

Ochrana dodavatele před nezákonným postupem zadavatele nově (?)

*Nový zákon o veřejných zakázkách
Diskusní setkání časopisu Stavební fórum*

Praha, 12.5.2016

Mojmír Florian
ředitel Odboru veřejných zakázek II



Přehled prezentace

- **Stávající úprava ochrany dodavatele**
- **Filozofie nové úpravy ochrany dodavatele**
- **Nová úprava ochrany dodavatele – vybrané aspekty**
 1. *„Resuscitace“ institutu námitek*
 2. *Další dílčí změny institutu námitek*
 3. *Důraz na meritorní rozhodování*
 4. *Obstrukce musí mít řešení*
 5. *Ukládání nápravného opatření*
- **Shrnutí – jak dle nového zákona?**

Stávající úprava ochrany dodavatele

- **námítky vůči zadavateli** (s výjimkou návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy)
- v případě, že jim není vyhověno, **návrh k Úřadu** (standardní správní řízení ve dvou stupních)
- možnost **soudního přezkumu** (žaloba proti rozhodnutí správního orgánu podle soudního řádu správního, event. kasační stížnost či dokonce ústavní stížnost)

Tato koncepce zůstane zachována s tím, že je více zdůrazněna první fáze (procedura námitek je „resuscitována“)

Nová úprava ochrany dodavatele – filozofie

- **Potřeba úprav právní úpravy ochrany dodavatele ?**

- tzv. „přezkumná směrnice“ či její změny nebyly součástí balíčku nových směrnic publikovaných v březnu 2014
- přesto byly dílčí změny právní úpravy v zájmu efektivního dozoru vyhodnoceny jako **nezbytné**

- **Výchozí úvahy:**

- **Úřad nemůže nahrazovat zadavatele**, ten musí vědět, jaké plnění poptává (vymezení předmětu) a jaké schopnosti či kompetence musí mít dodavatel, aby mohl dané plnění dodat (vymezení kvalifikace)
- **postup zadavatele musí být vždy přezkoumatelný**, opak musí vést vždy k rychlému konci řízení a k nápravě na straně zadavatele

Nová úprava ochrany dodavatele – filozofie

- **Řešení**

- **Problém musí být řešen především tam, kde je to nejrychlejší** (tj. u zadavatele, který je pánem zadávacího řízení a který má všechny relevantní informace k vyvrácení tvrzení stěžovatele, resp. možnosti k přijetí nápravy) → „resuscitace“ institutu námitek
- **Obstrukce ani v zadávacím, ani ve správním řízení se nesmí vyplatit a musí mít řešení** (zachována stávající úprava kauce včetně propadnutí části kauce v případě zpětvzetí návrhu – navrženo 35 %, nejméně 30.000,- Kč, dotažená úprava pro situace, kdy sám zadavatel nechce řešit problém)

Nová úprava ochrany dodavatele – filozofie

- **Cíl:**

- **smysluplný a efektivní přezkum** (účastník řízení, jemuž nejde jen o obstrukce, má zájem na rychlém vyřešení věci)
- **když už je zahájeno řízení před Úřadem, mělo by být ukončeno meritorním (nikoli procesním) rozhodnutím**
- **rozhodnutí by mělo být ve většině případů vydáno do 60ti dnů od zahájení řízení**

1. „Resuscitace“ institutu námitek

○ **Filozofie úpravy**

- **Vychází se z přesvědčení, že námítka musí primárně vypořádat zadavatel a nikdo t nemůže dělat za něj (on jediný ví, proč nastavil zrovna takové zadávací podmínky, proč činí ten který úkon)**

1. „Resuscitace“ institutu námitek

- **vyřízení námitek** (§ 245 ZZVZ)
 - zadavatel má **povinnost rozhodnout o námitkách** (a toto rozhodnutí odeslat stěžovateli) **ve lhůtě 15 dnů od doručení námitek** (doposud lhůta činila 10 dnů)
 - námitkám buď vyhoví, nebo
 - je odmítne (opouští se dosavadní rozdíl mezi „věcným“ nevyhověním a „procesním“ odmítnutím námitek)
 - součástí rozhodnutí o námitkách musí být **odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách** (tuto povinnost bylo možno dovodit i dle ZVZ, v novém zákoně má však její porušení zásadní důsledky)

1. „Resuscitace“ institutu námitek

➤ vyřízení námitek (§ 245 ZZVZ)

- **dvě zcela zásadní novinky – řešení situace, kdy**
 - a) o odmítnutí námitek rozhodne tak, že je jeho rozhodnutí **nepřezkoumatelné** (pro nedostatek důvodů nebo pro nesrozumitelnost)
 - b) o námitkách v zákonem stanovené lhůtě nerozhodne **vůbec**
- v obou těchto případech je možno podat návrh k Úřadu [v případě ad b) je to výslovně umožněno ust. § 245 odst. 5 ZZVZ (*Pokud zadavatel o námitkách nerozhodne ve lhůtě podle odstavce 1, platí pro účely podání návrhu podle § 250 odst. 1, že námitky odmítl*), a to ve zvláštní lhůtě 25 dnů ode dne odeslání námitek - § 251 odst. 3 ZZVZ]

1. „Resuscitace“ institutu námitek

➤ Jak rozhodne Úřad?

- ad A (nepřezkoumatelné rozhodnutí o námítkách):

§ 263 odst. 5 ZZVZ

- Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námítkách
- zároveň v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námítky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné [zadavatel tedy musí námítky znovu v souladu se zákonem vyřídit a nadále platí i zákaz uzavření smlouvy podle § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ]

1. „Resuscitace“ institutu námitek

➤ Jak rozhodne Úřad?

- **ad B (zadavatel v zákonné lhůtě nerozhodl vůbec):**

§ 263 odst. 6 ZZVZ

- Úřad uloží nápravné opatření spočívající buď ve zrušení úkonu, proti kterému námítka směřovaly, nebo ve zrušení celého zadávacího řízení (bez zkoumání věcné podstaty případu)
- **Smysl této nové úpravy:** Úřad tu není od toho, aby vyhledával argumentaci podporující postup zadavatele, který není schopen či nechce svůj postup hájit sám !
Neochota zadavatele věcně odůvodnit svůj postup má charakter obstrukce !

1. „Resuscitace“ institutu námitek

- **kdo může k Úřadu podat návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele?**
 - **návrh před uzavřením smlouvy může podat jen ten, kdo byl oprávněn podat námitky – a taky je řádně a včas podal [podle § 257 písm. h) ZZVZ Úřad správní řízení o návrhu, kterému nepředcházely řádně a včas podané námitky, zastaví]**
 - **v návrhu nelze uvádět nové skutečnosti oproti námitkám, ledaže navrhovatel prokáže, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli [§ 251 odst. 4 věta druhá ZZVZ] – předmět budoucího správního řízení je tak v zásadě dán obsahem námitek**

1. „Resuscitace“ institutu námitek

➤ obdobně ve vztahu k podnětům

- **Úřad nevyřizuje** podněty podané stěžovateli, kteří v téže věci nevyužili možnosti podat námítky [**§ 258 odst. 2 ZZVZ**]

2. *Další dílčí změny institutu námitek*

- **námítky proti zadávacím podmínkám lze podat vždy jen do konce lhůty pro podání žádostí o účast / nabídek / předběžných nabídek (§ 242 odst. 3, 4 ZZVZ) – změna, dle ZVZ bylo možno podávat námítky vždy do 5 dnů po skončení této lhůty (diskutabilní, zda jde o zlepšení – pozor na situace, kdy by se zadávací podmínky byť nezákonně změnily těsně před koncem lhůty)**

2. Další dílčí změny institutu námitek

- **nový zvláštní typ námitek, ve kterých stěžovatel neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona**

- pokud účastník zadávacího řízení podává námitky proti svému vyloučení z důvodu obnovení své způsobilosti, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; **uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti**

→ Navazuje na tzv. *self-cleaning* upravený v **§ 76 ZZVZ**: *Účastník zadávacího řízení může prokázat, že i přes nesplnění základní způsobilosti podle § 74 nebo naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 a 6 obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření. ...*

3. Důraz na meritorní rozhodování

○ **Filozofie úpravy**

- **ochrana dodavatele před nezákonným postupem zadavatele má smysl zejména do okamžiku, než je uzavřena smlouva (je tedy třeba zabránit tomu, aby zadavatel uzavřel smlouvu dříve, než dodavatel může uplatnit svá práva)**
- **pokud už je zahájeno správní řízení před Úřadem, mělo by skončit meritorním rozhodnutím (řešícím podstatu otázky), nikoli procesním usnesením o zastavení řízení pro bezpředmětnost (Úřad musí mít přiměřený čas na řešení daného případu)**

3. *Důraz na meritorní rozhodování*

○ **Dosavadní úprava**

- § 82 odst. 1 ZVZ; § 110 odst. 6 ZVZ; § 111 odst. 5 ZVZ

→ *hájí-li dodavatel důsledně svá práva (podává námitky, návrh), je nejzazší lhůtou, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu, lhůta 45 dnů ode dne doručení námitek zadavateli.*

- Problém spočívá v tom, že **blokační lhůta** takto zahrnuje i:
 - 10 dnů na vyřízení námitek zadavatelem (§ 111 odst. 1 ZVZ) + doba nutná k doručení rozhodnutí o námitkách
 - 10 dnů, které má dodavatel na podání návrhu (§ 114 odst. 4 ZVZ)
 - 10 dnů, které má zadavatel na odeslání svého vyjádření a dokumentace o veřejné zakázce Úřadu (§ 114 odst. 6 ZVZ) + doba nutná k doručení dokumentace

Reálně tak má Úřad na meritorní rozhodnutí ve chvíli, kdy obdrží dokumentaci (a má tedy co rozhodovat), **cca 10 dní blokační lhůty**

→ *zcela nevyhovující (lze něco posoudit? lze nenařídít PO?)*

3. *Důraz na meritorní rozhodování*

○ **Nová úprava - § 246 ZZVZ**

(1) Zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem

a) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu,

b) do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány,

c) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl,

d) ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.

(2) Zadavatel rovněž nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájí-li Úřad toto řízení z moci úřední; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud bylo správní řízení zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.

3. *Důraz na meritorní rozhodování*

○ **Nová úprava**

- Je ambicí Úřadu rozhodnout meritorně naprostou většinu případů v nově pojaté blokační lhůtě [z nového zákona je vypuštěna zvláštní úprava předběžných opatření, ve výjimečných a odůvodněných případech (např. nutnost dokazování pomocí znaleckého posudku) není vyloučeno nařídit předběžné opatření podle obecné úpravy ve správním řádu]
- Nově pojatá blokační lhůta je kratší než lhůta pro vydání rozhodnutí [lhůta pro vydání rozhodnutí začíná běžet později – viz § 252 odst. 2 ZZVZ a existují tu i možnosti jejího přerušení – viz § 261 odst. 2 ZZVZ]

3. *Důraz na meritorní rozhodování*

○ **Nová úprava**

- Ukládá-li Úřad nápravné opatření, zakáže v rozhodnutí zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek [§ 263 odst. 8 ZZVZ]
 - logický důsledek situace, kdy se nepředpokládá až na výjimky vydávání předběžných opatření – je třeba zabránit tomu, aby si zadavatel podal proti pro něj nepříznivému rozhodnutí rozklad a po jeho podání a po uplynutí (šedesátidenní) blokační lhůty uzavřel smlouvu (a dosáhl tak zastavení řízení)

4. *Obstrukce musí mít řešení*

○ **Filozofie úpravy**

- **žádná obstrukce se nesmí vyplatit** (zůstávají či jsou posilovány instituty ztěžující podávání šikanózních návrhů, tj. návrhů nesledujících brzké vydání meritorního rozhodnutí – **kauce** + jsou zavedeny nové instituty řešící situace, kdy průtahy v řízení způsobuje z nejrůznějších důvodů zadavatel – řešení situace, kdy zadavatel nezpřístupní dokumentaci o zadávacím řízení)
- **práva a povinnosti navrhovatele a zadavatele by měly být upraveny vyváženě** (jsou-li na navrhovatele kladeny v souvislosti s podáním návrhu nemalé povinnosti, musí si svoje povinnosti ve správním řízení plnit zadavatel; cílem je rychlé vydání meritorního rozhodnutí)

4. *Obstrukce musí mít řešení*

- **účastník řízení si nemůže nic „nechávat na potom“**
 - až na malé výjimky musí všechny skutečnosti **vylíčit již v námítkách** (o tom již byla řeč...)
 - platí, že náležitosti návrhu nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží [**§ 251 odst. 4 věta první ZZVZ**]
 - **koncentrace pro ostatní účastníky řízení** – mohou navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení; k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům Úřad nepřihlíží s výjimkou skutečností, návrhů důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí [**§ 251 odst. 5 ZZVZ**]

4. *Obstrukce musí mít řešení*

- **koncentrace ve vztahu k vyjádřením k podkladům rozhodnutí –** před vydáním rozhodnutí ve věci Úřad stanoví účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Tato lhůta nesmí být kratší než 7 dnů. K pozdějším vyjádřením Úřad nepřihlíží s výjimkou později uplatněných vyjádření, kterými má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. [§ 261 odst. 3 ZZVZ]

4. *Obstrukce musí mít řešení*

➤ kauce [§ 255 ZZVZ]

- **musí být vždy složena ve lhůtě pro doručení návrhu, jinak bude správní řízení o návrhu zastaveno [§ 257 písm. c) ZZVZ]**
- **35 % kauce, nejméně však 30 000 Kč (doposud šlo o 20 %) případně státu, pokud** navrhovatel vzal svůj návrh zpět před vydáním rozhodnutí ve věci samé; zbytek kauce se vrátí navrhovateli [§ 255 odst. 4 ZZVZ]
- **zůstává zachováno, že celá kauce případně státu, pokud**
 - bude pravomocně rozhodnuto o zamítnutí návrhu z toho důvodu, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření (= postup zadavatele byl věcně přezkoumán, přičemž bylo zjištěno, že nejsou důvody pro uložení nápravného opatření), nebo když bude rozhodnuto o zastavení řízení poté, co vzal po vydání takového rozhodnutí svůj návrh zpět [§ 255 odst. 3 ZZVZ]

4. *Obstrukce musí mít řešení*

- **je povinností zadavatele v souvislosti s podaným návrhem do 10 dnů od doručení návrhu doručit Úřadu své vyjádření k němu a dokumentaci o zadávacím řízení nebo soutěži o návrh**
 - teprve od okamžiku doručení vyjádření zadavatele a dokumentace o zadávacím řízení nebo soutěži o návrh běží lhůta pro vydání rozhodnutí [§ 252 odst. 2 ZZVZ]
 - když zadavatel v uvedené lhůtě dokumentace o zadávacím řízení (soutěži o návrh) Úřadu nedoručí, Úřad stanoví dodatečnou pětidenní lhůtu a pokud nebude dokumentace doručena ani v ní, uloží **nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení nebo přezkoumávaného úkonu vymezeného v oznámení o zahájení řízení** [§ 263 odst. 4 ZZVZ]

4. *Obstrukce musí mít řešení*

➤ Problémy s doručováním (námitek, rozhodnutí o námitkách apod.)

- **§ 211 odst. 6 ZZVZ:** *Při komunikaci uskutečňované prostřednictvím datové schránky je dokument doručen dodáním do datové schránky adresáta.*

→ zásadní dopad, nepoužije se § 18a odst. 2 zák. č. 300/2008 Sb.; nadále nepůjde touto cestou obstruovat či dokonce mařit přezkum

5. Ukládání nápravného opatření

- **není-li nápravné opatření ukládáno bez zkoumání podstaty věci** (jako je tomu v případě nepřezkoumatelného nebo neexistentního rozhodnutí o námitkách, resp. v případě nedodání dokumentace o zadávacím řízení), **jsou podmínky pro uložení nápravného opatření** spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení (soutěže o návrh) nebo jednotlivého úkonu zadavatele [**§ 263 odst. 2 ZZVZ**]:
 - zadavatel nedodrží pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté
 - tímto ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu
 - dosud nedošlo k uzavření smlouvy
 - *podle § 236 odst. 1 ZZVZ není Úřad vázán návrhem, pokud jde o ukládané nápravné opatření*

5. Ukládání nápravného opatření

- **POZOR – ZMĚNA:** směřuje-li návrh proti zadávacím podmínkám [k tomu srov. § 28 odst. 1 písm. a) ZZVZ], Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh podle § 263 odst. 3 ZZVZ, pokud
 - zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem
 - dosud nedošlo k uzavření smlouvy→ *vliv na výběr (dodavatele / návrhu) se nezkoumá*

- **Komplementárně jsou upraveny i skutkové podstaty správních deliktů** – podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že ... *stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou*

Shrnutí – jak dle nového zákona???

- **Zadavatel by neměl vnímat námitky apriorně jen jako něco negativního** (naopak by se měl při jejich vyřizování zamyslet nad tím, zda skutečně neudělal chybu, zda jím stanovené zadávací podmínky dávají smysl, zda někoho ze soutěže o veřejnou zakázku bezdůvodně nevylučují apod.)
- **Pokud zadavatel na námitky „nemá odpověď“, tj. není schopen svůj předchozí postup logicky, věcně a srozumitelně obhájit (zkrátka neví, „proč to tak udělal“), je již v tuto chvíli jasné, že jeho postup je nezákonný** (a měl by své úsilí spíše než na vymýšlení zástupné argumentace napřímit k přijetí opatření k nápravě)

Děkuji Vám za pozornost ...



mojmir.florian@compet.cz