

ŠKOLENÍ

Základní zásady při zadávání veřejných zakázek a regulace změn závazků ze smluv na veřejné zakázky

JUDr. Lenka Příkazská

Mgr. Milan Jelínek

Struktura školení

1. část

- Základní prameny práva
- Základní účel zákona
- Základní zásady
- Rozhodovací praxe

2. část

- Změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku
- Stanovisko MMR a ÚHOS

Závěr

- Diskuze

1. ČÁST

Základní prameny práva

- **zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění („ZZVZ“)**
- **zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění („OZ“)**
- vyhláška MMR o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele, č. 168/2016 Sb.,
- vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, č. 169/2016 Sb.,
- **nařízení vlády o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, č. 172/2016 Sb.,**
- **nařízení vlády o stanovení závazných zadávacích podmínek pro veřejné zakázky na pořízení silničních vozidel, č. 173/2016 Sb.,**
- **vyhláška MMR o stanovení podrobnějších podmínek týkajících se elektronických nástrojů, elektronických úkonů při zadávání veřejných zakázek a certifikátu shody, č. 260/2016 Sb.**

Základní smysl a účel ZZVZ

- **Transparentnost**
- **Hospodárnost, efektivnost a účelnost nakládání s veřejnými prostředky (3E)**
- **Zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli**
- **Zajištění plnění/hodnoty pro zadavatele**



Zásady – proč nás vlastně zajímají?

- § 31 ZZVZ
- Zadavatel není povinen zadat v zadávacím řízení veřejnou zakázku malého rozsahu (dodávky a služby 2mil Kč, stavební práce 6mil Kč).
- Při jejím zadávání je však zadavatel povinen dodržet zásady podle § 6.

Zásady – proč nás vlastně zajímají?

- **31 Af 48/2018-63 (KS v Brně)**
- **Není rozhodné, že konkrétní postup, resp. možnosti postupu zadavatele při zjišťování, resp. posuzování nabídkových cen jako mimořádně nízkých, je zákonem o zadávání veřejných zakázek upraven odlišně ve prospěch volního uvážení samotného zadavatele. **Zásady zadávání veřejných zakázek platí pro veškeré dílčí úkony zadavatele, bez ohledu na to, zda je jejich učinění obligatorní či fakultativní.****

Zásady

- Vychází z práva EU (zásadní pro interpretaci – judikatura SD EU)
 - Např. rozsudky SD EU C-59/00 Bent Mousten Vestergaard a C-264/03 Komise proti Francouzské republice) – z nich vyplývá, že základní zásady se uplatní i při postupu zadání VZMR a podlimitní zakázky
- Nelze je legislativně specifikovat (obsahové omezení) – nejde o konkrétní pravidlo chování – **příkaz k jejich maximalizaci při postupu zadavatele (dle konkrétních okolností)**
- Často v rozporu – vyvážení s ohledem na cíl a účel právní úpravy

Zásady

- Zásady § 6 ZZVZ:

- zadavatel **při postupu** dodržuje zásady transparentnosti a přiměřenosti

- zadavatel **ve vztahu k dodavatelům** musí dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace

- zadavatel je povinen dodržovat zásady sociálně odpovědného zadávání, environmentálně

- odpovědného zadávání a inovací

- (pokud to bude vzhledem k povaze a smyslu zakázky možné; postup odůvodnit)

Zásady

- Zásady § 6 ZZVZ:

Transparentnost
a přiměřenost

Rovné zacházení

Zákaz
diskriminace

Odpovědné
veřejné zadávání
a inovace

– žádná ze zásad není nadřazená, **nutné najít jejich rovnováhu**; souvislost s předmětem plnění, povahou a smyslem zakázky

Transparentnost

- § 6 odst. 1 ZZVZ

Zásada transparentnosti spočívá v zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření trhu hospodářské soutěži ve prospěch každého potenciálního uchazeče a současně umožňuje, **aby mohla být provedena následná kontrola nestrannosti postupů zadavatele**, ať již v zadávacím řízení či mimo něj (např. při využití zákonné výjimky).

- DŮVOD: značná míra diskrece ohledně volby konkrétního postupu v zadávacím řízení, možnost přezkumu postupu zadavatele (zpětná přehlednost)

- Střet principů: 1. **omezení dodavatelů**, mezi nimiž může proběhnout soutěž o nejvhodnější nabídku, pouze na ty, kteří splňují kvalifikaci a u nichž je tak dán předpoklad kvalitního plnění v budoucnu, a 2. obecný zájem na **co nejširším zachování hospodářské soutěže**.

- **Přesné a jasné nastavení podmínek + povinnost vedení dostatečné dokumentace (pravé důvody kroků zadavatele)**

Přiměřenost

- § 6 odst. 1 ZZVZ

Zadavatel musí podle této zásady kromě dalšího **nastavit parametry zadávacího řízení tak, aby byly přiměřené charakteru či předmětu veřejné zakázky.**

- nastavení požadavků zadavatele
- stanovení délky lhůt

Využití volby postupu zadavatele, kterou zákon stanoví bez dalších podmínek (např. volba mezi otevřeným a užším řízením) není v rozporu se zásadami transparentnosti a přiměřenosti.

Rovné zacházení

- § 6 odst. 2 ZZVZ

Zásadou rovného zacházení s jednotlivými dodavateli lze rozumět takový postup zadavatele, kdy je zajištěn stejný, nezávadňující přístup zadavatele ke všem dodavatelům, tj. zajištění **stejných příležitostí pro všechny dodavatele** (např. v případě C-87/94 Komise proti Belgickému království – tzv. případ Wallon Buses: všichni uchazeči musí mít při přípravě svých nabídek **rovné šance**).

- žádný z dodavatelů nesmí být oproti ostatním dodavatelům **jakkoliv zvýhodněn či preferován**

Zejména zajistit stejný přístup k informacím (např. problematické u předběžných tržních konzultací).

Zákaz diskriminace

- § 6 odst. 3 ZZVZ

Nejčastějším a nejtypičtějším projevem porušení této zásady je **objektivní nemožnost určitého dodavatele ucházet se o účast v zadávacím řízení z důvodu toho, že požadavky na prokázání splnění kvalifikace byly zadavatelem nastaveny nepřiměřeně (a z pohledu dotčeného dodavatele diskriminačně).**

Zákaz diskriminace

- **1 Afs 20/2008-152 (NSS):**

- Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovati i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů **zjevně nepřiměřených** ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.
- I technická specifikace **ve vzájemné kombinaci** (např. kombinace 3 parametrů, které splňuje jediný výrobek)

Zákaz diskriminace

- **Diskriminace – zjevná a skrytá (1 Afs 20/2008)**

Zjevnou diskriminací se rozumí uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým dodavatelům, ať z obsahového či procedurálního hlediska; diskriminací by byla rovněž situace, kdy by v důsledku postupu zadavatele bylo některým uchazečům znemožněno či ztíženo se ucházet o veřejnou zakázku za podmínek, které mají ostatní dodavatelé.

Skrytou diskriminací se rozumí uplatňování formálně shodných požadavků, které však mají na některé subjekty odlišný dopad, například stanovení příliš přísných požadavků na kvalifikaci zamezí účasti malých a středních podniků v řízení, přičemž výše požadavků není charakterem veřejné zakázky odůvodněna.

Omezení účasti dodavatelů z třetích zemí

- § 6 odst. 3 ZZVZ

Speciální zákaz diskriminace u 2 skupin dodavatelů, kteří mají sídlo:

- členské státy Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarské konfederace;
- jiný stát, který má s Českou republikou nebo s Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelům z těchto států k zadávané veřejné zakázce.

Např. problematika stanovení přenositelnosti zahraničních zkušeností, stanovení požadavků v rámci veřejné zakázky.

Odovědné veřejné zadávání

- § 6 odst. 4 ZZVZ

Zásada sociálně odpovědného zadávání, environmentálně odpovědného zadávání a využití inovací (dále jen „OZV“).

*„Zadavatel je při postupu podle tohoto zákona, a to při vytváření zadávacích podmínek, hodnocení nabídek a výběru dodavatele, povinen za předpokladu, že to bude vzhledem k povaze a smyslu zakázky možné, **dodržovat zásady sociálně odpovědného zadávání, environmentálně odpovědného zadávání a inovací ve smyslu tohoto zákona. Svůj postup je zadavatel povinen řádně odůvodnit.**“*

Odovědné veřejné zadávání lze vnímat jako **proces**, při kterém zadavatel nakupuje produkty, služby a stavební práce, které potřebuje s cílem:

- získat maximální hodnotu za peníze;
- vytvářít prospěch pro společnost a ekonomiku;
- minimalizovat negativní dopady na životní prostředí.



Příležitosti odpovědného veřejného zadávání

**Společnost
Lidé**

- podpora zaměstnanosti
- podpora praxí, vzdělávání a exkurzí
- etické nakupování
- lidská práva
- důstojné pracovní podmínky

**Společnost
Podniky**

- přístup sociálních podniků
- zohlednění malých a středních podniků
- férové dodavatelské vztahy
- etické kodexy

**Odpovědné
veřejné
zadávání**

**Životní
prostředí**

- environmentálně odpovědné veřejné zadávání
- cirkulární zadávání

Inovace

- pozitivní dopad na komunitu
- participace
- genderové aspekty apod.

Aktuální rozhodovací praxe ÚHOS

- Rozhodnutí ÚOHS č. j. S0358/2019/VZ-01269/2020/512/KMo
- zadavatel – Metropolnet, a.s.
navrhovatel – Huawei Technologies (Czech) s.r.o.
- vydáno 13. 01. 2020
- právní moc k 30. 01. 2020
- Sporná otázka: zákonnost zadávací podmínky – „zadavatel vyloučil technické a programové prostředky společnosti Huawei Technologies Co., Ltd. a ZTE Corporation, včetně jejich dceřiných společností, z předmětného zadávacího řízení, a to s odvoláním na „Varování č. j. 3012/2018-NÚKIB-E/110“ ze dne 17. 12. 2018 a „Metodiku k varování ze dne 17. prosince 2018“ ze dne 4. 1. 2019 vydanými NÚKIB“

- **Výrok rozhodnutí:**
- **Zadavatel stanovil zadávací podmínky tak, že vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, neboť neexistovaly relevantní důvody na straně citovaného zadavatele pro omezení hospodářské soutěže ve vztahu k dodavatelům nabízejícím na trhu výše uvedené technické a programové prostředky, a citovaný zadavatel tak nedodržel zásadu zákazu diskriminace ve vztahu k navrhovateli – Huawei Technologies (Czech) s.r.o.**

Rozhodovací praxe ÚHOS I

- Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-22988/2022/500
- zadavatel – ČEZ Distribuce, a. s.
- navrhovatel – ASE, s.r.o.
- vydáno 12. 07. 2022
- právní moc k 03. 10. 2022
- Sporná otázka: porušení zásady zákazu diskriminace – posuzovány podmínky RS „jednání zadavatele považuje navrhovatel za zneužití dominantního postavení při zadávání veřejné zakázky, jelikož dodavatelé, jakožto slabší strana, mají jen **omezenou možnost nepodat nabídku** či ji v rámci obchodního jednání změnit. Zadavatel se přitom dle navrhovatele snaží docílit situace, kdy svým postupem „zamkne“ dodavatele v rámcových dohodách se „zastropovanou“ cenou, aby následně v případě, kdy mu nebude vyhovovat výsledná cena, zakázku zadával mimo rámcové dohody.“

- Výrok rozhodnutí:

- Zákonými mantinely při stanovení smluvních podmínek jsou především základní zásady zadávání veřejných zakázek, zejm. tedy transparentnost, přiměřenost a zákaz diskriminace. **Smluvní podmínky představují specifickou část zadávacích podmínek, k jejichž přezkumu ze strany Úřadu předseda Úřadu např. v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0097/2021 ze dne 6. 8. 2021 uvedl, že „Úřad není univerzálním orgánem ochrany soukromých práv osob. Úřad nemůže přezkoumávat, zda plněním veřejné zakázky teoreticky vzato v budoucnu nedojde k zásahu, byť protiprávnímu, do soukromého práva, neboť Úřad není oprávněn přezkoumávat smluvní podmínky smlouvy uzavírané na základě veřejné zakázky, pokud se nejedná o zjevný exces atakující základní zásady zadávání veřejných zakázek“.** Z dosavadní rozhodovací praxe Úřadu a správních soudů dále vyplývá, že úkolem Úřadu není kontrolovat či korigovat vyváženost těmito podmínkami definovaného smluvního vztahu (k tomu srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0166/2018/VZ00267/2019/321/ZSř ze dne 4. 1. 2019). **Výjimkou je pouze situace, kdy by stanovené smluvní podmínky vedly k postupu zadavatele v rozporu se zákonem.**

- ÚOHS nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.

Rozhodovací praxe soudu

- 10 As 114/2018 – 47
- Požadavek na dodržení transparentnosti „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu sledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.
- 7 Afs 44/2013-37
- Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek prochází celou zákonnou úpravou a nutně se musí odrazit v každém vnějším výstupu zadavatele.

Rozhodovací praxe soudu

- 1 Afs 294/2018-30
- Smysl zásady zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení vyjádřený v § 6 zákona o veřejných zakázkách je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je **zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky**. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (srov. shora citovanou důvodovou zprávu). Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zmíněné zásady (viz rozsudek ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS).

Rozhodovací praxe soudu

- 9 As 195/2017-47
- Vymezením pojmu diskriminace, se i v návaznosti na relevantní judikaturu Soudního dvora EU, jiných členských států EU a právní doktrínu, podrobně věnoval rozsudek ve věci Lumius (1 Afs 20/2008-152). V něm soud mimo jiné uvedl: „*Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a **byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů**, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.*“
- Pozor! Limitem je odůvodněná potřeba zadavatele.



2. ČÁST

ZMĚNY ZÁVAZKU ZE SMLOUVY NA VEŘEJNOU ZAKÁZKU

- Základní pravidlo (§ 222 odst. 1 ZZVZ): **Není-li 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.**
- Dle § 223 ZZVZ – možnost zadavatele závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku **vypovědět nebo od ní odstoupit** v případě, že **v jejím plnění nelze pokračovat**, aniž by byla porušena pravidla uvedená v § 222.

VÝCHODISKA PŘI POSUZOVÁNÍ ZMĚN ZÁVAZKŮ

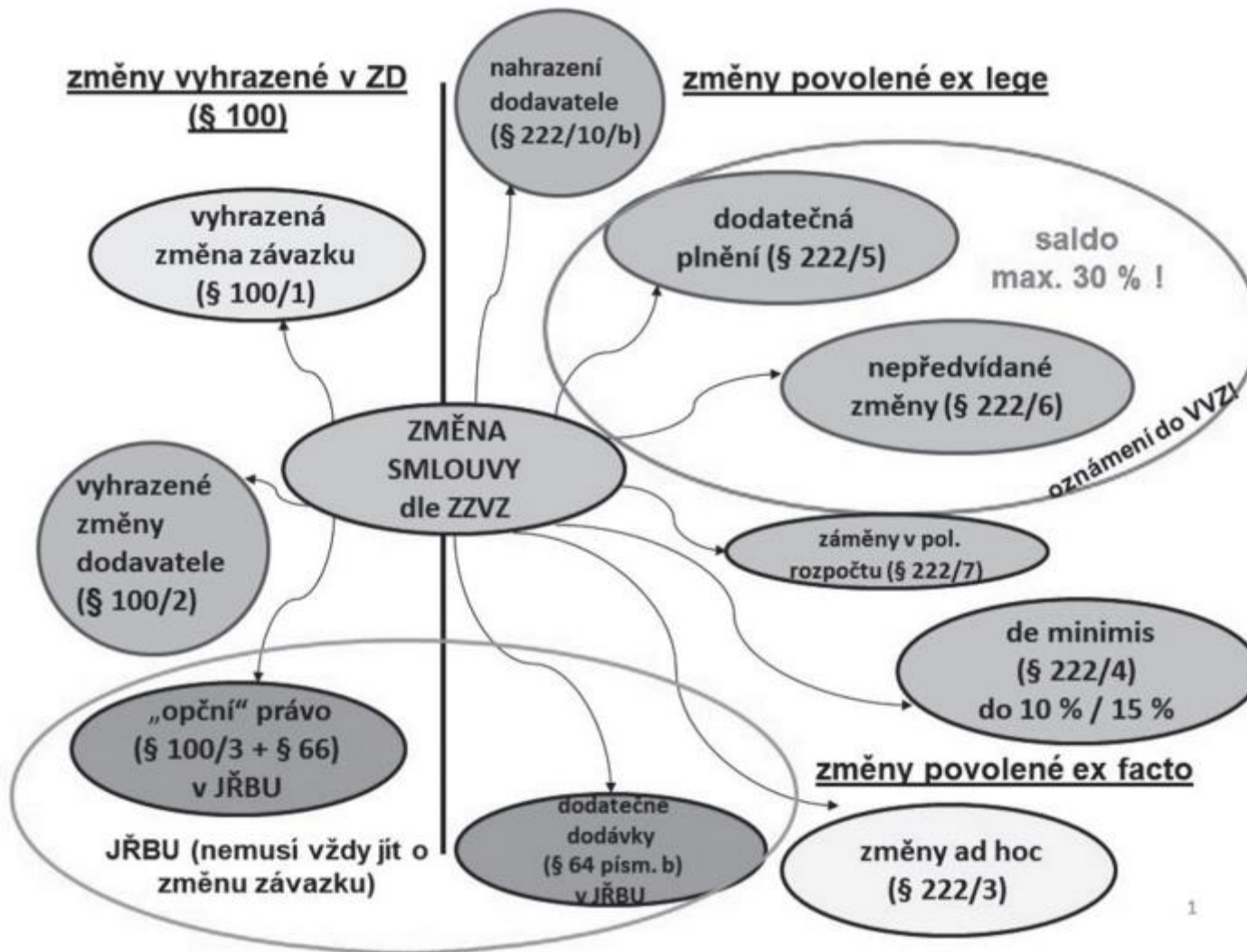
- Smlouva na veřejnou zakázku => soukromoprávní smlouva
- **ZZVZ omezuje smluvní volnost** – možnost právním jednáním zadavatele změnit závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku

(Ale ke změnám závazků dochází i v důsledku jiných právních skutečností!)

DŮVOD A ÚČEL REGULACE ZMĚN ZÁVAZKŮ ZE SMLUV NA VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

- Důvodem NENÍ samoučelně znemožnit zadavatelům a dodavatelům měnit smlouvy na veřejné zakázky, nýbrž pouze zamezit tomu, aby prostřednictvím změn nedocházelo k obcházení pravidel pro zadávání zakázek.
- Regulaci je potřeba vnímat v celkovém kontextu účelu regulace veřejných zakázek, nikoliv izolovaně (tj. zajištění volného pohybu zboží a služeb a ochrany hospodářské soutěže).
- Je třeba mít na paměti při posuzování každé změny.

ZMĚNY ZÁVAZKU ZE SMLOUVY NA



ZMĚNY ZÁVAZKU ZE SMLOUVY NA VEŘEJNOU ZAKÁZKU

- Podstatnou změnou zejména není (vybrány jen některé ze skutkových podstat změn):
 - Vyhrazená změna závazku podle § 100 ZZVZ
 - Změna de minimis (§ 222 odst. 4)
 - Nepředvídané změny (§ 222 odst. 6)

**Pro jednu změnu použít vždy jen jeden důvod změny!
+ odůvodnění změny!**

VYHRAZENÁ ZMĚNA

- Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na VZ / RD, pokud:
 - jsou podmínky změny a její obsah jednoznačně vymezeny; a
 - změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky.
- Zadavatel může realizovat více změn závazku z jedné smlouvy na veřejnou zakázku. Tyto změny mohou mít různé důvody.
- Může se jednat o:
 - inflační doložky či jiné indexy nárůstu cen,
 - výhrady posunu termínu,
 - rozsah plnění
 - cena nebo jiných obchodních a technických podmínek.
- Možnost takových změn musí být vždy předem jednoznačně vymezena v zadávací dokumentaci původního zadávacího řízení a nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky.

ZMĚNA DE MINIMIS

- **nemění celkovou povahu veřejné zakázky a její hodnota (tj „+“ nebo „-“) je:**
 - nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
 - nižší než
 - 10 % původní hodnoty závazku, nebo
 - 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.
- **více změn – rozhodný je součet hodnot všech těchto změn (nutnost sčítat absolutní hodnotu provedených změn – tzn. rozšíření o 10% a zúžení o 8% = změna 18%!)**
- **Totožnost plnění (u zakázky na opravu chodníku nelze doplnit např. oprava fasády školy nebo např. doplnění dalšího úseku opravované silnice)**

NEPŘEDVÍDANÉ ZMĚNY

- Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna,
 - jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s **náležitou péčí** nemohl předvídat,
 - nemění celkovou povahu veřejné zakázky a
 - hodnota změny **nepřekročí 50 % původní hodnoty** závazku.
- **Náležitá péče** – dle kapacit zadavatele, přihlížet k přiměřenosti nákladu nutných ke zjištění daných okolností při přípravě veřejné zakázky.
- **Více změn** – rozhodný je **součet hodnot všech změn.**

NEPŘEDVÍDANÉ ZMĚNY/DE MINIMIS

- Současná situace na trhu – problematické ve vztahu k předvídatelnosti (při postupu podle § 222 je tak třeba důkladně zvážit všechna fakta)
- Časté dotazy zadavatelů ohledně inflačních doložek – střet 1. Funkce řádného hospodáře a 2. Riziko na straně dodavatele

STANOVISKO MMR A ÚHOS

Změny umožněné v § 222 ZZVZ lze provést pouze tehdy, pokud jsou splněny podmínky posouzení změny jako nepodstatné uvedené v jednotlivých odstavcích § 222 ZZVZ, tj. i tehdy, pokud byla aplikace § 1765 OZ ve smlouvě na realizovanou veřejnou zakázku vyloučena.

Vyloučení aplikace § 1765 OZ sice ruší nárok dodavatele na jednání podle § 1765 odst. 1 OZ, z hlediska občanského práva tím však není vyloučena dohoda stran o změně obsahu závazku.

The background of the image is a repeating pattern of a logo. The logo consists of the letters 'HSP' in a bold, sans-serif font, followed by an ampersand '&' and the word 'PARTNERS' in a smaller, all-caps, sans-serif font. Below 'PARTNERS' is a smaller line of text, which is partially obscured but appears to be 'společnosti kancelář'. The logo is repeated in a grid across the entire page.

Prostor pro dotazy a diskuzi

Děkujeme za pozornost!

HSP & Partners, advokátní kancelář, v.o.s.
Vodičkova 710/31, Nové Město, 110 00 Praha 1