

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta
Katedra evropského práva

Diplomová práce
Evropské právo veřejných zakázek

Vedoucí diplomové práce: Doc. JUDr. Pavel Svoboda

Diplomant: Irena Kubátová
5. ročník denního magisterského studia
E. Krásnohorské 2, 798 01 Prostějov

Prohlášení o původnosti práce

Prohlašuji, že jsem tuto diplomovou práci zpracovala samostatně a že jsem vyznačila prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpala.

V Praze, dne 15. května 2006

Irena Kubátová

OBSAH

Přehled obsahu	i
Seznam použité literatury	iv
Zkratky	v
Úvod	1
Kapitola 1. Vymezení pojmů	2
1.1 Veřejná zakázka	2
1.1.1 Druhy veřejných zakázek	3
1.2 Veřejný zadavatel.....	4
1.2.1 Centrální zadavatel	5
1.3 Uchazeč o veřejnou zakázku	5
Kapitola 2. Prameny právní úpravy	6
2.1 Stručný vývoj právní úpravy	6
2.2 Primární právo	7
2.3 Sekundární právo	7
2.3.1 Cíle nových směrnic	9
2.4 Význam rozhodnutí Evropského soudního dvora	9
Kapitola 3. Zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby ...	10
3.1 Úvod	10
3.2 Kvalifikace	10
3.2.1 Seznam kvalifikovaných dodavatelů	11
3.2.2 Systém certifikovaných dodavatelů	11
3.2.3 Zahraniční seznam dodavatelů	12
3.3 Druhy zadávacího řízení	12
3.3.1 Otevřené řízení	13
3.3.2 Užší řízení	13
3.3.3 Jednací řízení s uveřejněním	13
3.3.4 Jednací řízení bez uveřejnění	14
3.3.5 Soutěžní dialog	14
3.3.6 Zjednodušené podlimitní řízení	15
3.4 Soutěž o návrh	15
3.5 Rámcová smlouva	15
3.6 Jistota	16
3.7 Lhůty	16

3.8	Slovník veřejného zadávání	17
3.9	Uveřejnění informací o veřejných zakázkách	18
3.9.1	Úřední věstník EU	18
3.9.2	Informační systém o veřejných zakázkách	19
3.9.3	Předběžné oznámení a pravidelné předběžné oznámení	19
Kapitola 4. Zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb		
4.1	Sektorový zadavatel	20
4.2	Změny v nové právní úpravě	20
4.3	Zadávání veřejných zakázek sektorového zadavatele	21
4.4	Hospodářská soutěž související s relevantní činností	22
Kapitola 5. Prostředky právní ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele		
5.1	Úvod	22
5.2	Provádění nápravy Evropskou komisí	24
5.3	Námítky	25
5.4	Dohled nad dodržováním zákona	26
5.5	Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele	27
5.6	Smírčí řízení před Evropskou komisí	27
5.7	Neformální řešení	28
Kapitola 6. Elektronické zadávání veřejných zakázek		
6.1	Elektronizace zadávacího procesu	29
6.2	Dynamické nákupní systémy	31
6.3	Elektronické aukce	32
6.4	Elektronický katalog	32
Kapitola 7. Právní úprava veřejných zakázek v České republice		
7.1	Stručný vývoj	32
7.2	Nový zákon o veřejných zakázkách	33
7.3	Zpřesnění definice zadavatele	35
Kapitola 8. Právní úprava veřejně soukromých partnerství v evropském a českém právu		
8.1	Úvod	36
8.1.1	Model PPP	37
8.2	Evropské právo	38
8.2.1	Úprava koncesí ve směrnici 2004/18/ES	

8.2.1.1	Koncese na stavební práce	38
8.2.1.2	Koncese na služby	40
8.2.2	Zelená kniha o PPP	41
8.2.2.1	PPP projekty na smluvní bázi	42
8.2.2.2	PPP projekty na institucionalizované bázi	43
8.3	Nový koncesní zákona	44
8.3.1	Postavení koncesního zákona ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách	45
8.3.2	Implementace směrnice v koncesním zákoně	47
8.3.3	Pojem koncesní smlouvy a rozdíl mezi koncesní smlouvou a veřejnou zakázkou	47
8.3.4	Rozpočtový dozor Ministerstva financí	48
8.3.5	Dohled nad dodržováním zákona	49
8.3.6	Uveřejňování, Rejstřík koncesních smluv	50
Závěr	50

SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY

- Arrowsmith, S.:* The Law of Public and Utilities Procurement, First Edition, London, Sweet&Maxwell 1996
- Arrowsmith, S.:* The Law of Public and Utilities Procurement, Second Edition, London, Sweet&Maxwell 2005
- Bovis, Ch.:* Business Law in the European Union, Sweet&Maxwell, London 1997
- Čtvrtníková, I./ Jabůrková, M./ Maurová, E./ Váňa, L./ Škeříková, D.:* Veřejná podpora a veřejné zakázky po vstupu do EU, průvodce pro obce a města, Linde, Praha 2005
- Pelc, V.:* Veřejné zakázky, zákon o veřejných zakázkách s vysvětlivkami, Linde, Praha, 2004
- Poillot-Peruzzetto, S./ Luby, M./ Svoboda, P.:* Evropské právo a podnik, Linde, Praha, 2003
- Tichý, L./ Arnold, R./ Svoboda, P./ Zemánek, J./ Král, R.:* Evropské právo, 2. vydání, C. H. Beck, Praha, 2004
- Tichý, L. a kol.:* Dokumenty ke studiu evropského práva, 2. přepracované a doplněné vydání, Linde, Praha 2002
- Jurčík, R.:* Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 1.vydání, C.H.Beck, Praha, 2004
- Oliver, P./ Jarvis, M.:* Free Movement of Goods in the European Community, Fourth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2003

Články:

- Arrowsmith, S.:* An assessment of the new legislative package on public procurement, in Common Market Law Review 41: str. 1277-1325, 2004
- Bartosch, A.:* Vztah mezi veřejným zadáváním a dohledem nad státní pomocí – použití nejpřísnějšího kritéria?, in EMP číslo 1/2003 str. 9-14 a 39-43
- Davids, A.:* Iniciativy v oblasti elektronického zadávání zakázek v Evropském společenství, in EMP číslo 4/2001 str. 3-9
- Horálek, V.:* Veřejně soukromá partnerství a zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení, prezentace, in www.mmr.cz
- Jurčík, R.:* Nová právní úprava veřejných zakázek a koncesí, in Právní zpravodaj, říjen 2005, str. 13-16
- Krutáková, L./ Frank, R. :* Některé aspekty nové právní úpravy koncesí, in Právní Rádce číslo 03/2006, str. 27-31
- Marek, K.:* Veřejné zakázky nově, in Právní rádce 6/2006

Matochová, S.: Veřejné zakázky v EU: Návrhy Evropské komise ke zjednodušení a modernizaci právního rámce, in EMP číslo 4/2001 str. 9-16 a in EMP číslo 5-6/2001 str. 8-15
Ministerstvo pro místní rozvoj: Jak získat veřejnou zakázku? Příručka pro dodavatele v České republice, 2005; Manuál Zadávání veřejných zakázek 2005
Nováček, R.: Rámcové smlouvy, in Právní rozhledy číslo 1/2004
PPP Centrum České Republiky/ Ministerstvo financí: Manuál PPP, www.asociaceppp.cz

Zdroje na internetu:

Portál Evropské unie: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/

<http://europa.eu.int/eur-lex/>

<http://europa.eu.int/scadplus/>

Úřad pro úřední tisky Evropských společenství: www.publications.eu.int

Informace o zadávání veřejných zakázek: <http://simap.eu.int/>

Stránky Ministerstva pro místní rozvoj: <http://www.mmr.cz>

Asociace pro podporu projektů spolupráce veřejného a soukromého sektoru:
<http://www.asociaceppp.cz/>

ZKRATKY

CPV	Common procurement vocabulary (Společný slovník pro veřejné zakázky)
ESD	Evropský soudní dvůr
EU	Evropská unie
ES	Evropská společenství
PPN	Public Procurement Network (Síť pro veřejné zakázky)
Ted	Tenders electronic daily
ÚOHS	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
WTO	World Trade Organisation (Světová obchodní organizace)

ÚVOD

Evropské právo veřejných zakázek je jedním ze základních kamenů jednotného evropského trhu. Jeho cílem je zabezpečení stejné úrovně soutěžních pravidel pro všechny společnosti se sídlem v EU v oblasti veřejných zakázek, kde tradičně národní preference hrály velkou roli. Zadávání veřejných zakázek patří do širšího pojetí práva na ochranu hospodářské soutěže.

Veřejné zakázky jsou důležitým sektorem ekonomiky. Podle odhadů Evropské komise představují více než 16% HDP EU. V jednotlivých členských státech se jejich váha liší a pohybuje se v rozmezí od 11% do 20% HDP. Podniky z jiného členského státu, než který zakázku vyhlásil získávají jen 1-4% veřejných zakázek. Evropské orgány se snaží otevřít pro evropskou soutěž veřejné zakázky posílením průhlednosti metod přidělování a rovnosti šancí uchazečů. Pro mnohé podniky se tak otevírají nové příležitosti a zároveň vyvstává nové soutěžní riziko pro ty, které měly privilegované postavení. Zpřístupnění veřejných zakázek v rámci jednotného trhu vedlo ke vzrůstu přeshraniční soutěže a ke snížení nákladů vynaložených veřejnými subjekty.

Na základě Smlouvy o založení Evropského společenství mají obchodní společnosti z členských států EU a jejich výrobky zaručen přístup na trhy ostatních členských států EU. Evropské společenství přijalo také sekundární právo (směrnice) vyžadující od členských států implementaci spravedlivých a otevřených soutěžních pravidel týkajících se udělování veřejných zakázek tak, aby se volný přístup k veřejným zakázkám stal realitou. Jelikož primární právo neobsahuje přímou úpravu veřejných zakázek, těžiště právní regulace spočívá právě v harmonizaci vnitrostátních úprav.

Cílem evropské právní úpravy veřejných zakázek je fungující společný trh pro veřejné zakázky na principech nediskriminace z důvodu státní příslušnosti nebo původu, transparentnost, harmonizace národních zadávacích postupů, zefektivnění využití veřejných prostředků a zamezení korupce v této oblasti působení veřejné správy. Do popředí se také dostává ochrana životního prostředí.

Směrnice vyžadují, aby pravidla obsažená v národních úpravách byla, v případech porušení, vynutitelná všemi uchazeči o veřejnou zakázku, ať už pocházejí z kteréhokoliv členského státu EU.

Ve své diplomové práci se věnuji právní úpravě oblasti veřejných zakázek a koncesí, zejména novým institutům, které přináší nové evropské zadávací směrnice. Dále pojednávám o novém zákoně o veřejných zakázkách a o novém tzv. koncesním zákoně. Samostatná kapitola je věnována právní ochraně v případech porušení zákona při zadávání veřejných zakázek a evropského práva. Z důvodu značného rozsahu právní úpravy v této oblasti má diplomová práce neobsahuje vyčerpávající pojednání o všech aspektech veřejného zadávání. Mým cílem bylo zaměřit se na nejnovější vývoj právní úpravy a poukázat na moderní trendy v této oblasti.

Kapitola 1. VYMEZENÍ POJMŮ

1.1 Veřejná zakázka¹

Směrnice 2004/18/ES definuje veřejné zakázky jako úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb. Shodně definuje veřejnou zakázku § 7 nového zákona.

Hlavním klasifikačním znakem je subjekt, zadavatel. Teprve na dalším místě je skutečnost, zda konkrétní zakázka není ze zadávacího řízení vyjmuta vzhledem k zvláštním důvodům jako např. pokud jsou předmětem veřejné zakázky utajované informace (obecné výjimky z působnosti zákona stanoví § 18 zákona č. 137/2006 Sb.)

Veřejnou zakázkou je tedy zakázka na dodávky, služby nebo stavební práce jejíž zadavatel splňuje definiční kritéria § 2 nového zákona o veřejných zakázkách.

Charakteristickým rysem, který odlišuje veřejnou zakázku od jiných zakázek je skutečnost, že je povinností jejího zadavatele, aby ji zadal v zadávacím řízení podle zákona. Ke druhům veřejných zakázek se vážou *příslušné finanční limity* pro rozlišení

¹ V celém textu je termín zakázka používán ve smyslu veřejná zakázka, pokud ze smyslu věty nevyplývá jinak.

nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek a nově též veřejných zakázek malého rozsahu.

Nadlimitní veřejnou zakázkou je ta jejíž předpokládaná hodnota (definuje ji § 13) odpovídá nejméně finančním limitům uvedeným v odstavcích 2,3 a 4 § 12.

Podlimitní veřejnou zakázkou se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky a služby nejméně dva miliony korun bez DPH nebo v případě veřejných zakázek na stavební práce nejméně šest milionů korun bez DPH.

Pokud zakázky těchto hodnot nedosahují jsou to *veřejné zakázky malého rozsahu*, které zadavatel není povinen zadávat podle zákona, ale je však stále povinen dodržet zásady uvedené v § 6 (zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace).

Nový zákon tedy na rozdíl od současného, kde veřejná zakázka začínala od dvou milionů korun, považuje za veřejnou zakázku každý výdaj, za který zadavatel získá od dodavatele zboží, služby nebo stavební práce.

1.1.1 *Druhy veřejných zakázek*

Právní úprava obsažená ve směrnících vedla k jednotnosti v typizaci veřejných zakázek a to na tři druhy:

a) *Veřejnými zakázkami na stavební práce* jsou veřejné zakázky, jejichž předmětem je buď provedení, nebo jak projekt tak provedení stavebních prací vztahujících se k jedné z činností uvedených v příloze I. Směrnice 2004/18/ES, nebo dílo či jeho realizace. Dílem je výsledek stavebních nebo stavebně inženýrských prací chápaný jako celek, který je sám o sobě dostačující, aby plnil ekonomickou nebo technickou funkci.

b) *Veřejnými zakázkami na dodávky* jsou veřejné zakázky jiné než uvedené v písm. a), jejichž předmětem je koupě výrobků, jejich nájem nebo koupě najaté věci. Pokud vedle dodávky výrobků zakázka rovněž zahrnuje umístěvací a instalační práce stále se považuje za veřejnou zakázku na dodávky.

c) *Veřejnými zakázkami na služby* jsou zakázky jiné než pod písm. a) nebo b) jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze II. Směrnice 2004/18/ES. Pokud jsou předmětem zakázky jak výrobky tak služby, považuje se za veřejnou zakázku na služby, pokud hodnota služeb je vyšší než hodnota výrobků zahrnutých v této zakázce.

Česká právní úprava z tohoto rozdělení samozřejmě nevybočuje. Nový zákon o zadávání veřejných zakázek vypustil z vymezení předmětu veřejné zakázky na dodávky

původní problematické ustanovení o nákupu a nájmu existující nemovitosti. Odstranil tak nelogický požadavek vybírat konkrétní nemovitost, o kterou měl zadavatel zájem, v zadávacím řízení. Nabytí či nájem existující nemovitosti, bytů či nebytových prostor patří nyní do obecných výjimek z působnosti zákona.

Dále nový zákon odstranil nejasnosti ohledně toho, co se považuje za službu a co za stavební práci tím, že k zákonu náleží příloha č. 3 obsahující vyčerpávající přehled stavebních činností včetně evropských kódů společného slovníku pro veřejné zakázky.

1.2 Veřejný zadavatel

Podle článku 1 Směrnice 2004/18/ES se *veřejným zadavatelem* rozumí stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená takovými orgány nebo veřejnoprávními subjekty. *Veřejnoprávním subjektem* je jakýkoliv subjekt, který a) je založený nebo zřízený za konkrétním účelem plnění potřeb obecného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu; b) má právní subjektivitu; c) a je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty, nebo je těmito orgány řízen nebo v jeho správní, řídicí či dozorčí radě je více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty. Příloha III. směrnice obsahuje nevyčerpávající seznamy veřejnoprávních subjektů a jejich kategorií. Členské státy oznamují pravidelně Komisi změny ve svých seznamech.

Nová komunitární úprava přináší vyjasnění pravidel při posuzování právního postavení osob, které mohou naplnit jak definici veřejného zadavatele tak i definici sektorového zadavatele (případ kdy veřejný zadavatel podniká v určitém sektoru). Postavení takového zadavatele se posuzuje v návaznosti na účel, za kterým je konkrétní veřejná zakázka především zadávána. Je-li veřejná zakázka zadávána za účelem výkonu sektorové činnosti zadavatele postupuje se dle pravidel platných pro sektorové zadavatele. V opačném případě bude tento zadavatel povinen postupovat podle ustanovení platných pro veřejného zadavatele. V případech, kdy bude rozhraní nezřetelné nebo pokud nebude jednoznačné, zda určitá zakázka spadá pod režim zadávacích směrnic či nikoliv, bude se uplatňovat vždy přísnější režim.

O zpřesněné úpravě zadavatele v novém zákoně o veřejných zakázkách je pojednáno v kapitole 7.

1.2.1 Centrální zadavatel

Nové směrnice zavádí nový institut jímž je společný nákupní subjekt neboli tzv. centrální zadavatel. Účelem je snaha o dosažení úspor při zadávání a možnost pro zadavatele osvobodit se od povinnosti podstupovat zadávací řízení, neboť za řádnou realizaci zadávání je odpovědný centrální zadavatel. Tento institut je alternativou k možnosti společného zadávání veřejných zakázek několika zadavateli.

Prostřednictvím centrálního zadavatele může pořizovat veřejné zakázky jakýkoli zadavatel. Směrnice obsahují dvě varianty jak lze pořizovat prostřednictvím centrálního zadavatele. Prvním způsobem lze pořizovat jen zboží a služby a spočívá ve formě „předprodeje“. Ve větším rozsahu bude pravděpodobně využíván druhý způsob spočívající v možnosti pověření či zmocnění centrálního zadavatele k pořízení zboží, služeb či stavebních prací na účet zadavatele.

Nový zákon v § 3 stanoví, že centrálním zadavatelem je veřejný zadavatel, který provádí centralizované zadávání spočívající v tom, že a) pro jiné zadavatele pořizuje dodávky či služby, jež jsou předmětem veřejných zakázek, které následně prodává jiným zadavatelům za cenu nikoliv vyšší, než za kterou byly pořízeny nebo b) provádí zadávací řízení a zadává veřejnou zakázku na dodávky, služby či stavební práce na účet jiných zadavatelů. Před zahájením centralizovaného zadávání jsou zadavatel a centrální zadavatel povinni uzavřít písemnou smlouvu, v níž upraví svá vzájemná práva a povinnosti v souvislosti s centralizovaným zadáváním (s ohledem na právní postavení centrálního zadavatele se může jednat o smlouvu, která bude podřízena režimu veřejného práva-veřejnoprávní smlouva nebo režimu soukromého práva-mandátní smlouva, smlouva o obstarání věci). Za porušení zákona odpovídá centrální zadavatel, ledaže by k porušení došlo jednáním či opomenutím zadavatele pro něhož či na jehož účet je centralizované zadávání prováděno.

Zadávání prostřednictvím centrálního zadavatele se může uskutečňovat na všech úrovních veřejné správy, od ústředních orgánů až po samosprávné celky.

1.3 Uchazeč o veřejnou zakázku

Hospodářský subjekt, který podal nabídku, se označuje jako *uchazeč*. Ten, kdo se uchází o výzvu k účasti v omezeném nebo vyjednávacím řízení nebo v soutěžním dialogu, se označuje jako *zájemce*. Pojem *hospodářský subjekt* zahrnuje zhotovitele, dodavatele a poskytovatele služeb a ve směrnici se používá za účelem zjednodušení.

Kapitola 2. PRAMENY PRÁVNÍ ÚPRAVY

2.1 Stručný vývoj právní úpravy

Ustanovení Smlouvy o založení Evropského společenství sice zakazují určité diskriminační praktiky, ale neukládají žádný pozitivní závazek zajišťující transparentnost a volnou soutěž v oblasti veřejných zakázek. Z tohoto důvodu bylo nezbytné přijmout na úrovni EU směrnice, které by harmonizovaly zadávací postupy v jednotlivých členských státech EU, pokud hodnota zadávané zakázky překročí svou výší předem definované hodnoty. Směrnice se tedy aplikují pouze na některé veřejné zakázky, zatímco obecné principy Smlouvy by měly být aplikovány na všechny veřejné kontrakty bez ohledu na jejich hodnotu.

Právo veřejných zakázek nabylo zvláštního významu v souvislosti s uskutečňováním vnitřního trhu Evropských společenství. Veřejné zakázky z důvodu jejich značného hospodářského významu jsou již výslovně zmíněny jako důležitý institut v Bílé knize k uskutečnění vnitřního trhu vydané Komisí v roce 1985.

Původně nepřehledná a dílčí úprava veřejných zakázek roztržštěná do mnoha směrnic byla v letech 1992 a 1993 upravena a její základy byly obsaženy ve třech tzv. klasických směrnicích. Směrnice 93/36/EHS sjednotila úpravu v oblasti veřejných dodavatelských zakázek. Směrnice 93/37/EHS upravovala veřejné stavební zakázky a směrnice 92/50/EHS zakázky veřejných služeb. Zvlášť bylo upraveno zadávání veřejných zakázek v oblasti zásobování vodou, energií, v oblasti dopravy a telekomunikací a to ve směrnici 93/38/EHS (tzv. sektorové).

Za počátek procesu vedoucího k zásadním legislativním změnám lze formálně označit publikování Zelené knihy Komise ES v roce 1996 pod názvem „Veřejné zakázky v EU: Zkoumání cest vpřed“. Po analýze došlých příspěvků z různých ekonomických odvětví, členských států a institucí určila Komise perspektivy dalšího vývoje veřejného zadávání ve své Zprávě „Veřejné zakázky v Evropské unii“. Komise uznala potřebu zjednodušení právního rámce a jeho přizpůsobení novým elektronickým možnostem a *oznámila záměr sjednotit tři „klasické“ směrnice do jediného textu.*

Návrhy legislativních změn, směřující ke zjednodušení a modernizaci zadávacích směrnic byly přijaty Evropskou komisí v květnu 2000 a jejich význam podpořen Evropskou radou v Lisabonu, která uznala důležitost nových záměrů pro efektivní rozdělování veřejných zdrojů, konkurenceschopnost evropských společností a vytváření pracovních míst.

2.2 Primární právo-Smlouva o založení Evropského společenství

Přestože se Smlouva o založení Evropského společenství (SES) o veřejných zakázkách výslovně nezmiňuje, týkají se veřejné zakázky především jednotlivých svobod (volného pohybu zboží, svobody usazování a volného poskytování služeb). Veřejné zakázky jsou regulovány obecnými pravidly SES a principy z nich vycházejícími. K obecným pravidlům pro tuto oblast náleží:

- zákaz diskriminace z důvodů státní příslušnosti (čl. 12 SES),
- zákaz kvantitativních omezení dovozu a vývozu, jakož i veškerých opatření s rovnocenným účinkem (čl. 28 až 31 SES),
- svoboda podnikání a usazování (čl. 43 a násl. SES),
- volné poskytování služeb (čl. 49 a násl. SES)

Uvedená pravidla zahrnují svobodný pohyb zboží ve vztahu k veřejným zakázkám na dodávky a svobodu poskytovat služby ve vztahu k veřejným zakázkám na služby a práce. Vyplývají z nich zásady jako např. zásada rovného zacházení, jejímž specifickým výrazem je zásada nediskriminace, vzájemného uznávání, proporcionality, transparentnosti a také zavedení efektivní soutěže o veřejné zakázky.

Obecná pravidla a zásady vyplývající ze SES jsou promítnuty do systému komunitárních zadávacích směrnic. Jejich cílem je koordinovat národní právní úpravy veřejného zadávání nadlimitních zakázek v členských státech EU. Koordinaci národních zadávacích pravidel pro podlimitní zakázky komunitární právo výslovně neupravuje. Zásadní ovšem je, že i případná samostatná národní zadávací pravidla pro podlimitní zakázky musí respektovat výše uvedená obecná pravidla SES a z nich vycházející principy.

2.3 Sekundární právo

Evropské zadávací směrnice podrobně upravují postupy při zadávání nadlimitních veřejných zakázek. U podlimitních zakázek jen zakotvují princip transparentnosti a

nediskriminace při jejich zadávání. Obsahem směrnic je mimo jiné stanovení práv a povinností zadavatelů i dodavatelů.

Dne 30. dubna 2004 byly v Úředním věstníku EU publikovány dvě nové směrnice o zadávání veřejných zakázek, čímž byla završena čtyřletá zákonodárná činnost Evropské komise, Evropského parlamentu a Rady na tzv. legislativním balíčku EU.

- Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 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 č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

Tyto dvě nové směrnice nahrazují původní zadávací směrnice: č. 92/50/EHS, č. 93/36/EHS, č. 93/37/EHS, č. 93/38/EHS, č. 97/52/EHS, č. 98/4/EHS.

Do těchto směrnic jsou též promítnuty závazky, které pro Evropské společenství vyplývají z Dohody WTO o veřejných zakázkách.²

Členské státy Evropské unie byly povinny transponovat novou úpravu obsaženou ve směrnících nejpozději do 31. ledna 2006.

Na danou oblast se dále vztahují tyto akty práva ES/EU:

- směrnice Komise 2001/78/ES ze dne 13. září 2001, kterou se mění příloha IV směrnice Rady 96/36/EHS, přílohy IV, V a VI směrnice Rady 93/37/EHS, přílohy III a IV směrnice

² Pozice zemí vně Evropského společenství (obecně nazývaných „třetí země“): Pravidla týkající se třetích zemí v otázkách obchodu lze nalézt ve Smlouvě samé, a Společenství má také významné pravomoci rozhodovat a uzavírat dohody o obchodních vztazích, které jsou závazné pro všechny členy Společenství. Společenství využilo těchto pravomocí v oblasti veřejného zadávání zakázek a současná pozice členských států, co se týká třetích zemí je, z většího, odrazem politiky určené na úrovni Společenství. Pro většinu hlavních obchodních partnerů Společenství je pozice přístupu na trh veřejných zakázek do velké míry určena specifickými dohodami, které byly uzavřeny Společenstvím a jsou použitelné ve všech členských státech – jako je World Trade Organisation Agreement on Government Procurement a European Economic Area Agreement.

Rady 92/50/EHS ve znění směrnice 97/52/ES, a přílohy XII až XV, XVII a XVIII směrnice Rady 93/38/EHS ve znění směrnice 98/4/ES,

- směrnice 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumných řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na stavební práce,
- směrnice 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se použití předpisů Společenství o postupech při zadávání veřejných zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací,
- nařízení Komise č. 1874/2004 ze dne 28. října 2004, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek,
- rozhodnutí Komise 2005/15/ES ze dne 7. ledna 2005 o prováděcích pravidlech k postupu stanovenému v článku 30 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.
- nařízení Komise č. 1564/2005 ze dne 7. září 2005, kterým se stanoví standardní formuláře pro zveřejňování oznámení v rámci postupů zadávání veřejných zakázek podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES.

2.3.1 Cíle nových směrnic

Nové směrnice nahrazují předchozí úpravu z devadesátých let a rekonstruují ji. *Zjednodušení*, spočívající ve vytvoření srozumitelnějšího, přehlednějšího a jednotného textu, a *modernizace* spolu s flexibilitou jsou dva zásadní cíle nové právní úpravy veřejného zadávání v EU. Zadávací postupy se přizpůsobují potřebám moderní správy a ekonomiky. Nové směrnice zavádějí nové instituty, které souvisejí zejména s elektronizací procesu zadávání veřejných zakázek.

2.4. Význam rozhodnutí Evropského soudního dvora

Úloha ESD v oblasti veřejných zakázek spočívá v interpretaci a aplikaci komunitárních pravidel pro zadávání veřejných zakázek, tj. jak primárního tak i sekundárního práva.

ESD se v rámci přezkumných řízení, formou odpovědí na předběžné otázky kladené národními soudy, vyjadřoval k mnoha ustanovením právní úpravy obsažené ve směrnicích.

Judikatura v této oblasti je poměrně rozsáhlá a při přípravě rekodifikace sekundárního práva byla zohledněna. Také tvůrci nového zákona o veřejných zakázkách v důvodové zprávě uvádějí, že při přípravě nové právní úpravy brali v úvahu rozhodnutí Evropského soudního dvora.

Kapitola 3. ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK NA STAVEBNÍ PRÁCE, DODÁVKY A SLUŽBY

3.1 Úvod

Evropská úprava obsažená ve směrnici 2004/18/ES je rozsáhlá počínaje definováním základních pojmů, obsahující zejména pravidla pro zadávání a to druhy řízení, pravidla pro specifikaci zakázek a zadávací dokumentace, stanovuje pravidla pro uveřejňování, lhůty, kvalifikační kritéria, dále pravidla pro koncese na stavební práce, dále také statistické povinnosti, stanoví které zakázky jsou z této úpravy vyloučeny a další aspekty procesu zadávání. Jelikož nový zákon o zadávání veřejných zakázek č. 137/2006 Sb. plně implementuje tato ustanovení evropského práva, neuvádím vždy u jednotlivých rozebíraných institutů, zda jde o úpravu evropskou či českou. V této kapitole se věnuji vybraným aspektům veřejného zadávání.

3.2 Kvalifikace

Kritéria pro kvalitativní výběr (požadavky zadavatele na kvalifikaci) upravuje směrnice poměrně podrobně. Rozsah kvalifikace rozděluje do čtyřech druhů a to na osobní situaci zájemce nebo uchazeče, vhodnost pro výkon odborné činnosti, ekonomické a finanční předpoklady a technickou nebo odbornou způsobilost.

Osobní situace je upravena v podobě základních kvalifikačních předpokladů v § 53 zákona, který zejména vyjmenovává negativní výčet skutečností, které vylučují potencionálního dodavatele z účasti na veřejné zakázce. Jedná se o určité skutkové podstaty trestných činů, situaci konkurzu, a dále např. daňových a jiných nedoplatků. V druhém odstavci je stanoveno jakým způsobem dodavatel prokazuje splnění těchto základních předpokladů a to zejména výpisem z evidence Rejstříku trestů a různými potvrzeními od příslušných orgánů státní správy.

Vhodností pro výkon odborné činnosti se rozumí profesní kvalifikační předpoklady a ty se prokazují např. výpisem z obchodního rejstříku, doklady o zápisech v profesních organizacích atp.

K prokázání ekonomických a finančních předpokladů může zadavatel požadovat předložení např. poslední zpracovanou rozvahu nebo její část, pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě, údaje o obratu. V oznámení či výzvě musí zadavatel stanovit rozsah požadovaných informací.

Možný rozsah požadavků na technické kvalifikační předpoklady je podrobně stanoven v § 56 zákona. Předpoklady jsou rozděleny podle druhu veřejné zakázky.

Směrnice reagují na poměrně četnou judikaturu ESD, který opakovaně potvrdil způsobilost dodavatele pro plnění veřejné zakázky i v případě, že tuto způsobilost prokazuje prostřednictvím jiných osob. Dodavatel má tak *možnost prokázat* finanční nebo technické kvalifikační předpoklady prostřednictvím *subdodavatele*. Zejména koncernová uskupení ocení tuto možnost. Toto právo je samozřejmě promítnuto také do nového zákona o veřejných zakázkách.

3.2.1 Seznam kvalifikovaných dodavatelů

Pro ulehčení prokazování splnění kvalifikace mají dodavatelé možnost nechat se zapsat do seznamu kvalifikovaných dodavatelů, který je součástí informačního systému o veřejných zakázkách. Poté mohou dokládat splnění určité části kvalifikace výpisem z tohoto seznamu. Dodavatel, který chce být do seznamu zapsán, je povinen podat žádost o zápis a prokázat splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů. Zápis i výpis podléhá zpoplatnění správním poplatkem.

3.2.2 Systém certifikovaných dodavatelů

Pro zajištění vyšší flexibility a odbornosti při posuzování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů byla přijata pro oblast prokazování těchto předpokladů nová právní úprava. Systém certifikovaných dodavatelů umožňuje *vydání certifikátu* osobám, které prokázaly splnění těchto předpokladů. Certifikáty jsou vydávány specializovanými osobami v rámci konkrétního systému certifikovaných dodavatelů. V rámci systému certifikovaných dodavatelů působí certifikační orgány pro kvalifikaci, které jsou na základě udělené akreditace odbornými osobami a garanty v příslušné oblasti. Dohled nad systémem vykonává Ministerstvo pro

místní rozvoj, které uděluje schválení systému a vede v rámci informačního systému seznam takto schválených systémů certifikovaných dodavatelů.

Na rozdíl od seznamu kvalifikovaných dodavatelů je fungování tohoto systému založeno na principu certifikace pro předchozím prokázání splnění buď některého nebo některých ekonomických či finančních nebo technických předpokladů. Certifikát tedy může být dodavateli teoreticky vydán s ohledem na splnění i jen jediného takového kvalifikačního předpokladu.

Platnost certifikátu je jeden rok od jeho vydání a je možné ho vydat opakovaně a nebo žádat o případnou změnu. Certifikační orgán je oprávněn odejmout certifikát, pokud zjistí, že dodavatel nesplňuje podmínky pro vydání nebo že použil pro vydání nepravdivé informace nebo neúplné údaje.

3.2.3 Zahraniční seznam dodavatelů

V § 143 zákona o veřejných zakázkách se stanoví za jakých podmínek zadavatel přijme výpis ze zahraničního seznamu dodavatelů. Může ho přijmout pouze v případě pokud má zahraniční dodavatel sídlo či místo podnikání, popřípadě bydliště ve státě ve kterém byl tento výpis či zahraniční certifikát vydán. Výpis nesmí být starší než tři měsíce. Zahraniční certifikát musí být platný k poslednímu dni lhůty pro prokázání splnění kvalifikace. Tyto doklady ale nelze použít pro zápis do českého seznamu kvalifikovaných dodavatelů nebo pro vydání certifikátu v rámci českého systému certifikovaných dodavatelů.

3.3 Druhy zadávacího řízení

Zadávacím řízením je postup, který musí zadavatel dodržet při zadávání veřejné zakázky až do uzavření smlouvy s dodavatelem.

Směrnice 2004/18/ES pokládá za „otevřená řízení“ ta řízení, ve kterých může podat nabídku jakýkoli zainteresovaný hospodářský subjekt a za „omezená řízení“ taková, ve kterých může jakýkoli hospodářský subjekt požádat o účast a ve kterých pouze ty hospodářské subjekty, které jsou vyzvány veřejným zadavatelem mohou podat nabídku. V článku 28 stanoví, že veřejní zadavatelé použijí vnitrostátní řízení upravená pro účely směrnice a to otevřeného nebo omezeného a za zvláštních okolností mohou veřejní zadavatelé zadat zakázky prostřednictvím soutěžního dialogu a ve zvláštních případech mohou použít vyjednávacího řízení s nebo bez uveřejnění oznámení o veřejné zakázce. Článek 29 podrobně upravuje soutěžní dialog, který tato směrnice přináší jako nový způsob zadávání. Články 30 a 31 upravují případy, které odůvodňují použití vyjednávacích řízení.

Nový zákon upravuje tyto druhy zadávacího řízení:

3.3.1 Otevřené řízení

Zadavatel v oznámení otevřeného řízení oznamuje neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku. Toto oznámení je výzvou k podání *nabídek* dodavatelů a k prokázání splnění kvalifikace. V tomto řízení mohou podat nabídku všichni dodavatelé, kteří mají zájem.

3.3.2 Úžší řízení

V oznámení tohoto řízení zadavatel oznamuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku také neomezenému počtu dodavatelů, ale toto oznámení je výzvou k podání *žádostí o účast v užším řízení* a k prokázání splnění kvalifikace. Zadavatel může v oznámení omezit počet zájemců pro účast v užším řízení. Může stanovit i maximální počet zájemců jež vyzve k podání nabídky. Veřejný zadavatel je ale povinen vyzvat nejméně 5 zájemců, sektorový zadavatel nejméně 3 zájemce. Bylo-li ale podáno méně žádostí než tento stanovený počet, může zadavatel vyzvat všechny zájemce, kteří podali žádost a splnili kvalifikaci v požadovaném rozsahu. Nabídku pak podávají pouze zadavatelem vybraní zájemci.

3.3.3 Jednací řízení s uveřejněním

V § 22 jsou podrobně stanoveny podmínky, za kterých může zadavatel použít tento druh řízení. Jestliže v předchozím otevřeném, užším řízení nebo soutěžním dialogu byly podány pouze neúplné nebo nepřijatelné nabídky a pokud podstatně nezmění zadávací podmínky může, ale pouze bezodkladně, zahájit jednací řízení s uveřejněním. Zákon definuje jaké nabídky se považují za neúplné a nepřijatelné. Dále může zadavatel použít tento způsob zadávání a) ve výjimečných případech, pokud s ohledem na povahu předmětu zakázky nebo rizika s ním spojeným lze důvodně předpokládat, že nabídkové ceny uchazečů budou navzájem nesrovnatelné, b) v případě určitých zakázek na služby pokud povaha služeb neumožňuje přesně určit předmět tak aby ji bylo možné zadat jinými způsoby, c) v případě zakázek na stavební práce které se provádí výhradně za účelem výzkumu nebo vývoje. Veřejný zadavatel dále může použít tento způsob zadání pro služby uvedené v příloze č. 2 k zákonu. Pro sektorového zadavatele platí, že může zadat veřejnou zakázku tímto způsobem i bez naplnění podmínek uvedených v § 22.

V tomto řízení nabídku podávají pouze zadavatelem vybraní zájemci, kteří jsou poté zadavatelem vyzváni k jednání. K podání nabídek je zadavatel povinen vyzvat nejméně 3 zájemce. Pokud žádostí o účast bylo méně než tento počet nebo méně než zadavatel uvedl v oznámení může vyzvat všechny zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace.

3.3.4 *Jednací řízení bez uveřejnění*

V písemné výzvě k jednání oznamuje zadavatel jednomu nebo více dodavatelům svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto řízení. Zákon v § 23 velmi podrobně upravuje podmínky pro použití tohoto způsobu zadávání. Ačkoliv podmínky použití jsou stanoveny velmi striktně, nejsou již stanoveny striktní podmínky pro průběh tohoto řízení.

3.3.5 *Soutěžní dialog*

Tento nový způsob zadávání může zadavatel využít pro zadání zakázky se zvláště složitým předmětem plnění, pokud použití otevřeného či užšího řízení není s ohledem na povahu předmětu plnění veřejné zakázky možné. Za takovou zakázku je považována zakázka u níž není zadavatel objektivně schopen přesně vymezit technické podmínky nebo právní nebo finanční požadavky na plnění veřejné zakázky.

V oznámení soutěžního dialogu oznamuje veřejný zadavatel neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení. Toto oznámení je výzvou k podání žádostí o účast v soutěžním dialogu a k prokázání splnění kvalifikace. Toto řízení umožňuje zadavateli získat inovativní řešení daného projektu v situaci, kdy sám není z objektivních důvodů schopen přesně specifikovat způsob provedení veřejné zakázky. Tento způsob zadávání je upraven v § 35-§37 zákona.

Zadavatel je oprávněn využít kromě oznámení zadávacího řízení také specifický druh dokumentace, který doplňuje zadávací dokumentaci vzhledem k tomu že není možné plně specifikovat předmět veřejné zakázky. Zadavatel bude schopen sdělit dodavatelům pouze informace o svých představách a požadavcích týkající se budoucího plnění. Tuto dokumentaci soutěžního dialogu je zadavatel povinen poskytnout až dodavatelům, kteří prokázali splnění kvalifikace, případně byli vybráni při omezení počtu zájemců a poskytne jim ji v souvislosti s výzvou k účasti v soutěžním dialogu.

3.3.6 Zjednodušené podlimitní řízení

Tento nový zjednodušený druh řízení je určen pro zadavatele, kteří budou zadávat podlimitní zakázky na dodávky zboží a služeb a v případě nákupu stavebních prací do hodnoty 20 milionů Kč.

V tomto řízení veřejný zadavatel vyzývá písemnou výzvou nejméně 5 zájemců k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace. Nesmí ale opakovaně vyzývat stejný okruh zájemců, není-li to odůvodněno předmětem plnění zakázky či jinými zvláštními okolnostmi. Odstavec 4 § 38 stanoví minimální požadavky na obsah písemné výzvy. V tomto řízení může zadavatel ulehčit dodavatelům tím, že je nechá prokázat základní kvalifikační předpoklady pouze předložením čestného prohlášení a splnění ekonomicko-finančních a technických kvalifikačních předpokladů nebude, v souladu se zákonem, požadovat vůbec.

3.4 Soutěž o návrh

Soutěž o návrh není zadávacím řízením, ale samostatnou kategorií postupu zadavatele, směřujícího k získání návrhu, projektu nebo plánu. Bude využitelná zejména v oblasti územního plánování, architektury, stavitelství či zpracování dat. Podrobná úprava soutěže o návrh je obsažena v části čtvrté nového zákona o veřejných zakázkách.

3.5 Rámcová smlouva

Pojem rámcová smlouva označuje takovou smlouvu, která předpokládá opakované uzavírání smluv stejného druhu se stejným nebo podobným předmětem plnění mezi týmiž subjekty, přičemž k realizaci předpokládaného plnění rámcové smlouvy dochází až na základě následných dílčích smluv. Nejčastěji se jedná o smlouvy kupní, ale také o smlouvy o dílo, dopravní smlouvy. Pro tyto smlouvy je typické, že se vyznačují určitou dlouhodobostí a jejich účelem je zjednodušení obchodování při opakovaných obchodních případech. Výhodou uzavírání rámcových smluv je vymezení smluvních povinností stran smlouvy bez toho, aniž by se musely posléze uzavírat při každém obchodování složité a obsáhle nové smlouvy.

Úprava rámcových smluv je v nových směrnících rozpracována podrobněji než v předchozí úpravě. Týká se to zejména uzavírání rámcových smluv a zadávání veřejných

zakázek založených na těchto smlouvách veřejnými zadavateli. Tento typ smluv umožňuje zadavatelům pořizovat zboží, služby či stavební práce od uzavřeného počtu dodavatelů, kteří byli vybráni v zadávacím řízení a s nimiž byla rámcová smlouva uzavřena. Obsahem rámcové smlouvy je stanovení smluvních podmínek pro veřejné zakázky, zejména s ohledem na ceny nebo předpokládané množství, které mají být zadány v určitém časovém období.

V oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení je zadavatel povinen uvést, zda hodlá uzavřít rámcovou smlouvu s jedním či více uchazeči a dobu trvání této smlouvy. Pokud ji hodlá uzavřít s více uchazeči nesmí jejich počet být nižší než tři. Zadavatel uzavírá jedinou rámcovou smlouvu bez ohledu na skutečnost, zda ji uzavírá s jedním či více uchazeči.

Doba trvání rámcové smlouvy uzavřené veřejným zadavatelem nesmí být delší než 4 roky, s výjimkou případů, kdy je delší doba trvání odůvodněna objektivními příčinami vztahujícími se zejména k předmětu rámcové smlouvy.

Zatímco u sektorových zadavatelů je používání rámcových smluv běžnou praxí, novým zákonem se rozšiřuje možnost uzavírat rámcové smlouvy i na veřejné zadavatele.

3.6 Jistota

Pokud si to zadavatel vyžádá může požadovat, aby uchazeči k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení poskytli jistotu. Tento požadavek uvede zadavatel v oznámení otevřeného, užšího, jednacího řízení s uveřejněním nebo soutěžního dialogu. Jistotu nelze požadovat při zavedení dynamického nákupního systému. Výši jistoty stanoví zadavatel v absolutní částce ve výši 2% předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Uchazeč buď skládá jistotu na účet zadavatele (peněžní jistota) nebo ji může poskytnout ve formě bankovní záruky. Další podrobnosti stanoví § 67 zákona a to zejména co se týče uvolnění jistoty zadavatelem a případů, kdy jistota zadavateli připadne.

3.7 Lhůty

Směrnice stanovuje lhůty pro doručení žádostí o účast a pro doručení nabídek v článku 38 a v článku 39 upřesňuje zasílání zadávacích dokumentů v otevřených řízeních v případě, že není poskytnut přímý přístup elektronickými prostředky. Lhůty jsou stanoveny jako minimální s tím, že veřejní zadavatelé mají zejména zohlednit složitost zakázky a tedy čas nutný k vypracování nabídky. Dále stanovuje případy, kdy je možné lhůty zkrátit, což se

týká hlavně zasílání elektronickými prostředky pokud jsou v souladu s formou a postupy pro přenos uvedenými v příloze VIII a také pokud zadavatelé uveřejnili oznámení předběžných informací.

Zákon o veřejných zakázkách se u nadlimitních zakázek samozřejmě neodchyluje od ustanovení směrnice. Pro podlimitní zakázky stanovuje lhůty kratší. Lhůty jsou odstupňovány podle druhu řízení, kdy pro otevřené řízení je lhůta nejdelší a to pro nadlimitní zakázky minimálně 52 dnů pro podání nabídky.

Zadavatel je rovněž povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení stanovit délku tzv. zadávací lhůty, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni. Stanovuje se zejména s ohledem na druh zadávacího řízení a předmět veřejné zakázky. Zadávací lhůta začíná běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. § 43 zákona stanoví další podrobnosti zejména ohledně skutečností kdy tato lhůta neběží (např. podání námitek).

3.8 *Slovník veřejného zadávání*

Common Procurement Vocabulary (CPV) je společný slovník pro veřejné zakázky neboli jednotný slovník veřejných zakázek. Je to oficiální společný klasifikační systém jehož cílem je standardizovat nomenklaturu, pomocí níž zadavatelé v EU specifikují předmět plnění veřejné zakázky. Užívání rozdílných klasifikací neprospívalo otevřenosti a transparentnosti zadávání v rámci jednotného trhu. V konečném důsledku představovalo takové užívání klasifikace faktické omezení přístupu hospodářských subjektů k veřejným zakázkám.

Z těchto důvodů vyzvala Evropská komise zadavatele, aby při popisu předmětu veřejné zakázky užívali tento slovník a proto bylo vydáno Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky. Znění CPV je obsahem přílohy I. k tomuto nařízení. CPV se skládá z hlavního slovníku, který definuje předmět smlouvy a doplňujícího slovníku, který předmět dále kvalitativně určuje. Hlavní slovník je založen na stromové struktuře sestávající se nejvýše z devítimístných kódů se slovním popisem produktu, činnosti nebo služby, které jsou předmětem smlouvy. CPV pomáhá dodavatelům ze všech zemí EU jednoduše identifikovat veřejnou zakázku, kterou zadává kterýkoli veřejný zadavatel v EU nehlédě na původní jazyk (pomáhá odstranit jazykové

bariery) oznámení o soutěži, tak se zvyšuje soutěž, efektivita a transparentnost zadávání.

Zainteresovaní dodavatelé nyní potřebují jen zadat příslušný kód CPV, odpovídající jejich produktu či službě do databáze TED a tak mít přehled o vyhlášených veřejných soutěžích o které by mohli mít zájem.

V současné době probíhá revize této terminologie. Evropská komise se dotazuje veřejných orgánů a různých dodavatelů na jejich názor na návrh novelizace společného slovníku. Výsledky těchto konzultací, jež jsou ve formě on-line dotazníku, přispějí ke konečné verzi novelizovaného CPV. Tato nová verze již odráží nové možnosti elektronického zadávání a také současný rozvoj trhu.

3.9 Uveřejnění informací o veřejných zakázkách

Povinnost uveřejňovat údaje o veřejných zakázkách je stanovena ve směrnících a samozřejmě v zákoně k naplnění požadavku transparentnosti hospodaření s veřejnými prostředky. Uveřejnění je jedním z hlavních elementů zadávacího řízení.

3.9.1 Úřední věstník EU

Na nadlimitní veřejné zakázky se vztahuje povinnost zadavatele uveřejnit oznámení v Úředním věstníku EU a také v databázi veřejných zakázek TED, která se denně aktualizuje. U podlimitních veřejných zakázek stačí zveřejnění v České Republice. Pro uveřejnění vyhlášení je zadavatel povinen použít standardizované formuláře podle předpisu ES, čímž je Nařízení Komise č. 1564/2005 kterým se tyto standardní formuláře stanoví a jehož jednotlivé přílohy obsahují různé druhy formulářů pro oznamování. Tyto nové standardní dokumenty již reflektují nové procedury a způsoby elektronické komunikace. Cílem harmonizovaných dokumentů bylo napomoci zautomatizování některých procedur tak, aby se strany mohly hlavně soustředit na podstatu koupě.

Zadavatel nadlimitní veřejné zakázky je také povinen vypracovat zprávu o udělení veřejné zakázce a o smlouvě s vítězným uchazečem a publikovat ji v Úředním věstníku EU.

Zadavatel může uveřejnit vyhlášení (tzn. všechny druhy oznámení ke kterým je podle zákona povinen) prostřednictvím Úřadu pro úřední tisky nebo také ale prostřednictvím národního informačního systému, kde provozovatel zajistí, aby byly Úřadu odeslány všechny údaje vyhlášení.

3.9.2 Informační systém o veřejných zakázkách (IS VZ)

Tento informační systém je systémem veřejné správy jehož datovou strukturu a informační obsah stanovuje Ministerstvo pro místní rozvoj. Ministerstvo prostřednictvím tohoto systému zabezpečuje uveřejňování údajů a informací o veřejných zakázkách, poskytování informací o vypsaných zadávacích řízeních s možností vyhledávání podle kritérií a poskytování statistických informací o veřejných zakázkách odborné i široké veřejnosti a dále také poskytování statistických výstupů pro Evropskou komisi.

Na provozovatele uveřejňovacího subsystému IS VZ (doposud Centrální adresa) vypsal Ministerstvo pro místní rozvoj koncesní řízení. Koncesionář získá oprávnění provozovat tento subsystém po dobu pěti let a vybírat poplatky od zadavatelů. Ministerstvo schválí v souladu se zákonem o veřejných zakázkách provozní řád provozovatele subsystému a rovněž ceny hrazené zadavateli za uveřejnění vyhlášení.

Seznam povinně uveřejňovaných údajů, druhy formulářů a další postupy a způsoby týkající se uveřejňování stanoví prováděcí právní předpis.

3.9.3 Předběžné oznámení a pravidelné předběžné oznámení

Pro nadlimitní veřejné zakázky platí, že musí být zveřejněna tzv. předběžná oznámení (cílem je zjednodušeně řečeno upozornění pro potenciální zadavatele). Veřejný zadavatel takto oznamuje skupiny dodávek a kategorie služeb (u nichž předpokládaná hodnota přesáhne částku odpovídající 750 000 EUR), které hodlá zadávat v následujících 12 měsících a u kterých hodlá zkrátit lhůtu pro podání nabídek. Zákon mu pak dává tuto možnost. Zadavatel může nahradit uveřejnění v informačním systému tím že toto předběžné oznámení uveřejní na svém *profilu zadavatele*. V takovém případě je ale stále povinen zaslat oznámení o takovém uveřejnění pro informační systém.

Sektorový zadavatel uveřejňuje nadlimitní veřejné zakázky formou pravidelného předběžného oznámení. Jako nový institut je do zákona transponována možnost, tedy pouze pro sektorové zadavatele, zahájit užší či jednacím řízení s uveřejněním formou pravidelného předběžného oznámení. Pokud jsou tato řízení zahajována touto formou, dělí se počátek řízení do několika fází: v první fázi jsou dodavatelé vyzváni, aby ve stanovené lhůtě projeví písemně zájem o účast, ve druhé fázi vyzývá (minimální náležitosti písemné výzvy stanoví odst. 4 § 88 zákona) sektorový zadavatel tyto zájemce, aby potvrdili zájem o účast v zadávacím řízení, v další fázi zadavatel vyzývá všechny zájemce, kteří potvrdili

svůj zájem a prokázali splnění kvalifikace k podání nabídek. Dále se již postupuje dle příslušných ustanovení pro jednotlivá řízení.

Kapitola 4. ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK SUBJEKTY PŮSOBÍCÍMI V ODVĚTVÍ VODNÍHO HOSPODÁŘSTVÍ, ENERGETIKY, DOPRAVY A POŠTOVNÍCH SLUŽEB

4.1 Sektorový zadavatel

Sektorovým zadavatelem je osoba vykonávající některou z relevantních činností stanovenou v § 4 zákona o veřejných zakázkách, pokud a) tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva nebo b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv (disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou nebo jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

4.2 Změny v nové právní úpravě

Změnou ve vymezení sektorového zadavatele je s ohledem na změny v nové sektorové směrnici vyjmutí telekomunikací z působnosti zákona (i kdyby telekomunikačním operátorem byl stát či obec nebo jiný veřejný zadavatel). Nově jsou mezi relevantní činnosti zařazeny tzv. vyhrazené poštovní služby (jsou nebo mohou být vyhrazeny na základě právního předpisu Evropských společenství)³ a jiné poštovní služby, jejichž podrobný popis obsahuje § 4 odst. g) a h) zákona o veřejných zakázkách.

Evropská komise v úvodu k návrhu nové sektorové směrnice uvedla, že telekomunikace byly z jejího rozsahu vyjmuty z důvodu vzrůstání liberalizace v tomto sektoru. Nová směrnice přinesla hlavně tyto změny: sjednotila běžný zadávací slovník, zjednodušila prahové hodnoty, byla rozšířena ustanovení týkající se hodnotících kritérií, vyjasnila ustanovení ohledně technických specifikací a zavedla elektronické zadávání. Evropská komise uvedla, že pokud se ukáže, že některý ze sektorů je založen na efektivní konkurenci, bude z režimu směrnice vyňat a naopak.

³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/67/ES o společných pravidlech pro rozvoj vnitřního trhu poštovních služeb Společenství a zvyšování kvality služby. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/39/ES kterou se mění směrnice 97/67/ES s ohledem na další otevření poštovních služeb Společenství hospodářské soutěži.

4.3 Zadávání veřejných zakázek sektorového zadavatele

Sektorový zadavatel zadává v režimu zákona o veřejných zakázkách *výhradně nadlimitní veřejné zakázky* (a to i v případě, že použije jednací řízení bez uveřejnění nebo zadává veřejnou zakázku v rámci dynamického nákupního systému nebo na základě rámcové smlouvy), které *jsou zadávané v souvislosti s výkonem relevantní činnosti*.

Nový zákon obsahuje řadu zvláštních ustanovení, která se speciálně týkají jen sektorových zadavatelů. Některé odlišnosti existují například v úpravě lhůt, kdy je možné v určitých případech ji stanovit na základě dohody sektorového zadavatele se všemi zájemci (lhůta pro podání nabídek v užším řízení a v jednacím řízení s uveřejněním). Pokud sektorový zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy může použít jednací řízení bez uveřejnění.

Nová směrnice zdůrazňuje volnost sektorových zadavatelů v oblasti *prokazování kvalifikace* (způsobilosti) pro plnění veřejné zakázky. Sektorový zadavatel může zvolit prostředky ke zjištění způsobilosti dodavatelů dle svého uvážení za podmínky, že dodrží obecné zásady právní úpravy (princip transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace). V § 63 se proto stanoví, že sektorový zadavatel je oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele. Zadává-li však veřejný zadavatel v souvislosti s výkonem relevantní činnosti, je povinen požadovat splnění některých základních kvalifikačních předpokladů jež jsou v zákoně specifikovány.

Z hlediska *ochrany životního prostředí* je důležité ustanovení o možném požadavku, u veřejných zakázek na služby či na stavební práce, v rámci prokázání technické způsobilosti, předložení dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS)⁴ nebo certifikátu vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Zadavatel je povinen uznat rovnocenné doklady vydané v jiném členském státě nebo doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění řízení z hlediska ochrany životního prostředí.

⁴ Relevantní právní úprava je obsažena v Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 761/2001 o dobrovolné účasti organizací v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (The Eco-Management and Audit Scheme - EMAS).

4.4 Hospodářská soutěž související s relevantní činností

Jak již bylo řečeno výše Evropská komise může rozhodnout, že určitá relevantní činnost je přímo vystavena hospodářské soutěži na trhu, na nějž není omezen přístup a tím bude vyňata z režimu směrnice. V novém zákoně je na tuto možnost pamatováno a v § 20 je stanoveno, že od účinnosti takového rozhodnutí Komise bude platit pro dotčené sektorové zadavatele, že veřejné zakázky zadávané v souvislosti s výkonem příslušné relevantní činnosti nebude zadávat podle zákona o veřejných zakázkách.

Článek 30 „sektorové“ směrnice podrobně upravuje postup pro určení zda je daná činnost přímo vystavena konkurenci. Upravuje také lhůty pro přijetí rozhodnutí Komise. Marným uplynutím těchto lhůt nastává fikce, že relevantní činnost konkurenci vystavena je. Pokud se tedy sektorový zadavatel domnívá, že relevantní činnost je vystavena soutěži, může požádat Ministerstvo pro místní rozvoj aby jeho žádost posoudilo a případně podalo žádost o rozhodnutí v této věci Evropské komisi. Ministerstvo postupuje při podání žádosti podle právního předpisu ES.⁵ Ze zákona vyplývá, že žádost o rozhodnutí může podat sektorový zadavatel i sám a postupuje podle stejného právního předpisu jako Ministerstvo.

Kapitola 5. PROSTŘEDKY PRÁVNÍ OCHRANY PROTI NESPRÁVNÉMU POSTUPU ZADAVATELE

5.1 Úvod

V této kapitole se zabývám právními prostředky, které mají uchazeči o veřejné zakázky k dispozici v případech, kdy se domnívají, že byli v zadávacím řízení poškozeni na svých právech a pokud došlo k porušení zákona nebo evropského práva.

Kontrolu, dohled a ochranu subjektivních práv upravují v oblasti veřejných zakázek tzv. remedies directives – směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS. Tyto směrnice byly přijaty vzhledem k tomu, že bylo nutné zajistit, aby ve všech členských státech existovala vhodná řízení umožňující zrušení protiprávních rozhodnutí zadavatelů a odškodnění osob

⁵ Rozhodnutí Evropské komise 2005/15/ES o prováděcích pravidlech k postupu stanovenému článkem 30 směrnice 2004/17/ES („sektorová“ směrnice). Ministerstvo uvede v podání všechny důležité skutečnosti týkající se zejména právních předpisů či opatření souvisejících s posouzením, zda je relevantní činnost vystavena hospodářské soutěži.

postižených protiprávním jednáním a také s cílem umožnit Komisi upozorňovat členské státy na porušování práva v oblasti zadávání veřejných zakázek.

Podle této evropské úpravy jsou členské státy povinny přijmout opatření nezbytná pro zajištění účinného a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli z důvodu, že rozhodnutí porušila právo Společenství v oblasti veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící. Podrobná pravidla stanovují členské státy. Jsou povinny zajistit, aby přezkumné řízení bylo dostupné každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí. Směrnice stanoví, že členské státy mohou požadovat, aby osoba usilující o přezkum nejprve oznámila zadavateli domnělé protiprávní jednání a svůj záměr podat návrh na přezkum. Do českého zákona je toto ustanovení směrnice promítnuto v institutu *námitek*.

Členské státy mají dále povinnost zajistit, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením zahrnovala tato ustanovení týkající se pravomoci:

- a) přijímat co nejrychleji prostřednictvím předběžných postupů předběžná opatření s cílem napravit domnělé protiprávní jednání nebo zabránit dalšímu poškození příslušných zájmů, včetně opatření vedoucích k pozastavení postupů vedoucích k zadání dané zakázky nebo výkonu rozhodnutí učiněného zadavatelem;
- b) zrušit protiprávní rozhodnutí, včetně odstranění diskriminačních technických nebo finančních specifikací ve výzvě k účasti v soutěži, v zadávací dokumentaci nebo v jiných dokumentech souvisejících s postupem při zadávání veřejných zakázek;
- c) přiznat náhradu škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.

Rozhodnutí přijímaná v přezkumném řízení musí být na základě vnitrostátního zákonodárství účinně vynutitelná. Není-li orgánem, který rozhoduje v tomto řízení, soud, musí být jeho rozhodnutí přezkoumatelné nezávislou instancí, plnící soudní účely.

Do právního řádu České republiky byly transformovány všechny požadavky směrnic o přezkumu postupu zadavatele a dohledu nad zadáváním veřejných zakázek.

V současné době Evropská komise představila *návrh nové směrnice*, která by měla novelizovat současné tzv. remedies directives. Hlavním cílem této novely je zavést novou

lhůtu (deseti dnů), která umožní neúspěšným zájemcům požádat o přezkumné řízení před uzavřením smlouvy. Důvodem proč se Komise rozhodla pro tuto novelu byly výsledky konzultací, které ukázaly problémy v této oblasti. Komise identifikovala oblasti ve kterých současná úprava nedosahuje vytyčených cílů:

1) existující nedostatek efektivních ochranných opatření proti protiprávnímu přímému udělení veřejného kontraktu (tzn. veřejná zakázka udělená netransparentně a bez dostatečné soutěže jednomu zájemci)

2) rychlé uzavření smlouvy o veřejnou zakázku („spěch k podpisu“), které zbavuje společnosti příležitosti k efektivní nápravě případného porušení pravidel veřejného zadávání.

Pro českou právní úpravu ale tato nová evropská úprava nebude znamenat zásadní změnu, jelikož zákon o veřejných zakázkách již poskytuje neúspěšným uchazečům o veřejnou zakázku dostatečnou lhůtu pro podání námitek a žádosti o přezkoumání zadávacího řízení.

5.2 Provádění nápravy Evropskou komisí

Směrnice dále upravují postup, který může využít Komise v případě, kdy před uzavřením smlouvy zjistí, že při zadávání došlo ke zjevnému porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek. Komise v takovém případě nejprve oznámí členskému státu a zadavateli důvody, na základě kterých rozhodla, že došlo k protiprávnímu jednání a žádá nápravu.

Dotyčný členský stát (s Komisí spolupracuje orgán dohledu) je povinen ve lhůtě 21 dnů po obdržení oznámení předat Komisi potvrzení, že protiprávní jednání bylo napraveno nebo odůvodnění, proč k nápravě nedošlo. Případně oznamuje, že dotyčné řízení bylo pozastaveno buď z podnětu zadavatele nebo na základě pravomoci orgánu dohledu. Pokud nedošlo k nápravě může se odůvodnění zejména opřít o skutečnost, že domnělé protiprávní jednání je již předmětem soudního řízení či jiného přezkumného řízení. V takových případech notifikuje členský stát Komisi o výsledku tohoto řízení, jakmile je skončeno, aby si mohla Komise učinit závěr o tom, zda jí namítané nedostatky v podobě porušení komunitárního práva byly v rámci výsledků uvedeného řízení v dostatečné míře odstraněny.

I v případech, kdy je zadávací řízení pozastaveno, musí členský stát oznámit, zda došlo posléze k ukončení řízení či k novému řízení a zda bylo protiprávní jednání napraveno, případně zdůvodnit proč napraveno nebylo.

Jestliže je odpověď členského státu na výzvu k nápravě považována Komisí za nepřesvědčivou, je oprávněna podat žalobu o porušení smlouvy u Evropského soudního dvora.

Každý dodavatel má právo podat stížnost Komisi nezávisle na tom, že o stejné věci již probíhají národní řízení. Podání stížnosti k národnímu soudu nebo u jiného relevantního národního orgánu nesmí být podmínkou pro podání té samé stížnosti Komisi. Z důvodu zajištění efektivnosti jednání Komise, je žádoucí podat stížnost před uzavřením smlouvy a to nejpozději v době porovnávání nabídek.

Členské státy každoročně informují Komisi o svých přezkumných řízeních. Povahu informací určuje Komise po konzultaci s Poradním výborem pro veřejné zakázky.

5.3 Námitky

V souladu se směrnicemi o přezkumu postupu zadavatele (92/13/EHS a 89/665/EHS) je kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem⁶ na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (stěžovatel) oprávněn podat zadavateli *zdůvodněné námitky*.

Námitky lze podat při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek, v soutěži o návrh i v případě, kdy zadavatel odmítl stěžovatele zařadit do dynamického nákupního systému. Stěžovatel musí doručit námitky zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu nebo zrušit zadávací řízení. Námitky je nutné podat písemně.

⁶ V případě C-230/02 Grossmann Air Service se ESD právě také zabýval otázkou, co lze považovat za „měl zájem“ a došel stručně shrnuto k závěru, že dotčená společnost tím, že se neohradila proti diskriminujícímu charakteru specifikace veřejné zakázky a z tohoto důvodu ani nepodala nabídku a čekala až na udělení kontraktu, nemůže dostatečně prokázat svůj zájem, natož hrozbu způsobení škody.

Řádné podání námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci. § 110 (6) zákona o veřejných zakázkách stanoví povinné náležitosti námitek a v odstavci (7) pojednává o možnosti vzdát se práva na podání námitek. Zadavatel je povinen přezkoumat podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od jejich obdržení odeslat stěžovateli písemné odůvodněné rozhodnutí o tom, zda jim vyhovuje či nikoliv. Pokud zadavatel námitkám vyhoví uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy. Pokud zadavatel v této lhůtě nerozhodne, platí zákonná domněnka, že námitkám nevyhověl.

Zadavatel je povinen, v případě že námitkám nevyhoví, uvědomit v písemném rozhodnutí stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě 10 dnů od doručení takového rozhodnutí písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Zadavatel nesmí před uplynutím lhůty pro podání návrhu o přezkoumání uzavřít smlouvu nebo zrušit zadávací řízení. Je-li tento návrh podán včas nesmí tak učinit ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek.

Pokud však zadavatel námitky nevyřídil, je stěžovatel oprávněn podat a doručit návrh Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem.

5.4 Dohled nad dodržováním zákona

Dohled nad zadáváním veřejných zakázek sleduje stejné obecné cíle jako hmotněprávní úprava procesu veřejného zadávání, k nimž náleží snaha zajistit rovný a nediskriminační přístup uchazečů k zakázkám, zefektivnit státní nákupy racionální alokací veřejných prostředků výběrem z nejvhodnější nabídky na základě otevřené a spravedlivé soutěže a dohled nad transparentností postupů zadavatelů s cílem omezovat rizika podvodů a korupce ve státní správě.

Dohled nad zadáváním veřejných zakázek a dodržováním zákona vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace. Úřad má tyto pravomoci: a) vydává předběžná opatření, b) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, c) ukládá nápravná opatření a sankce,

d) projednává správní delikty, e) kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zákona o státní kontrole a plní další úkoly, pokud tak stanoví zvláštní právní předpis.

5.5 Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

Tento pojem byl zvolen jako ekvivalent pojmu „*review procedure*“, používaného ve směrnici 80/665/EHS. Toto řízení se zahajuje na písemný návrh stěžovatele, jak bylo již uvedeno výše, nicméně Úřad je též ze zákona oprávněn zahájit řízení z moci úřední. Návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady zákona (§ 6) a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, zejména proti a) zadávacím podmínkám, b) obsahu oznámení nebo výzvy o zahájení zadávacího řízení, c) vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, d) rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, e) použití druhu zadávacího řízení.

Náležitosti návrhu jsou stanoveny v § 114, součástí návrhu musí být doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o složení kauce. Kauci je navrhovatel povinen složit na účet Úřadu ve výši 1% z nabídkové ceny navrhovatele, nejméně však 50 000 Kč, nejvýše 2 mil Kč. Dále je povinen zaplatit správní poplatek.

5.6 Smírčí řízení před Evropskou komisí

V souladu se směrnicí Rady 92/13/EHS také nový zákon obsahuje institut smíru jako méně formální řešení sporů. Možnost požádat o smírčí řízení u Evropské komise má dodavatel v případě že jde o zakázky zadávané sektorovými zadavateli. § 124 zákona o veřejných zakázkách stanoví, že kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání nadlimitní veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení tohoto zákona nebo práva Evropských společenství v oblasti veřejných zakázek úkonem sektorového zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech může podat písemnou žádost o smírčí řízení Evropské komisi.

Pokud takový žadatel podá tuto žádost u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je Úřad povinen ji neprodleně postoupit Evropské komisi. Smírčí řízení je zahajováno jen se souhlasem zadavatele. Strany poté co odsouhlasí smírčího soudce navrženého Komisí určí další smírčí soudce. Každá ze stran má právo smírčí řízení kdykoli ukončit. Při smírčím řízení se postupuje způsobem stanoveným ve směrnici Rady 92/13/EHS.

5.7 Neformální řešení

Za účelem řešení problémů, které mohou mít dodavatelé při účasti v zadávacím řízení v zahraničí, byl vytvořen rychlý a neformální systém, který má vyjasnit nedorozumění a podezření z porušení pravidel zadávání veřejných zakázek už v počáteční fázi zadávacího řízení. Byla vytvořena *Síť pro veřejné zakázky-PPN-Public Procurement Network*, kterou tvoří vládní úřady pro veřejné zakázky ve 30 evropských zemích (tento neformální systém byl s úspěchem zkoušen tři roky a má plnou podporu ze strany Evropské komise). Její členové odsouhlasili společná pravidla pro neformální nápravu podezření a nedostatků ještě před tím než jsou podepsány smlouvy, čímž se šetří správní poplatky, které by jinak musely být zaplacený v soudním řízení.⁷

Síť funguje s nejmenší možnou úrovní byrokracie a má dvě primární funkce: 1) poskytovat praktickou pomoc společnostem ucházejícím se o veřejné zakázky v zahraničí, pokud jim jsou kladeny překážky v účasti v zahraničních zadávacích řízeních a 2) umožnit státům vyměňování zkušeností a poznatků z praxe oblasti veřejných zakázek.

Uchazeči účastníci se výběrového řízení v zahraničí se mohou setkat s některými typickými problémy jako jsou např. neodůvodněné požadavky na dokumentaci, technické překážky obchodu. Překážky mohou vzniknout i na základě prostého nedorozumění ve vztahu k zadávací dokumentaci, požadovaným formulářům nebo zvláštnostem v národní právní úpravě. Dodavatelé, kteří se cítí být diskriminováni mohou podat stížnost formou žaloby u národního soudu nebo u jiného orgánu dohledu ale tento postup může být velice zdoluhavý a nákladný. Může se stát, že i když se soud vysloví ve prospěch stěžovatele, bude často už příliš pozdě na ovlivnění výsledku výběrového řízení. Je totiž velmi časté, že se společnosti zdráhají vystoupit proti jednání zadavatelů a požádat zodpovědné orgány o nařízení předběžného opatření.

Snahou PPN je neformální náprava podezření a nedostatků. Počítá s třífázovým přístupem: 1) Společnost by měla co nejdříve vstoupit do styku s národním kontaktním centrem PPN; 2) kontaktní centrum poté neformálně osloví svůj protějšek v příslušném cizím státě a ten pak vstoupí do kontaktu se zadavatelem, aby došlo k vyjasnění situace. Problém je by měl být vyřešen velice rychle, tj. v řádu dní; 3) Systém také počítá s tím že zájemce kontaktuje svého národního zástupce PPN (nebo také národní kontaktní místo

⁷ Dodavatelům slouží internetové stránky plné informací a kontaktů na národní úřady: www.publicprocurementnetwork.org

SOLVIT⁸, jež věc rychle předá PPN) hned jakmile začne mít podezření z diskriminace. Kontakt probíhá rychle a neformálně, obvykle přes telefon a e-mail. Problémy mohou být řešeny dialogem mnohem rychleji než v tradičním řízení s rozsáhlou formální korespondencí. Může se také stát že zástupce PPN dojde k závěru, že pravidla porušena nebyla a bude se tak nacházet v pozici aby vysvětlil důvody, proč by nebylo vhodné ve vyřizování pokračovat.

Sužba PPN je bezplatná. Zástupce PPN jedná jménem dodavatele a kontaktuje orgán odpovědný za veřejné zakázky v domovské zemi zadavatele. Pokud se takto nedospěje k uspokojivým výsledkům, dodavatel si může vybrat mezi podáním žaloby k soudu v příslušné zemi nebo předáním případu přímo Evropské komisi. Zástupci PPN sice mohou poradit jak v těchto případech postupovat, ale již nezajišťují právní podporu. Vlastní právní poradenství si musí společnosti zajistit sami.

Společnosti které si stěžují na postup zadavatele chtějí často zůstat v anonymitě, jelikož se obávají poškození vztahů. Přestože zástupci PPN zachovávají anonymitu pokud o to stěžovatel žádá, může se stát, že zadavatel přesto odhadne kdo je původcem stížnosti. PPN ale používá neformální a přátelský přístup, jednání je diskrétní (snaží se o vyjasnění nedorozumění a o to aby se stěžovatel a zadavatel nedostali do nepříjemné situace) a zkoumání a dialog by tedy neměl vést k poškození vztahů. PPN se především snaží vyjasnit postupy a jednání a pokud je to možné neformálně řešit případná porušení pravidel ES.⁹

Kapitola 6. ELEKTRONICKÉ ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

6.1 Elektronizace zadávacího procesu

Na konci roku 2004 předložila Evropská komise zprávu nazvanou Akční plán týkající se implementace nového právního rámce procesu zadávacího řízení veřejných zakázek

⁸ SOLVIT je on-line síť v rámci které členské státy spolupracují při účelném řešení problému na vnitřním trhu. Problémy mohou vznikat v důsledku nesprávného používání právních předpisů v oblasti vnitřního trhu ze strany orgánů veřejné moci. SOLVIT centra jsou součástí státní správy jednotlivých zemí a snaží se poskytnout řešení v krátké lhůtě deseti týdnů. Služby jsou poskytovány bezplatně. Podrobné informace obsahuje internetová stránka: <http://europa.eu.int/solvit/>

⁹ Zpracováno s použitím materiálu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který je národním kontaktním místem PPN v České Republice. Na jeho internetových stránkách se lze informovat, jaké konkrétní údaje musí stěžovatel uvést, aby mohl být jeho případ posouzen zástupcem PPN.

elektronickou formou, na jehož základě postupně dochází ke zveřejnění online zadávacího řízení.

Využití elektronických prostředků by mělo zaručit možnost kteréhokoli podnikatele v Evropě s přístupem na internet zúčastnit se zadávacího řízení prováděného elektronickou formou.

V souvislosti s touto formou zadávání veřejných zakázek vyvstala otázka vzájemné slučitelnosti různých konceptů elektronických podpisů platných v jednotlivých členských státech. Zadávací směrnice nedefinují specifický typ elektronického podpisu, který má být používán. Členské státy musí určit jakou úroveň elektronického podpisu dle směrnice č. 1999/93/ES budou považovat za dostačující.

Výše úspor realizovaná v soukromém sektoru prostřednictvím elektronického obchodu motivuje i veřejnou správu k postupnému přijímání elektronických obchodních praktik. Veřejné nákupy dle odhadů Evropské komise představují ročně 1,5 bilionu EUR, tj. 16% unijního HDP. Odhadované úspory plynoucí z elektronického zadávání budou tvořeny 5% poklesem cen předmětů veřejných zakázek a 50-80% poklesem nákladů spojených s procesem zadávání veřejných zakázek¹⁰.

Z důvodu zvýšení efektivity zadávání veřejných zakázek, ale i z důvodu snahy o modernizaci, zlepšení transparentnosti a větší otevřenost evropských trhů s veřejnými zakázkami a posílení konkurenčního prostředí byl do nových zadávacích směrnic ES zapracován komplexní rámec elektronického zadávání veřejných zakázek.

Zadávací směrnice ES zrovnoprávňují elektronický a listinný způsob zadávání veřejných zakázek, stanovují požadavky na elektronické nástroje, aby poskytovaly dostatečnou průkazní hodnotu v případě sporu mezi vzájemně komunikujícími subjekty, a zavádějí nové instituty elektronického zadávacího řízení, kterými jsou elektronická aukce, dynamický nákupní systém a elektronický katalog. Ve vztahu k některým subjektům či lokalitám právní úprava do určité míry předstihuje technologickou stránku elektronické komunikace.

¹⁰ Sdělení Komise č. SEK (2004) 1639 „Akční plán provádění právního rámce v oblasti elektronického zadávání veřejných zakázek“.

Nový zákon o veřejných zakázkách již obsahuje nové prvky elektronického zadávání. Pokud to zadavatel připustí bude možné podávat nabídky také elektronicky a využívat nové způsoby zadávání o kterých je pojednáno níže. Je však otázkou do jaké míry zadavatelé tyto novinky využijí, jelikož zákon stanoví pouze možnost a nikoliv povinnost.

Odborníci mají však pochybnosti o tom, zda budou úředníci motivováni zadávat zakázky elektronicky přes internet a také upozorňují na skutečnost, že velkým firmám současný stav vyhovuje a poukazují na setrvačnost veřejné správy. Např. členové Sdružení pro informační společnost (SPIS) by byli pro povinné elektronické zadávání alespoň u některých komodit. Ministerstvo pro místní rozvoj ale argumentovalo, že požadavek zadávat veřejné zakázky pouze elektronicky by diskriminoval některé skupiny podnikatelů. Prezident SPIS upozorňoval na dlouholeté vazby mezi orgány veřejné správy a dodavateli a uvádí, že právě při elektronickém zadávání se tyto vazby rychle zpřetrhají. Korupce je ve formalizovaném elektronickém systému obtížnější, ale jak tvrdí někteří zainteresovaní nikoli však nemožná.

Každý kdo má zájem o provozování elektronického systému pro státní správu, musí získat oprávnění. Tzv. *atest* vydává na základě atestačního řízení Ministerstvo informatiky. Atest je dokladem osvědčujícím že elektronické nástroje se shodují s požadavky právní úpravy o veřejných zakázkách. Někteří odborníci upozorňují, že úpravu atestů má Česká republika v zákoně jako jediná v Evropské unii a že to do značné míry zpomaluje proces elektronizace. Naopak Ministerstvo informatiky atestace obhájí v tom smyslu, že jde o garanci věrohodnosti a bezpečnosti použitého elektronického nástroje.

6.2 Dynamické nákupní systémy (DNS)

DNS jsou nástrojem pro zjednodušení nákupu (opakovaného) komodit, které jsou standardizovatelné, to znamená, že je nabízí více dodavatelů a nabídky jednotlivých dodavatelů se neliší ve funkčnosti či použitelnosti komodity, ale pouze ve faktorech typu cena, značka, doprovodné služby či jiné dodatečné charakteristiky jako např. informační a komunikační strategie. Tento systém by měl zadavatelům umožnit pořizovat tyto komodity flexibilní procedurou. Zadavatel je oprávněn zřídit tento plně elektronický systém na dobu maximálně čtyř let a po celou tuto dobu musí být otevřen novým dodavatelům, kteří splní kvalifikační kritéria.

6.3 Elektronické aukce

Nejde o samostatný druh zadávacího řízení, ale o interaktivní postup, který může zadavatel využít ke konečnému rozhodnutí o výběru dodavatele před uzavřením smlouvy. Je to opakující se proces realizovaný prostřednictvím elektronických nástrojů, který umožňuje dodavatelům v rámci vymezeného časového období či stanoveného počtu aukčních fází zlepšovat jejich nabídku u příslušné veřejné zakázky (předkládat vylepšené ceny, případně jiné kvantifikovatelné hodnoty). Tento prostředek pro hodnocení nabídek může zadavatel využít v otevřeném, užším a jednacím řízení s uveřejněním nebo ve zjednodušeném podlimitním řízení. Dále také pro hodnocení nabídek, jde-li o veřejné zakázky zadávané v dynamickém nákupním systému či na základě rámcové smlouvy. Elektronickou aukci nelze využít, jde-li o veřejnou zakázku na stavební práce nebo na služby, jejímž předmětem je plnění týkající se práv duševního vlastnictví.

Elektronické aukce by měly být určitou nadstavbou standardního zadávacího řízení po předběžném vyhodnocení původních nabídek jednotlivých uchazečů a měly by přinést výhody jak zadavatelům tak i dodavatelům. Zadavatelé budou mít možnost využít tento vysoce konkurenční mechanismus k získání výhodných smluvních podmínek. Dodavatelé budou schopni zareagovat na vývoj nabídky poskytované zadavateli v rámci elektronické aukce v okamžiku po podání a vyhodnocení původních nabídek.

6.4 Elektronický katalog

Dodavatel může předložit zadavateli údaje nezbytné pro hodnocení nabídky též ve formě elektronického katalogu. Je to obdoba klasického listinného katalogu, tj. soubor informací obsahující popis produktu (zboží či služby), ceny, popř. vyobrazení a další údaje.

Kapitola 7. PRÁVNÍ ÚPRAVA VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK V ČESKÉ REPUBLICE

7.1 Stručný vývoj

První ucelenou právní úpravou v dané oblasti byl zákon o zadávání veřejných zakázek č. 199/1994 Sb., který nabyl účinnosti dne 1.1. 1995. Lze říci, že tato právní úprava sehrála pozitivní roli při nakládání s veřejnými prostředky a při prosazování obecných cílů evropského systému veřejných zakázek, přestože její nedostatky byly ze strany Evropské unie kritizovány. Jejím charakteristickým rysem bylo, že nevycházela z evropských

zadávacích směrnic, nýbrž z tzv. modelového zákona o zadávání zboží, staveb a služeb přijatého Komisí Spojených národů pro mezinárodní obchodní právo. Takto zvolená koncepce nebyla nejšťastnějším řešením z perspektivy tehdy přidruženého člena Evropského společenství, který usiloval o plné členství.¹¹

S přijetím České republiky do Evropské unie bylo nutné přijmout zákon zcela harmonizovaný se zadávacími směrnicemi EU. Současný zákon č. 40/2004 Sb. o veřejných zakázkách účinný od 1.5. 2004 implementoval nyní již zrušené zadávací směrnice.

Důvodem pro vypracování zcela nové právní úpravy veřejných zakázek a koncesí bylo přijetí nových zadávacích směrnic ES. Lze konstatovat, že jejich transpozici šlo provést formou větší novely. Důvodem pro vypracování nové právní úpravy byla zřejmě ne příliš zdařilá legislativní konstrukce a neprovázanost ustanovení platného zákona č. 40/2004 Sb. a také ne příliš dokonalá transpozice práva ES.¹²

Nový zákon o veřejných zakázkách (zákon č. 137/2006 Sb.), zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon č. 139/2006 Sb.) a zákony, kterými se mění některé zákony v souvislosti s přijetím uvedených zákonů přijala Poslanecká sněmovna dne 14. 3. 2006 ve znění schváleném Senátem (včetně senátních pozměňovacích návrhů). Dne 19. 4. 2006 byly tyto zákony vyhlášeny ve Sbírce zákonů ČR. Účinnosti zákony nabývají prvním dnem třetího kalendářního měsíce následujícího po jejich vyhlášení, tedy od 1. července 2006. Povinnost transponovat nové evropské zadávací směrnice nejdéle do 31. 1. 2006 tak nebyla splněna.

7.2 *Nový zákon o veřejných zakázkách*

Do nového zákona o veřejných zakázkách jsou plně promítnuty všechny směrnice týkající se dané problematiky.¹³ Pro vztahy, které nejsou právními akty ES přímo upraveny (např. podlimitní zakázky), platí, že jejich vnitrostátní právní úprava musí respektovat základní zásady vyplývající ze Smlouvy o založení ES, zejména zásadu transparentnosti a nediskriminace. Oproti směrnicím tedy nový zákon podrobně rozpracovává postupy při

¹¹ in Právní rádce 3/2003, Josef Bednář: Zadávání veřejných zakázek, str. 27

¹² in Právní zpravodaj, říjen 2005, Radek Jurčík: Nová právní úprava veřejných zakázek a koncesí, str. 13

¹³ Důvodová zpráva k novému zákonu.

zadávaní podlimitních veřejných zakázek, přičemž však zachovává rovnováhu mezi principem transparentnosti a proporcionality.

Nový zákon je podstatně obsažnější než současná platná právní úprava. Obsahuje téměř o 50 paragrafů více než zákon č. 40/2004 Sb. Od nového zákona se očekávalo, že budou odstraněny hlavní problémy současného zákona o veřejných zakázkách, zejména ne úplně přesné definice subjektů, které jsou povinny postupovat podle zákona, nejasná pravidla při omezování počtu zájemců v užším řízení, nedostatečná úprava námitek a problematická návaznost lhůt, nutnost nakupovat nemovitosti v zadávacím řízení, nedostatečné využití elektronických prostředků a další nedostatky.

Dochází ke zpřehlednění celé právní úpravy veřejných zakázek a v některých případech také ke zjednodušení a zpřesnění problematických ustanovení obsažených v současném zákoně o veřejných zakázkách. Nejvýznamnější změny: 1) V návaznosti na nové směrnice přináší nový zákon několik nových moderních institutů, které mají za cíl přispět k větší efektivitě a administrativnímu zjednodušení zadávacího řízení. Jde například o centrální zadávání, rámcové smlouvy, soutěžní dialog. Nová úprava otevírá prostor pro elektronické zadávání veřejných zakázek. 2) Jednotlivá ustanovení stávajícího zákona byla přeformulována, lépe provázána a někde podrobněji rozvedena tak, aby zákon byl co nejvíce jednoznačný a byly odstraněny případné výkladové problémy a tak se zvýšila právní jistota účastníků zadávacího řízení. Nové formulace reagují na dosavadní praktické zkušenosti při aplikaci současného zákona. Nijak zásadně se však nemění celý systém veřejného zadávání. S ohledem na uživatele zákona bylo cílem zachovat co nejvíce ze struktury i obsahu zákona č. 40/2004 Sb.

Zákon o veřejných zakázkách upravuje, zjednodušeně řečeno, postup vedoucí k uzavření smlouvy (kogentní úprava) na veřejnou zakázku, která je realizována z prostředků zadavatelů za účelem uspokojování jejich potřeb. Tyto prostředky se vynakládají na dodávky zboží, služby nebo stavební práce.

Zákon zejména upravuje:

- okruh právnických a fyzických osob, které jsou povinny zadávat veřejné zakázky podle tohoto zákona (zadavatelé),

- obecné výjimky z působnosti zákona a výjimky z působnosti zákona pro sektorové zadavatele
- postup při zadávání veřejných zakázek směřující k uzavření smlouvy, který je nutné dodržet a respektovat. Jde o zvláštní způsob kontraktace mezi zadavatelem a dodavatelem, jehož hlavním účelem by měla být úspora veřejných prostředků, a to zabezpečením konkurence při zadávání veřejných zakázek, s tím, že v určitých opodstatněných případech se přípouští konkurenci omezit. Takový postup by měl být odůvodněn výjimečnými okolnostmi či v případech, kdy povede k úspoře veřejných prostředků,
- druhy zadávacího řízení
- soutěž o návrh
- dohled nad dodržováním zákona
- podmínky vedení a funkce seznamu kvalifikovaných dodavatelů a systému certifikovaných dodavatelů
- správní delikty

Zákon neupravuje účelnost veřejné zakázky, úvaha o potřebě předmětu plnění leží na zadavateli. Musí sám dobře uvážit, zda je pro jeho činnost nezbytné danou zakázku realizovat. Zákon velmi podrobně stanoví práva a povinnosti zadavatelů a dodavatelů v průběhu veřejné zakázky ve snaze o rychlý a transparentní průběh zadávacího řízení. Sám zákon však neupravuje veškeré úkony zadavatele.

Zákon reguluje postup zadavatele až od fáze, kdy zadavatel započne zakázku zadávat, s výjimkou povinnosti zveřejnění zadání veřejných zakázek na následující rok, které je vázáno na určité podmínky. Odborné-technické stádium přípravy veřejné zakázky spočívá v koncipování podmínek zakázky. Pouze kvalitně zpracované podmínky veřejných zakázek vedou k naplnění účelu zákona.

Zákon upravuje předkontrakční stádium, tedy postup vedoucí k uzavření smlouvy. Právní úprava smluv je obsažena v občanském a obchodním zákoníku. Na veřejné zakázky se budou smlouvy uzavírat většinou podle obchodního zákoníku, neboť smlouvy na veřejné zakázky jsou tzv. relativním obchodem ve smyslu § 261 odst. 2 Ob.Z.

7.3 Zpřesnění definice zadavatele

Nový zákon řeší v souladu s evropským právem výkladový problém dosavadního zákona, jímž bylo postavení státních podniků a jim podobných subjektů pod vlivem státu či

obcí a také tzv. in-house zadávání, což znamená zda a kdy je veřejný zadavatel oprávněn zadat své příspěvkové organizaci práci mimo režim zákona o veřejných zakázkách.

Veřejným zadavatelem je podle § 2 odst. d) i jiná právnická osoba (např. státní podnik, obecní příspěvková organizace), která byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu a je financována nebo ovládána veřejným zadavatelem. Z toho vyplývá, že státem či obcí plně vlastněná komerční struktura, působící zcela v tržním prostředí a nesoucí riziko svého obchodního neúspěchu, nebude zákonem o veřejných zakázkách vázána.

Příspěvková organizace, kterou zřizovatel v postavení zadavatele plně kontroluje a která vykonává převážnou část své činnosti ve prospěch tohoto zadavatele, může jím být úkolována a placena, aniž by o takové poskytování dodávky, služby či práce musela soupeřit s jinými dodavateli v zadávacím řízení.

Příjemci dotací v postavení tzv. dotovaných zadavatelů jsou vázání postupovat podle zákona jako veřejní zadavatelé jen v případě, že jsou příjemci dotace na více než 50% projektu a zadávají nadlimitní zakázku na stavební práce, nebo na služby související s těmito stavebními pracemi.

Za dotovaného zadavatele se nepovažuje ten, kdo získal veřejnou zakázku. Pro účely uzavírání smluv se subdodavateli to výslovně stanoví § 2 odst. (4).

Kapitola 8. PRÁVNÍ ÚPRAVA VEŘEJNĚ SOUKROMÝCH PARTNERSTVÍ V EVROPSKÉM A ČESKÉM PRÁVU

8.1 Úvod

V této kapitole se budu zabývat otázkou takzvaných veřejně soukromých partnerství, neboli „Public Private Partnerships“ (dále jen „PPP“). Jedná se o spojení veřejného a soukromého sektoru za účelem financování a zajišťování některých veřejných služeb a investic. Evropské i české právo již má, alespoň v určité míře, legislativní rámec pro takové projekty. Před tím než se budu věnovat těmto právním úpravám, bych se krátce zaměřila na vymezení pojmu PPP a základních odlišností mezi těmito projekty a klasickými veřejnými zakázkami.

8.1.1 Model PPP

Model PPP se využívá při realizaci finančně náročných veřejně prospěšných projektů či při zajišťování náročných veřejně prospěšných služeb. Podstata tohoto modelu spočívá v tom, že soukromoprávní subjekt investuje do výstavby a následně spravuje a provozuje veřejně prospěšný projekt. Za tuto službu soukromoprávní subjekt obdrží buď úplatu od veřejnoprávního subjektu nebo právo vybírat úplatu za používání projektu jeho konečnými uživateli. PPP projekty jsou známy v různých podobách, jejich typické rysy, které je odlišují od klasických veřejných zakázek jsou v zásadě následující:

- dlouhodobý vztah mezi partnery z veřejného a soukromého sektoru;
- přesun rizika, které tradičně nese veřejný sektor, na soukromoprávní subjekt a zároveň s tím též přesun úkolů tradičně zajišťovaných veřejným sektorem na sektor soukromoprávní. Veřejnoprávní partner však vždy zůstává v roli zadavatele, organizátora a dohlázeatele nad plněním těchto úkolů;
- financování projektu, které je ze zásadní části nebo zcela zajišťováno soukromoprávním partnerem;
- v rámci některých typů PPP projektů též dochází k institucionalizaci vztahu mezi oběma sektory tím, že partneři vytvářejí pro potřeby projektu zvláštní projektovou společnost, na které se majetkově podílejí a kterou společně řídí jako její akcionáři.

V České republice v současné době probíhá příprava několika PPP projektů, které by měly být realizovány již podle nové právní úpravy diskutované níže. Z praxe jiných členských států lze usuzovat, že největší uplatnění má model PPP v oblasti výstavby a provozu škol, nemocnic, věznic, dálnic a dalších významných stavebních děl.

Z ekonomického pohledu mají PPP projekty řadu výhod, které vedly k jejich rozšíření v členských státech zejména v posledních patnácti letech. Jako hlavní přínos modelu PPP se jeví to, že při financování veřejně prospěšných projektů se používají finance ze soukromého sektoru, které mohou nahradit nedostatek financí ve veřejných rozpočtech. Evropská komise například uvádí ve své *Zelené knize*, že PPP model by mohl napomoci s projektem výstavby transevropských dopravních sítí, který se neustále zdržuje kvůli nedostatku financí. PPP projekty také umožňují využít předností soukromého sektoru jako jsou větší efektivita při realizaci, a zkušenosti s některými typy projektů.

Vedle svých předností však PPP projekty mohou skrývat nebezpečí značné zátěže na veřejné rozpočty, která se však projeví až v budoucnosti. Pro veřejný sektor může být právě takové odsouvání nákladů do budoucna důležité vzhledem k maastrichtských kritériím pro konvergenci, která omezují dluhy veřejných rozpočtů maximální výší 60% hrubého domácího produktu v celkové výši a 3% hrubého domácího produktu v každém roce. Pokud je PPP projekt realizován formou tak, že platby z veřejných rozpočtů v budoucnu nahrazují jednorázové plnění, jak tomu je u veřejných zakázek, může dojít k plíživému zadlužování veřejných rozpočtů¹⁴. Evropská komise se tomu snaží alespoň částečně zabránit tím, že ukládá veřejnoprávním subjektům zahrnovat do jejich rozpočtů takové PPP projekty, které mohou mít budoucí zásadní negativní vliv na tyto rozpočty v důsledku nedostatečného přenosu rizika na soukromoprávní subjekt.

8.2 *Evropské právo*

Evropská Unie nemá komplexní úpravu PPP projektů jako takových. Přesto právo Společenství upravuje některé instituty, které dopadají do oblasti PPP. Jedná se zejména o koncese na stavební práce a koncese na služby upravené ve směrnici 2004/18/ES. Vedle toho vydala Evropská komise také Zelenou knihu, která rozebírá problematiku práva a praxe členských států v oblasti PPP projektů.

8.2.1 *Úprava koncesí ve směrnici 2004/18/ES*

8.2.1.1 *Koncese na stavební práce*

Směrnice obsahuje zejména úpravu koncesí na stavební práce. Koncese na stavební práce jsou definovány jako kontrakty stejného typu jako veřejné zakázky s tou výjimkou, že úplata za provedení stavebních prací může být buďto právo využívat výsledek stavebních prací nebo takové právo spolu s peněžitou úplatou. Pravidla týkající se koncesí na stavební práce jsou obsažena v části III. směrnice, která upravuje zejména následující otázky:

¹⁴ Příkladem tady může být nakonec nerealizovaný projekt dostavby dálnice D47, který měla pro českou vládu realizovat izraelská společnost Housing&Construction. Česká vláda měla za dostavění dálnice platit investorovi mýtné podle počtu vozidel, které budou dálnici užívat (tzv. stínové mýtné). Po podpisu smlouvy analýzy ukázaly, že náklady na dálnici by se vyšplhaly na několiknásobek nákladů, které by český stát vynaložil při výstavbě dálnice z vlastních zdrojů nebo z půjček. Česká vláda tedy od smlouvy odstoupila.

- (a) hodnotový limit pro určení toho, které koncese na stavební práce spadají pod regulaci na základě směrnici, pravidla pro zveřejňování záměru udělit koncesi a lhůtu pro zájemce k podání nabídek;
- (b) pravidla týkající se subdodávek;
- (c) pravidla pro udělení dodatečných prací;
- (d) pravidla pro uzavírání smluv mezi koncesionářem a třetími stranami v souvislosti s koncesí.

Nejdůležitější ustanovení směrnice pro oblast koncesí na stavební práce jsou následující:

ad (a) směrnice se vztahuje na koncese na stavební práce, kde hodnota kontraktu přesáhne alespoň EUR 6 242 000; hodnota kontraktu se vypočítává podle pravidel obdobných pravidlům pro hodnoty veřejných zakázek. Stejně tak pravidla upravující zveřejnění oznamování veřejných zakázek se aplikují na oznámení záměru poskytnout koncesi na stavební práce. Zájemci o přidělení koncese na stavební práce musejí mít alespoň 52 dní od oznámení na podání svých nabídek;

ad (b) zadavatelé mohou požadovat od koncesionářů, aby zadali třetím stranám subdodávky na provedení části stavebních prací odpovídající alespoň 30 % celkové hodnoty díla. Alternativně mohou zadavatelé požadovat, aby zájemci o koncesi ve svých nabídkách uvedli jaké procento z celkové hodnoty kontraktů bude provedeno formou subdodávek;

ad (c) směrnice umožňuje zadavatelům zadat dodatečné práce, které nebyly původně předmětem koncese, ale které se z důvodu nepředvídatelných skutečností staly nezbytnými pro dokončení prací na něž byla udělena koncese. Takovéto dodatečné práce nepodléhají pravidlům stanoveným ve směrnici za podmínky, že (i) takové dodatečné práce nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původního kontraktu bez zásadních dopadů na zadavatele, nebo (ii) takovéto práce, ačkoliv jsou oddělitelné od původního kontraktu, jsou nezbytné pro dokončení původního kontraktu. V každém případě celková hodnota dodatečných prací nesmí přesáhnout 50% hodnoty původního kontraktu na koncesi;

ad (d) směrnice upravuje též pravidla pro uzavírání smluv mezi koncesionáři a třetími stranami. Pokud je koncesionář současně subjektem na než se vztahuje směrnice jako na zadavatele, vztahují se na takové smlouvy všechna pravidla směrnice týkající se veřejných zakázek. Pokud koncesionář nespadá pod definici zadavatele, avšak pokud hodnota kontraktu uzavřeného mezi koncesionářem a třetí stranou dosáhne alespoň částky EUR 6.242.000, vztahují se na takové kontrakty zvláštní pravidla uvedená ve směrnici. Tato pravidla upravují v zásadě dvě povinnosti; tou první je povinnost oznámení záměru udělit subdodávku způsobem, který upravuje přímo směrnice. Tou druhou je povinnost ponechat alespoň určitou lhůtu pro třetí strany proto, aby mohly vyjádřit záměr podílet se na subdodávce a předložit příslušnou nabídku.

8.2.1.2 *Koncese na služby*

Směrnice definuje koncese na služby analogicky koncesím na stavební práce, tedy jako smlouvy stejného typu jako veřejnou zakázku na službu s tou výjimkou, že úplata za poskytnutí služeb může spočívat buďto výlučně v právu využívat takovou službu a nebo v tomto právu spolu s peněžitou úplatou. Směrnice však výslovně vylučuje použití jejich ustanovení na koncese na služby s jedinou výjimkou, a to že pokud zadavatel uděluje zvláštní nebo výlučná práva na provozování veřejné služby, pak při udělení takových práv zadavatel musí uložit provozovateli takové služby, aby služba byla poskytována v souladu s principem nediskriminace na základě národnosti.

Poskytování koncesí na služby není však oblastí, kterou by Evropské právo vůbec neregulovalo. K tomu se Komise vyjádřila ve svém interpretačním stanovisku publikovaném v Úředním věstníku pod číslem C 121 ze dne 29. dubna 2000. Stanovisko vychází z primárního právu Společenství, zejména na interpretaci článků 28 až 30 a 43 až 55 Smlouvy o založení Evropského společenství, a opírá se o zákaz diskriminace na základě národnosti, volný pohyb zboží, právo usazování a práva poskytovat služby v celé Evropské unii. Na základě toho Komise dospěla k závěru, že následující principy mají platit i pro poskytování koncesí na služby:

1) Princip rovnosti zacházení

Podle tohoto principu by všichni zájemci o koncesi měli mít možnost se seznámit s pravidly udělování koncesí dopředu a pravidla se také musejí vztahovala na všechny zájemce stejným způsobem. Evropský soudní dvůr mimo jiné dovodil, že ustanovení,

kteře by vyhrazovala koncese pouze pro společnosti, ve kterých je veřejný sektor hlavním nebo jediným akcionářem, by byla v rozporu s principem rovnosti zacházení;

2) Princip transparentnosti

Princip transparentnosti vyžaduje, aby všichni zájemci o koncesi byli seznámeni s podmínkami koncese, a aby se mohli rozhodnout, zda se budou účastnit výběrového řízení na koncesi. Jde tedy zejména o dostatečné oznámení o záměru poskytnout koncesi včetně všech podmínek nezbytných pro rozhodování zájemců o účasti v řízení;

3) Princip proporcionality

Princip proporcionality vyžaduje, aby zvolené prostředky byly jak nezbytné, tak vhodné k vzhledem účelům již se snaží dosáhnout. Z toho vyplývá, že členské státy nemohou ukládat technické, odborné nebo finanční podmínky, které jsou buďto přehnané nebo disproporcionální vzhledem k podstatě projektu, který má být realizován jako koncese. Vedle toho, trvání koncese nesmí být nastaveno takovým způsobem, aby omezovalo soutěž mezi podnikatelskými subjekty. Koncese by tedy měla být udělena jen na dobu nezbytnou pro splacení investice a dosažení rozumného zisku v poměru k rizikům vyplývajícím z projektu pro koncesionáře.

4) Princip vzájemného uznání

Podle tohoto principu každý členský stát musí akceptovat produkty a služby poskytované podnikatelskými subjekty z ostatních členských států. Členské státy dále musí akceptovat technické specifikace, ověření, diplomy, certifikáty a potvrzení kvality, které jsou vystavovány v jiných členských státech pro účely například výběrového řízení na koncese.

8.2.2 *Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích*

Evropská komise vydala Zelenou knihu, aby zhodnotila existující praxi a legislativu v členských státech v oblasti PPP projektů, a aby zahájila debatu o tom, zda by tyto projekty měly být upraveny na úrovni komunitárního práva. Podnět k vydání Zelené knihy vzešel mimo jiné z toho, že zástupci podnikatelského sektoru považují pravidla pro PPP

projekty v různých členských státech za nejasná a aplikovaná jednotlivými členskými státy odlišně. To vytváří překážky k realizaci PPP projektů a omezuje možnost využití PPP modelu pro velké infrastrukturní projekty a poskytování kvalitnějších veřejných služeb.

Evropská komise v Zelené knize rozlišuje mezi *smluvním modelem* a *institucionálním modelem* PPP projektů. V rámci smluvního modelu je partnerství mezi veřejným a soukromým sektorem založeno pouze na základě smlouvy. V rámci institucionálního modelu se spolupráce mezi partnery realizuje prostřednictvím společného podílu na právnické osobě, která vykonává všechny činnosti v souvislosti s projektem. Toto rozdělení odpovídá praxi v členských státech, které již mají zkušenosti s těmito projekty. V následující části pojednávám o některých otázkách vznikajících v rámci jednotlivých typů PPP projektů, které mohou mít význam pro aplikaci PPP modelů v České republice.

8.2.2.1 PPP projekty na smluvní bázi

Pro tento typ projektů považuje Komise za zásadní část směrnice 2004/18/ES, která se týká koncesí na stavební práce, a dále ustanovení směrnice zavádějící proceduru tzv. soutěžního dialogu. Komise připouští, že oblast koncesí na služby je regulována pouze obecnými ustanoveními Smlouvy o založení Evropského společenství (tak jak jsou diskutována výše), nicméně národní úprava členských států většinou také nemá specifickou úpravu koncesí na služby.

Z oblastí praxe PPP projektů v členských státech Komise uvádí, že často nejasná hranice mezi veřejnými zakázkami a koncesemi vede v některých případech k tomu, že pravidla pro zadávání veřejných zakázek jsou porušována. Komise proto vyzdvihuje, že rozdíl mezi veřejnými zakázkami a koncesemi je potřeba spatřovat zejména v právu využívat předmět koncese a s tím související přesun rizika na soukromého partnera, což jsou aspekty, které veřejné zakázky nemají.

Podle Komise současné komunitární právo v zásadě upravuje pouze fázi udělení veřejné zakázky nebo koncese. Z hlediska obecných principů rovného zacházení a transparentnosti je však nezbytné, aby byla dána pravidla i pro fázi implementace projektu. Z tohoto pohledu Komise věnuje pozornost zejména následujícím aspektům PPP projektů na smluvní bázi:

- a) pravidelné vyhodnocování plnění závazků smluvním partnerem a optimální rozdělení zisků z projektu mezi veřejný a soukromý sektor;
- b) trvání partnerství, které by nemělo překročit nezbytnou dobu pro návratnost investice spolu s přiměřeným ziskem; trvání partnerství, které by zásadně překračovalo takovouto nezbytnou lhůtu, by totiž mohlo porušovat volnou soutěž a další zásady týkající se vnitřního trhu;
- c) stanovení úplaty pro soukromoprávní subjekt, které by mělo být transparentní a pevně dané tak, aby nedocházelo k porušování kritérií rozhodujících pro udělení koncese;
- d) možnost výměny smluvního partnera, pokud projekt neprobíhá podle ujednaných parametrů; takováto výměna však nesmí vést k obcházení pravidel pro udělování koncese;
- e) udělování dodatečných prací v souvislosti s původním projektem, které by mělo být velmi omezeno, aby nedocházelo k obcházení pravidel pro zadávání koncese.

8.2.2.2 PPP projekty na institucionalizované bázi

Komise u těchto projektů vychází z toho, že vytváření právnických osob s podílem veřejného a soukromého sektoru je zásadně řízeno národním právem členských států. Pokud však takovéto právnické osoby mají být účastny na veřejných zakázkách nebo koncesích, musejí být dodržována pravidla příslušná evropského práva.

Komise vyzdvihla dva okruhy problémů v oblasti PPP projektů na institucionalizované bázi, které mají bezprostřední vztah k existujícím normám komunitárního práva. Za prvé jde o výběr soukromého partnera, který by se vždy měl řídit principem nejvýhodnější ekonomické nabídky pro veřejný sektor. Za druhé, jde o účast těchto smíšených právnických osob na normálním procesu zadávání veřejných zakázek a koncesí. Takovéto právnické osoby by o koncese měly soutěžit s ostatními zájemci a neměly by mít privilegované postavení. Obdobný názor zaujal ESD, který v případě *Teckal*¹⁵ judikoval že, podíl zadavatele na určité právnické osobě neospravedlňuje výjimku z pravidel pro zadávání veřejných zakázek ve prospěch této osoby. Pravidla pro veřejné zakázky se tedy uplatní v každém případě, kdy zadavatel zadává zakázku jakékoli osobě, která je odlišná

¹⁵ Rozsudek ESD z 18. 11. 1999, C-107/98 *Teckal*

od samotného zadavatele. Soud připustil určitou výjimku, a to pokud zadavatel kontroluje příjemce zakázky stejným způsobem, jako kontroluje své vnitřní složky, a současně příjemce zakázky vykonává jako významnou část svých aktivit stejné aktivity jako zadavatel. Komise dále také zdůrazňuje, že při vytváření smíšených právnických osob musí být zachovány principy pravidel nediskriminace na základě národnosti a volného pohybu kapitálu.

Realizace PPP projektu na institucionalizované bázi, také může vést ke změně akcionáře ve společnosti, která je součástí veřejného sektoru. Komunitární právo veřejných zakázek samo o sobě neupravuje kapitálový vstup investora, ať už do veřejného nebo soukromého podniku. Takovéto transakce se v zásadě týkají pouze principů upravujících svobodný pohyb kapitálu. Pokud však veřejný sektor přenesle na soukromého partnera rozhodující vliv v podniku a taková operace v zásadě vede k udělení kontroly nad aktivitami, jichž se týká právo veřejných zakázek, musejí být uplatňovány principy svobody usazování, spolu s principem transparentnosti a rovného zacházení.

To znamená, že každý potenciální partner ze soukromého sektoru by měl mít možnost se ucházet o převzetí kontroly nad takovými aktivitami. Jinými slovy, bylo by v rozporu s evropským právem, pokud by kapitálový vstup ve skutečnosti zakrýval udělení veřejné zakázky nebo koncese soukromému partnerovi. K tomu by mohlo zejména dojít v případě, že na veřejnoprávní subjekt jsou přeneseny určité aktivity spadající pod veřejné zakázky či koncese a bezprostředně poté je kontrola nad tímto veřejnoprávním subjektem převedena na soukromoprávního partnera.

8.3 *Nový koncesní zákon*

Zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále jen „koncesní zákon“) je novou komplexní úpravou koncesí v právním řádu České republiky. Tento zákon nahrazuje dosavadní úpravu koncesí v zákoně č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách a transponuje ustanovení směrnice 2004/18/ES o nadlimitních koncesích pro stavební práce. Vedle koncesního zákona je otázka koncesí nadále upravena v souvislosti s výstavbou, provozováním a udržováním dálnic zákonem č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, v platném znění. Tato právní úprava zůstane v platnosti i po účinnosti koncesního zákona. Koncesní zákon dále předvídá, že v budoucnu mohou být přijaty jiné

zvláštní normy upravující koncese; v úvahu přicházejí například sektorové úpravy pro školství nebo zdravotnictví.

Z obecného pohledu upravuje koncesní zákon zejména vymezení základních pojmů, koncesní řízení včetně výběru koncesionáře, subdodávky, koncesní smlouvy včetně významných koncesních smluv, dohled Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nad dodržováním zákona a rozpočtový dozor Ministerstva financí nad finančními dopady koncesních smluv. V této části se zabývám jen vybranými ustanoveními koncesního zákona a jejich srovnáním s výše uvedenou evropskou úpravou.

8.3.1 *Postavení koncesního zákona ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách*

Koncesní zákon implementuje ustanovení komunitárního práva o koncesích na stavební práce, avšak rozšiřuje aplikaci svých ustanovení rovněž na podlimitní zakázky na stavební práce a také na zakázky na služby, ve všech případech realizovaných formou koncesí. Koncesní zákon má velmi úzký vztah k zákonu o zadávání veřejných zakázek. Koncesní zákon se na mnoha místech na úpravu v zákoně o veřejných zakázkách přímo odkazuje, zejména pokud jde o koncesní řízení. Je tedy otázkou, zda nebylo vhodnější zařadit úpravu koncesí do zákona o zadávání veřejných zakázek, podobně jako tomu je ve směrnici.

Autoři koncesního zákona v důvodové zprávě odůvodňují samostatnou právní úpravu specifiky koncesních projektů. V návaznosti na to upravoval původní návrh koncesního zákona předložený parlamentu určitá ustanovení jdoucí nad rámec směrnice i zákona o veřejných zakázkách; autoři se tu v mnoha směrech patrně inspirovali návrhy a doporučeními Evropské komise shrnutými v Zelené knize. Většinu z těchto ustanovení se však do konečného znění koncesního zákona nepodařilo prosadit. Odůvodněnost samostatné existence koncesního zákona vedle zákona o veřejných zakázkách se může zdát sporná.

Naopak, značná provázanost koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách může působit problémy v případě budoucích změn zákona o veřejných zakázkách, které se automaticky budou promítat do koncesního zákona. To může přinášet problémy pro aplikaci takových ustanovení v koncesním řízení. Vedle toho skutečnost, že některá ustanovení zákona o veřejných zakázkách se v koncesním řízení použijí „obdobně“ či

„přiměřeně“, zřejmě nebude přispívat k jasné interpretaci těchto pravidel v koncesním řízení.

Ačkoliv koncesní zákon má být komplexní úpravou pro PPP projekty, některé významné aspekty související s těmito projekty neřeší. Příkladem může být převod majetku státu na soukromého partnera, účast státu v soukromých společnostech, nebo poskytování záruk na financování PPP projektu. Tyto otázky jsou vesměs řešeny zákonem č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, v platném znění (dále jen „zákon o majetku státu“).

PPP projekty většinou obsahují prvek nabytí nájmu, nebo zcizení majetku zadavatelem, nebo kombinaci těchto kroků. Vlastnictví příslušné infrastruktury soukromým subjektem je přitom důležitou podmínkou, například při posuzování, zda náklady na budování infrastruktury mají být počítány do veřejného dluhu, či zda je příslušná smlouva považována za koncesní, či pouze za veřejnou zakázku. Při pohledu na některá ustanovení zákona o majetku státu je zřejmé, že při realizaci mnoha PPP projektů, kde zadavatelem je státní subjekt, bude potřeba vyhovět nejen ustanovením koncesního zákona, ale také poměrně přísným ustanovením zákona o majetku státu. Jedná se zejména o následujícími ustanovení:

- Podle §21 odst. 1 zákona o majetku státu může být věc státem zcizena, pouze je-li pro stát trvale nepotřebná; výjimku může povolit vláda;
- Podle §22 odst. 1 zákona o majetku státu může být věc převedena pouze za cenu obvyklou, bezúplatně jen ve veřejném zájmu;
- Podle §25 a §26 odst. 1 zákona o majetku státu nelze k majetku státu zřídit zástavní právo. Věcné břemeno lze zřídit pouze za úplatu na základě povolení ministerstva financí uděleného ze závažných důvodů;
- Podle §28 odst. 1 je potřeba předchozího souhlasu vlády k tomu, aby stát založil, nebo se účastnil na založení společnosti, a to pouze ve formě akciové společnosti. Rovněž nabývání akcií státem je vázáno dalšími ustanoveními zákona o majetku státu.

Domnívám se, že pokud už byla přijata zvláštní norma, která má cíleně umožnit realizaci PPP projektů, měla tato norma opravdu komplexně řešit všechny aspekty těchto projektů.

8.3.2 Implementace směrnice v koncesním zákoně

Koncesní zákon transponuje články 56 až 65 směrnice 2004/18/ES, které upravují koncese na stavební práce. Koncesní zákon implementuje tato ustanovení směrnice, zejména pokud jde o následující:

- základní definice veřejných zadavatelů koncesní smlouvy a výjimky z předmětu úpravy
- uveřejňování v souvislosti s koncesním řízením
- lhůty pro předložení žádosti o koncesi
- zadávání subdodávek a zadávání dodatečných stavebních prací koncesionáři
- zadávání zakázek koncesionáři, tj. těmi kteří jsou veřejnými zadavateli i těmi kteří nejsou veřejnými zadavateli.

8.3.3 Pojem koncesní smlouvy a rozdíl mezi koncesní smlouvou a veřejnou zakázkou

Koncesní zákon na rozdíl od dosavadní právní úpravy nepoužívá termín koncese, ani neobsahuje její definici. Zákon definuje koncesní smlouvy a stanoví, že koncesní smlouvy může veřejný zadavatel uzavírat, pokud to nevyklučuje zvláštní právní předpis. Koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje poskytnout služby nebo provést dílo, a veřejný zadavatel je povinen mu za to poskytnout protiplnění. Na rozdíl od veřejných zakázek, kde je protiplněním vždy jen úplata, je protiplněním koncesionáře možnost brát užitek vyplývající z poskytování služeb, nebo z využívání provedeného díla, popřípadě s poskytnutím peněžitého plnění. Koncesní zákon také stanoví, že podstatnou část rizik spojených z braní užitku musí nést koncesionář; konkrétní rozdělení rizik mezi zadavatele a koncesionáře musí stanovit koncesní smlouva.

Koncesní smlouva musí dále obsahovat důvody, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení smlouvy a vymezení stran k majetku, který je určen k realizaci smlouvy, včetně pravidel pro vypořádání v případě předčasného ukončení smlouvy. Zadavatel může rovněž na koncesionáře přenést právo vybírat od uživatelů předmětu koncese úhrady za poskytované služby, avšak pouze v případě, že takové právo má samotný zadavatel.

Ostatní ustanovení vztahující se ke koncesní smlouvě jsou poměrně stručná, je to smlouva uzavřená podle obchodního zákoníku v písemné formě (s podpisy na téže listině) a výlučně na dobu určitou. Odkaz na obchodní zákoník znamená, že koncesní smlouva je soukromoprávním závazkovým vztahem. Nejde však o specifický smluvní typ, obchodní zákoník specifickou úpravu koncesní smlouvy neobsahuje, a koncesní zákon ani takovou úpravu nezavádí. Podle obsahu koncesní smlouvy se tedy může jednat buď o některý ze smluvních typů upravený specificky obchodním zákoníkem, např. smlouva o dílo, ale spíše půjde o smlouvu inominátní.

Významným ustanovením koncesního zákona s potenciálním dopadem na zadavatele je to, že za škodu způsobenou koncesionářem v přímé souvislosti s poskytováním služeb uživatelům, odpovídá uživatelům zadavatel. Lze tedy předpokládat, že rozdělení rizik mezi zadavatele a koncesionáře bude upravovat i regresní nárok vůči koncesionáři vyplývající z této odpovědnosti.

8.3.4 *Rozpočtový dozor Ministerstva financí*

Důležitým prvkem procesu koncesního řízení je rozpočtový dozor, který vykonává Ministerstvo financí. Jde totiž o element, který odlišuje koncese od veřejných zakázek a který souvisí s dopadem koncesních smluv na veřejné rozpočty. Koncesní zákon totiž stanoví, že zadavatelé se mohou v koncesní smlouvě zavázat k budoucímu plnění, které není kryto v rozpočtu zadavatele platnému v okamžiku uzavření koncesní smlouvy. Může tedy docházet k tomu, že někteří zadavatelé budou prostřednictvím koncesních smluv odkládat určité veřejné výdaje do budoucna, což může způsobovat nadměrné zatížení veřejných rozpočtů v budoucnu. Jak již bylo uvedeno, limity na veřejný dluh jsou součástí maastrichtských kritérií konvergence. Vedle toho je nutné podotknout, že deficity rozpočtů územně samosprávných celků se do celkové výše veřejného dluhu započítávají a proto se koncesní zákon v oblasti fiskálních dopadů koncesních smluv zaměřuje právě na územně samosprávné celky.

Ministerstvo financí sleduje celkovou zadluženost veřejných rozpočtů v České republice a vykonává rozpočtový dozor. Koncesní zákon z toho důvodů zavedl systém, podle kterého si samosprávné celky nebo jimi zřízené rozpočtové či příspěvkové organizace musejí vyžádat k uzavření koncesní smlouvy a k její změně stanovisko

Ministerstva financí. Vyžádání stanoviska a jeho projednání při schvalování koncesní smlouvy, nebo její změně je podmínkou platnosti koncesní smlouvy. Z koncesního zákona však nevyplývá, že by tito zadavatelé museli respektovat názor Ministerstva financí vyjádřený v jeho stanovisku. Pokud tedy územní samosprávný celek uzavře koncesní smlouvu v rozporu se stanoviskem ministerstva financí, nemá to na její platnost vliv. Ve vládním návrhu koncesního zákona se původně hovořilo o nutném předchozím souhlasu Ministerstva financí k uzavření koncesní smlouvy. Toto ustanovení však bylo změněno Poslaneckou sněmovnou s tím, že není vhodné, aby samospráva byla takto omezována.

Vedle obecné roviny problému budoucího zadlužování veřejných rozpočtů je nutno se zmínit o možném problému nerovnoměrného vytváření tohoto dluhu různými zadavateli. Pokud budou některé územně samosprávné celky více aktivní při realizaci koncesních projektů s dopadem do veřejných rozpočtů¹⁶ než jiné, může dojít k „vyčerpání“ limitu pro zadluženost (zejména sledovanou na roční bázi). To může vytvářet tlak na omezení koncesních projektů jinými veřejnými zadavateli. Možným řešením by byla určitá závazná forma regulace zadlužování prostřednictvím koncesních projektů. Lze si představit stanovení limitů pro jednotlivé zadavatele (například v poměru k jejich aktuálnímu rozpočtu), nebo formu povinného souhlasu Ministerstva financí k realizaci projektu, jak bylo původně navrhováno autory koncesního zákona.

8.3.5 Dohled nad dodržováním zákona

Dohled nad dodržováním koncesního zákona je samozřejmě svěřen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který má obdobné pravomoci jako v případě dohledu nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách. Rozhoduje o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, ukládá *nápravná opatření* a pokuty za správní delikty. Příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách platí např. na podmínky zahájení řízení. Nedodrží-li zadavatel postup stanovený zákonem a tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, může úřad zrušit úkon zadavatele.

¹⁶ Zda budou závazky zadavatele z koncesní smlouvy chápány jako veřejný dluh či nikoliv závisí na způsobu, kterým jsou na koncesionáře přenášena rizika související s budováním a provozem infrastruktury pořizované na základě koncesní smlouvy. Ministerstvo financí bude při kvalifikaci závazků z koncesních smluv postupovat podle kritérií připravených EUROSTATem.

8.3.6 Uveřejňování, Rejstřík koncesních smluv

Pro uveřejňování platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách. V Úředním věstníku Evropské unie se uveřejňují oznámení o zahájení koncesního řízení pokud jde o nadlimitní koncesní smlouvy na stavby a také pokud jde o koncesionáře, který není zadavatelem podle zákona o veřejných zakázkách, jde-li o nadlimitní koncesní smlouvu na stavby a má v úmyslu zadat třetí osobě část plnění stavebních prací v rozsahu stanoveném v § 15 koncesního zákona. Ostatní oznámení se uveřejňují pouze v informačním systému o veřejných zakázkách.

Součástí informačního systému je také rejstřík koncesních smluv, jehož vedení zajišťuje Ministerstvo pro místní rozvoj. Tento rejstřík je veřejně přístupný. Zadavatel je povinen předat údaje specifikované v § 32 (předmětem zápisu jsou zejména identifikační údaje a základní vymezení předmětu koncesní smlouvy, oprávnění vybírat úhrady od uživatelů a jejich výše) do třiceti dnů od dne účinnosti koncesní smlouvy. Ke dni ukončení platnosti koncesní smlouvy jsou tyto údaje z rejstříku vymazány.

ZÁVĚR

Zadávání zakázek ve veřejném sektoru se týká širokého okruhu skupin a zájmů. Konkrétně tyto aktivity dopadají na ty, kdo je financují, což jsou v tomto případě daňoví poplatníci; na občany a spotřebitele, kteří využívají získaných služeb a produktů; na podnikatele, kteří dodávají produkty a služby; a také na ekonomiku jako celek, jelikož efektivní zadávání může hrát důležitou roli v podporování ekonomické aktivity.

Z perspektivy daňových poplatníků je kontrola výdajů primárním cílem regulace veřejného zadávání. Jakmile je rozhodnuto vložit veřejné prostředky do nákupu zboží, služeb nebo do realizace projektu, vyvstává vždy klíčová otázka, jak získat tu nejlepší možnou hodnotu za nejrozumnější možnou cenu. Rozhodujícím kritériem pro udělení veřejné zakázky musí i nadále být celková ekonomická výhodnost spolu s požadavkem na prosazování zásady ochrany životního prostředí (Evropská komise vydala příručku pro zadávání veřejných zakázek šetrných k životnímu prostředí).

Dalším cílem regulace je vyloučení korupčních praktik (jako je přijímání úplatků za zvýhodnění, která by úředník mohl poskytnout uchazečům o zakázku) a protekcionářství. Poctivost a nestrannost jsou samostatné hodnoty důležité pro zajištění důvěry veřejnosti ve státní správu. I malý korupční incident může mít politické následky a v negativním smyslu postihuje administrativu. Podobně je nutné se vyvarovat zdání nespravedlnosti a konfliktu zájmů. I z těchto důvodů jsou často přijímána právní opatření. Odpovědnost veřejnosti je také podstatným aspektem. Je důležité zajistit, aby zainteresované strany mohly poznat důvody rozhodnutí a způsob rozhodování. Tento pohled na problematiku osvětluje tradičně byrokratickou povahu zadávání veřejných zakázek. Samostatným cílem právní úpravy zadávání veřejných zakázek je spravedlivé zacházení s těmi, kdo obchodují se státním sektorem.

Hlavní nedávný rozvoj ve veřejném zadávání zakázek ve vyspělých státech spočívá ve vynoření úsilí spolupracovat na vykořenění užívání veřejného zadávání k ochraně a rozvoji národního průmyslu. Toto úsilí vychází z názoru, že takové užívání veřejného zadávání v principu škodí ekonomické prosperitě, která naopak může být podpořena a maximalizována otevřením zadávání veřejných zakázek zahraniční soutěži.

V tomto smyslu se iniciativy ujalo Evropské společenství, které provedlo podrobnou rozsáhlou úpravu materiální i procesní stránky regulace veřejných zakázek, aby vymýtilo ochranářské zadávání v rámci členských států. Členské státy byly povinny přijmout právně závazná a vymahatelná pravidla pro zadávání kvalifikovaných zakázek veřejným sektorem a veřejnými podniky podle evropské úpravy a tak zajistit rovné zacházení a příležitosti pro dodavatele v rámci celé EU.