

Doporučení Rekonstrukce státu k zadávání veřejných zakázek v době krizového stavu

Za nouzového stavu je použití plošné výjimky v § 29 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále “ZZVZ”), podle níž zadavatelé z důvodu mimořádných okolností nakupují, v pořádku, pokud nejde zakázku zadat jinak. Lze tedy doporučit, aby zadavatelé zvážili, zda nyní, i po více než měsíci trvání nouzového stavu, ještě stále opravdu potřebují nakupovat mimo jakýkoli zadávací režim a zda nejde využít nějaký z transparentnějších postupů ZZVZ.

Veřejní zadavatelé i za mimořádné situace musí při uzavírání smluv méně transparentními způsoby postupovat takovým způsobem, aby plnění smlouvy uzavřené z důvodu krajní naléhavosti trvalo pouze úsek časově omezený dobou nutnou k překlenutí mimořádných okolností. *“Zadavatelé by měli smlouvy s odkazem na mimořádnou situaci uzavírat na dobu určitou, nebo si stanovit takové podmínky, které umožňují smlouvu snadno a bez finančních ztrát rozvázat, jakmile krajně naléhavá situace pomine. Zejména tedy ve chvíli, kdy bude dodavatel řádně vysoutěžen,”* doporučuje Josef Karlický, vedoucí Rekonstrukce státu, a dodává, že *“je bezpečnější počítat s nutností prodloužení smlouvy podle situace než se použitím výjimky z transparentního zadávání smluvně zavázat na neúměrně dlouhou dobu a riskovat sankci od ÚOHS.”*

Obecně lze doporučit, aby zadavatelé co nejdříve řádně vysoutěžili řádné smlouvy na dodávky tak, aby plošnou výjimku z důvodu krajní naléhavosti a zajištění bezpečnosti ČR k nákupům bez zadávacího řízení vůbec nepotřebovali. *“Vláda může formou centrálního nákupu plošně zajistit nedostatkové zboží. Ministerstva mohou nakoupit centrálně např. roušky či dezinfekce formou rámcové dohody, ze které mohou dobrovolně odebírat i zadavatelé mimo státní správu (např. města, nemocnice...). Tí už by nemuseli nic soutěžit, ale pouze odebírat z velké státní rámcové dohody, jako je to běžné např. v Rakousku,”* uvádí Jiří Skuhrovec z think-tanku EconLab. K hladšímu fungování rakouského modelu by nicméně byla potřeba drobná úprava zákona, kterou Econlab [navrhoval již v roce 2016](#).

Pokud přesto i po skončení krizového stavu budou zadavatelé potřebovat nakoupit rychle a bez soutěže, jeví se jako nejvhodnější postup za trvajících stavu krajní naléhavosti pro zadávání veřejných zakázek využít zadávání dle JŘBU na základě výjimky v § 63 odst. 5 ZZVZ (krajně naléhavá okolnost), který s sebou ovšem jako zadávací postup podle ZZVZ nese, byť svým charakterem podobný výjimce, větší administrativní náročnost než využití plné výjimky ze zadávání podle ZZVZ. Zadavatel např. musí ověřit kvalifikační předpoklady a prověřit střet zájmů. *“V případě zjištění střetu zájmů není ze zákona nutné dodavatele z jednání automaticky vyloučit, je ale třeba, aby přijal příslušná opatření. Např. aby konkrétní nákup respirátorů prováděla*

u zadavatele jiná osoba, než která je s daným dodavatelem ve střetu zájmů, pokud už neexistuje jiný dodavatel, nebo sice existuje, ale je extrémně dražší. To, jak se se střetem zájmů vyrovnal, pak zadavatel uvede i ex post v písemné zprávě,” upřesňuje Marek Zelenka ze spolku Oživení a dodává, že *“postup zcela mimo ZZVZ umožňuje nakupovat legálně i od sourozenců, kteří si zřídili ad hoc firmu v Belize.”*

Veřejní zadavatelé, zejména pak bezpečnostní složky (policie, armáda, IZS obecně) mohou i mimo krizový stav, ale za krajně naléhavých okolností využít pro nákupy úplnou výjimku z ZZVZ (§ 29 písm. c)) v případě, že použití jiného i zkráceného zadávacího řízení by ohrozilo bezpečnostní zájmy ČR, mezi které řadíme i veřejné zdraví.

Za krizového stavu i mimo něj, pokud je to nezbytné k překonání krajně naléhavých okolností a nelze využít jiný zadávací způsob, doporučujeme využívat JŘBU. *“JŘBU je svým charakterem de facto výjimkou, přesto oproti úplné výjimce klade nároky na minimální standardy transparentnosti, čímž klade mantinely klientelistickým vazbám a korupci a poskytuje alespoň nějaké záruky hospodárnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků,”* uzavírá Jakub Černý, analytik Rekonstrukce státu.

DOPORUČENÍ PRO NÁKUPY STÁTU V DOBĚ BOJE S KORONAKRIZÍ

Níže uváděná doporučení se týkají zakázek za mimořádných situací, které nelze zadat v režimu veřejných zakázek malého rozsahu (tzn. jejichž předpokládaná hodnota je v případě zakázky na dodávky nebo služby nižší nebo rovna částce 2 000 000 Kč bez DPH a v případě zakázky na stavební práce je nižší nebo rovna částce 6 000 000 Kč bez DPH). Při možnosti využít VZMR doporučujeme postupovat dle [Metodiky zadávání veřejných zakázek malého rozsahu](#).

1) I za krizového stavu je třeba zvažovat, zda nelze použít některý z typů zadávacích řízení namísto netransparentního nakupování “na výjimku”.

I za krizového stavu je nutno posuzovat, zda trvají podmínky krajní naléhavosti pro využití výjimky ze zadávacích procedur, neboť i oprávněnost využití výjimky dle § 29 písm. c) podléhá přezkumu ÚOHS. (Stejně tak další využitelné výjimky, např. pro bezpečnostní složky v § 29 písm. a), JŘBU z důvodu krajní naléhavosti v § 63 odst. 5, nebo podstatné změny smluv z již uzavřených zakázek dle § 222 odst. 6). Zadavatelé proto nejsou za krizového stavu povinni zadávat veřejné zakázky v zadávacím řízení, jen pokud nelze aplikovat opatření, která by zadání v zadávacím řízení umožnila.

“Zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, jde-li o zadávání nebo plnění veřejné zakázky v rámci zvláštních bezpečnostních opatření stanovenými jinými právními předpisy a současně nelze učinit takové

opatření, které by provedení zadávacího řízení umožňovalo.” [§ 29 písm. c) ZZVZ]

2) Smlouvy uzavřené z důvodu krajní naléhavosti musí být uzavřeny jen na dobu nutnou pro překlenutí mimořádné situace. Mezitím je třeba začít řádně soutěžit smlouvy nové.

Veřejné nákupy za krizového stavu jsou, pokud nelze jinak, vyjmuty z režimu ZZVZ proto, aby bylo na přechodnou dobu možno zajistit nezbytné dodávky a služby a aby vznikl prostor pro standardní proces sjednání dodavatelsko-odběratelských vztahů po uplynutí doby, po níž dočasně krajně naléhavá situace trvá. Veřejní zadavatelé by proto měli využít prostoru, v němž přechodně využívají výjimky z nutnosti využívat při veřejném nakupování zadávací postupy dle ZZVZ, k sjednání smlouvy na dodávky zdravotnického materiálu a jiných potřebných materiálů a služeb standardní zadávací procedurou.

Podle ÚOHS¹ by veřejné zakázky měly být prostřednictvím výjimek využitých z důvodu krajní naléhavosti zadávány pouze na dobu nezbytně nutnou – čili na tak dlouho, dokud trvá krajně naléhavá situace. V případě, že zadavatel uzavře smlouvu na dobu neurčitou, je zapotřebí, aby si smluvně ujednal např. rozvazovací podmínku, která je navázána na úspěšné ukončení „otevřenějšího“ řízení, aby bylo zajištěno, že trvání smlouvy je ohraničeno pouze dobou potřebnou k překlenutí krajně naléhavé okolnosti.

„Ačkoli požadavek na limitaci doby účinnosti závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku zadanou prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 5 ZZVZ není v zákoně explicitně vyjádřen, v případě veřejných zakázek, jejichž předmětem je dlouhodobé plnění opakující se povahy, je takový požadavek zcela namístě, neboť naplňuje smysl podmínek 1) a 4) plynoucích z § 63 odst. 5 ZZVZ.“ (KS v Brně dne 11. 4. 2019, sp. sz. 62 Af 68/2017-209)

V případě, že časově omezené trvání smlouvy nebude dostatečné na překonání krajně naléhavé okolnosti, lze smlouvu za takové situace a při dodržení podmínek prodloužit dle § 222 odst. 6 ZZVZ:

*“(6) Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna,
a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a*

¹ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 4. 2017, č. j. ÚOHS-S0076/2017/VZ-12268/2017/541/MSc. Rozhodnutí bylo dne 4. 7. 2017 potvrzeno předsedou úřadu, č. j. ÚOHS-R0077,0078/2017/VZ-20038/2017/323/KKč.

c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.”

Pokud tak např. veřejní zadavatelé odebírají dezinfekční prostředky na základě uzavřené smlouvy o dodávkách, není-li tato smlouva součástí plnění dle smlouvy o dílo na zajištění úklidu, lze využít institutu změny závazku pro navýšení počtu nakoupených prostředků v rámci stejné, tj. již uzavřené smlouvy (§ 222 odst. 6 ZZVZ), neboť v souvislosti s pandemií se potřeba dezinfekčních prostředků objektivně nečekaně zvýšila.

3) Po skončení krizového stavu lze za krajně naléhavých okolností a za stavu ohrožení veřejného zdraví nakupovat dále “na výjimku”, pokud je zároveň splněna podmínka, že nelze učinit takové opatření, které by provedení zadávacího řízení umožňovalo.

Mimo krizový stav a v současné situaci se zadavatel může zadání veřejné zakázky v zadávacím řízení vyhnout, pokud splní podmínky použití výjimky v § 29 písm. a).

“Zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, pokud by provedení zadávacího řízení ohrozilo ochranu základních bezpečnostních zájmů České republiky a současně nelze učinit takové opatření, které by provedení zadávacího řízení umožňovalo.” [§ 29 písm. a) ZZVZ]

Podle komentářové literatury je citované ustanovení sice využitelné i mimo krizové stavy zadavateli, kteří jsou k ochraně základních bezpečnostních zájmů (včetně ochrany zdraví) určení, tzn. zejm. ozbrojené složky a jiné složky IZS (viz čl. 3 odst. 1 ZBČR²), byť lze ustanovení zřejmě vztáhnout i na jiné orgány veřejné moci. V každém případě je mimo režim krizových stavů k použití uvedené výjimky nutné splnit podmínku, že by provedení zadávacího řízení i s využitím možnosti zkrátit lhůty či postupovat přímo JŘBU, které se svým charakterem výjimce velmi blíží, samo o sobě ohrozilo základní bezpečnostní zájem ČR, kterým je i zájem na zajištění veřejného zdraví.

Podle ÚOHS lze výjimky využít např. tehdy, pokud *“např. kraj řídí nemocnici, která má ošetřovat i osoby potenciálně nakažené novým typem koronaviru, a pro potřeby této nemocnice potřebuje nakoupit roušky, respirátory, dezinfekce apod. (tj. něco, co je pro takovou péči nezbytné).”³*

4) Po skončení krizového stavu lze za trvajících krajně naléhavých okolností nakupovat postupem dle JŘBU, který je obdobný výjimce.

² Čl. 3 odst. 1 ústavního zákona č. 110/1999, o bezpečnosti ČR, ve znění pozdějších předpisů: *“Bezpečnost České republiky zajišťují ozbrojené síly, ozbrojené bezpečnostní sbory, záchranné sbory a havarijní služby.”*

³ Tamtéž.

Pokud by i po skončení krizového stavu nastala situace, v níž nelze dodržet ani zkrácené lhůty pro některý z druhů zadávacího řízení, lze za takových krajně naléhavých okolností postupovat dle § 63 odst. 5 ZZVZ, a využít tak zadávání dle JŘBU, které je svým charakterem podobné výjimce, postup je pak tedy obdobný jako při běžném privátním kontraktačním procesu.

“Zadavatel může použít jednacím řízení bez uveřejnění také, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednacím řízení s uveřejněním.” [§ 63 odst. 5 ZZVZ]

Stejně tak, pokud by po skončení krizového stavu nastala situace, kdy by objektivně nebylo schopno materiál dodat více dodavatelů, neboť by tohoto zboží byl akutní a déletrvající nedostatek, lze vedle výjimky pro využití JŘBU dle § 63 odst. 5 ZZVZ (krajně naléhavá okolnost) využít také výjimky dle § 63 odst. 3 písm. b) ZZVZ (technicky neexistuje hospodářská soutěž). I v takové situaci by stát však měl vést jednání s více než jedním zadavatelem.

Zadavatel je však při postupu JŘBU povinen dodržovat základní procesní požadavky, jako jsou zásady písemné komunikace, uchování dokumentace, zjišťování skutečného majitele..., které představují zvýšenou administrativní náročnost oproti obecným výjimkám ze ZZVZ. Z hlediska rychlosti se však postup podle JŘBU velmi blíží postupu výjimkou ze ZZVZ.

Přezkumu ÚOHS pak při využití JŘBU může podléhat jak naplnění podmínek jeho použití (nemožnosti využít jiných transparentnějších zadávacích postupů se zkrácenými lhůtami, ohrožení bezpečnostních zájmů, krajní naléhavost) i samotný proces zadávání veřejné zakázky postupem JŘBU. V případě využití obecné výjimky ze ZZVZ budou přezkumu ÚOHS podléhat jen důvody pro využití výjimky.

Pro postup JŘBU nelze za současné situace obecně jakýmkoli veřejným zadavatelem použít výjimku v § 198 odst. 2 písm. a), neboť ta je určena zakázkám v oblasti obrany a bezpečnosti. Oblast obrany odkazuje na ozbrojené konflikty a v úvahu by tak mohla připadat až oblast bezpečnosti, do níž spadá i zdraví obyvatelstva, ale u ní musí být naplněny další podmínky, kterými jsou buď dodávky výhradně pro vojenské účely a vojenský materiál, nebo - obecně - zakázky, se kterými souvisí utajované informace (viz § 187 ZZVZ).

“Zadavatel může zadat veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž, pokud není možné z časových důvodů způsobených krizí zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení; krizí se rozumí mimořádná situace včetně ozbrojených nebo válečných konfliktů v České republice nebo jiném státě, která již vznikla nebo bezprostředně hrozí její vznik, a která vážně ohrožuje nebo omezuje životy, zdraví lidí, nebo majetek

anebo vyžaduje přijetí opatření k zajištění základních dodávek pro obyvatelstvo.”
[§ 198 odst. 2 písm. a)]

JAK SE LIŠÍ POSTUP JŘBU OD POSTUPU “NA VÝJIMKU”?

Při zadání veřejné zakázky na základě výjimky je nad zakázkou vyloučen dozor ÚOHS, neboť se nejedná o postup v zadávacím řízení. Přezkumu ÚOHS podléhá jen samotné naplnění předpokladů a podmínek využití výjimky. V případě postupu JŘBU podléhá vedle naplnění podmínek pro využití JŘBU dozoru ÚOHS i proces zadávání veřejné zakázky. Zadavatel tak vždy musí být schopen doložit důvody pro využití jak plné výjimky, tak postupu JŘBU.

Ať už totiž zadavatel postupuje při sjednávání smlouvy JŘBU, nebo postupem podle některé z úplných výjimek ze ZZVZ⁴, stále musí dodržovat zásady zadávání veřejných zakázek uvedené v § 6 ZZVZ (transparentnost, přiměřenost, rovný přístup a zákaz diskriminace). Naplnění těchto zásad musí být zadavatel také vždy schopen doložit.⁵

Zadavatel sice není při aplikaci plné výjimky (na rozdíl od postupu dle JŘBU) ze zákona povinen svůj postup dokumentovat (srov. §§ 216 a 217 ZZVZ), ale s ohledem na zásadu transparentnosti je vhodné, aby byl zadavatel schopen průběh jednání s dodavatelem a obsah případného jednání doložit pro případ, že by došlo k přezkumu důvodů využití výjimky (jak v případě JŘBU, tak v případě plné výjimky).

Proces zadávání veřejné zakázky je v případě postupu JŘBU zdánlivě neupraven, ale je při něm, na rozdíl od postupu plnou výjimkou ze ZZVZ, třeba naplnit požadavky § 122 ZZVZ, tedy ověřit kvalifikaci zadavatele a zjistit skutečného majitele pro vyloučení střetu zájmů, byť následně nemusí dojít k vyloučení dodavatele. Je však třeba odůvodnit, proč byla s dodavatelem smlouva uzavřena i přes nenaplnění podmínek.⁶

V každém případě, kdy je zadavatel povinnou osobou dle zákona č. 340/2015 Sb., o registru smluv (dále jen “ZRS”), musí být informace o uzavřené smlouvě, jejíž hodnota přesahuje 50 000 korun bez DPH a nevztahuje se na ni jiná výjimka⁷ z povinnosti dle ZRS, v registru smluv uveřejněny. Uzavření smlouvy v písemné podobě je však nutné jen v případě postupu JŘBU, neboť v případě využití plné výjimky ze ZZVZ není

⁴ Nebo zadává veřejnou zakázku malého rozsahu.

⁵ Více viz Larionova, A. (2019) Aplikace zásady transparentnosti v JŘBU. In: epravo.cz. Dostupné z:

<https://www.epravo.cz/top/clanky/aplikace-zasady-transparentnosti-v-jrbu-108645.html>

⁶ Více viz Havlová, A.; Derková, R. (2020) Nouzový stav – nakupovat rychle aneb pandemie a zadávání veřejných zakázek. Havel & Partners. Dostupné z:

<https://www.havelpartners.cz/nouzovy-stav-nakupovat-rychle-aneb-pandemie-a-zadavani-verejnych-zakazek/>

⁷ Relevantní výjimkou může být § 3 odst. 2 písm. c) ZRS, která umožňuje neuveřejnit smlouvy uzavřené za účelem zajištění bezpečnosti ČR, kterou se rozumí i zajištění zdraví a života občanů dle krizového zákona. Veřejný zadavatel však musí být schopen dobře odůvodnit, proč byla výjimka aplikována.

zadavatel povinen smlouvu uveřejnit na profilu zadavatele (§ 219 odst. 1 písm. b) ZZVZ).

	Výjimka (např. § 29 odst. a) či c) ZZVZ)	Postup JŘBU
Dokumentace důvodů pro využití	Ano	Ano
Dodržování zásad zadávání veřejných zakázek (§ 6 ZZVZ)	Ano	Ano
Ověření kvalifikace a střetu zájmů dodavatele	Ne	Ano, ale při nesplnění podmínek není po odůvodnění povinnost dodavatele z jednání vyloučit
Povinnost písemné komunikace a vedení protokolů z jednání	Ne, ale doporučujeme z důvodu zákonné zásady transparentnosti	Ne
Nutnost písemného uzavření smlouvy	Ne, ale doporučujeme z důvodu zákonné zásady transparentnosti	Ano
Povinnost uveřejnit smlouvu v registru smluv	Ano	Ano
Přezkum důvodů pro použití ÚOHS	Ano	Ano
Přezkum procesu zadávání	Ne	Ano

Tabulka: Odlišnosti postupu JŘBU a využití úplných výjimek z ZZVZ.

UPOZORNĚNÍ

Použití výjimek s odkazem na současnou mimořádnou situaci na jakékoli jiné nákupy než na ty skutečně urgentní související se zvládnutím této mimořádné situace je z povahy věci vyloučeno.⁸

ZA REKONSTRUKCI STÁTU ZPRACOVALI

⁸ Zdroj: ÚOHS (2020). Za nouzového stavu lze nakupovat roušky, respirátory a dezinfekce i bez zadávacího řízení. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/aktuality-z-verejnych-zakazek/2749-za-nouzoveho-stavu-lze-nakupovat-rousky-respiratory-a-dezinfekci-i-bez-zadavaciho-rizeni.html>

Jakub Černý, Josef Karlický, Petr Bouda, Anna Francová (Frank Bold), Jíří Skuhrovec (EconLab), Marek Zelenka (Oživení), Michal Bláha (Hlídač státu)