

Filip Plašil

## ÚSKALÍ POJMU „VEŘEJNÝ ZADAVATEL“ NA PŘÍKLADU CÍRKEVNÍCH PRÁVNICKÝCH OSOB

**Abstrakt:** Ačkoliv Soudní dvůr Evropské unie ve své judikatuře proklamuje nutnost eurokonformního výkladu právních termínů použitých v tzv. zadávací směrnici upravující oblast veřejných zakázek, dostávají se v praxi orgány členských států i právní teorie do úzkých zejména při výkladu definice veřejného zadavatele, obsažené v čl. 1 odst. 9 směrnice. Již samotný překlad několika součástí definice způsobuje zásadní problémy kvůli užití zřejmě dosud neznámých právních pojmů, se kterými právní řády členských států neoperovaly. Uvedené obtíže se markantně projevují na příkladu posuzování církevních právnických osob jako veřejných zadavatelů. V České republice se dosud k dané problematice vyjadřoval zejména Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve dvou rozhodnutích, která přinesla různý výsledek. Obdobně i německé orgány rozhodují o charakteru církevních právnických osob různorodě a vzácný nesoulad lze nalézt i na půdě německé právní teorie. K řešení otázky, které tzv. jiné právní osoby považovat za veřejné zadavatele, nepřispívá ani příloha III, resp. XI zadávací směrnice, neboť jednotlivé členské státy nejsou schopny se sjednotit, které subjekty mezi veřejné zadavatele zahrnout.

**Klíčová slova:** veřejné zakázky, zadávací směrnice, veřejný zadavatel, veřejnoprávní subjekt, církevní právní osoby

### ÚVOD

Při úvaze o právu veřejných zakázek lze patrně dojít k přesvědčení, že základním kamenem řečeného právního subodvětví je zadavatel. K zadavateli směřuje právní úprava, která sleduje regulaci jeho chování způsobilého vyvolat právně významné následky – veřejnou zakázku. Relativně nedávno přijatý zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, pojem zadavatel člení do tří veřejnoprávně významných kategorií veřejného zadavatele, dotovaného zadavatele a sektorového zadavatele. Definice posledně jmenovaných kategorií, vzhledem k jejich specifickému charakteru a poměrně exaktnímu vymezení, v praxi nezpůsobují interpretační obtíže. Již při prvním pohledu na abstraktní text ustanovení vymezujícího veřejného zadavatele však vyvstává řada otázek. Potřeby veřejného zájmu, průmyslový a obchodní charakter uspokojovaných potřeb, převážné financování státem či jiným veřejným zadavatelem – veškeré tyto obtížně uchopitelné termíny předpovídají tápání v praxi. Vzhledem ke snížení hranice podlimitní veřejné zakázky z 3, resp. 6 mil. Kč na 1, resp. 3<sup>1</sup> a zanedlouho jednotně na 1 mil. Kč<sup>2</sup> po přijetí novely zákonem č. 55/2012 Sb., účinné od 1. 4. 2012, došlo k významnému rozšíření okruhu veřejných zadavatelů, a to i přes to, že množství těch dosavadních se přesunulo do kategorie dotovaného zadavatele.<sup>3</sup> Veškeré tyto skutečnosti vybízejí k zamyšlení, jak se s pojmem

<sup>1</sup> Čl. I odst. 8 zák. č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>2</sup> Ibidem, čl. I odst. 9 ve spojení s čl. III – účinnosti nabude 1. 1. 2014.

<sup>3</sup> Uvedenou novelou byla též dotčena definice dotovaného zadavatele i její obsah, když dosavadní hranice zakázky cca 120 mil. Kč pro stavební práce byla bez náhrady zrušena a nově „dotovaným zadavatelem je právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % z peněžních prostředků z veřejných zdrojů...“

veřejný zadavatel vypořádává právo Evropské unie a zároveň i právní řády členských států (v předkládaném příspěvku je reflektována Česká republika a Německá spolková republika). K demonstraci uvedeného problému byl v rámci aktuálnosti vybrán příklad církevních právnických osob (dále CPO), jejichž charakter z pohledu zákona o veřejných zakázkách není ujasněn – po nabytí účinnosti zákona č. 428/2012 Sb., o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi,<sup>4</sup> lze, s eventuálním přílivem finančních prostředků, očekávat i vyšší účast CPO na financování (veřejných?) zakázek, zejména u stavebních akcí drobnějšího rázu.<sup>5</sup>

## 1. DVĚ POZNÁMKY K EUROKONFORMNÍ INTERPRETACI POJMU VEŘEJNÝ ZADAVATEL

Základní právní normu pro oblast veřejných zakázek v Evropské unii představuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby – tzv. **zadávací směrnice**.<sup>6</sup> Směrnice charakterizuje veřejné zadavatele v ustanovení čl. 1 odst. 9.

Vzhledem k zásadě loajality členských států je třeba zajišťovat jednotný výklad evropského práva ve všech členských státech a je třeba respektovat eurokonformní výklad, podávaný Soudním dvorem Evropské unie.<sup>7</sup> Z uvedeného důvodu byla definice veřejného zadavatele ze zadávací směrnice více či méně přesně implementována do právních řádů všech členských států. Přesto však nelze hovořit o jednotnosti – v různých členských státech je obsah textu chápán odlišně, a to vlivem rozdílných sociálních, kulturních etc. tradic – zejména pak u CPO, které nalézají v různých oblastech naprosto různorodé pochopení a přijetí. Patrně i s vědomím právě uvedeného neupravuje zadávací směrnice danou problematiku vyčerpávajícím způsobem a v případě neregulovaných elementů tak ponechává „na úvaze každého státu, zda je upraví svým předpisem, či je ponechá neupraveny“.<sup>8</sup> Je nutné si však na tomto místě položit otázku, kam potom směřuje požadavek jednotné interpretace práva Evropské unie.

Členským státům byl záměrně ponechán volný prostor i v otázce konkretizace obsahu definice veřejného zadavatele, a to alespoň demonstrativním způsobem (za pozornost

<sup>4</sup> Zákon ze dne 8. 11. 2012 nabyt účinnosti k 1. 1. 2013, s výjimkou ust. § 13, které nabylo účinnosti dnem vyhlášení.

<sup>5</sup> Je nutné se zabývat církevními právními osobami jako veřejnými zadavateli i z pohledu právního stavu před tzv. „velkou novelou“, neboť již u prováděných stavebních prací s přidělenou veřejnou dotací hrozí ztráta přiznaných finančních prostředků z důvodu porušení zákona (rozuměno zákona o veřejných zakázkách), pokud by konkrétní církevní právní osoba byla orgánem dozoru považována za veřejného zadavatele, a přesto by podle ZVZ nepostupovala.

<sup>6</sup> Kromě ní byla přijata ještě tzv. sektorová směrnice.

<sup>7</sup> Ibidem. Dále TÝČ, Vladimír. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 6. přeprac. a akt. vyd. Praha: Leges, 2010, s. 135. Rozsudek Evropského soudního dvora č. C-84/03 ze dne 13. ledna 2005 ve věci Evropská komise v. Španělsko obsahuje tezi, že pojem „veřejnoprávní subjekt“ jako pojem práva Společenství musí být vykládán autonomně a jednotně v celém Společenství (srov. MAREK, Karel. K eurokonformnímu výkladu zákona o veřejných zakázkách. *Právní rádce*. 2008, č. 2, s. 65–74). „Vnitrostátní soud členského státu má při aplikaci vnitrostátního práva jej interpretovat co možná nejvíce v souladu se zněním a účelem směrnice, aby dosáhl cíle sledovaného směrnici a tímto způsobem naplnil čl. 189 odst. 3 Smlouvy.“ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 7 As 16/2010-64 ze dne 17. 6. 2010.

<sup>8</sup> MAREK, Karel. Zadávání veřejných zakázek. *Obchodní právo*. 2011, č. 9, s. 3.

stojí nezvratný fakt, že přes úzkostlivé střežení svobody volného pohybu zboží, služeb a kapitálu je ponecháno na libovůli členských států, které právní subjekty – soutěžitelé – budou podrobeny výrazným veřejnoprávním zásahům do své činnosti a které nikoliv). Nutno podotknout, že bez jakéhokoliv návodu, vzoru či stanovení limitů. Podivuhodným výsledkem je **příloha č. III evropské zadávací směrnice č. 2004/18/ES**, na kterou se explicitně odvolává přímo ustanovení čl. 1 odst. 9 samotné směrnice (po rozhodnutí Komise č. 2008/963/ES ze dne 9. 12. 2008 byla příloha pozměněna a přečíslována na přílohu č. XI). Příloha č. III, resp. XI ve své podstatě představuje výčet subjektů, které jednotlivé členské státy považují za veřejné zadavatele podle čl. 1, odst. 9, druhý pododstavec zadávací směrnice, respektive na ně jako na veřejné zadavatele za určitých podmínek nahlížejí, případně jenom i výčet oblastí, ve kterých lze takové subjekty hledat. O jakékoliv stejnorodosti přirozeně nemůže být řeči a hledání jednotného obsahu definice veřejného zadavatele v právu Evropské unie podle předmětné přílohy se i při jejím současném znění jeví jako absurdní.

Pouhé demonstrativní uvedení příkladů několika členských států zajisté postačí k vytvoření dostatečné představy o charakteru přílohy: Belgie uvádí rozsáhlý taxativní výčet konkrétně jmenovaných institucí, Dánsko kombinuje výčet konkrétních subjektů s povšechným uvedením dalších oblastí, Řecko zvolilo příslovečně spartánskou stručnost a jím podaná konkretizace pozůstává spíše z obecně formulovaných neuchopitelných poznámek – veřejné subjekty, právnické osoby řídící se veřejným právem apod. Některé z „konkretizací“ členských států jsou formulovány natolik obecně, že o obsahu definice veřejného zadavatele v zadávací směrnici nemohou ničeho vypovědět. Mezi tyto případy patří i Česká republika – po konkrétním vyjmenování osmi subjektů, resp. jejich typů, specifikuje další neuvedené subjekty následovně: *„jiné právnické subjekty zřízené zvláštním zákonem, které ke svému provozování a v souladu s rozpočtovými nařízeními využívají peněz ze státního rozpočtu, státních fondů, příspěvků mezinárodních institucí, rozpočtu obvodních orgánů nebo rozpočtů samosprávných územních celků.“* Výklad této definice se dá pojmut velmi různorodě.

Uvedená nejednotnost se zračí i na příkladu CPO. V případě Německa je ze sféry možného působení CPO jmenováno zdravotnictví (nemocnice), sociální oblast (zařízení pro volný čas, domovy pro ženy, domovy pro staré lidi, lidi bez přístřeší), vzdělání (školicí a vzdělávací a rekvalifikační střediska, večerní školy), hřbitovy a pohřební služby. Konkretizace poněkud sklouzává k nesnadno definovatelným právním pojmům obzvláště u Finska, kde se lze dopátrat pouze definice *„veřejné nebo veřejně kontrolované subjekty a podniky, kromě těch, které mají průmyslovou nebo obchodní povahu“*. CPO ani v jednom z citovaných případů výslovně uvedeny nejsou. Naproti tomu Dánsko za veřejné zadavatele v původním znění přílohy<sup>9</sup> výslovně považovalo místní církevní správu (!). Belgie zahrнула v následující příloze č. IV v jejím původním znění zadávací směrnice mezi své ústřední orgány státní správy církevní rady a organizace pověřené řízením jiných uznaných náboženství, tudíž by se zde snad též dalo spekulovat o uznání veřejného/obecného zájmu na církevní oblasti ze strany Belgie. Jiné členské státy však neuvádějí církevní subjekty ani přes jinak poměrně rozsáhlý výčet veřejných zadavatelů.

<sup>9</sup> Česká republika přirozeně není, kvůli pozdějšímu datu přistoupení k Evropské unii, v původním znění přílohy uváděna.

Za pozornost stojí též vývoj obsahu přílohy, který se mění v souvislosti s obnovou seznamů subjektů, prováděnou členskými státy – v současné době již Dánsko ani Belgie uvedené subjekty v seznamu neuvádí. Znamená to snad, že CPO již Dánskem a Belgií za veřejné zadavatele považovány nejsou? Existuje názor prezentovaný německými autory,<sup>10</sup> že nepřítomnost církevních právnických osob v seznamu přílohy č. III zadávací směrnice zakládá přinejmenším domněnku, že CPO mezi veřejné zadavatele nepatří. I když jde o domněnku vyvratitelnou, lze se domnívat, že kupř. v Německu existují na právně teoretické půdě názory, že CPO do oblasti práva veřejných zakázek primárně nepatří. To ovšem nelze patrně soudit o některých jmenovaných členských státech, které CPO v seznamech výslovně uváděly. Zda tedy Evropská unie považuje CPO za veřejné zadavatele, nelze z přílohy z předestřených příčin odvodit.

Nelze než shrnout, že příloha č. III, resp. XI evropské zadávací směrnice (místo i ve spojení s přílohou č. IV, resp. XII) k poznání obsahu definice veřejného zadavatele nijak nepřispívá, ba naopak vnáší zmatek, neboť členské státy nejsou schopny se na obsahu definice sjednotit; příloha navíc prochází postupnými aktualizacemi. Za úvahu stojí i otázka, zda vůbec samotná existence přílohy č. III, resp. XI k zadávací směrnici nepředstavuje rozpor s judikaturou Soudního dvora Evropské unie – vždyť ten např. v rozsudku č. C-84/03 ze dne 13. ledna 2005 ve věci Evropská komise v. Španělsko uvedl, že pojem „jiná právnická osoba“ ve smyslu posuzování veřejných zadavatelů je nutno v celé Evropské unii vykládat jednotně.

\* \* \*

Pokud je nutné zachovat jednotnou eurokonformní interpretaci definice veřejného zadavatele v členských státech Evropské unie, představuje základ pro splnění tohoto požadavku především náležitá implementace zadávací směrnice do národních právních řádů. Při využití tak obecných termínů, které definice obsahuje, se tato vystavuje nebezpečí odlišného chápání těchto pojmů v různých členských státech (při čemž shora uvedená příloha č. III, resp. XI zadávací směrnice je toho důkazem). Důsledky uvedeného stavu lze dobře demonstrovat kupř. na pojmu „obecný zájem“ či „veřejný zájem“. Vnímatého čtenáře zaujme drobná nuance mezi definicí veřejného zadavatele obsažené v ust. § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. českého zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a v čl. 1 odst. 9 zadávací směrnice. Oním kamenem úrazu je pojem veřejný zájem, obecný zájem či v německém překladu směrnice obsažený výraz *Allgemeininteresse*. Evropská zadávací směrnice (stejně jako i jiné evropské právní předpisy) operuje s pojmem přeložitelným spíše jako obecný zájem – *Allgemeininteresse/general interest/d'intérêt général*. Pro domácí právní řády členských států uvedený pojem představuje často novum, dosud neužívané a neznámé. Německý autor Peter Staab upozorňuje na skutečnost, že k obsahu pojmu „*Allgemeininteresse*“ se nelze dobrat ani skrze judikaturu Soudního dvora Evropské unie, přesto, že tento uvedl v rozsudku C-76/97 ve věci *Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* nutnost eurokonformního výkladu uvedeného

<sup>10</sup> BLAUFUß, Jörg – HEIERMANN, Wolfgang – ZEISS, Christopher. *juris PraxisKommentar Vergaberecht – GWB – VgV – SektVO – VOB/A*. 3. vydání. Saarbrücken: Juris, 2011, s. 103.

pojmu.<sup>11</sup> Sám Staab připouští,<sup>12</sup> že vhodným řešením interpretačních obtíží by bylo při výkladu jednoduše nahradit evropský pojem „Allgemeininteresse“ domácím právním řádům spolkových zemí známým pojmem „öffentliche Interesse“...<sup>13</sup> Německá právní teorie provedla i další pokusy o osvětlení vztahu mezi vžitým „öffentliche Interesse“ a „Allgemeininteresse“. Dle Eberharda Schmidta-Aßmanna se jedná o pojmy nikoliv identické, kdy „öffentliche Interesse“ má v mnohých případech tendenci vyvinout se až do „Allgemeininteresse“<sup>14</sup> – lze snad tedy uvést, že oba pojmy se v některých situacích překrývají či splývají v jeden, zároveň však se jedná o termíny různé, které mění svůj vzájemný poměr v závislosti na konkrétních okolnostech.

Divergenci pojmů „obecný zájem“ a „veřejný zájem“ lze vysledovat i na domácí půdě. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 6/98 český Ústavní soud vyjádřil přesvědčení, že veřejný zájem existuje za účelem uspokojování obecného zájmu, a to patrně v celém svém rozsahu. Je tedy zřejmé, že Ústavní soud považuje „obecný zájem“ za širší pojem než „veřejný zájem“, ovšem „veřejný zájem“ jím prorůstá a snad je „obecným zájmem“ i podmíněn ve své existenci, tedy je „obecnému zájmu“ imanentní.

Na otázku, zda v zadávací směrnici užitý pojem „Allgemeininteresse“ je nutno interpretovat ve smyslu českého „obecného zájmu“ či „veřejného zájmu“, tak zjevně nebude snadné nalézt uspokojivou odpověď. Český právní řád si uvedenou otázku pro jistotu ani neklade, když „Allgemeininteresse“ bylo do ust. § 2 odst. 2 písm. d) bod 1 zák. č. 237/2006 Sb. přeloženo zkrátka a prostě jako domácím prostředí známý pojem „veřejný zájem“. Evropský legislativec tak v definici veřejného zadavatele **nejenom užil nejasně vymezeného právního termínu, ale dokonce přinesl termín zcela nový o stejné úrovni abstraktnosti a neuchopitelnosti**. Z jednoho problému se tak rázem staly dva, o využití dalších obdobných termínů (veřejnoprávní subjekt, obchodní a průmyslová povaha atp.) nemluvě. Na půdě Evropské unie tak existují členské státy, jejichž právní řády považují Allgemeininteresse/general interest/d'intérêt général za zcela nový právní termín, odlišný od těch, které jsou domácím právním řádům známy, avšak též jiné členské státy, které nad takovým rozdílem dosud zůstávají povzneseny. Pokud vznikají pochybnosti již při samotném překladu použitých termínů, jen s obtížemi je možné provádět náležitou interpretaci celé právní normy.

<sup>11</sup> Soudní dvůr EU ve svých rozsudcích vždy sklouzl k nejasným frázím, blízcím se spíše tautologii – „Allgemeininteresse“ naplňují takové činnosti, které uspokojují potřeby zájmu společnosti oproti zájmům jednotlivců či společenských skupin, činnosti, které podporují rozvoj společnosti apod. – srov. LOER, Elmar. *Public Private Partnership Und Public Public Partnership: Kooperations- Und Konzessionsmodelle sowie interkommunale Zusammenarbeit im Lichte des Vergaberechts*. Universitätsverlag Osnabrück: Osnabrück, 2007, s. 115.

<sup>12</sup> Pokud přijmeme předpoklad, že zákonné uložení povinnosti zadavateli osvědčuje existenci veřejného zájmu, resp. jde o potřeby veřejného zájmu.

<sup>13</sup> Peter Staab je názoru, že pramenem poznání obsahu pojmu „Allgemeininteresse“ může být i národní zákonodárství, když se obsah pojmu v jednotlivých právních řádech členských států bez toho liší. Autor dochází dokonce k závěru, že eventuálně by bylo možné v Německu nepřítli známý pojem „Allgemeininteresse“ nahradit zemským právním řádům známým pojmem „öffentliche Interesse“... Srov. STAAB, Peter. *Religionsgesellschaften und Vergaberecht. Zur Anwendung des Kartellvergaberechts auf die großen christlichen Kirchen*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2007, s. 146.

<sup>14</sup> SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. 2. vydání. Berlin: Springer, 2006, s. 151.

## 2. POSUZOVÁNÍ CPO JAKO VEŘEJNÝCH ZADAVATELŮ V ČR

Nejasně formulovaná definice veřejného zadavatele, obsažená v zadávací směrnici a jejím prostřednictvím též v právních rádech všech členských států Evropské unie, přináší v praxi zásadní odchylky v rozhodování státních orgánů posuzujících naplnění znaků definice a nejednoznačné či rozporné závěry z jejich rozhodovací činnosti. Nejvýznamnějším posuzujícím orgánem pro tuto oblast zůstává v České republice Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen ÚOHS), kde k lednu 2012 působily dvě rozkladové komise pro oblast dohledu nad zadáváním veřejných zakázek. Zjištění, že účastník správního řízení je veřejným zadavatelem, představuje pro další vedení řízení před správním orgánem podmínku *sine qua non*. Přesto lze konstatovat, že právě v případě CPO nebyla v dosavadní rozhodovací činnosti této otázky věnována náležitá pozornost.

V naprosté většině dosavadních správních řízení vedených vůči CPO byla uložena sankce pro porušení zákona o veřejných zakázkách, aniž by byl brán vyšší zřetel na zjištění skutečnosti, zda vůbec posuzované subjekty naplňují znaky veřejných zadavatelů. Takové zjišťování se dosud v mnoha případech nedělo a povaha veřejného zadavatele byla „vyřčena“ jaksí konkludentně bez odůvodnění,<sup>15</sup> ačkoliv takový postup způsobuje dle mého mínění přinejmenším obtížnou přezkoumatelnost správního rozhodnutí pro nedostatek důvodů. I když konkrétní CPO dosud ve většině správních řízení námitku nenaplnění definice veřejného zadavatele vůbec nevnesly, z nedávného stanoviska České biskupské konference i vyjádření některých CPO<sup>16</sup> lze odvodit názor vyšších církevních autorit, že CPO veřejnými zadavateli nejsou. Jedná se tedy o aktuální nesoulad nejen na právně teoretické půdě.

Praktické řešení uvedeného rozporu zůstává v České republice prozatím v nedohlednu, neboť z dosavadní rozhodovací praxe ÚOHS vzešla, pokud je mi známo, toliko dvě rozhodnutí, která obsahují posouzení CPO jako veřejných zadavatelů. Jedná se o případ farního sboru Českobratrské církve evangelické a dále případ Rytířského řádu křížovníků s červenou hvězdou. Závěr obou těchto rozhodnutí je rozdílný – **výsledkem řízení bylo označení jednoho ze jmenovaných účastníků za veřejného zadavatele, druhého však nikoliv. Z dosavadního obsahu sbírek rozhodnutí ÚOHS se tak jednoznačného posouzení nelze dobat.**

### 2.1 Případ farního sboru Českobratrské církve evangelické

Dne 1. 6. 2010 vydal ÚOHS rozhodnutí o rozkladu čj. ÚOHS-R162,163/2009/VZ-7741/2010/310/PMo. Předmětem řízení se stalo posouzení, zda definici veřejného zadavatele naplňuje konkrétní farní sbor Českobratrské církve evangelické (dále jen ČCE). Vzhledem ke stanovené premise, že farní sbor má vlastní právní subjektivitu jako samostatná práv-

<sup>15</sup> Rozhodnutí ÚOHS čj. S 004-R/01-50/140/OŠ ze dne 14. 2. 2001, čj. S 89-R/01-657/140/ZH ze dne 23. 7. 2001, čj. VZ/S 184/03-152/425/04-Der ze dne 23. 1. 2004 a další.

<sup>16</sup> Stanovisko právního poradce České biskupské konference Mgr. Stanislava Hykyše ze dne 4. 8. 2010, dále např. vyjádření Biskupství brněnského „*Biskupství brněnské, vyhlášovatel soutěže na návrh kostela, nevystupuje jako veřejný zadavatel ve smyslu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění a z tohoto důvodu není tímto zákonem vázán.*“ Srov. Internetové stránky Biskupství brněnského, soutěž na návrh stavby kostela Blahoslavené Marie Restituty v Brně-Lesné (<http://www.biskupstvi.cz/soutez-na-navrh-stavby-cirkevniho-objektu-kostela-blahoslavene-marie-restituty-v-brne-lesne>, cit. 27. 10. 2012).

nická osoba, posuzoval ÚOHS naplnění definice právě farním sborem a nikoliv celou církví. ÚOHS **dospěl k závěru, že farní sbor ČCE definici veřejného zadavatele naplňuje**, a to především s odůvodněním, že sbor byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, nepůsobí v hospodářské soutěži za standardních tržních podmínek a nevykonává svou činnost především za účelem dosažení zisku.

Základní nedostatek citovaného rozhodnutí spatřuji ve skutečnosti, že ÚOHS dle mého nedostal svému záměru posuzovat naplnění definice veřejného zadavatele samotným farním sborem jako takovým, a posuzování provedl s použitím analogie, jak sám výslovně v odůvodnění rozhodnutí poznamenal.<sup>17</sup> Tak odvodil charakter činnosti farního sboru zejména i z Řádu diakonické práce, platného pro nejružnější právnické osoby tvořící organizační strukturu ČCE. Domnívám se, že obdobný postup není dostatečný, pokud má být právnické osobě uložena veřejnoprávní sankce, již s ohledem na zásadu správního práva trestního *in dubio mitius*. Analogie a obsah interní instrukce „nadřazené“ právnické osoby, připomínající leckdy velmi abstraktní náměty *de lege ferenda*, mají nalézt uplatnění spíše jako doplňující, pomocný pramen poznání skutečnosti, avšak nelze stavět zásadní právní závěr pouze na nich.<sup>18</sup> Zůstává tedy na uvážení, nakolik se závěr ÚOHS dotýká skutečně konkrétního farního sboru ČCE, a jak tedy jeho závěrů využít v praxi.

## 2.2 Příklad Rytířského řádu křížovníků s červenou hvězdou

Dne 4. 12. 2009 bylo vydáno prvostupňové rozhodnutí čj. ÚOHS-S208/2009-14177/2009/530/JVa, jehož předmětem se stalo posouzení, zda definici veřejného zadavatele naplňuje Rytířský řád křížovníků s červenou hvězdou. Na rozdíl od výše citovaného rozhodnutí již povaha rytířského řádu a jeho relativní samostatnost v církevní struktuře neumožnila využití analogie. Přesto shledávám i v tomto rozhodnutí citelný nedostatek – ÚOHS se v rámci zkoumání faktického naplňování definice veřejného zadavatele omezil v zásadě pouze na ocitování části Konstituce Rytířského řádu křížovníků s červenou hvězdou („[řád] je církevní organizací založenou zejména za účelem duchovního poslání, pastorače a charity a bere si za úkol péči o nemocné, potřebné a chudé“). Neshledávám dostatečným, aby hlavní podklad eventuálního správního trestání pro porušení zákona o veřejných zakázkách tvořilo pouze nepřímé tvrzení posuzovaného subjektu obsažené v řádové konstituci, aniž by došlo ke zkoumání faktické činnosti zadavatele.

ÚOHS na základě uvedených důvodů dospěl k závěru, že první část definice (tedy podmínka uvedená v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona o veřejných zakázkách) byla splněna. Závěr rozhodnutí vyzněl přesto ve prospěch posuzovaného subjektu, když ÚOHS shledal nedostatek naplnění podmínky převážného financování státem či jiným veřejným zadavatelem. **Rytířský řád křížovníků s červenou hvězdou tak dle závěru ÚOHS definici veřejného zadavatele nenaplnil.**

<sup>17</sup> „na základě analogie ... byl charakter vykonávaných činností této organizace vztažen na obdobnou činnost farních sborů, které třebaže nedostávají na svou činnost od státu finanční prostředky, prakticky vykonávají stejnou činnost.“

<sup>18</sup> Nehledě na rozsudek ESD ze dne 12. 12. 2002, sp. zn. C-470/99 ve věci *Universale-Bau AG*, který uzavřel, že pro účely posuzování veřejných zadavatelů nestačí pouhé konstatování, že zadavatel byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslový nebo obchodní charakter, ale je zároveň nutné zkoumat i faktickou činnost, kterou subjekt vykonává aktuálně v době posuzování.

Uvedená rozhodnutí ÚOHS tak ve svém výsledku staví před veřejnost dva rozdílné závěry a samotná rozhodnutí nelze dle mého označit za zcela přesvědčivá. Posuzování CPO jako veřejných zadavatelů tak v České republice prozatím zůstává otevřenou otázkou.

### 3. POSUZOVÁNÍ CPO JAKO VEŘEJNÝCH ZADAVATELŮ V NSR

Ačkoli vlivem zakotvení tzv. církevní daně (Kirchensteuer) v německém právním řádu existuje na německé půdě poněkud odlišné prostředí pro vnímání charakteru církví a CPO než v České republice, patří problematika posuzování CPO jako veřejných zadavatelů i tam k aktuálním otázkám řešeným rozhodovací praxí i právní teorií. Již v samotné vrchnostenské legislativní garanci církevní daně, jejím výběru státem (ne beze zbytku) a v možnosti uložení sankcí v případě neplacení daně spatřují někteří autoři<sup>19</sup> potvrzení státního charakteru daně a z této příčiny dovozují financování církví státem. Jiní považují existenci církevní daně pouze za finanční břemeno samotných věřících, nad jehož výkonem převzal stát dohled, a tyto důvody považují za dostatečný argument k závěru, že církve státem financovány nejsou.<sup>20</sup> Nutné je zmínit též kompromisní názor Helmuta Prieße, který podporuje přezkum CPO u takových zakázek, které jsou realizovány s významnější státní dotační podporou za účelem zajištění některých specifických odvětví církevní činnosti (kupř. církevní zdravotnická zařízení), neboť taková činnost CPO je víceméně postavena na úrovni péče státní.<sup>21</sup>

Otázka financování CPO tak není právní teorií vyřešena, stejně jako interpretace pojmu „Allgemeininteresse“ zavedeného evropskou zadávací směrnicí a zemským právním řádům dosud neznámého, jak bylo prezentováno výše. Snad v jediné součásti definice veřejného zadavatele panuje v NSR shoda – existence ovládnutí CPO státem či jiným veřejným zadavatelem bývá v Německu všeobecně odmítána,<sup>22</sup> a to z důvodu právního vymezení vysoké míry autonomie církví, která je v současné době respektována i soudy.<sup>23</sup>

Rozhodovací činnost německých správních orgánů i soudů není zcela jednotná. Kupř. rozhodnutí Vergabeüberwachungsausschuss Hessen ze dne 10. 6. 1996, sp. zn. VüA 2/96 obsahuje závěr, že církevní nadace zadávající stavbu domova pro seniory je veřejným

<sup>19</sup> OHLER, Frank Peter. *Zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers im europäischen Vergaberecht*. Frankfurt: Lang, 2001, s. 118.

<sup>20</sup> K obdobnému závěru dochází i WINKEL, Burghard. *Kirche und Vergaberecht: der vergaberechtliche Status der evangelischen Landeskirchen in Deutschland*. Frankfurt: Lang, 2004, s. 99 an., nebo FRENZ, Walter. *Handbuch Europarecht. Band 3 – Beihilfe und Vergaberecht*. Berlin: Springer 2007, s. 809.

<sup>21</sup> PRIEß, Hans-Joachim. *Religionsgemeinschaften Auftraggeber im Sinne des EG-Vergaberechts? Europäisches Vergaberecht*. 1995, roč. 5, s. 248–249.

<sup>22</sup> Za všechny z novější literatury STAAB, Peter. op. cit., s. 215, dále MECKLER, Markus. *Vergaberecht für Baupraktiker. Rechtsgrundlagen, Vergabeverfahren und Rechtsschutz*. 2. přepracované a rozšířené vydání. Berlin: Beuth, 2011, s. 28.

<sup>23</sup> Za všechny např. rozhodnutí Spolkového soudního dvora (Bundesgerichtshof) sp. zn. V ZR 261/02 ze dne 28. 3. 2003 – ve vnitrocírkevních záležitostech nejsou státní soudy oprávněny rozhodovat před vyčerpáním církevních prostředků nápravy, a pokud již dojde k rozhodování státním soudem, ten je povinen omezit se pouze na posouzení platnosti církevního opatření s ohledem na obecný zákaz libovůle, dobré mravy a veřejného pořádku.



zadavatelem. V poslední době se však objevilo několik zásadnějších rozhodnutí podporujících závěr, že CPO veřejnými zadavateli nejsou. Tak uvedla např. Vergabekammer Nordbayern ve svém usnesení ze dne 29. 10. 2001, sp. zn. 320.VK-319435/01, že CPO nejsou veřejnými zadavateli. Stejně tak judikovala v případě evangelické církve ve věci sekání trávy na církví spravovaných hřbitovech i Vergabekammer Hessen usnesením ze dne 26. 4. 2006, sp. zn. 69d-VK-15/2006, která opět explicitně shrnula, že „*Religionsgemeinschaft ist kein öffentlicher Auftraggeber*“. Značnou pozornost vzbudil často citovaný **rozsudek Vrchního zemského soudu (Oberlandesgericht) v Celle ze dne 25. 8. 2011, sp. zn. 13 Verg 5/11**. Soud o otázce, zda biskupství je veřejným zadavatelem, rozhodl s citací německých autorů Ziekowa, Diehra a Zeisse, že biskupství by bylo eventuálně možné považovat za zadavatele dotovaného, nikoli však zadavatele veřejného ve smyslu ust. § 98 odst. 2 GWB.<sup>24</sup> Současný pozorovatel tak může podotknout, že německá judikatura se přiklání spíše na stranu svobodného zadávání zakázek CPO.

Nezvyklý nesoulad panuje však v právních názorech německé právní teorie, která má, na rozdíl od teorie české, snahu otázku CPO jako veřejných zadavatelů řešit. Zejména s ohledem na různé nazírání charakteru německé církevní daně, ale i soukromoprávního či veřejnoprávního charakteru samotných církví, se autoři dělí ve dvě přibližně stejně zastoupené skupiny. Skupina v čele se Staabem,<sup>25</sup> Ohlerem,<sup>26</sup> Prießem,<sup>27</sup> Drügemöllerem,<sup>28</sup> Weylandem<sup>29</sup> a dalšími souhlasně dochází k závěru, že CPO je nutno považovat za veřejné zadavatele podle § 98 odst. 2 GWB. Na druhé straně stojí druhá skupina autorů, k nimž patří kupř. Frenz,<sup>30</sup> Ziekow,<sup>31</sup> Zeiss,<sup>32</sup> Diehr,<sup>33</sup> Meckler<sup>34</sup> aj., kteří naopak prezentují svůj nesouhlasný postoj se zařazením CPO k veřejným zadavatelům. Německá odborná literatura tak vodítko k jednoznačnému závěru poskytnout nemůže, neboť zcela odlišné názory jsou v ní zastoupeny stejnoměrně, a lze tak konstatovat silnou rozpolenost.

<sup>24</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ve znění vyhlášky z 15. 7. 2005 (BGBl. I s. 2114; 2009 I s. 3850) a pozdějších předpisů.

<sup>25</sup> STAAB, Peter. *Religionsgesellschaften und Vergaberecht. Zur Anwendung des Kartellvergaberechts auf die großen christlichen Kirchen*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2007.

<sup>26</sup> OHLER, Frank Peter. *Zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers im europäischen Vergaberecht*. Frankfurt: Lang, 2001.

<sup>27</sup> PRIEß, Hans-Joachim. *Religionsgemeinschaften Auftraggeber im Sinne des EG-Vergaberechts? Europäisches Vergaberecht*. 1995, roč. 5, s. 248 an.

<sup>28</sup> DRÜGEMÖLLER, Albert. *Vergaberecht und Rechtsschutz*. Berlin: Springer, 1999.

<sup>29</sup> WEYLAND, Rudolf. *Religionsgesellschaften und Vergaberecht*. Baurecht. 1996, s. 780 an.

<sup>30</sup> FRENZ, Walter. *Handbuch Europarecht. Band 3 – Beihilfe und Vergaberecht*. Berlin: Springer, 2007. Frenz připojuje, že za veřejné zadavatele by v konkrétním případě bylo možno považovat jediné církevní nadace.

<sup>31</sup> ZIEKOW, Jan – VÖLLINK, Uwe-Carsten et al. *Vergaberecht. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, Vergabeverordnung, Sektorenerordnung, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste. Kommentar*. München: C. H. Beck, 2011.

<sup>32</sup> BLAUFUß, Jörg – HEIERMANN, Wolfgang – ZEISS, Christopher. *juris PraxisKommentar Vergaberecht – GWB – VgV – SektVO – VOB/A*. 3. vydání. Saarbrücken: Juris, 2011.

<sup>33</sup> STICKLER, Thomas – REIDT, Olaf – DIEHR, Matthias a kol. *Vergaberecht mit Vergabeordnung 2010*. 3. vyd. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2011.

<sup>34</sup> MECKLER, Markus. *Vergaberecht für Baupraktiker. Rechtsgrundlagen, Vergabeverfahren und Rechtsschutz*. 2. přepracované a rozšířené vydání. Berlin: Beuth, 2011.

#### 4. ZÁVĚR

Již po zhodnocení uvedených dílčích poznámek je možné učinit závěr, že eurokonformní interpretace pojmu veřejný zadavatel naráží v některých oblastech na významná úskalí, způsobená odlišným vnímáním obsahu definice obsažené v zadávací směrnici, ale i charakteru konkrétních zadavatelů v různých členských státech. Zejména u CPO je tato disharmonie jasně patrná, ovšem obdobné problémy jsou řešeny i u dalších subjektů, jakými jsou např. veřejné rozhlasové a televizní stanice, zdravotní pojišťovny aj.<sup>35</sup> Sjednocení výkladu pojmu veřejný zadavatel nepřispívá ani příloha č. III, resp. XI zadávací směrnice, která vnáší do problematiky posuzování zadavatelů spíše chaos. Je patrné, že nejen rozhodovací praxe příslušných správních i soudních orgánů členských států, ale dokonce i právní teorie není v náhledu na předmětný problém jednotná (byť v České republice dosud nebyla otázka CPO jako veřejných zadavatelů příliš reflektována).

Pokud dojde k odlišnému posouzení obdobných subjektů co do naplnění definice veřejného zadavatele v různých členských státech, lze hovořit o určité překážce realizace volného trhu, neboť jeden ze subjektů bude přirozeně znevýhodněn. Na druhé straně je vhodné položit si otázku, zda vůbec je naprostá jednota posuzování zadavatelů v prostředí „mnohonárodnostní“ Evropské unie z výše uvedených důvodů reálná, a zda nezbývá než na realizaci ideje jednotného eurokonformního výkladu některých oblastí evropského práva rezignovat. V každém případě spatřuji v obtížném posuzování veřejných zadavatelů dostatečný prostor k případnému vznesení předběžné otázky ve smyslu čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie jejímu Soudnímu dvoru, jehož úkolem je právě interpretační sjednocování. Nakolik může být tato snaha úspěšnou, si však netroufám odhadnout.

**Mgr. Filip Plašil**

AK Žďár nad Sázavou

<sup>35</sup> Srov. např. HOCHHOLZER, Mathias. *Die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung im Lichte des Vergaberechts*. Siegen: Grin Verlag, 2007 nebo OHLER, Frank Peter. *Zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers im europäischen Vergaberecht*. Frankfurt: Lang, 2001.

Filip Plašil

### **The Pitfalls of the Term “Public Authority”: the Example of Ecclesiastical Legal Persons**

*Abstract:* Although, in its rulings, the Court of Justice of the European Union has proclaimed the necessity for European-wide consistency of interpretation of legal terminology used in the Procurement Directive governing the area of public procurement, in practice and also in legal theory, member states' authorities tend to find themselves in difficulties with the interpretation of the definition of the term contracting authority contained in Article 1, paragraph 9 of the Directive. Even the simple translation of several components of the definition cause fundamental problems due to the use of hitherto unknown legal terms with which the legal systems of the member states have not yet encountered. The aforementioned difficulties manifest themselves particularly plainly for instance in the case of religious legal entities being deemed to be contracting authorities. One particular authority in the Czech Republic, which has so far made reference to this matter, in two rulings which brought differing results, is the Office for Protection of Competition. Similarly, the German authorities also come to varying decisions about the nature of religious legal entities and a rare case of discord can be found in German legal theory. Nor is resolution of the matter of which “bodies governed by public law” can be assumed to be contracting authorities helped by Annex III, or rather XI of the Procurement Directive, since the individual member states are unable to conform to the question of which entities to include among contracting authorities.

*Key words:* public procurement, Procurement directive, contracting authority, body governed by public law, religious legal entities