



BROŽ & PARTNER
advokáti

JUDr. Jiří Brož, CSc.

Dyková 17, 101 00 Praha 10 - Vinohrady
zapsán v seznamu advokátů ČAK pod č. 1882

Tel.: +420-222 511 555

Tel./Fax: +420-224 255 538

E-mail: info@ak-broz.cz, www.ak-broz.cz

Ministerstvo financí České republiky
Letenská 525/15
118 10 Praha 1 – Malá Štrana

Vážený pan
Ing. Eduard Janota
ministr financí

V Praze dne 24. února 2010

Věc: Právní posouzení aktuálních možností zadavatele zrušit zadávací řízení „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“, ev.č. VZ 60026142, a to v návaznosti na usnesení č. 1486 Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky

Vážený pane ministře,

na základě smlouvy o poskytování právních služeb ze dne 20.1.2010 Vám předkládáme právní stanovisko k následující otázce vztahující se k zadávacímu řízení zahájenému Českou republikou – Ministerstvem financí jako veřejným zadavatelem (dále také jen „zadavatel“) podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni 15. prosince 2008¹ (dále jen „ZVZ“) za účelem výběru nejvhodnějšího dodavatele veřejné zakázky s názvem „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“ ev.č. 60026142. V rámci tohoto stanoviska jsme se zabývali výlučně otázkou právního posouzení aktuálních možností zadavatele legálně zrušit shora uvedené zadávací řízení (v návaznosti na usnesení č. 1486 Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky).

Pro účely zpracování tohoto stanoviska jsme vycházeli z informací poskytnutých zadavatelem a dále z následujících podkladů:

- Usnesení vlády České republiky č. 687 a 1480 z roku 2008
- Oznámení o zakázce uveřejněné dne 15.12.2008 v informačním systému o veřejných zakázkách
- Projekt veřejné zakázky (Koncesní projekt) na „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“
- Kvalifikační dokumentace veřejné zakázky včetně příloh č. 1 a 2
- Zadávací dokumentace včetně všech příloh
- Vzor smlouvy o komplexním zajištění odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací včetně všech příloh
- Dokumentace související s vyloučením tří zájemců ze zadávacího řízení

¹ Den zahájení zadávacího řízení.

- Dokumentace související se správními řízeními vedenými Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže
- Dokumentace související s šetřením podnětů Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže
- Usnesení Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky č. 1486 ze dne 6. listopadu 2009.

Z uvedených podkladů a informací zadavatele vyplývá, že dne 15. prosince 2008 bylo uveřejněním oznámení v informačním systému o veřejných zakázkách zadavatelem zahájeno zadávací řízení ve formě užšího řízení ve smyslu § 28 ZVZ za účelem výběru dodavatele veřejné zakázky s názvem „Odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací“ ev.č. 60026142 (dále také jen „**veřejná zakázka**“). Dne 15. dubna 2009 zadavatel vyzval zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky na plnění veřejné zakázky, přičemž lhůta pro podání nabídek byla opakovaně prodlužována a v současné době končí dne 10. června 2010.

Dne 6. listopadu 2009 Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky přijala usnesení č. 1486 ke Zprávě vlády o tendru na odstraňování starých ekologických zátěží, kterým Poslanecká sněmovna žádá vládu, aby revokovala svá usnesení č. 687 a č. 1480 z roku 2008 a v souladu s právními předpisy zastavila přípravu realizace projektu veřejné zakázky k odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací, a dále ukládá kontrolnímu výboru Poslanecké sněmovny prověřit efektivitu, účelnost a rizika veřejné zakázky na odstranění některých ekologických zátěží vzniklých před privatizací.

Rozsah oprávnění zadavatele zrušit zadávací řízení se liší podle druhu zadávacího řízení a typu zadavatele. Sektorový zadavatel je na rozdíl od zadavatele veřejného oprávněn zrušit zadávací řízení kdykoli, pokud si tuto možnost vyhradí v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Veřejný zadavatel, kterým je ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) ZVZ i Česká republika – Ministerstvo financí, možnost učinit takovou výhradu nemá a v případě obecných druhů zadávacích řízení, jako je otevřené a užší řízení, lze rozhodnutí o jejich zrušení provést pouze v případech taxativně stanovených v § 84 ZVZ. Pouze ve zvláštních typech zadávacích řízení je veřejný zadavatel oprávněn rozhodnutí o jejich zrušení provést podle svého uvážení i bez uvedení důvodu, a to v případě jednacího řízení bez uveřejnění, zjednodušeného podlimitního řízení a řízení na základě rámcové smlouvy (§ 84 odst. 4 ZVZ). V případě veřejných zakázek v režimu ustanovení § 156 ZVZ je zadavatel podle ustanovení § 23 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „KZ“), povinen zrušit zadávací řízení také v případě, že smlouva na plnění nadlimitní veřejné zakázky nebude schválena příslušným orgánem podle § 23 KZ, v daném případě vládou České republiky.

1. Zrušení zadávacího řízení z důvodů uvedených v ustanovení § 84 ZVZ

Zákon ve vztahu ke zrušení zadávacího řízení rozlišuje případy, kdy je zadavatel povinen řízení zrušit, přičemž tyto případy jsou uvedeny v ustanovení § 84 odst. 1 ZVZ², a dále

² Podle § 84 odst. 1 ZVZ zadavatel zruší bez zbytečného odkladu zadávací řízení pokud:

„(a) nebyly ve stanovené lhůtě podány žádné nabídky, žádosti o účast či potvrzení zájmu o účast,

(b) byly z účasti v zadávacím řízení vyloučeni všichni dodavatelé,

(c) v důsledku okolností předvídaných v § 82 odst. 3 zákona nebyla uzavřena smlouva s posledním uchazečem v pořadí, s nímž bylo možné tuto smlouvu uzavřít, nebo

případy uvedené v ustanovení § 84 odst. 2 ZVZ³, ve kterých je zadavatel ke zrušení zadávacího řízení oprávněn, nikoliv povinen. Další fakultativní důvody ke zrušení zadávacího řízení jsou stanoveny v ustanovení § 84 odst. 3, 4 a 5 ZVZ⁴, nicméně žádný z těchto důvodů nelze pro dané zadávací řízení v současné době aplikovat.

V daném případě lze teoreticky zvažovat pouze důvody ke zrušení zadávacího řízení uvedené v § 84 odst. 2 písm. d) a e) ZVZ, neboť ostatní předpoklady pro zrušení zadávacího řízení podle § 81 odst. 1 a § 84 odst. 2 písm. a) až c) ZVZ v daném případě podle nám dostupných informací prozatím objektivně nenastaly, jakkoliv není vyloučeno, že by v budoucnu některý z těchto důvodů mohl nastat⁵. Avšak také tyto důvody ke zrušení zadávacího řízení (tzn. podle § 84 odst. 2 písm. d) a e) ZVZ) předpokládají existenci pouze objektivních a na vůli zadavatele nezávislých skutečností, pro které není smysluplné v zadávacím řízení pokračovat. Obecnou možnost vyhradit si zrušení zadávacího řízení, kterou měli zadavatelé bez ohledu na jejich typ podle předcházející právní úpravy (tzn. zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách), současná právní úprava již neobsahuje, a to zejména z důvodu právní jistoty uchazečů a jejich možných nároků na náhradu škody v případě bezdůvodně rušených zadávacích řízení.

a) Odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení

Podle § 84 odst. 2 písm. d) ZVZ může zadavatel zrušit zadávací řízení bez zbytečného odkladu poté, co odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil. Všechny tři podmínky přitom musí být splněny kumulativně. Základní podmínkou je tedy odpadnutí důvodu pro pokračování v zadávacím řízení tzn. stav, kdy v průběhu zadávacího řízení odpadl důvod, pro který zadavatel zadávací řízení zahájil. Uvedený stav musí být zapříčiněn podstatnou změnou okolností, kterou zadavatel nemohl

(d) v jednacím řízení s uveřejněním nepředložil upravený návrh smlouvy podle § 32 odst. 5 zákona ani poslední uchazeč v pořadí, s nímž bylo možné tuto smlouvu uzavřít, nebo zadavatel nevyzval dalšího uchazeče v pořadí k předložení upraveného návrhu smlouvy podle § 32 odst. 5 zákona nebo nebyl podán dostatečný počet nabídek nebo po posouzení podaných nabídek by měl být hodnocen menší než zadavatelem stanovený počet nabídek, nepřipustil-li zadavatel ve výzvě k podání nabídky podle § 29 odst. 4 písm. f) zákona jednání o nabídkách i s nižším počtem uchazečů, než který uvedl ve výzvě k podání nabídky“.

³ Podle § 84 odst. 2 ZVZ může zadavatel bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení pouze pokud:

„(a) stanovil minimální počet zájemců, kteří mají podat žádost o účast, nebo potvrzení zájmu o účast v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu, a tento stanovený počet nebyl naplněn, popřípadě nebyl naplněn po posouzení kvalifikace,

(b) počet zájemců vyzvaných zadavatelem k podání nabídky v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu byl nižší či roven minimálnímu zákonnému počtu a nabídku podá menší počet uchazečů než zadavatelem vyzvaný,

(c) vybraný uchazeč, popřípadě uchazeč druhý v pořadí, odmítl uzavřít smlouvu nebo neposkytl zadavateli k jejímu uzavření řádnou součinnost podle § 82 odst. 3 ZVZ,

(d) odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil,

(e) v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval“.

⁴ Podle § 84 odst. 3 ZVZ „Zadavatel může zrušit zadávací řízení

(a) až do doby uzavření smlouvy, jde-li o případ předvídaný § 90 odst. 2 nebo není-li možné uzavřít rámcovou smlouvu se všemi vybranými uchazeči, nebo

b) až do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, pokud byla podána jenom jedna nabídka nebo pokud byly podány či by měly být hodnoceny pouze nepřijatelné nabídky podle § 22 odst. 1“.

Podle § 84 odst. 4 ZVZ „Zadavatel je oprávněn zrušit jednací řízení bez uveřejnění, zjednodušené podlimitní řízení nebo řízení na základě rámcové smlouvy do doby uzavření smlouvy“.

Podle § 84 odst. 5 ZVZ „Sektorový zadavatel je oprávněn zrušit zadávací řízení rovněž, pokud si tuto možnost vyhradil v oznámení o zahájení zadávacího řízení“.

⁵ Týká se to důvodů uvedených v § 84 odst. 1 písm. a), b), c), odst. 2 písm. b), c) a odst. 3 písm. b).

s přihlédnutím ke všem okolnostem předvídat, s tím, že zadavatel okolnosti, jež vedly ke zrušení zadávacího řízení, sám nezpůsobil. Za odpadnutí důvodu, pro který zadavatel zadávací řízení zahájil, jsou obecně považovány např. takové legislativní změny, které učiní realizaci předmětu veřejné zakázky nemožnou a které v době zahájení zadávacího řízení objektivně nebylo možno předvídat. Usnesení Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky č. 1486 ze dne 6. listopadu 2009, kterým je žádána vláda, aby v souladu s právními předpisy zastavila přípravu realizace projektu veřejné zakázky, podle našeho názoru nelze považovat za podstatnou změnu okolností, v důsledku kterých by odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení. Především je nutné si uvědomit, že v případě posuzované veřejné zakázky je zadavatelem stát. Podle § 6 zákona č. 219/2000 Sb. o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZMČR“), pokud stát vystupuje jako účastník právních vztahů, je právnickou osobou. Podle § 7 ZMČR stát činí právní úkony, tzn. také zadává veřejné zakázky, prostřednictvím svých organizačních složek, přičemž v daném případě je veřejná zakázka zadávána prostřednictvím Ministerstva financí. Postavení ministerstev upravuje zákon č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZM“). Podle § 21 ZZM se ministerstva ve veškeré své činnosti řídí ústavními a ostatními zákony a usnesením vlády. Usnesení Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky č. 1486 ze dne 6. listopadu 2009 z tohoto pohledu proto nemá přímý dopad na jednání zadavatele, ani samo o sobě nijak neovlivňuje zahájené zadávací řízení resp. nepůsobí takovou okolností, pro kterou by nebylo možné v zadávacím řízení pokračovat. Současně jsme toho názoru, že vzhledem k tomu, že je zadavatelem posuzované veřejné zakázky stát, nemůže přijetí usnesení jinými orgány státu, tj. Poslaneckou sněmovnou popř. vládou, zřejmě samo o sobě znamenat naplnění předpokladu pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. d) ZVZ v tom smyslu, že se jedná o okolnost, kterou zadavatel sám nezpůsobil.

Dále jsme vyrozuměli, že skutkové okolnosti případu zřetelně nasvědčují tomu, že:

- (i) důvody, pro které bylo předmětné zadávací řízení zahájeno (stejně tak jako účel veřejné zakázky) nadále trvají, resp. se prohlubují (s tím, že v některých ohledech lze stav označit za akutní) a tedy i potřeba realizace veřejné zakázky nadále trvá;
- (ii) podstatné vstupní informace a parametry, na základě kterých byly vytvořeny zadávací podmínky veřejné zakázky se nezměnily takovým způsobem, že by nebylo možné a účelné či hospodárné veřejnou zakázku realizovat;
- (iii) ekonomické faktory jsou obdobné jako tomu bylo v okamžiku zahájení zadávacího řízení, zejména v tom smyslu, že již v době zahájení zadávacího řízení byla známá existence globální ekonomické krize;
- (iv) v mezidobí od zahájení zadávacího řízení do současnosti nedošlo ke změně platné legislativy v tom smyslu, že by se plnění předmětu veřejné zakázky stalo zakázaným.

b) Výskyt důvodů hodných zvláštního zřetele

Podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ může zadavatel zrušit zadávací řízení bez zbytečného odkladu poté, co se v průběhu zadávacího řízení vyskytnou důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Podle důvodové zprávy k ZVZ lze za takový důvod považovat např. takové porušení postupu předepsaného ZVZ, které zadavatel sám zjistil a při kterém zadavatel již nemá možnost přijmout opatření, kterým by porušení ZVZ napravil a při následném řízení o přezkoumání úkonu zadavatele by došlo k uložení nápravného opatření a pokuty za správní delikt.⁶ K problematice „důvodů hodných zvláštního zřetele“ se obecně vyjádřil také Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ve svém rozhodnutí č.j. S394/2007/VZ-01409/2008/530/Va ze dne 28. ledna 2008, ve kterém uvedl, „že by se mělo jednat o takové důvody, jejichž existenci zadavatel zjistil až v průběhu zadávacího řízení s tím, že již není možné ze strany zadavatele přijmout jiná opatření k nápravě - např. prodloužit lhůty, dodatečně odeslat určitou písemnost atd. (k tomu také viz § 111 odst. 6 zákona). Důvodem pro zrušení celého zadávacího řízení by pak měly být pouze takové skutečnosti, které nelze vyřešit přijmutím opatření k nápravě a které mají např. vliv na zákonnost zadávacího řízení a celého postupu zadavatele. I když obecně nelze po zadavateli požadovat, aby pokračoval v zahájeném zadávacím řízení, pokud zjistí „chyby“ v tomto řízení, nelze současně ve všech případech akceptovat, že zadavatel zadávací řízení zruší. Obecné uplatňování této praxe by totiž pro uchazeče o veřejnou zakázku znamenalo, že i když řádně vypracují svou nabídku dle požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci, přesto mohou očekávat, že zadavatel dodatečně zjistí, že potřebuje zadávací dokumentaci a své požadavky ještě „doplnit“ a proto ruší celé zadávací řízení.“⁷ S přihlédnutím k uvedenému výkladu lze usoudit, že pod „důvody hodné zvláštního zřetele“ není možné podřadit shora uvedené usnesení Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky č. 1486 ze dne 6. listopadu 2009, neboť nemá žádný dopad ve vztahu k samotnému průběhu zadávacího řízení či jednání zadavatele. Pro naplnění podmínky podle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ by v daném zadávacím řízení muselo existovat tak závažné pochybení nebo jiná závažná skutečnost, které by již nebylo možno napravit přijetím opatření, jež zadavateli v takových případech ukládá § 111 odst. 6 ZVZ. Existence takových pochybení nebo jiných závažných skutečností nám však není známa a ani z žádných dostupných podkladů nevyplývá.

Lze uzavřít, že usnesení Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky č. 1486 ze dne 6. listopadu 2009 nelze podřadit pod žádný z případů taxativně uvedených v ustanovení § 84 odst. 2 ZVZ a tedy není samo o sobě zákonným důvodem pro zrušení zadávacího řízení. Existence jiných relevantních zákonných důvodů pro zrušení zadávacího řízení nám není známa, resp. nevyplývá z žádných poskytnutých podkladů a informací.

2. Zrušení zadávacího řízení z důvodu uvedeného v ustanovení § 23 KZ

Jelikož máme za to, že předmětnou veřejnou zakázku lze považovat za tzv. kvazikoncesi ve smyslu splnění předpokladů podle § 156 ZVZ resp. § 1 odst. 2 KZ (viz. Část II. tohoto stanoviska), považujeme za vhodné zmínit důvod pro zrušení zadávacího řízení podle KZ, který sice nelze dnes bezprostředně aplikovat, nicméně bude připadat v úvahu

⁶ K tomu viz. důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách, k § 81, ze dne 1.8.2005.

⁷ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S394/2007/VZ-01409/2008/530/Va ze dne 28. ledna 2008, dostupné na www.compet.cz

v dalších fázích zadávacího řízení. Jedná se o povinnost zrušit zadávací řízení stanovenou v ustanovení § 23 odst. 3 KZ, podle kterého zadavatel zadávací řízení zruší, nebyla – li koncesní smlouva (resp. v daném případě smlouva na jejímž základě má být realizována veřejná zakázka⁸) schválena příslušným orgánem podle § 23 KZ. V posuzovaném případě je schvalujícím orgánem vláda České republiky podle § 23 odst. 1 písm. a) KZ.

KZ, jehož vybraná ustanovení⁹ je zadavatel v případě tzv. kvazikoncesí povinen dodržet, vyžaduje, aby zadavatel před zahájením zadávacího řízení zajistil vypracování koncesního projektu (resp. projektu veřejné zakázky) podle § 21 KZ (dále také „projekt kvazikoncesní veřejné zakázky“ nebo jen „projekt“). Obsahem projektu musí být údaje podle § 21 odst. 2 KZ (tj (i) základní vymezení činnosti, která má být předmětem smlouvy na plnění veřejné zakázky, (ii) základní vymezení ekonomických podmínek a právních vztahů vyplývajících z realizace smlouvy na plnění veřejné zakázky a (iii) ekonomické posouzení výhodnosti jejího zajištění formou smlouvy na plnění veřejné zakázky) a dále údaje podle § 3 a 4 vyhlášky č. 217/2006, kterou se provádí koncesní zákon (tj. zejména identifikace objektivních potřeb zadavatele včetně vymezení požadovaných cílů, které mají tyto potřeby uspokojit, popis možných způsobů zajištění potřeb zadavatele včetně jejich ekonomického posouzení, doporučení varianty, která je pro zadavatele nejvýhodnější, popis ekonomických a jiných důsledků pro případ, že by daná potřeba nebyla realizována vůbec a analýza způsobů realizace doporučené varianty).

Projekt kvazikoncesní veřejné zakázky musí být před zahájením zadávacího řízení schválen příslušným orgánem podle § 22 KZ. V daném případě je schvalujícím orgánem vláda České republiky podle § 22 odst. 3 písm. a) KZ. Podle důvodové zprávy ke KZ je smyslem schvalování projektu kvazikoncesní veřejné zakázky před zahájením zadávacího řízení zajištění co nejširšího konsensu a velmi pečlivé zhodnocení dlouhodobých ekonomických a sociálních dopadů služby, jež má být realizována, a včasná kontrola z hlediska orgánů zodpovědných za rozpočet zadavatele, tak, aby nedocházelo ke zbytečnému plýtvání veřejných prostředků.¹⁰ Po schválení se projekt kvazikoncesní veřejné zakázky stává podkladem pro zpracování zadávací dokumentace.¹¹

V daném případě vláda České republiky schválila projekt kvazikoncesní veřejné zakázky dne 9. června 2008 usnesením č. 687 a dne 24. listopadu 2008 usnesením č. 1480, přičemž nic nenasvědčuje tomu, že by zadávací dokumentace byla vypracována v rozporu se schváleným projektem.

Jak bylo shora zmíněno, mimo schválení projektu kvazikoncesní veřejné zakázky, podléhá schválení také smlouva, na jejímž základě má být veřejná zakázka realizována, a to podle § 23 KZ. Schvalujícím orgánem je totožný orgán, který byl příslušný ke schválení projektu, v daném případě tedy vláda České republiky. Podle odborné

⁸ Podle § 1 odst. 3 KZ se u smluv podle § 1 odst. 2 KZ (tzn. tzv. kvazikoncesí) pro účely KZ „rozumí koncesní smlouvou smlouva, na jejímž základě je realizována veřejná zakázka“.

⁹ Jedná se o ustanovení § 16 odst. 3 až 5, § 18, 19, § 21 až 23 a § 30 KZ

¹⁰ K tomu viz. Důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení ze dne 29.7.2005, k § 23 odst.

¹¹ Protože je schvalování projektu pouze vnitřním krokem veřejné správy KZ není soukromý sektor dotčen nedodržení uvedeného postupu a KZ pro tyto případy výslovně stanoví, že případné nedodržení postupu podle § 22 odst. 1 nebo 2 KZ (tzn. neschválení projektu anebo zpracování zadávací dokumentace v rozporu s projektem) nemá vliv na platnost smlouvy (viz § 22 odst. 4 KZ a Důvodová zpráva k návrhu zákona o koncesních smlouvách a koncesním řízení ze dne 29.7.2005, k § 23 odst. 3)

literatury¹² slouží institut schvalování kvazikoncesní smlouvy mimo jiné k ověření, zda bylo v zadávacím řízení dosaženo výsledku, který byl vytyčen v projektu kvazikoncesní veřejné zakázky resp. k ověření, zda parametry smlouvy, jež má být uzavřena s vybraným dodavatelem, odpovídají obsahu schváleného projektu kvazikoncesní veřejné zakázky. Novelou KZ zákonem č. 30/2008 Sb., která nabyla účinnosti dne 27. února 2008, došlo ke změně § 23 odst. 2, podle něhož schválení koncesní smlouvy vládou České republiky nadále není podmínkou platnosti koncesní smlouvy, nýbrž nově schválením nastávají její právní účinky, tedy koncesní smlouva nabývá účinnosti. K tomu, aby samotný akt schválení mohl znamenat nabytí účinnosti koncesní smlouvy, je nezbytné, aby v okamžiku schválení již byla koncesní smlouva platně uzavřena, tedy zejména musí být oběma smluvními stranami podepsána. V případě, že nedojde ke schválení smlouvy příslušným orgánem, je zadavatel podle § 23 odst. 3 KZ povinen zadávací řízení zrušit.

K této povinnosti zadavatele je třeba poznamenat, že KZ neřeší situaci, jak má zadavatel postupovat v případě nečinnosti orgánu, který je příslušný ke schvalování kvazikoncesní smlouvy resp. zda je i v takovém případě povinen zadávací řízení zrušit. Podle našeho názoru povinnost zrušit zadávací řízení podle § 23 odst. 3 KZ dopadá pouze na případy, kdy orgán příslušný ke schválení projektu projekt neschválí, tedy učiní úkon, kterým projekt neschvaluje. V případech případné nečinnosti by bylo, podle našeho právního názoru, možné použít pouze některý ze shora uvedených důvodů pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. d) a e) ZVZ, pakliže by byly v důsledku nečinnosti příslušného orgánu naplněny uvedené předpoklady, přičemž připomínáme, že nečinnost by pravděpodobně nebylo možné podřadit pod okolnost, kterou zadavatel sám nezpůsobil ve smyslu § 84 odst. 2 písm. d) ZVZ a v případě aplikace důvodu zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) by bylo nutné, ještě před úkonem směřujícím ke zrušení zadávacího řízení, přijmout opatření k nápravě ve smyslu § 111 odst. 6 ZVZ.

Dále je třeba zmínit, že KZ výslovně nestanoví, v jakých případech vzniká příslušnému orgánu povinnost kvazikoncesní smlouvu schválit anebo naopak neschválit. Výkladem je dovozováno, že hlavním vodítkem je soulad kvazikoncesní smlouvy s dříve schváleným projektem. V případě nesouladu kvazikoncesní smlouvy a projektu by mělo být učiněno rozhodnutí negativní, v případě souladu rozhodnutí pozitivní.

V posuzovaném případě pak nelze odhlédnout od skutečnosti, že příslušným orgánem, tzn. vládou České republiky, již byl, mimo projektu, usnesením č. 1480 ze dne 24. listopadu 2008 schválen pod bodem II odst. 2 rovněž vzor smlouvy na plnění veřejné zakázky uvedený v příloze č. 3 materiálu č.j. 1756/08. Stanovisko vlády České republiky ve smyslu ustanovení § 23 KZ se proto, pokud bude smlouva na plnění veřejné zakázky uzavírána ve shodném znění, bude vztahovat spíše k vyslovení souhlasu či nesouhlasu s osobou vybraného dodavatele a zejména s cenou za plnění veřejné zakázky.

3. Zrušení zadávacího řízení Úřadem

Ve vztahu k tématu zrušení zadávacího řízení je třeba pro úplnost doplnit, že podle ustanovení § 118 ZVZ (ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení) „*nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření*

¹² Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář. 1. vydání, Praha: C.H. Beck, 2006. s. 146

smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, jinak řízení zastaví". Nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení je zpravidla ukládáno v případě, kdy není možné protiprávní stav odstranit jiným způsobem. Nejčastěji se přitom jedná o nezákonnost zadávacích podmínek nebo jejich částí.

V daném případě z předložených podkladů vyplývá, že se Úřad opakovaně zadávacím řízením zabýval, a to jak na základě návrhů vyloučených zájemců, tak i na základě podnětů ze strany třetích osob. Jak vyplývá z jednotlivých rozhodnutí a sdělení Úřadu, v žádné zkoumané části zadávacích podmínek nebylo Úřadem shledáno porušení ZVZ, KZ ani jiného právního předpisu. Úřad prozatím ve své dosavadní činnosti shledal pouze jedno procesní pochybení zadavatele spočívající v nedůvodném vyloučení jednoho ze zájemců¹³ ze zadávacího řízení, přičemž v tomto případě jako nápravné opatření zvolil zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení tohoto zájemce ze zadávacího řízení.

Lze tedy konstatovat, že nebyl shledán žádný právní důvod k tomu, aby Úřad přistoupil ke zrušení celého zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 118 ZVZ.

4. Důsledky nezákonného zrušení zadávacího řízení

Jak vyplývá ze shora uvedeného, v současné době s největší pravděpodobností objektivně nejsou dány zákonné důvody pro zrušení zadávacího řízení na zadání veřejné zakázky. Pakliže by však přesto zadavatel přistoupil ke zrušení zadávacího řízení, aniž by k tomu byl dán zákonný důvod, dopustí se tím porušení ZVZ. Důsledky takového nezákonného postupu může být postih ze strany Úřadu a případně též uplatnění nároků na náhradu škody ze strany uchazečů.

a) Zrušení nezákonného rozhodnutí Úřadem

Jak uvedeno shora v bodě 3. tohoto právního stanoviska, nedodrží-li zadavatel postup stanovený ZVZ pro zadání veřejné zakázky, je Úřad oprávněn zadavateli uložit nápravné opatření. V případě nezákonného zrušení zadávacího řízení samozřejmě nejspíše připadá v úvahu zrušení konkrétního úkonu zadavatele, tedy zrušení jeho rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Úřad by tak mohl učinit

- (i) na základě návrhu některého z uchazečů, který by předtím neúspěšně proti zrušení zadávacího řízení podal námítky, nebo
- (ii) ve správním řízení zahájeném z moci úřední, ať už na základě podnětu kterékoliv fyzické či právnické osoby nebo i bez obdržení takového podnětu.

Zároveň platí, že zrušení zadávacího řízení v rozporu s ustanovením § 84 ZVZ je správním deliktem zadavatele dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. b) ZVZ (ve znění platném ke dni zahájení zadávacího řízení). Za tento správní delikt lze podle § 120

¹³ Sdružení dodavatelů PPF Advisory (CR) a.s., se sídlem Praha 6, Evropská 2690/17, PSČ: 160 41, IČ: 25792385, ECOSOIL SÜD GmbH, se sídlem 89073 Ulm, Gutenberg strasse 28, Spolková republika Německo, AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., se sídlem Praha 10, Pražská 1321/38a, PSČ: 102 00, IČ: 49356089, a DEKONTA, a.s., se sídlem Stehelčevy, Dřetovice 109, PSČ: 273 42, IČ: 25006096.

odst. 2 písm. b) ZVZ (ve znění platném ke dni zahájení zadávacího řízení) uložit pokutu až 10.000.000,- Kč.

b) Uplatnění nároků na náhradu škody jednotlivými uchazeči

Obecně nelze vyloučit, že v důsledku nezákonného zrušení zadávacího řízení může jednomu či více uchazečům vzniknout škoda, kterou lze definovat jako majetkovou újmu vyčíslitelnou v penězích. Tato škoda by teoreticky mohla spočívat např. v nákladech vynaložených na správní řízení o zrušení nezákonného rozhodnutí zadavatele nebo dokonce v marně vynaložených nákladech na účast v zadávacím řízení (pokud by např. Úřad pouze uložil zadavateli pokutu za správní delikt, ale nezrušil by samotné rozhodnutí zadavatele, kterým bylo zadávací řízení zrušeno).

Je otázkou, do jaké míry lze postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek podřadit pod výkon státní moci ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1 zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOS“). Tento zákon upravuje podmínky pro uplatnění nároku na náhradu škody vůči státním orgánům, orgánům územních samosprávných celků a dalším osobám uvedeným v ustanovení § 3 ZOS, pokud taková škoda vznikla v důsledku nezákonného rozhodnutí nebo nesprávného úředního postupu.

Rozhodnutí zadavatelů při zadávání veřejných zakázek zcela jistě nejsou rozhodnutími, která by podléhala ZOS, neboť podle jeho ustanovení § 5 písm. a) tento zákon dopadá pouze na rozhodnutí vydaná v občanském soudním řízení, ve správním řízení, v řízení podle soudního řádu správního nebo v řízení trestním. Může však být sporné, zda protizákonný postup zadavatelů není nesprávným úředním postupem ve smyslu ustanovení § 13 ZOS¹⁴. Přestože je právní úprava nezákonného úředního postupu v ZOS velmi obecná a k této problematice není dostupná žádná relevantní judikatura či literatura, domníváme se, že postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek není nesprávným úředním postupem podle ZOS. Ve prospěch tohoto závěru svědčí zejména charakter činnosti zadavatelů. Při zadávání veřejných zakázek totiž *a priori* nejde o výkon státní moci ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1 ZOS, nýbrž (v případě státního orgánu) o hospodaření se svěřeným majetkem ve smyslu ZMČR, tedy o činnost, při níž stát reprezentovaný určitou organizační složkou či státní příspěvkovou organizací vstupuje za zákonem stanovených podmínek do soukromoprávních vztahů a vystupuje jako právnická osoba ve smyslu ustanovení § 21 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.

Domníváme se proto, že na právní vztahy z odpovědnosti za škodu mezi zadavateli a uchazeči nelze ZOS aplikovat a tyto vztahy musí být řešeny obecnou úpravou odpovědnosti za škodu upravenou v obecných předpisech soukromého práva. Každopádně však nelze výskyt nároku na náhradu škody předem zcela vyloučit, pokud by byla ze strany uchazečů prokázána příčinná souvislost mezi porušením právní povinnosti ze strany zadavatele a vznikem škody na straně uchazečů.

¹⁴ Podle § 13 Zákona o odpovědnosti státu „Stát odpovídá za škodu způsobenou nesprávným úředním postupem. Nesprávným úředním postupem je také porušení povinnosti učinit úkon nebo vydat rozhodnutí v zákonem stanovené lhůtě. Nestanoví-li zákon pro provedení úkonu nebo vydání rozhodnutí žádnou lhůtu, považuje se za nesprávný úřední postup rovněž porušení povinnosti učinit úkon nebo vydat rozhodnutí v přiměřené lhůtě“.