

VEŘEJNÉ ZAKÁZKY – NÁVRH „TECHNICKÉ“ NOVELY

Připomínky k návrhu novely ZVZ (eKLEP č.j. 20494/2014-33)

Předkladatel: Asociace pro rozvoj infrastruktury (ARI) dne 16.7.2014

Dovolujeme si Vám níže předložit připomínky k návrhu novely zákona, kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zákonné opatření Senátu č. 341/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v rámci kterého navrhujeme následující úpravy v části první „Změna zákona o veřejných zakázkách“:

1. K otázce „dodatečných prací“:

1.1. V čl. I navrhujeme za bod 2 vložit nový bod 3, který zní:

„3. V § 23 odst. 7 písm. a) bodě 3 se číslo „20“ nahrazuje číslem „50“.“

1.2. V čl. II. „Přechodná ustanovení“ navrhujeme doplnit na konci textu bodu 1:

„ , s tím, že to zda zadavatel dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, se u zadávacích řízení zahájených přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona posuzuje podle tohoto zákona tehdy, jestliže to je pro zadavatele příznivější.“

Odůvodnění:

V praxi je jednou z nejdiskutovanějších otázek současného znění zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“) možnost změny smlouvy uzavřené na základě veřejné zakázky, zejména v souvislosti s nutností úprav ceny v návaznosti na vícepráce a méněpráce a případně další nároky. Zejména pro velké stavební projekty je typické, že nelze eliminovat potřebu změn během jejich realizace, a to ani dobrou přípravou a správným řízením stavby.

Řada těchto změn přitom v logice ZVZ a jeho výkladu ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) mají charakter tzv. „víceprací“ a započítávají se do limitu pro dodatečné práce, které se zadávají v rámci jednacího řízení bez uveřejnění („JŘBU“). Rozhodovací praxe přitom nerozlišuje mezi podstatnými a nepodstatnými změnami, ačkoli dle rozhodovací praxe Soudního dvora EU a ustanovení §82 odst. 7 ZVZ je toto rozlišení zásadní – a zakázané jsou, resp. nové zadání v rámci nového zadávacího řízení, jako je např. právě JŘBU, vyžadují „pouze“ změny podstatné.

Za „dodatečné práce“ jsou tak pokládány jakékoliv „vícepráce“ či změny (vč. změn materiálu, dílčích postupů, náhrad zařízení apod.), a to i když současně dochází k odpovídajícím „méněpracím“. Dle ÚOHS spadají veškeré dílčí změny resp. „vícepráce“ do výpočtu 20%, i když celková cena díla zůstává zachována nebo není navýšena o více jak 20%, nebo **může být dokonce i nižší (!)**.

Zadavatelé a dodavatelé zejména velkých stavebních projektů jsou často v bezvýchodné situaci, kdy je třeba zasmluvnit vícepráce, ale neexistuje právně aprobovaný způsob, jak to učinit, pokud výkladem výpočtu dochází formálně k přesazení 20%. V praxi se tak v řadě případů brání postupům, které jsou jinak v soukromé sféře standardní a objektivně odůvodněné, a často vedou k významným úsporám a využití lepších, pokročilejších technologií.

Nová směrnice EU (pro veřejné zadavatele v čl. 72 odst. b) ii), přitom uvádí – tak jako dosavadní směrnice EU - limit dodatečných prací ve výši 50%. Český zákonodárce implementoval přísnější 20% limit, který je de facto ještě snížen výkladem ÚOHS započítávajícím do limitu všechny vícepráce bez ohledu na odpočet méněprací.

Vzhledem k neutěšené praxi, jakož i nastávající transpozici nové směrnice EU, navrhuje již nyní zvýšení limitu uvedeného v § 23 odst. 7 písm. a) bodě 3 ZVZ ze současných 20% na 50%.

Dále v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu¹ navrhuje úpravu přechodných ustanovení tak, aby byly zachovány základní zásady správního trestání, tedy **aby zadavatelé nebyly sankcionováni podle dosavadních právních předpisů, pokud je pro ně nová právní úprava výhodnější.**

2. K otázce „hodnocení členů odborného týmu“:

V dosavadním bodě 13 navrhuje nahradit slovo „pracovníků“ slovem „osob“. Upravené znění by tak bylo následující:

„V případě, že na úroveň plnění veřejné zakázky může mít významný dopad kvalita ~~pracovníků~~ osob zapojených do realizace veřejné zakázky, může být v rámci dílčích hodnotících kritérií zohledněna jejich organizace, kvalifikace a zkušenosti.“

Odůvodnění:

Pojem „osoba“ považujeme za přesnější a legislativně vhodnější. označení „pracovník“ má místo ve vztahu k osobám v pracovněprávním poměru. Členy odborného týmu nemusí být - a právě u intelektuálních služeb často nejsou - jen zaměstnanci uchazeče, ale může jít o osoby v jiném vztahu, např. statutární orgány, trvale spolupracující advokáty, samostatné osoby vykonávající svobodná povolání ucházející se o zakázku ve sdružení, subdodavatele apod.

¹ Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27.10.2004, čj. 6 A 126/2002 – 27: „I. Ústavní záruka vyjádřená v článku 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod a spočívající v přípustnosti trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější, platí i v řízení o sankci za správní delikty. Ve svých důsledcích znamená, že rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo staré skutkové podstaty, a pokud ano, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Rozhodnutí, které se s touto otázkou vůbec nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů [§ 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.].“

II. Ustanovení § 83 odst. 8 zákona č. 183/2001 Sb., o odpadech a o změně některých dalších zákonů, o tom, že „Řízení o pokutách zahájená před účinností tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů. Ostatní zahájená řízení se dokončí podle tohoto zákona.“, nemůže prolomit ústavní princip čl. 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod: lze jej chápat pouze v procesním, a nikoli hmotněprávním smyslu.“

Rozumíme, že MMR do návrhu novely záměrně zahrnuje pouze takové body, u nichž předpokládá možnost rychlého bezproblémového přijetí tak, aby mohlo dojít k řešení nejpálčivějších problémů v praxi co nejdříve. Vycházíme zároveň z toho, že komplexně bude úprava ZVZ a transpozice směrnice EU řešena novým připravovaným zákonem o veřejných zakázkách, v rámci které bude probíhat diskuse o dalších, neméně významných tématech, které však již představují komplexnější otázky vyžadující podstatnější zásahy v rámci legislativních i nelegislativních opatření (v tomto směru považujeme za důležitou zejména bližší úpravu hodnocení kvality, její úpravu ve vztahu k službám oproti stavebním pracím, a dále otázku nefunkčnosti přezkumu v případech, kdy ÚOHS zastavuje řízení pro „bezpředmětnost“). K těmto dalším otázkám odkazujeme na naše připomínky k věcnému záměru a ještě jednou si dovoluujeme požádat o naše zapojení do dalšího připomínkového řízení v souvislosti s chystaným textem nového zákona.

Děkuji Vám za příležitost poskytnout Vám naše připomínky a názory. Osobou určenou k případnému projednání připomínek je Mgr. Adéla Havlová (e: adela.havlova@havelholasek.cz, m: 605 181 123). Jsme také připraveni s Vámi dále spolupracovat na přípravě nového zákona.

S úctou,

Tomáš Janeba

Prezident ARI

m: 606 640 251, e: tomas.janeba@ceskainfrastruktura.cz

ASOCIACE PRO ROZVOJ INFRASTRUKTURY

110 00 Praha 1, Národní 10/138