

Zákonné podmínky pro použití in-house výjimky

Podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona o veřejných zakázkách není zadavatel povinen zadávat zakázky, jejichž předmětem je poskytnutí dodávek, služeb či stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, jež vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto zadavatele a ve které má zadavatel výlučná majetková práva. Původ této výjimky vyplývá z rozhodovací praxe Evropského soudního dvora, proto je nutné při jejím výkladu vycházet z relevantní judikatury ESD a striktně respektovat jeho interpretaci. Jaké jsou tedy podmínky pro její aplikaci?

Uvedená výjimka na rozdíl od ostatních ustanovení obsahujících výjimky, na jejichž základě je možné zadávat veřejné zakázky mimo režim zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), zakotvených v § 18 odst. 1 a 2 ZVZ, nemá původ ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „evropská směrnice 2004/18/ES“); nyní již ve směrnici 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, která na komunitární úrovni upravuje postupy pro zadávání veřejných zakázek.

Judikatura ESD ve vztahu k aplikaci in-house výjimky

Prvním judikátem, který se stal i precedentem pro další interpretační judikaturu, byl rozsudek ve věci C-107/98 Teckal Srl. proti

Veřejný zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby. (Např. zákon č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 219/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů.)

Comune di Viano a Azienda Gas Acqua Consorziata AGAC di Reggio Emilia (dále jen „Rozsudek Teckal“), který zakotvil základní pravidla pro aplikaci in-house



**JUDr. Andrea Schelleová,
LL.M., MBA**

Advokátní kancelář
Achour & Hájek

výjimky. V tomto rozsudku ESD dospěl k závěru, že použití zadávacího řízení není potřeba, pokud „místní úřad vykonává nad dotčenou osobou kontrolu obdobnou, jakou vykonává nad svými vlastními organizačními útvary, a pokud zároveň tato osoba vykonává podstatnou část svých činností s kontrolujícím místním úřadem nebo úřady“. Z uvedeného vyplývá základní princip, dle něž soutěž o veřejnou zakázku nemusí podstupovat subjekty, které de facto plní roli organizační složky veřejného zadavatele a pouze z formálního či praktického hlediska mají samostatnou právní subjektivitu.

Rozsudek Teckal taktéž obecně vymezil dvě základní podmínky, které musejí být pro aplikaci dané výjimky kumulativně splněny: (i) kontrola zadavatele nad osobou, které má být veřejná zakázka zadána; a (ii) výkon podstatné části činnosti ve prospěch veřejného zadavatele. Vymezení a samotná aplikace výše uvedených



podmínek byla následně upravena dalšími rozsudky ESD.

Kontrola zadavatele nad osobou, které má být veřejná zakázka zadána

Rozsudkem C-26/03 Stadt Halle bylo ze strany ESD jednoznačně stanoveno, že vlastníkem společnosti (dodavatele), které má být veřejná zakázka na základě výjimky zadána, musí být výlučně veřejný zadavatel a že jakákoliv přítomnost soukromého kapitálu použití výjimky vylučuje. Důvodem je, že účast soukromého subjektu do vztahu vnáší jiné požadavky a zájmy (zaměřené primárně na dosahování zisku) a z podstaty věci vylučuje, aby tento zadavatel mohl vykonávat nad touto společností kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad svými organizačními útvary.

Výše uvedené závěry pak byly upřesněny v rozsudku ESD ze dne 13. 11. 2008, C-324/07, ve věci Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, v jehož rámci bylo uvedeno, že články 43 ES a 49 ES, zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, jakož i povinnost transparentnos-

ti, která z nich vyplývá, nebrání tomu, aby veřejný orgán udělil bez vyhlášení soutěže koncesi na veřejné služby obecní družstevní společnosti s účastí několika obcí, jejímiž členy jsou pouze veřejné orgány, pokud tyto veřejné orgány vykonávají nad touto společ-

Dle rozsudku Coditel je pro použitelnost in-house výjimky rozhodující prvek kontroly zadavatele nad činností dodavatele, přičemž účinná kontrola může být dosažena nejen prostřednictvím majoritní účasti, ale i jiným způsobem, který zadavateli umožňuje rozhodovat o činnosti dodavatele. Kontrola může být vykonávána i společně několika subjekty veřejného práva.

ností kontrolu, která je obdobná kontrole, již vykonávají nad svými vlastními organizačními složkami, a uvedená společnost vykonává většinu své činnosti s těmito veřejnými orgány.

Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10.

2010, č. j. 2 Afs 128/2009-66, jsou z režimu zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve smyslu jeho § 4 odst. 1 písm. k) vyňaty pouze případy, kdy tam uvedená příspěvková organizace nebo státní podnik předmět veřejné zakázky přímo realizují. Nerealizuje-li takový subjekt předmět veřejné zakázky sám (příp. prostřednictvím subjektu stejné kategorie), musí plnění, které je veřejnou zakázkou, sám dále zadávat v zadávacím řízení.

Podle rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-573/07 ze dne 10. 9. 2009 Sea Srl proti Comune di Ponte Nossa články 43 ES a 49 ES, zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, nebrání přímému zadání zakázky na služby akciové společnosti s výhradně veřejnou kapitálovou účastí, pokud samosprávný územní celek, jenž je zadavatelem, vykonává nad touto společností kontrolu, která je obdobná takové kontrole, jakou vykonává nad svými vlastními organizačními složkami, a pokud tato společnost s tímto samosprávným územním celkem nebo celky, jež ji vlastní, uskutečňuje převážnou část své činnosti.

Pokud předkládající soud při ověřování relevance příslušných ustanovení stanov nedospěje k jinému závěru, lze kontrolu vykonávanou samosprávnými územními celky – akcionáři – považovat za kontrolu, která je obdobná kontrole, již tyto celky vykonávají nad vlastními organizačními složkami, a to za takových okolností, jako jsou okolnosti věci v původním řízení, kdy: (i) činnost této společnosti je omezena na území těchto celků a je především vykonávána v jejich prospěch; a (ii) prostřednictvím statutárních orgánů složených ze zástupců těchto celků mají tyto celky rozhodující vliv jak

na strategické cíle, tak na důležitá rozhodnutí této společnosti.

V rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-480/06 ze dne 9. 6. 2009, Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo, Soudní dvůr zejména připomněl, že veřejný orgán může plnit úkoly ve veřejném zájmu, které mu přísluší, svými vlastními prostředky, aniž by byl povinen obrátit se na vnější subjekty nenáležící k jeho organizačním složkám, a že tak může činit také ve spolupráci s jinými veřejnými orgány (viz rozsudek Coditel Brabant, body 48 a 49). Komise ostatně na jednání upřesnila, že kdyby spolupráce, o kterou zde jde, našla svůj výraz v založení veřejnoprávního subjektu, jež by jednotlivé dotčené celky pověřily plněním poslání ve veřejném zájmu spočívajícího v odstraňování odpadů, připustila by, že využívání elektrárny dotčenými Landkreise nespadá do působnosti práva veřejných zakázek. Má však za to, že při neexistenci takového subjektu pro spolupráci mezi obcemi měla být zakázka uzavřená mezi technickými službami města Hamburku a dotčenými Landkreise předmětem nabídkového řízení.

Podle rozsudku ESD ze dne 19. 4. 2007, C-295/05, ve věci Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado, není výzva k účasti v soutěži v souladu se směrnicemi o zadávání veřejných zakázek povinná, i když je druhá smluvní strana entitou právně odlišnou od zadavatele, jestliže jsou splněny dvě podmínky. Jednak veřejný orgán, jenž je zadavatelem, musí nad dotčenou entitou vykonávat kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a jednak tato entita musí uskutečňovat většinu své činnosti



s veřejným orgánem nebo orgány, jež ji vlastní (viz rozsudky Teckal, C-107/98, Recueil, s. I 8121, bod 50; ze dne 11. 1. 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Sb. rozh. s. I 1, bod 49; ze dne 13. 1. 2005, Komise v. Španělsko, C-84/03, Sb. rozh. s. I 139, bod 38; ze dne 10. 11. 2005, Komise v. Rakousko, C-29/04, Sb. rozh. s. I 9705, bod 34, a ze dne 11. 5. 2006, Carbotermo a Con-

orzio Alisei). Pokud jde o druhou podmínku, týkající se skutečnosti, že většina činností musí být prováděna s veřejným orgánem nebo orgány, které tuto společnost vlastní, z judikatury vyplývá, že v případě, že by podnik vlastnilo více veřejných orgánů, může být uvedená podmínka splněna, pokud tento podnik uskutečňuje většinu své činnosti nikoliv nezbytně s jedním z těchto veřejných orgánů, avšak s těmito orgány jako celkem (výše uvedený rozsudek Carbotermo a Consorzio Alisei).

Pokud jde o druhou podmínku, týkající se skutečnosti, že většina činností musí být prováděna s veřejným orgánem nebo orgány, které tuto společnost vlastní, z judikatury vyplývá, že v případě, že by podnik vlastnilo více veřejných orgánů, může být uvedená podmínka splněna, pokud tento podnik uskutečňuje většinu své činnosti nikoliv nezbytně s jedním z těchto veřejných orgánů, avšak s těmito orgány jako celkem (výše uvedený rozsudek Carbotermo

orzio Alisei, C-340/04, Sb. rozh. s. I 4137, bod 33). Je proto třeba zkontrolovat, zda jsou dvě podmínky vyžadované judikaturou uvedenou v předcházejícím bodě splněny.

Pokud jde o první podmínku, týkající se kontroly ze strany veřej-

Jakákoliv přítomnost soukromého kapitálu použití in-house výjimky vylučuje

a Consorzio Alisei, bod 70). Směrnice 92/50, 93/36 a 93/37 nebrání takovému právnímu režimu, jenž umožňuje veřejnému podniku, který jedná v postavení vlastního nástroje a technické služby několika veřejných orgánů, provádět transakce, aniž by podléhaly režimu stanovenému uvedenými směrnici, jestliže jednak dotyčné veřejné orgány vykonávají nad tímto podnikem kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonávají nad vlastními organizačními složkami, a jednak takový podnik uskutečňuje většinu svých činností s těmito veřejnými orgány (viz výše u rozsudku Coditel).

Výkon podstatné části činnosti ve prospěch veřejného zadavatele

Pro aplikovatelnost in-house výjimky je mimo výše uvedené podmínky dále potřeba naplnit požadavek, aby dodavatel vykonával podstatnou (dříve „převážnou“) část své činnosti ve prospěch příslušného veřejného zadavatele. Definice pojmu „převážná část“ byl zakotven zejména v rozsudku ve věci Carbotermo, kde ESD konstatoval, že „[...] pro uplatnění výjimky z působnosti směrnic je tedy nezbytné, aby plnění subjektu ve prospěch

zadavatele byla z podstatné části určena pouze tomuto zadavateli a aby jiná činnost měla pouze marginální (okrajový) charakter“.

Z uvedeného rozsudku vyplývá, že tzv. jiná činnost subjektu musí mít pouze nahodilý charakter, tj. nemělo by se jednat o plánovaně či systematicky vykonávané činnosti, ale pouze o příležitostné aktivity. Z uvede-

Smyslem podmínky spočívající ve výkonu podstatné činnosti pro veřejného zadavatele je zajistit, aby výjimku nebylo možné aplikovat na subjekty, které vykonávají určitou část své činnosti v hospodářské soutěži s ostatními subjekty. Splnění obou výše uvedených podmínek zaručuje, že výjimka in-house bude aplikována pouze na osoby, které se hospodářské soutěže v podstatě neúčastní a svou činností nekonkurují ostatním (soukromoprávním) subjektům zúčastněným na trhu, a nejsou tak přímým zadáváním veřejných zakázek zvýhodněny ve svých činnostech.

ného rozsudku zároveň vyplývá, že nelze stanovit přesné procento činnosti, které subjekt může vykonávat pro třetí osoby (nemělo by se proto aplikovat ani pravidlo ohledně výše obrátu 80 %, jako je to ZVZ stanoveno u přidružených osob k sektorovým zadavatelům). Pro posouzení naplnění této podmínky je vždy nutné vycházet z konkrétních okolností a skutkového stavu v rámci daného subjektu. Na komunitární úrovni byla směrnicí č. 2014/24/EU stanovena horní hranice více než 80 %.

Výše uvedený rozsudek Carbotermo ve svém obsahu zahrnuje ještě další zajímavý závěr, a to že při posuzování rozhodné činnosti je třeba zohlednit veškerou činnost, kterou subjekt uskutečňuje na základě zadání kontrolujícího zadavatele (tj. z jeho vůle) bez ohledu na to, kdo je beneficiem (tj. ať již samotný zadavatel, nebo jiný uživatel plnění).

Závěry plynoucí z relevantních odborných zdrojů

Podle komentáře k ZVZ od Rause a Nerudy z roku 2007 se ZVZ „nepoužije v takových případech, kdy kterýkoli z veřejných zadavatelů podle § 2 odst. 2 zákona si založí nebo jinak zřídí právnickou osobu, případně v ní získá výlučná majetková práva, aniž by ji sám zřizoval, a to v případě, kdy hlavním předmětem činnosti je právě činnost ve prospěch příslušného veřejného zadavatele“.

Podle komentáře od Krutákové, Krutáka z roku 2007 „tato výjimka vylučuje z působnosti zákona tzv. in-house smlouvy (in-house contracts). Veřejný zadavatel nemusí tyto smlouvy zadávat v zadávacím řízení a může je uzavřít přímo s konkrétním subjektem za současného splnění následujících dvou podmínek: (i) tento subjekt vykonává podstatnou (dříve převážnou)



část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele; a (ii) veřejný zadavatel má v tomto subjektu výlučná majetková práva.

Přestože doslovný výklad první podmínky by implikoval, že pojem „převážná“ znamená, více než z 50%, právní teorie považuje za převážnou část činnosti alespoň 80% obratu subjektu.

Tuto výjimku lze aplikovat například v případě, kdy nemocnice (veřejný zadavatel) bude mít zřízení společnost s ručením omezeným, ve které bude jediným společníkem. Tato společnost bude provozovat prádelnu a bude pro nemocnici práť (lůžkoviny, ručníky apod.).

Více než 80% své činnosti bude tato společnost vykonávat ve prospěch této nemocnice. Zbývající část bude práť i pro ostatní (např. soukromé) subjekty. V takovémto případě může nemocnice uzavřít smlouvu na poskytování služeb přímo s danou společností a nemusí postupovat podle zákona o veřejných zakázkách.

Zajímavá je také situace, kdy je daný subjekt vlastněn více veřejnými zadavateli současně, například v případě, kdy čtyři menší

obce založí společnost zabývající se svozem komunálního odpadu, ve které mají každá 25% obchodní podíl, a tato společnost vykonává převážnou část své činnosti ve prospěch těchto čtyř obcí. V takovém případě je třeba, aby smlouvu s danou společností uzavřely všechny

Na komunitární úrovni byla stanovena horní hranice více než 80% pro tzv. podstatnou část činnosti ve prospěch zadavatele.

čtyři obce (jednalo by se o sdružení zadavatelů podle § 2 odst. 8 ZVZ). Všechny čtyři obce by byly na jedné straně smlouvy, společnost zabývající se svozem komunálního odpadu by stála na druhé straně smlouvy. V tomto případě by podle našeho názoru tato smlouva rovněž spadala pod výjimku z působnosti zákona.

Co se týče realizace zakázek právnické osoby, nebude-li schopna sama plnit zakázku, je možné, aby část prováděla prostřednictvím subdodavatele.

Z otázek a odpovědí Ministerstva pro místní rozvoj

(Jedná se o text uveřejněný 20. 1. 2014 na adrese www.portal-vz.cz [cit. 21. 3. 2014].)

Otázka: Lze aplikovat výjimku dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, pokud jde o splnění podmínky výlučného majitele v subjektu dodavatele, pokud zadavatelem je sdružení dvou měst, přičemž tato města mají každé 50% účast v osobě dodavatele?

Odpověď MMR: Ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ stanoví, že veřejný zadavatel není povinen zadávat veřejné zakázky podle

ZVZ, jestliže je jejich předmětem poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a v níž má veřejný zadavatel výlučná majetková práva; veřejný zadavatel má výlučná majetková práva v určité osobě, zejména pokud disponuje sám veškerými hlasovacími právy plynoucími z účasti v takové osobě (typicky se jedná o obchodní společnost) nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby (např. příspěvková organizace). Použití této výjimky se přímo opírá o rozsudky Evropského soudního dvora (C-107/98 a C-26/03).

Veřejný zadavatel, respektive sdružení veřejných zadavatelů, může zadat veřejnou zakázku přímo své organizaci bez realizace zadávacího řízení dle ZVZ, jestliže jsou splněny všechny následující podmínky:

» jedná se o poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací pouze veřejnému zadavateli,



» ve prospěch veřejného zadavatele je vykonávána podstatná část veškeré činnosti (nezbytné z hlediska kvantitativní a kvalitativní aspekt) dané společnosti (dodavatele) a zároveň
» veřejný zadavatel má výlučná majetková práva k dané společnosti (dodavateli), tzn. povinné výlučné vlastnictví 100%.

Jelikož je na sdružení zadavatelů pohlíženo jako na jednoho zadavatele veřejné zakázky, vyplývá z výše uvedeného, že pokud sdružení zadavatelů disponuje výlučnými majetkovými právy k dodavateli (ve vašem případě lze 50% a 50% považovat za 100% výlučné vlastnictví) a zároveň splňuje všechny výše uvedené podmínky, je možné aplikovat výjimku dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ a postupovat mimo režim ZVZ. V případě, že některá z podmínek splněna není, je sdružení zadavatelů povinno zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení dle ZVZ.

Podmínka výlučných majetkových práv

kerými hlasovacími právy v dané osobě nebo pokud příslušná osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a veřejný zadavatel vykonává výlučnou kontrolu nad jejím hospodařením.

V rámci výše uvedeného rozsudku Teckal je zkoumána otázka faktického ovládnutí daného subjektu. Ze závěrů rozsudku pak vyplývá, že není rozhodné, zda je výslovně identifikován „přímý nadřízený“ této osoby, kterému kompetenčně podléhá, nebo se obecně jedná o subjekt řízení a ovládaný veřejnou mocí. Z judikátu ESD C-31/87 ve věci Gebroeders Beetjes BV proti Nizozemskému státu plyne, že stát je chápán především ve funkčním pojetí, tj. zahrnuje všechny subjekty, které provádějí legislativní, výkonnou či soudní moc. Zdali jeho jménem vůči podřízené složce jedná konkrétní útvar, nebývá pro posouzení dané věci relevantní. Primární je především kontrola nad daným subjektem, která musí být obdobná té, jež je ze strany státu vykonávána nad vlastními organizačními složkami. ▲

SHRNUTÍ

V rámci směrnice 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 (účinná od 17. 4. 2014), o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, stojí v čl. 12 odst. 1, že:

1. **zadavatel (zakladatel) ovládá dotčenou právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky;**
2. **více než 80% činnosti ovládané právnické osoby je prováděno při plnění úkolů pro veřejného zadavatele (zakladatele);**
3. **žádný soukromý subjekt nemá v ovládané právnické osobě přímou kapitálovou účast.**

Pro aplikaci in-house výjimky musí být kumulativně splněny následující podmínky:

- **zadavatel musí být veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 ZVZ;**
- **veřejný zadavatel má v osobě, které hodlá veřejnou zakázku zadat mimo režim ZVZ, výlučná majetková práva; a**
- **příslušná osoba vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele.**

