

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

Aplikace zásady transparentnosti v JŘBU

Je možné, že u někoho název článku vyvolal sarkastický úsměv. Jednací řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) podle § 3 písm. e) zákona č. [134/2016](#) Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), je nejkritizovanějším druhem zadávacího řízení a je často označováno za „nadužívané“. Jak lze promítnout zásadu transparentnosti do řízení, ve kterém zadavatel nemusí dodržet vlastní zadávací podmínky, a pro které ZZVZ stanoví minimum povinností?

Zásada transparentnosti v tuzemské rozhodovací praxi

Nejdřív se podíváme na výklad zásady transparentnosti v tuzemské rozhodovací praxi. Pro její výklad klíčovým je rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 15. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010 – 159, ve kterém tento dospěl k následujícímu závěru: *„Význam zásady transparentnosti v první řadě směřuje k cíli samotného práva veřejných zakázek, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“* NSS ve stejném rozsudku dále konstatoval, že zásada transparentnosti je porušena *„pokud jsou v zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“*

V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, čj. 7 Afs 31/2012-55 NSS vysvětlil rozdíl mezi porušením zásady transparentnosti a vlivem na výběr dodavatele: *„Losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno. I přesto že celé losování proběhne transparentně, nelze zcela vyloučit možnost, že k určitému ovlivnění jeho výsledku dojde. V takovém případě by ovšem nemohlo být losování nezákonné pro porušení zásady transparentnosti, nýbrž jedině proto, že losování bylo skutečně ovlivněno, což by bylo nutné prokázat. Naopak, pokud by losování neproběhlo transparentně, došlo by k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách i za situace, kdy by snad bylo možné prokázat, že k žádnému ovlivnění výsledku losování nedošlo.“*

Netransparentní losování a neoprávněné použití JŘBU mají společný znak – v obou případech vzniká pochybnost, zda nedošlo k neoprávněnému vyloučení soutěže a zda zakázka byla přidělena férově. A pokud zadavatel není schopen prokázat splnění zákonných podmínek pro použití JŘBU, dochází k porušení zásady transparentnosti bez ohledu na to, zda tyto podmínky skutečně byly splněny.

Když vztáhneme výše uvedené závěry na JŘBU, vyplývá z toho, že pro zachování zásady transparentnosti zadavatel musí disponovat podklady, které budou prokazovat, že JŘBU je nejvhodnějším postupem pro zadání zakázky, podmínky pro jeho použití jsou splněny, JŘBU naplňuje účel ZZVZ a ze kterých bude zřejmé, jakým způsobem zadavatel v JŘBU postupoval. Pokud zadavatel takovými podklady nebude disponovat, vystavuje se riziku, že použití JŘBU bude označeno jako neoprávněné a jeho postup tedy bude netransparentní, neboť bude hůře kontrolovatelným, nečitelným, nepřehledným a vzbudí pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Přičemž k tomu může dojít i v případě, kdy původně všechny podmínky a důvody pro použití JŘBU byly splněny, neboť k porušení transparentnosti v podstatě postačuje, že zadavatel není schopen vyvrátit odůvodněnou pochybnost o férovosti zadání zakázky v JŘBU, tj. bez řádné soutěže mezi dalšími dodavateli na trhu. Pohledem následné kontroly nebo přezkumu postup, který vylučuje

soutěž mezi dodavateli a u kterého zadavatel není schopen prokázat jeho oprávněnost, se nemusí moc lišit od „cinknuté losovačky“ [1].

Transparentnost při volbě JŘBU jako způsobu zadání

Zachování soutěže při zadání zakázky je důležité, neboť konkurenční prostředí nutí dodavatele předkládat výhodnější nabídky. Dodavatel, který není vystaven konkurenci, má možnost nastavit jakékoli cenové nebo technické podmínky, protože ví, že se zadavatel neobrátil jinam. Vzhledem k tomu, že JŘBU fakticky vylučuje otevřenou soutěž mezi dodavateli, musí být pro jeho použití dány zvláštní okolnosti, které ospravedlňují vyloučení soutěže. Z hlediska zásady transparentnosti by měl být zadavatel schopen prokázat, že použití JŘBU nejen splňuje podmínky dané ZZVZ, ale také, že buď je jedinou vhodnou variantou zadání anebo má pro něj výrazný přínos oproti jiným způsobům zadání [2]. Pokud by zadavatel nebyl schopen tyto skutečnosti prokázat, mohou o skutečných důvodech použití JŘBU (a tedy vyloučení soutěže mezi dodavateli) vzniknout pochybnosti, čímž dochází k porušení zásady transparentnosti ve smyslu výše uvedených rozsudků.

Okolností a důvodů pro použití JŘBU je celá řada, nicméně pro účel tohoto článku budu používat jako příklad pouze rozšíření funkcionality informačního systému. Zadavatel v takovém případě může použít důvod uvedený v § 63 odst. 3 c) ZZVZ, tj. využití JŘBU je nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.

Aby bylo zřejmé, z jakého důvodu je JŘBU nejvhodnějším řešením, zadavatel může před jeho zahájením zvážit následující varianty:

- Varianta 0 - zadavatel zachová stávající stav a nebude nic pořizovat. Jaké jsou výhody a nevýhody takového postupu oproti variantám 1 a 2? Tj. co se stane, když funkcionality nebude rozšířena? Kolik veřejných prostředků bude ušetřeno, když se to nerealizuje? Jaká rizika jsou spojená s tím, že v systému nebude možné pracovat novým způsobem?;
- Varianta 1 - zadavatel pořídí plnění formou JŘBU. Jaké jsou výhody a nevýhody takového postupu oproti variantám 0 a 2? Tj. v předmětném informačním systému funkcionality rozšíří stávající dodavatel. V čem je výhoda tohoto rozšíření oproti zachování stávajícího stavu? Nemohl by zadavatel uspořit peníze zadáním zakázky se zachováním soutěže? Nehrozí riziko, že zadáním zakázky stávajícímu dodavateli, zadavatel vytvoří stav tzv. umělé exkluzivity [3] a bude příliš závislý na stávajícím dodavateli? Nehrozí riziko, že zadavatel zanedlouho bude opět pořizovat rozvoj a podporu systému u stávajícího dodavatele?;
- Varianta 2 - zadavatel pořídí novou funkcionality formou otevřené soutěže. Jaké jsou výhody a nevýhody takového postupu oproti variantám 1 a 0? Nebude výhodnější investicí do budoucna, když zadavatel pořídí zcela nový informační systém?

Z cíle práva veřejných zakázek uvedeného ve výše citovaném rozsudku NSS čj. 1 Afs 45/2010 - 159 vyplývá, že obdobnou úvahu o možnostech splnit zakázku jinak, než na základě JŘBU, by zadavatel měl provést i v případě využití JŘBU z jiného důvodu než stanoví § 63 odst. 3 c) ZZVZ. Za výjimku snad lze považovat zakázky, zadávané na základě § 63 odst. 1 ZZVZ, kde se v předchozím řízení prokázal nedostatek soutěže pro dané plnění.

Transparentnost při odůvodnění JŘBU

Budeme vycházet z toho, že po zvážení variant zadání zadavateli nejlépe vyšla varianta 1, tj. zadání formou JŘBU. Vzhledem k tomu, že informační systém zadavatele je napojen na další informační systémy (např. spisovou službu), zadavatel ví, že se mu finančně nevyplatí pořídit si nový informační systém a zároveň bez nové funkcionality nebude schopen zamýšleným způsobem používat další

systémy (např. účetní systém). Bez využití účetního systému zadavatel nemůže plnit své úkoly. Je nevhodné, aby rozšíření stávajícího informačního systému dělal někdo jiný než jeho provozovatel – stávající dodavatel.

Pro lepší argumentační pozici zadavatele při prokazování splnění podmínek použití JŘBU a vyloučení soutěže zadavatel může připravit podklady prokazující:

- že v rámci plnění předmětné veřejné zakázky bude opravdu zasaženo do výhradních práv dodavatele. Může totiž nastat situace, kdy dodavatel sice disponuje výhradními právy, nicméně plněním zadávaným v JŘBU do těchto práv nebude zasaženo a podmínka podle ZZVZ pak fakticky není splněná;
- že není možné zasáhnout do výhradních práv bez svolení dodavatele, a že dodavatel takový souhlas zadavateli odmítl vydat. Pokud dodavatel souhlasí se zásahem do výhradních práv, neexistuje důvod pro omezení soutěže formou JŘBU;
- že zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky nejednal účelově a neměl v úmyslu obejít zákon o veřejných zakázkách při zadávání navazujících veřejných zakázek. Pokud zadavatel mohl předvídat již při zadání původní zakázky, že bude potřebovat tuto další předmětnou funkcionalitu, sám zavinil situaci, kdy musí přidělit navazující zakázku stávajícímu dodavateli. Zákonná podmínka pro použití JŘBU v takovém případě není naplněna [3];
- srovnání ceny za realizaci zakázky stávajícím dodavatelem a ceny za realizaci obdobných zakázek jinými dodavateli na trhu. Cena plnění sjednaná s dodavatelem by měla být objektivně odůvodnitelná s ohledem na aktuální podmínky na trhu, neboť aplikace JŘBU musí být také v souladu se zásadami hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynaložených prostředků. Je možné, že se zadavateli v JŘBU nepodaří sjednat s původním dodavatelem cenu, odpovídající tržní. Zadavatel však vždy musí mít přehled o tom, zda tato cena je pro něj výhodnější než cena (včetně případných nákladů zadavatele na realizaci řešení jinak než v JŘBU), které by dosáhl za zachování soutěže;
- že smluvní ujednání dodavatele ze zakázky zadávané na základě JŘBU neomezí zadavatele nad rámec zákonné úpravy, ani nad rámec ujednání obvyklých pro tento druh plnění, a nejsou nevýhodnější než stávající podmínky. Stejně jako v předchozí o dražce i zde platí, že i v případě, kdy podmínky dodavatele nejsou výhodnější než tržní, zadavatel by měl mít přehled o tom, zda se mu vyloučení soutěže stále vyplatí;
- že smlouva k veřejné zakázce, zadané v JŘBU, obsahuje pouze taková ujednání, která pro zadavatele v budoucnu v případě navazujících nebo souvisejících rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky nebudou uměle vytvářet podmínku pro další využití JŘBU. Uměle vytvořené podmínky pro použití JŘBU nejsou podle ZZVZ odůvodněnými podmínkami pro použití JŘBU.

I zde platí, že pro splnění cíle práva veřejných zakázek uvedeného v rozsudku NSS čj. 1 Afs 45/2010 – 159 je nutné, aby se zadavatel důkladně zabýval tím, zda jsou skutečně všechny zákonné podmínky splněny, i když využívá JŘBU z jiného důvodu než je stanoven § 63 odst. 3 c) ZZVZ.

Aplikovatelnost předchozí rozhodovací praxe na ZZVZ

Je možné položit otázku, zda lze rozhodovací praxi tuzemských soudů, vztahující se k zákonu č. [137/2006](#) Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, aplikovat i na ZZVZ. Z rozsudku NSS ze dne 12. 5. 2016, čj. 1 As 256/2015 – 95 vyplývá, že při posouzení podmínek pro použití JŘBU se NSS také zabýval i důvody uvedenými 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, a to s účinkem k 18. dubnu 2016. (dále jen „směrnice 2014/24/EU“). 50. bod odůvodnění směrnice 2014/24/EU uvádí, že: „S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech.

Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“

K tomu NSS ve výše uvedeném rozsudku čj. 1 As 256/2015 - 95 doplnil, že „Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“

50. bod odůvodnění směrnice 2014/24/EU dále pokračuje: „Veřejný zadavatel, který využije této výjimky, by měl odůvodnit, proč nemá k dispozici rozumné alternativy nebo náhradní řešení, jako je například využití alternativních distribučních kanálů, a to i vně členského státu, v němž se veřejný zadavatel nachází, nebo zvážení funkčně srovnatelných stavebních prací, dodávek a služeb. Pokud k situaci výlučnosti došlo z technických důvodů, měly by být tyto důvody v každém jednotlivém případě pečlivě vymezeny a odůvodněny. Tyto důvody by mohly například zahrnovat faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt. Technické důvody mohou rovněž vyplývat ze specifických požadavků na interoperabilitu, jež musí být splněny, aby byl zajištěn průběh stavebních prací, dodávek nebo služeb, jež mají být obstarány. Dále není zadávací řízení účelné, pokud se dodávky nakupují přímo na komoditním trhu, a to včetně obchodních platforem pro komodity, jako jsou zemědělské produkty a suroviny, a energetických burz, kde jsou tržní ceny přirozeně zajištěny regulovanou mnohostrannou obchodní strukturou, jež je podrobena dohledu.“

Z výše uvedeného tedy vyplývá, že závěry z judikatury uvedené v tomto článku lze aplikovat na JŘBU zadávaná podle ZZVZ.

Závěr

Zadávání zakázek v režimu ZZVZ je zdoluhavý a složitý proces, který navíc bývá doplněn interními postupy zadavatele. Cílem tohoto článku rozhodně není navýšit množství administrativy v už tak dost náročném procesu. Výše uvedené jsou pouze způsoby, které navazují na tuzemskou rozhodovací praxi, a kterými zadavatel může snížit riziko, že jeho postup v JŘBU bude označen jako netransparentní. To, zda zadavatel výše uvedené způsoby využije, a tím zvýší náročnost přípravy JŘBU, nebo zda čas ušetřený na přípravě věnuje případně obhajobě svého postupu po zadání JŘBU, je zcela na zadavateli, neboť jedině on je odpovědný za správné zadání zakázky. Je však nutné upozornit, že ustálená rozhodovací praxe v oblasti veřejných zakázek vyžaduje, aby zadavatel byl schopen prokázat naplnění zákonných podmínek ke dni zahájení zadávacího řízení[4].

Mgr. Alena Larionova,
advokátní koncipient v PwC Legal

[1] Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 42/2012 - 53, č. 2790/2013 Sb. NSS, dostupný na www.nssoud.cz: „Důvody pro zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení

bez uveřejnění musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány.”

[2] Viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, čj. 62 Af 112/2013 - 131, dostupný na www.nssoud.cz: „Tato úvaha žalovaného plně odpovídá tomu, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců a jeho použití je v souladu se zásadou transparentnosti zadávání veřejných zakázek vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není objektivně možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Veřejné právo tu v tomto ohledu stanoví s ohledem na zásadu transparentnosti zadavateli limity k použití tohoto typu zadání zakázky; jejich cílem (s ohledem na to, že se jedná o oblast veřejnoprávní) je vždy ochrana některého z legitimních veřejných zájmů - tu ochrana soutěže (viz bod 80 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č.j. 1 Afs 23/2012-102, či body 41-44 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č.j. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS).“

[3] Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53: „... jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“

[4] Viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 - 80: „V souvislosti s namítaným porušením principu materiální pravdy soud považuje za nutné zdůraznit, že využití JŘBU je samo o sobě výjimkou z otevřené soutěže a pro jeho použití platí zákonem stanovené podmínky směřující k omezení možnosti využívat tohoto typu veřejné zakázky jen ve skutečně odůvodněných případech. Jestliže žalobce upřednostnil tuto formu veřejné zakázky, bylo jeho povinností prokázat, že jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci důvodů pro JŘBU měl ještě před zadáním zakázky v JŘBU.“

© EPRAVO.CZ - Sběrka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- [Nepravomocné povolení stavby a změna územního plánu](#)
- [Letiště a letecké stavby](#)
- [Nejvyšší správní soud vymezuje nové hranice zneužití práva u běžných nákladů na reklamu](#)
- [Limity dohledu nad výkonem znalecké činnosti](#)
- [Stavebníci získávají od roku 2026 silnější pozici v soudních sporech o povolení stavby](#)
- [Novela zákona o spotřebitelském úvěru: zásadní regulatorní přelom, který změní finanční trh i praxi poskytovatelů spotřebitelských úvěrů](#)
- [Regulace cen taxislužby v roce 2026: co se mění a jaké mají obce možnosti?](#)
- [Jaké klíčové změny přináší návrh novely stavebního zákona?](#)
- [Nový zákon o zbraních a střelivu](#)
- [Novela zákona o pyrotechnice: likvidace profesionálů namísto zmírnění negativních vlivů](#)
- [Nový zákon o zbraních - hlavní a vedlejší držitelé a změny v posuzování zdravotní způsobilosti](#)