

ÚSTAV STÁTU A PRÁVA

AKADEMIE VĚD ČESKÉ REPUBLIKY, v. v. i.

Národní 18, 116 00 Praha 1
Tel. ústř. 221 990 711, sekr. 224 933 494, fax 224 933 056
E-mail: ilaw@ilaw.cas.cz

V Praze dne 21.6 .2012
č.j. USP-ST/69/2012

Vážený pan
Ing. Miroslav Kalousek
ministr financí
Letenská 525/15
118 00 Praha 1

Vážený pane ministře,

podle Vašeho požadavku si Vám dovoluji sdělit a dát k dispozici, pro jakékoliv využití podle Vašeho uvážení, následující právní názor. Zpracování vychází jednak z údajů obsažených ve Vašem požadavku, jednak z informací z veřejně dostupných zdrojů. Neměl jsem k dispozici konkrétní smluvní dokumenty, a samozřejmě ani údaje z policejního spisu.

Vycházím proto z toho, že se jedná o nákup letounů CASA, že smlouva byla uzavřena v r. 2009, a že základní otázkou je, zda zadavatel měl povinnost nechat zpracovat znalecké posudky na ocenění majetku (letounů).

Závěr je, že zadavatel takovou povinnost v žádném případě neměl. K tomu závěru vedou níže uvedené argumenty.

1.

Zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, pod marginální rubrikou „Nabývání majetku“ v § 12 obsahuje omezení pro výši ceny, kterou při nabývání lze sjednat. Úprava je obsažena v odst. 4 a 5 takto:

(4) Při úplatném nabývání majetku lze cenu sjednat 16) pouze do výše rovnající se ocenění tohoto majetku podle zvláštního právního předpisu. 17) Ve veřejném zájmu může Ministerstvo

financí dát předchozí souhlas ke sjednání ceny vyšší. To platí obdobně, je-li majetek nabyván v dražbě. 17a)

(5) Pokud sjednaná cena překročí výši přípustnou podle odstavce 4 a nejde přitom o nabytí majetku v dražbě 17a), je dohoda o ceně neplatná v rozsahu rozdílu, o který sjednaná cena přípustnou výši překročila. Je-li úplatné nabytí majetku předmětem veřejné zakázky podle zvláštního právního předpisu, 18) platí odstavec 4 pouze v případě, má-li být smlouva uzavřena na základě výsledku jednacího řízení bez uveřejnění.

Poslední věta odst. 5 je opatřena poznámkou pod čarou č. 18, které odkazuje na zákon o veřejných zakázkách.

V původním znění zákona tato poznámka odkazovala na tehdy platný zákon o veřejných zakázkách č. 199/1994 Sb., později byla některou novelou aktualizována na pozdější zákon o veřejných zakázkách č. 40/2004 Sb., a zní tak dodnes, i když tento zákon byl s účinností od 1.7.2006 nahrazen novým zákonem o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb. Text poznámky nemá normativní význam, institut jednacího řízení bez uveřejnění je zachován s totožným názvem ve všech třech uvedených zákonech o veřejných zakázkách. Věc je tedy třeba posuzovat nyní podle úpravy jednacího řízení bez uveřejnění, a to v jeho znění platném v době uzavírání smlouvy (2009).

§ 12 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky neprošel žádným pro tuto záležitost významným legislativním vývojem. Způsobuje, že omezení ceny podle odst. 4 (včetně sankce neplatnosti ujednání o ceně, zakotvené v odst. 5) se uplatní jen tehdy, když je smlouva uzavírána jediným ze všech zákonu známých způsobů zadávání veřejných zakázek, totiž jednacím řízením bez uveřejnění - tedy v r. 2009 i nyní § 34 zákona č. 137/2006 Sb.

2.

Příslušná smlouva na pořízení letadel CASA nepochybně je veřejnou zakázkou. Neznám konkrétní okolnosti uzavírání smlouvy, soudím však, že by ani nemohla být uzavírána formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 34 zákona č. 137/2006 Sb.: Nemohla totiž určitě být splněna žádná z podmínek pro použití této formy, které jsou alternativně stanoveny v § 23 zákona (např. předchozí neúspěšná výběrová řízení, nebo jediný možný dodavatel z důvodů autorskoprávních, apod.). V případě veřejných zakázek v oblasti obrany by totiž musel i podle nyní platného znění zákona předcházet minimálně soutěžní dialog (§ 35 zákona), a být neúspěšný potud, že by v něm nebyly podány žádné nabídky.

Věc ale nutno posuzovat podle znění zákona č. 137/2006 Sb., které platilo v r. 2009. V r. 2009 ještě nebyl v § 23 zákona zaveden liberálnější režim pro veřejné zakázky v oblasti obrany

(zaveden byl až novelou č. 258/2011 Sb., a spočívá v tom, že v oblasti obrany a bezpečnosti, na rozdíl od civilní sféry postačuje neúspěšný dialog). Toto v r. 2009 neplatilo. Použít na tuto zakázku režim jednacího řízení bez uveřejnění by podle mého názoru nebylo možné ani dnes; tím spíše to nebylo možné v r. 2009, tedy před citovanou novelou č. 258/2011 Sb.

Pokud je mi známo, smlouva skutečně nebyla uzavřena formou jednacího řízení bez uveřejnění. Potom tedy pro ni neplatí ani § 12 odst. 4 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky, s cenovým omezením tam stanoveným.

3.

Zadavatel MO tedy zjevně postupoval podle § 18 zákona č. 137/2006 Sb., který mezi jinými výjimkami z působnosti zákona stanoví v relevantním znění (2009 dodnes) i tuto:

(1) Zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky, jestliže ...

c) jejich předmětem je výroba nebo koupě zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu, je-li to nutné k zajištění obrany nebo bezpečnosti státu; seznam vojenského materiálu stanoví prováděcí právní předpis,

Považuji za nepochybné a nadbytečné dokazovat, že zde předmětná letadla jsou vojenským materiálem. Tento jejich charakter je třeba posoudit i pro účely veřejných zakázek podle zákona č. 38/1994 Sb., o zahraničním obchodu s vojenským materiálem. Prováděcím právním předpisem, který zmiňuje zákon o veřejných zakázkách na konci citovaného písm. c) je vyhláška k provedení zákona č. 38/1994 Sb., tedy vyhláška MPO č. 332/2009 Sb. Zde předmětná letecká technika je k nalezení v příloze vyhlášky (seznam vojenského materiálu) v položce SVMe 10 - "Letadla", "vzdušné dopravní prostředky lehčí než vzduch", bezpilotní vzdušné prostředky, letecká výzbroj a výstroj, speciálně konstruované součásti, příslušenství a služby.

Výjimka podle § 18 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb. se tudíž na tento nákup plně vztahuje.

4.

Předcházející argumentace vede k závěru, že na tento konkrétní nákup se nevztahuje omezení ceny uvedené v § 12 odst. 4 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky.

5.

Vaše závěrečná otázka zní, zda zde existuje zákonná povinnost zajistit znalecký posudek. § 12 odst. 4 zákona č. 219/2000 Sb. mluví o *ocenění tohoto majetku podle zvláštního právního předpisu*, a odkazuje na zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku.

I kdyby zde platilo omezení ceny vyšší ocenění podle zákona č. 151/1997 Sb. (shora dokázáno, že v daném případě neplatí), ani tak by zde nebyla povinnost opatřovat znalecký posudek. K tomu si, vážený pane ministře, dovoluji vysvětlit rozdíl mezi termíny „znalecký posudek“ a „ocenění podle zvláštního předpisu“, což jak ze zkušenosti vím se často navzájem ztotožňuje, a nesprávně.

Zákon č. 151/1997 Sb. je hmotněprávní normou, která říká jakým způsobem se majetek oceňuje, naprosto ale není procesní normou, která by říkala kdo je oprávněn oceňovat. Vůbec neřeší subjekt oceňování, nečiní z toho výhradu znalců zapsaných v příslušném seznamu Ministerstva spravedlnosti, text zákona dokonce slovo „znalec“ ani nepoužívá. Ocenění podle zvláštního předpisu je oprávněn (si) udělat každý, a pak se jen hodnotí, zda ocenil správně nebo ne.

Přítomnost znaleckého razítka dělá z posudku veřejnou listinu, zaručuje, že znalec postupoval podle zákona, atd. Nepřítomnost znaleckého razítka naopak sama o sobě neznamena, že ocenění je špatně (může být v pořádku a v souladu se zvláštním předpisem, bytovou jednotku si dokáže ocenit i osoba nezapsaná v seznamu znalců, když si přečte oceňovací vyhlášku).

Daň z převodu nemovitostí (zákon č. 357/1992 Sb.) v některých případech pracuje se základem daně, jímž je *cena zjištěná podle zvláštního právního předpisu*, stejně jako hraje roli zde v zákonu č. 219/2000 Sb. Zákon tedy ani správci daně nepředpisuje vyžadovat v každém případě znalecký posudek, správci daně to však činí z důvodů účelnosti (veřejná listina, důkazní prostředek). Analogicky, i zadavatel veřejné zakázky může ocenění provést znaleckým posudkem, anebo bez něho.

Rozdílné od těchto situací je, že v některých případech je výslovně předepsáno ocenění znalcem. Tak je tomu zejména v zákonu č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev – např. § 28 *Znalec musí být jmenován soudem, jestliže tento zákon vyžaduje a) ocenění jmění osoby zúčastněné na přeměně znalcem, a to na návrh této osoby, ...* Tedy teprve zvláštní zákon v konkrétním případě může požadovat, aby ocenění, v daném případě třeba majetku fúzujících osob nebo obchodních podílů v nich, bylo provedeno zvláště kvalifikovanou osobou. Což v zákonu č. 219/2000 Sb. nenastává.

Chápu Vaši otázku nakolik je vůbec možné stanovit cenu obvyklou u výrobku, který je unikátní (jako tato předmětná letadla). Tento problém vědomě ponechávám stranou, protože

moje závěrečná úvaha směřuje poněkud jinam – logické operaci, kterou nyní nabízím, se v právní doktríně říká *reductio ad absurdum*:

- Představme si, že by se nejednalo o vojenský materiál, výjimka § 18 by se na nákup nevztahovala. (V našem případě se výjimka na nákup vztahuje, další úvahy jsou zbytečné – právě proto se následující argumentace nazývá takto, *ad absurdum*).
- Kdyby se výjimka neuplatňovala, a sjednávalo by se formou jednacního řízení bez uveřejnění, platil by § 12 odst. 4. (Zde tento odstavec neplatí, nebyla to tato forma, a výjimka se uplatňuje.)
- Kdyby platil § 12 odst. 4, pak by to znamenalo potřebu ocenění podle zákona č. 151/1997 Sb., nikoliv však ocenění znalcem.
- Kdyby se kupoval materiál druhově určený, kde není problém zjistit cenu obvyklou (cement v danou dobu něco stojí když se koupí jeden pytel v obchodě, a jinou cenu má když se ho nakoupí 100 cisteren), ani v takovém případě by zadavatel neměl povinnost zadávat znalecký posudek. Porovnání cen by si provedl snadno sám, a také by si je obhájil.
- Závěr této, čistě doktrinní argumentace (hraje v našem právním názoru už jen roli pomocnou) zní: Je dokázáno, že za ostatních okolností nezměněných („*caeteris paribus*“) by znaleckého posudku nebylo třeba ani na nákup civilního cementu. Tím spíše není znaleckého posudku zapotřebí na nákup vojenských letadel.

Závěr:

Omezení ceny podle § 12 odst. 4 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky, veřejných zakázkách platí pouze v případě, má-li být smlouva uzavřena na základě výsledku jednacního řízení bez uveřejnění.

V posuzovaném případě tomu tak nebylo, nákup byl proveden s uplatněním výjimky podle § 18 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, jenž stanoví, že zadavatel není povinen veřejné zakázky zadávat postupem podle tohoto zákona, jestliže jde mj. o veřejné zakázky na výrobu vojenského materiálu nebo obchod s ním.

Jestliže zákon o veřejných zakázkách dovoluje zadavateli nepostupovat podle zákona o veřejných zakázkách, nepřestává tím obstarání vojenského materiálu veřejnou zakázkou (vždyť nepostupovat podle zákona o veřejných zakázkách dovoluje sám zákon o veřejných zakázkách, zůstává to tedy předmětem jeho úpravy).

Při nákupu speciální techniky se povoluje i speciální postup. Jeho speciálnost spočívá ve zjednodušení, není zde povinnost porovnávání cen. Ve výsledku tedy zákon v těchto

případech povoluje neporovnávat ceny, tedy použít přesně stejný postup jako třeba při nákupu běžného spotřebního materiálu v kamenném obchodě – přijmout cenu nabízenou prodávajícím.



JUDr. Jan Bárta, CSc.

ředitel

ÚSTAV STÁTU A PRÁVA
AKADEMIE VĚD ČESKÉ REPUBLIKY, v.v.í.
116 00 Praha 1 - N. Město, Národní 18