2. 9. 2016

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

K povinnosti prenotifikace dle čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 v případě veřejných zakázek na uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících

Autoři tohoto článku se v praxi opakovaně setkali s otázkou, zda objednatel mající postavení veřejného zadavatele dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“ nebo „zákon o veřejných zakázkách“), musí při zadávání veřejné zakázky, jejímž předmětem je uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících, uveřejnit informace o svém rozhodnutí uzavřít smlouvu nejpozději jeden rok před zahájením zadávacího řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že autoři na položenou otázku nenašli žádnou uspokojivou odpověď, rozhodli se pro sepsání tohoto článku. Na úvod tohoto článku autoři uvádí, že chovají právní názor, že objednatele výše zmíněná povinnost nestíhá, přičemž níže představují důvody, jež je k přijetí tohoto názoru vedly.

FIALA, TEJKAL A PARTNEŘI S.R.O.
ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

Článek 7 odst. 2 nařízení Evropského Parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. 10. 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70 (dále jen „***nařízení č. 1370/2007***“ či „***Nařízení***“) stanoví povinnost nejpozději jeden rok před zahájením nabídkového řízení nebo jeden rok před přímým uzavřením smlouvy zveřejnit v Úředním věstníku Evropské unie název a adresu příslušného orgánu, typ plánovaných smluv a služby a oblasti, na něž se možné smlouvy vztahují. Článek 7 odst. 2 Nařízení tak stanovuje povinnost prenotifikace pro tzv. „netto“ smlouvy, tedy pro smlouvy, u nichž dopravce nese riziko ztráty tržeb a které tak mají povahu koncese.

Jak již bylo uvedeno výše, v praxi vyvstává otázka, zda se čl. 7 odst. 2 Nařízení vztahuje rovněž na tzv. „brutto“ smlouvy, tedy smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících, u nichž dopravce nenese riziko ztráty tržeb a které tudíž mají povahu veřejné zakázky.

Pro zodpovězení dané otázky je nejdříve třeba zkoumat, v jakém rozsahu se Nařízení vztahuje na veřejné zakázky. Článek 5 odst. 1 Nařízení stanoví, že veřejné zakázky v přepravě cestujících autobusem či tramvají se zadávají v souladu s postupy stanovenými směrnicemi 2004/17/ES nebo 2004/18/ES, tj. při uzavření smlouvy má být postupováno podle zákona o veřejných zakázkách. Článek 5 odst. 1 Nařízení dále stanoví, že mají-li být smlouvy uzavřeny v souladu se směrnicemi 2004/17/ES nebo 2004/18/ES, nepoužijí se odst. 2 až 6 čl. 5 Nařízení. Článek 5 odst. 1 Nařízení však ve vztahu k čl. 7 odst. 2 obsahujícímu povinnost prenotifikace obdobný odkaz jako k odst. 2 až 6 čl. 5 Nařízení neobsahuje. Nicméně z dikce článku 5 odst. 1 Nařízení dovozují autoři tohoto článku obecné pravidlo, že nabídkové řízení a přímé uzavření smlouvy jsou postupy upravující uzavírání

„netto“ smluv a „brutto“ smlouvy mají být zadávány v souladu s postupy stanovenými podle výše uvedených směrnic jako veřejné zakázky, aniž by u těchto veřejných zakázek byla dána povinnost prenotifikace dle Nařízení.

Na podporu shora uvedeného tvrzení lze odkázat na bod 27 preambule směrnice Evropského parlamentu a rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „***směrnice 2014/24/EU***“), ve kterém je mimo jiné uvedeno, že by mělo být připomenuto, že čl. 5 odst. 1 Nařízení výslovně stanoví, že směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES se vztahují na veřejné zakázky a zakázky na veřejné služby v přepravě cestujících autobusem či tramvají, zatímco Nařízení se vztahuje na koncese na veřejné služby v přepravě cestujících autobusem či tramvají. Tentýž závěr vyplývá rovněž ze Sdělení Komise o výkladových pokynech pro nařízení (ES) č. 1370/2007. Ke stejnému závěru dospívá rovněž přední evropská odbornice na veřejné zakázky profesorka S. Arrowsmith.[1] Profesorka S. Arrowsmith konstatuje, že je třeba uvést, že co se týče smluv o přepravě cestujících autobusem a tramvají, které nemají povahu koncese a které jsou předmětem regulace směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES, jsou upraveny těmito směrnicemi a nevztahuje se tak na ně Nařízení, což je výslovně vyjádřeno v čl. 5 odst. 1 Nařízení. S. Arrowsmith však dodává, že smlouvy o přepravě cestujících po železnici a metrem nejsou vyňaty z působnosti Nařízení a jsou naopak vyňaty z působnosti směrnic, což je výslovně uvedeno v bodě 27 preambule směrnice 2014/24/EU.

Dále je třeba uvést, že předmětné směrnice, resp. ZVZ i zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „***ZZVZ***“ nebo „z***ákon o zadávání veřejných zakázek***“), obsahují vlastní úpravu oznámení předběžných informací. Mají-li být smlouvy o veřejných službách zadávány postupem dle ZVZ, resp. ZZVZ pak má být použito předběžné oznámení dle ZVZ, resp. může být použito předběžné oznámení dle ZZVZ, nikoli prenotifikace dle čl. 7 odst. 2 Nařízení, která se vztahuje na postup při uzavírání „netto“ smluv.

Na podporu tohoto závěru lze uvést, že čl. 7 odst. 2 Nařízení stanoví, že se nepoužije na čl. 5 odst. 5 Nařízení. Článek 5 odst. 5 Nařízení stanoví, že v případě přerušení služeb nebo v případě bezprostředního rizika vzniku takové situace může příslušný orgán přijmout mimořádné opatření, které má podobu přímého uzavření smlouvy nebo formální dohody o rozšíření smlouvy o veřejných službách nebo požadavku vykonat určité závazky veřejné služby. Článek 5 odst. 5 Nařízení tak upravuje postup při uzavírání „netto“ smlouvy v krajně naléhavém případě, přičemž čl. 7 odst. 2 Nařízení pro tento případ stanoví výjimku z povinnosti prenotifikace.

Článek 7 odst. 2 Nařízení však neupravuje výjimku z povinnosti prenotifikace v případě uzavírání smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění v krajně naléhavém případě. Pokud by se čl. 7 odst. 2 Nařízení měl použít i na postup podle ZVZ, měl by zadavatel povinnost prenotifikace i v případě, že by byly splněny podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění (krajně naléhavý případ) a zadavatel by neměl ani povinnost oznámení předběžných informací dle ZVZ. Stejně tak směrnice 2004/18/ES i směrnice 2014/24/EU obsahují pro jednací řízení bez uveřejnění výjimku z povinnosti odeslat oznámení předběžných informací. Aplikace čl. 7 odst. 2 na postup podle ZVZ, resp. ZZVZ by tak vedla k absurdním důsledkům, neboť by znemožňovala zadat veřejnou zakázku na uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících v krajně naléhavém případě. Pokud by se tak povinnost prenotifikace měla vztahovat i na postup podle ZVZ, resp. ZZVZ výjimka z povinnosti prenotifikace v případě jednacího řízení bez uveřejnění v krajně naléhavém případě by jistě upravena byla, když obdobnou úpravu ve vztahu k uzavírání „netto“ smluv čl. 7 odst. 2 Nařízení obsahuje.

Nadto je třeba zdůraznit, že povinnost prenotifikace je stanovena rovněž na národní úrovni, a to zákonem č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů (dále jen „***ZVS***“ nebo „***zákon o veřejných službách v přepravě***“). ZVS v § 19 odst. 1 stanoví, že

nejpozději 1 rok před zahájením nabídkového řízení nebo před uzavřením smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících přímým zadáním podle § 18 písm. a), c) a d) ZVS uveřejní objednatel informace o svém rozhodnutí uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících v rozsahu podle Nařízení v Úředním věstníku Evropské unie, pokud Nařízení nestanoví jinak. Paragraf 21 ZVS pak stanoví, že § 9 až § 20 ZVS se použijí pouze v případě, kdy má uzavíraná smlouva povahu koncese. V opačném případě se na výběr dopravce ve veřejné linkové dopravě a na dráze tramvajové použije ZVZ, resp. ZZVZ. Paragraf 19 se tak dle ZVS nepoužije na postup při uzavírání „brutto“ smluv. Pokud by se tak čl. 7 odst. 2 Nařízení měl použít i na uzavírání „brutto“ smluv, muselo by být konstatováno, že ZVS je v rozporu s Nařízením a český zákonodárce Nařízení při tvorbě ZVS nesprávně vyložil. V opačném případě by jistě ZVS stanovil, že povinnost prenotifikace se vztahuje i na postup dle ZVZ, resp. ZZVZ.

Závěr, že čl. 7 odst. 2 Nařízení se nepoužije v případě „brutto“ smluv je rovněž v souladu s rozhodovací praxí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „***Úřad***“). V rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 12.07.2015, č. j. ÚOHS-R142/2014/VZ-14134/2015/321/PMa je v bodě 27 uvedeno následující:

„Zadavatel ve svém rozkladu odůvodňuje nemožnost realizovat zadávací řízení dle zákona o veřejných zakázkách ve výpovědní lhůtě původní smlouvy, která činila 6 měsíců, povinností zveřejnit záměr uzavřít smlouvu o veřejných službách nejméně jeden rok předem, aby mohli případní provozovatelé veřejných služeb reagovat. Tato povinnost podle názoru zadavatele vyplývá z Nařízení, konkrétně bodu 20 a 29 preambule, čl. 7 odst. 2 Nařízení a z Metodické pomůcky Ministerstva dopravy. Lze souhlasit se zadavatelem, že v preambuli nařízení se hovoří o tom, že pokud příslušné orgány uvažují o uzavření smluv o veřejných službách, měly by přijmout opatření nezbytná ke zveřejnění této skutečnosti nejméně jeden rok předem bez vymezení, jakým způsobem jsou tyto smlouvy uzavírány, zda v rámci nabídkového řízení dle zákona o veřejných službách či v rámci zadávacího řízení dle zákona o veřejných zakázkách. Je však potřeba si uvědomit, že obsah preambule nařízení je deklaratorní, tudíž nemá závazný charakter, navíc z formulace „měly by přijmout opatření nezbytná k zveřejnění“ uvedené v bodu 29 preambule nelze dovodit, že se jedná o povinnost, ale spíše o doporučení. Povinnost zveřejnit záměr uzavřít smlouvu o veřejných službách je dále upravena v čl. 7 odst. 2 Nařízení, které výslovně zmiňuje pouze nabídkové řízení a přímé zadání podle Nařízení. Tuto povinnost převzal zákon o veřejných službách, který upravuje nabídkové řízení a přímé zadání na národní úrovni, v zákoně o veřejných zakázkách však taková povinnost pro zadavatele stanovena není. Skutečnost, že zadavatel měl přijmout opatření ke zveřejnění svého záměru uzavřít smlouvu o veřejných službách nejméně rok předem, nemůže vést k závěru, že i když zadavatel nesplnil podmínky pro uzavření smlouvy přímým zadáním dle zákona o veřejných službách, neboť nedošlo k převedení rizika ze zadavatele na dopravce, je přesto oprávněn uzavřít smlouvu na základě přímého zadání. Co se týče odkazu na metodiku Ministerstva dopravy je potřeba si uvědomit, že tato metodika neobsahuje závazný výklad právních norem, navíc se ani nevyjadřuje k otázce případného postihu za nezveřejnění záměru ve stanovené lhůtě, pokud zadavatel postupuje podle zákona o veřejných zakázkách.“

V kontextu shora citovaného rozhodnutí považují autoři pro úplnost za vhodné vyjádřit se i k obsahu metodické pomůcky Ministerstva dopravy „Uplatňování legislativních norem v oblasti výběru dopravce pro zabezpečení dopravní obslužnosti veřejnými službami v přepravě cestujících“ (dále jen „***Metodická pomůcka***“) a bodu 20 a 29 preambule Nařízení.

Metodická pomůcka pouze bez bližší argumentace stanoví, že povinnost prenotifikace má objednatel i v případě výběru dopravce podle ZVZ. Vzhledem ke skutečnosti, že Metodická pomůcka neobsahuje ve vztahu k tomuto tvrzení jakékoli argumenty kromě odkazu na § 19 odst. 1 ZVS a čl. 7 odst. 2 Nařízení, nelze se s tímto tvrzením vypořádat jinak, než jak to učinil předseda Úřadu ve svém výše

uvedeném rozhodnutí.

Ve vztahu k preambuli Nařízení je třeba uvést, že preambule Nařízení dle autorů naopak podporuje závěr, že čl. 7 odst. 2 Nařízení se na „brutto“ smlouvy neuplatní.

Bod 20 preambule Nařízení stanoví, že *„pokud se orgán veřejné správy rozhodne, že svěří poskytování služeb obecného zájmu třetí osobě, musí vybrat provozovatele veřejných služeb v souladu s právem Společenství týkajícím se veřejných zakázek a koncesí* […] *jakož i se zásadami transparentnosti a rovného zacházení. Ustanoveními tohoto nařízení nejsou dotčeny zejména povinnosti orgánů veřejné správy na základě směrnic o zadávání veřejných zakázek, pokud smlouvy o veřejných službách spadají do jejich působnosti*.“

Z bodu 20 preambule Nařízení tak vyplývá, že ustanoveními Nařízení nejsou dotčeny zejména povinnosti orgánů veřejné správy na základě směrnic o zadávání veřejných zakázek, pokud smlouvy o veřejných službách spadají do jejich působnosti, přičemž „brutto“ smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících nepochybně do působnosti směrnic spadají. Dle autorů se tak jedná o další vyjádření skutečnosti, že Nařízení veřejné zakázky neupravuje a upravuje toliko koncese v oblasti smluv o veřejných službách v přepravě cestujících.

Bod 29 preambule Nařízení pak stanoví, že *„uvažují-li příslušné orgány o uzavření smluv o veřejných službách, s výjimkou mimořádných opatření a smluv týkajících se malých vzdáleností, měly by přijmout opatření nezbytná k zveřejnění této skutečnosti nejméně jeden rok předem, aby mohli případní provozovatelé veřejných služeb zareagovat*“. Z citované úpravy nevyplývá, že by se měla vztahovat na „brutto“ smlouvy. Zejména je třeba vzít v úvahu odkaz na výjimku povinnosti prenotifikace v případě *„mimořádných opatření a smluv týkajících se malých vzdáleností*“, což jsou zcela nepochybně možnosti stanovené toliko pro „netto“ smlouvy, neboť tyto instituty jsou pro veřejné zakázky dle čl. 5 odst. 1 Nařízení výslovně vyloučeny. Nelze tak než opět konstatovat, že v Nařízení neřeší povinnost prenotifikace pro „brutto“ smlouvy uzavírané v krajně naléhavém případě.

Opomenout nelze konečně ani výklad jazykový, přičemž pro tyto účely je potřeba porovnat více jazykových mutací Nařízení, jak učinil předseda Úřadu ve svém rozhodnutí ze dne 29.12.2014, č. j.: ÚOHS-R391/2013/VZ-27697/2014/322/KHo. Závěry předsedy Úřadu lze aplikovat i na posuzovanou situaci, byť je předseda Úřadu učinil ve vztahu k jiné problematice. Dle předsedy Úřadu když Nařízení hovoří o nabídkovém řízení, je jím míněno řízení nabídkové, nikoli zadávací. V bodě 77 citovaného rozhodnutí je uvedeno následující:

„K tomuto závěru lze dospět na základě jazykového výkladu. Jak jsem již uvedl, čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení používá výlučně termín „nabídková řízení“, přičemž zadávací směrnice 2004/18/ES a 2004/17/ES používají termín „zadávací řízení“. Rovněž další jazykové verze uvádí odlišnou terminologii pro řízení nabídková a zadávací. Např. anglická verze používá pro nabídková řízení pojem competitive tendering procedures a pro zadávací řízení public procurement procedures, francouzská verze les procédures de mise en concurrence/ les procédures de passation des marchés publics, německá verze wettbewerbliches Vergabeverfahren/ Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Jelikož evropský zákonodárce (nejen) terminologicky odlišil nabídková a zadávací řízení, přičemž čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení hovoří výlučně o nabídkových řízeních, mám za to, že zákaz vyplývající z tohoto ustanovení nelze bez dalšího rozšířit i na zadávací řízení. Pokud by evropský zákonodárce chtěl zakázat vnitřním provozovatelům účast v zadávacích řízeních, nepochybně by to v citovaném ustanovení výslovně stanovil.“

Nařízení tak dle názoru autorů tohoto článku nepředstavuje ingerenci do již zavedené právní úpravy veřejných zakázek. Nařízení toliko stanoví postup při uzavírání „netto“ smluv, který nebyl do

účinnosti Nařízení na evropské úrovni upraven, když byl vyjmut z působnosti zadávacích směrnic z roku 2004. Smyslem a účelem Nařízení tak není „zasahovat“ do předmětu úpravy směrnic upravujících zadávání veřejných zakázek tím, že by Nařízení pro specifické služby (veřejné služby v přepravě cestujících) stanovilo povinnosti nad rámec těchto směrnic. Nařízení a směrnice upravující zadávání veřejných zakázek v evropské úpravě stojí vedle sebe, není mezi nimi vztah obecnosti a speciality, což je jednoznačně vyjádřeno v čl. 5 odst. 1 Nařízení, stejně jako v preambuli nové zadávací směrnice 2014/24/EU.

Na základě výše uvedeného autoři zastávají názor, že prenotifikace dle čl. 7 odst. 2 Nařízení se na postup uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících podle ZVZ, resp. ZZVZ neuplatní. Opačný závěr by totiž vedl k absurdním důsledkům, neodpovídal by rozhodovací praxi Úřadu, textu zákona o veřejných službách v přepravě ani Nařízení a z těchto důvodů je třeba jej odmítnout.

Mgr. Jan Tejkal,
advokát

Mgr. Daniel Jadrníček,
advokátní koncipient

Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o.

Helfertova 13
613 00 Brno

Tel.: +420 541 211 528
e-mail: recepce@akfiala.cz

---
[1] ARROWSMITH, Sue. The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK. 3rd ed. Vol. 1. London: Sweet & Maxwell, 2014, s. 438

© 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