



Klára Dostálová

ministerně pro místní rozvoj

Datum

17. 9. 2019

Číslo jednací

MMR 35458/2019 - 33

Vážený pane předsedo,

požádal jste Ministerstvo pro místní rozvoj ČR o zpracování stanoviska týkajícího se porušování zákona o střetu zájmů při zadávání veřejných zakázek ve vztahu ke střetu zájmů premiéra Andreje Babiše. Jak správně ve Vaší žádosti uvádíte, Ministerstvo pro místní rozvoj je gestorem zákona o zadávání veřejných zakázek a na základě této skutečnosti spadá do jeho působnosti problematika zadávání veřejných zakázek.

Zadávání veřejných zakázek je v České republice regulováno zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „Zákon“), který je transpozicí nepřímých právních předpisů Evropské unie¹, které upravují zadávání veřejných zakázek v rámci členských států EU. Zákon je komplexní právní normou, která obsahuje transpozici osmi směrnic Evropské unie, přičemž pro účely tohoto stanoviska je stěžejní především Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „Obecná směrnice“). Obecná směrnice reguluje povinnosti členských států Evropské unie a nepřímých zadavatelů veřejných zakázek při jejich zadávání.

Jak již bylo uvedeno výše, Zákon obsahuje transpozici Obecné směrnice, a shodně jako Obecná směrnice obsahuje i úpravu střetu zájmů při zadávání veřejných zakázek a taxativní vymezení důvodů pro vyloučení dodavatelů ze zadávacího řízení, přičemž vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení je nezbytné chápat jako krajní prostředek ochrany zadavatele před

¹Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES;

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;

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí;

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES;

Směrnice Rady ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (89/665/EHS);

Směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací;

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek;

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/55/EU ze dne 16. dubna 2014 o elektronické fakturaci při zadávání veřejných zakázek.

dodavatelem, u kterého byly prokázány nebo existují velmi zásadní důvody, pro které nelze po zadavateli objektivně požadovat, aby vstupoval do rizikového obchodního vztahu s předmětným dodavatelem. K vyloučení ze zadávacího řízení může tedy zadavatel přistoupit pouze v případě, že existuje nějaký, v Zákoně uvedený důvod, přičemž v případě některých důvodů pro vyloučení nelze takový důvod použít dříve, než se zadavatel pokusí nastalou situaci vyřešit jiným – méně omezujícím opatřením. Dále je zadavatel i v případě vylučování vázán základními zásadami Zákona, tedy zásadou rovného zacházení, zásadou zákazu diskriminace, zásadou transparentnosti a zásadou přiměřenosti, což při praktické aplikaci Zákona v tomto případě jen zvýrazňuje zadavatelovu povinnost postupovat přiměřeně i v případě vylučování účastníka zadávacího řízení.

Národní právní úprava vyloučení účastníka zadávacího řízení ze zadávacího řízení je obsažena v § 48 Zákona: „Vyloučení účastníka zadávacího řízení“

(1) Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.

(2) Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení

a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil, b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46, nebo

c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.

(3) Zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.

(4) Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka účastníka zadávacího řízení obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla účastníkem zadávacího řízení zdůvodněna.

(5) Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že

a) plnění nabízené dodavatelem by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů nebo kolektivních smluv vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky,

b) došlo ke střetu zájmů a jiné opatření k nápravě, kromě zrušení zadávacího řízení, není možné,

c) došlo k narušení hospodářské soutěže předchozí účastí účastníka zadávacího řízení při přípravě zadávacího řízení, jiné opatření k nápravě není možné a účastník zadávacího řízení na výzvu zadavatele neprokázal, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo,

d) se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím,

e) se účastník zadávacího řízení pokusil neoprávněně ovlivnit rozhodnutí zadavatele v zadávacím řízení nebo se neoprávněně pokusil o získání neveřejných informací, které by mu mohly zajistit neoprávněné výhody v zadávacím řízení, nebo

f) se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení nebo po zahájení zadávacího řízení závažného profesního pochybení, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost, včetně pochybení, za která byl disciplinárně potrestán, nebo mu bylo uloženo kárné opatření podle jiných právních předpisů.

(6) Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost také, pokud na základě věrohodných informací získá důvodné podezření, že účastník zadávacího řízení uzavřel s jinými osobami zakázanou dohodu podle jiného právního předpisu v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou.

(7) Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, který je akciovou společností nebo má právní formu obdobnou akciové společnosti a nemá vydány výlučně zaknihované akcie.

(8) Vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c).

(9) Zadavatel u vybraného dodavatele ověří naplnění důvodu pro vyloučení podle odstavce 7 na základě informací vedených v obchodním rejstříku. Pokud z informací vedených v obchodním rejstříku vyplývá naplnění důvodu pro vyloučení podle odstavce 7, zadavatel

účastníka zadávacího řízení vyloučí ze zadávacího řízení. Vybraného dodavatele se sídlem v zahraničí, který je akciovou společností nebo má právní formu obdobnou akciové společnosti, zadavatel požádá, aby v přiměřené lhůtě předložil písemné čestné prohlášení o tom, které osoby jsou vlastníky akcií, jejichž souhrnná jmenovitá hodnota přesahuje 10 % základního kapitálu účastníka zadávacího řízení, s uvedením zdroje, z něhož údaje o velikosti podílu akcionářů vychází; tato žádost se považuje za žádost podle § 46.

(10) Ustanovení odstavců 7 a 9 se nepoužije pro účastníka zadávacího řízení, pokud se jedná o akciovou společnost, jejíž akcie v souhrnné jmenovité hodnotě 100 % základního kapitálu jsou ve vlastnictví státu, obce nebo kraje.

(11) Zadavatel odešle bezodkladně účastníkovi zadávacího řízení oznámení o jeho vyloučení s odůvodněním.“

Toto zákonné ustanovení obsahuje v § 48 odst. 5 písm. b) Zákona i výslovnou možnost zadavatele vyloučit takového účastníka zadávacího řízení, u kterého došlo ke střetu zájmů. S ohledem na systematiku zákona je v této souvislosti nezbytné doplnit, že jde právě o možnost účastníka zadávacího řízení vyloučit, nikoli o povinnost jej vyloučit, protože vyloučení konkrétního účastníka zadávacího řízení může pro zadavatele v některých zadávacích řízeních představovat zcela zbytečné právní jednání, které není potřebné pro zdárné a zákonné ukončení zadávacího řízení. Typicky v případě, kdy zadavatel v rámci posuzování a hodnocení nabídek sice zjistí existenci nějakého zákonného důvodu pro vyloučení, nicméně zároveň v rámci hodnocení nabídek zjistí, že účastník, jež takovou nabídku předložil, není vybraným dodavatelem (vítězem zadávacího řízení, se kterým bude zadavatel uzavírat příslušnou smlouvu na plnění veřejné zakázky), pak je vyloučení takového dodavatele zcela zbytečným právním jednáním. Dále se v zadávacím řízení může stát, že jsou podle § 39 odst. 4 Zákona nabídky nejprve hodnoceny a teprve po jejich vyhodnocení je posuzována pouze nabídka vybraného dodavatele, což v praxi znamená, že pouze u tohoto dodavatele dochází ke zkoumání, zda jsou (pouze ve vztahu k jeho osobě) dány důvody pro jeho vyloučení, či nikoli. V takovémto případě zadavatel ani nemůže zjistit, zda u účastníka, který není vybraným dodavatelem, existují či neexistují důvody pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Nicméně taková situace není rozporná se zákonem, protože základním účelem Zákona je stanovit pravidla férové hospodářské soutěže, tedy zadání zakázky v souladu s jeho ustanoveními, především jeho základními zásadami. Zákon tak v souladu s evropským právem potlačuje formalistické a nevhodné postupy zadavatele, tedy například vylučování účastníků, kteří se zadávacího řízení sice účastnili, nicméně předmětná zakázka jim není zadána.

Zcela jiná situace ovšem nastává v případě účastníka zadávacího řízení, který se v jeho průběhu stane vybraným dodavatelem. Na tuto situaci přímo dopadá ustanovení § 48 odst. 8 Zákona, které zní: „Vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c).“ V tomto případě se možnost vyloučení mění na povinnost vyloučení takového účastníka zadávacího řízení, který je vybraným dodavatelem. Základním účelem takovéto úpravy je právě dosažení základního účelu zadávacího řízení, jímž je výběr nejvhodnější nabídky pro plnění veřejné zakázky, přičemž je zadavatel zároveň chráněn před nabídkami, které nesplňují zadavatelem stanovené objektivní zadávací podmínky, nebo nabídkami, u kterých existují jiná závažná rizika spojená s osobou jejich dodavatelů.

I tato povinnost vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení je však dle § 48 odst. 5 písm. b) Zákona podmíněna nemožností provedení jiného opatření k nápravě nastalé situace vyjma zrušení zadávacího řízení.

Z tohoto zákonného ustavení, které fakticky doslovně transponuje (přejímá) ustanovení čl. 57 odst. 4 Obecné směrnice, které zní: „Veřejní zadavatelé mohou z účasti v zadávacím řízení vyloučit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby vyloučili hospodářský subjekt, který se nachází v některé z těchto situací: e) **pokud nelze jinými, méně omezujícími opatřeními vyřešit střet zájmů ve smyslu článku 24;**“ opět jednoznačně vyplývá, že vyloučení účastníka zadávacího řízení je tím nejvíce omezujícím opatřením, které lze vůči účastníkovi zadávacího řízení aplikovat. Tato možnost může být vůči účastníkovi zadávacího řízení využita až tehdy, kdy není možné aplikovat jiná, méně omezující opatření, která může zadavatel učinit tzv. na své straně, tedy zamezením účasti osoby, u které byl prokázán střet zájmů na vedení zadávacího řízení.

Typicky zde může jít o situaci, kdy zadavatel zjistí střet zájmů některé osoby, která posuzuje a hodnotí nabídky, lhotejno zda jde o člena příslušné komise nebo zadavatelem najatého odborníka, či jinou osobu, v takovém případě provede zadavatel nápravné opatření nahrazením takové osoby a zajištěním, aby se na jakémkoli jednání zadavatele v předmětném zadávacím řízení nepodílela. V takovém případě již pak Zákon nepožaduje vyloučení účastníka, vůči kterému byla předmětná osoba ve střetu zájmů. K vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení by mohlo dojít pouze, pokud by takové, méně omezující opatření, nebylo možné učinit.

Předmětné zákonné ustanovení upravující střet zájmů je obsaženo v § 44 Zákona a zní: *Střet zájmů (1) Zadavatel postupuje tak, aby nedocházelo ke střetu zájmů. V případě postupu podle § 42 nebo 43 si zadavatel vyžádá písemné čestné prohlášení všech členů komise, přizvaných odborníků nebo osob zastupujících zadavatele o tom, že nejsou ve střetu zájmů. Pokud zjistí, že ke střetu zájmů došlo, přijme k jeho odstranění opatření k nápravě.*

(2) Za střet zájmů se považuje situace, kdy zájmy osob, které

- a) se podílejí na průběhu zadávacího řízení, nebo*
- b) mají nebo by mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení,*

ohrožují jejich nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením.

(3) Zájem osob uvedených v odstavci 2 se pro účely tohoto zákona rozumí zájem získat osobní výhodu nebo snížit majetkový nebo jiný prospěch zadavatele.

Toto zákonné znění odpovídá evropské právní úpravě, jež je obsažena v čl. 24 Obecné směrnice a zní: **Článek 24**

Členské státy zajistí, aby veřejní zadavatelé přijali vhodná opatření k účinné prevenci, odhalování a nápravě střetu zájmů, ke kterému dochází v průběhu zadávacího řízení, a zamezili tak narušení hospodářské soutěže a zajistili rovné zacházení se všemi hospodářskými subjekty.

Pojem střetu zájmů se vztahuje přinejmenším na situace, kdy pracovníci veřejného zadavatele nebo poskytovatele služeb v oblasti zadávání veřejných zakázek vystupujícího jménem veřejného zadavatele, kteří se podílejí na vedení zadávacího řízení nebo by mohli ovlivnit jeho výsledek, přímo či nepřímo vykazují finanční, hospodářský nebo jiný osobní zájem, který by bylo možno považovat za zájem ohrožující jejich nestrannost a nezávislost v souvislosti s daným zadávacím řízením.

Pokud jde tedy o oblast střetu zájmů, která je v Zákoně i v Obecné směrnici upravena fakticky shodně, nezbyvá než uzavřít, že i v případě vylučování účastníka zadávacího řízení z důvodu střetu zájmů je jeho vyloučení tou poslední (krajní) možností nápravy střetu zájmů.

Zatímco dle Zákona je možné vylučovat účastníky zadávacího řízení pouze z důvodů v Zákoně uvedených, obsahuje ustanovení § 4b zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů další důvod vyloučení, který je odlišný od důvodů vyloučení obsažených v Zákoně. Pokud budeme aplikovat výše uvedená ustanovení právních předpisů na Vámi předestřenou situaci a vyjdeme-li z hypotézy, že v rámci zadávacího řízení nastane situace, kdy v zadávacím řízení (vedeném dle Zákona) podá nabídku společnost, ve které veřejný funkcionář uvedený v § 2 odst. 1 písm. c) zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů (dále jen „Zákon o střetu zájmů“), nebo jím ovládaná osoba vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka v obchodní společnosti, pak se zadavatel takové veřejné zakázky dostane **bez vlastního přičinění** do velmi zvláštní situace, kdy je nucen interpretovat a aplikovat 2 zákony, jejichž ustanovení nejsou souladná. Dle ustanovení § 4b Zákona o střetu zájmů má nařízenou povinnost takovou obchodní společnost vyloučit ze zadávacího řízení. Nařízením této povinnosti zadavateli ovšem jakákoli právní regulace obsažená v Zákoně o střetu zájmů končí. Tato právní norma neobsahuje žádné možnosti obrany takového dodavatele proti postupu zadavatele, ani určení dozorového orgánu, který by přezkoumal postup zadavatele. Takováto úprava je fakticky v rozporu s evropskou úpravou zadávání veřejných zakázek, která velmi dbá na to, aby byla každému dodavateli, který je vyloučen ze zadávacího řízení, zajištěna možnost efektivní obrany před zadavatelem (takovým jednáním zadavatele, které by jej mohlo poškodit), a to takové obrany, že má možnost rozhodnutí zadavatele napadnout u příslušného přezkumného orgánu, který může rozhodnutí zadavatele zvrátit v době, kdy ještě není uzavřena smlouva na plnění zadávané veřejné zakázky.

Naproti tomu stojí právní úprava obsažená v Zákoně, dle které může zadavatel vylučovat dodavatele jen z důvodů Zákonem výslovně stanovených. Právní úprava obsažená v Zákoně tedy předepisuje zadavateli, že vylučovat účastníky může pouze z důvodů předvidaných Zákonem, což a contrario znamená, že na základě jiných důvodů tito být vyloučení nemohou. Zároveň je právní úprava obsažená v Zákoně v souladu s právními předpisy Evropské unie a obsahuje právní úpravu obrany vyloučeného dodavatele před nezákonným postupem zadavatele.

Pokud tedy zadavatel při zjištění skutečnosti, že byla v rámci zadávacího řízení podána nabídka dodavatelem - společností, ve které veřejný funkcionář uvedený v § 2 odst. 1 písm. c) Zákona o střetu zájmů nebo jím ovládaná osoba vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka v obchodní společnosti, upřednostní ustanovení § 4b Zákona o střetu zájmů, a takového dodavatele vyloučí, bude jeho postup odporovat ustanovení § 48 Zákona (o zadávání veřejných zakázek), dle kterého může zadavatel vylučovat dodavatele jen z důvodů výslovně stanovených tímto Zákonem.

Máme-li tedy zadavatelům veřejných zakázek jakožto gestor Zákona poskytnout stanovisko, jakým způsobem má jednat zadavatel, který se bez vlastního přičinění dostane do situace, kdy je nucen interpretovat a aplikovat 2 zákony, jejichž ustanovení nejsou souladná, kdy se postupem podle § 4b Zákona o střetu zájmů, tedy vyloučením ze zadávacího řízení takové společnosti, ve které veřejný funkcionář uvedený v § 2 odst. 1 písm. c) Zákona o střetu zájmů nebo jím ovládaná osoba vlastní podíl představující alespoň 25 % účasti společníka v obchodní společnosti, dostane do rozporu s ustanovením § 48 Zákona, nebo bude a contrario ctít ustanovení § 48 Zákona, takovou osobu nevyloučí a poruší naopak § 4b Zákona o střetu zájmů, musíme při zohlednění zásadních aspektů obou právních předpisů, kterými jsou v případě Zákona o střetu zájmů neexistence úpravy vymáhání jím uložených povinností ani právní úpravy možné obrany adresátů takových povinností a rozpor s evropskými právními předpisy, které možnost obrany proti vyloučení ze zadávacího řízení všem dodavatelům zaručují, a naopak v případě Zákona (o zadávání veřejných zakázek), podrobná úprava možnosti obrany dodavatele proti vyloučení, dále podrobná úprava dozoru nad dodržováním Zákona a jeho soulad s evropskými právními předpisy, doporučit zadavatelům, aby s ohledem na neexistující judikaturu v této oblasti postupovali v souladu s § 48 zákona č. 134/2006 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a vylučovali dodavatele pouze z důvodů v tomto zákoně nařízených.

S ohledem na skutečnost, že Ministerstvo pro místní rozvoj je gestorem zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a není gestorem zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, zasíláme Vám odpověď týkající se aplikace zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Pokud Vás zajímá stanovisko gestora zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, je nezbytné oslovit gestora tohoto zákona, kterým je Ministerstvo spravedlnosti.

S pozdravem



Vážený pan
PhDr. Ivan Bartoš
poslanec a předseda České pirátské strany
Na Moráni 360/3
128 00 Praha 2

