

Veřejné podpory v zadávacím řízení s důrazem na výzkum, vývoj a inovace (I.)

Při zadávání veřejných zakázek musejí zadavatelé dbát na dodržování nejrůznějších povinností, aby zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem a nevystal žádný důvod k napadení jeho regulérnosti. Tyto povinnosti jim nevyplývají pouze ze zákona o zadávání veřejných zakázek, ale také z jiných, především veřejnoprávních předpisů, jako je zákon o finanční kontrole, vyžadující dodržování finanční kázně, respektive principu 3E. Při zadávání veřejných zakázek však dochází k nakládání s veřejnými prostředky, a zadavatelé tak musejí zohlednit i riziko poskytnutí nezákonné veřejné podpory v rámci zadávacího řízení. Tento miniseriál se proto věnuje problematice veřejných podpor při zadávání, a to s důrazem na oblast výzkumu, vývoje a inovací.



JUDr. Bc. Tomáš Kočař
Advokátní kancelář
Weinhold Legal

Následující článek se poskytováním veřejných podpor v oblasti výzkumu, vývoje a inovací („VVI“) zabývá pouze v obecné rovině. S ohledem na velmi specifickou a podrobnou regulaci se tedy blíže nevěnuje poskytování jednotlivých podpor v oblasti VVI, jako jsou účelové a institucionální podpory dle zákona č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu a vývoje z veřejných prostředků a o změně některých souvisejících zákonů („zákon o podpoře VVI“).

Obecně k problematice veřejných podpor při zadávání

Úprava zadávání veřejných zakázek vychází z tzv. zadávacích směrnic transponovaných do práv-

(„ZZVZ“). Oproti tomu poskytování veřejných podpor je upraveno primárně na úrovni EU v čl. 107 a násl. Smlouvy o fungování Evropské unie („SFEU“), přičemž tato právní úprava je v ČR přímo použitelná a má přímý účinek.

Zadávací směrnice ani ZZVZ nestanoví, za jakých podmínek dochází nebo může dojít při zadávání veřejných zakázek k poskytnutí veřejné podpory. Obdobně ani z čl. 107 a násl.

SFEU neplyne, že by vynakládání veřejných zdrojů při zadávání veřejných zakázek podléhalo zvláštnímu



Opatření je přičitatelné státu, i když je poskytováno subjekty, jež jsou na veřejné moci nezávislé

ního řádu České republiky prostřednictvím zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

režimu odlišnému od obecné právní úpravy poskytování veřejných podpor. Z toho vyplývá, že zadavatel musí při zadávání veřejných zakázek dodržovat vedle povinností stanovených v ZZVZ a jiných právních předpisech také pravidla obsažená v čl. 107 a násl. SFEU a zákoně č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoj, a to i v případě veřejných zakázek „nízké hodnoty“ (rozsudek Soudního dvora z 20. 10. 2005, C-264/03) – v pojmosloví ZZVZ tedy veřejných zakázek malého rozsahu.

Z pohledu podpor v oblasti VVI je zadavatel dále povinen za určitých okolností dodržovat také zákon o podpoře VVI, jemuž však v tomto článku z výše uvedených důvodů nevěnujeme zvláštní pozornost.

Veřejná podpora a její definiční znaky

Čl. 107 odst. 1 SFEU vymezuje definiční znaky veřejné podpory a současně stanoví zákaz jejího poskytování: „Podpory poskytované v jakékoli formě státem nebo ze státních prostředků, které narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž tím, že zvýhodňují určité podniky nebo určitá odvětví výroby, jsou, pokud ovlivňují obchod mezi členskými státy, neslučitelné s vnitřním trhem, nestanoví-li Smlouvy jinak.“

Jestliže by podpora poskytnutá zadavatelem splnila kumulativně

Veřejnou podporou je podpora, která: je poskytnuta státem nebo z veřejných prostředků; zvýhodňuje určité podniky či odvětví výroby selektivním způsobem; narušuje nebo může narušit hospodářskou soutěž a ovlivňuje obchod mezi členskými státy.



všechny definiční znaky, je v souladu s čl. 107 odst. 1 SFEU zakázáno ji poskytnout. Zadavatel má tedy povinnost zkoumat, zda opatření přijatá jím v souvislosti se zadávacím řízením nespĺňují znaky zakázané veřejné podpory. Níže proto detailněji rozebíráme jednotlivé definiční znaky veřejné podpory, které musí zadavatel posuzovat.

Podpora poskytnutá státem či ze státních prostředků

Právo EU zakazuje, aby byla podpora poskytnuta státem nebo ze státních prostředků, a to v jakékoli formě, ať už jde o podporu přímou (např. dotace, věcné dávky či prodej zboží nebo služeb za nižší než tržní cenu), či nepřímou (např. daňové úlevy, nevymáhání pohledávky nebo jiné vzdání se příjmů). Přičitatelnost státu a poskytnutí výhody ze státních prostředků jsou tak podle Komise dvěma samostatnými a kumulativními podmínkami (bod 38 sdělení Komise o pojmu státní podpora uvedeném v čl. 107 odst. 1 SFEU; „sdělení“).

Opatření je přičitatelné státu nejen v případě, kdy je poskytováno orgány veřejné moci, ale i když je poskytováno subjekty, jež jsou na veřejné moci nezávislé. Státu je tak přičitatelné například poskytnutí výhody prostřednictvím veřejného podniku, na němž se podílejí orgány veřejné moci (kupř. majetkovou účastí).

Poskytnutí podpory ze státních prostředků zahrnuje veškeré zdroje veřejného sektoru a za určitých okolností i zdroje soukromých subjektů. Za státní prostředky se tudíž považují rovněž prostředky veřejných podniků, jelikož zůstávají pod kontrolou státu, který tak může jejich použití řídit (rozsudek Soudního dvora z 16. 5. 2002, C-482/99).

Zadavatel tedy musí v prvé řadě zkoumat, zda jím přijatá opatření nepředstavují podporu poskytnutou státem nebo ze státních prostředků. S ohledem na definici

zadavatele obsaženou v § 4 ZZVZ lze nicméně usoudit, že podmínka přičitatelnosti a původu ze státních prostředků bude při zadávání veřejných zakázek zásadně splněna.

Zvýhodnění určitého podniku či odvětví výroby

Aby se jednalo o zakázanou veřejnou podporu, musí poskytnutá podpora představovat zvýhodnění určitého podniku nebo odvětví výroby. Jelikož se zadávacího řízení účastní vždy jednotlivé podniky, bude připadat v úvahu zejména možné zvýhodnění jednotlivého podniku, respektive podniků účastnících se zadávacího řízení.

Podnikem je subjekt vykonávající hospodářskou činnost bez ohledu na své právní postavení nebo způsob financování (rozsudek Soudního dvora z 23. 4. 1991, C-41/90). Nezáleží ani na tom, zda byl zřízen za účelem zisku. Rozhodující je pouze výkon konkrétní hospodářské činnosti, tj. jakékoliv činnosti spočívající v nabízení zbo-

ží či služeb na trhu (rozsudek Soudního dvora z 16. 6. 1987, 118/85).

Za podnik naopak nelze považovat subjekt, který nevykonává hospodářskou činnost. Takovým neekonomickým subjektem mohou být některé instituce pověřené výkonem veřejné moci nebo provádějící nekomerční výzkum či transfer znalostí, jako je například „výzkumná organizace“ ve smyslu bodu 19 sdělení Komise – Rámec pro státní podporu výzkumu, vývoje a inovací („rámec“) provádějící nezávislý výzkum a vývoj s cílem získat nové poznatky, veřejně šířící výsledky výzkumu na nevýlučném a nediskriminačním základě (např. prostřednictvím open source) nebo provádějící transfer znalostí, při němž se veškeré příjmy z těchto činností znovu investují do primárních činností takové výzkumné organizace či výzkumné infrastruktury (bod 32 sdělení a bod 19 rámce).

Pokud by byla výhoda poskytnuta subjektu vykonávajícímu hospodářskou i neekonomickou činnost, neuplatnila by se pravidla

veřejné podpory pouze ve vztahu k této neekonomické činnosti. V takovém případě by však musel daný subjekt vést oddělené účetnictví k zamezení tzv. křížovému financování. Jestliže by ovšem nebylo možné tyto druhy činnosti oddělit nebo by výkon hospodářské činnosti představoval méně než 20 %, neuplatnila by se pravidla veřejné podpory vůbec (rozsudek Soudního dvora z 12. 7. 2012, C-138/11).

S ohledem na skutečnost, že cílem části účastníků v zadávacím řízení je obvykle nabízení služeb na komerční bázi, se budou účastníci zadávacího řízení převážně považovat za podniky. Pokud by však účastník prováděl jen nekomerční výzkum a vývoj a své výsledky následně šířil na nevýlučném a nediskriminačním základě (např. prostřednictvím open source licence), aniž by z toho měl jakoukoliv výhodu, pravidla veřejné podpory by se nepoužila a případné poskytnutí podpory by bylo přípustné. I za těchto okolností by však mohlo být v rozporu s dalšími



povinnostmi uloženými zadavateli jinými právními předpisy, například principem 3E.

Zvýhodnění – obecně

K definičním znakům veřejné podpory patří zvýhodnění určitého podniku. Čl. 107 odst. 1 SFEU tedy předpokládá, že příslušné opatření zadavatele je selektivní. Selektivita přitom může existovat i v případech, kdy podpora podléhá objektivním kritériím, na jejichž základě může být udělena neomezenému počtu příjemců, kteří nejsou zpočátku jednotlivě identifikováni (rozsudek Soudu prvního stupně z 29. 9. 2000, T-55/99).

Zvýhodnění je pak jakákoliv hospodářská výhoda, kterou by podnik za běžných tržních podmínek, tzn. bez zásahu státu, nemohl získat (rozsudek Soudního dvora z 29. 4. 1999, C-342/96). Jestliže se tedy v důsledku „státního“ zásahu realizovaného za netržních podmínek zlepši postavení určitého podniku, bude podmínka zvýhodnění splněna. Takové zvýhodnění přitom nemusí spočívat pouze ve zvýšení kapitálu (např. v důsledku koupě inovací za netržní cenu) či zbavení ekonomické zátěže, na kterou má stát nárok – ale například i v tom, že zadavatel poskytne jednomu účastníkovi delší lhůtu k podání nabídky nebo více informací než ostatním, umožní účastníkovi měnit nabídku či provést podstatnou změnu závazku z následné smlouvy na veřejnou zakázku bez nového zadávacího řízení nebo řádně nevymáhá smluvní pokuty z této smlouvy.

Při posuzování zvýhodnění určitého podniku se zkoumá celkový účinek daného opatření, aniž by byl rozhodující jeho skutečný či deklarovaný cíl.



Pro posouzení zvýhodnění určitého subjektu v tržním hospodářství se užívá tzv. princip soukromého investora, spočívající v posouzení tržního chování státu. Jsou-li opatření státu provedena za stejných podmínek, za jakých by je uskutečnil srovnatelný soukromý investor sledující výhradně své ekonomické zájmy, nemůže se ze strany státu jednat o zvýhodnění, a tudíž ani o veřejnou podporu.

O zvýhodnění podniku by tak podle Komise nešlo v situaci, kdy by například výzkumná organizace sice prováděla hospodářskou činnost (tzn. byla by podnikem ve smyslu unijního práva), ale současně:

» by jako zprostředkovatel pouze převáděla veřejné financování a veškeré z něho plynoucí výhody na konečné příjemce – jde zejména o případy, kdy jsou veškeré finance a výhody ze strany výzkumné organizace převedeny na konečné příjemce (např. prostřednictvím nižších cen) a výzkumné organizaci jako zprostředkovateli není poskytnuta žádná výhoda, protože byla vybrána v otevřeném zadávacím řízení (rozuměj nikoliv ve zvláštním druhu zadávacího řízení, ale v druhu zadávacího řízení umožňujícím účast všem kvalifikovaným

uchazečům, kteří projevíli zájem o účast a jimž bylo umožněno soutěžit o veřejnou zakázku; rozsudek Soudu prvního stupně z 5. 8. 2003, T-116/01 a T-118/01), nebo bylo veřejné financování na základě objektivních kritérií k dispozici všem uchazečům, takže koneční příjemci měli možnost získat rovnocenné služby od jakékoliv zprostředkující výzkumné organizace (bod 22 rámece); v takovém případě by se pravidla veřejné podpory uplatnila až ve vztahu ke konečným příjemcům výhod; nebo

» by prováděla smluvní výzkum pro podnik, který by stanovil smluvní podmínky, vlastnil výsledky výzkumných činností, nesl riziko neúspěchu, a výzkumná organizace by obdržela tržní cenu za takto poskytované služby; poskytuje-li výzkumná organizace konkrétní výzkumnou službu či provádí smluvní výzkum jménem daného podniku poprvé, na zkušební bázi a po jasně vymezenou dobu, bude se účtovatelná cena obvykle považovat za tržní, jestliže budou výzkumná služba či smluvní výzkum jedinečné a bude možné prokázat, že pro ně neexistuje trh (body 25 a 26 rámece); pokud by si výzkumná organizace ponechala práva duševního vlastnictví nebo přístupová práva

(např. vyvinutý zdrojový kód), bylo by pak možné jejich tržní hodnotu odečíst od ceny, jež má být zaplacená za poskytnuté služby (bod 26 rámc).

Případem veřejné podpory by naopak byla situace, kdy by zadavatel poskytl za poptávané zboží či služby dodavateli vyšší než tržní odměnu, čímž by ekonomicky zvýhodnil některého účastníka zadávacího řízení oproti ostatním soutěžitelům. Při posuzování souladu s tržními podmínkami by bylo nutné předem (ex ante) zvážit všechny okolnosti konkrétního opatření, včetně zdůvodnění potřeby zakoupení zboží či služeb, jelikož za mimořádných okolností nemusí být ani pořízení zboží nebo služeb za tržní ceny v souladu s tržními podmínkami (rozsudek Soudu prvního stupně z 28. 1. 1999, T-14/96).

Soulad transakce s tržními podmínkami lze zjistit v první řadě pomocí konkrétních tržních informací, pokud transakci provedly rovnocenné subjekty (pari passu)

nebo byla uskutečněna prostřednictvím zadávacího řízení:

» soutěžního – zadávací řízení je soutěžní, umožňuje-li účast všem kvalifikovaným uchazečům, kteří projeví zájem; za přijatelné se považuje zadání veřejné zakázky v otevřeném řízení či řízení o inovačním partnerství a dále v užším řízení, pokud ovšem není zainteresovaným subjektům zabráněno v účasti na zadávacím řízení bez uvedení pádného důvodu;

» transparentního – zadávací řízení je transparentní v případě, že jsou v každé fázi nabídkového řízení všichni zainteresovaní uchazeči stejně a řádně informováni; v bodě 91 sdělení je transparentnost rozvedena následovně: „Rozhodujícími prvky transparentního výběrového řízení jsou dostupnost informací, dostatečný čas, který mají zainteresovaní uchazeči k dispozici, a jednoznačnost kritérií pro výběr a zadání.

Nabídkové řízení musí být dostatečně zveřejněné, aby ho mohli vzít na vědomí všichni potenciální uchazeči. Míra publicity potřebná k zajištění dostatečného zveřejnění v daném případě závisí na charak-

teristikách daného majetku, zboží a služeb.”;

» nediskriminačního – zadávací řízení je nediskriminační, je-li se všemi uchazeči ve všech fázích řízení zacházeno nediskriminačně a již předem jsou stanovena objektivní kritéria pro výběr uchazeče, která umožní objektivní porovnání a posouzení uchazečů; a současně

» bezpodmínečného – zadávací řízení je bezpodmínečné v případě, že mohou být vysoutěžené zboží či služby užívány přímo zadavatelem; jestliže musí zadavatel převzít zvláštní závazky, které by soukromý kupující nevyžadoval, ve prospěch orgánu veřejné moci nebo ve veřejném zájmu a tyto závazky nevyplynají z obecného vnitrostátního práva či z rozhodnutí orgánů územního plánování, není podmínka splněna; vedle toho by měla být jediným relevantním kritériem nejnižší nabídková cena veřejné zakázky umožňující ponechat prodávajícímu jen běžný výnos (bod 96 sdělení); to však nebude platit v případech, kdy je explicitně vyloučeno hodnocení nabídek pouze podle ceny (§ 114 odst. 3 ZZVZ), což je případ zejména řízení o inovačním partnerství, jednacího ří-



Klíčový definiční znak veřejné podpory představuje narušení hospodářské soutěže

soutěžní dialog nebo jednací řízení s uveřejněním naopak mohou být akceptovány pouze ve výjimečných případech; vyloučeno je použití jednacího řízení bez uveřejnění (bod 66 sdělení Komise o použití pravidel EU v oblasti státní podpory na vyrovnávací platbu udělenou za poskytování služeb obecného hospodářského zájmu);



zení s uveřejněním a soutěžního dialogu, tedy těch druhů zadávacích řízení, která jsou výslovně určena k zadávání veřejných zakázek na inovační projekty; v těchto případech by měl zadavatel provést hodnocení podle nejnižších nákladů životního cyklu nebo se zohledněním hodnocení podle kvality nabízeného plnění.

Pokud budou výše uvedené podmínky zadávacího řízení splněny, bude možné považovat opatření zadavatele za souladné s tržními podmínkami, a tudíž bude možné vyloučit existenci zvýhodnění, ipso facto i veřejné podpory. Jestliže všechny podmínky splněny nebudou, bude nutné dále zkoumat soulad transakce s tržními podmínkami, a to prostřednictvím referenčního srovnání či jiných dostupných metod ocenění. Pokud ani ty nepotvrdí soulad opatření veřejného zadavatele s tržními podmínkami, bude podmínka zvýhodnění splněna.

Narušení hospodářské soutěže a ovlivnění obchodu mezi členskými státy

Klíčové definičními znaky veřejné podpory představují narušení hospodářské soutěže a ovlivnění obchodu mezi členskými státy. V praxi se budou tyto podmínky často zvažovat společně, jelikož se zpravidla pokládají za neoddělitelně spojené (bod 186 sdělení).

Podle Soudního dvora EU existuje vyvratitelná domněnka, podle níž opatření provedené státem narušuje nebo může narušit hospodářskou soutěž, pokud může posílit soutěžní postavení příjemce ve vztahu k ostatním podnikům, s nimiž soutěží (rozsudek Soudního dvora ze 17. 9. 1980, 730/79). Tato domněnka se uplatní i v případě ovlivnění obchodu mezi členskými státy (rozsudek Soudního dvora ze 14. 1. 2015, C-518/13). Předpokládá



se tak, že je-li předmětem podporované činnosti obvyklá komerční činnost v jiných členských státech, dochází tím ke splnění této podmínky.

Unijní právo přitom nestanoví žádný práh, jehož musí být dosaženo, aby došlo k narušení obchodu mezi členskými státy (rozsudek Soudního dvora z 21. 3. 1990, C-142/87). I nepatrná podpora poskytnutá malému příjemci tak může narušit hospodářskou soutěž a ovlivnit obchod mezi členskými státy. Uvedené platí přesto, že se příjemce podpory nepodílí na přeshraniční činnosti, ledaže

dané opatření působí pouze lokálně a nelze předpokládat, že bude mít více než nepatrný přeshraniční vliv (body 191 a 196 sdělení).

V případě zadávání veřejných zakázek – tím spíše v oblasti VVI – tak bude zapotřebí důkladně zkoumat, zda poskytnutím případné podpory nemůže dojít k naplnění výše uvedených kritérií.

Příště se budeme zabývat otázkou, za jakých okolností může být opatření zadavatele představující veřejnou podporu přípustné, a možnými důsledky poskytnutí nezákonné veřejné podpory. ▲

SHRNUTÍ

- **Zadavatel musí před zahájením zadávacího řízení i v jeho průběhu důkladně posuzovat, zda jím přijatá opatření nepředstavují veřejnou podporu ve smyslu čl. 107 odst. 1 SFEU.**
- **Jestliže by podpora poskytnutá zadavatelem splnila kumulativně všechny definiční znaky veřejné podpory, je obecně zakázáno ji poskytovat.**
- **Aby se jednalo o zakázanou veřejnou podporu, musí poskytnutá podpora představovat zvýhodnění určitého podniku nebo odvětví výroby.**
- **Zvýhodnění může spočívat i v tom, že zadavatel poskytne jednomu účastníkovi delší lhůtu k podání nabídky nebo více informací než ostatním, umožní mu měnit nabídku či provést podstatnou změnu závazku z následné smlouvy na VZ bez nového zadávacího řízení.**