

# Vybrané otázky v oblasti střetu zájmů při zadávání veřejných zakázek



Platná právní úprava oblasti veřejných zakázek obsažená v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), zavádí v rámci ustanovení § 44 nový pojem, resp. institut „střet zájmů“. Obsah tohoto ustanovení zohledňuje relevantní evropskou úpravu, konkrétně se jedná o transpozici článku 24 zadávací směrnice (dále jen „zadávací směrnice“).[1] Článek 24 zadávací směrnice požaduje po národních legislativách, aby (cit.) „...veřejní zadavatelé přijali vhodná opatření k účinné prevenci, odhalování a nápravě střetu zájmů, ke kterému dochází v průběhu zadávacího řízení a zamezili tak narušení hospodářské soutěže a zajistili rovné zacházení se všemi hospodářskými subjekty“.

**Ú**prava střetu zájmů v rámci ustanovení § 44 ZZVZ tudíž po vzoru zadávací směrnice ukládá zadavatelům povinnost postupovat vždy (v průběhu celého zadávacího řízení) způsobem, aby ke střetu zájmů vůbec nedocházelo, resp. přijmout opatření k nápravě v případech, kdy ke střetu zájmů již došlo. Předmětné ustanovení dále výslovně stanoví povinnost zadavatelů vyžádat si od všech členů hodnotící (případně i jiné) komise, přízvaných odborníků a osob zastupujících zadavatele, písemné čestné prohlášení o tom, že tyto osoby nejsou ve střetu zájmů.

Na rozdíl od předchozí právní úpravy dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakáz-

kách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), která otázky případného střetu zájmu řešila prostřednictvím institutu nepodjatosti, ZZVZ nyní upravuje oblast konfliktu zájmů přímou legální definicí pojmu střetu zájmů (viz níže) obsaženou v § 44 odst. 2 ZZVZ.

Aktuální úprava střetu zájmů obsažená v ZZVZ má současně univerzální charakter – povinnost zadavatele postupovat tak, aby nedocházelo ke střetu zájmů, se vztahuje na všechny druhy zadávacích řízení a uplatní se po celou dobu trvání zadávacího řízení. Zadavatel má přitom povinnost zajistit, aby všechny osoby podílející se na zadávacím řízení (resp. s potenciálním vlivem na zadávací řízení) byly prosty střetu zájmů, tj. nikoli pouze osoby dle § 42 a 43 ZZVZ (tj. členové komisi, přízvaní odborníci a poradci či zástupci zadavatele), k nimž je třeba vyžádat si písemné čestné prohlášení o tom, že nejsou ve střetu zájmů.

## K předpokladům vzniku střetu zájmů

Dle § 44 odst. 2 ZZVZ se za střet zájmů považují situace (vyskytující se v průběhu jakékoli fáze zadávacího řízení), kdy zájmy osob, jež:

- a) se podílejí na průběhu zadávacího řízení, nebo
- b) mají nebo by mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení,

ohrožují jejich nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením. Přičemž zájmem shora uvedených osob se dle ustanovení § 44 odst. 3 ZZVZ rozumí zájem získat osobní výhodu nebo snížit majetkový nebo jiný prospěch zadavatele.

Okruh osob, na něž míří právní úprava střetu zájmů dle ZZVZ, je značně široký. Pod skupinu osob podílejících se na průběhu zadávacího řízení a osob, které mají nebo by mohly mít vliv na jeho výsledek, lze podřadit jakoukoli osobu, která svým jednáním zasáhne/příspěje k procesu, podobě a výsledku zadávacího řízení v jakékoli jeho etapě. Může se tedy jednat o autory kvalifikační či zadávací dokumentace, osoby podílející se na posouzení splnění kvalifikace nebo provádějící posouzení a hodnocení nabídek (ať už zadavatel ustanovil komisi, či nikoli), osoby podíle-

jící se na snížení počtu účastníků zadávacího řízení (resp. předběžných nabídek nebo navrhovaných řešení), přízvané poradce, ale například i kontaktní osoby zadavatele nebo osoby zajišťující prohlídku místa plnění, či další administrativní úkony spojené se zadávacím řízením.

Zároveň, pokud by byl ve střetu zájmů vedoucí pracovník (zaměstnanec) zadavatele, lze z dosavadní rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (byť se tato vztahovala k podjatosti určitých osob ve smyslu ZVZ) dovozovat, že střet zájmů by byl dán (popř. minimálně pochybnost o střetu zájmů) rovněž ve vztahu ke všem jeho podřízeným pracovníkům (zaměstnancům), a to s ohledem na jejich vztah nadřízenosti a podřízenosti. Žádný z těchto pracovníků (zaměstnanců) by se tak neměl v takovém případě jakkoli podílet, resp. mít vliv na průběh či výsledek zadávacího řízení, byť u něho samotného by střet zájmů nebyl dán.

Při vymezení osob, na které se vztahuje zákaz střetu zájmů v rámci zadávacího řízení, je současně zcela irelevantní, zda tyto osoby jsou se zadavatelem v pracovněprávním vztahu nebo se jedná o pracovníky agentur práce, resp. na jiném smluvním základě spolupracující externí experty, poradce, administrativní aparát atd.

Podmínkou naplnění zákonné definice střetu zájmů je, že osoba podílející se na zadávacím řízení bude při provádění úkonů souvisejících se zadávacím řízením ovlivněna finančním nebo jiným osobním zájmem – tj. zájmem snížit majetkový/jiný prospěch zadavatele či získat osobní výhodu. Takový zájem musí být způsobilý ohrozit nestrannost nebo nezávislost dotčené osoby ve vztahu ke konkrétnímu zadávacímu řízení. V této souvislosti je nutno zdůraznit, že již pouhé podezření na ohrožení nestrannosti nebo nezávislosti dané osoby naplní podmínku takového zájmu osoby, jenž bude chápán jako zájem v rozporu s objektivními potřebami zadavatele. Podezření na ohrožení nestrannosti/nezávislosti relevantních osob lze ve smyslu výše uvedeného ztotožnit například s případy, kdy mezi osobami na straně zadavatele a osobami na straně dodavatele (nebo samotným dodavatelem) existuje osobní propojení (např. ve formě příbuzenství,

přátelství, obchodní spolupráce) nebo též finanční propojení (např. v podobě vlastnictví obchodního podílu ve společnosti dodavatele nebo uzavření smlouvy o tiché společnosti ve vztahu k podnikání dodavatele), případně ekonomický zájem (např. osoba podílející se na zadávacím řízení či společnost jí ovládaná má „slíbeno“ stát se subdodavatelem jednoho z účastníků zadávacího řízení, pokud se stane jeho vítězem).

## Prevence vzniku střetu zájmů, řešení situací střetu zájmů

Zákon ukládá zadavatelům generální preventivní povinnost v podobě požadavku zajistit takový průběh zadávacího řízení, v němž nebude docházet ke střetu zájmů. Tuto povinnost zadavatelé realizují mj. prostřednictvím písemných čestných prohlášení požadovaných od všech externích spolupracovníků a dalších osob účastnících se na zadávacím řízení ve smyslu ustanovení § 42 a 43 ZZVZ – zákon nicméně výslovně ukládá vyžádat si čestné prohlášení „pouze“ od členů komisi a dále přízvaných odborníků, resp. osob podílejících se na zadávacím procesu formou smluvního zastoupení zadavatele.

Ve vztahu k zaměstnancům zadavatele (nejsou-li zároveň členy komise), popř. dalším osobám, které nespádají pod ustanovení § 42 a 43 ZZVZ, ZZVZ výslovně neupravuje, že by zadavatel měl povinnost požadovat předložení čestného prohlášení. S ohledem na univerzálnost povinnosti zadavatele zamezit střetu zájmů lze však rozhodně doporučit, aby čestné prohlášení zadavateli podepsaly také všichni zaměstnanci a další osoby, podílející se na zadávacím řízení, jakož i osoby, které mají/mohou mít vliv na jeho výsledek.

Pokud jde o obsah čestného prohlášení, lze jednoznačně doporučit, aby v něm byly obsaženy konkrétní povinnosti podepisující osoby týkající se neexistence střetu zájmů a důsledků nepravdivosti prohlášení, včetně informační povinnosti vůči zadavateli pro případ, že se daná osoba dostane do střetu zájmů později.

Dále je vhodné poznamenat, že ZZVZ (na rozdíl od předchozí právní úpravy) neobsahuje ustanovení stanovující výslov-

ně povinnosti v oblasti nepodjatosti, resp. neexistence střetu zájmů, členům hodnotící komise/jiným osobám zúčastněným na zadávacím řízení ani povinnost těchto osob učinit vůči zadavateli prohlášení o jejich nepodjatosti (byť bez takového prohlášení by jim zadavatel nemohl umožnit výkon činnosti v komisi); stejně tak stávající úprava neřeší výslovně situaci, kdy důvod k podjatosti, popř. pochybnost o nepodjatosti některého člena hodnotící komise vznikne až v průběhu jeho činnosti pro zadavatele (srov. dříve platné ust. § 74 odst. 7 a 8 ZVZ). Odpovědnost za zajištění neexistence střetu zájmů tak leží v prvé řadě na zadavateli. Osoby podílející se na zadávacím řízení ovšem mají prevenční povinnost počínat si při svém konání tak, aby nedocházelo ke škodě na vlastnictví jiného (viz § 2900 občanského zákoníku), pod tuto obecnou prevenční povinnost bude, dle našeho názoru, možné zpravidla podřadit i povinnost vyvarovat se střetu zájmů v zadávacím řízení a povinnost upozornit zadavatele na střet zájmů, neboť je zřejmé, že z takového jednání či opomenutí může hrozit zadavateli škoda.

Praktickým příkladem střetu zájmů může být situace, kdy člen hodnotící komise/osoba podílející se na tvorbě zadávací dokumentace, má být v budoucnosti poddodavatelem účastníka zadávacího řízení (stane-li se vybraným dodavatelem). Taková osoba má nepochybně (hospodářský) zájem na výsledku zadávacího řízení, který může ovlivnit její nestrannost nebo nezávislost – tj. má zájem na tom, aby se vítězem zadávacího řízení stal právě dodavatel, jemuž má v budoucnu poskytovat subdodávky.

Jak již bylo uvedeno výše, pokud se relevantní osoba dostane do střetu zájmů, je zadavatel povinen tento stav napravit přijetím opatření k nápravě. Podle ustanovení § 49 ZZVZ přitom platí, že opatřením k nápravě se rozumí úkony, jimiž zadavatel zhojí svůj předchozí postup odporující zákonu. Může se tak jednat o jakýkoli úkon zadavatele, který povede k odstranění následků nezákonného postupu spočívajícího ve střetu zájmů, nicméně limitací možností postupu zadavatele bude vždy zásada přiměřenosti (dle § 6 ZZVZ) zvoleného úkonu. Jinými slovy se musí jednat o druh opatření k nápravě, které bude v dané situaci adekvátní a bude sle-

dovat požadavky zákona na řádný průběh zadávacího řízení.

Dostane-li se tedy osoba v případě modelové situace nastíněné výše do střetu zájmů ještě v průběhu zadávacího řízení (před uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky), přiměřeným opatřením k nápravě by mělo být její odvolání z funkce v hodnotící (či jiné) komisi, resp. jiné zne-možnění další účasti této osoby na přípravě zadávací dokumentace nebo při dalším průběhu zadávacího řízení. Zároveň, pokud se daná osoba dostala do střetu zájmů dříve, než to zadavatel zjistil, a tedy, pokud se taková osoba podílela na některých úkonech zadavatele v zadávacím řízení při současné existenci střetu zájmů této osoby, měl by zadavatel zvážit, zda by vzhledem k okolnostem nebylo namíste zrušit rovněž ty úkony učiněné v zadávacím řízení, na nichž se podílela osoba ve střetu zájmů, a to s cílem rozptýlit veškeré pochybnosti v tomto směru (byť by osoba ve střetu zájmů byla jen jednou z několika osob podílejících se na daném úkonu; těžko totiž posuzovat míru vlivu osoby ve střetu zájmů na závěry /jednání/ dalších osob podílejících se na daném úkonu). Pro úplnost uvádíme, že s ohledem na zásadu transparentnosti postupu zadavatele dle ustanovení § 6 ZZVZ, by měl zadavatel přistoupit k uplatnění opatření k nápravě vždy bez zbytečného odkladu poté, co se dozví o vzniku střetu zájmů.

Důsledky stavu, kdy by zadavatel nepřijal opatření k nápravě a osoba se střetem zájmů by se nadále podílela na zadávacím řízení, pro takovou osobu budou záležet především na tom, v jakém vztahu (právněprávním, smluvním) je daná osoba vůči zadavateli. V úvahu připadají následky jako je povinnost nahradit škodu (v případě zaměstnance dle pravidel stanovených zákoníkem práce,[2] v případě jiného smluvního vztahu dle uzavřené smlouvy a občanského zákoníku),[3] případně povinnost uhradit smluvní pokutu, byla-li mezi zadavatelem a dotčenou osobou ve smlouvě ujednána. Pokud neexistuje žádný smluvní vztah mezi takovou osobou a zadavatelem, bude přicházet v úvahu zejména odpovědnost takové osoby za porušení prevenční povinnosti (viz výše). Taková škoda by mohla spočívat mj. i v sankci uhrazené zadavatelem poskytovateli dotace, resp. v krácení dotace, pokud by to

bylo v přímé příčinné souvislosti se zjištěným střetem zájmů osoby podílející se na zadávacím řízení, resp. se zjištěným porušením povinnosti zadavatele v oblasti střetu zájmů, nebo v pokutě uhrazené zadavatelem na základě rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o spáchání správního deliktu zadavatele. Pro tento případ lze každopádně doporučit, aby v čestných prohlášeních i ve smlouvách, na jejichž základě členové komise (a další osoby podílející se na zadávacím řízení) vykonávají tuto činnost, byly vždy uvedeny konkrétní povinnosti, za jejichž porušení by následně dotčená osoba nesla důsledek spočívající v povinnosti nahradit škodu, popř. uhradit smluvní pokutu.

Jiná bude ovšem situace v případě, kdy okolnosti, které by v průběhu zadávacího řízení nasvědčovaly střetu zájmů, nastanou až po jeho skončení, tj. po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Pokud by totiž až po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky člen hodnotící komise či jiná osoba podílející se na zadávacím řízení navázala kontakt s vybraným dodavatelem a stala se následně na základě dohody jeho poddodavatelem, tato situace by, dle našeho názoru, nemusela sama o sobě svědčit o existenci střetu zájmů již v době zadávacího řízení (a tudíž ani k odpovědnosti za porušení povinnosti týkající se neexistence střetu zájmů). V takovém případě by bylo třeba (ve vztahu k možnosti uplatnění nároku na náhradu škody vůči dotčené osobě ze strany zadavatele) zkoumat, zda může zadavatel prokázat, že mezi dotčenou osobou a vybraným dodavatelem existovaly nějaké vazby již v době trvání zadávacího řízení (např. ve formě smlouvy o smlouvě budoucí či jiné „předběžné“ dohody, nabídky spolupráce, vzájemných jednání, osobního přátelství, popř. by se z určitých důvodů uzavření pozdější subdodavatelské smlouvy mezi členem komise a jedním z dodavatelů – budoucím vítězem – z pohledu člena komise jevílo pravděpodobnějším než ve vztahu k ostatním dodavatelům atd.), resp. zda mohly existovat alespoň pochybnosti o nepodjatosti dotčené osoby podílející se na zadávacím řízení; prokázání takových vazeb (v souvislosti s uplatněním nároku na náhradu škody či jiných nároků vůči dotčené osobě) může být přitom pro zadavatele v praxi obtížné. Relevantní rozhodovací praxe

k této problematice není dostupná, tudíž nelze předjímat, jak by se k otázce střetu zájmů v situaci, kdy by spolupráce mezi členem komise a vybraným dodavatelem byla navázána až po skončení zadávacího řízení, postavil dle okolností konkrétního případu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, popř. poskytovatel dotace.

Kromě úpravy § 44 ZZVZ zákon o zadávání veřejných zakázek řeší střet zájmů také v ustanovení § 48 odst. 5 písm. b), které za jeden z důvodů nezpůsobilosti účastníka zadávacího řízení označuje právě situaci, kdy u některého z účastníků zadávacího řízení je identifikován střet zájmů. V takových situacích dává zákon zadavateli možnost (nikoli povinnost) vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, nicméně za předpokladu, že jiné opatření k nápravě kromě zrušení zadávacího řízení není možné. Nicméně, pro úplnost je vhodné poukázat v této souvislosti na možnost obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení (tzv. „self cleaning“), a to rovněž v tomto směru, tj. pokud jde o střet zájmů (srov. § 76 ZZVZ). Účastník může prokázat, že obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení (tj. není již ve střetu zájmů), pokud zadavateli doloží, že přijal dostatečná opatření k nápravě střetu zájmů (tj. např. rozvázal, popř. jiným způsobem znemožnil, resp. vyloučil svou spolupráci s osobami, u nichž byl identifikován střet zájmů či potenciální střet zájmů).

Dále v případě, že zadavatel zjistí střet zájmů u vybraného dodavatele, může po prokázání této skutečnosti vyloučit vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení bez dalšího (§ 48 odst. 8 ZZVZ). Speciální úprava se pak týká případů, kdy zadavatel zjistí z předložených dokladů (§ 122 odst. 3 písm. c) ZZVZ), že vybraný dodavatel byl ve střetu zájmů podle § 44 odst. 2, 3 ZZVZ – zde má zadavatel přímo ze zákona povinnost vybraného dodavatele vyloučit, a to bez posuzování přiměřenosti takového opatření k nápravě (viz § 124 odst. 3 ZZVZ).

Posledním a svou podstatou ultimativním opatřením k nápravě, ke kterému může zadavatel přistoupit v případech zjištění střetu zájmů, je zrušení zadávacího řízení. Toto opatření k nápravě představuje nejzazší alternativu postupu zadavatele v situacích, kdy se jiná (méně závažná)

opatření jeví (s ohledem na okolnosti daného případu) jako nedostatečná a zhojit nezákonný stav lze pouze tímto způsobem. Platná právní úprava neobsahuje speciální důvod zrušení zadávacího řízení pro případy výskytu střetu zájmů v rámci zadávacího řízení. Zrušení zadávacího řízení coby opatření k nápravě střetu zájmů bude tudíž pravděpodobně možné podřadit pod ustanovení § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ s odůvodněním, že se jedná o důvod hodný zvláštního zřetele, pro který nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval (nehledě na to, zda tento důvod způsobil, či nikoliv). Zadavatel sektorové veřejné zakázky pak samozřejmě bude moci zrušit zadávací řízení také s poukazem na to, že si tuto možnost vyhradil v zadávací dokumentaci (pokud tuto výhradu zadávací dokumentace obsahuje).

S ohledem na výše uvedené lze shrnout, že jednotný postup pro předcházení a zejména pro řešení situací střetu zájmů neexistuje a z podstaty věci (unikátnost každého zadávacího řízení a zájmů osob, které se na něm podílejí) ani existovat nemůže. Zadavatel by měl tudíž postupovat v celém zadávacím řízení obezřetně (fakticky již od okamžiku samotné přípravy zadávacích podmínek) a přijímat vhodná preventivní opatření, jimiž eliminuje riziko vzniku střetu zájmů a následných komplikací spojených s prokazováním zjištěného střetu zájmů. V případech, kdy zadavatel v zadávacím řízení střet zájmů již identifikoval, musí zkoumat individuální podmínky (intenzitu a míru vlivu na zadávací řízení) tohoto nezákonného stavu, dále zohlednit, ve které fázi zadávacího procesu ke střetu zájmů došlo (resp., kdy tuto skutečnost zjistil) a následně zhojit nezákonný stav přijetím odpovídajícího opatření k nápravě, jež nebude odporovat obecným zásadám uplatňovaným při zadávání veřejných zakázek (§ 6 ZZVZ). ●

.....  
Mgr. Lenka Zdvihalová, advokátka

Mgr. Barbora Fabriciová, advokátka

Advokátní kancelář

Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o.



## Poznámky

- [1] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.
- [2] Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce ve znění pozdějších předpisů.
- [3] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů.