



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



UOHSX008HAAH

Číslo jednací:
ÚOHS-D0306/2016/VZ-22104/2016/560/VSa

Vyřizuje:
Mgr. Sasková

Brno:
30. 5. 2016

Vážený pane doktore,

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“ nebo „zákon“), k přezkoumání postupů zadavatelů, obdržel dne 18. 5. 2016 Vaši žádost o poskytnutí stanoviska k aplikaci ustanovení § 2 odst. 7 věty druhé zákona v kontextu nových evropských zadávacích směrnic.

K Vaší žádosti považuji za nezbytné nejprve uvést, že v oblasti veřejných zakázek má Úřad na základě příslušných zákonných ustanovení zejm. povinnost a) vydávat předběžná opatření, b) rozhodovat, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, c) ukládat nápravná opatření, d) projednávat správní delikty zadavatelů a dodavatelů a ukládat sankce. Úřad však může tuto svoji pravomoc realizovat výlučně v rámci správního řízení zahájeného buď na návrh oprávněné osoby, nebo z moci úřední, přičemž vyjadřovat se ke konkrétním skutkovým okolnostem a podávat závazný výklad právních předpisů je Úřad oprávněn toliko v pravomocném rozhodnutí.¹ Gestorem zákona a orgánem oprávněným k vydávání metodických pokynů a výkladových stanovisek k zákonu je Ministerstvo pro místní rozvoj (dále též „ministerstvo“), z toho důvodu je vhodné se s žádostmi o výklad konkrétních ustanovení zákona obracet především na toto ministerstvo.²

Co se týče výkladu a důsledků aplikace ustanovení § 2 odst. 7 věty druhé zákona [dle kterého veřejný zadavatel nepostupuje podle ustanovení vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e) zákona], uvádím následující. Uvedené pravidlo bylo do zákona vloženo novelou zákona č. 55/2012 Sb., přičemž se jedná o vnitrostátní rozšíření pravidel obsažených ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále jen „směrnice 2004/17/ES“). Dle důvodové zprávy k novele „*návrh zpřísňuje postavení veřejného zadavatele v tzv. souběhu činností. Veřejný zadavatel v případě zakázek, kde převažovala relevantní činnost, postupoval podle pravidel*

¹ Upozorňuji, že pravomocné rozhodnutí je navíc závazné pouze ve svém výroku, a to nikoliv všeobecně, nýbrž toliko pro vymezenou skupinu subjektů (srov. § 73 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů).

² Výkladová stanoviska a metodiky k zákonu jsou dostupné zde: <http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Methodiky-stanoviska/Methodicke-pokyny>.

vztahujících se na sektorové zadavatele. Podle návrhu nebude veřejný zadavatel postupovat jako sektorový v případě veřejných zakázek v oblasti vodárenství. Jeho postup bude regulován přísnějšími pravidly pro veřejného zadavatele. V ostatních oblastech relevantní činnosti není vzhledem k charakteru prostředí nutné regulovat přísněji tak, aby veřejný zadavatel byl vůči sektorovým znevýhodňován.“ Ačkoliv se jedná o pravidlo, jež není obsaženo ani ve směrnici 2004/17/ES, ani ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (dále jen „směrnice 2014/25/EU“) nebo ve směrnici Evropského parlamentu a rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, je třeba jej posuzovat v kontextu celého znění příslušných směrnic a též s ohledem na smysl a účel evropské regulace zadávání veřejných zakázek.

Především je třeba zdůraznit, že evropská úprava zadávání sektorových veřejných zakázek dopadá (a vždy dopadala) toliko na veřejné zakázky, jejichž předpokládaná hodnota je vyšší než limity uvedené v příslušných ustanoveních směrnice (pro daný případ nyní v čl. 15 směrnice 2014/25/EU) – v českém právu hovoříme o tzv. nadlimitních veřejných zakázkách. S ohledem na skutečnost, že harmonizace oblasti zadávání veřejných zakázek dopadá toliko na nadlimitní veřejné zakázky, je zřejmé, že úprava veřejných zakázek, jejichž předpokládaná hodnota nedosahuje uvedených limitů, je ponechána ve výlučné kompetenci členských států. Dle vnitrostátní úpravy je veřejný zadavatel povinen v režimu zákona postupovat vždy, když zadává veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 2 mil. Kč bez DPH nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 6 mil. Kč bez DPH (srov. § 12 a § 18 odst. 5 zákona). Pro oblast zadávání podlimitních veřejných zakázek je tedy pravidlo obsažené v § 2 odst. 7 větě druhé zákona výrazem uplatnění výlučné kompetence domácího zákonodárce.

Pro oblast zadávání nadlimitních veřejných zakázek je situace odlišná, nicméně stále je třeba vycházet ze smyslu a účelu zadávacích směrnic. Základní nosnou myšlenkou evropské úpravy zadávání veřejných zakázek je zajištění co nejefektivnějšího využití veřejných prostředků, čehož má být dosaženo zajištěním volné hospodářské soutěže mezi dodavateli. Pravidlo obsažené v § 2 odst. 7 větě druhé zákona je zpřísnujícím opatřením ve vztahu k veřejným zadavatelům (ti jsou na rozdíl od sektorových a dotovaných zadavatelů povinni zadávat předmětné zakázky v „přísnějším“ režimu), nicméně současně se jedná o rozšíření hospodářské soutěže do oblasti, ve které je standardně vyloučena, neboť dodavatelé mohou o předmětnou veřejnou zakázku soutěžit, zatímco v případě jejího zadání dle pravidel pro sektorové zadavatele by veřejný zadavatel pravděpodobně přistoupil k přímému zadání zakázky. Soutěž mezi dodavateli obecně přináší tlak na zvýšení kvality plnění za současného snížení ceny, účel co nejefektivnějšího vynakládání veřejných prostředků je tak bezpochyby naplněn.

Upozorňuji též na čl. 288 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie, dle kterého je směrnice závazná pro každý stát, kterému je určena, pokud jde o **výsledek, jehož má být dosaženo**, přičemž volba formy a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům.

Současně odkazuji na stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 6. 5. 2016 (dostupné zde: <http://www.portal-vz.cz/cs/Aktuality/Stanovisko-k-domnele-nejasnosti-platnosti-a-ucinnosti-noveho-zakona-o>), ve kterém se ministerstvo poměrně jednoznačně vyjadřuje ke způsobu

transpozice zadávacích směrnic do vnitrostátního práva a případným rozporům mezi vnitrostátními předpisy a evropskými směrnicemi. Dle vyjádření ministerstva byla Evropská komise v minulosti několikrát informována o skutečnosti, že národní úprava je přísnější než evropská, nicméně Komise nikdy přísnější úpravu nerozporovala.

Pro úplnost též odkazuji na již platný zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který nabyde účinnosti dne 1. 10. 2016, a který tímto dnem zruší a nahradí dosud účinný zákon č. 137/2006 Sb. Nový zákon již žádné ustanovení ekvivalentní pravidlu obsaženému v § 2 odst. 7 věty druhé zákona o veřejných zakázkách neobsahuje, pro veřejné zakázky zadávané veřejným zadavatel při výkonu relevantní činnosti pak budou univerzálně platná ustanovení § 151 a násl. zákona č. 134/2016 Sb. (postup pro zadávání sektorových veřejných zakázek).

Závěrem upozorňuji na problematiku určení, zda veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na výstavbu vodovodu a kanalizace skutečně v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Relevantní činností se podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona rozumí v odvětví vodárenství 1. poskytování vodovodu, sloužícího veřejné potřebě, pro účely provozování takového vodovodu podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody, 2. provozování vodovodu sloužícího veřejné potřebě podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody, nebo 3. dodávka pitné vody do vodovodu podle bodů 1 a 2. Relevantní činností podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona se pak rozumí činnost osob vykonávajících relevantní činnost podle písmene d), pokud tato činnost 1. souvisí s projekty vodního hospodářství, zavlažováním nebo odvodňováním půdy za předpokladu, že objem vody, který má být využit pro dodávky pitné vody, představuje více než 20 % celkového objemu vody, které uvedené projekty nebo zavlažovací či odvodňovací zařízení poskytují, nebo 2. souvisí s odváděním odpadních vod kanalizací sloužící veřejné potřebě nebo s čištěním odpadních vod.

Určení režimu, ve kterém má být veřejná zakázka zadána, je třeba provést před samotným zahájením zadávacího řízení, tzn. v okamžiku zahájení zadávacího řízení má mít zadavatel najisto postaveno, zda je veřejným zadavatelem, zda se jedná o veřejnou zakázku a jakým režimem se její zadání bude řídit. Pokud činnost zadavatele k okamžiku zahájení zadávacího řízení nenaplňuje všechny znaky relevantní činnosti dle § 4 zákona [v případě písm. e) tedy i podmínku výkonu činnosti podle písm. d)], nelze se ustanovení § 2 odst. 7 zákona dovolávat. V souladu s rozhodovací praxí Úřadu³ je tedy třeba zkoumat, zda zadavatel v okamžiku zahájení zadávacího řízení vykonává

³ Zejm. odkazuji na rozhodnutí ze dne 16. 1. 2015, č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-1679/2015/531/JDo (potvrzeno rozhodnutím předsedy ze dne 17. 12. 2015, č. j. ÚOHS-R45/2015/VZ-44887/2015/322/DRu), ve kterém Úřad konstatoval, že veřejný zadavatel – Svazek obcí Nové Syrovice a Láz - kanalizace a ČOV, **nebyl k okamžiku zahájení zadávacího řízení poskytovatelem** vodovodu, sloužícího veřejné potřebě, pro účely provozování takového vodovodu podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody nebo provozovatelem vodovodu sloužícího veřejné potřebě podle zvláštního právního předpisu v souvislosti s výrobou nebo dodávkou pitné vody nebo dodavatelem pitné vody do vodovodu; **zadavatel tedy nevykonával relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona** a nebyl tak oprávněn zadávat veřejnou zakázku na výstavbu splaškové kanalizace a ČOV s odkazem na § 2 odst. 7 v návaznosti na § 4 odst. 1 písm. e) zákona podle pravidel pro sektorové zadavatele. V rozhodnutí ze dne 8. 7. 2014, č. j. ÚOHS-S64/2014/VZ-14371/2014/522/PLy, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy ze dne 16. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R268/2014/VZ-39447/2015/322/Edy, pak Úřad potvrdil, že pokud zadavatel vykonává relevantní činnost dle § 4 odst. 1 písm. d) nebo e) zákona, pak je povinen postupovat dle ustanovení § 2 odst. 7 věty druhé zákona a zadat zakázku související s výkonem této relevantní činnosti v režimu platném pro veřejného zadavatele. Doplnuji, že všechna výše uvedená rozhodnutí Úřadu jsou veřejně dostupná v internetové sbírce rozhodnutí na www.uohs.cz.

některou z relevantních činností dle § 4 zákona, a zda její výkon veřejného zadavatele opravňuje k zadání veřejné zakázky v režimu platném pro sektorové zadavatele.

S pozdravem

Mgr. Ing. Vítězslava Fričová, LL.M.
Metodické oddělení, vedoucí

Obdrží:

KVAPIL & ŠULC, Advokátní kancelář
JUDr. Robert Šulc, Ph.D., advokát
Národní 21
110 00 Praha 1