

Univerzita Karlova
Právnická fakulta

Diplomová práce

**OCHRANA PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU
ZADAVATELE**

Konzultant: Doc. JUDr. Stanislav Plíva, CSc.

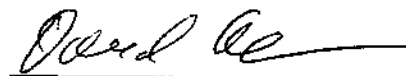
2008

Diplomant: David Švec
Moravanů 53
Praha 6
169 00

PROHLÁŠENÍ

Prohlašuji, že diplomovou práci na zadané téma jsem vypracoval samostatně. Použitou literaturu uvádím v seznamu použité literatury.

V Praze dne 14. srpna 2008



David Švec

OBSAH

1. ÚVOD	1
1.1 Pojem veřejných zakázek a koncesí	1
1.1.1 Veřejné zakázky	2
1.1.2 Koncese	4
1.2 Zadávací řízení	5
1.2.1 Zahájení zadávacího řízení	6
1.2.2 Zadávací dokumentace, nabídka, žádost o účast, kvalifikace	7
1.2.3 Hodnocení	8
1.2.4 Uzavření smlouvy a postup po uzavření smlouvy	9
1.2.5 Zjednodušené podlimitní řízení	9
1.2.6 Závěr	9
2. KONCEPCE OCHRANY PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE	10
2.1 Základní principy zadávacího řízení	11
2.1.1 Zásada transparentnosti	12
2.1.2 Zásada rovného zacházení	12
2.1.3 Zásada zákazu diskriminace	13
2.2 Základní nástroje ochrany	14
2.2.1 Lhůty	15
2.2.2 Stanovení kvalifikačních kritérií	18
2.2.3 Stanovení technických podmínek	21
2.2.4 Stanovení hodnotících kritérií	22
2.2.5 Omezení počtu zájemců	24
2.2.6 Dodatečné informace	25
2.2.7 Otevírání obálek s nabídkami	25
2.2.8 Uzavření smlouvy	26
2.2.9 Další instituty	27
3. ORGÁNY POSKYTUJÍCÍ OCHRANU PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE	27
3.1 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže	28
3.2 Soudy	29
3.3 Nejvyšší kontrolní úřad	30
4. PŮSOBNOST ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE	31
4.1 Předpoklady výkonu dohledu	31
4.1.1 Námitky	32
4.1.2 Kauce	36
4.1.3 Lhůty	36
4.2 Dohled nad dodržováním zákona	37
4.2.1 Dohled nad zadáváním veřejných zakázek	38
4.2.2 Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele	38
4.2.2.1 Návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele	39
4.2.2.2 Průběh řízení o přezkoumání úkonů zadavatele	42
Účastníci řízení	43

	Předběžná opatření	43
	Rozsah přezkumu ÚOHS	44
	Nápravné opatření	47
	4.2.3 Správní delikty	47
	4.3 Smírčí řízení	48
5.	DOHLED NAD DODRŽOVÁNÍM ZÁKONA V PŘÍPADĚ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK VYŇATÝCH ZE ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	49
	5.1 Veřejné zakázky podle ustanovení § 18 odst. 1 a 2 ZVZ	50
	5.2 Veřejné zakázky malého rozsahu podle ustanovení § 18 odst. 3 ZVZ	52
	5.2.1 Otázky přezkumu z pohledu praxe	53
	5.2.2 Přezkum z pohledu teorie	54
	5.2.3 Možná řešení přezkumu veřejných zakázek malého rozsahu	55
	5.3 Otázka výjimek podle evropských předpisů	56
6.	ÚPRAVA PŮSOBNOSTI DOHLEDU VE VYBRANÝCH ZEMÍCH EU	59
7.	ZÁVĚR	61
	POUŽITÁ LITERATURA	63

OCHRANA PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE

1. ÚVOD

Problematika ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele je pouze součástí daleko širší oblasti, která se souhrnně označuje jako právo zadávání veřejných zakázek nebo někdy jen veřejné zakázky (tento termín je však legálním pojmem a proto je toto jeho širší pojetí poněkud zavádějící). Odborná veřejnost se shoduje v tom, že právo veřejných zakázek je součástí obchodního práva, tedy práva soukromého. Nelze však nevidět, že obsahuje i podstatné prvky veřejnoprávní (správněprávní). Vždyť právě postup zadavatele je v zadávacím řízení nejpodstatnějším prvkem, který určuje formu zadávacího řízení a jeho charakter. A zadavatel je ve většině případů subjektem veřejného práva, byť vztah mezi zadavatelem a dodavatelem (popř. uchazečem) je spíše soukromoprávní povahy. Právo veřejných zakázek má i svoji čistě procesní stránku. Přesto, že zadávací řízení je procesním postupem sui generis, mám na mysli spíše úpravu řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), která má typické prvky správního řízení. Procesním právem veřejných zakázek (zdůrazňuji, že se jedná o pomocný termín, který nemá oporu v zákoně) tedy pro určitou přehlednost můžeme chápat normy upravující řízení před ÚOHS v oblasti veřejných zakázek. Právě tato stránka práva veřejných zakázek je meritem následující práce.

1.1 Pojem veřejných zakázek a koncesí

Problematika veřejných zakázek je v současné době upravena zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „ZVZ“ nebo „zákon o veřejných zakázkách“), který nabyl účinnosti dne 1.7.2006. Této úpravě předcházela zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, který byl v České republice prvním zákonem upravujícím zadávání veřejných zakázek na základě komunitárního práva. Předchozí úprava (zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek), byla založena na zcela jiném základě – na tzv.

modelovém zákoně UNCITRAL, což je metodika úpravy veřejných zakázek zpracovaná orgány OSN. Úprava veřejných zakázek spočívající na současných zásadách je tedy poměrně mladá.

Vedle veřejných zakázek existuje rovněž úprava koncesních smluv, která se s úpravou veřejných zakázek do jisté míry překrývá, proto je nutné zmínit se i o této problematice.

1.1.1 VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

Podle ustanovení § 7 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách „*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.*“ Uvedená definice je problematická v tom, že odkazuje na zadavatele a ve skutečnosti právě pojem *zadavatele* je klíčem k určení toho, co je veřejná zakázka. Definice je tedy bez vymezení zadavatele neúplná a právě určení toho, zda subjekt je či není zadavatel, je v praxi často dosti problematické. Zejména hybridní subjekty typu státních podniků (jejich existence je v tržním hospodářství právem kritizována) často nevědí, zda zadavateli jsou či nejsou.¹ Nespornou výhodou definice podle § 7 odst. 1 ZVZ je to, že za veřejnou zakázku považuje veškeré smlouvy s příslušným předmětem plnění mezi zadavatelem a dodavatelem². Pokud tedy zadavatel uzavře smlouvu s dodavatelem s příslušným plněním, jedná se o veřejnou zakázku neohledně na to, zda se na tuto zakázku ZVZ vztahuje nebo nevztahuje. Proto budou veřejnou zakázkou i všechny zakázky podle § 18 ZVZ. ZVZ zmiňuje i veřejné zakázky malého rozsahu a tím jasně dává najevo, že nezáleží na

¹ Jako příklad zadavatele, kterým je státní podnik, je možno uvést Letiště Praha, s.p., které běžně zadává veřejné zakázky, naproti tomu třeba Státní tiskárna cenin, státní podnik, se jako zadavatel nechová (s ohledem na účel svého vzniku a předmětu činnosti, veřejným zadavatelem zřejmě není – určení, zda konkrétní subjekt je či není zadavatelem, často vyžaduje poměrně rozsáhlou analýzu a v mnohých případech zůstává charakter subjektu sporný. Zejména u státních podniků je tento problém patrný). K problematice se mnohokrát vyjadřoval ESD, jako klasický případ je možné uvést případ *Strohal* (C-44/96), ve kterém se ESD zabýval dvojím určením některých subjektů – tedy plnění veřejných úkolů a zároveň soukromoprávních zájmů. V uvedeném případě dospěl k závěru, že není relevantní, zda subjekt plní veřejné úkoly i soukromé zájmy, ale relevantní účel, ke kterému byl subjekt založen. Tuto linii sleduje i v praxi velmi často citovaný a používaný případ *Teckal* (C-107/98). Ve druhém z těchto případů je řešena problematika tzv. in-house veřejných zakázek.

² Podle ustanovení § 17 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je „*dodavatelem fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel.*“

hodnotě plnění relevantní smlouvy, ale jde skutečně o osobu zadavatele, popř. dodavatele. V praxi ostatně mnoho zadavatelů používá směrnice pro zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, ve kterých dále veřejné zakázky rozdělují podle předpokládané hodnoty a pokrývají skutečně hodnoty od 0,- Kč do 2.000.000,- Kč (popř. 6.000.000,- Kč v případě veřejných zakázek na stavební práce).

Pro účely této práce však není významné pouze vymezení pojmu veřejné zakázky, ale také rozlišení veřejných zakázek na

1. veřejné zakázky zadávané podle zákona o veřejných zakázkách
2. veřejné zakázky vyňaté z působnosti zákona o veřejných zakázkách.

Platí princip, že veřejná zakázka výslovně nevyňatá ze zákona o veřejných zakázkách musí být zadávána podle zákona o veřejných zakázkách. Pokud se ZVZ na veřejnou zakázku nemá vztahovat, platí, že tak musí být v ZVZ výslovně stanoveno. Výjimky jsou uvedeny v ustanovení § 18 ZVZ. Významnou skupinou jsou zde výjimky podle ustanovení § 18 odst. 3 a těmito výjimkami jsou veřejné zakázky malého rozsahu podle ustanovení § 12 odst. 6 ZVZ³. Na veřejné zakázky podle § 18 se nevztahuje zákon o veřejných zakázkách a jejich zadávání se tudíž vymyká běžnému zadávacímu řízení. U veřejných zakázek malého rozsahu je přímo v ustanovení § 18 odst. 3 stanoveno, že § 6 ZVZ (základní zásady) se na ně vztahuje. U ostatních výjimek podle § 18 takováto klauzule chybí, nicméně rozhodovací praxe ÚOHS i soudů dovodila, že tyto principy musí být dodržovány u všech veřejných zakázek. Použití výjimek je navíc třeba vykládat restriktivně. Rovněž evropský soudní dvůr se k používání výjimek z klasické či sektorové směrnice staví velmi rezervovaně a jakékoliv výjimky připouští velmi nerad. Příkladem může být nedávné stanovisko Generálního advokáta Evropského soudního dvora ve věci C-337/05 ze dne 10. července 2007. Jak soud uvedl, aplikace výjimky podle čl. 296 Smlouvy o ES (týká se výjimky podle § 18 odst. 1 písm. a) - vojenského materiálu a státní bezpečnosti) se musí posuzovat „případ od případu... a ...opatření musejí být nutná pro ochranu základních bezpečnostních zájmů.“ V jiném rozhodnutí ESD uvedl, že „ustanovení, která umožňují odchýlení se od pravidel směřujících

³ Podle ustanovení § 12 odst. 6 Veřejnou zakázkou malého rozsahu se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

k zajištění efektivity práv uložených Smlouvou v oblasti veřejných zakázek, musí být vykládány restriktivně a břemeno dokazování existence výjimečných okolností ospravedlňující použití výjimky leží na osobě, která se této výjimky dovolává⁴.

Použití výjimek s sebou přináší zásadní otázku, jakým způsobem má zadavatel při výběru dodavatele postupovat, aby dodržel základní zásady zadávacího řízení a zároveň mohl efektivně využít příslušné výjimky a rovněž otázku, která a zejména kým je jeho postup přezkoumatelný.

1.1.2 KONCESE

Vedle veřejných zakázek existuje ještě podobná a vcelku autonomní úprava obdobné problematiky. Jde o ještě daleko mladší institut koncesních smluv či koncesí. Koncese upravuje především zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon). Ovšem poměrně nesystematicky je problematika upravena pro oblast výstavby, údržby a provozování dálnic v ustanovení zákoně č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů. Úprava koncesí podle zákona o pozemních komunikacích byla přijata v souvislosti s plánovanou výstavbou dálnice D48 a úprava má dokonce přednost před daleko propracovanější a novější úpravou podle koncesního zákona.

Koncesní smlouvy jsou založeny na principu veřejně soukromého partnerství, častěji označovaného PPP (*public private partnership*). Podstatou veřejně soukromého partnerství je využití efektivně fungujícího a ekonomicky motivovaného soukromého sektoru pro plnění jinak veřejných úkolů – úkolů běžně svěřených veřejné správě.

Nejpodstatnějším rozdílem mezi koncesí a veřejnou zakázkou je to, že koncese předpokládá investici dodavatele (v případě koncesí se však používá termínu „koncesionář“) – tedy soukromoprávního subjektu, která zajistí vznik a fungování služby, přičemž koncesionáři je poskytnuta možnost a zároveň povinnost tuto službu provozovat. Provoz služby by měl být pro koncesionáře výnosný a investice by se mu proto měla vrátit. Tato koncepce však

⁴ Případ č. 199/85 *Commission v Italy* [1987] ECR 1039, bod 14

předpokládá uzavření koncesní smlouvy na delší dobu oproti veřejným zakázkám. Poplatky za veřejnou službu jsou pak zdroj příjmu koncesionáře⁵.

Problematika koncesních smluv je v současnosti velmi mladá a lze předpokládat, že i perspektivní. Poskytování veřejné služby soukromou osobou přináší obrovskou výhodu v motivaci koncesionáře poskytovat službu efektivně a tudíž výhodně s minimálními náklady, což je meta, kterou veřejný sektor bude jen velmi obtížně dosahovat. Koncesní smlouva tak zakládá složitý právní vztah mezi koncesionářem a zadavatelem a dobré koncesní řízení vyžaduje nesrovnatelně důkladnější přípravu, než je příprava zadávacího řízení. To je možná důvod, proč u nás (to však v různé míře platí i pro ostatní evropské země) je zatím tak málo projektů realizováno pomocí koncesních smluv a zadavatelé dávají přednost jednoduššímu zadávacímu řízení podle zákona o veřejných zakázkách.⁶ Předpokladem úspěšné koncese je dostatečná míra volnosti koncesionáře (např. možnost určit výši poplatku při zachování určité maximální hranice, ve veřejné dopravě možnost ovlivnit strukturu dopravních linek apod.), koncesionář musí mít možnost ovlivnit výši zisku z koncesní smlouvy.

I přes nesmírně zajímavou problematiku koncesí je však pro nás významné především to, že přezkum koncesního řízení rovněž provádí ÚOHS a ochrana koncesionáře je koncipována obdobně, jako ochrana dodavatele. Koncesní zákon navíc na mnoha místech na ZVZ odkazuje nebo upravuje postup „obdobný“ veřejným zakázkám.

1.2 Zadávací řízení

Samotný pojem veřejná zakázka označuje určitý druh smluv charakteristický svými stranami a předmětem (dodávky, služby, stavební práce). Avšak účelem vymezení tohoto druhu smluv oproti smlouvám jiným je splnění požadavku na jejich specifický způsob uzavírání. Tyto smlouvy jsou financovány z veřejných zdrojů, proto je třeba, aby způsob výběru dodavatele

⁵ Podle ustanovení § 16 odst. 1 koncesního zákona „*koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát težitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích.*“

⁶ V současné době u nás proběhlo jen velmi málo koncesních řízení – např. v Informačním systému o veřejných zakázkách – rejstřík koncesních smluv (www.isvz.cz) jsou pro rok 2007 a 2008 registrovány pouze 4 koncesní smlouvy (k červnu).

byl transparentní a pro veřejný rozpočet co možná nejvýhodnější. Proto ZVZ stanoví poměrně složitý a podrobný postup pro jejich uzavírání. Tento postup můžeme označit jako **zadávací řízení**.

Cílem zadávacího řízení je vybrat dodavatele, s kterým zadavatel uzavře smlouvu, jejímž předmětem budou dodávky, služby nebo stavební práce. Zadavatel může v určitých případech vybrat více dodavatelů a uzavřít rámcovou smlouvu.

Zadávací řízení upravuje část druhá zákona o veřejných zakázkách a upravuje šest různých druhů zadávacích řízení. Jde o *otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, soutěžní dialog a zjednodušené podlimitní řízení*. Každé řízení charakterizuje odlišný postup a v konkrétním případě má zadavatel často možnost zvolit více než jeden druh zadávacího řízení. Například otevřené řízení a užší řízení je možné použít alternativně a lze ho použít bez omezení (v praxi bude často rozhodujícím faktorem předpokládaný počet uchazečů – užší řízení dovoluje eliminovat počet nabídek, které budou hodnoceny, již po hodnocení kvalifikace uchazečů, a tím proces hodnocení nabídek zkrátit a zjednodušit). Pro použití ostatních druhů zadávacích řízení je třeba splnit specifické podmínky. V případě zjednodušeného podlimitního řízení je podmínkou dostatečně nízká předpokládaná hodnota veřejné zakázky (musí se jednat o podlimitní veřejné zakázky⁷ na dodávky nebo na služby nebo podlimitní veřejné zakázky na stavební práce, jejichž předpokládaná hodnota nepřesahuje 20.000.000,- Kč bez DPH).

1.2.1 ZAHÁJENÍ ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

Zadávací řízení zahajuje zadavatel uveřejněním oznámení ^a zahájení zadávacího řízení nebo odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení (ustanovení § 26 ZVZ). Každý druh zadávacího řízení však vyžaduje specifické oznámení či výzvu. Oznámení se v zásadě vztahuje na zadávací řízení, která se musejí obligatorně zveřejňovat v Informačním systému o veřejných zakázkách (v podstatě se jedná o elektronický věstník) a dále ho budeme označovat jako

⁷ ZVZ před novelou zákonem č. 76/2008 Sb. stanovil pro jednotlivé zadavatele pevně dané limity, které odlišovaly podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky. Po zmíněné novele se však limit předpokládané hodnoty stanoví na základě nařízení Komise (ES) č. 1422/2007 a sdělení Komise (ES) č. 2007/C 301/01 a nadále jsou limity stanoveny vládním nařízením

ISVZ a výzva se v zásadě vztahuje na veřejné zakázky, které se v ISVZ nezveřejňují (např. podlimitní řízení, jednací řízení bez uveřejnění).

Další postup budeme pro zjednodušení (postup není hlavním předmětem této práce, nicméně jeho alespoň krátký nástin je nutný) demonstrovat na otevřeném řízení popř. na užším řízení. Rovněž se zmíníme o zjednodušeném podlimitním řízení, neboť uvedené tři řízení jsou v praxi nejpoužívanější a pro ZVZ charakteristické.

1.2.2 ZADÁVACÍ DOKUMENTACE, NABÍDKA, ŽÁDOST O ÚČAST, KVALIFIKACE

Základním dokumentem zadávacího řízení, je bezesporu **zadávací dokumentace**, kterou má ve většině případů dodavatel k dispozici od zahájení zadávacího řízení. Často bývá součástí oznámení o zahájení ZŘ nebo výzvy k podání nabídky. V případě užšího řízení je zadávací dokumentace poskytnuta až ve druhém kole řízení – po hodnocení kvalifikace uchazečů. Podle ustanovení § 44 odst. 1 je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Zadávací dokumentace je tedy dokumentem, který tvoří podklad pro zpracování nabídky a zároveň dostatečně přesně určuje předmět plnění veřejné zakázky. Dodavatel musí být schopen na základě zadávací dokumentace sestavit nabídku a zároveň stanovit nabídkovou cenu. V praxi zadávací dokumentace často obsahuje i závazný návrh smlouvy na plnění veřejné zakázky.

Na základě zadávací dokumentace uchazeč zpracuje **nabídku** způsobem a ve lhůtách uvedených ve výzvě či v oznámení a nabídku předloží zadavateli. Nabídka je základním dokumentem, který zpracovává dodavatel. Obsahuje dokumenty, které slouží k prokázání kvalifikace (s odchylkou v případě užšího řízení, ve kterém tyto dokumenty obsahuje již žádost o účast v užším řízení). Prokazování kvalifikace má za účel vyloučit uchazeče, kteří nespĺňují požadavky na plnění veřejné zakázky například z důvodů nedostatečné zkušenosti, kapacity, nedostatečných finančních prostředků, nebo nedostatečné bezúhonnosti nebo nedostatku příslušných povolení. Zákon rozlišuje v závislosti na tom, co kvalifikace prokazuje, *základní kvalifikační předpoklady* (bezúhonnost apod.), *profesní kvalifikační předpoklady* (povolení k předmětné činnosti), *ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady* (dostatečná ekonomická síla dodavatele, pojištění odpovědnosti) a *technické*

kvalifikační předpoklady (dostatečné technické vybavení, dostatek zkušeností apod.). Především pro ekonomické a finanční a technické kvalifikační předpoklady je v ZD stanovena jejich míra, kterou zadavatel požaduje prokázat (např. minimální obrat, dostatek referencí, minimální délka praxe apod.). Prokazování samotné kvalifikace předchází formalizovaný postup otevírání obálek s nabídkami (popř. s žádostmi o účast), který má zabránit neoprávněné manipulaci s nabídkami. Splní-li uchazeč kvalifikační kritéria, postupuje do další části zadávacího řízení, kterou můžeme, byť nepřesně, označit jako hodnocení (ZVZ používá termín *hodnocení nabídek*, kterým má na mysli pouze samotné hodnocení nabídek hodnotící komisí, aniž by do této fáze zahrnoval ustavení hodnotící komise a stanovení hodnotících kritérií).

1.2.3 HODNOCENÍ

Hodnocení nabídek předpokládá ustavení hodnotící komise, která se v zásadě skládá ze zástupců zadavatele a nezávislých odborníků, přičemž počet členů hodnotící komise je závislý na předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Členové hodnotící komise provádějí hodnocení podle hodnotících kritérií, která byla zadavatelem stanovena v zadávací dokumentaci. Existují dvě hodnotící kritéria – nejnižší nabídková cena a ekonomická výhodnost nabídky. V prvním případě se hodnotí pouze nabídková cena, ve druhém případě se hodnotí více dílčích hodnotících kritérií, přičemž jedním z nich musí být i nabídková cena. Výběr hodnotících kritérií je jedním z nejčastějších důvodů námitek dodavatelů. Zadavatel mnohdy úmyslně vybere taková dílčí hodnotící kritéria, která nejlépe vyhovují jednomu dodavateli, kterého má v úmyslu vybrat, nebo jejichž hodnocení je tak subjektivní, že lze jen těžko přezkoumat (např. kvalita vzorového dokumentu, kvalita osnovy metodiky, estetická úroveň apod.). Nejčastěji se podle výsledků hodnocení jednotlivých dílčích kritérií přiřazují jednotlivým nabídkám body a nabídka s nejvyšším celkovým počtem bodů je vybrána jako nejvhodnější.

V případě užšího hodnocení je fáze hodnocení kvalifikace a hodnocení nabídek oddělena výzvou k podání nabídky uchazečům, kteří nejlépe splnili kvalifikaci nebo kteří byli jiným způsobem vybráni – zákon umožňuje i výběr losem (!). V jiných řízeních může fáze hodnocení kvalifikace a hodnocení nabídek do jisté míry splývat, protože hodnotící komise může plnit i funkci komise pro otevírání obálek a oba procesy lze provést na jednom jednání. Nicméně častěji se oba procesy uskutečňují na různých jednáních.

1.2.4 UZAVŘENÍ SMLOUVY A POSTUP PO UZAVŘENÍ SMLOUVY

Po hodnocení nabídek následuje uzavření smlouvy s uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější (nedojde-li k uzavření smlouvy s vítězným uchazečem, uzavře zadavatel smlouvu s uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako druhá nejvhodnější, a poté i s uchazečem třetím v pořadí). Zadavatel po uzavření smlouvy ve lhůtě 48 dní odešle oznámení o ukončení zadávacího řízení k uveřejnění (zadavatel vyplní příslušný formulář v elektronické verzi a podle instrukcí ho odešle). Tuto povinnost má i zadavatel, který zadává veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení.

V případě nadlimitních veřejných zakázek má zadavatel povinnost zpracovat písemnou zprávu zadavatele, která v zásadě shrnuje průběh celého zadávacího řízení.

1.2.5 ZJEDNODUŠENÉ PODLIMITNÍ ŘÍZENÍ

Zjednodušené podlimitní řízení zřejmě nejčastější řízení, ve kterém se postupuje podle zákona o veřejných zakázkách. S ohledem na nižší hodnotu veřejných zakázek, které jsou v tomto druhu řízení zadávány, stanoví ZVZ menší požadavky na zveřejňování a na formální stránku postupu. Řízení se nejvíce podobá otevřenému řízení, ale zahajuje se výzvou k podání nabídky a prokázání kvalifikace, která se nezveřejňuje v ISVZ. Zadavatel je však povinen zveřejnit výzvu vhodným způsobem (v zásadě je třeba výzvu zveřejnit na internetových stránkách zadavatele). Zadavatel přímo vyzve aspoň pět zájemců, přičemž na základě zveřejněné výzvy se mohou zúčastnit i neoslovení zadavatelé.

Zákon požaduje kratší minimální lhůty a zjednodušuje některé další kroky (např. prokazování kvalifikace čestným prohlášením).

1.2.6 ZÁVĚR

Cílem této kapitoly bylo nastínit zadávací řízení v nezákladnějších rysech tak, aby postačovalo jako základ pro výklad o ochraně dodavatele před nesprávným postupem zadavatele. Výše je popsáno zadávací řízení pouze ve velmi zjednodušené podobě a bez možných odchylek. Zadávací řízení je velmi složitý proces, který umožňuje nejrůznější odchylky a alternativní postupy při dílčích krocích. Zároveň zde nejsou popsány fáze ve stejné systematické, jako je uvádí ZVZ, protože ZVZ je neuvádí zcela chronologicky (to je způsobeno rozdílným postupem v jednotlivých řízeních – např. pro otevřené řízení je nelogické, aby zákon způsob prokázání kvalifikace uváděl o mnoho dříve než požadavky na zpracování nabídky, když doklady prokazující splnění kvalifikačních kritérií jsou obligatorní součástí nabídky. Na druhou stranu v případě užšího řízení je takovéto řazení jednotlivých částí zákona opodstatněné). Jsou zde tedy chronologicky uvedeny pouze nezákladnější fáze, poněvadž vyčerpávající výklad by vyžadoval daleko rozsáhlejší zpracování, než je rozsah diplomové práce. Rovněž zde není uveden zcela specifický postup podávání námitek a postup před ÚOHS, protože této problematice se budeme věnovat v dalších kapitolách.

2. KONCEPCE OCHRANY PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE

Ochranu proti nesprávnému postupu zadavatele můžeme chápat ve dvou rovinách. Za prvé jde o rovinu procesní, za kterou můžeme považovat úpravu postupu, který může (ale nemusí) následovat poté, kdy zadavatel poruší zákon. Tato rovina odpovídá části páté zákona o veřejných zakázkách, která se shodně nazývá „ochrana proti nesprávnému postupu zadavatele“. Patří sem jednak institut námitek, a dále dohled Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nad dodržováním zákona, v rámci kterého ÚOHS přezkoumává úkony zadavatele a ukládá sankce⁸. Uvedené pojetí můžeme rovněž chápat jako užší pojetí ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele.

V širším pojetí však pod ochranu proti nesprávnému postupu zadavatele můžeme řadit i jiné instituty upravené zákonem o veřejných zakázkách. Jsou to instituty, které chrání dodavatele před svévolným postupem zadavatele během zadávacího řízení a stanoví mantinely jeho

⁸ V rámci dohledu ÚOHS je upraveno několik dílčích institutů ochrany – úprava podávání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (podává ho dodavatel), předběžná opatření, nápravná opatření a sankce a správní delikty.

chování. Instituty mají zajistit spravedlivý a efektivní průběh zadávacího řízení. V nejširším smyslu sem můžeme řadit i základní principy zadávacího řízení, které ostatní instituty ochrany dále rozvíjí.

Je třeba si uvědomit, že přes primární účel ochrany před nesprávným postupem zadavatele, kterým je ochrana práv dodavatele, sekundárně tato úprava směřuje i k ochraně hospodárného využívání veřejných financí. Účelem zadávacího řízení je vybrat pro zadavatele nejvýhodnější plnění, které zákonitě musí být i nejvýhodnější z hlediska efektivního využívání veřejných financí.

V dalším výkladu se budeme věnovat jednotlivým institutům ochrany před nesprávným postupem zadavatele, s tím, že řízení o námitkách a působnost ÚOHS bude věnována samostatná kapitola.

2.1 Základní principy zadávacího řízení

Zákon o veřejných zakázkách je založen na třech základních principech, které se prolínají všemi ostatními instituty a které se uplatní u všech veřejných zakázek bez ohledu na to, zda jsou či nejsou ze zákona o veřejných zakázkách vyňaty. Tyto tři principy jsou uvedeny v ustanovení § 6 ZVZ, podle kterého je zadavatel povinen při postupu podle zákona o veřejných zakázkách dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Obdobné ustanovení obsahuje i klasická směrnice. Podle jejího článku 2 „*Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.*“ Objevují se zde tři principy: *zásada transparentnosti, zásady rovného zacházení a zásady zákazu diskriminace*. Výčet principů však není úplný, protože existují i jiné zásady, které musí zadavatel dodržovat, které však v zákoně o veřejných zakázkách uvedeny nejsou. Tyto zásady například vyplývají z komunitárního práva, nebo z jiných zákonů⁹ (např. ze zákona o rozpočtových pravidlech nebo zákona o finanční kontrole, ale nakonec i ze správního řádu).

⁹ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006

2.1.1 ZÁSADA TRANSPARENTNOSTI

Zásada transparentnosti prolíná zadávací řízení od samotného počátku - v podobě povinného uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení či výzvy (což však neplatí u všech druhů zadávacího řízení) a v některých případech má zadavatel povinnost uveřejňovat i předběžné oznámení zadávacího řízení. Písemnou zprávu zadavatele je zadavatel podle ustanovení § 85 odst. 1 ZVZ povinen vyhotovit o každé nadlimitní veřejné zakázce. Zásada transparentnosti se tak uplatní i po skončení zadávacího řízení. V průběhu zadávacího řízení lze tuto zásadu najít např. v institutu otevírání obálek s nabídkami, protokolech o jednání, zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, ale třeba i v povinnosti odůvodňovat svá rozhodnutí v zadávacím řízení (např. rozhodnutí o námitkách). Princip tak nespočívá v pouhém uveřejňování některých dokumentů, ale v celkové přezkoumatelnosti všech kroků zadavatele a v jisté otevřenosti zadávacího řízení.

V evropském kontextu se zásadě transparentnosti přiřazují dva hlavní cíle. Tato zásada zaprvé představuje systém otevřenosti při pořizování statků osobami veřejného práva a zaručuje tak jejich větší odpovědnost a eliminuje možnost přímé diskriminace na základě státní příslušnosti (obligatornost uveřejňování dává možnost účastnit se zadávacího řízení i zahraničním osobám). Za druhé tato zásada zadávacího řízení umožňuje proaktivní roli veřejnosti při určování veřejných potřeb. Jednoduše řečeno, veřejnosti pomáhá sledovat a kontrolovat, které veřejné potřeby stát zajišťuje a jakým způsobem tak činí.¹⁰

2.1.2 ZÁSADA ROVNÉHO ZACHÁZENÍ

Zásada rovného zacházení spočívá v tom, že zadavatel má povinnost během celého zadávacího řízení jednat se všemi uchazeči stejným způsobem. Je protiprávní jakéhokoliv uchazeče oproti ostatním znevýhodňovat, nebo naopak kohokoliv oproti ostatním zvýhodňovat. Zadavatel by měl být ke všem uchazečům nestranný, měl by ke všem přistupovat maximálně neutrálně. Zásada rovného zacházení například může být porušena v případě, pokud zadavatel ve zjednodušeném podlimitním řízení oslovuje vícekrát stejný okruh dodavatelů. Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12.5.2008 pod č.j. 5 Afs 131/2007-131 je cílem zásady rovného zacházení „*podporovat rozvoj zdravé a účinné*

¹⁰ Christopher Bovis, Public Procurement in the European Union, Antony Rowe Ltd, Cippenham Eastbourne 2005, s. 50

hospodářské soutěže mezi subjekty, které se zúčastní řízení o zaudání veřejné zakázky“. Dodržování této zásady vyžaduje nejen zajištění stejné možnosti k přístupu k veřejné zakázce, ale rovněž stanovení takových podmínek, aby byla uchazečům dána stejná možnost uspět ve veřejné zakázce.¹¹

2.1.3 ZÁSADA ZÁKAZU DISKRIMINACE

Přesto, že zákon žádnou ze tří zásad neupřednostňuje, ani ji nedává větší význam než ostatním, zásada zákazu diskriminace je v praxi možná ta nejvíce sledovaná (sám se však domnívám, že významnější je zásada transparentnosti, která se se zásadou nediskriminace do jisté míry překrývá). O tom svědčí i fakt, že se tato zásada velmi často vyskytuje v rozhodovací praxi ESD¹² i Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Všechny tři zásady se prolínají a souvisí spolu. Zejména zásada rovného přístupu a zásada nediskriminace jsou velmi podobné. Je-li uchazeč vůči ostatním uchazečům diskriminován, často bude diskriminace spočívat právě v nerovném přístupu k němu, k jeho znevýhodňování. Nicméně nejčastějším a typickým diskriminačním jednáním je vyloučení některých uchazečů z možnosti účastnit se zadávacího řízení, což se často děje tím, že zadavatel má nepřiměřené a neopodstatněné požadavky na míru prokázání kvalifikace – zejména prokázání technických či ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Stejně tak technické podmínky mohou být stanoveny diskriminačně. Podle ustanovení § 45 odst. 3 ZVZ nesmějí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zadavatel nemůže upřednostňovat jedno technické řešení před druhým, pokud k tomu nejsou objektivní důvody. Rozhodovací praxe ÚOHS se ve výkladu zásady nediskriminace velmi podobá rozhodovací praxi ESD a často jí i argumentuje. Zákaz diskriminace například obecně vykládá rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. listopadu 2006 vydané pod č.j. S294/2006-20038/2006/540-Der. Podle něj *„zadavatel nesmí v zadávacím řízení (vymezením podmínek, stanovením kvalifikačních či hodnotících kritérií apod.) bezdůvodně a bez vztahu k předmětu plnění omezit přístup dodavatelů z určitých oblastí nebo diskriminovat zahraniční dodavatele. Pojem*

¹¹ JUDr. Ing. Rašek Jurčík, Ph. D., Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, 2006

¹² Např. rozsudek C-22/80 ze dne 29.10.1980 ve věci Boussac Saint-Frères SA v. Brigitte Gerstenmeier, rozsudek ze dne 25.4.1996 ve věci C-87/94 Evropská komise v. Belgické království, rozsudek ze dne 5.10.2000 ve věci C-16/98 Evropská komise v. Francouzská republika, nebo rozsudek ze dne 27.10.2005 ve věci C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

nediskriminační postup zadavatele znamená zajištění rovného zacházení a stejného, nevýhodňujícího přístupu zadavatele ke všem uchazečům nebo zájemcům, tj. zajištění stejných příležitostí pro všechny zájemce či uchazeče. ESD se v rozsudku C-234/03 zabýval i možností skryté diskriminace. Podmínka účasti je stejná pro všechny zadavatele, nicméně rozhodující je to, zda tato podmínka nemůže být některými uchazeči splněna snadněji než ostatními.

Specifickou formou diskriminace je diskriminace zahraničních dodavatelů. Zákon samozřejmě nevylučuje, aby se zadávacího řízení účastnili zahraniční dodavatelé, nicméně jim přístup k veřejným zakázkám příliš neusnadňuje. Tím v žádném případě nemíním tvrdit, že sám zákon o veřejných zakázkách je diskriminační, nicméně s problémy zahraničních dodavatelů se splněním některých podmínek příliš nepočítá. To se týká především prokazování základních a profesních kvalifikačních předpokladů. Zákonodárce si zcela jistě neuvědomil, jak složité je například získat výpis z Rejstříku trestů (který zákon požaduje předložit pro splnění základních kvalifikačních předpokladů) pro všechny členy statutárního orgánu zahraničního dodavatele ve lhůtě pro podání nabídek. Přes české zastupitelské orgány trvá vyřízení výpisu více než měsíc a k jeho získání je třeba uznávaný doklad totožnosti, kterým může být např. cestovní pas nebo nějaká forma zahraničního občanského průkazu (s úředním překladem). Pokud žádost o výpis podává jiná osoba než žadatel, musí se prokázat plnou mocí, v případě zahraniční osoby musí být plná moc superlegalizována. To jsou pro zahraničního dodavatele nesrovnatelně těžší překážky než pro dodavatele tuzemského. Tento problém neřeší ani možnost prokázání některých kvalifikačních předpokladů výpisem ze zahraničního seznamu dodavatelů podle ustanovení § 143 ZVZ, protože ani ten neprokazuje splnění některých podmínek ve vztahu k území ČR, jak požaduje ustanovení § 53 odst. 1 písm. a) posl. věta. Navíc jeho použití je omezeno pouze pro státy EHP.

2.2 Základní nástroje ochrany

Termín nástroje ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele nejsou termínem, který by zákon používal. Je to pouze pomocný termín, kterým můžeme souhrnně označit instituty zadávacího řízení, jež zabezpečují, aby uchazeči nebyli kráceni na svých právech. Nástroje ochrany zajišťují, aby nedocházelo k porušení principů zadávacího řízení a chrání přitom především uchazeče. Zadavatelé naopak obvykle ukládají povinnosti, které musí vůči

uchazečům plnit. Jsou velice různorodé, zákon je neuvádí na jednom místě, ale jsou součástí různých fází zadávacího řízení. Zvláštní postavení zde mají instituty, které upravuje část pátá zákona o veřejných zakázkách, protože ta se zabývá procesní stránkou ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele, jejíž součástí je i dohled ÚOHS nad zadáváním veřejných zakázek.

Kromě části páté zákona o veřejných zakázkách sem můžeme zařadit povinnost zadavatele dodržovat **lhůty** (zejména lhůtu pro podání nabídek), způsob stanovení **kvalifikačních kritérií, technických podmínek a hodnotících kritérií**, požadavky na postup pro **omezení počtu zájemců**, povinnost uveřejňovat **dodatečné informace, otevírání obálek** s nabídkami (popř. žádostmi o účast), postup pro **uzavírání smluv** a další. Tyto nástroje v podstatě slouží jako určité limity chování zadavatele, které mají chránit postavení uchazečů v zadávacím řízení. Nicméně ochrana uchazečů často není jejich jediným úkolem, ale chrání i jiné zájmy. Například úprava stanovení kvalifikačních kritérií neslouží pouze k ochraně dodavatele před neopodstatněnými požadavky zadavatele, ale chrání rovněž zadavatele před nabídkami zjevně nevhodných uchazečů. V dalším textu se stručně zmíníme o těchto nástrojích ochrany, přičemž institutům námitek, dohledu ÚOHS a působností dalších orgánů podrobně rozebereme v samostatných kapitolách.

2.2.1 LHŮTY

V zadávacím řízení mají lhůty velice důležité postavení a na jejich dodržování je nutné bezpodmínečně trvat. Zřejmě nejvýznamnější lhůtou z pohledu uchazečů je lhůta pro podání nabídek. To je lhůta, která by mu měla zajistit dostatek času pro vypracování nabídky a zároveň je předpokladem toho, aby se dodavatel mohl včas o veřejné zakázce dozvědět. ZVZ však upravuje i jiné lhůty. Například zadávací lhůta naopak chrání zadavatele, jde o lhůtu, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni. Pro zadavatele lhůta znamená záruku, že uchazeči od své nabídky bezdůvodně neodstoupí. Existuje však i druhá strana této lhůty a to, že dodavatelé nejsou svými nabídkami vázáni neúměrně dlouho. Zákon o veřejných zakázkách neuvádí přesně, jak dlouhá lhůta musí být, ale stanoví, že musí být určena s ohledem na druh zadávacího řízení a předmět veřejné zakázky. Obvykle nebude přesahovat 90 dnů.

Jak bylo uvedeno výše, lhůta pro podání nabídek je pro uchazeče zřejmě nejdůležitější lhůta celého zadávacího řízení. V této lhůtě musí uchazeči nejen zjistit, že veřejná zakázka byla vypsána, ale rovněž sestavit celou nabídku a prokázat kvalifikaci (doklady k prokazování kvalifikace budou obvykle součástí nabídky, to platí zejména pro otevřené řízení, pro zjednodušené podlimitní řízení a pro jednací řízení bez uveřejnění, naopak to neplatí pro užší řízení, jednací řízení s uveřejněním a soutěžním dialogu, kde se nejprve prokazuje kvalifikace). V podstatě velmi podobný význam má i lhůta pro doručení žádosti o účast, která je upravena ve stejném ustanovení zákona o veřejných zakázkách (§ 39). Lhůta pro podání nabídek se v zadávacím řízení vyskytuje vždy, lhůta pro doručení žádosti o účast, jejíž význam se omezuje na prokázání kvalifikace, pouze u některých řízení (užší řízení, jednací řízení s uveřejněním a soutěžní dialog). Tato lhůta se odlišuje proto, že počátek zadávacího řízení se v těchto postupech rozpadá na fázi prokazování kvalifikace a podávání nabídek a pro každou z těchto fází je stanovena samostatná lhůta. Nadále se pro zjednodušení budeme zabývat lhůtou pro podání nabídek.

Lhůtu pro podání nabídek upravuje ustanovení § 39 odst. 1, 3 a 4 ZVZ. Obecným ustanovením je první odstavec, podle kterého musejí být lhůty stanoveny s ohledem na předmět veřejné zakázky. Ustanovení je nutné vykládat společně s ustanovením odstavce 3, které přímo stanoví minimální lhůty. Je tedy nutné stanovit lhůtu podle § 3 a zároveň tato lhůta musí být přiměřená k předmětu veřejné zakázky. V případě mimořádně složitých zadávacích řízení a velkých nároků na vypracování nabídky bude zadavatel zřejmě muset stanovit lhůtu delší, než podle odstavce 3. Délka lhůt je upravena s ohledem na druh zadávacího řízení a s ohledem na to, zda jde o veřejnou zakázku nadlimitní či podlimitní, přičemž nejkratší je stanovena v případě zjednodušeného podlimitního řízení a podlimitního užšího řízení a v případě naléhavého objektivního důvodu ji lze zkrátit až na 7 dnů (i zde však platí, že lhůta musí být zároveň stanovena s ohledem na předmět veřejné zakázky). Naopak nejdelší lhůtu pro podání nabídek zákon požaduje u otevřeného řízení v případě nadlimitní veřejné zakázky, která musí být minimálně 52 dnů. I tuto lhůtu je možné za splnění určitých podmínek zkrátit. Touto podmínkou je především zveřejnění předběžného oznámení v dostatečné lhůtě před odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž v případě naléhavého objektivního důvodu může být tato lhůta pro otevření řízení zkrácena až na 22 dnů. Rovněž pokud zadavatel umožní neomezený a dálkový přístup k celé zadávací dokumentaci již ode dne odeslání oznámení či výzvy, může lhůtu zkrátit až o pět dnů. To však platí pouze pro otevřené řízení a užší řízení. Rovněž je možné zkrátit zadávací lhůtu

v případě, pokud je oznámení zadávacího řízení odesláno elektronicky prostředky podle ustanovení § 149 až o 7 dnů (platí pro otevřené řízení). Takovéto zkrácení lhůt je dokonce možné sčítat, takže jednoduchým výpočtem zjistíme, že minimální lhůta pro otevřené nadlimitní řízení může být zkrácena až na 10 dnů. Z 52 dnů tak za splnění některých podmínek rázem máme pouhých deset dnů. Podobnou úvahou se u zjednodušeného podlimitního řízení dostaneme až na 2 dny. Dva dny jsou tedy absolutní minimum. Nicméně v praxi zřejmě zadavatel stěží obhájí a odůvodní takto mimořádně krátkou zadávací lhůtu. Za dva dny například rozhodně nelze získat potvrzení o neexistenci daňových nedoplatků nebo potvrzení správy sociálního zabezpečení (je však třeba zmínit, že zadavatel má možnost v případě zjednodušeného podlimitního řízení namísto těchto potvrzení požadovat pouze čestné prohlášení a tím čas pro získání potřebných dokladů minimalizovat). Je tedy otázkou, zda taková lhůta v praxi je vůbec uskutečnitelná a zda by pro ochranu uchazečů neměla být stanovena minimální lhůta delší. Je třeba si uvědomit, že lhůta pro podání nabídek slouží i k tomu, aby se zadavatel o veřejné zakázce včas dozvěděl, a nelze požadovat, aby každý den kontroloval stránky všech relevantních zadavatelů, zda nevyhlásili veřejnou zakázku. V praxi se však tak krátká lhůta nevyskytuje, nicméně zadavatelé často stanovují lhůty na hranici jejich minimální zákonné délky. Nicméně se domnívám, že stanovení dvoudenní lhůty lze považovat za netransparentní postup, byť formálně správný.

Podle ustanovení § 39 odst. 3 ZVZ lhůty začínají běžet dnem následujícím po dni odeslání oznámení (popř. výzvy) o zahájení zadávacího řízení. Odesláním oznámení se přitom rozumí odeslání příslušného formuláře k uveřejnění v ISVZ. Platí, že nabídky musejí být odevzdány v posledním dni lhůty pro podání nabídek. Pro stanovování těchto lhůt je typické, že končí nejen v určitý den, ale i v konkrétní hodinu. Zadavatel má přitom povinnost všechny došlé nabídky zapisovat do seznamu přijatých nabídek, kde uvádí i přesný čas (s přesností na minuty), kdy byly doručeny, přičemž je zvykem, že o doručení nabídky vystaví zadavatel potvrzení s uvedením data a času, kdy byla nabídka doručena. Tímto postupem se dodržují požadavky principu transparentnosti. Nabídky, které došly po uplynutí lhůty k podání nabídek komise pro otevírání obálek podle ustanovení § 71 odst. 6 ani neotvírá a uchazeči, kteří nabídku nepodali včas, nemají právo se otevírání obálek účastnit. Zadavatel vyrozumí uchazeče, jehož nabídka nebyla podána včas, nabídku mu však nevrací, ale má povinnost ji archivovat. Je otázka, zda musí zadavatel takového uchazeče vyloučit. Mám za to, že stačí takového uchazeče pouze vyrozumět, jak je uvedeno výše, protože takový uchazeč se řízení

ani neúčastní, není ho tedy třeba vylučovat. Řízení se účastní pouze ti, kteří nabídku podali včas.

Proti nedodržení lhůty pro podání nabídek mají uchazeči možnost bránit se námitkami, a pokud jim zadavatel nevyhoví, mohou se uchazeči bránit návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele podle ustanovení § 113 ZVZ. Důsledkem nedodržení lhůty pro podání nabídek často bývá zrušení zadávacího řízení (pokud ještě nedošlo k uzavření smlouvy), viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 6. září 2005 vydané pod č.j. VZ/S120/05-151/3723/05-nl.

2.2.2 STANOVENÍ KVALIFIKAČNÍCH KRITÉRIÍ

Správné stanovení kvalifikačních kritérií (zákon používá termínu kvalifikační předpoklady, nicméně oba termíny jsou rovnocenné a oba se běžně používají) bývá společně s hodnotícími kritérii nejčastější příčinou stížností uchazečů. Kvalifikace je upravena v části druhé hlavy páté zákona o veřejných zakázkách. Rozlišujeme *základní kvalifikační předpoklady*, *profesní kvalifikační předpoklady*, *ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady* a *technické kvalifikační předpoklady*. Kvalifikační kritéria nejsou typickým nástrojem ochrany dodavatele, ba naopak, chrání především zadavatele před nabídkami uchazečů, kteří nemají dostatečné zkušenosti v poptávané oblasti, nebo jsou jinak nevhodní (např. páchali trestnou činnost v souvislosti s podnikáním, mají daňové nedoplatky, nejsou dostatečně pojištěni proti odpovědnosti za škodu s ohledem na plnění veřejné zakázky apod.). Nicméně ochrana uchazečů v případě kvalifikačních kritérií je koncipována jako ochrana před neodůvodněnými požadavky zadavatele na kvalifikaci uchazečů. Zadavatel nemůže stanovit kritéria libovolně, ale musí je stanovit přiměřené k předmětu veřejné zakázky.

Základním ustanovením, které uchazeče chrání před nepřiměřenými požadavky zadavatele je ustanovení § 50 odst. 3 ZVZ, podle kterého je veřejný zadavatel „*povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky*“. Zadavatel je tedy povinen omezit se pouze na ty požadavky, které bezprostředně s předmětem veřejné zakázky souvisejí. S předmětem veřejné zakázky budou vždy souviset základní a profesní kvalifikační předpoklady, to je dáno již zákonem, ostatní požadavky a stejně tak jejich míra musí být odůvodnitelné (zadavatel je však v zadávací dokumentaci odůvodnit nemusí).

Obvykle nenastává problém v případě základních a kvalifikačních kritérií a profesních kvalifikačních kritérií, protože ty jsou víceméně přesně stanoveny zákonem a není zde příliš prostoru pro uvážení zadavatele. Pouze v případě podlimitních zakázek (nemusí nutně jít o zjednodušené podlimitní řízení, podmínkou je podlimitní zakázka a ne druh řízení) se prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů dokazuje čestným prohlášením, pokud zadavatel nepožaduje prokázání těchto kritérií klasickým způsobem – předložením příslušných dokladů podle ustanovení § 53 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

Problémy však často nastávají v rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Tam už je dán velký prostor pro uvážení zadavatele a tím i prostor pro námitky uchazečů. V rámci ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů může zadavatel požadovat prokázání určité výše pojištění odpovědnosti za škodu způsobené třetí osobě, předložení poslední zpracované rozvahy a údaj o celkovém obratu, přičemž stanoví určitou minimální požadovanou výši těchto ukazatelů. Míra prokázání těchto kvalifikačních kritérií bude často záviset na předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Jako měřítko míry se použije ustanovení § 50 odst. 3 ZVZ. Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady „...musí být přiměřené povaze veřejné zakázky, musí být dodavatelem prokazatelné a zejména nesmí být diskriminační“¹³. Je na zadavateli, zda bude požadovat splnění kvalifikace předložením všech dokladů, nebo jen některých z nich. Je však v případě nadlimitní veřejné zakázky povinen splnění tohoto kvalifikačního předpokladu požadovat. Z ustanovení § 62 ZVZ vyplývá, že zadavatel v případě podlimitních veřejných zakázek splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů po uchazečích nemusí požadovat (to samé platí o technických kvalifikačních předpokladech). Pokud jejich splnění požaduje, nelze takový požadavek bez dalšího považovat za diskriminační.

Nejvíce sporů týkajících se kvalifikačních kritérií mezi veřejnými zadavateli a uchazeči vzniká ohledně technických kvalifikačních kritérií. Zadavatel je opět musí stanovit s ohledem na ustanovení § 50 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Význam tohoto ustanovení je evidentní právě ve vztahu k technickým kvalifikačním kritériím a většina námitek proti požadavkům na tato kritéria se opírá právě o toto ustanovení. Zákon dává veřejnému zadavateli poměrně široké možnosti, splnění jakých kritérií může po uchazečích požadovat. Pro jednotlivé druhy veřejných zakázek platí různá úprava. Zákon se tak snaží předejít příliš širokému vymezení technických kvalifikačních předpokladů a neúměrně širokému uvážení

¹³ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 234

zadavatele. Je zřejmé, že technické kvalifikační předpoklady pro veřejnou zakázku na stavební práce se musejí odlišovat od technických kvalifikačních předpokladů pro veřejnou zakázku na služby. Nicméně některá kritéria jsou podobná pro všechny druhy veřejných zakázek. Zadavatel bude velmi často požadovat předložení seznamu referenčních služeb, dodávek nebo stavebních prací za určité období. Často bývá namítána neúměrná míra (hodnota plnění zakázek) nebo počet těchto referenčních zakázek. S ohledem na míru a počet těchto referenčních zakázek poskytuje dodavateli ochranu v podstatě pouze zmiňované ustanovení § 50 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Jistou ochranu uchazečů rovněž poskytuje skutečnost, že výčet možných požadavků je taxativní a rovněž tak výčet dokladů prokazující tuto kvalifikaci je konečný (na rozdíl od úpravy ekonomických a finančních technických předpokladů, u kterých zadavatel podle ustanovení § 55 odst. 2 ZVZ je oprávněn požadovat „*rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele.*“ Zadavatel nemusí odůvodňovat v zadávací dokumentaci, proč ty které doklady požaduje předložit, ale musí být schopen doložit, že požadované doklady bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky. Rovněž tak úroveň těchto kvalifikačních předpokladů musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (ustanovení § 56 odst. 7 písm. c)).

Závěrem k problematice kvalifikačních kritérií je možné zmínit se o alternativě prokazování základních a profesních kvalifikačních kritérií doklady uvedenými v ustanovení § 53 odst. 2 a § 54 ZVZ, a to prokazování těchto kritérií pomocí výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů (§ 125 – 132 ZVZ). Bylo by nad rámec této práce podrobně se zabývat fungováním tohoto systému a jeho správou, a proto postačí uvést, že výpis z tohoto seznamu nahrazuje ty doklady, kterými se prokazuje splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů. Pro dodavatele, který se často účastní veřejných zakázek, je tato alternativa výhodná a administrativně mnohem méně náročná. Výpis ze seznamu lze využít u nadlimitních i podlimitních veřejných zakázek. Je však zajímavá otázka, zda lze tohoto výpisu využít i pro řízení v případě veřejných zakázek malého rozsahu. Veřejné zakázky malého rozsahu se nezadávají podle zákona o veřejných zakázkách, přičemž institut výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů je institut patřící čistě do tohoto zákona. Pro veřejné zakázky malého rozsahu platí pouze ustanovení § 6 ZVZ. Z takto formulovaných tezí vyplývá, že zadavatel veřejné zakázky malého rozsahu takto prokazovanou kvalifikaci nemusí uznat. Nicméně na druhou stranu je třeba si uvědomit, že výpis zkrátka prokazuje splnění základních a profesních kvalifikačních kritérií, a o tom nemůže být pochyb. Předloží-li tedy

dodavatel tento výpis, kvalifikaci prokáže, neprokáže ji pouze přesně stanovenými doklady. Otázka tedy zní, zda zadavatel může vyloučit uchazeče, který nepochybně splňuje kvalifikaci, ale prokazuje ji jinými doklady. Mám za to, že zadavatel by takového uchazeče vyloučit neměl, nicméně jsem si vědom toho, že můj názor zřejmě bude menšinový. Mohlo by být považováno za diskriminační vyloučit uchazeče, který stejně jako ostatní bezpochyby kvalifikaci splnil. Je dále třeba si uvědomit, že zadávací řízení v případě veřejných zakázek malého rozsahu je daleko méně formální a poskytuje zadavateli mnohem větší míru uvážení než řízení podle ZVZ. Účelem zadávacího řízení je vybrat nejvhodnějšího dodavatele, proto by bylo proti účelu zadávacího řízení vyloučit uchazeče, který splňuje kvalifikační kritéria, což prokázal a mohl by být nejvhodnějším dodavatelem.

2.2.3 STANOVENÍ TECHNICKÝCH PODMÍNEK

Technické podmínky jsou podmínky týkající se provedení, technických vlastností a charakteristik plnění veřejné zakázky. Tyto podmínky nejsou součástí prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů a nejsou ani předmětem hodnocení. Jde o vlastnosti předmětu plnění, které z nějakých objektivních důvodů zadavatel požaduje. Jsou jinak vymezeny pro dodávky, služby a stavební práce. Nejpodrobněji se předpokládá jejich vymezení pro stavební práce, když podle ustanovení § 45 odst. 2 se technickými podmínkami v případě zakázek na stavební práce rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce.

Dodavatelé zde poskytují ochranu před libovolným postupem zadavatele zejména ustanovení § 45 odst. 3 ZVZ. Podle něj nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Z uvedeného plyne že, ustanovení specifikuje především princip zákazu diskriminace a princip rovného přístupu. Technické podmínky nesmějí žádného dodavatele zvýhodňovat. Zároveň nesmějí bezdůvodně klást překážky hospodářské soutěži – nesmějí bezdůvodně upřednostňovat jedno technické řešení před jiným rovnocenným řešením. V praxi ÚOHS velmi často rozhoduje v případech, kdy stěžovatel namítá nesprávné a diskriminační stanovení technických podmínek, přičemž stížnosti se opírají o zmíněné ustanovení a podpůrně rovněž o ustanovení § 6 ZVZ, když je namítáno porušení zákazu diskriminace.

2.2.4 STANOVENÍ HODNOTÍCÍCH KRITÉRIÍ

Hodnotící kritéria jsou ukazatele, na základě kterých zadavatel vybere nejvhodnější nabídku. Jsou to určité vlastnosti nebo kritéria, které se vztahují k nabízenému plnění veřejné zakázky. Rozlišují se dvě základní hodnotící kritéria, jejichž výčet je taxativní – prvním je *ekonomická výhodnost nabídky* a druhým je *nejnižší nabídková cena*. Zadavatel si zásadně může vybrat, které základní hodnotící kritérium si zvolí (s výjimkou soutěžního dialogu, kde obligatorně volí kritérium ekonomické výhodnosti nabídky).

V případě nejnižší nabídkové ceny nevznikají o hodnocení nabídek spory, protože o výběru nejvhodnější nabídky rozhoduje pouze cena nabízeného plnění. To je dostatečně a maximálně transparentní a objektivní hodnotící kritérium, a pokud zadavatel dostatečně přesně stanovil předmět veřejné zakázky tak, aby nebylo třeba provádět dodatečné práce, není prostor pro jakékoliv nerovné či diskriminační zacházení s uchazeči. Výběrem tohoto hodnotícího kritéria je bez dalšího dodavateli poskytnuta potřebná ochrana před nesprávným postupem zadavatele (samozřejmě pokud nedojde k neoprávněné manipulacemi s nabídkami apod., ale to už nesouvisí s výběrem hodnotících kritérií).

Složitější je situace, pokud zadavatel vybere jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky. Výběr tohoto kritéria se předpokládá v případě veřejných zakázek se složitějším plněním. Toto kritérium se skládá z dílčích hodnotících kritérií vymezených v zadávací dokumentaci, přičemž zákon uvádí pouze jejich příkladný výčet. Jedním dílčím hodnotícím kritériem musí být nabídková cena. Výběr nejvhodnější nabídky tedy vždy musí záviset na nabídkové ceně. Každému dílčímu kritériu je určena váha, jakou bude mít při hodnocení a která je vyjádřena v procentech. V zájmu transparentnosti je také třeba, aby zadavatel v zadávací dokumentaci (nebo výzvě či oznámení) uvedl, jakým způsobem bude hodnotící kritéria hodnotit (např. bodovací metoda apod.). Výběrem hodnotících kritérií se dá velmi snadno ovlivnit výběr dodavatele a rázem se může stát, že je vybrána nabídka uchazeče s nejvyšší nabídkovou cenou (což ovšem nemusí být špatně, pokud kvalita nabízeného plnění cenu převyšuje)¹⁴. Ochrana dodavatele týkající se výběru hodnotících kritérií je velmi slabá.

¹⁴ Dovolím si z vlastní zkušenosti uvést příklad špatného výběru dílčího hodnotícího kritéria: ve veřejné zakázce na služby zadavatel zvolil ekonomickou výhodnost nabídky a určil dvě dílčí hodnotící kritéria – *nabídkovou cenu (50 %)* – *sazba za 1 hodinu poskytování služby a čas potřebný k posouzení zákonnosti vzorové zadávací*

Dodavatelé námítky obvykle opírají o princip transparentnosti, protože zákon neposkytuje ani přibližný návod, jaké hodnotící kritérium by mělo mít jakou hodnotu a omezuje se na konstatování, že dílčí hodnotící kritérium se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Do budoucna by bylo zřejmě vhodné, aby zákon stanovil alespoň nějaké limity pro zadavatele, které musí při stanovení hodnotících kritérií dodržet. Velmi problematická jsou kritéria např. *kvalita předložených vzorků, úroveň vzorových dokumentů, estetické vlastnosti* apod. Všechna tato kritéria jsou do jisté míry subjektivní a neurčitá, přitom zákon je v ustanovení § 78 odst. 4 přímo nabízí. Zákon ani nepožaduje podrobné vymezení těchto kritérií. Co tedy zadavatel hodnotí v rámci např. funkčních vlastností je na jeho uvážení a objektivita takového hodnocení je problematicky přezkoumatelná. Jistou brzdou v takto volné úvaze zadavatele je rozhodovací praxe ÚOHS, která do jisté míry volné uvážení zadavatele koriguje. Např. podle rozhodnutí ÚOHS ze dne 15.3.2005 vydaného pod č.j. VZ/S11/05-151/1098/05-SH „*pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality*“. Hodnotící kritéria nejen že se musejí týkat nabízeného plnění, ale musejí se týkat přímo jeho kvality. Podle rozhodovací praxe dále musí být počet dílčích kritérií přiměřený požadovanému plnění a váha jednotlivých dílčích kritérií by měla odpovídat jejich významu.

ESD ve vztahu k hodnotícím kritériím opakovaně zdůraznil, že hodnocení nabídek a posuzování kvalifikace od sebe musí být jasně hodnoceny¹⁵. Kvalifikační kritérium nemůže být předmětem hodnocení. V tom spočívá další významné omezení zadavatele. Zákon o veřejných zakázkách toto pravidlo uvádí v ustanovení § 50 odst. 4, což je významný pokrok oproti zákonům účinným před zákonem č. 137/2006 Sb. Dále ESD ve své rozhodovací praxi zdůrazňuje např. pravidlo, že zadavatel při hodnocení musí brát v úvahu pouze v zadávací dokumentaci stanovená hodnotící kritéria, nesmí přihlížet k žádným jiným vlastnostem

dokumentace a doručení zpracovaného výstupu zadavateli (50 %). Zadavatel byl veden myšlenkou, že pokud cena plnění bude znamenat o to větší rychlost při poskytování služby, bude pro něj plnění ve skutečnosti levnější. Vyhrál uchazeč, jehož nabízená cena byla více než dvojnásobná oproti ostatním, nicméně uvedl poměrně nereálný čas pro zpracování výstupu, který se rovnal zhruba třetině průměrného času ostatních (nějakým způsobem se uchazeči povedlo tuto lhůtu vysvětlit, resp. zadavateli se nepodařilo prokázat, že tato lhůta je nesmysl). Samotná lhůta plnění veřejné zakázky přitom nijak nezávisela na čase, který uchazeč uvedl jako hodnotící kritérium a nebyl jím nijak vázán. S ohledem na charakter služby přitom bylo zřejmé, že čas potřebný pro její poskytnutí se nebude u jednotlivých uchazečů příliš lišit (například uchazeč těžko ovlivní rychlost právního dohledu nad jednáním hodnotící komise). Zadavatel tak nyní zřejmě platí přibližně 5.500,- Kč za hodinu právních služeb pouze z toho důvodu, že špatně stanovil dílčí hodnotící kritéria.

¹⁵ Např. Rozhodnutí ESD C-315/01 ze dne 19.6.2003

nabízeného plnění¹⁶. Ostatně judikatura ESD týkající se hodnotících kritérií je poměrně bohatá. jako další významná rozhodnutí lze uvést např. případy C-448/01, C-247/02, C-331/04, C-158/03 a další.

Při samotném hodnocení nabídek je pak ochrana uchazečů garantována tím, že na složení hodnotící komise jsou kladeny poměrně přísné podmínky a každý z členů komise je povinen podepsat čestné prohlášení o své nepodjatosti. Zákon svými požadavky na složení hodnotící komise zajišťuje i její jistou odbornost (je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, musí mít aspoň třetina členů hodnotící komise příslušnou odbornost).

2.2.5 OMEZENÍ POČTU ZÁJEMCŮ

Omezování počtu zájemců je institut, který se použije pouze u některých druhů zadávacího řízení, a to v případě užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním a soutěžním dialogu. Smyslem institutu je zredukovat počet zájemců ještě než se přistoupí k podání a hodnocení nabídek. Přistupuje se k němu po prokázání kvalifikace a omezení se provádí na základě objektivních kritérií pro omezení počtu zájemců. Základním požadavkem tedy je, aby tato kritéria byla objektivní, což znamená, že musí být rovná, transparentní a nediskriminační. Zákon kupodivu upravuje ochranu zájemce daleko podrobněji, než je upravena ochrana uchazečů v případě výběru hodnotících kritérií. Zadavatel musí při stanovení těchto kritérií dodržet ustanovení § 61 odst. 2 ZVZ. Podle něj musí být kritéria stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění, musí být v souladu se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace a musí odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních nebo technických kvalifikačních předpokladů. V zásadě se omezení počtu uchazečů provádí podle míry splnění příslušné kvalifikace. Poměrně diskutabilní je pak ustanovení § 61 odst. 4, podle kterého objektivním kritériem je i náhodný výběr provedený losem. Lze pochybovat o transparentnosti takového postupu, nicméně nelze mu upřít notnou dávku principu rovnosti. Z médií je navíc dobře znám případ z poloviny roku 2007 – výběrové řízení na stavbu sportovní haly v Karlových Varech, ve kterém proběhlo omezování počtu zájemců losem, přičemž samotné losování se provedlo značně netransparentně, a ÚOHS zadavateli nakonec uložil poměrně vysokou pokutu. Případ je

¹⁶ Např. Rozhodnutí ESD C-87/94 ze dne 25.4.1995

veřejnosti dobře znám především díky tomu, že losování bylo natočeno. nicméně je vidět, že zmanipulovat lze i samotné losování.

2.2.6 DODATEČNÉ INFORMACE

Díky poskytování dodatečných informací je dodavatelům poskytnuta možnost požadovat objasnění a upřesnění informací uvedených v oznámení, výzvě nebo zadávací dokumentaci. Zároveň dodavatel má možnost sám upřesnit zadávací dokumentaci a předejít tak zrušení zadávacího řízení z důvodů nepodstatných nebo formálních vad zadávací dokumentace. Je však třeba si uvědomit, že změnou zadávací dokumentace často dojde i ke změně zadávacích podmínek. Ochrana uchazečů tedy musí směřovat k tomu, aby zadavatel nemohl dodatečnými informacemi měnit zadávací podmínky libovolně a zároveň aby se všichni známí dodavatelé včas o těchto změnách a informacích dozvěděli. Institut dodatečných informací je upraven v ustanovení § 49 ZVZ. V zájmu ochrany zadavatele je poskytování dodatečných informací limitováno lhůtami tak, aby ostatní dodavatelé mohli na změny a informace dostatečně včas zareagovat. Zákon tedy upravuje lhůtu, kdy nejpozději před koncem lhůty pro podání nabídek může uchazeč o dodatečné informace požádat a rovněž lhůtu, ve které musí zadavatel uchazeči informace poskytnout. Zadavatel je dále povinen dodatečné informace doručit všem uchazečům, kteří požádali o poskytnutí zadávací dokumentace (u nich lze předpokládat, že mají zájem o předložení nabídky a proto jsou pro ně dodatečné informace významné. Zároveň je povinen dodatečné informace uveřejnit stejným způsobem, jakým poskytl dálkový neomezený přístup k zadávací dokumentaci. Pokud totiž zadavatel neomezený přístup k zadávací dokumentaci poskytl, nemůže vědět, kdo má zájem se veřejné zakázky účastnit, proto je třeba, aby tyto informace byly stejně přístupné jako zadávací dokumentace. Samozřejmě se může stát, že zadavatel přímý přístup k zadávací dokumentaci neposkytne a přesto se veřejné zakázky bude účastnit uchazeč, který o zadávací dokumentaci nepožádal (žádost o zadávací dokumentaci není podmínkou účasti v zadávacím řízení). K tomuto problému je nutné přistupovat tak, že riziko, že se uchazeč dodatečné informace nedozví, nese sám uchazeč.

2.2.7 OTEVÍRÁNÍ OBÁLEK S NABÍDKAMI

Institut otevírání obálek s nabídkami je jeden z mála, jehož opravdu primárním a hlavním účelem je chránit dodavatele. Požadavky zákona na velmi formální postup pro tento úkon zadavatele mají maximálně snížit riziko neoprávněné manipulace s nabídkami a jsou vyjádřením principu transparentnosti zadávacího řízení. Základem tohoto institutu je to, že zadavatel ani komise pro otevírání obálek nesmí otevřít obálku s nabídkou před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Jistotu objektivního přístupu zadavatele by mělo uchazečům poskytovat i to, že zákon požaduje, aby otevírání obálek prováděla nejméně tříčlenná komise. Otevírání obálek je prováděno za účasti zástupců dodavatelů, kteří včas předložili nabídky. V praxi pro zajištění větší transparentnosti se otevírání obálek koná obvykle bezprostředně po uplynutí lhůty pro podání nabídek (často např. již 30 min. po uplynutí lhůty), nicméně lhůta, kterou pro otevírání obálek s nabídkami poskytuje zákon je poměrně dlouhá. Podle ustanovení § 71 odst. 1 musí být obálky otevřeny nejpozději do 30 dnů po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

2.2.8 UZAVŘENÍ SMLOUVY

I samotný proces uzavírání smlouvy obsahuje podmínky, které chrání dodavatele. V případě uzavření smlouvy totiž končí doba, kdy je možné zadávací řízení zrušit. Ani ÚOHS, pokud došlo k uzavření smlouvy, nemůže zadavateli uložit povinnost zadávací řízení zrušit. Proto je třeba, aby po výběru nejvhodnější nabídky byl dán ostatním uchazečům prostor vyjádřit se tomuto úkonu zadavatele (podat námitky). Je proto stanovena lhůta, ve které zadavatel ještě nemůže uzavřít s vítězným uchazečem smlouvu. Zadavatel nesmí před uplynutím lhůty pro podání námitek s vítězným uchazečem uzavřít smlouvu (§ 82 odst. 1 ZVZ). Pokud byly podány námitky a zadavatel námitkám nevyhoví, počíná běžet další lhůta podle ustanovení § 111 odst. 5 ZVZ, která je shodná se lhůtou pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (v zásadě 10 dnů). Touto lhůtou je umožněno uchazeči podat návrh ÚOHS aniž by zadavatel uzavřením smlouvy mohl zmařit účel tohoto návrhu. Je-li návrh podán včas, nesmí zadavatel ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení. Tato lhůta zase zabraňuje zadavateli zmařit účel řízení před ÚOHS a ÚOHS má dostatek času vydat podle ustanovení § 117 předběžné opatření, kterým může zadavateli zakázat uzavřít smlouvu. Ač je tato úprava na první pohled složitá, při bližším zkoumání vyjde najevo, že je logická a efektivní. Lhůta, ve které zadavatel nemůže uzavřít smlouvu, se několikrát prodlužuje s ohledem na vývoj zadávacího řízení a řízení o

přezkoumání úkonů zadavatele, a to vždy pouze minimálně na nezbytnou dobu. Zadavatel tak není bezdůvodně blokován v uzavření smlouvy a dodavatel má přitom dostatek času na účinnou obranu.

2.2.9 DALŠÍ INSTITUTY

V zadávacím řízení je však možné najít i další ustanovení, která dodavatele chrání před libovolným postupem zadavatele (vyjma části páté zákona). Takovými ustanoveními jsou například podmínky pro použití některých druhů zadávacích řízení – zejména jednacího řízení bez uveřejnění. Tento méně formální druh zadávacího řízení může zadavatel použít pouze ve výjimečných případech stanovených zákonem. Jednací řízení zadavatel zahajuje oznámením úmyslu zadat veřejnou zakázku, což zadavatel oznamuje zájemci nebo omezenému počtu zájemců. Tímto postupem je vyloučena účast jiných dodavatelů v zadávacím řízení, proto musí být splněny specifické podmínky pro jeho použití (bližší ustanovení § 23 zákona o veřejných zakázkách). Jistou ochranu dále poskytuje dodavatelům ustanovení § 38 odst. 3, které zadavateli zakazuje opakovaně vyzývat stejný okruh zájemců ve zjednodušeném podlimitním řízení. Tímto ustanovením je prosazována především zásada rovnosti, nejde o typický institut ochrany dodavatele.

3. ORGÁNY POSKYTUJÍCÍ OCHRANU PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE

Zadavatel je v zadávacím řízení vázán zákonem a je tudíž třeba, aby existoval orgán či více orgánů, které mohou jeho nezákonné jednání postihnout. Bez možnosti dodavatele obrátit se na příslušný orgán, který je schopen poskytnout mu ochranu před nezákonným postupem zadavatele, by ochrana dodavatele vlastně vůbec neexistovala a zákon by byl nevynutitelný. Právo veřejných zakázek je poměrně specifický právní obor a vyžaduje i specializaci orgánu, který je pro přezkoumání úkonů zadavatele příslušný. Rovněž zde hraje velkou úlohu rychlost rozhodování, protože plnění, které je předmětem veřejné zakázky, je často nutné pořídit rychle a delší prodleva by mohla znamenat velké ztráty. Orgánem, který je primárně povolán k rozhodování ve věcech veřejných zakázek, je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže sídlící

v Brně. Tento orgán je příslušný k přezkoumání úkonů zadavatele a může mu v určitých případech ukládat sankce. Nemůže ukládat sankce dodavatelům. Existují však i další instituce, které mají působnost v oblasti veřejných zakázek. Jsou jimi především soudy ve správním soudnictví. Rozhodnutí ÚOHS je soudně přezkoumatelné. Orgánem dohledu je však i Nejvyšší kontrolní úřad, který v rámci kontroly hospodaření s veřejnými prostředky může přezkoumávat i zadávací řízení konaná kontrolovaným orgánem (ve struktuře NKÚ je oddělení kontroly investic a veřejných zakázek).

3.1 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je podle ustanovení § 1 odst. 1 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, v platném znění, ústředním orgánem státní správy pro podporu a ochranu hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování. Podle § 2 odst. 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb. vykonává Úřad dohled při zadávání veřejných zakázek. Dohled v této oblasti ÚOHS vykonává od roku 1995. Podle ustanovení § 112 ZVZ ÚOHS vykonává dohled nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách, při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6 ZVZ. Odstavec druhý ustanovení § 112 vyjmenovává jednotlivé úkoly Úřadu v oblasti veřejných zakázek. ÚOHS vydává předběžná opatření, rozhoduje o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se ZVZ, ukládá nápravná opatření a sankce, projednává správní delikty podle zákona o veřejných zakázkách, kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zvláštního předpisu a plní další úkoly, stanoví-li tak zvláštní zákon. Působnost ÚOHS v oblasti veřejných zakázek je tedy stanovena především dvěma zákony – v obecné rovině v zákoně o působnosti ÚOHS a podrobněji v zákoně o veřejných zakázkách (tato ustanovení jsou k obecným ve vztahu speciality). Jistou dílčí působnost vykonává i podle jiných zákonů, např. podle zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole (§ 112 odst. 2 písm. e) ZVZ), v některých případech postupuje podle správního řádu. Rovněž je třeba zmínit dvě směrnice, které mají určitý vliv na činnost ÚOHS v oblasti zadávání veřejných zakázek, a to Směrnici Rady č. 89/665, ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce a Směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se použití předpisů Společenství o postupech při zadávání veřejných zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky,

dopravy a telekomunikací. Evropské předpisy však členským státům ponechávají velký prostor pro vlastní systém přezkumu a harmonizace je v této oblasti minimální.

Vzhledem k tomu, že ÚOHS je obecným orgánem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, neomezuje se jeho role pouze na přezkum úkonů zadavatele v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, což je ve skutečnosti správní řízení. ÚOHS jako obecný orgán dohledu rovněž monitoruje dodržování zákona o veřejných zakázkách a vyhodnocuje a zabývá se podněty, které získal ať již ze své činnosti nebo od jiných osob. Nicméně základ jeho činnosti v oblasti veřejných zakázek lze spatřovat v přezkumu úkonů zadavatele, které jsou většinou zahájeny na návrh dodavatele.¹⁷ V rámci přezkumu ÚOHS zejména rozhoduje o tom, zda byl v zadávacím řízení porušen zákon, dále vydává předběžná opatření podle ustanovení § 117 zákona o veřejných zakázkách, ukládá nápravná opatření podle ustanovení § 118 ZVZ nebo pokuty podle ustanovení § 120 odst. 2 ZVZ a projednává správní delikty podle ustanovení § 120 zákona o veřejných zakázkách. V konkrétním řízení může ÚOHS využít všech těchto pravomocí, nežádka využije i všechny z nich.

3.2 Soudy

S ohledem na to, že řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže je správním řízením (je rovněž dvoustupňové), mají soudy úlohu jako v běžném správním řízení. O žalobách proti rozhodnutí ÚOHS rozhodují správní soudy podle soudního řádu správního. Soudní řízení bude v případě veřejných zakázek dvoustupňové, přičemž půjde o řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu podle ustanovení § 65 a n. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, v platném znění. Těžko si lze představit jiný druh soudního řízení správního ve věcech veřejných zakázek, než tento. Čistě v teoretické rovině by přicházela v úvahu žaloba proti nečinnosti, nicméně v tomto řízení by soud stejně nepřezkoumával hmotněprávní stránku veřejné zakázky, ale omezil by se na zkoumání toho, zda má ÚOHS povinnost vydat rozhodnutí. Nicméně v praxi k takovému případu zřejmě nedojde. V prvním stupni rozhoduje o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu krajský soud. Ze zákonem stanovených důvodů se strana soudního řízení může domáhat zrušení soudního rozhodnutí, a to prostřednictvím kasační stížnosti podle ustanovení § 102 a násl. soudního řádu správního. O kasační stížnosti

¹⁷ Statistiky jsou dostupné na webových stránkách ÚOHS (www.compet.cz)

rozhoduje Nejvyšší správní soud. Pro praxi existuje poměrně bohatá judikatura správních soudů ve věcech veřejných zakázek a to svědčí o tom, že dodavatelé poměrně často využívají ochrany poskytované v soudním řízení.

Nevýhodou soudní ochrany ve věcech veřejných zakázek je to, že postrádá onu vysokou rychlost a efektivitu ochrany před ÚOHS. Soudní ochrana nepočítá s ochrannými lhůtami, po které by zadavatel nemohl uzavřít smlouvu. S ochranou v soudním řízení správním se zkrátka počítá s jinými případy, než jsou veřejné zakázky, proto se jeví pro tuto oblast jako nevhodná. Ostatně je i poněkud nestandardní, že zde správní soudy rozhodují podle práva, které je považováno za právo obchodní a tedy soukromé.

Velkým rozdílem oproti řízení před ÚOHS je postavení stran. Postavení žalovaného zde totiž má ÚOHS a ne zadavatel, byť i ten se bude zpravidla řízení účastnit (jako osoba zúčastněná). Žalobu může podat i zadavatel a ne jenom dodavatel, to je také podstatná odlišnost od řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

3.3 Nejvyšší kontrolní úřad

Dalším orgánem, který se v rámci své pravomoci zabývá postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek, je Nejvyšší kontrolní úřad. NKÚ je nezávislý kontrolní orgán, jehož nezávislost je podtržena tím, že jeho působnost je v obecné rovině stanovena přímo Ústavou (čl. 97), což je oproti ostatním nejvyšším kontrolním orgánům v okolních zemích poměrně neobvyklé. Podle čl. 97 Ústavy je Nejvyšší kontrolní úřad nezávislý orgán, který vykonává kontrolu hospodaření se státním majetkem a plnění státního rozpočtu. Podrobně je působnost NKÚ stanovena zákonem č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu. Kontrolu zadávacích řízení NKÚ provádí v rámci kontroly hospodaření se státním majetkem. Je to pouze jedna z dílčích oblastí kontroly a navíc ne každá kontrolní akce (NKÚ každoročně sestavuje kontrolní plán, který se skládá z jednotlivých kontrolních akcí) je zaměřena i na veřejné zakázky. NKÚ se může zaměřit u konkrétního subjektu třeba pouze na jednu transakci (např. dobře známý případ nákupu letounů JAS 39 Gripen Ministerstvem obrany¹⁸). Kontrola zadávacích řízení je tedy pouze jedna z mnoha oblastí, na které se NKÚ při kontrole

¹⁸ Podrobněji např. *Podrobná informace z ukončené kontrolní akce č. 06/19* na www.nku.cz, nebo kontrolní závěr č. 06/19 zveřejněný ve Věstníku NKÚ 2/2007

hospodaření zaměřuje. Zjistí-li nedostatky, nemůže ukládat sankce či nápravná opatření, pouze nedostatky konstatuje a zveřejňuje kontrolní závěr. V oblasti veřejných zakázek je postavení NKÚ spíše okrajové. Veřejnými zakázkami se z hlediska struktury NKÚ zabývá pouze jedno oddělení.

4 PŮSOBNOST ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

Již výše bylo uvedeno, že hlavním orgánem, do jehož působnosti patří přezkum úkonů zadavatele v zadávacím řízení, je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Do působnosti ÚOHS patří i jiné oblasti, nicméně dále se budeme zabývat pouze jeho působností týkající se veřejných zakázek. V následujících podkapitolách budou objasněny předpoklady, které musí být splněny, aby ÚOHS mohl v konkrétním případě přezkoumat úkony zadavatele, a bude popsáno přezkumné řízení a instituty s ním související.

4.1 Předpoklady výkonu dohledu

Hlava II. části páté zákona o veřejných zakázkách je pojmenována dohled nad dodržováním zákona a upravuje tu část práva veřejných zakázek, která se týká působnosti ÚOHS. Upravuje tedy působnost Úřadu. Jeho působnost tedy spočívá v dohledu a při výkonu dohledu ÚOHS podle ustanovení § 112 odst. 1 ZVZ přezkoumává úkony zadavatele – přesněji zákonnost úkonů zadavatele. Nicméně než ÚOHS může svoji působnost vykonávat (než se tedy veřejná zakázka dostane před ÚOHS), je třeba, aby byly splněny některé podmínky týkající se konkrétního zadávacího řízení. ÚOHS totiž sám od sebe úkony zadavatele nepřezkoumává a ve většině zadávacích řízení k fázi před ÚOHS vůbec nedojde.

S určitými odchylkami můžeme najít několik předpokladů výkonu dohledu. Jedním z nich je podání námitek uchazečem. Aniž byly podány námitky a vyřízeny zákonem předpokládaným způsobem, nelze zahájit řízení o přezkoumání úkonů zadavatele na návrh uchazeče (ÚOHS však může zahájit řízení z moci úřední). Dalším předpokladem je kauce, což je určitá pojistka, která má zabránit zjevně bezdůvodným návrhům na zahájení nezkumného řízení. Mezi předpoklady však můžeme zařadit i lhůtu, ve které musí být návrh podán a doručen ÚOHS.

4.1.1 NÁMITKY

Řízení o námitkách je fáze zadávacího řízení, která se ještě odehrává před zadavatelem. Podle ustanovení § 110 odst. 1 ZVZ může zdůvodněné námitky zadavateli podat „ *kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech*“. Toho, kdo podá námitky, zákon označuje jako „stěžovatel“. Přesto, že zákon přímo nedefinuje pojem námitky, poměrně jasně upravuje, jak mají vypadat a jak se podávají. Z citovaného ustanovení vyplývá, že námitky se podávají zadavateli, že je může podat dodavatel, kterému hrozí nebo již vznikla újma v důsledku (domnělého) porušení zákona zadavatelem, a že musí být odůvodněné. V dalších odstavcích je uvedeno, v jaké lhůtě se námitky podávají a podrobně jsou stanoveny obsahové náležitosti námitek.

Námitky mohou směřovat i proti úkonu zadavatele, který zadavatel učinil i mimo zadávací řízení, pokud tento úkon podle stěžovatele porušuje zákon a týká se veřejné zakázky. Takovým úkonem může například být využití některé z výjimek podle ustanovení § 18 ZVZ a zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení¹⁹. Pokud zadavatel hodlá zadat veřejnou zakázku mimo zadávací řízení, ač k tomu nejsou předpoklady podle zákona o veřejných zakázkách, porušuje tím zákon a dodavatel může podat námitky. Stěžovatel podle výše citovaného ustanovení musí nebo musel mít zájem na získání veřejné zakázky, aby mohl námitky podat. Námitky obvykle budou směřovat proti úkonu zadavatele, ke kterému dochází při zadávacím řízení, kterého se účastní i stěžovatel. Už z toho jasně plyne, že takový stěžovatel má zájem na získání veřejné zakázky a v takovém případě tento zájem nemusí dále prokazovat. Problematictější je situace, kdy se stěžovatel neúčastnil zadávacího řízení. K tomu může dojít například tak, že zadavatel porušil povinnost zveřejnit výzvu či oznámení, stěžovatel se o veřejné zakázce včas nedozvěděl, nepodal nabídku a řízení se tak neúčastní. V takovém případě již bude namísto prokazovat, že měl zájem se veřejné zakázky účastnit. Takový zájem těžko prokáže např. stěžovatel, jehož předmět činnosti se zcela liší od předmětu

¹⁹ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 405

plnění veřejné zakázky (i zde je však nutné počítat s tím, že dodavatel může kvalifikační předpoklady zásadně prokázat i pomocí subdodavatele).

Podle ustanovení § 110 odst. 3 ZVZ se námitky podávají ve lhůtě 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Toto ustanovení lze považovat za obecné k ustanovení § 110 odst. 4 ZVZ, které specificky upravuje námitky proti některým vybraným úkonům zadavatele. Námitky musejí být do patnácti dnů zadavateli doručeny, nestačí je podat k poštovní přepravě. Jde tedy o lhůtu hmotněprávní. Další charakteristikou této lhůty je to, že jde o lhůtu subjektivní – lhůta počíná běžet ode dne, kdy se stěžovatel o důvodu námitek dozvěděl. S ohledem na to, že zákon neobsahuje speciální úpravu počítání lhůt, použije se úprava podle občanského zákoníku. Lhůta tedy počíná běžet dnem následujícím po rozhodné události. Pokud se tedy dodavatel o porušení zákona dozví 10. února, námitky musí být doručeny nejpozději 25. února. Pokud konec lhůty připadne na sobotu, neděli či svátek, je posledním dnem lhůty následující (nejbližší) pracovní den. Lhůta je prekluzivní. Zatímco počítání lhůt je jednoznačné, nemusí být vždy jednoznačný okamžik, kdy se dodavatel o porušení zákona dozví. Tímto dnem bude obvykle den, kdy mu např. bylo doručeno rozhodnutí, které podle dodavatele porušuje zákon. Zde je však nutné zdůraznit, že úkony zadavatele nejsou klasickým rozhodnutím podle správního práva. Nelze u nich hovořit o právní moci. Dodavatelům se u významnějších úkonů zadavatele doručuje pouze oznámení o úkonu nebo o rozhodnutí, nikoliv rozhodnutí samotné. Nepodaří-li se doručit oznámení, nejde o překážku dalšího postupu zadávacího řízení. Okamžik, kdy počne běžet patnáctidenní lhůta, bude obvykle spadat v okamžik, kdy dodavatel obdrží oznámení o úkonu zadavatele, které porušuje zákon. Pokud se o úkonu dozví jinak (např. pouze telefonicky), ač se oznámení o úkonu doručuje, patnáctidenní lhůta počne běžet až od skutečného doručení oznámení. Dodavatel se totiž o úkonu musí dozvědět takovým způsobem a dostatečně podrobně, aby mohl podat námitky, které splňují všechny zákonné požadavky. Takovým požadavkem bude například přesné označení úkonu, který dodavatel námitkami napadá - bez písemného oznámení dodavatel zřejmě těžko úkon přesně označí. Dostatečným podkladem pro podání námitek bude zřejmě až oznámení o příslušném úkonu zadavatele, (pokud se ovšem úkon oznamuje). Výše uvedené pravidlo bude například aplikovatelné v případě rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, které se podle ustanovení § 84 odst. 8 písemně oznamuje všem známým uchazečům. K této úvaze lze dojít z obecné rozhodovací praxe soudů o subjektivní lhůtě (např. rozhodnutí bývalého Nejvyššího soudu Rv II 126/31 a mnohá další navazující

rozhodnutí - stanovisko bývalého Nejvyššího soudu SSR Cpj 10/83 publikované ve Sb. NS 84 nebo rozhodnutí Nejvyššího soudu Rc 38/75 publikované ve Sb. NS 75 atd.), přičemž se domnívám, že soudní výklad subjektivní lhůty lze analogicky aplikovat i na lhůtu podle ustanovení § 110 odst. 3 ZVZ. Velké množství úkonů zadavatele se však písemně neoznamuje a bude na dodavatelích, aby prokázal, kdy se o úkonu dozvěděl, a že námitky podává včas. Důkazní břemeno je na dodavatelích, což výslovně uvádí i ustanovení § 110 odst. 6 věta druhá ZVZ, podle kterého stěžovatel v námitkách musí uvést skutečnosti, rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o porušení zákona dozvěděl. Tím jsou na dodavatele kladeny poměrně velké nároky, protože zejména dozví-li se o úkonu s delší časovou prodlevou, bude obtížně prokazovat, že nevěděl o porušení zákona dříve. Nicméně ne vždy bude okamžik, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona dozvěděl, spadat v jedno s okamžikem, kdy mu byl doručen dokument, z kterého plyne porušení zákona zadavatelem. K tomu lze uvést například rozhodnutí ÚOHS o rozkladu ze dne 13. září vydané pod č.j. R130/2007/03-16932/2007/310-Šp, podle kterého *„okamžik seznámení uchazeče se zadávací dokumentací nelze bez dalšího ztotožňovat s okamžikem, kdy se tento uchazeč dozví o domnělém porušení zákona.... Je logické, že uchazeči budou s ohledem na složitost veřejné zakázky potřebovat určitý čas k prostudování zadávací dokumentace.“* Dále se v citovaném rozhodnutí uvádí, že *„nestačí pouze uvedení data společně s tvrzením, že se uchazeč v daný den dozvěděl o porušení zákona zadavatelem, ale současně je třeba vznik povědomosti o porušení zákona pomocí rozhodných skutečností prokazatelně doložit. Jestliže například pochybnosti o zákonnosti obsahu zadávací dokumentace vyvstaly teprve po odborné analýze, měl by uchazeč nejen identifikovat subjekt, s nímž zadávací dokumentaci konzultoval, ale také doložit, kdy tato konzultace proběhla“.* Okamžik začátku běhu patnáctidenní lhůty je tedy nutné posuzovat s ohledem na konkrétní okolnosti, z jakých porušení zákona zadavatelem plyne. Nelze se spokojit s tím, že tento okamžik spadá v jedno s okamžikem doručení oznámení o napadeném úkonu zadavatele.

Podle ustanovení § 110 odst. 4 *„námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení“.* Toto ustanovení je speciální k ustanovení předchozímu. V případě těchto dvou úkonů zadavatele lhůta k podání námitek není subjektivní, ale objektivní. Tyto dva úkony jsou jedny z nejvýznamnějších rozhodnutí zadavatele a lhůta pro podání námitek má v těchto případech

zvláštní význam. Zadavatel nesmí před uplynutím této lhůty uzavřít smlouvu nebo zrušit zadávací řízení. Tím je zajištěno, aby uzavřením smlouvy nedošlo ke zmaření účelu námitek.

Odstavec šest ustanovení § 110 ZVZ podrobněji upravuje náležitosti námitek. Stěžovatel musí v námitkách uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují, v čem je spatřováno porušení zákona, jaká újma stěžovateli hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Ustanovení je vcelku jasné a rovněž doplňuje, že v případě námitek proti úkonům zadavatele podle ustanovení § 110 odst. 3 je nutné uvést skutečnosti rozhodné pro určení okamžiku, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl. Tím ukládá důkazní břemeno dodavateli. Nebudou-li námitky obsahovat všechny stanovené náležitosti, zadavatel je odmítne a písemně o tom stěžovatele vyrozumí. Důvod odmítnutí musí zadavatel v oznámení uvést.

S ohledem na to, že námitky mohou směřovat proti kterémukoliv rozhodnutí zadavatele, je možné je podat kdykoliv během zadávacího řízení a nejsou soustředěny jen do určité fáze zadávacího řízení.

Zadavatel námitky v plném rozsahu přezkoumá a do deseti dnů od okamžiku, kdy námitky obdržel, o nich odešle stěžovateli písemné rozhodnutí. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje či nikoliv. Své rozhodnutí odůvodní a dodavatele poučí o možnosti podat ve lhůtě návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u ÚOHS. Rovněž o námitkách a rozhodnutí o nich informuje ostatní uchazeče (popř. zájemce).

Zvláštní důsledky jsou spojeny s rozhodnutím o námitkách, kterým zadavatel nevyhověl. Před uplynutím lhůty pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele u ÚOHS zadavatel nesmí uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení. Je tím tak chráněn účel přezkumného řízení. Totéž platí, pokud zadavatel v desetidenní lhůtě o námitkách nerozhodl, protože s takovou nečinností je spojena fikce záporného rozhodnutí. Pokud je návrh u ÚOHS včas podán, prodlužuje se lhůta, po kterou zadavatel nesmí smlouvu uzavřít nebo zadávací řízení zrušit. Tato lhůta je 45 dnů od doručení námitek. Podrobněji bude systém lhůt v souvislosti s návrhem na zahájení přezkumného řízení před ÚOHS popsán v bodě 4.1.3 a 4.2. Ustanovení § 111 odst. 6 ZVZ ukládá zadavateli přijmout opatření k nápravě v případě, pokud některým úkonem porušil zákon, i když proti tomuto úkonu nebyly podány námitky. Jde v podstatě o

možnost autoremedury, nicméně v praxi jsou mnohem častější případy nápravy v rámci rozhodování o námitkách.

4.1.2 KAUCE

Dalším předpokladem přezkumného řízení před ÚOHS, pokud je zahajováno na návrh, je složení kauce navrhovatelem podle ustanovení § 115 ZVZ. Účelem kauce je zabránit zjevně neopodstatněným návrhům na zahájení přezkumného řízení. Chrání se tak zadavatel před bezdůvodným zdržováním zadávacího řízení a rovněž ÚOHS před velkým nápadem nedůvodných návrhů. Zákon stanoví minimální výši kauce – 50.000,- Kč i maximální výši kauce, která činí 2.000.000,- Kč. Obecně je výše kauce stanovena jako jedno procento z nabídkové ceny navrhovatele. Kauci je navrhovatel povinen složit na účet ÚOHS společně s podáním návrhu na zahájení přezkumného řízení. Podle ustanovení § 114 odst. 2 ZVZ je součástí návrhu zasílaném ÚOHS i doklad o složení kauce (tím může být například výpis z účtu navrhovatele). Kauce tedy musí být ve skutečnosti složena dříve tak, aby společně s návrhem mohlo být prokázáno její složení.

Pokud je návrh na zahájení přezkumného řízení shledán jako nedůvodný a řízení je podle ustanovení § 118 ZVZ Úřadem zastaveno, bude kauce příjmem státního rozpočtu a navrhovateli se nevrací. Pokud však ÚOHS na základě návrhu dojde k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovení pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, kauci uchazeči vrátí společně s úroky. Toto ustanovení je však zřejmě třeba vykládat restriktivně, protože ÚOHS by měl vrátit kauci, pokud shledá, že zadavatel porušil zákon, přičemž závažnost porušení by neměla být posuzována v neprospěch dodavatele. Není tedy správné vykládat předmětné ustanovení doslova a kauci vracet pouze v případě porušení zákona, které podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější zakázky.

4.1.3 LHŮTY

Předpokladem toho, aby ÚOHS přezkoumal napadený úkon zadavatele, je dodržení lhůty k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zákon o veřejných

zakázkách obsahuje složitý, nicméně vcelku efektivní systém lhůt v námitkovém a v navazujícím přezkumném řízení (to však nelze říci o lhůtách podle správního řádu, kterými je vázán samotný ÚOHS). Lhůty týkající se námitek i lhůty týkající se přezkumu ÚOHS spolu souvisejí a jsou úzce provázané. Jejich použití a délka se navíc mění s ohledem na výsledky či vývoj řízení o námitkách a na dalších okolnostech.

Pokud zadavatel nevyhoví námitkám stěžovatele, počne běžet lhůta, po kterou nesmí uzavřít smlouvu s vítězným uchazečem. Touto lhůtou je lhůta pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Tato lhůta je podle ustanovení § 113 odst. 2 ZVZ desetidenní a počíná běžet dnem doručení rozhodnutí o nevyhovění námitkám stěžovateli. Předpokladem toho, aby se návrhem na zahájení řízení ÚOHS meritorně zabýval je však i to, aby stěžovatel doručil v této desetidenní lhůtě návrh i zadavateli. Tím je zajištěno, aby zadavatel včas o návrhu věděl a neuzavřel s vítězným uchazečem smlouvu. Pokud zadavatel nerozhodne o námitkách ve lhůtě podle § 111 odst. 1 ZVZ (do deseti dnů), lhůta se počítá ode dne odeslání námitek stěžovatelem a je od tohoto dne 25 kalendářních dnů. Zákon tedy počítá i se situací, kdy se zadavatel z nějakého důvodu námitkami nezabývá a nevydá ve lhůtě žádné rozhodnutí. Návrh musí být ÚOHS v příslušné lhůtě doručen, nestačí, že je podán k poštovní přepravě.

Na lhůtu, kdy zadavatel nemůže uzavřít smlouvu má vliv i to, zda nakonec uchazeč námitky podá či nikoliv. Je-li podle ustanovení § 111 odst. 5 ZVZ podán návrh ÚOHS včas, nesmí zadavatel ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek uzavřít smlouvu. I toto ustanovení chrání účel přezkumu úkonů zadavatele ÚOHS. Úřadu je poskytnut dostatečný časový prostor, aby mohl rozhodnout o případném předběžném opatření, kterým by zakázal podle ustanovení 117 odst. 1 ZVZ zadavateli uzavřít smlouvu.

4.2 Dohled nad dodržováním zákona

Dohledem nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách se zabývá zákon ve své části páté a hlavě druhé. Dohledem nad dodržováním zákona se rozumí úprava působnosti a pravomoci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže včetně řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Do hlavy druhé ZVZ patří rovněž úprava správních deliktů podle tohoto zákona.

4.2.1 DOHLED NAD ZADÁVÁNÍM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

Tato část zákona o veřejných zakázkách pouze obecně stanoví rozsah působnosti ÚOHS v oblasti zadávání veřejných zakázek, přičemž obsahuje pouze jediné ustanovení § 112 ZVZ. Navazuje tak na ještě obecnější vymezení působnosti podle zákona o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Zatímco první odstavec předmětného ustanovení stanovuje působnost ÚOHS obecně, a to tak, že ÚOHS přezkoumává úkony zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle ustanovení § 6 ZVZ, druhý odstavec již vyjmenovává konkrétní záležitosti, které ÚOHS řeší, a vymezuje pravomoc Úřadu. Dohled ÚOHS nad dodržováním zákona má tedy zajistit především dodržování zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace. Takto obecně vymezená působnost dává Úřadu poměrně rozsáhlý prostor pro přezkum, poněvadž v podstatě celý zákon o veřejných zakázkách směřuje k dodržování těchto tří zásad. Takto je stanovena působnost ÚOHS pouze pro výkon dohledu nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách. V takto vymezené působnosti tedy není zahrnut například dohled nad dodržováním koncesního zákona, ač jde o problematiku příbuznou. Dohled nad dodržováním koncesního zákona je upraven přímo v koncesním zákoně.

J. Jurčík, D. Jurčíková

4.2.2 ŘÍZENÍ O PŘEZKOUMÁNÍ ÚKONŮ ZADAVATELE

Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je řízení, ve kterém ÚOHS zkoumá, zda při zadávacím řízení nedošlo k porušení zákona úkonem zadavatele. Toto řízení je řízením správním a subsidiárně se na něj vztahuje správní řád. Na rozdíl od běžných správních řízení má však přezkumné řízení u ÚOHS řadu specifik. Především je zvláštní svým předmětem, ve kterém se řeší soukromoprávní – obchodněprávní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem. Zadávací řízení je totiž obchodněprávním řízením a subsidiarita správního řádu nastupuje až teprve v samotném řízení před ÚOHS²⁰. Dalším specifikem je to, že v tomto řízení jde v podstatě o kontrolu – Úřad kontroluje soulad postupu zadavatele se zákonem a od toho se odvíjí deklaratorní charakter rozhodnutí ÚOHS. Nicméně např. rozhodnutí o uložení pokuty je konstitutivní, deklaratorní složka je však na rozdíl od konstitutivní v rozhodnutí přítomna vždy.

²⁰ Jurčík, D.: Přezkumné řízení v procesu zadávání veřejných zakázek, časopis Daně a právo v praxi, ASPI a.s., rok 2000, č. 14

Řízení se zahajuje buď na návrh stěžovatele, nebo se zahajuje z moci úřední. Zákonodárce předpokládal, že řízení bude zahajováno především na návrh stěžovatele a stanovil poměrně podrobně, jaké má mít takový návrh náležitosti a co je dále třeba splnit, aby se jím ÚOHS zabýval. Možnost přezkumu úkonů zadavatele z moci úřední měla být zřejmě spíše subsidiární a ÚOHS ji měl využívat jen ve výjimečných případech, kdy se o porušení zákona dozví sám při své kontrolní činnosti, popř. z kontrolní činnosti jiných orgánů – např. NKÚ. Nicméně v praxi je velmi časté obcházení návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele tím, že dodavatel podá pouze podnět ÚOHS, čímž se vyhne placení kauce a riziku jejího propadnutí a stejně tak nemusí dodržet lhůtu k podání návrhu. Rozdíl pro dodavatele je rovněž v tom, že v řízení zahájeném z moci úřední není účastníkem řízení a má tedy na řízení velmi omezený vliv. Praxe je taková, že pokud je dodavatel o porušení zákona zadavatelem přesvědčen, návrh podá, ale pokud si není jist, podá pouze podnět. Tato praxe rozhodně není žádoucí a nutí ÚOHS zabývat se často i zcela bezdůvodnými podněty. Podle ustálené judikatury se ÚOHS musí zabývat každým takovým podnětem.

Nicméně ÚOHS někdy zahájí řízení z moci úřední na základě návrhu, který však nesplňuje požadované náležitosti. Návrh je v takovém případě podnětem. Naopak, shledá-li ÚOHS jiná porušení zákona než namítaná, bude je řešit v řízení zahájeném na návrh, nebudou důvodem k zahájení nového řízení z moci úřední. Výkladem ustanovení § 118 lze dovést, že ÚOHS řízení zastaví pouze v případě, pokud ÚOHS neshledá porušení zákona postupem zadavatele, který podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud tedy takové porušení shledá, a to bez ohledu na to, zda je toto porušení navrhovatelem namítáno, nejsou splněny podmínky pro zastavení řízení a ÚOHS o porušení v tomto řízení rozhodne. Nic ovšem nebrání tomu, aby ÚOHS i po skončení řízení na návrh sám z moci úřední zahájil nové řízení, pokud se dozvěděl o nových skutečnostech.

4.2.2.1 Návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

Ustanovení § 114 zákona o zadávání veřejných zakázek klade na návrh na zahájení řízení určité požadavky, které musí být splněny, aby se Úřad návrhem zabýval meritorně. Především je stanoveno, proti kterým úkonům zadavatele je možné návrh podat. Musí jít o úkony, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v ustanovení § 6, v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele. Zákon dále vyjmenovává úkony, proti kterým lze návrh podat, přičemž výčet je pouze demonstrativní. Vyčtené úkony však budou zřejmě

nejčastěji napadanými. Patří mezi ně zadávací podmínky (zřejmě by bylo srozumitelnější užít výrazu „stanovení zadávacích podmínek“), stanovení obsahu výzvy či oznámení o zahájení zadávacího řízení, vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a použití druhu zadávacího řízení. Toto jsou zákonem vyjmenované úkony, nicméně lze si představit i jiné – např. stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, otevírání obálek či rozhodnutí o zrušení veřejné zakázky. Právě rozhodnutí o zrušení veřejné zakázky je v praxi zpochybňováno velmi často a lze tedy pochybovat o významu demonstrativního výčtu napadnutelných úkonů zadavatele. Ustanovení je tak spíše matoucí a to i z toho důvodu, že za úkon zadavatele považuje zadávací podmínky nebo obsah výzvy či oznámení o zahájení zadávacího řízení, které úkonem rozhodně nejsou. Je tedy nutné řídit se při podávání návrhu především první větou ustanovení § 114 ZVZ. Podle ní je rozhodující, že úkon zadavatele je způsobilý porušit zásadu transparentnosti, rovného zacházení či nediskriminace a zároveň z tohoto důvodu navrhovateli hrozí nebo vznikla újma. To jsou tedy rozhodující kritéria přípustnosti návrhu, nikoliv konkrétní druh úkonu zadavatele.

Návrh musí obsahovat obecné náležitosti podání podle správního řádu – jedná se o návrh na zahájení správního řízení. Z návrhu podle správního řádu musí být patrné, kdo jej činí, které věci se týká a co je navrhováno. Zákon o veřejných zakázkách však na obsah návrhu klade další nároky. Pole ZVZ musí návrh obsahovat dále následující náležitosti: přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma, příslušné důkazy, kterými navrhovatel prokazuje svá tvrzení a čeho se zadavatel domáhá – zde jde o analogii žalobního petitu – v návrhu se obvykle uvádí návrh na rozhodnutí Úřadu. Vedle těchto obsahových náležitostí se s návrhem předkládá doklad o zaplacení kauce a doklad o doručení námitek zadavateli. Doklad o doručení námitek zadavateli prokazuje, že navrhovatel podal námítky, což je obligatorní předpoklad přípustnosti přezkumného řízení na návrh. S ohledem na to, že doklad o složení kauce již musí být přílohou návrhu, je nutné kauci složit ještě před podáním návrhu.

Podmínka *přesného určení zadavatele* je výkladově jasná, navrhovatel jej označí názvem (např. *Ministerstvo životního prostředí*), sídlem a identifikačním číslem. O něco méně jasné je označení, *v čem je spatřováno porušení zákona*. Navrhovatel musí v návrhu popsat, čím zadavatel porušil zákon – čím je tedy napadený úkon zadavatele nezákonný a předpokládá se, že navrhovatel rovněž uvede, která ustanovení zákona zadavatel porušuje. Velmi často tedy navrhovatel uvede porušení ustanovení § 6 zákona, což je však i s ohledem na ustanovení §

114 odst. 1 věta první předpokladem podání návrhu. Je tedy žádoucí, aby navrhovatel popsal porušení zákona poněkud podrobněji. Nicméně popíše-li zadavatel dostatečně jasně porušení některé ze tří hlavních zásad zákona o veřejných zakázkách, aniž by namítal porušení jiného ustanovení ZVZ, může být jeho návrh úspěšný. Nakonec porušení některé z hlavních zásad nepředpokládá vždy i porušení některého dalšího ustanovení ZVZ kromě § 6. Lze rovněž dovodit, že navrhovatel musí popsat újmu, která mu vznikla nebo která mu hrozí, přičemž tato újma musí být v příčinné souvislosti s popsáním porušením zákona zadavatelem. Často touto újmu budou marně vynaložené náklady na přípravu nabídky a ušlý zisk z plnění veřejné zakázky. *Důkazy* budou především listinné důkazy, navrhovatel svá tvrzení bude nejčastěji dokládat zadávací dokumentací nebo jinými dokumenty doručenými mu zadavatelem. Označení *čeho se navrhovatel domáhá* bude, jak je již výše uvedeno, návrh na rozhodnutí Úřadu (např. zrušení zadávacího řízení, či zrušení jednotlivého úkonu zadavatele a jeho opakování apod.).

Neobsahuje-li návrh všechny požadované náležitosti, a to včetně příloh, Úřad má povinnost navrhovatele vyzvat k jejich doplnění. Při tom stanoví lhůtu, ve které se tak má stát. Zákon nestanoví, jakou lhůtu k doplnění návrhu má Úřad navrhovateli poskytnout, nicméně tato lhůta zřejmě bude muset být přiměřená – navrhovatel musí být objektivně schopen návrh doplnit. Jiný výklad by byl proti smyslu ustanovení. Jde-li o doplnění dokladu o složení kauce, doklad musí prokazovat, že kauce byla složena nejpozději s podáním návrhu, jak stanoví ustanovení § 115 odst. 1 ZVZ. Úřad navrhovatele totiž nevyzve ke složení kauce, ale pouze k doplnění dokladu o jejím složení. Pozdější složení kauce by zřejmě mělo znamenat odmítnutí návrhu – tedy zastavení řízení Úřadem²¹. Vyskytuje se však i názor, podle kterého musí být kauce složena nejpozději do konce lhůty k podání návrhu – zákon svou dikcí k takovému výkladu směřuje.

Pokud návrh není ve stanovené lhůtě doplněn nebo je podán opožděně (to se týká i doručení popisu návrhu zadavateli), není podán oprávněnou osobou anebo Úřad není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, řízení zastaví. To však nemusí nutně znamenat, že Úřad se návrhem nebude zabývat. Návrh je v takovém případě podnětem a Úřad může zahájit řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední. Tuto možnost (má-li důvodné podezření, že

²¹ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006,

k porušení zákona došlo, jde dokonce o povinnost Úřadu) výslovně připouští ustanovení § 115 odst. 3 za středníkem. Zadavatel je povinen do 7 dnů od doručení návrhu vyjádřit se k podanému návrhu a zároveň je povinen Úřadu zaslat dokumentaci k veřejné zakázce (nejde o zadávací dokumentaci, ale o veškerou dokumentaci, která se veřejné zakázky týká – např. protokoly o jednání hodnotící komise a komise pro otevírání obálek, rozhodnutí, písemné zprávy, přijaté nabídky atd.). Zákon nestanoví žádnou sankci pro případ, že se zadavatel ve lhůtě nevyjádří. Je však v jeho zájmu vyjádření poskytnout, protože řízení je vedeno proti němu. Podstatnější je otázka, co se stane, pokud zadavatel Úřadu nezašle dokumentaci k veřejné zakázce. Zřejmě je zde nutné postupovat podle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Podle ustanovení § 62 správního řádu může správní orgán – v tomto případě ÚOHS k zajištění účelu a průběhu řízení ukládat pořádkové pokuty, čímž může zadavatele k poskytnutí dokumentace veřejné zakázky donutit.

4.2.2.2 Průběh řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

Řízení je zahájeno dnem, kdy návrh došel Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Tento okamžik ze zákona o veřejných zakázkách nevyčteme, ale je nutné pro jeho určení použít správního řádu. Podle ustanovení § 44 odst. 1 správního řádu je řízení zahájeno dnem, kdy žádost nebo jiný návrh došel věcně a místně příslušnému správnímu orgánu. Ostatně zákon o veřejných zakázkách je, co se týče průběhu řízení před ÚOHS, velmi stručný. Průběh řízení se tedy bude řídit především správním řádem, přičemž ZVZ stanoví pouze určité odchylky. Správní řád se tedy použije jako obecný právní předpis, přičemž *lex specialis* bude zákon o veřejných zakázkách. Při tom se uplatní pravidlo *lex specialis derogat legi generali*.²² Řízení zahajované z moci úřední je zahájeno dnem, kdy Úřad vůči účastníkovi řízení učinil první úkon – kdy mu ÚOHS oznámil zahájení řízení.

Domnívám se, že správní řád není pro řízení před ÚOHS zcela vyhovujícím předpisem. Základní podmínkou efektivního přezkumu zadávacího řízení je totiž rychlost řízení, čemuž správní řád neodpovídá. Je naprosto v pořádku, že řízení, jak předpokládá správní řád, bude dvouinstanční (dvouinstančnost řízení ze zákona o veřejných zakázkách přímo nevyplývá). Proti rozhodnutí v prvním stupni je možné podat rozklad, přičemž rozkladem se zabývá rozkladová komise, která návrh na rozhodnutí předkládá předsedovi ÚOHS a ten o rozkladu

²² JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph. D., Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, 2006

rozhoduje. Až potud je užití správního řádu odůvodněné, ale už méně lze zdůvodnit ponechání lhůt k rozhodování na správním řádu. ÚOHS tak musí rozhodnutí vydat v prvním stupni nejpozději do 60 dnů (lhůtu 60 dnů lze velmi snadno odůvodnit složitostí případu podle ustanovení § 71 odst. 3 písm. a) správního řádu). Proti rozhodnutí v prvním stupni může zadavatel, navrhovatel nebo vybraný uchazeč, je-li podle ustanovení § 116 ZVZ účastníkem řízení, podat do 15 dnů od doručení rozhodnutí rozklad. Pak následuje lhůta 30 dnů, ve které ÚOHS předloží věc rozkladové komisi. Rozkladová komise vypracuje návrh rozhodnutí a ten předloží předsedovi ÚOHS, přičemž rozhodnutí musí být vydáno podle ustanovení § 90 odst. 6 ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 správního řádu do 60 dnů (opět zde platí, že prodlouženou lhůtu lze odůvodnit složitostí případu). Faktem je, že ÚOHS obvykle zcela nevyužívá 60 denní lhůtu, nicméně průměrná délka řízení v prvním stupni je 6 týdnů²³, což je s ohledem na účel řízení stále hodně.

Účastníci řízení

Pro určení účastníků řízení se použije zákon o veřejných zakázkách. Podle ustanovení § 116 ZVZ je účastníkem přezkumného řízení vždy zadavatel. Je-li řízení zahájeno na návrh, je účastníkem rovněž navrhovatel. Je-li předmětem přezkumu rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, bude účastníkem řízení rovněž vybraný uchazeč, a to bez ohledu na to, zda půjde o návrhové řízení či nikoliv. Ustanovení § 116 ZVZ je nutné chápat jako speciální úpravu, která vylučuje na účastenství užit ustanovení § 27 správního řádu²⁴. Nastíněný výčet účastníků je tedy konečný.

Předběžná opatření

Zákon o veřejných zakázkách obsahuje vlastní úpravu předběžných opatření. Úřad může ještě před rozhodnutím o nápravném opatření (popř. před zastavením řízení) nařídit předběžné opatření. Předběžným opatřením může být *zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení*, nebo

²³ JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph. D., Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, 2006

²⁴ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006,

pozastavení zadávacího řízení. Oproti předchozí úpravě veřejných zakázek již ÚOHS nemá možnost vydat předběžné opatření spočívající v zákazu plnění smlouvy²⁵. ÚOHS zadavateli nařizuje předběžné opatření buď na návrh účastníka řízení nebo z moci úřední. ZVZ obsahuje vlastní úpravu předběžných opatření i co do podoby návrhu na jeho vydání. Proto se správní řád použije pouze pro určení obecných náležitostí návrhu, jde v podstatě o stejný mechanismus, který se použije pro náležitosti návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Návrh na nařízení předběžného opatření musí obsahovat vedle obecných náležitostí podání podle ustanovení § 37 správního řádu přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, důkazy a čeho se navrhovatel předběžným opatřením domáhá. Neobsahuje-li návrh předepsané náležitosti, ÚOHS nařízení nevydává, přičemž navrhovatele nevyzývá k jeho doplnění. Opět zde platí, že ÚOHS může i na základě návrhu nesplňujícího stanovené zákonné podmínky nařídit předběžné opatření z moci úřední.

Co se týče účinnosti předběžného opatření, její maximální délka je omezena délkou řízení před ÚOHS. Předběžné opatření pozbývá platnosti dnem, kdy nabylo právní moci meritorní rozhodnutí ÚOHS podle § 118 ZVZ. Pomine-li důvod, pro který bylo předběžné opatření nařízeno, ÚOHS ho zruší. Pominutím důvodu tedy samotné předběžné opatření nezaniká, ale k jeho zániku je třeba rozhodnutí ÚOHS. Zaniká-li předběžné opatření právní moci rozhodnutí ÚOHS podle § 118 ZVZ, je sama tato právní událost důvodem zániku předběžného opatření a dalšího rozhodnutí ÚOHS není třeba. Aby byl zachován účel předběžného opatření, je vyloučen odkládací účinek odvolání proti rozhodnutí o nařízení předběžného opatření.

Rozsah přezkumu ÚOHS

Rozsah přezkumu můžeme zkoumat ve dvou rovinách. Jednak nás bude zajímat, zda v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ÚOHS přezkoumává postup zadavatele v plném rozsahu, nebo zda se v řízení ÚOHS zabývá pouze napadanými úkony zadavatele. Správný je první postup – ÚOHS přezkoumává postup zadavatele v plném rozsahu. Zabývat se pouze napadeným úkonem v rozsahu návrhu by znamenalo nepřiměřeně restriktivní rozsah přezkumu a kladl by na navrhovatele nepřiměřené požadavky - navrhovatel nemá přístup

²⁵ ustanovení § 100 odst. 1 písm. c) dříve platného zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách

k dokumentaci zadávacího řízení tak jako ÚOHS a nemohl by tedy dostatečně přesně porušení zákona určit, přičemž o mnohém se bez dokumentace k veřejné zakázce ani nemůže dozvědět (např. informace z protokolů o jednáních hodnotící komise apod.). ÚOHS by se pak navíc dostal do role pouhého pasivního rozhodce. Druhou rovinou rozsahu přezkumu je otázka, zda ÚOHS přezkoumává pouze zákonnost postupu zadavatele, nebo zda přezkoumává veškeré úkony zadavatele včetně výběru nejvhodnější nabídky, přičemž zkoumá i to, zda vítězná nabídka je skutečně nejvýhodnější. ÚOHS se v přezkumném řízení zabývá pouze zákonností postupu zadavatele – tedy souladu jeho postupu se zákonem popř. evropskou legislativou. V některých evropských zemích však existují i odlišné přístupy, a tamější přezkumné orgány se zabývají i hodnocením toho, zda vítězná nabídka je opravdu ta nejvhodnější (např. Polsko či Švédsko)²⁶.

Podstatné je vymezit rozsah přezkumu především pro posouzení a hodnocení nabídek, protože právě tyto úkony zadavatele jsou rozhodné pro výběr nejvhodnější nabídky. Je otázkou, v jakém rozsahu ÚOHS přezkoumává tyto úkony zvláště ve vztahu k hodnotícím kritériím. Je zřejmé, že, je-li hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena, hodnocení zadavatele bude ÚOHS přezkoumávat. Hodnocení podle tohoto kritéria je jasně dáno a není zde prostoru pro jakékoliv uvážení či další hodnocení zadavatele. Bude-li však hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, bude situace složitější. Snadno se například přezkoumá dílčí hodnotící kritérium výše smluvních pokut a samozřejmě i nabídková cena, u těchto zřejmě můžeme přezkum připustit, ale jen velmi těžko se bude přezkoumávat hodnocení v případě dílčího hodnotícího kritéria „kvalita návrhu“, či „technická úroveň“ apod. Hodnocení těchto kritérií je velmi subjektivní (domnívám se, že právě z tohoto důvodu by se obdobným dílčím hodnotícím kritériím měl zadavatel pokud možno vyhnout), protože u nich nelze aplikovat hodnocení objektivně měřitelnými veličinami a jejich přezkoumání ÚOHS nepřísluší. ÚOHS tedy bude přezkoumávat, zda zadavatel dodržel předepsané postupy, které rámcově vymezují hodnocení, nikoliv hodnocení – tedy úvahy hodnotící komise a zadavatele – samotné. ÚOHS by jinak suploval úlohu zadavatele a hodnotící komise, kteří mají navíc obvykle lepší předpoklady a odbornost pro hodnocení nabídek než ÚOHS. Připuštěním takového přezkumu by podle rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci ze dne 17.6.1999 vydané pod č.j. 2 A 1/99 hodnotící komise v podstatě ztratila smysl, protože hodnocení nabídek by se nakonec

²⁶ JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph. D, Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, 2006

zakládalo na odborných posudcích vypracovaných v rámci přezkumného řízení²⁷. Ve stejném rozhodnutí soud dochází k tomu, že rozhodování hodnotící komise (tedy samotný proces hodnocení) není správním rozhodnutím a proto ho ÚOHS nemůže přezkoumávat. Jeho přezkum se omezuje pouze na zákonnost složení komise a na to, zda byly splněny všechny zákonné předpoklady pro hodnocení, nikoli hodnocení samotné. Proces hodnocení komisí navíc podle soudní judikatury nelze považovat za úkon zadavatele²⁸ – komise je orgán od zadavatele odlišný. Konečné rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ostatně leží výlučně na zadavateli, nikoliv na komisi. Přezkumem posouzení a hodnocení by tedy podle rozhodovací praxe soudů ÚOHS překračoval svoji pravomoc, protože by přezkoumával úkony jiných orgánů než zadavatele. Domnívám se, že s tímto názorem se lze ztotožnit, neboť v opačném případě by zadavatel nesl odpovědnost za úkon jiného nezávislého orgánu, který navíc jen těžko bude přezkoumávat co do jeho správnosti. Nicméně není ani dobrý stav, kdy hodnocení komise je prakticky nepřezkoumatelné²⁹. Pokud jde o posouzení nabídek, mám za to, že je k němu nutné přistupovat stejně, protože zadavatel ani nemá možnost se od rozhodnutí komise o vyřazení nabídky odchýlit a uchazeče, jehož nabídka byla vyřazena, musí vyloučit. Jako možné východisko je změna ZVZ směrem k povinnosti používat objektivně měřitelná hodnotící kritéria s tím, že jiná kritéria by bylo možné použít pouze výjimečně. Domnívám se, že v současné době se objektivně neměřitelných kritérií (např. kvalita návrhu apod.) velmi nadužívá a ZVZ demonstrativním výčtem dílčích hodnotících kritérií k tomu přímo vybízí. Co se týče posouzení nabídek, mohl by ZVZ připustit odchýlení se od rozhodnutí komise, čímž by zadavatel mohl rozhodnutí komise přezkoumat a odpovědnost by se přenesla i na něj (analogicky by zadavatel mohl svůj odlišný postoj zdůvodnit).

²⁷ Rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci ze dne 17.6.1999 vydané pod č.j. 2 A 1/99

²⁸ Rozhodnutí soudu ze dne 30.8.1999 ze dne vydané pod č.j. 2A 6/99

²⁹ K uvedenému judikátu se vyjadřuje JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph. D. v publikaci Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, 2006 vydané pro organizaci Transparency International. Jurčík v této publikaci nabízí jiný přístup, a to takový, že by ÚOHS měl mít možnost přezkoumávat i samotné posouzení a hodnocení nabídek. S tímto názorem lze podle mého za současné úpravy zadávacího řízení souhlasit, pokud jde o hodnocení nabídek. Posouzení nabídek však zadavatel nemá možnost ovlivnit odlišným názorem (rozhodnutím komise je vázán). Nesl by tedy odpovědnost za úkony subjektu, který nijak neovlivňuje. ZVZ se do jisté míry touto problému snaží předcházet tím, že obsahuje institut čestných prohlášení členů a náhradníků členů hodnotící komise, který by měl zajistit její nezávislost. Bude-li takové prohlášení nepravdivé nevidím důvod, proč by člen komise nemohl nést odpovědnost, bude-li podjatý a ovlivnitel proces posouzení popř. hodnocení (v praxi se však za jednání komise přenáší odpovědnost na pracovníky zadavatele). Domnívám se, že by bylo vhodné rozšířit prohlášení členů komise i o závazek objektivního hodnocení (nyní členové pouze prohlašují, že nejsou ve určitých vztazích k dodavatelům). Je pravdou, že zde existuje problém s dokazováním, nicméně se nedomnívám, že je správné přenášet za toto odpovědnost na zadavatele, zejména co se týče posouzení nabídek.

Nápravné opatření

Pokud ÚOHS dospěje k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, uloží zadavateli nápravné opatření. Nápravným opatřením je zrušení zadání veřejné zakázky nebo zrušení jednotlivého úkonu zadavatele. Zrušením zadání veřejné zakázky se rozumí zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Nápravné opatření je tedy nástroj, který umožňuje navrátit zadávací řízení do stavu, který bude v souladu se zákonem. Přistupuje se k němu v případě, pokud ještě nedošlo k uzavření smlouvy, pokud k uzavření smlouvy již došlo, nemá ÚOHS možnost nápravné opatření uložit. V takovém případě pak přichází v úvahu uložení pokuty podle ustanovení § 120 ZVZ. Pokud ÚOHS neshledá porušení zákona, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zastaví. V zásadě se společně s nápravným opatřením pokuty za správní delikty neukládají. Není však výslovně vyloučeno uložení pokuty, i pokud ještě k uzavření smlouvy nedošlo (vyjma ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ).

Svá pravomocná rozhodnutí ÚOHS zveřejňuje na svých stránkách, což je důležitým zdrojem poznatků o rozhodovací praxi ÚOHS. Rozhodnutí ÚOHS mají v rámci řízení podle ZVZ obdobnou úlohu jako judikatura soudů v soudním řízení a ÚOHS velmi často na svá starší rozhodnutí odkazuje.

4.2.3 SPRÁVNÍ DELIKTY

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže může v určitých případech ukládat pokuty za správní delikty, kterých se zadavatel dopustí. ZVZ obsahuje taxativní výčet skutkových podstat správních deliktů zadavatele v ustanovení § 120 odst. 1 s tím, že tyto delikty jsou celkem čtyři. Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený ZVZ pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem, zruší zadávací řízení, aniž pro to byly splněny zákonné podmínky, nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce v souladu se zákonem, nebo nesplní povinnost týkající se uveřejňování informací o veřejné zakázce. Maximální výše pokuty za správní delikt je 10.000.000,- Kč, přičemž v případě

prvního jmenovaného deliktu je tato výše limitována 5 % ceny veřejné zakázky. Pokuta může být zvýšena na dvojnásobek, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu opakovaně v průběhu posledních 5 let. Při stanovení výše pokuty je ÚOHS povinen přihlídnout k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Odpovědnost za správní delikt zaniká, pokud ÚOHS o něm nezahlásil řízení do 5 let od doby, kdy se o něm dozvěděl (subjektivní promlčecí lhůta), nejpozději však do 10 let od okamžiku, kdy byl spáchán (objektivní promlčecí lhůta). Pokuty se obvykle ukládají v případech, kdy již došlo k uzavření smlouvy a v řízeních zahájených z vlastního podnětu.

K řízení je v prvním stupni příslušný podle ustanovení § 121 odst. 4 ÚOHS, což znamená, že správní delikty projednávají odbory ÚOHS příslušné pro veřejné zakázky. Proti uložení pokuty lze podat rozklad.

Vedle správních deliktů zadavatele je však nutné zmínit i to, že za správní delikt podle ZVZ může být odpovědný i dodavatel, a to podle ustanovení § 144 ZVZ. Jde o delikty spáchané dodavatelem při prokazování kvalifikace pomocí výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů nebo certifikátem vydaným v rámci systému certifikovaných dodavatelů. Pokud dodavatel tyto dokumenty předloží k prokázání kvalifikace, přičemž tyto neodpovídají skutečnosti (došlo ke změně údajů) a zároveň zadavatel tuto změnu v souladu se zákonem příslušnému subjektu nenahlásil a tato změna by měla za následek neprokázání kvalifikace, dopustí se správního deliktu. Tyto správní delikty rovněž projednává ÚOHS, přičemž za ně může uložit pokutu až do 10.000.000,- Kč.

43 Smírčí řízení

Je třeba se alespoň zmínit o zvláštním institutu, který ZVZ převzal v podstatě v nezměněné podobě z předchozího zákona o veřejných zakázkách a který do našeho právního řádu promítá příslušné evropské právní předpisy. Jde o institut úzce související s komunitárním právem. Tímto institutem je smírčí řízení. Smírčí řízení je velmi speciálním řízením před Evropskou komisí, které se navíc vztahuje pouze na nadlimitní veřejné zakázky zadávané sektorovými zadavateli. Je méně formální než řízení před ÚOHS. Smírčí řízení se zahajuje na žádost dodavatele o smírčí řízení podanou ÚOHS nebo Evropské komisi. Ke smírčímu řízení musí

dát souhlas zadavatel. Průběh řízení je upraven zejména ve směrnici Rady č. 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se použití předpisů Společenství o postupech při zadávání veřejných zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. Řízení vedou smírčí soudci, přičemž jednoho navrhnou Komise a další určí každá ze stran. Smírčí řízení má skutečně vést ke smírnému řešení sporu a i proto má každá ze stran kdykoliv možnost smírčí řízení ukončit. Náklady smírčího řízení si v zásadě nese každá ze stran, nejde-li o náklady, které strany hradí rovným dílem. V praxi se smírčí řízení příliš často nevyskytuje.

5. DOHLED NAD DODRŽOVÁNÍM ZÁKONA V PŘÍPADĚ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK VYŇATÝCH ZE ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH

Již bylo v úvodních kapitolách zmíněno, že zákon o veřejných zakázkách rozeznává různé druhy veřejných zakázek podle výše jejich předpokládané hodnoty. Výjimečné postavení mají v tomto ohledu tzv. zakázky malého rozsahu podle ustanovení § 18 odst. 3 ZVZ. Jde o jednu z výjimek, kdy se veřejná zakázka nemusí zadávat podle zákona o veřejných zakázkách. Vedle této výjimky zohledňující hodnotu veřejné zakázky rozeznává ZVZ řadu dalších výjimek uvedených v ustanovení § 18 odst. 1 a 2 a rovněž je třeba zmínit existenci výjimek podle § 19 ZVZ týkajících se pouze sektorových zadavatelů. Mezi veřejnými zakázkami malého rozsahu a ostatními výjimkami ze ZVZ je ten zásadní rozdíl, že pouze ve vztahu k veřejným zakázkám malého rozsahu ZVZ v ustanovení § 18 odst. 3 výslovně požaduje dodržení zásad podle ustanovení § 6 ZVZ. Je však otázkou, jak k tomuto nenápadnému ustanovení přistoupit a především to, kdo je příslušný k přezkumu, zda jsou zásady skutečně dodrženy. Toto ustanovení veřejným zakázkám malého rozsahu dává oproti ostatním výjimkám ze ZVZ výjimečné a zároveň komplikované postavení a je proto třeba se jimi zabývat odděleně. Situace ohledně výjimek podle ustanovení § 18 odst. 1 a 2 je nepoměrně snazší. Otázkou je v první řadě to, zda je k přezkumu zakázek vyňatých ze ZVZ příslušný ÚOHS. Zaměříme se na zakázky malého rozsahu, nicméně nejprve je třeba alespoň nastínit koncepci výjimek podle prvních dvou odstavců § 18 ZVZ. U nich je situace o mnoho snadnější, protože ZVZ ani nepožaduje, aby u nich byly dodrženy zásady dle ustanovení § 6, není tedy v podstatě mnoho, čím by se ÚOHS v těchto případech zabýval (určitý rozsah přezkumu ÚOHS však přesto existuje a bude popsán dále).

5.1 Veřejné zakázky podle ustanovení § 18 odst. 1 a 2 ZVZ

Ustanovení § 18 odst. 1 a 2 taxativně vyjmenovává celou řadu případů, kdy veřejné zakázka, která jinak splňuje znaky veřejné zakázky, nemusí být zadávána ve výběrovém řízení podle ZVZ. Rozdíl mezi oběma odstavci je v tom, že výjimky podle prvního odstavce se užijí při všech veřejných zakázkách, ale výjimky podle druhého odstavce jsou aplikovatelné pouze pro podlimitní veřejné zakázky.

Uvedené ustanovení § 18 odst. 1 a 2 je třeba vykládat restriktivně a v souladu se záměrem zákonodárce a účelem vykládaného ustanovení. Použití § 18 odst. 1 a 2 ZVZ lze proto připustit pouze ve výjimečných případech, kdy o naplnění podmínky pro použití výjimky není pochyb a kdy je její využití skutečně účelné.

Výkladem použití výjimek ze zadávání veřejných zakázek se zabýval i Evropský soudní dvůr. V rozsudku Soudního dvora ze dne 10. března 1987 č. 199/85 *Komise evropských společenství proti Italské republice* soud uvedl, že „*ustanovení, která umožňují odchýlení se od pravidel směřujících k zajištění efektivity práv uložených Smlouvou v oblasti veřejných zakázek, musí být vykládány restriktivně a břemeno dokazování existence výjimečných okolností ospravedlňující použití výjimky leží na osobě, která se této výjimky dovolává*³⁰“. Pokud dojde k využití výjimky podle ustanovení § 18 ZVZ odst. 1 a 2, je otázkou, do jaké míry je použití ZVZ vyloučeno. Je nutné upozornit na výklad, podle kterého je třeba i v případě využití některé z výjimek dle § 18 zákona o veřejných zakázkách postupovat v souladu s právní úpravou zadávání veřejných zakázek samozřejmě kromě povinnosti konat zadávací řízení (tento výklad je obsažen např. v zákoně o veřejných zakázkách s komentářem od autorů Olík, Miloš – Podešva, Vilém – Šebesta, Milan, ASPI 2006³¹: „...i v případě využití některé ze zákonných výjimek dle komentovaného ustanovení musí veřejný zadavatel vždy respektovat zákonné zásady definované § 6, stejně jako zvláštní právní předpisy, které se na něj obecně vztahují...“).

³⁰ Případ č. 199/85 *Commission v Italy* [1987] ECR 1039, bod 14

³¹ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 89

Otázkou která v této souvislosti tedy vyvstává je, zda bude zadavatel v případě uplatnění výjimky dle ustanovení § 18 zákona o veřejných zakázkách povinen dodržet zásady uvedené v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Podle mého názoru tomu tak není, neboť z gramatického výkladu ustanovení § 18 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách plyne, že v případě naplnění některé z výjimek není zadavatel vůbec povinen postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, nikoli pouze oprávněn zakázku nezadat v zadávacím řízení. Tento výklad opírám i o rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže Č.j.: VZ/S073/2006-165/550-An: *„Jestliže se na zakázku nevztahuje zákon o veřejných zakázkách, nevztahují se na tuto zakázku také ani jednotlivá ustanovení zákona o veřejných zakázkách.....Na tuto zakázku se nevztahuje ani ustanovení § 94 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dle kterého „Dohled nad dodržováním tohoto zákona vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit transparentnost zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace zájemců a uchazečů o veřejné zakázky.“* Je však pravdou, že právě zmíněný přístup ÚOHS je někdy odbornou veřejností kritizován.

Bez ohledu na skutečnost, že se na postup zadavatele v případě uplatnění výjimky dle § 6 ZVZ nebude vztahovat povinnost dodržet principy uvedené v § 6 zákona o veřejných zakázkách (transparentnost, nediskriminace a rovné zacházení), lze obdobné principy dovodit přímo z primárního evropského práva.

K tomu judikatura Evropského soudního dvora uvádí: *„Bez ohledu na to, že tyto smlouvy jsou v současném stavu práva Společenství vyloučeny z oblasti působnosti směrnice 93/38, musí zadavatelé při uzavírání těchto smluv nicméně obecně dodržovat základní pravidla Smlouvy, a zejména zásadu nediskriminace z důvodu státní příslušnosti“*. Rozsudek ze dne 7. prosince 2000 ve věci C-324/98 *Teleaustria v. Telekom Austria* [2000] Sb. rozh. I-10745, bod 60. Mezi pravidla Smlouvy o ES patří i zásada transparentnosti a nediskriminace – tedy stejné zásady, jaké uvádí ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách s tím, že pravidla podle Smlouvy o ES se týkají celého trhu (nejen veřejných zakázek). To však nic nemění na tom, že ÚOHS není příslušný k přezkumu zadávacího řízení dle zásad evropské legislativy, byť jsou zásady obdobné. Příslušnost ÚOHS lze připustit pouze co do přezkumu oprávněnosti užití výjimky. Samotné zadávací řízení přezkoumat nemůže.

5.2 Veřejné zakázky malého rozsahu podle ustanovení § 18 odst. 3 ZVZ

Veřejné zakázky malého rozsahu jsou velmi specifickým institutem zadávacího práva. Zákon o veřejných zakázkách je definuje v ustanovení § 12 odst. 6. Veřejné zakázky malého rozsahu jsou veřejné zakázky, jejichž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky a na služby 2.000.000,- Kč bez DPH nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6.000.000,- Kč bez DPH. Klíčovým znakem veřejných zakázek malého rozsahu je tedy jejich předpokládaná hodnota. Jinak ve všech vlastnostech plně odpovídají definici podle ustanovení § 7 ZVZ. Dalším ustanovením, které se o veřejných zakázkách malého rozsahu zmiňuje, je ustanovení § 18 odst. 3 ZVZ, podle kterého zadavatel není povinen zadávat podle ZVZ veřejné zakázky malého rozsahu. Ve větě za středníkem pak tuto tezi ZVZ poněkud usměrňuje, když stanoví, že veřejný dodavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 6. Při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu je tedy zadavatel povinen dodržovat zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

V praxi se objevuje řada otázek ohledně způsobu jejich zadávání. Neexistují totiž žádná jiná závazná pravidla postupu pro jejich zadávání. V praxi tedy spíše vzniká zmatek. zadavatelé analogicky pro jejich zadávání používají pravidla zjednodušeného podlimitního řízení, nicméně často velmi neprakticky modifikovaná. Již jsem zmínil zmatky kolem prokazování kvalifikace výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů. Stejně tak panuje různý přístup pro jejich zveřejňování. V praxi se rovněž často využívá manuálů a vnitřních směrnic, podle kterých se tyto zakázky zadávají. Směrnice obvykle zakázky dále člení podle jejich předpokládané hodnoty a podle toho modifikují postup jejich zadávání. Nicméně směrnice jsou často nekoncepční a často nejsou schopny zajistit nebo alespoň zadavatele vést k dodržování základních principů veřejných zakázek. K veřejným zakázkám malého rozsahu rovněž chybí relevantní judikatura – lépe řečeno – judikatura prakticky neexistuje.

Avšak vedle výše zmíněných otázek se vyskytuje i další nedořešený problém, a tím je přezkum veřejných zakázek malého rozsahu. Mezi odbornou veřejností se vyskytují různé názory na to, kdo je příslušný k přezkoumání veřejných zakázek malého rozsahu. Zcela jasný je snad pouze postoj ÚOHS – veřejné zakázky malého rozsahu odmítá přezkoumávat (o určitých výjimkách se zmíním níže).

5.2.1 OTÁZKY PŘEZKUMU Z POHLEDU PRAXE

Výklad o přezkumu veřejných zakázek malého rozsahu je třeba začít z pohledu praxe, protože právě skutečná aplikace práva je výchozím bodem pro zhodnocení právní úpravy a případných úvah o její změně.

Spornou otázkou je to, zda Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je příslušný k přezkumu postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek. V praxi se uplatňuje pravidlo, že ÚOHS k přezkumu příslušný není. Tento výklad zastává samotný ÚOHS a tvrdošijně odmítá veřejné zakázky malého rozsahu přezkoumávat. Ostatně, v současné době by opačný přístup zřejmě znamenal naprosté zahlcení Úřadu a nutnost zabývat se z jeho pohledu skutečně bagatelními případy. Už teď je rozhodování ÚOHS s ohledem na potřeby praxe příliš pomalé. Není však správné tvrdit, že ÚOHS se veřejnými zakázkami malého rozsahu nezabývá vůbec. ÚOHS, je-li podán návrh na přezkum či sám z moci úřední na základě podnětu, přezkoumává soulad postupu zadavatele z pohledu ustanovení ZVZ, která se na tyto zakázky bezesporu uplatňují. Takovým ustanovením je především samotný § 12 odst. 6 ZVZ, který tyto zakázky definuje, a v té souvislosti dále ustanovení o určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. ÚOHS tedy přezkoumává, zda zakázka malého rozsahu skutečně spadá pod výjimku ze zákona o veřejných zakázkách. Co v praxi skutečně nikdy nepřezkoumává, je postup zadavatele při zadávání těchto zakázek, protože na jeho postup se výslovně nevztahuje ZVZ – podle § 18 odst. 3 ZVZ „zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky malého rozsahu“. Vzhledem k tomu, že zadavatel podle tohoto zákona nezadává, nevztahují se na něj ustanovení ZVZ o jednotlivých úkonech zadávacího řízení, přičemž ÚOHS je podle § 112 odst. 1 příslušný k přezkumu „zákonnosti úkonů zadavatele“. Tyto úkony (resp. jejich soulad se ZVZ), které jsou navíc z pohledu zákona neformální (neexistuje závazný postup pro zadávání veřejných zakázek malého rozsahu), ÚOHS nepřezkoumává, na čemž se shodne i teorie. ÚOHS však nepřezkoumává ani to, zda zadavatel dodržel zásady uvedené v § 6. Základní otázkou je to, zda ÚOHS postupuje správně, pokud odmítá přezkoumávat i soulad s principy podle § 6 ZVZ. Je rovněž třeba doplnit, že ÚOHS nepřezkoumává postup zadavatele ani v případě, pokud při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu zvolí postup podle ZVZ (např. pro zjednodušené podlimitní řízení). Tolik tedy k samotné praxi ÚOHS.

Problematická je podle mého názoru i možnost přezkoumání souladu postupu zadavatele s hlavními zásadami soudem. Zájem na zahájení řízení bude mít ve většině případů uchazeč, který nezvítězil. Nabízí se žaloba na určení neplatnosti smlouvy pro rozpor se zákonem (absolutní neplatnost smlouvy z důvodů rozporu s ustanovením § 6 ZVZ). Zde však narážíme na problém aktivní legitimace. Soud žalobu uchazeče nespíše odmítne s odůvodněním, že žalobce neprokázal naléhavý právní zájem. Podle rozhodovací praxe totiž hospodářský zájem není naléhavým právním zájmem. Domnívám se tedy, že ani možnost efektivního soudního přezkumu veřejných zakázek malého rozsahu neexistuje.

V rámci své kontrolní činnosti může postup zadavatele přezkoumat NKÚ, nicméně jeho závěry by odmítnutému uchazeči nijak nepomohly.

Z uvedeného tedy vyplývá, že veřejné zakázky malého rozsahu jsou v praxi prakticky nepřezkoumatelné, což je z pohledu de lege ferenda nepřijatelné. Na tomto místě se tedy nabízí pokusit se nastínit oponentní názor k současné praxi.

5.2.2 PŘEZKUM Z POHLEDU TEORIE

Otázkou veřejných zakázek malého rozsahu se příliš nezabývá ani odborná veřejnost. Výjimkou je v roce 2007 publikovaný článek³² od JUDr. Davida Rause, Ph.D., soudce Krajského soudu v Brně. Autor zde dochází k závěru, že ze ZVZ lze dovodit příslušnost ÚOHS k přezkumu dodržení zásad podle ustanovení § 6 v případě veřejných zakázek malého rozsahu. V zásadě se autor opírá o argument, že pokud je postupem podle ZVZ myšlen i postup podle ust. § 18 odst. 3, pak lze širším výkladem pod postup zahrnovat i dodržení zásad podle § 6 (ustanovení § 18 odst. 3 věta za středníkem). Zjednodušeně se tedy autor opírá o to, že postupem podle ZVZ se rozumí i dodržování hlavních zásad, přičemž podle § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ ÚOHS rozhoduje, zda zadavatel *postupoval* při zadávání veřejných zakázek v souladu se ZVZ. Uvedený názor využívá širšího výkladu ustanovení § 18 odst. 3 ZVZ.

Domnívám se, že je možné vykládat uvedená ustanovení i jinak. Problematickým a sporným termínem je onen *postup*. Podle ust. § 18 odst. 3 ZVZ zadavatel není povinen zadávat podle

³² Raus, D.: *Zadávání zakázek malého rozsahu a otázky jeho přezkumu*, Právní rozhledy, ročník 2007, č. 19

ZVZ veřejné zakázky malého rozsahu. Zadáváním se podle ust. § 17 písm. m) ZVZ míní „závazný postup zadavatele podle tohoto zákona...“. Zadavatel tedy v případě těchto zakázek nepostupuje podle ZVZ. Podle § 6 ZVZ je zadavatel při postupu podle ZVZ povinen dodržet zásady transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení. Podle ust. § 18 odst. 3 ZVZ za středníkem je zadavatel povinen dodržet zásady podle § 6. Správným výkladem je podle mého to, že v případě veřejných zakázek malého rozsahu se na zadavatele nevztahuje celý § 6 ZVZ, ale pouze ony tři zásady. Zadavatel tedy musí v případě veřejných zakázek malého rozsahu dodržet hlavní zásady – to je obecné konstatování či obecná povinnost, a nelze dovést, že tyto zásady má dodržet při *postupu*. Zadavatel má povinnost zásady dodržet bez vztahu k postupu, má je dodržet obecně. Tento termín se zkrátka u veřejných zakázek malého rozsahu z pohledu ZVZ nevyskytuje a zadavatel tedy podle ZVZ nepostupuje vůbec. Zásady zkrátka dodržuje obecně, i při postupu, nicméně tento termín – postup - není postupem podle ZVZ a nejedná se o zákonný pojem jako v případě postupu při zadávání ostatních druhů veřejných zakázek. Pokud ÚOHS podle ustanovení § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ rozhoduje, zda zadavatel *postupoval* při zadávání veřejných zakázek v souladu se ZVZ, nelze dovést, že kontroluje i postup při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, protože termín postup zde má zcela jiný význam a nejde o pojem podle ZVZ. Domnívám se, že ze ZVZ nutně nevyplývá, že by ÚOHS měl přezkoumávat dodržení zásad podle § 6 ZVZ. Nicméně se ani nedomnívám, že výklad právě uvedený je jediný možný, pouze nabízím jiný pohled na věc. ZVZ je zkrátka v souvislosti s přezkumem veřejných zakázek malého rozsahu velmi nejasný.

5.2.3 MOŽNÁ ŘEŠENÍ PŘEZKUMU VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK MALÉHO ROZSAHU

Bez ohledu na výše uvedené, je však situace, kdy je dodržování zásad podle § 6 nepřezkoumatelné, dosti absurdní. Jde vlastně o imperfektní normu, a nejen to, jde dokonce o normu, jejíž dodržení nelze ani kontrolovat, natož ukládat sankce. Měla by tedy existovat možnost přezkumu. Je však vůbec vhodné, aby orgánem přezkumu těchto zakázek byl ÚOHS?

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže by měl chránit již podle svého názvu hospodářskou soutěž. Podle § 1 odst. 1 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, v platném znění, je ústředním orgánem státní správy pro podporu a ochranu hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování. Veřejná zakázka malého

rozsahu je omezena svou horní hranicí, nikoliv hranicí spodní. Pořízení plnění za 100.- Kč veřejným zadavatelem spadá pod definici veřejné zakázky malého rozsahu. Zřejmě nebude v souladu s účelem zřízení ÚOHS to, aby přezkoumával i takovéto zakázky. Při takto bagatelní zakázce skutečně nemůže dojít k omezování hospodářské soutěže, na to je pořizovací cena příliš nízká. Posláním ÚOHS není řešit takovéto případy a pokud by skutečně měl přezkoumávat i zakázky malého rozsahu, mohlo by dojít naopak k takto absurdním situacím. Nepřipadá mi ani vhodné, aby byla určena další, spodní hranice veřejných zakázek malého rozsahu, přičemž k přezkoumání dodržení zásad by byl příslušný ÚOHS. Tím by se možná vyřešil problém se zakázkami malého rozsahu, nicméně zakázky, které by svou hodnotou nespádaly ani do této kategorie, by byly zadávány už úplně libovolně, což je nežádoucí. Možnost zřízení zcela nového orgánu dohledu nad veřejnými zakázkami malého rozsahu rovnou vylučuji jako zcela nevhodné, nákladné a zbytečné. Veškeré zakázky by měl přezkoumávat jeden orgán. I přes onu poznámku o poslání ÚOHS by orgánem k přezkumu dodržení zásad podle § 6 ZVZ měl podle mého názoru být ÚOHS. Jiné řešení by bylo nepraktické. Zřejmě by bylo možné upravit jednodušší, jednostupňové a méně formální řízení o zakázkách malého rozsahu. Bylo by samozřejmě nutné ÚOHS náležitě personálně vybavit. Nicméně toto jsou pouze teoretické úvahy a nejdříve je třeba najít vůbec politickou vůli současnou situaci řešit.

5.3 Otázka výjimek podle evropských předpisů

Naše právo veřejných zakázek vychází z evropského práva, a to především ze dvou zadávacích směrnic (klasická a sektorová směrnice³³). Vymezení veřejné zakázky obsahuje Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (klasická směrnice). Podle čl. 1 odst. 2 písm. a) jsou veřejnými zakázkami 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. Definice je velmi podobná definici, kterou zná ZVZ, a je to způsobeno tím, že ZVZ provádí klasickou směrnicí a zároveň sektorovou

³³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.

směrnici³⁴ do českého právního řádu. Sektorová směrnice samostatnou definicí veřejné zakázky neobsahuje.

Vymezením pojmu veřejná zakázka se rovněž zabýval ESD. Jako příklad lze uvést případ C-84/03 *Komise Evropských společenství proti Španělskému království*, ve kterém ESD považuje za veřejnou zakázku i určité smlouvy uzavírané mezi státní správou a veřejnoprávními korporacemi a některými jinými veřejnoprávními subjekty.

Zadávací směrnice, obdobně jako ZVZ, upravují řadu výjimek, na základě kterých lze jejich použití vyloučit. I samotné výjimky jsou obdobné. Směrnice je uvádí v Oddíle 3 (čl. 12 a násl.). Česká úprava vychází ze směrnic, proto i samotná formulace a šíře výjimek podle českého práva vcelku odpovídá směrnicím. Jako příklad lze uvést čl. 14 klasické směrnice. Podle čl. 14 se směrnice nevztahuje na veřejné zakázky, které jsou prohlášeny za tajné nebo pokud jejich plnění musí být v souladu s platnými právními a správními předpisy platnými v daném členském státě doprovázeno zvláštními bezpečnostními opatřeními nebo jestliže to vyžaduje ochrana základních bezpečnostních zájmů tohoto státu. Velice obdobnou výjimku obsahuje ust. § 18 odst. 1 písm. a) ZVZ³⁵.

Výkladem použití výjimek ze zadávání veřejných zakázek se zabýval i Evropský soudní dvůr. V rozsudku Soudního dvora ze dne 10. března 1987 č. 199/85 *Komise evropských společenství proti Italské republice* soud uvedl, že „*ustanovení, která umožňují odchýlení se od pravidel směřujících k zajištění efektivity práv uložených Smlouvou v oblasti veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a břemeno dokazování existence výjimečných okolností ospravedlňující použití výjimek leží na osobě, která se této výjimky dovolává*³⁶“.

Evropské právo však klade řadu požadavků i na veřejné zakázky, které jsou i přes restriktivní výklad z působnosti zadávacích směrnic vyloučeny. V této souvislosti je možné zmínit např.

³⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb. Klasická směrnice a sektorová směrnice však nejsou jedinými evropskými předpisy, které zákon o veřejných zakázkách implementuje, nicméně se jedná o 2 základní a nejvýznamnější směrnice týkající se veřejných zakázek.

³⁵ „*zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem jsou utajované informace*³⁵ *nebo uveřejnění zadávacích podmínek veřejné zakázky či plnění veřejné zakázky by mohlo ohrozit ochranu utajovaných informací.*“

³⁶ Case 199/85 *Commission v Italy* [1987] ECR 1039, bod 14

případ C-532/03 *Evropská komise v. Irsko* (stanovisko generálního advokáta), ve kterém ESD uvedl, že „Podle judikatury ESD se ustanovení primárního práva použijí i v případě, že veřejná zakázka se neřídí žádnou ze směrnic.“ Ve výše citovaném stanovisku C-532/03 se dále uvedená zásada rozvádí: „Podle judikatury Evropského soudního dvora je nutné zajistit, odpovídající stupeň zveřejnění umožňujícího otevření koncese na služby hospodářské soutěži ve prospěch každého potenciálního uchazeče, jakož i kontrolu nestrannosti postupů řízení o zadání zakázky³⁷. Tento požadavek samozřejmě nedopadá pouze na veřejné zakázky podle Směrnice 92/50, protože mají formu koncese, ale také na veřejné zakázky, které nejsou pokryty touto nebo jinou směrnicí upravující veřejné zakázky z jakéhokoliv jiného důvodu.“ Z judikátu jasně vyplývá, že určité principy známé právu veřejných zakázek je nutné použít i pro další smluvní vztahy vedle veřejných zakázek podle evropských směrnic mezi soukromou a veřejnou sférou. Z uvedeného, ale i z mnoha dalších judikátů ESD lze dovodit hlavní principy pro zadávání těchto zakázek, kterými jsou

- rovnost zacházení³⁸,
- transparentnost,
- proporcionalita³⁹ a
- princip vzájemného uznávání.⁴⁰

Vedle těchto zásad se uvádějí i zásady volný pohyb zboží (článek 28 Smlouvy o ES), právo usazování (článek 43), volný pohyb služeb (článek 49)⁴¹, které se však v konkrétní podobě při posuzování výběrového řízení obvykle neobjeví (výjimku by mohly představovat zvláště objemné zakázky, jejichž význam by přesahoval hranice ČR), nicméně představují významná interpretační pravidla. Všechny uvedené principy směřují k zachování hospodářské soutěže. Výběrové řízení tedy musí probíhat především při respektování těchto principů, přičemž důraz musí být kladen na transparentnost a rovné zacházení. K tomu lze uvést i další významný příklad z judikatury Evropského soudního dvora: „Bez ohledu na to, že tyto smlouvy jsou v současném stavu práva Společenství vyloučeny z oblasti působnosti směrnice 93/38, musí zadavatelé při uzavírání těchto smluv nicméně obecně dodržovat základní

³⁷ Rozsudek ESD ve věci ANAV v. Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA, ze dne 6. dubna 2006

³⁸ Např. rozsudek ze dne 8. října 1980. Případ 810/79, Überschär.

³⁹ Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 11. července 1989. Případ C - 265/87.

⁴⁰ Interpretační sdělení Komise ve věcech koncesí a pravidel EU vztahujících se na veřejné zakázky (2000/C 121/02)

⁴¹ INTERPRETAČNÍ SDĚLENÍ KOMISE o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (2006/C 179/02) ze dne 1.8.2006

*pravidla Smlouvy, a zejména zásadu nediskriminace z důvodu státní příslušnosti*⁴². Rozhodovací praxe ESD na první místo mezi zásadami obvykle klade princip transparentnosti. Přestože podle rozsudku ze dne 21. července 2005, Coname⁴³, transparentnost neukládá „povinnost vyhlásit veřejnou zakázku“, úplná neexistence hospodářské soutěže, jak uvedl Soudní dvůr ve svém rozsudku ze dne 13. října 2005, Parking Brixen⁴⁴, „není v souladu s požadavky článků 43 ES a 49 ES ani se zásadami rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti.“

Z judikatury Evropského soudního dvora tedy vyplývá, že i při použití výjimek ze směrnic upravující zadávací řízení, je nutno dodržovat jejich principy a v každém případě je nutné řídit se primárním právem evropské unie (Smlouvy o ES). V judikatuře konkrétně zmiňovaným principem je princip transparentnosti, který by měl být dodržen v každém případě.

Co se týče samotného přezkumu těchto zakázek, na úrovni evropského práva řešen není. Každopádně ESD je příslušný k jejich přezkumu z hlediska evropského práva, především jejich souladu se Smlouvou o ES.

6. ÚPRAVA PŮSOBNOSTI DOHLEDU VE VYBRANÝCH ZEMÍCH EU

Vzhledem k tomu, že zadávací směrnice, ale ani jiné evropské směrnice, konkrétní požadavky na přezkum zadávacích řízení nestanoví, je dohled v jednotlivých zemích značně různorodý. Evropské právo požaduje, aby existovala možnost přezkumu, a stanoví pouze velmi široký rámec vnitrostátní úpravy⁴⁵. V praxi tak můžeme vysledovat tři základní koncepce přezkumu:

1. přezkum v rámci správního řízení
2. soudní řízení

⁴² Rozsudek ze dne 7. prosince 2000 ve věci C-324/98 *Teleaustria v. Telekom Austria* [2000] Sb. rozh. I-10745, bod 60

⁴³ C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287

⁴⁴ C-458/03, Sb. rozh. s. I-8612

⁴⁵ směrnice ES č. 89/665/EHS, o koordinaci právních předpisů v oblasti přezkumu zadávání veřejných zakázek ve formě dodávek a prací, a směrnice č. 92/13/EHS, o opravných prostředcích v oblasti veřejných sítí.

3. zvláštní řízení *sui generis*⁴⁶

Správní řízení se uplatňuje vedle České republiky i například v Německu, Rakousku či Maďarsku. Například v Německu se přezkumné řízení značně liší podle toho, zda se jedná o nadlimitní či podlimitní veřejnou zakázku. Přezkum nadlimitních řízení je dvoustupňový a je koncipován velmi podobně, jako české přezkumné řízení. Naopak přezkum podlimitních veřejných zakázek je velmi omezen. V případě těchto zakázek se používá pouze tzv. služebně dozorční stížnost (*Dienstaufsichtsbeschwerde*), která ovšem nemívá pro zadavatele právní důsledky. Uchazeči se tak nedovolají zásahu úřadů a nemají např. právo na nahlížení do spisu. Dodavatel však má možnost podat žalobu na náhradu škody před občanským soudem.⁴⁷

V Rakousku je orgánem dohledu Spolkový úřad pro zadávání veřejných zakázek. Na rozdíl od Německého modelu zde nerozhoduje o objemu zadávané veřejné zakázky. Dodavatel podává žádost o přezkum před uzavřením smlouvy, přičemž jsou taxativně vymezeny úkony zadavatele, které lze na základě žádosti přezkoumat. Vedle přezkumného řízení existuje v Německu zjišťovací řízení, které lze konat do 6 měsíců od oznámení o udělení zakázky. Koná se tedy až po uzavření smlouvy a jeho průběh je v podstatě obdobný přezkumnému řízení. V tomto řízení lze rovněž přezkoumat splnění podmínek pro přímé zadání veřejné zakázky (tedy splnění podmínek pro použití výjimky).

Soudní přezkum se používá například ve Velké Británii. V této zemi přezkoumává zadávací řízení obchodní soud, což je dáno poněkud odlišným vnímáním veřejného a soukromého práva. Naopak například ve Švédsku přezkum provádí správní soud.

Příkladem země, kde se uplatňuje řízení *sui generis*, je Polsko. Přezkum provádí Úřad pro veřejné zakázky ve speciálním veřejném zakázkám přizpůsobeném řízení. Nejedná se tedy o soudní ani o správní řízení. Před samotným podáním k Úřadu pro veřejné zakázky musí dodavatel podat protest zadavateli (ve lhůtě 7 dnů od chvíle, kdy se o porušení práva dozvěděl), což je v podstatě doba našich námitek. Poté může dodavatel podat odvolání úřadu, přičemž o odvolání rozhoduje tříčlenný senát složený ze speciálních arbitrů. Arbitři rozhodují do 14 dnů od předložení věci k posouzení. Ve srovnání s řízením před ÚOHS je tento

⁴⁶ JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph. D., Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, 2006

⁴⁷ <http://www.procurement.de/>

system skutečně rychlý. Rovněž je třeba vyzdvihnout ten fakt, že arbitři mohou přezkoumávat i výhodnost vybrané zakázky jak z hlediska ekonomického, tak technického. Přezkum se tedy neomezuje na pouhou formální správnost úkonů zadavatele.⁴⁸

Z hlediska rozsahu přezkumu lze rovněž rozlišit právní úpravy podle toho, zda je v rámci přezkumu možné hodnotit i ekonomickou a technickou výhodnost nabídky, což klade daleko vyšší nároky na orgán provádějící přezkum. Tato možnost je dána, jak je zmíněno výše, například v Polsku. Přezkum v tomto rozsahu se ale rovněž uplatňuje ve Švédsku. Ve většině evropských zemí však převládá restriktivní přezkum a přezkoumává se pouze zákonnost zadávacího řízení – tedy především formální či procesní stránku řízení.

Pokud bychom měli různá přezkumná řízení zhodnotit z hlediska koncepčního řešení, rozhodně lze vyzdvihnout polskou úpravu, a to jak z hlediska rychlosti, tak z hlediska rozsahu přezkumu. Budeme-li uvažovat o rozsáhlejších koncepčních změnách v úpravě našeho zadávacího práva, rozhodně by se měla brát polská úprava v úvahu jako možný vzor řešení přezkumu.

7. ZÁVĚR

Česká úprava přezkumu zadávání veřejných zakázek trpí řadou nedostatků. Základním z nich je podle mého názoru rychlost přezkumného řízení. V případě veřejných zakázek je efektivním přezkumem rychlý přezkum. Vzhledem k tomu, že ÚOHS v přezkumném řízení postupuje podle správního řádu, je vázán poměrně dlouhými lhůtami, které jsou v oblasti veřejných zakázek zcela nevhodné. Často tak dochází ke zbytečným průtahům a vícenákladům při plnění smluv uzavíraných na základě zadávacích řízení. Jako určitý nedostatek lze vnímat i to, že ÚOHS nemá možnost přezkoumat vhodnost výběru nejvýhodnější nabídky. Přezkum se tak omezuje na pouhý přezkum formálního souladu s postupem zadavatele v zadávacím řízení. Jako vzorová právní úprava, která by oba tyto nedostatky odstranila, je podle mého polská úprava přezkumného řízení. Lze namítat i to, že dospěje-li ÚOHS k závěru, že zadavatel porušil zákon, nemůže zadavateli uložit povinnost

⁴⁸ JUDr. Ing. Radek Jurčík, Ph. D, Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, 2006

nahradit poškozenému uchazeči škodu a tento se náhrady škody může domáhat pouze v občanskoprávním řízení. Neexistuje orgán, který by mohl zneplatnit protiprávně uzavřenou smlouvu (tedy smlouvu uzavřenou v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách). Tuto možnost nemá v podstatě ani soud, protože, jak uvádím výše, žalobce nebude schopen prokázat naléhavý právní zájem na určení neplatnosti smlouvy.

Samotnou kapitolou je pak přezkum veřejných zakázek malého rozsahu, který v praxi prakticky neexistuje. Domnívám se navíc, že ze zákona o veřejných zakázkách nelze jednoznačně dovodit povinnost ÚOHS přezkoumávat tyto veřejné zakázky, což by navíc při současném personálním vybavení ÚOHS nešlo ani prakticky aplikovat. Do budoucna se zřejmě bude muset zákon o veřejných zakázkách v tomto ohledu novelizovat. Nabízí se možnost vytvořit zjednodušené jednostupňové řízení pro přezkum souladu výběrového řízení se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách.

Avšak i sebelepší právní úprava může být na hony vzdálená od skutečné praxe. Pro naplnění účelu právní úpravy zadávacího práva je třeba především najít politickou vůli k důslednému uplatňování odpovědností, a to i odpovědností politické, za dodržování zadávacího práva a nakonec i za hospodárné vedení veřejné správy jako celku. Budeme-li hodnotit českou praxi z tohoto pohledu, hodnocení nedopadne nijak dobře. Skoro denně se lze setkat se zprávami o porušování zákona o veřejných zakázkách a dovoluji si tvrdit, že to, co se dostane do médií, je pouze špička ledovce. Ještě kritičtější je pak situace v oblasti veřejných zakázek malého rozsahu, které jsou navíc nepřezkoumatelné. Takováto úprava je pak živnou půdou pro korupci. Do budoucna je tedy v oblasti přezkumu veřejných zakázek mnoho co napravovat.

POUŽITÁ LITERATURA

Šebesta, M., Podešva, V., Olik, M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006

Christopher Bovis, Public Procurement in the European Union. Antony Rowe Ltd. Cippenham Eastbourne 2005

Jurčík, D.: Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek. Transparency International 2006

Jurčík, D.: Přezkumné řízení v procesu zadávání veřejných zakázek. časopis Daně a právo v praxi, ASPI a.s., 2000, č. 14

Raus, D.: Zadávání zakázek malého rozsahu a otazníky jeho přezkumu. Právní rozhledy, ročník 2007, č. 19

Jurčík, D.: Zákon o veřejných zakázkách: komentář. Praha: Beck 2006

Novotný, V.: Přehled judikatury ve věcech veřejných zakázek. ASPI, a.s., Praha 2006.

Pavel, J.: PPP projekty v České republice - šance nebo riziko. Implementace PPP projektů v České republice a její rizika. Praha: Transparency international 2007

Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M., a kol.: Obchodní zákoník: komentář. Praha: Beck 2006

Krč, R., Marek, K., Petr, M.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s komentářem. Praha: Linde 2008-08-13

Metodika zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách a metodika zadávání zakázek financovaných ze zdrojů Evropské unie. Ministerstvo pro místní rozvoj