

Tematické setkání AVZ: Vertikální spolupráce ve veřejných zakázkách

Třináctého března se uskutečnilo druhé letošní online tematické setkání pořádané Asociací pro veřejné zakázky a jeho hlavním tématem se stala vertikální spolupráce ve veřejném zadávání. Konkrétně byl blíže nastíněn její právní rámec, dále došlo na prezentaci četných příkladů pro využití v praxi účastníků akce a zazněla také upozornění na rizika spojená s praktickým uplatňováním vertikální spolupráce z pohledu kontrolních a dohledových orgánů. Na závěr pak byla představena vybraná rozhodovací praxe ÚOHS na daném poli.



Mgr. Martina Šelejová
Asociace pro veřejné zakázky

Se svými příspěvky seznámili účastníky Mgr. Pavel Herman, právník a specialista z advokátní kanceláře MT Legal, donedávna předsedající expertní skupině pro veřejné zakázky zřízené při Ministerstvu pro místní rozvoj; dále Mgr. Jan Purkrábek, vedoucí odboru Nákup a veřejné zakázky z Národní agentury pro komunikační a informační technologie (NAKIT), Mgr. Pavel Moravčík, odborný rada a právník z Centra pro regionální rozvoj (CRR), a také Mgr. Iveta Pospíšilíková, ředitelka Odboru družstevního rozhodování Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Geneze úpravy vertikální spolupráce v ZZVZ

Okolnosti geneze úpravy vertikální spolupráce v zákoně o zadávání

veřejných zakázek popsal Mgr. Pavel Herman. Pravidla vertikální spolupráce vycházejí z dosavadní evropské judikatury a aktuální zá-

Podmínky in-house spolupráce se mají naplňovat dlouhodobě, nejen formálně při uzavírání smlouvy

kon je poprvé shrnuje komplexně, konkrétně v § 11. Legislativní text přesto obsahuje velké množství neurčitých právních pojmů, které je potřeba při aplikaci řádně vykládat v souladu se smyslem a cílem jejich úpravy.

Z evropské judikatury bylo zmíněno několik rozsudků Evropského soudního dvora:

» C-107/98 – Teckal Srl: Definoval koncept in-house výjimky jako takové, kdy se za veřejné za-

kázky podléhající povinnosti zadávat v rámci směrnice nepovažují vztahy, jež má veřejný zadavatel in-house. De iure k uzavření smlouvy dochází, de facto jde o vnitřní spolupráci organizačních jednotek, kdy je jednotka ovládána jako vlastní „organizační složka“.

» C-26/03 – Stadt Halle: Využití in-house výjimky vy-

loučil úplně v případě, že by byl i minoritní podíl soukromého kapitálu v ovládané osobě.

» C-458/03 – Gemeinde Brixen: Řešil otázku splňování podmínek in-house veřejné zakázky v čase. Pravidla pro in-house spolupráci nejsou jen formální; je za nimi věcný obsah, který se má naplňovat dlouhodobě, nikoliv pouze formálně při uzavírání smlouvy.

» C-340/04 – Carbotermo: Zpřesnil parametr významného po-

dílu činnosti ovládané osoby ve prospěch ovládajícího zadavatele, kdy nebylo zjevné, o kolik se jedná procent a zda i činnost musí být přímo hrazena zadavatelem. Může jít rovněž o činnosti, které nemusí být hrazeny zadavatelem, jsou však vykonávány na základě jím svěřeného úkolu (otázka platby je až druhotná).

» C-295/05 – Asemfo: Posunul dále výklad otázky společné kontroly, která je umožněna. Není nutné vyžadovat pouze ovládnutí jedním zadavatelem, na straně ovládajících může být více osob – zadavatelů (např. státní a samosprávné orgány s různými podíly), přičemž není podstatné, kolik procent má každý z nich.

» C-324/07 – Coditel Brabant: Dále specifikoval společnou kontrolu; musí se jednat o reálnou společnou kontrolu (společné rozhodování), podstatná rozhodnutí se mají přijímat ve spolupráci ovládajících.

Na výše nastíněnou precizaci pravidel vertikální spolupráce prostřednictvím rozsudků ESD reagovaly nové evropské zadávací směrnice a pravidla byla zakomponována do čl. 12 zadávací směrnice (transponováno do ZZVZ), do čl. 28 sektorové směrnice a čl. 17 koncesní směrnice (jde o směrnici EP a Rady 2014/24/EU z 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES; o směrnici EP a Rady 2014/25/EU z 26. 2. 2014, o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES; a o směrnici EP a Rady 2014/23/EU z 26. 2. 2014, o udělování koncesí).

Všechny tři směrnice obsahují obdobný text se stejnými podmínkami, došlo k převzetí a promítnutí úpravy vyplývající z judikatury do legislativy. Výjimku tvoří dříve přijatá obranná směrnice, která neobsahuje stejný text, základ z judikatury však aplikuje také (směrnice EP a Rady 2009/81/ES z 13. 7. 2009, o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavatelů v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES).

Od transpozice nových zadávacích směrnic a přípravy aktuálního ZZVZ je in-house zadávání

upraveno komplexně v úvodních ustanoveních s jednou společnou definicí. Základní koncept pro vertikální spolupráci a její vyloučení ze zadávacího procesu je uveden v § 2 odst. 1 ZZVZ, kdy se za zadání veřejné zakázky nepovažuje uzavření smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky mimo jiné podle § 11 ZZVZ – vertikální spolupráce.

Vertikální spolupráce je dále definována jako vztah mezi veřejným (či dotovaným) zadavatelem a jinou právnickou osobou dodavatelem, přičemž musejí být splněny tři podmínky: ovládnutí jako své vnitřní organizační jednotky, výlučná majetková účast a podíl činnosti.

Níže uvádíme, na co konkrétně je třeba dát při využití vertikální spolupráce podle § 11 ZZVZ pozor:

» zadavatelem může být pouze veřejný či dotovaný zadavatel;

» podmínkou ovládnutí je rozhodující vliv zadavatele na strategické cíle i významná rozhodnutí; ovládnutí může být za uvedených podmínek i prostřednictvím jiné osoby (lze řetězit více společností) nebo prostřednictvím více zadavatelů (společné ovládnutí), kdy jsou orgány s rozhodovacím oprávněním složeny či ustaveny na základě jednání ve shodě všech společně ovládajících zadavatelů a ovládaná osoba nesleduje zájmy, které by byly v rozporu s ovládajícími – nesmí existovat rozpor ve strategických cílech;

» kromě ovládajícího zadavatele či zadavatelů nemá v ovládané osobě majetkovou účast nikdo jiný, je zakázána přímá majetková účast soukromé osoby v ovládané osobě – na rozdíl od toho minoritní účast soukromého kapitálu může být v samotném ovládajícím;



» více než 80% celkové činnosti ovládané osoby musí být prováděno při plnění úkolů svěřených ovládajícím veřejným zadavatelem, ovládajícími zadavateli při společném ovládaní nebo jinými ovládanými osobami (stanovení výše procent posunem z hlediska právní jistoty oproti dříve používanému pojmu „významný podíl“);

» základ výpočtu pro určení podílu činností tvoří průměrný obrat, je-li činnost plně hrazena příjemci, popřípadě celkové náklady; jde o souhrn za předchozí tři účetní období, takže není potřeba splnit procentní podíl v každém roce samostatně; pokud ovládaná osoba vznikla, zahájila činnost nebo došlo k její reorganizaci, musí prokázat věrohodnost naplnění podmínky zejména na základě plánů činnosti, které je nutné následně dodržovat – jestliže by nebylo dosaženo 80% podílu činností, využití in-house výjimky by se stalo zpětně neobhájitelným;

» vertikální spolupráci lze aplikovat ve vztahu ovládané osoby vůči ovládající a také mezi ovládanými osobami (stejným ovládajícím).

Zkušenosti z aplikace (nejen) vertikální spolupráce

V následujícím příspěvku se o své zkušenosti z aplikace (nejen) vertikální spolupráce podělil Mgr. Jan Purkrábek. Zadavatel NAKIT je státním podnikem, jehož zakladatelem je Ministerstvo vnitra (MV). NAKIT vznikl jako jeho servisní organizace a je povinen poskytovat ministerstvu odbornou pomoc v jeho klíčové činnosti, tj. zajišťovat provoz komunikační infrastruktury ministerstva a složek Integrovaného záchranného systému (IZS). V průběhu času dochází k postupnému rozšiřování svěřených úkolů a hledání možností spolupráce napříč resorty.

Klíčový nástroj pro fungování a spolupráci NAKIT s MV představu-



je právě zadávání zakázek formou vertikální spolupráce. Základní kooperaci, práva a povinnosti obou subjektů, základní úplatu za služby, sankce za pozdní dodání atd. popisuje tzv. hlavní smlouva, na jejímž základě se zadávají jednotlivé úkoly pro NAKIT podle jednotlivých smluv na konkrétní plnění. Část činností obstarává NAKIT vlastními kapacitami, většina se však zajišťuje na běžném trhu výběrem poddodavatelů, tedy zadáváním zakázek v režimu ZZVZ. Do procesu zadávání dle ZZVZ, respektive do zadávacích podmínek (technických, smluvních) jsou přejímány podmínky pro plnění požadované MV (hrozí riziko případných sankcí, pokud by nebyly dodržovány).

Spolupráce formou in-house (vertikální spolupráce) je pro NAKIT snazší za dodržování a průběžné kontroly plnění zákonných podmínek: NAKIT je zřízen a plně ovládan Ministerstvem vnitra (dozorčí rada); klíčový prvek tvoří sledování 80% podílu činností svěřených zakladatelem. Omezení pro rozšiřování portfolia odběratelů a poskytování většího rozsahu služeb pro veřejnou správu představuje například fakt, že pro veřejné zakázky neplatí funkční pojetí státu;

limitace vyplývá mimo jiné z právní úpravy vertikální spolupráce, kterou lze aplikovat jen pro osoby ovládané MV (v rámci jednoho resortu). Mimo vertikální spolupráci s Ministerstvem vnitra využívá NAKIT i „sesterský“ in-house (Česká pošta) a také formy horizontální spolupráce (§ 12 ZZVZ) – například Ministerstvo zdravotnictví (MZ).

V souvislosti s MZ byl uveden příklad horizontální spolupráce při realizaci projektu Chytrá karanténa. Podmínky pro aplikaci horizontální spolupráce – tj. naplňování společných cílů, veřejný zájem a omezený podíl činnosti na trhu (méně než 20% vlastních činností) – byly splněny. Projekt probíhal od roku 2020 a horizontální spolupráce byla založena mezi MV a MZ na základě usnesení vlády, kterým byla realizace úkolu svěřena Ministerstvu vnitra, respektive NAKIT. Následně došlo k uzavření smlouvy mezi MZ a NAKIT, který projekt realizoval částečně vlastními kapacitami a dále prostřednictvím poddodavatelů, vybíraných postupem dle ZZVZ.

Pro zdárný průběh projektu bylo nezbytné sledovat neporušení podmínek in-house, tedy dodržení alespoň 80% činností svěřených

zakladatelem (MV). Problematická byla právní nejistota ve vztahu k uzavření smlouvy mezi MV a NAKIT (neustálená rozhodovací praxe) a rizikovou část projektu tvořili operátoři call center, kteří představovali velký finanční objem. Zpočátku se uplatňovalo řešení formou dynamického nákupního systému (DNS) ze strany NAKIT, následně však muselo dojít ke změně smlouvy s MZ a k uzavření smlouvy o centralizovaném zadávání DNS s MZ (s využitím § 9 odst. 3 ZZVZ byla uzavřena smlouva až po zavedení DNS). Do limitu 80 % se tak započítávají jen zadavatelské činnosti, nikoliv úhrada operátorů (zadávání na účet MZ). V rámci uvedeného projektu jde tudíž o úspěšný příklad kombinace vertikální i horizontální spolupráce spolu s DNS a centralizovaným zadáváním.

Rizika vertikální spolupráce z pohledu kontrolního orgánu

Z pohledu kontrolního orgánu seznámil účastníky s parametry kontrol a riziky vertikální spolupráce Mgr. Pavel Moravčík. CRR coby pří-

spěvková organizace MV provádí kromě kontroly zakázek i kontrolu samotného proplácení výdajů z hlediska dodržování principů 3E v rámci Integrovaného regionálního operačního programu (IROP).

V rámci ověření splnění podmínek pro využití vertikální spolupráce se od příjemců standardně požaduje: (i) zakladatelská/zřizovací smlouva s vertikálně spolupracujícím dodavatelem a podklady z účetnictví pro prokázání podílu činnosti; (ii) podklady, z nichž je možné ověřit, že:

- » příjemce ovládá dodavatele obdobně jako své vnitřní organizační jednotky;

- » v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel či zadavatelé;

- » činnosti, které mají být předmětem smlouvy, odpovídají obvyklým činnostem dodavatele;

- » činnosti, jež mají být předmětem smlouvy, odpovídají svým rozsahem obvyklému rozsahu činnosti dodavatele;

- » více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby se provádí při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným za-

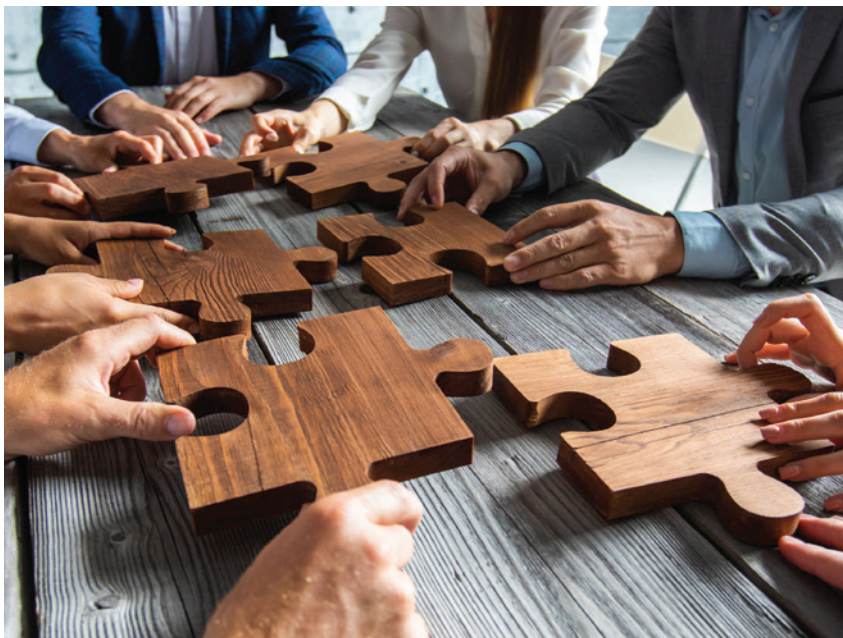
davatelem nebo jinými právníckými osobami, jež ovládající veřejný zadavatel rovněž ovládá jako své vnitřní organizační jednotky;

- » dané činnosti ovládané osoby mohou být prováděny také při plnění úkolů, které jí byly zadány jinou právníckou osobou obdobně ovládanou stejným veřejným zadavatelem, tedy sesterskou společností ovládané osoby (nepřihlíží se k poměru mezi činnostmi pro ovládajícího veřejného zadavatele a jinou právníckou osobou a tyto činnosti se sčítají).

Prezentován byl příklad určení podílu činnosti podle rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0083/2020/VZ – nakládání s komunálními odpady v Dobříši a okolí: Při určování potřebného obrátu je třeba vycházet z výkazu zisku a ztrát, popřípadě lze požadované procento činností prokazovat skrze celkové náklady dodavatele a v případě pozdějšího zahájení činnosti či reorganizace je možné při posouzení procenta činnosti vycházet z věrohodných tvrzení dodavatele, respektive zadavatele (zejm. plány budoucích aktivit).

Cílem kontroly vertikální spolupráce je, aby z předložených podkladů vyplývalo, že dodavatel v rámci řádně prokázané vertikální spolupráce splní smlouvu výlučně vlastními silami.

Žadatelé a příjemci se opakovaně dotazují, zda opravdu musejí soutěžit, pokud dochází k „přeprodávání“ plnění z vertikální spolupráce. Poptá-li „dodavatel ze smlouvy o vertikální spolupráci“ plnění pro projekt na trhu jakožto „prostředník“ – a to i ve formě „poddodávek“ k plnění, jež může částečně dodat vlastními silami – bude takové plnění veřejnou zakázkou. Dodavatel je pak povinen postupovat v souladu se ZZVZ a Metodickým pokynem pro oblast zadávání zakázek pro programové období 2014–2020 a daný postup řádně doložit. Ten bude podléhat



kontrole zakázky ze strany CRR stejně, jako kdyby zakázku zadal přímo příjemce.

CRR ověřuje, zda nedochází k účelovému jednání příjemce, vedoucímu k obcházení ZZVZ, tj.: zakázka bude – byť z hlediska ZZVZ formálně správně – v rámci vertikální spolupráce zadána subjektu, který ji nebude schopen splnit a bude ji přeprodávat dále v plném rozsahu nebo „přímými nákupy“ či jiným „bezdokladovým“ způsobem; dojde k navyšování způsobilých výdajů o marži vertikálního dodavatele; dojde k zadání zakázky „sesterské společnosti“, která nenaplnuje podmínku 80 % činnosti apod.; příjemce není výjimku povinen využít, a měl by ji tedy na svou odpovědnost využívat, jen má-li to objektivně smysl z hlediska projektu.

Podmínka zákonem určeného 80% podílu činnosti musí být splněna po celou dobu existence vertikální spolupráce.

Způsobilost výdajů z pohledu IROP se zkoumá v rámci kontroly žádosti o platbu z hlediska přiměřenosti vynaložených prostředků: s ohledem na efektivitu vynaložených výdajů, když z důvodu uzavření smlouvy o vertikální spolupráci hospodářská soutěž neproběhne; jakým způsobem byla cena za předmět plnění stanovena a zda se jedná o cenu tržní, v čase a místě obvyklou; je vhodné doložit průzkum trhu.

Jako příklad zazněla zakázka na stavební práce, kdy byl příjemcem dotace soukromý subjekt (dotovaný zadavatel) a míra dotace významně převyšovala 50%. Vertikálním dodavatelem byla příjemcem přímo ovládaná a ze 100% vlastněná s. r. o. a záměr představovalo postavení několika staveb



za více než 50 mil. Kč v režimu vertikální spolupráce, bez soutěže a za ceníkovou cenu. Žadatel o dotaci žádal o závazné stanovisko k aplikaci vertikální spolupráce několik měsíců předtím, než vertikální dodavatel v roce 2017 vůbec vznikl.

Z formálního hlediska ZZVZ byly podmínky splněny, z praktického hlediska vyvstala značná rizika spojená s následným přeprodejem zakázky: dodavatel disponoval živnostenským listem pro provádění staveb, neměl však praktické zkušenosti; celkový rozsah činností dodavatele za vykázané období bylo marginální (obrat celkem cca 2 mil. Kč, dva zaměstnanci, z toho jeden administrativní a jeden na úklidové práce); posouzení podmínek probíhalo i na základě plánu, který zadavatel / vlastník dodavatele může kdykoliv změnit.

Zvlášť se pak řeší otázka způsobilosti výdajů z pohledu 3E: v důsledku aplikace vertikální spolupráce nebyla cena prověřena soutěží; vertikální spolupráce umožnila výběr nekonkurenceschopného dodavatele. Příjemce byl předem upozorněn, že veškeré přepráce či poddodávky zakázky zadané ve vertikální spolupráci

musí jeho vertikální dodavatel zadávat postupy podle ZZVZ, zvlášť pokud se bude jednat o značnou část zakázky (vertikální dodavatel neměl zkušenosti se ZZVZ).

S ohledem na výše uvedené značná rizika nebylo příjemci doporučeno postupovat formou vertikální spolupráce. Příjemce se pro její realizaci přesto rozhodl, aby dosáhl „snížení projektových/ investičních nákladů a provedení stavebních prací v maximální požadované kvalitě“, kterou si mohl jako investor „stoprocentně ohlídat“. Výsledkem je, že si aktuálně projekt po několika prodlouženích termínů dokončení žádá o prodloužení o dalších 21 měsíců.

Objektivně pozitivní přínos vertikální spolupráce jak na straně příjemce/zadavatele, tak kontrolního orgánu byl vysledován pouze tam, kde vertikální dodavatel plnil zakázku zadanou ve vertikální spolupráci zcela, respektive pokud poddodávky činily pouze marginální část (možnost využít § 18 odst. 3 ZZVZ).



Rozhodovací praxe Úřadu k vertikální spolupráci ve VZ

Závěrečné slovo měla Mgr. Iveta Pospíšilíková, která účastníky tematického setkání seznámila s vybranou rozhodovací praxí ÚOHS týkající se vertikální spolupráce ve veřejných zakázkách. Jako první prezentovala rozhodnutí S0083/2020 a R0091/2020 týkající se města Dobříš, jež se zabývala naplněním podmínek použití vertikální spolupráce podle ZZVZ:

» Zadavatel i dodavatel splňovali ostatní podmínky pro použití vertikální spolupráce, problematickým však bylo splnění 80% podílu činnosti prováděné při plnění úkonů svěřených zadavatelem.

» V případě reorganizace činností je potřeba věrohodně doložit splnění podmínek zejména na základě plánů činnosti; k reorganizaci však musí dojít již v době podpisu smlouvy, nestačí pouhé plánování.

» V uvedeném případě zápis zastupitelstva (např. měsíc před uzavřením smlouvy) dokládaly vědomost o tom, že byl podíl činností pro zadavatele v předchozích třech účetních obdobích před uzavřením smlouvy nižší, asi 60%.

» Z plánů činnosti při reorganizaci musí být zřejmé, že bude

80% podíl splněn; musejí existovat konkrétní finanční propočty. Jelikož reorganizace působí do budoucna, musí být jednoznačně dáno, o jaké činnosti a v jakém rozsahu se bude nově jednat a jak se zajistí, že se bude reorganizovaný dodavatel svým novým plánem činnosti řídit.

» K dosažení potřebného podílu činnosti pro aplikaci vertikální spolupráce nelze pověřit dceřinou společností plněním úkolů pro jiné subjekty jakožto samostatné zadavatele, ve kterých nemá pověřující

zadavatel ani majetkovou účast, ani je neovládá (např. jiné obce).

Na příkladu přístavby k budově ZŠ a MŠ Nehvizdy (rozhodnutí S0422/2021) pak bylo prezentováno další porušení podmínek vertikální spolupráce:

» Obviněný představuje dobrovolný svazek obcí, právníckou osobou, jejímiž členy jsou čtyři obce. Dodavatel je vlastněn pouze jednou z těchto obcí, postavení ovládajícího veřejného zadavatele tedy náleželo jen této jedné obci. Obviněný tak neměl na dodavateli žádnou majetkovou účast – tu měla pouze jedna obec, která obviněného tvořila.

» Nemohla být splněna ani podmínka postavení zadavatele z více obcí, neboť ovládající osobou, pro kterou se mělo více než 80% činností provádět, byla pouze jedna z nich.

» Související přestupek řeší rozhodnutí ÚOHS-S0048/2021/VZ, kdy byly obviněným Technické služby Nehvizdy (dodavatel) z důvodu zadání podlimitní veřejné zakázky mimo zadávací řízení.

» I pokud by byl in-house v souladu se zákonem, nesmí docházet k „vyvádění“ veřejných prostředků! ▲

SHRNUTÍ

- **Pravidla vertikální spolupráce vycházejí z dosavadní evropské judikatury a aktuální zákon je poprvé shrnuje komplexně.**
- **Zadavatelem může být pouze veřejný či dotovaný zadavatel. Podmínkou ovládnutí je rozhodující vliv zadavatele na strategické cíle i významná rozhodnutí.**
- **Více než 80% celkové činnosti ovládané osoby musí být prováděno při plnění úkolů svěřených ovládajícím veřejným zadavatelem, ovládajícími zadavateli při společném ovládnutí či jinými ovládanými osobami.**
- **Cílem kontroly vertikální spolupráce je, aby z předložených podkladů vyplývalo, že dodavatel v rámci řádně prokázané vertikální spolupráce splní smlouvu výlučně vlastními silami.**
- **Podmínka zákonem určeného 80% podílu činnosti musí být splněna po celou dobu existence vertikální spolupráce.**