

# Několik poznámek k připravované novele ZZVZ



V meziresortním připomínkovém řízení se nyní nachází vládní návrh novely ZZVZ. Podívali jsme se na něj optikou praktických zkušeností a přinášíme drobné komentáře k některým vybraným ustanovením.

**N**ávrh přináší řadu změn v oblasti prokazování kvalifikace, a to primárně s cílem zmírnit některé požadavky (z pohledu administrativní náročnosti či neopodstatněné přísnosti) a napravit některé výkladové nejasnosti vyplývající z aktuálních vnitřních provazeb ZZVZ.

Jako nejvýraznější se na první pohled může jevit změna § 88 odst. 2, kdy stávající textace striktně požaduje, aby zadavatel bezodkladně vyloučil ze zadávacího řízení účastníka, o kterém se dozví, že nesplnil některou ze svých povinností dle § 88 odst. 1, tj. oznámit změnu kvalifikace do 5 pracovních dnů a předložit nové doklady nebo prohlášení do 10 pracovních dnů, přičemž nedodržení lhůty může zadavatel prominout. Vzhledem ke znění § 88 odst. 1 však taková „ohlašovací“ povinnost vzniká dodavateli, pouze když následkem změny nebude splňovat

požadavky na kvalifikaci, došlo by k ovlivnění kritérií pro snížení počtu účastníků nebo kritérií hodnocení. Faktem je, že stávající, poněkud nepřehledná textace § 88 může svádět k interpretaci, že pokud účastník (byť pozdě) změnu oznámí, může mu zadavatel lhůtu prominout, ale když si změny dříve všimne zadavatel, nemá co promíjet a musí účastníka vyloučit. Tyto interpretace, byť podle našeho názoru dosti nepřípadné, navrhovaná změna vyloučí. Novelou by bylo jednoznačně umožněno, aby zadavatel sám účastníka upomínal a doložení změny vyžadoval. Fakticky však přesto budou možnosti zadavatele omezeny na případy dle § 88 odst. 1 písm. a) a b), pokud ještě nedošlo k rozhodnutí zadavatele ve vztahu ke kvalifikaci (opravu již přijatého rozhodnutí po námitce neúspěšného účastníka se změnou kvalifikací lze považovat za úkon poměrně odvážný). Pokud by se měla změna v kvalifikaci dotknout hodnotícího kritéria,

narazí taková změna na limity § 46 odst. 2 ZZVZ a nejasnost výkladových postupů ÚOHS ve vztahu k tzv. materiální změně nabídky. Pokud by důsledkem změny bylo horší hodnocení, půjde jistě o jednoznačně nepřipustnou změnu nabídky, tedy zadavatel musí takového účastníka vyloučit. Pokud by však po změně účastník naplnil požadavky lépe, než jak vyplývalo z jeho nabídky (s původní kvalifikací), hodnocení s lepšími parametry opět představuje zakázanou změnu nabídky, avšak i možnost ponechání účastníka v zadávacím řízení při hodnocení původních (tedy nezměněných) parametrů považujeme s ohledem na stávající text návrhu pouze za hypotetickou. Při stávajících výkladových postupech ÚOHS by taková změna byla možná jen stěží (to nevnímáme primárně jako vadu navrhovaného textu). Bude-li tedy tato úprava nakonec uzákoněna, bude i tak potřeba při její aplikaci ze strany zadavatelů obezřetnost.

Naopak za bezproblémovou a v řadě potenciálních případů přínosnou považujeme navrhovanou změnu v § 122, která se výrazně dotýká právě kvalifikace. Podle nově vloženého odst. 4 by mohl zadavatel ve výzvě vybranému dodavateli k předložení dokladů před uzavřením smlouvy určit, zda požaduje originály (ověřené kopie), nebo se spokojí s prostými kopiemi (ustanovení se netýká pouze kvalifikace). Toto rozhodnutí může zadavatel učinit až ke konci zadávacího řízení, tedy v praxi nepůjde příliš o úlevu pro dodavatele, kteří si spíše budou originály/ověřené kopie opatřovat s ohledem na povinnost součinnosti dle § 124 odst. 1 bezprostředně po oznámení o výběru, pokud je nebudou mít už dříve. U některých veřejných zakázek (např. totožný dodavatel získá v krátké době u stejného zadavatele další veřejnou zakázku, opakované mini-tendry apod.) však skutečně může v praxi dojít k odlehčení dodavatelů, a *de facto* i zadavatelů, kterým takto odpadne martýrium s opakovaným „doprošováním“ se o korektní doklady.

Mezi napravování logických návazností kvalifikace je třeba řadit i vypuštění ne-systémově odlišného požadavku na stáří dokladů v rámci zjednodušeného podlimitního řízení. Nově by se i v případě ZPŘ mělo odkazovat na obecnou úpravu v § 86, tj. požadované stáří dokladů je 3 měsíce před zahájením zadávacího řízení. Úprava stáří dokladů obecně rovněž doznává změny v tom, že se má vztahovat již jen na doklady k základní kvalifikaci. Dle důvodové zprávy k návrhu není nutné vztahovat úpravu k prokazování údajů z obchodního rejstříku, který je veřejně kdykoli dostupný.

K dalším úpravám pak patří např. výslovný odkaz na užití § 77 odst. 3 (předkládání dokladů k profesní způsobilosti, které podle zahraniční úpravy neexistují) v případě sektorových veřejných zakázek nebo koncesí či zmírnění nelogičnosti § 83, který by nově neměl požadovat doklady o profesní a základní způsobilosti po jiné osobě prokazující část kvalifikace, pokud tyto doklady nepožaduje zadavatel jako podmínku účasti (typicky v ZPŘ nebo v případě sektorových veřejných zakázek), či jasné oddělení § 86, který se má výslovně týkat dokladů v žádostech o účast a (předběžných) nabídkách, a § 122, který má řešit výlučně předkládání dokladů před podpisem smlouvy.

Poměrně zásadní změnu, která se může dotknout činnosti prakticky všech zadavatelů, představuje úprava § 19 odst. 3, který se týká výjimky ze stanovení předpokládané hodnoty u veřejných zakázek na dodávky či služby, které jsou pravidelně pořizované nebo se jedná o trvalé služby či dodávky. Na základě této výjimky se za takovou veřejnou zakázku nepovažují veřejné zakázky s takovým předmětem, jehož jednotková cena je v průběhu účetního období proměnlivá, přičemž zadavatel pořizuje takové dodávky či služby podle svých aktuálních potřeb. S ohledem na nesoulad daného ustanovení s evropskými zadávacími směrnici z roku 2014 je navrhováno, že danou výjimku bude možné nově aplikovat pouze na podlimitní veřejné zakázky, pokud předpokládaná hodnota stanovená podle § 19 odst. 1 bude nižší než limit pro nadlimitní veřejné zakázky (zde je zřejmě chyba v textu novely, když chybí odkaz i na § 19 odst. 2, jak s ním mj. počítá důvodová zpráva).

Tato změna bude mít zřejmě za následek, že zadavatelé budou v případě nadlimitních veřejných zakázek pravidelné povahy daleko více využívat instituty, které umožňují flexibilnější způsob zadávání, jakými jsou rámcová dohoda a dynamický nákupní systém. I tyto instituty jsou navrhovanou novelou do značné míry dotčeny, přičemž by měly přinést vyjasnění některých výkladových problémů, resp. více zjednodušit a zrychlit proces zadávání veřejných zakázek. Některé navrhované změny v DNS se hodí zmínit výslovně.

Kvítovat lze primárně úpravu v § 140 odst. 1 při zařazování dodavatelů do již zavedeného DNS, kdy na základě navrhované změny je vyjasněno, že pro účely prokazování obrátu v rámci ekonomické kvalifikace, posuzování stáří referencí, průměrného počtu zaměstnanců u technické kvalifikace, resp. stáří dokladů k základní způsobilosti, je rozhodný okamžik podání žádosti o účast, nikoli okamžik zahájení zadávacího řízení na zavedení DNS, což nedává smysl.

Nově jsou formulována pravidla pro případnou změnu zadávací dokumentace ve smyslu zadávací dokumentace, která byla užita při zavedení DNS. Aby např. zadavatel nebyl nucen zavádět nový DNS, může přistoupit k úpravám současného DNS, resp. jeho zadávací dokumentace, na jejímž základě byl zaveden. Může např.

jít o rozšíření předmětu DNS, přidání nové kategorie, případně může dojít i ke změně v podmínkách kvalifikace. Pokud nastane posledně jmenovaná skutečnost, bude zadavatel povinen odeslat výzvu k předložení aktualizovaného jednotného evropského osvědčení (zde pomineme, že v původním zadávacím řízení na zavedení DNS nemuselo být žádné jednotné evropské osvědčení předloženo, aby mohlo být aktualizováno, jelikož dodavatelé předložili standardní doklady ke kvalifikaci). Ne zcela jednoznačně působí podmínka, že v případě, kdy dojde ke změně zadávací dokumentace v takém rozsahu, že může rozšířit okruh potenciálních dodavatelů, tj. účastníků DNS, může zadavatel odeslat výzvu k podání nabídek až „po uplynutí doby přiměřené k zařazení nových dodavatelů, která nesmí být kratší než doba pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení“, na základě kterého byl DNS zaveden. Není z této textace jasné, zda je myšleno, že jde o obdobný případ jako v případě změny zadávací dokumentace dle § 99 odst. 2, nebo o případ, kdy se jedná o celkovou původní délku lhůty pro podání žádostí o účast od jejího počátku až do jejího konce (tzn. nejen původně zadavatelem stanovená lhůta pro podání žádostí o účast, ale šlo by o celkovou původní délku lhůty pro podání žádostí o účast včetně případných všech prodloužení lhůty, ke kterým došlo v zadávacím řízení na zavedení DNS). Uvedené nejasnosti nijak nepomáhá ani důvodová zpráva, která uvádí, že se jedná o původní lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení, kterým byl DNS zaveden.

Novela se dotýká rovněž pravidel písemné a ústní komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem dle § 211. Nejedná se o podstatnou změnu, spíše o zpřesnění a preciznější formulaci tam, kde dosud bylo možné dovozovat určitou pochybnost spíše „slovičkařením“ než seriózním výkladem. První odstavce tak nově obsahuje demonstrativní výčet případů, kdy lze připustit ústní komunikaci, přičemž se fakticky jedná o popis příležitostí, kdy k takové komunikaci dochází zcela přirozeně, jako např. při jednáních, v rámci prohlídek místa plnění a kontroly zařízení dodavatele v rámci prokazování technické kvalifikace nebo při komunikaci poroty a účastníků soutěže o návrh. Druhý odstavce pak v duchu zásady transparentnosti formuluje nezbytný požadavek na zdokumentování takové ko-

munikace v „dostatečné míře“, a pokud by měla mít podstatný dopad na obsah či hodnocení nabídek, pak na zdokumentování „vhodnými prostředky“. Navržené změny jistě přispějí ke zvýšení právní jistoty stran při vzájemné komunikaci a při jejím zaznamenávání.

Za nebezpečnou změnu je nicméně třeba považovat nové ustanovení § 211 odst. 4 písm. e), kterým se výjimka z povinné elektronické komunikace rozšiřuje rovněž na „komunikaci při uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku podle § 124“. Navrhovaná úprava zřejmě nebyla zcela domyšlena. Navrhovatel tuto změnu v důvodové zprávě vysvětluje tím, aby „bylo možné smlouvy uzavírat i v listinné podobě, pokud to vyhovuje administrativním postupům zadavatele“. Proti smlouvám v listinné podobě nelze nic namítat. Návrh však pomíjí to, že povinná elektronická komunikace stran může být často jediným důkazem o skutečném datu uzavření smlouvy.

Důkaz o skutečném datu uzavření smlouvy je podstatný zejména v případě námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Bohužel totiž není tak neobvyklé, že zadavatel, který chce „za každou cenu“, navzdory podaným námítkám, dokončit např. nezákonné JŘBU, se uchýlí k antedataci uzavírané smlouvy tak, aby byla zdánlivě podepsána před datem podání námitek, a tedy aby námítka byly vyloučeny dle § 242 odst. 1 první věty za středníkem. Odhalit takový

postup je samo o sobě obtížné (jak bychom to dokázali? Hledali bychom datum skutečné návštěvy zástupců dodavatele v návštěvních knihách u zadavatele?) a investigativní přístup ze strany ÚOHS si můžeme představit jen velmi obtížně. Nicméně pokud bude zachována povinnost elektronické komunikace i ve vztahu ke sjednání data osobního podpisu smlouvy, pak tím přirozeně vzniká jednoznačná auditní stopa a důkaz o tom, kdy se strany sešly a smlouvu podepsaly, případně kdy si její originál vyměnily.

Povinná elektronická komunikace ohledně sjednání data podpisu smlouvy by rovněž zabránila „slavnému“ uzavření dodatku ke smlouvě na výběr elektronického mýta během prázdninového víkendu v srpnu 2016, kdy zadavatel – Ministerstvo dopravy – v sobotu zahájil JŘBU a v neděli obdržel nabídky a podepsal příslušný dodatek. Ačkoli tehdy o víkendu nefungovala podatelna zadavatele a nebylo možné podat námítka proti jeho postupu, přesto se zadavateli „nějak“ podařilo přijmout podanou nabídku a následně doručit rozhodnutí o výběru a výzvu k podpisu dodatku. Víkendová akce byla zjevně motivována snahou se takto námítkám vyhnout, což je postup, který nemůže vzbuzovat sympatie zákonodárce.

Pokud by již tehdy byla elektronická komunikace povinná, strany by se musely na nedělení podpisu dodatku domluvit elektronicky, což by je nutilo ponechat příslušné nástroje pro elektronickou ko-

munikaci otevřené i pro podání námitek proti takovému postupu. Ačkoli dle dnešní právní úpravy by námítka byly doručeny již dodáním do datové schránky, a nikoli až jejím otevřením, uvedený příklad slouží jako doklad toho, že vůle zadavatelů vyhnout se „nepříjemným“ námítkám bezpochyby existuje a povinnost elektronické písemné komunikace i v této fázi zadávacího řízení jednoznačně zmenšuje prostor pro takové účelové jednání. Její zrušení tak nepřispívá k transparentnosti.

Závěrem musíme shrnout, že novela jde dobrým směrem. Drobné „mouchy“, na které jsme si dovolili upozornit, budou jistě odstraněny v pokračujícím meziresortním připomínkovém řízení, resp. v dalším legislativním procesu. Současně se však domníváme, že v ZZVZ existuje celá řada dalších ustanovení, která by si zasloužila úpravu. Např. § 46 a nejasnost, zda je možné na základě výzvy nahradit doklady ke kvalifikaci jinými, pokud původní doklady neprokazují splnění podmínek, případně § 123 písm. b) bod 1 tak, aby se vztahoval pouze na doklady, kterými byla kvalifikace prokázána, ne na všechny doklady, kterými dodavatel prokazoval kvalifikaci. Věřme, že na tyto a další přijde řada zase příště. ■

Mgr. Jiří Harnach,  
Mgr. Michal Kožár,  
Mgr. David Mlíčko,  
ROWAN LEGAL,  
advokátní kancelář s.r.o.

## PŘEDPLATNÉ 2020

### Už víte, co budete číst v roce 2020?

Pokud to budeme i my, časopis Veřejné zakázky, jsme moc rádi!

Pro potvrzení stávajícího předplatného a případné navýšení počtu výtisků:

[predplatne@impax.cz](mailto:predplatne@impax.cz)

