25. 11. 2016

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Alternativní možnosti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu

Veřejné zakázky malého rozsahu (dále jen „VZMR“) tvoří nezanedbatelný objem veřejných výdajů. Navíc v posledních letech musí být řada těchto zakázek zadávána skutečně veřejně prostřednictvím elektronických tržišť. Přesto při zadávání VZMR dochází někdy ze strany zadavatelů k netransparentním postupům či přímo k diskriminaci některých dodavatelů, např. při posuzování kvalifikace, uplatňování institutu mimořádně nízké nabídkové ceny, hodnocení nabídek apod. Zadavatelé jsou často nedůslední ve svém postupu již díky vědomí, že u takto malých zakázek se dodavatelé nemají možnost účinně bránit. Je tomu skutečně tak?

DBK PARTNERS®
ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

Od 1. 10. 2016 vstoupil v účinnost nový zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“). I tento zákon chápe VZMR jako zakázky, u nichž předpokládaná hodnota nepřesahuje 2 mil. Kč u dodávek a služeb a 6 mil. Kč u stavebních prací. Obdobně jako za předchozí právní úpravy též platí, že při zadávání těchto zakázek zadavatelé nemusí postupovat podle ZZVZ, musí však dodržovat zásady zadávaní veřejných zakázek popsané v ust. § 6 ZZVZ (zásada transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace). U těchto zakázek též nelze uplatnit formální námitkové řízení u zadavatele dle ust. § 241 a násl. ZZVZ.

Za účinnosti minulého zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**ZVZ**“) se vedla dlouhodobá diskuse, zda má Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**ÚOHS**“) přezkoumávat i postup zadavatelů při zadávání těchto drobnějších zakázek. Jde o složitější problematiku patřící spíše do právní minulosti. Proto k tomu stručně uveďme pouze vývoj z posledních let, že zatímco část judikatury se snažila ÚOHS takovou působnost přiznat,[1] ÚOHS toto odmítal a přezkum zadávání VZMR nevykonával.[2] ÚOHS v tomto dal nakonec za pravdu i jiný senát Nejvyššího správního soudu.[3] Rozhodnutí rozšířeného senátu tohoto soudu, které by mělo roztříštěnost judikatury vyřešit, se však teprve očekává.

Nová právní úprava řeší tuto otázku výslovně v ust. § 248 ZZVZ, podle kterého takový dozor do působnosti ÚOHS nespadá (*„Úřad vykonává dozor nad dodržování pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky*“). Nově tedy již není pochybnosti, že poškození dodavatelé se v případě potřeby přezkumu postupu zadavatele před ÚOHS nedovolají. O to více je nyní palčivější otázka, zda se může dodavatel v konkrétním zadávacím řízení domoci nápravy jinak, či zda je v dané oblasti odkázán na pouhou vůli zadavatele dané zásady dodržovat.

Důvodová zpráva k ZZVZ se v části věnující se k této problematice vyjadřuje následovně: *„V rámci*

zákonných pravidel je nezbytné se zaměřit se zejména na základní zásady a dohled nad zadáváním veřejných zakázek menšího rozsahu ponechat kontrole „zezdola“, tj. interním procesním postupům zadavatele, veřejností a neziskovými organizacemi zabývajícími se zadáváním veřejných zakázek.“[4] Pokud jde o kontrolu veřejností (např. skrze média) nebo neziskovými organizacemi, jde spíše o kontrolu obecnou, o obecné působení na zadavatele, které sice může mít dlouhodobější preventivní účinek, nicméně dodavateli v konkrétním zadávacím řízení zpravidla příliš nepomůže. Dovolávání se interních procesních postupů je již použitelným postupem, a pokud takový zadavatel má vydanou vnitřní směrnici nebo metodiku o zadávání veřejných zakázek, jistě je vhodné ji využít. Otázkou je však, zda takový vnitřní dokument bude zahrnovat i konkrétní pravidla pro zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, kterých by bylo možné se dovolat (zejména nějakou možnost přezkumu), nebo zda se omezí na pouhé opakování zákona v tom smyslu, že zadavatel je povinen dodržovat zásady dle ust. § 6 ZZVZ.

Přezkum obecnými soudy?

Zajímavou polemiku na téma alternativní možnosti přezkumu zadávání VZMR vedl též samotný předseda ÚOHS Petr Rafaj ve svém shora citovaném rozhodnutí.[5] V rámci toho, že odmítal působnost ÚOHS k tomuto přezkumu, uváděl dodavatelům další možnost, jak se dovolat svých práv u nezávislých orgánů státní moci. Takovou možností je dle předsedy ÚOHS podat na zadavatele žalobu z titulu odpovědnosti za škodu způsobenou v zadávacím řízení s tím, že jako prejudiciální otázku si soud posoudí, zda zadavatel v zadávacím řízení respektoval zásady uvedené v tehdy účinném § 6 ZVZ.

Takový postup má však dle našeho názoru jistá praktická úskalí. Prvním problémem je vůbec představa samotné prejudiciální otázky, tj. představa, že by civilní soud rozhodoval o odpovědnosti za škodu, aniž by mu předtím specializovaný úřad (ÚOHS) nebo specializovaný soud (správní senát krajského soudu) deklarovali, že se zadavatel dopustil protiprávnosti. Běžný civilní soud, zpravidla neznalý právní úpravy a judikatury v oblasti veřejných zakázek, by mohl mít s posouzením prejudiciální otázky ve věci § 6 ZVZ zřejmě velké problémy.

Dále platí, že soudy v civilním řízení obecně nejsou ochotné přiznávat odpovědnost za škodu ve formě ušlého zisku vzniklého nezákonným zadáním veřejné zakázky, a to dokonce ani v případě, že se jedná o podlimitní či nadlimitní veřejnou zakázku, kde bylo porušení zákona zadavatelem shledáno ÚOHS či správním soudem. Civilní soudy se zřejmě obávají, že by se takovou judikaturou otevřela „pandořina skříňka“ a došlo by k vlně žalob na zadavatele, mnohdy státní subjekty, neboť rozhodnutí o nezákonném postupu zadavatele existuje poměrně dost. Důsledky pro veřejné rozpočty by pak byly jistě nemalé. V praxi tak žaloba tohoto typu požadující ušlý zisk zpravidla neuspěje pro nedostatek příčinné souvislosti.

Dané soudní řízení by se tak vzhledem k výše uvedenému natáhlo na nepřiměřenou dobu a předvídatelnost soudního rozhodnutí by byla velmi nízká. Je tedy otázkou, zda by o takové řízení měl poškozený dodavatel vůbec zájem.

Dohled z hlediska hospodárnosti

Proto je dle našeho názoru vhodnější uvažovat i o dalších způsobech dohledu nad zadáváním VZMR. Jedním z takových způsobů je bezpochyby kontrola řádného hospodaření s veřejnými prostředky. Ta je činěna řadou subjektů, ať už se jedná o subjekt přímo financující zadavatele či specializovaný kontrolní subjekt. Pokud tedy poškozený dodavatel shledá, že se zadavatel vedle porušování ust. § 6 ZZVZ chová též nehospodárně, může zvažovat podání podnětu vůči některému z těchto kontrolních subjektů, či zadavatele na takového podnětu alespoň varovně upozornit (vhodné např. v případech,

kdy zadavatel vyloučí dodavatele pro údajnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu, aniž by si ji řádně prověřil, a vybere dodavatele mnohem dražšího, nebo např. pokud zadavatel rozdílně přistupuje k posouzení kvalifikace dodavatelů, v důsledku čehož řadu dodavatelů vyloučí a vybere dodavatele dražšího nebo méně kvalitního).

Povinnost řádného hospodaření a kontrola jejího plnění je upravena řadou právních předpisů. V první řadě jde o zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů, který upravuje finanční hospodaření organizačních složek státu, příspěvkových organizací apod., a je tak závazný pro celou řadu veřejných zadavatelů. Dle ust. § 45 odst. 2 tohoto zákona platí následující povinnost: *„Organizační složka státu je povinna dbát, aby dosahovala příjmů stanovených rozpočtem a plnila určené úkoly nejhospodárnějším způsobem. Prostředky, kterými disponuje, může používat na krytí nezbytných potřeb a na opatření zakládající se na právních předpisech*." Dle ust. § 44 tohoto zákona je porušení této povinnosti považováno za porušení rozpočtové kázně, z čehož můžou vůči danému subjektu vyplynout sankce.[6]

Obdobná pravidla obsahuje i zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, který upravuje hospodaření obcí a krajů.

Podstatným zákonem je též zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů. Podle tohoto zákona je vykonávána finanční kontrola orgánů veřejné správy zejména s cílem prověřovat, zda jsou při hospodaření s veřejnými prostředky dodržovány právní předpisy a zda je výkon veřejné správy hospodárný, efektivní a účelný. Kontrola podle toho zákona je dokonce dvojí. V první řadě jde o vnější kontrolu realizovanou Ministerstvem financí, finančními úřady, popř. správcem příslušné kapitoly státního rozpočtu (tzv. veřejnosprávní kontrola) a dále jde o vnitřní kontrolu přímo v orgánu veřejné správy (včetně povinnosti vytvořit tzv. vnitřní kontrolní systém). Díky této právní úpravě má tedy smysl zkoumat, kdo vykonává vnější finanční kontrolu daného zadavatele a jaký útvar vykonává takovou kontrolu vnitřní. Takový orgán/útvar pak může být potencionálního adresátem podnětu dotčeného dodavatele k provedení finanční kontroly zadavatele.

Též stojí za úvahu, zda v dané oblasti nezvážit podání podnětu na Nejvyšší kontrolní úřad. Podle ust. § 3 zákona č. 186/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu, ve znění pozdějších předpisů, vykonává tento úřad kontrolu hospodaření se státním majetkem a finančními prostředky vybíranými na základě zákona ve prospěch právnických osob (s výjimkou prostředků vybíraných obcemi nebo kraji v jejich samostatné působnosti), stejně jako vykonává kontrolu zadávání státních zakázek. Tuto kontrolu tento úřad vykonává, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, u všech organizačních složek státu a u právnických a fyzických osob.

Dohled v linii nadřízenosti a podřízenosti vůči zadavateli a v rámci zadavatele

Avšak i v případě, že se postup zadavatele nejeví jako vyloženě nehospodárný, nicméně je v rozporu s ust. § 6 ZZVZ, je možné usilovat o kontrolu zadavatele, a to z hlediska jiných předpisů, zejména v linii nadřízenosti a podřízenosti vůči danému zadavateli. Řada veřejných zadavatelů (např. státní podniky, úřady s celorepublikovou působností, soudy, nemocnice, školská zařízení krajů a obcí, společnosti vlastněné kraji a obcemi apod.) má svůj nadřízený státní orgán, svého zřizovatele, ovládajícího společníka moci či jiný více či méně nadřízený subjekt (zejména to jsou ministerstva, kraje a obce). Tyto nadřízené subjekty mají zpravidla zákonnou povinnost či alespoň zájem zajistit, aby zadavatelé, nad kterými vykonávají určitou pravomoc či je přímo ovládají, dodržovali právní předpisy včetně ZZVZ. I vůči těmto nadřízeným subjektům proto stojí za zvážení podání podnětu k prověření, zda se daný zadavatel choval v dané zakázce zákonně a hospodárně. Optimální je pak adresovat takový podnět na příslušný odbor (pracoviště) nadřízeného orgánu, který se zabývá právě

dohledem nad daným zadavatelem.

Konečně je možné obrátit se i přímo na daného zadavatele. V rámci toho je vhodné daný podnět adresovat též nadřízenému pracovišti v rámci daného zadavatele či přímo na vedoucí osobu takového zadavatele, tj. též linie nadřízenosti a podřízenosti v rámci daného zadavatele. Mnohdy totiž samotný zadavatel má v obecné rovině zájem dodržovat ust. § 6 ZZVZ i v případě zadávání VZMR, avšak jeho pracoviště, která konkrétní VZMR zadávají, již takto důsledná mnohdy nejsou.

Základní krok - výzva k nápravě postupu v zadávacím řízení

S ohledem na shora uvedené lze poškozeným dodavatelům při zadávání VZMR doporučit jako konkrétní postup následující. Je optimální zadavateli zaslat výzvu k nápravě postupu v zadávacím řízení, obdobu klasických námitek. V té je důležité popsat, v čem konkrétně došlo dle dodavatele k porušení pravidel dle § 6 ZZVZ a následně uvést, čeho se dodavatel domáhá (zpravidla zrušení konkrétního úkonu zadavatele / zrušení zadávacího řízení). Konečně bude důležité uvést, na jaké další orgány/osoby se dodavatel obrátí se svými podněty (viz výše), pokud zadavatel bude jeho výzvu ignorovat. Výzvu je však vhodné formulovat spíše kooperačním než konfrontačním způsobem, aby zadavatel neměl dojem, že se jej dodavatel snaží spíše šikanovat, než s ním spolupracovat na realizaci kvalitního plnění zakázky. Koneckonců to je pravým účelem výzvy – zadání VZMR ve spravedlivé soutěži a její následné kvalitní plnění, což je též v zájmu zadavatele.

Danou výzvu je pak vhodné zaslat nejenom k rukám dané kontaktní osoby v zadávacím řízení, ale i k rukám osob v rámci daného zadavatele nadřízených, aby výzva „nezapadla“ pouze na některém konkrétním oddělení.

Pokud bylo pracoviště zadavatele skutečně při dodržování ust. § 6 ZZVZ nedůsledné a pracují-li v něm svědomitější osoby, často svůj přístup postup přehodnotí a svůj vadný úkon zruší a zopakují. Tím poškozený dodavatel dostane šanci získat danou VZMR.

Pokud bude dodavatel naopak ignorován, nezbude mu než zvážit, zda se obrátí též na shora popsané kontrolní/nadřízené subjekty zadavatele se svým podnětem, kdy v důsledku takového postupu může dosáhnout minimálně toho, že zadavatel začne legálně postupovat do budoucna.

JUDr. Daniel Milota,
spolupracující advokát

DBK PARTNERS, advokátní kancelář, s.r.o.

V Parku 2323/14
148 00 Praha 4

Tel.: +420 244 912 463
Fax: +420 244 912 803

e-mail: ak@dbkp.cz

_____-

[1] Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 8. 2009 č. j. 62 Ca 30/2008 - 90, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 1. 2011 č. j. 2 Afs 132/2009-275.
[2] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 5. 2012 č. j. S136/2012/VZ-7395/2012/530/RNI, rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 12. 8. 2013 č. j. R157/2012/VZ-15153/2013/310/MLR.
[3] Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2016 č. j. 9 As 195/2015-59.
[4] Str. 184 důvodové zprávy k ZZVZ - část věnující se finančním limitům VZRM.
[5] Rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 12. 8. 2013 č. j. R157/2012/VZ-15153/2013/310/MLR.
[6] Možnost porušení rozpočtové kázně při zadání VZMR je zmiňována i v judikatuře, shora zmíněném usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2016 č. j. 9 As 195/2015-59.

© EPRAVO.CZ – Sbírka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- Civilněprávní prostředky ochrany při koupi falzifikátu
- Novela zákona o pyrotechnice: likvidace profesionálů namísto zmírnění negativních vlivů
- Konec zákonné koncentrace řízení? Návrh Nejvyššího soudu před Ústavním soudem
- Soudní poplatky v řízení o rozvodu manželství a úpravy poměrů k nezletilému dítěti po tzv. rozvodové novele
- Imise ve stavebním řízení aneb kde končí veřejný zájem a začíná soukromé právo?
- Užívání prostoru nad pozemkem třetí osobou
- Přístup k nemovitosti přes pozemek třetí osoby
- PŘEHLEDNĚ: Jak funguje předkládání plné moci? Postačí soudu jen její „fotokopie“? Aneb vývoj právní úpravy požadavků na plnou moc v našem právním systému.
- Využívání nástrojů umělé inteligence: proč je GDPR relevantní?
- Transfer Pricing: Na co si dát pozor s blížícím se koncem roku
- Byznys a paragrafy, díl 24.: Digitalizace korporátního práva: EU cílí na snížení administrativy při přeshraničním podnikání