20. 10. 2014

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

Veřejná podpora a veřejné zakázky

Veřejná podpora a veřejné zakázky jsou oblastmi právní úpravy, které stojí zdánlivě samostatně, vedle sebe. Každá z obou oblastí disponuje vlastními pravidly a kompetencemi orgánů na národní a evropské úrovni. Každá s nich je samostatným fenoménem přinášejícím úskalí do každodenního života řady subjektů. Přes značnou samostatnost a oddělenost se však obě oblasti významně protínají a představují zejména pro zadavatele veřejných zakázek „společný problém“, se kterým se musí náležitě vypořádat.

HOLEC, ZUSKA
& PARTNEŘI

ADVOKÁTI | ATTORNEYS | RECHTSANWÄLTE

Právní úprava

Právní úprava oblasti veřejného zadávání vychází z tzv. zadávacích směrnic, které, jak již sám právní charakter tohoto dokumentu napovídá, musí členské státy ve stanovené době transponovat do národního právního řádu. Výsledkem toho je zejména zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném a účinném znění („ZVZ“), který je v současné podobě mj. výsledkem transpozice zadávacích směrnic č. 2004/18/ES. Vzhledem k tomu, že v únoru letošního roku byly přijaty nové zadávací směrnice[1], bude muset ve stanovené transpoziční době seznat náš ZVZ značné změny; návrh věcného záměru změn je ostatně již předmětem odborné diskuse.

Na rozdíl od oblasti veřejného zadávání je oblast veřejné podpory specifická tím, že její právní regulace spadá výlučně do kompetence příslušných orgánů EU, aniž by členské státy musely, resp. vůbec mohly tuto úpravu jakkoli transponovat. V praxi to znamená, že odlišně od právní úpravy veřejných zakázek nenajdeme v českém právním řádu odpovědi na otázky, co je veřejná podpora a jak čelit jejímu nedovolenému poskytování. Musíme je hledat v evropských normách, jejichž počet není malý; navíc přes nespornou snahu Evropské unie nelze hovořit o jejich přehnané přehlednosti. Jedno však mají společné, a to právní základ, ze kterého vycházejí; tímto základem je Smlouva o fungování Evropské unie („SFEU“), a to zejména její článek 107 odst.1[2].

Pojem veřejné podpory

Podle článku 107 odst. 1 SFEU podpory poskytované v jakékoli formě státem nebo ze státních prostředků, které narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž tím, že zvýhodňují určité podniky nebo určitá odvětví výroby, jsou, pokud ovlivňují obchod mezi členskými státy, neslučitelné s vnitřním trhem, nestanoví-li SFEU jinak.

Pojem veřejné podpory se příslušné orgány EU, zejména Komise a Soudní dvůr EU v rámci legislativní a rozhodovací praxe, snaží systematicky vysvětlovat a zároveň shrnovat dosavadní poznatky. Posledním a již delší dobu očekávaným shrnutím je Sdělení Komise o pojmu státní podpora podle čl. 107 odst. 1 SFEU („Sdělení“), které je zatím ve stadiu návrhu; protože však jde o shrnující výkladový dokument, jeho závěry jsou relevantní již dnes. Cílem Sdělení je objasnit jednotlivé prvky,

které na základě ustanovení článku 107 odst. 1 SFEU se zohledněním ustálené judikatury Soudního dvora EU představují veřejnou podporu. Těmito prvky podle Sdělení jsou existence podniku, přičitatelnost opatření státu, financování podniku z veřejných prostředků, poskytnutí výhody, selektivita opatření a jeho potenciální dopad na hospodářskou soutěž a obchod v rámci EU[3].

Vzhledem k tomu, že cílem tohoto článku není rozbor samotného pojmu veřejná podpora, nýbrž jeho vysvětlení ve vztahu k veřejným zakázkám, zaměřuje se v další části pouze na některé aspekty, které jsou v rámci tohoto tématu relevantní.

Příjemce nebo poskytovatel podpory?

Veřejná podpora je velmi často vnímána pouze z jedné strany mince, tj. z pohledu, kdy poskytovatel podpory poskytuje jejímu příjemci finanční prostředky nebo jiné hodnoty (výhody); tato forma podpory je zřejmá a na první pohled identifikovatelná. Druhou stranou téže mince je však poskytnutí podpory (určitým způsobem skryté), která již takto zřejmý charakter a obsah nemá. Zahrnuje nejrůznější typy chování subjektů, které ve vztahu k třetí osobě jednají v rozporu s tzv. kritériem subjektu v tržním hospodářství. Příjemce podpory z veřejných finančních prostředků se tak může velmi snadno, a mnohdy nevědomky, stát zároveň poskytovatelem veřejné podpory ve vztahu k třetí osobě – jinému podniku. Právě tyto případy zahrnují v sobě i právní jednání spadající do oblasti zadávání a realizace veřejných zakázek.

Kritérium subjektu v tržním hospodářství

V části 4.2 návrhu Sdělení je kritériu subjektu v tržním hospodářství věnována značná pozornost. Konstatuje se, že toto kritérium je představováno třemi hlavními zásadami resp. podkritérii:

- a) zásadou investora v tržním hospodářství,
- b) kritériem soukromého prodávajícího, a
- c) kritériem soukromého věřitele.

Pro oblast zadávání veřejných zakázek jsou zásadní zejména poslední dvě zmíněná kritéria.

Smyslem kritéria subjektu v tržním hospodářství je posoudit, zda veřejná instituce poskytla určitému podniku výhodu tím, že při určité transakci nejednala jako subjekt v tržním hospodářství; jde tedy o analýzu, zda jednala stejně, jak by v podobné situaci jednal subjekt v tržním hospodářství. Není-li tomu tak, obdržel podnik (příjemce) hospodářskou výhodu, kterou by za běžných tržních podmínek nezískal[4], což posiluje jeho postavení ve srovnání s postavením konkurenčních podniků[5].

Kritérium soukromého prodávajícího

Pro oblast veřejných zakázek bychom spíše mohli hovořit o opačném principu tohoto kritéria, tedy principu „soukromého kupujícího“, v rámci něhož je nutno zvažovat, zda veřejná instituce při nákupu stavebních prací, dodávek či služeb dosáhla stejné či nižší ceny, než by mohl v tržním prostředí dosáhnout soukromý investor[6].

Návrh Sdělení konstatuje[7], že pokud se nákup a prodej majetku, zboží a služeb (nebo jiné srovnatelné transakce) uskuteční na základě otevřeného, transparentního, dostatečně zveřejněného, nediskriminačního a bezpodmínečného zadávacího řízení v souladu se zásadami zadávacích směrnic, lze předpokládat, že tyto transakce jsou v souladu s tržními podmínkami.

Zadávací řízení musí být otevřené, aby se ho mohli zúčastnit všichni kvalifikovaní uchazeči, kteří projeví zájem. Co se týče charakteristik řízení, přijatelné je jistě „otevřené řízení“ v souladu s požadavkem pravidel pro zadávání veřejných zakázek, za postačující ke stanovení tržní ceny však

může být považováno i „omezené řízení“, není-li subjektům, které projeví zájem, bez oprávněných důvodů znemožněno podat nabídku. Na druhé straně soutěžní dialog nebo jednací řízení s uveřejněním poskytují zadavateli široké rozhodovací pravomoci a mohou omezit účast subjektů, které mají zájem; tato řízení lze proto považovat za dostatečná k zjištění tržních cen pouze ve výjimečných případech. Jednací řízení bez uveřejnění nemůže zajistit, aby postup vedl k výběru uchazeče schopného poskytovat tyto služby za tržní ceny[8].

Jestliže veřejnoprávní subjekty pořizují majetek, zboží a služby, jakékoli zvláštní podmínky spojené se zadávacím řízením by měly být úzce a objektivně spojeny s předmětem zakázky a měly by umožnit, aby ekonomicky nejvýhodnější nabídka odpovídala tržní hodnotě.

Za účelem stanovení tržní ceny musí zadávací řízení vést k dostatečné úrovni hospodářské soutěže, aby se považovalo za soutěžní zadávací řízení. V případě řízení, kdy je zjevné, že věrohodnou nabídku je reálně schopen předložit pouze jediný subjekt, nelze zadávací řízení považovat za soutěžní, a není tudíž možné mít za to, že náležitě stanoví tržní cenu transakce.

Nelze-li empiricky pomocí konkrétních tržních údajů zjistit, zda je transakce v souladu s tržními podmínkami, , lze toto posoudit pomocí referenčního srovnávání nebo jiných metod ocenění[9].

To, zda je transakce v souladu s tržními podmínkami, lze posoudit na základě podmínek, za nichž uskutečnily srovnatelné transakce srovnatelné soukromé subjekty ve srovnatelné situaci (referenční srovnávání). Referenční srovnávání často nestanoví jednu „přesnou“ referenční hodnotu, nýbrž spíše řadu možných hodnot, a to posouzením souboru srovnatelných transakcí. Má-li posouzení zjistit, zda je transakce v souladu s tržními podmínkami, či nikoli, je obvykle záhodno posoudit měřítka orientovaná na středovou hodnotu, jako je průměr nebo medián souboru srovnatelných transakcí.

Nelze-li použít žádné z výše uvedených kritérií oceňování, je možné zjistit, zda je transakce v souladu s tržními podmínkami, na základě obecně přijímané standardní metody ocenění[10]. Tato metoda musí být založena na dostupných objektivních, ověřitelných a spolehlivých údajích, jež by měly být dostatečně podrobné a měly by zohledňovat hospodářskou situaci v době, kdy bylo o transakci rozhodnuto, s přihlédnutím k úrovni rizika a budoucím očekáváním[11].

Výše uvedené podmínky zadávacího řízení, jež jsou v návrhu Sdělení popsány jako podmínky zajišťující eliminaci rizika veřejné podpory, se týkají obecně problematiky tzv. předražení veřejné zakázky, které je v současné době v České republice cílem mnoha auditů. Jednoduše řečeno, audity zkoumají, zda veřejná zakázka byla zadána za cenu a obchodních podmínek v místě a čase obvyklých pro srovnatelné transakce. Z jiného pohledu lze říci, že předmětem zkoumání je naplnění tzv. podmínek 3E[12] při hospodaření s veřejnými prostředky, tedy zda tyto prostředky byly při zadání veřejné zakázky ze strany veřejného zadavatele vynaloženy účelně, hospodárně a efektivně.

Kritérium soukromého věřitele

Při zkoumání naplnění kritéria soukromého věřitele se porovnává způsob jednání resp. chování veřejné instituce s hypotetickým jednáním soukromých věřitelů, tedy věřitelů v obdobné situaci. Z pohledu veřejných zakázek jde v zásadě o dvě oblasti problémů:

- a) zda jsou obchodní podmínky nastaveny tak, jak odpovídají běžným tržním podmínkám či obchodním zvyklostem v dané oblasti; a
- b) zda jsou uplatňovány resp. vymáhány smluvní či zákonné sankce či náhrady škod, na které veřejnému zadavateli v souvislosti s realizací veřejné zakázky vznikl oprávněný nárok.

V případě nastavení obchodních podmínek na tržním principu nutno vážit zejména nastavení platebních mechanismů tak, aby v průběhu realizace zakázky byl dodržen princip hodnoty za peníze.

Z tohoto pohledu jsou velmi problematické jakékoli způsoby „předfinancování“ dodavatele zakázky, které nemá tržní logiku, není ve vztahu k plnění zakázky jednoznačně zdůvodnitelné a nepřináší veřejnému zadavateli jiný vedlejší ekonomický efekt apod.

Na druhou stranu mezi logické a žádoucí obchodní podmínky patří nepochybně institut zádržného jako forma určité jistoty za řádné plnění zakázky (odložení platby ve vazbě na splnění odkládací podmínky), stejně tak např. finanční (zpravidla bankovní) záruka za řádné plnění ve smyslu § 2029 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník („OZ“) apod.

Veřejná podpora je naplněna nejen tzv. „vynaložením veřejných prostředků“, ale též řadou skrytých forem tzv. „nevybrání veřejných prostředků“. Do této kategorie jednoznačně spadají případy prominutí smluvně sjednaných nebo zákonem stanovených sankcí za neplnění či prodlení (smluvní pokuty, úroky z prodlení apod.).

Specifickou kategorii potom tvoří i využití institutu započtení jako způsobu zániku závazku k úhradě nebo jeho části (závazek k úhradě ceny) proti dluhu (nesplněnému závazku) dodavatele ve smyslu § 1982 an. OZ.

Z výše uvedeného vyplývá, že oblast veřejné podpory a veřejných zakázek mají mnoho společného a že veřejní zadavatelé by měli veřejné zakázky od počátku sledovat i z pohledu pravidel eliminujících rizika nedovolené veřejné podpory. O to víc, pokud je veřejná zakázka financována z některého z Fondů EU, neboť nedodržení pravidel veřejné podpory představuje jednu ze zásadních překážek, aby náklady vynaložené na veřejnou zakázku byly považovány za způsobilé k financování.

JUDr. Karel Zuska,
advokát

HOLEC, ZUSKA & Partneři advokáti

Palác Anděl
Radlická 1c/3185
150 00 Praha 5

Tel.: +420 296 325 235
Fax: +420 296 325 240
e-mail: recepce@holec-advokati.cz

---
[1] Viz mj. Směrnice EP a rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/EU
[2] Pro oblast tzv. služeb obecného hospodářského zájmu lze základ spatřovat též v článku 106 odst.

2 SFEU
[3] Sdělení tak přináší poněkud netradičně členěné, nicméně v souhrnném obsahu totožné vymezení znaků veřejné podpory, jak je chápáno dosavadním ustáleným pojetím
[4] Rozsudek Soudu prvního stupně ve spojených věcech Westdeutsche Landesbank Girozentrale a Land Nordrhein-Westfalen v. Komise, T-228/99 a T-233/99, Recueil 2003, s. II-435, bod 208
[5] Rozsudek Soudního dvora ve věci Komise v. EDF, C-124/10 P, Sb. rozh. 2012,
bod 90; rozsudek Soudního dvora ve věci Banco Exterior de España, C-387/92, Recueil 1994, s. I-877,
bod 14, a rozsudek Soudního dvora ve věci Itálie v. Komise, C-6/97, bod 16
[6] Rozsudek Tribunálu ve spojených věcech Land Burgenland a Rakousko v. Komise, T-268/08 a T-281/08, Sb. rozh. 2012, s. II-0000
[7] Viz body 91 an. Sdělení
[8] Viz 66. bod sdělení o službách obecného hospodářského zájmu, Úř. věst. C 8, 11.1.2012, s. 4
[9] Je-li tržní cena stanovena prostřednictvím rovnocenných transakcí nebo transakcí na základě nabídkových řízení, nelze tyto výsledky zpochybnit jinými metodami ocenění – například nezávislými posudky (viz rozsudek Tribunálu ve spojených věcech Land Burgenland a Rakousko v. Komise, T-268/08 a T-281/08, Sb. rozh. 2012, bod 72)
[10] Viz rozsudek Soudu prvního stupně ve věci Scott v. Komise, T-366/00, Sb. rozh. 2007, s. II-797, bod 134
[11] Viz rozsudek Soudu prvního stupně ve věci Valmont Nederland BV v. Komise, T-274/01, Sb. rozh.
[12] Viz zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole

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

Další články:

- Nové cenové výměry Ministerstva zdravotnictví pro rok 2026: Co se mění a na co si dát pozor
- Svěřenský fond v holdingových strukturách
- Environmentální tvrzení společností v hledáčku EU: Jak se vyhnout greenwashingu a obstát v nové regulaci?
- Oceňování senior center a domovů se zvláštním režimem v nemovitostních fondech
- Změna výroby na příkaz mateřské společnosti bez finanční kompenzace vzniklých ztrát? Judikát NSS, který mění pohled na převodní ceny
- Byznys a paragrafy, díl 26.: Smírčí řízení jako alternativní nástroj řešení sporů mezi podnikateli
- „Bez pohlavků“: jasná hranice výchovy v českém právu
- Nová éra v boji proti nekalým obchodním praktikám: Co přinese nové procesní nařízení EU?
- Diskriminace není legrace aneb nerovné zacházení s akcionáři při výplatě zálohy na podíl na zisku
- Licence LUC v podnikatelské strategii provozovatelů dronů
- Neplatnost usnesení valné hromady akciové společnosti v rozhodovací praxi soudů