

In-house vs. zadání sektorové veřejné zakázky přidružené osobě a možnost využití služeb poddodavatele

Veřejné zakázky v praxi, září 2018

Rozšířená verze

JUDr. Josef CHÝLE, Ph.D.

Člen redakční rady

Nová právní úprava zadávání veřejných zakázek přinesla významné změny v institutu tzv. in-house zadávání. Obdobný koncept pak nalezneme též i pro jiné oblasti jako např. obranu a bezpečnost. Řadu otázek však vyvolávají zakázky zadávané přidruženým osobám, což je mnohdy (a nesprávně, jak zjistíme dále) označováno jako zcela nový institut českého zadávacího práva, a proto se na následujících řádcích na jednu takovou situaci, kdy přidružená osoba, které byla zadána sektorová veřejná zakázka, zvažuje využít pro plnění předmětu této veřejné zakázky služeb poddodavatele, podíváme podrobněji a v souvislostech.

Dle § 151 odst. 1 ZZVZ platí, že sektorovou veřejnou zakázkou je veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti. Sektorovou veřejnou zakázkou je v souladu s § 151 odst. 2 ZZVZ též veřejná zakázka, kterou zadává jiná osoba při výkonu relevantní činnosti, pokud

- a) relevantní činnost vykonává na základě zvláštního nebo výhradního práva podle § 152, nebo
- b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo nebo nepřímo uplatňovat dominantní vliv.

Za sektorovou veřejnou zakázku se však nepovažuje zakázka zadaná zadavatelem přidružené osobě nebo společně několika zadavateli za účelem výkonu relevantní činnosti osobě přidružené k některému z těchto zadavatelů, jestliže se jedná o služby, přičemž alespoň 80 % průměrného obratu přidružené osoby ze všech služeb, které tato osoba poskytovala v předchozích 3 letech, bylo dosaženo ve vztahu k zadavateli nebo osobám, k nimž je zadavatel přidruženou osobou (a), dodávky, přičemž alespoň 80 % průměrného obratu přidružené osoby ze všech dodávek, které tato osoba poskytovala v předchozích 3 letech, bylo dosaženo ve vztahu k zadavateli nebo osobám, k nimž je zadavatel přidruženou osobou (b), nebo stavební práce, přičemž alespoň 80 % průměrného obratu přidružené osoby ze všech stavebních prací, které tato osoba poskytovala v předchozích 3 letech, bylo dosaženo ve vztahu k zadavateli nebo osobám, k nimž je zadavatel přidruženou osobou (c).¹

Přidruženou osobou se ze zákona rozumí osoba, která má povinnost podrobit se sestavení konsolidované účetní závěrky zadavatelem nebo jiná osoba, která přímo nebo nepřímo může

¹ Dle § 155 odst. 2 ZZVZ.

podléhat dominantnímu vlivu zadavatele, může vykonávat dominantní vliv nad zadavatelem, nebo podléhá dominantnímu vlivu stejné osoby jako zadavatel. Důvodová zpráva k předmětnému ustanovení konstatuje, že „[J]de o další případ spolupráce zadavatelů, která není považována za veřejnou zakázku. Z důvodu možnosti existence skupiny zadavatelů, jež jsou uspořádány jako skupina několika samostatných podniků, jsou vyňaty sektorové veřejné zakázky na stavební práce či služby udělené přidruženému podniku, jehož hlavní činností je poskytování takových stavebních prací či služeb takové skupině, jejíž je součástí, a nikoliv jejich nabízení na trhu. Jedná se zpravidla o vztahy mezi členy koncernu. Tato možnost se vztahuje i na zadávání koncesí, pokud se týkají relevantní činnosti.“

Originálním zdrojem tohoto nového konceptu není právo tuzemské, nýbrž evropské. Pro správný výklad této úpravy a zasazení do kontextu je třeba podrobně prostudovat ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (dále jen „Směrnice“).

Často je v praxi při pochopení zadávací úpravy opomíjena preambule Směrnice, a tak věnujme pozornost jejímu bodu 39, dle kterého je „řada zadavatelů uspořádána jako hospodářská skupina, která může sestávat z několika samostatných podniků; každý z těchto podniků má často v celkové struktuře hospodářské skupiny specifickou úlohu. Je proto vhodné vyjmout určité zakázky na služby, dodávky a stavební práce zadávané přidruženému podniku, jehož hlavní činností je poskytování takových služeb, dodávek nebo stavebních prací skupině, jejíž je součástí, a nikoli jejich nabízení na trhu. ... Je však vhodné zajistit, aby toto vynětí nezpůsobilo narušení hospodářské soutěže zvýhodňující podniky nebo společné podniky, které jsou přidruženy k zadavatelům; je vhodné stanovit příslušný soubor pravidel, zejména pro maximální hranice, ve kterých mohou podniky obdržet část svého obratu z trhu a mimo které by tyto podniky ztrácely možnost získání zakázky bez výzvy k účasti v soutěži, pro složení společných podniků a stabilitu vazeb mezi těmito společnými podniky a zadavateli, ze kterých se skládají.“

Dle čl. 29 odst. 3 Směrnice pak platí, že bez ohledu na čl. 28 (horizontální a vertikální spolupráce mezi veřejnými zadavateli v oblasti sektorových veřejných zakázek), a pokud jsou splněny podmínky stanovené v odstavci 4 tohoto článku, se Směrnice nevztahuje na zakázky:

- a) zadané zadavatelem přidruženému podniku, nebo
- b) zadané společným podnikem vytvořeným výlučně několika zadavateli za účelem vykonávání činností vymezených v člancích 8 až 14 podniku, který je přidružen k jednomu z těchto zadavatelů.

Dle čl. 29 odst. 3 směrnice 2014/25/EU pak platí, že odst. 3 se vztahuje na:

- a) zakázky na služby, pokud alespoň 80 % průměrného celkového obratu přidruženého podniku ze všech služeb poskytnutých tímto podnikem, dosaženého za předchozí tři roky, pochází z poskytování služeb zadavateli nebo jiným podnikům, k nimž je přidružen;
- b) zakázky na dodávky, pokud alespoň 80 % průměrného celkového obratu přidruženého podniku ze všech dodávek poskytnutých tímto podnikem, dosaženého za předchozí tři roky, pochází z poskytování dodávek zadavateli nebo jiným podnikům, k nimž je přidružen;

- c) zakázky na stavební práce, pokud alespoň 80 % průměrného celkového obratu přidruženého podniku ze všech stavebních prací provedených tímto podnikem, dosaženého za předchozí tři roky, pochází z provádění stavebních prací pro zadavatele nebo jiné podniky, k nimž je přidružen.

Na tomto místě je vhodné si připomenout, že explicitní úprava zadávání veřejných zakázek přidruženým osobám byla obsažena již i v předchozích směrnice upravě regulující zadávání sektorových veřejných zakázek, tzn. nejedná se o novum v tuzemské úpravě zadávání. Koncept tohoto institutu pro zadávání sektorových veřejných zakázek přidruženým osobám přitom historicky nedoznal žádných výraznějších změn.

Současně je třeba zdůraznit, že předmětná ustanovení Směrnice, resp. ZZVZ regulující zadávání zakázek přidruženým osobám, se vztahují výlučně k postavení přidružené osoby ve vztahu k zadavateli. Explicitní úprava postupu přidružené osoby v případě, že není schopna plnit jí svěřenou veřejnou zakázku vlastními silami, zákon ani Směrnice *expressis verbis* neregulují.

Pro pochopení souvislostí je dobré tuto úpravu komparovat s institutem tzv. in-house zadávání. Čl. 12 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU (dále též „*směrnice 2014/24/EU*“), stanovuje, že veřejná zakázka zadaná veřejným zadavatelem soukromoprávní či veřejnoprávní právnické osobě spadá mimo oblast působnosti směrnice, pokud jsou splněny všechny tyto podmínky:

- a) veřejný zadavatel ovládá dotčenou právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky,
- b) více než 80 % činností ovládané právnické osoby je prováděno při plnění úkolů, jež jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo jinými právnickými osobami, jež uvedený veřejný zadavatel ovládá, a
- c) žádný soukromý subjekt nemá v ovládané právnické osobě přímou kapitálovou účast s výjimkou kapitálové účasti, s níž není spojeno ovládání ani možnost blokovat a již v souladu se Smlouvami vyžadují vnitrostátní právní předpisy, přičemž taková účast nezakládá rozhodující vliv na ovládanou právnickou osobu.

Obdobně formulovaná úprava je obsažena též v ustanovení čl. 28 Směrnice pro sektorové zakázky zadané mezi veřejnými zadavateli.

Podrobnou analýzu pojmů přidružené osoby a in-house zadávání a historického vývoje těchto institutů v kontextu evropského práva provedl na sklonku roku 2015 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též i „*Úřad*“) v rozhodnutí ze dne 30. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0498/2014/VZ-41788/2015/511/JNv, které bylo následně o deset měsíců později (12. 9. 2016) potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R433/2015/VZ-37534/2016/321/OHo. V něm i s ohledem na rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (dále jen „*SDEU*“) ve věci *C-340/04 Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA* ze dne 11. 5. 2006 akcentoval, že přísně nahlíženo nelze in-house zadávání bez dalšího zaměňovat s institutem zadání sektorové veřejné zakázky přidružené osobě. Plyne z toho, že výklad jejich jednotlivých pojmových znaků nelze směšovat. S trochou nadhledu lze však pro praktické použití a pochopení jistě konstatovat, že oba instituty bezpochyby mají společné základy a regulují v zásadě obdobnou situaci (reálně nejde o nic jiného než plnění veřejné zakázky vlastními silami). Proto lze vyslovit

tezi, že při výkladu použití těchto institutů nemá být odhlíženo od v zásadě totožných principů, na kterých oba koncepty stojí.

Takový závěr není ani v rozporu s uvedenou judikaturou SDEU. Generální advokátka Christine Stix-Hackl v bodech 89 a 91 svého stanoviska již v této letité (2006) kauze k argumentu analogické aplikace kritéria 80 % činnosti obsaženého v sektorové směrnici na in-house zadávání veřejným zadavatelem potvrdila, že základní myšlenka obou konceptů je použitelná i mimo sektory [„*Proti možnosti převoditelnosti kritéria 80 % z článku 13 směrnice 93/38 hovoří za první okolnost, že jde o ustanovení o výjimce ze směrnice, která platí pouze pro určité sektory. Hodnota, která se takto určuje, je z vůle zákonodárce Společenství omezena na uvedenou směrnici. I když může být základní myšlenka prakticky použitelná také mimo tyto sektory, zůstává (...).*“]. I řada dalších autorů pro smysluplný výklad tohoto institutu Směrnice týkajícího se zadání sektorové veřejné zakázky přidružené osobě, jež svým charakterem koreluje s in-house výjimkou inkorporovanou do unijního právního řádu nejprve rozhodnutími SDEU, následně čl. 12 směrnice 2014/24/EU, uzavírá, že je třeba použít stejnou interpretaci a nevytvářet nějaké teoretické a v praxi neživotaschopné, resp. nepoužitelné, dva oddělené koncepty. V poměrně novém materiálu OECD týkajícím se spolupráce zadavatelů² je toto potvrzováno (*“The same in-house and public/public exceptions apply under the Directive and the Utilities Directive. The CJEU has applied the same interpretation to both the public sector and the utilities sector. For this reason, the two Directives have parallel provisions: the text of Article 28 of the Utilities Directive is identical to that of Article 12 of the Directive. In addition to the in-house and public/public exceptions, which are applicable only to contracting authorities, the Utilities Directive provides, in Articles 29 and 30, special exclusions that are applicable to all contracting entities. ... Where the term “undertakings” comprises a number of mutually-owned or mutually-dependant companies, a specific exclusion, under certain conditions, is provided for purchases made between these companies. These purchases are similar to “in-house” contracts, although the conditions are not exactly the same.”*). Stejně se stabilně³ v této otázce vyjadřuje též Bovis, dále též Graels⁴ či Kotsonis⁵.

Poměrně trefně článek 38 preambule Směrnice výslovně přiznává, že *“Existuje značná právní nejistota ohledně toho, do jaké míry by se na smlouvy uzavřené mezi veřejnými zadavateli měla pravidla pro zadávání veřejných zakázek vztahovat. Příslušná judikatura Soudního dvora Evropské unie je v jednotlivých členských státech, a dokonce i jednotlivými veřejnými zadavateli vykládána odlišně. Protože by tato judikatura byla stejným způsobem použitelná i na orgány veřejné správy v případě, že působí v odvětvích, na které se tato směrnice vztahuje, je vhodné zajistit, aby se jak v*

² *In-house Procurement and Public/Public Co-operation*. SIGMA (SG OECD), 2016. Dostupné z: <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-39-200117.pdf>

³ Není rozdíl mezi jeho závěry v pracích z roku 2005 (viz např. C. H. Bovis. *Public procurement in the European Union*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. ISBN 9780230501447) či z pozdějšího období (srov. C. H. Bovis. *EU public procurement law*. 2nd ed. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012. ISBN 0857938428).

⁴ A. S. Graels. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2nd ed. UK: Bloomsbury Publishing, 2015. ISBN 1509900284.

⁵ T. Kotsonis. *EU procurement law: the new utilities directive*. *Public Procurement Law Review*, 2014, 4, 169-187. Dostupné zde: <https://www.linkedin.com/pulse/20141129150528-182938534-eu-procurement-law-the-new-utilities-directive-a-critical-analysis>.

této směrnici, tak ve směrnici 2014/24/EU použila stejná pravidla a byla vykládána stejným způsobem."

Raison d'etre in-house konceptu a zadání sektorové zakázky přidružené osobě spočívá jednoduše v tom, že pokud má zadavatel možnost a chuť (vůli) vykonávat určitou část svých úkolů sám, aniž by se obracel na subjekty účastnící se hospodářské soutěže, není důvodu, aby musel podstupovat zadávací řízení ve fakticky stejné situaci, kdy sice dané úkoly bude vykonávat dodavatel formálně od zadavatele odlišný, nicméně reálně v obdobném postavení jako jeho organizační jednotka. Primární cíl zadávací úpravy, lhostejno zda evropské či tuzemské, tj. hospodárné vynakládání veřejných prostředků, v takovém případě nebude ohrožen. V této situaci pak má sektorový zadavatel usnadněnou pozici v tom smyslu, že zatímco pro využití in-house výjimky je potřeba, aby veřejný zadavatel ovládal dotčenou právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky, v případě přidružené osoby postačí, pokud přidružená osoba podléhá přímému nebo nepřímému dominantnímu vlivu zadavatele. Je však nutné vždy klást důraz na splnění toho, aby veřejnou zakázku, kterou veřejný zadavatel zadá napřímo své podřízené, resp. dominantně ovládané jednotce, plnila právě tato podřízená, resp. dominantně ovládaná jednotka. I v případě zadání sektorové veřejné zakázky přidružené osobě je pak potřeba rozlišovat vztah zadavatele a přidružené osoby a vztah této přidružené osoby a třetí osoby, která bude skutečným realizátorem původního plnění, a zkoumat jejich faktický obsah. Asi "nejúderněji" lze tyto závěry ilustrovat na soudních rozhodnutích. Byť se týkala zadávání klasických veřejných zakázek veřejnými zadavateli, lze bezesporu obecné závěry obsažené v těchto rozhodnutích analogicky aplikovat též na situace zadávání sektorových veřejných zakázek přidružené osobě.

Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 19. 5. 2010, sp. zn. 62 Ca 29/2008, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2010, sp. zn. 2 Afs 128/2009, konstatoval, že využitím zákonné výjimky (zde in-house) nesmí docházet k obcházení zákona tím, že by si zadavatel mohl zřídit svou podřízenou jednotku, které by veřejnou zakázku formálně zadal, přičemž tato podřízená jednotka by pak plnění zakázky zadávala dalším subjektům již bez jakékoliv kontroly. Fakticky stejné závěry pak lze nalézt dále např. v rozsudku ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 62 Ca 32/2008, který byl shledán správným rozhodnutím Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 2. 2011, sp. zn. 2 Afs 12/2010. Přitom nesmí být tak zapomínáno, že přidružená osoba může být sama zadavatelem (srov. § 4 ZZVZ). V těchto případech tedy, pokud přidružená osoba nerealizuje předmět veřejné zakázky sama, musí při sjednávání navazujících smluv na plnění veřejné zakázky postupovat dle ZZVZ, neboť na ni obecně žádné vyjmutí z povinného postupu podle zákona nedopadá. Tím ještě automaticky není dotčeno právo zadavatele aplikovat některou ze zákonných výjimek, příkladmo těch uvedených v § 29 až § 31 či § 155 ZZVZ, pokud jsou k tomu splněny všechny zákonné předpoklady. Takovou veřejnou zakázku pak nelze zaměňovat s veřejnou zakázkou původní. K nezbytnosti rozlišovat mezi zadáním původní veřejné zakázky v režimu in-house zadávání a následným přezadáním původního plnění třetímu subjektu a k možnému obcházení zákona ze strany zadavatele lze odkázat např. na rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 5. 2013, č. j. ÚOHS-S396/2012/VZ-9316/2013/513/KSt, které bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím dne 31. 1. 2014, č. j. ÚOHS-R166/2013/VZ-2205/2014/310/MMI/IPs), ve kterém Úřad mj. uzavřel, že byť zákon nikterak nepřikazuje, aby pro použití in-house výjimky musela osoba, která bude v rámci in-house výjimky pro zadavatele předmět plnění veřejné zakázky plnit, tento předmět plnit v

celém rozsahu, posouzení vztahu mezi vybraným uchazečem a další společností (subdodavatelem) bude předmětem samostatného hodnocení a bude záviset především na zodpovězení otázky, zda je tato třetí osoba sama zadavatelem (nyní ve smyslu § 4 ZZVZ).

Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 3. 2. 2011, sp. zn. 2 Afs 12/2010, pak k tomu konstatoval, že "(...) lze v rovině obecné souhlasit též v tom, že zákon o veřejných zakázkách obecně nezapovídá možnost splnit předmět veřejné zakázky prostřednictvím třetích osob. Takový postup je možný poté, kdy uchazeč získal veřejnou zakázku postupem dle zákona o veřejných zakázkách (tedy poté, co je vybrán a je s ním uzavřena smlouva); pokud to zákon nebo podmínky veřejné zakázky výslovně nevylučují, nic mu nebrání v tom, aby svůj závazek splnil prostřednictvím třetích osob, byť pochopitelně zadavateli za splnění smluvních závazků odpovídá i nadále. Jak však již bylo výše konstatováno, v nyní posuzované věci byl stěžovatel jak v postavení vybraného zhotovitele stavební zakázky (vztah obce jako zadavatele a stěžovatele jako vybraného zhotovitele), tak i v postavení zadavatele (ve vztahu ke společnosti s. r. o.). (...) pro využití zákonné výluky plynoucí z ustanovení § 1 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách by celý předmět veřejné zakázky musel stěžovatel splnit sám, tedy bez možnosti dalšího zadávání či soukromoprávního kontrahování se třetími osobami. Pokud jde o vztah mezi stěžovatelem (coby zadavatelem) a společností s. r. o. (coby vybraným uchazečem), zde již vůbec není podstatné, zda vybraný uchazeč splnil předmět veřejné zakázky sám; krajský soud správně upozornil na skutečnost, že výlučka ze zadávání dle zákona o veřejných zakázkách je v § 1 odst. 2 písm. d) vázána na zde taxativně uvedené zadavatele (ministerstvo, jiný správní úřad nebo územní samosprávný celek), přičemž stěžovatel do žádné z těchto kategorií zadavatelů nepatří. Obec, která je územním samosprávným celkem, v tomto vztahu jako zadavatel nevystupuje."

Ponechme na tomto místě stranou teoretickou a v zásadě nic praxi nepřinášející diskusi o tom, zda v případě aplikace § 155 ZZVZ jde o "výjimku" či nikoli. Lze se zde ve stručnosti omezit jen na to, že rozhodné ustanovení sice nadále není zařazeno mezi výjimky ze zákona, jako tomu bylo v předchozí právní úpravě (tzn. při splnění podmínek uvedených v § 155 odst. 2 ZZVZ vůbec nejde o sektorovou veřejnou zakázku, což je rozdíl oproti výjimce dle ZZVZ jako např. v § 29, kdy o veřejnou zakázku jde, ale - při splnění podmínky výjimky - ji zadavatel není povinen zadat), avšak v podstatě jde o výjimku z aplikace pravidel veřejného zadávání vycházející z čl. 23 Směrnice. Mnohem významnější pro praxi je zodpovězení otázky, zda lze využít pro tento typ spolupráce pouze institutu upraveného v § 155 ZZVZ či zda zadavatel má může po splnění pravidel použít i in-house zadávání dle § 11 ZZVZ.

Přímočaře vyjádřeno platí pravidlo, že in-house dle § 11 ZZVZ se uplatní výlučně na veřejné zadavatele. Přitom je lhostejno, zda jde o veřejného zadavatele vykonávající relevantní činnosti či nikoli (srov. článek 28 Směrnice nazvaný "Zakázky mezi veřejnými zadavateli").

Zakázky zadávané přidruženým osobám dle § 155 ZZVZ je ustanovení vycházející z článku 29 Směrnice s názvem "Zakázky zadávané přidruženému podniku", které pak reguluje jak postup veřejného zadavatele při výkonu relevantní činnosti (§ 151 odst. 1 ZZVZ), tak i jiných osob při výkonu relevantní činnosti (§ 151 odst. 2 ZZVZ).

Protože Směrnice v článku 29 odst. 3 stanovuje, že se v ní upravená pravidla nevztahují na zakázky zadané zadavatelem přidruženému podniku nebo zadané společným podnikem vytvořeným výlučně několika zadavateli za účelem vykonávání relevantních činností vymezených podnikem, který je přidružen k jednomu z těchto zadavatelů, a to za situace, pokud jsou splněny podmínky, které známe z § 155 odst. 2 písm. a) až c) ZZVZ, a současně toto platí "*Bez ohledu na článek 28*" (pro přehlednost tu připomeňme, že článek 28 Směrnice upravuje "*Zakázky mezi veřejnými zadavateli*"), lze z toho vyvodit, že tedy tím není dotčena aplikace článku 28 Směrnice v případě veřejných zadavatelů.