



JUDr. Hynek Brom

I. místopředseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže



UOHSX00DK7GS

Číslo jednací:

ÚOHS-16036/2020/440/MKv

Brno: 15. 6. 2020

Vážení,

obdržel jsem Váš dopis ze dne 28. 5. 2020, ve kterém žádáte Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) v návaznosti na usnesení vlády ze dne 8. 7. 2019 č. 485 „o činnosti Stálého výboru pro výstavbu nových jaderných zdrojů v České republice a vládního zmocněnce pro jadernou energetiku“ a usnesení vlády ze dne 18. 11. 2020 č. 830 „o přípravě nových jaderných zařízení v ČR a bezpečnostních zájmech státu“ a rovněž v návaznosti na znění návrhů smluv o spolupráci při výstavbě nového jaderného zdroje v České republice mezi státem a investorem, tedy společnostmi ČEZ, a. s. a Elektrárna Dukovany II, a.s. o stanovisko k aplikovatelnosti výjimky podle § 29 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ nebo též „ZZVZ“) při výstavbě nového jaderného zdroje v lokalitě elektrárny Dukovany.

Úvodem považuji za nezbytné důrazně upozornit, že v oblasti dozoru nad zadáváním veřejných zakázek má Úřad na základě § 248 ZZVZ především povinnost a) rozhodovat, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky, udělení koncese nebo při zvláštních postupech dle ZZVZ postupoval v souladu s tímto zákonem, b) ukládat nápravná opatření a c) projednávat přestupky a ukládat pokuty. Úřad však může tuto svoji pravomoc realizovat výlučně v rámci správního řízení zahájeného buď na návrh oprávněné osoby, nebo z moci úřední, přičemž vyjadřovat se ke konkrétním skutkovým okolnostem a podávat závazný výklad právních předpisů, nad jejichž dodržováním vykonává dozor, je Úřad oprávněn toliko v pravomocném rozhodnutí vydaném v průběhu správního řízení.¹ Gestorem zákona, a tedy orgánem příslušným k vydávání metodických pokynů a výkladových stanovisek k němu, je přitom Ministerstvo pro místní rozvoj, které by mělo být dle mého soudu primárním adresátem dotazů týkajících se konkrétních výkladových problémů.

Přes výše uvedené však považuji za vhodné se s ohledem na princip dobré správy (a s ohledem na výše uvedené v jisté míře obecnosti) k Vámi předestřené právní otázce vyjádřit. V souvislosti s níže uvedenými úvahami je však třeba reflektovat i to, že Úřad není správním orgánem, kterému by

¹ Pravomocné rozhodnutí je navíc závazné pouze ve svém výroku, a to nikoliv všeobecně, nýbrž toliko pro vymezenou skupinu subjektů (srov. § 73 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů).

svědčilo právo podávat závazná stanoviska ve smyslu § 149 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů; žádný právní předpis tuto kompetenci Úřadu nesvěřuje.

Vámi předestřená právní otázka se týká možnosti aplikace výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení ve smyslu § 29 písm. a) ZZVZ. Podle § 29 písm. a) ZZVZ platí, že *zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, ... pokud by provedení zadávacího řízení ohrozilo ochranu základních bezpečnostních zájmů České republiky a současně nelze učinit takové opatření, které by provedení zadávacího řízení umožňovalo.*

K tomu je třeba hned na úvod poznamenat, že s ohledem na skutečnost, že (jakákoli) výjimka je odchylkou od obecného pravidla stanoveného v § 2 odst. 3 ZZVZ,² musí být podmínky pro její uplatnění vždy vykládány restriktivně.

Dále je nezbytné upozornit, že na základě rozsáhlé a ustálené rozhodovací praxe jak Soudního dvora Evropské unie, tak tuzemských správních soudů³ je možno konstatovat, že důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících použití shora uvedené výjimky leží na tom, kdo se jich dovolává, tj. na zadavateli. To znamená, že v případě jakéhokoli přezkumu jeho postupu bude právě na zadavateli, aby nejen tvrdil, že podmínky pro aplikaci § 29 písm. a) ZZVZ byly splněny, ale zároveň aby též důsledně označil důkazy na podporu svých tvrzení. Pokud by zadavatel těmto nárokům nedostál, Úřad nemá povinnost (a fakticky ani nemůže) za zadavatele skutečnosti, které jej k postupu mimo zadávací řízení opravňovaly, sám vyhledávat.

Ze samotného textu předmětné právní normy se podává, že pro použití dané výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení musí být splněny dvě podmínky:

- provedení zadávacího řízení by ohrozilo ochranu základních bezpečnostních zájmů České republiky,
- nelze učinit takové opatření, které by provedení zadávacího řízení umožňovalo.

Z právě uvedeného je možno dovodit, že zadavatel, který hodlá předmětnou výjimku využít, musí identifikovat konkrétní bezpečnostní zájmy (jednat se přitom musí o „základní“, strategické bezpečnostní zájmy České republiky) a konkrétní způsob, kterým by byly v případě standardního zadávacího řízení ohroženy; zároveň musí pečlivě analyzovat, že neexistují opatření, která by bylo možno v rámci zadávacího řízení učinit a která by přitom ochranu předmětných bezpečnostních zájmů zajišťovala.

Z Vaší žádosti ze dne 28. 5. 2020 je možno dovodit, že orgány státu konkrétní bezpečnostní zájmy identifikovaly a že zadavatel s nimi byl seznámen (mohl tedy alespoň v základních obrysech posoudit jejich relevanci). Aniž by Vaše žádost zabíhala do podrobností (což ostatně není pro účely odpovědi v tom rozsahu, v jakém ji lze v tuto chvíli poskytnout, nezbytné), lze vyrozumět, že

² *Zadavatel je povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. ...*

³ rozsudky Soudního dvora Evropské unie ze dne 10.3.1987, C-199/85, ze dne 28.3.1996, C-318/94, ze dne 14.9.2004, C-385/02, ze dne 18.5.1995, C-57/94, ze dne 17.11.1993, C-71/92, ze dne 10.4.2003, C-20/01, ze dne 10.4.2003, C-28/01, rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 3.10.2013, č.j. 62 Af 48/2012-160, ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74, ze dne 10.7.2014, č.j. 62 Af 93/2013-34, ze dne 28. 6. 2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, a rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25.11.2015, č.j. 3 As 18/2015-32, ze dne 31.8.2015, č.j. 8 As 149/2014-68, a ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53; byť se jednalo o rozsudky týkající se použití jednacích řízení bez uveřejnění, lze jejich závěry jistě aplikovat i na použití výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení

jedním z vnímaných rizik je působení a dodávky dodavatelů ze třetích zemí. (Pro úplnost je třeba dodat, že v rámci případného přezkumu postupu zadavatele bude nepochybně třeba konkrétní bezpečností zájmy a rizika s nimi spojená v argumentaci zadavatele podstatně podrobněji rozvést.)

Podstatné je, že stát si závazným, resp. vynutitelným způsobem (což dovozují z tvrzení, že požadavky státu „byly důsledně promítnuty do návrhů ... smluv mezi státem a investorem“) vyhradil možnost zasáhnout z bezpečnostních důvodů do výběru dodavatele, tj. vyhradil si právo znemožnit zadání zakázky byť i dodavatel, jehož nabídka by – z čistě ekonomického pohledu – byla nejvhodnější.

Výše naznačené skutečnosti by skutečně mohly být použitelným důvodem pro uplatnění výjimky dle § 29 písm. a) ZZVZ. Při této úvaze Úřad vycházel z Vámi tvrzených skutečností týkajících se existence bezpečnostních zájmů a uplatňování jejich ochrany ze strany České republiky a v důsledku toho nemožnosti provedení zadávacího řízení, které byly uvedeny ve Vaší žádosti. Je však třeba zmínit ještě několik následujících okolností, které jsou pro možnost aplikace předmětné výjimky neméně stěžejní.

Především je třeba uvést, že riziko působení a dodávky dodavatelů ze třetích zemí samo o sobě pro odůvodnění postupu ve výjimce nestačí. Pokud by totiž bylo možno rizikové dodavatele či rizikové technologie dopředu označit a vymezit, bylo by možno provést standardní zadávací řízení (nebyla by tak naplněna druhá podmínka pro využití dané výjimky). Jak totiž vyplývá z rozhodovací praxe Úřadu, za určitých okolností je z objektivně odůvodnitelných důvodů dokonce přípustné předem vyloučit (a to ve standardním zadávacím řízení) ze soutěže konkrétního dodavatele, tj. znemožnit mu se vůbec určitého zadávacího řízení zúčastnit.⁴

Aplikace výjimky tak vyžaduje, aby zadavatel nebyl schopen dopředu deklarovat, kterého dodavatele (či kterou technologii pokládá za rizikovou). Představit si lze situaci, kdy zadavatel dopředu skutečně neví, koho pokládat za „rizikového“ (neboť se jedná o dynamickou, v čase proměnlivou skutečnost), případně to ví, ale s ohledem na charakter onoho rizika to nemůže sdělit (a už vůbec ne transparentně odůvodnit).

Obdobně by argumentace rizikovými dodavateli/technologemi nemohla obstát, kdyby zadavatel byl schopen předem vydefinovat a dodavatelům mohl zpřístupnit zadávací podmínky, při jejichž nesplnění by z bezpečnostních důvodů takového „rizikového“ dodavatele jako účastníka zadávacího řízení mohl ze standardního zadávacího řízení vyloučit.

K otázce vyloučení dodavatele je však třeba dále zdůraznit i to, že v zadávacím řízení je zadavatel povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, tj. mimo jiné v souladu se zásadou transparentnosti. Když už ne z jiných, konkrétních ustanovení zákona, tak z této obecné zásady je třeba dovodit právo dodavatele na řádně odůvodnění svého vyloučení.

Za předpokladu, že zadavatel není schopen, případně (z bezpečnostních důvodů) ochoten takové zásadě transparentnosti vyhovující odůvodnění poskytnout (opět si lze např. představit, že důvody

⁴ k tomu srov. rozhodnutí ÚOHS ze dne 6. 11. 2019 č.j. ÚOHS-S0262/2019/VZ-30266/2019/523/JMa ve věci veřejné zakázky na pořízení serverů, ve kterém Úřad uzavřel, že omezení hospodářské soutěže spočívající v omezení možnosti dodat výrobky konkrétního výrobce z bezpečnostních důvodů není bezdůvodným, a nejedná se tedy o nezákonnou zadávací podmínku

takového vyloučení budou založeny na utajovaných informacích), je reálné, že zadávací řízení, které by bezpečnostní rizika eliminovalo, skutečně nelze provést.

Současně je však na místě vyjádřit za Úřad nesouhlas s názorem dle Vás údajně prezentovaným Ministerstvem pro místní rozvoj v jeho analýze, že by „*potřeba značné míry flexibility ohledně změny zadávacích podmínek, která je dána složitostí, rozsahem i trváním projektu výstavby*“ mohla být též oprávněným důvodem pro nemožnost použití zadávacího řízení [a tedy i pro použití výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení uvedené v § 29 písm. a) zákona], a to s ohledem na některé specifické druhy zadávacích řízení, které zákon zadavatelům nabízí, jako je např. soutěžní dialog.

Pro úplnost k Vámi řešenému a uvažovanému způsobu zadání veřejné zakázky doplňuji, že tvrzené důvody pro nutnost zadání veřejné zakázky na základě předmětné výjimky se musí vztahovat na celý její předmět [resp. s výjimkou případu, kdy se jedná o smíšenou zakázku ve smyslu § 32 odst. 4 písm. a) zákona, tedy v situaci, kdy se vztahuje předmětná výjimka pouze na jednu část smíšené veřejné zakázky, avšak ostatní její části jsou objektivně neoddělitelné]. V opačném případě, pokud by bylo možno část předmětu veřejné zakázky v zadávacím řízení zadat, avšak zadavatel veřejnou zakázku zadal jako celek mimo zadávací řízení, by bylo nutno na postup zadavatele hledět jako na nezákonný, a to i přesto, že by část předmětu plnění veřejné zakázky byl oprávněn zadat na základě výjimky.⁵

Závěrem opětovně zdůrazňuji, že Úřadu jakkoliv nepřísluší se vyjadřovat ke konkrétním skutkovým okolnostem, které uvádíte ve své žádosti o stanovisko, neboť nelze vyloučit, že by věc mohla být předmětem posuzování Úřadu v budoucnosti. V současnosti lze tedy za Úřad jen podat obecný výklad toho, za jakých podmínek lze výjimku uvedenou v ustanovení § 29 písm. a) zákona uplatnit.

S ohledem na charakter Vámi předložených právních úvah ohledně aplikovatelnosti předmětné výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení Vám především doporučuji obrátit se s takto konkrétně nastolenými dotazy a popsányi skutkovými okolnostmi i na Ministerstvo pro místní rozvoj, které je metodickým orgánem v oblasti veřejných zakázek a poskytuje metodický výklad k aplikaci předmětných ustanovení zákona.

Současně pokládám za nutné upozornit na skutečnost, že s ohledem na charakter poptávaného plnění a zřejmý úmysl jeho zadání mimo zadávací řízení je možné, že naznačené otázky budou rovněž předmětem přezkumu ze strany Evropské komise; doporučuji proto zvážit i možnost případné konzultace či dotazu na této úrovni.

S pozdravem

⁵ K tomu viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0414/2013/VZ-20668/2015/531/JDo ze dne 30. 7. 2015, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R263/2015/VZ-45133/2016/322/DJa ze dne 10. 11. 2016; byť se závěry v citovaných rozhodnutích týkaly možnosti zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, jsou zde vyslovené závěry *mutatis mutandis* aplikovatelné na postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky na základě zákonné výjimky.