veřejného nebo soukromého, jejichž předmětem je provedení prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb.</p>	<p>Veřejnou zakázkou je 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. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.</p> <p>Veřejné zakázky se podle předmětu dělí na veřejné zakázky na dodávky, veřejné zakázky na služby a veřejné zakázky na stavební práce (dále jen "druhy veřejných zakázek").</p> <p>Veřejné zakázky se podle výše jejich předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu</p>	<p>„Veřejné zakázky“ jsou úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb ve smyslu této směrnice.</p>
Veřejná zakázka na stavební práce		
<p>Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.</p> <p><i>Příklad:</i> Veřejné zakázky na stavební práce jsou zakázky uzavřené se zhotoviteli, jejichž předmětem je buď provedení, nebo projekt i provedení stavebních prací vztahujících se k jedné z</p>	<p>Veřejnou zakázkou na stavební práce je veřejná zakázka, jejímž předmětem je:</p> <p>a) provedení stavebních prací, které se týkají některé z činností uvedených v příloze č.3,</p> <p>b) provedení stavebních prací podle písmene a) a s nimi související projektová nebo inženýrská činnost, nebo zhotovení stavby, která je výsledkem stavebních nebo montážních prací, případně i související projektové či inženýrské činnosti, a která je jako celek schopna plnit samostatnou ekonomickou nebo technickou funkci.</p>	<p>„Veřejné zakázky na stavební práce“ jsou veřejné zakázky, jejichž předmětem je buď provedení, nebo projekt i provedení stavebních prací vztahujících se k jedné z činností uvedených v příloze I nebo stavby, nebo provedení stavby, která odpovídá požadavkům stanoveným veřejným zadavatelem, jakýmkoli prostředky.</p> <p>„Stavbou“ se rozumí výsledek souboru stavebních nebo stavebně inženýrských prací, který je sám o sobě dostačující, aby plnil hospodářskou nebo</p>

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

<p>činností stanovených zákonem nebo stavby, nebo provedení stavby, která odpovídá požadavkům stanoveným veřejným zadavatelem, jakýmikoli prostředky. Stavbou je výsledkem souboru stavebních nebo stavebně inženýrských prací, který je sám o sobě dostačující, aby plnil ekonomickou nebo technickou funkci.</p> <p>Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.</p> <p>Příklad: Pakliže se veřejná zakázka týká zároveň služeb a stavebních prací, považuje se za veřejnou zakázku na stavební práce je-li jejím hlavním předmětem realizace stavby.</p>	<p>Veřejnou zakázku na stavební práce je též veřejná zakázka, jejímž předmětem je vedle plnění podle odstavce 1 rovněž poskytnutí dodávek či služeb nezbytných k provedení předmětu veřejné zakázky dodavatelem.</p> <p>Za veřejnou zakázku na stavební práce se považují rovněž stavební práce pořizované s využitím zprostředkovatelských nebo podobných služeb, které zadavateli poskytuje jiná osoba.</p>	<p>technickou funkci.</p>
Veřejná zakázka na dodávky		
<p>Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels.</p> <p>Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures</p> <p>Příklad: Veřejné zakázky na dodávky jsou veřejné zakázky uzavřené s dodavatelem, jejichž předmětem je koupě, koupě zboží na splátky, nájem zboží nebo nájem zboží s právem následné koupě.</p> <p>Je-li předmětem veřejné zakázky pořízení dodávek a zároveň jako doplněk montážní a instalační práce, považuje se tato zakázka za veřejnou zakázku na dodávky.</p>	<p>Veřejnou zakázku na dodávky je veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen "zboží"), a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu zboží nebo nájmu zboží s právem následné koupě (leasing).</p> <p>Veřejnou zakázku na dodávky je rovněž veřejná zakázka, jejímž předmětem je kromě pořízení zboží podle odstavce 1 rovněž poskytnutí služby spočívající v umístění, montáži či uvedení takového zboží do provozu, pokud tyto činnosti nejsou základním účelem veřejné zakázky, avšak jsou nezbytné ke splnění veřejné zakázky na dodávky.</p>	<p>Veřejné zakázky na dodávky“ jsou veřejné zakázky jiné než uvedené v písmenu b), jejichž předmětem je koupě, koupě najaté věci, nájem nebo koupě na splátky výrobků, s předkupním právem nebo bez něho.</p> <p>Veřejná zakázka, jejímž předmětem je dodávka výrobků a která vedle těchto dodávek zahrnuje rovněž umístovací a instalační práce, se považuje za „veřejnou zakázku na dodávky“.</p>

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

Veřejná zakázka na služby		
<p>Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.</p> <p>Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.</p> <p>Překlad: Veřejné zakázky na služby jsou veřejné zakázky uzavřené s poskytovateli služeb, jejichž předmětem je poskytnutí služeb.</p> <p>Pakliže je předmětem veřejné zakázky zároveň poskytnutí služeb a dodávek, bude se zakázka považovat za veřejnou zakázku na služby tehdy, když hodnota jejího plnění přesáhne hodnotu plnění dodávek.</p>	<p>Veřejnou zakázkou na služby je veřejná zakázka, která není veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce.</p> <p>Veřejnou zakázkou na služby je též veřejná zakázka, jejímž předmětem je kromě poskytnutí služeb rovněž:</p> <p style="padding-left: 40px;">poskytnutí dodávky podle § 8, pokud předpokládaná hodnota</p> <p>a) poskytovaných služeb je vyšší než předpokládaná hodnota poskytované dodávky, nebo</p> <p style="padding-left: 40px;">provedení stavebních prací podle § 9, pokud tyto stavební práce nejsou základním účelem</p> <p>b) veřejné zakázky, avšak jejich provedení je nezbytné ke splnění veřejné zakázky na služby</p> <p>Služby se dělí do kategorií stanovených v přílohách č. 1 a č. 2.</p> <p>Pokud je předmětem veřejné zakázky poskytnutí služeb uvedených v příloze č. 1 i v příloze č. 2, je pro určení, zda jde o veřejnou zakázku na služby podle přílohy č. 1 nebo podle přílohy č. 2, rozhodná vyšší předpokládaná hodnota služeb uvedených v příslušné příloze.</p>	<p>Veřejné zakázky na služby“ jsou veřejné zakázky jiné než veřejné zakázky na stavební práce nebo na dodávky, jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze II.</p> <p>Veřejná zakázka, jejímž předmětem jsou jak výrobky, tak služby ve smyslu přílohy II, se považuje za „veřejnou zakázku na služby“, pokud hodnota daných služeb překračuje hodnotu výrobků zahrnutých touto zakázkou.</p> <p>Zakázka, jejímž předmětem jsou služby uvedené v příloze II a která zahrnuje činnosti uvedené v příloze I pouze jako vedlejší součást hlavního předmětu zakázky, se považuje za veřejnou zakázku na služby</p>
Veřejný zadavatel		
<p>Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :</p> <p>1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial;</p> <p>2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux</p> <p>Překlad: Za zadavatele veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona považuje:</p> <p>1° Stát a veřejnoprávní subjekty, které nemají průmyslovou nebo</p>	<p>Veřejným zadavatelem je</p> <p>a) Česká republika²⁾,</p> <p>b) státní příspěvková organizace, územní samosprávný celek nebo</p> <p>c) příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,</p> <p>d) jiná právnická osoba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb</p> <p>1. veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a</p> <p>2. je financována převážně</p>	<p>„Veřejnými zadavateli“ se rozumí stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním či více takovými orgány nebo jedním či více veřejnoprávními subjekty.</p> <p>„Veřejnoprávním subjektem“ se rozumí jakýkoli subjekt:</p> <p>a) založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu;</p>

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

<p>obchodní povahu;</p> <p>2° Územní samosprávné celky a jím zřízené veřejnoprávní subjekty</p> <p>Pozn.: pro vysvětlení stručnosti definice zadavatele je třeba dodat:</p> <p>1. zákon je rozdělen na dvě části, z nichž až druhá je věnována sektorovému zadavateli.</p> <p>2. tzv. jiná právnická osoba je upravena v podzákoném předpisu Ordonnance du 6 juin 2005, no. 2005-649</p> <p>3. tamtéž je upraven postup zadavatele, který zadává zakázku v souvislosti s činností v odvětvích, vyhrazených pro sektorové zadavatele.</p>	<p>státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.</p> <p>disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 2. 	<p>b) který má právní subjektivitu a</p> <p>c) je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo je těmito orgány řízen; nebo je v jeho správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty.</p>
<p>Zásady postupu zadavatele</p>		
<p>Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.</p> <p>Překlad: II. – Veřejné zakázky a rámcové dohody, které spadají do působnosti tohoto zákona dodržují zásadu rovnosti zacházení s kandidáty, zásadu svobody v přístupu k zakázce a transparentnosti řízení. Tyto zásady umožňují zajistit efektivitu zadávacího řízení a dobré hospodaření s veřejnými prostředky.</p>	<p>Zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.</p>	<p>Zásady zadávání zakázek: Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.</p>
<p>Sociální a environmentální klauzule</p>		
<p>Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement</p>	<p>Zadavatel může v zadávacích podmínkách uvést též požadavky týkající se zvláštních podmínek na plnění veřejné zakázky, a to zejména v sociální oblasti, v oblasti zaměstnanosti nebo v oblasti</p>	<p>Veřejní zadavatelé mohou stanovit zvláštní podmínky pro plnění zakázky za předpokladu, že jsou slučitelné s právem Společenství a jsou uvedeny v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.</p>

Veřejné zakázky - komparace vybraných aspektů české a francouzské právní úpravy
a jejich dopad na ekonomickou praxi

<p>économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.</p> <p>Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.</p> <p>Překlad: Podmínky výkonu zakázky nebo rámcové dohody mohou obsahovat ustanovení sociálního nebo environmentálního charakteru. Tato ustanovení mají směřovat k naplnění cílů trvale udržitelného rozvoje a zároveň rozvoje ekonomického, ochrany životního prostředí a zvyšování životní úrovně.</p> <p>Tyto podmínky nesmí být ve výsledku diskriminativní vůči potenciálním kandidátům. Navíc musí být výslovně uvedeny v zadávací dokumentaci</p>	<p>životního prostředí.</p>	<p>Podmínky, kterými se řídí plnění zakázky, se mohou týkat zejména sociálních faktorů a životního prostředí.</p>
---	-----------------------------	---

Public procurement – comparison of the Czech and French legal regulations and their impacts on the economy

The thesis presents the results of the comparison of two European legal systems in the field of public procurement (PP). The author specialised in this field during her studies at the Faculty of Law, Charles University, and has since gained ample professional experience in the area of PP working as a clerk in a law firm. A stay at the University Pantheon-Assas, Paris, which specialises in commercial law and specifically in the PP, offered a unique occasion to compare the two legal systems with the view of finding solutions to some problems involved in the Czech law and practice.

To confirm what the most troubling issues in the Czech PP are, a number of practitioners were consulted, both economical lawyers and the legislators connected to the Act of Public Procurement. This query showed what indeed had seemed to the author to be the possible risks involved.

Both the Czech and the French systems are problematic in some respects, in the formulation of the law and in the practice. Though the problems and the solutions may be different in the two countries, the causes are comparable. The causes derive from the very principle. In comparison to other kinds of contracts, here the suppliers benefit from several features of the PP. First, the costumer, being the state itself, either directly (i.e. the government) or a dependent body (e.g. local authorities) is unlikely to undergo bankruptcy, delay payments or withdraw from the contract for the lack of finances, being financed through the state budget. Second, PP contracts are usually middle to long-term, which affords the supplier a certain economical safety. Also, though this is not always the case, a great percentage of PP involves large sums of money, especially direct PP contracts from the government.

It is interesting to observe the different kinds of problems that result from this during and even after the competition. In France, PP contracts tend to be awarded to small and medium enterprises as an instrument of social support. However, such practice is forbidden under the European Law as discriminatory.

For reasons of both culture and deficiency of the relevant acts, the situation is different in the Czech Republic. Certainly, where large sums of money are involved, corruption is always an issue and sadly the Czech Republic is not an exception to the

rule. However, from the point of view of the law, this is not technically a problem of the PP act (Czech or French). It is rather the loopholes left in the law that call for change. Under the current Czech legislation, there is a way to evade the results of the competition by acquiring the contract from the winner in the form of a new company whose sole business asset is the relevant PP. Thus, the customer is bound by contract to a different body than the one chosen in the public competition.

Here the French law could be an inspiration *de lege ferenda*. In such a situation, the customer (the state or the local authority) may choose to re-evaluate the “new” supplier under conditions similar to those of the original competition and either agree to continue in the original contract or withdraw should the new supplier prove less trustworthy, less dependable for service or otherwise suspect.