

Stanovisko k návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek

Svaz průmyslu a dopravy České republiky (dále jen „SP ČR“) k předloženému návrhu sděluje tyto připomínky:

Obecně

SP ČR v zásadě novou právní úpravu, která je implementací evropských směrnic, vítá. Domnívá se však, že tato úprava ne vždy reflektuje požadavky praxe a zachovává některé úpravy, které v minulosti přinášely problémy, např. hodnocení podle nejnižší ceny. Shodně s HK ČR uvádíme, že nabídková cena jako jediné kritérium může být přípustná pouze výjimečně a pouze tam, kde je to důvodné. Použití nabídkové ceny jako jediného kritéria u zakázek na služby a stavební práce považujeme za nesprávné a neekonomické. Pro standardní zakázky by měly být rovněž stanoveny závazné sady hodnotících kritérií prováděcím předpisem.

Je nutné, aby prováděcí předpisy byly připraveny dříve než k účinnosti zákona a pro praxi je vhodné vytvořit závazné metodické pokyny pro zajištění jednotného postupu a vzorovou dokumentaci. Zejména v případě veřejných/dotovaných zakázek jsou právní normy rozdílně vykládány na základě správního uvážení řady kontrolních institucí.

Pro praxi by rovněž bylo vhodnější, pokud by se proces uzavírání smlouvy řídil občanským zákoníkem a nebyla zvolena specifická právní úprava předkládaným návrhem zákona.

Tyto připomínky jsou zásadní.

Konkrétní připomínky

§ 2 odst. 1 – navrhujeme v 1. větě „dodavatelem“ nahradit „dodavateli“.

Odůvodnění:

Doporučujeme v souladu se zněním článku 2 odst. 1 směrnice 32014L0025, článku 2 odst. 1 bod 5 směrnice 32014L0025 přeformulovat znění ustanovení § 2 odst. 1 návrhu zákona, které konstatuje, co se rozumí (jde o definici) zadáním veřejné zakázky, tak, aby bylo možné uzavírat úplatnou smlouvu s více dodavateli. Připuštění uzavření úplatné smlouvy „pouze“ mezi jedním zadavatelem a jedním dodavatelem by bylo v rozporu s ostatními ustanoveními zákona. Navíc na možnost uzavření smlouvy s více subjekty je pamatováno i v současném zákoně (viz ustanovení § 7 odst. 1).

Tato připomínka je doporučující.

§ 10 – navrhujeme upravit takto:

(1) Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy veřejného zadavatele s jinou právnickou osobou, pokud

- a) vykonává kontrolu nad touto právnickou osobou obdobně jako nad svými vnitřními organizačními jednotkami; v případě státu se za kontrolující považuje ta organizační složka státu, která je zakladatelem nebo zřizovatelem kontrolované osoby, a
- b) v kontrolované právnické osobě nemá majetkovou účast ani právo zakládající právo na podíl na zisku jiná osoba než kontrolující veřejný zadavatel a
- c) více než 95 % činností kontrolované právnické osoby je prováděno při plnění úkolů, jež jí byly svěřeny kontrolujícím veřejným zadavatelem.

(2) Veřejný zadavatel vykonává kontrolu nad právnickou osobou obdobně jako nad svými vnitřními organizačními jednotkami, pokud má jako jediná osoba účast na takové právnické osobě, tedy zejména jedná-li se o příspěvkovou organizaci zřízenou veřejným zadavatelem nebo státní podnik hospodařící s majetkem veřejného zadavatele nebo je-li veřejný zadavatel jediným společníkem či akcionářem takové právnické osoby. K takovému kontrolování může docházet i ze strany jiné právnické osoby, která je sama stejným způsobem kontrolována veřejným zadavatelem.

(3) a (4) zrušit

(3) Odstavce 1 a 2 se použijí i pro zadavatele podle § 3 odst. 3.

§ 11 - navrhuje upravit takto:

Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy výlučně mezi veřejnými zadavateli dle § 3 odst. 2 písm. a) až c), pokud

- a) tato smlouva zakládá nebo provádí spolupráci mezi veřejnými zadavateli za účelem dosahování jejich společných cílů směřujících k zajišťování veřejných potřeb, které mají tito veřejní zadavatelé zajišťovat,
- b) se spolupráce podle písmene a) řídí pouze ohledy souvisejícími s veřejným zájmem,
- c) tito veřejní zadavatelé vykonávají na trhu méně než 5 % svých činností, kterých se spolupráce podle písmene a) týká a
- d) na plnění takové smlouvy se nebude podílet žádná jiná osoba než spolupracující veřejní zadavatelé.

Odůvodnění k § 10 a 11:

Ve shodě s HK ČR uvádíme:

Předkladatel v důvodové zprávě uvádí, že cílem předmětné právní úpravy je odstranění právní nejistoty, zejména neurčitých právních pojmů v definici tzv. in-house výjimky tak, jak je nyní formulována v § 18 odst. 1 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů. Způsob, jakým tak předkladatel činí, se však míjí účinkem. Předkladatel zvolil doslovný opis textu směrnice 2014/24/EU, pominul však specifika českého právního prostředí, zejména co do vnitřní struktury právnických osob. Jinými slovy, formálně transponuje text, aniž by usiloval o reálnou implementaci.

Směrnice 2014/24/EU vertikální spolupráci zadavatelů předjímá jako možnou výjimku z pravidel zadávání veřejných zakázek, avšak toliko v odůvodněných případech, které nejdou proti smyslu a účelu této směrnice, kterými je zajištění co nevyšší míry efektivity při nakládání s veřejnými prostředky. Tato efektivita ze zkušenosti často není zajištěna, pokud služby/práce, které jsou předmětem veřejné zakázky, realizuje veřejný subjekt nepodléhající hospodářské soutěži.

Předkladatel v důvodové zprávě uvádí, že cílem zakotvení tzv. vertikální spolupráce zadavatelů je zadat plnění veřejné zakázky subjektu, který není běžným účastníkem hospodářské soutěže. Tato neúčast na hospodářské soutěži je v předkládaném návrhu definována tak, že minimálně 80% činností předmětné právnické osoby musí být vykonáváno

ve prospěch ovládajícího veřejného zadavatele (či s ním propojených osob). Takové vymezení je však zavádějící, v závislosti na objemu obratu předmětného subjektu totiž může být 20% podíl na jeho obratu obrovský a nemusí znamenat, že se takový subjekt neúčastní hospodářské soutěže. U subjektů s obratem v řádu stovek milionů (což mohou být výše zmiňované krajské správy komunikací) může objem zakázek pro další subjekty efektivně umožnit ovládnutí trhu s danými službami v předmětné lokalitě. S ohledem na nekonkurenční prostředí v rozsahu práce pro ovládajícího veřejného zadavatele cestou tzv. křížového financování (dotování zakázek pro obce ze zdrojů ze zakázek zadaných v rámci vertikální spolupráce) umožňuje takovým subjektům v zadávacích řízeních jiných zadavatelů podávat nabídky subvencované z veřejných zdrojů. Je tím tudíž umožněno nejen obcházení adresnosti použití veřejných zdrojů, ale i dotčeno samotné soutěžní prostředí v dané oblasti, což je v přímém rozporu s principem právní úpravy zadávání veřejných zakázek, která cílí na hospodárnost a transparentnost nakládání s veřejnými prostředky. Nelze tak souhlasit s předkladatelovým názorem uvedeným v důvodové zprávě, že zvýšení limitu pro podíl činností by často činilo využití in-house výjimky nedostupným. Smyslem in-house výjimky je udržení peněžních prostředků vynakládaných na předmětné práce a služby v „rodině“ veřejného zadavatele, tedy v rámci jednoho veřejného subjektu, a to entitou, která je více organizační složkou daného zadavatele, než samostatným subjektem. Osoba, která z in-house výjimky těží a veřejné prostředky přijímá, pak zároveň nemůže být ani plnohodnotným účastníkem hospodářské soutěže, neboť je právě touto in-house výjimkou a příjmem peněžních prostředků ze zakázek od ovládajícího zadavatele zvýhodněna. Zvýšení limitu nad rámec definovaný ve směrnici 2014/24/EU je přitom možné, neboť směrnice neukládá zavedení konkrétního limitu, pouze definuje od jaké úrovně je subjekt možné považovat za kvalifikovaný pro aplikaci in-house výjimky. Zvýšením předepsaného podílu činností ve prospěch „ovládajícího“ veřejného zadavatele dojde ke zpřísnění pravidel aplikace in-house výjimky a tím k rozšíření počtu veřejných zakázek, které budou zadávány standardním způsobem v zadávacím řízení a nikoli mimo režim zákona, čímž bude podpořena hospodářská soutěž a efektivita nakládání s veřejnými prostředky.

Předkladatel by měl dále přesněji pracovat s právními pojmy používanými k definici míry kontroly veřejného zadavatele nad osobou, kterou (v dikci předkládaného návrhu) „ovládá“. Pojem ovládání je definován zákonem č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích (dále jen „ZOK“) odchylně od definice obsažené v § 10 odst. 2 předkládaného návrhu, což by mohlo způsobovat výkladové potíže.

V § 10 odst. 2 předkládaného návrhu je obsažena definice ovládání kvalifikující danou osobu pro přijetí veřejné zakázky v rámci vertikální spolupráce. Rozhodujícím parametrem je „rozhodující vliv veřejného zadavatele na strategické cíle i významná rozhodnutí ovládané právnické osoby“. Jedna ze základních zásad korporátního práva však zakazuje komukoli dávat statutárnímu orgánu pokyny ohledně obchodního vedení společnosti (viz §§ 195 odst. 2 a 435 odst. 3 ZOK). Současně podmínění jiného než zákonem předvídaného jednání statutárního orgánu souhlasem jiného orgánu společnosti nemá za následek neplatnost jednání učiněného bez takového souhlasu (viz §§ 47 a 48 ZOK). Společníci/akcionáři takové společnosti tedy nemohou ovlivnit rozhodování statutárního orgánu např. o cenách za poskytované služby apod. jinak než neformální cestou (s možností člena statutárního orgánu, který neplní jejich pokyny odvolat), tedy de facto pouze cestou následné kontroly nad konáním statutárního orgánu (ledaže statutární orgán v zájmu svého setrvání ve funkci těmto pokynům vyhoví). Taková následná kontrola však nesplňuje definici směrnice 2014/24/EU ani předkládaného návrhu. Dále se taková osoba, coby zástupce veřejného zadavatele v „ovládaném“ subjektu dostane do střetu zájmů, neboť coby člen statutárního orgánu obchodní korporace musí předně hájit zájmy její a nikoli veřejného zadavatele, který jej do daného

orgánu delegoval. Jakékoli pokyny veřejného zadavatele vůči takové osobě budou převáženy požadavkem péče řádného hospodáře kladeného na člena orgánu takové právnické osoby, a to například i při jednání o ceně za služby poskytované veřejnému zadavateli. Při stávající právní úpravě tak v zásadě není možné, aby veřejný zadavatel prostřednictvím člena jejího orgánu tuto obchodní korporaci ovládal způsobem garantujícím rozhodující vliv nad jejími strategickými cíli a významnými rozhodnutími.

§ 10 odst. 3 předkládaného návrhu připouští čistě formální účast na cílovém subjektu, když v bodě a) konstatuje, že je dostačující, aby jeden zástupce ve statutárním orgánu cílové právnické osoby zastupoval více veřejných zadavatelů, teoreticky tedy i všechny spolčníky/akcionáře cílového subjektu. Předně takový postup naráží na obecnou úpravu zastoupení v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, která neumožňuje zastoupení v případě střetu zájmů zástupce a zastoupeného (§ 437), k němuž z logiky věci musí dojít ve chvíli, kdy předmětný zástupce více veřejných zadavatelů bude z pozice statutárního orgánu rozhodovat o podmínkách poskytování služeb jednomu z těchto veřejných zadavatelů, protože výhodnější podmínky sjednané s tímto veřejným zadavatelem povedou ke snížení hodnoty podílu ostatních spolčníků.

Dále navrhované řešení umožní velmi jednoduché obcházení pravidel zadávání veřejných zakázek tak, že více veřejných zadavatelů založí společně např. obchodní společnost, každý z těchto zadavatelů jako svého zástupce ve statutárním orgánu pověří tutéž osobu, bude se jednat přesně o tu formální účast, která je zmiňována Evropským soudním dvorem, neboť žádný z těchto zadavatelů nebude mít dostatečnou kontrolu nad cílovým subjektem a nebude moci ovlivnit jeho chování způsobem, jako kdyby se jednalo o vnitřní organizační jednotku předmětného zadavatele. Uvedeným postupem pak bude v zásadě možné, aby všechny služby aktuálně zadávané v režimu veřejných zakázek byly z tohoto režimu vyňaty a svěřeny takto účelově založeným právnickým osobám, které se budou chovat zcela tržním způsobem, neboť jejich „ovládání“ veřejnými zadavateli bude jen zdánlivé. Uvedeným způsobem tak dojde k efektivnímu vyloučení hospodářské soutěže zejména na trhu komunálních služeb, kde lze takovou formu spolupráce zadavatelů nejspíše očekávat.

Problematická je i díkce ustanovení § 10 odst. 4 předkládaného návrhu, který umožňuje aplikaci horizontální spolupráce i na subjekty „v nichž nemá přímou kapitálovou účast žádná soukromá osoba“. Možná je tedy zprostředkovaná (nepřímá) účast soukromé osoby, lze uvažovat například o účasti soukromé osoby jako tichého spolčníka. Takové řešení je zcela v rozporu s principy vertikální spolupráce, které vychází z toho, že veřejné prostředky vynakládané na předmětné dodávky, služby či práce zůstávají v „rodině“ zadavatele a jsou tedy přesouvány čistě v mezích veřejných rozpočtů. Možnost profitování soukromého subjektu z takto zadané zakázky naprosto popírá smysl a účel in-house výjimky označované nyní jako vertikální spolupráce zadavatelů.

Předkládaný návrh tak nejenže nezamezuje obcházení pravidel pro zadávání veřejných zakázek (jak ostatně potvrzuje i důvodová zpráva k němu), ale tyto možnosti obcházení rozšiřuje a zjednodušuje.

Tato připomínka je zásadní.

§ 13 odst. 1 navrhuje doplnit ustanovení, že

„veřejná zakázka na dodávky může jako vedlejší předmět zahrnovat umístění stavby a instalační práce“.

Odůvodnění:

Dle článku 2 odst. 4 směrnice 32014L0025 a čl. 2 odst. 8 32014L0024 vedlejším předmětem veřejné zakázky na dodávky může být i umístění stavby a instalační práce.

Tato připomínka je doporučující.

§ 21 odst. 1 – navrhuje upravit takto:

„(1) Pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby, u které se nestanoví celková smluvní cena, je rozhodná předpokládaná výše úplaty

a) za celou dobu trvání smlouvy, je-li doba trvání smlouvy rovna 48 měsícům nebo kratší,

b) za 48 měsíců u smlouvy na dobu neurčitou nebo s dobou trvání delší než 48 měsíců.“

Odůvodnění:

Ustanovení § 21 upravuje zvláštní pravidla pro předpokládanou hodnotu veřejných zakázek na služby. Ustanovení není zcela jednoznačné, představuje možný rozpor se Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „obecná směrnice“ nebo také „32014L0024“) i se Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (dále jen „sektorová směrnice“ nebo také „2014L0025“). Doporučuje se proto uvedené ustanovení zpřesnit, kdy lez vyjít ze znění § 20, článku 5 odst. 14 směrnice 32014L0024 a článku 16 odst. 14 směrnice 32014L0025. Cílem upřesnění je pak posílení jistoty zadavatele ohledně způsobu určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby, u které se nestanoví celková smluvní cena a u které je smlouva uzavřena na dobu kratší než 48 měsíců.

Tato připomínka je doporučující.

§ 31 odst. 3 písm. b) – navrhuje upřesnit.

Odůvodnění:

Jedná se o nejasné ustanovení. V případě zadavatelů zadávajících sektorové veřejné zakázky by mělo platit jako doposud, že zadávají pouze tzv. sektorové zakázky, v případě souběhu tj. že část zakázky je sektorovou veřejnou zakázkou a část nikoliv, tj. nesouvisí-li s relevantní činností, pak dle zákona vůbec nezadávají.

Tato připomínka je doporučující.

§ 34 písm. d) upravit tak, aby bylo v souladu s ustanovením § 66

Odůvodnění:

Domníváme se, že ustanovení § 34 písm. d) není v souladu s ustanovením § 66, dle kterého „zadavatel zahajuje jednací řízení bez uveřejnění zahájením jednání s dodavatelem nebo

odesláním výzvy podle § 210“. Výzva podle § 210 návrhu však není výzva k jednání, ale výzva k podání nabídky. Ustanovení § 34 a § 66 jsou tak ve vzájemném rozporu, přičemž jako správnou lze shledat úpravu obsaženou ust. § 66, dle kterého si zadavatel může vybrat, zda nejprve bude s účastníkem zadávacího řízení jednat a následně jej vyzve k podání nabídky, kdy tato nabídka by měla odpovídat výsledkům jednání, nebo zvolí opačný postup. Možnost volby zadavatele odpovídá také charakteru tohoto řízení jakožto nejméně formalizovanému způsobu zadávání veřejných zakázek, které se nejvíce blíží sjednávání smlouvy v běžných soukromoprávních vztazích. Tato neformálnost se projevuje absencí úpravy samotného průběhu tohoto řízení (viz také důvodová zpráva na str. 326: „Průběh samotného řízení pak není nikterak regulován...“), na rozdíl od striktně definovaných podmínek pro užití tohoto řízení.

Tato připomínka je doporučující.

§ 41 odst. 1 navrhuje upravit takto:

„(1) Zadavatel může stanovit zadávací lhůtu, již se rozumí lhůta, po kterou účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit. Počátkem zadávací lhůty je konec lhůty pro podání nabídek. **Zadávací lhůta musí být stanovena s ohledem na druh zadávacího řízení a na předmět veřejné zakázky.**“

Odůvodnění:

Dle důvodové zprávy zadávací lhůta je oproti předchozí úpravě koncipována jako nepovinná. Je diskutabilní, zda se tento přístup v praxi osvědčí, může se stát, že zadavatelé spíše zadávací lhůtou stanovovat nebudou.

I přes právě uvedené ve vztahu k zadávací lhůtě se doporučuje převzít současná praxe, tj. aby zadávací lhůtu stanovil zadavatel s přihlédnutím k druhu zadávacího řízení a k předmětu veřejné zakázky. V navrženém znění zákona stanovená délka zadávací lhůty je příliš krátká a v praxi by znamenala, že zadavatel nestihne dokončit zadávací řízení před uplynutím této zadávací lhůty, což by znamenalo, že dodavatelé již nebudou vázáni svými nabídkami a mohou odstoupit ze zadávacího řízení. Toto způsobí problémy a právní nejistotu.

Standardní složitá zadávací řízení dle současného zákona o veřejných zakázkách v praxi mohou trvat i několik měsíců, a tedy vždy by navrhovaná délka zadávací lhůty nebyla dodržena.

Stanovení maximální hranice, tak jak ji navrhuje předkladatel, může tedy znamenat, že v řadě případů zadávací lhůta bude neúměrně krátká, zadavatelé ji nebudou využívat, což neprospěje právní jistotě ani jedné ze stran kontraktačního procesu, kterým zadávací řízení je.

Tato připomínka je zásadní.

§ 44 navrhuje upravit takto:

„**Veřejný** zadavatel postupuje tak, aby nedocházelo ke střetu zájmů. V případě postupu podle § 42 nebo § 43 si **veřejný** zadavatel vyžádá čestné prohlášení všech členů komise, přizvaných odborníků nebo osob zastupujících **veřejného** zadavatele o tom, že nejsou ve střetu zájmů. Pokud zjistí, že ke střetu zájmů došlo, přijme k jeho odstranění opatření k

nápravě. Za střet zájmů se považuje situace, kdy osoby podílející se na průběhu zadávacího řízení, nebo osoby, které ovlivnily nebo by mohly ovlivnit jeho výsledek, mají finanční či jiný osobní zájem ohrožující jejich nestrannost v souvislosti se zadávacím řízením.“

Odůvodnění:

Ustanovení § 44 upravuje střet zájmů, resp. ustanovení ukládá, aby zadavatel postupovat tak, aby nedocházelo ke střetu zájmů. Ustanovení § 44 však představuje rozpor s obecnou i sektorovou směrnicí.

Doporučuje se tedy ustanovení § 44 návrhu zákona uvést do souladu se směrnicí 32014L0025, konkrétně s článkem 42 upravujícím střet zájmů, ve kterém je zřejmým způsobem uvedeno, že členský stát má nastavit tuto právní úpravu střetu zájmů jednoznačně jen ve vztahu k veřejným zadavatelům, nikoli jiným zadavatelům. Stejná úprava se nachází dále i v článku 24 směrnice 32014L0024.

Dle našeho názoru jde o zpřísnění právní úpravy v rozporu s věcným záměrem zákona (směrnicí 32014L0025), ve kterém je uvedeno na str. 11 (cit): „V případě sektorové směrnice se předpokládá její transpozice bez zpřísnění právní úpravy, jedná se tedy o prostou implementaci práva EU.“

Tato připomínka je zásadní.

§ 47 odst. 4 písm. d) navrhujeme upravit takto:

„Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení také pro nezpůsobilost, pokud... d) **prokáže, že** se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech závažných nebo trvalých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu s veřejným zadavatelem, které vedly k předčasnému ukončení smluvního vztahu, náhradě škody nebo jiným srovnatelným sankcím.“

Odůvodnění:

Právní úprava by měl dodavatelům poskytovat přiměřenou ochranu proti neodůvodněnému vyloučení. Zadavatel musí nést a být schopen unést břemeno tvrzení a břemeno důkazní i v tomto případě, stejně tak jako v případech uvedených v tomtéž ustanovení pod písm. a) a f). V rámci realizace složitých projektů, a to zejména v oblasti informačního a komunikačních technologií, dochází poměrně nečastěji k ukončení smluvního vztahu mezi objednatelem a zhotovitelem, ať již jednostranně nebo dohodou (příp. i dohodou o narovnání), a to z důvodů velmi rozličných. Tento stav není v prostředí ICT neobvyklý a není nutně spojován s pochybením na straně zhotovitele, které by objektivně muselo spadat do kategorie „závažné nebo trvalé pochybení“. Důvodem v praxi bývají nedostatky v původním zadání, nedostatky či objektivní překážky součinnosti objednatele, změna strategie na straně objednatele, technologický vývoj nebo jejich kombinace.

Dodavatelé by proto měli mít jistotu, že důvody ukončení smluvního vztahu nebudou ze strany zadavatelů vykládány libovolně, a že k tak zásadnímu kroku, jako je vyloučení, bude ze strany zadavatele přistupováno odpovědně. V rámci odpovědného přístupu by si zadavatel měl obstarat i potřebné podklady tak, aby pochybení dodavatele mohl objektivně „prokázat“.

S tímto požadavkem podle našeho přesvědčení koresponduje i návrh důvodové zprávy k ustanovení § 47, která možnost vyloučení pro ukončení dřívějšího smluvního vztahu váže (mimo uplatnění nároku na náhradu škody, který sám o sobě nemůže být dostatečně objektivním měřítkem) také na soudní rozhodnutí. Nadto, k vydání soudního rozhodnutí je taktéž předpokládáno prokázání pochybení dodavatele.

Tato připomínka je zásadní.

Dále doporučujeme doplnit, aby zadavatel měl možnost vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, která by se týkala pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu nejen ve vztahu k veřejnému zadavateli, ale jakémukoli zadavateli. Zúžení na veřejného zadavatele zde nemá opodstatnění a jen částečně by naplnilo očekávání, které předmětné ustanovení přináší. Rozšíření na jakéhokoli zadavatele přinese více ochrany i samotným veřejným zadavatelům v zadávacím řízení, kteří se mohou v zadávacím řízení setkat s účastníky dřívějšího smluvního vztahu s jiným zadavatelem, jež se dopustili předkladatelem zákona uvedených závažných nebo trvalých pochybení.

Tato připomínka je doporučující.

§ 60 odst. 7 – navrhujeme zpřesnit a stanovit, zda je zadavatel povinen v oznámení o zakázce (resp. v zadávacích podmínkách obecně) uvádět, zda jednání o předběžných nabídkách bude probíhat v jedné či více fázích, případně v kolika fázích přesně i tehdy, pokud nehodlá snižovat počet předběžných nabídek.

Odůvodnění:

V současné době je v tomto směru celá řada nejasností a je vhodné toto do budoucna vyřešit. Dále se doporučuje stanovit, jakým způsobem a za jakých podmínek je zadavatel oprávněn s účastníky o předběžných nabídkách jednat (zda musí být jednání za určitých okolností společné, resp. kdy může probíhat odděleně, s každým účastníkem zvlášť atd.) a zda je zadavatel povinen sdělovat účastníkům mezi jednotlivými fázemi jednání jejich aktuální pořadí v rámci hodnocení.

Tato připomínka je doporučující.

§ 62 odst. 2 b) navrhujeme přeformulovat tak, aby písm. b) znělo následovně:

„Zadavatel může také použít jednací řízení bez uveřejnění, jestliže veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem ...b) z technických důvodů.“

Odůvodnění:

Domníváme se, že současná textace výrazně snižuje praktickou použitelnost jednacího řízení bez uveřejnění („JŘBU“) oproti dosavadnímu právnímu stavu a praxi. Nyní účinná právní úprava totiž stanoví, že zadavatel může v JŘBU zadat veřejnou zakázku, pokud tato zakázka „může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodů ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem“.

Dle dikce návrhu zákona by pak pro legitimní postup v JŘBU musela být zadavatelem prokazována neexistence hospodářské soutěže. To je problematické ze dvou důvodů: Zaprvé je v praxi obtížné prokázat „neexistenci“ hospodářské soutěže, což staví zadavatele do právně nejisté situace. Za druhé v určitých odvětvích může existovat hospodářská soutěž pouze teoreticky, ale nikoliv prakticky.

Významné vodítko pro správnou aplikaci tohoto ustanovení nabízí už i dosavadní judikatura, která se k otázce „technických důvodů“ v případě JŘBU váže. K tomu např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, ve kterém soud stanoví, že „důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele;

uvedené je typické právě mimo jiné i pro oblast informačních technologií“. Pod „technické důvody“ jsou tak zahrnovány podle objektivních, nutných potřeb praxe i případy tzv. „technické neslučitelnosti“. V případě prokázání „technické neslučitelnosti“ pak již není na místě prokazovat neexistenci hospodářské soutěže. I kdyby soutěž v určité rovině existovala, ať už v teoretické nebo praktické, přesto by postup v běžném druhu řízení znamenal nevhodné vynakládání veřejných prostředků. V tomto směru lze odkázat též na rozsudek Krajského soudu v Brně, č.j. 62 Af 65/2011-95 ze dne 8. 2. 2013, v němž se tento soud vymezil následujícím způsobem: „Přestože je smyslem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek zajištění férové a co nejšířší soutěže o veřejnou zakázku a přestože je třeba ZVZ vykládat se zohledněním tohoto základního smyslu, není důvodu ZVZ mechanicky aplikovat tak, že by měla probíhat fakticky jen „soutěž pro soutěž“ i za cenu dramaticky, podstatně a nepřiměřeně vyšších nákladů hrazených z veřejných prostředků.“

Závěrem si dovoluujeme odkázat též na komentář k §§ 62 až 66 návrhu důvodové zprávy, který je relevantní i pro případy aplikace JŘBU z „technických důvodů“ : „...pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden dodavatel, který může veřejnou zakázku splnit. K použití jednacímho řízení může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, situace výlučnosti tak nemůže být vytvořena samotným zadavatelem.“ Návrh důvodové zprávy vychází ze znění preambule bod 50 směrnice 2014/24/EU, který používá také pojem „výlučnost“. Zároveň se však v preambuli směrnice uvádí: „Technické důvody mohou rovněž vyplývat ze specifických požadavků na interoperabilitu, jež musí být splněny, aby byl zajištěn průběh stavebních prací, dodávek nebo služeb, jež mají být obstarány.“ Z tohoto pohledu nelze pojmem „výlučnost“ chápat jako nutnost prokazovat vždy neexistenci soutěže, ale je nezbytné připustit i případy „technické neslučitelnosti“.

Tato připomínka je zásadní.

§ 63 písm. a)

Ustanovení § 63 písm. a) upravuje podmínky použití jednacímho řízení bez uveřejnění pro veřejné zakázky na dodávky zboží pro účely výzkumu, pokusu, studia nebo vývoje. Nicméně dle čl. 50 písm. b) směrnice 32014L0025 v případě sektorových veřejných zakázek se tento důvod pro jednacím řízení bez uveřejnění vztahuje i na služby a stavební práce, nikoliv pouze na dodávky jak uvádí ustanovení § 63 písm. a). Doporučuje se tedy zařadit důvod §63 písm. a) pro sektorové veřejné zakázky na služby a stavební práce do části sedmé návrhu zákona, tedy rozšířit tento důvod pro sektorové veřejné zakázky plně v souladu s dikcí směrnice 32014L0025.

Tato připomínka je doporučující.

§ 63 písm. b) navrhuje se upravit takto:

„jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, které jsou určeny jako částečná náhrada předchozí dodávky nebo k rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat dodávky s odlišnými technickými vlastnostmi, což by mělo za následek neslučitelnost nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi,“

Odůvodnění:

Ustanovení § 63 upravuje podmínky použití pro veřejné zakázky na dodávky. Konkrétně ustanovení § 63 písm. b) upravuje, za jakých podmínek může zadavatel použít jednací řízení bez uveřejnění, jde-li o dodatečné dodávky od téhož dodavatele. K předmětnému ustanovení se doporučuje odstranit text s původním plněním, a to z důvodu restriktivnosti navrhovaného ustanovení a převzít současné znění zákona o veřejných zakázkách (§ 23 odst. 5 písm. b), jež uvedené restriktivní omezení neobsahuje. Restriktivní omezení je navíc v rozporu i se sektorovou směrnicí, konkrétně s čl. 50 písm. e), jež hovoří o „neslučitelnosti“ nikoli „neslučitelnosti s původním plněním“ a pro sektorové zadavatele nestanovuje žádné časové omezení. U podmínky celkové doby trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky se dále doporučuje, aby předmětná část ustanovení byla uplatněna jen na veřejné zadavatele. Směrnice 32014L0025 takovou podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění neupravuje (viz čl. 50 písm. e).

Jedná se u obou výše uvedených případů o chybnou transpozici směrnice 32014L0025, o zpříšňování právní úpravy nad její rámec a v rozporu s věcným záměrem zákona, ve kterém je uvedeno na str. 11 (cit): „V případě sektorové směrnice se předpokládá její transpozice bez zpříšňování právní úpravy, jedná se tedy o prostou implementaci práva EU.“

Navíc vzhledem ke skutečnosti, že výše uvedené směrnice, které regulují tuto problematiku v EU, žádnou takovou povinnost vůči sektorovým zadavatelům nestanovují, a tudíž ani všechny ostatní státy EU pro sektorové zadavatele tuto povinnost nemusí ve svých právních rádech sektorovým zadavatelům ukládat, mohlo by se považovat toto ustanovení vůči sektorovým zadavatelům v ČR za diskriminační, neboť ve svých důsledcích by vedlo ke znevýhodnění oproti sektorovým zadavatelům v rámci ostatních zemí EU, kteří tak budou v konkurenční výhodě, což může způsobovat významné finanční ztráty sektorových zadavatelů.

Tato připomínka je zásadní.

§ 76 - navrhuje upravit takto:

„(1) Stanoví-li tak zadavatel v oznámení či ve výzvě k zahájení zadávacího řízení, může se zadávacího řízení účastnit pouze dodavatel, ~~v jehož rámci je zřízeno více než 30% chráněných pracovních míst který zaměstnává více než 50% osob na vymezených chráněných pracovních místech~~ podle zvláštního právního předpisu z celkového počtu stávajících pracovních míst.

(2) Skutečnost, že ~~v rámci dodavatele je zřízeno více než 30% chráněných pracovních míst~~ dodavatelem **zaměstnává více než 50% osob na vymezených chráněných pracovních místech** podle zvláštního právního předpisu podle odstavce 1, musí být uvedena v nabídce společně s potvrzením **místně příslušného úřadu práce** nebo rozhodnutím orgánu sociálního zabezpečení, která **se vztahují k zaměstnaným osobám se zdravotním postižením.**“

Odůvodnění:

Ve shodě s KZPS a HK ČR se domníváme, že koncept vyhrazení veřejných zakázek, případně s cenovým zvýhodněním nemůže být v ČR vztahován k limitu 30% vymezených chráněných pracovních míst ze dvou zásadních důvodů:

- a) Nová úprava musí být konzistentní s obsahem zákona č. 435/2004Sb., o zaměstnanosti, který rozlišuje pouze „zaměstnavatele více než 50% OZP zaměstnaných na vymezených chráněných pracovních místech“. Aby bylo možno vyžadovat potvrzení místně příslušného úřadu práce, bylo by nutné nejprve změnit systém podpory a evidence těchto zaměstnavatelů.
- b) Podíl 30% (resp. správně 50%) je nutno zásadně vztahovat k počtu osob se ZP zaměstnaných na CHPM, nikoli k počtu vymezených CHPM, tak, jak ukládá citovaný zákon 435/2004 Sb.

Navíc je třeba omezit dosavadní praxi, kdy „smluvní subdodavatel“ plnil celou zakázku subdodávkou dodavatelů, který se účastnil pouze účelově, v zájmu získání cenové výhody (případně v synergii s nabídkou náhradního plnění).

Tato připomínka je zásadní.

§ 77 odst. 5 navrhujeme slova „výkaz obratu“ nahradit slovy „výkazem zisku a ztrát“.

Odůvodnění:

Termín „výkaz obratu“ není z hlediska finanční a daňové legislativy přiléhavý. Zákonodárce se vrací k terminologii zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, kde se tento termín vyskytoval v § 32 odst. 1 písm. c) zákona, jehož znění bylo následující: „Finanční a ekonomickou způsobilost prokazuje uchazeč nebo zájemce výkazem celkového obratu uchazeče nebo zájemce a obratu dosaženého za provedené práce, dodávky zboží nebo poskytnutí služeb za předcházející 3 účetní období“. Přestože i v posuzovaném případě se lze oprávněně domnívat, že měl zákonodárce na mysli výkaz zisku a ztrát, jak plyne rovněž z odborné literatury, není použití dřívější terminologie legislativně vhodné. Za vhodný považujeme termín odpovídající terminologii zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, a to konkrétně § 18 odst. 1 písm. b), který stanoví jako součást účetní závěrky „výkaz zisků a ztrát“.

Tato připomínka je zásadní.

§ 77 odst. 5 - dále navrhujeme doplnění dovětkou „pokud zadavatel neurčí jinak“.

Odůvodnění:

Dodavatelům by mělo být umožněno předkládat k prokázání ekonomické kvalifikace pouze čestné prohlášení o výši obratu, tj. bez dokládání výkazu zisků a ztrát či obdobných dokumentů. Takovou možnost je vhodné výslovně připustit nejen s ohledem na obecný úmysl zjednodušit administrativní náročnost zadávacích řízení, ale i k zjednodušení účasti zahraničních dodavatelů předkládajících podklady v úředně ověřených kopiích, jakož i obecně k podpoře účasti malých a středních podniků ve veřejných zakázkách. Jiným způsobem prokázání ekonomické kvalifikace může být zejména předložení čestného prohlášení s výší obratu, které bude ve většině případů pro zadavatele zcela dostatečné.

Na podporu výše uvedeného návrhu lze doplnit, že podle textace čl. 58 odst. 3 směrnice 2014/24/EU, je hlavním účelem osvědčit „ekonomické a finanční zázemí“ dodavatele, aniž by bylo nutné relevantní skutečnosti v rámci nabídky dodavatele obšírně prokazovat: „za tímto účelem mohou veřejní zadavatelé zejména požadovat, aby hospodářské subjekty dosahovaly určitého minimálního ročního obratu, včetně určitého minimálního obratu v oblasti, které se veřejná zakázka týká. Nadto mohou veřejní zadavatelé vyžadovat, aby hospodářské subjekty

poskytly informace o svých ročních účetních závěrkách, z nichž bude patrný například poměr mezi aktivy a pasivy“.

Současně se jedná o dokumenty, jež jsou veřejně přístupné ve sbírce listin obchodního rejstříku, kde si může zadavatel skutečnosti deklarované dodavateli snadno ověřit. Domníváme se proto, že smyslu a účelu nově připravované legislativy (zvláště u zahraničních dodavatelů majících povinnost předkládat ověřené překlady) odpovídá právě výslovné umožnění prokazování i jiným způsobem. V opačném případě bude prokazování v praxi krajně nepraktické a nevhodné.

Tato připomínka je zásadní.

§ 78 odst. 2 písm. a) a písm. b)

doporučujeme sjednotit dobu platnosti referencí u staveb i služeb na 5 let.

V případě požadavku na seznam stavebních prací dle písm. a) se doporučuje jednoznačně stanovit, že osvědčení, které se k seznamu přikládá, musí být vydáno objednatelem těchto stavebních prací, tedy subjektem, pro který byly tyto stavební práce realizovány. Mělo by být zřejmé, že se nemůže jednat o čestné prohlášení vydané samotným dodavatelem.

V případě požadavku na seznam významných dodávek nebo významných služeb dle písm. b) se doporučuje, aby taktéž bylo výslovně uvedeno, že realizace těchto dodávek nebo služeb musí být prokázána osvědčením vydaným jejich objednatelem. Záměr předkladatele stanovit povinnost dokládat realizaci významných dodávek nebo významných služeb osvědčením vydaným jejich objednatelem lze nepřímo dovodit z ust. § 78 odst. 4 věty druhé. V případě, že by povinnost dokládat osvědčení v případě dodávek a služeb neměla být stanovena, bylo by podřazení § 78 odst. 2 písm. b) pod režim ust. § 78 odst. 4 bez významu.

Současně by měla být provedena odpovídající úprava důvodové zprávy, která na str. 337 uvádí: „U dodávek a služeb nemůže zadavatel požadovat osvědčení o řádném provedení a dokončení nejvýznamnějších dodávek a služeb“. Neexistuje objektivní důvod, který by opodstatňoval rozdílný přístup k významným stavebním pracím, u nichž by zadavateli bylo umožněno vyžadovat osvědčení jejich objednatele a významným dodávkám a službám, u nichž by zadavateli tato možnost nebyla dána.

Tato připomínka je doporučující.

§ 83 navrhujeme v odst. 1 v první větě za slovo „může“ doplnit slova „v případě veřejných zakázek na stavební práce“.

V obdobném smyslu pak navrhujeme upravit i zbývající odstavce tak, aby se vztahovaly pouze k veřejným zakázkám na stavební práce.

Odůvodnění:

Smyslem a účelem nových evropských směrnic má být usnadnění přístupu malých a středních podniků k plnění veřejných zakázek; malé a střední podniky přitom typicky vystupují jako poddodavatelé větších korporací – účastníků zadávacího řízení. Požadavek Návrhu v tomto ustanovení tak chápeme jako obhajitelný pouze u veřejných zakázek na stavební práce, u kterých je příprava nabídek nesrovnatelně komplikovanější a časově i administrativně náročnější. Navíc i jejich předpokládaná hodnota bývá zpravidla vyšší, což klade na dodavatele přísnější nároky z hlediska účasti. Rozšíření aplikace na všechny druhy předmětu

veřejných zakázek, včetně zakázek na služby a dodávky, považujeme za neúměrné a neopodstatněné. Navíc jde svým smyslem proti zájmu na podpoře účasti malých a středních podniků, která se mimo jiné promítá též zakotvením přímých plateb od zadavatelů.

Vzhledem k tomu, že ani dikce směrnic, ani návrh důvodové zprávy neposkytují pro posuzovaný případ žádné další vodítko, jsme toho názoru, že je na místě se v návrhu přidržet smyslu a účelu relevantního evropského práva, a tedy umožnit snížení administrativní zátěže.

Tato připomínka je zásadní.

§ 95

Navrhujeme s ohledem na ustanovení § 161 odst. 3 upravit lhůtu pro prohlídku místa plnění pro zadavatele zadávající sektorovou veřejnou zakázku. V opačném případě lhůta pro prohlídku plnění (tj. 12 dnů) bude delší než lhůta pro podání nabídek (tj. 10 dnů). Inspirací může být současný zákon o veřejných zakázkách (viz § 49 odst. 5), tj. 7 dnů před skončením lhůty pro podání nabídek.

Tato připomínka je doporučující.

§ 98 odst. 3 písm. b)

Navrhujeme ustanovení § 98 odst. 3 písm. b) uvést do souladu s čl. 89 směrnice 32014L0025, resp. pro zadavatele zadávající sektorovou veřejnou zakázku toto ustanovení vypustit. Obdobné omezení v sektorové směrnici není, dochází ke zpříšňování právní úpravy.

Tato připomínka je doporučující.

§ 101 odst. 1 písm. d) – navrhujeme upravit takto:

„Mají-li být hodnoceny nabídky, zadavatel v zadávacích podmínkách ...d) může požadovat předložení dokladů o ~~majetkové struktuře~~ **společnicích** účastníka zadávacího řízení, **který je právnickou osobou, disponujících více než 25 % hlasovacích práv tohoto účastníka nebo má být příjemcem alespoň 25 % z rozdělovaných prostředků tohoto účastníka.**“

Odůvodnění:

Shodně s HK ČR se domníváme, že formulace umožňující zadavateli požadovat v podstatě jakékoliv informace o majetkové struktuře účastníků zadávacího řízení je příliš široká. Zejména velké společnosti s enormním počtem malých akcionářů, kteří mají ovšem v součtu velmi malé procento akcií, by mohly být v neřešitelné situaci, kdy zadavatel bude požadovat úplné informace o těchto akcionářích, přičemž společnost nemá v souladu se zákonem o obchodních korporacích právo tyto údaje poskytnout.

Podle § 266 odst. 2 ZOK poskytne společnost osobám jiným než svým akcionářům „údaje zapsané v seznamu akcionářů za podmínek stanovených zákonem upravujícím podnikání na kapitálovém trhu pro poskytování údajů osobou vedoucí evidenci investičních nástrojů nebo souhlasí-li s tím akcionář, kterého se zápis týká“. Získat souhlas drobných akcionářů se sdělením jejich údajů zadavateli je v mnoha případech naprosto nereálné.

Doporučujeme tedy ustanovení upravit tak, aby zohlednilo pouze akcionáře či jiné společníky s relevantním podílem na společnosti (viz např. také zákon č. 253/2008 Sb., o některých

opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu k definici skutečného majitele).

Tato připomínka je zásadní.

§ 113 odst. 3 – navrhujeme upravit takto:

„(3) Zadavatel není oprávněn stanovit ekonomickou výhodnost na základě nejnížší nabídkové ceny v případě **zakázek na služby nebo stavební práce služeb v oblasti územního plánování nebo architektury. Prováděcí právní předpis může stanovit závazná hodnotící kritéria pro některé standardní zakázky; v takovém případě je zadavatel oprávněn použít jiná kritéria, jen pokud je to odůvodněno druhem nebo složitostí veřejné zakázky.**“

Odůvodnění:

Ve shodě s HK ČR navrhujeme vyšší míru zohledňování kritérií kvality při výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Současný stav kvality plnění v rámci zakázek, zejména v oblasti služeb a stavebních prací, je značně neuspokojivý. To příkládáme zejména dosavadnímu cenově orientovanému přístupu zadavatelů.

Navrhujeme rozšířit zákaz nabídkové ceny jako jediného kritéria na všechny služby a stavební práce. Problémy s kvalitou plnění zakázek, které uvádí MMR jako důvod pro výjimku územního plánování a architektonických služeb, se zdaleka netýkají jen těchto služeb. V současnosti je nutné považovat veškeré služby a stavební práce za odborné činnosti, které vyžadují rovněž hodnocení na základě kvality. Není zřejmé a ani předkladatel v důvodové zprávě neuvádí žádné argumenty, proč by měla výjimka platit pouze pro územní plánování a architekturu.

Tato připomínka je zásadní.

§ 148 navrhujeme upravit takto:

„**Pokud není v této části stanoveno jinak, zadavatel při zadávání sektorové veřejné zakázky, která není koncesí, postupuje podle části první, druhé, čtvrté, páté, šesté nebo desáté až třinácté.** Při zadávání sektorové veřejné zakázky, která je koncesí, zadavatel postupuje podle části osmé.“

Odůvodnění:

Ustanovení § 148 je chybně koncipované s přihlédnutím k návrhu zákona jako celku. Doporučuje se tedy, aby výjimky pro sektorové veřejné zakázky stanovené v části sedmé byly vztaheny ke všem relevantním částem nikoli pouze k části první, druhé, desáté až třinácté, jak toto je možno vykládat v návrhu zákona, když i vůči těmto část sedmá obsahuje výjimky.

Tato připomínka je zásadní.

§ 151 odst. 1 písm. a) bod 1., 2. – navrhujeme upravit takto:

„a) v odvětví plynárenství

1. poskytování nebo provozování přepravní či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti,
2. výroba plynu za účelem poskytování služby veřejnosti,

3. poskytování nebo provozování těžebního plynovodu, nebo
4. poskytování nebo provozování podzemního zásobníku plynu zajišťujícího provozuschopnost přepravní či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti,“

Odůvodnění:

Dle směrnice Evropského parlamentu a rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 (dále jen „původní sektorové směrnice“), konkrétně dle článku 3 odst. 1 platí, že (cit): „1. Co se týče plynu a tepla, vztahuje se tato směrnice na tyto činnosti: a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí plynu nebo tepla; nebo b) dodávky plynu nebo tepla do takových sítí.“

Dle směrnice 32014L0025, která nahradila původní sektorovou směrnice, konkrétně dle článku 8 odst. 1 platí, že (cit): „1. Pokud jde o plyn a teplo, vztahuje se tato směrnice na tyto činnosti: a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí plynu nebo tepla; b) dodávky plynu nebo tepla do těchto pevných sítí.“

S ohledem na právě uvedené, resp. skutečnost, že znění nové sektorové směrnice odpovídá znění původní sektorové směrnice, se doporučuje z důvodu zachování kontinuity se stávající právní úpravou (konkrétně § 4 odst. 1 písm. a)) převzít současné vymezení relevantní činnosti v odvětví plynárenství. Důvodem navržené úpravy je zamezení tomu, aby při praktickém používání nové právní úpravy (aplikaci tohoto ustanovení) vznikaly interpretační pochybnosti, kdy současná praxe výkladu předmětného ustanovení je již zaběhlá a je definována s ohledem na příslušné platné české právní předpisy.

Podporuje to i skutečnost, že bod 3., 4. odpovídá současné právní úpravě zákona o veřejných zakázkách.

Tato připomínka je zásadní.

§ 151 odst. 1 písm. c) – navrhujeme upravit takto:

„c) v odvětví elektroenergetiky

1. **poskytování nebo provozování přenosové či distribuční soustavy určené k poskytování služby veřejnosti** nebo
2. **výroba elektřiny za účelem poskytování služby veřejnosti,**“

Odůvodnění

Dle původní sektorové směrnice, konkrétně dle článku 3 odst. 3 platí, že (cit): „Co se týče elektřiny, vztahuje se tato směrnice na tyto činnosti: a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí elektřiny; nebo b) dodávkou elektřiny do takových sítí.“

Dle směrnice 32014L0025, která nahradila původní sektorovou směrnice, konkrétně dle článku 9 odst. 1 platí, že (cit): 1. Pokud jde o elektřinu, vztahuje se tato směrnice na tyto činnosti: a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí elektřiny; b) dodávky elektřiny do těchto pevných sítí.“

S ohledem na právě uvedené, resp. skutečnost, že znění nové sektorové směrnice odpovídá znění původní sektorové směrnice, se doporučuje z důvodu zachování kontinuity se stávající právní úpravou (konkrétně § 4 odst. 1 písm. c)) převzít současné vymezení relevantní činnosti v odvětví elektroenergetiky. Důvodem navržené úpravy je zamezení tomu, aby při praktickém používání nové právní úpravy (aplikaci tohoto ustanovení) vznikaly interpretační pochybnosti, kdy současná praxe výkladu předmětného ustanovení je již zaběhlá a je definována s ohledem na příslušné platné české právní předpisy.

Tato připomínka je zásadní.

§ 151 odst. 1 písm. i) bod 2. - navrhuje upravit takto:

„i) činnost související s využíváním území pro účely

1. těžby ropy nebo zemního plynu, nebo
2. průzkumu nebo těžby **uhlí nebo jiných** tuhých paliv.“

Odůvodnění:

V dosavadním návrhu se uvádí pouze „průzkumu nebo těžby tuhých paliv“, jde o zobecnění oproti dosavadnímu znění zákona o veřejných zakázkách, kde je výslovně uvedeno „vyhledávání, průzkumu nebo dobývání ropy, plynu, uhlí nebo jiných pevných paliv,“.

Současně žádný právní předpis vymezení tuhých paliv neobsahuje. Obecně se za tuhá paliva považují, jak fosilní paliva, tak i biomasa. Oproti tomu zákon č. 44/1988 Sb., horní zákon, v platném znění, pak výslovně uvádí:

„Vyhrazené nerosty jsou: a)...b) všechny druhy ropy a hořlavého zemního plynu (uhlovodíky), všechny druhy uhlí a bituminosní horniny, c)...“

Vzhledem k tomu, že se jedná o vymezení dané zákonem, doporučuje se z toho důvodu alespoň zachování výčtu v rozsahu, v jakém je uveden v současném zákoně o veřejných zakázkách, tj. k výslovnému uvedení uhlí, kdy tak výčet v předmětném ustanovení návrhu zákona se bude spíše shodovat s výčtem obsaženým ve zvláštním zákoně.

Tato připomínka je zásadní.

§ 153 odst. 1 navrhuje doplnit text takto:

"Přidruženou osobou se rozumí osoba, která

- a) může přímo nebo nepřímo podléhat dominantnímu vlivu zadavatele;
- b) může vykonávat dominantní vliv nad zadavatelem nebo ...

Odůvodnění:

Ustanovení v tomto ohledu transponuje text čl. 29 odst. 2 Směrnice nepřesně, kdy vynechává slovo může. Domníváme se, že vynechání tohoto slova povede ke zúžení okruhu "přidružených osob" ("přidruženou osobou" nebudou osoby, které mohou přímo nebo nepřímo podléhat dominantnímu vlivu zadavatele, případně vykonávat vliv nad zadavatelem, avšak fakticky vlivu nepodléhají nebo dominantní vliv nevykonávají).

Tato připomínka je doporučující.

§ 153 odst. 2 navrhujeme upravit takto:

„2) **Tento zákon se nevztahuje na sektorovou veřejnou zakázku zadávanou** zadavatelem přidružené osobě nebo společně několika zadavateli za účelem výkonu relevantní činnosti osobě přidružené k některému z těchto zadavatelů, jestliže se jedná o

- a) služby, přičemž alespoň 80 % průměrného obratu přidružené osoby **z příslušných** služeb, které tato osoba poskytovala v předchozích 3 letech, bylo dosaženo ve vztahu k zadavateli nebo osobám, k nimž je zadavatel přidruženou osobou,
- b) dodávky, přičemž alespoň 80 % průměrného obratu přidružené osoby **z příslušných** dodávek, které tato osoba poskytovala v předchozích 3 letech, bylo dosaženo ve vztahu k zadavateli nebo osobám, k nimž je zadavatel přidruženou osobou, nebo
- c) stavební práce, přičemž alespoň 80 % průměrného obratu přidružené osoby **z příslušných** stavebních prací, které tato osoba poskytovala v předchozích 3 letech, bylo dosaženo ve vztahu k zadavateli nebo osobám, k nimž je zadavatel přidruženou osobou.“

Odůvodnění:

Ustanovení § 153 odst. 2 upravuje, co se nepovažuje za sektorovou veřejnou zakázku. Doporučuje se, aby úvod odstavce 2 návrhu zákona byl uveden do souladu se směrnicí 32014L0025, konkrétně s čl. 29 odst. 3, tedy aby bylo odstraněno slovo „výhradně. Podporuje to i skutečnost, že se tento pojem nevyskytuje ani v druhé části věty před souslovím „osobě přidružené“. Dále se doporučuje úvod tohoto ustanovení zpřesnit, aby neumožňovalo různé výklady a nevedlo k právní nejistotě zadavatelů.

Dále ve vztahu k dosaženému obratu. V případě, že bude dosažený obrat posuzován ve vztahu k obecným (celkovým) obratům dodávek, služeb či stavebních prací a nikoliv příslušných dodávek, služeb a stavebních prací, které jsou předmětem konkrétní sektorové veřejné zakázky zadávané přidružené osobě sektorovým zadavatelem, mohlo by docházet k situaci, že bude splněn obecný dosažený obrat pomocí naprosto odlišných zakázek, které nemají žádnou souvislost či obdobnost k zadávané veřejné zakázce. Doporučená úprava reflektuje smysl celého tohoto institutu spočívající v zadávání veřejné zakázky tzv. sektorovými zadavateli přidruženým osobám, kteří již realizovali v minulosti pro sektorového zadavatele obdobné zakázky či jsou za účelem realizace těchto veřejných zakázek založeny či jej jejich působnost na tyto veřejné zakázky rozšířena. Je vhodné vyloučit určité zakázky na služby, dodávky a stavební práce zadávané přidruženému podniku, jehož hlavní činností je poskytování takových služeb, dodávek nebo stavebních prací, skupině, jejíž je součástí a nikoli jejich nabízení na trhu.

Tato připomínka je zásadní.

§ 153 odst. 3 navrhujeme upravit takto:

„(3) Není-li možné stanovit průměrný obrat za předchozí 3 roky, jelikož přidružená osoba byla založena nebo prokazatelně zahájila svou činnosti později, postačí prokázání obratu

podle odstavce 2 **prostřednictvím prognóz činnosti, kterými bude prokázáno, že dosažení obratu podle odstavce 2 je věrohodné.**“

Odůvodnění:

Doporučuje se § 153 odst. 3 uvést do souladu s evropskou legislativou. V návrhu zákona je přejet „evropský“ text, avšak s úpravami a těmito úpravami dochází k nepřesnostem pro případný výklad a následný postup v souladu s evropskou legislativou. Tedy:

1. Návrh zákona zní: „prostřednictvím věrohodných prognóz činnosti“ (věrohodné prognózy)
2. Text sektorové směrnice (čl. 29 odst. 5): „prostřednictvím prognóz činnosti, kterými bude prokázáno, že dosažení obratu je věrohodné“ (mělo by být prokázáno, že dosažení obratu je věrohodné).

V ustanovení § 153 odst. 3 zákonodárce umožňuje situaci, při které budou účelově vznikat přidružené osoby zadavateli tak, aby bylo možné obejít zadávací řízení. Pokud tedy přidružená osoba nemůže pro výkon relevantní činnosti předložit průměrný obrat za poslední 3 roky, jelikož byla prokazatelně založena nebo zahájila svou činnost později, postačí prokázání obratu prostřednictvím věrohodných prognóz činnosti.

Takto formulovaná povinnost prokazovat činnost přidružené osoby zcela popírá jinak velmi konkrétní podmínky v podobě procentuálního vyjádření průměrného obratu a vytváří tak slabé místo s potenciálem pro nekalé jednání.

Tato připomínka je zásadní.

§ 157 písm. b) bod 2. navrhuje upravit takto:

„ b) relevantní činnost podle § 151 odst. 1 písm. a), b), c) nebo i) a jde o

1. dodávku paliv pro výrobu energie, nebo

2. dodávku energie, **zejména nákup podpůrných služeb pro zajištění systémových služeb, nákup elektrické energie pro krytí ztrát v přenosové nebo distribuční soustavě a nákup elektrické energie pro vlastní potřebu podle energetického zákona.**“

Odůvodnění:

Navrhujeme do ustanovení § 157 písm. b) bod 2 ke stávajícímu textu uvedení konkretizačního demonstrativního výčtu dodávek energie tzv. sektorovému zadavateli z důvodu zachování kontinuity se stávající právní úpravou. Podle stávajícího znění ustanovení § 19 odst. 2 písm. e) současného zákona o veřejných zakázkách totiž platí, že do režimu výjimek je již nyní výslovně zařazen nákup podpůrných služeb a nákup elektrické energie pro krytí ztrát v přenosové či distribuční soustavě. Důvodem navržené úpravy je především zamezení tomu, aby při praktickém používání nové právní úpravy (aplikaci tohoto ustanovení) vznikaly interpretační pochybnosti, zdali je také v nové právní úpravě zachována výjimka obsažená ve stávajícím znění zákona ohledně obstarávání dodávek energie pro potřebu zajištění činností sektorových zadavatelů ve stejném rozsahu jako v současném zákoně o veřejných zakázkách. Implementovaná evropská právní úprava předcházející i nové směrnice se ohledně této výjimky jakkoliv významově neposunula, jeví se tudíž jako žádoucí znění ustanovení § 157 písm. b) bod 2, tak jak je to legislativně – technicky obvyklé, upřesnit o demonstrativní výčet,

který dává v souladu s evropskou právní úpravou sektorových veřejných zakázek (včetně již dosažené aplikační praxe) dostatečný interpretační návod normativní povahy. Spojení dnes dvou odděleně působících výjimek je v tomto směru nápravou jejich nevhodně oddělené právní úpravy v rámci současného zákona o veřejných zakázkách.

Dalším důvodem pro akceptaci navrženého doplnění předmětného ustanovení je zachování souladu právní úpravy zadávání veřejných zakázek se zněním zákona č. 458/2000 Sb., energetický zákon, v platném znění, který pro provozovatele přenosové soustavy, jakož i provozovatele distribučních soustav presumuje zvláštní právo na obstarání těchto dodávek energií (a dále i regulační energie pro potřeby provozovatele přenosové soustavy) za nejnižší cenu. To je realizováno zvláštními aukčními mechanismy nad rámec zákona o veřejných zakázkách, které v souladu s evropskou právní úpravou elektroenergetiky a plynárenství jednak ex ante reguluje v rámci cenové i necenové regulace a jednak ex post kontroluje, resp. postihuje sankcemi zvláštní orgán dohledu státní správy pro energetiku – Energetický regulační úřad. Obstarávání těchto dodávek energií se tedy uskutečňuje primárně v rámci specializované evropské i národní právní regulace elektroenergetiky, kterou by svou povahou obecnější právní úprava zadávání veřejných zakázek měla respektovat.

Tato připomínka je zásadní.

§ 160 odst. 4 – navrhuje upravit takto:

„(1) Zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění za podmínek uvedených v § 62 odst. 1 bez ohledu na druh předcházejícího zrušeného zadávacího řízení.

(2) Jednací řízení bez uveřejnění pro sektorovou veřejnou zakázku na dodávky může zadavatel použít také, jde-li o výhodnou koupi, kdy je při využití zvláště příznivé příležitosti dostupné po velmi krátkou dobu možné pořídit dodávky za cenu podstatně nižší, než jsou běžné tržní ceny.

(3) Použití jednacího řízení bez uveřejnění pro sektorovou veřejnou zakázku na dodávky z důvodu podle § 63 písm. a) nesmí být na újmu hospodářské soutěži při zadávání dalších zakázek.

(4) Jednací řízení bez uveřejnění pro sektorovou veřejnou zakázku na stavební práce nebo služby může zadavatel použít za podmínek uvedených v § 65 písm. a) – c). Ustanovení §65 písm. d) – e) se pro sektorovou veřejnou zakázku na stavební práce nebo služby nepoužijí.

Odůvodnění:

Ustanovení § 160 upravuje zvláštní ustanovení pro jednací řízení bez uveřejnění. Ustanovení § 160 odst. 4 upravuje konkrétně lhůtu pro zahájení jednacího řízení bez uveřejnění. Směrnice 32014L0025 lhůtu pro zahájení jednacího řízení bez uveřejnění ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku pro veřejné zakázky na stavební práce nebo služby však neupravuje (viz čl. 50 písm. f)). Dochází ke zpříšňování právní úpravy pro zadavatele zadávající sektorovou veřejnou zakázku, resp. sektorového zadavatele v rozporu s věcným záměrem zákona, v rozporu s konstatováním předkladatele zákona, že nedojde ke zpříšňování právní úpravy ve srovnání se směrnicemi Z tohoto důvodu, se proto doporučuje tato lhůta odstranit. V návaznosti na právě uvedené se současně navrhuje jednoznačným způsobem

uvést, jaké podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění pro veřejné zakázky na stavební práce nebo služby uvedené v ustanovení § 65 musí být splněny v případě sektorové veřejné zakázky, kdy se jedná o podmínky uvedené pod písm. a) – c). Zbylé podmínky uvedené v ustanovení § 65 písm. d) a e) směrnice 32014L0025 neupravuje, jejich převzetí by tak bylo v rozporu s věcným záměrem zákona, s výrokem, že novým zákonem nedojde ke zpříšňování právní úpravy pro zadavatele zadávající sektorovou veřejnou zakázku.

Navíc vzhledem ke skutečnosti, že výše uvedené směrnice, které regulují tuto problematiku v EU, žádnou takovouto povinnost vůči sektorovým zadavatelům nestanovují, a tudíž ani všechny ostatní státy EU pro sektorové zadavatele tuto povinnost nemusí ve svých právních řádech sektorovým zadavatelům ukládat, mohlo by se považovat toto ustanovení vůči sektorovým zadavatelům v ČR za diskriminační, neboť ve svých důsledcích by vedlo ke znevýhodnění oproti sektorovým zadavatelům v rámci ostatních zemích EU, kteří tak budou v konkurenční výhodě, což může způsobovat významné finanční ztráty sektorových zadavatelů.

Tato připomínka je zásadní.

§ 168 navrhuje upravit takto:

„Zadavatel, který zadává sektorovou veřejnou zakázku, může zrušit zadávací řízení i bez naplnění důvodů podle § 125, pokud si tuto možnost vyhradil v zadávacích podmínkách.“

Odůvodnění:

Návrh zákona konstatuje oprávnění pro zadavatele zadávající sektorovou veřejnou zakázku zrušit zadávací řízení i bez naplnění zákonných důvodů, pokud si tuto možnost uvedený zadavatel vyhradí v zadávacích podmínkách. S ohledem na skutečnost, že oprávnění zadavatele k takovému kroku vyplývá ze zákona při naplnění stanovených předpokladů, pak nejde o libovůli, tedy zadavatel zadávající sektorovou veřejnou zakázku by neměl mít povinnost takový krok odůvodnit. Jedná se o nadbytečné administrativní zatěžování takových zadavatelů. Doporučuje se vypustit odůvodňovací povinnost.

Tato připomínka je doporučující.

§ 170

Doporučuje se ustanovení § 170 upravující zvláštní ustanovení pro změnu závazku ze smlouvy upřesnit, tak aby bylo zřejmé, že ustanovení § 220 odst. 6 písm. c) a odst. 7 písm. c) se pro změnu závazku ze smlouvy na sektorovou veřejnou zakázku nepoužije. Bez upřesnění předmětného ustanovení vzniká výkladová pochybnost ve smyslu, není-li limit 50%, pak zda se má nějaký limit použít a jaký. Správně však ve smyslu sektorové směrnice podmínka s nastavením limitu ve smyslu § 220 odst. 6 písm. c) a odst. 7 písm. c) nemá pro sektorové zadavatele vůbec platit, resp. sektorová směrnice takovou podmínku neupravuje.

Tato připomínka je doporučující.

§ 220 odst. 6 písm. a)

Ustanovení § 220 odst. 6 písm. a) upravuje, co se nepovažuje za podstatnou změnu závazku ze smlouvy. Ve výčtu uvedeném v písmenu a) chybí ve smyslu směrnice 32014L0025, resp. čl. 89 ods. 1 písm. b), že změna není možná (cit): „z ekonomických nebo technických

důvodů, jako jsou například požadavky na zaměnitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, **softwarem**, službami nebo instalacemi pořízenými v rámci původní zakázky (...)“. Doporučuje se plně transponovat text sektorové směrnice, resp. převzít do výčtu uvedeného v ustanovení § 220 odst. 6 písm. a) slovo „softwarem“.

Tato připomínka je doporučující.

§ 221 - navrhuje vypuštění celého odst. 1, ponechat pouze text odstavce 2 (bez číslování).

Odůvodnění:

Domníváme se ve shodě s HK ČR, že text odstavce 1 zavádí (nežádoucí) paralelní právní úpravu k obecné úpravě soukromoprávního kontrakčního procesu, resp. způsobu jeho ukončení, a to formou

(i) odstoupení od smlouvy dle § 1829 a násl. NOZ a (ii) výpovědi smlouvy dle § 1998 a násl. NOZ. Nadto je vhodné poukázat i na ustanovení § 2006 odst. 1 věta první NOZ, který upravuje tzv. „nemožnost plnění“, a to následujícím způsobem: „stane-li se dluh po vzniku závazku nesplnitelným, zaniká závazek pro nemožnost plnění“. Věta druhá téhož ustanovení NOZ pak vymezuje, kdy nelze usuzovat na to, že plnění se stalo nemožným, tj. „lze-li dluh splnit za ztížených podmínek, s většími náklady, s pomocí jiné osoby nebo až po určené době“.

Nemožnost plnění lze pro daný případ dovodit na základě jiného právního předpisu, konkrétně § 220 odst. 1 ZZVZ, který stanoví, že „není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona“.

Možnost ukončit smluvní vztah výpovědí bez dalšího navíc neřeší komplikované situace u velkých projektů, kde v důsledku výpovědi vznikají dodavateli a jeho poddodatelům vysoké náklady a škody (např. některé materiály a technologické části díla je zapotřebí objednat a vyrobit s velkým předstihem). Při možnosti výpovědi zadavatele, kterou dodavatel nijak nezpůsobil, by dodavatel nespravedlivě nesl náklady spojené s ukončením smluvního vztahu.

Právní regulace by neměla svým adresátům zakládat zcela odlišná práva a povinnosti. V posuzovaném případě by dodavatelé byli oproti zadavatelům podstatným způsobem znevýhodněni, což nemůže být účelem úpravy veřejných zakázek a bylo by též v rozporu s obecnými zásadami soukromoprávního kontrakčního procesu.

Tato připomínka je zásadní.

§ 232 odst. 4 - navrhuje upravit takto:

„(4) Pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek **nebo pro podání předběžných nabídek**, lze námitky proti zadávacím podmínkám podat nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, v případě jednacího řízení s uveřejněním lze námitky proti zadávacím podmínkám podat nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.“

Odůvodnění:

Navrhujeme ustanovení § 232 odst. 4 uvést do souladu s terminologií návrhu zákona, který pro jednací řízení s uveřejněním nepracuje s pojmem „nabídka“, ale „předběžná nabídka“, s odůvodněním viz výše § 161 odst. 2 a § 161 odst. 3.

Tato připomínka je doporučující.

§ 235 odst. 6 písm. d) a § 237 odst. 2

Navrhujeme zkrátit délku blokační lhůty, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s vybraným účastníkem ze 60 dní ode dne zahájení řízení před ÚOHS na 30 dní ode dne zahájení řízení před ÚOHS. Případně doporučujeme vrátit se k současné praxi, tedy 45 dní ode dne podání námitek.

Odůvodnění:

Návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele by měl mít navrhovatel možnost blokovat uzavření smlouvy pro veřejnou zakázku po co nejkratší dobu. Dle stávající právní úpravy je blokační lhůta 45 dní od podání námitek zadavateli. Poté může zadavatel smlouvu pro veřejnou zakázku uzavřít, případně musí být blokační lhůta prodloužena na základě předběžného opatření ze strany ÚOHS. Před vydáním předběžného opatření musí ÚOHS danou věc posoudit alespoň do té míry, aby zjistil, zda je osvědčeno, že mohlo dojít k tak závažnému porušení ZVZ, které by odůvodnilo pozdější nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení nebo některého z úkonů zadavatele. ÚOHS tedy musí v dané 45 denní lhůtě věc posoudit tak, aby selektoval zjevně neoprávněné nebo šikanózní návrhy směřující právě jenom ke zdržení průběhu zadávacího řízení.

Návrh blokační lhůtu významně prodlužuje, a to na 60 dní od zahájení řízení před ÚOHS. Mezi podáním námitek a zahájením řízení před ÚOHS může navíc uběhnout dalších až 25 dní, blokační lhůta tedy nově trvá až 85 dní od podání námitek místo původních 45 dní. Po celou tuto lhůtu není ÚOHS povinen provést úkony směřující k selekci zjevně neoprávněných návrhů. Navíc i v tomto řízení může ÚOHS vydat předběžné opatření a blokační lhůtu prodloužit. Reálně je tedy možné, že ÚOHS nebude návrhy vyřizovat v kratší než 60 denní lhůtě a zadavatel tak nebude moci po celou tuto dobu uzavřít smlouvu, i když je zřejmé, že návrh je zcela zjevně neopodstatněný.

Uvedená změna podstatně snižuje oproti současnému stavu ochranu zadavatele a účastníků zadávacího řízení proti důsledkům neopodstatněných a šikanózních návrhů na přezkoumání úkonů zadavatele.

Tuto připomínku podáváme ve shodě s HK ČR.

Tato připomínka je zásadní.

V Praze dne 22.5.2015

Kontaktní osoba: JUDr. Jitka Hlaváčková, jhlavackova@sprc.cz