



PRÁVNÍ ANALÝZA

**Aplikace výjimky „in house“
- zadání projektu e-Sbírka a e-Legislativa
České poště, s.p., Odštěpnému závodu, ICT služby**

Klient:

Česká republika - Ministerstvo vnitra
Nad štolou 936/3, 170 34 Praha 7
IČO: 00007064

Vypracovala:

MT Legal s.r.o., advokátní kancelář
Karoliny Světlé 25, 110 00 Praha 1
Jakubská 121/1, 602 00 Brno
Bukovanského 1345/30, 710 00 Ostrava
Mgr. Tomáš Machurek, Mgr. Filip Krumbholc

Datum:

21. února 2013

Obsah

A.	ÚVOD A ZADÁNÍ	3
B.	SKUTKOVÝ STAV	6
C.	PRÁVNÍ ANALÝZA	11
D.	SHRNUTÍ, ZÁVĚRY	31
E.	VÝHRADY	35
F.	POUŽITÉ PRAMENY	36
	O společnosti MT Legal	36

A. ÚVOD A ZADÁNÍ

Česká republika – Ministerstvo vnitra (dále jen „*Klient*“) pověřila smlouvou ze dne 11. 2. 2013 společnost **MT Legal s.r.o., advokátní kancelář** (dále jen „*Poradce*“) zpracováním této právní analýzy.

Klient má zájem na posouzení otázky právního výkladu tzv. „in-house“ výjimky, tj. výjimky dle ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „*ZVZ*“), s ohledem na úmysl Klienta zadat realizaci projektů **e-Sbírka** a **e-Legislativa** České pošty, s.p., Odštěpnému závodu, ICT služby, a dále v rámci „in-house zadávání“ využít uvedenou organizační složku České pošty, s.p., i jinými organizačními složkami státu. Klient v průběhu zpracování této analýzy dále rozšířil svůj požadavek rovněž na posouzení otázky využití tzv. „in-house“ výjimky ve vztahu k pravidlům pro zadávání veřejných zakázek v prostředí Integrovaného operačního programu (dále jen „*IOP*“), v jehož rámci mají být oba uvedené projekty realizovány.

V kontextu s obsahem níže uvedené právní analýzy je potřeba blíže zmínit samotný účel vypracování této analýzy. Účelem je především poskytnutí materiálu podávajícího právní oporu Klientovi při využití uvedených služeb v rámci výjimky „in-house“. Z výše uvedeného důvodu považuje Poradce za vhodné dále v této úvodní části uvést stručné informace o Klientovi převzaté z veřejně dostupných zdrojů a z Klientem poskytnutých podkladů týkajících se jeho kompetencí a o důvodech zřízení České pošty, s.p., Odštěpného závodu, ICT služby. V rámci této analýzy jsou záměrně pro účely prezentace právního názoru Poradce uváděny dílčí závěry k jednotlivým právním skutečnostem a na konci analýzy celkové shrnutí. Tyto dílčí závěry a celkové shrnutí slouží k rychlejšímu seznámení se se závěry analýzy.

Klient je zakladatelem České pošty, s.p. Za účelem poskytování vybraných IT/ICT služeb vznikl, v souladu s usnesením vlády č. 224 ze dne 4. dubna 2012, Odštěpný závod, ICT služby. Předmětem jeho činnosti je mj. zajištění Centrálního místa služeb a poskytování veřejných ICT služeb pro orgány státní (veřejné) správy, to vše za účelem zefektivnění výkonu služeb veřejné správy prostřednictvím moderních informačních a komunikačních technologií. Pro úspěšnou tvorbu krizové infrastruktury s vysokou mírou spolehlivosti v mimořádných situacích je nezbytné zachovat přímou kontrolu státu nad touto infrastrukturou, a to z důvodu zajištění bezpečnosti státu a ochrany utajovaných informací. Obdobným způsobem, jakým v roce 2008 uzavřel Klient s Českou poštou, s.p. „Základní rámcovou smlouvu o zajištění komunikační podpory pro Ministerstvo vnitra a jím určené orgány resp. organizace“, bude na Českou poštu, s.p., na základě tzv. „in-house“ výjimky převedena realizace páteřních programů a projektů kritické infrastruktury státu, a to Integrovaná telekomunikační síť Ministerstva vnitra (taktéž označována jen jako „*ITS*“), Jednotná úroveň informačních systémů operačního řízení a modernizace technologií pro

příjem tísňového volání základních složek integrovaného záchranného systému (taktéž označována jen jako „IS IZS“) a Centrální místo služeb (taktéž označováno jen jako „CMS“).

Výklad jednotlivých zákonných ustanovení a závěrů uvedených v analýze je proto třeba vztahovat na samotný účel a smysl zřízení České pošty, s.p., Odštěpného závodu, ICT služby, dle uvedeného záměru Klienta.

Pro účely zpracování této právní analýzy Klient poskytl Poradci následující podklady:

- Harmonogram projektu e-Sbírka a e-Legislativa;
- e-Sbírka a e-Legislativa - aktualizace 2012 - Popis technického, časového, nákladového řešení;
- Prezentace - Technické řešení elektronické Sbírky zákonů a mezinárodních smluv (e-Sbírka) a elektronického legislativního procesu (e-Legislativa);
- Dílčí zadávací podmínky a související dokumenty k soutěži o návrh s názvem „ARCHITEKTURA PROJEKTU E-SBÍRKA A E-LEGISLATIVA“;
- Usnesení Vlády České republiky č. 224 ze dne 4. 4. 2012;
- Připomínky předsedy ÚOHS k materiálu „Informace o zajištění vybraných ICT služeb využívaných státní správou“, č.j. ÚOHS-3441/2012/610/LRy, ze dne 22. února 2012;
- Připomínky předsedy ÚOHS k vypořádání připomínek ÚOHS k materiálu „Informace o zajištění vybraných ICT služeb využívaných státní správou“, č.j. ÚOHS-5409/2012/610/VPe, ze dne 19. března 2012;
- Sdělení předsedy ÚOHS č.j. ÚOHS-6521/2012/500/MKo ve věci připomínek ÚOHS k materiálu „Informace o zajištění vybraných ICT služeb využívaných státní správou“ – shrnutí výsledku osobního jednání ze dne 3. dubna 2012;
- Vyjádření náměstka ministra vnitra pro informační technologie a eGovernment, JUDr. Radka Šmerdy, č.j. MV-55359-1/NS-2012 ze dne 14. května 2012,
- Pracovní verze návrhu opatření pro zajištění právního a strukturálního oddělení specializovaného odštěpného závodu od ostatních činností v rámci České pošty, s.p.;

- Stanovisko předsedy ÚOHS č.j. ÚOHS-9575/610/LRy, ze dne 29. června 2012;
- Vyjádření náměstka ministra vnitra pro informační technologie a eGovernment, JUDr. Radka Šmerdy, č.j.: MV-77441-1/NS-2012 z 12. července 2012;
- Sdělení předsedy ÚOHS k vypořádání připomínek ÚOHS – ke změně organizačního řádu České pošty, s.p., a k zakládací listině a statutu České pošty, s.p., č.j. ÚOHS-14010/2012/330/JHv, ze dne 27. července 2012;
- Zakládací listina státního podniku Česká pošta, s.p.;
- Statut státního podniku Česká pošta, s.p., ve znění dodatku č. 1 ze dne 5. 12. 2007 a dodatku č. 2 ze dne 8. 11. 2012;
- Organizační řád České pošty, s.p., verze 4.1 ze dne 12. 10. 2012.

Ust. § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ:

„Zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky, jestliže jejich předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které 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, nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby.“

Statut státního podniku Česká pošta, s.p. ve znění dodatku č. 1 ze dne 5. 12. 2007 a dodatku č. 2 ze dne 8. 11. 2012 (relevantní ustanovení):

Čl. II. Česká pošta je státním podnikem založeným na dobu neurčitou podle zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku v platném znění. Česká pošta je nositelem právní subjektivity, provozuje podnikatelskou činnost s majetkem státu vlastním jménem a na vlastní odpovědnost. S tímto majetkem má právo hospodařit. Zakladatelem České pošty je Ministerstvo vnitra. Vnitřní členění České pošty stanoví organizační řád České pošty. Česká pošta se zapisuje do obchodního rejstříku. Činnost České pošty se řídí především zákonem č. 29/2000 Sb., o poštovních službách, a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), v platném znění, zákonem č. 77/1997 Sb., o státním podniku, v platném znění, zakládací listinou státního podniku Česká pošta, rozhodovacími akty zakladatele, schvalovacími akty dozorčí rady a řídicími akty generálního ředitele.

Čl. III. Česká pošta poskytuje poštovní služby podle poštovního závazku stanoveného na základě § 20 zákona č. 29/2000 Sb., o poštovních službách, v platném znění.

Čl. V. Orgány České pošty jsou generální ředitel a dozorčí rada. Generální ředitel České pošty vydává organizační řád České pošty a další interní řídicí akty. Dozorčí rada České pošty vykonává působnost v rozsahu stanoveném zákonem č. 77/1997 Sb., o státním podniku, v platném znění, a rozhodovacím aktem zakladatele. Dozorčí rada je tvořena 12 fyzickými osobami, z nichž 8 jmenuje a odvolává zakladatel, 4 jsou voleni a odvoláváni zaměstnanci České pošty.

Čl. VII. Česká pošta v rámci své činnosti zajišťuje poskytování vybraných dodávek a služeb informačních a telekomunikačních technologií státní správě, jejichž poskytování bylo České poště zadáno bez využití zadávacího řízení na základě výjimky pro tzv. interní zadávání dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, a to v souladu s usnesením vlády č. 224/2012 ze dne 4. dubna 2012 k Informaci o zajištění vybraných služeb informačních a komunikačních technologií využívaných státní správou. Veřejné ICT služby typově spočívají zejména

v činnostech, jež jsou v zakládací listině České pošty, části „Předmět podnikání“, označeny jako provoz, podpora a rozvoj kritické komunikační infrastruktury státu, včetně CMS, zejména dle zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů a zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, provoz, dodávka a rozvoj systémů informačních a komunikačních technologií, které nakládají s citlivými daty nebo utajovanými informacemi, včetně datových registrů a datových skladů, dodávka, rozvoj a provoz systémů informačních a komunikačních technologií a souvisejících služeb, včetně infrastruktury, která se využívá při plnění úkolů státní (veřejné) správy.

V souladu se zakládací listinou jsou v rámci České pošty přijata a naplňována taková účinná vnitřní opatření, aby veřejné ICT služby byly prováděny ve zvláštním režimu tak, aby byly po věcné, personální, materiální, finanční, organizační a funkční stránce odděleny od ostatních činností vykonávaných státním podnikem Česká pošta, zejména činností poštovního a jiného komerčního charakteru. Za tímto účelem je zřízen Rozhodnutím generálního ředitele České pošty ze dne 27.4.2012 (RO-100/2012/GŘ) odštěpný závod České pošty nazvaný Česká pošta, s.p., Odštěpný závod ICT služby. Zmíněnými opatřeními je zajištěno fungování a hospodaření státního podniku Česká pošta takovým způsobem, aby bylo důsledně zamezeno křížovému financování či jakémukoliv jinému zvýhodňování poštovních a dalších služeb komerčního charakteru, které Česká pošta poskytuje v hospodářské soutěži s jinými subjekty, z příjmů plynoucích z veřejných ICT služeb.

Organizační řád České pošty, s.p., verze 4.1 – Příloha č. 1: Princip oddělení odštěpného závodu od dalších činností ČP (vybraná ustanovení):

Čl. 2 odst. (11) Rozhodnutím generálního ředitele ČP ze dne 27.4.2012 (RO-100/2012/GŘ) byl zřízen odštěpný závod ČP za účelem poskytování vybraných služeb informačních a telekomunikačních technologií České republiky v rozsahu uvedeném v zakládací listině, části „Režim poskytování vybraných služeb informačních a telekomunikačních technologií České republiky, jejichž poskytování bylo České poště, s.p. zadáno bez využití zadávacího řízení na základě výjimky pro tzv. interní zadávání dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách“ (dále jen „veřejné ICT služby“), nazvaný Česká pošta, s.p., Odštěpný závod ICT služby (dál jen „Odštěpný závod ICT služby“). V čele Odštěpného závodu ICT služby stojí vedoucí ve funkci ředitele odštěpného závodu, který je zapsán do obchodního rejstříku.

Čl. 1. Přílohy č. 1 Rozhodnutím generálního ředitele ČP ze dne 27.4.2012 byl zřízen odštěpný závod ČP za účelem poskytování vybraných veřejných ICT služeb výhradně pro Českou republiku. Odštěpný závod ICT služby není ve vztahu k jiným dodávkám a službám než vybraným veřejným ICT oprávněn vstupovat do hospodářské soutěže s jinými soutěžiteli. V souladu se zásadami zakotvenými v zakládací listině a ve statutu ČP se v rámci činnosti odštěpného závodu a ve vztazích mezi odštěpným závodem a dalšími složkami ČP uplatňují pravidla zajišťující, aby byly činnosti odštěpného závodu (poskytování veřejných ICT služeb) po věcné, personální, materiální, finanční, organizační a funkční stránce odděleny od ostatních činností vykonávaných ČP, zejména činností

poštovního a jiného komerčního charakteru. Zmíněnými opatřeními je zajištěno fungování ČP a jeho hospodaření takovým způsobem, aby bylo důsledně zamezeno křížovému financování či jakémukoli jinému zvýhodňování poštovních a dalších služeb komerčního charakteru, které Česká pošta poskytuje v hospodářské soutěži s jinými subjekty, z příjmů plynoucích z činností vykonávaných odštěpným závodem. Za shora uvedeným účelem je rozhodnutím generálního ředitele ČP prováděno vyčlenění majetku, zaměstnanců a jiných zdrojů, jež jsou přiřazeny výhradně odštěpnému závodu. Zmíněné vyčlenění provádí generální ředitel ČP takovým způsobem, aby odštěpný závod byl objektivně schopen vlastními zdroji zajišťovat poskytování příslušných ICT dodávek a služeb pro státní správu v souladu se stanovenými funkčními a kvalitativními parametry dle příslušných smluv se složkami státní správy zúčastněnými na projektu. Zmíněné vyčlenění se provádí postupně, tj. jednotlivé zdroje (včetně personálních) jsou do odštěpného závodu zařazovány průběžně v závislosti na stupni vývoje projektu a zdůvodněných potřebách odštěpného závodu. Zmíněné vyčlenění majetku je promítnuto do účetnictví v souladu s obecně závaznými předpisy a mezinárodně uznávanými účetními standardy. Vedoucí zaměstnanci ČP se nesmí podílet na vedení a činnosti odštěpného závodu, ani nesmí řediteli odštěpného závodu udělovat pokyny, instrukce či zadání související s poskytováním veřejných ICT služeb.

Zakládací listina státního podniku Česká pošta, s.p. - Režim poskytování vybraných dodávek a služeb informačních a telekomunikačních technologií České republiky, jejichž poskytování bylo České poště, s.p., zadáno bez využití zadávacího řízení zejména na základě výjimky pro tzv. interní zadávání dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (vybraná ustanovení):

Ve vztahu k vybraným dodávkám a službám informačních a telekomunikačních technologií České republiky, jejichž poskytování bylo České poště, s.p., zadáno bez využití zadávacího řízení zejména na základě výjimky pro tzv. interní zadávání dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souladu s usnesením vlády České republiky ze dne 4. dubna 2012 č. 224 k Informaci o zajištění vybraných služeb informačních a komunikačních technologií využívaných státní správou, jsou v rámci České pošty, s.p., na všech relevantních úrovních řízení přijata a implementována taková účinná a vnitřně závazná opatření, aby v této části zmíněné činnosti byly po celou dobu jejich realizace prováděny ve zvláštním režimu tak, aby byly po věcné, personální, materiální, finanční, organizační a funkční stránce důsledně odděleny od ostatních činností vykonávaných státním podnikem Česká pošta, s.p., zejména od činností poštovního a jiného komerčního charakteru. Za tímto účelem je zřízen Rozhodnutím generálního ředitele České pošty, s.p., ze dne 27.4.2012 (RO-100/2012/GŘ) odštěpný závod České pošty, s.p., nazvaný Česká pošta, s.p., Odštěpný závod ICT služby. Opatření zmíněná v předchozím odstavci jsou provedena a uplatňována takovým způsobem, aby bylo důsledně zamezeno křížovému financování či jakémukoli jinému zvýhodňování poštovních a dalších služeb komerčního charakteru, které Česká pošta, s.p., poskytuje v hospodářské soutěži s jinými subjekty, z příjmů plynoucích z činností vymezených v této části zakládací listiny. Za přijetí opatření dle této části zakládací listiny, jejich udržování v platnosti,

naplňování a kontrolu jejich efektivity z hlediska naplňování cílů uvedených v předchozím odstavci odpovídá statutární orgán České pošty, s.p. Činnosti vymezené v této části zakládací listiny jsou ze strany České pošty, s.p., vykonávány výhradně pro Českou republiku.

S ohledem na výše citované části základních dokumentů České pošty, s.p., vychází Poradce pro účely zpracování této právní analýzy z premisy (posouzení této skutečnosti není předmětem této analýzy a je proto brána jako daný a výchozí fakt), že Odštěpný závod ICT služby (dále jen „OZ ICT“) je mj. i pro účely zadávání veřejných zakázek vnímán jako samostatný subjekt (z pohledu zaměření této analýzy jako samostatný dodavatel) v autonomním postavení vůči České poště, s.p. Z citovaných částí Statutu, Zakládací listiny, jakož i z Organizačního řádu České pošty, s.p., vyplývá, že tohoto samostatného postavení OZ ICT má být dosahováno prostřednictvím souboru opatření, která mají zajistit po věcné, personální, materiální, finanční, organizační a funkční stránce důsledné oddělení OZ ICT od ostatních činností vykonávaných státním podnikem Česká pošta, s.p., zejména pak od činností vykonávaných komerčním způsobem.

Jak vyplývá z korespondence Klienta s předsedou Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jejíž seznam je uveden v části A. analýzy, Klient přistoupil k úpravě posledně jmenovaných základních dokumentů České pošty, s.p., zejména na základě průběžných konzultací a připomínek předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (pro účely této analýzy též jen jako „ÚOHS“), v nichž byla pojmenována rizika a nutnost jejich odstranění formou konkrétních opatření a postupů, aby bylo možno v teoretické rovině uvažovat o aplikaci výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ vůči OZ ICT.

. Předmětem této právní analýzy není a ani nemůže být posouzení a ověření skutečnosti, zda personální, organizační, materiální, finanční a účetní a další nezbytné oddělení OZ ICT od České pošty, s.p. je či není fakticky realizováno (naplňováno) způsobem tak, aby bylo možné učinit bez dalšího závěr, že v případě OZ ICT jde o samostatný subjekt existenčně oddělený od České pošty, s.p. jako celku, a že na OZ ICT tedy lze nahlížet jako na samostatný subjekt. Poradce při zpracování této právní analýzy proto vychází z premisy (předpokladu, který není předmětem jeho posouzení), že OZ ICT je možno za samostatný subjekt považovat, přičemž tuto premisu (předpoklad) opírá o uvedené základní dokumenty poskytnuté Klientem.

Souvisejícím a pro zpracování této analýzy neméně podstatným dalším prvkem, z něhož Poradce vychází, je **předpoklad, že OZ ICT vykonává ve smyslu níže uvedeném podstatnou část své činnosti ve prospěch Klienta, resp. organizačních složek státu.** Poradce přitom vychází z tvrzení, která jsou obsažena ve Statutu a Zakládací listině České pošty, s.p., ve kterých se uvádí, že v rámci České pošty, s.p., jsou přijata a naplňována taková účinná vnitřní opatření, aby veřejné ICT služby byly prováděny ve zvláštním režimu tak, aby byly po věcné, personální, materiální, finanční, organizační a funkční stránce odděleny od

ostatních činností vykonávaných státním podnikem Česká pošta, zejména činností poštovního a jiného komerčního charakteru. Za tímto účelem je zřízen Rozhodnutím generálního ředitele České pošty ze dne 27.4.2012 (RO-100/2012/GŘ) odštěpný závod České pošty nazvaný Česká pošta, s.p., Odštěpný závod ICT služby. Účelem těchto opatření je dle uvedeného ustanovení zajištění fungování a hospodaření státního podniku Česká pošta takovým způsobem, aby bylo důsledně zamezeno křížovému financování či jakémukoliv jinému zvýhodňování poštovních a dalších služeb komerčního charakteru, které Česká pošta poskytuje v hospodářské soutěži s jinými subjekty, z příjmů plynoucích z veřejných ICT služeb.

Předmětem této analýzy není rovněž bližší zkoumání naplňování uvedených opatření a Poradce se tak při formulaci níže uvedených závěrů opírá o premisu, že OZ ICT skutečně vykonává podstatnou část své činnosti ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ pro Klienta, resp. další organizační složky státu.

Předmětem této analýzy je posouzení možnosti aplikace výjimky in-house¹ na veřejné zakázky zadávané „in-house dodavateli“ OZ ICT, a to s ohledem na úmysl Klienta zadat jmenovanému subjektu realizaci projektů e-Sbírka a e-Legislativa na základě výjimky z režimu obecného ZVZ. Jedná se konkrétně o výjimku upravenou v ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Uvedené ustanovení umožňuje za určitých podmínek přímé zadávání veřejných zakázek veřejným zadavatelem subjektu, který je vůči tomuto zadavateli ve specifickém „in house“ vztahu (tzv. „in-house dodavatel“).

Tato analýza přináší rovněž odpověď na otázku, za jakých podmínek lze uvažovat o in-house zadávání subjektu OZ ICT, půjde-li obecně o veřejné zakázky v rámci výkonu vybraných služeb informačních a komunikačních technologií ze strany úřadů státní správy či dalších funkčních složek České republiky.

Analýza zahrnuje jak obecný rozbor možností a rozsahu využití uvedené výjimky, tak je současně akcentováno konkrétní postavení OZ ICT a problematika jeho právního statusu jako „in-house dodavatele“ ve vztahu k České republice.

Úvodem je nutno předeslat, že jakákoli výjimka z povinnosti zadávat veřejné zakázky v hospodářské soutěži, tedy včetně výjimky interního (in-house) zadávání, musí být vykládána vždy restriktivně. Pro uplatnění in-house výjimky nelze stanovit jednoduché, univerzální aplikační pravidlo; splnění striktních zákonných podmínek pro využívání interního zadávání musí být vždy posuzováno případ od případu, a to ve světle naplnění níže popsanych atributů.

C.1 OBECNÉ PODMÍNKY PRO VYUŽITÍ VÝJIMKY IN-HOUSE

Jak bylo uvedeno, ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ stanoví, že veřejný zadavatel není povinen zadávat v režimu ZVZ veřejné zakázky, „jejichž předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací veřejnému zadavateli osobou, která vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele a ve které 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 nebo pokud taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a výlučně veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad hospodařením takové osoby.“

Uvedená výjimka, na rozdíl od ostatních ustanovení § 18 odst. 1 a 2 ZVZ, nemá svůj původ v evropské zadávací směrnici 2004/18/ES,² která na komunitární úrovni upravuje

¹ Někdy též označovaná jako výjimka pro interní zadávání.

² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

postupy pro zadávání veřejných zakázek. Původ této zákonné výjimky plyne z rozhodovací praxe tehdejšího Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“ - dnes Soudní dvůr Evropské unie). Výklad této výjimky proto musí být nezbytně založen právě na relevantních rozhodnutích ESD a musí respektovat postupný vývoj v její interpretaci.

C.1.1 VÝJIMKA IN-HOUSE V JUDIKATUŘE ESD

Prvním rozhodnutím ESD, v němž ESD byla výjimka in-house formulována, je rozsudek ve věci **C-107/98 Teckal Srl.** proti Comune di Viano a Azienda Gas Acqua Consorziale AGAC di Reggio Emilia. V tomto rozsudku ESD dospěl k závěru, že použití zadávacího řízení není třeba, 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“.

V rámci uvedeného rozhodnutí tedy ESD zakotvil obecný 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.

S odkazem na předpoklad uvedený v části B. analýzy by tímto samostatným subjektem mohl být OZ ICT, u něhož Klient vytváří podmínky pro naplňování úkolů a potřeb státní správy (České republiky) zejména v oblasti výkonu služeb informačních a komunikačních technologií, aniž by ovšem OZ ICT formoval jako organizační složku státu, ale jako subjekt, který má podstatnou část své činnosti v rozsahu jmenovaných služeb poskytovat výlučně subjektům státní správy.

Rozsudek *Teckal* zároveň obecně vymezil dvě základní podmínky, které musí být pro aplikaci dané výjimky kumulativně splněny:

- a) kontrola zadavatele nad osobou, které má být veřejná zakázka zadána;
- b) výkon podstatné části činnosti ve prospěch veřejného zadavatele.

Konkrétní aspekty obou podmínek byly následně podrobněji vymezeny a rozebrány dalšími rozsudky ESD, z nichž mezi nejvýznamnější patří rozsudky **C-26/03 Stadt Halle** a RPL Lochau proti TREA Leuna, **C-458/03 Parking Brixen** GmbH proti Gemeinde Brixen a Stadtwerke Brixen, **C-340/04 Carbotermo SpA** a Consorzio Alisei proti Comune di Busto Arsizio a AGESP SpA, **C-295/05** Asociación Nacional de Empresas Forestales (*Asemfo*) proti Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado. a **C-324/07 Coditel** Brabant SA proti Commune d'Uccle.

Ad a) Kontrola zadavatele

Rozsudkem ve věci *Stadt Halle* tehdejší ESD jednoznačně stanovil, že vlastníkem společnosti (dodavatele), které má být veřejná zakázka na základě výjimky zadána, musí být

výlučně veřejný zadavatel, a že jakákoli (byť minimální) přítomnost soukromého kapitálu použití výjimky vylučuje.

Citovaný závěr byl odůvodněn tak, že vztah mezi veřejnoprávním subjektem, který je zadavatelem, a jeho vlastními organizačními složkami se řídí úvahami a požadavky specifickými při dosahování veřejného zájmu. 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.

Při jakékoli, byť sebemenší, účasti soukromého kapitálu v osobě dodavatele proto nelze zadávat veřejné zakázky bez zadávacího řízení na základě této výjimky.

Rozhodnutím ve věci *Coditel* pak ESD upřesnil, že je možné, aby kontrolu nad danou osobou vykonávalo několik subjektů veřejné správy společně. Dle tohoto rozsudku je nutné, aby kontrola nad ovládanou osobou byla účinná, ale není nezbytné, aby byla individuální – bude se jednat zejména o případy, kdy se několik zadavatelů rozhodne zajišťovat určité služby prostřednictvím společně kontrolované instituce.

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

ESD tak prostřednictvím své rozhodovací praxe v podstatě učinil výjimku z tehdejšího obecného pravidla ukládajícího, že každé plnění, na které je mezi zadavatelem a dodavatelem uzavírána smlouva, podléhá zadávacímu režimu; současně ESD dovodil, že mezi zadavatelem a „in-house dodavatelem“ smlouva *de facto* uzavřena není, neboť mezi oběma subjekty existuje natolik úzké propojení, že fakticky fungují jako subjekt jeden. To znamená, že ESD považuje situaci, v níž jsou splněny podmínky pro aplikaci in-house výjimky (tj. výlučná majetková účast umožňující kontrolu ze strany zadavatele a výkon převážné části činnosti ve prospěch kontrolujícího zadavatele), za případ, kdy v důsledku nadřízené kontroly „in-houseový dodavatel“ nevyjadřuje svou vlastní vůli.

Jak vyplývá z obsahu Statutu České pošty, s.p., jehož má být OZ ICT samostatnou složkou, Česká pošta je státním podnikem založeným na dobu neurčitou podle zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, v platném znění. Česká pošta je nositelem právní subjektivity, provozuje podnikatelskou činnost **s majetkem státu vlastním jménem a na vlastní odpovědnost.** S tímto majetkem má právo hospodařit. **Zakladatelem České pošty je Ministerstvo vnitra,** tedy Česká republika.

Orgány České pošty jsou **generální ředitel** a **dozorčí rada**, přičemž generální ředitel České pošty je jmenován a odvoláván ministrem vnitra; dozorčí rada České pošty je tvořena

12 fyzickými osobami, z nichž 8 jmenuje a odvolává zakladatel, 4 jsou voleni a odvolávání zaměstnanci České pošty. Jak dále vyplývá z Organizačního řádu České pošty, s.p., v čele OZ ICT stojí **ředitel odštěpného závodu**, který je do své funkce jmenován generálním ředitelem České pošty a odpovídá v rámci řídicí struktury České pošty pouze generálnímu řediteli.

Z uvedených skutečností a při zachování premis uvedených v části B. analýzy lze konstatovat, že zákonná podmínka kontroly veřejného zadavatele (Klienta) nad OZ ICT je splněna, když tento subjekt hospodář s majetkem státu, a stát (Klient) Českou poštu, včetně OZ ICT ovládá prostřednictvím personálního obsazení řídicích orgánů.

Pro úplnost je třeba připomenout rovněž rozsudek C-29/04 *Komise proti Rakouské republice*, v němž se ESD zabýval otázkou, zda je možné připustit situaci, kdy v době zadání veřejné zakázky je dodavatel 100 % dceřinou společností zadavatele a až následně je určitá část obchodního podílu (v souzeném případě 49 %) převedena na soukromou osobu. Předmětem přezkumu ESD byl postup zadavatele, který nejprve s využitím in-house výjimky pověřil svou dceřinou společností výhradní činností (sběrem odpadu) na dobu neurčitou a následně převedl část obchodního podílu na soukromý subjekt.

V uvedeném případě ESD konstatoval, že obecně je sice třeba zkoumat splnění podmínek existujících ke dni zadání veřejné zakázky, avšak při posuzování oprávněnosti postupu zadavatele je zároveň nutné přihlížet i k událostem, k nimž došlo později. V konkrétním případě ESD posoudil následný převod obchodního podílu jako účelový a postup zadavatele tedy shledal neoprávněným. Obdobným způsobem by tedy zřejmě bylo třeba pohlížet na další případy, kdy po zadání zakázky dojde na straně dodavatele ke změně, která by aplikaci výjimky vylučovala (např. k přeměně příspěvkové organizace na obchodní společnost s následným vstupem soukromého kapitálu).

Ad b) Výkon podstatné části činnosti

Pro aplikovatelnost výjimky in-house je dále nutné splnění požadavku, aby příslušný dodavatel vykonával podstatnou část své činnosti pro příslušného veřejného zadavatele.

Obsah uvedeného pojmu byl upřesněn především prostřednictvím rozsudku ve věci *Carbotermo*. Zde ESD, mimo jiné, uvedl, 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 jakákoliv jiná činnost měla pouze marginální (okrajový) charakter.“

Citovaný výrok ESD lze vyložit tak, že „jiná činnost“ subjektu musí mít v podstatě nahodilý charakter, tj. nemělo by se jednat o plánovaně či systematicky vykonávané činnosti, ale v zásadě o příležitostné aktivity, kterými subjekt například využije svoji aktuálně volnou kapacitu. Z uvedeného rozsudku zároveň vyplývá, že nelze stanovit přesné procento

činnosti, které subjekt může vykonávat pro třetí osoby (nelze tedy aplikovat výši obrátu 80 % jako v případě zadávání přidružené osobě sektorovými zadavateli). Při posouzení splnění této podmínky tak je třeba vždy vycházet z konkrétních okolností, přičemž musí být vzaty do úvahy nejen kvantitativní, ale rovněž kvalitativní skutečnosti.

Za pozornost pak stojí rovněž další závěr plynoucí z rozsudku *Carbotermo*, a to sice skutečnost, že při posuzování rozhodné činnosti je třeba zohlednit veškerou činnost, kterou subjekt uskutečňuje na základě zadání kontrolujícího (zadávacího) zadavatele (tedy z vůle tohoto zadavatele) bez ohledu na to, kdo je beneficentem, ať již tento zadavatel nebo jiní uživatelé plnění.

Za činnost realizovanou „ve prospěch zadavatele“ je ve světle tohoto rozsudku třeba pokládat i činnost vykonávanou např. pro veřejnost (či jinak vymezené uživatele služeb), a to dokonce i v případě, že tito uživatelé poskytované služby dodavateli hradí. Rozhodující je výhradně to, zda je činnost vykonávána na popud (resp. na základě zadání) ze strany příslušného zadavatele.

V případě, že výlučná majetková práva v dodavateli náleží několika veřejným zadavatelům, pak platí, že dodavatel musí požadavek na podstatnou část činnosti (ve výše uvedeném smyslu) splňovat vůči všem těmto veřejným zadavatelům v souhrnu, tj. musí vykonávat v podstatě veškerou svou činnost ve prospěch těchto zadavatelů (rozsudek ve věci *Asemfo*).

Smyslem podmínky spočívající ve výkonu podstatné části 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 jiných činnostech.

Splnění podmínky pro uplatnění výjimky je tedy možné pouze za předpokladu, že hlavním předmětem činnosti dodavatele je činnost pro veřejného zadavatele a jakákoli jiná činnost má pouze nahodilý charakter a dodavatel ji vykonává jen výjimečně.

Jak vyplývá z usnesení Vlády ČR č. 224 ze dne 4. dubna 2012, došlo ke změně Zakládací listiny České pošty, s.p., spočívající v rozšíření předmětu činnosti České pošty o výkon vybraných služeb, zejména služeb informačních a komunikačních technologií využívaných státní správou. V rámci uvedené Zakládací listiny tak došlo k rozšíření hlavního předmětu podnikání o dodávky, rozvoj a provoz systémů informačních a komunikačních technologií a souvisejících služeb, včetně infrastruktury, která se využívá při plnění úkolů státní (veřejné) správy. Ve vztahu k vybraným dodávkám a službám informačních a telekomunikačních technologií České republiky, jejichž poskytování bylo

České pošty, s.p., zadáno bez využití zadávacího řízení (zejména na základě výjimky pro tzv. interní zadávání dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, a to v souladu s usnesením vlády České republiky ze dne 4. dubna 2012 č. 224 k Informaci o zajištění vybraných služeb informačních a komunikačních technologií využívaných státní správou), jsou v rámci České pošty, s.p., na všech relevantních úrovních řízení přijata a implementována taková účinná a vnitřně závazná opatření, aby zmíněné činnosti byly po celou dobu jejich realizace prováděny ve zvláštním režimu tak, aby byly po věcné, personální, materiální, finanční, organizační a funkční stránce důsledně odděleny od ostatních činností vykonávaných státním podnikem Česká pošta, s.p., zejména od činností poštovního a jiného komerčního charakteru. Za tímto účelem byl zřízen Rozhodnutím generálního ředitele České pošty, s.p., ze dne 27.4.2012 (RO-100/2012/GŘ) OZ ICT.

Citovaná vnitřní opatření jsou dle uvedených ustanovení a dle tvrzení Klienta, které bere Poradce jako premisy pro zpracování této analýzy, provedena a uplatňována takovým způsobem, aby bylo důsledně zamezeno křížovému financování či jakémukoliv jinému zvýhodňování poštovních a dalších služeb komerčního charakteru, které Česká pošta, s.p., poskytuje v hospodářské soutěži s jinými subjekty, z příjmů plynoucích z činností vymezených v této části Zakládací listiny.

Při zachování premis uvedených v části B. analýzy je s ohledem na obsah Zakládací listiny České pošty, s.p., možno dovozovat, že OZ ICT vykonává podstatnou část své činnosti, spočívající v poskytování vybraných dodávek a služeb informačních a telekomunikačních technologií, ve prospěch České republiky.

Dílčí závěr:

- **Zákonná výjimka in-house má svůj původ v judikatuře ESD (dnes Soudního dvoru Evropské unie), která postupně upřesnila podmínky nutné pro její aplikaci. Základními předpoklady pro využití této výjimky jsou:**
 - existence účinné kontroly veřejného (zadávacího) zadavatele nad činností dodavatele, (případně společná kontrola několika veřejných zadavatelů);
 - výkon podstatné části činnosti dodavatele ve prospěch veřejného (zadávacího) zadavatele, případně veřejných zadavatelů, kteří nad dodavatelem mají společnou kontrolu. Tato podmínka je splněna, pokud dodavatel činnosti ve prospěch jiných subjektů, než je veřejný zadavatel (pokud vůbec vykonává nějaké činnosti pro jiné subjekty než je zadavatel), vykonává pouze okrajově a tyto činnosti mají marginální charakter.
- **Splnění obou výše uvedených podmínek zaručuje, že výjimka in-house bude aplikována pouze na osoby-dodavatele, které se hospodářské soutěže v podstatě**

neúčastní a svou činností nekonkurují ostatním (soukromoprávním) subjektům-dodavatelům zúčastněným na trhu.

- Podmínka výkonu podstatné části činnosti ve prospěch veřejného (zadávacího) zadavatele je splněna i tehdy, je-li beneficentem dané činnosti dodavatele jiná osoba/osoby než veřejný (zadávací) zadavatel. Rozhodující je zadání ze strany příslušného veřejného zadavatele.
- S odkazem na předpoklad uvedený v části B. analýzy je možno o OZ ICT uvažovat jako o samostatném subjektu, u něhož Klient vytváří podmínky pro naplňování úkolů a potřeb státní správy (České republiky) zejména v oblasti výkonu služeb informačních a komunikačních technologií, aniž by ovšem OZ ICT formoval jako organizační složku státu, ale jako subjekt, který má podstatnou část své činnosti v rozsahu jmenovaných služeb fakticky poskytovat výlučně subjektům státní správy.
- S ohledem na uvedené a při současném zachování premis uvedených v části B. analýzy možno konstatovat, že v případě OZ ICT zákonná podmínka kontroly Klienta (veřejného zadavatele) nad OZ ICT je splněna, když tento subjekt hospodáří s majetkem státu, a Klient (stát) Českou poštu, včetně OZ ICT, ovládá prostřednictvím personálního obsazení řídicích orgánů.
- Při zachování premis uvedených v části B. analýzy je s ohledem na obsah Zakládací listiny České pošty ,s.p., možno dovozovat, že OZ ICT vykonává podstatnou část své činnosti, spočívající v poskytování vybraných dodávek a služeb informačních a telekomunikačních technologií, ve prospěch Klienta, resp. České republiky.

C.1.2 VÝJIMKA IN-HOUSE V ZVZ A IOP

Znění ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, upravující tzv. in-house výjimku, je v podstatě shrnutím výše uvedených závěrů vyplývajících z judikatury ESD; podmínky v tomto zákonném ustanovení zakotvené obsahově odpovídají základním podmínkám této výjimky vymezeným shora uvedenou judikaturou ESD.

Dle tohoto zákonného ustanovení může být výjimka uplatněna, pokud *současně* platí, že:

- a) **je veřejná zakázka zadávána veřejným zadavatelem,**
- b) **je veřejná zakázka zadávána osobě, která vykonává podstatnou část svojí činnosti ve prospěch zadávajícího veřejného zadavatele, a**
- c) **veřejný zadavatel má v dané osobě výlučná majetková práva, tj. zejména**
 - **disponuje veškerými hlasovacími právy v této osobě, nebo**
 - **taková osoba má právo hospodařit s majetkem veřejného zadavatele, nemá vlastní majetek a veřejný zadavatel vykonává výlučnou kontrolu nad hospodařením takové osoby.**

Za povšimnutí stojí skutečnost, že ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ hovoří výslovně o *veřejném* zadavateli; zdá se tedy, že nepřipouští použití výjimky sektorovým zadavatelem. Nicméně, pro sektorové zadavatele platí obdobná výjimka, a to výjimka upravená v ustanovení § 19 odst. 3 ZVZ (zadávání veřejných zakázek sektorovým zadavatelem „přidružené osobě“), přičemž podmínky pro využití této výjimky jsou méně striktní než u výjimky in-house dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ. Potřeba „klasické“ in-house výjimky ze strany sektorových zadavatelů tedy odpadá.

Dále je třeba upozornit na změnu ve znění ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, k níž došlo v rámci novelizace ZVZ, účinné od 15. 9. 2010. Před touto novelizací ustanovení obsahovalo podmínku, aby osoba, již má být veřejná zakázka zadána (in house dodavatel), vykonávala ve prospěch příslušného veřejného zadavatele *převážnou* část své činnosti. Toto znění vyvolávalo mnohé nejasnosti – při doslovném výkladu textu by se totiž mohlo zdát, že postačuje, když daná osoba ve prospěch veřejného zadavatele vykonává nadpoloviční část své činnosti. V jiných případech bylo ustanovení vykládáno analogicky k výše uvedené výjimce pro sektorové zadavatele, která počítá s alespoň 80 % podílem činnosti pro zadavatele.

Tyto výklady však nekorespondovaly s výše popsaným vývojem v rozhodovací praxi ESD, dle níž osoba, již má být veřejná zakázka zadána (in house dodavatel), musí ve prospěch veřejného zadavatele prakticky veškerou svou činnost a činnosti

vykonávané pro jiné subjekty musí mít pouze nahodilý, marginální charakter.

V rámci novelizace ZVZ proto zákonodárce přistoupil k úpravě textu tak, aby znění této výjimky lépe odpovídalo aktuální judikatuře ESD a nebylo pro zadavatele zavádějící („...vykonává *podstatnou* část své činnosti ve prospěch...“)³.

K výkladu pojmu in-house zadávání (resp. pravidlům interního zadávání) v ČR přitom dosud není dostupná relevantní rozhodovací praxe ÚOHS; výjimku tvoří snad pouze výkladové stanovisko publikované na www.compet.cz s názvem „IN-HOUSE ZADÁVÁNÍ“.

Ani dostupná česká odborná literatura není v otázce výkladu pojmu „*převážná/podstatná část činnosti*“ příliš konkrétní, neboť nepodává kvantifikovatelný návod pro výpočet objemu nerelevantních činností. Pro správnou interpretaci výjimky lze proto využít spíše zahraniční prameny; jde např. o odborný výklad jednoho z autorů komentáře k rakouské právní úpravě veřejných zakázek, významného rakouského experta M. Frühmanna⁴. Předepisujeme, že v rakouském zákoně o veřejných zakázkách jsou použity příslušné formulace rozsudku *Teckal* a v daném kontextu použit výraz „*im Wesentlichen*“, což lze přeložit slovy „*podstatně*“ nebo „*z podstatné části*“. Odborný komentář M. Frühmanna k dané problematice konstatuje, že obrat „přidružené“ osoby v návaznosti na rozsudek *Asemfo* by měl být minimálně ve výši 90 % ve prospěch ovládající osoby. Nedosahuje-li „in-house dodavatel“ obratu v uvedené výši, není aplikace výjimky vyloučena, ale přistupuje se ke kvalitativnímu přezkoumání jeho činnosti; nicméně, jak bude uvedeno v kapitole C.2.2. této analýzy, návrh nové zadávací směrnice již počítá s pevnou 90 % hranicí (pro provedení testu existence podmínky výkonu podstatné činnosti), přičemž do tohoto obratu se započítává i objem činností vykonávaných ve prospěch dalších osob.

Pro úplnost dodáváme, že pro posouzení oprávněnosti použití výjimky in-house **není rozhodující, co je předmětem konkrétní zadávané veřejné zakázky** (tedy v daném případě posouzení, zda realizace projektů e-Sbírka a e-Legislativa spadá do oblasti služeb informačních a komunikačních technologií). Pokud je příslušný subjekt vůči zadavateli z hlediska obou posuzovaných podmínek v in-house vztahu, může mu být na základě výjimky zadána veřejná zakázka na jakýkoli druh plnění.

Při splnění premis uvedených v části B. analýzy je možno s ohledem na výše citované základní dokumenty České pošty, s.p., usuzovat, že OZ ICT vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele, v tomto případě České republiky (srov.

³ Je však otázkou, nakolik je komentovaná nová formulace přesnější než původní. Je proto třeba opakovaně zdůraznit původ této výjimky a akcent na judikaturu ESD k této problematice. Ačkoli tedy samotné znění ZVZ by mohlo naznačovat, že postačuje výkon nadpoloviční většiny činností pro zadavatele, v souladu s právem EU (a potažmo v souladu se ZVZ) je možná pouze taková aplikace a výklad této výjimky, který vyhovuje eurokonformnímu výkladu ESD.

⁴ Schramm J., Aicher, J., Frühmann, M., Thienel, R. (eds.): Bundesvergaberecht 2006. Kommentar. Springer Verlag GmbH, 2009, odst. 188. S ohledem na základ výjimky čistě v právu Evropské unie je tento výklad bez dalšího použitelný i v podmínkách České republiky.

zejména čl. VII. Statutu a čl. 1. odst. (1) Organizačního řádu České pošty, s.p.). Zároveň má v OZ ICT Česká republika výlučná majetková práva, když OZ ICT, jako subjekt existující na platformě České pošty, s.p., nemá vlastní majetek a hospodáří výlučně s majetkem České republiky ve smyslu zák. č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, a dále prostřednictvím osoby Klienta stát jmenuje generálního ředitele a jeho prostřednictvím ředitele OZ ICT, který je z výkonu své funkce odpovědný toliko generálnímu řediteli České pošty, s.p. (srov. čl. 3.2.2.1. odst. (1) Organizačního řádu České pošty, s.p.).

Jak bylo výše uvedeno, Klient hodlá zadat realizaci projektů e-Sbírka a e-Legislativa v prostředí IOP, v jehož rámci mají být oba uvedené projekty realizovány a z jehož zdrojů mají být také financovány. Z Pravidel pro zadávání veřejných zakázek v IOP vyplývá, že toto zadávání se v rámci projektů předložených v rámci výzev, které byly vyhlášeny po 1. únoru 2009, řídí ZVZ a Závaznými postupy pro zadávání zakázek spolufinancovaných ze zdrojů EU, nespadajících pod aplikaci ZVZ, v programovém období 2007-2013. Tyto Závazné postupy se tak uplatní pouze v případech, kdy příjemce – subjekt realizující projekt spolufinancovaný z rozpočtu EU, který na základě právního aktu o poskytnutí dotace žádá a přijímá od poskytovatele podpory veřejné prostředky na realizaci projektu, není zadavatelem, který spadá pod působnost ZVZ. Vzhledem ke skutečnosti, že Klient je veřejným zadavatelem a při zadávání veřejných zakázek v rámci IOP je tak povinen postupovat dle pravidel ZVZ, svědčí mu v obecné rovině rovněž oprávnění využít zákonnou „in-house“ výjimku a při splnění premis uvedených v části B. této analýzy tak Pravidla IOP nebrání tomu, aby Klient realizoval projekty eSbírka a eLegislativa formou zadání realizace jmenovaných projektů in-house dodavateli OZ ICT, pokud budou naplněny všechny podmínky § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ, jak byly predestřeny výše.

Dílčí závěr:

- Výjimka in-house je v ZVZ upravena v ustanovení § 18 odst. 1 písm. e). Znění tohoto ustanovení bylo s účinností k 15. 9. 2010 novelizováno tak, aby odpovídalo tehdy aktuální judikatuře ESD.
- Pro uplatnění výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ je třeba, aby byly kumulativně splněny dvě podmínky:
 - veřejný zadavatel zadává zakázku osobě, v níž má výlučná majetková práva a zároveň
 - tato osoba vykonává podstatnou část své činnosti pro daného veřejného zadavatele.

- Výlučná majetková práva má zadavatel, zejména pokud disponuje veškerými hlasovacími právy v příslušné osobě nebo pokud daná osoba hospodář s majetkem zadavatele, nemá vlastní majetek a zadavatel má výlučnou kontrolu nad jejím hospodařením. Podstata pojmu „výlučná majetková práva“ tedy spočívá ve výkonu výlučné kontroly nad hospodařením či rozhodovací činností subjektu (in house dodavatele).
- Pojem „podstatná část činnosti dodavatele“ je třeba vykládat v souladu s judikaturou ESD, tedy tak, že dodavatel musí pro příslušného veřejného zadavatele vykonávat prakticky veškerou svou činnost a činnost pro jiné subjekty musí mít jen zcela okrajový a nahodilý charakter.
- Při splnění premis uvedených v části B. analýzy je proto možno s ohledem na základní dokumenty České pošty, s.p., usuzovat, že OZ ICT vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele, v tomto případě České republiky (srov. zejména čl. VII. Statutu a čl. 1. odst. (1) Organizačního řádu České pošty, s.p.), a zároveň má v OZ ICT veřejný zadavatel (Česká republika) výlučná majetková práva; OZ ICT, jako subjekt existující na platformě České pošty, s.p., nemá totiž vlastní majetek a hospodář výlučně s majetkem České republiky ve smyslu zák. č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, a dále Česká republika (prostřednictvím Klienta) jmenuje generálního ředitele a jeho prostřednictvím ředitele OZ ICT, který je z výkonu své funkce odpovědný toliko generálnímu řediteli České pošty, s.p. (srov. čl. 3.2.2.1. odst. (1) Organizačního řádu České pošty, s.p.).
- Klient je veřejným zadavatelem a při zadávání veřejných zakázek je v souladu s Pravidly IOP povinen postupovat dle ZVZ. Klientovi tak v obecné rovině svědčí rovněž oprávnění využít zákonnou „in-house“ výjimku a při splnění premis uvedených v části B. této analýzy Pravidla IOP nebrání tomu, aby Klient realizoval konkrétní projekty eSbírka a eLegislativa formou zadání realizace jmenovaných projektů „in-house dodavateli“ OZ ICT za předpokladu, že budou naplněny všechny podmínky § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ.

C.2 MOŽNOSTI VYUŽITÍ VÝJIMKY IN-HOUSE FUNKČNÍMI (ORGANIZAČNÍMI) SLOŽKAMI STÁTU

V následující části analýzy je obecně posouzena možnost aplikace výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ při zadávání veřejných zakázek Českou republikou či jinou funkční (organizační) složkou státu „in-house dodavateli“, tj. například OZ ICT (při splnění premis uvedených v části B analýzy). Právní analýza se v této části blíže zabývá i otázkou vzájemného postavení dotčených subjektů, a to z hlediska závěrů vyplývajících z části C.1 analýzy.

Pro účely dalšího rozboru provedeného v této části si dovoluujeme zopakovat, že pro aplikaci předmětné výjimky je nezbytné současné splnění následujících podmínek:

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

Podmínka č. 1 nepředstavuje problém a je splněna v případě veřejných zakázek zadávaných organizačními složkami státu, v dotčeném případě Klientem (Ministerstvem vnitra). Splnění této podmínky je nutno dle našeho názoru připustit i v těch případech, kdy zadavatelem je i jiná funkční (organizační) složka státu, tedy např. jiné ministerstvo. Poradce se nicméně domnívá, že o splnění této podmínky je možno uvažovat i v případě takové funkční (organizační) složky, která je sice formálně nadána samostatnou právní subjektivitou, nicméně je státem plně ovládána a stát vykonává kontrolu nad hospodařením takového subjektu (blíže viz výklad v kap. C.2.1.1). Půjde tak zejména o některé státní podniky a také státní příspěvkové organizace; ZVZ ostatně tyto funkční složky státu výslovně za veřejné zadavatele považuje (srov. § 2 odst. 2 písm. b) ZVZ).

Uvedená podmínka by naopak nebyla splněna v případě poskytování služeb soukromoprávním subjektům (tedy zejména sektorovým zadavatelům, u nichž by však v případě splnění ostatních požadavků na in-house dodavatele přicházelo v úvahu použití tzv. „koncernové výjimky“ dle § 19 odst. 3 ZVZ)⁵.

C.2.1 STATUS ZADAVATELE A UPLATNĚNÍ VÝJIMKY IN-HOUSE

C.2.1.1 Funkční (organizační) složka státu v pozici veřejného zadavatele

⁵ V případě dotovaných zadavatelů by naopak výjimka zřejmě byla aplikovatelná, neboť dotování zadavatelé v souladu s § 2 odst. 5 ZVZ postupují dle ustanovení ZVZ platných pro veřejné zadavatele.

Podmínkou pro aplikaci výjimky in-house je existence výlučných majetkových práv zadavatele v osobě, jíž má být veřejná zakázka zadána (tj. v osobě „in house dodavatele“); tento požadavek přitom z hlediska obsahového v podstatě odpovídá požadavku na „účinnou kontrolu“ tak, jak jej vymezuje judikatura ESD. Uvedený požadavek je splněn zejména tehdy, pokud veřejný zadavatel disponuje veškerými 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.

Ve vztahu k České republice je třeba jako veřejného zadavatele na prvním místě uvažovat organizační složky státu. **Organizačními složkami státu** jsou různé orgány státní správy nebo instituce, především jsou to ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, obecné soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády ČR, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd ČR, Grantová agentura ČR a jiná zařízení, o kterých to stanoví zákon⁶. Organizační složky státu jsou vždy zřízené buď zákonem⁷, nebo orgánem státní správy, především ministerstvem⁸.

Další skupinou veřejných zadavatelů ve vztahu k in-house výjimce jsou **státní příspěvkové organizace**. S účinností od 1. 1. 2001 je postavení státní příspěvkové organizace upraveno zákonem č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), a zákonem č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.

Dle ustanovení § 54 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb. přitom platí, že „*Státní příspěvkové organizace zřízené, popřípadě řízené podle dosavadních předpisů ústředními orgány, okresními úřady a školskými úřady (...), které ve vztahu k majetku dosud vykonávaly právo hospodaření, popřípadě právo společného hospodaření podle dosavadních předpisů anebo které budou ještě obdobně zřízeny (založeny), (dále jen "organizace"), jsou právníckými osobami a hospodaří s majetkem (§ 8)*“⁹.

Ustanovení § 55 odst. 1 téhož zákona pak výslovně uvádí, že (příspěvkové) organizace nemají vlastní majetek a nabývají majetek pro stát. Hospodaření příspěvkových organizací je pak podrobněji upraveno v ustanoveních § 53 a násl. rozpočtových pravidel.

S ohledem na výše uvedené je tedy patrné, že stát (resp. organizační složka státu

⁶ Viz ust. § 3 zák. č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů.

⁷ Například ministerstva jsou zřizována na základě zák. č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Všeobecná zdravotní pojišťovna je zřízena na základě zákona č. 551/1991 Sb., o Všeobecné zdravotní pojišťovně České republiky, apod.

⁸ Například Ministerstvo vnitra je zřizovatelem hasičských záchranných sborů, Ministerstvo zemědělství zřizuje krajské veterinární správy, Ministerstvo práce a sociálních věcí je zřizovatelem úřadů práce etc.

⁹ Majetkem je ve smyslu § 8 zákona č. 219/2000 Sb. míněn majetek státu.

vykonávající funkci zřizovatele) je nositelem výlučných majetkových práv ve smyslu § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ v příspěvkové organizaci, neboť příspěvková organizace hospodaří s majetkem státu a stát vykonává prostřednictvím zřizovatele kontrolu nad hospodařením příspěvkové organizace.

Skutečnost, že pojem „výlučná majetková práva“ se vztahuje, mimo jiné, na postavení příspěvkových organizací vůči svým zřizovatelům lze dovodit i ze samotného textu ZVZ; ten v poznámce pod čarou k ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) odkazuje na zákon č. 219/2000 Sb. Rovněž důvodová zpráva k ZVZ výslovně zmiňuje příspěvkové organizace jako jeden z případů, na něž se může výjimka in-house vztahovat.

Pokud jde o *státní podnik*, zde je kvalifikace státního podniku coby veřejného zadavatele nepoměrně složitější. Státní podnik ve smyslu zákona č. 77/1997 Sb. je totiž nutno kvalifikovat jako samostatný právní subjekt odlišný od státu, který je nadán vyšší mírou autonomie, než je tomu v případě např. státních příspěvkových organizací. Tato autonomie spočívá zejména v tom, že státní podnik je právnickou osobou provozující podnikatelskou činnost s majetkem státu vlastním jménem a na vlastní odpovědnost, přičemž řízení podniku je plně svěřeno do rukou jeho řídicích orgánů. Tomu také odpovídá zásada formulovaná v § 3 odst. 3 výše citovaného zákona, že státní podnik neručí za závazky státu a stát neručí za závazky podniku, není-li zákonem stanoveno jinak.

Státní podniky založené podle citovaného zákona jsou zakládány k uspokojování významných celospolečenských, strategických nebo veřejně prospěšných zájmů. Jakkoli citovaný zákon uvažuje o státním podniku jako o podnikatelském subjektu, který ke svému podnikání disponuje svěřeným majetkem státu, nelze v praxi vyloučit ani situace, kdy součástí aktivit podniku je rovněž *uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají obchodní či průmyslovou povahu*. **Dle rozhodnutí ESD¹⁰ pak není rozhodné, zda část potřeb veřejného zájmu, které podnik svou činností uspokojuje, má průmyslovou nebo obchodní povahu a jiná část tuto povahu nemá; uspokojuje-li podnik některou ze svých činností potřebu veřejného zájmu, která nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, není rozhodný objem činnosti vztahující se k uspokojování takové potřeby.** Tento objem může být i zcela marginální a přesto bude naplněna podmínka sub § 2 odst. 2 písm. d) bod. 1. ZVZ. Tedy státní podnik naplní definiční znaky tzv. *jiné právnické osoby* jako jedné z kategorií veřejného zadavatele predikovaných v § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ.

V rámci výčtu variant funkčních složek státu, které se v souvislosti s in-house zadáváním mohou nejčastěji nacházet v pozici veřejného zadavatele, lze konečně uvažovat i jiné

¹⁰ Například rozhodnutí *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV.*, C-360/96, rozhodnutí *Agorr Srl and Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano and Ciftat Soc. coop. arl.*, C-223/99, rozhodnutí *Evropská komise vs. Španělsko*, C-283/2000, rozhodnutí *Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others v Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, rozhodnutí *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy and Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa v Varkauden Taitotalo Oy*, C-18/01, nebo rozhodnutí *Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH*, C-373/00.

právnícké osoby ve formě *obchodních společností* založených státem či jinou funkční složkou státu, a to při splnění veškerých zákonných podmínek uvedených v § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ.

C.2.1.2 Zadání veřejné zakázky „in-house dodavateli“

Za služby vykonávané ve prospěch veřejného zadavatele je nutné pokládat nejen služby poskytované přímo tomuto zadavateli, ale i služby poskytované na základě zmocnění či pověření zadavatele jiným subjektům (beneficietům).

K této otázce se vyjádřil ESD v rozsudku ve věci *Carbotermo*, přičemž dospěl k závěru, že: „Pro výkon převážné činnosti je rozhodující obrat, kterého subjekt dosáhne na základě rozhodnutí o zadání zakázky, a to včetně obratu uskutečněného s uživateli plnění, neboť není rozhodné, kdo je beneficietem, zda samotný zadavatel nebo uživatel plnění.“

Lze tedy shrnout, že výjimku in-house je možné využít za předpokladu, že převážná většina činností „in-house dodavatele“ (zde OZ ICT) bude realizována ve prospěch veřejného zadavatele ve výše uvedeném smyslu (tj. pokud jiná obchodní činnost bude vykonávána pouze nahodile a okrajově), a to vše při zachování premis předestřených v části B. analýzy.

Pro legitimní postup dle zákonné výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ je tedy nezbytné, aby se „in-house dodavatel“, zde OZ ICT, systematicky vyhnul výkonu činností v prostředí standardní hospodářské soutěže (tj. zejména účasti v zadávacích či výběrových řízeních a poskytování služeb jiným subjektům mimo funkční složky České republiky); takové činnosti by mohl OZ ICT vykonávat pouze okrajově či nahodile (např. za účelem využití volné kapacity “ tohoto in-house dodavatele “)¹¹.

C.2.2 PROBLEMATIKA VERTIKÁLNÍHO A HORIZONTÁLNÍHO UPLATNĚNÍ VÝJIMKY IN-HOUSE ZE STRANY FUNKČNÍCH SLOŽEK STÁTU

Předmětem této části analýzy je otázka, zda může být uplatněna výjimka in-house i u veřejných zakázek zadávaných funkčními složkami státu, jak byly nastíněny výše v části C. 2.1.1. Tyto funkční složky státu jsou tedy odlišné od subjektu přímo ovládajícího „in-house dodavatele“, zde OZ ICT, tedy od osoby Klienta.

Východiskem pro zvážení takové možnosti je přitom obecná úvaha, že subjektem, který je vůči „in-house dodavateli“ v kontrolujícím postavení, není pouze jeho zakladatel/zřizovatel, ale stát jako takový.

¹¹ V této souvislosti připomínáme rozsudek ESD *Asemfo*, z něhož zřejmě vyplývá, že pokud je podíl činnosti vykonávaný ve prospěch kontrolujícího zadavatele menší než 90 %, je třeba tuto činnost posoudit rovněž z hlediska kvalitativního (viz výklad M. Frühmanna citovaný v kapitole C.1.2).

K této otázce je úvodem zapotřebí uvést, že doposud je v českém právním prostředí na problematiku a posuzování rozhodné činnosti nahlíženo tak, že do podílu podstatné činnosti vykonávané ve prospěch kontrolujícího (zadávacího) zadavatele se započítávají pouze plnění zadaná výlučně tímto zadavatelem, tj. např. příslušnou organizační složkou či jiným útvarem, kterému je přiznána samostatná zadavatelská autonomie. Je to odůvodňováno prozatímní striktností výkladu in-house výjimky ze strany Evropské komise a poněkud zjednodušujícím úhlem pohledu v tom smyslu, že pokud by nebyla osoba zadavatele ztotožněna s příslušnou organizační složkou, musely by všechny veřejné zakázky zadávané těmito samostatnými zadavateli být zadávány společně (tj. aplikována ustanovení o předpokládané hodnotě stejných či obdobných plnění). Tento názor je dle našich informací zastáván rovněž ze strany ÚOHS; nicméně v rozhodnutích ÚOHS nelze nalézt konkrétní výrok, o který by takový názor bylo možno opřít¹². Na základě tohoto aktuálně přijímaného výkladu ÚOHS by tak bylo možno se domnívat, že „in-house dodavatel“, který splňuje podmínky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ ve vztahu ke svému zadavateli/zřizovateli (např. konkrétní organizační složce státu – zde Klient), již nesplňuje podmínky pro uplatnění výjimky in-house ve vztahu k jiným organizačním (funkčním) složkám státu (např. jinému ministerstvu).

U pochyb o možné aplikovatelnosti výjimek z působnosti směrnic či ZVZ je potřeba mít na paměti pravidlo stanovené ESD, že výjimky z působnosti směrnice je nutno vykládat vždy restriktivně a podmínky pro jejich naplnění musí vždy prokázat ten, kdo se jich dovolává (viz např. rozhodnutí C-199/85 Komise (ES) vs. Italská republika).

Odlišné závěry je však možné vyvodit z právní úpravy nakládání s majetkem státu a rovněž z některých rozhodnutí ESD i z aktuálního legislativního vývoje na celoevropské úrovni.

Především je nutno si uvědomit, že otázka důsledného ohraničování kompetencí jednotlivých organizačních složek spojeného se zadavatelskou autonomií je specifickou otázkou české právní úpravy, kterou evropská judikatura neakcentuje. V rozhodovací praxi ESD (počínaje rozsudkem *Teckal*) je především zkoumána otázka faktického ovládaní daného subjektu, zda se tento subjekt obecně podřizuje vůli autoritativního vedení, nakolik mu přísluší volba, zda se bude řídit příkazem jím nadřízených orgánů či nikoli. Není přitom rozhodné, zda je výslovně identifikován „přímý nadřízený“ této osoby, kterému kompetenčně podléhá nebo se obecně jedná o subjekt řízený a ovládaný veřejnou mocí. Z judikátů ESD plyne, že **stát je chápán především ve funkčním pojetí**, tj. bezpodmínečně

¹² Určitou první zmínkou o společné vůli kontrolujícího subjektu bez ohledu na právní formu podřízených organizací, lze nalézt v prvostupňovém rozhodnutí předcházejícímu rozhodnutí o rozkladu č.j. ÚOHS-R4,5,6/2010/VZ-18086/2010/310/EKu, v němž ÚOHS dovodil společnou vůli subjektů, kteří jsou z pohledu práva samostatnými zadavateli, nicméně veřejné zakázky, které samostatně zadaly, byly vedeny společným záměrem jejich zřizovatele a místní, časovou i věcnou souvislostí. Původní prvostupňové rozhodnutí (č.j. S 182/2009 ze dne 21. 12. 2009) však bylo zrušeno s tím, že je zapotřebí doplnit dokazování a výroky právně doplnit.

zahrnuje všechny subjekty, které provádějí legislativní, výkonnou nebo soudní moc¹³. 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, která je ze strany úřadu (státu) vykonávána nad vlastními organizačními složkami (Teckal).

Uvedený dílčí názor lze podpořit rovněž za použití eurokonformního posuzování klasifikace činností spadajících pod „výkon činnosti pro veřejného zadavatele“. Obecně jsou brány v potaz všechny činnosti dotčené osoby (splňují-li kvalitativní hledisko) vykonávané ve prospěch veřejných orgánů, které ji vlastní či ovládají, a to bez ohledu na výši vlastnických podílů. Ukázkovým příkladem této filosofie byl rozsudek *Asemfo*, v němž ESD vyložil, že k naplnění pojmu podstatné činnosti nejsou rozhodující vlastnické podíly zřizovatelů subjektu (stát vlastnil 99 % kapitálu ovládané osoby a zbývající 1 % akcií čtyři autonomní společnosti, v jejichž prospěch byla činnost vykonávána). Procento činností vykonávaných ovládaným subjektem ve prospěch státu přitom bylo 35 % činnosti vůči státu a cca 55 % činnosti ve prospěch (jednoprocentních) autonomních společností. Přesto ESD konstatoval, že převážná část činnosti je prováděna s veřejnými orgány a veřejnoprávními subjekty, které ji vlastní a inkriminovaná osoba nemůže být považována za třetí osobu ve vztahu k těmto osobám, které ji ovládají.

Uvedený výklad má koneckonců oporu rovněž v připravované nové evropské úpravě zadávání veřejných zakázek. V připravovaném návrhu nové „zadávací“ směrnice¹⁴ je totiž výjimka in-house zakotvena v čl. 11 odst. 1 nově následujícím způsobem:

„Zakázka zadaná veřejným zadavatelem jiné právnické osobě spadá mimo oblast působnosti této směrnice, pokud jsou splněny následující kumulativní podmínky:

- a) veřejný zadavatel ovládá dotyčnou právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky;*
- b) alespoň 90 % činností této právnické osoby je vykonáváno pro ovládajícího veřejného zadavatele nebo pro jiné právnické osoby ovládané tímž veřejným zadavatelem. Pro určení procentního podílu těchto činností je třeba vycházet z průměrného celkového obrátu této právnické osoby za poslední 3 roky;*
- c) v ovládané právnické osobě nemá účast žádný soukromý hospodářský subjekt.*

Má se za to, že veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky, ve smyslu prvního pododstavce písm. a), pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí ovládané právnické osoby. Tato kontrola může být rovněž vykonávána

¹³ Např. rozsudek ESD C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV* proti Nizozemskému státu.

¹⁴ Návrh je dostupný na adrese: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:CS:PDF>.

*jinou osobou, která sama je stejným způsobem kontrolována veřejným zadavatelem.*¹⁵

Návrh připravované zadávací směrnice tedy počítá s tím, že výjimku in-house bude oprávněn uplatnit nejen zadavatel, který daného dodavatele přímo kontroluje (zde Klient), ale i ostatní subjekty s tímto zadavatelem propojené. Iakkoliv uvedená směrnice dosud nebyla schválena a nelze se na ni proto přímo odvolat, lze v ní navrženou úpravu chápat jako promítnutí výkladového posunu a aktuální judikatury ESD v takové podobě, jak ji chápe Evropská komise.¹⁶

V rámci právní úpravy ČR pak ve prospěch pojetí státu, jakožto jediného zadavatele, hovoří samotný zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů. Z tohoto zákona totiž plyne, že organizační složka státu (ministerstvo) je pouze konstrukcí veřejného práva a není způsobilá k právním úkonům. Z hlediska právní teorie¹⁷ nejsou organizační složky státu považovány za právní subjekty, ale pouze za „vnitřní“ organizační útvary státu. Důvodová zpráva k citovanému zákonu o majetku státu rovněž uvádí, že aktuální příslušnost organizační složky ke konkrétnímu majetku (má k ní právo hospodaření) vyjadřuje, že dotčenou část majetku organizační složka potřebuje (z čehož by bylo možno usuzovat, že disponenta s majetkem lze snadno změnit); nadále však platí, jediným komplexním vlastníkem majetku je stát. Z tohoto náhledu je zřejmé, že při posuzování majetkových vztahů se příslušnost organizačních složek státu a státních organizací stírá.

Rovněž uvedenou optikou zákona o majetku státu docházíme k závěru, že jednání organizačních složek je právně vždy jednáním státu, které také přímo jemu jakožto právnické osobě zakládá (mění, ruší) práva a povinnosti.

S ohledem na výše uvedené máme za to, že pro účely posouzení aplikovatelnosti výjimky in-house je třeba vycházet z pojetí státu jakožto jediného „funkčního“ (a rovněž majetkového) celku a tedy jediného zadavatele.

Dle výše uvedených závěrů a z pohledu eurokonformního výkladu je možné dle našeho názoru aplikovat výjimku i ve vztahu k jiným subjektům ovládaným Českou republikou (tj. např. jiným organizačním složkám státu, státním příspěvkovým organizacím, státním podnikům, státem ovládaným obchodním společnostem, apod.).

Nakolik je výše uvedený eurokonformní výklad využití in-house výjimky (vycházející z judikatury ESD a promítnutý ve výše citované části nové zadávací směrnice) soustředěn na případ vertikálního vztahu veřejného zadavatele a „in-house dodavatele“ obecně, nová (připravovaná) zadávací směrnice bude rozšiřovat možnost využití této výjimky dále i na horizontální vztahy dotčených subjektů. Návrh nového čl. 11 odst. 2. nové zadávací směrnice

¹⁵ Pozn.: Nejedná se o oficiální překlad z aj do čj příslušného článku směrnice.

¹⁶ Z odstavce 14 preambule návrhu směrnice přinejmenším nevyplývá, že by stanovené podmínky šly za hranici toho, co lze dovodit z aktuální judikatury ESD.

¹⁷ Havlan, P. a kol.: Majetek státu v platné právní úpravě. 3. vydání. Linde: Praha, 2010.

totiž počítá s tím, že výše citovaný odstavec 1. se rovněž použije v případě, že „...ovládaný subjekt, který je veřejným zadavatelem, zadá zakázku svému ovládajícímu subjektu nebo jiné právnické osobě ovládané stejným veřejným zadavatelem, pokud v právnické osobě, jíž je veřejná zakázka zadána, nemá účast žádný soukromý hospodářský subjekt.“ Nahlížíme-li tedy stát ve funkčním pojetí, jak bylo výše uvedeno, lze jej označit za veřejného zadavatele, který ovládá všechny své funkční složky. Děje se tak prakticky na základě zvláštních zákonů, které vztahy České republiky a jí ovládanými subjekty blíže upravují.

Lze si tak teoreticky představit, že veřejný zadavatel, který je sám funkční složkou státu (např. organizační složka státu či státní příspěvková organizace), zadá veřejnou zakázku na základě in-house výjimky jiné funkční složce státu (např. státnímu podniku); tím by došlo k aplikaci in house výjimky na horizontální úrovni, aniž by zde byla naplněna podmínka přímého ovládání dodavatele ve smyslu shora uvedeném. Samozřejmě vždy budou muset být splněny všechny další podmínky (do budoucna uvedené i v citovaném čl. 11 odst. 1 návrhu směrnice), zejména pak eliminace jakéhokoli podílu soukromého hospodářského subjektu v majetkové struktuře ovládané právnické osoby, jejíž činnost v zásadě nemá podléhat hospodářské soutěži. Jakkoli se jeví tato konstrukce aplikace in-house výjimky jako inovativní, lze její opodstatnění opřít právě o výše citovaný eurokonformní výklad této výjimky.

Dílčí závěr:

- Dle dosavadní výkladové praxe dozorového orgánu je třeba chápat jednotlivé organizační složky státu jako samostatné zadavatele, a to i pro účely aplikace výjimky in-house. Pro tento závěr svědčí rovněž obecný požadavek na restriktivní výklad jakýchkoli výjimek ze ZVZ.
- Na celoevropské úrovni i v rámci rozhodovací praxe ESD se lze nicméně setkat s odlišným (extenzivnějším) pojetím, které akcentuje „funkční“ pojetí státu. Dle tohoto pojetí je rozhodující faktický výkon kontroly nad (in-house) dodavatelem, bez ohledu na to, která z organizačních složek zadavatele (státu) tuto kontrolu přímo vykonává. Tomuto pojetí pak odpovídá i text návrhu nové směrnice EU o zadávání veřejných zakázek.
- Rovněž zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, vychází z koncepce České republiky jako jediného právního subjektu, s jehož majetkem jednotlivé organizační složky hospodaří pouze zprostředkovaně, dle svých aktuálních potřeb.
- Ve světle závěrů plynoucích z evropské výkladové praxe (při použití eurokonformního výkladu) a rovněž z majetkoprávního pojetí státu je stávající výjimka in-house dle našeho názoru aplikovatelná také na veřejné zakázky

zadávané veřejným zadavatelem – funkční (organizační) složkou státu, která může být ve vertikálním (nové evropské směrnice uvažují dokonce i o horizontálním vztahu) k „in-house dodavateli“. Vždy však musí být současně splněna i další podmínka, a to že „in house dodavatel“ naplňuje podmínku výkonu podstatné části činnosti ve prospěch funkčních složek státu.

- Podmínky pro aplikaci in-house výjimky by mohly být naplněny v případě veřejných zakázek zadávaných dalšími osobami ovládanými státem (státními příspěvkovými organizacemi, státními podniky, apod.).
- Některé dílčí závěry uvedené výše v této analýze mají rovněž oporu ve stanovisku ÚOHS č. j.: ÚOHS-14010/2012/330/JHv ze dne 27. 7. 2012, v rámci kterého se ÚOHS zabýval otázkou funkčního postavení Klienta a ze kterého, mimo jiné, vyplývá možnost využití služeb OZ ICT pro stát. Tento názor ÚOHS předjímá mj. i v souvislosti s nově připravovanou evropskou právní úpravou zadávání v rámci „in-house“ výjimky.

D. SHRnutí, ZÁVĚRY

- Zákonná výjimka in-house má svůj původ v judikatuře ESD (dnes Soudního dvoru Evropské unie), která postupně upřesnila podmínky nutné pro její aplikaci. Základními předpoklady pro využití této výjimky jsou:
 - existence účinné kontroly veřejného (zadávacího) zadavatele nad činností dodavatele, (případně společná kontrola několika veřejných zadavatelů);
 - výkon podstatné části činnosti dodavatele ve prospěch veřejného (zadávacího) zadavatele, případně veřejných zadavatelů, kteří nad dodavatelem mají společnou kontrolu. Tato podmínka je splněna, pokud dodavatel činnosti ve prospěch jiných subjektů, než je veřejný zadavatel (pokud vůbec vykonává nějaké činnosti pro jiné subjekty než je zadavatel), vykonává pouze okrajově a tyto činnosti mají marginální charakter.
- Splnění obou výše uvedených podmínek zaručuje, že výjimka in-house bude aplikována pouze na osoby-dodavatele, které se hospodářské soutěže v podstatě neúčastní a svou činností nekonkurují ostatním (soukromoprávním) subjektům-dodavatelům zúčastněným na trhu.
- Podmínka výkonu podstatné části činnosti ve prospěch veřejného (zadávacího) zadavatele je splněna i tehdy, je-li beneficentem dané činnosti dodavatele jiná osoba/osoby než veřejný (zadávací) zadavatel. Rozhodující je zadání ze strany příslušného veřejného zadavatele.
- S odkazem na předpoklad uvedený v části B. analýzy je možno o OZ ICT uvažovat jako o samostatném subjektu, u něhož Klient vytváří podmínky pro naplňování úkolů a potřeb státní správy (České republiky) zejména v oblasti výkonu služeb informačních a komunikačních technologií, aniž by ovšem OZ ICT formoval jako organizační složku státu, ale jako subjekt, který má podstatnou část své činnosti v rozsahu jmenovaných služeb fakticky poskytovat výlučně subjektům státní správy.
- S ohledem na uvedené a při současném zachování premis uvedených v části B. analýzy možno konstatovat, že v případě OZ ICT zákonná podmínka kontroly Klienta (veřejného zadavatele) nad OZ ICT je splněna, když tento subjekt hospodáří s majetkem státu a Klient (stát) Českou poštu, včetně OZ ICT, ovládá prostřednictvím personálního obsazení řídicích orgánů.
- Při zachování premis uvedených v části B. analýzy je s ohledem na obsah Zakládací listiny České pošty, s.p., možno usuzovat, že OZ ICT vykonává podstatnou část své činnosti, spočívající v poskytování vybraných dodávek a

služeb informačních a telekomunikačních technologií, ve prospěch Klienta, resp. České republiky.

- Výjimka in-house je v ZVZ upravena v ustanovení § 18 odst. 1 písm. e). Znění tohoto ustanovení bylo s účinností k 15. 9. 2010 novelizováno tak, aby odpovídalo tehdy aktuální judikatuře ESD.
- Pro uplatnění výjimky dle § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ je třeba, aby byly kumulativně splněny dvě podmínky:
 - veřejný zadavatel zadává zakázku osobě, v níž má výlučná majetková práva a zároveň
 - tato osoba vykonává podstatnou část své činnosti pro daného veřejného zadavatele.
- Výlučná majetková práva má zadavatel, zejména pokud disponuje veškerými hlasovacími právy v příslušné osobě nebo pokud daná osoba hospodář s majetkem zadavatele, nemá vlastní majetek a zadavatel má výlučnou kontrolu nad jejím hospodařením. Podstata pojmu „výlučná majetková práva“ tedy spočívá ve výkonu výlučné kontroly nad hospodařením či rozhodovací činností subjektu (in-house dodavatele).
- Pojem „podstatná část činnosti dodavatele“ je třeba vykládat v souladu s judikaturou ESD, tedy tak, že dodavatel musí pro příslušného veřejného zadavatele vykonávat prakticky veškerou svou činnost a činnost pro jiné subjekty musí mít jen zcela okrajový a nahodilý charakter. Při splnění a zachování premis uvedených v části B. analýzy lze s ohledem na základní dokumenty České pošty, s.p., konstatovat, že OZ ICT vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele, v tomto případě České republiky (srov. zejména čl. VII. Statutu a čl. 1. odst. (1) Organizačního řádu České pošty, s.p.), a zároveň má v OZ ICT veřejný zadavatel (Česká republika) výlučná majetková práva; OZ ICT, jako subjekt existující na platformě České pošty, s.p., nemá totiž vlastní majetek a hospodář výlučně s majetkem České republiky ve smyslu zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, a dále Česká republika (prostřednictvím Klienta) jmenuje generálního ředitele a jeho prostřednictvím ředitele OZ ICT, který je z výkonu své funkce odpovědný toliko generálnímu řediteli České pošty, s.p. (srov. čl. 3.2.2.1. odst. (1) Organizačního řádu České pošty, s.p.).
- Klient je veřejným zadavatelem a při zadávání veřejných zakázek je v souladu s Pravidly IOP povinen postupovat dle ZVZ. Klientovi tak v obecné rovině svědčí rovněž oprávnění využít zákonnou „in-house“ výjimku a při splnění premis uvedených v části B. této analýzy Pravidla IOP nebrání tomu, aby Klient realizoval

konkrétní projekty eSbírka a eLegislative formou zadání realizace jmenovaných projektů „in-house dodavateli“ OZ ICT za předpokladu, že budou naplněny všechny podmínky § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ.

- S ohledem na dílčí závěry této analýzy lze konstatovat, že při splnění všech zde uvedených předpokladů a premis v části B. analýzy bude možné, aby Klient zadal realizaci projektů eSbírka a eLegislative svému „in-house“ dodavateli OZ ICT na základě ust. § 18 odst. 1 písm. e) ZVZ.
- Pro posouzení oprávněnosti použití výjimky in-house není rozhodující, co je předmětem konkrétní zadávané veřejné zakázky (v daném případě posouzení projektů e-Sbírka a e-Legislative). Pokud je dodavatel vůči zadavateli z hlediska obou posuzovaných podmínek v in-house vztahu, může mu být na základě výjimky zadána veřejná zakázka na jakýkoli druh veřejné zakázky.
- Dle dosavadní výkladové praxe dozorového orgánu je třeba chápat jednotlivé organizační složky státu jako samostatné zadavatele, a to i pro účely aplikace výjimky in-house. Pro tento závěr svědčí rovněž obecný požadavek na restriktivní výklad jakýchkoli výjimek ze ZVZ.
- Na celoevropské úrovni i v rámci rozhodovací praxe ESD se lze nicméně setkat s odlišným (extenzivnějším) pojetím, které akcentuje „funkční“ pojetí státu. Dle tohoto pojetí je rozhodující faktický výkon kontroly nad (in-house) dodavatelem, bez ohledu na to, která z organizačních složek zadavatele (státu) tuto kontrolu přímo vykonává. Tomuto pojetí pak odpovídá i text návrhu nové směrnice EU o zadávání veřejných zakázek.
- Rovněž zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, vychází z koncepce České republiky jako jediného právního subjektu, s jehož majetkem jednotlivé organizační složky hospodaří pouze zprostředkovaně, dle svých aktuálních potřeb.
- Ve světle závěrů plynoucích z evropské výkladové praxe (při použití eurokonformního výkladu) a rovněž z majetkoprávního pojetí státu je stávající výjimka in-house dle našeho názoru aplikovatelná také na veřejné zakázky zadávané veřejným zadavatelem – funkční (organizační) složkou státu, která může být ve vertikálním (nové evropské směrnice uvažují dokonce i o horizontálním vztahu) k „in-house dodavateli“. Vždy však musí být současně splněna i další podmínka, a to že „in house dodavatel“ naplňuje podmínku výkonu podstatné části činnosti ve prospěch funkčních složek státu.
- Podmínky pro aplikaci in-house výjimky by mohly být naplněny v případě veřejných zakázek zadávaných dalšími osobami ovládanými státem (státními příspěvkovými organizacemi, státními podniky, apod.).

- Některé dílčí závěry uvedené výše v této analýze mají rovněž oporu ve stanovisku ÚOHS Č. j.: ÚOHS-14010/2012/330/JHv ze dne 27. 7. 2012, v rámci kterého se ÚOHS zabýval otázkou funkčního postavení Klienta a ze kterého, mimo jiné, vyplývá možnost využití služeb OZ ICT pro stát. Tento názor ÚOHS předjímá mj. i v souvislosti s nově připravovanou evropskou právní úpravou zadávání v rámci „in-house“ výjimky.

E. VÝHRADY

- Informace a závěry vyplývající z této právní analýzy vychází z právního řádu platného ke dni 21. února 2013.
- Tato právní analýza je zpracována s výhradou uplatnění závěrů v České republice.
- Tato právní analýza je určena výhradně pro potřeby Klienta.

F. POUŽITÉ PRAMENY

- zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů;
- zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla);
- zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích;
- zákon č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů;
- Havlan, P. a kol.: Majetek státu v platné právní úpravě. 3. vydání. Linde: Praha, 2010;
- Schramm J., Aicher, J., Frühmann, M., Thienel, R. (eds.): Bundesvergaberecht 2006. Kommentar. Springer Verlag GmbH, 2009;
- Metodika zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, Ministerstva pro místní rozvoj, uveřejněná na www.portal-vz.cz;
- Závazné postupy pro zadávání zakázek spolufinancovaných ze zdrojů EU, nespádajících do aplikace zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v programovém období 2007 – 2013;
- relevantní rozhodnutí ÚOHS a ESD identifikovaná v textu analýzy.

Mgr. Tomáš Machurek

Mgr. Filip Krumbholc

O SPOLEČNOSTI MT LEGAL

MT Legal je advokátní kancelář orientující se zejména na oblast práva obchodního, občanského, správního, pracovního, práva ES, veřejného investování a práva mezinárodního. Právní podporu je však díky své síti spolupracujících partnerů schopna efektivně poskytnout prakticky v kterémkoliv odvětví práva s garancí maximální kvality poradenství. Při současné poptávce klientů po poskytování komplexních řešení MT Legal trvale spolupracuje s řadou externích subjektů a konzultantů v oblasti ekonomické, daňové, informačních a komunikačních technologií, energetiky či v oblasti čerpání prostředků z fondů ES. Díky tomu je MT Legal schopna poskytovat plně kvalifikované poradenství dle specifických potřeb klienta.

V oblasti soukromého práva se MT Legal primárně oblastí práva závazkového, informačních, telekomunikačních (např. televizních) a jiných komunikačních technologií, oblastí práva korporátního, ochranou práv duševního vlastnictví nebo spoluprací soukromého a veřejného sektoru (PPP, zadávání, veřejných zakázek a udělování koncesí). V oblasti práva veřejného pak zastupováním v soudních a správních řízeních, jakož i poradenstvím v oblasti práva mezinárodního (mezinárodní arbitráže).

Vysoké specializace v daných oblastech je dosahováno prostřednictvím stabilních týmů určených pro jednotlivé segmenty práva, které se v případě komplexních projektů prolínají v nezbytném rozsahu tak, aby bylo klientovi poskytnuto právní poradenství v plném rozsahu se zohledněním možných rizik v jednotlivých oblastech.

Z hlediska geografického pokrývá činnost MT Legal celé území České republiky prostřednictvím svých kanceláří v Praze, Brně a Ostravě, jakož je i schopna prostřednictvím své sítě spolupracujících kanceláří zajistit poskytnutí poradenství v jiných členských zemích Evropské unie i mimo ni.

Advokátní kancelář MT Legal disponuje od roku 2009 certifikátem kvality ISO 9001:2008, který jí byl udělen uznávanou certifikační společností NQA. Předmětem této certifikace je Poskytování právních služeb, poradenství v oblasti veřejného investování a provádění zadávacích a výběrových řízení. MT Legal je u společnosti NQA registrována jako první advokátní kancelář působící v ČR, na Slovensku nebo v Polsku.

MT Legal v červnu roku 2010 získala prestižní ocenění ČEKIA Stability Rating - TOP 100 nejstabilnějších firem v České republice dle ČEKIA Stability Rating.

MT Legal byla v posledních třech letech (2010, 2011 a 2012) opakovaně zařazena mezi pět nejlepších advokátních kanceláří v oblasti veřejných zakázek v České republice, a to na základě výsledků čtvrtého ročníku soutěže Právníká firma roku pořádané společností EPRAVO.CZ pod odbornou záštitou České advokátní komory a patronátem Ministerstva spravedlnosti ČR.