

PRÁVNICKÁ FAKULTA
UNIVERZITY KARLOVY
Katedra obchodního práva

Matouš Bém

Sekundární cíle při zadávání veřejných zakázek

Diplomová práce

Vedoucí práce: JUDr. Tomáš Horáček, Ph.D.

Březen 2019

ČESTNÉ PROHLÁŠENÍ

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou prací vypracoval/a samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 111817 znaků včetně mezer.

V Praze dne 12.3.2019

.....

Matouš Bém

OBSAH

Úvod	1
1. Právní úprava veřejných zakázek ve vztahu k horizontálním cílům	4
1.1 Primární právo Evropské unie	4
1.2 Směrnice a zákon o zadávání veřejných zakázek	5
1.2.1 Směrnice	5
1.2.2 Zákon o zadávání veřejných zakázek	6
1.3 Judikatura Soudního dvora Evropské unie aneb od případu Beentjes k případu Wienstrom	6
1.3.1 Beentjes	6
1.3.2 Concordia Bus	7
1.3.3 Wienstrom	9
1.4 Veřejné zakázky a politika zaměstnanosti	10
1.4.1 Rüffert	10
1.4.2 Bundesdruckerei	13
1.4.3 Regiopost	15
2. Taxonomie horizontálních aspektů	18
2.1 Prosté a kvalifikované dodržování právních předpisů	21
2.1.1 Prosté dodržování právních předpisů	21
2.1.2 Kvalifikované dodržování právních předpisů	23
2.2 Opatření vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky a opatření jdoucí nad jeho rámec	25
2.2.1 Opatření vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky	25
2.2.2 Požadavky jdoucí nad rámec předmětu plnění veřejné zakázky	25
2.3 Mechanismy uplatňování horizontálních aspektů	27
2.3.1 Cílené zadávání veřejných zakázek	28

2.3.2	Vymezení předmětu veřejné zakázky	29
2.3.3	Rozdělení veřejné zakázky	33
2.3.4	Vyhrazené veřejné zakázky	35
2.3.5	Vyloučení uchazečů	37
2.3.6	Hodnoticí kritéria	38
2.3.7	Podmínky plnění veřejné zakázky	42
	Závěr	47
	Seznam použitých zkratk	49
	Seznam použitých pramenů	51
	Resumé	55
	Abstract	56
	Klíčová slova / Keywords	57

ÚVOD

V moderní době je běžnou záležitostí, že lidé důkladně přemýšlí nad tím, co nakupují. V nakupování vidí více než prostou ekonomickou směnu peněz za zboží a služby. Navštěvují farmářské trhy, aby vyjádřili podporu místním drobným zemědělcům. Z obdobného důvodu v obchodech vybírají pouze tuzemské produkty. Snaží se cestovat raději vlakem ve snaze šetřit životní prostředí. Nenakupují od výrobců, o kterých je známo, že svým zaměstnancům nezaručují vysoké pracovní standardy. Prosazují zelenou energetiku odebíráním elektřiny z obnovitelných zdrojů a po práci se nejraději zastaví v kavárně, která zaměstnává handicapované zaměstnance. Zkrátka část identity moderního člověka tvoří i to, co nakupuje. Bez nadsázky lze říct, že člověk skrze nakupování prosazuje své politické názory a cíle. Stejný trend lze sledovat i tam, kde jsou alokovány nikoliv soukromé, nýbrž veřejné zdroje – tedy tam, kde nakupuje stát. I stát může při nakládání s veřejnými zdroji sledovat jiné cíle, než je samotná služba či zboží, které v daném případě poptává.

Stát (či lépe subjekty disponující veřejnými zdroji) nakupuje služby a zboží skrze formalizovaný proces veřejných zakázek. Prvotním (hlavním) cílem veřejných zakázek je bezesporu samotný nákup zboží a služeb. Jiné, nefunkční cíle lze nazývat jako cíle sekundární nebo horizontální. Termíny sekundární a horizontální nejsou stricto sensu právními termíny, v odborné literatuře nejsou užívány jednotně a lze je více méně užívat jako synonyma. Nicméně i vzhledem k tomu, že v diplomové práci z velké části vycházím z publikací Sue Arrowsmith a Petera Kunzlika, se přikloním k užívání termínu horizontální. Diplomová práce bude rozebírat přípustnost sledování takových cílů, které nemusí nutně být spojeny s hlavním cílem zadávacího řízení – tedy se samotnou vůlí nákup uskutečnit. Zadavatel tyto politiky do zadávacího řízení inkorporuje nad rámec cíle primárního. Nabízí se tedy pojmenovat ostatní cíle jako sekundární. To nicméně může být značně zavádějící, jak lze ukázat na příkladu, kdy zadavatel primárně sleduje např. snižování nezaměstnanosti a teprve jako vhodný nástroj (tedy až následně – sekundárně) k tomu volí investice z veřejného rozpočtu. Pojem sekundární navíc může implikovat, že takové cíle jsou až na druhém místě, co se týče jejich významu. A tedy, že jejich důležitost je do jisté míry omezená. Přitom tímto způsobem jsou sledována tak důležitá celospolečenská témata, jako je snaha o zmírnění klimatických změn, trvale udržitelný

rozvoj, zachování základních lidských hodnot jako důstojnost, rovnost aj.¹ I zde by byl pojem sekundární zavádějící. V neposlední řadě může být tento pojem vnímán jako rozhodnutí, které není z ekonomického hlediska racionální. Přitom jak ukáže diplomová práce, požadavek na racionalitu ekonomického chování bude klíčovým předpokladem pro úspěšné uplatnění horizontálních aspektů. Ukážeme, že to, že sledování horizontálních cílů ve veřejných zakázkách s sebou inherentně přinese do zadávacího řízení zvýšené náklady, neznamená, že se jedná o nevýhodný postup. Navíc ač by se mohlo zdát, že zadavatelé jsou k uplatňování horizontálních aspektů ze strany regulátora často uměle vedeni, diplomová práce se pokusí čtenáři ukázat, že zohledňování i jiných aspektů může naopak být pro ekonomický subjekt zcela přirozené. A tudíž že veřejné zakázky mohou sloužit jako zcela legitimní a ekonomicky efektivní nástroj státu k prosazování takových politik. Z těchto důvodů také budu v diplomové práci užívat termín *horizontální cíle* či *aspekty*, neboť se přikláním k názoru, že tak je lépe vystihnuta podstata takových cílů a lépe se tak vyjadřuje jejich rovnocenné postavení.

Cílem diplomové práce je ukázat, že sledování horizontálních cílů ve veřejných zakázkách může být legitimním nástrojem. Výklad není zaměřen na obecné pojednání o veřejných zakázkách. Cílem práce také není podat vyčerpávající přehled konkrétních horizontálních cílů, které lze ve veřejných zakázkách sledovat. Práce se zaměřuje na vztah mezi právním a ekonomickým aspektem veřejných zakázek ve vztahu k uplatňování horizontálních aspektů. Vychází přitom z předpokladu, že aby bylo uplatnění konkrétního aspektu legitimní, musí být na prvním místě přirozeně konkrétní jednání zadavatele právem aprobované. V tomto ohledu rychle dojdeme k závěru, že platná právní úprava neupravuje problematiku horizontálních cílů uceleně. Fenomén sledování horizontálních cílů ve veřejných zakázkách není však čistě právní problematikou. Jak ukážeme níže, nezbytným předpokladem pro to, aby mohlo být chování zadavatele zhodnoceno jako legitimní, je také požadavek na ekonomickou racionalitu chování zadavatele. V neposlední řadě se téma diplomové práce dotýká také politiky. Respektive rozhodnutí uplatnit konkrétní horizontální aspekty může mít motivaci nikoliv čistě ekonomickou, ale i politickou.² V takových případech bude nezbytným předpokladem pro legitimitu také

¹ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 13.

² Typicky uplatňování fairtradových aspektů ve veřejných zakázkách.

politická podpora takového rozhodnutí. Každému rozhodnutí zadavatele sledovat některý z nefunkčních cílů veřejné zakázky by tedy měla předcházet širší úvaha, ve které by si měl zadavatel uvědomit nejen to, zda je jeho postup v souladu s procesními pravidly zadávacího řízení, ale také zda jedná racionálně a zda má pro rozhodnutí dostatečnou politickou podporu. I proto si nevystačíme s prostým výpisem situací, ve kterých platná právní úprava uplatňování konkrétních horizontálních kritérií dovoluje, vyžaduje, nebo naopak zakazuje. Abychom podali obecný výklad o mezích, ve kterých se zadavatel musí pohybovat, aby jeho chování mohlo být považováno za legitimní, bude potřeba fenomén popsat hlouběji. První část práce se proto po nezbytném vymezení základního právního rámce úpravy veřejných zakázek ponoří hlouběji do analýzy judikatury soudního dvora, která hrála klíčovou roli ve vymezení mantinelů, ve kterých se zadavatelé dnes mohou pohybovat. Tato část práce bude především popisná. Poznatky z první části budou následně aplikovány na platnou právní úpravu za účelem vystavení obecné taxonomie horizontálních cílů v části druhé. V té využijeme vedle deskripce platné právní úpravy také metod dedukce a indukce.

1. PRÁVNÍ ÚPRAVA VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK VE VZTAHU K HORIZONTÁLNÍM CÍLŮM

1.1 Primární právo Evropské unie

Veřejné zakázky se svojí podstatou přirozeně dotýkají základních principů, na kterých je vystavěna Evropská unie. Východisko úpravy zadávání veřejných zakázek (nejen ve vztahu k horizontálním cílům) se proto nalézá přímo v primárním právu EU. Samotné materiální úpravě veřejných zakázek tak předchází zejména svoboda volného pohybu zboží a zákaz množstevních omezení (čl. 34 SFEU), volný pohyb služeb (čl. 56 SFEU), zákaz diskriminace z důvodu státní příslušnosti (čl. 18 SFEU) a svoboda usazování (čl. 49 SFEU). Právní základ na evropské rovině pak představuje především směrnice, která poskytuje komplexní harmonizační rámec pro přijetí národních úprav zadávacího řízení. Zvláště je upraveno zadávací řízení v sektorové směrnici³ pro subjekty působící ve vodním hospodářství, energetice, dopravě a v poštovních službách a pro koncesní řízení v koncesní směrnici.⁴ Zvláštní úpravě zadávacího řízení se však tato práce nevěnuje. Úprava obsažená v SFEU je pro veřejné zakázky důležitá ve dvojitým smyslu. Zaprvé ne každá veřejná zakázka bude spadat pod režim směrnice. Takto jsou např. z předmětu úpravy vyjmuty veřejné zakázky nepřevyšující finanční limity uvedené v článku 4 směrnice. Avšak i na tyto zakázky se aplikuje úprava SFEU.⁵ To mimo jiné potvrdil i SDEU v rozsudku ve věci Teleaustria, když stanovil, že zásady rovného zacházení a transparentnosti, volného pohybu zboží, svobody usazování a poskytování služeb, zaručené SFEU, jsou aplikovatelné i na veřejné zakázky pod prahovými hodnotami stanovenými směrnicí. Za druhé, a to je velmi důležité, neexistuje ucelená právní úprava (ať už ve směrnici nebo ZVZ), která by ne/přípustnost uplatňování horizontálních aspektů či sledování horizontálních cílů upravovala. Snadno se tak může stát, že zadavatel přijme

³ Směrnice EP a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014.

⁴ Směrnice EP a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014.

⁵ Ledaže by SFEU stanovila jinak – např. článek 346 dává členským státům ve spojitosti s výrobou zbraní, střeliva a válečného materiálu nebo obchodem s nimi možnost učinit opatření k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti. To je pak promítnuto i do národní úpravy, konkrétně do § 29 písm. s) ZVZ. Ten stanovuje, že veřejné zakázky týkající se obchodu s vojenským materiálem, které jsou zároveň nezbytné k ochraně podstatných bezpečnostních zájmů, není třeba zadat v režimu ZVZ. Členské státy se takto, za dodržení korektivu věty druhé článku 346 SFEU, mohou rozhodnout nakoupit vojenský materiál raději od strategického partnera, což by za běžných okolností bylo bezesporu porušením zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti.

opatření, která sice nebudou v rozporu přímo se směrnicí nebo ZVZ, ale budou přesto zakázána, neboť budou shledána v rozporu např. se svobodou volného pohybu služeb. Ostatně právě na otázce, zda konkrétní opatření přijaté zadavatelem představuje porušení výše zmíněných svobod, vybudoval SDEU základní mantinely, ve kterých se zadavatel bude vždy muset pohybovat, pokud některý z nástrojů sledování horizontálních cílů bude chtít uplatnit.⁶ Učinil tak přitom ještě v době, kdy výslovná zákonná úprava připouštějící či zakazující jakékoliv takové chování zadavatele chyběla. Vztah mezi uplatňováním horizontálních aspektů ve veřejných zakázkách a základními svobodami vnitřního trhu lze v jednoduchosti shrnout tak, že zakázáno bude každé takové opatření zadavatele sledující nefunkční cíl veřejné zakázky, které bude se základními svobodami vnitřního trhu v rozporu.

1.2 Směrnice a zákon o zadávání veřejných zakázek

1.2.1 Směrnice

Zmiňovali jsme, že právní základ evropské úpravy veřejných zakázek se nachází především ve směrnici. Její přijetí reagovalo na judikaturní a doktrinální vývoj v otázce přípustnosti horizontálních cílů. Jako důsledek takového vývoje (na rozdíl od předchozí úpravy) již platná právní úprava uplatňování některých horizontálních aspektů výslovně připouští. Sama směrnice však druhým dechem dodává, že není (a ani by nebylo) účelné danou problematiku upravit obecně:

Vzhledem k výrazným rozdílům mezi jednotlivými odvětvími a trhy by však nebylo vhodné stanovit obecně platné povinné požadavky na environmentální, sociální a inovativní zadávání veřejných zakázek.

Zdá se proto vhodné pokračovat tímto směrem a ponechat stanovení povinných cílů na právních předpisech pro jednotlivá odvětví s ohledem na konkrétní politiky a podmínky, kterými se příslušné odvětví řídí, a propagovat rozvoj a používání evropských přístupů k nákladům životního cyklu, aby se dále posílilo používání veřejných zakázek na podporu udržitelného růstu.⁷

⁶ Viz níže rozebrané rozsudky Beentjes, Bundesdruckerei, Concordia Bus, Regiopost, Wienstrom a Ruffert.

⁷ Směrnice, bod odůvodnění 95.

1.2.2 Zákon o zadávání veřejných zakázek

Na tuzemské scéně přinesly požadavky zadávacích směrnic oproti předešlé úpravě potřebu natolik rozsáhlé změny, že se český zákonodárce rozhodl směrnice implementovat přijetím zcela nového zákona o zadávání veřejných zakázek. ZVZ tak přirozeně vychází z úpravy zadávacích směrnic a ani on nemá ambice poskytnout ucelenou úpravu přípustnosti sledování horizontálních cílů ve veřejných zakázkách. I proto pro podání uceleného výkladu o tom, které konkrétní cíle lze sledovat ve které z fází zadávacího řízení, respektive jakým způsobem je lze sledovat a jaké jsou konkrétní limity uplatňování jednotlivých nástrojů, nepostačí pouze rozebrat zadávací směrnice a ZVZ. Bude naopak třeba důkladně analyzovat bohatou judikaturou SDEU a využít celé řady soft law dokumentů. Jednotlivá ustanovení směrnice a ZVZ upravující problematiku diplomové práce budou blíže rozebrána v druhé kapitole.

1.3 Judikatura Soudního dvora Evropské unie aneb od případu Beentjes k případu Wienstrom

1.3.1 Beentjes

Jak už bývá ve světě práva zvykem, soudy jsou často nuceny reflektovat na nové právní fenomény předtím, než je zákonodárce stihne regulovat. Nejinak je tomu i u problematiky horizontálních cílů ve veřejných zakázkách. Poprvé byl SDEU před tento problém postaven již v roce 1988 v případě Beentjes. V zadávacím řízení týkajícím se pozemkových úprav nizozemský zadavatel nevybral nejnížší nabídku, kterou učinila společnost Gebroeders Beentjes BV, s odůvodněním, že společnost nesplňovala požadavky na zaměstnávání dlouhodobě nezaměstnaných. Soudní dvůr byl v případě postaven mimo jiné před otázkou, zda tehdejší právní úprava EU umožňovala nevybrat nejnížší nabídku soutěžitele na základě (1) nedostatku zvláštní kvalifikace ohledně předmětu zakázky, (2) volné úvahy zadavatele ve smyslu, že soutěžitel není vhodný, a (3) neschopnosti soutěžitele zaměstnávat dlouhodobě nezaměstnané.⁸ Vyjádřil se přitom jednoznačně v tom smyslu, že možnost zadavatele libovolně vybrat nejvhodnějšího

⁸ Přeloženo z anglického originálu „(1) lack of specific experience, (2) the tender does not appear to be the most acceptable in the view of the awarding authority, (3) inability of the contractor to employ long-term unemployed“.

soutěžitele dle bodu 2 může být přijatelná pouze v případě, že bude ustanovení interpretováno jako možnost jednotlivé nabídky mezi sebou vzájemně poměřovat a vybrat z nich tu ekonomicky nejvýhodnější.⁹ K otázce ohledně možnosti zohlednit zaměstnávání dlouhodobě nezaměstnaných pak soud konstatoval, že takové opatření bude přípustné za splnění dvou zvláštních podmínek. Zaprvé v důsledku takového opatření nesmí dojít k přímé či nepřímé diskriminaci soutěžitelů z ostatních členských států. A zadruhé (na rozdíl od možnosti nevybrat soutěžitele na základě nedostatku zvláštní kvalifikace, u které postačí v zadávací dokumentaci prostý odkaz na příslušnou legislativu) je nutné podmínku výslovně zmínit v zadávací dokumentaci, aby se s ní každý potenciální soutěžitel mohl předem seznámit. V rozsudku ve věci Beentjes tedy soudní dvůr vůbec poprvé připustil uplatňování horizontálních aspektů ve veřejných zakázkách a zároveň určil první limity jejich uplatňování. Beentjes ukázal, že za předpokladu, že nedojde k přímé či nepřímé diskriminaci soutěžitelů, a za podmínky, že dojde k řádné publikaci v zadávací dokumentaci, popřípadě v oznámení o veřejné zakázce, bude sledování horizontálních cílů ve veřejných zakázkách v zásadě přípustné.

1.3.2 Concordia Bus

Na rozsudek v případě Beentjes navázal soudní dvůr v roce 2002 rozhodnutím věci Concordia Bus. Zde se řešila veřejná zakázka na provoz autobusové sítě v Helsinkách, přičemž vybrána měla být ekonomicky nejvýhodnější nabídka, ve které budou zohledněny i environmentální aspekty soutěžitelů. Konkrétně byli v rámci hodnocení nabídek zvýhodněni soutěžitelé, jejichž vozový park měl nižší emise oxidu dusíku a úroveň hluchosti než limity stanovené v zadávací dokumentaci. V rámci hodnocení nabídek dodatečné body dále dostali i soutěžitelé, kteří osvědčili, že mají dostatečný program na ochranu životního prostředí. Společnost Concordia Bus, která předmětnou zakázku nevyhrála, postup napadla. Argumentovala tím, že stanovené limity byly nespravedlivé a diskriminační, neboť mohly být ve skutečnosti dodrženy pouze jediným, a to konkrétně vybraným soutěžitelem. Dále pak rozporovala, zda vůbec lze v rámci hodnocení nabídek brát v úvahu faktory životního prostředí, které nemají žádný přímý vztah k předmětu veřejné zakázky. Finský soud předložil SDEU předběžnou otázku, zda

⁹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-31/87 ze dne 20. září 1988, bod 26–27.

platná právní úprava společenství umožňovala zahrnout mezi kritéria pro zadání zakázky výše zmíněná environmentální hlediska a zda je možné nabídkce při splnění stanovených limitů přidělit v rámci hodnocení dodatečné body. Soudní dvůr podpořil možnost zadavatelů zohledňovat environmentální aspekty, když připomněl, že dle platné úpravy nebyla kritéria, která mohla být použita pro zadání veřejné zakázky, ekonomicky nejvýhodnější nabídkce stanovena taxativně. Dále se vymezil v tom smyslu, že hodnotící kritéria pro určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky nemusí být nutně čistě ekonomické povahy. Soud na druhou stranu připomněl závěry z rozhodnutí v případě Beentjes ohledně toho, že zadavatel nemůže při uplatňování zvláštních podmínek postupovat zcela libovolně. Podmínky se mohou týkat pouze takových kritérií, jejichž účelem je určit ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Vše uzavřel s tím, že vzhledem k tomu, že nabídky se ze své podstaty musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky, musí rovněž s předmětem zakázky souviset i zvolená zadávací kritéria:

Z těchto úvah vyplývá, že když se zadavatel rozhoduje zadat zakázku uchazeči, který předložil ekonomicky nejvýhodnější nabídku [...], může vzít v úvahu kritéria týkající se ochrany životního prostředí v rozsahu, v němž tato kritéria souvisí s předmětem zakázky, neposkytují uvedenému zadavateli neomezenou svobodu výběru, jsou výslovně uvedena v zadávací dokumentaci nebo ve vyhlášení zakázky a jsou v souladu se všemi základními zásadami práva společenství, zejména zásadou nediskriminace.¹⁰

Z rozhodnutí ve věci Concordia Bus plyne závěr, že kritéria pro zadání veřejné zakázky, která nebudou souviset s předmětem zakázky, nebudou přijatelná. To je ostatně dnes promítnuto přímo do článku 67 odst. 2 směrnice a článku 116 odst. 1 ZVZ, které stanovují, že ekonomicky nejvýhodnější nabídka může být posuzována na základě kritérií, jež zahrnují kvalitativní, environmentální a sociální hlediska spojená s předmětem dané veřejné zakázky. Je důležité si uvědomit, že závěr se uplatní na sledování horizontálních cílů skrze hodnotící kritéria. V druhé části diplomové práce ukážeme, že existují i jiné mechanismy, skrze než je možné horizontálních cílů dosáhnout. Požadavek vztahu k předmětu zakázky se tak neuplatní například tam, kde zákon sledování některého horizontálního cíle přímo umožňuje. Jako příklad poslouží

¹⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-513/99 ze dne 17. září 2002, bod 64.

možnost vyloučit ze zadávacího řízení soutěžitele, který nesplňuje základní způsobilost dle článku 74 odst. 1 ZVZ.

1.3.3 Wienstrom

Závěry ohledně přípustnosti hodnoticích kritérií zaměřených na ochranu životního prostředí SDEU potvrdil v dalším z klíčových rozhodnutí ve věci Wienstrom. Zde soudní dvůr řešil otázku přípustnosti hodnoticího kritéria, které na rozdíl od případu Concordia Bus nemělo přímý ekonomický přínos pro zadavatele. V napadaném zadávacím řízení ohledně dodávek elektrické energie se museli soutěžitelé zavázat, že nebudou vědomě dodávat elektrickou energii produkovanou z jádra a že naopak v rámci technických možností budou dodávat energii pouze z obnovitelných zdrojů. V případě porušení tohoto závazku mohl zadavatel od smlouvy odstoupit a žádat náhradu škody. V zadávací dokumentaci bylo dále stanoveno, že zadavatel si byl vědom, že soutěžitelé nemohli z technických důvodů fakticky zaručit, že elektrická energie skutečně bude pocházet z obnovitelných zdrojů. Přesto však mělo poptávaných 22,5 gigawatthodin elektrické energie pocházet výlučně z obnovitelných zdrojů. Zadavatel tedy neměl jak ověřit, zda budou podmínky skutečně splněny. Pro účely hodnocení nabídek měla být dále cena za energii převyšující hodnotu 22,5 gigawatthodin vážena. Cena za elektrickou energii měla být vypočtena s koeficientem 55 %, zatímco energie z obnovitelných zdrojů pouze 45 %.

Soudní dvůr se ve věci Wienstrom postavil za své závěry z případu Concordia Bus a potvrdil, že za výše zmíněných podmínek – tedy za předpokladu, že kritéria souvisí s předmětem zakázky, neposkytují uvedenému zadavateli neomezenou svobodu výběru, jsou výslovně uvedena v zadávací dokumentaci a jsou v souladu se všemi základními zásadami práva společenství – nemusí být hodnoticí kritéria čistě ekonomického charakteru. V tomto ohledu je požadavek dodávání energie pouze z obnovitelných zdrojů přijatelný. Dále bylo namítáno, že i pokud by soudní dvůr měl dojít ke stejnému závěru o přijatelnosti environmentálních aspektů jako v případě Concordia Bus, konkrétní napadané hodnoticí kritérium neobstojí. Důvodem mělo být, že elektrická energie z obnovitelných zdrojů byla vážena pouze z 45 %, z čehož stěžovatel dovozoval, že výhoda, kterou tímto požadavkem mohl zadavatel získat, na něj nebude mít přímý ekonomický dopad. Tento argument však soud zamítl. Jestliže nic nebrání zadavatelům

v rámci hodnoticích kritérií zohledňovat i kritéria neekonomická, tak je ani nic neomezuje v tom, jakou váhu jim v konkrétním případě přisoudí. Avšak jen za podmínky, že takové vážení umožní celkové spravedlivé zhodnocení a poměření jednotlivých nabídek. Ani samotný fakt, že konkrétní environmentální hodnoticí kritérium nemělo přímý ekonomický dopad na zadavatele, neboť samo o sobě nemohlo docílit kýženého efektu (celkového zvýšení produkce elektřiny z obnovitelných zdrojů), není v rozporu s unijním právem. Výrazným pochybením však podle soudu byla skutečnost, že zadavatel neměl jak ověřit správnost informací, na základě kterých nabídky vyhodnocoval. Což shledal v jednoznačném rozporu s principy rovného zacházení a transparentnosti, a z toho důvodu jako nepřezkoumatelné. V druhé řadě pak nemohl obstát fakt, že předmětné hodnoticí kritérium neměřilo na samotný předmět veřejné zakázky (na dodávku elektrické energie přímo zadavateli), ale na množství dodané energie, které soutěžitelé dodají i ostatním odběratelům. Z těchto důvodů bylo napadené ustanovení shledáno v rozporu s unijním právem. Přesto však rozhodnutí Wienstrom ukazuje, že užití environmentálního hodnoticího kritéria je v zásadě možné i přes to, že nemá přímý ekonomický dopad na zadavatele, a že takové kritérium může hrát v hodnocení významnou roli. Pokud má ale kritérium obstát, musí být vždy ze strany zadavatele přezkoumatelné. Z Wienstrom plyne ještě jeden důležitý závěr. Bude v zásadě zcela na zadavateli, jako váhu dá dílčím hodnoticím kritériím avšak pouze za předpokladu, že takové vážení umožní spravedlivé zhodnocení nabídek mezi sebou.

1.4 Veřejné zakázky a politika zaměstnanosti

1.4.1 Rüffert

Zcela samostatnou kapitolu tvoří postoj soudního dvora ke snaze zadavatelů implementovat do veřejných zakázek požadavek na proplácení minimální mzdy. Trend podmiňování účasti na pracích hrazených z veřejných prostředků zajištěním kvalitních pracovních podmínek lze vysledovat až do předminulého století. Již v roce 1891 přijala britská Dolní sněmovna tzv. Fair Wage Resolution, která stanovila, že veškeré smlouvy uzavřené mezi státními orgány a soukromým sektorem musely obsahovat ustanovení, které zaručovalo, aby dělníci pracující na předmětu smlouvy dostali za odvedenou práci

přiměřenou mzdu. Obdobné opatření bylo přijato také ve Francii v roce 1899¹¹ a skrze Davis–Bacon Act v USA v roce 1931.¹² Sociální aspekty se tedy ve veřejných zakázkách objevují již delší dobu. V souvislosti se snahou ochránit vnitřní trh však jsou taková opatření trnem v oku Soudního dvora EU. Existuje totiž tenká hranice mezi opatřeními, která míří na dodržování základních pracovněprávních standardů, a těmi, jejichž účelem či důsledkem je oproti tomu omezení účasti zahraničních soutěžitelů. Právě tento problém řešil soudní dvůr ve věci Rüffert. V tomto případě byla pro účast na veřejných zakázkách na stavební práce převyšující hodnotu 10 000 eur ve spolkové zemi Dolní Sasko zákonem stanovena podmínka, že soutěžitelé musí vyplácet zaměstnancům pracujícím na předmětu zakázky alespoň minimální mzdu zaručenou kolektivní smlouvou v daném odvětví. Požadavek dopadal na všechny potenciální účastníky zadávacího řízení bez ohledu na to, zda se jednalo o tuzemské, či zahraniční soutěžitele. Zakázku, jejímž předmětem byla výstavba vězení, vyhrála německá společnost, přičemž část prací pro ni vykonával i polský subdodavatel za pomoci vyslaných pracovníků. Poté co se ukázalo, že subdodavatel vyplácel zaměstnancům zhruba jen polovinu zaručené minimální mzdy, zadavatel smlouvu vypověděl. V rozhodnutí ve věci Rüffert došel soudní dvůr k závěru, že výše zmíněné opatření zaručující vyplácení minimální mzdy je v rozporu se svobodou usazování, zaručenou článkem 49 smlouvy o ES (nyní článek 56 SFEU), a to i přesto, že směrnice o vysílání pracovníků umožňovala vyslaným pracovníkům zaručit minimální standardy pracovních podmínek. Článek 3 odst. 1 směrnice o vysílání pracovníků stanovuje, že členské státy zajistí, aby bez ohledu na rozhodné právo byla vyslaným pracovníkům zaručena minimální mzda vyměřená na základě (1) právních či správních předpisů, (2) kolektivních smluv nebo rozhodčích nálezů, které byly prohlášeny za všeobecně použitelné, a jestliže takový systém neexistuje, tak (3) na základě kolektivní smlouvy či rozhodčího nálezu, který má všeobecný účinek na všechny podobné podniky dotyčného odvětví nebo povolání v dané zeměpisné oblasti, anebo (4) kolektivních smluv, které byly uzavřeny těmi nejrepresentativnějšími organizacemi zaměstnavatelů a zaměstnanců na úrovni členského státu a které se uplatňují na celém vnitrostátním území.

¹¹ SCHULTEN, Thorsten. *Pay Clauses in Public Procurement*. [online]. 2013, [cit. 2018-02-11]. Dostupné z: <https://bit.ly/2CbRx6U>. s. 6.

¹² McCRUDDEN, Christopher. *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*. In *Natural Resources Forum* 28. [online]. 2004, [cit. 2018-06-11]. Dostupné z: <https://bit.ly/2TGjaPp>. s. 257-267.

Soud v projednávaném případě shledal, že kolektivní smlouva, na základě které byla minimální mzda stanovena, neměla všeobecnou platnost, neboť se vztahovala pouze na pracovníky pracující ve veřejném sektoru, a nikoliv na ty v sektoru soukromém. Dále soudní dvůr zdůraznil, že v důsledku závazku dodržovat kolektivní smlouvy stavební podniky ostatních členských států ztrácejí kompetitivní výhodu v hospodářské soutěži. Ta je založena právě na nižších mzdových nákladech, než jsou obvykle vyplácené mzdy v Německu. Taková povinnost pak představuje překážku pro vstup subjektů z ostatních členských států na německý trh. Soudní dvůr příslušná ustanovení směrnice o vysílání pracovníků interpretoval ve světle článku 49 Smlouvy o ES a došel k závěru, že:

...pokud je totiž úspěšným uchazečem o veřejné zakázky na stavební práce a nepřímo jejich subdodavatelům ukládáno, aby vyměřovali takovou minimální mzdu, jako je mzda stanovená v kolektivní smlouvě „Stavebnictví“, mohou takové právní předpisy, jako je zemský zákon, uložit poskytovatelům služeb usazeným v jiném členském státě, kde je minimální mzda nižší, dodatečnou hospodářskou zátěž, která může znemožnit, ztížit nebo učinit méně atraktivním poskytování jejich služeb v hostitelském státě. Takové opatření, jako je opatření dotčené v původním řízení, může tudíž představovat omezení ve smyslu článku 49 ES.¹³

I přesto, že se SDEU v rozhodnutí ve věci Rüffert zabýval především vztahem mezi směrnicí o vysílání pracovníků a primárním právem EU, odůvodnění a závěry z něj lze aplikovat obecně i na úpravu veřejných zakázek. Rozhodnutí v případě Rüffert implikuje, že zakázána budou všechna taková opatření, která omezují nebo znemožňují přístup zahraničních soutěžitelů na tuzemský trh. Tedy i taková, která nebudou diskriminačního charakteru. Avšak je důležité si uvědomit, že soudní dvůr rozhodl na základě toho, že zmíněné opatření ve svém důsledku diskriminačního charakteru bylo. Soudní dvůr neřešil, zda jsou omezující opatření zakázána obecně. Konkrétní opatření bylo shledáno vadným z důvodu, že nevyhovovalo požadavkům směrnice o vysílání pracovníků. Lze se tedy naopak domnívat, že za předpokladu, že opatření nebude diskriminační a bude i v

¹³ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-346/06 ze dne 3. dubna 2008, bod 37.

souladu s ostatními předpisy, tak bude přijatelné i přesto, že bude mít dopad na přístup subjektů k veřejné zakázce.¹⁴

Za zmínku také stojí stanovisko generálního advokáta Yvese Bota, který se vymezil proti tomu, že by napadané opatření mířilo na ochranu německých podniků, a bylo proto diskriminačního charakteru. Opatření dle jeho názoru ve svém důsledku předcházelo především sociálnímu dumpingu. Nepřípustnost opatření směřujícího na zajištění rovných pracovních podmínek dle jeho názoru není možné ospravedlnit tím, že právní předpis nedopadal na pracovníky v soukromé sféře, když se aplikoval na všechny pracovníky, bez ohledu na státní příslušnost. Ve světle případu Beentjes navíc již soudní dvůr obecně uznal možnost začlenit sociální požadavky do oblasti veřejných zakázek, a pokud platí, že hlavním cílem veřejných zakázek je uspokojení shledané potřeby v oblasti stavebních prací, služeb nebo dodávek, pak zadávání veřejných zakázek má stejně tak dovolovat i uspokojení dalších potřeb obecného zájmu.¹⁵ Argument však byl soudem zamítnut. Značně kontroverzní rozhodnutí ve věci Rüffert vyvolalo kritiku tím, že otevírá dveře sociálnímu dumpingu a ve velké míře zamezuje možnosti implementovat do veřejných zakázek sociální politiku, která míří na kvalifikované dodržování právních předpisů (srov. kapitolu 2.1.2).¹⁶

1.4.2 Bundesdruckerei

Na rozhodnutí ve věci Rüffert navázal SDEU v případě Bundesdruckerei, kde město Dortmund v rámci veřejné zakázky ohledně spisové digitalizace požadovalo, aby potenciální vítěz zakázky vyplácel zaměstnancům mzdu v minimální výši 8,62 eur. Minimální mzda musela být dle zadávací dokumentace vyplácena i subdodavatelé. Společnost Bundesdruckerei GmbH zažádala o výjimku z této podmínky s odkazem na závěry z případu Rüffert, neboť v případě výhry hodlala službu zajistit za pomoci polského subdodavatele. Výjimka však nebyla udělena a společnost Bundesdruckerei GmbH se proti rozhodnutí odvolala. Podle zadavatele nebyly splněny podmínky, na

¹⁴ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 2-5.

¹⁵ Stanovisko generálního advokáta Yvese Bota k věci C-346/06, Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen, ze dne 20. září 2007, bod 114-133.

¹⁶ MEYER, Michelle. *Ruffert v. Land Niedersachsen: The ECJ's Departure from Traditional European Socialism*. [online]. 2010, [cit. 2018-06-11]. Dostupné z: <https://bit.ly/2UtzMqT>. s. 285-287.

základě kterých soudní dvůr podobné opatření prohlásil v rozhodnutí ve věci Rüffert za neplatné. Argumentoval tím, že ustanovení o minimální mzdě měla základ v zákoně, a uvedená povinnost tak byla v souladu s článkem 26 směrnice 2004/18 uložena jako zvláštní podmínka. „*Mimoto byla zákonná povinnost odůvodněná, protože zaručovala, aby zaměstnancům vyčleněným k provedení veřejných zakázek byla vyplacena přiměřená odměna, což snižuje zátěž systému sociálního zabezpečení.*“¹⁷ Soudní dvůr rozhodl, že na rozdíl od rozhodnutí Rüffert se na případ neaplikuje směrnice o vysílání pracovníků, protože subdodavatel nehodlal k plnění zakázky vyslat zaměstnance do Německa, nýbrž měl v úmyslu službu vykonat v Polsku. Zdůraznil, že sociální aspekty lze uplatňovat skrze článek 26 směrnice 2004/18 (dnes článek 70 směrnice) pouze za předpokladu, že opatření bude v souladu s unijním právem. Z tohoto důvodu je nutné zvláštní opatření interpretovat ve světle svobody poskytování služeb zajištěné článkem 56 SFEU. Obdobně jako v rozhodnutí ve věci Rüffert pak soud shledal, že opatření zajišťující vyplácení minimální mzdy dopadá i na subdodavatele z jiných členských států, což znamená nadbytečnou hospodářskou zátěž. Fakt, že výše minimální mzdy v Polsku a Německu se výrazně liší, a může tak docházet k sociálnímu dumpingu, neshledal soud pro případ relevantním. Zejména proto, že požadovaná výše minimální mzdy byla vypočtena na základě nákladů na živobytí v Německu, a nikoliv v Polsku. Pokud by tedy byla práce vykonána fakticky v Polsku, tak k sociálnímu dumpingu nemůže dojít a dopad na německý systém sociálního zabezpečení bude zanedbatelný. Z těchto důvodů soudní dvůr shledal opatření v rozporu s unijním právem.

Jádro diskuze, kterou přinesla rozhodnutí v případech Rüffert a Bundesdruckerei, spočívá ve vážení dvou základních principů. Na jedné straně svobody poskytování služeb a na druhé straně ochrany pracovníků a sociální spravedlnosti. V obou případech se však soudní dvůr přiklonil k názoru, že ochrana pracovníků nesmí sloužit jako zástěrka pro protežování tuzemských subjektů. Obě rozhodnutí byla přijata vlnou kritiky. Ačkoliv jejich dopad byl do značné míry zmírněn rozsudkem ve věci Regiopost, zůstává ve světle těchto rozhodnutí otázkou, zda vůbec lze proplácení minimální mzdy skrze veřejné zakázky požadovat i po zahraničních soutěžitelích.

¹⁷ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-549/13, ze dne 18. září 2014, bod 14.

1.4.3 Regiopost

Zmírnění tvrdého postoje k tomu, zda požadavky na proplácení minimální mzdy ve veřejných zakázkách mohou obstát vedle svobody poskytování služeb, přineslo dlouho očekávané rozhodnutí ve věci Regiopost. Jedná se o případ, kdy německé město Landau vyhlásilo tendr, jehož cílem bylo uzavření rámcové smlouvy na poskytování poštovních služeb. Zde soudní dvůr rozhodl, že obsažené opatření směřující k ochraně pracovníků je přijatelné. Účast v zadávacím řízení byla podmíněna tím, aby soutěžitelé vypláceli zaměstnancům pracujícím na předmětu zakázky minimální hodinovou mzdu ve výši 8,70 eur. Minimální mzda byla stanovena s odkazem na zákon spolkové země Porýní-Falc o zajištění dodržování kolektivních smluv a minimální mzdy při zadávání veřejných zakázek. Společnost Regiopost byla z tendru vyloučena, protože nepředložila vzorové prohlášení, kterým byli účastníci povinni zavázat se k proplácení stanovené mzdy. Společnost argumentovala tím, že obdobně jako v případě Ruffert dopadal požadavek vyplácení minimální mzdy pouze na veřejné zakázky, a nikoliv na zakázky soukromé. Vzhledem k tomu, že povinnost proplácet minimální mzdu nevyplývala z kolektivní smlouvy ani z všeobecně platného právního předpisu, byla věc předložena soudnímu dvoru k rozhodnutí o předběžné otázce:

Musí být čl. 56 odst. 1 SFEU ve spojení s čl. 3 odst. 1 směrnice [96/71] vykládán v tom smyslu, že brání vnitrostátnímu ustanovení, které ukládá veřejnému zadavateli, aby zadal zakázky pouze těm uchazečům, kteří se – stejně jako jejich subdodavatelé – při podání nabídky písemně zavážou, že budou svým zaměstnancům pověřeným plněním zakázky vyplácet minimální mzdu, kterou stát stanovuje pouze ve vztahu k veřejným zakázkám, ale nikoliv ve vztahu k soukromým zakázkám, pokud taková minimální mzda není upravena ani ve všeobecně použitelném právním předpise, ani ve všeobecné kolektivní smlouvě, již jsou vázáni uchazeči a jejich případní subdodavatelé?¹⁸

Předkládanou premisu však soudní dvůr odmítl. Na rozdíl od stanoviska generálního advokáta však s jiným odůvodněním. SDEU důrazně odmítl názor generálního advokáta, že by se na případ neměla (obdobně jako v případě Bundesdruckerei) aplikovat směrnice o vysílání pracovníků. A to z důvodu, že chyběl přeshraniční prvek. Dle soudu zde

¹⁸ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-115/14 ze dne 17. listopadu 2015, bod 43.

přeshraniční prvek je už z toho důvodu, že hodnota dotčené zakázky překračuje hodnotu pro použití směrnic upravujících veřejné zakázky. Nic na tom nemění ani skutečnost, že se zakázky fakticky zahraniční soutěžitelé nezúčastnili. Soudní dvůr se tak neztotožnil s názorem generálního advokáta, že by opatření mělo být zkoumáno pouze z hlediska souladu se svobodou poskytování služeb zajištěnou článkem 56 SFEU, a posoudil jej též z hlediska souladu se směrnicí o vysílání pracovníků. Dle SDEU ve zkoumaném případě byly splněny podmínky článku 3 odst. 1 směrnice (sov. Rüffert), neboť předpis byl zákonného charakteru. Závěru nevadí ani fakt, že se zákon neuplatní na soukromé zakázky, protože na rozdíl od případu Rüffert ustanovení zemského zákona zmíněnou minimální mzdu stanovilo přímo. V rozhodné době zde navíc nebyl jiný vnitrostátní předpis, který by stanovil v odvětví poštovních služeb nižší sazbu. Soudní dvůr celou věc uzavřel následovně:

Článek 26 směrnice 2004/18 ve spojení se směrnicí 96/71 umožňuje hostitelskému členskému státu, aby v rámci zadávání veřejné zakázky stanovil takové kogentní pravidlo minimální ochrany podle čl. 3 odst. 1 prvního pododstavce písm. c) této směrnice, jako je pravidlo dotčené v původním řízení, které stanoví, že podniky se sídlem v jiných členských státech musí ve vztahu ke svým pracovníkům vyslaným na území hostitelského členského státu za účelem plnění této veřejné zakázky dodržovat minimální mzdu. Takové pravidlo je totiž součástí úrovně ochrany, která musí být zmíněným pracovníkům zaručena.¹⁹

Rozsudek ve věci Regiopost implikuje, že za předpokladu, že jsou splněny formální požadavky unijního práva (zejména směrnice o vysílání pracovníků), tak zadavatelům nebude bráněno začlenit opatření o minimální mzdě do veřejných zakázek. Rozhodnutí ukázalo, že závěry z případů Rüffert a Bundesdruckerei lze interpretovat i tak, že omezení svobody poskytování služeb lze ospravedlnit sociální ochranou pracovníků. Důležité je, že ač soudní dvůr rozhodoval na základě článku 26 směrnice 2004/18, tak se závěry aplikují i na novou úpravu článku 70 směrnice.²⁰ Zajímavý je nejen fakt, že soudní dvůr se v rozsudku v případě Regiopost výrazně vymezil proti dřívějšímu restriktivnímu přístupu k uplatňování sociálních aspektů ve veřejných zakázkách, ale také to, s jakou argumentací tak učinil. SDEU odlišil skutkovou podstatu ve věci Regiopost na základě

¹⁹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-115/14 ze dne 17. listopadu 2015, bod 65.

²⁰ SANCHEZ-GRAELLS, Albert. *A Conversation on Horizontal Policies*. [online]. 2015, [cit. 2019-06-01]. Dostupné z: <https://bit.ly/2u3vtql>.

poměrně technických odlišností směrnice o vysílání pracovníků. To někteří interpretují i tak, že soudní dvůr je ochoten obětovat takový problém, jako je skrytý protekcionismus, aby umožnil veřejnému sektoru politicky regulovat veřejné zakázky.²¹ Druhým důležitým závěrem je, že jurisprudencí soudního dvora naznačuje, že je legitimní vznášet i požadavky na dodržování vyššího standardu minimální mzdy tam, kde se pro určité odvětví aplikuje více právních předpisů.²² Zatřetí lze shrnout, že pokud budou opatření přijata zadavateli v souladu se směrnicí o vysílání pracovníků, budou v souladu s článkem 56 SFEU.²³ Nepochybně však bude důkazní břemeno ležet na bedrech zadavatelů. Otázkou však stále zůstává, zda vůbec lze aplikovat ustanovení o minimální mzdě, pokud nespočívá na zákonném základě, popřípadě na základě legislativního aktu regionálních autorit.²⁴ I když absence této možnosti nemusí české zadavatele příliš trápit.

²¹ Tamtéž.

²² KAUPA, Clemens. *Public Procurement, Social Policy and Minimum Wage Regulation for Posted Workers: Towards a More Balanced Socio-Economic Integration Process?* In *European Papers*. [online]. 2016, [cit. 2019-06-02]. ISSN 2499-8249. Dostupné z: <https://bit.ly/2HoDSg8>.

²³ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-115/14 ze dne 17. listopadu 2015, bod 55-57.

²⁴ BENNETT, John. *„Living Wage“ Provisions in Public Procurement Contracts*. [online]. 2015, [cit. 2019-06-02]. Dostupné z: <https://bit.ly/2TtFHZq>.

2. TAXONOMIE HORIZONTÁLNÍCH ASPEKTŮ

Mezi odborníky nepanuje shoda v odpovědi na otázku, zda mohou veřejné zakázky sloužit jako legitimní nástroj pro sledování horizontálních cílů.²⁵ V úvodu jsme řekli, že pokud máme dojít k závěru, že využití horizontálního aspektu je v konkrétním případě legitimní, bude se muset jednat o právem dovolené, respektive nezakázané chování. Vedle toho by mělo počínání zadavatele také dávat ekonomický smysl. Nelze pochybovat o tom, že v souladu s požadavkem na ekonomickou racionalitu subjektů nakládajících s veřejnými prostředky by i právem výslovně dovolené chování ztrácelo na legitimitě v případě, že by se nabízela levnější alternativa, skrze kterou by bylo možné dosáhnout stejného výsledku. Nebude přitom vždy jednoduché správně předem posoudit náklady tak, aby zadavatel přijal vhodná opatření. Pro ilustraci si představme hypotetický příklad.

Právní úprava státu, který se potýká s problémem nezaměstnanosti sociálně vyloučených osob, bude umožňovat, aby zakázky financované z veřejných zdrojů byly podmíněny zvláštními sociálními kritérii. Město v tomto státu proto stanoví v zadávacím řízení požadavek, aby uchazeči zaměstnávali určité procento sociálně vyloučených osob. Pokud podmínku nesplní, mohou být ze zadávacího řízení vyřazeni. Nadto město v rámci hodnocení nabídek přičte další body takovým uchazečům, kteří stanovené limity překročí. Mimoto bude mít stejné město možnost řešit problém také pomocí přímé regulace – např. skrze daňové úlevy. Ty přitom v daném státu prokazatelně fungují řadu let a jsou za nimi dohledatelné výsledky.

Do zadávacího řízení se přihlásí tři soutěžitelé, neboť limit sociálního kritéria byl stanoven vysoko a v regionu požadavek splňuje pouze malý počet uchazečů. Jeden soutěžitel bude v průběhu řízení dodatečně vyloučen, proti čemuž se odvolá. Kvůli průtahům v odvolacím řízení se výkon předmětu zakázky odloží o jeden rok.

Po řádném splnění zakázky proběhne u zadavatele audit, při kterém se zjistí, že kdyby město zvláštní kritérium nevyžadovalo, cena zakázky by v průměru klesla o polovinu. V důsledku předmětné zakázky však bylo prokazatelně vytvořeno pouze jedno zvláštní

²⁵ Srov. např. SANCHEZ-GRAELLS, Albert. *A Conversation on Horizontal Policies*. [online]. 2015, [2019-06-01]. Dostupné z <https://bit.ly/2u3vtql>.

pracovní místo, přičemž se ukáže, že tento zaměstnanec byl po dokončení zakázky propuštěn.

Z ilustrovaného případu je patrné, že cena za vytvoření jednoho pracovního místa na dobu plnění veřejné zakázky se rovná celkovému zdražení veřejné zakázky. Je tedy nepochybné, že přijaté opatření nebude legitimní například v případě, že v jeho důsledku dojde k výraznému zdražení zakázky a zároveň stejného výsledku bylo možné dosáhnout levněji skrze daňové úlevy. Lze samozřejmě namítat, že zadavatel neměl dostatečné nástroje na to, aby mohl cenu za nově vytvořené pracovní místo předem určit. Do podobné situace se pochopitelně velice často dostávají i zadavatelé v reálném světě. Na druhou stranu je také patrné, že by tomu, než zadavatel určité opatření přijme, měla předcházet alespoň základní ekonomická úvaha. Zaprvé by si měl zadavatel uvědomit, že kdykoliv se rozhodne nad rámec samotného nákupu sledovat i jiný cíl, bude muset počítat s tím, že nakupuje dražší ekvivalent poptávaného produktu. Náklady, které vzniknou v důsledku uplatnění aspektu, budou účastníci přirozeně (vždy alespoň z části) přenášet právě na zadavatele. To však neznamená, že jde o opatření, které je nutně neefektivní.²⁶ Aby však byl předpoklad efektivnosti splněn, měl by předtím, než k uplatnění horizontálních aspektů zadavatel přistoupí, vždy zvážit dvě věci. Zaprvé, zda náklady, které vzniknou navíc právě proto, že se zadavatel rozhodl sledovat některý z horizontálních cílů, nepřevyšují benefity, které dané uplatnění přináší (zda se zdražení zakázky o polovinu vyplatí, pokud je vytvořeno pouze jedno pracovní místo). Za druhé je nutné zvážit náklady alternativního řešení. Těmi rozumíme takové náklady, které by zadavatel musel vynaložit, kdyby se rozhodl cíle dosáhnout jiným způsobem než skrze veřejné zakázky (tedy kolik by jedno pracovní místo stálo, kdyby ho zadavatel nakupoval skrze daňové úlevy). Je jasné, že někdy bude složité takové náklady určit. Vždy se budou

²⁶ Vycházím přitom z Kaldorovy–Hicksovy teorie ekonomické efektivity, která říká, že snížení blahobytu osob může znamenat zvýšení ekonomické efektivity tam, kde osoby, jejichž blahobyt se zvýšil, jsou schopny alespoň teoreticky odškodnit ty, kterým se blahobyt snížil. Aplikováno na veřejné zakázky – efektivní bude uplatnění horizontálních aspektů i přesto, že v důsledku dojde ke zdražení, za předpokladu, že by jiná část veřejného sektoru alespoň teoreticky byla ochotna takové zdražení kompenzovat. V tomto smyslu například argumentovaly město Helsinky a finská vláda v případě Concordia Bus, že bylo v zájmu města, aby škodlivé vlivy byly co možná nejvíce omezeny. Ve skutečnosti z toho pro město samotné, které bylo zodpovědné za ochranu životního prostředí, vyplývaly přímé úspory. A to zejména v oblasti sociální a lékařské péče, které by představovaly přibližně 50 % jeho celkového rozpočtu (srov. Concordia Bus, bod 46).

lišit v závislosti na přijatém opatření a na okolnostech konkrétního případu. Budou se tedy lišit také v závislosti na tom, jaký mechanismus pro zapojení konkrétního horizontálního kritéria zadavatel zvolí. V této souvislosti lze také mluvit o požadavku ekonomicky racionálního chování zadavatelů.²⁷ Zadavatel by tedy vždy měl zvážit dostupnost alternativ a jejich nákladů. Druhá část diplomové práce, nazvaná taxonomie horizontálních cílů, se bude věnovat kromě právního aspektu uplatňování horizontálních aspektů také právě aspektu nákladovému. Taxonomie by měla poskytnout vedle obecného přehledu jednotlivých použitelných mechanismů pro uplatňování horizontálních kritérií (včetně jejich úpravy ve směrnici a ZVZ) též analýzu ekonomického dopadu pro účely volby vhodného mechanismu.

²⁷ HORÁČEK, Tomáš. *Fairtradové veřejné zakázky*. 1. vyd. Brno: NaZemi. 2012. ISBN 9788090514269. s. 12-14.

2.1 Prosté a kvalifikované dodržování právních předpisů

2.1.1 Prosté dodržování právních předpisů

Před samotným rozbořením jednotlivých mechanismů je vhodné alespoň v obecné rovině rozebrat základní rozdělení jednotlivých horizontálních cílů a v krátkosti zmínit jejich výhody a nevýhody. Pomůžeme si rozdělením horizontálních kritérií na taková, která sledují požadavek, aby potenciální dodavatelé dodržovali platné právní předpisy, a na druhé straně na kritéria, která míří dále za tento požadavek. Pro první případ budeme používat termín prosté dodržování právních předpisů. Druhý nazveme kvalifikované dodržování právních předpisů. Mezi aspekty mířící na prosté dodržování právních předpisů lze zařadit např. požadavek, aby dodavatel zajistil, že bude jeho zaměstnancům vyplácena alespoň minimální mzda a na pracovišti budou dodržovány základní předpisy o bezpečnosti a ochraně zdraví při práci dle platných právních předpisů.²⁸ Dalším příkladem je možnost zadavatele vyloučit uchazeče na základě § 48 odst. 5 písm. a) ZVZ, který stanovuje, že účastníky lze vyloučit, pokud by plnění nabízené dodavatelem vedlo k nedodržování povinnosti vyplývající z předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů nebo kolektivních smluv vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky. Opatření se však nemusí vztahovat pouze na tato právní odvětví. Zajímavým příkladem ze zahraničí je požadavek zákazu diskriminace v přístupu k pracovním příležitostem na základě náboženského vyznání, který platí v Severním Irsku. Díky němu může být ze zadávacího řízení vyloučen každý účastník veřejné zakázky zadané veřejným zadavatelem, který se požadavku nepodřídí.²⁹

Kritéria sledující prosté dodržování právních předpisů mohou sloužit jako efektivní donucovací nástroj vedle obvyklých finančních a jiných sankcí obsažených ve zvláštních zákonech upravujících sledovanou problematiku. Pro ilustraci lze uvést příklad zadavatele, který za účelem chránit životní prostředí zakotví možnost odstoupit od soutěžené smlouvy, pokud dodavatel nebude v rámci plnění veřejné zakázky dodržovat

²⁸ Srov. Regiopost.

²⁹ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 110.

emisní limity. Za předpokladu, že hodnota veřejné zakázky bude dostatečně velká, může být hrozba její ztráty pro vítězného dodavatele daleko větší motivací pro dodržování zákonných standardů než vzdálená hrozba správních či trestních sankcí. Zvláště pak v momentě, kdy hrozící finanční postih dle zvláštních zákonů je ve srovnání s hodnotou předmětu plnění veřejné zakázky nepatrný nebo kdy nejsou donucovací nástroje státu dostatečně a efektivně využívány. Dalším důvodem pro zavedení kritérií, která sledují dodržování právních předpisů, může být snaha zadavatele vztáhnout tuzemskou právní úpravu i na potenciální zahraniční dodavatele. Takové opatření se jeví jako vhodné tam, kde by zahraniční dodavatel tím, že nemusí dodržovat určité právní standardy, získal oproti tuzemským dodavatelům komparativní výhodu. Nutno však podotknout, že ve světle rozhodnutí v případech Rüffert, Bundesdruckerei a Regiopost bude takové opatření přijatelné pouze za předpokladu, že bude v souladu s unijním právem (zejména článkem 56 SFEU a směrnicí o vysílání pracovníků). Navíc ne vždy bude taková snaha efektivní. Pokud se tuzemský zadavatel rozhodne bojovat s nezaměstnaností v určitém regionu tím, že v rámci hodnotících kritérií zvýhodní dodavatele, kteří zaměstnávají určité procento dlouhodobě nezaměstnaných, lze minimálně pochybovat o tom, že si tímto opatřením přeje dosáhnout snížení nezaměstnanosti ve zcela jiném státu. V případě, že v důsledku zvoleného kritéria nedojde k diskriminaci soutěžitelů, však lze tuzemskou úpravu na zahraniční dodavatele vztáhnout. Takto lze například zajistit, aby nakupované zboží bylo v souladu s přísnějšími standardy na bezpečnost, než jaké platí v zemi výroby. V neposlední řadě může být důvodem pro zavedení zmiňovaných opatření i faktor veřejného mínění. V očích veřejnosti zkrátka nevypadá dobře, když veřejnou zakázku na dostavbu úseku dálnice v hodnotě několika miliard vyhraje dodavatel, který je dlouhodobě předmětem kritiky za nedodržování sociálních, environmentálních aj. právních předpisů.

Ve světle judikatury soudního dvora rozebrané v první kapitole se lze domnívat, že opatření omezující se toliko na prosté dodržování platných právních předpisů nebudou zpravidla představovat porušení práva veřejných zakázek. Ač je třeba říct, že řečené nebude platit pouze samo o sobě. Každé opatření vždy bude muset být také v souladu s unijním právem obecně, především pak se zákazem diskriminace na základě státní příslušnosti. Zadavatelé by se přesto neměli možnosti vyžadovat dodržování právních předpisů bát využívat. Lze se domnívat, že v rámci případného přezkumu řízení bude

takové opatření velice pravděpodobně shledáno jako přípustné. Podpůrným argumentem budiž i to, že se jedná o normy, které byly přijaty vně samotného soutěžního řízení. Zpravidla proto nebudou přímého diskriminativního charakteru a nebudou představovat překážku obchodu.³⁰

2.1.2 Kvalifikované dodržování právních předpisů

Zadavatel se však nemusí omezovat pouze na požadavek, aby dodavatelé dodržovali zákonné standardy. Může mířit i dále za či nad pravidla zakotvená zákonem. Takto je např. možné požadovat, aby dodavatelé vypláceli mzdu vyšší, než je minimální, zaručená všeobecně platným zákonem. Nebo lze žádat, aby byli zvýhodněni takoví dodavatelé, kteří dodržují standardy corporate governance (tedy ne vždy závazné normy) nebo u kterých je zajištěna genderová rovnost a nejsou vypláceny rozdílné mzdy vzhledem k pohlaví. Směrnice k prosazování kvalifikovaného dodržování právních předpisů přímo vyzývá. Například v bodu 98 odůvodnění stojí, že cílem podmínek plnění veřejné zakázky může být nábor znevýhodněných osob ve větším počtu, než vyžadují vnitrostátní právní předpisy aj.

Výše zmíněné případy budeme nazývat jako kvalifikované dodržování právních předpisů. Možnost sledovat kvalifikované dodržování právních předpisů přímo potvrzuje také jeden z mála dokumentů ÚOHS, který se dotýká problematiky této práce. V předmětném stanovisku se úřad zabývá oblastí dopravní obslužnosti. Plynou z něj však i obecně aplikovatelné závěry. Stanovisko se věnuje stejnému tématu, které řešil SDEU v sérii rozhodnutí v případech Rüffert, Bundesdruckerei a Regiopost³¹ – tedy otázce, zda a za jakých podmínek je přípustné v rámci zadávacího řízení požadovat po dodavatelích, aby garantovali dodržování aplikovatelných ustanovení o minimální mzdě. Popřípadě zda je přípustné, aby požadovali či zvýhodňovali vyšší dodržování standardů. Úřad se jednoznačně vyjadřuje v tom smyslu, že obě zmíněné možnosti jsou přípustné, a to za splnění podmínek, které vyplývají z judikatury soudního dvora:

...Mylně je pak často určitými subjekty namítáno, že právní předpisy určující podmínky zadání neumožňují zadavatelům, resp. objednatelům, v tomto zohledňovat více. [...]

³⁰ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 115.

³¹ Srov. kapitulu 1.4.

Uvedené prítom také neznamená, že by zadavateľé [...] nebyli oprávnení nastaviť zadávací podmienky takovým spôsobom, aby bola legitímne zvýhodnená nabídka, ktorá tuto minimálnu úroveň požadovaných parametrov prevyšuje.³²

Požadavek kvalifikovaného dodržiavania právnych predpisov sa môže jeviť efektívny predovšetkým tam, kde chýba široký politický konsenzus na prijatie zákonnej úpravy. V súlade s princípom subsidiarity lze týmto spôsobom zistiť, aby podobná opatrenie bola prijata na čo možná najnižšej úrovni, a teda čo najbližšie konkrétnejmu problému. I keď je treba upozorniť, že v mnohých prípadoch nie je takový dôsledok vôbec žiaducí. S trochou nadsázky lze hovoriť o tom, že v takových prípadoch verejné zakázky v podstate suplujú regulatoriku – o jakési nepriame regulácie. Opatrenie, ktoré mieri nad rámec zákonnej úpravy, však naráža na radu praktických i ekonomických problémov. Ako príklad lze uviesť zadavateľa, ktorý pre sledovanie požadovaného cieľa nemá k ruce žiadny nástroj okrem verejnej zakázky.³³ Takový zadavateľ nebude v dobrej pozícii pre kvalitnú hodnotenie ekonomickej racionality svojho chovania (zejm. vo vzťahu k určenie nákladov alternatívneho riešenia), a pravdepodobnejšie preto prijme neefektívne opatrenie. Ak platná právna úprava ani súdny prax požadavek kvalifikovaného dodržiavania právnych predpisov priamo nevyklučujú, nelze pochybovať, že zadavateľ bude v složiterejšej situácii, než akoby požadoval len prosté dodržiavanie právnych predpisov. Vždy bude musieť postupovať opatrne, aby v dôsledku zvoleného kritéria nedošlo k porušeniu požiadavky nediskriminácie, transparentnosti a svobody vnútorného trhu. Zvážiť bude musieť také zvýšenou pravdepodobnosť prezkumu zadávacieho řízení. To s sebou prirodzene nese jak dodatečné náklady, tak odloženie plnenia predmetu zakázky. Navíc sa nebude môcť v rámci ospravedlnenia racionality svojho chovania oprieť o jednoznačný zákonný základ. S ohľadom na výše zmienené lze teda doporučiť skôr rezervovaný prístup.

³² ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE. *Sdělení ÚOHS k problematice zadávání veřejných zakázek v oblasti dopravní obslužnosti se zohledněním sociálních aspektů*. [online]. 2017, [cit. 2018-1-12]. Dostupné z <https://bit.ly/2Ho7xWQ>.

³³ Typicky dotovaný zadavateľ dle ZVZ.

2.2 Opatření vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky a opatření jdoucí nad jeho rámec

2.2.1 Opatření vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky

Druhou skupinou dělení jsou na jedné straně kritéria vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky a na straně druhé pak širší opatření, která berou v úvahu i další aktivity potenciálních dodavatelů. Opatřením z první skupiny může být např. požadavek, aby se na výrobě zboží, které je skrze veřejnou zakázku poptáváno, účastnilo určité procento handicapovaných nebo dlouhodobě nezaměstnaných zaměstnanců. Takové kritérium může mířit jak na prosté, tak na kvalifikované dodržování právních předpisů. Aplikační problém může činit určení toho, co znamená vztahovat se k předmětu plnění. Vypomoct může článek 67 odst. 3 směrnice, který stanovuje, že předpoklad, že se opatření vztahuje k předmětu je splněn, pokud se bude vztahovat k jakékoliv fázi životního cyklu předmětu veřejné zakázky, a to včetně faktorů ve spojitosti s konkrétním procesem výroby, poskytováním stavebních prací, dodávek nebo služeb či obchodování s nimi nebo s konkrétním procesem pro jinou fázi jejich životního cyklu. Obdobnou premisu pro hodnotící kritéria stanovuje i § 116 odst. 5 ZVZ. Kritérium se tedy bude vztahovat k předmětu plnění, pokud bude mířit na samotný produkt (požadavek, aby soutěžené autobusy byly nízkopodlažní nebo aby byly zvýhodněny ty autobusy, které zanechávají nižší emisní stopu), na proces jeho výroby (zvýhodnění dodavatelů, kteří produkt vyrábějí ekologicky šetrným způsobem, nebo požadavek, aby zaměstnanci dodavatele účastníci se na veřejné zakázce dostali řádně zapláceno) nebo pokud je soutěžena dodávka zboží i na jeho likvidaci. Jak bude rozebráno níže, některé mechanismy pro uplatnění horizontálních aspektů napřímo vyžadují, aby se konkrétní opatření vztahovalo k předmětu veřejné zakázky.

2.2.2 Požadavky jdoucí nad rámec předmětu plnění veřejné zakázky

Některá kritéria mohou mířit nad rámec, nebo zcela mimo rámec veřejné zakázky. Mohou být namířena např. na celkové chování dodavatele. Takovým případem je opatření některých států USA z devadesátých let minulého století, na základě kterého bylo možno vyloučit z vládních zakázek dodavatele, kteří měli obchodní napojení na Myanmar,

v souvislosti s jeho rozsáhlým porušováním lidských práv.³⁴ Mezi takové opatření lze však počítat i povinnost základní způsobilosti stanovené článkem 74 odst. 1 ZVZ. Ten zakotvuje požadavek na bezúhonnost soutěžitelů a dále, aby soutěžitelé neměli nedoplatky na daních, veřejném zdravotním pojištění a sociálním zabezpečení. Jinak mohou být ze zadávacího řízení vyloučeni. Horizontální požadavky mohou mířit nad rámec předmětu veřejné zakázky také tím, že cílí na podporu dodavatelů určitého charakteru – např. na podporu malých a středních podnikatelů skrze rozdělení větší zakázky na více dílčích zakázek³⁵ nebo na podporu dodavatelů, kteří celkově zaměstnávají určité procento handicapovaných. Dalším příkladem požadavku, který se nepojí pouze k předmětu plnění veřejné zakázky, jsou vyhrazené veřejné zakázky dle § 38 ZVZ.³⁶ I tato kritéria se mohou spokojit s prostým, nebo až s kvalifikovaným dodržováním právních předpisů. Jak bylo ukázáno v první části práce, opatření, která míří mimo rámec předmětu veřejné zakázky, budou z velké části zakázána, neboť budou v souladu s judikaturou soudního dvora zpravidla shledána jako nepřijatelné omezení přístupu k zakázce.³⁷ Dále připomeňme, že ZVZ dnes již u některých mechanismů požadavek spojitosti s předmětem plnění veřejné zakázky přímo vyžaduje.

³⁴ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 125.

³⁵ Srov. kapitolu 2.3.3.

³⁶ Srov. kapitolu 2.3.4.

³⁷ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 127.

2.3 Mechanismy uplatňování horizontálních aspektů

Průběh zadávacího řízení si lze představit jako časovou linku, po níž se zadavatel pohybuje a činí určité kroky a rozhodnutí, které směřují k tomu, aby byla uzavřena určitá smlouva na dodávku zboží, služeb či stavebních prací. Pokud přitom pojme myšlenku, že bude sledovat i některý z horizontálních cílů, bude si muset promyslet, jakou formou a v jaké fázi tak učiní. Přitom bude záležet, který konkrétní cíl zadavatel sleduje, neboť ne každý zvolený mechanismus bude pro daný cíl efektivní. Některé z horizontálních cílů bude vhodné sledovat jen u některého druhu veřejných zakázek. Např. uplatňování fairtradových aspektů se jeví vhodné zejména u nákupu potravin, oblečení, nábytku, a naopak zřejmě nebude vhodné u dodávky stavebních prací.³⁸ U jiných aspektů zase nemusí být vhodná volba konkrétního mechanismu. Jako příklad lze uvést sledování lidskoprávních cílů za pomoci hodnoticích kritérií.³⁹ Vhodné se naopak jeví sledovat sociální cíle týkající se pracovních podmínek jejich začleněním do smluvních ustanovení o plnění zakázek a cíle přístupnosti naopak skrze technické specifikace.⁴⁰ Volba nevhodného mechanismu s sebou nutně přináší nadbytečné ekonomické náklady. To s sebou nese problém jak v teoretické, tak praktické rovině. Z hlediska teorie se otevírá zmiňovaná diskuze, zda je vůbec využívání veřejných zakázek legitimním nástrojem ke sledování horizontálních cílů. Z praktického hlediska bude volba nevhodného mechanismu v rozporu s požadavkem ekonomické racionality zadavatele. Navíc může být v rozporu i přímo s právním aspektem veřejných zakázek. Což přirozeně zvyšuje pravděpodobnost, že bude veřejná zakázka napadena v přezkumném řízení. A to opět znamená další ekonomické náklady.

Je třeba důsledně rozlišit hrozbu zvýšených nákladů řízení od zvýšení výsledné ceny veřejné zakázky. Ne každé zvýšení ceny v důsledku horizontálního opatření totiž nutně znamená, že se jedná o opatření neefektivní a že dojde k celkovému zvýšení nákladů řízení. Např. nákup ekospotřebičů může být co se týče ceny veřejné zakázky dražší než nákup spotřebičů, na něž není kladen nárok na nízkou spotřebu elektrické energie.

³⁸ HORÁČEK, Tomáš. *Fairtradové veřejné zakázky*. 1. vyd. Brno: NaZemi. 2012. ISBN 9788090514269. s. 43.

³⁹ Srov. kapitolu 2.3.6.

⁴⁰ *Sociální nakupování. Průvodce zohledňováním sociálních hledisek při zadávání veřejných zakázek*. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2011. ISBN 978-98-79-18405-5. s. 7-8.

V dlouhodobém měřítku však vede k úsporám. Dalším příkladem může být rozdělení veřejné zakázky velkého rozsahu na více částí, což umožní účast menším podnikům. To na jednu stranu může znamenat, že zakázka nebude atraktivní pro velké firmy, což v důsledku umožní v daném případě ucházet se o zakázku firmám s většími vstupními náklady (a zakázka se tím pádem prodraží). Na druhou stranu může opatření opět z dlouhodobého hlediska zvýšit celkovou konkurenceschopnost trhu, v důsledku čehož dojde ke zlevnění poptávaných produktů.⁴¹ Ostatně odklon od výběru dodavatele pouze na základě nejnižší nabídkové ceny je patrný. Nejenže platná právní úprava dnes již umožňuje vybrat uchazeče na základě ekonomické výhodnosti nabídky, ale zadavatel může také vyloučit účastníka v případě mimořádně nízké nabídkové ceny. Zkrátka lze uzavřít, že nezbytným předpokladem pro úspěšné uplatnění horizontálních kritérií ve veřejných zakázkách bude volba správného mechanismu.

2.3.1 Cílené zadávání veřejných zakázek

Zásadní význam pro uplatňování horizontálních aspektů má samotná příprava veřejné zakázky. Zmiňovali jsme, že má-li být efektivně dosaženo určitého cíle, tak zadávacímu řízení bude muset předcházet důkladná analýza. Během ní může zadavatel dojít k závěru, že ani není nutné využít některý z níže diskutovaných nástrojů, který k uplatňování horizontálních aspektů ZVZ nabízí. Připomeňme, že rozhodnutí uplatňovat např. environmentální nebo sociální politiku skrze veřejné zakázky může předcházet samotnému rozhodnutí nakoupit zboží, služby či stavební práce. Veřejné zakázky pak mohou být vybrány až sekundárně, pouze jako vhodný nástroj k prosazení takové politiky. V takových případech často ani nemusí být nutné volit další zvláštní kritéria, když zadavatel dosahuje cíle již skrze samotný nákup. Jako příklad lze uvést město, které za účelem zlepšení životního prostředí provede rekonstrukci čističky odpadních vod nebo poptá nové filtry do místní teplárny za účelem snížení emise skleníkových plynů. Na druhou stranu bude samozřejmě vhodné horizontální aspekty posléze zakomponovat i do samotného řízení.

Veřejné zakázky také mohou fungovat jako finanční injekce do určitého sektoru ekonomiky. Takto lze alokovat veřejné finance do regionů s vyšší nezaměstnaností, ve

⁴¹ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 128.

snaze vytvořit nová pracovní místa aj. Výhodou obou přístupů je, že cíle je dosaženo již samotným vypsáním zakázky, a nikoliv teprve v jejím průběhu. Rozhodnutí sledovat takto některý z horizontálních cílů přirozeně není a ani dost dobře nemůže být předmětem přezkumu či regulace veřejných zakázek. Nijak hmatatelně ani potenciální účastníky zadávacího řízení nezatěžuje a neukládá jim žádné zvláštní povinnosti. Jde totiž o rozhodnutí, které předchází samotnému zadávacímu řízení.

Stejným způsobem se zadavatel může rozhodnout také něco naopak nenakoupit. Například nerozšířit stávající silnici 1. třídy na dálnici, protože environmentální dopad takového rozhodnutí (a potažmo veřejné zakázky) by byl příliš negativní. Právě v rámci tzv. zelených veřejných zakázek – tedy zakázek, které berou v úvahu environmentální aspekty – bude cílené zadávání veřejných zakázek za účelem prosazení některého horizontálního cíle nejčastější.

2.3.2 Vymezení předmětu veřejné zakázky

I rozhodnutí, které konkrétní zboží, službu či práce zadavatel nakoupí, může být ovlivněno snahou sledovat některý z horizontálních cílů. Ve snaze šetřit životní prostředí může městská policie při nákupu nového vozového parku dát přednost automobilům s benzínovým motorem oproti vozidlům s motorem naftovým. Horská služba zvolí nákup sněžných skútrů namísto sněžných roleb. Ministerstva pořídí do tiskáren recyklovaný papír aj. Zkrátka horizontální cíle je možné sledovat i skrze vymezení předmětu veřejné zakázky.

Právní úprava veřejných zakázek se přitom nezabývá ani tak tím, co konkrétně zadavatelé nakupují, jako spíše tím, jakým způsobem tak činí. Avšak i samotné rozhodnutí o tom, co konkrétně subjekt disponující veřejnými prostředky nakoupí, může narušit podmínku rovného přístupu k veřejným zakázkám. Platná právní úprava proto poskytuje zadavatelům vodítko, jak mohou postupovat, aby nedošlo k narušení respektování principů transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení.⁴² Transparentním postupem je pak takový: „*postup zadavatele, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Požadavek transparentnosti není splněn*“

⁴² JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-443-8. s. 146.

*tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež zadávací řízení činí nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*⁴³

Obecný požadavek je, aby zadavatel předmět veřejné zakázky vymezil dostatečně jednoznačně. Na druhou stranu nebude přípustné, aby poptal konkrétní výrobek od konkrétního dodavatele, byť jen nepřímým odkazem na určité dodavatele, výrobky či práva průmyslového vlastnictví.⁴⁴ Aby nedošlo ke skryté diskriminaci, bude zakázáno také takové nastavení technických předpokladů, které bude zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní zakázky, neboť „*podmínky stanovené zadavatelem vůči dodavateli musí být ekonomicky důvodné a přiměřené poptávanému plnění*“.⁴⁵ Horizontální kritéria může zadavatel nejjednodušeji promítnout v rámci vymezení předmětu veřejné zakázky skrze technické specifikace podmínky – tj. skrze stanovení požadavků na vlastnosti předmětu veřejné zakázky. Technické specifikace také slouží jako měřitelné požadavky, na základě kterých se posléze vyhodnocují jednotlivé nabídky.⁴⁶ Mohou také představovat minimální kritéria dodržování požadavků.⁴⁷ Využije-li zadavatel vymezení předmětu veřejné zakázky skrze technické podmínky, bude moct posléze v souladu se zásadou transparentnosti hodnotit nabídky pouze na základě takových požadavků, které byly předem v technických specifikacích stanoveny.

Technické podmínky může zadavatel stanovit prostřednictvím parametrů vyjadřujících požadavky na výkon nebo funkci, prostřednictvím popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny, případně pomocí odkazu na normy nebo technické dokumenty či odkazu na štítky. Horizontální kritéria lze přitom uplatnit ve všech třech případech. Za bližší rozbor však pro účely výkladu stojí především možnost vymezit minimální úroveň požadavků na předmět veřejné zakázky pomocí odkazu na tzv. štítek. Požadavky na označení štítkem se především musí týkat výhradně kritérií souvisejících s předmětem

⁴³ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. září 2010, č. j. 1 Afs 45/2010.

⁴⁴ Srov. § 89 odst. 5 ZVZ, ale také poměrně bohatou judikaturu českých soudů ve vztahu k zákazu omezování soutěže skrze využívání odkazů na konkrétní výrobky – např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. listopadu č. j. 9 Afs 30/2010.

⁴⁵ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. června 2008 č. j. 1 Afs 20/2008.

⁴⁶ Srov. kapitolu 2.3.6.

⁴⁷ *Sociální nakupování. Průvodce zohledňováním sociálních hledisek při zadávání veřejných zakázek.* Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2011. ISBN 978-98-79-18405. s. 29.

plnění veřejné zakázky (§ 94 odst. 1 písm. a) ZVZ), musí vycházet z objektivních a nediskriminačních kritérií (§ 94 odst. 1 písm. c) ZVZ), musí být přidělen na základě transparentního systému (§ 94 odst. 1 písm. d) ZVZ) a systém musí být přístupný všem osobám, které o něj mají zájem (§ 94 odst. 1 písm. e) ZVZ). Mezi nejvýznamnější štítky patří ekoznačky, využívané pro sledování cílů environmentální povahy. Díky ustanovení § 94 odst. 1 ZVZ je však demonstrativní a štítek nemusí sloužit jen jako osvědčení environmentálních požadavků. Vedle zákonem zmíněných sociálních a environmentálních cílů si lze představit, že za splnění podmínek § 94 ZVZ budou štítky využívány k prokázání i zcela jiných cílů jako např. požadavků na fairtradový původ dodávaného zboží aj. Možnost vymezit minimální úroveň požadavků pomocí štítku však neznamena, že zadavatelé mohou vyznačení poptávaného produktu štítkem vyžadovat. K tomu soudní dvůr v rozhodnutí ve věci Nizozemská káva judikoval, že směrnice se musí vykládat tak, že poskytuje možnost v rámci technických specifikací využít odkazu na štítek. To však neznamena, že by mohl označení konkrétním štítkem vyžadovat. Štítek může pouze sloužit k ověření konkrétních požadavků na vlastnosti poptávaného produktu. Vlastnosti musí jít ověřit i jiným způsobem. Toho lze docílit například tím, že zadavatelé budou přijímat i jiné, rovnocenné doklady.⁴⁸ Takový požadavek bude zvlášť důležitý tam, kde má zakázka přeshraniční prvek, neboť zahraniční subjekty budou mít zpravidla těžší přístup k štítkům národní certifikace, což může vést k porušení zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, popřípadě volného pohybu zboží a služeb.

Využívání environmentálních štítků doporučuje usnesení Vlády ČR č. 465 k Pravidlům uplatňování environmentálních požadavků při zadávání veřejných zakázek. Usnesení stanovuje, že centrální orgány státní správy mají pro skupiny výrobků, u kterých neexistuje podrobná metodika pro uplatňování environmentálních aspektů, ekoznaček důsledně využívat. V současné době jsou přitom zvláštní metodiky zpracovány v oblasti kancelářské a výpočetní techniky a kancelářského nábytku, potravin, cateringových služeb, dopravy a dopravních služeb, oděvů, uniforem a jiného textilu aj.⁴⁹ Při stanovení technických kritérií za pomoci ekoznačky má zadavatel široké pole působnosti – existuje jich celá řada. Značky buď pracují s více kritérii, která sledují dopad výrobku nebo služby

⁴⁸ Srov. § 94 odst. 2 ZVZ.

⁴⁹ JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-443-8. s. 145.

na životní prostředí během celého životního cyklu⁵⁰, nebo se zaměřují pouze na konkrétní vlastnost produktu – typicky energetickou účinnost aj.⁵¹ Na evropské úrovni patří mezi nejvýznamnější bezesporu Ekoznačka EU, fungující na základě nařízení č. 66/2010/ES. Využití štítků v rámci stanovení technických podmínek má dvě hlavní funkce. Jednak může sloužit jako pomocný nástroj pro vypracování technické specifikace s cílem stanovit vlastnosti zboží či služeb, které jsou skrze zakázku poptávány. Za druhé lze štítky využít k snadnému ověření shody s těmito požadavky pro účely hodnoticích kritérií.⁵² Výhodou stanovení technických podmínek za použití odkazu na štítek je přehlednost požadavku. Dodavatelé se snadno mohou předem seznámit s konkrétními požadavky a vyhodnocení toho, zda byly požadavky splněny, mohou přenechat třetí, nestranné osobě. Zadavatel by si však měl být vědom toho, že vzhledem k tomu, že bude muset přijímat i rovnocenné doklady, může být postaven do poměrně složité situace, kdy bude muset posoudit splnění kritérií, o kterých nemá rozsáhlé znalosti.

Ustanovení § 89 odst. 1 ZVZ umožňuje stanovit technické podmínky i za pomoci odkazu na normy nebo technické dokumenty, popřípadě může zadavatel technické podmínky stanovit zcela sám. Zákon výslovně zmiňuje, že podmínky mohou zahrnovat rovněž environmentální aspekty. Zadavatelé mohou sledovat ale i jiné cíle např. sociální nebo inovativní povahy. Z povahy věci se takové požadavky budou muset týkat předmětu veřejné zakázky. Takto třeba není jednoznačné, zda je možné v rámci technické specifikace vyžadovat splnění podmínek, které by se vztahovaly např. k pracovním podmínkám ve výrobním procesu dodávaného produktu.⁵³ Domnívám se, že ve světle rozhodnutí ve věci Regiopost nikoliv. Takové opatření bude vhodnější implementovat v rámci podmínek plnění. Zdůrazněme také, že využívání technických specifikací s ohledem na sledování horizontálních cílů je v některých případech přímo vyžadováno. Za předpokladu, že je to opodstatněné, mají brát zadavatelé v úvahu možnost přístupu osob se zdravotním postižením.⁵⁴ Můžeme shrnout, že mezi výhody využití tohoto mechanismu lze zařadit přehlednost a srozumitelnost, což zvyšuje transparentnost

⁵⁰ Např. Ekoznačka EU, Nordic Swan nebo Blue Angel.

⁵¹ Např. označení EU pro ekologické produkty nebo Energy Star pro kancelářské přístroje.

⁵² *Nakupujte zeleně! Příručka o zadávání zelených veřejných zakázek*. 3. vyd. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2016. s. 2.

⁵³ *Sociální nakupování. Průvodce zohledňováním sociálních hledisek při zadávání veřejných zakázek*. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2011. ISBN 978-98-79-18405. s. 32.

⁵⁴ Srov. § 93 ZVZ.

veřejných zakázek. Nevýhodou mechanismu naopak může být, že definicí předmětu veřejné zakázky se zadavatel zbavuje možnosti zvýhodnit nabídky, které požadovaný standard překračují.⁵⁵

2.3.3 Rozdělení veřejné zakázky

Zcela specifickým horizontálním cílem, který mohou zadavatelé v zadávacím řízení sledovat, je podpora malých a středních podniků.⁵⁶ Zadavatelé mohou usnadnit přístup malým a středním podnikům zejména tam, kde velikost zakázky sama o sobě představuje překážku účasti. Tedy tam, kde vzhledem k celkové hodnotě zakázky a časovému rámci k přípravě a plnění zakázky nebudou mít malé a střední podniky dostatečné ekonomické zázemí, které by jim umožňovalo se o zakázku ucházet. V takových případech může zadavatel zakázku rozdělit na dílčí části. Ostatně k takovému kroku jsou členské státy přímo vyzývány směrnicí:

„Zadávání veřejných zakázek by mělo být uzpůsobeno potřebám malých a středních podniků. [...] Za tímto účelem a v zájmu posílení hospodářské soutěže by měli být veřejní zadavatelé vybízeni zejména k tomu, aby rozsáhlé veřejné zakázky rozdělovali na části [...] Členské státy by měly mít i nadále možnost jít v úsilí o usnadnění účasti malých a středních podniků na trhu veřejných zakázek ještě dále, a to rozšířením oblasti působnosti pro povinnost zvážit vhodnost rozdělení veřejných zakázek na části i pro menší veřejné zakázky požadavkem, aby veřejní zadavatelé odůvodňovali rozhodnutí o nerozdělení veřejných zakázek na části, nebo stanovením povinnosti za určitých podmínek veřejnou zakázku na části rozdělit. Za stejným účelem by členské státy rovněž měly mít možnost stanovit mechanismy pro přímé platby subdodavatelům.“⁵⁷

Český zákonodárce nevyužil zmiňované možnosti uložit zadavatelům povinnost velké veřejné zakázky za určitých podmínek rozdělit. Bude tak vždy pouze na konkrétním zadavateli, zda zakázku v souladu s § 35 ZVZ skutečně rozdělí. Pokud tak neučiní, měl by však být připraven své kroky řádně zdůvodnit. Zvláště pak v případech, kdy by se rozdělení jevílo s ohledem na okolnosti daného případu jako vhodné. I s ohledem na

⁵⁵ JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-443-8. s. 157.

⁵⁶ Malé a střední podniky jakožto subjekty vyžadující na úrovni EU zvláštní pozornost definuje doporučení Komise 2003/361/ES. Dostupné z <https://bit.ly/2H9eXxP>.

⁵⁷ Směrnice, bod odůvodnění 78.

textaci směrnice se lze domnívat, že v případech, kdy zadavatelé nebudou schopni své postupy řádně zdůvodnit, budou případní stěžovatelé v rámci přezkumného řízení úspěšní.

Podpora malých a středních podniků skrze rozdělení veřejných zakázek se zpravidla zdůvodňuje tím, že je žádoucí, aby se zakázek účastnili malé a střední podniky, neboť je tím z dlouhodobého hlediska zajištěna konkurenceschopnost relevantního trhu. Malé a střední podniky jsou také (z důvodů jednodušší organizační struktury a menší byrokratické zátěže) schopny rychleji a efektivněji reagovat na změny na trhu, a zpravidla jsou tak více nakloněny inovacím.⁵⁸ Na druhé straně je akcentována zásada transparentnosti zadávacího řízení. Rozdělováním veřejných zakázek lze docílit omezení možnosti zakázku tzv. ušít na míru. To lze dovést již z požadavku na to, aby případy, ve kterých zakázka rozdělena není, byly řádně odůvodněny. Rozdělování veřejných zakázek má však také svá úskalí.

Nejmarkantnějším záporem rozdělení veřejné zakázky je fakt, že zadavatel bude muset každou zakázku soutěžit zvlášť. To s sebou přirozeně přináší dodatečné administrativní náklady. Lze ale také pochybovat, nakolik je podpora malých a středních podniků skutečně žádoucí. Přínos podpory malých a středních podniků (nejen prostřednictvím veřejných zakázek) bývá totiž pravidelně brán jako daný fakt. Górski k tomu podotýká, že podpora bývá ospravedlňována tím, že brání selhání kapitálových trhů, jako jsou například vysoké překážky vstupu na trh nebo omezená dostupnost kapitálu. Avšak existují i studie, které takové závěry zpochybňují. Opatření mířící na podporu malých a středních podniků mohou ve skutečnosti být zástěrkou pro snahu o protekcionismus. Podle Górskeho nebudou mít malé a střední podniky ze zahraničí většinou dostatečné personální zázemí a prostředky pro to, aby se účastnily zadávacích řízení v jiných státech.

⁵⁸ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 346-347.

Z přijatých opatření tak budou profitovat spíše tuzemské podniky.⁵⁹⁶⁰ Na druhou stranu usnadnění přístupu malým a středním podnikům k veřejným zakázkám se jeví s ohledem na téma této diplomové práce jako vhodné z jednoho důležitého důvodu. Zmínili jsme, že v důsledku uplatňování horizontálních aspektů vznikají zadavatelům další náklady. Stejně přirozeně platí i pro potenciální dodavatele. Větší podniky pak budou mít vzhledem ke svým větším ekonomickým možnostem lepší možnost se s takovými náklady vyrovnat. Břemeno uplatňování horizontálních aspektů je tak z části neseno právě malými a středními podniky. Zadavatelé by však měli mít na paměti, že podpory malých a středních podniků lze ale dosáhnout i jinými způsoby. Například tím, že budou velké společnosti motivovány k poskytování rovných příležitostí v rámci subdodavatelského řetězce aj.⁶¹ Avšak politická podpora podpory malých a středních podniků je i s ohledem na znění směrnice neoddiskutovatelná.

2.3.4 Vyhrazené veřejné zakázky

Dalším specifickým mechanismem k uplatnění horizontálních aspektů je vyhrazení veřejné zakázky určité skupině soutěžitelů, kteří splňují sledované požadavky. Skrze tento institut je možné dosáhnout rychlého výsledku, neboť zadavatel problematiku adresuje napřímo. Výhodou bezesporu je, že takové opatření je přehledné, protože zadavatel bude vždy muset (koneckonců i pro své vlastní účely) jednoznačně vymezit okruh uchazečů, kteří se zakázky budou moct účastnit. Na druhou stranu budou vyhrazené veřejné zakázky z povahy věci vždy diskriminační, neboť předem vylučují účast velké části uchazečů. Taková diskriminace tedy bude vždy muset být také náležitě ospravedlněna. Nepochybně nebude takto možné vyhradit účast například pouze

⁵⁹ Górski problém ukazuje na názorném příkladu izraelské politiky veřejných zakázek z roku 2004, která umožňovala, že zadavatelé vyžadovali po zahraničních soutěžitelích, aby část soutěžených prací outsourcovali na izraelské malé a střední podniky. Odůvodněním bylo, že malé a střední podniky tvoří páteř izraelské ekonomiky a mělo tak dojít k předcházení utlačování cílových podniků ze strany silných zahraničních dodavatelů. Opatření však nebylo podpořeno žádnou ekonomickou analýzou, a i vzhledem k tomu, že vůbec nedopadalo na velké izraelské podniky, tak lze pochybovat, zda opravdu bylo přijato na základě ekonomických úvah, nebo v prosté snaze ochránit domácí podniky.

⁶⁰ GÓRSKI, Jędrzej. *Primer on protectionism in public procurement markets*. In *Public Procurement in 21st Century: Balancing Liberalisation, Social Values and Protectionism*. [online]. 2016, [cit. 2019-07-02]. Dostupné z: <https://bit.ly/2Cecj5P>. s. 35-36.

⁶¹ *Sociální nakupování. Průvodce zohledňováním sociálních hledisek při zadávání veřejných zakázek*. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2011. ISBN 978-98-79-18405. s. 27.

tuzemským dodavatelům, což by představovalo porušení zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti.

Dalším úskalím, jak upozorňuje Sue Arrowsmith, je fakt, že vyhrazení veřejné zakázky může přinést velké dodatečné náklady. Zejména proto, že zakázky se zpravidla vyhrazují subjektům, které nejsou na běžném trhu v pozici, ze které by se o zakázku mohly ucházet za normálních podmínek. Subjekty, které opakovaně využívají možnosti účastnit se na vyhrazených zakázkách za zvýhodněných podmínek, nebudou mít zpravidla dostatečnou ekonomickou motivaci k tomu, aby se staly konkurenceschopnými na běžném ekonomickém trhu. Což samozřejmě dopadá na konkurenceschopnost relevantního trhu jako takového. K využívání vyhrazených veřejných zakázek navíc často dochází pod politickým tlakem a bez dostatečné úvahy, zda jde o ekonomicky výhodný proces.⁶²

Platná právní úprava je proto také vzhledem k možnosti využití vyhrazených zakázek striktní. Zdá se, že jediným přijatelným ospravedlněním pro vyhrazené zakázky je dle směrnice sociální spravedlnost a vytváření rovných pracovních příležitostí. Vyhradit zakázku by tedy mělo být umožněno pro chráněné dílny a jiné sociální podniky zaměřené na podporu sociálního, profesního nebo opětovného začleňování společensky vyloučených osob a skupin. Mezi takové lze zařadit osoby nezaměstnané, zdravotně postižené, příslušníky menšin aj.⁶³ Ač lze ve světle rozhodnutí ve věci Sodemare argumentovat, že evropská úprava by ve výjimečných případech nebyla proti tomu vyhradit veřejnou zakázku také např. neziskovým organizacím, český zákonodárce je v tomto ohledu ještě striktnější. Na základě ustanovení § 38 ZVZ může zadavatel vyhradit účast na zakázce pouze soutěžitelům zaměstnávajícím na chráněných pracovních místech dle zákona o zaměstnanosti alespoň 50 % osob se zdravotním postižením z celkového počtu svých zaměstnanců. Žádnou jinou možnost český zákonodárce nepřipouští. Navíc lze takto vyhradit zakázku pouze ve zjednodušeném podlimitním řízení. Pro úplnost dodejme, že soutěžitelé splnění podmínky pochopitelně nemohou prokázat prostřednictvím jiných osob ve smyslu § 83 ZVZ. Tím by byl zcela popřen smysl celého ustanovení.

⁶² ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 137-138.

⁶³ Směrnice, bod odůvodnění 36.

Lze uzavřít, že vzhledem k tomu, že každá vyhrazená veřejná zakázka ve svém důsledku vždy představuje překážku trhu. Zadavatel tedy bude muset vždy být připraven využití vyhrazené zakázky ospravedlnit. Druhým závěrem je, že český zadavatel nemá možnost vyhradit zakázku jiným subjektům než těm definovaným v článku 38 ZVZ.

2.3.5 Vyloučení uchazečů

Důležitým mechanismem, který má zadavatel k dispozici pro sledování horizontálních cílů, je možnost účastníky ze zadávacího řízení vyloučit. Zadavatel může uchazeče vyloučit, pokud nesplňuje podmínky pro účast v zadávacím řízení – tedy v důsledku nesplnění podmínek jednoho z výše popsáných mechanismů (např. protože uchazeč nesplňuje podmínky pro účast v zadávacím řízení ohledně vyhrazené veřejné zakázky). Nemusí však jít o samotné vyloučení, nýbrž v mnohých případech již hrozba vyloučení může sloužit jako dodatečná motivace, aby účastníci dodržovali právní předpisy.

Ustanovení § 48 odst. 5 písm. a) ZVZ poskytuje možnost vyloučit takového uchazeče, jímž nabízené plnění by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů nebo kolektivních smluv vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky. Takové opatření má sankční povahu, a bude proto vhodné především tam, kde nebude možné specifický cíl jednoznačně definovat. Vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení může zadavatel také pro provinění, které se k předmětu plnění zakázky nutně vztahovat nebude. Takto lze na základě § 48 odst. 2 písm. a) ZVZ ve spojení s § 74 odst. 1 ZVZ vyloučit uchazeče pro nedoplatky na daních, v systému veřejného zdravotního pojištění, sociálního zabezpečení, příspěvku na státní politiku zaměstnanosti nebo proto, že nesplňuje podmínky bezúhonnosti. Obdobně lze uchazeče vyloučit na základě § 48 odst. 5 písm. d), pokud se v předchozích třech letech dopustil závažných pochybení při plnění předchozího smluvního vztahu z veřejných zakázek. Jak z ekonomického, tak morálního hlediska by bylo krajně neefektivní zakázky zadávat subjektům, které v minulosti podmínky veřejných zakázek neplnily.

Z povahy věci je vyloučení uchazečů institut, který lze využít pouze předtím, než dojde k zadání samotné zakázky. Při sledování horizontálních cílů by proto nemělo být spoléháno pouze na tuto možnost. Pokud se zadavatel rozhodne vylučovat účastníky, když nesplňují předpoklady zvláštního předpisu, bude přirozeně nasnadě vyžadovat

dodržování takového předpisu i v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatelé proto mohou takovou povinnost zakotvit přímo do smluvních ujednání.⁶⁴

Náklady, které uchazečům vznikají jako tzv. compliance costs, tedy náklady, které musí uchazeči vynaložit na to, aby se chovali v souladu s vyžadovanými předpisy, jsou přenášeny na zadavatele ve formě zvýšení ceny veřejné zakázky.⁶⁵ Zadavatel by si proto měl uvědomit, že takové náklady nemusí mít pro všechny subjekty stejnou váhu. Například malé a střední podniky budou mít přirozeně větší náklady než velké nadnárodní korporace.⁶⁶ Upozorněme na fakt, že takové náklady bude často velice složité vyčíslit. Je také potřeba počítat s tím, že možnost vyloučení uchazečů dává zadavatelům prostor pro určitou diskreci, a to i přesto, že § 48 odst. 1 ZVZ stanovuje, že vyloučit uchazeče lze jen na základě důvodů výslovně vymezených tímto zákonem. Bude však vždy na uvážení zadavatele, zda v konkrétním případě podmínky pro vyloučení splněny byly. Snadno tak může dojít k zneužití. Díkce § 48 odst. 5 písm. a) navíc dává zadavateli poměrně velkou míru diskrece ohledně určení zvláštních předpisů, jejichž dodržování má být sledováno. Na druhou stranu upozorněme, že nebude možné vyloučit uchazeče pouze proto, že porušuje některé z nemateriálních ustanovení zvláštního právního předpisu.

2.3.6 Hodnoticí kritéria

Další možností, kterou právní úprava poskytuje zadavatelům je možnost implementovat horizontální aspekty přímo do hodnoticí kritérií. Zadavatel nemusí vybírat nabídky pouze na základě nejnižší ceny, ale v rámci hodnocení nabídek může zvýhodnit nabídky na základě nejrůznějších horizontálních kritérií. V díkce ZVZ tak zadavatel činí, pokud se řídí ekonomickou výhodností nabídek – tj. nejvýhodnějším poměrem nabídkové ceny a kvality včetně poměru nákladů životního cyklu a kvality. Mezi kritéria kvality lze takto dle ZVZ zahrnout kritéria vyjadřující kvalitativní, environmentální, sociální nebo inovační hlediska. To pochopitelně neznamená, že lze takto zohlednit zcela libovolná kritéria. Limitem bude zadavatelům obdobně jako u podmínek plnění především požadavek, aby se hodnoticí kritéria vztahovala k předmětu plnění veřejné zakázky.

⁶⁴ Srov. kapitulu 2.3.7.

⁶⁵ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 140.

⁶⁶ *Sociální nakupování. Průvodce zohledňováním sociálních hledisek při zadávání veřejných zakázek*. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2011. ISBN 978-98-79-18405. s. 13.

Připomeňme, že požadavek spojitosti s předmětem plnění je splněn za předpokladu, že se kritéria vztahují ke kterékoliv fázi životního cyklu veřejné zakázky.⁶⁷

Kritéria, na základě kterých zadavatel nabídky hodnotí, musí být také předem zveřejněna. Jednak aby se s nimi každý potenciální uchazeč mohl seznámit, ale také aby bylo hodnocení nabídek přezkoumatelné a nedocházelo k přímé či nepřímé diskriminaci. Ze stejného důvodu musí být kritéria vymezena tak, aby byly nabídky vzájemně porovnatelné a splnění kritérií ověřitelné.⁶⁸ Dílčí hodnoticí kritéria „...*mají být objektivní, což zajišťuje, aby srovnání a vyhodnocení nabídek proběhlo objektivním způsobem, a tedy v podmínkách účinné hospodářské soutěže. Tak by tomu nebylo v případě kritérií, která by veřejnému zadavateli poskytovala neomezenou svobodu volby.*“⁶⁹ Důležitou podmínkou je, aby zadavatel v rámci ověřování splnění hodnotících kritérií přijímal i alternativy. Nepochybně nebude přijatelné, když splnění dílčího kritéria bude moct být prokázáno například pouze jedním specifickým dokladem. K ověření může zadavatel také využít odkazů na štítky.⁷⁰ Hodnoticí kritéria zkrátka nesmí být stanovena tak, aby měl zadavatel neomezenou možnost výběru.

Výše popsané závěry přímo potvrzuje i ÚOHS v již zmiňovaném stanovisku k dopravní obslužnosti. Kvalitativní, sociální, environmentální a inovativní aspekty budou dle ÚOHS brány jako kritéria kvality vztahující se k předmětu veřejné zakázky (a z toho důvodu budou v rámci případného přezkumného řízení shledány přípustnými), a to za předpokladu, že se budou vztahovat k jakékoliv fázi životního cyklu předmětu veřejné zakázky. Bude však vždy též nutné dodržet korektiv základních zásad ZVZ, respektive jeho článku 6. Především nesmí na základě zvolených kritérií docházet k nedůvodné diskriminaci ostatních dodavatelů.⁷¹

Řekli jsme, že zadavatel může brát v potaz také náklady životního cyklu předmětu zakázky. Mezi náklady životního cyklu lze započítat, a do hodnocení nabídek tak promítnout náklady způsobené dopadem na životní prostředí. Ovšem pouze za

⁶⁷ Takto v případě Wienstrom bylo shledáno nepřípustné kritérium, které bralo v potaz celkově vyrobenou energii z obnovitelných zdrojů a neomezovalo se pouze na fakticky poptávaný objem elektrické energie.

⁶⁸ Opět lze připomenout Wienstrom, kde bylo shledáno, že podmínka přezkoumatelnosti nebyla splněna, neboť neexistovaly objektivní doklady, na základě kterých by bylo možné splnění kritéria ověřit.

⁶⁹ Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-368/10 ze dne 10. května 2012, bod 87-88.

⁷⁰ Srov. kapitulu 2.3.2.

⁷¹ ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE. *Sdělení ÚOHS k problematice zadávání veřejných zakázek v oblasti dopravní obslužnosti se zohledněním sociálních aspektů.* [online]. 2017, [cit. 2018-1-12]. Dostupné z <https://bit.ly/2Ho7xWQ>.

předpokladu, že je lze peněžně vyčíslit. To je opět pochopitelné. Pokud by hodnota nákladů nešla peněžně vyčíslit, tak by nebylo možné rozhodnutí zadavatele přezkoumat. Takto lze započítat například náklady na emise skleníkových plynů nebo na zmírnění klimatických změn aj.

Pokaždé, když bude zadavatel využívat zvláštních hodnotících kritérií, musí jim přiřadit určitou váhu. Musí určit jednak poměr mezi dílčím kritériem a nabídkovou cenou, jednak poměr mezi jednotlivými kritérii navzájem. To pak v zásadě vyjadřuje hodnotu, jakou sledovanému cíli zadavatel přisuzuje. Zjednodušeně řečeno oceněním hodnotícího kritéria zadavatel dává najevo, kolik je ochoten za dosažení sledovaného cíle utratit. Takový projev nemusí být vždy žádoucí. Z povahy věci nebude postup vhodný tam, kde by vyčíslení hodnoty sledovaného cíle mohlo představovat morální problém, nebo tam, kde lze zhodnocení provést jen s obtížemi.⁷² Jako příklad poslouží dílčí kritérium, které by bralo v potaz obecný soulad činnosti soutěžitele s právním řádem. I když lze argumentovat, že takový postup ZVZ de facto v § 116 odst. 3 přímo zakazuje. Dalším příkladem by byla hodnotící kritéria posuzující lidskoprávní aspekty aj. Naopak tam, kde lze hodnotu cíle a náklady alternativ stanovit snadno, mohou horizontální hodnotící kritéria sloužit jako velice efektivní nástroj.

Zadavatel má k dispozici v zásadě tři možnosti, jakým způsobem váhu přiřadit. Nejjednodušší je stanovit pevnou cenu za splnění dílčího kritéria.⁷³ Takto lze například určit, že cena nabídky bude pro účely hodnocení snížena na virtuální hodnotu 90 %, pokud bude poptávané zboží vyrobeno ekologicky šetrným způsobem. Nebo že dodatečné body dostanou ti uchazeči, kteří splňují požadavky na rovné příležitosti uchazečů o zaměstnání. Zadavatel také může přiřadit horizontálnímu benefitu váhu podle toho, do jaké míry jej soutěžitelé splňují. Podle toho poté odstupňuje bodové ohodnocení. Takto lze účinně motivovat uchazeče, aby překračovali minimální vyžadované standardy. Poslední možností je vzít splnění dílčího kritéria v úvahu teprve v momentě, kdy je více nabídek vyhodnoceno stejně. Pochopitelně není příliš pravděpodobné, že k takové situaci dojde. Poslední způsob tak bude vhodný především jako podpůrný, případně může být užitečný tam, kde není sledovanému cíli přisuzována taková váha. Tento způsob také

⁷² ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 143.

⁷³ Tamtéž.

teoreticky otevírá možnost, že by se takové hodnoticí kritérium nemuselo vztahovat k předmětu plnění veřejné zakázky. Takový přístup totiž za splnění určitých podmínek nebude v rozporu s unijním právem. Soudní dvůr toto připustil v rozhodnutí C-225/98, a to za předpokladu, že by takové kritérium bylo bráno pouze jako tzv. kritérium dodatečné, ke kterému se přihlíží až v případě, že se zadavatel rozhoduje mezi více srovnatelnými nabídkami. Druhou podmínkou je, že vyžadování splnění kritéria musí být v souladu s unijním právem a nesmí mít přímý nebo nepřímý dopad na zahraniční nabídky. V daném případě soudní dvůr zamítl stížnost Evropské komise ohledně toho, že kritérium, které odkazovalo na politiku boje proti nezaměstnanosti, se netýkalo pouze předmětu plnění, ale bralo v potaz chování uchazečů i mimo soutěžené plnění. Otázkou však zůstává, jak by takové opatření obstálo před českými soudy, když ZVZ přímo stanoví, že každé hodnoticí kritérium se musí vztahovat k předmětu zakázky.

Bude v zásadě zcela na zadavateli, jakou konkrétní váhu dílčímu kritériu přiřadí. Avšak připomeňme závěry soudního dvora z případu Wienstrom. Přípustná budou pouze taková kritéria, jejichž vážení umožní celkově spravedlivé zhodnocení a poměření jednotlivých nabídek. Stanovení váhy by mělo být také *z hlediska poptávaného plnění přiměřené a mělo by být zároveň odůvodněno konkrétní potřebou zadavatele*.⁷⁴ Z případu Wienstrom vyplývá ještě jeden důležitý závěr. Horizontální hodnoticí kritéria budou v rozporu s právem pouze v důsledku porušení procesní roviny zadávacího řízení nebo principů proporcionality, transparentnosti a rovného zacházení. Pro účely zhodnocení, zda je přijaté opatření protiprávní, tedy nebude hrát roli to, zda lze za pomoci kritéria opravdu dosáhnout požadovaného cíle.⁷⁵ Takové kritérium by však nemohlo obstát z hlediska požadavku na ekonomickou racionalitu.

Nebezpečí hodnoticích kritérií, která berou v úvahu i horizontální aspekty, tkví především ve špatném zhodnocení a určení váhy, která má být dílčím kritériím přidělena.⁷⁶ Obecně lze říci, že jednoduchý systém hodnocení nahrává transparentnosti. Naopak čím více je vstupních faktorů, tím větší je šance, že transparentnost hodnocení bude ze strany

⁷⁴ HORÁČEK, Tomáš. *Fairtradové veřejné zakázky*. 1. vyd. Brno: NaZemi. 2012. ISBN 9788090514269. s. 46.

⁷⁵ SHAKYA, Kumar Rajesh. *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*. 1. vyd. b.m.: IGI Global, 2019. ISBN 978-15-2257-083-7. s. 36.

⁷⁶ HORÁČEK, Tomáš. *Fairtradové veřejné zakázky*. 1. vyd. Brno: NaZemi. 2012. ISBN 9788090514269. s. 47.

neúspěšných uchazečů rozporována.⁷⁷ To jsou ty nejdůležitější z věcí, které by si měl zadavatel vždy uvědomit. Aby bylo využívání hodnoticích kritérií efektivní, mělo by se striktně zaměřit na výsledek, a nikoliv na to, jakým konkrétním způsobem ho bude dosaženo.⁷⁸ Využívání horizontálních aspektů u hodnoticích kritérií má ale oproti ostatním mechanismům také nesporné výhody. Například již to, že si zadavatel kritéria zvolí, samo o sobě umožňuje vyhnout se příliš nízkým nabídkám. Využívání horizontálních kritérií také podporuje inovace a napomáhá celkově k vytváření udržitelného trhu.⁷⁹ Lze je navíc využít dokonce i přesto, že nemají přímý ekonomický dopad na zadavatele (srov. Wienstrom). Hodnoticí kritéria mohou být vhodná také proto, že uchazeči snadno a přehledně vidí, jakou váhu danému cíli zadavatel přisuzuje.⁸⁰

Můžeme tedy shrnout, že horizontální kritéria lze využít za předpokladu, že souvisí s předmětem veřejné zakázky, neponechávají zadavateli neomezenou volnost výběru, jsou vhodným způsobem předem zveřejněna, aby se s nimi každý mohl seznámit, a jestliže v jejich důsledku nedojde k porušení základních zásad EU – především zákazu přímé a nepřímé diskriminace. Na druhou stranu samotný fakt, že se zakázky z důvodu využití zvláštních kritérií zúčastní malý počet uchazečů není samo o sobě ještě diskriminační.⁸¹ Pro úplnost uvedme, že v případě využití dílčích hodnoticích kritérií zohledňujících horizontální cíle je také vhodné zajistit, aby sledované aspekty byly dodržovány i v průběhu plnění samotné zakázky. Například aby skutečně byla dodávána energie z obnovitelných zdrojů nebo aby po dobu plnění veřejné zakázky soutěžitel opravdu splňoval pracovní právní standardy, pro které získal v rámci hodnocení nabídek body navíc, atd

2.3.7 Podmínky plnění veřejné zakázky

Poslední z možností, kterou právní úprava poskytuje zadavatelům, je zahrnout příslušná opatření přímo do podmínek plnění. Takové podmínky se mohou týkat kterékoli fáze

⁷⁷ JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-443-8. s. 146.

⁷⁸ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 145.

⁷⁹ SHAKYA, Kumar Rajesh. *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*. 1. vyd. b.m.: IGI Global, 2019. ISBN 978-15-2257-083-7. s. 34-35.

⁸⁰ ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780511576041. s. 145.

⁸¹ Srov. Concordia Bus.

životního cyklu veřejné zakázky „...od těžby surovin použitých v daném výrobku po fázi likvidace výrobku, včetně faktorů, které jsou spojeny s konkrétním výrobním procesem, poskytováním nebo obchodem a jeho podmínkami v případě těchto stavebních prací, dodávek nebo služeb nebo s konkrétním procesem v pozdější fázi jejich životního cyklu, a to i pokud tyto faktory nejsou součástí jejich věcné podstaty.“⁸²

Takto lze dle směrnice stanovit, aby ve výrobním procesu nebyly využívány toxické látky, aby při plnění veřejné zakázky byly používány výhradně energeticky šetrné stroje, aby zboží bylo v souladu s fairtradovými požadavky atd. Environmentální podmínky plnění veřejné zakázky se dle směrnice mohou dále týkat například dodání, balení a způsobu likvidace výrobku. Na druhou stranu mezi takové podmínky nelze počítat obecnou obchodní politiku společností. „Veřejní zadavatelé by proto neměli mít možnost požadovat od uchazečů existenci určité politiky sociální nebo environmentální odpovědnosti společnosti.“⁸³

V okruhu sociální politiky směrnice připomíná závěry soudního dvora rozebrané v první kapitole. Především skutečnost, že kritéria musí být v souladu se směrnicí o vysílání pracovníků, a tedy že v jejich důsledku nesmí v žádném případě dojít k přímé či nepřímé diskriminaci subjektů z jiných členských států.⁸⁴ Směrnice dále zmiňuje, že podmínky plnění veřejné zakázky mohou cílit také na prosazování rovnosti žen a mužů při práci, zaměstnávání dlouhodobě nezaměstnaných, zdravotně postižených či mladých osob, dále na prosazování dobrých životních podmínek zvířat nebo dodržování zásad základních úmluv Mezinárodní organizace práce aj.⁸⁵

Z demonstrativního výčtu, který odůvodnění směrnice uvádí, je patrné, že zadavatelé mohou skrze stanovení podmínek pro plnění veřejné zakázky uplatňovat širokou škálu horizontálních aspektů. Pro další výklad připomeňme, že plnění veřejné zakázky v zásadě vždy bude muset probíhat v souladu s platnou právní úpravou. Na dodavatele bude přirozeně dopadat obecná právní úprava. Mohlo by se tedy zdát, že požadavek, aby plnění bylo v souladu s obecně platnými právními předpisy, bude nadbytečný. A tedy že bude tento mechanismus vhodný jen pro požadavky, které míří na kvalifikované dodržování

⁸² Směrnice, bod odůvodnění 97.

⁸³ Tamtéž.

⁸⁴ Směrnice, bod odůvodnění 98.

⁸⁵ Směrnice, bod odůvodnění 98-99.

právních předpisů. Přesto však není od věci, aby zadavatelé sledovali pouze prosté dodržování právních předpisů. Zadavatel se tímto způsobem nebude muset v případě porušení spoléhat na vymáhání (povětšinou správních) sankcí, které může ovlivnit maximálně tím, že podá podnět u příslušného orgánu. Naopak bude mít v ruce vlastní nápravné nástroje, a bude tak pouze na něm, zda a v jaké míře tyto instituty využije (i když lze argumentovat, že subjekt nakládající s veřejnými prostředky, který nedůvodně nevyužije nápravných institutů, bude vždy v porušení principu dobré správy). Výhodou začlenění horizontálních aspektů do podmínek plnění je však bezesporu možnost sledovat kvalifikované dodržování právních předpisů. Bude tedy v gesci zadavatele, jaké konkrétní cíle se rozhodne sledovat. Měl by však mít na paměti, že vždy budou muset být dodrženy procesní požadavky zadávacího řízení jakož i základní zásady ZVZ a směrnice. V souladu s principem transparentnosti zadávacího řízení a požadavkem na předcházení nedůvodné diskriminaci se domnívám, že se na vymezení předmětu plnění zakázky také přiměřeně uplatní závěry Nejvyššího správního soudu ohledně limitů při vymezení předmětu veřejné zakázky.⁸⁶ Podmínky plnění by tedy neměly dodavatele nepřiměřeně zatěžovat. Neměly by také sloužit jako zástěrka pro přímou a nepřímou diskriminaci.

Podmínky plnění by měly, na rozdíl od kritérií pro zadání zakázky (srov. kapitolu 2.3.6), představovat neměnné objektivní požadavky, které nebudou mít vliv na hodnocení nabídek.⁸⁷ Mohou tak sloužit jako dodatečné podmínky, které budou relativně nezávislé na specifikacích a kritériích pro zadání zakázky.⁸⁸ Řekli jsme, že při definici podmínek plnění nebude moct zadavatel postupovat zcela libovolně. Bude omezen požadavkem, aby podmínky souvisely s plněním zakázky, aby byly součástí zadávací dokumentace a aby byly samozřejmě v neposlední řadě v souladu se zásadami veřejných zakázek, tj. včetně souladu s unijním právem (především aby v důsledku podmínek nedošlo k přímé či nepřímé diskriminaci).

V kontextu ZVZ může zadavatel podmínky plnění stanovit jako nutný předpoklad pro účast v zadávacím řízení, přičemž zákon demonstrativně uvádí, že lze požadovat plnění zvláštních environmentálních, sociálních, inovativních, popř. hospodářských podmínek. S ohledem na publicitu podmínek plnění se nabízí zveřejnit v rámci zadávacího řízení

⁸⁶ Srov. kapitolu 2.3.2.

⁸⁷ Směrnice, bod odůvodnění 104.

⁸⁸ Srov. závěry z Beentjes.

vzorovou smlouvu, která bude s vítězem zadávacího řízení uzavřena, a podmínky plnění pak uvést přímo v ní. Postačit by však mělo uvedení alespoň materiálních podmínek v zadávací dokumentaci s tím, že smlouva bude vypracována později.⁸⁹ Domnívám se však, že v případě implementace horizontálních kritérií do podmínek plnění bude muset být požadavek na publicitu splněn vždy.

Pro úspěšné vymáhání podmínek plnění bude také důležité nastavit motivační a sankční systém. Pro případy porušení podmínek má zadavatel k dispozici klasické instituty smluvního práva. Především se nabízí do smlouvy zakotvit možnost odstoupení od smlouvy v případě, že uchazeč sledované aspekty poruší, případně možnost udělování smluvních pokut. Je jasné, že v důsledku zadávacího procesu však budou zadavatelé naopak v možnosti dodatečně měnit podmínky plnění (tedy samotnou smlouvu) omezeni. Limitem jim bude § 100 ZVZ, který poskytuje možnost vyhradit si změnu závazku. V důsledku změny závazku nesmí ovšem být změněna celková povaha zakázky.

Mezi nejvýraznější náklady pro stanovení zvláštních podmínek plnění patří prostředky, které bude zadavatel muset vynaložit na monitorování průběhu plnění. Problematické také může být, že veřejná správa není vždy dostatečně motivována k tomu, aby sankce skutečně vymáhala, neboť nenakládá s vlastními prostředky. Tomuto fenoménu se říká morální hazard. Morální hazard ve veřejném sektoru můžeme chápat jako opak ekonomicky racionálního chování, který je důsledkem oportunistického jednání jedinců nakládajících s veřejnými prostředky.⁹⁰ Ti totiž ztrácí motivaci rozhodovat se ve prospěch veřejného sektoru jako celku z důvodu, že nenesou plné riziko neúspěchu. Nepociťují samozřejmě často ani výhody, které plynou z ekonomicky racionálního chování. Zadavatelé tak nemusí být motivováni sledovat řádné plnění zakázky, ale ani v důsledku jejího neplnění od smlouvy odstoupit. Upozorníme, že v případě odstoupení se bude muset přirozeně celé zadávací řízení opakovat, což může být podpurným argumentem (nebo spíše výmluvou) pro to od smlouvy neodstoupit. K takovému rozhodnutí by se však mělo přistoupit až po důkladné úvaze, která navíc nebude vždy poměřovat měřitelné parametry (tj. náklady), neboť do hry vstoupí i morální aspekt věci.

⁸⁹ DVOŘÁK, David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017. ISBN 978-80-7400-651-7. s. 223.

⁹⁰ BORDOGNA, Lorenzo. *Moral Hazard, Transaction Costs and the Reform of Public Service Employment Relations*. In *European Journal of Industrial Relations*. [online]. 2008, [cit. 2019-11-03]. Dostupné z: <https://bit.ly/2u0rE5B>. s. 382.

Nespornou výhodou naopak je, že pomocí podmínek plnění lze horizontální aspekty efektivně vymáhat i v rámci subdodavatelského řetězce. To může být zvláště důležité například při uplatňování fairtradových kritérií v případech, kdy subdodavatelský řetězec míří do zemí mimo EU. Platná právní úprava umožňuje např. vynutit na hlavním dodavateli změnu subdodavatele v případě, že původní subdodavatel nedodrží stanovené podmínky plnění. Začlenění horizontálních aspektů do podmínek plnění je také vhodný nástroj například pro začlenění sociálních aspektů souvisejících s pracovními podmínkami či s problematikou zaměstnanosti.⁹¹ Zdůrazněme však, že soudní dvůr jasně stanovil pravidla, za jakých bude sledování politiky zaměstnanosti ve veřejných zakázkách přijatelné.⁹²

⁹¹ *Sociální nakupování. Průvodce zohledňováním sociálních hledisek při zadávání veřejných zakázek.* Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2011. ISBN 978-98-79-18405. s. 44.

⁹² Srov. kapitolu 1.4.

ZÁVĚR

Práce ukázala, že dnes již nemůže být pochyb o tom, že je možné sledovat ve veřejných zakázkách i jiné, nefunkční cíle, které jdou nad rámec samotného nákupu. Nejenže platná právní úprava takový postup nezakazuje, nýbrž jsou dnes již zadavatelé k sledování horizontálních cílů přímo vybízeni. Zadavatelé však pochopitelně nemají zcela volné ruce a jak právní úprava, tak problémy, které se ukazují v praxi, kladou na zadavatele nejrůznější požadavky. Zadavatel musí na prvním místě zvážit, zda vůbec právní úprava sledování zvoleného cíle umožňuje. Ačkoliv diplomová práce neměla ambice poskytnout vyčerpávající seznam aspektů, které lze a nelze sledovat, tak přece jen i v tomto můžeme učinit závěr. Na jedné straně stojí politiky či cíle industriální povahy a na straně druhé politiky povahy sociální a environmentální. Je jasné, že z velké části nebude možné v zadávacím řízení sledovat cíle z první skupiny. Jak práce ukázala, největším negativem uplatňování horizontálních aspektů a jeho častou motivací je snaha chránit tuzemské podniky. Ve světle toho soudní dvůr například v případě Storebaelt zakázal tzv. dánskou klauzuli, která v obecných podmínkách pro účast ve veřejné zakázce na výstavbu mostu vyžadovala, aby dodavatelé využívali v co možná nejvyšší míře dánské materiály, zboží, pracovní síly a vybavení.

Sledování cílů, které mají především sociální a environmentální povahu, je naopak podporováno. Ani zde není možné postupovat libovolně. Připomeňme, že veřejné zakázky jsou úzce spojeny s problematikou zachování volné hospodářské soutěže a že každé uplatnění některého z horizontálních aspektů znamená vědomé omezení okruhu uchazečů. Z tohoto důvodu je nutné na zadavatele klást určité požadavky. Můžeme shrnout, že základním limitem je požadavek, aby uplatňování horizontálních aspektů bylo z ekonomického hlediska účelné, hospodárné a efektivní. Z právního hlediska by mělo především respektovat zásadu rovného zacházení se všemi uchazeči a dále požadavek na transparentnost řízení. Vedle toho budou zvláštní kritéria vždy muset být také v souladu s unijním právem.

Druhým důležitým závěrem je, že na zadavatele budou kladeny dodatečné nároky v závislosti na tom, jaký mechanismus k uplatnění horizontálních aspektů zvolí. Bude v zásadě na zadavateli, v jaké fázi se rozhodne environmentální, sociální nebo jiné aspekty uplatnit. Může tak učinit v průběhu zadávacího řízení, nebo až v rámci plnění předmětu

veřejné zakázky. Vždy však bude muset vzít v úvahu specifika konkrétní fáze. Zjistili jsme, že zadavatel má k dispozici zcela specifické instituty, jako jsou vyhrazené veřejné zakázky či možnost zakázku rozdělit na více částí. I zde bude omezen procesními korektivy právní úpravy. Ukázali jsme, že každý mechanismus má svá pro a proti a že pro jeden konkrétní cíl pravděpodobně nebudou všechny mechanismy stejně vhodné. Zadavatel by měl tedy předem pečlivě zvážit, jak bude postupovat. V tomto ohledu lze doporučit, aby jednotlivé mechanismy mezi sebou kombinoval.

Diplomová práce si především kladla za cíl odpovědět na otázku, zda lze veřejné zakázky využít jako legitimní nástroj pro sledování horizontálních cílů. V tomto ohledu došla k závěru, že to možné je, ale vždy za splnění konkrétních požadavků, které se budou lišit v závislosti na okolnostech konkrétního případu. Práce přitom vyšla ze dvou základních premis. Zaprvé, důvodem pro právní regulaci veřejných zakázek je snaha o kontrolu efektivního vynakládání veřejných zdrojů. Aby bylo sledování horizontálních cílů legitimní, musí probíhat efektivně. Zadruhé, problematiku nelze zobecnit. Uplatnění stejného horizontálního kritéria ve stejné fázi může být jednou legitimní a jindy naopak ne. Vedle analýzy právního aspektu veřejných zakázek je totiž potřeba zvážit také ekonomickou stránku. Ukázali jsme, že právní aspekt spočívá především v nastavení základních procesních pravidel tak, aby byly dodrženy základní zásady zadávacího řízení, jako je požadavek na transparentnost zadávacího řízení či předcházení diskriminace. Na druhou stranu ekonomický aspekt vyplývá ze samotné povahy veřejných zakázek jako nástroje pro alokaci veřejných zdrojů. Z hlediska otázky na legitimitu sledování horizontálních cílů se pak ekonomická stránka projeví především v podobě požadavku na ekonomickou racionalitu chování zadavatelů. Zadavatel by vždy měl zvážit náklady uplatnění každého aspektu, mezi něž patří i náklady alternativ. Teprve v momentě, kdy bude zadavatel postupovat v souladu s procesními předpisy a požadavkem na to, aby jeho chování dávalo ekonomický smysl, bude uplatnění konkrétního horizontálního aspektu legitimní.

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

EU	Evropské Unie
SDEU, soudní dvůr	Soudní dvůr Evropské Unie
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
směrnice	Směrnice EP a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek
směrnice o vysílání pracovníků	Směrnice EP a Rady 96/71/ES ze dne 16. prosince 1996 o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb
Smlouva o ES	Smlouva o založení Evropského Společenství
ÚOHS, úřad	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
ZVZ	Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů
Beentjes	Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-31/87, ve věci Gebroeders Beentjes BV v. State of the Netherlands, ze dne 20. září 1988
Bundesdruckerei	Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-549/13, ve věci Bundesdruckerei v. Stadt Dortmund, ze dne 18. září 2014
Concordia Bus	Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-513/99, ve věci Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne, ze dne 17. září 2002
Nizozemská káva	Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-368/10, ve věci T European Commission v

Kingdom of the Netherlands, ze dne 10. května 2012

Regiopost

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-115/14, ve věci RegioPost GmbH & Co. KG v. Stadt Landau in der Pfalz, ze dne 17. listopadu 2015

Rüffert

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-346/06, ve věci Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen, ze dne 3. dubna 2008

Sodemare

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-70/95, ve věci Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA and Anni Azzurri Rezzato Srl v Regione Lombardia, ze dne 17. června 1997

Storebaelt

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-243/89, ve věci Commission v. Denmark, ze dne 22. června 1993

Teleaustria

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-324/98, ve věci Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, ze dne 7. prosince 2000

Wienstrom

Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-448/01, ve věci EVN AG a Wienstrom GmbH v. Republik Österreich, ze dne 4. prosince 2003

SEZNAM POUŽITÝCH PRAMENŮ

Právní předpisy

- Smlouva o fungování Evropské Unie
- Smlouva o založení Evropského Společenství
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES
- 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
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES
- Směrnice EP a Rady 96/71/ES ze dne 16. prosince 1996 o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb
- Usnesení Vlády ČR k věcnému záměru zákona o veřejných zakázkách č. 180 ze dne 16. března 2016
- Zákon č. 134/2016, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

Judikatura

- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-31/87, ve věci Gebroeders Beentjes BV v. State of the Netherlands, ze dne 20. září 1988

- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-243/89, ve věci Commission v. Denmark, ze dne 22. června 1993
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-70/95, ve věci Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA and Anni Azzurri Rezzato Srl v Regione Lombardia, ze dne 17. června 1997
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-225/95, ve věci European Commission v. French Republic, ze dne 26. září 2000
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-324/98, ve věci Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, ze dne 7. prosince 2000
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-513/99, ve věci Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne, ze dne 17. září 2002
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-448/01, ve věci EVN AG a Wienstrom GmbH v. Republik Österreich, ze dne 4. prosince 2003
- Stanovisko generální advokáta Yvese Bota k věci C-346/06, Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen, ze dne 20. září 2007
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-346/06, ve věci Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen, ze dne 3. dubna 2008
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-368/10, ve věci European Commission v Kingdom of the Netherlands, ze dne 10. května 2012
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-549/13, ve věci Bundesdruckerei v. Stadt Dortmund, ze dne 18. září 2014
- Stanovisko generální advokáta Paola Mengozziho k věci C-115/14, RegioPost GmbH & Co. KG v. Stadt Landau in der Pfalz, ze dne 9. září 2015
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-115/14, ve věci RegioPost GmbH & Co. KG v. Stadt Landau in der Pfalz, ze dne 17. listopadu 2015
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. června 2008, č. j. 1 Afs 20/2008
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. září 2010, č. j. 1 Afs 45/2010
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 16. listopadu 2010, č. j. 9 Afs 30/2010

MONOGRAFIE

- ARROWSMITH, Sue, KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 978-05-1157-604-1.
- DVOŘÁK, David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017. ISBN 978-80-7400-651-7.
- HORÁČEK, Tomáš. *Fairtradové veřejné zakázky*. 1. vyd. Brno: NaZemi, 2012. ISBN 978-80-9051-426-9.
- JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-443-8.
- SHAKYA, Kumar Rajesh. *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*. 1. vyd. b.m.: IGI Global, 2019. ISBN 978-15-2257-083-7.
- *Nakupujte zeleně! Příručka o zadávání zelených veřejných zakázek*. 3. vyd. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2016.
- *Sociální nakupování. Průvodce zohledňováním sociálních hledisek při zadávání veřejných zakázek*. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2011. ISBN 978-98-79-18405-5.

ODBORNÉ ČLÁNKY A JINÉ ZDROJE

- AARLA, Tarja, POINTNER, Wolfgang, GRUBER, Thomas. *Selected Court Cases of the European Court of Justice in the Field of Public Procurement*. [online]. 2007, [cit. 2019-02-02]. Dostupné z: <https://bit.ly/2TG6XKq>.
- BENNETT, John. „Living Wage“ Provisions in Public Procurement Contracts. [online]. 2015, [cit. 2019-06-02]. Dostupné z: <https://bit.ly/2TtFHZq>.
- GÓRSKI, Jędrzej. *Primer on protectionism in public procurement markets*. In *Public Procurement in 21st Century: Balancing Liberalisation, Social Values and Protectionism*. [online]. 2016, [cit. 2019-07-02]. Dostupné z: <https://bit.ly/2Cecj5P>.
- KAUPA, Clemens. *Public Procurement, Social Policy and Minimum Wage Regulation for Posted Workers: Towards a More Balanced Socio-Economic*

- Integration Process?* In *European Papers*. [online]. 2016, [cit. 2019-06-02]. ISSN 2499-8249. Dostupné z: <https://bit.ly/2HoDSg8>.
- MEYER, Michelle. *Ruffert v. Land Niedersachsen: The ECJ's Departure from Traditional European Socialism*. [online]. 2010, [cit. 2018-06-11]. Dostupné z: <https://bit.ly/2UtzMqT>.
 - McCRUDDEN, Christopher. *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*. In *Natural Resources Forum* 28. [online]. 2004, [cit. 2018-06-11]. Dostupné z: <https://bit.ly/2TGjaPp>.
 - SANCHEZ-GRAELLS, Albert. *A Conversation on Horizontal Policies*. [online]. 2015, [cit. 2019-06-01]. Dostupné z: <https://bit.ly/2u3vtql>.
 - SCHULTEN, Thorsten. *Pay Clauses in Public Procurement*. [online]. 2013, [cit. 2018-02-11]. Dostupné z: <https://bit.ly/2CbRx6U>.
 - ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE. *Sdělení ÚOHS k problematice zadávání veřejných zakázek v oblasti dopravní obslužnosti se zohledněním sociálních aspektů*. [online]. 2017, [cit. 2018-1-12]. Dostupné z: <https://bit.ly/2Ho7xWQ>.
 - BORDOGNA, Lorenzo. *Moral Hazard, Transaction Costs and the Reform of Public Service Employment Relations*. In *European Journal of Industrial Relations*. [online]. 2008, [cit. 2019-11-03]. Dostupné z: <https://bit.ly/2u0rE5B>.

RESUMÉ

Cílem této práce je ukázat, že veřejné zakázky mohou sloužit jako legitimní nástroj pro prosazování sekundárních cílů. Pod pojmem sekundární či horizontální cíle rozumíme takové cíle, které nejsou nutně spojeny se samotnou podstatou veřejné zakázky – tj. s nákupem zboží, služeb či stavebních prací. Výklad je proveden zejména za použití deskriptivní a analytické metody, přičemž analyzována je právní úprava jak na české, tak na evropské úrovni. Vedle právních předpisů a odborné literatury byla hlavním zdrojem judikatura Soudního dvora Evropské unie, která hrála klíčovou roli při tvorbě základních mantinelů, ve kterých se dnes zadavatelé při uplatňování horizontálních aspektů musí pohybovat.

První kapitola práce se věnuje nezbytnému vymezení právního rámce veřejných zakázek ve vztahu k možnosti sledovat sekundární cíle. V její druhé části jsou v tomto ohledu rozebrány nejdůležitější rozhodnutí soudního dvora. Zvláštní pozornost je věnována vývoji judikatury ve vztahu k možnosti uplatňování politiky zaměstnanosti ve veřejných zakázkách.

V druhé kapitole, nazvané Taxonomie horizontálních aspektů, je nejdříve představen základní předpoklad pro to, aby mohlo být uplatnění konkrétních horizontálních aspektů legitimní. Vzhledem k dvojí povaze veřejných zakázek se totiž zadavatel musí vypořádat jak s právní, tak s ekonomickou stránkou zadávacího řízení. To znamená, že každý postup bude muset být nejen v souladu s právem, ale také s požadavkem na ekonomickou racionalitu chování. V druhé části následuje rozbor právní a ekonomické stránky jednotlivých mechanismů, které má zadavatel pro uplatňování horizontálních aspektů k dispozici.

Přínosem této práce je především fakt, že pojednává o tématu, u něhož chybí ucelená regulace problematiky. Navíc ani v tuzemské odborné literatuře není toto téma rozsáhleji pojednáno. Přitom je jasné (i ve světle poměrně nově přijaté úpravy), že podpora využívání veřejných zakázek jako nástroje pro uplatňování horizontálních cílů je na vzestupu.

ABSTRACT

The thesis provides a comprehensive analysis of the horizontal policies in public procurement with the aim to determine whether public procurement may be used as a legitimate tool in the pursuit of such policies. Horizontal or secondary policies refer to the policies not inherently connected to the functional objective of public procurement – i.e. to the purchase of goods and services. These may among other strike at social or environmental issues. For this purpose, the descriptive and analytic methodics are used. The case-law of CJEU was the primary source of the thesis along with the relevant literature and both EU and Czech legislation.

The thesis is structured into two chapters. The first chapter provides essential introduction to the legislation in place in respect of the horizontal policies in public procurement. The second part of the chapter then analyses relevant case-law of CJEU. Particular attention is paid to the case law in respect of public procurement used as a tool to pursue employment policies.

The second chapter named taxonomy of horizontal policies elaborates on the relationship between economic and legal aspect of the public procurement in general. It quickly comes to the conclusion, that the contracting authorities must deal with both the legal and economic aspects of public procurement. This means that any such course of action must be permitted by law. On top of that the contracting authority must act in economically rational way. The final part of the thesis then deals with the analysis of particular tools that may be used by the contracting authorities. Both the legal and economic assessment is provided.

The contribution of the thesis is mainly in the fact that it provides an assessment of topic not comprehensively regulated by the legislation. And although the support of use of horizontal policies in public procurement is growing, the topic of the thesis is not even covered by any extensive research in the Czech academic field.

KLÍČOVÁ SLOVA / KEYWORDS

- Veřejné zakázky / Public procurement
- Ekonomický aspekt zadávacího řízení / Economic aspect of the tenders
- Legitimita horizontálních cílů / Legitimacy of horizontal policies

NÁZEV DIPLOMOVÉ PRÁCE V ANGLICKÉM JAZYCE / TITLE OF THE DIPLOMA THESIS IN ENGLISH

- Secondary objectives in public procurement
-