

Je stávající situace na území ČR, v oblasti zadávání veřejných zakázek, bouřlivější než v roce 2008, když začala eskalovat ekonomická celosvětová krize? Poznámka tato celosvětová krize, v podobě postupující ekonomické metastáze, chování jednotlivých žadatelů o veřejnou zakázku na území ČR? Můžeme očekávat, že na základě celounijních ekonomických problémů, mimo jiné i díky budoucí sanaci řeckého deficitu, bude v oblasti zadávání veřejných zakázek hůře?

Obávám se, že odpověď na všechny výše uvedené otázky zní „ano“. Tržní ekonomika jako ekonomický systém podléhá více či méně pravidelným výkyvům ekonomické aktivity v tzv. konjunkturálním cyklu. První fází konjunkturálního cyklu je fáze vzestupu (expanze), další je vrchol cyklu (maximum dosaženého), po kterém následuje fáze propadu (kontrakce či recese). Cyklus uzavírá tzv. sedlo cyklu neboli absolutní ekonomický výpadek.

Domívám se, že Česká republika se nyní ocitá ve fázi recese. Je ovšem nutno dodat, že odborný náhled na dané téma se často výrazně liší, neboť ekonomové jsou stejně názorově rozdílní jako jejich kolegové z oboru práva (ve smyslu „každý zákon lze vyložit několika způsoby“).

Tento článek se však týká veřejných zakázek, a proto zde samozřejmě nechci rozebírat stávající hospodaření České republiky a jeho následný dopad na tu či onu pozici v konjunkturálním cyklu. To, na co bych se především rád zaměřil, je stávající stav zadávání veřejných zakázek v ČR dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, avšak z jiného úhlu pohledu, než který je obvykle volen při řešení konkrétních odborných problémů.

Zajímá mě hlavně problematika tzv. „dumpingových cen“ a především pak účelové odvolávání jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS). Tato skutečnost vede v mnoha případech k umělému prodlužování celého zadávacího řízení, které se leckdy musí rušit. Z tohoto pohledu bych se také rád zastavil ještě u zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a pokusil se najít odpověď na otázku, zda je tento zákon kvalitní a v současné době dostačující.

Propad veřejných zakázek

Jak jsem se již pokusil nastínit výše, ČR se

od konce roku 2008 začala na základě ekonomické recese dostávat do rozpočtových potíží, které mají samozřejmě vliv na státní rozpočet. Dále je potřeba si uvědomit, že tyto ekonomické potíže postihly i mezinárodní společnosti, obchodní společnosti a živnostníky. A bohužel právě na základě těchto skutečností se spustila „lavina“ která, alespoň z mého pohledu, bude eskalovat v letech 2010-2012.

V souvislosti s ekonomickým poklesem hrubého domácího produktu (HDP), kdy Česká republika, státní příspěvkové organizace, územně samosprávné celky a příspěvkové organizace zřizované územně samosprávnými celky jako zadavatelé začnou vypisovat čím dál méně veřejných zakázek.

Tento propad pocítí jako první (a *de facto* na základě výpadku privátního sektoru, tj. zastavení developerských projektů, již pocítí) sektor stavebnictví, který je „barometrem“ všech průběhů vyjádřeného HDP. V podstatě tak lze konstatovat, že stavební společnosti na území ČR se v současné chvíli ocitají ve fázi ekonomického poklesu.

Fenomén mimořádně nízké nabídkové ceny

Tuto situaci pro stavební sektor ještě zhoršuje fakt, že v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, není podle mého názoru dostatečně upraven institut mimořádně nízké nabídkové ceny. V současné době lze pozorovat v některých zadávacích řízeních nový fenomén, kdy v nabídkách uchazečů o veřejnou zakázku se čím dál častěji objevují neadekvátní dumpingové cenové nabídky, pro které jsou tyto uchazeči zadavateli ze zadávacího řízení vyloučováni. S tím souvisí následné odvolávání se k orgánu dohledu a prodlužování celého zadávacího řízení.

Mimořádně nízká nabídková cena je legislativně upravena v § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů:

„Při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne

doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší.“

Při hodnocení mimořádně nízké nabídkové ceny se musíme vždy zaměřit na podstatu zakázky, včetně všech náležitostí. Pro posouzení, zda je nabídková cena mimořádně nízká, na straně jedné a předpokládané hodnoty veřejné zakázky na straně druhé, by mohlo posloužit srovnání položkového rozpočtu s některou z nabízených cenových soustav.

Osobně se domnívám, že – dotazeno do důsledku - pokud by předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena správně, tak všechny nabídkové ceny, které by byly pod předpokládanou hodnotou, by podle mého názoru měly být označeny za mimořádně nízké a vyloučeny.

Právě na základě mnoha výkladů „mimořádně nízké nabídkové ceny“ a zároveň na základě působení mnoha faktorů během zadávacích řízení je patrné, že jednotlivé hodnotící komise, na základě nutnosti stoprocentní jistoty (a mnohdy nepřiměřené míry alibismu), neustále vyžadují nové a nové posudky a celý proces se tak uměle prodlužuje. Navíc v době, kdy je poměrně velký „přetlak“ o práci a do jednotlivých zadávacích řízení se hlásí desítky subjektů, je možno vnímat tento tlak i mezi obchodními společnostmi.

Zároveň je však důležité zmínit, že vyloučením uchazeče ze zadávacího řízení z důvodu, že jím podané vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotící komise posoudila jako neopodstatněné, resp. nedostatečné, prodlužování zadávacího řízení zdaleka nekončí. Obvykle uchazeč využívá možnosti podat k zadavateli námitky (v tomto případě proti rozhodnutí o vyloučení) a v případě, že ze strany zadavatele není námitkám vyhověno, další zákonné možnosti, a to odvolání se k ÚOHS.

Zpřísnění a sjednocení požadavků

Na základě stávající situace v zadávacích řízeních pro veřejné zakázky na stavební práce je podle mého názoru nyní nutné více než kdy jindy zpřísnit jednotlivé části zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, které by se týkaly jak stanovení druhu zadání veřejné zakázky, tak i sjednocení požadavků u „hodnotících kritérií“ při srovnatelných zadáních jednotlivých veřejných zakázek.

Dále pak si myslím, že by bylo velice příhodné stanovit maximální možnou lhůtu,

ve které bude zadavatel povinen rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky, tzn. striktně stanovit maximální lhůty pro zasedání hodnotících komisí od otevírání obálek přes posouzení až k samotnému hodnocení nabídek. Není totiž možné, aby v současném ekonomickém útlumu, kdy je pro ozdravení celého ekonomického systému velice nutný každý cyklický průběh financí, ležely finance směřované do stavebního průmyslu na útech zadavatelů z důvodu protahování zadávacích řízení.

Rád bych na tomto místě zmínil také zákon č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a jeho provázanost se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V dané chvíli mi připadá, že zde panuje jistá nesourodost, a dovolím si proto zde uvést některé body, které osobně spatřuji ze strany dohledu jako neadekvátní a nutné do budoucna odstranit:

- ▮ Nepředvídatelnost rozhodnutí ÚOHS.
- ▮ Příliš dlouhá doba ze strany soudu pro vyřízení konečného verdiktu
- ▮ Nejasné odpovědi Úřadu při dotazech.
- ▮ Ze strany Úřadu zkosnatělost a malá pružnost.

Správní řízení

Dle odborné literatury je přezkoumání úkonů zadavatele v České republice realizováno v rámci zvláštního správního řízení, při kterém se uplatňuje subsidiarita použití správního řádu (zákon č. 500/2004 Sb.) tzn. správní řád se použije, pokud zákon neobsahuje odlišnou právní úpravu. Správní řád se tedy uplatňuje jako obecný právní předpis a zákon jako zvláštní procesní předpis, přičemž se uplatňuje zásada *lex specialis derogat legi generali* (tj. zvláštní zákon vyjímá z (platnosti) obecného).

Hlavním rozdílem a zvláštností tohoto správního řízení oproti jiným správním řízením a obecnému procesnímu předpisu (správnímu řádu) je subjekt provádějící řízení, kterým je vždy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Věcná, místní i funkční příslušnost ÚOHS, stejně jako jeho působnost, je upravena v § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 112 a násl. zákona o veřejných zakázkách a § 24 a násl. koncesního zákona.

V oblasti veřejných zakázek je uplatňována zásada dvouinstančnosti správního řízení, která však ne zcela s ohledem na lhůty stanovené správním řádem naplňuje požadavek na maximální rychlost řízení. V přezkumném

řízení se uplatňují obecné lhůty stanovené správním řádem. Průměrná doba od zahájení správního řízení k rozhodnutí ÚOHS je okolo 6 týdnů v prvním stupni. V případě podaného rozkladu předsedovi ÚOHS, který je možno podat do 15 dnů od doručení rozhodnutí, předloží ÚOHS do 30 dnů věc k vyřízení rozkladové komisi. Přičemž rozklad má odkladný účinek a předseda ÚOHS následně vydává rozhodnutí ve II. stupni opět do 60 dnů.

Správní řád určuje ve svém § 71 následující lhůty pro vydání rozhodnutí:

1. Správní orgán je povinen vydat rozhodnutí bez zbytečného odkladu.
2. Pokud nelze rozhodnutí vydat bezodkladně, je správní orgán povinen vydat rozhodnutí nejpozději do 30 dnů od zahájení řízení, k nimž se připočítává doba

a) až 30 dnů, jestliže je zapotřebí nařídit ústní jednání nebo místní šetření, je-li třeba někoho předvolat, někoho nechat předvést nebo doručovat veřejnou vyhláškou osobám, jimž se prokazatelně nedaří doručovat, nebo jde-li o zvlášť složitý případ,

b) nutná k provedení dožádání podle § 13 odst. 3, ke zpracování znaleckého posudku nebo k doručení písemnosti do ciziny.

Po dobu nezbytnou k opatření údajů podle § 6 odst. 2 lhůty pro vydání rozhodnutí neběží.

Podle tohoto ustanovení správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady, a dotčené osoby co možná nejméně zatěžuje. Podklady od dotčené osoby vyžaduje jen tehdy, stanoví-li tak právní předpis. Lze-li však potřebné údaje získat z úřední evidence, kterou správní orgán sám vede, a pokud o to dotčená osoba požádá, je povinen jejich obstarání zajistit. Při opatrování údajů podle tohoto ustanovení má správní orgán vůči třetím osobám, jichž se tyto údaje mohou týkat, stejné postavení jako dotčená osoba, na jejíž požádání údaje opatřuje.

Na základě výše uvedeného můžeme tedy jednoznačně konstatovat, že stávající stav pro zjednaní rychlé nápravy ze strany ÚOHS je nedostačující a pomalý. Rád bych zde proto navrhl některé možné cesty ke zrychlení možnosti aplikace zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže:

- ▮ Striktní dodržování správního řádu, zejména lhůt v něm uvedených a využívání všech jeho možností.
- ▮ Zavedení jednoinstančního řízení, samozřejmě s pozdější možností soudního přezkumu.

▮ Nastavit maximální možný počet podaných návrhů na přezkoumání úkonů zadavatele od jednoho subjektu v průběhu jednoho roku.

▮ Při podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele a zahájení správního řízení zvýšení 1% kauce z nabídkové ceny navrhovatele na 5% bez omezení horní hranice (dosud nejméně 50 tisíc Kč, nejvýše 2 mil. Kč).

▮ Zpoplatnění podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele formou podnětu.

Neúspěšní uchazeči totiž v mnoha případech podají k orgánu dohledu tzv. podnět, a to zejména z důvodu, že při podání podnětu nemají povinnost (na rozdíl od podání návrhu) skládat na účet ÚOHS kauci. Zpoplatněním tohoto druhu podání by se dle mého názoru zamezilo zbytečnému prodlužování zadávacího řízení, kdy v mnoha případech neúspěšný uchazeč podá podnět, protože si je vědom toho, že ÚOHS se podaným podnětem musí zabývat.

Vím, že se výše uvedené návrhy mohou zdát nastaveny příliš vysoko, nicméně porovnáme-li počet zahájených správních řízení na návrh za poslední tři roky, můžeme vypočítat, že zatímco v roce 2007 byl počet správních řízení 321, avšak z toho u 110 řízení se jednalo o specifickou situaci zakázek kolem státního podniku Lesy České republiky, tudíž operujeme spíše s číslem 211, tak v roce 2008 to bylo 245 a v roce 2009 byl tento počet již 309.

Na základě této vzrůstající tendence se tedy můžeme domnívat, že zákon č. 273/1996 Sb., o působnosti ÚOHS, na ni nebyl připraven. Dokonce i předseda ÚOHS Petr Rafaj ve výroční zprávě ÚOHS 2009 připustil, že:

„Z rozkladů obdržených v roce 2009 rozhodl předseda ÚOHS do konce ledna 2010 rovnou stovku případů. V naprosté většině z nich bylo potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí ÚOHS (76x). Přetrvává tak situace, kdy účastníci řízení zbytečně prodlužují zadávací proces podáváním odvolání k předsedovi Úřadu, přičemž tyto rozklady často neobsahují žádné nové skutečnosti a nemohou tak vývoj případu zvrátit.“

Na základě výše uvedeného si tedy dovoluji ještě jednou tvrdit, že je nyní více než kdy jindy potřeba, aby byly v legislativě zavedeny takové bezpečnostní prvky, které zamezí jakémukoli „vydírání“ či umělému protahování zadávacího řízení ze strany uchazečů.

Ing. Filip Bušina, MBA