

Subjektivní faktor ve veřejné zakázce

Michaela Poremská*

Úvod

Zadávání veřejných zakázek je procesem velmi specifickým. Specifikum až zvláštnost, podle mého názoru, spočívá mimo jiné v tom, že nepatrný zlomek zakázek nelze „jednoduše“ zadat podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále také „zákon“ nebo „zákon o veřejných zakázkách“ nebo „ZVZ“). Mám na mysli konkrétně situace, kdy smluvní vztah zadavatele a dodavatele je založen na důvěryhodnosti a zadání zakázky po splnění předcházejícího závazku novému a pro zadavatele neznámému vybranému dodavateli většinou důvěryhodnost předcházejícího vztahu postrádá, ovšem pro plnění zakázky je významná.

Vidím zde minimálně dva základní problémy kromě dodržení správného postupu podle zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k důvěryhodnosti, a to riziko vzniku škody či riziko poškození dobrého jména zadavatele v novém smluvním vztahu. Náhrada škody totiž může svým rozsahem případný postih dohledového orgánu z důvodu nesprávného postupu podle zákona zastínit.

Je tedy možné, aby tento svůj subjektivní faktor „důvěry“ zadavatel při postupu podle zákona legálně uplatnil?

Ona totiž důvěra je významná i pro naši vládu.¹

Pojmosloví

Co je to vůbec důvěryhodnost? Podle Slovníku spisovné češtiny pro školu a veřejnost² se jedná o přídavné jméno, které znamená hodný důvěry, spolehlivý.

V zákoně o veřejných zakázkách se pracuje s pojmy „objektivní důvody“, „objektivní podmínky“, „objektivní požadavky“ aj. Subjektivní faktory či důvody nepřicházejí v postupu podle zákona v úvahu, s čímž se obecně plně ztotožňují. Na druhou stranu jak „objektivně“ zdůvodnit například kratší lhůtu pro podání nabídek u zjednodušeného podlimitního řízení v délce minimálně 7 dnů? Nejedná se náhodou vždy o subjektivní odůvodnění? Kdo je oprávněn objektivně po-

soudit „objektivní důvody“? Samozřejmě se okamžitě nabízí odpověď, že je to Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále také „Úřad“). Podle mého názoru, tento dohledový orgán by měl svou roli splnit až sekundárně, a to v případě návrhu o přezkoumání úkonů zadavatele některého z uchazečů či z moci úřední Úřadu.

Výjimky z postupu podle zákona o veřejných zakázkách

Zákon o veřejných zakázkách stanovuje výjimky z působnosti zákona, které jsou uvedeny v § 18 až 20 ZVZ. Výjimky lze rozdělit na ty, které se týkají všech zadavatelů (§ 18 ZVZ) nebo jen sektorového zadavatele (§ 19 a 20 ZVZ), a dále lze výjimky teoreticky dělit na ty, které jsou komplexní a výjimky týkající se pouze podlimitních veřejných zakázek (§ 18 odst. 2 ZVZ).

Výjimky, podle kterých zadavatel není povinen zadávat podle zákona veřejné zakázky týkající se důvěryhodnosti zákon nezná. Podle mého názoru tam, kde je třeba určitě důvěryhodnosti jsou utajované informace či zvláštní bezpečnostní rizika anebo zpravodajské služby. Tyto případy podléhají výjimkám z působnosti zákona.

Konkrétně se jedná o výjimku, kdy předmětem veřejné zakázky jsou utajované informace podle zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, v platném znění (§ 18 odst. 1 písm. a) ZVZ), dále je jedná o veřejné zakázky, spojené se zvláštními bezpečnostními opatřeními nebo jejichž zadávání souvisí s ochranou základních bezpečnostních zájmů státu, například podle (ústavního) zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, v platném znění (§ 18 odst. 1 písm. b) ZVZ) anebo jedli o zpravodajskou službu podle zákona č. 153/1994 Sb., o zpravodajských službách České republiky, v platném znění (§ 18 odst. 1 písm. b) nebo odst. 2 písm. e) ZVZ).

Druhy zadávacích řízení

Správná volba druhu zadávacího řízení je jedním z nejdůležitějších kroků zadavatele. Podporuje to i fakt, že návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele lze podat proti použití druhu zadávacího řízení. Je tak uvedeno v demonstračním výčtu důvodů podání návrhu v ustanovení § 114 ZVZ.

Zadavatelem odůvodněné použití některého z druhů řízení, mám na mysli především jednacího řízení bez uveřejnění, nemá ze subjektivních důvodů oporu v zákoně.

Nový druh zadávacího řízení – zjednodušené podlimitní řízení umožňuje podle § 38 odst. 1 ZVZ vyzvat k podání nabídky nejméně 5 zájemců. Veřejný zadavatel tedy nejčastěji a nejpravděpodobněji zvolí okruh dodavatelů, který je mu znám a je či byl s ním spokojen při plnění jiné zakázky, a tudíž je důvěryhodný. Zákon o veřejných zakázkách ovšem v následujícím ustanovení úpravy tohoto druhu řízení stanovuje, že zadavatel nesmí vyzývat opakovaně stejný okruh zájemců, není-li to odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky či jinými zvláštními okolnostmi (§ 38 odst. 3 ZVZ). Z uvedeného, podle mě, vyplývá, že zákon za účelem zachování konkurenčního prostředí s cílem snížit výdaj veřejných prostředků „nutí“ zadavatele stále vytvářet smluvní vztahy s novými dodavateli. Domnívám se, že zdůvodnění o vyzývání ke spolupráci stejného okruhu zájemců, resp. nalézání zvláštních okolností pro zadávání zakázek stejných dodavatelům je většinou velmi subjektivní. Z praxe soudím, že zejména nepravníci, kteří často proces zadávacího řízení řídí, nejsou schopni „objektivně“ odůvodnit použití nestandardního postupu podle zákona. Právní jistota zadavatele je v tomto případě navíc narušena z důvodu použitých vágních pojmů v úpravě. De lege ferenda je třeba se s uvedenou pojmovou vágností vypořádat. Například zavést demonstrační výčet „odůvodněných případů“ či „objektivních důvodů.“ Soudím, že by to adresátům právní normy pomohlo.

Vrátím-li se k předpokladům použití jednacího řízení bez uveřejnění, žádný předpoklad důvěryhodnosti neobsahuje. Myslím si, že za zvážení by stálo rozšířit předpoklad v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, který stanovuje, že veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu o předpoklad objektivních příčin týkající se předmětu plnění. Bylo by zároveň nezbytné, aby zákon definoval pojem „objektivní příčiny týkající se předmětu plnění“³. Jinak by můj návrh v podstatě popřel kritiku, kterou v tomto příspěvku rozvádím ve věci používání vágních pojmů.

Ve vztahu k pojetí jednacího řízení bez uveřejnění Evropského společenství se z mé strany jedná o návrh až revoluční. Evropským společenstvím totiž použítí

jednacího řízení bez uveřejnění vnímá jako problematické.⁴

Problematické je toto řízení zejména z důvodu, že zadavatelé se snaží vyhnout zdoluhavému a příliš formálnímu postupu podle zákona použitím především otevřeného řízení a domnívají se, že postupují podle zákona volbou jednoho z druhů zadávacích řízení, a to jednacího řízení bez uveřejnění a neuvědomují si, že zákon obcházejí, pokud nenaplní předpoklady pro jeho použití. Bohužel častým důvodem použití jednacího řízení bez uveřejnění s jedním zájemcem je korupční chování, které se rozvíjí.

Korupce

Často diskutované korupční chování je literou zákona nejčastěji vyjádřeno trestným činem přijímání úplatku, podplácení, nepřímé úplatkářství a nekalá soutěž (§ 149 zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, v platném znění; dále také „TZ“) nebo nekalou sotěží formou podplácení podle § 49 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění.⁵

Úplatkářství je upraveno v oddíle třetího hlavy třetí týkající se trestných činů proti pořádku ve věcech veřejných v ustanoveních § 160 an. TZ.⁶

Definice trestného činu přijímání úplatku (§ 160 TZ) stanovuje, že kdo v souvislosti s obstaráváním věci obecného zájmu⁷ přijme nebo si dá slíbit úplatek,⁸ bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo zákazem činnosti a ten kdo za uvedených okolností úplatek žádá, bude potrestán odnětím svobody na šest měsíců až tři léta.

Vyšší trestní sazby se týkají veřejných činitelů⁹ anebo jedná-li se o značný prospěch či prospěch velkého rozsahu.

Trestný čin podplácení spáchá ten, kdo jinému v souvislosti s obstaráváním věci obecného zájmu poskytne, nabídne nebo slíbí úplatek. V úvahu přicházejí tresty odnětí svobody až na jeden rok nebo peněžitý trest. Vyšší trestní sazba přichází v úvahu u veřejného činitele anebo v případě získání značného prospěchu nebo způsobení značné škody či jiného zvlášť závažného následku.

Podle § 162 TZ kdo žádá nebo přijme úplatek za to, že bude svým vlivem působit na výkon pravomoci veřejného činitele nebo za to, že tak již učinil, spáchá trestný čin nepřímého úplatkářství a bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta.

Společně ustanovení § 162a TZ předmětného oddílu třetího definuje pojmy úplatek, veřejný činitel a obstarávání věci obecného zájmu (poznámka autorky – viz poznámky pod čarou).

Dále zvláštní ustanovení § 163 TZ stanovuje, že trestnost podplácení (§ 161 TZ) a nepřímého úplatkář-

ství (§ 162 TZ) zaniká, jestliže pachatel úplatek poskytl nebo slíbil jen proto, že byl o to požádán, a učinil o tom dobrovolně bez odkladu oznámení státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu.

Kvalifikace a hodnocení nabídek

O tom, že by „důvěryhodnost“ tvořila kvalifikační předpoklad či jedno z dílčích hodnotících kritérií je, podle mého názoru, zcela vyloučeno. Pokud by zadavatel takový předpoklad (umožňoval-li by to zákon) či dílčí kritérium stanovil, jak by uchazeč prokazoval svou „důvěryhodnost“? Takové posuzování kvalifikace či posuzování a hodnocení nabídky, se domnívám, by vždy vedlo k námitkám ze strany vyloučených či nevybraných uchazečů.

Z uvedeného může vyplývat, jestliže zadavatel není schopen obhájit stanovení kvalifikačního předpokladu či dílčí hodnotící kritérium „důvěryhodnosti“, jak je schopen odůvodnit použití autorkou navrhovaného předpokladu „objektivních příčin týkajících se předmětu plnění“?

Podle mého názoru je zásadní rozdíl mezi „posouzením a hodnocením důvěryhodnosti“ a „existencí důvěryhodnosti“ jako takové.

Zadavatel (v případě kvalifikace) a členové hodnotící komise by se subjektivnímu posuzování a hodnocení měli zcela vyhnout. Pokud tedy neexistuje nezávislý orgán, který by vydával doklady o důvěryhodnosti jednotlivých dodavatelů (podle mého názoru je zcela nesmyslné, aby takový orgán existoval), bude se muset zadavatel s různými doklady prokazující důvěryhodnost vypořádat subjektivně. Podle mého, objektivně to ani podle nejlepšího vědomí a svědomí nelze. V případě hodnocení je to obdobné.

Na druhou stranu existuje-li podle zadavatele důvěryhodnost dodavatele, měl by ji být zadavatel schopen objektivně popsat bez jakéhokoli dokladu od dodavatele, aniž by tím poškodil ostatní dodavatele. Samozřejmě se okamžitě nabízí otázka, že „otevřeným“ nevyzváním dodavatelů, ale jen jednoho dodavatele z důvodu objektivních příčin týkajících se předmětu plnění, vzniká nevyzvaným dodavatelům škoda. Pokud bude osloven jediný dodavatel z uvedeného důvodu na základě zákona, myslím si, že škoda ostatním nevzniká, (i když právě vzniklá újma bývá nejvýznamnějším argumentem nevybraných uchazečů kromě toho, že je povinnou náležitostí námitky a návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu). Každopádně otázku vzniku škody vnímám ve vztahu k subjektivnímu faktoru za velmi citlivou.

Podle dokumentu Černé listiny ve veřejných zakázkách vyhotoveném Transparency International – Česká republika, o. p. s., „kvalifikací však zákon umožňuje zadavateli zjistit, zda je nabídka právně a ekono-

micky podložena, tedy zda je dodavatel způsobilý splnit předmět veřejné zakázky a je důvěryhodným dodavatelem.“¹⁰

Závěr

Cílem tohoto příspěvku neměla být v žádném případě obhajoba subjektivního (ve smyslu zjištěného) zájmu zadavatele na plnění zakázky určitým dodavatelem, což je bohužel častým jevem při zadávání veřejných zakázek. Účelem bylo zamyslet se nad tím, že i když samotná existence zákona o veřejných zakázkách je nepochybným nástrojem pro snížení výdajů veřejných prostředků a primární snahou zadavatele je postupovat podle uvedeného zákona či případně neporušit právní zásady stanovené nejenom v zákoně o veřejných zakázkách, vyskytují se někdy plnění, která jsou vhodná jen pro určité dodavatele, resp. dodavatele, kteří jsou důvěryhodní. Subjektivní faktor ovšem zadávání veřejných zakázek, podle mého názoru, nezohledňuje, což vnímám jako omezující pro zadavatele. Na druhou stranu je třeba připustit, že seriózní použití subjektivních kategorií se vyskytuje v zanedbatelném procentu případů.

Summary

The speciality of tenders consists in the influence of opinions (the subjective factor). In general there is no possibility to express opinions in public procurement. On the other hand there are a few orders that ask for credibility (the subjective factor) of a supplier because the credibility is important for a specific performance. Could the subjective factor be legally applied? The article analyzes the contemporary Czech legal regulation and proposes the regulation de lege ferenda. It concerns also discourse about a corruption behaviour.

* JUDr. Michaela Poremská, právnická rektorátu Masarykovy univerzity, Brno

¹ Podle čl. 68 odst. 3 Ústavy vláda předstoupí do třiceti dnů po svém jmenování před Poslaneckou sněmovnu a požádá ji o vyslovení důvěry.

² Slovník spisovné češtiny pro školu a veřejnost. 2. vydání. Praha: Academia, 1994, s. 74.

³ Srov. sněmovní tisk 205 Novela z. o veřejných zakázkách [citováno 7. dubna 2008]. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=5&T=205>.

⁴ Např. viz Dvořák, D. Aktuální legislativní vývoj v oblasti veřejných zakázek [citováno 9. srpna 2007]. Dostupný z: <http://www.epravo.cz/v01/index.php3?=clanky>.

⁵ Vedle uvedených trestných činů je možné uvést i jiné, např. pletichy při veřejné soutěži (§ 128a a 128b TZ) atd.

⁶ S účinností od 1.7.2008 viz novelu č. 122/2008 Sb.

⁷ Za obstarávání věci obecného zájmu se považuje též zachování povinnosti uložené právním předpisem nebo smluvně převzaté, jejímž účelem je zajistit, aby v obchodních vztazích nedocházelo k poškozování nebo bezdůvodnému zvýhodňování účastníků těchto vztahů nebo osob, které jejich jménem jednají (§ 162a odst. 3 TZ).

⁸ Společné ustanovení § 162a TZ oddílu třetího stanovuje, co se rozumí úplatkem. Úplatkem je neoprávněná výhoda spočívající v přímém majetkovém obohacení nebo jiném zvýhodnění, které se dostává nebo má dostat uplacené osobě nebo s jejím souhlasem jiné osobě, a na kterou není nárok (§ 162a odst. 1 TZ).

⁹ Veřejným činitelem se podle § 160 až § 162 TZ se vedle osoby uvedené v § 89 odst. 9 TZ rozumí též jakákoliv osoba zastávající funkci

¹⁰ v zákonodárném nebo soudním orgánu nebo v orgánu veřejné správy cizího státu, nebo

¹¹ v podniku, v němž má rozhodující vliv cizí stát, nebo v mezinárodní organizaci vytvořené státy nebo jinými subjekty mezinárodního práva veřejného,

¹² pokud je s výkonem takové funkce spojena pravomoc při obstarávání věci obecného zájmu a trestný čin byl spáchán v souvislosti s touto pravomocí (§ 162a odst. 2 TZ).

¹³ Černé listiny ve veřejných zakázkách [citováno 5. února 2008]. Dostupný z:

http://www.transparency.cz/pdf/vz_cernelistiny2007.pdf.