



PARLAMENTNÍ
INSTITUT

MOŽNOSTI STÁTU V PŘIDĚLOVÁNÍ ZAKÁZEK STRATEGICKÉHO VÝZNAMU

Mgr. Tomáš Babka
Mgr. Petra Mylková

Studie č. 5.312
květen 2011



POSLANECKÁ
SNĚMOVNA
PARLAMENTU
ČESKÉ REPUBLIKY

Obsah:

POJEM „STRATEGICKÁ ZAKÁZKA“	2
PRÁVNÍ ÚPRAVA VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK.....	3
VÝJIMKY Z PRÁVNÍ ÚPRAVY VE VZTAHU KE STRATEGICKÝM VEŘEJNÝM ZAKÁZKÁM	4
A. VÝJIMKY Z REŽIMU ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	4
B. VÝJIMKY Z UNIJNÍ ÚPRAVY ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	6
C. VÝJIMKY Z ÚPRAVY NA ÚROVNI MEZINÁRODNÍCH ORGANIZACÍ	8
MOŽNOST OMEZENÍ ZAHRANIČNÍCH DODAVATELŮ Z HLEDISKA BEZPEČNOSTI ČI JINÉHO OBDOBNEHO KRITÉRIA V PRÁVNÍM ŘÁDU ČR	8
A. ZADÁVACÍ DOKUMENTACE.....	8
B. KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY	9
ZÁVĚR:	10
MOŽNOSTI STÁTU PŘI PŘIDĚLOVÁNÍ ZAKÁZEK STRATEGICKÉHO VÝZNAMU	10
MOŽNOSTI PŘI POSTUPU PODLE ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	12
POSTUP MIMO REŽIM ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	12
DALŠÍ MOŽNOSTI NA PROSAZENÍ VŮLE STÁTU	14
PRAMENY:	15

Pojem „strategická zakázka“

V českém právním řádu neexistuje zákonná definice strategických veřejných zakázek či zakázek strategického významu. Stejně tak ani zahraniční právní úpravy ve svých právních normách regulujících problematiku zadávání veřejných zakázek k vymezení tohoto pojmu nepřístupují. Jakkoliv jde o termín užívaný a často se vyskytující, jde spíše o pojem ekonomicko-politologický, využívaný především v médiích. Vymezení takového pojmu je tak poměrně komplikovanou otázkou. V minulosti platná právní úprava, tj. zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, využíval pojem *nákupy majetku a služeb strategického charakteru*, když pro tuto skupinu nákupů vylučoval působnost tohoto zákona v ustanovení § 1 odst. 2 písm. k). Toto ustanovení se ovšem omezovalo pouze na nákupy majetku a služeb strategického charakteru, které souvisí s integrací a členstvím České republiky v Severoatlantické alianci, které musí být vždy schváleny vládou. Podle zprávy Bezpečnostní rady státu z roku 2000¹ jsou takovými nákupy, schválenými vládou České republiky, nákupy související s projekty NATO v rámci Programu bezpečnostních investic NATO, nákupy představující klíčové projekty k naplnění výstavby sil Force Goals a nákupy představující významné projekty na vládní úrovni s členskými státy. Současně platná právní úprava vymezuje pojem objektů strategického

¹ Zpráva Bezpečnostní rady státu dostupná z: <http://www.vlada.cz/assets/ppov/brs/cinnost/zaznamy-z-jednani/usn114-00.pdf>

významu v zákoně č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů, když v části páté zákona, v § 29 vymezuje tzv. objekty důležité pro obranu státu. Takovými objekty jsou podle odst. 2 písm. c) také *pozemky, stavby a další objekty strategického významu, které určí vláda*. Český právní řád tedy v omezené míře s pojmem majetek strategického významu pracuje, zaměřuje se však pouze na úzkou oblast zajišťování obrany a bezpečnosti státu, fungování armádních sil apod. a neposkytuje tak žádný ucelený výklad pojmu strategické veřejné zakázky. Pro účel dalšího textu je možno považovat za strategické zakázky takové, kde jde o zakázky, kde předmětem plnění jsou dodávky, služby či stavební práce, které zajišťují bezpečnost, fungování a infrastrukturu země, tj. mohou to být vojenské materiály, materiály citlivé povahy, objekty významné pro obranu země, energetické či vodárenské sítě apod.

Právní úprava veřejných zakázek

Je zapotřebí si uvědomit, že právní úprava zadávání veřejných zakázek se prolíná v několika rovinách, a to v rovinách práva národního, unijního i práva mezinárodních organizací, typicky WTO. Aktuálně platnou českou právní úpravou veřejných zakázek je zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o VZ). Jak již bylo uvedeno, tento zákon pojem strategických veřejných zakázek nevymezuje. Základem pro tuto problematiku je obecné vymezení pojmu veřejná zakázka, kterou zákon obsahuje v § 7, když stanoví, že veřejnou zakázkou je „*zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací*.“ Tento zákon je tak základní právní normou systému a metodiky zadávání veřejných zakázek. Je postaven na principech transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, které zakotvuje v § 6 zákona o VZ.

Základem evropské legislativy pro oblast zadávání veřejných zakázek jsou 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, ve znění pozdějších předpisů a 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, ve znění pozdějších předpisů. Zajištění právní ochrany v této oblasti zakotvují směrnice Rady č. 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce a směrnice Rady č. 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání

zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. V roce 2009 došlo k přijetí nové směrnice v diskutované oblasti obranné a bezpečnostní politiky a to směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti, jejíž lhůta pro implementaci do právních řádů českých států je stanovena do srpna roku 2011. V roce 2004 dochází k založení Evropské obranné agentury a stále větší důraz je kladen na vytvoření společného evropského trhu s obranným materiálem².

Na úrovni mezinárodních organizací dochází k regulaci zadávání veřejných zakázek, jde především o Mezinárodní obchodní organizaci (dále jen WTO), na jejíž půdě došlo mezi některými členskými státy k uzavření mezivládní Dohody o veřejných zakázkách³. Základním prvkem, který prolíná celou dohodou je princip transparentnosti a nediskriminace, kdy smluvní strany jsou povinny zajistit rovné zacházení dodavatelům z ostatních smluvních stran dohody. GPA byla výchozím zdrojem pro směrnice přijímané na úrovni evropského práva i pro český zákon o VZ, který je tak s dohodou plně v souladu.

Výjimky z právní úpravy ve vztahu ke strategickým veřejným zakázkám

A. Výjimky z režimu zákona o veřejných zakázkách

Zákonodárce zakotvuje v § 18 možnost zadavatelů nepostupovat při zadávání veřejné zakázky podle zákona o VZ. V tomto ustanovení vymezuje veřejné zakázky, které mohou být z působnosti zákona vyloučeny. Takovými jsou mimo jiné zakázky, jejichž předmětem jsou utajované informace nebo jestliže by uveřejnění zadávací dokumentace či plnění takové zakázky mohlo ohrozit ochranu utajovaných informací, typicky v oblasti zabezpečení obranyschopnosti a bezpečnosti České republiky, bankovních operací či ochrany chemických a jaderných zařízení. Také jsou to veřejné zakázky, které jsou podle zvláštních právních předpisů spojeny se zvláštními bezpečnostními opatřeními nebo jejichž zadávání souvisí s ochranou základních bezpečnostních zájmu země, a také veřejné zakázky, jejichž předmětem je výroba nebo koupě zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu, je-li to nutné k zajištění obrany nebo bezpečnosti státu. Tuto zákonnou výjimku je možné vztáhnout pouze na zadavatele z vojenské oblasti, přičemž Ministerstvo obrany prováděcím předpisem určí seznam takového

² EU law and defence procurement.

Dostupné z: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/defence_procurement/index_en.htm

³ Government Procurement Act (GPA). Dostupné z: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm

materiálu, a to konkrétně vyhláškou č. 274/2006 Sb., kterou se stanoví seznam vojenského materiálu pro účely zákona o veřejných zakázkách. Zakázkou zadávanou mimo režim zákona o VZ mohou být i zakázky zadávané podle zvláštních mezinárodních smluv týkajících se pobytu ozbrojených sil. Vzhledem k hospodářskému významu veřejných zakázek, stejně jako k významu při vytváření vnitřního i celosvětového trhu a zvláštnímu důrazu kladenému na principy nediskriminace a transparentnosti, je potřeba přistupovat k aplikaci a výkladu těchto výjimek velice restriktivně. Nelze je proto výkladem rozšířit na jiné než v zákoně výslovně stanovené oblasti veřejných zakázek. Zákon v případě těchto obecných výjimek z působnosti zákona zakotvuje možnost zadavatele, nikoliv povinnost, nepostupovat podle zákona. Zadavatel tedy může při zadávání veřejné zakázky zvolit postup podle zákona, v takovém případě má ale povinnost respektovat příslušná ustanovení zákona⁴. I pokud se neaplikuje zákon, je veřejný zadavatel povinen dodržovat základní zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace podle § 6 zákona o VZ⁵.

Pokud jde o sektorové zadavatele, zákon stanoví výjimky z působnosti zákona v ustanovení § 19. Pojem sektorového zadavatele definuje zákon v § 2 odst. 6 zákona o VZ jako „osobu vykonávající některou z relevantních činností, pokud ji vykonává na základě zvláštního či výhradního práva nebo pokud nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv.“ Relevantní činností se rozumí zákonem vymezené činnosti v odvětví plynárenství, teplárenství, elektroenergetiky, vodárenství, činnosti související s provozováním dopravních sítí, poštovních služeb apod. Základním pravidlem pro síťové zadavatele je postup podle zákona v případě zadávání nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Ve vztahu k zadávání veřejných zakázek sektorovými zadavateli dodavatelům ze třetích států je stěžejním ustanovením § 100 zákona o VZ. Toto ustanovení se vztahuje výlučně na sektorové zadavatele a stanovuje specifický režim pro veřejné zakázky na dodávky ze třetích států, se kterými Evropská unie nemá uzavřenu mezinárodní smlouvu, která umožňuje reciproční přístup na trh veřejných zakázek dané země. Odst. 2 dává sektorovému zadavateli možnost přihlédnout k původu dodávky a tím i určitému způsobu ochrany českého trhu veřejných zakázek. Síťový zadavatel je tedy oprávněn odmítnout jakoukoliv nabídku, jestliže je podíl hodnoty dodávek, které pochází ze států vymezených přímo použitelným předpisem Evropské unie, vyšší než 50% z celkové hodnoty dodávek zahrnutých v nabídce. Toto ustanovení odkazuje na přímo použitelný předpis EU, kterým je nařízení č. 2913/92, kterým se vydává celní kodex Společenství, ve znění pozdějších předpisů, který v čl. 3 vymezuje celní území Unie. Odmítnout je

⁴ Jurčík, R.: *Zákon o veřejných zakázkách, komentář*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011, s.136.

⁵ Raus D., Nekuda R.: *Zákon o veřejných zakázkách, komentář*. Praha: Linde, 2007. 895 s.

však možné jen kvůli dodávkám, tzn. že sektorový zadavatel zkoumá v nabídce podíl dodávek zboží z příslušné cizí země na celkovém rozsahu plnění. Nezkoumá se podíl služeb ani stavebních prací. Toto ustanovení tak společně s § 101 prolamuje obecnou aplikovatelnost zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace a za stanovených podmínek je tak možné některé dodavatele oproti jiným zvýhodnit⁶.

Výjimkou z režimu zákona o VZ je i ustanovení § 20, které umožňuje sektorovému zadavateli vykonávajícímu relevantní činnost, která je přímo vystavena hospodářské soutěži, resp. plné konkurenci na trhu, na který mají ostatní subjekty neomezený přístup, nepostupovat podle zákona o VZ. Tito sektoroví zadavatelé nemají zpravidla v oblastech, ve kterých působí, žádné přirozené a rovnocenné konkurenty, viz např. oblasti plynárenství, teplárenství či elektroenergetiky. Pokud však fakticky taková konkurence ve skutečnosti existuje, je možné podat žádost o rozhodnutí této otázky Evropské komisi. V případě rozhodnutí o existenci hospodářské soutěže na trhu v dané oblasti relevantní činnosti, nemusí sektorový zadavatel postupovat podle ustanovení zákona o VZ.

I přes tuto skupinu výjimek, kterými zákon umožňuje vyloučit svou působnost pro zadávání veřejných zakázek či umožňuje odmítnout nečlenské země EU z dodávek sektorovým zadavatelům, je vždy potřeba mít na zřeteli princip nediskriminace a rovného zacházení, který prostupuje úpravou veřejných zakázek na národní i mezinárodní úrovni.

B. Výjimky z unijní úpravy zadávání veřejných zakázek

Otázka veřejné soutěže a zadávání veřejných zakázek začíná nabývat významu v rovině práva EU v souvislosti s vytvářením vnitřního trhu. Náklady na veřejné zakázky představují cca 16% hrubého domácího produktu EU. Primární právo neobsahuje možnost přímé úpravy, proto těžiště právní úpravy spočívá v harmonizaci národních právních řádů prostřednictvím výše zmíněných směrnic. Výjimku z obecné unijní úpravy zadávání veřejných zakázek stanovuje již sama Smlouva o fungování Evropské unie, když v čl. 346 odst. 1 písm b) (dřívější článek 296 SES) prostřednictvím obecné tzv. salvatorní klauzule vymezuje pravomoci členských států, které jim zůstávají bez ohledu na jiná ustanovení smluv. Každý členský stát může učinit opatření, která považuje za nezbytná k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti a která jsou spjata s výrobou zbraní, střeliva a válečného materiálu nebo obchodem s nimi. Tato opatření jsou vázána na splnění několika podmínek, kdy tato opatření nesmí nepříznivě ovlivnit podmínky hospodářské soutěže na vnitřním trhu s výrobky, které nejsou určeny výlučně k vojenským účelům (tzv. zboží dvojího

⁶ Krč R., Marek K., Petr M.: *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a předpisy souvisejícími.*

užití), které vymezuje unijní seznam. Současně musí jít o opatření nezbytná k ochraně podstatných zájmů bezpečnosti daného členského státu. Uplatňování čl. 346 SFEU při zadávání zakázek v oblasti obrany má za následek neuplatňování zadávacích směrnic. Jejich pravidla přitom vyjadřují základní principy a cíle vnitřního trhu a proto se jakákoliv výjimka podle čl. 346 dotýká samotné podstaty Evropské unie a představuje skutečnost závažnou z právního i politického hlediska. SFEU proto obsahuje přísné podmínky pro uplatňování této výjimky, přičemž vyvažuje zájmy členských států v oblasti obrany a bezpečnosti se základními principy a cíly Unie. Jejich cílem je zajistit, aby výjimka zůstala skutečnou výjimkou omezenou na případy, kdy členské státy nemají jinou možnost, než chránit své bezpečnostní zájmy na národní úrovni⁷. Toto ustanovení tak dává ve výjimečných situacích možnost států při zadávání zakázky nepostupovat podle unijního práva, ovšem jako ostatní ustanovení omezující rozvíjení vnitřního trhu musí být i toto vykládáno přísně restriktivně a každý členský stát musí být připraven použití odchylky obhájit⁸.

Pokud nedojde k vyloučení veřejné zakázky na základě aplikace čl. 346 SFEU, je zapotřebí při zadávání zakázek dodržovat sekundární právo EU. V roce 2009 došlo k přijetí nové směrnice určené pro oblast veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby v oblasti obrany a bezpečnosti. Potřeba přijetí této směrnice jako zvláštního rámce pravidel vztahujícího se na smlouvy spadající do oblasti působnosti článku 346 SFEU, u kterých není odůvodněno použití výjimky, byla zmíněna již v Zelené knize Veřejných zakázek v oblasti obrany⁹. Tato směrnice přistupuje k úpravě veřejných zakázek v oblasti obrany a bezpečnosti, ovšem pouze v rámci vztahů mezi členskými státy, nevymezuje zadávání zakázek třetím nečlenským státům či možnost omezení takového zadávání. Ve své preambuli ovšem výslovně stanovuje skutečnost, že národní bezpečnost zůstává výhradní odpovědností jednotlivých členských států v oblasti obrany i bezpečnosti. Současně zmiňuje, že v oblasti zakázek ve sféře obrany a bezpečnosti si členské státy zachovávají pravomoc rozhodnout o tom, zda jejich zadavatelé mohou umožnit hospodářským subjektům ze třetích zemí, aby se zúčastnily zadávacího řízení. Směrnice 81/2009 je tak zamýšlena jako obecný režim veřejných zakázek pro specifickou oblast obrany a bezpečnosti, zatímco článek 346 SFEU je derogací Smluv pro výjimečné situace, kde ani ustanovení této směrnice nepostačují k zajištění základních bezpečnostních zájmů členských států¹⁰.

Praha: Linde 2006. 543 s.

⁷ Interpretační sdělení o uplatňování čl. 296 Smlouvy s ohledem na zadávání zakázek v oblasti obrany. Kom/2006/0779. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0779:FIN:CS:PDF>

⁸ Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k Zelené knize – veřejné zakázky v oblasti obrany COM (2004) 608. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:221:0052:0055:CS:PDF>

⁹ Zelená kniha. Veřejné zakázky v oblasti obrany. Dostupné z:

http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2004&T3=0608&RechType=RECH_naturel&Submit=Hledat

¹⁰ Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security. Guidance Note Field of application:

C. Výjimky z úpravy na úrovni mezinárodních organizací

Mezinárodní obchod, resp. veřejné zakázky na úrovni nadnárodní jsou upraveny řadou mezinárodních multilaterálních i bilaterálních dohod, z nichž nejvýznamnější je z hlediska strategických zakázek Dohoda o vládních zakázkách sjednaná na úrovni WTO, která upravuje základní principy a pravidla, která je nutno dodržovat při zadávání zakázek na území smluvních stran GPA, tedy i České republiky, pokud jsou naplněny podmínky pro její aplikaci. I úprava je ovládána zásadou nediskriminace a rovného přístupu. I GPA však obsahuje ustanovení, které v čl. XXIII umožňuje smluvním státům odchýlit se od ustanovení Dohody a přijmout taková opatření nebo nezveřejnit takové informace, které považuje za nezbytné k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti v souvislosti se zakázkami na zbraně, munici nebo vojenský materiál nebo zakázkami nezbytnými pro zajištění národní bezpečnosti nebo pro účely obrany státu. Stejně tak nesmí být GPA vykládána způsobem, který by bránil smluvním stranám ukládat nebo prosazovat opatření nezbytná k ochraně veřejné morálky, veřejného pořádku a bezpečnosti. Ačkoliv je úprava poskytovaná na základě GPA zásadně otevřená, nediskriminační a zajišťující přístup dodavatelů ze všech zemí, je ze stanovených důvodů možné dohodu neaplikovat a veřejnou zakázku zadávat mimo její režim.

Možnost omezení zahraničních dodavatelů z hlediska bezpečnosti či jiného obdobného kritéria v právním řádu ČR

A. Zadávací dokumentace

Pro vymezení veřejné zakázky využívá zákon, resp. zadavatel dva hlavní podklady. Jde jednak o zadávací dokumentaci, jejímž prostřednictvím zadavatel vymezuje předmět veřejné zakázky, druhým způsobem jsou pak kvalifikační kritéria či požadavky, které vymezují subjekt zakázky, tj. uchazeče, resp. dodavatele takové zakázky. Kvalifikační kritéria tak slouží zadavateli k tomu, aby byly v další fázi zadávacího řízení hodnoceny pouze nabídky těch uchazečů, u nichž bylo prostřednictvím posuzování kvalifikace ověřeno, že jsou způsobilí řádně splnit veřejnou zakázku. Naproti tomu ve fázi hodnocení nabídek již má jít o posuzování kvality plnění, které je uchazečem nabízeno¹¹.

Zadávacími podmínkami jsou podle definičního ustanovení § 17 odst. 1 písm. l) „*veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací*

¹¹ Jurčík, R.: *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011.

dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.“ Zadávací dokumentace definuje předmět veřejné zakázky a to především z technického hlediska. Zákon ve svém § 44 zadávací dokumentaci vymezuje jako „soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.“ V zadávací dokumentaci je zadavatel povinen specifikovat veškeré své požadavky na plnění veřejné zakázky, přičemž je plně odpovědný za úplnost a správnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci. Zákon stanoví obligatorní náležitosti zadávací dokumentace, přičemž zadavatel v ní může uvést jakékoliv objektivní, transparentní a nediskriminační požadavky na plnění veřejné zakázky¹². Zákon v ustanovení § 44 konkretizuje vymezení zadávací dokumentace, když stanoví v odst. 3 písm. g), že zadávací dokumentace může obsahovat kromě základních, zákonem vymezených náležitostí také i jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky. Výkladem tohoto ustanovení, v propojení s ustanovením § 44 odst. 8, může zadavatel v dokumentaci uvést i zvláštní požadavky na plnění zakázky, přičemž zákon stanoví, že může jít zejména o podmínky v oblasti sociální, zaměstnanosti nebo v oblasti životního prostředí. Protože jde však o ustanovení svou povahou demonstrativní, nebrání zadavateli zákonná úprava stanovit i požadavky jiné. Může jít např. o podmínku zákazu účasti dodavatele, který má vůči zadavateli finanční nesplacené závazky, o podmínku doložení osvědčení od Národního bezpečnostního úřadu či podmínku, aby dodavatel, v případě, že je s ním uzavřena smlouva, zaměstnal určitý počet nezaměstnaných v regionu¹³. Zákon tak stanoví možnost zadavatele určit v zadávací dokumentaci i jiná než zákonem určená kritéria veřejné zakázky, tedy i kritéria bezpečnostní povahy, a tím nepřímou specifikovat či zúžit okruh případných způsobilých dodavatelů. Vždy však musí být dodržen základní princip rovného přístupu.

B. Kvalifikační předpoklady

Subjekt veřejné zakázky, tj. dodavatele, vymezuje zadavatel prostřednictvím tzv. kvalifikačních požadavků upravených v § 50 an. zákona o VZ. Doložením kvalifikace prokazují dodavatelé, že mají předpoklady zakázku realizovat¹⁴. Zákon o VZ stanoví nevyvratitelnou domněnku, že pokud dodavatel kvalifikaci nesplní, není způsobilý k plnění veřejné zakázky. Zadavatel nesmí překročit rozsah kvalifikace nad potřeby související s předmětem veřejné zakázky. Zákon stanoví skupinu kvalifikačních předpokladů základních, profesních, ekonomických a finančních, a technických. I když zákon poměrně podrobně vymezuje jednotlivé skupiny

¹² Marek, K.: *Veřejné zakázky*. Právní rádce 7/2010.

¹³ Jurčík, R.: *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011.

¹⁴ Marek, K.: *K eurokonformnímu výkladu zákona o veřejných zakázkách*. Právní rádce 2/2008. s. 65-74

předpokladů, může zadavatel zvolenou strategií výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Zadavatel je však vždy povinen respektovat zákaz diskriminace¹⁵. Prokázání kvalifikace se nehodnotí, ale posuzuje se pod aspektem toho, zda bylo či nebylo prokázáno její splnění. Pokud jde o prokazování kvalifikace zahraničními dodavateli, stanoví zákon v § 51 odst. 7, že zahraniční dodavatel prokazuje splnění kvalifikace způsobem podle právního řádu platného v zemi jeho sídla, místa podnikání či bydliště, vždy však v rozsahu požadovaném českým zákonem o VZ¹⁶.

Zákon obsahuje v hlavě páté dílu druhém zvláštní ustanovení pro zadávací dokumentaci sektorových zadavatelů. Takový zadavatel není povinen, vyjma užšího řízení a jednacím řízení s uveřejněním, požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele. Současně je sektorový zadavatel podle § 63 odst. 1 oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele. Požadavky na kvalifikaci, které tak u sektorového zadavatele mohou být v podstatě jakékoliv, mají podle § 63 odst. 4 pouze dvě základní omezení – musí se vztahovat nejen k předmětu veřejné zakázky, ale i k jejímu rozsahu. Zákon stanoví sektorovému zadavateli také možnost omezení zájemců v užším řízení a v jednacím řízení s uveřejněním.

Závěr:

Možnosti státu při přidělování zakázek strategického významu

Šíře možností státu na prosazení jeho vůle při přidělování zakázek strategického významu se tedy odvíjí od celé řady klíčových aspektů. V první řadě je třeba vzít v potaz charakter zakázky, jenž je předmětem zadávacího řízení, a odpovědět tak na otázku, v čem spočívá strategičnost a významnost takové zakázky, a v jakém ohledu se tyto skutečnosti dotýkají důležitých národních zájmů. Vedle toho záleží na tom, zda a v jaké míře se stát účastní na společnosti, která je zadavatelem veřejné zakázky – tzn., zda je zadavatelem přímo stát samotný či jím ovládaná právnická osoba, anebo zda je majetková účast státu v takové společnosti omezena. V neposlední řadě je nutné posoudit všechny relevantní právní předpisy i smluvně převzaté mezinárodně-právní závazky, které se na konkrétní případ vztahují.

Pokud jde o zakázky, jejichž předmětem je výroba nebo koupě zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu (dále jen vojenský materiál), které dozajista spadají do oblasti, na jejíž regulaci má stát podstatný zájem, platí relativně jasná pravidla. Výjimky

¹⁵ Raus D., Nekuda R.: *Zákon o veřejných zakázkách, komentář*. Praha: Linde, 2007. 895 s.

¹⁶ Havlíček, J.: *Kvalifikační předpoklady dle zákona o veřejných zakázkách*. Právní rádce 2/2008, s. 25.

v zadávacích směrnicích (viz výše), potažmo v zákoně o veřejných zakázkách (viz § 18 odst. 1 písm. c), na jejichž základě zadavatel nemusí postupovat podle těchto předpisů, omezují vnitřní trh a proto je nelze výkladem rozšiřovat a omezovat tím ještě více přístup na trh. Protože však obchod s vojenským materiálem patří všeobecně mezi citlivé oblasti, je v tomto případě ochrana podstatných zájmů bezpečnosti považována Smlouvou o fungování Evropské unie (článek 346 odst. 1 písm. b) za legitimní důvod, na jehož základě členské státy nemusí pravidla vnitřního trhu dodržovat. Pokud by zakázka přímo souvisela s vojenskými účely natolik, že by její pořízení bylo nutné k zajištění obrany nebo bezpečnosti státu, pak by se jednalo o extenzivní výklad a tato výjimka by se na tyto zakázky aplikovala¹⁷. Při zakázkách tohoto druhu je možnost zadavatele odchýlit se od zákona o veřejných zakázkách a nepostupovat podle pravidel v něm stanovených dána poměrně jasně.

Komplikovanějším případem je zadávání strategických zakázek, jejichž předmět sice přímo nesouvisí se zajišťováním obranyschopnosti nebo bezpečnosti státu, ale jež se podstatným způsobem dotýkají jiných národních bezpečnostních zájmů. Typicky jde o zakázky spadající do strategické oblasti jaderné energetiky, konkrétně pak zejména o zakázky na stavbu (případně dostavbu) jaderných elektráren. Takové zakázky totiž vedle ekonomické otázky většinou otevírají také otázku energetické bezpečnosti a jejího geopolitického dosahu, a to zejména kvůli nutnosti jejich posouzení v kontextu dalších zakázek zadávaných v této oblasti – tj. zakázek na dodávky jaderného paliva a na uskladnění vyhořelého paliva. V této souvislosti se proto stát obvykle snaží jednat tak, aby nedošlo k narušení jeho strategických zájmů spočívajících v bezpečnosti dodávek a na to navazující energetické nezávislosti státu.

V Evropské unii je trh s elektřinou plně liberalizován, což znamená, že vlády členských států nemohou poskytovat energetickým společnostem (státním či soukromým) ani vybraným technologiím žádná zvýhodnění, která by byla v rozporu s principy trhu. Jestliže je vláda členského státu zapojena do přípravy či realizace energetického projektu, musí se rozhodovat podle stejných kritérií jako soukromé společnosti působící na trhu. Směrnice 2004/17/ES ukládá státním institucím a veřejným podnikům (včetně společností s většinovou účastí státu) povinnost vypsát veřejnou soutěž na dodávky a služby včetně výstavby jaderných elektráren, nákupů materiálů a paliv nebo nakládání s jaderným materiálem. Tyto právnické osoby jsou rovněž povinny zajistit nediskriminační prostředí pro uzavírání smluv, přičemž není přípustné poskytovat výhody určitým firmám ani podle země původu¹⁸. I když lze výše uvedená pravidla aplikovat pouze na úrovni

¹⁷ Krutáková, L., Kruták, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady, Nakladatelství ANAG, Olomouc, 2007, s. 82

¹⁸ Polanecký, K., Haverkamp, J.: Energie budoucnosti? Jaderná energetika ve střední Evropě, 2010.

Evropské unie, vzniká povinnost aplikovat principy nediskriminace a rovného zacházení i ve vztahu ke třetím zemím, to však za předpokladu, že zde existuje mezinárodní smlouva, která (např. na základě doložky nejvyšších výhod) zajišťuje reciproční přístup na trh veřejných zakázek.

Možnosti při postupu podle zákona o veřejných zakázkách

Obecně lze konstatovat, že při postupu podle zákona o VZ je zadavatel povinen si vždy počínat tak, aby jeho jednáním nedošlo k diskriminaci žádného z dodavatelů. Tuto zásadu je nutné aplikovat ve všech fázích zadávacího řízení (tedy již od okamžiku přípravy řízení), což ovšem nevylučuje oprávnění zadavatele stanovit přesné podmínky účasti v řízení. Ty ale musí být stanoveny vždy tak, aby umožňovaly výběr nejvhodnějšího uchazeče, avšak zároveň na druhou stranu neuzavíraly přístup jinému dodavateli do řízení, např. z důvodů, které nesouvisí s předmětem veřejné zakázky. Zásadu zákazu diskriminace je přitom třeba důsledně uplatňovat nejen ve vztahu k dodavatelům se sídlem, místem podnikání či bydlištěm na území ČR, ale rovněž ve vztahu k zahraničním dodavatelům dle § 17 písm. o).

Podobně jako průběh zadávacího řízení je i hodnocení podaných nabídek závislé na specifikách dané veřejné zakázky. Hodnocení však musí vždy probíhat podle zákonem a zadavatelem jasně a srozumitelně definovaných kritérií a řídit se přitom zásadou transparentnosti a zákazu diskriminace. Stát v této fázi v zásadě nemá již žádné další prostředky, které by ho opravňovaly odmítnout dodavatele, jehož nabídka sice byla vyhodnocena jako ta nejvhodnější, ale zároveň shledána jako nevyhovující z pohledu národních zájmů. Jedinou možností, jak se vyhnout uzavření smlouvy s nechtěným dodavatelem, je ukončit zadávací řízení nevybráním žádného uchazeče.

Postup mimo režim zákona o veřejných zakázkách

Ustanovení § 18 zákona o VZ, které taxativně vypočítává obecné výjimky z působnosti zákona, neumožňuje zadavateli odchytil se v některých případech, navzdory strategickému charakteru zakázky, od ustanovení zákona a postupovat tak bez ohledu na zásady v něm stanovené. Zákon o VZ sice v § 18 odst. 1 písm. b) stanoví výjimku, která se vztahuje na veřejné zakázky, jejichž zadávání souvisí s ochranou základních bezpečnostních zájmů státu, toto ustanovení se nicméně použije pouze v případě bezprostředního ohrožení svrchovanosti, územní celistvosti a demokratických základů České republiky nebo ve značném rozsahu ohrožení vnitřního pořádku a bezpečnosti, životů, zdraví, majetkových hodnot nebo životního prostředí, anebo je-li třeba plnit mezinárodní závazky o společné obraně. V takových případech se může podle intenzity, územního

rozsahu a charakteru situace vyhlásit nouzový stav, stav ohrožení státu nebo válečný stav a může se využít výjimka ze zákona³.

V ustanovení § 19, jenž zakotvuje výjimky z působnosti zákona pro sektorové zadavatele, je v odstavci 2 písm. d) v souladu se směrnicí 2004/17/ES⁴ stanovena výjimka z režimu zákona pro nadlimitní zakázky na dodávku energie nebo paliv pro výrobu energie, za předpokladu, že jsou zadávány sektorovým zadavatelem vykonávajícím relevantní činnost v odvětví plynárenství, teplárenství, elektroenergetiky či v oblasti těžby pevných paliv. Tohoto ustanovení je nicméně primárně používáno na pokrytí ztrát v distribuční soustavě a proto není v daném kontextu příliš relevantní.

Existuje nicméně praktický postup, jímž lze docílit, aby se na zadávání konkrétní zakázky sektorovým zadavatelem v určitých případech zákonná úprava nepoužila. Ustanovení § 20 zákona o VZ stanoví, že se zákon nevztahuje na zadávání veřejných zakázek souvisejících s výkonem relevantní činnosti sektorového zadavatele, pokud Evropská komise podle článku 30 směrnice 2004/17/ES stanoví, že je tato relevantní činnost přímo vystavena hospodářské soutěži na trhu, na němž není omezen přístup. Sektorová směrnice přitom vyžaduje existenci plné konkurence, čímž se rozumí „*efektivní hospodářská soutěž za podmínky, kdy více subjektů na daném trhu nabízí dodávky či služby pro veřejnost za rozdílných podmínek, existuje právo výběru veřejnosti z rozdílných nabídek za jiných ekonomických podmínek a tedy konkurující subjekty (sektoroví zadavatelé) jsou nuceni své provozní náklady zajišťovat co nejhospodárněji*“⁵. Toto ustanovení tedy umožňuje, aby na základě řízení před Evropskou komisí bylo dosaženo vynětí určitých činností z jejich posuzování jako relevantních činností, tj. aby některé činnosti nebyly nadále považovány za relevantní činnost s povinností osob, které je vykonávají, zadávat nadlimitní veřejné zakázky podle zákona. Skutečnost, zda plná konkurence je či není zajištěna, posuzuje Komise na základě žádosti dotčeného sektorového zadavatele či věcně příslušného ministerstva podané prostřednictvím Ministerstva pro místní rozvoj dle kritérií, která jsou v souladu s ustanoveními Smlouvy o založení ES týkajících se hospodářské soutěže. Evropská komise má přitom na posouzení žádosti 3 měsíce (v odůvodněných případech 6 měsíců) a pokud v této lhůtě nerozhodne, tak platí, že příslušná relevantní činnost již nadále není podřízena zákonu o VZ.

Otázkou však zůstává, zda by se na (původně) sektorového zadavatele, jenž je společností s většinovou účastí státu (jako např. ČEZ), po uplatnění výše uvedeného postupu dále nepohlíželo jako na veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. – tzn. jako na jinou právnickou

³ Krutáková, L., Kruták, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady, Nakladatelství ANAG, Olomouc, 2007, s. 81.

⁴ Čl. 26 písm. b) směrnice 2004/17/ES.

osobu, založenou či zřízenou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu. Právní názory na tuto problematiku se podstatně liší, a proto v tomto ohledu nelze poskytnout jednoznačnou odpověď.

Další možnosti na prosazení vůle státu

Vedle výše uvedených postupů může stát v určitých směrech ovlivnit přípravu, resp. průběh zadávacího řízení prostřednictvím své majetkové účasti na zadavatelské společnosti. Pokud je stát majoritním vlastníkem této společnosti, má k dispozici poměrně širokou škálu možností na uplatnění svého vlivu, ať již prostřednictvím dozorčí rady, kterou z většiny jmenuje, anebo jako akcionář na valné hromadě. Naopak tam, kde stát podobnou možnost kontroly zadavatelské společnosti nemá, je jeho role mnohem omezenější.

V případě zakázky na stavbu jaderné elektrárny je jedním z legálních nástrojů kontroly ze strany státu jaderný dozor vykonávaný Státním úřadem pro jadernou bezpečnost (SÚJB)⁶. Ten je oprávněn vydávat povolení k výkonu všech činností podle zákona č.18/1997 Sb., o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření (atomový zákon), ve znění pozdějších předpisů, což v sobě mimo jiné zahrnuje autorizaci k výstavbě jaderných zařízení a k přepravě jaderných materiálů či stanovení technických požadavků k zajištění technické bezpečnosti vybraných zařízení.

Pokud by chtěl stát legitimním způsobem prosadit své bezpečnostní zájmy při zakázkách strategického významu a uplatnit při výběru dodavatele jiná než zákonem stanovená kritéria (např. geopolitického charakteru), tak by bylo nutné vyjmout uvedený postup z působnosti zákona o VZ. Zákon ve svém stávajícím znění totiž neumožňuje, aby se zahraničně-politická hlediska promítla do soutěžních kritérií. Případná novela, která by v tomto ohledu doplnila platnou právní úpravu a vyloučila tak použití zákona, by ale neměla oporu v evropských zadávacích směrnících, ani v Dohodě o veřejných zakázkách na úrovni WTO. Dokud tedy nebude přijat odpovídající právní základ na mezinárodní, resp. evropské úrovni, je přijetí novely zákona zavádějící takovou výjimku v podstatě vyloučeno.

⁵ Jurčík, R.: *Zákon o veřejných zakázkách, komentář*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011, s.160.

⁶ Do konce roku 2011 má být na základě Harmonogramu činnosti příprav k rozšíření Jaderné elektrárny Temelín na léta 2011-2012 vládou předložena ucelená Analýza právních možností prosazení vůle státu v tomto a budoucích tendrech.

Prameny:

- právní předpisy citované v textu
- Zelená kniha. Veřejné zakázky v oblasti obrany. KOM /2008/608.
- Interpretační sdělení o uplatňování článku 296 Smlouvy s ohledem na zadávání zakázek v oblasti obrany. KOM/2006/0779.
- Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k Zelené knize – veřejné zakázky v oblasti obrany.
- Jurčík R., Krutáková L.: *Veřejné zakázky a PPP projekty - potřeba změny právní úpravy v EU a v ČR. Sborník příspěvků z 2. ročníku konference konané dne 15.-16.5. 2008.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 506 s.
- Jurčík R.: *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář.* Praha: C.H.Beck, 2011. 700 s.
- Krč R., Marek K., Petr M.: *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami.* Praha: Linde, 2006. 543 s.
- Krutáková L., Kruták T.: *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady.* Olomouc: ANAG, 2007. 479 s.
- Pavel J.: *Veřejné zakázky v České republice.* Praha: Národohospodářský ústav Josefa Hlávky. 2008. 105 s.
- Raus D., Nekuda R.: *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář.* Praha: Linde, 2007. 895 s.
- Havlíček J.: *Kvalifikační předpoklady dle zákona o veřejných zakázkách.* Právní rádce 2/2008.
- Havlíček J.: *Právní rámec a praktické otázky zadávání veřejných zakázek ve světle vybraných rozhodnutí Evropského soudního dvora a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.* Obchodní právo 5/2009.
- Marek K.: *K eurokonformnímu výkladu zákona o veřejných zakázkách.* Právní rádce 6/2008.
- Marek K.: *Veřejné zakázky.* Právní rádce 7/2010. Příručka.
- Polanecký, K., Haverkamp, J.: *Energie budoucnosti? Jaderná energetika ve střední Evropě,* 2010.