

Nový návrh zákona o zadávání veřejných zakázek

V současné době probíhá diskuze nad novým návrhem zákona o zadávání veřejných zakázek, který je v legislativním procesu v Parlamentu České republiky. V médiích se velmi často objevují zprávy o některých dílčích úpravách a ministryně pro místní rozvoj Ing. Karla Šlechtová tento návrh prezentuje jako koncepční změnu.

Mezi odborníky pak probíhá spor o to, zda dodatečné stavební práce mají činit 50 % nebo jen 30 % z hodnoty původní veřejné zakázky a zda všichni vnímají pojmy cenový nárůst a hodnota změny stejně. Problém nového zákona přesto spočívá v něčem jiném. Nelze mu upřít snahu o minimalizaci povinností zadavatele a zároveň snahu o ponechání maximální volnosti pro rozhodnutí zadavatele, ale tato skutečně koncepční změna přináší zadavatelům veřejných zakázek i významné riziko. Tím, že v mnoha případech je v novém zákoně dána možnost zadavateli rozhodnout se, zda určitého účastníka řízení vyloučí z účasti, či nikoliv, zda učiní nějaký úkon v zadávacím řízení, či ne, přináší nový zákon i povinnost zadavatele jakékoliv své rozhodnutí odůvodnit. Právě v tom spočívá kámen úrazu.

Volnost v rozhodování

Jakkoliv bude zadavatel v zadávacím řízení postupovat opatrně, vždy u každé, zákonem dané volby („zadavatel může“) bude muset pečlivě zdůvodňovat, proč zákonnou možnost využil, nebo nevyužil. Každé takové odůvodnění je vyjádřením subjektivního názoru zadavatele, který nemusí korespondovat se subjektivním názorem kteréhokoliv kontrolního orgánu (a že jich v České republice je hned několik), a dojde ke zbytečnému sporu. S přihlédnutím k současné rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

jsou právě obdobná odůvodnění (ať už chybějící nebo nedostatečná) příčinou negativních výroků tohoto úřadu vůči zadavateli. Znamená to, že původní záměr autora zákona, dát zadavateli volnost v rozhodování, se zcela nepodařil. Jestliže zadavatel něco může, pak musí umět odpovědět na otázku, proč této možnosti nevyužil, nebo proč jí využil.

V jedné z prvních důvodových zpráv k návrhu nového zákona byla tato věta: *Dává-li zákon zadavateli více alternativ, nemusí jejich použití zadavatel odůvodňovat, aniž by tím byla porušena transparentnost.*

Tato velmi pozitivní myšlenka však do závěrečného textu důvodové zprávy neprošla, takže nezbyvá, než posuzovat nový návrh ve světle současné kontrolní praxe, kde jakékoliv rozhodnutí musí být objektivně zdůvodněno, jinak není zadávací řízení transparentní. S ohledem na stávající názor na zadávání veřejných zakázek by v mnohém prospělo, kdyby zákon jasně a pro všechny srozumitelně stanovil povinnost ve formě „zadavatel musí“, takže každý účastník zadávacího řízení i zadavatel bude předem jasně vědět, co koho čeká v případě nesplnění některé ze zákonných povinností. Přílišná volnost v rozhodování není v tomto případě ku prospěchu věci a vytváří i prostor pro zvýšení počtu námitek neúspěšných dodavatelů, kteří budou napadat zadavatele v případě, že se rozhodne zákonné možnosti využít, ale i v případě, kdy se zadavatel rozhodne zákonné možnosti naopak nevyužít.

Ustanovení o hodnocení nabídek

Druhou slabinou nového návrhu zákona jsou ustanovení o hodnocení nabídek. Nový návrh obsahuje ustanovení, kterým se ekonomická výhodnost nabídek posuzuje na základě nejvýhodnějšího poměru nabídkové ceny a kvality včetně poměru nákladů životního cyklu a kvality. Zadavatel může ekonomickou výhodnost nabídek hodnotit také podle nejnižší nabídkové ceny či nejnižších nákladů životního cyklu. Dále pak návrh obsahuje příklady výčtu možných kritérií kvality, které popisuje jako např.: technická úroveň, estetické nebo funkční vlastnosti, uživatelská přístupnost, sociální, environmentální či inovační aspekty, organizace, kvalifikace nebo zkušenost osob, které se mají přímo podílet na plnění veřejné zakázky v případě, že na úroveň plnění má významný dopad kvalita těchto osob, úroveň servisních služeb včetně technické pomoci, nebo podmínky a lhůta dodání či dokončení plnění. Pro veřejné zakázky na stavební práce jsou však tato kvalitativní kritéria včetně nákladů životního cyklu zcela nevhodná a zadavatel, jakkoliv by preferoval budoucí kvalitu stavby, nemá víceméně jinou možnost, než zůstat u hodnocení nabídkové ceny, protože jakékoliv jiné kvalitativní kritérium narazí na další zákonné ustanovení, podle něhož kritéria kvality musí být vymezena tak, aby podle nich nabídky mohly být porovnatelné a naplnění kritérií ověřitelné. Kritériem kvality nesmí být smluvní podmínky, jejichž účelem je utváření povinností dodavatele, nebo platební podmínky. Zkuste, prosím, popsat jakékoliv kvalitativní kritérium (tedy kritérium s výrazným prvkem subjektivit) tak, aby nemohlo být prohlášeno za netransparentní, a tím i nekontrolovatelné, potažmo aby vyhovovalo současnému rozhodování.

Podle něj musí být kritérium hodnocení popsáno tak, aby každý dodavatel věděl, co má nabídnout, aby jeho nabídka byla tou nejvhodnější, respektive co bude zadavatel považovat za nejvhodnější. Do vzájemného rozporu se tedy dostane snaha zadavatele dokončit zadávací řízení bez problémů a možných rizik a snaha preferovat kvalitu či alespoň vzájemný poměr mezi kvalitou a cenou. Je zcela jasné (alespoň u veřejných zakázek hrazených zcela nebo zčásti z evropských zdrojů), že zadavatelé z důvodu právní jistoty zvolí jediné kritérium – nabídkové ceny, protože každé jiné kritérium hodnocení může přinést riziko pozdějšího krácení dotace nebo její úplné odejmutí. Velmi obtížně se u stavebních zakázek hledá kritérium kvality v době, kdy stavba ještě nestojí a kdy se o ni teprve soutěží. V takovém případě by naopak mělo smysl ponechat zadavateli větší volnost v rozhodování a umožnit hodnocení jména firmy, tedy referenci každého dodavatele. Takový postup je však zčásti umožněn jen u vybraných služeb, kde kvalita týmu je kritériem smysluplným, byť se s ohledem na pozdější porovnatelnost a ověřitelnost kritérií zúží na počty či objem referenčních zakázek.

Pojmy hodnota změny a cenový nárůst

Ve světle těchto zásadních problémů zákona se jeví jako zcela nadbytečné vést spor o ustanovení § 222, kde jsou popsány změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku a kde se popisuje i procento případných dodatečných stavebních prací. V současnosti návrh obsahuje možnost, kdy bez nového zadávacího řízení (tedy i bez jednacího řízení bez uveřejnění) a bez jakéhokoliv dalšího odůvodňování lze změnit původní smlouvu v případě, kdy změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky a hodnota změny je nižší než 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí. Takové ustanovení je pro zadavatele jednoznačně přínosné a odpovídá praxi při realizaci stavebních zakázek, kde se změny

vyskytují zcela pravidelně, ať již chybou projektové dokumentace nebo výskytem stavebních prací, které projekt nepředpokládal.

Přes problém, že nový návrh nevyšvětluje pojem hodnota změny, lze toto ustanovení zákona chápat jako přínosné a zjednodušující administrativní zátěž zadavatele při tzv. vícepracích. Odstavec 5 a 6 téhož paragrafu 222, které popisují mimo jiné i možnosti sjednání dodatečných stavebních prací a které oba hovoří o 30 % cenového nárůstu (vede se debata o tom, zda by neměly být podle nové směrnice EU 50 %), mají jeden zásadní nedostatek. Z jejich textu nelze dovodit, čím se vůbec liší, tedy kdy které ustanovení lze, nebo nelze využít a dále, zda každé z nich lze použít nezávisle na druhém.

Pokud by tomu tak bylo, pak by za nepodstatnou změnu smlouvy bylo možné považovat změnu formou dodatečných stavebních prací až o 75 % (odstavec 2 – 15 %, odstavec 5 – 30 % a odstavec 6 – rovněž 30 %). Takovýto „cenový polštář“ se z pohledu praxe a obvyklých stavebních zakázek

jeví jako zcela nadbytečný a spor, zda hodnota 30 % má být změněna na 50 %, je zcela bezúčelný. Potřebnější by jistě bylo, kdyby zákonodárci do ustanovení § 222 doplnili jednoznačný výklad, kdy se použijí ustanovení odstavců 5 nebo 6, a kdyby vysvětlili, jak chápat pojmy hodnota změny a cenový nárůst.

Nezpůsobilost účastníka zadávacího řízení

Velmi diskutabilní je rovněž proklamované a mediálně prezentované téma vyloučení účastníka zadávacího řízení pro jeho nezpůsobilost (viz § 48 nového návrhu zákona). Zadavatel má možnost vyloučit toho dodavatele, který se dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky či s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, či se

pokusil neoprávněně ovlivnit rozhodnutí zadavatele v zadávacím řízení nebo se neoprávněně pokusil získat neveřejné informace, které by mu mohly zajistit neoprávněné výhody v zadávacím řízení, případně se dopustil v posledních třech letech před zahájením zadávacího řízení či po jeho zahájení závažného profesního pochybení, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost, včetně pochybení, za která byl disciplinárně potrestán nebo mu bylo uloženo kárné opatření podle jiných právních předpisů.

Pochybení či existenci důvodů pro vyloučení dodavatele bude muset zadavatel nejen znát, ale bude je muset jejich existenci dostatečně objektivně dokázat, což bude vyžadovat poměrně velkou právní erudici. Do rozhodnutí ÚOHS či soudu však ani tak nebude mít zadavatel jistotu, že činil správně. Ve vazbě na podmínky poskytování dotačních prostředků, zejména z evropských fondů, si takovouto nejistotu nemůže žádný zadavatel dovolit a využití těchto zákonných možností bude velmi problematické.

Návrh nového zákona je autory prezentován jako nový a jasný

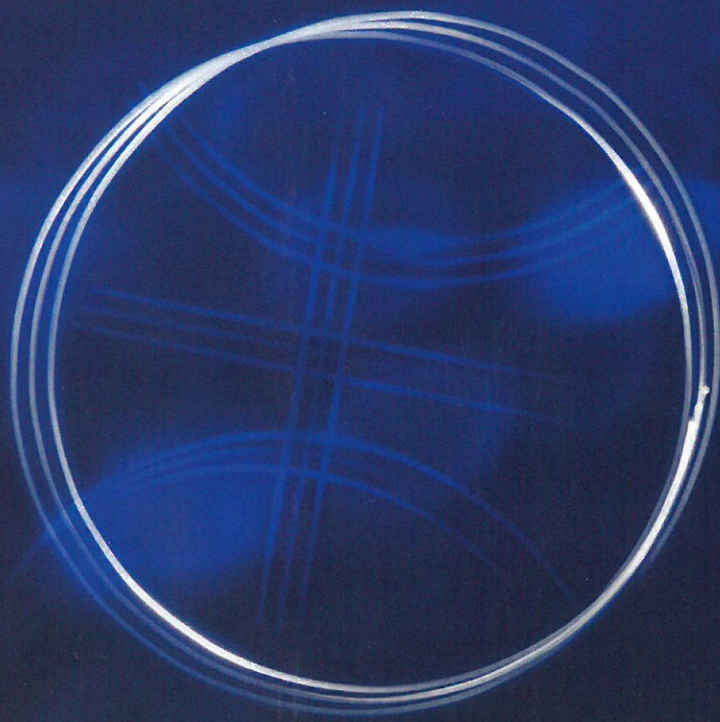
právní předpis. Podíváme-li se na současné problémy spojené s postupem zadavatelů v zadávání veřejných zakázek – kde základním problémem je posouzení kvalifikace dodavatelů, zejména pak posouzení subdodavatelů smluv v případech, kdy dodavatel prokazuje část své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele; dále mimořádně nízká nabídková cena, kdy zadavatelé s obavami některou z nabízených cen definují jako mimořádně nízkou, obtížně formulují její příčiny a ještě obtížně posuzují odůvodnění takových cen a v neposlední řadě pak hodnocení nabídek podle nabídkové ceny – tak v těchto oblastech nový zákon nic nepřináší a ponechává na zadavateli, aby se s těmito problematickými místy vypořádal. Praxe ukáže, zda se to zadavatelům podaří lépe než v současnosti. ■

Autor:

Ing. Petr Vrbka

ředitel divize Veřejné zakázky, RTS, a.s.

inzerce



ŘÍZENÍ STAVEBNÍCH ZAKÁZEK

součást ERP systému INFOpower

Efektivní příprava zakázky, včetně nabídkového řízení

Plánování zdrojů a kapacit

Průběžné sledování plánovaných a skutečných nákladů

Vyhodnocení stavební zakázky

Svět stavebnictví na dotek



RTS, a.s., Lazaretní 13, Brno 615 00, www.rts.cz

e: rts@rts.cz, t: +420 545 120 211, f: +420 545 120 210