

Západočeská univerzita v Plzni

Fakulta právnická

ZMĚNA ZÁVAZKU ZE SMLOUVY NA VEŘEJNOU ZAKÁZKU

rigorózní práce

Mgr. Tomáš Kučera

Plzeň 2020

Západočeská univerzita v Plzni

Fakulta právnická

Katedra správního práva

Správní právo

ZMĚNA ZÁVAZKU ZE SMLOUVY NA VEŘEJNOU ZAKÁZKU

rigorózní práce

Mgr. Tomáš Kučera

Plzeň 2020

„Prohlašuji, že jsem tuto rigorózní práci zpracoval samostatně a že jsem vyznačil prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal způsobem ve vědecké práci obvyklým.“

Plzeň, říjen, 2020

Mgr. Tomáš Kučera

PODĚKOVÁNÍ:

Na tomto místě bych rád poděkoval JUDr. et PhDr. Karlu Šimkovi, LL.M., Ph.D. za projevenou shovívavost, empatii a čas, který mi věnoval.

A především děkuji mé rodině (manželce Gabriele a dcerám Elišce a Štěpánce), bez jejichž podpory by tato práce nemohla vzniknout.

Obsah

1	Seznam použitých zkratk	7
2	Úvod	8
3	Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek	13
3.1	Zásady zadávání veřejných zakázek	17
3.2	Základní zásady u veřejných zakázek malého rozsahu	23
3.3	Uzavření smlouvy v zadávacím řízení dle ZZVZ	24
4	Změny smluv ve veřejných zakázkách – úvod	31
4.1	Změny smluv ve veřejných zakázkách	35
4.2	Právní úprava změn smluv v ZZVZ	36
5	§ 222 Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku	41
5.1	Komentář k odst. 1 § 222 ZZVZ – Zásada zákazu umožnění podstatné změny závazku na veřejnou zakázku bez nového zadávacího řízení	43
5.1.1	Rozsudek Presstext	47
5.2	Komentář k odst. 2 § 222 ZZVZ – Podstatná změna v režimu vyhrazených změn závazku	52
5.2.1	FIDIC	62
5.2.1.1	Variace dle CONS	66
5.2.1.2	Měření dle CONS	68
5.2.2	Rozsudek ESD Finn Frogne A/S	74
5.3	Komentář k odst. 3 § 222 ZZVZ – Podstatné změny závazku ze smlouvy – generální klauzule	78
5.4	Komentář k odst. 4 § 222 ZZVZ – Fikce (ne)podstatné změny, tzv. de minimis	86
5.5	Komentář k odst. 5 § 222 ZZVZ – Dodatečné plnění nezahrnuté v původním závazku ze smlouvy	96
5.6	Komentář k odst. 6 § 222 ZZVZ – Změny v obsahu a rozsahu závazku ze smlouvy	108
5.6.1	Příklad z praxe – smlouvy na zajištění dopravní obslužnosti	111
5.6.2	Další příklady z praxe	114
5.7	Komentář k odst. 7 § 222 ZZVZ – Změny v obsahu stavebních prací závazku ze smlouvy	116
5.8	Komentář k odst. 8 § 222 ZZVZ – Odeslání oznámení o změně závazku ze smlouvy k uveřejnění	121
5.9	Komentář k odst. 9 § 222 ZZVZ – Stanovení hodnoty změny závazku ze smlouvy	127
5.10	Komentář k odst. 10 § 222 ZZVZ – Změny v osobě dodavatele	130
5.10.1	Právní nástupnictví – písm. b)	136
5.10.2	Změna zadavatele	138

5.10.3	Vertikální spolupráce	141
6	Úvaha nad pojmem hodnoty změny a úvaha de lege ferenda	144
6.1	Porovnání změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve vybraných státech Evropy	161
6.2	Novela Zákona	164
6.3	Autorem navrhované znění odst. 5, 6 a 9 Zákona.....	167
7	Závěr	169
8	Resumé	172
9	Seznam pramenů.....	176
9.1	Monografie.....	176
9.2	Odborné časopisy a příspěvky z konferencí	178
9.3	Elektronické prameny a další zdroje	178
9.4	Právní předpisy	183
9.5	Rozsudky Soudního dvora Evropské unie	185
9.6	Rozsudky soudů České republiky	185
9.7	Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.....	187
10	Tabulky a obrázky v textu	190

1 Seznam použitých zkratek

ESD – Soudní dvůr Evropské unie.

FIDIC – Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, v České republice překládána jako Mezinárodní federace konzultačních inženýrů.

MMR – Ministerstvo pro místní rozvoj České republiky.

NOZ – zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

NSS – Nejvyšší správní soud.

PPA – Public Procurement Act, přeložení zákona o zadávání veřejných zakázek do angličtiny.

Presstext – Rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 19.06.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, věc C-454/06.

Předseda Úřadu – předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Směrnice – Směrnice Evropského parlamentu a rady 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

Úřad nebo ÚOHS – Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

Zadávací směrnice – Směrnice 2014/24/EU, Směrnice 2014/25/EU a Směrnice 2014/23/EU.

ZRS – zákon č. 340/2015 Sb., o zvláštních podmínkách účinnosti některých smluv, uveřejňování těchto smluv a o registru smluv (zákon o registru smluv), ve znění pozdějších předpisů.

ZVZ – zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

ZZVZ nebo Zákon – zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

2 Úvod

V současných moderních dějinách lidstva si nelze představit demokratickou vyspělou společnost bez výraznější role státu, na který jsou kladeny požadavky, pro jejichž naplnění daný stát potřebuje značné množství hmotných a nehmotných statků. Stát tyto statky nevyrobí, ale nakupuje je od soukromých osob prostřednictvím institutu veřejných zakázek.¹

Pojem veřejná zakázka zahrnuje právem upravený postup zadavatelů, při kterém dochází k přerozdělování veřejných prostředků. Veřejná zakázka je tedy formalistickým procesem vedoucím k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem. V procesu veřejné zakázky dochází k účelné alokaci veřejných zdrojů, kdy subjekt disponující veřejnými prostředky, tedy zadavatel, sleduje ekonomické a sociální cíle společnosti, ale současně i cíle vlastní. Zadavatelem vybrané řešení by tedy mělo naplňovat pojem hospodárnosti, ale ne na úrok kvality, která musí být s hospodárností vyvážená.

Z ekonomického hlediska mají veřejné zakázky sloužit k věcnému a materiálnímu zabezpečení chodu převážně orgánů veřejné správy prostřednictvím plnění, které tyto orgány nejsou schopny zabezpečit vlastními prostředky a současně slouží k naplnění různých společensko-prospěšných cílů.^{2,3} Objem finančních prostředků, který přes tento proces každoročně prochází, se v České republice pohybuje mezi 10 až 13 % HDP. Z níže uvedené tabulky je zřejmý podíl veřejných zakázek v České republice v % ve vztahu k HDP od roku 2012 do roku 2019.⁴

¹ PAVEL, Jan. *Veřejné zakázky v České republice*. Praha: Národohospodářský ústav Josefa Hlávky, 2007, 105 s. ISBN 80-86729-47-8.

² KRENK, Michal. *Zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Galén, 171 s. ISBN 80-7262-343-5.

³ JURČÍK, Radek; KRUTÁKOVÁ Lenka. *Veřejné zakázky a PPP projekty - potřebnost změny právní úpravy v EU a v ČR : sborník příspěvků z 2. ročníku mezinárodní vědecké konference konané dne 15. – 16. 5. 2008*. Plzeň, 2008, 506 s. ISBN 978-80-7380-121-2.

⁴ Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2019* [online]. 05/2020. ISBN 978-80-7538-283-2. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>

Tabulka č. 1 – Podíl VZ na HDP

Rok	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019 ⁵
HDP v mld. Kč (běžné ceny)	4060	4098	4314	4596	4768	5047	5324	5652
Podíl trhu veřejných zakázek na HDP (v %)	12,14	11,66	13,47	12,69	10,03	10,74	11,89	11,78
Evidováno v ISVZ ⁶ v mld. Kč	325	300	451	317	323	399	595	408

Znalost právní úpravy veřejných zakázek je tak zejména u orgánů veřejné správy nanejvýš potřebná, neboť pouze v důsledku správné aplikace zákona jsou peníze daňových poplatníků vynaloženy hospodárně, efektivně a účelně, tedy dle zásad řádného finančního řízení, tzv. principu 3E.⁷

Problematika zadávání veřejných zakázek netvoří samostatné právní odvětví, ale lze ji považovat za interdisciplinární obor na pomezí práva veřejného a soukromého. Komplexní úprava zadávacího řízení je součástí zákona, ale úprava samotné smlouvy v zákoně chybí, a proto je nutné využít obecných předpisů soukromého práva, zejména NOZ. Ze strany veřejného práva je značný vliv práva správního.

Cílem této práce je poskytnutí uceleného obrazu změn závazků ze smluv na veřejné zakázky za účinnosti zákona, které jsou zejména upraveny v § 222 ZZVZ. Práce je dělena na šest kapitol.

V úvodní kapitole poskytuje autor této práce obecný náhled na problematiku veřejných zakázek, ve které se autor této práce pokouší zařadit ZZVZ pod právní odvětví.

Další část této práce ve stručnosti pojednává o vzniku Zákona a jeho členění. Tato část rovněž shrnuje vybrané praktické dopady ZZVZ, které činí zadávací

⁵ V případě roku 2019 se jedná o odhad na základě dostupných údajů (stav k 30.03.2020). Uváděné hodnoty jsou včetně DPH.

⁶ Informační systém o veřejných zakázkách.

⁷ KRENK, Michal. *Zadávací veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Galén, 171 s. ISBN 80-7262-343-5.

řízení srozumitelnějším a administrativně méně náročným pro jeho uživatele. Současně nelze opomenout i jedno z nejdůležitějších ustanovení celého ZZVZ a to je § 6 ZZVZ, ve kterém jsou popsány zásady veřejných zakázek, které jsou bezvýhradně nezbytné pro celý zadávací proces a znění ZZVZ, a které autor této práce podrobněji představuje. V této kapitole je uvedeno i stručné shrnutí k veřejným zakázkám malého rozsahu. Tato kapitola je uzavřena procesem uzavření smlouvy v zadávacím řízení s vybraným dodavatelem, ve které se autor této práce zabývá i vztahem mezi zadavatelem a dodavatelem

V následující kapitole je obecně představen vztah objednatele (zadavatele) a vybraného dodavatele, přičemž tento vztah již nepodléhá ZZVZ, ale zpravidla NOZ. Daná kapitola blíže uvádí změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, její úpravu ve Směrnici a v ZZVZ, včetně všech relevantních ustanovení ZZVZ, které dopadají na změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. V dané kapitole je rovněž stručně uvedena možnost ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ze strany zadavatele a popsána přechodná ustanovení ZZVZ.

Kapitola 5 je nejrozsáhlejší kapitolou této práce, ve které je na úvod zkopírované kompletní aktuální znění § 222 ZZVZ (k září 2020) a následně jsou autorem této práce popisovány jednotlivé odstavce § 222 ZZVZ, tedy odst. 1 až 10. V těchto odstavcích bude snaha autora této práce o uvedení co možná nejzvěrubnějšího popisu veškerých relevantních skutečností, které s jednotlivými odstavci souvisí. V těchto odstavcích je tak např. (i) bližší představení FIDIC a souvisejících vzorových smluvních podmínek; (ii) podrobný rozbor zásadních rozsudků ESD týkající se změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku (zejména Priesetext); (iii) uvedení příkladů z praxe anebo (iv) nahlédnuto do legislativního procesu přijetí ZZVZ včetně uvedení vybraných pozměňovacích návrhů z Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky.

Navazující kapitola 6 shrnuje kritický pohled autora této práce na znění § 222 ZZVZ, které v mnohých částech nevychází ze Směrnice, ale bylo buď již MMR ve vládním návrhu ZZVZ vytvořeno odlišně nebo k těmto změnám došlo právě v průběhu legislativního procesu přijetí ZZVZ. Autor této práce si například na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, vyžádal od MMR informace, které následně použil v této práci. Tímto příkladem je zejména dotaz k problematice počítání hodnoty změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, který Česká republika vznesla prostřednictvím MMR na Evropskou komisi. S absurdností dotazu se lze seznámit

právě v této kapitole. I přes odlišný názor autora této práce k § 222 ZZVZ oproti MMR (zejména k odst. 5, odst. 6 a odst. 9) se autor této práce i MMR zastává, neboť znění odst. 5, odst. 6 a odst. 9 bylo MMR ve vládním návrhu ZZVZ navrhuto vhodněji (i když odlišně od Směrnice), tedy s vyšší možností hodnoty změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, než k němu dospěli vybraní poslanci Parlamentu České republiky, a to i přesto, že úpravy činili (zřejmě) v dobré víře, že právě jejich návrhy ke změnám bude dosaženo ještě vyšší hodnoty změny oproti vládnímu návrhu ZZVZ. Tato paradoxní situace je rovněž blíže uvedena v dané kapitole a to i včetně tabulky s příkladem výpočtu porovnávající znění vládního návrhu ZZVZ a účinného znění ZZVZ (po přijetí pozměňovacích návrhů poslanců). Aby mohl autor této práce polemizovat nad výsledkem, který byl dosažen v § 222 ZZVZ, bude vhodné porovnat přístupy v zahraničí, zejména tedy implementaci Směrnice. Vzhledem ke skutečnosti, že Směrnice je normativním právním aktem Evropské unie, který slouží pro harmonizaci předpisů v členských státech Evropské unie, budou autorem této práce vybrány pouze státy z Evropské unie, a to konkrétně ze Spojeného království Velké Británie a Severního Irska, Spolkové republiky Německo, Polské republiky a Slovenské republiky. Na závěr této kapitoly by chtěl autor této práce poskytnout i vlastní pohled na ideální znění § 222 odst. 5, odst. 6 a odst. 9 ZZVZ, které je dle autora této práce totožné se zněním Směrnice, avšak určitý mezikrok ke znění Směrnice, který by ověřil, zda je česká společnost zodpovědná přijmout tuto určitou míru benevolence, je navržen autorem této práce v návrhu znění odst. 5, odst. 6 a odst. 9 v závěru této kapitoly.

Autor této práce by současně rád vedl polemiku nad aktuálním zněním Zákona v roce ukončení této práce, tedy v roce 2020, konkrétně § 222 ZZVZ, včetně případné udržitelnosti do budoucna. Práce jako taková by měla přispět ke zvýšení poznatků o zkoumané látce. Vzhledem ke skutečnosti, že Zákon je účinný více jak 4 roky (resp. Směrnice od roku 2014), lze předpokládat, že s ohledem ke komplexnosti úpravy a přetrvávající aktuálnosti Směrnice, která byla Evropskou komisí zpracována nadčasově na základě přechozích zkušeností s oblastí veřejných zakázek, bude tato práce moci být využívána i v delším časovém období po jejím zpracování. Aktuálně MMR připravuje první velkou novelu ZZVZ s plánovanou účinností od ledna 2021, o které autor této práce rovněž v textu pojednává, a to s důrazem na § 222 ZZVZ.

Poslední kapitola 7 je závěrečná kapitola, která shrnuje poznatky z této práce.

Obsah práce se zakládá na odborné literatuře, odborných textech a elektronických pramenech. Součástí práce je rozbor právních předpisů, související judikatury a příslušných výkladových textů.

3 Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

Přijetím Směrnice 2014/24/EU a Směrnice 2014/25/EU v únoru 2014 započal konec zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. MMR, které mělo transpozici zadávacích směrnic na starosti, učinilo rozhodnutí vytvořit zcela nový právní kodex, tedy ZZVZ. V názvu Zákona přibylo oproti ZVZ slovo „zadávání“. Zákonodárce tuto změnu v názvu Zákona zdůvodnil tím, že Zákon slouží pouze k veřejné soutěži, nikoliv k „životními cyklu“ veřejné zakázky jako celku, což souvisí i s jeho záměrem, že Zákon jako takový nemá regulovat investiční proces, a proto se v celém Zákoně nevyskytuje pojem hospodárnost, přestože je s veřejnými zakázkami, jakožto zákonného prostředku při nakládání s veřejnými prostředky, přímo spjatý.⁸ Hospodárnost je upravena např. v zákoně č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, dále v zákoně č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, zákoně č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích atd. Ačkoliv tedy Zákon samotný pojem hospodárnosti neupravuje, v rozhodnutích ÚOHS lze účelnost a hospodárnost vynakládání veřejných finančních prostředků ve veřejných zakázkách dohledat.⁹

Záměr MMR vytvořit ZZVZ bylo dle názoru autora této práce správným řešením, jelikož přijetím zadávacích směrnic by došlo k velkému množství změn v oblasti veřejných zakázek, přičemž ZZVZ mohlo, bez ohledu na předchozí úpravu ZVZ, uceleně reagovat na tyto změny. Předchozí ZVZ byl novelizován celkem dvacet dva krát. Bylo tedy více než pravděpodobné, že další zásadnější novelizace, kterou transpozice zadávacích směrnic bezesporu byla, by učinila zákon nesrozumitelným pro jeho uživatele. MMR tímto navíc dostalo i příležitost ve vytvoření méně složité normy, než kterou ZVZ bylo, což byl často vytýkaný nedostatek. Cílem ZZVZ tedy byla snaha o zjednodušení a zefektivnění zadávacího procesu, snížení administrativní zátěže a v neposlední řadě srozumitelnost.

Úmysl zákonodárce byl ve snížení administrativní zátěže zejména zadavatelů, ale rovněž i dodavatelů. Ovšem Zákon současně předpokládá i větší odpovědnost zadavatele při zadávání zakázek, neboť kvůli zobecnění není Zákon podrobným návodem pro postup v zadávacím řízení. V obecnosti ZZVZ je ovšem dle autora této práce možné spatřovat výhodu, která sebou nese i snížení rizika

⁸ FIDLER, Vlastimil. *Seminář – Nový zákon o zadávání veřejných zakázek od 01.10.2016*. Praha 21.06.2016.

⁹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.08.2012, č. j. ÚOHS-S83/2012/VZ-6529/2012/540/MPr. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-10324.html>

chybování v průběhu zadávacího řízení. Mnohé postupy v ZVZ byly popsány velice podrobně, kdy jakékoliv nedodržení ZVZ stanoveného postupu znamenalo nedodržení zákona s možnou korekcí ze strany kontrolního subjektu. Metodiky MMR pro správný postup zadavatele, které doplňují ZZVZ, nemají vlastnost obecně závazného právního předpisu, a tudíž jsou ze strany kontrolních subjektů nepřezkoumatelné. Cílem zákonodárce tedy nebylo sepsat podrobný metodický návod realizace zadávacích řízení, ale jasně stanovit základní pravidla pro zadávání veřejných zakázek.

Srozumitelnost Zákona je možné spatřovat i v nové systematice ZZVZ. ZZVZ systematicky postupuje od obecných částí ke speciálním a tím dosahuje větší přehlednosti. Část I. až V. Zákona obsahuje ustanovení týkající se všech zadavatelů a zadávacích řízení. I následná struktura částí Zákona k sobě koncentruje logické celky tak, že zadavatel není nucen seznámit se s kompletním zněním Zákona. Zmíněné členění tedy nepochybně přispívá k jeho srozumitelnosti. Pro názornost autor této práce uvádí několik praktických dopadů ZZVZ:

- Zadavatel nemusí kontrolovat všechny nabídky - § 39 odst. 4¹⁰
 - zadavatel může nejprve provést hodnocení nabídek a teprve poté posoudit, zda účastníci splňují podmínky jím vymezené v zadávací dokumentaci;
 - u vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti a hodnocení jeho nabídky vždy.
- Zadavatel nemusí vyloučit nejvýhodnější nabídku kvůli jejím chybám - § 46 odst. 2 a 3

¹⁰ K hodnocení nabídek uvádí autor této práce (až absurdní) příklad z historie, jak mohli účastníci veřejné zakázky ovlivňovat výsledek zadávacího řízení v neprospěch zadavatele. Zákon č. 55/2012 Sb., od 01.04.2012 novelizoval ZVZ. Jednalo se o tzv. „transparentní novelu“ ZVZ s více než jedno sto devadesáti změnami převážně systémového charakteru. Důvodem jeho přijetí bylo naplnění Programového prohlášení vlády z roku 2010 a Vládního programu boje proti korupci z roku 2011. Avšak jakkoliv byly „kroky“ zákonodárce vedeny dobrými úmysly, došlo touto transparentní novelou k možné zneužitelnosti ze strany dodavatelů. § 84 odst. 1 písm. e) ZVZ ukládal zadavateli povinnost zrušit bez zbytečného odkladu zadávací řízení, pokud obdržel pouze jednu nabídku nebo po posouzení nabídek zbyla k hodnocení pouze jedna nabídka. V momentě, kdy nastala situace, že v zadávacím řízení byly podány dvě nabídky, přičemž druhého účastníka v pořadí bylo nutné požádat o písemné vysvětlení nabídky (nabídka mohla být „takticky“ předložena neúplně či nějasně, avšak ne s takovými nedostatky, pro které by nabídku bylo možné bezodkladně vyloučit), neměl tento druhý účastník nijak velkou motivaci zadavateli na žádost jakkoliv odpovídat, protože de facto pomáhal k realizaci zakázky konkurenční společnosti, přičemž kvůli nesoučinnosti tohoto druhého účastníka (v případě dvou obdržených nabídek) byl následně zadavatel povinen zadávací řízení ve smyslu § 84 odst. 1 písm. e) ZVZ zrušit. Zákonodárce zákonným opatřením senátu č. 341/2013 Sb., kterým se měnilo ZVZ, účinným od 01.01.2014, důsledky § 84 odst. 1 písm. e) zmínil tím, že dané ustanovení neplatilo pro opakované zadávací řízení (viz § 71 odst. 6). A následně zákonem č. 40/2015 Sb., kterým se měnilo ZVZ, účinným od 06.03.2015, dané ustanovení zrušil úplně.

- po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna o údaje, dokumenty, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. Doplnění nebo změna údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti se v takovém případě za změnu nabídky nepovažují;
- v případě veřejných zakázek na stavební práce se za objasnění považuje i oprava položkového rozpočtu, pokud není dotčena celková nabídková cena a hodnocení nabídek.
- Zadavatel může vyloučit dodavatele, který se neosvědčil - § 48 odst. 5
 - Zákon již nepočítá s existencí tzv. „blacklistu“ (§ 144 ZVZ), zadavatel bude moct nově sám vyloučit dodavatele, který se dříve neosvědčil;
 - zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud (i) se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech závažných nebo trvalých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu s veřejným zadavatelem, která vedla k předčasnému ukončení smluvního vztahu, náhradě škody nebo jiným srovnatelným sankcím, (ii) prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech závažného profesního pochybení, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost.
- „Dvouobálková“ metoda - § 110 odst. 3
 - v případě, že si zadavatel předem v zadávacích podmínkách vyhradil dvoufázové otevírání nabídek, jsou při otevírání a následném hodnocení nabídek přístupné informace pouze o „kvalitativní“ části nabídek a po vyhodnocení kritérií kvality se otevírají obálky s vyčleněnými údaji o nabídkové ceně;
 - tato metoda hodnocení nabídek odpovídá principům tzv. BVA¹¹ metody zadávání zakázek, která byla vyvinuta na Arizonské státní univerzitě Deanem Kashiwagim, Ph.D. jako součást zcela nového holistického přístupu k realizaci projektů a managementu obecně;

¹¹ Best Value Approach. Rovněž označováno jako BVP, tedy Best Value Procurement. Blíže Klee Consulting s.r.o.; NOVOTNÝ, Roman; JELÍNEK, Petr; PLACHETSKÁ, Jana; KLEE, Lukáš. *Metodika pro hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti pro stavební práce a služby* [online]. ISBN 978-80-907194-5-3. Dostupné z: https://www.sfdi.cz/soubory/obrazky-clanky/metodiky/2019_metodika_hodnoceni_nabidek.pdf

jde o funkční komplex hodnotících kritérií účinně propojených s vlastní realizací předmětu zakázky; kategorizace hodnotících kritérií rozlišuje následující základní kategorie (i) hodnocení odborné úrovně, (ii) hodnocení rizik, (iii) hodnocení přidané hodnoty, (iv) hodnocení přímé interakce s účastníky (pohovory) a (v) hodnocení cenových aspektů.

- Do Zákona se vrací ekonomické kvalifikace - § 78
 - zadavatel může požadovat celkový obrat společnosti za maximálně poslední tři účetní období do maximální výše dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
- Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku - § 222 odst. 4, 5, 6 a 7
 - za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažují změny, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku;
 - bližší vymezení změn závazků ze smlouvy je předmětem této práce.

S odstupem času od účinnosti ZZVZ (od 01.10.2016) lze konstatovat, že se MMR podařilo vytvořit dostatečně vyváženou právní úpravu, která je stabilní i bez nutnosti zásadnějších změn.¹² MMR shrnulo Zákon jako funkční, neboť po dobu účinnosti se neseťkalo se situací, který by byla pro zadavatele neřešitelná, přičemž podle ZZVZ bylo zahájeno téměř 5 000 zadávacích řízení (za dobu 9 měsíců účinnosti ZZVZ; např. celkový počet zadávacích řízení dle ZZVZ (nikoliv veřejné zakázky malého rozsahu dle § 27 ZZVZ) zahájených v roce 2019 činí 8 281¹³). Rovněž MMR potvrdilo i osvědčení koncepce ZZVZ jako procesní normy, která

¹² V roce 2020 je připravovaná novela (předpokládaná účinnost od ledna 2021), která je dle důvodové zprávy „... po více než třech letech účinnosti ZZVZ první vládní novelou, která by měla být komplexní a odstraňovat identifikované nedostatky platné právní úpravy. Smyslem navrhované úpravy je odstranění nedostatků transpozice vytykané České republiky Evropskou komisí v Odůvodněném stanovisku – Porušení Smlouvy č. 2018/2271. Dále dochází ke zpřesnění některých ustanovení zákona, novelou však nejsou zaváděny nová práva a povinnosti, které by představovaly podstatné ekonomické dopady. Návrh kromě odstranění nedostatků transpozice evropských zadávacích směrnic provádí změny, které povedou ke snížení administrativního zatížení na straně zadavatelů i dodavatelů, odstraňuje nepřiměřenou přísnost některých pravidel, vyjasňuje výkladové nejasnosti a v neposlední řadě také odstraňuje legislativně technické nedostatky textu Zákona. Nejedná se však o zásadní koncepční změny procesu zadávání.“ Bližší informace o novele ZZVZ jsou uvedeny v kapitole 6 této práce.

¹³ Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2019* [online]. 05/2020. ISBN 978-80-7538-283-2. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>

stanovuje právní rámec, přičemž je to právě zadavatel, který by měl být schopen vymezit své potřeby a využít dispozitivní postupy. Kvalita ZZVZ byla oceněna třetím místem v anketě Zákon roku 2016.¹⁴

3.1 Zásady zadávání veřejných zakázek

Zadávání veřejných zakázek je z podstatné míry ovládáno základními zásadami zadávání veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že tyto zásady vycházejí z evropské legislativy, je třeba tyto zásady interpretovat ve smyslu příslušných rozhodnutí ESD.

Čl. 18 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26.02.2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, stanovuje: „*Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.*“

Zásady zadávání veřejných zakázek jsou dále obdobně stanoveny i v čl. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26.02.2014, o udělování koncesí a v čl. 36 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26.02.2014, o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES. Výčet zásad není taxativní a je třeba přihlídnout i k jiným zásadám, které plynou např. ze Smlouvy o založení Evropského společenství.¹⁵

Základní zásady se promítají do celé právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Význam základních zásad je spatřován ve dvou rovinách. Jednak v rovině interpretační, kdy základní zásady jsou ÚOHS, ale i správními soudy aplikovány v případě nejednoznačných anebo sporných ustanovení ZZVZ; a jednak v rovině aplikační, kdy jednotlivá ustanovení ZZVZ jsou konkretizací základních zásad.¹⁶

Při porušení základních zásad jsou dotčeným dodavatelům k dispozici právní prostředky na jejich ochranu (jako např. námitky). Vzniknou-li pochybnosti o postupu zadavatele v souladu se základními zásadami, je vždy na zadavateli, aby tyto pochybnosti dostatečně a přesvědčivě vyvrátil.

¹⁴ Dostupné z: <http://www.zakonroku.cz/Stranky/Archiv#a2016>

¹⁵ KRČ, Robert et al. *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon: s komentářem*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství Linde, 2008. 703 s. ISBN 978-80-7201-711-9.

¹⁶ JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, 852 s. ISBN 978-80-7179-222-2.

ZZVZ vymezuje zásady postupu zadavatele v § 6 odst. 1 a odst. 2:

(1) Zadavatel při postupu podle Zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti. (2) Ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace.

Zásada transparentnosti: Transparentnost lze vykládat jako otevřenost („průhlednost“) zadávacího řízení, která má zamezit nekalým praktikám účastníků zadávacího řízení a zajistit hospodářskou soutěž. Správná aplikace zásady transparentnosti by měla umožnit účast širokému okruhu dodavatelů v zadávacím řízení.¹⁷ Zásada transparentnosti úzce souvisí s faktem, že veřejné zakázky jsou hrazeny z veřejných rozpočtů. Je tedy dán zájem na to, aby nakládání s veřejnými prostředky podléhalo kontrole, kterou lze zajistit právě zadáváním na základě zásady transparentnosti. Touto zásadou může dojít k širokému dohledu nad zadáváním veřejných zakázek s potenciálním snížením rizika korupčního jednání. Zásada transparentnosti souvisí i s funkcí obecné kontroly nakládání s veřejnými prostředky, kdy má být docíleno stavu průhledných a právně korektních veřejných zakázek. Transparentnost zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné konkurence mezi dodavateli, ale rovněž předpokladem účelného vynakládání veřejných prostředků.¹⁸

Zásada transparentnosti je obsažena v celém zadávacím řízení, jako např. oznámení o zahájení zadávacího řízení; povinnost protokolárního vedení průběhu zadávacího řízení; výběr dodavatele a jeho oznámení apod. Všechny úkony spojené s realizací zadávacího řízení by měly být prováděny jednoznačným, průhledným a srozumitelným způsobem.

Cílem zásady transparentnosti je snaha o eliminování korupčního prostředí v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek.

Dodržení zásady transparentnosti ze strany zadavatele je zárukou dostatečné míry informovanosti dodavatelů a veřejnosti o průběhu veřejné zakázky, předvídatelnosti úkonů, které zadavatel činí a to v souladu se zásadou právní jistoty.¹⁹

Zásada přiměřenosti: Zásada přiměřenosti je de facto reakcí na skutečnosti, že ZZVZ, oproti ZVZ, opustil některé kogentní způsoby postupů v zadávacím

¹⁷ JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1024 s. ISBN: 978-80-7400-443-8.

¹⁸ STŘELIČKA, Jan. *Prostředky obrany proti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek*. Brno, 2010, s. 149. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

¹⁹ JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1024 s. ISBN: 978-80-7400-443-8.

řízení a ponechává zadavatelům značnou míru volnosti. Ačkoliv se v rámci ZZVZ jedná o zcela novou zásadu, která je sice výslovně upravena v nových evropských zadávacích směrnících, tak její aplikaci bylo možné sledovat i za účinnosti ZVZ a to v rozhodovací praxi ÚOHS a správních soudů. Zásada přiměřenosti by se dala přirovnat ke skryté diskriminaci. Jedno z prvních rozhodnutí, kde byla skrytá diskriminace judikována, je rozsudek NSS ze dne 05.06.2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, v němž NSS dospěl k závěru, že „za skrytou formu nepřijatelné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“ Tento vyslovený názor pak byl několikrát potvrzen, mimo jiné například v rozsudku NSS ze dne 07.12.2011, č. j. 9 Afs 37/2011-82 nebo v rozsudku NSS ze dne 20.12.2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64. Nová zásada přiměřenosti se ovšem vztahuje k ZZVZ jako celku, nikoliv pouze k nastavení kvalifikace, dle uvedených judikátů. Zadavatel tedy musí nastavit parametry zadávacího řízení v souladu s touto zásadou. Důvodová zpráva k ZZVZ zmiňuje, že se má jednat především o přiměřenost ve vztahu k nastavení různých podmínek ze strany zadavatele (např. požadavky na technické podmínky, referenční zakázky apod.) nebo k stanovení délky lhůt (zejména lhůty pro podání nabídek).

Zásadu přiměřenosti, stejně jako všechny zásady § 6 ZZVZ, musí veřejný zadavatel dodržovat i v případě zakázek malého rozsahu²⁰, na které se jinak ZZVZ nevztahuje (včetně přezkumu ÚOHS, s výjimkou postupu zadavatele dle § 4 odst. 4 ZZVZ). Přiměřenost v případě zakázek malého rozsahu ovšem znamená, že např. u zakázky s minimální předpokládanou hodnotou (např. 3 000 Kč) nelze

²⁰ § 31 ZZVZ.

po zadavateli spravedlivě požadovat, aby vedl formalizované zadávací řízení, jehož finanční náklady by nebyly přiměřené hodnotě veřejné zakázky.²¹

Zásada rovného zacházení: Na základě zásady rovného zacházení musí zadavatel zajistit, aby bylo v zadávacím řízení postupováno vůči všem dodavatelům stejně. Zadavatel je tedy povinen zachovat ke všem dodavatelům neutralitu. Žádný z dodavatelů by tak v zadávacím řízení neměl mít jakékoliv zvláštní privilegium. Tuto zásadu je nutné chápat nejen ve smyslu možnosti přístupu k veřejným zakázkám, ale i v možnosti uspět v zadávacím řízení.²²

K výkladu rovného zacházení je Ústavním soudem ze dne 03.07.2000 ve věci Pl. ÚS 18/1999 (320/2000 Sb.) konstatováno následující: Ústavní soud České republiky v řadě svých rozhodnutí (sp. zn. Pl. ÚS 16/93, svazek 1, s. 194 – 195, 205 – 206; Pl. ÚS 36/93, svazek 1, s. 179; Pl. ÚS 5/95, svazek 4, s. 218, Pl. ÚS 9/95, svazek 5, s. 137) vyložil obsah ústavního principu rovnosti s chápáním tohoto principu, jak byl vyjádřen Ústavním soudem ČSFR (ÚS ČSFR, 1992, R 11): „*Je věcí státu, aby v zájmu zabezpečení svých funkcí rozhodl, že určité skupině poskytne méně výhod než jiné. Ani zde však nesmí postupovat zcela libovolně. ... Pokud zákon určuje prospěch jedné skupiny a zároveň stanoví neúměrné povinnosti jiné, může se tak stát pouze s odvoláním na veřejné hodnoty. ... Rovnost občanů nelze chápat jako kategorii abstraktní, nýbrž jako rovnost relativní, jak ji mají na mysli všechny moderní ústavy.*“

Zásadu je nutno vnímat jednak ve smyslu možnosti přístupu k veřejným zakázkám, ale současně i rovnosti v možnosti uspět v zadávacím řízení.²³

Příkladem zásady rovného zacházení je např. povinnost otevírání nabídek v jednom okamžiku, oslovení všech účastníků s objasněním nabídky (např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29.06.2017, č. j. 29 Af 74/2015-224) apod.

Zásada zákazu diskriminace: Podstatou zásady zákazu diskriminace je pravidlo, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení. Zásada zákazu diskriminace je statisticky nejčastěji porušovanou zásadou.²⁴

²¹ HERMAN, Pavel; FIDLER, Vlastimil a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. 639 s. ISBN: 978-80-7380-660-6.

²² JUŘICA, Jakub. *Pojem a druhy veřejných zakázek*. Praha, 2011, s. 77. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta.

²³ JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1024 s. ISBN: 978-80-7400-443-8.

²⁴ PODEŠVA, Vilém et al. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011. 631 s. ISBN 978-80-7357-636-3.

Právní definice pojmu diskriminace je ustanovena v § 2 odst. 3 zákona č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), ve znění pozdějších předpisů, který uvádí, že přímou diskriminací se rozumí takové jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází nebo zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci, a to z důvodu rasy, etnického původu, národnosti, pohlaví, sexuální orientace, věku, zdravotního postižení, náboženského vyznání, víry či světového názoru. Dle § 3 odst. 1 výše uvedeného zákona se nepřímou diskriminací rozumí takové jednání nebo opomenutí, kdy na základě zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo praxe je z některého z důvodů uvedených v § 2 odst. 3 antidiskriminační zákona osoba znevýhodněna oproti ostatním. Nepřímou diskriminací není, pokud toto ustanovení, kritérium nebo praxe je objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné.²⁵

Diskriminaci můžeme rozlišovat na diskriminaci zjevnou, ale i diskriminaci skrytou. Právním uchopením zásady skryté diskriminace se zabýval NSS ve svém rozsudku ze dne 05.06.2008, sp. zn. 1 Afs 20/2008-152, tak jak je citovaný u zásady přiměřenosti výše. Skrytá forma nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních znemožňuje dosažení cíle zákona, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikace ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce.²⁶ Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10.11.2005, č. j. 1 Afs 107/2004 - 48, publikován jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti). I přestože se zmíněný judikát NSS vztahuje k již neúčinné právní úpravě ZVZ, lze dle názoru autora použít i na stávající úpravu ZZVZ, neboť principy veřejných zakázek zůstávají zachovány.

V daném případě tedy NSS uznal skrytou diskriminaci za zakázanou. Jedná se tedy o případ nepřiměřených omezení vstupu do soutěže. Rozhodnutí ovšem

²⁵ Zákon č. 198/2009 Sb.

²⁶ RAUS, David. *Zadávání veřejných zakázek. Judikatura s komentářem*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, 421 s. ISBN 978-80-7357-658-5.

dává i prostor zadavatelům při stanovení kvalifikace a to s přihlédnutím k ekonomické úvaze zadavatele.

Příkladem zásady zákazu diskriminace je např. nemožnost zadávacích podmínek obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků²⁷; zadavatel nesmí omezovat účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávané veřejné zakázce²⁸ apod.

Další zásady zadávání veřejných zakázek: Mezi další zásady řadíme takové, které nejsou explicitně v ZZVZ zmíněny, ale vyplývají z charakteru Zákona a jejichž význam zabezpečuje cíl Zákona, tedy vytvoření podmínek pro zadávání s vyloučením diskriminace, pletich a korupce.²⁹ (i) Podpoření konkurenčního a soutěžního prostředí mezi potenciálními dodavateli. Jedná se o jednu ze základních zásad pro uskutečnění nediskriminačního zadávacího řízení, neboť v případně nefungující hospodářské soutěže, nemůže být výsledek daného řízení brán jako nejvýhodnější. Veřejná zakázka by tedy měla být zadávána v soutěži, kdy Zákon preferuje otevřené a užší řízení. (ii) Zabezpečení hospodárnosti a efektivního vynakládání s veřejnými prostředky. V případě porušení této zásady hrozí zadavateli uložení sankce ze strany ÚOHS. Tato zásada je podpořena zásadou volné soutěže dodavatelů, kdy dle § 35 ZZVZ může zadavatel rozdělit veřejnou zakázku na více částí, ale nesmí tím obejít povinnosti stanovené ZZVZ. (iii) Výběr nejvhodnější nabídky. Jedná se o zásadu, která prochází celým zákonem. Dle ZZVZ je nejvýhodnější nabídkou ta nabídka dle ekonomické výhodnosti. (iv) Zamezení nečestné soutěži, korupci a zvýhodňování určitých subjektů. Tato zásada v sobě spojuje všechny základní zásady zadávacího řízení. Zárukou pro zamezení nečestného jednání zadavatele, je stanovení širokého okruhu osob, kterým je umožněno podat námitky. (v) Zásada formálnosti zadávacího řízení. Jednotlivým krokům jsou v průběhu zadávacího řízení předeepsány náležitosti, které musí být

²⁷ § 89 odst. 5 ZZVZ.

²⁸ § 6 odst. 3 ZZVZ.

²⁹ KRENK, Michal. *Zadáování veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Galén, 171 s. ISBN 80-7262-343-5.

dodrženy. (vi) Zásada důvěrnosti nabídek a mlčenlivosti. Nabídky často obsahují informace o obchodních tajemstvích anebo know-how dodavatele. Je proto důležité, aby zadavatel s informacemi ze strany jednotlivých dodavatelů nakládal jako s informacemi důvěrnými. Zadavatel dle § 218 ZZVZ nesmí uveřejnit informaci podle ZZVZ, pokud by její uveřejnění znamenalo porušení jiného právního předpisu nebo by bylo v rozporu s veřejným zájmem nebo by mohlo porušit právo dodavatele na ochranu obchodního tajemství nebo by mohlo ovlivnit hospodářskou soutěž. Povinnost mlčenlivosti o ochrany obchodního tajemství se vztahuje i na zaměstnance ÚOHS dle § 271 ZZVZ. (vii) Zabezpečení vnější kontroly zadávacích řízení. Tato zásada je zabezpečena ÚOHS, NKÚ, i soudní soustavou.

3.2 Základní zásady u veřejných zakázek malého rozsahu

Veřejnou zakázkou malého rozsahu se dle § 27 ZZVZ rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo nižší v případě veřejné zakázky na dodávky nebo na služby částce 2 000 000 Kč, nebo na stavební práce částce 6 000 000 Kč, přičemž základní zásady jsou závazné i pro veřejné zakázky malého rozsahu, na které se jinak ZZVZ neaplikuje, kdy v § 31 ZZVZ je uvedeno, že veřejný zadavatel je povinen u zakázek malého rozsahu dodržet zásady uvedené v § 6 ZZVZ. V předchozí právní úpravě byla sporná otázka dohledové působnosti ÚOHS u veřejných zakázek malého rozsahu, konkrétně v případech, kdy zadavatel porušil povinnost dodržovat Zákonem stanovené zásady, často diskutovaná a rovněž podrobena soudnímu přezkumu (viz rozsudek rozšířeného senátu NSS ze dne 02.02.2017, sp. zn. 9 As 195/2015). Nynější právní úprava otázku přezkumu ÚOHS vůči veřejným zakázkám malého rozsahu jednoznačně řeší, a to tak, že zadávání veřejných zakázek malého rozsahu nespadá do dozorové činnosti ÚOHS. Podle § 248 odst. 1 ZZVZ ÚOHS vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených Zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky. Výjimku z předchozí věty pro veřejné zakázky malého rozsahu představuje situace, kdy zadavatel zahájil podle § 4 odst. 4 ZZVZ zadávací řízení dle ZZVZ za účelem zadání veřejné zakázky malého rozsahu, ačkoliv k tomu nebyl povinen. Dle § 248 odst. 2 ZZVZ se takové zadávací řízení považuje pro účely dozoru nad dodržováním pravidel stanovených ZZVZ

za podlimitní veřejnou zakázku.³⁰ Současně je vhodné upozornit, že pokud by v důsledku změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku malého rozsahu došlo k překročení limitu veřejné zakázky malého rozsahu (tedy například původní hodnota zakázky ve výši 1 800 000 Kč s následnou změnou 400 000 Kč), je zadavatel povinen zkoumat, zda daná změna splňuje alespoň jeden důvod pro změnu závazku ze smlouvy dle § 222 ZZVZ. V případě změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku malého rozsahu, kterou by nedošlo k překročení limitu veřejné zakázky malého rozsahu (tedy například původní hodnota zakázky ve výši 1 800 000 Kč s následnou změnou 100 000 Kč), není zadavatel povinen zkoumat důvody pro danou změnu, neboť dané řízení nepodléhá ZZVZ (v případě, že zadavatel nezačal zadávací řízení k veřejné zakázce malého rozsahu dle § 4 odst. 4 ZZVZ).³¹

3.3 Uzavření smlouvy v zadávacím řízení dle ZZVZ

Pro všechny druhy zadávacích řízení³² je typické, že v případě ukončení zadávacího řízení³³ je s vybraným dodavatelem uzavřena smlouva.

Samotnému podpisu smlouvy (autor této práce uvažuje s následujícím výčtem skutečností pro otevřené řízení, které má převažující podíl na zadávaných veřejných zakázkách a to 44,8 % s podílem na hodnotě veřejných zakázek ve výši 41,7 %³⁴ u veřejných zadavatelů) po otevírání nabídek (§ 108 a násl. ZZVZ) a jejich hodnocení (§ 119 ZZVZ), předchází zadavatelovo vyhodnocení nabídky daného dodavatele jako ekonomicky nejvýhodnější dle poměru nabídkové ceny a kvality na základě ekonomické výhodnosti nabídek (§ 114 a násl. ZZVZ). V případě, že zadavatel vybere k uzavření smlouvy účastníka zadávacího řízení (§ 122 ZZVZ), je pak zadavatel povinen bez zbytečného odkladu odeslat všem účastníkům oznámení o výběru dodavatele (§ 123 ZZVZ). ZZVZ s oznámením o výběru dodavatele, na rozdíl od veřejné soutěže dle § 1777 odst. 1 NOZ, resp. § 1745 NOZ, které

³⁰ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 02.02.2018, č. j. ÚOHS-R0214/2017/VZ-03356/2018/322/DJa. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15264.html>

³¹ FIDLER, Vlastimil. *Problematika změn smlouvy podle nového zákona (IV.)*. Veřejné zakázky v praxi. 01/2018, s. 19-21. ISSN 1805-8523.

³² § 3 ZZVZ.

³³ § 51 odst. 1 ZZVZ.

³⁴ Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2019* [online]. 05/2020. ISBN 978-80-7538-283-2. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>

účinnost uzavření smlouvy určuje okamžikem přijetí nabídky, spojuje povinnost dodavatele dodržet odkladnou lhůtu spočívající v zákazu uzavření smlouvy dle § 246 ZZVZ. V tento okamžik mají účastníci, kterým by postupem zadavatele hrozila nebo vznikla újma (§ 241 a násl. ZZVZ), poslední možnost doručit zadavateli námitky (pomineme-li § 254 ZZVZ, který lze podat i bez předchozího podání námitek³⁵). Možnost ochrany proti nesprávnému postupu zadavatele vnímá autor této práce jako velice významnou pro zachování základních zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 ZZVZ, zejména zásadu transparentnosti a zákazu diskriminace, a z tohoto důvodu téma blíže rozebírá.

Právní úpravou k ochraně proti nesprávnému postupu zadavatele (námitky a dále i návrhy, které přezkoumává ÚOHS) je stanovena shodná koncepce pro podávání námitek týkajících se nadlimitních i podlimitních veřejných zakázek. Možnost podání námitek je způsob obrany dodavatele proti nezákonnému postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Právní úkon podání námitek přísluší kterémukoliv dodavateli, pokud se domnívá, že byl úkonem zadavatele poškozen na svých právech, příp. že zadavatel v zadávacím řízení postupoval nezákonně. Takový účastník může podat proti všem úkonům zadavatele námitky, pokud je k tomu ZZVZ oprávněn. Námitkové řízení je neformálním postupem, který nemá charakter správního řízení, ale řízení *sui generis*, v němž má zadavatel sám možnost napravit své pochybení. Tento charakter řízení vyplývá ze vztahu zadavatele a dodavatele, kdy zadavatel nevykonává působnost v oblasti veřejné správy dle § 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nýbrž jedná v rámci zvláštního postupu vedoucího k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.³⁶ Námitkové řízení je rovněž administrativně nenáročným procesem, který je pro dodavatele zcela bezplatný (dodavatel nehradí správní poplatek ani nemusí skládat kauci). Zadavatel nemůže za podání námitek požadovat jakoukoliv úhradu nebo kompenzaci za náklady, které mu vzniknou. Zadavatel je povinen na základě námitek dodavatele přezkoumat svůj postup v zadávacím řízení. Řízení o námitkách u zadavatele obligatorně ze Zákona předchází následnému zahájení přezkumného řízení na návrh u ÚOHS. Ve vztahu k následnému přezkumnému řízení na návrh u ÚOHS však musí dodavatel námitkové řízení u zadavatele zahájit řádně a včas. V opačném případě nemá dodavatel možnost ve stejné věci zahájit

³⁵ § 250 odst. 2 ZZVZ.

³⁶ KRATOCHVÍLOVÁ, Jana. *Přezkumné řízení při zadávání veřejných zakázek*. Brno, 2011, 77 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

přezkumné řízení u ÚOHS. Z časového hlediska je podání námitek omezeno subjektivní i objektivní lhůtou. Subjektivní lhůta je stanovena dodavateli pro doručení námitek zadavateli. Tato lhůta je navíc lhůtou hmotněprávní, kdy nestačí předat námitku k poštovní přepravě v poslední den lhůty, nýbrž musí dojít přímo zadavateli. Posledním dnem, kdy dodavatel může podat námítka (objektivní lhůta), je okamžik uzavření smlouvy (§ 242 odst. 1 ZZVZ). Nemožností podat námítka po uzavření smlouvy se námitkové řízení odlišuje od přezkumného řízení u ÚOHS, které lze z důvodů taxativně stanovených v § 254 ZZVZ zahájit i po uzavření smlouvy.

Po uplynutí lhůty pro podání námitek (resp. zákazu uzavřít smlouvu dle § 246 ZZVZ, tzn. blokační lhůta), ve které zadavatel neobdržel námítka a v případě, že vybraný dodavatel zadavateli řádně předložil informace anebo doklady dle § 122 odst. 3 písm. a) až c), jsou zadavatel a vybraný dodavatel povinni uzavřít smlouvu bez zbytečného odkladu (§ 124 ZZVZ), přičemž § 124 odst. 1 ZZVZ stanovuje kontraktační povinnost obou smluvních stran, tzn. zadavatele i vybraného dodavatele. Povinnost kontraktace smlouvy ať už jednou nebo druhou smluvní stranou by se s největší pravděpodobností dalo domáhat i soudně, neboť situaci lze připodobnit k uzavření smlouvy o smlouvě budoucí dle § 1785 a násl. NOZ.³⁷ Je totiž dán obsah uzavírané smlouvy, jsou určeny budoucí smluvní strany a je uvedena lhůta, ve které má k uzavření smlouvy dojít.³⁸ Podstatnou změnou v ZZVZ oproti ZVZ je vyjmutí povinnosti spolu s nabídkou předložit podepsaný návrh smlouvy dodavatelem (srov. § 107 ZZVZ vs. § 68 odst. 2 ZVZ). To ovšem nevyučuje možnost zadavatele, aby zadavatel v zadávací dokumentaci předložení návrhu smlouvy požadoval a ani tomu, aby zadavatel předepsal závazný obsah návrhu smlouvy.³⁹ Kontraktační povinnost ovšem není absolutní. Zadavatel může využít možnosti zrušit zadávací řízení dle § 127 odst. 2 a odst. 3 ZZVZ, případně dle § 124 odst. 2 a odst. 3 ZZVZ. Rovněž vybraný dodavatel může odmítnout uzavření smlouvy. Situaci s odmítnutím kontrasignační povinnosti vybraným dodavatelem lze navíc rozdělit podle toho, jestli zadavatel stanovil anebo nestanovil zadávací lhůtu dle § 40 ZZVZ. Účelem zadávací lhůty je stanovení lhůty, ve které

³⁷ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

³⁸ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3.

³⁹ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>

jsou účastníci vázáni svými nabídkami a nejsou oprávněni nabídky brát zpět. V případě, že zadavatel stanovil zadávací lhůtu, má možnost požadovat po účastnících jistotu (§ 41 ZZVZ).⁴⁰ Smyslem jistoty je zajistit vázanost účastníka zadávacího řízení jeho nabídkou a poskytnout zadavateli součinnost při uzavírání smlouvy. Jistotu může zadavatel požadovat až do výše 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, resp. 5 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, v případě, že je použita elektronická aukce.⁴¹ Zadavatel má právo na plnění z jistoty (§ 41 odst. 8 ZZVZ) v případě, že vybraný dodavatel nepředloží informace a doklady na výzvu k jejich předložení (§ 122 odst. 7 ZZVZ) nebo vybraný dodavatel neposkytne zadavateli součinnost při uzavření smlouvy (§ 124 odst. 2 ZZVZ). V případě, že zadavatel nestanovil zadávací lhůtu, nemá jednak oprávnění po účastnících požadovat jistotu, ale současně účastníci, resp. i vybraný dodavatel, mohou, kdykoliv před uzavřením smlouvy, ze zadávacího řízení odstoupit. Kromě možnosti domáhat se uzavření smlouvy soudně, tak jak je uvedeno výše, může zadavatel, ve smyslu § 3 odst. 2 písm. d) NOZ^{42,43} („*soukromé právo spočívá zejména na zásadách, že daný slib zavazuje a smlouvy mají být splněny*“) s navazujícím zakotvením předšmluvní odpovědnosti dle § 1729 NOZ „*dospějí-li strany při jednání o smlouvě tak daleko, že se uzavření smlouvy jeví jako vysoce pravděpodobné, jedná nepoctivě ta strana, která přes důvodné očekávání druhé strany v uzavření smlouvy jednání o uzavření smlouvy ukončí, aniž pro to má spravedlivý důvod. Strana, která jedná nepoctivě, nahradí druhé straně škodu, nanejvýš však v tom rozsahu, který odpovídá ztrátě z neuzavřené smlouvy v obdobných případech*“ požadovat po vybraném dodavateli i náhradu škody. Odmítne-li vybraný dodavatel uzavřít smlouvu, aniž pro to má spravedlivý důvod, porušuje obecnou premisu poctivosti a dodržení daného slibu.⁴⁴ Je ovšem otázkou,

⁴⁰ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

⁴¹ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>

⁴² Dle zásady *pacta sunt servanda*.

⁴³ SCHELLE, PELIKÁNOVÁ, Andrea. *Předšmluvní odpovědnost ve veřejných zakázkách*. Veřejné zakázky v praxi. 05/2017, s. 41-45. ISSN 1805-8523. „*V německé judikatuře lze nalézt názory, které se přiklánějí k tomu, že náhrada škody má příslušet pouze uchazeči s vítěznou nabídkou (rozhodnutí Německého spolkového soudu BGH X ZR 18/07 z 27.11.2007); je však možné nalézt i judikaturu, jež přiznává náhradu škody všem uchazečům zadávacího řízení (rozhodnutí OLG Naumburg 2 U 152/13 z 27.11.2014).*“

⁴⁴ ZUSKA, Karel. *Veřejné zakázky z pohledu odpovědnosti dodavatele projektových a stavebních prací*, ze dne 23.02.2015 [online]. Dostupné z: <http://www.holec-advokati.cz/cs/publikace/aktuality/292>

jestli by byl zadavatel v případném soudním sporu úspěšný, pokud nevyužil svého oprávnění a v zadávací dokumentaci nestanovil zadávací lhůtu. Dle autora této práce nikoliv, protože zadavatel se svobodně rozhodl o možnosti daného oprávnění nevyužít, čímž dle § 1736 NOZ učinil nabídky odvolatelné a tím se de facto vzdal budoucího práva na náhradu škody (analogicky k § 2868 NOZ). V případě, že vybraný dodavatel odmítne uzavřít smlouvu, může zadavatel vyzvat dalšího účastníka k uzavření smlouvy, a to v pořadí dle hodnocení nabídek. Tento postup může eventuálně zadavatel opakovat až k účastníkovi, který se umístil jako poslední v pořadí.

Po uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem je zadávací řízení ukončeno (§ 51 odst. 1 ZZVZ). Dle § 219 odst. 1 ZZVZ má zadavatel za povinnost do 15 dnů od uzavření smlouvy, uveřejnit smlouvu na profilu zadavatele. K povinnosti uveřejnění smlouvy vydal ÚOHS s MMR a Ministerstvem vnitra společné stanovisko, ve kterém sjednocují povinnosti zadavatele uveřejnit smlouvu dle ZZVZ s povinností uveřejnit smlouvu dle ZRS, přičemž platí, že pokud je smlouva uveřejněna podle ZRS, není třeba ji duplicitně uveřejňovat podle ZZVZ. Dle § 219 odst. 1 písm. d) ZZVZ navíc platí, že je-li smlouva uveřejněna v souladu s jiným právním předpisem (tzn. ZRS), není nutné ji uveřejňovat na profilu zadavatele, přičemž podle ZRS musí být zaslána k uveřejnění v registru smluv nejpozději 30. den po jejím uzavření.⁴⁵

Zadavatelé ovšem nemají při zadávání veřejných zakázek povahu správních orgánů, a proto se mezi smluvními stranami (zadavatelem a dodavatelem) nevytvářejí vztahy vrchnostenského charakteru, tedy nadřízenosti a podřízenosti.⁴⁶ Při posuzování vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem v zadávacím řízení mohou vznikat pochybnosti o rovném postavení účastníků. Zadavatel má nesporně postavení silnější strany, neboť má prostřednictvím ZZVZ řadu oprávnění, díky kterým může zadávacím řízením disponovat (např. vyloučení účastníka zadávacího řízení⁴⁷) a určovat obsah právního vztahu⁴⁸, avšak účastníci (obdobně jako slabší strana v NOZ) jsou chráněni řadou ustanovení ZZVZ, která zabraňují svévoli

⁴⁵ Společné stanovisko MMR, MV a ÚOHS k problematice vztahu povinnosti uveřejnit smlouvu na veřejnou zakázku podle zákona o zadávání veřejných zakázek a povinnosti uveřejnit smlouvu podle zákona o registru smluv. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky.html>

⁴⁶ HUŠKOVÁ, Nikola. *Limity závazkového práva z pohledu právní regulace veřejných zakázek*. Brno, 2012, s. 64. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

⁴⁷ § 48 ZZVZ.

⁴⁸ Autor této práce se u komentáře k odst. 8 stručně zabývá myšlenkou, zda-li je možné smlouvy na veřejnou zakázku považovat za adhezní smlouvy.

zadavatele. Jedná se zejména o základní zásady dle § 6 ZZVZ, které jsou konkretizovány napříč ZZVZ; dále ustanovení na ochranu hospodářské soutěže (např. § 89 odst. 5 ZZVZ) a v neposlední řadě i opravné prostředky (část třináctá ZZVZ). Postup zadavatele tedy nelze vnímat jako vrchnostenský (autoritativní).⁴⁹ Tento závěr lze dovodit z rozhodnutí ÚOHS ze dne 26.08.2011, sp. zn. R116/2011: „Pokud v dalším navrhovatel argumentuje tím, že zadavatel rozhoduje o průběhu řízení, pak je zcela jasné, že i jakýkoliv jiný soukromý subjekt poptávající dodávky, služby či stavební práce je vystaven nutnosti určitého procesu rozhodování a vyjednávání o ceně za poptávané plnění a jiných podmínkách, přičemž však takové jednání v žádném případě nelze považovat za vrchnostenské, neboť získání či nezískání zakázky má pro případné dodavatele pouze ekonomický význam, a zcela spolehlivě nezasahuje do jejich veřejných subjektivních práv ani povinností. Přezkoumatelnost postupu zadavatele namítaná navrhovatelem je pak zákonem konstruována rovněž ze zcela jiného důvodu, jímž je zachování volné a transparentní hospodářské soutěže a úspora veřejných zdrojů, jež jsou při veřejném zadávání vynakládány, nikoliv však ve vztahu k jednotlivým uchazečům a mocenským zásahům do jejich právní sféry ze strany zadavatele.“⁵⁰ Obdobný závěr lze analogicky dovodit i z usnesení Ústavního soudu ze dne 23.06.1995, sp. zn. II. ÚS 86/95: „Veřejná moc je taková, která autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech subjektů. Subjekt, o jehož právech a povinnostech rozhoduje orgán veřejné moci, není v rovném postavení s tímto orgánem a obsah rozhodnutí orgánu není dán na vůli subjektu. Hranice veřejné moci končí tam, kde začíná moc soukromá. Ústavní soud proto není povolán přezkoumávat taková rozhodnutí, opatření nebo jiné zásahy orgánu, jehož oprávnění takto rozhodovat, činit opatření nebo zasahovat do práv osob může vzniknout jen s přivolením povinného. Vzhledem k tomu, že v dané věci jde o výsledek habilitačního řízení, v němž navrhovatel vystupoval jako uchazeč, resp., kterého se zúčastnil na základě svobodného rozhodnutí, tedy na základě vlastního přivolení (§ 1 vyhl. č. 447/1990 Sb.), a vzhledem k tomu, že završující akt v kladném případě, tj. jmenování, nemá zcela zjevně povahu autoritativního rozhodnutí, čímž

⁴⁹ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 263. ISBN 978-80-7400-518-3.

⁵⁰ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.08.2011, č. j. ÚOHS-R116/2011/VZ-13445/2011/310/JSI. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-9043.html>

*ji nemůže mít ani jeho negativní podoba, má Ústavní soud za to, že nejde v případě rozhodnutí vědecké rady o zásah orgánu veřejné moci.*⁵¹

Paradoxně se v pozici slabší strany může nacházet zadavatel. § 433 odst. 2 NOZ stanovuje, že slabší stranou je vždy osoba, která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním. V souladu s ustanovením předchozí věty nevystupuje dle autora této práce naprostá většina veřejných zadavatelů v České republice ve veřejných zakázkách v oblasti vlastního podnikání (tedy jakožto podnikatel), a tudíž nelze vyloučit možnost dovolání se vyvratitelné právní domněnky o ochraně zadavatele jako slabší strany. Jedná se ovšem o absurdní výklad NOZ, přičemž ani autor této práce není přesvědčen, že by se jednalo o správný výklad právní úpravy, jelikož je to právě zadavatel, který má v ZZVZ dané větší pravomoci a odpovědnost za veřejnou zakázku.

⁵¹ Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 23.06.1995, sp. zn. II. ÚS 86/95, *Ústavní soud České republiky* [online]. Dostupné z: <http://kraken.slv.cz/II.US86/95>

4 Změny smluv ve veřejných zakázkách – úvod

Přestože uzavření smlouvy na základě ZZVZ musí předcházet specifické zadávací postupy, které omezují smluvní volnost zadavatele ve vztahu k výběru smluvní strany, jsou smlouvy uzavřené na základě ZZVZ standardními soukromoprávními smlouvami podléhajícími režimu NOZ.⁵² NOZ je pro veřejné zakázky zásadní i proto, že ZZVZ je speciální úpravou k NOZ a NOZ se uplatní v těch případech, kdy ZZVZ vlastní úpravu neobsahuje.⁵³

Předchozí kapitola 3 při posouzení vztahu zadavatele a účastníka veřejné zakázky dospěla k závěru, že tito nejsou ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti a z tohoto důvodu je možné zadávací řízení posoudit jako soukromoprávní vztah. Pro soukromoprávní smluvní vztahy je typická zásada dispozitivnosti právních norem. ZZVZ výslovně neřeší kogentní či dispozitivní charakter svých ustanovení. Ačkoliv je v § 1 odst. 2 NOZ, že osoby si mohou ujednat práva a povinnosti odchýlně od zákona, nelze o dispozitivním charakteru právní úpravy uvažovat. Příkladem kogentního charakteru ZZVZ je tzv. nepřímý zákaz⁵⁴, který na odchýlení od právní normy váže sankce. Typickým příkladem je § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, který stanovuje: *„Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.“* Kogentní charakter norem lze dovodit i z dalších ustanovení ZZVZ, např. § 3 ZZVZ – druhy zadávacích řízení, § 113 ZZVZ – mimořádně nízká nabídková cena, § 114 a násl. ZZVZ – hodnocení nabídek a jiné. Z tohoto lze dovodit, že není možné se odchýlit od ustanovení ZZVZ týkající se zadávacích řízení. Soukromoprávní metoda právní regulace není zcela prosazena, neboť i zmíněný § 1 odst. 2 NOZ dále stanovuje, že zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo

⁵² JURČÍK, Radek, KRUTÁKOVÁ, Lenka (eds.). *Veřejné zakázky a PPP projekty – potřeba změny právní úpravy a EU a ČR. Sborník příspěvků z 2. ročníku mezinárodní konference konané dne 15. – 16. 5. 2008.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 506 s. ISBN 978-80-7380-121-2.

⁵³ MAYER, Jan. *Veřejné zakázky z pohledu zadavatele – I. část, ze dne 05.05.2014* [online]. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/verejne-zakazky-z-pohledu-zadavatele>

⁵⁴ Tento pojem používá Melzer Filip ve svém článku. MELZER, Filip. *Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku*, [Právní rozhledy 07/2013, 253 s.]. In: Beck – online [právní informační systém]. C. H. Beck. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/>

týkající se postavení osob, přičemž je zájmem společnosti, aby veřejné prostředky byly vynakládány v souladu se zásadami 3E, tedy hospodárně, efektivně a účelně.⁵⁵

ZZVZ na rozdíl od NOZ není založen na principu bezformálnosti právních úkonů. Zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, kde i formální pochybení způsobuje negativní důsledky. Konstatování zadávacího řízení jako formalizovaného jednání je např. v rozhodnutí ÚOHS ze dne 27.10.2015, č. j. S0555/2015/VZ-36455/2015/522/KČe: „... *V této souvislosti Úřad opětovně zdůrazňuje, že zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, přičemž i zdánlivě formální úprava z pohledu zadavatele marginálního charakteru může mít zcela jinou informační váhu pro dodavatele zvažující účast v zadávacím řízení.*“⁵⁶, a obdobně např. také v rozhodnutí ÚOHS ze dne 03.12.2015, č. j. R98/2015/VZ-41985/2015/322/LKo. V rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19.07.2012, sp. zn. 62 Af 14/2011-74, je uvedeno, že: „... *pokud pak zadavatel uchazeče, který kvalifikaci nesplnil v požadovaném rozsahu, nevyločil, jak mu ukládá § 60 odst. 1 ZVZ, pochybil. Soud pouze podotýká, že zadávací řízení je vysoce formalizovanou procedurou, kde i formální pochybení může způsobit negativní (a pro uchazeče až fatální) následky.*“ Potvrzení charakteru zadávacího řízení jako významně formalizovaného kontraktačního jednání potvrdil Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 07.04.2009, sp. zn. 62 Ca 28/2008-74: „... *Účelem každého zadávacího řízení by měl být výběr nejvhodnějšího řešení, uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a její uskutečnění, a sice na základě výběru pro zadavatele nejvýhodnější nabídky (ať už na základě nejnižší ceny či celkově ekonomicky nejvýhodnější nabídky) při dodržení pravidel otevřené soutěže. ZVZ totiž popisuje zvláštní způsob kontraktačního jednání, ke kterému dochází mezi zadavatelem na straně jedné a dodavatelem jednotlivých plnění, která mají být hrazena z veřejných prostředků, na straně druhé. Hlavním účelem takové významně formalizované, jinak však stále soukromoprávní kontraktace, nad níž je uskutečňován dohled v režimu práva veřejného, je efektivnost vynakládání veřejných prostředků a jejich přímá či zprostředkovaná úspora a zajištění účinné konkurence.*“⁵⁷ Požadavek písemné

⁵⁵ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3.

⁵⁶ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.10.2015, č. j. ÚOHS-S0555/2015/VZ-36455/2015/522/KČe. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-13081.html>

⁵⁷ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 07.04.2009, sp. zn. 62 Ca 28/2008-74 [ASPI ID: JUD215048CZ].

formy se prolíná celou právní úpravou ZZVZ, neboť dokumentace zadávacího řízení je projevem zásady transparentnosti.

Dle výše uvedeného docházíme k závěru, že zadávací řízení naplňuje soukromoprávní vztahy, a tudíž by se i plnění smlouvy mohlo řídit principy soukromého práva, neboť smluvní charakter zadávacího řízení je obdobný k postupu vyhlášovatele soutěže o nejvhodnější nabídku dle § 1772 NOZ, ve které je taktéž upravena otázka zahrnutí návrhů do soutěže, výběru nejvhodnější nabídky, vztahu mezi vyhlášovatelem veřejné soutěže a navrhovatelem prostřednictvím smlouvy o smlouvě budoucí, ve které v pojetí zadávacího řízení dle ZZVZ nemá účastník (navrhovatel) možnost měnit obsah dané smlouvy (jedná se tedy o jakousi adhezní smlouvu), a ačkoliv lze v literatuře dohledat i názor, že zadávací řízení podléhá oblasti správního práva, ve které je subsidiární použití NOZ spíše teoretické⁵⁸, převažuje v literatuře a judikatuře názor, že ZZVZ je třeba považovat za právní předpis smíšeného charakteru, u kterého není soukromoprávní metoda zcela prosazena. U smluv dle ZZVZ je připuštěna zásada „*co není zakázáno, je dovoleno*“, a to s ohledem na zásady zadávání veřejných zakázek dle § 6 ZZVZ, neboť ZZVZ úpravu smlouvy neobsahuje – ponechává zcela na uvážení zadavatele stanovení smluvních (obchodních) podmínek (kromě některých dílčích obsahových náležitostí – např. § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ). Smlouvy dle ZZVZ tedy nejčastěji podléhají režimu NOZ. Shledání soukromoprávní povahy v zadávacím řízení lze nalézt i v rozhodnutích ÚOHS a to zejména v souvislosti s doručováním písemností v průběhu zadávacího řízení prostřednictvím datových schránek, viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 05.12.2011, sp. zn. R227/2011: „... úkony zadavatele v zadávacím řízení mají soukromoprávní povahu a zadavatel ve vztahu k dodavateli v zadávacím řízení vystupuje jako subjekt soukromého práva, oba subjekty (jak dodavatel tak zadavatel, ač je jindy orgán moci výkonné) tedy mají při uzavírání smlouvy rovné postavení, což se vztahuje i na doručování písemností podle zákona o veřejných zakázkách ... v případě kontraktace veřejných zakázek jde o soukromoprávní vztahy, neboť zde nelze nalézt žádný prvek vrchnostenského charakteru, dle něhož by mělo být jednání zadavatele v zadávacím řízení posuzováno jako státně-mocenské ... rovnost stran v soukromoprávních vztazích nalezne své uplatnění i v zadávacím řízení v režimu zákona o veřejných

⁵⁸ ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003. lii, 551 s. Právnícké učebnice. ISBN 80-7179-223-3.

*zakázkách.*⁵⁹ Obdobný názor Úřadu lze nalézt i v rozhodnutí ÚOHS ze dne 26.08.2011, č. j. ÚOHS-R116/2011/VZ-13445/2011/310/JSI, které ovšem bylo zrušeno na základě rozsudku NSS ze dne 24.04.2013, č. j. 1 Afs 2/2013-46, ve kterém je k doručování písemností v průběhu zadávacího řízení prostřednictvím datových schránek uvedeno toto: „...*V této souvislosti se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem krajského soudu a stěžovatele, že vztah mezi dodavatelem a zadavatelem je primárně vztahem soukromoprávním. Z toho také vyplývá potřeba, aby byl zadavatel přednostně o návrhu informován, neboť se jedná o dynamické prostředí smluvní kontraktace a administrativní prodleva na straně správního orgánu by mohla způsobit destabilizaci vzájemných vztahů. Uzavření smlouvy s vítězem zadávacího řízení je ze strany zadavatele často dlouho očekávaným výsledkem zadávacího řízení a po vypořádání námitek je zadavatel obvykle v dobré víře, že může s vítězem smlouvu uzavřít. ... Doručení návrhu na zahájení řízení u ÚOHS a stejnopisu návrhu zadavateli tak mají rozdílný účel. ... Nelze tak přijmout výklad, že tento úkon je činěn zcela v rámci kontraktace a tedy v režimu soukromého práva. Jedná se o úkony, které s ohledem na výše uvedené již překračují do úpravy dohledu veřejného práva. ... Nejvyšší správní soud tak došel k závěru, že se při doručování stejnopisu návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele musí aplikovat stejná ustanovení zákona a výkladová pravidla, jako při doručování originálu návrhu ÚOHS. ... V nyní posuzovaném případě žalobce zvolil k doručení stejnopisu návrhu zadavateli (v souladu s § 148 odst. 2 ZVZ) datovou schránku. Na určení okamžiku doručení měl být tedy aplikován § 18 ElZ, který upravuje provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci prostřednictvím datové schránky. V souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu byla tak lhůta zachována, bylo-li podání učiněné prostřednictvím datové schránky nejpozději poslední den této lhůty dodáno ve formě datové zprávy do datové schránky.*“⁶⁰ Obdobně k tomuto rozhodl NSS dalším rozsudkem ze dne 07.08.2013, č. j. 1 Afs 57/2013 – 39. Navíc v současném znění ZZVZ je v § 211 odst. 6 v návaznosti na rozsudky NSS uvedeno, že: „*Při komunikaci uskutečňované prostřednictvím datové schránky je dokument doručen dodáním do datové schránky*

⁵⁹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 05.12.2011, č. j. ÚOHS-R227/2011/VZ-18668/2011/310/JSI. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-9207.html>

⁶⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24.04.2013, č. j. 1 Afs 2/2013 – 46 [online]. Dostupné z: http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2013/0002_1Afs_130_20130715091818_preveden_o.pdf

adresáta.“ a tudíž by se v návaznosti na čl. 40 odst. 6 LZPS dalo, i bez ohledu na zdánlivé uplatnění daného článku, LZPS uplatnit pouze v oblasti trestního práva⁶¹, usuzovat, že pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele (dodavatele) příznivější. Přesto ÚOHS i nadále rozhoduje bez ohledu na výše uvedené.⁶² Bez ohledu na odlišný názor autora této práce k rozhodovací praxi ÚOHS ve vztahu k doručování písemností v průběhu zadávacího řízení prostřednictvím datových schránek, na které chtěl autor této práce poukázat, je i ÚOHS konstantně rozhodováno tak, že zadávací řízení mají soukromoprávní povahu, obdobně rozhodnutí ÚOHS ze dne 21.10.2005, č. j. 3R54/05-Fr: „... *Současně se nelze ztotožnit s názorem navrhovatele, že zadávací proces je vztahem veřejnoprávním. Skutečnost, že zákon o zadávání veřejných zakázek je právním předpisem veřejného práva, nic nemění na tom, že úkony zadavatele v zadávacím řízení mají soukromoprávní povahu. Rozdělení na soukromoprávní a veřejnoprávní vztahy nelze činit tak restriktivně, jak prezentuje ve svém rozkladu navrhovatel. Lze tedy uzavřít, že zadávací proces je soukromoprávní vztah s veřejnoprávními prvky regulačního charakteru...*“⁶³ ZZVZ je tedy předpisem, který netvoří samostatné právní odvětví, ale lze jej považovat za interdisciplinární obor na pomezí práva veřejného a soukromého.⁶⁴

4.1 Změny smluv ve veřejných zakázkách

Smlouvy uzavírané na základě zadávacího řízení jsou často dlouhodobějšího charakteru, přičemž u nadlimitních veřejných zakázek není výjimečná samotná doba realizace v délce 2 a více let. Určitou vypovídající hodnotu složitosti veřejných zakázek má i průměrná délka zadávacích řízení, např.

⁶¹ Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 13.06.2002, sp. zn. III. ÚS 611/01: „*K základním principům vymezujícím kategorii právního státu, kterým je i Česká republika (srov. čl. 1 Ústavy), patří princip ochrany důvěry občanů v právo a s tím související princip zákazu zpětné účinnosti (retroaktivity) právních norem. Přestože zákaz retroaktivity právních norem je v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod výslovně upraven jen pro oblast trestního práva (podle uvedeného ustanovení trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější), je nutno z čl. 1 Ústavy dovodit působení tohoto zákazu i pro další odvětví práva.*“

⁶² Např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 30.01.2018, č. j. ÚOHS-R0202/2017/VZ-02965/2018/323/Ebr.

⁶³ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.10.2005, č. j. ÚOHS-3R54/05-Fr. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-5979.html>

⁶⁴ DVORÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 263. ISBN 978-80-7400-518-3.

nadlimitní otevřené řízení na stavební práce v roce 2012 – 158 kalendářních dnů⁶⁵. Z tohoto důvodu není neobvyklá nutnost změn smluv.

Při změnách smluv dle ZZVZ je třeba vzít v úvahu skutečnost, že byly uzavřeny dle ZZVZ, a proto nesmí být změny v rozporu se ZZVZ. Problematika změny smluv je velmi komplikovaná a to i přes to, že v ZZVZ jsou na rozdíl o ZVZ změny závazků popsány. Obdobně k NOZ, jsou i změny smluv dle ZZVZ výsledkem oboustranného konsenzu smluvních stran, který není dle ZZVZ nárokový a je pouze možností zadavatele, resp. dodavatele.

4.2 Právní úprava změn smluv v ZZVZ

Současná úprava možných změn závazků ze smlouvy na plnění veřejných zakázek je založena na judikatuře ESD, zejména z průlomového rozsudku Presstext Nachrichtenagentur GmbH (věc C-454/06).⁶⁶ Na tomto rozsudku byla Směrnicí založena komplexní úprava změn smluv, konkrétně v bodech 107 až 111 preambule a v čl. 72 Směrnice (resp. v bodech 113 až 117 preambule a v čl. 89 Směrnice 2014/25/EU; a v bodech 75 až 78 preambule a v čl. 43 Směrnice 2014/23/EU).⁶⁷ Vzhledem k významnosti daného rozsudku, který ovlivnil jednak právo veřejných zakázek v EU (Směrnice 2014/24/EU, Směrnice 2014/25/EU), ale i v České republice (zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění ZVZ, tzv. „transparentní novela“, jež vložila § 82 odst. 7 do ZVZ obdobně dle odst. 35 až odst. 37 rozsudku Presstext), uvede autor této práce podrobnější informace k danému rozsudku.⁶⁸

Přechozí právní úprava ZVZ neumožňovala měnit smlouvu na plnění veřejné zakázky podstatným způsobem, připuštěny byly pouze změny nepodstatné. Nepodstatné změny byly vymezeny negativně a explicitně uvedeny v § 82 odst. 7 ZVZ. Podstatnými změnami byly ty změny, které by: a) rozšířily předmět veřejné zakázky, b) za použití v původním zadávacím řízení by umožnily účast jiných

⁶⁵ Ministerstvo pro místní rozvoj. *Veřejné zakázky v roce 2012* [online]. Dostupné z: https://www.mmr.cz/getmedia/6720c43f-fba8-4000-95a7-c713e533b596/Prezentace_vyvoj-VZ_final.ppt?ext=.ppt

⁶⁶ Rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 19.06.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, věc C-454/06. *Soudní dvůr Evropské unie* [online]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0454>

⁶⁷ Právní úprava změn smluv napříč zadávacími směrnicemi je téměř shodná (vyjma výjimek ohledně neexistence limitu pro některé druhy změn u sektorových veřejných zakázek).

⁶⁸ DVORÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

dodavatelů, c) za použití v původním zadávacím řízení by mohly ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo d) měnily ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče. Za účinnosti ZVZ se tedy a contrario dovozovalo, že změna, která nenaplnuje výše uvedené znaky, je nepodstatná a tudíž povolená (nebylo nezbytné provedení nového zadávacího řízení).⁶⁹

Zadávací směrnice z února 2014 kromě výše uvedených nepodstatných změn definuje i další možné změny smlouvy, které v průběhu plnění veřejné zakázky mohou nastat, jako např. změny „de minimis“ (změny nepatrného rozsahu) nebo změny v osobě dodavatele.

Změnami „de minimis“ se rozumí takové změny, které vzhledem ke svému rozsahu nevyžadují realizaci prostřednictvím zadání veřejné zakázky, avšak změna nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky. Při provedení několika samostatných změn po sobě, se hodnota těchto změn stanoví na základě kumulativní hodnoty.⁷⁰

Zadávacími směrnici je nově upravena možnost změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky. Změna v osobě dodavatele může být provedena v důsledku (i) jednoznačného ustanovení o změnách nebo opčních právech, (ii) univerzálního nebo singulárního právního nástupnictví, kdy do postavení původního dodavatele v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku vstupuje jiný hospodářský subjekt, který splňuje původně stanovenou kvalifikaci pro výběr, pokud to nepřináší další podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku a jeho cílem není obejít uplatňování této směrnice, a konečně v důsledku (iii) situace, kdy samotný veřejný zadavatel plní povinnosti hlavního dodavatele vůči poddodavatelům, jestliže je tato možnost stanovena ve vnitrostátních předpisech.⁷¹

Bližší vysvětlení § 222 ZZVZ a veškerých jeho odstavců je součástí následující kapitoly této práce.

Transpozice zadávacích směrnic byla provedena do následujících ustanovení ZZVZ:

- § 100 (vyhrazené změny závazku),

⁶⁹ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>

⁷⁰ Bližší podrobnosti jsou uvedeny v kapitole 5 u § 222 odst. 4 ZZVZ.

⁷¹ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>

- § 222 (změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku);

a dále i doplňující ustanovení ZZVZ:

- § 64 písm. b) (dodatečné dodávky),
- § 66 (zadání nových stavebních prací či služeb).

Změny smluv můžeme principiálně rozdělit na změny závazku:

- v subjektech smlouvy na plnění veřejné zakázky (§ 222 odst. 10 ZZVZ v návaznosti na § 100 odst. 2 ZZVZ nebo
- v předmětu plnění veřejné zakázky.

Základní pravidlo, které vychází ze zmíněného rozsudku Pressetext, v otázce změny smluv je stanoveno v čl. 72 odst. 4 Směrnice a dělí změny na:

- podstatné (nepovolené bez nového zadávacího řízení) nebo
- nepodstatné (povolené).

Z hlediska možnosti uplatnění změn lze rozlišit 2 základní kategorie a to:

- změny závazku umožněné přímo ze Zákona:
 - změny posuzované na základě principů rozsudku Pressetext (§ 222 odst. 3 ZZVZ),
 - změny de minimis (§ 222 odst. 4 ZZVZ),
 - nezbytné dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky (§ 222 odst. 5 ZZVZ),
 - změny z nepředvídaných důvodů u stavebních prací (§ 222 odst. 6 ZZVZ),
 - záměna položek soupisu stavebních prací (§ 222 odst. 7 ZZVZ),
 - dodatečné dodávky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění (§ 64 písm. b) ZZVZ),
- změny závazku vyžadující výhradu v zadávací dokumentaci:
 - vyhrazené změny závazku (§ 100 odst. 1 ZZVZ),
 - opční právo zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění (§ 100 odst. 3 ZZVZ v návaznosti na § 66 ZZVZ).

Právní úprava změn závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku je zařazena do části desáté ZZVZ, tedy do společných ustanovení ZZVZ, a tudíž se vztahuje na všechny postupy dle ZZVZ. Autor této práce bude v následujícím textu této práce, z důvodu výjimečného postavení § 222 ZZVZ v rámci Zákona, popisovat možné změny smluv dle § 222 ZZVZ s atractionáním dalších paragrafů Zákona, které se změnou smluv souvisejí a lze je v každém případě k ustanovením § 222 ZZVZ přiřadit.

V ZZVZ ovšem existují specifické odchylky, pro něž se neuplatní rozsahy změn dle § 222 ZZVZ. Jedná se o § 173 ZZVZ (změny závazku ze smlouvy na sektorovou veřejnou zakázku) a § 209 ZZVZ (změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti), které nejsou touto prací blíže popisovány.

Jak vyplývá z důvodové zprávy k § 222 ZZVZ, je hlavním účelem ustanovení umožňujících změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku zajištění hospodárného přístupu k veřejné zakázce. V případě, že existují oprávněné důvody ke změně závazku, přičemž tyto důvody jsou stanoveny v souladu s dohodou všech členských států Evropské unie vyjádřenou v zadávacích směrnicích, nebylo by zpravidla hospodárné plnění veřejné zakázky ukončovat a zadávat veřejnou zakázku znovu. Současně je však nezbytné zdůraznit a bez dalšího vždy platí, že podmínky pro nepodstatné změny musí být vždy naplněny a že provedení změn smlouvy nelze považovat za nárokové ze strany dodavatele. Na provedení změny tak musí obě smluvní strany naleznout shodu a dohodnout se.

Na tomto místě se jeví autorovi této práce vhodné upozornit i na § 223 odst. 1 a odst. 4 ZZVZ, který vychází z čl. 73 písm. a) Směrnice, které rozšiřuje důvody pro ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nad rámec obecné právní úpravy (zejména NOZ). Zadávací směrnice a i ZZVZ tímto způsobem upravuje i problematiku nastalou po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nikoliv tedy pouze vlastní zadávací proces.⁷² ZZVZ tímto ustanovením veřejnoprávního charakteru doplňuje právní ochranu zadávání veřejných zakázek, obdobně jako část třináctá ZZVZ, neboť se jedná o důvody, které by znamenaly porušení ZZVZ. § 223 odst. 1 ZZVZ stanovuje nezbytnost ukončení smlouvy na veřejnou zakázku z důvodu podstatné změny, přičemž změnu nelze administrovat žádnou z možností dle § 222 ZZVZ a nápravy tak nelze dosáhnout jinak, než vypovězením (§ 1998 a násl. NOZ, s účinky ex nunc) nebo odstoupením (§ 2001 a násl. NOZ, s účinky ex tunc) od smlouvy na veřejnou zakázku. Nezbytnost užití daného ustanovení mohou předcházet situace jako např. vyčerpání procentuálních limitů pro změnu či situace změny v osobě dodavatele, kdy nová dodavatel není schopen v nezbytném

⁷² Ačkoliv v úvodu této práce autor poukázal na Seminář Vlastimila Fidlera – Nový zákon o zadávání veřejných zakázek od 01.10.2016 ze dne 21.06.2016, na kterém bylo přítomným účastníkům sděleno, že v názvu Zákona přibylo oproti ZVZ slovo „zadávání“, přičemž zákonodárce tuto změnu v názvu Zákona zdůvodnil tím, že Zákon slouží pouze k veřejné soutěži, nikoliv k „životnímu cyklu“ veřejné zakázky jako celku, což souvisí i s jeho záměrem, že Zákon jako takový nemá regulovat investiční proces, a proto se v celém Zákoně nevyskytuje pojem hospodárnost, přestože je s veřejnými zakázkami, jakožto zákonného prostředku při nakládání s veřejnými prostředky, přímo spjatý.

rozsahu prokázat splnění kvalifikace ze zadávací dokumentace. V souladu s § 223 odst. 4 ZZVZ je jakékoliv odchýlení od § 223 ZZVZ vyloučeno, kdy ZZVZ pro tato ujednání stanovuje fikci nicotnosti a na případná ustanovení ve smlouvě na veřejnou zakázku, která by odporovala § 223 ZZVZ se tedy jeví, jako by vůbec neexistovala.⁷³ Tato nicotnost je dovozena z § 551 NOZ a to tak, že „se zdánlivými právními jednáními (nebo ujednáními) osnova počítá na různých místech a zpravidla je označuje tak, že se k nim nepřihlíží. V důsledku toho jsou takové projevy vůle mimo právo a nemají právní relevanci. Jde-li např. o zdánlivé dílčí ujednání ve smlouvě, hledí se na smlouvu jako by byla od počátku bez takového ujednání a není možné dovozovat týž právní následek, jaký § 576 spojuje s neplatností části právního jednání, jímž může být in eventum i neplatnost celého projevu vůle. Jiný rozdíl mezi zdánlivými a neplatnými právními jednáními se pojí s právem na náhradu škody (srov. § 579 odst. 2).“⁷⁴

Současně se autor této práce domnívá, že je, pro úplnost výčtu ustanovení ZZVZ souvisejících se změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, vhodné poukázat i na § 273 odst. 6 ZZVZ, který na základě přechodného ustanovení zajišťuje aplikaci právní úpravy § 222 ZZVZ i na smlouvy uzavřené v zadávacích řízeních dle ZVZ či zákona č. 139/2006 Sb. Jak je blíže popisováno v této práci, právní úprava změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je podle ZZVZ výrazně rozsáhlejší a benevolentnější než právní úprava podle ZVZ. Přechodné ustanovení platí pro smlouvy uzavřené za účinnosti ZVZ nebo zákona č. 139/2006 Sb., a dle § 273 odst. 1 nebo odst. 2 ZZVZ i pro smlouvy, které na základě ZVZ či zákona č. 139/2006 Sb. teprve uzavřeny budou. Změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle přechodného ustanovení je však možné učinit pouze po dobu trvání smluv, nikoliv po jejich splnění. V případě, že zadavatel dle § 23 odst. 5 písm. b) nebo § 23 odst. 7 ZVZ již zadal dodatečné dodávky, služby nebo stavební práce, je nezbytné do součtu cenového nárůstu změn závazku ze smlouvy (dle § 222 odst. 5 písm. c) ZZVZ anebo § 222 odst. 6 písm. c) ZZVZ) započítat i tyto změny závazků provedené před nabytím účinnosti ZZVZ.⁷⁵

⁷³ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

⁷⁴ LAVICKÝ, Petr. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vydání, Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.

⁷⁵ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

5 § 222 Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku

(1) Není-li dále 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.

(2) Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1.

(3) Podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by

a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,

b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo

c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.

(4) Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je

a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a

b) nižší než

1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo

2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.

Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.

(5) Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele

a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení,

b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a

c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.

(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

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

(7) Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy dle odstavce 3 na veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, se nepovažuje záměna jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami, za předpokladu že

a) nové položky soupisu stavebních prací představují srovnatelný druh materiálu nebo prací ve vztahu k nahrazovaným položkám,

b) cena materiálu nebo prací podle nových položek soupisu stavebních prací je ve vztahu k nahrazovaným položkám stejná nebo nižší,

c) materiál nebo práce podle nových položek soupisu stavebních prací jsou ve vztahu k nahrazovaným položkám kvalitativně stejné nebo vyšší a

d) zadavatel vyhotoví o každé jednotlivé záměně přehled obsahující nové položky soupisu stavebních prací s vymezením položek v původním soupisu stavebních prací, které jsou takto nahrazovány, spolu s podrobným a srozumitelným odůvodněním srovnatelnosti materiálu nebo prací podle písmene a) a stejné nebo vyšší kvality podle písmene c).

(8) V případě postupu podle odstavce 5 nebo 6 je zadavatel povinen do 30 dnů od změny závazku odeslat oznámení o změně závazku k uveřejnění způsobem podle § 212.

(9) Pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu se původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku.

(10) Podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je také nahrazení dodavatele jiným dodavatelem. Nahrazení dodavatele jiným dodavatelem je však možné

- a) v případě uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 2, nebo
- b) pokud změna v osobě dodavatele je důsledkem právního nástupnictví v souvislosti s přeměnou dodavatele, jeho smrtí nebo převodem jeho závodu, popřípadě části závodu, a nový dodavatel splňuje kritéria kvalifikace stanovená v zadávací dokumentaci původního zadávacího řízení.

5.1 Komentář k odst. 1 § 222 ZZVZ – Zásada zákazu umožnění podstatné změny závazku na veřejnou zakázku bez nového zadávacího řízení

Předmětný odstavec představuje obecnou úpravu oproti následujícím odstavcům § 222 ZZVZ, ve kterém je zadavateli výslovně zakázáno umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy⁷⁶ bez provedení nového zadávacího řízení (zejména odst. 3 blíže upřesňuje pravidla pro posuzování otázky, jaké změny závazku ze smlouvy je nutné považovat za podstatné a naopak). V případě, že by provedení podstatné změny nebylo vázáno na vypsání nového zadávacího řízení (tedy podstatná změna závazku z uzavřené smlouvy by se dala administrovat např. formou dodatku), docházelo by k přímému rozporu se zásadami hospodářské soutěže, k obcházení smyslu Zákona a nedodržení zásad zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 ZZVZ, zejména zákazu diskriminace.⁷⁷

V bodu 107 preambule Směrnice je uvedeno, že „je nezbytné vyjasnit podmínky, za nichž změny smluv na veřejné zakázky během jejího plnění vyžadují nové zadávací řízení, přičemž je třeba zohlednit příslušnou judikaturu Soudního dvora Evropské unie. Nové zadávací řízení je vyžadováno v případě podstatných změn původní veřejné zakázky, zejména budou-li se týkat rozsahu a obsahu vzájemných práv a povinností smluvních stran, včetně rozdělení práv duševního vlastnictví. Tyto změny ukazují na záměr smluvních stran znovu jednat o zásadních podmínkách veřejné zakázky. To se týká zejména případu, kdy by změněné podmínky mohly mít dopad na výsledek řízení, pokud by byly součástí původního řízení.“

Nahodilá skutečnost, kterou nebylo možné předvídat, a která má závažný dopad změn vnějších okolností do plnění závazku, je upravena v § 1765 odst. 1

⁷⁶ Srov. § 131 odst. 5 ZZVZ.

⁷⁷ PODEŠVA, Vilém.; SOMMER, Lukáš; VOTRUBEC, Jiří; FLAŠKÁR, Martin; HARNACH, Jiří; MĚKOTA, Jan; JANOUŠEK, Martin. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 1108 s. ISBN: 978-80-7552-102-6.

NOZ, ve kterém je uvedeno, že „dojde-li ke změně okolností tak podstatné, že změna založí v právech a povinnostech stran zvláště hrubý nepoměr znevýhodněním jedné z nich buď neúměrným zvýšením nákladů plnění, anebo neúměrným snížením hodnoty předmětu plnění, má dotčená strana právo domáhat se vůči druhé straně obnovení jednání o smlouvě, prokáže-li, že změnu nemohla rozumně předpokládat ani ovlivnit a že skutečnost nastala až po uzavření smlouvy, anebo se dotčené straně stala až po uzavření smlouvy známou. Uplatnění tohoto práva neopravňuje dotčenou stranu, aby odložila plnění.“ Ačkoliv ze zákonné úpravy nevyplývá automatická změna závazku ze smlouvy s ohledem na vnější vlivy, tak dané neznamená popření závaznosti slibu vztahujícímu se k určité budoucí ceně, množství či parametrům plnění a v žádném případě nezbavuje smluvní strany odpovědnosti za co nejdůkladnější vyhodnocení a zvážení rizik, která uzavřením smlouvy podstupují. Předmětná úprava NOZ směřuje jen na zcela výjimečné situace, kdy změna okolností naprosto nepředpokládané dopady na postavení stran ve smluvním vztahu, které neodpovídají rozumnému zvážení rizik, a následky tudíž nelze dotčené straně spravedlivě přičítat. Jedná se tedy o předpoklad uzavírání smluv s výhradou změny okolností, přičemž se vychází z pojetí, že tato je mlčky ujednána v každé smlouvě, a tedy že smluvní strany riziko (extrémní) a nepředvídatelné změny okolností nepodstupují.⁷⁸

Zajímavou možností, která se zadavateli do návrhu smlouvy nabízí, je možnost využití práva převzetí nebezpečí změny okolností na dodavatele ve smyslu § 1765 odst. 2 NOZ. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné ustanovení je dispozitivního charakteru, mohou jej smluvní strany libovolně měnit a změny okolností vzít na sebe a náklady z toho vzniklé následně nést. Může jít o převzetí veškerých rizik (např. při všeobecném vyloučení § 1765 a 1766, případně při prohlášení, že nebezpečí změny okolností nese určitá strana), anebo jen rizik některých (např. veškerá rizika měnová, rizika technická, právní, zdravotní – související typicky v roce 2020 s pandemií onemocnění COVID-19 apod.). NOZ přitom nestanovuje, zda-li musí být rizika zcela konkrétně specifikována (což lze pro odstranění potenciálních pochybností z hlediska určitosti ujednání a dosahu doporučit), alespoň demonstrativním výčtem nebo zcela implicitně.⁷⁹ V případě, že nebezpečí změny okolností na sebe převezme dodavatel, nemůže (dle autora této

⁷⁸ HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1344 s. ISBN: 978-80-7400-535-0.

⁷⁹ Tamtéž.

práce) nikdy nastat situace, že by změna smluvních podmínek měnila ekonomickou rovnováhu ve prospěch vybraného dodavatele, neboť by se naopak jednalo o situace, ve kterých by byl dodavatel v pozici toho, který by „měl za chybu platit“ (u zbylých podstatných změn závazku ze smlouvy, tedy, že by změna (i) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení anebo (ii) by vedla k významného rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky, lze předpokládat takové změny, které by nepřevzetím nebezpečí změny okolností dodavatelem mohly vést až k podstatné změně smluvních podmínek a bylo by tedy na zadavateli, aby tento vliv na změnu smluvních podmínek „hlídal“). A právě v dodavatelově možném „placení za chybu“ zadavatele shledává autor této práce obcházení smyslu ZZVZ, neboť ZZVZ v § 36 odst. 3 stanovuje, že „... zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.“, přičemž převzetím nebezpečí změny okolností dodavatelem by docházelo k situacím, že by byl dodavatel odpovědný za laxní přístup zadavatele, což není přípustné, neboť za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel a to i v případě, kdy zadavatel pověří zpracováním zadávacích podmínek externí společnost. Obdobné závěry lze dovodit z rozhodnutí ÚOHS ze dne 18.04.2011, č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-2178/2011/510/MGr⁸⁰ „... nepřesnosti v zadávací dokumentaci nemohou jít k tíži uchazeče, neboť stanovit zadávací podmínky natolik přesně a jednoznačně, aby neumožňovaly různý výklad, je povinností zadavatele“⁸¹ anebo z rozhodnutí ÚOHS ze dne 02.11.2011, č. j. ÚOHS-S356/2011/VZ-15278/2011/510/KČe, ve kterém je uvedeno, že „... v šetřeném případě nebyla zadávací dokumentace vymezena zadavatelem správně a úplně ve smyslu ustanovení § 44 odst. 1 zákona. Jako důvody pro tento závěr Úřad uvádí následující argumenty. ... Existuje tak zřejmý nesoulad ve vymezení této části předmětu plnění veřejné zakázky v projektové dokumentaci a ve výkazu výměr, který úpravu „mlatový povrch“ vůbec nezohledňuje. ... Projektová dokumentace tak v šetřeném případě jednoznačně neřeší provedení této části stavby, neboť pokud výkaz výměr kvantifikuje a do podrobností technického popisu specifikuje jednotlivé položky stavebních prací a dodávek, projektová dokumentace mimo to řeší i jejich „umístění“ v rámci prostoru stavby (pouze

⁸⁰ Obdobné ustanovení obsahoval i zrušený ZVZ, kdy v § 44 odst. 1 bylo uvedeno „Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.“

⁸¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.04.2011, č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-2178/2011/510/MGr. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-8862.html>

na základě výkazu výměr nelze stavbu realizovat). Určení trasy trubního vedení v terénu tak má nepochybně vliv na způsob provedení realizačních prací a tím i na ocenění předmětné části stavby. Úřad proto v tomto případě a z tohoto důvodu také nepřijal argumentaci zadavatele, uvedenou v jeho vyjádření k návrhu, o „nadřazenosti výkazu výměr.“⁸²

A dále má autor této práce za to, že dovozovat možnost užití převzetí nebezpečí změny okolností jako nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy dle ZZVZ je, s výjimkou vyhrazených změn dle odst. 2 nebo 10, nemožné. Tento závěr činí autor této práce v návaznosti na ustanovení § 222 odst. 1 ZZVZ, ve kterém je u změn závazku ze smlouvy v úvodu zmíněno „*není-li dále stanoveno jinak...*“, přičemž platí právní princip *lex specialis derogat legi generali*, který je uveden i v § 9 odst. 2 NOZ, tedy, že „*soukromá práva a povinnosti osobní a majetkové povahy se řídí občanským zákoníkem v tom rozsahu, v jakém je neupravují jiné právní předpisy.*“, z kterého lze učinit závěr, že ustanovení ohledně převzetí nebezpečí změny okolností (minimálně za zadávací podmínky) není ve smyslu možných změn závazku ze smlouvy připuštěno.

NOZ upravuje i následnou nemožnost plnění v § 2006, ve kterém je uvedeno, že „*stane-li se dluh po vzniku závazku nesplnitelným, zaniká závazek pro nemožnost plnění. Plnění není nemožné, lze-li dluh splnit za ztížených podmínek, s většími náklady, s pomocí jiné osoby nebo až po určené době.*“ Jde o ustanovení zákona, ve kterém je upravena závažná změna okolností v průběhu trvání závazku, kdy v případě následné nemožnosti se jedná o naprostou nesplnitelnost dluhu a nastává *ex lege* automatický zánik závazku.⁸³ ZZVZ v § 222 odst. 1 ZZVZ stanovuje nemožnost provedení podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku bez provedení nového zadávacího řízení. Povinnost ukončit závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku v případě, že v plnění nelze pokračovat, aniž by byla porušena pravidla v § 222 ZZVZ stanovuje zadavateli § 223 odst. 1 ZZVZ. V případě, že by podstatná změna okolností nastala po zahájení zadávacího řízení v jeho průběhu, avšak před ukončením zadávacího řízení, má zadavatel, který jednal s řádnou péčí a podstatnou změnu nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, možnost dané zadávací řízení zrušit ve smyslu § 127 odst. 2 písm. c) ZZVZ.

⁸² Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 02.11.2011, č. j. ÚOHS-S356/2011/VZ-15278/2011/510/KČe. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-9188.html>

⁸³ HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–20154). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1344 s. ISBN: 978-80-7400-535-0.

Vzhledem ke skutečnosti, že změny závazků ze smluv, tak jak jsou upraveny ve Směrnici a ZZVZ⁸⁴, jsou založeny na judikatuře ESD (a tudíž i ZZVZ), a to zejména na rozsudku C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur* ze dne 19.06.2008, který vymezuje tzv. generální klauzuli a skutkové podstaty, které jsou považovány za podstatné a nepodstatné změny, uvádí autor této práce níže bližší rozbor tohoto rozsudku ESD.

5.1.1 Rozsudek *Pressetext*⁸⁵

Předběžné otázky se týkaly změn uzavřené smlouvy v tom smyslu, zda je změny nutné považovat za nové zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50/EHS⁸⁶. Rozsudek *Pressetext* je literaturou nejčastěji zmiňovaným rozsudkem ESD ve věci změny smluv uzavřených v režimu zadávacích řízení na veřejné zakázky, přičemž přínosem rozsudku je obecné a komplexní rozlišení podstatných a nepodstatných změn smluv na plnění veřejných zakázek.

ESD byly položeny předběžné otázky *Bundesvergabeamt*⁸⁷ v řízení mezi *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* (dále jen „PN“) proti Rakouské republice (Bund), *APA-OTS Originaltext Service-GmbH* (dále jen „APA-OTS“) a *APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* (dále jen „APA“), ve věci změny smlouvy k veřejné zakázce na služby tiskové agentury.

APA je v Rakouské republice registrované družstvo, jehož členy jsou téměř všechny rakouské deníky (kromě PN), jakož i ORF, rakouský rozhlas a televize a jako taková má APA největší podíl na rakouském trhu tiskových agentur. Během roku 1994 uzavřela Rakouská republika (Bund) smlouvu s APA, která umožňovala rakouským spolkovým orgánům získávat a využívat aktuální informace (funkce nazvaná „základní služba“), požadovat informace a tiskové zprávy historické

⁸⁴ Zákon č. 55/2012 Sb., tedy tzv. „transparentní novela“ ZVZ, vložil s účinností od 01.04.2012 do § 82 odst. 7 ZVZ ustanovení týkající se zákazu umožnění podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, de facto dnešní obdobu § 222 odst. 3 ZZVZ.

⁸⁵ Rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 19.06.2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* proti Republik Österreich (Bund), *APA-OTS Originaltext-Service GmbH* a *APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, věc C-454/06. *Soudní dvůr Evropské unie* [online]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0454>

⁸⁶ Konkrétně čl. 3 odst. 1 a čl. 8 a čl. 9 směrnice 92/50/EHS ze dne 18.06.1992, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby. In: EUR-lex [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 02.05.2018]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992L0050&from=CS>

⁸⁷ Rakouský Spolkový úřad pro veřejné zakázky, který je pověřen prováděním přezkumu zadávacích řízení.

povahy z databáze APA (nazvané „APADok“) a rovněž využívat originální textové služby APA (nazvané „OTS“), jednak pro vlastní informace objednateli (Bund), tak i k šíření vlastních tiskových zpráv (Bund). Tato smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, včetně ustanovení, ve kterém se smluvní strany vzdaly práva výpovědi této smlouvy do 31.12.1999.

V průběhu měsíce září 2000 převedla APA na APA-OTS činnosti týkající se služby OTS. APA ujistila rakouské orgány, že APA je společně odpovědná s APA-OTS na poskytování služby dle smlouvy, a že se na celkovém objemu služeb nic nemění. Rakouské orgány k tomuto udělily souhlas k tomu, aby služby OTS byly poskytovány APA-OTS a od tohoto okamžiku odváděly odměnu za tuto službu přímo APA-OTS.

Smluvní strany s účinností k 01.01.2002 uzavřely první dodatek smlouvy, který měnil základní ustanovení smlouvy a to v souvislosti se změnou přechodu Rakouské republiky na EUR. Při přepočtu odměny a valorizační doložky dle smlouvy z ATS na EUR bylo přikročeno k určitému zaokrouhlení, které znamenalo snížení celkové odměny ve prospěch Rakouské republiky.⁸⁸

Druhý dodatek smlouvy uzavřely smluvní strany s účinností k 01.01.2006. Dodatkem č. 2 došlo k obnovení vzdání se práva výpovědi smlouvy až do 31.12.2008 a zvýšení cenového rabatu za poskytování informací z APA online z 15 % na 25 %.

V roce 2004 se PN neúspěšně pokoušela nabídnout Rakouské republice své služby tiskové agentury. V roce 2006 podala PN dvě žádosti na Bundesvergabeamt, aby zejména určil, že rozdělení původní zakázky následkem transformace APA během roku 2000, a i dodatky z let 2001 a 2005, jsou „de facto zadáváním“, a jako takové jsou protiprávní a nepřipustné. Bundesvergabeamt předložil ESD celkem sedm předběžných otázek, z nichž ESD odpověděl na první tři otázky, přičemž na zbylé otázky nebylo, podle ESD, vzhledem k odpovědím nutné odpovídat⁸⁹. Znění prvních tří dotazů⁹⁰:

- 1) *„Musí být pojem ‚zadávání‘ použitý v čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 [...] v člancích 8 a 9 stejné směrnice vykládán v tom smyslu, že zahrnuje také skutkové stavy, ve kterých zadavatel zamýšlí odebrat v budoucnu služby od poskytovatele služeb, který má formu*

⁸⁸ Odst. 17 až 20 rozsudku.

⁸⁹ Odst. 89 rozsudku.

⁹⁰ Odst. 27 rozsudku.

kapitálové společnosti, pokud byly tyto služby dříve poskytovány jiným poskytovatelem služeb, který je jednak jediným společníkem nastupujícího poskytovatele služeb, a současně vykonává nad nastupujícím poskytovatelem kontrolu v tom směru, že mu udělí pokyny? Je v takovém případě právně relevantní, že přitom zadavateli není zaručeno, že podíly na společnosti nastupujícího poskytovatele služeb nebudou během celé doby platnosti původní smlouvy zcela nebo zčásti převedeny na třetí osoby? Jaké právní důsledky se váží k neexistenci záruky pro zadavatele, že se složení členů původního poskytovatele služeb organizovaného jako družstvo během celé doby platnosti smlouvy nezmění?“

- 2) *„Jedná se o zadávání ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 [...] a článků 8 a 9 téže směrnice v případě, že zadavatel s poskytovateli služeb během doby platnosti zakázky, uzavřené s nimi za účelem společného poskytování služeb na dobu neurčitou, sjedná změny odměn za určitá smluvní plnění a nově formuluje valorizační doložku, jestliže tyto změny vedou ke změně cen a byly provedeny v souvislosti se zavedením eura?“*
- 3) *„Jedná se o zadávání ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 [...] a článků 8 a 9 stejné směrnice v případě, že zadavatel s poskytovateli služeb během doby platnosti zakázky, uzavřené s nimi za účelem společného poskytování služeb na dobu neurčitou, sjedná nově prostřednictvím dodatku ustanovení o vzdání se práva výpovědi na dobu tří let, která již v okamžiku dodatku neplatila, přičemž v rámci této změny smlouvy jsou pro určité ceny stanovené podle množství v konkrétní oblasti plnění dodatečně stanoveny výraznější cenové rabaty než doposud?“*

Podstatou prvních tří otázek žádosti bylo tedy vyjasnění, „za jakých podmínek mohou být změny stávající smlouvy mezi zadavatelem a poskytovatelem služeb považovány za změny, které představují nové zadání veřejné zakázky na služby ve smyslu směrnice 92/50.“⁹¹

Směrnice 92/50/EHS neobsahovala úpravu položených dotazů, avšak odpověď lze dovodit ze základních zásad EU a účelu v oblasti veřejných zakázek. V oblasti veřejných zakázek je hlavním cílem právních předpisů EU zajištění

⁹¹ Odstavec 29 rozsudku.

volného pohybu služeb a nerušená hospodářská soutěž (viz rozsudek ze dne 11.01.2005, Stadt Halle a RPL Lochau, věc C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, bod 44), přičemž dvojí cíl je zmíněn ve druhém, šestém a dvacátém bodě odůvodnění směrnice 92/50. Evropské společenství uplatňuje mimo jiné zásadu zákazu diskriminace dle státní příslušnosti, zásadu rovného zacházení s uchazeči a transparentnost, která z toho vyplývá (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18.11.1999, Unitron Scandinavia a 3-S, věc C-275/98, Recueil, s. I-8291, bod 31; ze dne 07.12.2000, Telaustria a Telefonadress, věc C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 a 61, jakož i ze dne 29.04.2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta, věc C-496/99 P, Recueil, s. I-3801, body 108 a 109). ESD proto obecně konstatoval, že *„za účelem zajištění transparentnosti postupů a rovného zacházení s uchazeči představují změny ustanovení veřejné zakázky během jejího trvání nové zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50, pokud mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie, C-337/98, Recueil, s. I-8377, body 44 a 46).“*⁹² Rozsudek dále uvádí tři možné změny veřejné zakázky (smluv), které jsou považovány za podstatné, tzv. generální klauzule, a to:

- takové změny, která zavádí podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata⁹³;
- takovou změnu, pokud veřejnou zakázku značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány⁹⁴;
- takovou změnu, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.⁹⁵

Předmětem první předběžné otázky bylo posouzení změny v osobě dodavatele. ESD k tomuto uvedl, že:

- *„obecně musí být nahrazení smluvní strany, které zadavatel původně zadal veřejnou zakázku, novou smluvní stranou považováno za změnu základních*

⁹² Odst. 33 rozsudku.

⁹³ Odst. 35 rozsudku.

⁹⁴ Odst. 36 rozsudku.

⁹⁵ Odst. 37 rozsudku.

*podmínek dotčené veřejné zakázky, pokud toto nahrazení nebylo stanoveno v podmínkách původní zakázky, například jde-li o subdodavatele*⁹⁶;

- APA-OTS je dceřinou společností 100 % vlastněnou APA, že APA má právo udílet APA-OTS pokyny a že mezi těmito dvěma subjekty existuje smlouva o převedení zisků a ztrát na APA⁹⁷;
- takové uspořádání představuje vnitřní reorganizaci smluvní strany, a tudíž tato změna nemění výrazně podmínky původní zakázky⁹⁸;
- pojem „zadávání“ čl. 3 odst. 1 a v čl. 8 a 9 směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje takovou situaci, v níž jsou služby poskytované zadavateli původním poskytovatelem převedeny na jiného poskytovatele založeného ve formě kapitálové společnosti, jejímž jediným společníkem je původní poskytovatel, který vykonává kontrolu nad novým poskytovatelem a udílí mu pokyny, takže původní poskytovatel má i nadále odpovědnost za dodržování smluvních závazků.⁹⁹

Předmětem druhé předběžné otázky bylo posouzení změny smluvních cen veřejné zakázky. ESD k tomuto uvedl, že:

- změna měny smlouvy není podstatnou změnou smlouvy veřejné zakázky, ale pouze její přizpůsobení se vnějším okolnostem, pokud jsou částky v EUR zaokrouhleny v souladu zejména s platnými ustanoveními nařízení Rady (ES) č. 1103/97¹⁰⁰;
- pokud zaokrouhlení konvertované ceny v EUR přesáhne částku povolenou relevantními ustanoveními, jedná se o změnu reálné hodnoty cen stanovených původní zakázkou a tedy podstatnou změnu smlouvy¹⁰¹ s výjimkou, pokud by takové přizpůsobení bylo minimální a existovalo pro něj objektivní vysvětlení s cílem zjednodušit provádění zakázky, např. zjednodušením operací fakturace, navíc úpravy cen v posuzovaném případě nebyly provedeny ve prospěch dodavatele¹⁰²;

⁹⁶ Odst. 40 rozsudku.

⁹⁷ Odst. 44 rozsudku.

⁹⁸ Odst. 45 rozsudku.

⁹⁹ Odst. 54 rozsudku.

¹⁰⁰ Odst. 57 rozsudku.

¹⁰¹ Odst. 58 rozsudku.

¹⁰² Odst. 61 a 62 rozsudku.

- ohledně přeformulování valorizační doložky zachovaly smluvní strany předpokládané znění smlouvy, a tudíž se nejednalo o podstatnou změnu smlouvy.¹⁰³

Předmětem třetí předběžné otázky byla přípustnost změn smlouvy provedených druhým dodatkem smlouvy s účinností od 01.01.2006. ESD k tomuto uvedl, že:

- právo EU nezakazuje zadání veřejné zakázky (uzavření smlouvy) na dobu neurčitou¹⁰⁴;
- ESD nemá za prokázané, že ustanovení o zákazu výpovědi, pokud není systematicky znovu vkládáno do smlouvy, představuje riziko narušení hospodářské soutěže k újmě nových potenciálních uchazečů, neboť ESD má za to, že období let 2005 až 2008 (od uzavření dodatku č. 2 do sjednaného termínu vzdání se práva výpovědi smlouvy) je u dané veřejné zakázky přiměřené k nezbytnosti zorganizování nového zadávacího řízení, v důsledku čehož nemůže být taková změna smlouvy kvalifikována jako podstatná¹⁰⁵;
- ohledně druhé posuzované změny - zvýšení rabatu, dochází ke snížení odměny poskytovatele ve srovnání s původně stanovenou odměnou, jedná se tedy o změnu ve prospěch zadavatele, která nemění hospodářskou soutěž k újmě potenciálních uchazečů, a proto se nejedná o podstatnou změnu smlouvy.¹⁰⁶

5.2 Komentář k odst. 2 § 222 ZZVZ – Podstatná změna v režimu vyhrazených změn závazku

Odst. 2 uvádí, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy se nepovažuje změna, která je prostřednictvím vyhrazených změn závazku sjednána ve smlouvě na veřejnou zakázku dle § 100 odst. 1 ZZVZ. Takové změny tedy musejí být jednoznačně vyhrazeny již v zadávací dokumentaci, přičemž změny nemění celkovou povahu veřejné zakázky, ale jedná se o plnění dle smlouvy, přičemž ujednání smluvních stran o změně není změnou smlouvy jako takové, ale má evidenční význam¹⁰⁷. Ačkoliv byly vyhrazené změny smlouvy na plnění veřejné

¹⁰³ Odst. 64 až 70 rozsudku.

¹⁰⁴ Odst. 73 a 74 rozsudku.

¹⁰⁵ Odst. 77 až 79 rozsudku.

¹⁰⁶ Odst. 81 až 87 rozsudku.

¹⁰⁷ Měření skutečně provedených prací, blíže viz komentář k FIDIC v odst. 2.

zakázky připuštěny i za účinnosti ZVZ a to výkladem judikatury ESD (např. rozsudek ESD C-19/00 ve věci SIAC Construction), výslovné zakotvení v ZZVZ je novinkou. S ohledem na výklad podmínek § 222 odst. 2 ZZVZ cituje autor této práce i relevantní § 100 odst. 1 ZZVZ – Vyhrazené změny závazku: *(1) Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.*

I když je předmětné ustanovení § 100 ZZVZ zařazeno v části čtvrté ZZVZ, tedy v ustanoveních upravující nadlimitní režim, je možné jej analogicky použít i pro podlimitní režim a to na základě § 52 písm. b) ZZVZ „Pro zadání veřejné zakázky v podlimitním režimu může zadavatel použít ... druhy zadávacích řízení pro nadlimitní režim; v takovém případě zadavatel postupuje podle části čtvrté obdobně s tím, že ... ustanovení části čtvrté se nepoužijí pro lhůty stanovené v § 54.“

Pakliže si tedy zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradí podmínky budoucí změny závazků ze smlouvy, nerozlišuje § 100 odst. 1 ZZVZ mezi změnami podstatnými a nepodstatnými ve smyslu § 222 ZZVZ, neboť taková změna není změnou závazku, ale směřuje ke změně předmětu a obsahu závazkového vztahu (plnění dle smlouvy). Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28.04.2011, sp. zn. 23 Cdo 746/2010 zmiňuje „... naplnění předvídaného ujednání se stanovenými právními důsledky“.¹⁰⁸ Výhrada změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ lze uplatnit po dobu trvání smlouvy (na rozdíl od § 100 odst. 3 ZZVZ¹⁰⁹, kterou lze využít i po ukončení plnění dle smlouvy), přičemž je nezbytné zdůraznit, že výše uvedené podmínky musí být splněny kumulativně, tedy všechny navzájem.

Dle § 100 odst. 1 ZZVZ si může zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradit podmínky budoucí změny závazků ze smlouvy, pokud se takto vyhrazené podmínky (i) se týkají rozsahu plnění, ceny, obchodních či technických podmínek, (ii) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a (iii) její obsah je jednoznačně vymezen. Směrnice k vyhrazeným změnám závazku v bodu 111 preambule uvádí, že: „Veřejní zadavatelé by měli mít možnost provést změny ve smlouvách na veřejnou zakázku na základě ustanovení o změnách nebo opčních právech,

¹⁰⁸ Dostupné z:

http://www.nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/F151CCB1B96534E4C1257A4E00654300?openDocument&Highlight=0,

¹⁰⁹ Obdoba § 99 ZVZ, v ZVZ označovaného jako opční právo.

nicméně tato ustanovení by jim neměla poskytovat neomezenou volnost. Tato směrnice by proto měla stanovit, v jakém rozsahu bude možné provádět změny původní smlouvy na veřejnou zakázku. Mělo by se upřesnit, že dostatečně přesně formulovaná ustanovení o změnách či opčních právech mohou například stanovit indexaci cen nebo zajistit, aby například telekomunikační zařízení, které má být dodáno v průběhu určitého období, bylo nadále vyhovující, a to i v případě změny komunikačních protokolů nebo jiných technologických změn. V rámci těchto dostatečně přesně formulovaných ustanovení by mělo být také možné stanovit takové úpravy smlouvy na veřejnou zakázku, které jsou nutné z důvodu technických obtíží, jež se vyskytly při provozu či údržbě. Mělo by se rovněž připomenout, že ve smlouvě na veřejnou zakázku by například mohla být zahrnuta běžná údržba a rovněž mimořádné údržbářské zásahy, které by mohly být nutné za účelem zajištění nepřetržitosti veřejné služby.“ Přičemž dále čl. 72 odst. 1 písm. a) Směrnice uvádí, že: „Smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody mohou být změněny bez nového zadávacího řízení v souladu s touto směrnicí v těchto případech, pokud změny, bez ohledu na jejich peněžní hodnotu, byly upraveny v původní zadávací dokumentaci v jasných, přesných a jednoznačných ustanoveních o změnách, jež mohou zahrnovat ustanovení o úpravě cen či opčních právech. Tato ustanovení musí upravovat rozsah a povahu možných změn a opčních práv, jakož i podmínky, za nichž mohou být uplatněny. Nemohou však stanovit změny ani opční práva, které by měnily celkovou povahu veřejné zakázky nebo rámcové dohody.“ Na základě výše uvedených znění Směrnice je tedy jednoznačné, že nepodstatnou změnou smlouvy dle § 222 odst. 2 ZZVZ nemůže dojít ke změně charakteru plnění jako takové. Takovým příkladem by mohla být (ad absurdum) záměna plnění spočívajícího v dodávkách papírů za dodávky automobilů.

Vyhrazené změny závazku musejí být jednoznačně uvedeny již v zadávací dokumentaci,¹¹⁰ čímž zadavatel již dopředu vymezuje, že může dojít ke změně poptávaného plnění a současně změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Využití výhrady však není povinné a je plně v dispozici zadavatele (resp. objednatel). Výhradou změny závazků zadavatel pouze upozorňuje dodavatele na možnost změny obsahu plnění. Za jednoznačné uvedení vyhrazené změny závazku v zadávací dokumentaci lze považovat takové výhrady, u nichž je vymezen

¹¹⁰ Autor této práce z důvodu opatrnosti doporučuje uvést výhradu i ve smlouvě k dané veřejné zakázce, neboť na základě uzavřené smlouvy dochází následně k plnění předmětu veřejné zakázky. Obdobně k předchozí větě, by zadávací dokumentace mohla být nedílnou součástí uzavřené smlouvy jako její příloha.

obsah výhrady a které lze objektivně a bez všech pochybností vykládat, resp. následně provést. Změna se může týkat rozsahu plnění (dodávky, služby nebo stavební práce), ceny, obchodních či technickým podmínek.¹¹¹ Zvážení výhrady změny závazku je nanejvýš vhodné u zakázek, které mají dlouhodobý charakter – zadavatel by měl vzít v potaz možné změny legislativy anebo vliv nepředvídatelných fyzických podmínek (např. klimatických podmínek) na stavební práce.^{112,113} Autor této práce uvádí jako příklad několik návrhů možných vyhrazených změn závazku¹¹⁴:

(i) Inflační doložka, nájemní smlouva: Pronajímatel je oprávněn nájemné dle této smlouvy každoročně navyšovat o 100 % míry inflace, vyjádřené přírůstkem průměrného ročního indexu spotřebitelských cen. Míra inflace je vyhlášována každoročně Českým statistickým úřadem za kalendářní rok předcházející kalendářnímu roku, v němž je vyhlášována. Zvýšení nájemného je účinné vždy k 01.06. kalendářního roku, v němž je míra inflace vyhlášována. Základem pro zvyšování nájemného je nájemné již zvýšené dle této inflační doložky v předchozích letech trvání této smlouvy.

(ii) Nepředvídatelné fyzické podmínky¹¹⁵, smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem (Red Book (CONS) FIDIC: „V tomto Pod-článku jsou „fyzické podmínky“ přírodní fyzické podmínky a umělé a jiné fyzické překážky a znečišťující látky, s kterými se Zhotovitel setká na Staveništi při provádění Díla včetně podpovrchových a hydrologických podmínek, ale s vyloučením klimatických podmínek. Jestliže se Zhotovitel setká s nepříznivými fyzickými podmínkami, které považuje za „Nepředvídatelné“, musí dát Zhotovitel Správci stavby oznámení co nejdříve, jak je to možné. V tomto oznámení musí být fyzické podmínky popsány tak, aby mohly být Správcem stavby zkontrolovány, a musí být stanoveny důvody, proč je Zhotovitel považuje za Nepředvídatelné. Zhotovitel musí pokračovat v provádění Díla s využitím takových vhodných a rozumných opatření, která jsou přiměřená pro tyto fyzické podmínky, a musí jednat v souladu s jakýmkoli pokyny, které mu dá správce stavby.

¹¹¹ PODEŠVA, Vilém.; SOMMER, Lukáš; VOTRUBEC, Jiří; FLAŠKÁR, Martin; HARNACH, Jiří; MĚKOTA, Jan; JANOUŠEK, Martin. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 1108 s. ISBN: 978-80-7552-102-6.

¹¹² FIDLER, Vlastimil. *Problematika změn smlouvy podle nového zákona (II.)*. Veřejné zakázky v praxi. 07/2017, s. 14-18. ISSN 1805-8523.

¹¹³ Srov. bod 109 preambule Směrnice – blíže viz komentář k § 222 odst. 6 v této práci.

¹¹⁴ Na další příklady vyhrazených změn závazku, odkazuje autor této práce na ustanovení týkající se smluvních vzorových podmínek FIDIC, zejména variace a měření, blíže viz text v tomto odstavci této práce.

¹¹⁵ Pod-čl. 4.12 CONS (FIDIC).

Jestliže pokyn představuje Variaci, použije se Článek 13 [Variace a úpravy]. Jestliže a do té míry, do jaké se Zhotovitel setká s fyzickými podmínkami, které jsou Nepředvídatelné, dá takové oznámení a vznikne mu zpoždění anebo Náklady kvůli těmto podmínkám, je Zhotovitel oprávněn podle Pod-článku 20.1 [Claimy zhotovitele] k: (a) prodloužení doby za jakékoli takové zpoždění, jestliže dokončení je nebo bude zpožděno podle Pod-článku 8.4 [Prodloužení doby pro dokončení] a (b) platbě jakýchkoli takových Nákladů, která se zahrne do Smluvní ceny.“

(iii) Udržování veřejných prostranství, smlouva o dílo: V případě vyššího úhrnu srážek v mm za období daného měsíce, než je dlouhodobý srážkový normál v letech 1981 - 2010 obvyklý v místě plnění dle této smlouvy, tedy v následně specifikovaných měsících v roce více než mm: leden 45; únor 39, březen 49, duben 42, květen 67, červen 78, červenec 84, srpen 81, září 52, říjen 47, listopad 48 anebo prosinec 51 dle záznamů vedených Českým hydrometeorologickým ústavem, anebo v případě vydatnějších dešťových srážek, u kterých je v důsledku toho možné předpokládat rychlejší růst zeleně (zejména trávníku), je objednatel oprávněn po zhotoviteli požadovat vyšší frekvenci sečení a úprav zeleně, než která je specifikována v této smlouvě, tedy více než 2x (slovy: dvakrát) měsíčně. Cena za poskytnuté služby nad rámec této smlouvy bude vycházet z jednotkových cen specifikovaných ve smlouvě.

Podstatnou náležitostí řádně vyhrazených změn závazků je správné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, které je nezbytné pro řádné samotné provedení (zahájení) zadávacího řízení. Nesprávné stanovení předpokládané hodnoty zakázky zatěžuje zadávací řízení v krajních případech až neodstranitelnou vadou. Dle § 16 odst. 3 ZZVZ se „... do předpokládané hodnoty veřejné zakázky zahrne předpokládaná hodnota změn závazků ze smlouvy, jejichž možnost byla vyhrazena v zadávací dokumentaci podle § 100. Pokud si zadavatel vyhradí plnění podle § 100 odst. 3, uvede v zadávací dokumentaci předpokládanou hodnotu vyhrazeného plnění.“ Z předpokládané hodnoty veřejné zakázky tedy vychází dělení veřejné zakázky na zakázku malého rozsahu, podlimitní nebo nadlimitní veřejnou zakázku (dle § 24 až § 27 ZZVZ). Nesprávným určením předpokládané hodnoty se může zadavatel dopustit porušení ZZVZ tím, že provede zadávací řízení v „mírnějším“ režimu. Řádné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky dále souvisí s povinnostmi zadavatele u zakázek nad 300 mil. Kč bez DPH zajistit, aby hodnocení nabídek provedla komise, která má minimálně 5 členů, z nichž většina má příslušnou odbornost ve vztahu k předmětu veřejné

zakázky (§ 42 odst. 2 ZZVZ) a v návaznosti na podmínky dané fyzické osoby, která má být členem komise, podle Zákona o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti (§ 220 ZZVZ). Další možný případ, který souvisí s řádným stanovením předpokládané hodnoty zakázky, je stanovení hodnot kvalifikačních podmínek. Např. kritérium ekonomické kvalifikace v § 78 odst. 2 ZZVZ výslovně uvádí, že „... podmínka minimální výše ročního obrátu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky...“. Nesprávné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky může vést k nesprávnému stanovení kvalifikace a tudíž i k diskriminačnímu přístupu k dodavatelům dle § 6 ZZVZ.¹¹⁶ A ve vztahu ke kvalifikaci má předpokládaná hodnota rovněž v neposlední řadě význam i k požadavkům zadavatele a jejímu posouzení ÚOHS, např.: ÚOHS ze dne 05.08.2014, č. j. ÚOHS-S442/2014/VZ-16444/2014/51-1/KČe: „Zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že nevymezil minimální úroveň kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona tak, aby odpovídala rozsahu adekvátní části předmětu plnění veřejné zakázky, neboť požadoval, aby dodavatel doložil realizaci minimálně 3 staveb na rekonstrukci nebo výstavbě hřišť s přírodním kobercovým trávníkem v objemu nad 3 mil. Kč bez DPH za jednotlivou stavbu, ačkoliv předpokládaná hodnota stavby tréninkového hřiště s přírodním trávníkem činila v šetřeném případě pouze 1 313 233,00 Kč bez DPH, tedy pouze 44 % hodnoty zadavatele požadované minimální úrovně tohoto kvalifikačního předpokladu. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť mohl mít vliv na počet podaných nabídek, kdy potenciální dodavatelé před podáním nabídky zvažují, zda jsou schopni prokázat splnění kvalifikace, resp. zajistit požadované plnění, samostatně nebo za pomoci subdodavatele. Zadavatel tím současně diskriminoval dodavatele, kteří by byli schopni předmět veřejné zakázky realizovat, neboť profesně měli zkušenosti s výstavbou hřišť s přírodním trávníkem adekvátní velikosti.“¹¹⁷ A dále ÚOHS, ze dne 17.12.2012, č. j. ÚOHS-S465, 511/2012/VZ-23704/2012/51-1/MK1: „Jelikož zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci po dodavatelích předložení referencí na celkem šest významných zakázek s celkovým objemem osmkrát vyšším,

¹¹⁶ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

¹¹⁷ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 05.08.2014, č. j. ÚOHS-S442/2014/VZ-16444/2014/511/KČe. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-11742.html>

než byla uvedena předpokládaná hodnota zakázky (21 mil. Kč.), jeví se tento požadavek jako nepřiměřený a koncipován tak, aby jej mohl splnit pouze velice omezený počet společností.¹¹⁸ Předpokládanou hodnotu zadavatel nemusí stanovit v případech, kdy aplikuje obecné výjimky dle § 30 ZZVZ.^{119,120}

Předpokládanou hodnotou veřejné zakázky se dle § 16 odst. 1 ZZVZ rozumí zadavatelem předpokládaná výše úplaty za plnění veřejné zakázky, vyjádřená v penězích. I nadále platí (v návaznosti na ZVZ), že do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se nezahrnuje DPH. Zadavatel předpokládanou hodnotu určuje k okamžiku zahájení zadávacího řízení, přičemž pro stanovení této hodnoty má zadavatel využít údaje a informace o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění, nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje nebo informace, vychází z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem (§ 16 odst. 6 ZZVZ). Ačkoliv by předpokládaná hodnota zakázky měla být zadavatelem stanovena kvalifikovaně, tedy ve smyslu § 16 odst. 6 ZZVZ, jedná se o hodnotu přibližnou, kdy nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby předpokládaná hodnota zakázky odpovídala konečné ceně v uzavřené smlouvě (u zakázek s méně obvyklým anebo specializovaným předmětem plnění, může být (a nezřídka tomu tak je) výsledná hodnota zakázky z veřejné soutěže i vyšší než předpokládaná hodnota). Zadavatel tedy musí počítat i se situací, že ačkoliv na základě dobré víry stanovil předpokládanou hodnotu zakázky ve smyslu Zákona a dle této hodnoty následně určil režim dané veřejné zakázky, mohou obdržené nabídky obsahovat cenové rozmezí pro přísnější režim zadávacího řízení (typicky předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve finančním pásmu pro podlimitní veřejnou zakázku, přičemž hodnoty podaných nabídek odpovídají nadlimitnímu zadávacímu řízení). V takových případech bude na zadavatele kladen o to větší tlak, aby prokázal, že stanovil předpokládanou hodnotu řádně, a nikoliv tak, aby (účelově) využil mírnějšího režimu pro zadání veřejné zakázky, přičemž lze zadavateli doporučit vyhotovení písemného záznamu o stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.¹²¹ Zadavatelům lze pro

¹¹⁸ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.12.2012, č. j. ÚOHS-S465, 511/2012/VZ-23704/2012/511/MKl. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-10090.html>

¹¹⁹ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>

¹²⁰ § 16 odst. 1 ZZVZ.

¹²¹ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

případy, kdy se předpokládaná hodnota veřejné zakázky blíží pomezí mezi jednotlivými režimy (veřejná zakázka malého rozsahu X podlimitní veřejná zakázka X nadlimitní veřejná zakázka¹²²), aby z důvodu opatrnosti zvolili „bezpečnější“ postup v podobě přísnějšího režimu veřejné zakázky. Stanovení maximální (nepřekročitelné) výše nabídkové ceny zadavatelem v zadávací dokumentaci, které zadavateli zajistí, že bude hodnotit nabídky pouze ve zvoleném režimu veřejné zakázky, se autorovi této práce nejeví jako vhodné, neboť (i) zadavatel v případě nesprávného určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky omezuje možnost účastníků účastnit se dané veřejné zakázky, protože v případě podání nabídky s vyšší než maximální nabídkovou cenou, by takové nabídky byly vyřazeny z dané veřejné zakázky (v opačném případě by zadavatel nedodržel základní zásady zadávání veřejných zakázek dle § 6 ZZVZ), (ii) reálně zadavateli hrozí, že vybere méně odborného dodavatele a (iii) z důvodu omezené cenové nabídky nemusí být poskytnuté plnění v zadavatelem požadované kvalitě.

V návaznosti na výše uvedenou citaci § 16 odst. 3 ZZVZ a v relevanci k § 100 odst. 1 ZZVZ a § 222 odst. 2 ZZVZ, musí zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, zohlednit i vyhrazené změny závazků ze smlouvy, jejichž podmínkou je, aby vyhrazené změny byly zadavatelem v zadávacích podmínkách jednoznačně a co do obsahu dostatečně vymezeny. Blíže k podmínkám § 100 ZZVZ viz text níže. Ačkoliv by se dalo předpokládat, že pokud je zadavatel schopen vyhrazené změny jednoznačně popsat, měl by být schopen tyto změny i vyčíslit. Dle autora této práce to ovšem není takto jednoznačné, což bude ilustrovat na příkladu z praxe, konkrétně smluvních podmínkách FIDIC (viz text níže). Takto vyhrazené změny sice dostojí zákonným podmínkám, ovšem zadavatel není schopen presumovat jejich (finanční) rozsah. Vzhledem k tomu, že vyhrazené změny nemají stanoven finanční limit ve vztahu k původní hodnotě závazku (vyhrazená změna může i násobně přesahovat nabídkovou cenu – úvaha k tomuto viz komentář k odst. 6 níže), ale jsou pouze omezeny tím, že nemohou měnit celkovou povahu veřejné zakázky, reálně zadavateli hrozí, že takto zákonně vyhrazené změny přesáhnou finanční limit daného režimu veřejné zakázky (tedy limit pro zakázku malého rozsahu nebo limit pro podlimitní veřejnou zakázku). V takovém případě poukazuje autor této práce na možnost § 4 odst. 4 ZZVZ, dle kterého „... pokud zadavatel ... zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon.“ I když

¹²² § 25 až 27 ZZVZ.

předmětné ustanovení míří zejména na situace, kdy je zadávána podlimitní veřejná zakázka, ačkoliv předmětné zadávací řízení spadá do finančních limitů zakázky malého rozsahu dle § 27 ZZVZ, lze dle autora této práce analogicky dospět k tomu (i s ohledem na historický výklad § 26 odst. 5 ZVZ), že zahájí-li zadavatel přísnější (formálnější) druh zadávacího řízení, aniž by k tomu byl povinen, postupuje dále v zadávání dle ustanovení platných pro předmětné zadávací řízení v plném rozsahu (tj. včetně veškerých uveřejňovacích podmínek a povinností apod.)^{123,124}, přičemž „přísnější“ anebo formálnější veřejnou zakázku, než nadlimitní veřejnou zakázku Zákon nezná. Navíc není Zákonem stanovená povinnost uveřejňovat předpokládanou hodnotu veřejné zakázky jako součást zadávací dokumentace – pouze zadavatel rozhoduje o tom, zda uveřejní předpokládanou hodnotu zakázky. Zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota tak může být v rovině interního dokumentu, přičemž toto stanovisko zastává i expertní skupina MMR k ZVZ: „Zadavatel je před zahájením zadávání veřejné zakázky povinen stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky podle pravidel uvedených v § 13 až § 16 zákona o veřejných zakázkách (pozn. autora ZVZ). Formuláře oznámení veřejné zakázky obsahují kolonku týkající se předpokládané ceny, její vyplnění ale není povinné. Je věcí obchodní taktiky zadavatele, zda předpokládanou hodnotu uveřejní či nikoli. Důvodem pro uveřejnění může být prevence proti mimořádně nízkým nabídkovým cenám. Důvodem proti uveřejnění je riziko přizpůsobování nabídek uveřejněné ceně.“¹²⁵, přičemž není, s ohledem na obdobnou úpravu v ZVZ jako v ZZVZ, důvodné předpokládat odchýlení od tohoto závěru i za účinnosti ZZVZ.¹²⁶ Autor této práce k danému konstatuje, že v případě, kdy by zadavatel požadoval poskytnutí jistoty u zakázky, měl by hranici 2 %, resp. 5 % výše jistoty stanovit z té částky, kterou je reálně schopen zdokladovat, a to i přestože by měl v předpokládané hodnotě počítat s vyhrazenými změnami dle § 100 odst. 1 ZZVZ, neboť právě proto, že tyto vyhrazené změny mohou být pro zadavatele v okamžiku zadání veřejné zakázky (zejména s ohledem na jejich finanční výši) zcela abstraktní, neměla by výše jistoty přesahovat maximální možnou procentuální výši

¹²³ KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou*. Praha: Nakladatelství Linde, 2013. 1272 s. ISBN 978-80-7201-888-8.

¹²⁴ Srov. viz kapitola 3, odst. 2.2 této práce - Základní zásady u veřejných zakázek malého rozsahu.

¹²⁵ Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-standoviska/Standoviska-standoviska-expertni-skupiny-MMR-k-ZVZ/Uverejnovani-predpokladane-hodnoty>

¹²⁶ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

předpokládané hodnoty zakázky, přičemž toto překročení by mohlo ovlivnit výběr dodavatele, neboť takový postup, který na dodavatele přenáší vyšší finanční zátěž, než která je adekvátní k rozsahu předmětné veřejné zakázky, může mít vliv na okruh účastníků. Tento závěr lze dovodit z rozhodnutí ÚOHS ze dne 23.07.2015, č. j. ÚOHS-S0336/2015/VZ-19207/2015/532/MOn: „... Skutečnost, že zadavatel stanovil vyšší požadované jistoty vyšší o 215 000,- Kč oproti maximální možné vyšší jistoty stanovené zákonem mohla v daném případě mít zcela zásadní vliv na okruh potenciálních dodavatelů, neboť není vyloučeno, že by zadavatel v případě, že by stanovil vyšší jistoty v souladu se zákonem, obdržel vyšší počet nabídek. Stanovení výše jistoty ve výrazně vyšší výši, než je její maximální možná zákonná výše mohla některé potenciální dodavatele od podání nabídky odradit, popř. podání nabídky znemožnit, a to především z ekonomického důvodu, kdy zadavatelem požadovaná výše jistoty neodpovídala rozsahu zadávané veřejné zakázky, a potenciální uchazeči nemuseli disponovat dostatečnými finančními prostředky, přičemž by ale byli schopni a kvalifikováni předmět veřejné zakázky při stanovení zákonných podmínek plnit. Některého z potenciálních dodavatelů od podání nabídky taktéž mohla odradit skutečnost, že se mohl důvodně obávat, že předmětné zadávací řízení bude následně z důvodu stanovení požadavku na složení jistoty v nezákonné výši některým z dodavatelů napadeno a následně i zrušeno, a tedy ani nevyvinul úsilí a náklady, aby svoji nabídku do takového zadávací řízení vůbec podal. Poněvadž zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil požadavek na složení jistoty ve výši, která je v rozporu se zákonem, přičemž tento postup mohl podstatným způsobem ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů, kteří podali svoji nabídku, mohlo v šetřeném případě dojít i k zásadnímu ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.“¹²⁷, přičemž charakter posuzovaného deliktního jednání je ohrožovací, nikoli poruchový, a tudíž nemusí být prokazováno, že došlo k vyloučení jakéhokoliv dodavatele v důsledku netransparentního nastavení zadávacích podmínek, ale postačuje rozumně odůvodněná hypotéza, že mohl existovat dodavatel poškozený jednáním zadavatele. Fakt, že skutečný dopad na konkrétního dodavatele nebyl prokázán, se nepokládá za polehčující okolnost.¹²⁸

¹²⁷ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.07.2015, č. j. ÚOHS-S0336/2015/VZ-19207/2015/532/MOn. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-12747.html>

¹²⁸ Viz např. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 02.05.2018, č. j. 62 Af 117/2016-71.

5.2.1 FIDIC

Vhodným příkladem vyhrazených změn (variací) jsou vzorové smluvní podmínky FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, v České republice překládána jako Mezinárodní federace konzultačních inženýrů), které jsou používány ve stavebnictví při realizaci výstavbových projektů pozemních a inženýrských staveb. Vzhledem k nízkému povědomí veřejnosti v České republice o problematice týkající se smluvních podmínek FIDIC, si autor této práce nejprve dovolí stručný exkurz.

FIDIC je nevládní mezinárodní normalizační organizace pro konzultační inženýrství a stavebnictví, která byla založena v roce 1913 ve Francii (stávající sídlo organizace je ve švýcarské Ženevě). Ke konci roku 2019 sdružovala FIDIC celkem 102 členských asociací konzultačních inženýrů.¹²⁹ Česká republika má na FIDIC vazbu prostřednictvím České asociace konzultačních inženýrů (zkratka CACE).¹³⁰

Obliba vzorových smluvních podmínek FIDIC je dána zejména tím, že pro výstavbové projekty jsou stanoveny přesné podmínky a postupy, včetně různých vzorů formulářů jak pro zadávací řízení, tak i pro samotnou realizaci zakázky. V rámci České republiky lze pozorovat stále častější užívání vzorových smluvních podmínek FIDIC, a to zejména u zadavatelů liniových staveb, pozemních staveb anebo vodohospodářských staveb (např. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Správa železniční dopravní cesty, státní organizace¹³¹, Ředitelství vodních cest ČR a jiné).

Smluvní podmínky FIDIC existují v několika variantách, které se od sebe navzájem liší v závislosti na požadavcích a připravenosti objednatele. V rámci České republiky jsou nejčastěji užívané tři základní vzory smluvních podmínek FIDIC (knihy Red Book, Yellow Book a Green Book), které autor této práce níže podrobněji rozebere. Knihy (jednotlivé vzorové smluvní podmínky) tvoří tzv. obecnou část, přičemž jednotliví objednatelé si pro vlastní účely (přizpůsobení

¹²⁹ Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils. *Annual report 2018/2019* [online]. Dostupné z: https://fidic.org/sites/default/files/2019_annual_report.pdf

¹³⁰ KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 420 s. ISBN 978-80-7552-161-3.

¹³¹ Zákonem č. 367/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, ve znění pozdějších předpisů, byla od 01.01.2020 státní organizace Správa železniční dopravní cesty přejmenována na Správu železnic. Tiskové prohlášení Správy železnic [online]. Dostupné z: <https://www.spravazeleznic.cz/documents/50004227/84337901/tiskov%C3%A1+zpr%C3%A1va+ke+sta%C5%BEen%C3%AD/fc9115b6-be10-437e-a53f-dbfdf78aa889>

specifikům dané zakázky, daného právního řádu apod.) mohou vytvořit tzv. zvláštní část, která modifikuje, doplňuje anebo upravuje obecnou část.¹³²

Red Book (zkratka CONS¹³³, česky Červená kniha) je nejpoužívanějším vzorem FIDIC.¹³⁴ Zakázka je realizována na základě tzv. generálního dodavatelství (Design-Bid-Build, zkratka DBB), kdy technickou specifikaci (tzn. dokumentaci pro zadání a realizaci zakázky) a rizika s ní spojená zajišťuje objednatel. Cena díla zhotovitele do nabídky je stanovena na základě zhotovitelem oceněného výkazu výměr objednatele, přičemž v průběhu realizace tato (nabídková) cena podléhá úpravám spojených především se změnami díla (variací – vzhledem k zaměření této práce je tento termín níže podrobněji vysvětlen), uplatněnými nároky jedné ze smluvních stran v důsledku zadávacími podmínkami nepředvídaných událostí (claimy) a měření skutečně provedených prací. Smlouva dále zavádí institut správce stavby (the engineer), jakožto zástupce objednatele a osobu odpovědnou za určování (např. claimy).

Yellow Book (zkratka P&DB¹³⁵, česky Žlutá kniha) je strukturou podobná Red Book. Rozdíl Yellow Book je v přenosu rizik spojených s technickou specifikací (resp. projektovou dokumentací) na zhotovitele. Objednatel do zadávací dokumentace definuje tzv. požadavky objednatele, které (stručně) specifikují podmínky a náležitosti poptávaného díla. Další podstatný rozdíl spočívá v tom, že vzhledem k tomu, že objednatel nevytváří výkaz výměr, není cena stanovena na základě měření skutečně provedených prací, jako je tomu u Red Book, ale je koncipována jako cena paušální. I přesto může u ceny dojít k její úpravě na základě změn díla (variací) anebo na základě uplatněných nároků (claimů).¹³⁶

¹³² Znění obecné části smluvních podmínek FIDIC knihy Red Book a zvláštní části v úpravě Ministerstva dopravy ČR je dostupné z:

http://www.pjpk.cz/data/USR_001_2_4_OBCHODNI_PODMINKY/Obecne_OP.pdf, resp. z: http://www.pjpk.cz/data/USR_001_2_4_OBCHODNI_PODMINKY/Zvlastni_OP.pdf.

¹³³ V originále Condition of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer, v České republice užívaný překlad Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem.

¹³⁴ KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 420 s. ISBN 978-80-7552-161-3.

¹³⁵ V originále Condition of Contract for Construction Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Works and for Building and engineering Works Designed by the Contractor, v České republice užívaný překlad Smluvní podmínky pro dodávku technologických zařízení a projektování a výstavbu elektro- a strojně-technologického díla a pozemních a inženýrských staveb projektovaných zhotovitelem.

¹³⁶ Znění obecné části smluvních podmínek FIDIC knihy Yellow Book a zvláštní části v úpravě Ministerstva dopravy ČR je dostupné z:

http://www.pjpk.cz/data/USR_001_2_4_OBCHODNI_PODMINKY/CACE_yellow_book_obecne_podminky_2_vydani.pdf, resp. z: http://www.pjpk.cz/data/USR_001_2_4_OBCHODNI_PODMINKY/SFDI_YELLOW_BOOK_zvlastni_podminky_pro_CK.pdf.

Green Book¹³⁷ (česky Zelená kniha) systematicky vychází z Red Book, je ovšem méně obsáhlá a upravuje pouze základní rámec smluvní vztah mezi objednatelem a zhotovitelem. Užití této knihy je vhodné pro pozemní a inženýrské stavby s nižší předpokládanou hodnotou¹³⁸ anebo pro opakované nebo jednoduché práce. Technickou specifikaci (resp. projektovou dokumentaci) obvykle zajišťuje objednatel. Institut správce stavby Green Book nemá zakotven, objednatel je zatupován zástupcem objednatele. Ředitelství silnic a dálnic ČR vydalo ke vzorovým smluvním podmínkám Green Book rozsáhlejší zvláštní podmínky.¹³⁹

Kromě výše uvedených druhů smluvních podmínek FIDIC existují další vzorové smluvní podmínky FIDIC, které se od sebe navzájem liší v závislosti na použitém typu metody výstavby a jiných podrobnostech. Jedná se např. o Silver Book (zkratka EPC¹⁴⁰, obdobně jako Yellow Book je užívána pro projekty P&DB, typické užití pro technologické dodávky (např. elektrárny) s přesunutím větší míry rizik na zhotovitele, cena je paušální – neprovádí se měření, objednatel je zastoupen zástupcem objednatele) nebo Gold Book (zkratka DBO¹⁴¹, typické užití pro projekty zajišťující dopravní a technickou infrastrukturu, zhotovitel není odpovědný pouze za projektovou dokumentaci a provedení prací, ale i za údržbu a provoz díla – vzor DBO předpokládá 20 letou dobu provozování díla zhotovitelem, cena je paušální – platby v průběhu projektování a realizace stavebních prací a následně platby v průběhu provozování díla, objednatel je zastoupen zástupcem objednatele). FIDIC publikuje i další vzorové knihy, které ovšem neřeší podmínky výstavby díla. Je to např. Conditions of Subcontract for

¹³⁷ V originále Short Form of Contract, v České republice užívaný název Smluvní podmínky pro stavby menšího rozsahu.

¹³⁸ Výše hodnoty zakázky je individuální a závisí na okolnostech užití pro danou zakázku. Např. Asociace pro rozvoj infrastruktury, z.s. v dokumentu *Choosing the Right Set of FIDIC Conditions of Contract for your Project* [online] uvádí hodnotu 500 000 USD, dostupné z: https://www.ceskainfrastruktura.cz/wp-content/uploads/2015/07/Poulsen_Choosing-the-right-set-of-FIDIC-Conditions-for-your-Project-ver-0-1.pdf.

¹³⁹ Znění obecné části smluvních podmínek FIDIC knihy Green Book a zvláštní části v úpravě Ministerstva dopravy ČR je dostupné z:

http://www.pjpk.cz/data/USR_001_2_4_OBCHODNI_PODMINKY/Obecne_podminky_pro_stavby_mensiho_rozsahu.pdf, resp. z:

http://www.pjpk.cz/data/USR_001_2_4_OBCHODNI_PODMINKY/RSD_GREEN_BOOK_zvlas_tni_podminky_4_2017_schvaleno.pdf.

¹⁴⁰ Zkratka Engineer, Procure and Construct, tzn. v podstatě Projektuj, Zadej a Postav.

¹⁴¹ Zkratka Design-Build-Operate (Vyprojektuj-Postav-Provozuj). V zadání mohou být řešeny nejen povinnosti projektční a realizační, ale i otázky financování a provozování díla, tzn. projekty BOT neboli Build-Operate-Transfer (Postav-Provozuj-Předej), DBOT neboli Design-Build-Operate-Transfer (Vyprojektuj-Postav-Provozuj-Předej) nebo DBOF neboli Design-Build-Operate-Finance (Vyprojektuj-Postav-Provozuj-Financuj). Výše uvedené typy projektů se nazývají jako tzv. partnerství veřejného a soukromého sektoru neboli PPP projekty (Public Private Partnership).

Construction¹⁴², tzv. Construction Subcontract (jedná se o vzorovou podzhotovitelenskou smlouvu, kdy je právní poměr mezi objednatelem a zhotovitelem řízen Red Book, Red Book je z velké části přenesen i do této vzorové smlouvy, přičemž většina rizik je ze zhotovitele přenesena na podzhotovitele) nebo Client/Consultant Model Services Agreement¹⁴³, tzv. White Book (jedná se o vzorovou smlouvu používanou např. pro úpravu vzájemných vztahů mezi objednatelem a projektantem, technickým dozorem či správcem stavby).¹⁴⁴

V následujícím příspěvku se autor této práce zaměří na Red Book (CONS) FIDIC, neboť tato vzorová smlouva je v České republice investory používána především. Vzhledem k tomu, že u zhotovování díla je záměr objednatele pouze popsán a jako takový není při podpisu smlouvy „hmatatelný“ – tj. nelze si dílo před podpisem smlouvy prohlédnout, typicky u výstavbových projektů objednatel předá zhotoviteli projektovou dokumentaci díla, tzn. výkazy výměr, výkresy a další specifikace s (méně či více) podrobným popisem toho, co má zhotovitel realizovat. I CONS je vlastně smlouvou o dílo. V průběhu realizace výstavbového projektu dochází naprosto běžně ke změnám (upřesněním) předmětu díla. Dle názoru autora této práce není možné, ani při sebelepší přípravě výstavbového projektu ze strany objednatele, vyloučit budoucí změny díla. Důvody pro změny jsou zejména následující: (i) důvody nezávislé na smluvních stranách (např. klimatické excesy - záplavy, půdní sesuvy apod.; nepředvídatelné fyzické podmínky staveniště - geologické vlivy, nevidované podzemní sítě apod.; archeologické nálezy; zpoždění způsobená úřady; obecně odlišné skutečnosti zjištěné v průběhu provádění díla; zdravotní excesy – související typicky v roce 2020 s pandemií onemocnění COVID-19 apod.), (ii) požadavky objednatele odlišné od zadání (projektové dokumentace (např. technické inovace předmětu plnění; změny vizuální anebo technické, nikoliv změny týkající se charakteru veřejné zakázky jako takové), (iii) prodlení a chyby objednatele (např. chyby ve smluvních dokumentech; vadná projektová dokumentace; chybné – nedostatečné geologické a hydrogeologické průzkumy; nedostatek pokynů objednatele; nezajištění pozemků pro stavbu; nezajištění veřejnoprávních povolení; nedostatek finančních prostředků

¹⁴² Název je možné volně přeložit jako Smluvní podmínky podzhotovitelenské smlouvy pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem.

¹⁴³ Název je možné volně přeložit jako Vzorová smlouva o poskytnutí služeb mezi objednatelem a konzultantem.

¹⁴⁴ MALÝ, Petr; KALENSKÝ, Tomáš. *Druhy smluvních podmínek FIDIC*, ze dne 21.09.2018 [online]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/druhy-smluvnich-podminek-fidic-108136.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-21-9-2018

apod.) anebo (iv) prodlení a chyby zhotovitele (např. neznalost podmínek staveniště; nedodržování zákona anebo smlouvy; stavební nepřipravenost; pozdní anebo žádné upozornění na odlišné skutečnosti při provádění díla apod.). Výše uvedené příklady jednoznačně vedou ke změnám díla v průběhu realizace, přičemž se nejedná o situace, které by zkušený objednatel nemohl předvídat a upravit adekvátně k tomu smluvní ujednání. Absence smluvních ujednání může v konečném důsledku vést k prodražování díla anebo absolutní nemožnosti zamýšlené dílo dokončit s vybraným dodavatelem. CONS obsahují ustanovení umožňující objednateli reagovat na změny a potřeby v průběhu realizace výstavbového projektu. Vzhledem ke skutečnosti, že zákon je nadřazen smlouvě, je nezbytné, aby ustanovení CONS naplňovala zejména zásady zadávání veřejných zakázek dle § 6 Zákona, tedy zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Za vyhrazené změny závazku dle CONS by se daly považovat variace dle pod-čl. 13 CONS a měření dle pod-čl. 12 CONS. Obecně by se dalo konstatovat, že variace jako taková je (vyhrazenou) změnou díla, kdežto měření je upřesnění smlouvy.¹⁴⁵

5.2.1.1 Variace dle CONS

Variace je jakákoli změna díla nařízená nebo schválená objednatelem (resp. správcem stavby).¹⁴⁶ Variace je tedy změnou díla, nikoliv změnou smlouvy jako takové. Je nanejvýš vhodné, že CONS obsahuje ustanovení ke změně rozsahu, standardu, technologických postupů, časových návazností apod., protože absence takových ustanovení by měla za následek, že by zhotovitelé mohli odmítat změny díla. Variace je tedy možnost přizpůsobení výstavbového projektu reálným potřebám objednatele, které se mohou lišit od předpokladů v době uzavření smlouvy. Variace může být dle CONS (i) iniciována pokynem objednatele (resp. správcem stavby) bez předchozí dohody; (ii) zhotovitel může iniciovat vlastní návrh změny díla, který může být objednatelem schválen jako variace nebo (iii) objednatel může vznést požadavek na zhotovitele k předložení návrhu variace, přičemž smluvní strany se na změnách díla v ideálním případě dohodnou. Zejména v případě pokynu k provedení variace (bez předchozí dohody smluvních stran)

¹⁴⁵ KLEE, Lukáš; TUREK, Roman. *Komentář k obecným podmínkám FIDIC CONS/Červené knihy a FIDIC P&DB/Žluté knihy*. Druhé vydání 2017. 216 s.

¹⁴⁶ Pod- čl. 1.1.6.9 CONS.

může zhotovitel okamžitě objednateli (resp. správci stavby) oznámit, že ve smyslu pod-čl. 1.1.5.2 jsou věci určené pro variaci pro zhotovitele těžko dostupné (tedy vybavení zhotovitele, materiály, technologické zařízení, dočasné dílo nebo cokoli z uvedeného tak, jak je vhodné), v opačném případě je zhotovitel variací vázán a je povinen ji provést. Naopak požadavek objednatele (resp. správce stavby) na předložení návrhu variace není pokynem ke změně díla, nýbrž jakýmsi průzkumem trhu (de facto ve smyslu jednacího řízení bez uveřejnění¹⁴⁷), kdy zhotovitel je povinen objednateli předložit (i) popis navrhované práce, která má být vykonána a harmonogram jejího provedení, (ii) návrh zhotovitele na jakékoliv potřebné modifikace harmonogramu a doby pro dokončení a (iii) návrh zhotovitele na ocenění variace. Ve smyslu pod-čl. 13.1 CONS mohou variace zahrnovat: a) změny v množství jakékoliv položky práce obsažené ve smlouvě, b) změny v kvalitě a jiných vlastnostech jakékoliv položky prací, c) změny ve výškách, rozmístění anebo rozměrech jakékoliv části díla, d) vypuštění jakékoliv práce, pokud nemá být vykonána někým jiným, e) jakoukoliv dodatečnou práci, technologické zařízení, materiály nebo služby nezbytné pro stavbu včetně jakýchkoliv s tím spojených přejímacích zkoušek, vrtů a jiných zkušebních a průzkumných prací nebo f) změny v posloupnosti a načasování provádění díla. Zde výše uvedené písm. a) nemusí být nutně samo o sobě změnou (variací), ale může dojít pouze k navýšení množství skutečně provedených prací. Výhrady měření jsou popsány níže. Ačkoliv není zhotovitel dle CONS oprávněn dílo nijak pozměnit nebo modifikovat, pokud nemá od objednatele (resp. správce stavby) pokyn k variaci, může zhotovitel objednateli (resp. správci stavby) předložit písemný návrh, který v případě schválení (i) urychlí dokončení, (ii) sníží náklady objednatele na provedení, údržbu nebo provoz díla, (iii) zvýší objednateli efektivitu nebo hodnotu dokončeného díla nebo (iv) bude objednateli jinak prospěšný. I když není zhotovitel povinen návrhy objednateli (resp. správci stavby) předkládat, je k tomu obecnými podmínkami CONS motivován, neboť mu náleží 50 % bonus z rozdílu úspory. Dále může dojít i k situaci, že návrhem dojde k zlepšení kvality díla, což může pro zhotovitele v konečném důsledku znamenat navýšení smluvní ceny (tyto případy ovšem nejspíše budou, dle autora této práce, vzhledem k přepjatému formalismu ve veřejných zakázkách ze strany ÚOHS, spíše výjimečné, neboť by si objednatel, jakožto zadavatel zakázky, musel obhájit¹⁴⁸

¹⁴⁷ § 66 ZZVZ.

¹⁴⁸ § 254 ZZVZ.

navýšení smluvní ceny vylepšením produktivity anebo efektivity samotného díla, které by v důsledku vedly k úspoře objednatele po dobu „životnosti“ díla). Pro všechny případy variací dle CONS rovněž obecně platí, že zhotovitel nesmí při čekání na odpověď žádnou práci zpoždovat a musí na díle pokračovat s náležitou, dokud nedostane odpověď objednatele (resp. správce stavby).

5.2.1.2 Měření dle CONS

Obdobně jako u variací nelze s náležitou péčí připravit jednotlivé položky pro realizaci projektu přesně tak, aby všechny položky odpovídaly na kilogram anebo metr. Což ovšem neznamená, že by objednatel neměl klást důraz na řádnou přípravu projektu, ale jednotlivé položky jsou stanoveny kvalifikovaným předpokládaným množstvím, což je ostatně uvedeno i v pod-čl. 14.1 (smluvní cena) CONS „... *jakákoliv množství stanovená ve Výkazu výměr nebo jiném Formuláři jsou množství odhadovaná a nemají být považována za skutečná a správná množství*“. V rámci plnění probíhá fakturace měření skutečně provedených prací oceněných na základě jednotkových cen zhotovitele z nabídky. Měření je tedy de facto způsob určení ceny díla, aniž by však toto upřesnění bylo považováno za změnu smlouvy. Upřesněná změněná množství vycházející z projektové dokumentace nemohou být považovány dodatečné práce dle § 222 ZZVZ a tato upřesnění nepodléhají, resp. nezapočítávají se do Zákonem stanovených limitů a jedná se o vyhrazené změny ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. V předchozí větě je záměrně zmíněno, že změny musejí vycházet z projektové dokumentace, protože ty práce, které objednatel v zadávací dokumentaci, resp. ve výkazu výměr nepředpokládal, nemohou být v průběhu realizace z logiky věci upřesňovány, a zadavatel potom musí, při změně díla, postupovat ve smyslu ustanovení § 222 ZZVZ.^{149, 150}

Měření a oceňování je v CONS uvedeno v čl. 12. Pod-čl. 12.1 CONS popisuje postup pro měření množství z položek prací. Množství jednotlivých položek by mělo být průběžně odsouhlasováno smluvními stranami. Pro vyloučení pochybností za měření nemůže být považováno zejména (i) využití položkové ceny

¹⁴⁹ KLEE, Lukáš; TUREK, Roman. *Komentář k obecným podmínkám FIDIC CONS/Červené knihy a FIDIC P&DB/Žluté knihy*. Druhé vydání 2017. 216 s.

¹⁵⁰ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

obsažené ve výkazu výměr pro ocenění nových položek (prací) ve smlouvě neobsažených, (ii) oprava zjevně vadného množství položky (např. chybný výpočet 5 m³ namísto 10 m³, řádové odchylky např. 500 namísto 5 000 apod.), (iii) neprovedení položky nebo její podstatné části nebo (iv) použití u položek výkazu výměr s paušální cenou.¹⁵¹

Přípustnost měření lze dovodit z rozsudku ESD ze dne 18.10.2001 ve věci C-19/00 SIAC Construction. Byť ESD tuto otázku posuzoval nepřímo v souvislosti s otázkou hodnotících kritérií, rozhodl, že kritéria pro zadání zakázky musejí být formulována v zadávacích podmínkách, tak aby bylo všem účastníkům umožněno vykládat podmínky stejným způsobem. Zkušený účastník (resp. zhotovitel), tak musí vědět, že CONS je měřeným kontraktem. V České republice jsou rozsudky věnující se tématu vyhrazených změn. Takovým příkladem může být např. rozsudek NSS ze dne 15.08.2013, sp. zn. 2 Afs 4/2013¹⁵², ve kterém je mimo jiné uvedeno, že „... skutečně klíčové splnění požadavku na porovnatelnost nabídek v okamžiku jejich hodnocení. Naopak v okamžiku zahájení plnění veřejné zakázky se již nabídky neporovnávají ... Změna pořadí účastníků během reálného plnění tedy již z hlediska zákona o zadávání veřejných zakázek není relevantní.“ Pro naplnění § 6 ZZVZ je dále podstatné, aby „... všichni tak měli při vypracování nabídky k dispozici informace stejného rozsahu a žádný z uchazečů nebyl jakkoli znevýhodněn.“ NSS v rozsudku rovněž zmiňuje, že „... skutečnost, že v průběhu realizace veřejné zakázky může být nakonec hrazena cena vyšší či nižší než nabídková, je realitou, nicméně toto nastavení nelze bez dalšího považovat za protizákonné.“ K zásadní povinnosti zadavatele informovat dodavatele veřejné zakázky transparentně, v souladu se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace se vyjádřil i Krajský soud v Brně ze dne 13.01.2010, č. j. 62 Ca 89/2008-51¹⁵³, když konstatoval, že „... je-li předmět veřejné zakázky vymezen dostatečně jasně, určitě a srozumitelně a mají-li být kromě samotného předmětu veřejné zakázky v nabídkové ceně zohledněny související a na předmět veřejné zakázky navázané obchodní procesy mezi zadavatelem a dodavatelem, pak

¹⁵¹ § 7. Ředitelství silnic a dálnic ČR. *Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2017 ver 1.1 s účinností od 1.09.2018* [online]. Dostupné z: <https://www.rsd.cz/wps/portal/web/technicke-predpisy/smernice-a-pokyny-pro-vystavbu>

¹⁵² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.08.2013, sp. zn. 2 Afs 4/2013 – 57 [online]. Dostupné z: http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2013/0004_2Afs_130_20130827095319_preveden_o.pdf

¹⁵³ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13.01.2010, č. j. 62 Ca 89/2008 – 51 [online]. Dostupné z: <http://sbirka.nssoud.cz/cz/verejne-zakazky-konstrukce-nabidkove-ceny.p2046.html>

za podmínky, že je zohlednění těchto procesů jasné, zřetelné, srozumitelné, nikoho neznevýhodňující a zároveň i zpětně přezkoumatelné, neporušuje tímto zadavatel § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neboť i v takovém případě je nabídková cena konstruována „ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.“

I za účinnosti ZVZ bylo možno měření podřadit pod § 44 odst. 3 písm. a) ZVZ: „Zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň obchodní podmínky, včetně platebních podmínek, případně též objektivních podmínek, za nichž je možno překročit vyšší nabídkové ceny.“ I když je stanovení ceny prostřednictvím měření stávající legislativou považováno za vyhrazené změny závazku, které nejsou považovány za podstatnou změnu smlouvy, tak měření jako takové vlastně není změnou závazku, ale způsobem stanovení ceny díla ve smyslu § 2586 odst. 2 NOZ¹⁵⁴, přičemž NOZ předpokládá pro naplnění předpokladu dostatečně určitého ujednání ceny díla dvě základní možné situace. Jde o přímou dohodu stran o ceně nebo situaci nepřímého určení ceny díla, přičemž určující pro vůli stran bylo smlouvu o dílo uzavřít i bez dohody o přímém určení ceny díla. Častějším případem je přímé určení ceny díla dohodou stran. Spolu s vymezením předmětu díla je určení ceny díla nejdůležitější částí „dohody“ smluvních stran. NOZ rozlišuje několik způsobů přímého určení ceny díla. Jedná se o: (i) určení ceny konkrétní částkou, např. „cena díla činí 500 000 Kč za jedno vozidlo specifikované ve smlouvě. (ii) Volbu způsobu určení ceny, při které není cena určena konečným číselným vyjádřením ve smlouvě, ale jsou užity proměnných prvky odrážející určitý budoucí vývoj (plnění díla nebo situace na trhu). Vymezení ceny díla v tomto případě musí být dostatečně určité, aby v čase byla cena díla objektivně zjistitelná. Případy sjednání způsobu určení ceny, jsou obvyklé zejména v případech, kdy nelze předem určit rozsah prováděných prací či náklady zhotovitele (např. stavební práce vykonávaná pomocí bagrů se stanoví způsobem určení ceny tak, že se odpracovaný počet hodin dané mechanizace vynásobí určenou jednotkovou, tedy de facto způsobem měření ve smyslu CONS). U tohoto způsobu sjednání ceny díla je vhodné sjednat, jakým způsobem zhotovitel doloží objednateli rozsah provedených prací a případně další náklady. (iii) Posledním způsobem přímého určení ceny díla je cena určená odhadem, přičemž je na dohodě smluvních stran, jaký způsob odhadu zvolí. Z daných způsobů přímého určení ceny díla je tento způsob určení nejméně vhodný, neboť NOZ v § 2612 řeší situace, kdy dojde k překročení takto

¹⁵⁴ KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 420 s. ISBN 978-80-7552-161-3.

ujednané ceny: „Zjistí-li zhotovitel po uzavření smlouvy, že cenu určenou odhadem bude třeba podstatně překročit, oznámí to objednateli bez zbytečného odkladu s odůvodněným určením nové ceny; neučiní-li to bez zbytečného odkladu poté, co potřebu zvýšení ceny zjistil, anebo zjistit měl a mohl, nemá právo na zaplacení rozdílu v ceně. Objednatel může od smlouvy odstoupit; poměrnou část původně určené ceny zhotoviteli zaplatí, má-li z částečného plnění zhotovitele prospěch. Neodstoupí-li objednatel od smlouvy bez zbytečného odkladu po doručení oznámení o vyšší ceně, platí, že se zvýšením ceny souhlasí.“ Méně časté případy, které ovšem NOZ také umožňuje, je platné uzavření smlouvy o dílo i bez přímé dohody stran o ceně díla. Odborná literatura ovšem z pohledu možných budoucích sporů tento způsob uzavření smlouvy spíše nedoporučuje. Jedná se však o autonomii vůle smluvních stran takovým způsobem smlouvu uzavřít. NOZ užitím spojení „... platí za ujednanou cena ...“ volí nevyvratitelnou právní domněnku stanovení ceny díla v takových případech. Cena díla zhotovitele, kterou je objednatel povinen plnit, bude odpovídat ceně placené za totéž nebo srovnatelné dílo v době uzavření smlouvy a za obdobných podmínek, platí se tedy úplata obvyklá. Význam ujednání o ceně pro posouzení, zda smlouva vznikla, či nikoli tedy zůstává zachován. Rozhodující je ale posouzení vůle stran – z okolností a obsahu smlouvy musí být zjevné, že strany smlouvu již uzavřely (§ 1792 NOZ), neboť v opačném případě platí, že je-li ale uzavírána úplatná smlouva a úplata není sjednána, ale je zjevné, že smlouva ještě není uzavřena (§ 1725 NOZ), pak smlouva nevznikla. Dané vyplývá z aplikovatelnosti stávající judikatury. Např. (i) „Jestliže se účastníci nedohodli o výši ceny díla, způsobu jejího určení a ani z jejich jednání nevyplývala vůle smlouvu o dílo uzavřít bez tohoto určení, pak smlouva nevznikla; plnění žalobce je tak plněním bez právního důvodu, a nikoliv plněním z neplatné smlouvy“¹⁵⁵; (ii) „Účastníci smlouvy o dílo si nemohou platně sjednat předběžnou cenu díla, která má být posléze dohodou stran upřesněna, pokud nebyl stanoven žádný způsob určení výsledné ceny díla“¹⁵⁶; „Pokud v době sjednávání dohody o předmětu díla účastníci neuvažovali o možnosti zaplacení ceny díla „objednatelem“, nelze než dovodit, že vůle účastníků nesměřovala k uzavření smlouvy o dílo“¹⁵⁷; „Stejně tak odkaz na obchodní zvyklosti není přípustným způsobem určení ceny díla“¹⁵⁸; „Dohoda účastníků smlouvy o dílo, že objednatel je povinen zaplatit dílčí faktury

¹⁵⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 05.05.2010, sp. zn. 32 Cdo 5170/2008.

¹⁵⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14.09.2009, sp. zn. 32 Cdo 2747/2009.

¹⁵⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.07.2004, sp. zn. 32 Odo 543/2003.

¹⁵⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 09.07.2009, sp. zn. 23 Cdo 2006/2009.

až po předchozím odsouhlasení těchto faktur třetí osobou, není odkládací podmínkou, nýbrž smluveným předpokladem pro vznik nároku na úhradu záloh“¹⁵⁹; „Na platnost smlouvy o dílo přitom nemá vliv, že byla uzavřena v době, kdy již byly některé práce provedeny.“^{160,161}

Provedení vyhrazených změn souvisí i s ex post uveřejňovací povinností smluvních stran na profilu zadavatele, resp. v registru smluv. Autor této práce záměrně zmiňuje povinnosti smluvních stran ve vztahu k registru smluv, nikoliv např. pouze povinnost objednatele (zadavatele), neboť ve smyslu § 5 odst. 1 ZRS „osoba uvedená v § 2 odst. 1 nebo smluvní strana smlouvy zašle smlouvu správci registru smluv k uveřejnění prostřednictvím registru smluv bez zbytečného odkladu, nejpozději však do 30 dnů od uzavření smlouvy ...“, přičemž toto oprávnění smluvní strany (typicky zhotovitele) nelze smluvně vyloučit např. tím, že objednatel vloží do smlouvy obdobné ustanovení: zveřejnění uzavřené smlouvy v registru smluv zajišťuje pouze objednatel (srov. § 1 odst. 2 NOZ a § 580 odst. 1 NOZ). Samotná uveřejňovací povinnost souvisí s otázkou, zda je vyhrazená změna závazku změnou závazku samotného nebo nikoliv. U změn, které nejsou změnou závazku, ale změnou samotné veřejné zakázky (mění se zadávací řízení nikoliv smlouva, typicky měření), není nutné uzavírat dodatek ke smlouvě a zadavatel není povinen „změnu“ uveřejnit v registru smluv dle ZRS. Naopak ke změnám, které změnou závazku jsou (např. prodloužení doby plnění zakázky, prodloužení záruční doby apod.), je zapotřebí uzavřít dodatek ke smlouvě (nebo např. změnový list) a změnu uveřejnit v registru smluv dle ZRS.¹⁶² Veřejný zadavatel v takovém případě nemusí uveřejňovat změnu na profilu zadavatele, neboť ve smyslu § 219 odst. 1 písm. d) ZZVZ nemusí zadavatel uveřejnit na profilu zadavatele uzavřenou smlouvu na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků, pokud smlouvu uveřejňuje podle jiného právního předpisu, kterým je v tomto případě právě ZRS. ZZVZ ovšem stanovuje zadavateli povinnost uveřejnění do 15 dnů uzavření smlouvy, změny nebo dodatku ke smlouvě, kdežto § 5 odst. 2 ZRS ukládá povinné osobě povinnost zaslat smlouvu (resp. změnu nebo dodatek ke smlouvě) k uveřejnění prostřednictvím registru smluv bez zbytečného odkladu, nejpozději však do 30 dnů

¹⁵⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26.11.2003, sp. zn. 32 Odo 894/2002.

¹⁶⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.03.2001, sp. zn. 29 Cdo 2173/99.

¹⁶¹ HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 2072 s. ISBN: 978-80-7400-287-8.

¹⁶² DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

od uzavření smlouvy (resp. změny nebo dodatku ke smlouvě). K problematice rozdílné lhůty pro uveřejnění vydalo MMR, Ministerstvo vnitra a ÚOHS společné stanovisko, ve kterém uvádí, že „... podle § 8 odst. 4 zákona o registru smluv platí, že „je-li v souladu s tímto zákonem uveřejněna smlouva, která má být uveřejněna podle zákona o veřejných zakázkách, je tím splněna povinnost uveřejnit ji podle zákona o veřejných zakázkách“. I když je v odkazu použita formulace „zákon o veřejných zakázkách“, je vzhledem k účelu ustanovení (kterým je zabránit duplicitě uveřejňování) a s přihlédnutím k historickému výkladu toto ustanovení aplikovatelné nejen na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ale i na nový zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který předchází zákon o veřejných zakázkách plně nahrazuje.“ Předmětné společné stanovisko tedy problematiku rozdílné lhůty pro splnění povinnosti uveřejnit vykládá, dle autora této práce správně tak, že zvláštní předpis (ZRS) stanovuje lhůtu k uveřejnění, a proto daná smlouva (její změna nebo dodatek ke smlouvě) zasláná k uveřejnění v registru smluv nejpozději 30. den po uzavření, tak byla zaslána k uveřejnění v souladu se ZRS, tedy ve lhůtě podle jiného právního předpisu a vztahuje se na ni výjimka § 219 odst. 1 písm. d) ZZVZ.¹⁶³ K danému je nutno ještě podotknout, že výše uvedená výjimka z uveřejňování smlouvy (její změny nebo dodatku ke smlouvě) dle ZZVZ se vztahuje pouze na povinné subjekty ve smyslu § 2 odst. 1 ZRS, tedy nikoliv např. na zadavatele ve smyslu § 4 odst. 2 ZZVZ (tzv. dotovaného zadavatele dle znění § 2 odst. 3 ZVZ), který ačkoliv je povinen postupovat v zadávacím řízení podle ZZVZ, neuveřejňuje smlouvu v registru smluv, a proto musí postupovat dle § 219 odst. 1 ZZVZ a je pro něj závazná lhůta k uveřejnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatku ve lhůtě 15 dnů od uzavření.

¹⁶³ Společné stanovisko MMR, MV a ÚOHS k problematice vztahu povinnosti uveřejnit smlouvu na veřejnou zakázku podle zákona o zadávání veřejných zakázek a povinnosti uveřejnit smlouvu podle zákona o registru smluv. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky.html>

5.2.2 Rozsudek ESD Finn Frogne A/S^{164,165}

Obdobně jako rozsudek Pressetext ke změně závazků ze smlouvy, který je podroben bližšímu rozboru u odst. 1, lze i k § 100 ZZVZ, tedy vyhrazeným změnám závazku, dohledat rozsudek ESD, konkrétně ze dne 07.09.2016 v řízení o předběžné otázce k čl. 2 směrnice 2004/18/ES mezi Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (středisko státní policie pro komunikaci v nouzové situaci, Dánské království, dále jen „CFB“) o to, zda je v souladu s právními předpisy dohoda o narovnání uzavřená mezi CFB jakožto veřejným zadavatelem a společností Terma A/S jakožto úspěšným uchazečem o veřejnou zakázku v rámci plnění této veřejné zakázky.¹⁶⁶

CFB bylo zadavatelem veřejné zakázky ve formě soutěžního dialogu¹⁶⁷, jejímž předmětem byl vývoj počítačového systému, konkrétně dodání globálního komunikačního systému společného pro všechny útvary záchranné služby a údržby. Veřejná zakázka byla zadána společnosti Terma A/S (dále jen „Terma“) v celkové částce zhruba 70,5 mil. EUR, z čehož cca 40,2 mil. EUR připadalo na řešení popsané zadávací dokumentací a zbývající část, tedy cca 30,3 mil. EUR obsahovalo fakultativní položky a plnění, která nebyla zadavatelem nezbytně požadována.¹⁶⁸ V důsledku neplnění dodacích lhůt veřejné zakázky se CFB a TERMA dohodly o narovnání – omezení veřejné zakázky na dodání radiokomunikačního systému krajským policejním sborům za cca 4,7 mil. EUR a dvou centrálních serverových farem v hodnotě cca 6,7 mil. EUR, které v původní znění veřejné zakázky měla TERMA CFB pronajímat. Ve zbytku se smluvní strany dohodly na vzdání se všech práv vyplývajících z původní veřejné zakázky. Před dokončením dohody o narovnání CFB uveřejnila v Úředním věstníku Evropské unie oznámení o dobrovolné transparentnosti ex ante.¹⁶⁹ Ačkoliv se společnost Finn Frogne A/S

¹⁶⁴ Rozsudek Soudního dvora (osmého senátu) ze dne 07.09.2016, ve věci C-549/14, Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation. *Soudní dvůr Evropské unie* [online]. Dostupné z:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd17fef89b298442b6878cfce1d9553feb.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNchb0?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=cs&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=229453>

¹⁶⁵ PAVLÍČEK, Libor. *Přelomový rozsudek ESD Finn Frogne A/S a podstatná změna závazku*, ze dne 25.04.2017 [online]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/prelomovy-rozsudek-esd-finn-frogne-as-a-podstatna-zmena-zavazku-105813.html>

¹⁶⁶ Odst. 1 a 2 rozsudku.

¹⁶⁷ Původním zadavatelem bylo Dánské království, CFB se až později stalo veřejnoprávním orgánem odpovědným za tuto zakázku – odst. 1. rozsudku.

¹⁶⁸ Odst. 9 rozsudku.

¹⁶⁹ Odst. 10 až 12 rozsudku.

(dále jen „Frogne“) neúčastnil zadávacího řízení na veřejnou zakázku^{170,171}, podala společnost Frogne proti tomuto postupu stížnost ke komisi pro stížnosti související se zadáváním veřejných zakázek (Klagenævnet for Udbud), přičemž tato komise stížnost rozhodnutím zamítla. Stejně rozhodl i odvolací soud východních oblastí (Østre Landsret). Dánský soud prvního stupně přijal argumentaci CFB a stížnost zamítl s tím, že CFB a Terma projednávali základní podmínky původní zakázky s cílem objektivně optimalizovat změněné podmínky, vůli stran nalézt přijatelné řešení v rámci závazkového práva a snahu vyhnout se riziku nepřiměřených ztrát. Proti tomuto rozhodnutí podala společnost Frogne odvolání k Nejvyššímu soudu Dánska (Højesteret), kdy stěžovatel měl za to, že změna učiněná ve veřejné zakázce je změnou podstatnou, ať již co se týče předmětu změněné zakázky nebo její významně snížené hodnoty, přičemž pozměněná zakázka mohla být zajímavá i pro menší podniky.¹⁷² CFB zmínila dva aspekty narovnání a to významné omezení plnění (ve vztahu k radiokomunikačnímu systému), což je situace, kterou unijní právo neupravuje; a u nabytí centrálních serverových farem, u nichž se forma užívání změnila z pronájmu na nabytí vlastnických práv, není dle CFB podstatnou změnou smlouvy.¹⁷³ Nejvyšší soud Dánska položil ESD následující předběžnou otázku: *„Musí být článek 2 směrnice 2004/18 ve spojení s rozsudky Soudního dvora ze dne 19. června 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351) a ze dne 13. dubna 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182) vykládán v tom smyslu, že dohoda o narovnání, která obsahuje omezení a změny plnění původně sjednaných v rámci smlouvy, která již byla předmětem zadávacího řízení, jakož i ujednání o vzájemném vzdání se uplatňování sankcí za porušení smlouvy s cílem zabránit pozdějšímu sporu, je*

¹⁷⁰ Bez ohledu na neúčast ve veřejné zakázce daného dodavatele, mohl postup zadavatele „podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť jak dovodil Úřad výše, nelze vyloučit, že zadavatelem provedená změna zadávacích podmínek mohla jednak zvýšit časovou náročnost zpracování nabídky ... a jednak ovlivnit i samotné rozhodování dalších uchazečů zda se zúčastní zadávacího řízení ... Nelze tedy vyloučit, že při dodržení postupu dle § 40 odst. 3 zákona (pozn. aut. ZVZ) (tj. při řádném prodloužení lhůty pro podání nabídek) mohl zadavatel obdržet nabídky i od jiných uchazečů, stejně jako nelze vyloučit, že v takovém případě mohl obdržet jiné (ve smyslu jinak naceněné) nabídky i od uchazečů, kteří se zadávacího řízení zúčastnili.“ – z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 13.07.2015, č. j. ÚOHS-R217/2015/VZ-25855/2016/321/MMI. Rozhodovací praxe ÚOHS je v tomto konstantní, viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19.02.2014, č. j. ÚOHS-R87/2011/VZ-3650/2014/310/PMo; rozhodnutí ÚOHS ze dne 16.10.2015, č. j. ÚOHS-S0457/2015/VZ-34190/2015/512/PMu; rozhodnutí ÚOHS ze dne 17.10.2011, č. j. ÚOHS-S251/2011/VZ-13668/2011/510/KČe; apod.

¹⁷¹ Obdobné závěry k ÚOHS v předchozí poznámce pod čarou lze sledovat i v rozsudcích ESD, např. rozsudek ESD ze dne 23.12.2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili, věc C-376/08; rozsudek ESD ze dne 14.11.2013, Belgacom, věc C-221/12 apod.

¹⁷² Odst. 13 až 21 rozsudku.

¹⁷³ Odst. 22 rozsudku.

smlouvou, která sama o sobě musí být předmětem zadávacího řízení, pokud při plnění původní smlouvy vyvstanou obtíže?“

Z judikatury ESD vyplývá, že zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti, která z ní vyplývá, brání tomu, aby veřejný zadavatel a úspěšný uchazeč po zadání zakázky změnili ustanovení, jimiž se řídí tato zakázka tak, že tato ustanovení budou mít podstatně odlišné charakteristiky od charakteristik ustanovení pro původní zakázku.¹⁷⁴ ESD konstatoval, že „vzhledem k tomu, že původní objem této zakázky byl natolik velký, že se mohly přihlásit do zadávacího řízení nebo podat nabídku jen některé podniky, může snížení objemu uvedené zakázky vést k tomu, že se stane zajímavou také pro menší hospodářské subjekty. Dále vzhledem k tomu, že minimální úroveň způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být v souladu s čl. 44 odst. 2 druhým pododstavcem směrnice 2004/18 vztaheny k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné, může vést omezení předmětu zakázky k úměrnému snížení požadovaných způsobilostí zájemců nebo uchazečů.“¹⁷⁵ Podstatná změna musí vést k novému zadávacímu řízení (viz obdobně rozsudek ESD ze dne 13.04.2010, Wall, věc C-91/08, EU:C:2010:182, bod 42). Jinak by tomu bylo, pokud by tato změna byla upravena v doložkách dokumentace k původní veřejné zakázce (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 19.06.2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, body 37, 40, 60, 68 a 69).¹⁷⁶ Bez ohledu, zda k podstatné změně podmínek smlouvy došlo z vůle stran anebo z objektivních důvodů (tedy bez úmyslu smluvních stran, jako je tomu v tomto případě), tak ani objektivně nepředvídatelná povaha nemůže odůvodnit skutečnost, že o této změně bylo rozhodnuto, aniž byla dodržena zásada rovného zacházení, která musí být uplatněna na všechny subjekty, které mohou mít potenciálně zájem o veřejnou zakázku.¹⁷⁷ S ohledem na předmět plnění některých zakázek lze ovšem s určitou mírou předvídat vznik obtíží ve fázi plnění. Veřejný zadavatel si tak může v zadávací dokumentaci vyhradit možnost provést některé i podstatné změny po podpisu smlouvy. I v takovém případě je nezbytné striktní dodržování podmínek stanovených v zadávací dokumentaci a to až do skončení fáze plnění dané zakázky. Veřejný zadavatel tím, že výslovně upraví možnost a podmínky uplatnění změn plnění veřejné zakázky, zajistí, že všechny hospodářské subjekty jsou s případnými změnami seznámeny od začátku a je k nim tak

¹⁷⁴ Odst. 28 rozsudku.

¹⁷⁵ Odst. 29 rozsudku.

¹⁷⁶ Odst. 30 rozsudku.

¹⁷⁷ Odst. 31 a 32 rozsudku.

přístupováno rovným způsobem v okamžiku podávání nabídek (viz obdobně rozsudek ESD ze dne 29.04.2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta, věc C-496/99 P, EU:C:2004:236, body 112, 115, 117 a 118).¹⁷⁸

K předběžné otázce rozhodl ESD takto: „Článek 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, musí být vykládán v tom smyslu, že po zadání veřejné zakázky nemůže být tato zakázka podstatně změněna bez zahájení nového zadávacího řízení, a to ani tehdy, když je objektivně tato změna způsobem narovnání, v rámci něhož je sjednáno, že strany se vzájemně vzdají svých nároků s cílem ukončit spor, jehož výsledek je nejistý a jenž vznikl z důvodu obtíží s plněním této zakázky. Jinak by tomu bylo, pokud by v dokumentaci k zadávacímu řízení na uvedenou veřejnou zakázku byla upravena možnost změnit některé, i podstatné, podmínky této zakázky po jejím zadání a stanoveny podmínky uplatnění této možnosti.“

V kontextu výše uvedeného je vhodné, aby zadavatel, který jedná s péčí řádného hospodáře (s ohledem na předchozí vlastní zkušenosti, rozhodovací praxi ÚOHS, Krajského soudu v Brně a NSS), již do zadávacích podmínek specifikoval skryté riziko plnění veřejné zakázky, tak jak je uvedeno výše u komentáře k odst. 2. K tomuto je vhodné zmínit i rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 16.10.2014, č. j. ÚOHS-R301/2013/VZ-21779/2014/321/OHo, ve kterém si zadavatel (Ústav pro studium totalitních režimů, IČO 75112779) v době vyhlášení veřejné zakázky vyhradil opční právo, přičemž v době uveřejnění veřejné zakázky dostačovalo připojení o rychlosti nejméně 100 Mb/s, ovšem zadavatel předpokládal, že tato rychlost nebude finálně plně vyhovovat jeho potřebám a na základě opčního práva v souladu s § 99 odst. 1 ZVZ zakotvil ve svých požadavcích možnost několikanásobného navýšení rychlosti připojení. Předseda ÚOHS k uvedenému konstatoval (odst. 43 a 43 rozhodnutí), že „... součástí zadávacích podmínek byly i body 3 až 5 přílohy č. 1 zadávací dokumentace. Jako takové je tak navrhovatel nemůže opomenout při koncipování své nabídky. Pakliže si zadavatel vyhradil opční právo na zvýšení rychlosti připojení na 1 Gb/s a vyčlenění kapacity pro komunikaci se záložním datovým centrem umístěným na páteři u providera s požadovanou SAN konektivitou 8 Gb/s na internetovou přípojku objektu Siwiewcova, je oprávněn toto plnění požadovat ihned po zahájení plnění veřejné zakázky, pokud by nestanovil přechodnou dobu, po kterou akceptuje využití technologie, které takovouto rychlost

¹⁷⁸ Odst. 36 a 37 rozsudku.

připojení neumožňuje. Jsem tudíž toho názoru, že situace předkládaná navrhovatelem je pouze teoretická a nelze ji brát za východisko, na základě kterého bude koncipována jeho nabídka, když z informací obsažených v zadávací dokumentaci vyplývá, že zadavatel může navýšení rychlosti připojení požadovat ihned po uplynutí přechodného období 6 měsíců od zahájení plnění smlouvy ... Úřad ostatně v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, že požadavky uvedené v bodech 3 a 5 přílohy č. 1 zadávací dokumentace byly součástí nabídkové ceny, která byla předmětem hodnocení. Jsem toho názoru, že z uvedeného nevyplývá teze navrhovatele, že by nebyla odůvodněná zadavatelova volba cenově dražší technologie připojení, naopak zadavatel, jak ostatně vyplývá z jeho vyjádření, technické požadavky poptávaného plnění koncipoval s ohledem na budoucí navyšování rychlosti připojení, flexibilitu navýšení rychlosti a na spolehlivost technického zajištění plnění, přičemž tyto požadavky v odpovídající kvalitě dle znaleckého posudku splňuje pouze připojení prostřednictvím optického kabelu. Jednalo se pak o kvalitativní požadavky, které zadavatel v zadávacích podmínkách zakotvil s ohledem na své budoucí povinnosti vyplývající z dalších zákonů, tudíž se nejednalo o skrytou diskriminaci v důsledku nedůvodného požadavku zadavatele.“

5.3 Komentář k odst. 3 § 222 ZZVZ – Podstatné změny závazku ze smlouvy – generální klauzule

Generální klauzule je takové zákonné ustanovení, které obecně popisuje určitou právní zásadu, přičemž její aplikace na konkrétní situace obvykle vyžaduje další upřesnění. Obdobně jako u nekalosoutěžních jednání v hospodářské soutěži, je i ustanovení odst. 3 oním základním (subsidiárním) pravidlem pro nepovolené podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku vůči speciálním skutkovým podstatám (odst. 2, 4, 5, 6 a 7). Odst. 4 až 6 stanovují jiná pravidla pro posuzování podstatnosti změny závazku, tudíž pokud změna závazku splní kteroukoliv podmínku dle odst. 4 až 6, tak se další posouzení ještě podle odst. 3 nevyžaduje. Odst. 7 naproti tomu stanovuje podrobnější pravidla pro posuzování podstatných změn u stavebních prací než odst. 3, tudíž pokud změna závazku vyhoví odst. 7, tak jsou naplněny i podmínky podle odst. 3 (uvedené se nevztahuje na veřejné zakázky na dodávky nebo služby, stejně jako na stavební práce, u nichž

není stanoven výkaz výměr stavebních prací, ale jsou zadávány metodou design and build, tedy dle § 92 odst. 2 ZZVZ na základě požadavků na výkon nebo funkci).¹⁷⁹

Důvodové zprávě se k podstatným změnám podařilo vytvořit nejasnost tím, že uvádí „... *Rozhodně však není možné, aby zadavatel v případě veřejné zakázky na dodávky, jejímž cílem bude pořízení dopravních prostředků – automobilů, umožnil změnu, která by spočívala v záměně 1 automobilu za 1 loď, a to ani tehdy, pokud by podmínky podle § 222 odst. 4 byly splněny (v takovém případě by se jednalo o nepovolenou podstatnou změnu ve smyslu § 222 odst. 3 a o porušení zásad podle § 6).*“ Důvodová zpráva tedy de facto uvádí, že možná změna závazku, jejíž hodnota by splňovala podmínku odst. 4 písm. b) (změny de minimis), by měla být posouzena jako podstatná změna dle odst. 3.¹⁸⁰ Tento názor ovšem neodpovídá Směrnici, odborné literatuře i rozhodnutím ÚOHS, kdy záměna automobilu za loď již nesplňuje podmínky v odst. 4 sama o sobě, neboť by se nejednalo o změnu, „... *kteřá nemění celkovou povahu veřejné zakázky.*“ Směrnice k tomuto v čl. 72 odst. 2 uvádí, že „*smlouvy na veřejnou zakázku je rovněž možné měnit bez zahájení nového zadávacího řízení podle této směrnice, a aniž je nutné ověřovat, zda jsou splněny podmínky stanovené v odst. 4 písm. a) až d)* (pozn. autora – vymezení podstatných změn), *pokud je hodnota změny nižší než obě následující hodnoty ...*“, přičemž hodnoty de minimis ve Směrnici a § 222 odst. 4 ZZVZ jsou totožné (10 % původní hodnoty závazku, nebo 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce), a tudíž podmínky uvedené v § 222 odst. 4 ZZVZ nevyžadují ještě splnění podmínek dle § 222 odst. 3 ZZVZ. Tento závěr, tedy že změna závazku ze smlouvy nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky, i pokud by se nejednalo o změnu podstatnou a naplňující limity Zákona, je uveden i v rozhodnutí ÚOHS ze dne 02.06.2016, č. j. ÚOHS-S0228/2016/VZ-23733/2016/512/LVa, a to, že „... *i pokud by se jednalo o změnu závazku ze smlouvy s charakterem podstatné změny, ale nikoli měnící celkovou povahu veřejné zakázky, a tato změna by nedosáhla limitu pro nadlimitní veřejnou zakázku a limitu 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce (viz bod 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tato změna nebude považována za podstatnou (a tedy za změnu, která je dle § 82 odst. 7 zákona zakázána).*“

¹⁷⁹ HERMAN, Pavel; FIDLER, Vlastimil a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. 639 s. ISBN: 978-80-7380-660-6.

¹⁸⁰ ŠAFRÁNEK, Ondřej; SKALSKÁ, Helena. *Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se zaměřením na změnu de minimis*, ze dne 30.11.2016 [online]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/zmena-zavazku-ze-smlouvy-na-verejnou-zakazku-se-zamerenim-na-zmenu-de-minimis-103523.html>

Další podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je také nahrazení dodavatele jiným dodavatelem ve smyslu odst. 10 (blíže viz komentář k odst. 10 níže), přičemž absence konzistentnosti podstatných změn v rámci jednoho souhrnného ustanovení Zákona může být přinejmenším matoucí, tím spíše, že Směrnice má všechny podstatné změny uvedeny pohromadě.¹⁸¹

Ustanovení odst. 3 je de facto obdobou § 82 odst. 7 ZVZ¹⁸² týkající se zákazu umožnění podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy (které vycházejí zejména z rozsudku ESD ze dne 09.06.2008, věc C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, odst. 35 až 37), přičemž přechází právní úprava ZVZ neumožňovala měnit smlouvu na plnění veřejné zakázky podstatným způsobem, připuštěny byly pouze změny nepodstatné. Nepodstatné změny byly vymezeny negativně a explicitně uvedeny v daném ustanovení, a tedy se a contrario dovozovalo, že změna, která nenaplnuje uvedené znaky, je nepodstatná a tudíž povolena (nebylo nezbytné provedení nového zadávacího řízení).

Změny jako takové nemusejí být pouze kvalitativního či kvantitativního charakteru, ale i změny závazkového vztahu (např. změna výše smluvní pokuty, termínu dokončení plnění apod.), přičemž všechny tyto změny je nutno posoudit podle obecných skutkových podstat dle odst. 3, ve kterých jsou stanoveny případy nepovolených podstatných změn:

„Podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by

- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,*
- b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo*
- c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.“*

Ad a) Písm. a) definuje podstatné změny, které nebyly v původních zadávacích podmínkách obsaženy, a které mohou ovlivnit „*účast jiných dodavatelů*“ nebo „*výběr dodavatele*.“ Jedná se zejména o změny, které by měly

¹⁸¹ Srov. čl. 72 odst. 4 Směrnice.

¹⁸² § 82 odst. 7 byl do ZVZ vložen zákonem č. 55/2012 Sb., tedy tzv. „transparentní novela“ s účinností od 01.04.2012.

vliv na posuzování kvalifikace či hodnotících kritérií anebo které jsou v rozporu s provedeným posouzením a hodnocením nabídek.¹⁸³

Pojem „účast jiných dodavatelů“ je převzat z čl. 72 odst. 4 písm. a) Směrnice, ve které jsou předpokládány dvě možné situace a to, že změna závazku ze smlouvy zavádí podmínky, které pokud by byly součástí původního zadávacího řízení, tak (i) by umožnily přístup jiných (ve smyslu odlišných) dodavatelů než těch, kteří byli původně vybráni nebo (ii) by k účasti na zadávacím řízení přilákaly další (ve smyslu dodatečných) účastníky.

Posuzování splnění kvalifikace je prováděno v průběhu zadávacího řízení, přičemž po ukončení zadávacího řízení¹⁸⁴ není možné provést změnu požadavků na kvalifikace (na rozdíl od změny závazků ze smlouvy), tedy není možné zpětně zasahovat do zadávacích podmínek. Jako příklad lze uvést následující situace: (i) vymezená část plnění veřejné zakázky by přestala být předmětem smlouvy, přičemž na tuto část byla navázána určitá kvalifikace (a to profesní způsobilost, ekonomická kvalifikace anebo technická kvalifikace), které by „odradila“ nebo přímo neumožnila účast potencionálních dodavatelů ve veřejné zakázce (např. zadavatel by v rámci technické kvalifikace, z důvodu složité dopravní situace v místě plnění veřejné zakázky, požadoval, aby byl odvoz stavební sutě zajištěn prostřednictvím říční lodní dopravy, přičemž takovýto požadavek není běžný a kvalifikaci by tak zřejmě splňoval jen velmi omezený počet dodavatelů, přičemž zadavatel by v průběhu realizace plnění veřejné zakázky tento požadavek zrušil), (ii) v průběhu plnění veřejné zakázky by došlo ke změně člena týmu anebo poddodavatele, který se podílel na prokázání kvalifikace, přičemž nový člen týmu (resp. poddodavatel) požadovanou kvalifikací nedisponuje (např. požadavek zadavatele na předložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci osoby zodpovědné za vedení příslušných prací - stavbyvedoucího, který musí splňovat kvalifikaci minimálně v rozsahu a) autorizace autorizovaný inženýr/ technik v oboru „dopravní stavby“ podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů, b) VŠ nebo SŠ vzdělání stavebního směru, c) praxe v oboru minimálně 10 let a d) v pozici stavbyvedoucího

¹⁸³ KLEE, Lukáš, DVOŘÁK, David a kol. *Metodika pro správu změn díla (variací) u stavebních zakázek financovaných z rozpočtu SFDI podle smluvních podmínek FIDIC (Červené knihy) ve vztahu k úpravě zadávání veřejných zakázek* [online]. 1. vydání. Praha: Státní fond dopravní infrastruktury, 2018, s. 52. ISBN: 978-80-907177-9-4. Dostupné z: https://www.sfdi.cz/soubory/obrazky-clanky/metodiky/2018_metodika_variaci_1_vydani.pdf

¹⁸⁴ Dle § 51 odst. 1 ZZVZ.

stavby řídil v posledních 5 letech minimálně 3 stavby charakteru stejného nebo obdobného s předmětem této zakázky (výstavba nebo oprava silnice), a to v rozsahu min. 5 000 m² u každé z nich, přičemž jejich součástí byla pokládka hutněných obrusných vrstev; tato odborně způsobilá osoba by byla v průběhu realizace veřejné zakázky nahrazena osobou, která by výše uvedenou kvalifikaci zadavatele nesplňovala), přičemž danou část veřejné zakázky by plnil člen týmu anebo poddodavatel, který by ale pro tuto část nebyl kvalifikovaný, a zadavatel by tak svým způsobem rezignoval na své kvalifikační požadavky, snižoval jejich význam nebo je zcela vylučoval, (iii) zadavatel by využil možnosti § 105 odst. 2 ZZVZ a pro určené významné činnosti požadoval, aby byly plněny přímo vybraným dodavatelem, přičemž by mělo platit, že jestliže bude na zadavatelem určené významné činnosti, které mohou být plněny pouze vybraným dodavatelem, navázány kvalifikační požadavky, tak by nemělo být možné kvalifikační požadavky prokazovat jinou osobou ve smyslu § 83 ZZVZ, a bude nezbytné, aby tyto určené významné činnosti prokazoval a plnil pouze daný účastník¹⁸⁵ (případně i účastník ve smyslu § 82 ZZVZ), ovšem zadavatel by při realizaci plnění vědomě akceptoval, že plnění neprovádí vybraný dodavatel, který byl účastníkem zadávacího řízení, nýbrž by tyto činnosti prováděl poddodavatel, apod.

Jako vzorový příklad rozhodnutí ÚOHS, které je zaměřeno na výhradu zadavatele, že určené významné činnosti musejí být plněny přímo vybraným dodavatelem, lze uvést rozhodnutí ÚOHS ze dne 18.01.2016, č. j. ÚOHS-S0839/2015/VZ-02072/2016/523/MKv: „... ve vztahu k posouzení tohoto případu pak lze konstatovat, že v případě, kdy z předložených osvědčení objednatele neplyne, zda vybraný uchazeč realizoval strojní pokládku hutněných asfaltových směsí sám nebo prostřednictvím subdodavatele, nemůže mít zadavatel jistotu, že vybraný uchazeč provede strojní pokládku hutněných asfaltových směsí jako součást dalších stavebních prací ve veřejné zakázce s dostatečnou odborností a v odpovídající kvalitě, neboť s takovou prací vlastně nemusí mít ani žádné zkušenosti (jeho zkušenost může spočívat toliko v zajištění či organizaci provedení těchto prací). V tomto smyslu, pokud by zadavatel za situace, kdy si vyhradil s odkazem na § 44 odst. 6 zákona požadavek na pokládku hutněných asfaltových směsí bez pomoci subdodavatele, připustil prokázání splnění technického

¹⁸⁵ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) ve vztahu k těmto pracím referencí generálního dodavatele, tento technický kvalifikační předpoklad vůbec neplnil svůj smysl. V případě, že pokládku nerealizoval v předložených referenčních stavbách vybraný uchazeč sám, by došlo pouze k formálnímu naplnění technických kvalifikačních předpokladů, nikoli však jejich materiální podstaty – tedy ověření reálných schopností a dovedností dodavatele z již realizovaných staveb (a to schopností a dovedností, které mají ve vztahu k zadávané veřejné zakázce význam, přičemž žádného významu nemá schopnost zorganizovat určité plnění za pomoci subdodavatelů, když tento dodavatelský systém uchazeč nemůže díky výhradě zadavatele při realizaci předmětné veřejné zakázky použít). V tomto smyslu se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozhodnutí sp. zn. 62 Af 16/2014 ze dne 2. 9. 2015 (byť se úvahy soudu v citovaném rozsudku týkají problematiky ekonomických a finančních předpokladů, jsou zobecnitelné a plně aplikovatelné i na technické kvalifikační předpoklady). ...“¹⁸⁶

Možnost ovlivnění výběru dodavatele se typicky vztahuje na situace, kdy by se změny mohly přímo dotknout procesu hodnocení nabídek. Příklady ovlivnění výběru dodavatele se mohou prolínat s písm. b) a to změnou ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného dodavatele. Příkladem jsou zásahy do hodnot, které byly předmětem hodnocení nabídky vybraného dodavatele (např. navýšení ceny, zkrácení záruční doby za provedené dílo, prodloužení doby plnění apod.), a de facto se jedná o změnu nabídky vybraného dodavatele, přičemž pokud by byla hodnota změny již součástí nabídky vybraného dodavatele, tak by tento subjekt nebyl vybrán.¹⁸⁷

Ad b) Písm. b) popisuje změnu ekonomické rovnováhy ze smlouvy, tedy takové změny, které podstatným způsobem mění uzavřenou smlouvu (obvykle vycházející ze závazného návrhu smlouvy zadavatele nebo závazných smluvních podmínek zadavatele pro vytvoření návrhu smlouvy ze strany účastníka). Změnou se rozumí zmírnění povinností vybraného dodavatele v neprospěch zadavatele. Ačkoliv je výše u písm. a) uvedeno, že se případy podstatných změn mohou prolínat, tak si lze (hypoteticky) představit situaci dodatečného zvýšení ceny či jiného hodnotícího kritéria tak, aby se i po úpravě jednalo o ekonomicky

¹⁸⁶ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.01.2016, č. j. ÚOHS-S0839/2015/VZ-02072/2016/523/MKv. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-13361.html>

¹⁸⁷ BÁBSKY, David. *Změny závazků ze smluv na veřejné zakázky*. Brno, 2018, s. 74. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

¹⁸⁷ § 48 ZZVZ.

nejvýhodnější nabídku, tedy nabídku první v pořadí, a tudíž by se nedalo použít písm. a) o možném ovlivnění výběru dodavatele.^{188,189}

Typickým příkladem možných změn dle předmětného ustanovení je např. zmírnění či úplné odstranění (i) smluvních pokut na dodavatele, (ii) povinnosti dodavatele ručit za prováděné dílo bankovní zárukou, (iii) pozastávek (zádržného), (iv) povinností dodavatele na dokladovou část týkající se prováděného plnění při příjemce objednatel, (v) prodloužení doby realizace (v případě, kdy by nebyl možný postup dle písm. a), tedy doba realizace by nebyla součástí kritérií hodnocení), (vi) zkrácení záruční doby za provedené dílo (v případě, kdy by nebyl možný postup dle písm. a), tedy délka záruční doby by nebyla součástí kritérií hodnocení) apod. Dále si lze představit i situaci, kdy dojde ke snížení rozsahu plnění (tzv. méněpráce), ovšem cena za plnění veřejné zakázky by zůstala zachována v původní hodnotě. A současně i příklad toho, kdy zadavatel v zadávacích podmínkách stanoví závazný termín plnění (nikoliv jako kritérium hodnocení), přičemž lze předpokládat, že v případě neúměrně krátkého stanovení doby realizace plnění veřejné zakázky, může dojít k ovlivnění účasti dodavatelů a zadavatel by měl každou nabídku, která by nerespektovala závazný termín plnění ze zadávacího řízení vyloučit, přičemž zadavatel by následně vybranému dodavateli prodloužil termín plnění na úměrnou dobu, čímž by došlo k ovlivnění výběru vybraného dodavatele. Tímto případem se zabýval ÚOHS v rozhodnutí ze dne 08.12.2014, č. j. ÚOHS-S793/2014/VZ-25901/2014/531/VČe: „... tím, že zadavatel modifikoval termín dokončení realizace předmětu plnění teprve až po uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem, se zadavatel dopustil porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení, neboť jeho jednání mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Nezbyvá tudíž než konstatovat, že zadavatel svým postupem umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, neboť dodatkem č. 1 změnil zadávací podmínku, která by za použití v původním zadávacím řízení byla způsobilá umožnit účast dalších potenciálních dodavatelů, tj. dopustil se porušení § 82 odst. 7 písm. b) zákona, potažmo § 6 odst. 1 zákona. ...“¹⁹⁰

¹⁸⁸ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

¹⁸⁹ Tímto příkladem není dotčena možnost zadavatele změny závazku ze smlouvy dle § 222 odst. 4 ZZVZ.

¹⁹⁰ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 08.12.2014, č. j. ÚOHS-S793/2014/VZ-25901/2014/531/VČe. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-12032.html>

V případě, že je změna uzavřené smlouvy provedena v neprospěch vybraného dodavatele, tzn. ve prospěch zadavatele, tak se má za to, že dochází ke zhoršení postavení vybraného dodavatele oproti výsledku zadávacího řízení, tudíž nikdo z účastníků není znevýhodněn, a taková změna je možná (např. navýšení smluvní pokuty za nedodržení termínu realizace plnění).

Změnu ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele posuzoval ÚOHS např. v rozhodnutí ze dne 20.11.2014, č. j. ÚOHS-S770,771,772/2014/VZ-24619/2014/511/JNp: „... k tomu, aby měli uchazeči stejnou příležitost zakázku získat, musí zadavatel nastavit zadávací podmínky pro všechny uchazeče totožně a bez rozdílu, tedy tak, aby dodržel zásadu rovného zacházení podle § 6 zákona. Tím, že zadavatel uzavřením dodatku č. 1 k původním smlouvám č. 1, 2, 3 a 4 upravil práva a povinnosti ve prospěch vybraného uchazeče veřejné zakázky III., kdy došlo mj. k úpravě lhůt pro plnění určitých povinností vybraného uchazeče III. a k úpravě sazeb smluvních pokut, resp. k jejich úplnému vypuštění (přičemž za zásadní považuje Úřad zejména úplné vypuštění smluvní pokuty ve výši 500.000,- Kč, resp. 50.000,- stanovené v původních smlouvách č. 1, 2, 3 a 4 pro případ porušení jakékoli smluvní povinnosti vybraným uchazečem veřejné zakázky III.) zvýhodnil právě vybraného uchazeče veřejné zakázky III. na úkor ostatních uchazečů, či potenciálních uchazečů. Uvedené změny tedy jednoznačně měly charakter změn měnících ekonomickou rovnováhu ve prospěch vybraného uchazeče, a s ohledem na závěry výše citovaného rozsudku Soudního dvora je nutno je považovat za změny nepřípustné.“¹⁹¹

Ad c) Za podstatnou změnu se považuje taková změna, která by vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky o plnění, které nebylo v původním zadávacím řízení předpokládáno a současně není uskutečněno nové zadávací řízení (případy kvantitativní změny předmětu veřejné zakázky dle odst. 4, 5, 6 a 9). Ovšem není jednoznačně zřejmé, zda je možné samostatně splnit podmínku § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ o nevýznamném rozšíření rozsahu plněné veřejné zakázky, za současného nesplnění podmínek odst. 4 až 6 a 9.¹⁹², což je obdobně uvedeno i v jiném komentáři, „za nepřípustnou je nezbytné dále považovat

¹⁹¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.11.2014, č. j. ÚOHS-S770,771,772/2014/VZ-24619/2014/511/JNp. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-12717.html>

¹⁹² DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

*změnu, která značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřuje obecně o jakékoliv plnění dodavatele, které původně nebylo předpokládáno.*¹⁹³

Příkladem významného rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky je i technicky související plnění, např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 25.09.2012, č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe: „... Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že z textu dodatku vyplývá, že jeho uzavřením došlo k podstatné změně v předmětu plnění veřejné zakázky, neboť byly pořízeny nové a modernější komponenty HW zařízení a rovněž nové SW vybavení. Z uvedeného důvodu nelze souhlasit s tvrzením zadavatele uvedeným v jeho vyjádření ze dne 28. 12. 2011, že se jednalo o obnovu stávajícího systému v rámci stávající smlouvy a že se z právního hlediska nejednalo ani o dodatek ke smlouvě (blíže viz bod 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z výše uvedených bodů dodatku je totiž zřejmé, že ačkoliv se odvolává na smlouvu, jeho reálným obsahem je nová nadlimitní veřejná zakázka na služby, v jejímž rámci byla uzavřena smlouva (pronájem HW zařízení, SW vybavení a poskytování služeb).“¹⁹⁴

5.4 Komentář k odst. 4 § 222 ZZVZ – Fikce (ne)podstatné změny, tzv. de minimis

Předmětné ustanovení přináší značnou liberalizaci oproti ZVZ, který principiálně zakazoval rozšíření změn závazku ze smlouvy. Výjimkou bylo jednací řízení bez uveřejnění, konkrétně § 23 odst. 5 písm. b) nebo § 23 odst. 7 ZVZ (dnešní období § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ). V souvislosti s účinností ZZVZ došlo k rapidnímu poklesu objemu zakázek zadávaných dle jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž jednou z příčin tohoto poklesu je účinnost ZZVZ, neboť ZZVZ významně rozšiřuje možnosti změn závazků ze smlouvy, jelikož za účinnosti ZVZ bylo možností změny závazku ze smlouvy právě použití jednacího řízení bez uveřejnění. Konkrétní příklad snížení objemu zakázek realizovaných dle jednacích řízení bez uveřejnění lze ilustrovat tím, že v roce 2013 činil objem zakázek (podíl na finanční hodnotě veřejných zakázek veřejných zadavatelů) realizovaných dle tohoto druhu

¹⁹³ PODEŠVA, Vilém et al. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011. 631 s. ISBN 978-80-7357-636-3.

¹⁹⁴ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.09.2012, č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-10484.html>

zadávacího řízení ze zakázek evidovaných v ISVZ za rok 2013 16,1 %.¹⁹⁵ V roce 2016 tento objem činil 10,3 % (pozn. autora v říjnu 2016 nabyt účinnosti ZZVZ).¹⁹⁶ Přičemž v roce 2017 objem jednacích řízení bez uveřejnění z celkového množství zakázek (veřejných zadavatelů) činil 4,7 %, čímž se Česká republika v celkovém objemu jednacích řízení bez uveřejnění dostala na úroveň zemí západní Evropy¹⁹⁷ (pro jednacích řízení bez uveřejnění se v Anglicky mluvících zemích užívá termín „No calls for bids“¹⁹⁸).

Možnost změny *de minimis* se dá nazvat jako jakýsi „záchytný bod“ v případě, že změnu závazku ze smlouvy není možné provést podle jiného důvodu prostřednictvím § 222 ZZVZ a představuje naprosto zásadní možnost provedení změny smlouvy, neboť při dodržení finančních limitů a při zachování celkové povahy veřejné zakázky jsou změny – jako nepodstatné, možné bez dalších omezení (odst. 4 je konkretizací odst. 3 písm. c) - pojem nevýznamné rozšíření veřejné zakázky). Skutečnost, že v případě nepřekročení součtu všech změn limitu 10 %, resp. 15 % původní hodnoty závazku, a fakt, že v takovém případě může zadavatel použít jen tento důvod k jakýmkoliv změnám závazku ze smlouvy, ostatně uvádí i metodika MMR pro změny závazků ze smlouvy: „... Pokud změny závazku ze smlouvy nemají vysokou hodnotu a lze je na základě výše uvedených pravidel podřadit pod důvod podle § 222 odst. 4 (*de minimis*), není potřeba takovou změnu z hlediska zákona o zadávání veřejných zakázek dále odůvodňovat.“¹⁹⁹

Odst. 4 používá pro rozšíření nebo zúžení předmětu plnění veřejné zakázky pojem „hodnota změny“ (tedy součet absolutních hodnot nového (přidaného)

¹⁹⁵ Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2013* [online]. 5/2014. ISBN 978-80-87147-56-6. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>

¹⁹⁶ Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2016* [online]. 5/2017. ISBN 978-80-7538-135-4. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>

¹⁹⁷ Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2017* [online]. 5/2018. ISBN 978-80-7538-179-8. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>

¹⁹⁸ Single Market Scoreboard, Performance per Policy Area, Public Procurement, Reporting period: 01/2017 – 12/2017, z měsíce 07/2018. *European Commission* [online]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/docs/2018/public-procurement/2018-scoreboard-public-procurement_en.pdf

¹⁹⁹ Ministerstvo pro místní rozvoj, metodiky speciální k zadávacím řízením. *Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek* [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Metodiky-k-zakonu-c-134-2016-Sb,-o-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-specialni-k-zadavcim-rozenim>

a původního (nevyčerpaného) plnění²⁰⁰), jejímž bližším vysvětlením se autor této práce zabývá v kapitole 6.

Možnosti změny de minimis zavádí Směrnice v bodu 107 druhý pododstavec preambule, ve které je uvedeno, že „*změny smlouvy na veřejnou zakázku vedoucí k méně významné změně hodnoty veřejné zakázky až do určité výše by měly být vždy možné, aniž by bylo třeba zahájit nové zadávací řízení. Za tímto účelem a pro zajištění právní jistoty by tato směrnice měla stanovit finanční limity de minimis, pod jejichž úrovní není nutné zahajovat nové zadávací řízení. Změny smlouvy na veřejnou zakázku překračující tyto finanční limity by měly být možné, aniž by bylo třeba provést nové zadávací řízení, pokud splňují příslušné podmínky stanovené v této směrnici*“, přičemž čl. 72 odst. 2 Směrnice stanovuje konkrétní limity de minimis, které jsou totožné i ve znění ZZVZ, tedy možnosti provedení změny bez posuzování jakýchkoli věcných podmínek až o 10 % původní hodnoty veřejné zakázky v případě dodávek a služeb a až o 15 % původní hodnoty veřejné zakázky v případě stavebních prací, pokud je zároveň změna nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a nedojde ke změně celkové povahy veřejné zakázky.

Ke změně celkové povahy veřejné zakázky uvádí bod 109 preambule Směrnice: „*Neplatí to však v případech, kdy je výsledkem úprav změna povahy veřejné zakázky, například kvůli nahrazení stavebních prací, dodávek nebo služeb, které mají být poskytnuty, jiným plněním, nebo kvůli zásadní změně typu veřejné zakázky, protože v takové situaci lze předpokládat hypotetický dopad na výsledek zadávacího řízení.*“ Existuje již několik vyjádření ÚOHS ke změně celkové povahy veřejné zakázky, která určují, jaké změny celkové povahy veřejné zakázky jsou v souladu se ZZVZ, přičemž jsou to obecně takové změny, které musejí souviset s předmětem zadané veřejné zakázky a nesmí plnění zásadním způsobem změnit, např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 14.06.2017, č. j. ÚOHS-S0182/2017/VZ-17929/2017/551/DBo, které uvádí, že „*co se týče podmínky, podle níž nepodstatná změna závazku ve smyslu § 222 odst. 4 ZZVZ nemění celkovou povahu veřejné zakázky, pak Úřad uvádí, že je evidentní, že předmětem plnění Smlouvy dle čl. 1 bylo nejen dodání a implementace informačního systému spisové služby, ale též závazek zhotovitele poskytovat podporu tohoto systému dle přílohy č. 6, přičemž předmětem Dodatku č. 1 bylo rozšíření podpory poskytované dle přílohy č. 6 Smlouvy na tři nové moduly IS E3S. V tomto směru tedy nelze hovořit o celkové*

²⁰⁰ Odst. 4 používá stejnou metodu počítání (hodnoty) změny jako čl. 72 odst. 2 Směrnice.

změně povahy „původní“ veřejné zakázky, neboť poskytování podpory IS E3S bylo od počátku předmětem plnění veřejné zakázky a na základě Dodatku č. 1 došlo pouze k rozšíření jejího poskytování na nové moduly.“²⁰¹ Příklad zakázané změny uvádí důvodová zpráva: „rozhodně však není možné, aby zadavatel v případě veřejné zakázky na dodávky, jejímž cílem bude pořízení dopravních prostředků – automobilů, umožnil změnu, která by spočívala v záměně 1 automobilu za 1 loď, a to ani tehdy, pokud by podmínky podle § 222 odst. 4 byly splněny.“ Je možné uvést i další příklady pro lepší pochopení situace a to např. stavební práce, u kterých má vybraný dodavatel zcela nově vybudovat 3 km silnice I. třídy, přičemž přípustnou změnou by dle autora této práce bylo prodloužení dané silnice např. o 100 m (samozřejmě za předpokladu možné dispozice s pozemky objednatel, platných územních rozhodnutí, stavebních povolení a za současného splnění limitů odst. 4 apod.), kdežto nepřípustnou změnou by mohl být požadavek zadavatele na vybudování nového mostu (byť třeba dlouhého pouze 20 m) a to zejména v případě, že by součástí původního zadávacího řízení nebyl žádný most. Ovšem v případě, že by součástí původního zadávacího řízení byla realizace i např. 2 mostů, tak by dle názoru autora této práce neměl být požadavek zadavatele posuzován jako nepřípustná změna měnící celkovou povahu veřejné zakázky a to z důvodu, že by se neměl měnit okruh původních účastníků zadávacího řízení, protože již součástí zadávacích podmínek byla i realizace mostů.

Kvantitativní omezení možnosti změny dle de minimis je kumulativní splnění dvou omezení a to, nepřekročení finančního limitu pro nadlimitní veřejnou zakázku (pozn. autora posuzují se limity zakázek stejného druhu jako je původní smlouva) a nepřekročení limitu navýšení o 10 % původní hodnoty veřejné zakázky v případě dodávek a služeb, resp. až o 15 % původní hodnoty veřejné zakázky v případě stavebních prací. Finanční limity pro nadlimitní veřejné zakázky jsou uvedeny v nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, přičemž platí, že se jedná o hodnoty bez DPH. Např. pro roky 2018 až 2019 je pro nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce limit v hodnotě 149 224 000 Kč²⁰², tzn. plné 15 % navýšení je možné použít u zakázek do hodnoty 994 826 666 Kč –

²⁰¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14.06.2017, č. j. ÚOHS-S0182/2017/VZ-17929/2017/551/DBo. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-14848.html>

²⁰² § 4 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Pro roky 2020 a 2021 byl limit pro nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce snížen na hodnotu 137 366 000 Kč.

poté je % navýšení snižováno úměrně k hodnotě veřejné zakázky, kdežto např. nadlimitní veřejná zakázka na dodávky státní příspěvkové organizace má možný 10 % limit navýšení počítaný již z hodnoty 3 873 000 Kč²⁰³, což odpovídá nabídkové ceně 38 730 000 Kč. Dle odst. 9 věty první se původní hodnotou, dle které se určuje % nárůst změny, rozumí původní hodnota závazku ze smlouvy, tedy částka uvedená ve smlouvě (případně upravená podle ustanovení o změně, pokud je smlouva obsahuje – typicky valorizace apod.). Za ustanovení o změně ceny nelze brát důvody pro změnu smlouvy podle § 222 odst. 4 až 6 ZZVZ, tedy cena včetně změn provedených dle těchto zmíněných odstavců nemůže být brána za původní hodnotu.²⁰⁴

Pro řádné posouzení % rozsahu změny se počítají všechny provedené změny dle odst. 4 v průběhu plnění veřejné zakázky a to nezávisle na změnách dle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ.

Uplatnění změny de minimis je možné v případě, že v součtu nedojde k překročení stanoveného procentuálního limitu (např. i pouze jedinou konkrétní změnou). Při překročení limitu, je zcela vyloučena možnost využití změny de minimis tohoto důvodu a celá tato změna by se stala nelegální (ať už by se jednalo o překročení limitu na základě jediné změny nebo součtu více změn – u posledních změn (resp. změny), které by k překročení procentuálního limitu vedly). Např. provedením jediné změny v rozsahu 17 % u zakázky na stavební práce (pokud by takovou změnu nebylo možné podřadit pod jiný důvod dle § 222 ZZVZ) by zadavatel nelegálně provedl změnu v celém rozsahu 17 %, tedy nikoliv pouze v rozdílu 2 %.

Ke kvantitativnímu omezení změny de minimis u rámcových smluv, zaujal své stanovisko i ÚOHS ve svém rozhodnutí ze dne 30.05.2016, č. j. ÚOHS-S0201/2016/VZ-23079/2016/542/EŠu, přičemž dané rozhodnutí bylo vydáno již za platnosti ZZVZ, a ÚOHS posuzoval i soulad se ZZVZ, přičemž ÚOHS k danému uvedl, že „... v šetřeném případě byl jedinou přílohou rámcové smlouvy výkaz výměr, ze kterého měli uchazeči vycházet při vytváření svých nabídek a který byl jediným dokumentem, jež vymezoval předmět rámcové smlouvy. Jak dále

²⁰³ § 2 odst. 1 písm. a) nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰⁴ KLEE, Lukáš, DVORÁK, David a kol. *Metodika pro správu změn díla (variací) u stavebních zakázek financovaných z rozpočtu SFDI podle smluvních podmínek FIDIC (Červené knihy) ve vztahu k úpravě zadávání veřejných zakázek* [online]. 1. vydání. Praha: Státní fond dopravní infrastruktury, 2018, s. 52. ISBN: 978-80-907177-9-4. Dostupné z: https://www.sfdi.cz/soubory/obrazky-clanky/metodiky/2018_metodika_variaci_1_vydani.pdf

vyplynulo z dodatečných informací k zadávacím podmínkám poskytnutých zadavatelem (viz bod 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí), předmětný výkaz výměr byl předpokladem realizace objemu prací v jednom roce trvání rámcové smlouvy, a tedy i celkový součet jednotlivých položek v tomto výkazu výměr byl jen předpokladem hodnoty plnění za jeden rok trvání smlouvy. V šetřeném případě tedy nebyla určena konkrétní konečná výše závazku, čili nebyla stanovena celková hodnota závazku. Lze tedy uzavřít, že v šetřeném případě, kdy není známa původní hodnota závazku ze smlouvy, nelze aplikovat výjimku uvedenou v ustanovení § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., neboť není možné zjistit, zda provedené změny ve svém součtu nepřekračují 15 % původní hodnoty závazku.²⁰⁵ Podstatné pro výše uvedený závěr ÚOHS tedy je, že v případě absence celkové původní hodnoty závazku (typicky u rámcových smluv), nelze odst. 4 vůbec použít.

Dle jazykového výkladu představují změny de minimis změny kvantitativní, ovšem jak je uvedeno v Komentáři k zákonu o zadávání veřejných zakázek od Dvořáka, Davida; Machurka, Tomáše a kol., vyskytují se i názory, že by do změn de minimis bylo možné zařadit i změny kvalitativní, pokud jsou ekonomicky ohodnotitelné a tudíž takové změny, u kterých je možno prokázat splnění dle § 222 odst. 4 ZZVZ. V komentáři je zmíněno, že „*tento názor však prozatím není jednoznačný a bude třeba jej v budoucnu judikatorně potvrdit.*“²⁰⁶ ÚOHS se předmětnou možností kvalitativní možnosti změny závazku ze smlouvy dle odst. 4 zabýval ve svém rozhodnutí ze dne 22.05.2018, č. j. ÚOHS-R0035/2018/VZ-14930/2018/321/ZSř, přičemž konstatoval, že kvalitativní změny závazků ze smlouvy dle odst. 4 nejsou možné, neboť „*na základě jazykového a systematického výkladu zákona, s přihlédnutím k odpovídajícím ustanovením směrnice, jsem dospěl k závěru, že „hodnota změny“ dle § 222 odst. 4 zákona musí být vyjádřitelná v penězích, neboť dále stanoveným podmínkám (při stávajícím znění zákona) nemůže vyhovět jiná hodnota, než finanční, protože jinou hodnotu nebude možné porovnat s finančním limitem pro nadlimitní veřejnou zakázku. V daném případě totiž ani hypotetické naplnění podmínky podle § 222 odst. 4 písm. b) zákona, které o finančních limitech výslovně nehovoří, nemůže vyvážit skutečnost, že nebude naplněna podmínka podle § 222 odst. 4 písm. a) zákona,*

²⁰⁵ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.05.2016, č. j. ÚOHS-S0201/2016/VZ-23079/2016/542/EŠu. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-13851.html>

²⁰⁶ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

neboť jinou než finanční hodnotu nebude možné s finančním limitem pro nadlimitní veřejnou zakázku porovnat. V tomto kontextu se tedy ztotožňují s námitkou zadavatele, že limity dle ustanovení § 222 odst. 4 zákona je možné aplikovat jen na finanční hodnoty. K obdobným závěrům lze dospět výkladem čl. 72 odst. 2 směrnice, která rovněž rozlišuje mezi pojmy „value of the modification“ (hodnota změny) a „threshold“ (finanční limit).²⁰⁷ Bohužel následné rozhodnutí ÚOHS ze dne 11.09.2018, č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-26056/2018/544/MDb se blíže nezabývalo výše uvedeným, neboť ÚOHS pravomocně konstatoval, že změna závazku ze smlouvy v daném případě mohla být provedena dle § 222 odst. 2 ZZVZ (vyhrazené změny). I přesto je možné dle autora této práce možné sledovat, jakým směrem se v případě kvalitativních změn závazků ze smlouvy dle odst. 4 bude ÚOHS ubírat. Autor této práce je ovšem názoru, že kvantitativní a kvalitativní důsledky změn závazků ze smlouvy spolu souvisejí, neboť provedení kvantitativní změny (tedy změna hodnoty závazku) bude za určitých okolností nedílně souviset i s kvalitativní změnou (typicky prodloužení doby plnění), např. provedení plnění nad rámec smlouvy o dílo s sebou nese i prodloužení doby plnění. Jedná se o „překážky“ na straně zadavatele nebo o překážky objektivní povahy. Obdobou těmto překážkám ve vzorových smluvních podmínkách FIDIC²⁰⁸ jsou claimy (viz pod-čl. 20.1 ve spojení s konkrétní překážkou na straně objednatele, např. 4.12) – nároky zhotovitele, nebo variace (viz čl. 13 CONS) – možnost změny smlouvy. Na základě obou těchto konkrétních ustanovení FIDIC může být zhotoviteli společně s určením finančního plnění, určen i časový nárok na prodloužení doby pro dokončení. Zadavatelům lze pro možnost využití kvalitativní změny (v tomto kontextu prodloužení doby plnění dané zakázky), bez ohledu na možný výklad výše, důrazně doporučit, aby si možnost prodloužení doby plnění veřejné zakázky vyhradili již ve smlouvě na veřejnou zakázku dle § 222 odst. 2 ZZVZ a navazujícího § 100 odst. 1 ZZVZ. K tomuto závěru autora této práce vede rozhodnutí ÚOHS ze dne 30.07.2019, č. j. S0338/2018/VZ-20803/2019/512/TDv, které stanovilo, že „... Z výše uvedených tvrzení obviněného vyplývá, že mechanismus umožňující prodloužení lhůty pro uvedení stavby do provozu není ve VOP výslovně uveden, ale s ohledem na provázanost lhůty pro dokončení a lhůty pro uvedení stavby do provozu, má obviněný za to, že k prodloužení lhůty pro uvedení stavby

²⁰⁷ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22.05.2018, č. j. ÚOHS-R0035/2018/VZ-14930/2018/321/ZSř. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15440.html>

²⁰⁸ Autor této práce se vzorovými smluvními podmínkami FIDIC zabývá v komentáři k odst. 2.

do provozu je možné využít mechanismus umožňující prodloužení lhůty pro dokončení, který je jednoznačně stanovený ve VOP, konkrétně se jedná o čl. 8.4 VOP, 8.9 VOP a 16.1 VOP. Obviněný to opodstatňuje mj. také tvrzením, že „(p)okud by zadavatel zamýšlel způsob prodloužení lhůty pro uvedení stavby do provozu definovat odlišně od úpravy obsažené v článku 8.4 (Prodloužení lhůty pro dokončení) VOP, učinil by tak prostřednictvím ZOP či dodatku ke Smlouvě o dílo; k tomuto však v posuzovaném případě nedošlo.“ a dále argumentuje, že lhůta pro uvedení stavby do provozu je lhůtou odvozenou od lhůty pro dokončení, přičemž dle obviněného je podstata obou lhůt stejná, a to provádění díla dle podmínek uvedených ve smlouvě o dílo. ... Úřad tedy uvádí, že z jednání vybraného uchazeče (tj. zaslání přípisu ze dne 3. 6. 2013, kterým uplatňuje nárok na prodloužení lhůty pro dokončení, jakož i lhůty pro uvedení stavby do provozu) i obviněného (tj. neprojevení nesouhlasu s daným postupem vybraného uchazeče, tedy s aplikováním nároku na prodloužení lhůty pro dokončení stavby rovněž na lhůtu pro uvedení stavby do provozu), kterým dali jednoznačně najevo, jaký obsah a význam změnovému mechanismu vymezenému ve VOP přikládají, lze vyvodit, že změnový mechanismus vymezený ve VOP umožňující prodloužení lhůty pro dokončení, je možné aplikovat i na prodloužení lhůty pro uvedení stavby do provozu. Uvedený závěr ostatně potvrzuje i sám obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 10. 6. 2019 (podrobně viz bod 144. odůvodnění tohoto rozhodnutí). ... Úřad k šetřené věci nejdříve uvádí, že z přípisu ze dne 3. 6. 2013 (viz bod 142. odůvodnění tohoto rozhodnutí) mj. vyplývá, že zhotovitel po předchozím přerušení prací pokračuje na základě pokynu správce stavby ze dne 13. 5. 2013 v dalším provádění díla. Dále zhotovitel sdělil obviněnému, že v souvislosti s přerušením prací mu vznikl ve smyslu čl. 16.1 VOP nárok na prodloužení lhůty pro uvedení stavby do provozu, jakož i lhůty pro dokončení, a tyto nároky uplatňuje u obviněného dle čl. 20.1 VOP, přičemž lhůta pro uvedení stavby do provozu bude od data 17. 6. 2013 činit 31 měsíců a lhůta pro dokončení stavby bude od citovaného data činit 46 měsíců. Zhotovitel rovněž poznamenal, že předmětné nároky na prodloužení výše citovaných lhůt je možné považovat za konečné za předpokladu, že obviněný řádným a včasným plněním vlastních smluvních povinností umožní zhotoviteli plynulé provádění stavebních prací. ... Jestliže v daném případě v důsledku přerušení stavebních prací vzniklo vybranému uchazeči zpoždění, měl dle čl. 20.1 VOP nárok na prodloužení lhůty pro dokončení a lhůty pro uvedení stavby do provozu, avšak vybraný uchazeč nárok dle čl. 20.1

VOP mohl uplatnit jen v případě, jestliže je nebo bude dokončení opožděno podle čl. 8.4 VOP, přičemž Úřad konstatuje, že v tomto čl. VOP, který byl modifikován na základě dodatku č. 1 (viz bod 133. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je mj. uvedeno: „Zhotovitel bude mít podle článku 20.1 (Nároky zhotovitele) právo na prodloužení lhůty pro dokončení, jestliže a do té míry, v jaké dokončení pro účely článku 10.1 (Převzetí stavby a částí staveb) je nebo bude opožděno z některé z následujících příčin: e) jakékoliv zpoždění, překážka nebo opatření způsobené nebo přičitatelné objednateli nebo personálu objednatele za předpokladu, že k němu došlo po Datu zahájení prací.“ ... Úřad tedy konstatuje, že jestliže si zadavatel již v zadávacích podmínkách (zadávací dokumentaci) vyhradil určitý mechanismus, kterým může být provedena změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, v posuzovaném případě je tímto závazkem myšlena lhůta pro dokončení a lhůta pro uvedení stavby do provozu, které byly vymezeny v souhrnu smluvních dohod (smlouvě o dílo) na předmětnou veřejnou zakázku (viz bod 138. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a následně došlo ze strany vybraného uchazeče v souladu se zadávacími podmínkami k aktivaci tohoto změnového mechanismu, a to tak, že žádal prodloužení lhůty pro dokončení a lhůty pro uvedení stavby do provozu, kdy výsledkem dané aktivace změnového mechanismu bylo dne 25. 3. 2015 uzavření dodatku č. 2 mezi obviněným a vybraným uchazečem, v jehož rámci bylo dohodnuto, že lhůta pro uvedení stavby do provozu ode dne 1. 4. 2015 činí 27 měsíců a lhůta pro dokončení ode dne 1. 4. 2015 činí 42 měsíců, nelze tvrdit, že by zadavatel umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, jelikož postupoval v souladu s uzavřenou smlouvou, nelze tedy ani konstatovat, že by obviněný postupoval v rozporu se zákonem.“²⁰⁹

Využití změny de minimis není podmíněno naplněním Zákonem stanovených podmínek a důvodů, vyjma omezení finančního rozsahu změny. Jelikož se v souvislosti se změnami de minimis lze setkat s názorem, že dané změny jsou vlastně jakýmsi „bianco šekem“ pro dodavatele, pokládá si proto autor této práce teoretickou otázku, do jaké míry je Zákonem požadováno adekvátní protiplnění na straně dodavatele? Protiplnění dodavatele by zcela jistě mohlo být kvantitativního anebo kvalitativního charakteru, přičemž provedení změn ze strany dodavatele není nárokové a obě smluvní strany se musí na dané změně dohodnout.

²⁰⁹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30.07.2019, č. j. ÚOHS-S0338/2018/VZ-20803/2019/512/TDv. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-16240.html>

Ovšem jednostranné (nebo i na základě domluvy obou smluvních stran) navýšení ceny za plnění z uzavřené smlouvy bez adekvátní změny závazku ze smlouvy, která by navýšení ceny odůvodňovala, není přípustné, a to i s ohledem na nezbytné respektování pravidel ze strany zadavatele v oblasti hospodaření se svěřeným majetkem, tj. mimo jiné povinnost vynakládat veřejné prostředky účelně, efektivně a hospodárně (principy 3E). V této rovině výkladu je možné provádět jen takové změny, které jsou nezbytné pro účel dané smlouvy.

Možným příkladem, u kterého by nemuselo dojít k reciproční změně v předmětu plnění, jsou situace, kdy v průběhu plnění smlouvy dojde k podstatné změně okolností, která mezi smluvními stranami zakládá zvlášť hrubý nepoměr a to znevýhodněním jedné ze smluvních stran, ať už neúměrným zvýšením nákladů plnění anebo neúměrným snížením hodnoty předmětu plnění.²¹⁰ Dle § 1765 NOZ má dotčená strana právo domáhat se vůči druhé straně obnovení jednání o podmínkách smlouvy v případě, kdy dotčená strana prokáže, že změnu nemohla rozumně předpokládat ani ovlivnit a že skutečnost nastala až po uzavření smlouvy, anebo se dotčené straně stala až po uzavření smlouvy známou (tzv. klauzule „*rebus sic stantibus*“). Dle důvodové zprávy k NOZ ovšem předmětná výhrada § 1765 NOZ nezahrnuje takovou změnu poměrů, která je způsobena prostým vývojem ekonomiky a trhu, nebo pojmově spadá do okruhu tzv. běžného podnikatelského rizika. O hrubém nepoměru může dle § 1766 odst. 1 NOZ na návrh kterékoliv smluvní strany, v případě nedohody, rozhodnout soud a to tak, že závazek ze smlouvy změní obnovením rovnováhy práv a povinností stran, anebo že jej zruší ke dni a za podmínek určených v rozhodnutí. Podmínkou postupu soudu dle předchozí věty je uplatnění práva dotčenou stranou na obnovení jednání o smlouvě v přiměřeně lhůtě poté, co změnu okolností musela zjistit, přičemž dle § 1766 odst. 2 NOZ tato lhůta činí dva měsíce. Ovšem vzhledem k dispozitivnosti právní úpravy NOZ, lze mezi smluvními stranami právo domáhat se obnovení jednání o smlouvě vyloučit, převezme-li na sebe dotčená strana nebezpečí změny okolností. Změna okolností je tedy zřejmě jediným případem, který umožňuje změnu závazku ze smlouvy spočívající v navýšení ceny bez adekvátního protiplnění, přičemž tato změna je odůvodněna zájmem smluvních stran v odstranění zvlášť hrubého nepoměru a obnově ekonomické rovnováhy mezi smluvními stranami.²¹¹

²¹⁰ Obdobně pod-čl. 13.7 CONS. Bližší informace ke vzorovým smluvním podmínkám FIDIC jsou uvedeny u § 222 odst. 2 ZZVZ. Bližší informace k pod-čl. 13.7 jsou uvedeny u § 222 odst. 6 ZZVZ.

²¹¹ KOSMAKOVÁ, Darja. *Změna smlouvy bez adekvátního protiplnění*, ze dne 27.09.2017 [online]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/zmeny-smlouvy-bez-adekvatniho-protiplneni->

5.5 Komentář k odst. 5 § 222 ZZVZ – Dodatečné plnění nezahrnuté v původním závazku ze smlouvy

Možnost dodatečných nezbytných plnění je uvedena v bodu 108 preambule Směrnice: „*Veřejní zadavatelé se mohou ocitnout v situacích, kdy jsou zapotřebí dodatečné stavební práce, dodávky nebo služby; v těchto případech lze odůvodnit změnu původní smlouvy na veřejnou zakázku bez zahájení nového zadávacího řízení, zejména pokud jsou dodatečné dodávky určeny buď k částečnému nahrazení nebo k rozšíření stávajících služeb, dodávek nebo zařízení, jestliže by změna dodavatele nutila veřejného zadavatele k pořízení materiálu, stavebních prací či služeb, které mají odlišné technické vlastnosti, což by mělo za následek neslučitelnost nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě.*“ Zadavateli může vzniknout situace, kdy bude mít potřebu dodatečného plnění, které mu bude však moci poskytnout pouze dodavatel (zhotovitel) původní veřejné zakázky. V tomto případě je použití odst. 5 omezeno finančním limitem a existencí důvodů pro změnu, přičemž podmínky musejí být splněna kumulativně. Pro odst. 5 jsou tak typická (i) dodatečná plnění, která (ii) jsou nezbytná, a u kterých (iii) není možnost změny v osobě dodavatele a to z ekonomických nebo technických důvodů a (iv) zadavateli by změna způsobila značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů. Ve smyslu odst. 5 platí, že hodnota změny je součtem absolutních hodnot nového (přidaného) a původního (nevyčerpaného) plnění a nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku.²¹² (i) Plnění jsou považována za dodatečná, pokud vedou k částečnému nahrazení nebo rozšíření předmětu zakázky a to ve smyslu kvantitativní změny, nikoliv kvalitativní. Z bodu 108 preambule Směrnice vyplývá, že se jedná zejména o rozšíření předmětu plnění původní veřejné zakázky nebo nahrazení předmětu plnění původní veřejné zakázky, nikoliv plnění zcela nová. (ii) Podstata „nezbytnosti“ není ze Směrnice ani z důvodové zprávy zřejmá, ale na základě logického výkladu lze dospět k závěru, že nezbytnost souvisí s nezahrnutím nezbytných plnění v původním předmětu plnění veřejné zakázky,

[106340.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-27-9-2017](https://www.mps.gov.cz/106340.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-27-9-2017)

²¹² Odst. 5 a odst. 6 používají v porovnání se Směrnicí jinou metodu počítání změny, přičemž ZZVZ na rozdíl od Směrnice definuje „hodnotu dodatečných plnění“ anebo „hodnotu změny“, kdežto v čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) Směrnice je uveden pouze „cenový nárůst“, který je obdobně užit v národní úpravě limitu 30 % v odst. 9. Dle Směrnice je limit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky vztažen pouze ke každé změně, kdežto vnitrostátně byl limit omezen kumulativně ke všem změnám. Bližší komentář a zamyšlení autora této práce ve vztahu ke změně ceny je uvedeno v kapitole 6.

neboť je dovozována existence takové souvislosti mezi původním předmětem smlouvy a novým plněním, které musejí být provedeny současně, aby bylo dosaženo účelu dané veřejné zakázky. (iii) Náhrada dodavatele je možná, nejedná se tedy o absolutní nemožnost změny dodavatele, ovšem změna dodavatele by musela zadavateli přinést obtíže v požadavcích na slučitelnost či interoperabilitu se stávajícími zařízeními, službami nebo instalacemi pořízených v původním zadávacím řízení. V případě dodávek a služeb tomu tak zcela jistě je (i když je nezbytné zkoumat odpovědnost zadavatele za zadávací dokumentaci ve smyslu náležité péče), ovšem v případě stavebních prací je teoreticky možné dovozovat podmínky možnosti změny dodavatele v širším kontextu, jakkoliv se praktické použití u stavebních prací jeví autorovi této práce jako mizivé, protože u stavebních prací i s ohledem na množství odborných společností na relevantním trhu v České republice se složitě nacházejí činnosti, které by za původního dodavatele (zhotovitele) nemohl dokončit nový dodavatel (zhotovitel), byť pravděpodobně s komplikacemi a vyššími náklady pro zadavatele, vyjma činností týkající se projekčních řešení, např. dodatečných stavebních prací či technologických procesů, zařízení anebo jejich součástí nutných pro realizaci stavby, které využívají vynálezů chráněných patentem nebo užitným vzorem. Avšak je zapotřebí rovněž nezbytně zdůraznit, že ZZVZ nevyžaduje absolutní nepřekonatelnost obtíží, ale pro naplnění podmínek odst. 5 postačí, pokud jde o obtíže mimořádného charakteru, a v případě využití odst. 5 pro stavební práce tak bude záviset na „odvážnosti“ a „šikovnosti“ zadavatele, jakým způsobem si užití odst. 5 dokáže obhájit. Teoretické příklady u stavebních prací mohou být např. tyto: a) zadání dodatečných stavebních prací může být pro zadavatele výhodnější, v případě komplikací na staveništi způsobených zadavatelem s ohledem na možnost snížení rychlosti prací nebo úplnému přerušení prací dodavatelem (zhotovitelem), které mohou narušit postup výstavby a ohrozit termín zprovoznění anebo dokončení dané stavby, což může vést ke krácení dotace nebo úplnému vrácení dotace (a tedy výraznému zvýšení nákladů zadavatele), přičemž je nezbytné přihlídnout i k možnému sporu s původním dodavatelem (zhotovitelem); b) další možností je nevyhnutelnost zadání dodatečných stavebních prací původnímu dodavateli (zhotoviteli) s ohledem k zárukám za dílo. (iv) Značné obtíže nebo ekonomické důvody musejí být dostatečné intenzity a musejí znamenat výrazné zvýšení nákladů, které jsou prokazatelné, tudíž se nemůže jednat o takové náklady, které se změnou v osobě dodavatele běžně souvisejí.

Ačkoliv na rozdíl od předchozí právní úpravy (ZVZ) není zadavatel oprávněn v jednacím řízení bez uveřejnění zadávat dodatečné stavební práce a služby, neboť jsou nově tato plnění považována za změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku a zadavatel je tak povinen řídit se ustanovením § 222, a i když ZVZ změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku neupravoval, tak obdobnou možností změny závazku ze smlouvy dle odst. 5, je dřívější znění § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ, umožňující zadání dodatečných stavebních prací či služeb, resp. § 23 odst. 5 písm. b) pro dodatečné dodávky, a to na základě použití jednacím řízení bez uveřejnění, i přesto, že v odst. 5 není upravena okolnost, kterou zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, tak jak bylo uvedeno v ZVZ. Vzhledem ke skutečnosti, že se původní znění ZVZ od stávajícího znění ZZVZ příliš neliší, a s ohledem k širší rozhodovací praxi ÚOHS dle ZVZ, uvádí autor této práce níže několik vybraných rozhodnutí ÚOHS a NSS, které mohou přiblížit problematiku týkající se odst. 5, tedy nezbytných dodatečných plnění. I když první z uvedených příkladů rozhodnutí ÚOHS je k účinnému znění ZVZZ, tak zbylá rozhodnutí se vztahují již k ZVZ.

K nepředvídatelnosti vzniku dodatečného plnění se již k ZZVZ vyjadřoval i předseda ÚOHS svým rozhodnutím ze dne 27.05.2019, č. j. ÚOHS-R0061/2019/VZ-14582/2019/322/JSu s tím, že: „... *potřeba plnění, které může být předmětem nepodstatné změny závazku dle § 222 odst. 5 zákona, by neměla existovat v okamžiku, kdy zadavatel zadával původní veřejnou zakázku, pokud by totiž existovala, bylo by možno uvažovat o tom, že zadavatel rozděljuje veřejnou zakázku na části za účelem obejití zákona ve smyslu § 35 zákona. Existenci této podmínky dále dokládá preambule ke směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jako „zadávací směrnice“), a to zejména bod (108), jehož anglické znění (na němž lze uvedený závěr nejlépe vykreslit) zní: „Contracting authorities may be faced with situations where additional works, supplies or services become necessary (...)“ Podmínka dodatečnosti je tak splněna v situaci, kdy potřeba zadat vícepráce vznikne až poté, co je zadána veřejná zakázka. ... Je ale nutno uvést, že zákon již řešenou možnost zadat vícepráce nepodmiňuje tím, že vznik dodatečného plnění by musel být nepředvídatelný. To znamená, že zadavatel může vznik dodatečných prací předpokládat a není ani vyloučeno, aby tyto dodatečné práce nevznikly například v důsledku „nešikovného“ nebo jiného postupu zadavatele. Jak již bylo uvedeno výše, podmínka dodatečnosti*

nebude splněna patrně v případě, kdy by od počátku zadavatel postupoval s úmyslem obejít zákon a rozdělil tak veřejnou zakázku na hlavní část a část dodatečného plnění, kterou by pak chtěl zadat mimo zadávací řízení jako nepodstatnou změnu závazku. ... zadavatel si sice byl uvedené potřeby ve smyslu jejího rozsahu vědom již v okamžiku zadávání veřejné zakázky, nicméně potřeba, aby i tento předmět plnění realizoval vybraný dodavatel, vznikla až posléze, jelikož do okamžiku uzavření dodatku č. 1 obviněný prováděl dotčené plnění vlastními silami. Úřad tak v novém projednání věci – pokud dospěje do fáze posouzení naplnění podmínky dodatečnosti – přihlédně též k argumentaci obviněného, která je shrnuta v bodě 22. odůvodnění napadeného rozhodnutí. V rámci toho posouzení se jeví jako vhodné zjistit, z jakých důvodů postupoval obviněný právě takto, tedy že rozdělil správu, opravy a údržbu soustavy dodávek studené vody a odpadní kanalizace a správu, opravy a údržbu soustavy dodávek teplé vody. Jinými slovy, Úřad by si měl při potenciálním posouzení splnění této podmínky odpovědět na otázku „proč nebyla plnění zadávána od počátku dohromady?“, tedy zda potřeba realizovat předmět plnění dodatku č. 1 vznikla dodatečně.“ Pro ilustraci rozdílu nepředvídatelnosti uvádí autor této práce rozhodnutí ÚOHS ze dne 22.10.2007, č. j. S196/2007/VZ-16651/2007/520-AB, ve kterém je uvedeno, že „... Zadavatel o tom, že bude potřeba provést dodatečné stavební práce, které nebyly zahrnuty do projektové dokumentace a tudíž nebyly uvedeny v zadávací dokumentaci, věděl ještě před tím, než uplynula lhůta k podání nabídek, tedy dříve než bylo ukončeno zadávací řízení a dříve než uzavřel s uchazečem smlouvu o dílo. Zadavatel se tedy o potřebě provést dodatečné stavební práce nedozvěděl v průběhu realizace veřejné zakázky, nebo až poté, co byla původní veřejná zakázka realizována. Nelze proto uznat, že dodatečné stavební práce, které jsou předmětem dodatku ke smlouvě o dílo, jsou takové dodatečné stavební práce, které by vznikly na základě objektivních nepředvídaných okolností, tudíž zadavatel by nemohl použít jednací řízení bez uveřejnění s odkazem na ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona.“

Obdobně se Úřad k požadavku nepředvídatelnosti vyjadřoval ve svém rozhodnutí ze dne 01.03.2012, č. j. ÚOHS-S301/2011/VZ-18387/2011/540/PVé, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS ze dne 19.07.2012, č. j. ÚOHS-R75/2012/VZ-9879/2012/310/JRa, tedy, že: „... K uvedenému Úřad shrnuje, že zahájení zadávacího řízení „Kongresové centrum Zlín, polyfunkční budova“ bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 2. 2009. K výše uvedeným změnám map sněhových oblastí a s tím související

změně hodnoty zatížení sněhem *Sk* pro statutární město Zlín tedy došlo před zahájením zadávacího řízení „Kongresové centrum Zlín, polyfunkční budova“. ... Přestože některé další změny norem proběhly až po zahájení realizace veřejné zakázky „Kongresové centrum Zlín, polyfunkční budova“, Úřad považuje výše uvedené důvody pro změnu předmětu plnění za objektivně předvídané. Úřad proto opět shledává jako hlavní důvod, který zadavatele donutil k revizi projektové dokumentace v průběhu plnění veřejné zakázky, nedostatečnou přípravu zadávací dokumentace pro původní zadávací řízení veřejné zakázky „Kongresové centrum Zlín, polyfunkční budova“. ... Jak tedy Úřad výše dovodil, zadavatel v případě uzavírání předmětných dodatků č. 1, č. 2 a č. 3 nepostupoval v souladu se zákonem, jelikož tyto dodatky uzavřel s vybraným uchazečem na základě neoprávněného použití jednacího řízení bez uveřejnění s odkazem na ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. ... Přístup Úřadu k uváděné eventualitě postupu dle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona a k posouzení dopadů pochybení zadavatele s ohledem na možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je založen na závěrech vyplývajících z výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62Af 72/2010–138 ... Úřad považuje skutkovou podstatu řešeného případu Krajským soudem v Brně za takřka identickou se skutečnostmi, které vyplývají z postupu zadavatele při uzavírání dodatků č. 1 – č. 3 v případě přezkoumávaném Úřadem, jelikož zadavatel uzavřenými dodatky taktéž pouze modifikuje původní plnění, jehož se týkalo původní zadávací řízení. Plnění vyplývající z těchto dodatků se svým charakterem vzájemně neodlišují a nelze je tedy z urbanistického, technologického, místního, časového a věcného hlediska považovat za samostatná. V návaznosti na tento závěr pak nezbyvá než konstatovat, že ani v přezkoumávaném případě nelze akceptovat argumentaci zadavatele týkající se možného postupu podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož předmětné dodatky č. 1, č. 2 a č. 3 uzavřené ke smlouvě o dílo č. 3400090032 nejsou samostatnými veřejnými zakázkami, což je nezbytnou podmínkou pro oprávněnost takového postupu. Námitku zadavatele, že v daném případě nemohlo dojít k podstatnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, proto považuje Úřad za vyvrácenou.“

ÚOHS se ve svém rozhodnutí ze dne 20.12.2017, č. j. S250/2007/VZ-20674/2007/510-če vyjadřoval k rozlišení opčního práva a podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění s tím, že „... Práce, o kterých „nemůže zadavatel z objektivních důvodů při zahájení zadávacího řízení vědět a tedy ani vymezit jejich „základní předmět“ (předmět „opce“ jak jej chápe zadavatel), jsou jednoznačně

dodatečné práce („vícepráce“) ve smyslu ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, jejichž zadávání nelze využitím institutu opčního práva upraveného v zákoně řešit. Takto chápané pojetí „opce“ by bylo pouze jen jakousi další „rezervou“, uplatněnou zadavatelem v konstrukci předpokládané ceny veřejné zakázky a zadávacích podmínkách, umožňující zadavateli v případě výskytu dodatečných prací vyhnout se při jejich zadání postupu podle zákona. „Opční právo“ tedy nelze uplatnit a veřejnou zakázku zadat témuž dodavateli v případě, že předmět „opce“ není věcně ani finančně zadavatelem v zadávacích podmínkách předem, a to alespoň základním způsobem, vymezen.“ V následujícím rozhodnutí Úřadu ze dne 29.05.2012, č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé, potvrzeného rozhodnutím předsedy ÚOHS ze dne 12.04.2013, č. j. ÚOHS-R166/2012/VZ-6499/2013/310/Pse, autor této práce uvádí zadání zakázky znamenající podstatnou změnu původních zadávacích s ohledem k časovému rozsahu plnění zakázky, kdy „... Dle názoru Úřadu je jakýkoliv následující postup zadavatele, který by měl vyplývat ze smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem, zatížen důsledky vyplývajícími ze spáchání správního deliktu v původním zadávacím řízení. V případě, kdy Úřad prokazuje možný podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky v postupu zadavatele v předmětných jednacích řízeních bez uveřejnění, považuje tuto skutečnost za prokázanou právě s odkazem na skutečnost, že výběr nejvhodnější nabídky mohl být ovlivněn již v původní veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“. Úřad k tomuto závěru dospěl v daném konkrétním případě především s ohledem na skutečnost, že předmětné dodatky č. 2 a č. 32 modifikují původní smlouvu o dílo č. H 034/06/19002, jelikož předmět jejich plnění nenavazoval na již zrealizovanou zakázku. Tudíž je nutné na ně pohlížet, což je v podstatě konstatováno i ve výše uvedeném rozhodnutí R087/2007/02–14942/2007/310-Hr, v souvislosti se všemi okolnostmi vyplývajícími z postupu zadavatele v původním zadávacím řízení. Kdyby tomu tak nebylo, bylo by v podstatě zadavateli umožněno „přidělovat“ vybranému uchazeči i přes chybně provedené původní zadávací řízení další plnění, což zcela jistě není záměrem zákona, jehož primárním účelem je zachování spravedlivého soutěžního prostředí při zadávání veřejných zakázek. Tento závěr Úřad dovozuje i přes argumentaci zadavatele, že původní smlouva nebyla Úřadem označena jako neplatná a tudíž zadavatel byl oprávněn využívat všech možností vyplývajících ze zákona v případě nově vzniklých stavebních prací souvisejících s předmětnou stavební akcí, jelikož dle názoru Úřadu v daném případě platí jeden ze zásadních právních principů a to, že právo nevzniká

z bezpráví. ... Primárně považuje Úřad za důležité připomenout důvody, které vedly zadavatele k realizaci veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“. V daném případě došlo k souběhu okolností, kdy zadavatel již v průběhu realizace stavebního díla vyplývajícího ze smlouvy č. H 034/06/19002 akceptoval požadavek vznesený zástupci organizací podílejících se na přípravě Mezinárodního filmového festivalu v Karlových Varech na úpravu multifunkční haly za účelem zprovoznění velkokapacitního kina. Toto je dle Úřadu klíčová skutečnost v postupu zadavatele, jelikož právě tato akceptace změn zapříčinila situaci, kdy zadavatel začlenil předmět plnění, který mohl být poptáván samostatně nezávisle na stavebním díle multifunkční haly, do určitého technicko-právního prostředí, z nějž následně vyvozoval omezující podmínky, které dle jeho názoru ovlivňovaly zadávání nově dojednaného předmětu plnění (velkokapacitního kina). ... Úřad dále konstatuje, že u takto časově rozsáhlých veřejných zakázek je nutné počítat s tím, že v průběhu jejich realizace může dojít k „morálnímu“ zestárnutí některých původně navržených atributů stavebního díla. V určitých případech je zadavateli umožněno, nahradit původní předmět plnění s ohledem na technologický pokrok dosažený v dané oblasti (např. při nedostupnosti konkrétní složky plnění), avšak takovéto změny mohou být zadány pouze při naplnění podmínek vyplývajících s ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. V žádném případě však nelze připustit zadávání plnění znamenajícího podstatnou změnu původních zadávacích podmínek v průběhu realizace veřejné zakázky, aniž by prošlo soutěží o nejvhodnější nabídku ve standardním zadávacím řízení. Jak již jednou Úřad konstatoval, takovýto postup by mohl vést k situaci, kdy by zadavatel mohl ve finální fázi realizace veřejné zakázky zadávat libovolné nové plnění v jednacím řízení bez uveřejnění s ohledem na technické důvody vyplývající z rozpracovanosti stavebních prací.“ Ačkoliv v následujícím rozsudku NSS ze dne 28.11.2012, č. j. 1 Afs 23/2012–102 je rovněž zmíněn pojem nepředvídatelnosti, tak tento pojem v předmětném rozsudku není obdobou znění § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ, nýbrž skutečnosti, že při zadání zakázky, typicky stavebních prací, není možné předvídat přesný rozsah zakázky, ovšem za předpokladu jednání s náležitou péčí, kdy „... Vzhledem k těžké předvídatelnosti přesného objemu stavebních prací především v případě rekonstrukcí, zákonodárce s možností vzniku víceprací počítá a ZVZ obsahuje přímý postup umožňující zadavateli vícepráce zadat zhotoviteli stavby. Tímto postupem je využití jednacího řízení bez uveřejnění (§ 34 ZVZ). S ohledem na všudypřítomné základní zásady je však nutné splnit všechny podmínky

pro užití tohoto druhu zadávacího řízení (§ 23 ZVZ). Pokud nedojde k naplnění těchto podmínek (např. že rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb překročí 20 % ceny původní veřejné zakázky) musí být zakázka s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána příslušným druhem zadávacího řízení. ... Projektová dokumentace u stavební veřejné zakázky musí být vypracována na základě reálně existujících podkladů, s ohledem na časové hledisko realizace díla a s tím souvisejícím počátkem doby jejího skutečného užívání a rovněž musí vycházet z účelu a funkce stavby. Důvody změn v prováděných pracích musí být objektivně nepředvídatelnými okolnostmi. Nesmí vycházet z nedostatečně podložené a z hlediska účelu stavby a potřeb jejího uživatele vadné projektové dokumentace k původní zakázce. Projektová dokumentace musí být dostatečně podložena a její realizace nesmí záviset pouze na odvolatelném příslibu třetí osoby.“ Pojem náležitá péče se byl do ZVZ vpraven zákonem (novelou) č. 40/2015 Sb., přičemž na rozdíl od do té doby užívané odpovědnosti zadavatele ve smyslu „objektivně nepředvídatelných okolností“, které na zadavatele přenášely odpovědnost za zadávací dokumentaci jako celek, bez možnosti nápravy v určitých situacích, kdy zadavatel např. nemohl vzhledem ke svým poměrům (nedisponování dostatečně širokým odborným aparátem) zadávací podmínky do všech podrobností zkontrolovat²¹³, tak náležitá péče (stejně jako je uvedena v § 222 odst. 6 ZZVZ) zmírnila požadavky na zadavatele a umožňuje zadavateli se vyvinut v případech, které sám nezpůsobil, nevěděl o nich anebo je ani vzhledem ke svým znalostem a zkušenostem nemohl předpovídat, přičemž typickým příkladem je externě zpracovaná projektová dokumentace pro provedení stavby, k jejímuž vyhotovení je nezbytná znalost, zkušenost a vzdělání takovéto 3. osoby a tato znalost jako taková nemůže být po zadavateli spravedlivě požadována. Předchozí věta ovšem neznamená, že ve vztahu k účastníkovi, případně vybranému dodavateli by se zadavatel vyvinil odpovědnosti za správnost a úplnost zadávacích podmínek ve smyslu § 36 odst. 3 ZZVZ, dané ustanovení pouze znamená, že změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je možná. V komentáři k ZVZ jsou vhodně uvedeny příklady zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž těmi „... mohou být dodatečné stavební práce vzniklé po zadání stavební zakázky (v průběhu její realizace či po její realizaci anebo v průběhu jejího zadávání)

²¹³ Srov. viz PODEŠVA, Vilém; SOMMER, Lukáš. Problémy veřejných zakázek na stavební práce a jejich řešení. *Veřejné zakázky v praxi*. 11/2013, s. 12-17. ISSN 1805-8523; uvedeného u komentáře k odst. 6.

v důsledku např. chyby projektanta, který do výkazu výměr nezahrne některé položky, které jsou nezbytné pro realizaci stavební zakázky, apod. V některých případech zadavatelé mylně zaměňují dodatečné stavební práce a nové stavební práce (při využití opčního práva), a to např. tím, že ve formuláři Oznámení o zakázce v kolonce popisující právo na další dodávky, stavební práce a služby (vč. lhůty, ve které lze opční právo realizovat) si zadavatelé namísto vyhrazení opčního práva zjevně nesprávně vyhrazení v rámci zmíněného práva vícepráce např. do max. do výše 10 % původní zakázky – do konce realizace stavby. K uvedenému se sluší doplnit, že tento postup zadavatele není správný, v tomto bodu si lze vyhradit toliko využití opčního práva, ne realizace víceprací.“²¹⁴

Vzhledem ke skutečnosti, že ZVZ nijak souhrnně neupravoval možnost změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, přičemž až do tzv. „transparentní novely“ (zákon č. 55/2012 Sb., s účinností od 01.04.2012, který obsahoval více než jedno sto devadesát změn převážně systémového charakteru²¹⁵) bylo jedinou možností změny ze smlouvy použití jednacního řízení bez uveřejnění, konkrétně § 23 odst. 5 písm. b) nebo § 23 odst. 7 ZVZ (dnešní obdoby § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ), nejsou tak nikterak překvapivé údaje uvedené v tabulce č. 2 níže, ze které je zřejmý pokles užívání jednacního řízení bez uveřejnění za účinnosti ZZVZ vzhledem k celkovému podílu na zadaných veřejných zakázkách veřejných zadavatelů, a to právě s ohledem k významnému rozšíření možnosti změn závazků ze smlouvy.

²¹⁴ JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, 852 s. ISBN 978-80-7179-222-2.

²¹⁵ Důvodem přijetí tzv. „transparentní novely“ bylo naplnění Programového prohlášení vlády z roku 2010 a Vládního programu boje proti korupci z roku 2011. Hlavní změny byly zejména: (i) snížení částek tvořící hranici mezi podlimitní zakázkou a zakázkou malého rozsahu, a to tak, že od 01.04.2012 se částka pro stavební práce snižuje ze 6 000 000 Kč na 3 000 000 Kč a pro služby a dodávky ze 2 000 000 Kč na 1 000 000 Kč (částky bez DPH), (ii) podmínky pro použití zjednodušeného podlimitního řízení u podlimitní veřejné zakázky na stavební práce mohl zadavatel použít v případě předpokládané hodnoty do 10 000 000 Kč bez DPH (do novely 20 000 000 Kč bez DPH), (iii) ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům mohl zadavatel požadovat předložení pouze čestného prohlášení dodavatele o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku (před účinností novely mohl zadavatel požadovat doložení pojistné smlouvy, rozvahy a údajů o celkovém obratu dodavatele), (iv) ukončení možnosti omezení počtu zájemců na základě náhodného výběru provedeného losem a to na základě kauzy tzv. „Karlovarské losovačky“ z roku 2007, blíže viz např. zde <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/domaci/285095-karlovarska-losovacka-se-mestu-prodrazi-o-ctvrt-miliardy/>, (v) povinnost zadavatele zrušit zadávací řízení v případě, kdy zadavatel obdržel pouze jednu nabídku nebo po posouzení nabídek zbyla k hodnocení pouze jedna nabídka, (vi) povinnost veřejných zadavatelů zveřejňovat na profilu zadavatele smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku včetně jejích změn a dodatků, jejichž cena přesáhne 500 000 Kč bez DPH, výši skutečně uhrazené ceny za plnění a seznam subdodavatelů dodavatele veřejné zakázky.

Tabulka č. 2 – Statistika zadáných veřejných zakázek dle druhu zadávacího řízení – jednací řízení bez uveřejnění²¹⁶

Druh zadávacího řízení (veřejní zadavatelé)	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Jednací řízení bez uveřejnění – podíl na zadáných VZ v %	20,3	19,8	25,4	18,9	7,5	6,3	6,1
Hodnota v mld. Kč	40	20	28	23	12	19	19

Ačkoliv je i v ZZVZ možnost zadání veřejně zakázky jednacím řízením bez uveřejnění, tak vzhledem ke skutečnosti, že ZZVZ na rozdíl od ZVZ definuje možnosti změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222, a jelikož je dle důvodové zprávy k § 63 ZZVZ jednací řízení bez uveřejnění „nejméně transparentním řízením, které by mělo být využíváno v ojedinělých případech a po důkladném posouzení splnění podmínek pro jeho použití. Důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývají ze směrnic a jejich výčet je taxativní. Naplnění podmínek pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nelze vykládat extenzivním způsobem. Použití tohoto řízení by mělo být omezeno pouze na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je již od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden dodavatel, který může veřejnou zakázku splnit. K použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, situace výlučnosti tak nemůže být vytvořena samotným zadavatelem. Zákon vymezuje jednak obecné podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, jednak zvláštní podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, které jsou stanoveny s ohledem na jednotlivé druhy veřejných zakázek. Obecně je možno jednací řízení bez uveřejnění použít tehdy, jestliže je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší

²¹⁶ Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí, 05/2014, 05/2015, 05/2016, 05/2017, 05/2018 a 05/2019, 05/2020, op. cit. [online]. ISBN 978-80-7538-283-2. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocní-zpravy-a-souhrnné-udaje-o-veřejných-zakázkách/Vyrocní-zpravy-o-stavu-veřejných-zakázek>

řízení nebo jednací řízení s uveřejněním.“ Je současně nezbytné upozornit, že ZZVZ umožňuje zkrácení lhůt v naléhavých případech (vyššího stupně naléhavosti označeného jako krajně naléhavá okolnost²¹⁷) a to dle § 57 odst. 2 písm. b) ZZVZ, § 59 odst. 5 ZZVZ anebo § 62 odst. 3 ZZVZ. Jednací řízení bez uveřejnění je možné použít pouze tehdy, pokud nelze, z důvodu krajní naléhavosti, čekat na uplynutí těchto zkrácených lhůt.

K vyhrazeným změnám závazku ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ pojednává práce v komentáři k odst. 2. Ve vazbě na jednací řízení bez uveřejnění je nezbytné rovněž upozornit na § 100 odst. 3 ZZVZ, který umožňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění pro nové služby nebo nové stavební práce. Ačkoliv není vyhrazená změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 100 ZZVZ změnou závazku z občanskoprávního hlediska, je dle autora této práce vhodné o této problematice stručně pojednat. Změny dle § 100 jsou takové změny, u kterých není nezbytné měnit smlouvu (uzavírat dodatek k uzavřené smlouvě), ale změnu vhodným způsobem evidovat, neboť se jedná o změny, které byly veřejnou zakázkou předpokládány (vyhrazené; typicky se jedná o měření dle FIDIC²¹⁸ anebo inflační doložku). Výhrada dle § 100 odst. 3 ZZVZ je obdobou § 99 ZVZ, tedy výhrada označovaná jako „opční právo“²¹⁹. Aby byla možnost změny závazku ze smlouvy, dle § 100 odst. 3 ZZVZ, využita, musí být tato změna vyhrazena již v zadávací dokumentaci, přičemž se jedná o možnost zadavatele (objednatele) využít jednací řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací, kdy u § 100 odst. 3 ZZVZ není nezbytné, na rozdíl od § 100 odst. 1 ZZVZ, přesně a jednoznačně vyhradit popis změny. Podmínky použití předmětné výhrady jsou, ve smyslu § 66 ZZVZ, obdobné služby nebo stavební práce, které odpovídají původní veřejné zakázce a v § 100 odst. 3 ZZVZ (podmínky se částečně překrývají), přičemž se jedná o tyto podmínky: 1) podmínky pro nové služby nebo nové stavební práce odpovídají podmínkách pro použití dle § 66 ZZVZ, tedy a) jedná se o nové služby nebo nové stavební práce (dále též „nová plnění“), které spočívají v opakování obdobných služeb nebo obdobných stavebních prací jako

²¹⁷ ZZVZ sice nedefinuje pojem krajně naléhavé okolnosti, ale pro výklad lze užít rozhodovací praxi ÚOHS a soudů k pojmu „krajně naléhavého případu“ ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ, kdy dle ZVZ lze pod pojmem rozumět takové situace mimořádné povahy, které jsou akutní, krizové či havarijní, a které vyžadují okamžité řešení, které nesnese odkladu a bezprostředně hrozí, či již dochází k ohrožení lidského zdraví či života, životního prostředí. Typicky se jedná o situace přírodních katastrof, havárií, živelních pohrom (obecně okolnosti vis major), havárií energetických zařízení apod.

²¹⁸ Blíže viz komentář k odst. 2 této práce.

²¹⁹ ZZVZ pojem „opčního práva“ nepoužívá, ale ve své podstatě se jedná o podobnou právní úpravu jako v ZVZ.

v původní veřejné zakázce, b) nová plnění budou zadány témuž dodavateli, c) v zadávací dokumentaci byla výhrada nových plnění uvedena a byl uveden rozsah těchto nových plnění, d) nová plnění byla zahrnuta do předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky dle § 16 odst. 3 ZZVZ²²⁰, e) jednací řízení bez uveřejnění bude zahájeno do 3 let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku a f) nová plnění nesmí přesáhnout o více než 30 % vyhrazenou předpokládanou hodnotu nových plnění ze zadávací dokumentace a současně ani o více než 30 % cenu původní veřejné zakázky (ceny uvedené ve smlouvě s vybraným dodavatelem); 2) předpokládaná hodnota nových plnění nepřevyšuje 30 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky; v tomto ohledu je nezbytné upozornit, že § 66 písm. e) ZZVZ limit 30 % vztahuje k hodnotě ceny vybraného dodavatele, se kterým je uzavřena smlouva (cena původní veřejné zakázky), tak § 100 odst. 3 písm. b) ZZVZ tuto hodnotu vztahuje k předpokládané hodnotě veřejné zakázky; s ohledem ke skutečnosti, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky dle zadávací dokumentace je obvykle vyšší, než cena původní veřejné zakázky (cena ze smlouvy), tudíž ve většině případů bude po uzavření smlouvy docházet ke snížení limitu pro využití opčního práva; a 3) uvedení předpokládané doby a rozsahu využití nových plnění, tedy informace o době realizace opčního práva a jaké plnění bude předmětem opčního práva. Současně je nezbytné, aby zadání nových plnění v rámci jednacího řízení bez uveřejnění předcházelo zadávací řízení, které bylo uveřejněno způsobem dle § 53 odst. 1 ZZVZ nebo § 212 ZZVZ – dle této právní úpravy není možné, aby předchozím zadávacím řízením bylo samotné jednací řízení bez uveřejnění. Zadavatel (objednatel) zahajuje jednací řízení bez uveřejnění odesláním výzvy k jednání dodavateli. Průběh samotného řízení není nijak regulován a zadavatel (objednatel) tak není povinen pravidla pro postup jednání sdělovat předem. Pro zadavatele (objednatele) však i v tomto řízení platí zásady podle § 6 ZZVZ.

Závěrem k odst. 5 si dovoluji autor této práce upozornit na provázanost s odst. 8 a 9, který stanovuje uveřejnění změny ve Věstníku veřejných zakázek a eventuálně i v Úředním věstníku EU (blíže viz odst. 8 této práce), resp. omezení maximálního možného cenového nárůstu dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek (blíže viz odst. 9 této práce), přičemž toto omezení je národní úpravou zákonodárce České republiky a nevyhází ze Směrnice.

²²⁰ Ve smyslu § 16 odst. 3 ZZVZ je nezbytné, aby v zadávací dokumentaci byla uveřejněna navíc samostatně i hodnota opčního práva.

5.6 Komentář k odst. 6 § 222 ZZVZ – Změny v obsahu a rozsahu závazku ze smlouvy

Možnost nepředvídaných změn je uvedena v bodu 109 preambule Směrnice: *„Veřejní zadavatelé mohou čelit vnějším okolnostem, které nemohou předvídat při zadávání veřejné zakázky, zejména pokud plnění veřejné zakázky pokrývá delší časový úsek. V takovém případě je nezbytná určitá míra flexibility pro přizpůsobení veřejné zakázky těmto okolnostem, aniž by muselo být zahájeno nové zadávací řízení. Pojem nepředvídatelné okolnosti se týká okolností, jež nemohl veřejný zadavatel předpokládat ani přes přiměřeně pečlivou přípravu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku při zohlednění jemu dostupných prostředků, povahy a vlastností konkrétního projektu, osvědčených postupů v dotčené oblasti a potřeby zajistit vhodný poměr mezi zdroji vynakládanými na přípravu zadání veřejné zakázky a její odhadovanou hodnotou. Neplatí to však v případech, kdy je výsledkem úprav změna povahy veřejné zakázky, například kvůli nahrazení stavebních prací, dodávek nebo služeb, které mají být poskytnuty, jiným plněním, nebo kvůli zásadní změně typu veřejné zakázky, protože v takové situaci lze předpokládat hypotetický dopad na výsledek zadávacího řízení.“*

Na rozdíl od odst. 5 není nepředvídaná změna dle odst. 6 vázána na osobu původního dodavatele a je nezbytné, aby změna vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.²²¹

Aby mohl zadavatel použít možnost nepředvídané změny, je zapotřebí kumulativní splnění těchto podmínek (i) potřeba změny závazku ze smlouvy vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, (ii) není měněna celková povaha veřejné zakázky a (iii) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku²²²; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce. (i) Ačkoliv se pojem nepředvídané změny, ve smyslu okolností, které zadavatel nemohl s náležitou péčí předvídat, vztahuje k odst. 6, je tento pojem z důvodu zachování celistvosti textu

²²¹ Pojem nepředvídatelnosti s ohledem na náležitou péči je s ohledem na ucelenost textu blíže uveden v odst. 5 této práce.

²²² Odst. 5 a odst. 6 používají v porovnání se Směrnicí jinou metodu počítání změny, přičemž ZZVZ na rozdíl od Směrnice definuje „hodnotu dodatečných plnění“ nebo „hodnotu změny“, kdežto v čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) Směrnice je uveden pouze „cenový nárůst“, který je obdobně užít v národním limitu 30 % v odst. 9. Dle Směrnice je limit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky vztážen pouze ke každé změně, kdežto vnitrostátně byl limit omezen kumulativně je všem změnám. Blíže komentář a zamyšlení autora této práce ve vztahu ke změně ceny je uvedeno v kapitole 6.

podrobněji popsán v odst. 5 této práce, a to v části týkající se vazby na ZVZ § 23 odst. 7 písm. a) a na to navazujících rozhodnutích ÚOHS a NSS, přičemž autor této práce zde z textu komentáře z odst. 5 alespoň uvádí, že náležitá péče, ve smyslu ZZVZ, umožňuje zadavateli vyvinění z nedostatků zadávacích podmínek, které sám nezpůsobil, nevěděl o nich anebo je ani vzhledem ke svým znalostem a zkušenostem nemohl předpovídat, přičemž typickým příkladem je externě zpracovaná projektová dokumentace pro provedení stavby, k jejímuž vyhotovení je nezbytná znalost, zkušenost a vzdělání takovéto 3. osoby a tato znalost jako taková nemůže být po zadavateli spravedlivě požadována. Pro posouzení je tedy nezbytné, jaký subjekt zakázku zadává, přičemž pojem náležitá péče by měl být vykládán mírněji ve vztahu k méně odborně zdatnému a kvalifikovanému zadavateli (jako příklad pro ilustraci by mohla posloužit menší obec, která poptává stavební práce nepravidelně a nahodile v řádu jednotek zadávacích / výběrových řízení za delší časové období (např. 1 zakázka za 5 let), oproti odbornému zadavateli jako např. Ředitelství silnic a dálnic ČR). (ii) Změna celkové povahy veřejné zakázky je blíže popsána v odst. 4 této práce, přičemž se obecně jedná o takovou změnu, která musí souviset s předmětem zadané veřejné zakázky a nesmí plnění zásadním způsobem změnit. (iii) Obdobně jako u odst. 5 platí, že hodnota změny je součtem absolutních hodnot nového (přidaného) a původního (nevyčerpaného) plnění a nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku,²²³ přičemž nepředvídanou změnou může být rozšíření či zúžení (nerealizace) předmětu plnění.

Obdobu odst. 6 lze nalézt i v NOZ, konkrétně § 1765 odst. 1, se kterou má odst. 6 shodné definiční předpoklady, tedy zejména nepředvídatelnost změny okolností: *„dojde-li ke změně okolností tak podstatné, že změna založí v právech a povinnostech stran zvlášť hrubý nepoměr znevýhodněním jedné z nich buď neúměrným zvýšením nákladů plnění, anebo neúměrným snížením hodnoty předmětu plnění, má dotčená strana právo domáhat se vůči druhé straně obnovení jednání o smlouvě, prokáže-li, že změnu nemohla rozumně předpokládat ani ovlivnit a že skutečnost nastala až po uzavření smlouvy, anebo se dotčené straně stala až po uzavření smlouvy známou. Uplatnění tohoto práva neopravňuje dotčenou stranu, aby odložila plnění. ... Má-li jít o právně relevantní důvod pro vynucenou změnu obsahu závazku ve prospěch jedné ze stran, musí jít vždy jediné o takovou situaci, kdy riziko změny tato strana neměla předvídat a zahrnout jej již do svého zvažování smluvních podmínek, zejm. ceny, i samotného rozhodnutí*

²²³ Blíže k počítání změn závazků ze smlouvy viz kapitola 6.

o uzavření či neuzavření smlouvy. Dotčená strana má právo dovolávat se změny okolností jen tehdy, pokud prokáže, že změnu nemohla rozumně předpokládat. Mohla-li tak učinit, nelze spravedlivě požadovat po druhé straně, aby nesla náklady jejího špatného rozhodnutí. ... Co se týče konkrétní míry požadavků, které se k předvídatelnosti váží, je třeba vycházet z postavení dotčené strany a přihlídnout k její případné profesionální povaze. V režimu § 4 je možno po každém kontrahentovi spravedlivě požadovat, resp. důvodně očekávat běžnou péči a opatrnost a rozum průměrného člověka, v přísnějším režimu § 5 pak i příslušnou odbornost, která je s jeho postavením spojena. ... Pokud jde o příklady změn okolností, které pravidelně nebudou splňovat podmínku předvídatelnosti a které jsou a musejí být (má-li efektivně fungovat smluvní právo, zejm. u dlouhodobějších kontraktů) pokryty běžným smluvně podstupovaným rizikem, jedná se např. o běžné kolísání cen a poptávky a nabídky, standardní fluktuaci zaměstnanců, běžné výkyvy počasí, obvyklé střídání politických programů apod. ... Naopak, naprostý kolaps cen či měn, revoluční politické převraty či katastrofální meteorologické jevy podmínce nepředvídatelnosti zpravidla vyhoví. ... Je však třeba vždy hodnotit konkrétní okolnosti a konkrétní kontext – tak např. předpokládatelnost povodně v záplavovém území podél řeky je na zcela jiné úrovni než předpokládatelnost povodně v místech, ve kterých se dle veškerých expertních předpovědí nemůže vyskytnout. Extrémní politické či společenské jevy je třeba z hlediska předvídatelnosti jinak hodnotit v oblastech, které vykazují dlouhodobou stabilitu, a jinak v oblastech nestabilních, nebo oblastech, které již známky nestandardního budoucího vývoje vykazují. Ani např. válka či převrat a následné ekonomické dopady nemusejí tedy nutně vůbec automaticky spadat pod nepředvídatelné změny okolností. Stejně tak extrémní ekonomický vývoj (např. výrazná inflace či znehodnocení měny), přestože intenzivní, nemusí být za daných okolností nepředvídatelný (nepředvídatelná může být samozřejmě míra – tak je např. očekávatelný vzrůst inflace k dvoumístným hodnotám, rychlý nástup hyperinflace ale přesto může být překvapivý). Změna právního prostředí či konkrétní právně-politické zásahy nemusejí být neočekávatelné, pokud takové záměry dlouhodobě deklarují opoziční strany a lze očekávat jejich volební úspěch. Hodnocení předvídatelnosti vždy musí vycházet z individuálního posouzení všech okolností, za kterých byla smlouva uzavřena, z postavení stran a samozřejmě z obsahu samotné smlouvy. Je úkolem dotčené strany, aby prokázala, že danou změnu předpokládat rozumně nemohla a že jí tuto změnu nelze spravedlivě přičítat

(jen) k její tíži.“²²⁴ V základním režimu smluv je obsažena klauzule *rebus sic stantibus*²²⁵, jakožto obecně uplatnitelná výjimka ze zásady *pacta sunt servanda*²²⁶. Tento dispozitivní režim NOZ je však možné upravit ve smyslu § 1765 odst. 2 NOZ, kdy smluvní strana na sebe může vzít nebezpečí změny okolností „Právo podle odstavce 1 dotčené straně nevznikne, převzala-li na sebe nebezpečí změny okolností.“

5.6.1 Příklad z praxe – smlouvy na zajištění dopravní obslužnosti²²⁷

Vhodným příkladem i v odst. 4 zmíněné otázky, tedy, jestli je možná změna závazku ze smlouvy i bez adekvátního plnění dodavatele, byly v roce 2016 diskutovaná nařízení vlády č. 336/2016 Sb. a č. 337/2016 Sb., kterými došlo s účinností od 01.01.2017 k následujícím změnám²²⁸: i) přeražení řidičů autobusů do vyšší skupiny prací, čímž došlo k navýšení nejnižší úrovně zaručené mzdy (ze 71,60 Kč/hod na 98,10 Kč/hod); ii) vytvoření nové kategorie ztíženého pracovního prostředí, přičemž práce v takovémto ztíženém pracovním prostředí je ohodnocena příplatkem nejméně 10 % základní hodinové mzdy (výše příplatku 6,60 Kč/hod) a iii) zvýšení odměny členu osádky autobusu za každou celou hodinu doby čekání mezi spoji nejméně ve výši 90 % hodinové sazby nejnižší úrovně zaručené mzdy stanovené pro pátou skupinu prací (tj. 88,29 Kč/hod).²²⁹

Zmíněnými novelami došlo u řidičů autobusů k výraznému navýšení mzdových nákladů a tedy nákladů bezprostředně souvisejících s poskytováním služeb dopravní obslužnosti v režimu závazků veřejné služby, tj. v případech, kdy je objednatelem kraj nebo obec.

²²⁴ HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1344 s. ISBN: 978-80-7400-535-0.

²²⁵ Latinsky, v překladu „za předpokladu, že věci zůstanou, jak jsou.“

²²⁶ Latinsky, v překladu „smlouvy se mají dodržovat.“

²²⁷ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 05.01.2018, č. j. ÚOHS-S0288/2017/VZ-00493/2018/511/SVá. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15405.html> a Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.04.2018, č. j. ÚOHS-R0013,0016/2018/VZ-11750/2018/323/Lva. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15406.html>

²²⁸ Údaje platné k roku 2017; v roce 2018 v souvislosti s nařízením vlády č. 286/2017 Sb., došlo s účinností od 01.01.2018 k navýšení nejnižší úrovně zaručené mzdy na 12200 Kč/měsíčně (což odpovídá 73,20 Kč/hod) a tudíž i ke změnám: i) nejnižší úrovně zaručené mzdy (z 98,10 Kč/hod na 108,80 Kč/hod); ohodnocení ztíženého pracovního prostředí (z 6,60 Kč/hod na 7,32 Kč/hod) a iii) odměny členu osádky autobusu za dobu čekání mezi spoji (z 88,29 Kč/hod na 97,92 Kč/hod).

²²⁹ DERKOVÁ, Romana; VÁŇOVÁ, Mária. *Nová nařízení vlády vs. smlouvy na zajištění dopravní obslužnosti*. *Veřejné zakázky v praxi*. 03/2017, s. 50-55. ISSN 1805-8523.

V souladu se závěry v této práci výše uvedenými, tedy tím, že kontraktační proces je v režimu zadávacích řízení významně formalizován, přičemž dle § 222 odst. 3 ZZVZ nelze měnit závazek ze smlouvy v případě podstatných změn (v tomto případě zejména § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ, tedy že změna by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele). Je tedy otázkou, zdali dané navýšení mzdových nákladů dopravce naplňuje znaky nepodstatné změny závazku ze smlouvy, přičemž i změny závazků ze smluv uzavřených dle ZVZ jsou možné, neboť veškeré změny závazků ze smluv se posuzují dle ZZVZ.²³⁰

Ačkoliv se nabízí i otázka, zdali je změna závazku, spočívající fakticky v pouhém jednostranném navýšení ceny plnění, přípustná, když původní rozsah plnění zůstává v zásadě stejný a zadavatel tak za vyšší cenu plnění obdrží identické plnění a rozsah dle původně uzavřené smlouvy, tak obdobným případem, u kterého by nemuselo dojít k reciproční změně v předmětu plnění, je situace podstatné změny okolností, která mezi smluvními stranami zakládá zvláště hrubý nepoměr (tzv. klauzule „*rebus sic stantibus*“). Změna okolností je tedy případem, který umožňuje změnu závazku ze smlouvy spočívající v navýšení ceny bez adekvátního protiplnění. Blíže k tomuto viz text této práce u odst. 4 § 222 ZZVZ.

V daném případě by mohl zadavatel postupovat dle § 222 odst. 2 ZZVZ, avšak pouze v případě, že by si takovou změnu vyhradil již ve smlouvě na veřejnou zakázku. V takovém případě ovšem musí být daná změna ve smlouvě dostatečně podrobně popsána (včetně mechanismu změny ceny).²³¹ Ačkoliv se jedná o nejjednodušší řešení, autor této práci není názoru, že by takto jednoznačně vyhrazenou změnu závazku ze smlouvy předmětné smlouvy obsahovaly (čímž by mohlo dojít i k naplnění jedné z podmínek odst. 6, konkrétně písm. a), tedy okolnosti, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat).

Další možností postupu zadavatele by mohl být § 222 odst. 4 ZZVZ, dle kterého je nepodstatná změna závazku ze smlouvy ta, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky; její hodnota je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku²³² a je nižší než 10 % původní hodnoty závazku. Dle výše

²³⁰ § 273 odst. 6 ZZVZ, blíže viz kapitola 4 odst. 3.2 této práce.

²³¹ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21.12.2015, č. j. 30 Af 78/2013-148: „*Možnost změny ze smlouvy byla sice ve smlouvě předvídaná, avšak bez detailních pravidel pro její využití, které nebylo závislým na jasně stanovených a objektivních okolnostech.*“

²³² Dle nařízení vlády č. 172/2016 Sb., účinné od 01.01.2018, ve vztahu k obcím a krajům do 5 944 000 Kč bez DPH.

nastíněných finančních navýšení řidičů autobusů ovšem finanční limit nejspíše nebude dostatečný.

Pro účely možnosti kompenzace dopravců se zřejmě jako nejpoužitelnější jeví § 222 odst. 6 ZZVZ, který nepovažuje za podstatnou změnu ty změny, které vznikly v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, nemění celkovou povahu veřejné zakázky a hodnota změn nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku, resp. dle § 222 odst. 9 ZZVZ je cenový nárůst omezen na 30 % původní hodnoty závazku a to z důvodu, že v případě finančních kompenzací dopravců nejde o změny, u kterých by se mohl uplatnit vzájemný zápočet nově realizovaných a nerealizovaných služeb. Ačkoliv se MMR i ÚOHS vyjádřili spíše negativně, v tom smyslu, že potřeba změny nevzniká na straně zadavatele, ale jde o zvýšení nákladů na straně dodavatele²³³, resp. absence dle ÚOHS těchto běžně používaných změnových doložek jde plně k tíži zadavatele²³⁴, je dle autora této práce možno považovat danou situaci jako velice specifickou, neboť dané navýšení finančního ohodnocení řidičů autobusů výrazně vybočuje ze standardního rámce růstu mezd. Možnou nepředvídatelnost přitom zdůrazňuje i Směrnice 2014/24/EU v bodu 109 preambule: *„Veřejní zadavatelé mohou čelit vnějším okolnostem, které nemohou předvídat při zadávání veřejné zakázky, zejména pokud plnění veřejné zakázky pokrývá delší časový úsek. V takovém případě je nezbytná určitá míra flexibility pro přizpůsobení veřejné zakázky těmto okolnostem, aniž by muselo být zahájeno nové zadávací řízení. Pojem nepředvídatelné okolnosti se týká okolností, jež nemohl veřejný zadavatel předpokládat ani přes přiměřeně pečlivou přípravu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku při zohlednění jemu dostupných prostředků, povahy a vlastností konkrétního projektu, osvědčených postupů v dotčené oblasti a potřeby zajistit vhodný poměr mezi zdroji vynakládanými na přípravu zadání veřejné zakázky a její odhadovanou hodnotou.“* V souladu s tím, že smlouvy na dopravní obslužnost jsou uzavírány i na 10 let, je dle autora této práce diskutabilní požadovat po zadavateli, aby na tolik let dopředu předvídal obdobnou krizovou situaci, pokud v době

²³³ Ministerstvo pro místní rozvoj. *Stanovisko k možnostem řešení otázky zohlednění sociálních aspektů v autobusové dopravě. Veřejné zakázky v roce 2012.* [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/getmedia/58060278-b795-45e0-8af1-441d809a1d16/Stanovisko-zmeny-smlouvy-v-doprave.pdf>

²³⁴ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky.html>

ukončení zadávacího řízení neexistovaly žádné indicie o případné změně právních předpisů.²³⁵

5.6.2 Další příklady z praxe

V návaznosti na odkaz z textu komentáře k odst. 2 (§ 222 ZZVZ) výše, konkrétně na „vyhrazená změna může i násobně přesahovat nabídkovou cenu“ poukazuje autor této práce na termín „objektivní nepředvídatelnosti okolností“²³⁶ ze strany zadavatele, za kterých vznikla potřeba dodatečných stavebních prací. Předmětný pojem byl vykládán s ohledem na to, co by měl zadavatel při zahájení zadávacího řízení předvídat (např. novelizace vnitrostátních anebo mezinárodních právních předpisů týkající se předmětu veřejné zakázky)²³⁷. Dle judikátů ESD (např. rozhodnutí věc C-192/13 P anebo věc C-197/13 P²³⁸) jsou podmínky, za nichž lze veřejnou zakázku zadat (pozn. předmětná rozhodnutí byla učiněna za účinnosti ZVZ, za účinnosti ZZVZ se zakázky v takových případech nemusí již zadávat prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění²³⁹, ale za splnění podmínek § 222 odst. 6 ZZVZ jsou vyhrazeny přímo Zákonem, ovšem bez ohledu na jiné znění ZZVZ, lze u ESD předpokládat konstantní názor k důsledkům objektivní nepředvídatelnosti okolností, neboť i za znění ZZVZ má zadavatel při zahájení zadávacího řízení povinnost předvídat ty okolnosti, které mohou mít vliv na průběh plnění předmětné veřejné zakázky), nutno vykládat restriktivně, přičemž důkazní břemeno leží vždy na zadavateli. Předmětné rozsudky ESD řeší zadání dodatečných stavebních prací vybranému dodavateli původní veřejné zakázky. Rozhodnutí se týkají výstavby vysokorychlostní železniční trati ve Španělsku. Dodatečné stavební práce, jimiž se ESD zabýval, byly důsledkem změny projektu a to mimo jiné v (i) opětovném měření hlukové zátěže kvůli demografickému růstu,

²³⁵ DERKOVÁ, Romana; VÁŇOVÁ, Mária. *Nová nařízení vlády vs. smlouvy na zajištění dopravní obsluhy*. Veřejné zakázky v praxi. 03/2017, s. 50-55. ISSN 1805-8523.

²³⁶ Tento termín byl užíván v ZVZ a to až do novely zákonem č. 40/2015 Sb., a následně byl nahrazen odpovědností zadavatele ve smyslu „náležité péče“, blíže viz komentář k odst. 5 této práce.

²³⁷ Oprava rozhodnutí Komise C(2013) 9527 final ze dne 19.12.2013, kterým se stanoví a schvalují pokyny ke stanovení finančních oprav, jež má Komise provést u výdajů financovaných Unii v rámci sdíleného řízení v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek ze dne 03.10.2014 [online]. Dostupné z:

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_2014_7372_cs.pdf

²³⁸ Rozhodnutí 1. stupně (věc T-235/11 a věc T-540/10) byla zrušena pro rozpor původního rozhodnutí Komise s nařízením Rady č. 1083/2006 o obecných ustanoveních o EFRD, ESF a Fondu soudržnosti. Tribunál v nich ale za nepředvídatelné okolnosti považoval změny vyplývající z překročení limitů hluku, změny územního plánu a změn geotechnických podmínek, z čehož lze vyvodit, že ESD vnímá tento pojem restriktivně.

²³⁹ § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ.

s odlišnými výsledky měření oproti fázi přípravy projektu, (ii) změnách územního plánu obce dotčené výstavbou a (iii) zjištěných změn geologického podloží a nepředpokládané kontaminace půdy. ESD zdůraznil, že se nejedná o objektivně nepředvídatelné okolnosti v těch případech, v kterých je zadavatel schopen při vynaložené veškeré odborné péče takové okolnosti předvídat, např. projednání podmínek výstavby s orgány místní samosprávy. Dle ESD nelze pokládat za objektivně nepředvídatelné stavební práce, jejichž potřeba vyvstala na základě změny územního plán a požadavků na měření hlukové zátěže, když je veřejně dostupná ta informace, že v dotčené obci soustavně od roku 1975 rostl počet obyvatel, přičemž si zadavatel neobstaral potřebná schválení. Dále se zadavatel dle ESD nemůže dovolávat objektivní nepředvídatelnosti spočívající v zjištěných změnách geologického podloží a kontaminace půdy, pokud před zahájením výstavby (pozn. autora – resp. podstatný okamžik pro určení je již před zahájením zadávacího řízení, nejpozději však do konce lhůty pro podání nabídek nebo žádostí o účast) neprovedl odpovídající geologický průzkum.²⁴⁰

Obdobný závěr jako u výše uvedeného příkladu ESD lze nalézt v rozhodnutí ÚOHS ze dne 01.02.2012, č. j. ÚOHS-S304/2011/VZ-17211/2011/520/Ema: „... *Nad rámec rozhodných skutečností Úřad k objektivně nepředvídané okolnosti odvislé od nerealizace rekonstrukce inundačního mostu, uvádí, že se nemůže ztotožnit se závěrem zadavatele, že je zadavatel nemohl v době zadávání původní veřejné zakázky předvídat. Zadavatel si musel být již v průběhu zadávacího řízení původní veřejné zakázky vědom, že zadávací řízení na „rekonstrukci inundačního mostu“, které podle jeho vyjádření souviselo se změnou technologie zásunu mostní konstrukce neprobíhá, když dne 2. 5. 2007 byla uzavřena smlouva na plnění původní veřejné zakázky a oznámení o veřejné zakázce na „rekonstrukci inundačního mostu“ ještě nebylo zveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách (zveřejněno dne 14. 9. 2007). ... Úřad dodává, že zadavatel v souvislosti s nezbytností realizace zásunu mostní konstrukce odlišnou technologií odkazuje na doplnění podmínek stavebního povolení a zároveň uvádí, že z důvodu nerealizace rekonstrukce inundačního mostu bylo možné technologii zásunu „upravit“, neboť nebylo nutné provádět zásun mostní konstrukce korytem Labe.“²⁴¹*

²⁴⁰ PODEŠVA, Vilém; SOMMER, Lukáš. Problémy veřejných zakázek na stavební práce a jejich řešení. *Veřejné zakázky v praxi*. 11/2013, s. 12-17. ISSN 1805-8523.

²⁴¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 01.02.2012, č. j. ÚOHS-S304/2011/VZ-17211/2011/520/EMA. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-9410.html>

Vhodným příkladem vyhrazené změny závazků ze smlouvy v důsledku úpravy změn legislativy může být považován pod-čl. 13.7 CONS²⁴². Dané ustanovení předpokládá změny v legislativě dané země (v místě, kde se nachází staveniště nebo jeho většina), ke kterým došlo po podání nabídky do zadávacího řízení²⁴³. Je nutné rozlišovat „automatické“ změny (např. změna sazby DPH), ke kterým není nutné provádět změnu smlouvy (uzavírat dodatek), od změn, které mají vliv na náklady zhotovitele, tedy skutečné výdaje vynaložené zhotovitelem k dosažení účelu smlouvy (např. změna v technologických předpisech), a u kterých musí být provedena změna závazku (uzavřen dodatek) včetně uveřejnění změny v registru smluv. Za typický příklad lze považovat situaci přeražení řidičů autobusů do vyšší skupiny prací, tak jak je popsáno výše v tomto odstavci, čímž došlo k navýšení nejnižší úrovně zaručené mzdy (blíže k tomuto případu je uvedeno v odst. 6). Vyhrazená změna v důsledku změn legislativy ve smyslu CONS tedy zní takto: *„Smluvní cena musí být upravena tak, aby bylo zohledněno zvýšení nebo snížení Nákladů, vyplývající ze změny v Právních předpisech Země (včetně zavedení nových Právních předpisů a zrušení nebo modifikace existujících Právních předpisů) nebo změny v soudním nebo v oficiálním úředním výkladu takových Právních předpisů provedené po Základním datu, která ovlivňuje Zhotovitele při plnění závazků podle Smlouvy.“*

Závěrem k odst. 6 si dovolí autor této práce upozornit na provázanost s odst. 8 a 9, který stanovuje uveřejnění změny ve Věstníku veřejných zakázek a eventuálně i v Úředním věstníku EU (blíže viz odst. 8 této práce), resp. omezení maximálního možného cenového nárůstu dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek (blíže viz odst. 9 této práce), přičemž toto omezení je národní úpravou zákonodárce České republiky a nevychází ze Směrnice.

5.7 Komentář k odst. 7 § 222 ZZVZ – Změny v obsahu stavebních prací závazku ze smlouvy

Předmětné ustanovení umožňuje zadavateli u stavebních prací (nevztahuje se na veřejné zakázky na dodávky nebo služby) provést nepodstatné změny závazku ze smlouvy (tedy změny splňující odst. 3) bez procentuálního omezení. Zadavatel

²⁴² Podrobnější informace ke vzorovým smluvním podmínkám FIDIC jsou uvedeny u § 222 odst. 2 ZZVZ.

²⁴³ Pod-čl. 1.1.3.1 CONS – základní datum.

tedy není limitován výši provedené změny, obdobně jako je tomu u vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě ve smyslu odst. 2 a § 100 odst. 1.

Ustanovení nevyplývá ze Směrnice, ale je národní úpravou, konkrétně pozměňovacím návrhem poslance Ladislava Oklešťka²⁴⁴ k vládnímu návrhu ZZVZ, který odůvodnil pozměňovací návrh zásadními problémy z praxe, „*kdy se mnohdy po vyprojektování a zadání veřejné zakázky změni technologie určitých materiálů či prací. Zadavatelé se v případě náhrady materiálů či prací za kvalitativně stejná či lepší řešení, aniž by došlo ke zvýšení ceny stavebních prací, dostávají do absurdní situace, že v případě akceptování shora uvedené náhrady se dopouštějí porušení zákona upravujícího zadávací proces. Proto se navrhuje prostřednictvím nového odstavce 7 stanovit, aby se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, která je obecně zapovězena, nepovažovala záměna jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami. Tím je umožněna záměna srovnatelného materiálu např. za technologicky vhodnější a ekonomicky stejný či dokonce lepší (hospodárnější). Tato záměna není omezena procenty, což není nutné, protože limity představují další podmínky uvedené v písmenech a) – d) nového odstavce 7, které umožní přezkoumání toho, že byly skutečně zaměněny jen položky, které se týkaly srovnatelného druhu materiálu nebo prací, šlo o řešení ekonomicky výhodnější či stejně výhodné jako vysoutěžené položky a kvalita je stejná či lepší než u vysoutěžených položek. Záměna materiálu či prací se může týkat jen jedné či více položek soupisu stavebních prací, který byl součástí dokumentace původní zadané veřejné zakázky, čímž je zajištěno, že zadavatel nebude doplňovat položky, které vůbec s původní veřejnou zakázkou nesouvisely. Možné je zaměnit i jednu položku vícero položkami, pakliže více položek nahrazují jednu položku, a naopak. Pokud tedy po zadání je na trhu nová technologie, kdy jedna položka dokáže nahradit vícero položek ze soupisu stavebních prací, je možné přistoupit při splnění zákonných podmínek k záměně, jsou-li splněny všechny stanovené podmínky. Podmínkou zákonnosti postupu tedy je, aby nové položky soupisu stavebních prací představovaly srovnatelný druh materiálu nebo prací ve vztahu k nahrazovaným položkám, aby cena materiálu nebo prací podle nových položek soupisu stavebních prací byla ve vztahu k nahrazovaným položkám stejná nebo nižší, aby materiál nebo*

²⁴⁴ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3560, předkladatel Ladislav Oklešťek, dokument 09021-12239, datum 20.01.2016 v 12:42:29* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>

práce podle nových položek soupisu stavebních prací byly ve vztahu k nahrazovaným položkám kvalitativně stejné nebo vyšší a aby zadavatel vyhotovil o každé jednotlivé záměně přehled obsahující nové položky soupisu stavebních prací s vymezením položek v původním soupisu stavebních prací, které jsou takto nahrazovány, spolu s podrobným a srozumitelným odůvodněním srovnatelnosti materiálu nebo prací a stejné nebo vyšší kvality. Posledně uvedená podmínka zajišťuje, aby postup zadavatele, který nahrazuje určité položky, aniž by je musel zadávat v zadávacím řízení, byl transparentní pro veřejnost a přezkoumatelný orgánem dozoru. ... Úprava neumožňuje, aby zadavatel, který zadal realizaci „zámkové dlažby“, mohl v souladu se zákonem „nepodstatně“ změnit smlouvu a nahradit plnění např. asfaltem. V takovém případě by již šlo co do druhu o jiný materiál a práce, přičemž v zadávacím řízení zadavatel požadoval „zámkovou dlažbu“ a nabídky mohli podávat jen ti dodavatelé, co jsou schopni ji realizovat.“

Ačkoliv autor této práce zcela nesdílí názor s výše uvedeným pozměňovacím návrhem ZZVZ, konkrétně s tvrzením, že „zadavatelé se v případě náhrady materiálů či prací ... dostávají do absurdní situace, že v případě akceptování shora uvedené náhrady se dopouštějí porušení zákona“, a to kvůli možnosti změn závazků ze smlouvy, např. odst. 4, tudíž je možné, že pan poslanec Oklešťka vycházel z dosavadních zkušeností změn závazku ze smlouvy dle ZVZ, přičemž ZVZ neupravoval změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, s výjimkou použití jednacního řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 5 písm. b) nebo § 23 odst. 7 ZVZ, kdy se zadavatelé snažili např. podřadit změnu položek soupisu stavebních prací pod důvody, jejichž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a v rámci ZVZ tedy docházelo k oněm absurdním situacím, které eskalovaly v porušování zákona. Dále autor této práce zastává názor, že obdobné ustanovení by si do zadávacích podmínek, v návaznosti na § 222 odst. 2 ZZVZ a § 100 odst. 1 ZZVZ, mohli vložit sami zadavatelé, tak jako to např. činí Red Book FIDIC v případě měření skutečně provedených prací dle pod-čl. 12 (srov. komentář k odst. 2 této práce). Na druhou stranu je nesporné, že uvedení možnosti záměny položek soupisu stavebních prací přímo v ZZVZ, zvyšuje pravděpodobnost užívání tohoto institutu v praxi, protože by zadavatelé, dle názoru autora této práce, zřejmě podobná ustanovení v zadávacích podmínkách neměli upravená. Autor této práce je proto přesvědčen, že dané ustanovení má v ZZVZ své opodstatnění, neboť u nepodstatných změn je zadavateli dána možnost záměny položek soupisu stavebních prací bez vlivu

na limity takové změny. Ovšem o četnosti užívání tohoto ustanovení v praxi není možné dohledat bližší informace, protože záměna položek soupisu stavebních prací nepodléhá, na rozdíl od odst. 5 a odst. 6, ve smyslu odst. 8, uveřejnění způsobem dle § 212 ZZVZ. Ostatně autor této práce je nucen konstatovat, že v průběhu své praxe v oblasti stavebnictví, se s užitím daného ustanovení u zadavatele setkal pouze v jednom případě, což je zřejmě dáno obavou zadavatelů v souvislosti s možným výkladem auditního orgánu nebo poskytovatele dotace, kteří by v případě nesouhlasu s daným zařazením změny závazku ze smlouvy, mohli přistoupit k sankčním mechanismům. Pro zadavatele je tedy, dle názoru autora této práce, bezpečnější, pokud i jednoznačnou záměnu položek soupisu stavebních prací podřadí např. pod změnu závazku ze smlouvy dle odst. 4, tím spíše v situacích, kdy zadavatel bude mít stále dostatečný (nedočerpaný) finanční limit pro možné změny.

Co se rozumí soupisem stavebních prací, stanovuje § 92 odst. 1 písm. b) ZZVZ, který se v podrobnostech odkazuje na vyhlášku MMR, konkrétně na vyhlášku č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, ve znění pozdějších předpisů, která definuje pojmy jako soupis prací²⁴⁵ anebo výkaz výměr²⁴⁶. Ve smyslu tohoto vymezení veřejné zakázky na stavební práce můžeme následně dospět k závěru, že zadavatel splnil požadavek § 36 odst. 3 ZZVZ, tedy že stanovil a poskytl dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.

Odst. 7 stanovuje, že za podstatnou změnu ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna spočívající v záměně jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami, pro které je nezbytné kumulativní splnění následujících podmínek:

- a) nové položky soupisu stavebních prací představují srovnatelný druh materiálu nebo prací ve vztahu k nahrazovaným položkám,
- b) cena materiálu nebo prací podle nových položek soupisu stavebních prací je ve vztahu k nahrazovaným položkám stejná nebo nižší,

²⁴⁵ § 3 dané vyhlášky: „*Soupis prací stanoví v přímé návaznosti na dokumentaci pro zadání stavebních prací podrobný popis všech předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky na stavební práce.*“

²⁴⁶ § 7 odst. 1 dané vyhlášky: „*Ve výkazu výměr zadavatel uvede výpočet použitý při stanovení předpokládaného množství položky soupisu prací a odkaz na příslušnou grafickou nebo textovou část dokumentace pro zadání stavebních prací tak, aby umožnil kontrolu celkové výměry, nebo odkáže na výpočet stanovení množství položky soupisu prací v dokumentaci pro zadání stavebních prací.*“

- c) materiál nebo práce podle nových položek soupisu stavebních prací jsou ve vztahu k nahrazovaným položkám kvalitativně stejné nebo vyšší a
- d) zadavatel vyhotoví o každé jednotlivé záměně přehled obsahující nové položky soupisu stavebních prací s vymezením položek v původním soupisu stavebních prací, které jsou takto nahrazovány, spolu s podrobným a srozumitelným odůvodněním srovnatelnosti materiálu nebo prací podle písmene a) a stejné nebo vyšší kvality podle písmene c).

Je zapotřebí, aby spolu zaměňované položky úzce souvisely, přičemž není nutné, aby byla zaměněna jedna položka za jednu. Pro účely písm. b) a c) je ovšem nezbytné, aby byla naplněna podmínka srovnatelnosti položek. Podmínky písm. b) a c) musí zadavatel při záměně bezpodmínečně dodržet, a to proto, aby nedošlo ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ k podstatné změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, která by měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele. Současně je nezbytné analyzovat záměny i ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ k podstatné změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně. Ačkoliv má autor této práce za to, že uvedený příklad je pouze teoretický, je vhodné i na tento možný příklad upozornit, přičemž tento příklad byl použit právě u odst. 3 této práce. Jedná se o situaci, kdy by zadavatel např. v rámci technické kvalifikace, z důvodu složité dopravní situace v místě plnění veřejné zakázky, požadoval, aby byl odvoz stavební sutě zajištěn prostřednictvím říční lodní dopravy, přičemž takovýto požadavek není běžný a kvalifikaci by tak zřejmě splňoval jen velmi omezený počet dodavatelů. Zadavatel by v průběhu realizace plnění veřejné zakázky tento požadavek zaměnil, o to např. za silniční dopravu. Jmenovatelem takovéto záměny by byla záměna „dopravy“, která by ve vztahu k písm. b) s největší pravděpodobností splnila podmínku stejné nebo nižší ceny prací a k písm. c), tedy ke stejné nebo vyšší kvalitě by si zadavatel musel obhájit např. snazší dostupnost, rychlejší doprava, ve srovnatelném čase vyšší dopravené množství, nižší zátěž pro životní prostředí apod. Ve vztahu k podmínkám odst. 7 by tedy zadavatel zřejmě záměnu obhájl. Ovšem nikoliv ve vztahu k § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ, neboť to byl zadavatel, který požadoval říční lodní dopravu, a tudíž by touto záměnou mohlo dojít

k záměně významné položky, která mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení. Charakter posuzovaného deliktního jednání je ohrožovací, nikoli poruchový, a tudíž nemusí být prokazováno, že došlo k vyloučení jakéhokoliv dodavatele v důsledku netransparentního nastavení zadávacích podmínek, ale postačuje rozumně odůvodněná hypotéza, že mohl existovat dodavatel poškozený jednáním zadavatele. Fakt, že skutečný dopad na konkrétního dodavatele nebyl prokázán, se nepokládá za polehčující okolnost.²⁴⁷ Typicky se jedná o tato odůvodnění ÚOHS, zde např. rozhodnutí ÚOHS, ze dne 05.08.2014, č. j. ÚOHS-S442/2014/VZ-16444/2014/51-1/KČe: „Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť mohl mít vliv na počet podaných nabídek, kdy potenciální dodavatelé před podáním nabídky zvažují, zda jsou schopni prokázat splnění kvalifikace, resp. zajistit požadované plnění, samostatně nebo za pomoci subdodavatele.“

5.8 Komentář k odst. 8 § 222 ZZVZ – Odeslání oznámení o změně závazku ze smlouvy k uveřejnění

V odst. 8 je pro zadavatele stanovena povinnost v odeslání oznámení o změně závazku k uveřejnění postupem dle § 212 ZZVZ, a to do 30 dnů od provedení změny, v případě, že zadavatel provedl změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle odst. 5 nebo odst. 6. Daná povinnost vychází ze Směrnice, ve které je v čl. 72 odst. 1 zcela dole uvedeno: „*Veřejní zadavatelé, kteří změnili smlouvu na veřejnou zakázku v případech stanovených v písmenech b) a c) tohoto odstavce, uveřejní za tímto účelem oznámení v Úředním věstníku Evropské unie. Oznámení musí obsahovat informace stanovené v části G přílohy V a musí být uveřejněno v souladu s článkem 51.*“

K možnosti změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je vhodné vědět, že ZZVZ, stejně jako Směrnice, nezakazuje možnost změny v provedené klasifikaci změny závazku. Zadavatelem provedená (interní) klasifikace změny závazku ze smlouvy jako taková, tedy není z hlediska ZZVZ závazná. To znamená, že pokud by zadavatel např. vyčerpal limit dle odst. 5 v návaznosti na odst. 9 a současně neměl dočerpaný limit dle odst. 4, může tyto změny závazku ze smlouvy přeradit pod změny de minimis. Ovšem opačný případ, tedy vyčerpání limitu dle odst. 4 a následné čerpání dle odst. 5 v návaznosti na odst. 9 by bylo komplikované,

²⁴⁷ Viz např. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 02.05.2018, č. j. 62 Af 117/2016-71.

právě kvůli podmínkám odst. 8 a nezbytnosti odeslání oznámení o změně závazku k uveřejnění postupem dle § 212 ZZVZ do 30 dnů od provedení změny. Z tohoto příkladu lze tedy zadavatelům doporučit, aby průběžně evidovali, posuzovali a klasifikovali změny závazku ze smlouvy, neboť by na základě tohoto systematického postupu zřejmě mohli využít možnosti uvedené v předchozí větě a to z důvodu, že by včas odhalili nezbytnost přeřazení změny závazku ze smlouvy. Autor této práce je názoru, že je vhodné snažit se provádět v co nejvyšší míře změny mimo odst. 4 a možnost čerpání de minimis, která se neodůvodňuje (blíže viz odst. 4 této práce), si ponechat na samý závěr realizace plnění.

Za vhodný příklad evidence a klasifikování změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je možné poukázat na přílohu č. 10 Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2017 ver. 1.2 s účinností od 22.11.2018, viz níže tabulka č. 3. Předmětná tabulka je rozměrná, a proto i znázornění v této práci není zcela ideální. Daná tabulka je ovšem dostupná i online na webových stránkách ŘSD ČR.²⁴⁸

Tabulka č. 3 – Přehled zařazení změn do skupin

²⁴⁸ Ředitelství silnic a dálnic ČR. *Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2017 ver. 1.2 s účinností od 22.11.2018*. [online]. Dostupné z: <https://www.rsd.cz/wps/portal/web/technicke-predpisy/smernice-a-pokyny-pro-vystavbu>

Za okamžik změny závazku, a tedy povinnosti uveřejnění změny závazku ze smlouvy ve Věstníku veřejných zakázek anebo Úředním věstníku Evropské unie, je zapotřebí považovat den, kdy došlo k podpisu dodatku, změnového listu apod., nikoliv den, kdy byla změna fyzicky uskutečněna. V případě uskutečnění změny závazku ze smlouvy dle odst. 5 nebo odst. 6 je zadavatel povinen do 30 dnů od provedené změny (blíže viz předchozí věta) odeslat oznámení o změně k uveřejnění podle § 212 ZZVZ. § 212 ZZVZ upravuje způsob uveřejňování prostřednictvím formulářů, v případě nadlimitních veřejných zakázek tzv. nadlimitních formulářů upravených dle Uveřejňovacího nařízení EU, a v případě podlimitních veřejných zakázek dle formulářů upravených Uveřejňovací vyhláškou.²⁴⁹ Ve Věstníku veřejných zakázek se použije formulář „F20 – Oznámení o změně“. Pokyny pro řádné vyplnění formuláře je možné získat na webových stránkách MMR, v části metodiky k ZZVZ, konkrétně metodiky k uveřejňování.²⁵⁰

Změna závazku ze smlouvy (dle odst. 4, odst. 5 nebo odst. 6) podléhá povinnosti uveřejnění ve smyslu § 219 odst. 1 ZZVZ, dle kterého uveřejní veřejný zadavatel na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků do 15 dnů od jejich uzavření. Jak je již v této práci uvedeno, tak k povinnosti uveřejnění smlouvy vydal ÚOHS s MMR a Ministerstvem vnitra společné stanovisko, ve kterém sjednocují povinnosti zadavatele uveřejnit smlouvu dle ZZVZ s povinností uveřejnit smlouvu dle ZRS, přičemž platí, že pokud je smlouva uveřejněna podle ZRS, není třeba ji duplicitně uveřejňovat podle ZZVZ. Dle § 219 odst. 1 písm. d) ZZVZ navíc platí, že je-li smlouva uveřejněna v souladu s jiným právním předpisem (tzn. ZRS), není nutné ji uveřejňovat na profilu zadavatele, přičemž podle ZRS musí být zaslána k uveřejnění v registru smluv nejpozději 30. den po jejím uzavření.²⁵¹ K danému je nutno ještě podotknout, že výše uvedená výjimka z uveřejňování smlouvy (její změny nebo dodatku ke smlouvě) dle ZZVZ se vztahuje pouze na povinné subjekty ve smyslu § 2 odst. 1 ZRS, tedy nikoliv např. na zadavatele ve smyslu § 4 odst. 2 ZZVZ (tzv. dotovaného zadavatele dle znění § 2 odst. 3 ZVZ), který ačkoliv je

²⁴⁹ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>

²⁵⁰ Dostupné z: http://www.portal-vz.cz/getmedia/cfe3a22e-130e-4c05-8469-e706fe89e2eb/metodicky_pokyn_F20_v04.pdf

²⁵¹ Společné stanovisko MMR, MV a ÚOHS k problematice vztahu povinnosti uveřejnit smlouvu na veřejnou zakázku podle zákona o zadávání veřejných zakázek a povinnosti uveřejnit smlouvu podle zákona o registru smluv. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky.html>

povinen postupovat v zadávacím řízení podle ZZVZ, neuveřejňuje smlouvu v registru smluv, a proto musí postupovat dle § 219 odst. 1 ZZVZ a je pro něj závazná lhůta k uveřejnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatku ve lhůtě 15 dnů od uzavření.

Autor této práce by rovněž rád představil zajímavý názor v souvislosti se smlouvou na plnění veřejné zakázky. Lze se totiž setkat s názorem, že z důvodu nemožnosti měnit zadavatelem předložený návrh smlouvy (pokud zadavatel předepsal závazný obsah návrhu smlouvy již součástí zadávací dokumentace), tzn., že základní podmínky byly určeny jednou ze smluvních stran nebo podle jejich pokynů, aniž slabší strana měla skutečnou příležitost obsah těchto základních podmínek ovlivnit, by mohl dodavatel požívat ochranných ustanovení § 1798 a násl. NOZ týkajících se smluv uzavíraných adhezním způsobem. Povinnost uveřejnit smlouvu prostřednictvím registru smluv se, dle § 3 odst. 2 písm. e) ZRS, nevztahuje na povinnost uveřejnit smlouvu uzavřenou adhezním způsobem. Vzhledem k tomu, že ZRS je speciální úpravou k ZZVZ, mohla by tato výjimka působit i na uveřejňovací povinnost smluv dle § 219 odst. 1 ZZVZ. Ačkoliv by mohlo být argumentováno, že dodavatel má vůči zadavateli možnost obrany prostřednictvím § 98 ZZVZ, tak posouzení dané žádosti dodavatele o vysvětlení zadávací dokumentace je výhradně v dispozici zadavatele, který návrh smlouvy vytvářel a měl by tak být schopen své požadavky odůvodnit. Dodavatel má samozřejmě možnost podat námitky proti nesprávnému postupu zadavatele dle § 241 a násl. ZZVZ, avšak tímto postupem může dodavatel dle § 244 odst. 1 ZZVZ namítat pouze, v čem ze strany zadavatele spatřuje porušení ZZVZ, nikoliv tedy např. NOZ (i když široce vymezený § 6 ZZVZ může v těchto případech dopadnout i na NOZ), přičemž tyto závěry odpovídají rozhodnutí ÚOHS ze dne 18.02.2019, č. j. ÚOHS-R0205/2018/VZ-04832/2019/321/ZSř, ve kterém Úřad konstatoval, že: *„V posledním okruhu rozkladových námitek navrhovatel napadá neurčitost předmětu plnění veřejné zakázky vyplývajícího z obchodních podmínek, kterou odůvodňuje nejasným vymezením práv a odpovědností členů týmu správce stavby, nejasností vzniku nároku na fakturaci a neurčitostí požadavku na „rozpuštění“ ceny kanceláří a licencí software do sazeb osob podílejících se na plnění veřejné zakázky. ... K této části rozkladu sdělují, že obchodní podmínky představují specifickou část zadávacích podmínek, která vychází z potřeb zadavatele a působí zpravidla vůči všem dodavatelům stejně. S tím souvisí i omezená přezkumná pravomoc Úřadu ve vztahu k obchodním podmínkám. Úřad při výkonu své*

pravomoci přezkoumává soulad postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem, není však jeho úkolem hodnotit vhodnost a správnost stanovených obchodních podmínek nebo kontrolovat či korigovat vyváženost těmito podmínkami definovaného smluvního vztahu. Úřad také nemůže suplovat úlohu právního poradce při interpretaci té které (soukromoprávní) obchodní podmínky. ... K uvedenému východisku odkazují na právní názor Krajského soudu v Brně vyjádřený v rozsudku č. j. 62 Af 48/2011 - 69 ze dne 28. 2. 2013 následovně: „Není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek.“ ... Výše uvedeným však není ani řečeno, že by obchodní podmínky byly z přezkumu Úřadem vyloučeny zcela. Obchodní podmínky, které jsou součástí závazného návrhu smluvní dokumentace, zejména nesmí porušovat zásady, na kterých zákon spočívá, a nesmí být zjevně excesivní. V tomto smyslu je však též omezen jejich přezkum ze strany Úřadu. Zadavatel dále nesmí stanovením obchodních podmínek obcházet stanovení jiných zadávacích podmínek, například podmínek kvalifikace.“²⁵² Odpověď na otázku, jestli lze za slabší stranu vlastně považovat i dodavatele, který vůči zadavateli v hospodářském styku vystupuje v souvislosti s vlastním podnikáním (např. kvůli požadavku § 77 odst. 1 a odst. 2 písm. a) ZZVZ) neposkytuje ani § 433 odst. 2 NOZ, který nevyklučuje, že by slabší stranou mohl být i podnikatel.²⁵³ Ani odborná literatura se neshodne, zdali je možné smlouvy na veřejnou zakázku považovat za adhezní smlouvy či nikoliv.²⁵⁴ Ambicí této práce však není učinit závěry k tomuto dilematu, ale upozornit na možnou paralelu právě s § 3 odst. 2 písm. e) ZRS, které pro smlouvy uzavřené adhezním způsobem stanovuje výjimku z povinnosti uveřejnění. Ovšem o kvalitě ZRS svědčí, že dané ustanovení ZRS sice stanovuje výjimku z povinnosti uveřejnění adhezních smluv jako takových, avšak danou výjimku není možné použít pro smlouvy uzavřené na základě zadávacího

²⁵² Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.02.2019, č. j. ÚOHS-R0205/2018/VZ-04832/2019/321/ZSř. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15915.html>

²⁵³ § 433 odst. 2 NOZ: „Má se za to, že slabší stranou je vždy osoba, která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním.“

²⁵⁴ FRIEDRICH, Milan. Lze smlouvy na veřejné zakázky považovat za smlouvy uzavřené adhezním způsobem?, ze dne 24.01.2020 [online]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-smlouvy-na-verejne-zakazky-povazovat-za-smlouvy-uzavrene-adheznim-zpusobem-110531.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-24-1-2020#_ftn6

řízení dle ZZVZ a tudíž pro účely povinnosti uveřejnění smlouvy na veřejnou zakázku v registru smluv není podstatné, zdali by mohla být daná smlouva považována za smlouvu uzavřenou adhezním způsobem či nikoliv.²⁵⁵

5.9 Komentář k odst. 9 § 222 ZZVZ – Stanovení hodnoty změny závazku ze smlouvy

Obdobně jako odst. 7 (celé znění), je i část odst. 9 národní úpravou, přičemž vládní návrh ZZVZ (v návrhu ZZVZ ještě v odst. 8, který vycházel z čl. 72 odst. 3 Směrnice) obsahoval pouze toto znění „... *Pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu se původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení*“, neboť odst. 5 a odst. 6 shodně obsahovaly ustanovení, které již stanovovalo maximální možný cenový nárůst a to tak, že „... *cenový nárůst nepřekročí 30 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet cenových nárůstů všech těchto změn.*“ Až pozměňovací návrhy poslanců Jana Birke²⁵⁶, Ladislava Okleščka²⁵⁷ a Lukáše Pletichy²⁵⁸ k vládnímu návrhu ZZVZ, upravily znění odst. 5, odst. 6 a odst. 9 do současné podoby v ZZVZ. Návrhy poslanců Jana Birke a Ladislava Okleščka shodně navrhovali stanovit celkový limit cenového nárůstu ve výši 30 % původní

²⁵⁵ Na základě zadávacího řízení dle ZZVZ však nejsou uzavírané smlouvy týkající se plnění veřejných zakázek malého rozsahu dle § 27 ZZVZ, přičemž tuto výjimku stanovuje § 31 ZZVZ. Zadavatel je však povinen dodržet zásady dle § 6 ZZVZ. Avšak v případě, že zadavatel dle § 4 odst. 4 ZZVZ zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat ZZVZ a v takovém případě se i na veřejnou zakázku malého rozsahu dle § 248 odst. 2 ZZVZ vztahuje výkon dozoru ze strany ÚOHS. Ovšem tím, že zadání veřejné zakázky malého rozsahu nepodléhá ZZVZ a odbornou literaturou lze dospět, že smlouvy na veřejné zakázky je možné považovat za smlouvy uzavírané adhezním způsobem, tak by se dle názoru autora této práce mohla na smlouvy týkající se plnění veřejných zakázek malého rozsahu vztahovat výjimka z povinnosti uveřejnění v registru smluv dle § 3 odst. 2 písm. e) ZRS, přičemž by tímto způsobem mohly strany vymezené § 2 odst. 1 ZRS obcházet ZRS až do hodnoty plnění veřejné zakázky v případě zakázek na dodávky nebo služby až do hodnoty 2 000 000 Kč nebo na stavební práce až do hodnoty 6 000 000 Kč, což zcela jistě nebylo záměrem zákonodárce.

²⁵⁶ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Jan Birke, dokument 08896-12039, datum 18.12.2015 v 11:33:42* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>

²⁵⁷ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Ladislav Oklešček, dokument 09068-12291, datum 27.01.2016 v 11:12:10* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>

²⁵⁸ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Lukáš Pleticha, dokument 09070-12293, datum 27.01.2016 v 12:01:04* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>

hodnoty závazku, kdežto pozměňovací návrh poslance Lukáše Pletichy navrhoval stanovit limit celkového cenového nárůstu ve výši až 50 % původní hodnoty závazku. Vhodné odůvodnění nezbytnosti úpravy většího rozsahu změn ze smlouvy na veřejnou zakázku, alespoň v tomto „okleštěném“ rozsahu v porovnání se Směrnicí, obsahuje pozměňovací návrh Jana Birke a to v tomto znění: „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 dodatečné práce a méněpráce a případně další nároky. Zejména velké projekty jsou prakticky nerealizovatelné bez toho, aby v jejich průběhu docházelo ke změnám. Změny jsou u dlouhodobých nebo komplikovaných projektů realitou a nelze se jim vyhnout ani u dobře připravených a dobře řízených projektů. Současná legislativa veřejných zakázek tuto realitu bohužel nereflektuje a použitelnost u veřejných zadavatelů standardně naráží na limit 30% ceny původní zakázky. Podle stanoviska Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) jsou přitom za „dodatečné práce“ 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 30%, i když celková cena díla zůstává zachována nebo není navýšena o více jak 30%. Výsledkem výše uvedeného je těžko řešitelný rozpor legislativy s praxí. 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. Vypisování nové zakázky a soutěžení nového dodavatele v průběhu projektu je v praxi nelogickým, neefektivním, finančně a časově neúměrně náročným řešením v řadě případů sotva proveditelným nebo spojeným s řadou dalších rizik (mj. v případě jiného vítězného uchazeče jeho ingerencí dochází k rozmělnění odpovědnosti za provedené práce, což jde v konečném důsledku k tíži zadavateli). Takový postup rozhodně nevede k naplnění účelu regulace veřejného zadávání. Podle evropské legislativy je limit nastaven na 50%, a to opakovaně. Vláda navrhla transponovat přísnější 30% limit bez možnosti opakování, který je de facto ještě snížen výkladem ÚOHS započítávajícím do limitu všechny dodatečné práce bez ohledu na odpočet méněprací. Vzhledem k neutěšené praxi navrhuje zvýšení limitu ze současných 30% na 50% s tím, že zároveň bude být zachováno pravidlo, že celková cena zakázky z důvodů uvedených v odstavci 5 a 6 nesmí stoupnout o více než 30%.“

Autor této práce jednoznačně souhlasí s důvodem, proč je vhodné poskytnout zadavateli, potažmo smluvních stranám, možnost změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, ve větším rozsahu, který je ovšem ze strany nadřízených orgánů a auditních orgánů zadavatele, ale současně i veřejnosti, přezkoumatelný²⁵⁹. Avšak zřejmě dobrý úmysl navýšit limit pro dodatečné práce se neseťkal s kýženým výsledkem, tak jak je autorem této práce podrobněji rozebíráno v kapitole 6, neboť vládní návrh ZZVZ obsahoval možnost cenového nárůstu (tedy totožný pojem jako Směrnice, nikoliv pojem hodnoty změny) samostatně u odst. 5 a samostatně u odst. 6 o maximálně 30 % původní hodnoty závazku (všechny práce nad rámec zadávací dokumentace a nabídky se u daných odstavců v návrhu Zákona sčítají, kdežto nerealizované práce se odečítají). Avšak pozměňovací návrh Jana Birke navyšuje možnost změny až na 50 %, ale pozměňovací návrh neuzivá termíny Směrnice, ať už cenový nárůst nebo hodnota změny, ale pouze „hodnota“, tudíž by se dalo uvažovat o omylu v následném zákonodárném procesu, který u odst. 5 a odst. 6 použil pojem hodnota změny namísto cenového nárůstu. To by však nemohl být rovněž stejným pozměňovacím návrhem Jana Birke doplněn i odst. 8 (v Zákone odst. 9), který již používá cenový nárůst, tak jak jej známe z účinného znění Zákona. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že daným pozměňovacím návrhem došlo k přesnému opaku, kdy podle vládního návrhu zákona by byly umožněny změny ve větším rozsahu, než podle pozměňovacího návrhu Jana Birke, tak jak je upraven v účinném znění Zákona (pozn. tato práce je zpracována v roce 2020).

Vnitrostátně byl podle odst. 9 omezen celkový přípustný cenový nárůst podle odst. 5 a odst. 6, že celkový cenový nárůst dle těchto odstavců při odečtení dodávek, služeb nebo stavebních prací, které nebyly realizovány, nesmí přesáhnout za oba zmíněné odstavce společně 30 % původní hodnoty závazku (nikoliv limit 30 % původní hodnoty závazku samostatně ke každému odstavci). Procentuální limit se počítá saldo, tedy od limitu se odečítá hodnota dodávek, služeb nebo stavebních prací, které nebyly realizovány (tzv. méněpráce), přičemž započít lze neprovedená plnění, který nebyla provedena z důvodu nahrazení v rámci změny podle odst. 5 (práce nezbytné k dokončení) nebo odst. 6 (nepředvídatelné důvody). Nemohou se tedy odečítat taková plnění, která byla vypuštěna bez náhrady anebo

²⁵⁹ Pozn. změny dle § 222 odst. 5 a odst. 6 ZZVZ jsou dle odst. 8 ZZVZ uveřejňovány dle § 212 ZZVZ. Čl. 72 odst. 3 Směrnice dokonce uveřejňovací povinnost vztahuje i na odst. 4 ZZVZ, tedy na změny de minimis. Dle ZZVZ je ovšem nezbytné změny závazku ze smlouvy (dle odst. 4, odst. 5 nebo odst. 6) uveřejnit ve smyslu § 219 ZZVZ, tedy do registru smluv (blíže viz např. odst. 8 této práce).

nebyla provedena z jiných důvodů (např. dodatečně zjištěná nepotřebnost bez vazby na odst. 5 nebo odst. 6). Limitace změny 30 % původní hodnoty závazku se současně nevztahuje na jiné kategorie změn, např. taková, která se týká změny de minimis dle odst. 4.²⁶⁰

Smysl národní úpravy v omezení změny ve výši 30 % původní hodnoty závazku má být, dle ředitele Odboru práva veřejných zakázek a koncesí MMR JUDr. Mgr. Vlastimila Fidlera, „... na jedné straně vyhovění potřebám praxe a na druhou stranu omezení zneužívání rozšířených možností pro změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.“²⁶¹

5.10 Komentář k odst. 10 § 222 ZZVZ – Změny v osobě dodavatele

Ačkoliv byla přípustnost možnosti změny v osobě dodavatele již dříve v judikatuře a právní teorii dovozována (srov. odst. 40 rozsudku ESD, věc C-454/06 presstext Nachrichtenagentur v komentáři k odst. 2 § 222 ZZVZ výše), její právní úprava je v oblasti veřejných zakázek novinkou. K možnosti změny dodavatele se nabízí hypotéza, že u nezměněné smlouvy, která „prošla“ zadávacím řízením, není důvod se domnívat, že by převodem plnění na jiného dodavatele, mělo dojít k porušení hospodářské soutěže anebo práva veřejných zakázek, neboť jediné narušení hospodářské soutěže může vzniknout v momentě, kdy by nový dodavatel nesplňoval kvalifikaci původního zadávacího řízení.²⁶²

Podstatnou změnou dle odst. 10 je změna v osobě dodavatele. Dodavatel je osoba, která bude poskytovat nebo poskytuje plnění ze smlouvy na základě zadávacího řízení. Změna dodavatele tak může narušit smysl celého zadávacího řízení a Zákona jako takového, neboť pro dodržení požadavku hospodárnosti je výběr dodavatele v konkurenčním prostředí klíčový. Změna dodavatele pouze na základě volné úvahy zadavatele, nikoliv na základě zadávacího řízení, by mohla vést k narušení hospodářské soutěže. Tento postup zadávání bez soutěže by byl naprosto exaktním příkladem porušení § 6 ZZVZ, tedy zásad zadávání veřejných

²⁶⁰ KLEE, Lukáš, DVOŘÁK, David a kol. *Metodika pro správu změn díla (variací) u stavebních zakázek financovaných z rozpočtu SFDI podle smluvních podmínek FIDIC (Červené knihy) ve vztahu k úpravě zadávání veřejných zakázek* [online]. 1. vydání. Praha: Státní fond dopravní infrastruktury, 2018, s. 52. ISBN: 978-80-907177-9-4. Dostupné z: https://www.sfdi.cz/soubory/obrazky/clanky/metodiky/2018_metodika_variaci_1_vydani.pdf

²⁶¹ HERMAN, Pavel; FIDLER, Vlastimil a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. 639 s. ISBN: 978-80-7380-660-6.

²⁶² AICHER, Josef. Neuausschreibung bei nachträglicher Vertragsänderung. Konference Vergabeforum 2012, Business Circle, 11.10.2012.

zakázek, tzn. zásad transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a nediskriminace.²⁶³

Avšak dle bodu 110 preambule Směrnice jsou výjimky ze zákazu změny v osobě dodavatele připuštěny, neboť „v souladu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti by neměl být úspěšný uchazeč nahrazen, například pokud je veřejná zakázka ukončena z důvodů nedostatků v plnění, jiným hospodářským subjektem, aniž by byla veřejná zakázka znovu otevřena hospodářské soutěži. Avšak úspěšný uchazeč plnící veřejnou zakázku by měl mít možnost, zejména pokud byla veřejná zakázka zadána více než jednomu podniku, během jejího plnění projít určitými strukturálními změnami, například čistě interní reorganizací, převzetím, fúzí a akvizicí nebo insolvenčí. Tyto strukturální změny by neměly automaticky vyžadovat nové zadávací řízení na všechny veřejné zakázky plněné tímto uchazečem.“ A dále čl. 72 Směrnice v odst. 1 písm. d) uvádí, že „... pokud nový dodavatel nahrazuje dodavatele, jemuž veřejný zadavatel původně veřejnou zakázku zadal, v důsledku: i) jednoznačného ustanovení o změnách nebo opčních právech v souladu s písmenem a), ii) univerzálního nebo singulárního právního nástupnictví, kdy do postavení původního dodavatele v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku vstupuje jiný hospodářský subjekt, který splňuje původně stanovená kvalifikační kritéria pro výběr, pokud to nepřináší další podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku a jeho cílem není obejít uplatňování této směrnice, nebo iii) situace, kdy samotný veřejný zadavatel plní povinnosti hlavního dodavatele vůči subdodavatelům, jestliže je tato možnost stanovena ve vnitrostátních právních předpisech podle článku 71 ...“

Změna v osobě dodavatele je tedy možná ve 2 případech, a to v důsledku (i) uplatnění vyhrazené změny nebo (ii) právního nástupnictví.

Předpokladem pro uplatnění vyhrazené změny je předchozí výhrada v zadávacích podmínkách dle § 100 odst. 2 ZZVZ, přičemž § 222 odst. 10 písm. a) ZZVZ dále požaduje, aby vyhrazená změna byla sjednána ve smlouvě na veřejnou zakázku (nad rámec Směrnice).

Ovšem § 100 odst. 2 a ani § 222 odst. 10 písm. a) ZZVZ nestanovují podmínky, za nichž může být smlouva uzavřena s účastníkem, který se účastnil

²⁶³ PODEŠVA, Vilém.; SOMMER, Lukáš; VOTRUBEC, Jiří; FLAŠKÁR, Martin; HARNACH, Jiří; MĚKOTA, Jan; JANOUŠEK, Martin. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 1108 s. ISBN: 978-80-7552-102-6.

zadávacího řízení²⁶⁴, tedy namísto původně vybraného dodavatele. Pro výhradu nahrazení dodavatele jiným dodavatelem (ostatně jako i pro výhradu dle § 222 odst. 2 ZZVZ) je nezbytné, aby předem vyhrazené podmínky byly obsaženy již v původním zadávacím řízení a byly tak objektivně známé pro všechny dodavatele (ve smyslu zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 ZZVZ) a dále, aby podmínky výhrady byly jednoznačně stanovené, tedy (i) podmínky, které mohou vést ke změně vybraného dodavatele, (ii) určení nového dodavatele a (iii) úpravu smluvního vztahu s novým dodavatelem. Z takto stanovené výhrady by mělo být zcela jasné, jaká změna má proběhnout, aniž by o ní strany musely jednat.²⁶⁵ Ačkoliv nejsou podmínky nahrazení dodavatele dle ZZVZ nijak limitovány, v kontextu § 6 ZZVZ by se ovšem mělo jednat o zásadní důvody, které ztěžují anebo znemožňují plnění dané veřejné zakázky ze strany vybraného dodavatele.

Mezi podmínky, které mohou vést ke změně vybraného dodavatele lze zařadit takové zásadní důvody jako např. podstatné porušení ze strany vybraného dodavatele (např. prodlení dodavatele s prováděním plnění o více než 2 měsíce), prohlášení insolvence, zánik původního dodavatele bez právního nástupce²⁶⁶ apod., přičemž v takovýchto případech může být nahrazení dodavatele odůvodněno převažujícím veřejným zájmem, nepřiměřeným navýšením finančních nákladů při realizaci nového zadávacího řízení, značné časové zdržení atd.²⁶⁷

Podmínky pro určení nového dodavatele nesmí být tedy, dle výše uvedeného, v libovůli zadavatele. Zadavatel by měl alespoň obecným způsobem předem stanovit okruh osob, z nichž bude nového dodavatele vybírat, přičemž lze uvažovat, že za nového dodavatele by mohl být vybrán účastník původního zadávacího řízení, který se umístil jako další v pořadí za původně vybraným dodavatelem nebo poddodavatel původního vybraného dodavatele.²⁶⁸

V neposlední řadě se zadavatel musí zamyslet nad úpravou uzavření smluvního vztahu s novým dodavatelem. Způsob změny smlouvy ZZVZ neupravuje. Lze tedy uvažovat o (i) postoupení smlouvy ve smyslu § 1895 NOZ nebo (ii) uzavření nového smluvního vztahu s novým dodavatelem. Možnost

²⁶⁴ Důvodová zpráva k ZZVZ uvádí, že „... Není tedy například možné, aby si zadavatel vyhradil, že vybraného dodavatele nahradí jiný dodavatel vybraný zadavatelem mimo zadávací řízení.“

²⁶⁵ DVOŘÁK, David. *Různé pohledy: Doplnění jistoty, změna ceny a další...*. Veřejné zakázky v praxi. 01/2017, s. 51-55. ISSN 1805-8523.

²⁶⁶ V případě právního nástupnictví lze postupovat i bez výhrady dle § 222 odst. 10 písm. b) ZZVZ.

²⁶⁷ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 263. ISBN 978-80-7400-518-3.

²⁶⁸ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

využití postoupení smlouvy je jistě jednodušší, neboť zůstává zachován původní závazkový vztah se změněnými subjekty a zadavatel může pro výhradu zcela využít právní úpravu NOZ. NOZ v § 1895 odst. 1 k postoupení smlouvy stanovuje, že „*Nevylučuje-li to povaha smlouvy, může kterákoliv strana převést jako postupitel svá práva a povinnosti ze smlouvy nebo z její části třetí osobě, pokud s tím postoupená strana souhlasí a pokud dosud nebylo splněno.*“ Postoupením smlouvy tedy dochází ke změně strany závazkového vztahu, tj. k nástupnictví do právního postavení strany závazku, nikoliv pouze ke změně subjektu jednotlivých práv a povinností. NOZ u postoupení smlouvy vychází z předpokladu, že smlouva, kterou jedna ze stran smluvního závazkového vztahu převádí jako postupitel svá práva a povinnosti ze smlouvy nebo z její části třetí osobě (postupníkovi), je smlouvou dvoustrannou. Postoupená strana smlouvy tedy nemá z hlediska postupní smlouvy postavení smluvní strany a do právního poměru postupitele a postupníka nezasahuje. Ovšem její oprávnění spočívá v tom, že se smlouvou o postoupení vyjadřuje souhlas předem (§ 1897 NOZ) nebo následně, a tím rozhoduje o její účinnosti (§ 1898 NOZ). NOZ nevylučuje, aby projevy vůle všech zúčastněných stran byly obsaženy na jedné listině.²⁶⁹ Avšak skutečnost, že NOZ podmiňuje účinnost smlouvy o postoupení součinností původního vybraného dodavatele (uzavřením smlouvy o postoupení mezi postupitelem a postupníkem, a současně i souhlasem postoupené strany) se pro vlastní užití jeví jako problematická, neboť původní vybraný dodavatel přestal plnit veřejnou zakázku zřejmě z důvodu zásadního rozporu se zadavatelem anebo zániku bez právního zástupce, a tudíž nelze, dle názoru autora této práce, reálnou míru součinnosti od původního dodavatele očekávat.

V případě nesoučinnosti původního dodavatele má zadavatel možnost uzavřít s novým dodavatelem nový smluvní vztah²⁷⁰. Dle názoru autora této práce není nutné vázat změnu dodavatele pouze na smluvní podmínky původního dodavatele, avšak ani to není vyloučeno. Pro zadavatele jednoznačně bezpečnější postup (v souladu s § 6 ZZVZ) je výhrada smluvní úpravy co nejvíce podobné původně uzavřené smlouvě, ačkoliv je jednoznačné, že smlouva nemůže být zcela identická. Jako vhodné se jeví zejména následující výhrady smluvních úprav:

²⁶⁹ HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1344 s. ISBN: 978-80-7400-535-0.

²⁷⁰ V případě, že zadavatel využije možnosti předřazeného hodnocení nabídek před posouzením podmínek účasti ve smyslu § 39 odst. 4 ZZVZ, je nezbytné, aby zadavatel provedl posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení i u nového dodavatele.

(i) převzetí odpovědnosti nového dodavatele za provedené částečné plnění původního dodavatele, (ii) požadavek na provedení prací odpovídající původnímu zadání veřejné zakázky mimo těch částí plnění, které již byly (řádě) provedeny původním dodavatelem v jednotkových cenách nového dodavatele z původního zadávacího řízení nebo nižších²⁷¹, avšak v případě odstupu 1 roku a více od konce lhůty pro podání nabídek s možností valorizace jednotkových cen nového dodavatele anebo (iii) předložení aktualizovaného harmonogramu prací související s jistou mírou rozpracovanosti předmětu plnění, přičemž snahou smluvních stran by mělo být v co maximální možné míře splnit (nebo alespoň se přiblížit) termínu dokončení díla původního dodavatele.²⁷² Současně si autor této práce dovoluje znovu upozornit na skutečnost, že předpokladem pro uplatnění vyhrazené změny je předchozí výhrada v zadávacích podmínkách a současně její stanovení ve smlouvě na veřejnou zakázku (nad rámec Směrnice). Pro možnost využití výhrady nahrazení původního dodavatele novým dodavatelem musí zadavatel zachovat původní předmět či obsah smlouvy, resp. ve smyslu změn závazku ze smlouvy dle § 222 ZZVZ. Dle autora této práce není výhrada změny dodavatele v praxi příliš obvyklá, kdy před nadměrným užíváním této výhrady varuje i ředitel Odboru práva veřejných zakázek a koncesí MMR, který má za to, že výhradu lze provést, nicméně je spojena s velkými riziky a neznámými, které je třeba vyřešit a je vhodné ji doporučit k užití u veřejných zakázek, které jsou pro zadavatele naprosto klíčové.²⁷³ Avšak veřejně lze dohledat i zadávací podmínky, ve kterých výhrada změny dodavatele obsažena je, např. u veřejné zakázky s názvem „*FN Plzeň, stavební úpravy oddělení léčebné výživy a stravování v pavilonu č. 60 - II*“, ve které je v čl. 17 odst. 17.2 uvedena tato výhrada dle § 100 odst. 2 ZZVZ: „*Zadavatel si v případě, že po uzavření smlouvy o dílo, resp. v průběhu plnění veřejné zakázky dojde k odstoupení od smlouvy o dílo na plnění veřejné zakázky před jejím úplným*

²⁷¹ Dalo by se očekávat, že zadavatel bude preferovat nahrazení dodavatele za podmínek (zejména cenových) původního dodavatele. Je však třeba zkoumat, zda-li byl původní dodavatel vůbec schopen zakázku za svoji nabídkovou cenu realizovat a jestli jeho nahrazení novým dodavatelem není právě z tohoto důvodu, tedy de facto mimořádně nízké nabídkové ceně ve smyslu § 113 ZZVZ. Zadavatel bude tedy vystaven situaci, kdy musí posoudit dopady ukončení smlouvy vs. její splnění za méně ekonomicky výhodných podmínek. Současně je zapotřebí zmínit, že výhradou změny závazků zadavatel pouze upozorňuje dodavatele na možnost změny dodavatele, nikoliv na povinnost zadavatele tuto výhradu následně provést.

²⁷² DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

²⁷³ FIDLER, Vlastimil. Jak zvládnout změny smlouvy na plnění veřejné zakázky [webinář]. 12.12.2018. In: *forum-media.cz* [online]. [celkem min. 79:18, parafráze min. 55:56]. Záznam dostupný registrovaným uživatelům z: <https://www.forum-media.cz/premium/mpt/>

splněním, vyhrazuje s ustanovením § 100 odst. 2 Zákona právo uzavřít smlouvu na tuto veřejnou zakázku (resp. na její nesplněnou část) s dalším účastníkem zadávacího řízení, a to v pořadí, které vyplynulo z původního hodnocení nabídek. Ustanovení § 125 Zákona v tomto případě platí obdobně. Smlouva o dílo s novým dodavatelem bude uzavřena v podobě shodné s původní smlouvou o dílo, tj. jednotkové ceny plnění budou odpovídat cenám ze smlouvy o dílo, od níž bylo odstoupeno, s výjimkou termínů stanovených pro provádění a dokončení díla, které mohou být v nové smlouvě o dílo prodlouženy až o dobu, která odpovídá celkové době pro provedení díla dle původní smlouvy o dílo. Již realizované části díla nebudou předmětem nové smlouvy o dílo, cena díla dle nové smlouvy o dílo bude o již realizované části díla snížena.²⁷⁴ I přesto, že se autor této práce neztotožňuje s nutností provádění prací nového dodavatele za jednotkové ceny původního dodavatele, tak jak má daný zadavatel vyhrazeno v zadávací dokumentaci, přičemž následnou změnu tohoto ustanovení neumožňuje § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ, neboť by tato změna měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele a jako taková by tedy byla podstatnou změnou závazku, která není umožněna, tak je zapotřebí každého dodavatele, který má vůli připravit zadávací podmínky mimo obvyklé (zažité) znění, ocenit, neboť jen a pouze postupným zaváděním se stávají nová ustanovení ZZVZ tradičními a umožňujícími jejich následné pravidelné používání.²⁷⁵ Vhodnějším příkladem vyhrazené změny dodavatele (ve smyslu výhrad vůči zakázce zadavatele FN Plzeň), by tak mohla být výhrada uvedená v zadávací dokumentaci zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR k veřejné zakázce s názvem „D7 Louny, zkapacitnění obchvatu“, ve které je v příloze č. 3 zadávací dokumentace – závazném návrhu smlouvy o dílo uvedeno: „Objednatel si vyhrazuje možnost realizovat změnu v osobě dodavatele/zhotovitele v průběhu plnění Smlouvy, pokud budou naplněny podmínky pro předčasné ukončení Smlouvy ze strany dodavatele/zhotovitele nebo pro předčasné ukončení Smlouvy ze strany objednatele z důvodu porušení povinností dodavatele/zhotovitele, a to buď cestou ukončení této Smlouvy a uzavření nové smlouvy, nebo cestou změny v osobě věřitele či dlužníka podle části čtvrté, hlavy I, dílu 6, oddílu 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Objednatel si pro takový případ vyhrazuje možnost uzavřít smlouvu

²⁷⁴ Zadávací podmínky dostupné z:

<https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/seznamDokumentu.jsf?id=205383>

²⁷⁵ Autor této práce v tomto novém ustanovení vidí paralelu k hodnocení nabídek nikoliv pouze dle nejnižší nabídkové ceny.

na realizaci zbývající části předmětu plnění s dodavatelem, jehož nabídka se v původním zadávacím řízení na zadání tohoto smluvního plnění (dále také jako „původní zadávací řízení“) umístila jako další v pořadí v rámci provedeného hodnocení. Cena za realizaci zbývající části plnění bude stanovena dle nabídky takového dodavatele podané v původním zadávacím řízení, upravená poměrně k míře rozpracovanosti předmětu plnění, a bude tak stanovena jako součin jednotkových cen tohoto dodavatele a množství nedokončených, respektive rozpracovaných jednotek. V případě uzavření nové smlouvy s dodavatelem, jehož nabídka se umístila jako další v pořadí v původním zadávacím řízení, bude doba pro uvedení stavby do provozu a doba pro dokončení Díla sjednána obdobně dle smlouvy s původním dodavatelem/zhotovitelem, přičemž bude upravena poměrně k míře rozpracovanosti předmětu plnění. Rozpracovanost ve smyslu tohoto odstavce bude určena znalecky. Nový dodavatel musí splňovat kritéria kvalifikace stanovená v zadávací dokumentaci původního zadávacího řízení a musí splnit další podmínky na uzavření smlouvy stanovené v zadávací dokumentaci původního zadávacího řízení ve smyslu § 104 ZZVZ, pokud jsou s ohledem na předmět plnění stále relevantní. Tento postup Objednatel může uplatnit i opakovaně.“

5.10.1 Právní nástupnictví – písm. b)

V § 222 odst. 10 písm. b) ZZVZ je uvedena druhá připuštěná možnost změny v osobě dodavatele, kterou je přeměna dodavatele, tedy taková změna dodavatele, která bezprostředně nesouvisí se samotnou veřejnou zakázkou, neboť primárním úmyslem není změna dodavatele dané veřejné zakázky. U nahrazení dodavatele Zákon aprobuje, že změna v osobě dodavatele se děje v důsledku: (i) právního nástupnictví v souvislosti s přeměnou dodavatele, (ii) smrti dodavatele²⁷⁶ nebo (iii) převodu závodu, popřípadě části závodu dodavatele a současně nový dodavatel musí splňovat požadavky na kvalifikaci stanovenou v původním zadávacím řízení. Změny v osobě dodavatele jsou činěny přímo

²⁷⁶ V případě závazku osobní povahy, kdy plnění jinou osobou by odporovalo povaze smlouvy, typicky u uměleckých činností (resp. obdobných činností, které jsou svázány s osobou dodavatele – fyzické osoby), nemůže objektivně nastat možnost změny závazku ze smlouvy, protože neexistuje způsob, jak takový (osobními charakteristikami specifikovaný) závazek splnit.

ze Zákona, tzn. zadavatel není povinen výše uvedené změny vyhrazovat v zadávacích podmínkách.²⁷⁷

V čl. 72 odst. 1 písm. d) bod ii) Směrnice jsou uvedeny dispozice původního dodavatele obecně nazvané pod pojmem „restrukturalizace“. Pojem restrukturalizace (neboli převod závodu) není v jako takový v NOZ zmíněn, ovšem pod § 222 odst. 10 písm. b) ZZVZ lze zahrnout koupi závodu ve smyslu § 2175 a násl. NOZ anebo pacht závodu ve smyslu § 2349 NOZ, a dále přeměny společností podle zákona č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů.²⁷⁸ Další možností přeměny dodavatele je jeho interní reorganizace včetně možného zapojení dceřiné společnosti do plnění veřejné zakázky, což je de facto obdoba pro interní (in-house) zadávání.²⁷⁹ V rozsudku ESD C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, je v odst. 44 a 45 uvedeno, že *„ze spisu totiž vyplývá, že APA-OTS je dceřinou společností stoprocentně vlastněnou společností APA, že APA má právo udílet APA-OTS pokyny a že mezi těmito dvěma subjekty existuje smlouva o převedení zisků a ztrát na APA. Kromě toho vyplývá ze spisu, že osoba oprávněná zastupovat APA ujistila zadavatele, že po převedení služeb na OTS bude APA i nadále společně a nerozdílně odpovědná s APA-OTS a že se na celkovém uplatňovaném objemu služeb nic nemění. ... Takové uspořádání představuje v podstatě vnitřní reorganizaci smluvní strany, která nemění výrazně podmínky původní zakázky.“* a dále k možnosti měnit okruh akcionářů (členů družstva) v odst. 51 a 52 zmíněno, že *„veřejné zakázky jsou obvykle zadávány právníckým osobám. Pokud je právnícká osoba založena ve formě akciové společnosti kótované na burze, vyplývá z její povahy rovněž, že se v každém okamžiku mohou změnit její akcionáři. Taková situace v zásadě nezpochybnuje platnost zadání veřejné zakázky takové společnosti. Pouze ve výjimečných případech, jakými je jednání za účelem obcházení právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek, by tomu mohlo být jinak. ... Analogické úvahy se uplatní v rámci veřejných zakázek zadaných právníckým osobám, založeným, jak je tomu ve věci v původním řízení, ve formě nikoliv akciové*

²⁷⁷ DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

²⁷⁸ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 263. ISBN 978-80-7400-518-3.

²⁷⁹ Ve smyslu § 11 ZZVZ, které umožňuje zadavateli uzavřít smlouvu s jinou právníckou osobou jako dodavatelem, pokud zadavatel tuto jinou osobu ovládá obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, v jiné osobě má majetkovou účast pouze veřejný zadavatel (resp. veřejní zadavatelé) a tato jiná osoba vykonává více než 80 % své celkové činnosti pro veřejného zadavatele.

společnosti, ale registrovaného družstva s ručením omezeným. Případné změny ve složení v okruhu členů takového družstva nemají v zásadě za následek podstatnou změnu zakázky, která byla této osobě zadána.“

5.10.2 Změna zadavatele

Na rozdíl od změny dodavatele, není změna zadavatele upravena ve Směrnici. Obecně lze konstatovat, že změna v osobě zadavatele není natolik závažná jako změna v osobě dodavatele, neboť zadavatel jako takový není v zadávacím řízení vybírán, po změně zadavatele zůstává smluvní vztah totožný z hlediska předmětu, obsahu, veřejnou zakázku bude plnit subjekt, který byl v zadávacím řízení vybrán a změnou zadavatele nemůže dojít k porušení § 6 ZZVZ, zejména nerovnému přístupu a diskriminaci jiných dodavatelů. Ovšem i u případné změny zadavatele mohou nastat situace, kdy by ke změně dojít nemohlo a to zejména (i) s ohledem na principy 3E je nezbytné posouzení, zda se v mezidobí natolik nezměnily podmínky na trhu, že by mohl nový dodavatel dosáhnout výhodnějších podmínek plnění, (ii) pokud by byl převod smlouvy prováděn s cílem obcházení ZZVZ, tedy např. více zadavatelů by uzavřelo smlouvu na základě veřejné zakázky malého rozsahu na stejné plnění a následně by smlouvy postoupili jednomu zadavateli, přičemž v součtu by nebyl splněn limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu a zadavatel by musel postupovat dle ZZVZ, (iii) pokud by došlo k převodu na zadavatele, který by byl povinen v dané veřejné zakázce postupovat dle přísnějších pravidel, např. ze sektorového na veřejného zadavatele, (iv) dalo by se polemizovat i nad případy, kdy by významnou roli (a tudíž důvod podstatné změny závazku ze smlouvy) sehrála sama osoba zadavatele, kdy by se dala posuzovat otázka potencionálního ovlivnění účastníků v případě, že by zakázku zadával jiný než původní zadavatel (pouze v teoretické rovině – např. malá obec vs. ministerstvo), autor této práce si dovede představit danou změnu zadavatele za podstatnou ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a), přičemž k možnosti podstatného ovlivnění se věnovalo mj. rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 25.07.2014, č. j. ÚOHS-R156,157/2014/VZ-15743/2014/323/PMo, v němž byl uveden závěr že *„není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí i eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Z dikce zákona jasně plyne, že*

slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky.“²⁸⁰

Mimo příkladů uvedených výše by se dalo o změně zadavatele uvažovat tím spíše, pokud důvod změn spočívá např. v interní reorganizaci zadavatele, zvláště pokud je reorganizace vyvolána změnou právních předpisů. Na danou situaci by bylo možné použít rozsudek ESD C-454/06 presstext Nachrichtenagentur (odst. 40 – 52), kdy (i) APA-OTS byla dceřinou společností 100 % vlastněnou APA, a že APA měla právo udílet APA-OTS pokyny a že mezi těmito dvěma subjekty existuje smlouva o převedení zisků a ztrát na APA, (ii) takové uspořádání představuje vnitřní reorganizaci smluvní strany, a tudíž tato změna nemění výrazně podmínky původní zakázky, (iii) pojem „zadávání“ čl. 3 odst. 1 a v čl. 8 a 9 směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje takovou situaci, v níž jsou služby poskytované zadavateli původním poskytovatelem převedeny na jiného poskytovatele založeného ve formě kapitálové společnosti, jejímž jediným společníkem je původní poskytovatel, který vykonává kontrolu nad novým poskytovatelem a udílí mu pokyny, takže původní poskytovatel má i nadále odpovědnost za dodržování smluvních závazků.^{281,282}

Problematiku změny zadavatele řešil ÚOHS v rozhodnutí ze dne 05.09.2011, č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd²⁸³, ve kterém konstatoval, že „ve vztahu k tvrzením zadavatele, podle nichž v případě převzetí práv a povinností z existující smlouvy, uzavřené podle rakouského práva, Úřad uvádí, že česká právní úprava zadávání veřejných zakázek neobsahuje možnost pořízení dodávek bez provedení zadávacího řízení podle zákona, s odkazem, že daný předmět plnění již byl vysoutěžen jiným zadavatelem. Obecně lze konstatovat, že v případě, kdy zadavatel v České republice pořizuje jakékoli plnění, je povinen postupovat v souladu s platnou národní právní úpravou upravující zadávání veřejných zakázek. ... V souvislosti s danou problematikou Úřad dále uvádí, že

²⁸⁰ PROCHÁZKA, Ondřej. *Změny v uzavřených smlouvách z pohledu práva veřejných zakázek a závazkového práva*. Brno, 2015, s. 57. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

²⁸¹ Rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 19.06.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, věc C-454/06. *Soudní dvůr Evropské unie* [online]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0454>

²⁸² DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 263. ISBN 978-80-7400-518-3.

²⁸³ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 05.09.2011, č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-9404.html>

zákon přímo neupravuje situaci, kdy může dojít ke změně příjemce plnění z veřejné zakázky (tj. v osobě zadavatele), avšak z pohledu zákona je důležitá především ta skutečnost, zda postoupením smluvního závazku nejsou naplněny znaky nové smlouvy, která by měla být uzavřena na základě nového zadávacího řízení. ... Uvedené závěry ESD jsou určitým vodítkem i pro případ, kdy dochází ke změně smluvního subjektu na straně zadavatele. Z obecného hlediska lze konstatovat, že analogicky by bylo akceptovatelné postoupení smlouvy v případě organizačních změn na straně zadavatele, avšak takováto reorganizační změna by musela být blíže konkretizována, aby bylo možné posoudit míru změny smluvního vztahu (předmětný rozsudek uvádí příklad dceřiné nikoliv však sesterské společnosti). V žádném případě však nelze připustit postoupení závazku za jiných než původních podmínek ... Úřad podotýká, že nelze připustit, aby orgán v rámci Evropské unie, který je podle národní právní úpravy oprávněn k přezkumu postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek v dané zemi, pozbyl možnost takového přezkumu s odkazem na to, že zadavatel pořídil plnění od jiného zadavatele, který toto plnění pořídil podle jiné právní úpravy.“ Ve druhém stupni následně rozhodoval i předseda ÚOHS rozhodnutím ze dne 21.02.2012, č. j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc²⁸⁴, které bylo následně zrušeno rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 09.04.2013, č. j. 31 Af 54/2012²⁸⁵, neboť Krajský soud v Brně konstatoval, že „... v daném případě nedochází k situaci, kdy by se měnila pouze osoba zadavatele, ale přitom nedošlo k žádné změně obsahu práv a povinností mezi ním a Siemensem. Na realizaci zakázky měla být uzavřena samostatná nová smlouva. Nešlo o pouhé přistoupení k již uzavřené smlouvě mezi ÖBB a vybraným uchazečem (nahrazení smluvní strany). Co do rozsahu i místa plnění se mělo jednat o zcela nové plnění. Předmět plnění (poskytnutí určitých dodávek, služeb či stavebních prací) je přitom dalším z definičních znaků veřejné zakázky. ... Nad rámec výše uvedeného soud uvádí, že i pokud by postup změny zadavatelů u této veřejné zakázky byl možný, zadavatel se pro něj nerozhodl a zvolil postup vypsaní zcela nové veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, která byla předmětem soudního přezkumu (v rámci přezkumu žalobou napadeného rozhodnutí).“

²⁸⁴ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.02.2012, č. j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-9405.html>

²⁸⁵ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 09.04.2013, č. j. 31 Af 54/2012 [online]. Dostupné z http://www.nssoud.cz/files/EVIDENCNI_LIST/2012/31Af_54_2012_20130611102851_prevede_no.pdf

Autor této práce dále odkazuje i na možnost postoupení smlouvy ve smyslu § 1895 NOZ, která byla blíže rozebírána u vyhrazených změn závazku dle § 100 odst. 2 ZZVZ.

5.10.3 Vertikální spolupráce

Ačkoliv se nemusí na první pohled jevit skutečnost, že úprava § 11 ZZVZ, tedy vertikální spolupráce, má souvislost se změnami závazku ze smlouvy, není tomu tak. ZZVZ umožňuje veřejnému zadavateli uzavřít smlouvu bez zadávacího řízení a bez omezení limitu hodnoty plnění s jinou právnickou osobu jako dodavatelem, pokud *a) sám nebo společně s jinými veřejnými zadavateli ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky* (ve smyslu § 11 odst. 2 ZZVZ se tímto rozumí skutečnost, že veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí takto ovládané právnické osoby), *b) v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel nebo ovládající veřejní zadavatelé a více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právnickými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.* Možnost využití in-house uzavření smlouvy bez zadávacího řízení je dle odst. 6 umožněna tzv. „dotovaným“ zadavatelům dle § 4 odst. 2 ZZVZ (pojem dotovaného zadavatele byl užíván v § 2 odst. 3 ZVZ).

Dále je v § 11 odst. 4 ZZVZ stanovena možnost použít vertikální spolupráci opačně²⁸⁶, tedy v případě, kdy ovládaná právnická osoba zadá zakázku veřejnému zadavateli, jež ji ovládá, nebo jiné právnické osobě, která je však ovládaná týmž veřejným zadavatelem. Tento postup je možný pouze v případě, když v ovládajícím veřejném zadavateli nebo jiné právnické osobě ovládané týmž veřejným zadavatelem nemá majetkovou účast žádná soukromá osoba. Definice pojmu soukromá osoba, ve smyslu odst. 4 ZZVZ, je uvedena v odst. 5, přičemž za soukromou osobu je považována každá jiná osoba než stát, veřejnoprávní korporace, jiná právnická osoba zřízena zákonem nebo právnická osoba, v níž mají účast pouze stát, veřejnoprávní korporace nebo jiná právnická osoba zřízena zákonem. Typicky půjde o subjekty územní samosprávy (obce, kraje, apod.),

²⁸⁶ Tzv. obrácený in-house.

profesní samosprávy (Česká advokátní komora, Komora soudních znalců, Česká lékařská komora, apod.), veřejnoprávní fondy (např. Státní zemědělský intervenční fond), veřejné vysoké školy, Českou televizi, Všeobecnou zdravotní pojišťovnu anebo státní podniky (Lesy České republiky, Česká pošta, apod.).²⁸⁷

U obráceného in-house hrozí „přeprodávání“ plnění za účelem vyhnout se postupu dle ZZVZ. Zákon tak vytváří osobu „nadřazenou“ nad ostatní potencionální dodavatele, kteří by jinak byli schopni veřejnou zakázku plnit, avšak zadavatel má možnost uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky přímo s touto jinou osobou bez zadávacího řízení. Zadání zakázky je přitom jedním ze stěžejních pojmů ZZVZ. Důvodová zpráva k ZZVZ k § 2 uvádí následující: „*Zadáním veřejné zakázky není uzavření takové smlouvy, která nenaplnuje zákonné znaky zadání veřejné zakázky. V takovém případě uzavření smlouvy není tímto zákonem regulováno vůbec.*“ Současně je v čl. 12 Směrnice k vertikální spolupráci uvedeno, že „*veřejná zakázka zadaná veřejným zadavatelem soukromoprávní či veřejnoprávní právnické osobě spadá mimo oblast působnosti této směrnice ...*“ V případě závěru, že smlouva uzavřená v rámci in-house není veřejnou zakázkou, pak by se na smlouvu neměla aplikovat ustanovení ke změnám závazků ze smlouvy dle § 222 ZZVZ, což může vést k obcházení ZZVZ např. tím způsobem, že by po určité době plnění veřejné zakázky zadala jiná osoba významnou část zakázky další osobě, jako svému poddodavateli.²⁸⁸

Dle autora této práce je však výše uvedený příklad spíše teoretický, neboť odst. 4 a 5 stanovují podmínky, na základě kterých může jiná osoba postoupit část plnění in-house zakázky na poddodavatele, avšak mělo by se jednat spíše o nepodstatnou anebo okrajovou část plnění, což potvrzuje rozhodnutí ÚOHS ze dne 20.05.2013, č. j. ÚOHS-S396/2012/VZ-9316/2013/513/KSt, potvrzené rozhodnutím předsedy ÚOHS ze dne 31.01.2014, č. j. ÚOHS-R166/2013/VZ-2205/2014/310/MMI/IPs, ve kterém je uvedeno, že „*v šetřeném případě vybraný uchazeč evidentně není schopen část předmětu plnění veřejné zakázky, na kterou zadavatelem uzavřel smlouvu, a sice ukládání odpadu, plnit. Právě řečené je ostatně potvrzeno i faktem, že za účelem ukládání odpadu uzavřel vybraný uchazeč*

²⁸⁷ HERMAN, Pavel; FIDLER, Vlastimil a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. 639 s. ISBN: 978-80-7380-660-6.

²⁸⁸ DIVÍŠEK, František; EPPICH, Lukáš. *Vertikální spolupráce dle zákona o zadávání veřejných zakázek*, ze dne 26.09.2017 [online]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/vertikalni-spoluprace-dle-zakona-o-zadavani-verejnych-zakazek-106355.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-26-9-2017

samostatnou smlouvu se společností SVZ Centrum s. r. o. (viz bod 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak bylo konstatováno výše (viz bod 107. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zákon nikterak nepřikazuje, aby pro použití in-house výjimky musela osoba, která bude v rámci in-house výjimky pro zadavatele předmět plnění veřejné zakázky plnit, tento předmět plnit v celém rozsahu. Při aplikaci právě řečeného na šetřený případ Úřad uvádí, že zadavatel použil in-house výjimku zcela v souladu se zákonem, ačkoliv vybraný uchazeč není schopen pro zadavatele předmět plnění veřejné zakázky, na nějž byla uzavřena Smlouva, plnit v celém rozsahu, a to konkrétně v části předmětu plnění spočívající v ukládání odpadu.“²⁸⁹ Ačkoliv se výše uvedená rozhodnutí vztahují k již neplatnému ZVZ, dle názoru autora této práce lze očekávat, že judikatura naváže na judikaturu k předchozímu zákonu a k významnému posunu v posuzování nedojde.

Nastíněné riziko může být také sníženo tím, že zadavatel uzavře smlouvu s jinou osobou, která naplňuje definici zadavatele ve smyslu ZZVZ a tudíž případný výběr poddodavatele by byl regulován ZZVZ.

A dále v návaznosti na čl. 18 Směrnice nelze koncipovat zadávací řízení na veřejné zakázky se záměrem vyloučit je z oblasti působnosti Směrnice nebo uměle zúžit hospodářskou soutěž, přičemž hospodářská soutěž se považuje za uměle zúženou, pokud je zadávací řízení na veřejnou zakázku koncipováno se záměrem bezdůvodně zvýhodňovat nebo znevýhodňovat určité hospodářské subjekty. Současně ÚOHS dle § 263 odst. 7 ZVZZ zakáže zadavateli pokračovat v návrhem napadeném postupu, pokud v řízení o návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, zjistí, že postup zadavatele je v rozporu se ZZVZ nebo ZZVZ obchází.

²⁸⁹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.05.2013, č. j. ÚOHS-S396/2012/VZ-9316/2013/513/KSt. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-11109.html>, resp. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 31.01.2014, č. j. ÚOHS-R166/2013/VZ-2205/2014/310/MMI/IPs. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-11085.html>

6 Úvaha nad pojmem hodnoty změny a úvaha de lege ferenda

V této části by se autor této práce rád věnoval stručnému rozboru transpozice čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) Směrnice do právního řádu České republiky prostřednictvím § 222 odst. 5, odst. 6 a souvisejícího odst. 9 Zákona, včetně svého kritického pohledu na účinné znění § 222 ZZVZ ke dni dokončení této práce.

Autor této práce uvádí znění relevantních ustanovení Směrnice a Zákona níže pro lepší přehlednost a pochopení rozdílů bez nutnosti dohledávání daných ustanovení ve Směrnici, resp. Zákoně.

Čl. 72 odst. 1 písm. b) Směrnice: *„Smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody mohou být změněny bez nového zadávacího řízení v souladu s touto směrnicí v těchto případech: u dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek původního dodavatele, které jsou nezbytné a které nebyly zahrnuty v původní veřejné zakázce, jestliže změna dodavatele: i) není možná z ekonomických nebo technických důvodů, jako jsou například požadavky na zaměnitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými v rámci původní veřejné zakázky, a ii) způsobila by veřejnému zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů. Cenový nárůst však nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky. Je-li provedeno několik po sobě následujících změn, použije se toto omezení pro hodnotu každé změny. Cílem těchto po sobě následujících změn nesmí být obcházení této směrnice.“*

Čl. 72 odst. 1 písm. c) Směrnice: *„Smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody mohou být změněny bez nového zadávacího řízení v souladu s touto směrnicí v těchto případech: pokud jsou splněny všechny tyto podmínky: i) potřeba změny byla vyvolána okolnostmi, které veřejný zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, ii) změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky, iii) cenový nárůst nepřekročí 50 % hodnoty původní veřejné zakázky nebo rámcové dohody. Je-li provedeno několik po sobě následujících změn, použije se toto omezení pro hodnotu každé změny. Cílem těchto po sobě následujících změn nesmí být obcházení této směrnice.“*

§ 222 odst. 5 Zákona: *„Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména*

v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.“

§ 222 odst. 6 Zákona: „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 c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.“

§ 222 odst. 9 Zákona: „Pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu se původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku.“

Z porovnávaných ustanovení jsou jednoznačně patrné rozdíly. Zejména se jedná o možnost procentuálního nárůstu ceny k hodnotě původní zakázky, kdy v tomto bodě se Směrnice se Zákonem zcela rozchází, neboť dle Směrnice nesmí cenový nárůst každé změny překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky nebo rámcové dohody (tzn. ne v součtu za všechny změny v projektu, ale za každou jednotlivou změnu²⁹⁰, přičemž celkový cenový nárůst výše změn není limitován). Kdežto dle Zákona nesmí součet hodnot všech změn překročit 50 % původní

²⁹⁰ Tento výklad je součástí dokumentu s názvem Pokyny k zadávání veřejných zakázek určené aplikujícím odborníkům z února 2018, zpracované Evropskou komisí, kdy na str. 115 dokumentu je v poznámce č. 2 uvedeno: „Je třeba dbát na to, že je-li provedeno několik po sobě následujících změn, musí se toto omezení použít pro hodnotu každé změny. To znamená, že každá změna může činit nejvýše 50%. Příklad 1: Hodnota změny č. 1 činí 20%, hodnota změny č. 2 představuje 67%. První změna je v pořádku, druhá nikoli. Příklad 2: Hodnota změny č. 1 činí 40%, hodnota změny č. 2 představuje 45%. Obě změny jsou v pořádku. Pro účely tohoto výpočtu ceny v takovýchto případech je referenční hodnotou aktualizovaná cena, pokud smlouva na veřejnou zakázku obsahuje ustanovení o indexaci cen. Je třeba zdůraznit, že zavedení změn bez nového zadávacího řízení představuje výjimku; možnost zavést několik po sobě následujících změn by se měla použít s krajní opatrností a jejím cílem by nemělo být obcházení směrnic o zadávání veřejných zakázek a zásad rovného zacházení, nediskriminace a transparentnosti, na nichž jsou tyto směrnice založeny.“

Dostupné z:

https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_cs.pdf

hodnoty závazku v každé kategorii změn (samostatně dle odst. 5 a samostatně dle odst. 6) a současně nesmí cenový nárůst společně dle odst. 5 a odst. 6 přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku. V Zákoně jsou navíc (pro porovnávání ustanovení), na rozdíl od Směrnice, užívané pojmy jako „hodnota změny“, resp. „hodnota dodatečných prací“ (odst. 5 a odst. 6) a „cenový nárůst“ (související odst. 9), kdežto Směrnice pro čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) používá pouze pojem „cenový nárůst“ („increase in price“). V Zákoně tedy nedochází (v porovnávaných ustanoveních) pouze k omezení procentuálního nárůstu ceny k hodnotě původní zakázky, rozšíření definic změny (hodnota změny a cenový nárůst), ale rovněž i k dalšímu omezení změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku prostřednictvím maximálního celkového nárůstu ceny dle odst. 9 (blíže viz výše v této práci).

Gestor Zákona, tedy MMR, konzultoval výpočet hodnoty změny „... s Evropskou komisí, která doporučila postupovat při výpočtu hodnoty změn následujícím způsobem. Pokud tedy • změna spočívá pouze v rozšíření předmětu smlouvy na veřejnou zakázku, je rozhodující cena přidaného plnění, • změna spočívá pouze v zúžení (redukci) předmětu smlouvy na veřejnou zakázku, je rozhodující cena nevyčerpaného plnění, • dochází ke změně části plnění předmětu smlouvy na veřejnou zakázku (například výměna jednoho výrobku za jiný nebo provedení stavebních prací jiným způsobem), je třeba zohlednit jak cenu přidaného (nového) plnění, tak cenu nevyčerpaného (původního) plnění. Půjde tedy o součet absolutních hodnot přidaného (nového) a nevyčerpaného (původního) plnění.“²⁹¹

Ve stejném dokumentu MMR ilustruje pro lepší srozumitelnost i grafický příklad ve formě tabulky:

Tabulka č. 4 - Příklad

		změna (rozšíření / zúžení)	hodnota změny
změna 1	rozšíření	+ 10 000 / 0	10 000
změna 2	zúžení (redukce)	0 / - 15 000	15 000
změna 3	výměna části	+ 20 000 / - 10 000	30 000
změna 4	výměna části	+ 8 000 / - 16 000	24 000
celkem			79 000

²⁹¹ Ministerstvo pro místní rozvoj, metodiky speciální k zadávacím řízením. *Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek* [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Metodiky-k-zakonu-c-134-2016-Sb,-o-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-specialni-k-zadavacim-rozenim>

Kdežto „při výpočtu limitu cenového nárůstu podle odstavce 9 se na rozdíl od výpočtu hodnoty změny odečítají dodávky, služby nebo stavební práce, které nebyly v původní veřejné zakázce realizovány. Lze tedy odečíst nerealizovaná plnění.“²⁹²

Autor této práce si na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, zažádal o dotaz k problematice počítání hodnoty změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, který Česká republika vznesla prostřednictvím MMR na Evropskou komisi, ke kterému zástupce Evropské komise připojil červenou barvou své stanovisko.

„Are the following assumptions correct?

In general, the value of the contract modifications is to be calculated compared to the 'initial contract value' and as it has been explained in Wiki [https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/wikis/display/EXPTRANSPOSITION/Article+72+%28%29+Modifications+to+the+contract+during+its+term?], also negative contract modifications in value are considered as contract modifications. Therefore we would propose the following calculations in RED.

- *8% more works, services or supplies - the value of the modification is 8% - 8%*
- *8% less works, services or supplies - the value of the modification is 8% - 8%*
- *8% more and at the same time in the same case 4% less - the value of the modification is 8% - 12%*
- *4% more and at the same time in the same case 8% less - the value of the modification is 8% - 12%“*

Z dotazu je patrné, že se ze strany MMR jedná o prostý dotaz, bez bližšího popisu anebo vysvětlení transpozice Směrnice do právního řádu České republiky, tedy zejména bez upozornění na stanovení hodnoty změny v odst. 5 a odst. 6 a cenového nárůstu v odst. 9. Bez tohoto podrobného výkladu specifické úpravy

²⁹² Ministerstvo pro místní rozvoj, metodiky speciální k zadávacím řízením. *Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek* [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Metodiky-k-zakonu-c-134-2016-Sb,-o-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-specialni-k-zadavacim-rozenim>

Zákona platného a účinného v České republice by neměl být, dle autora této práce, dovozován závěr MMR ohledně počítání hodnoty změny.

Za subjekt, který omezuje možnost hodnoty změny dle Zákona, je označována Evropská komise a to na základě svého doporučení (výkladu), který je ovšem chybně interpretován (tak jak se zde autor této práce snažil objasnit), přičemž se jedná zejména o tato doporučení, která jsou uvedena v metodice MMR *Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 Zákona „... způsob výpočtu hodnoty změn byl konzultován s Evropskou komisí, která doporučila postupovat při výpočtu hodnoty změn následujícím způsobem“* a *„... s ohledem na stanovisko Evropské komise“*²⁹³, ale i v Komentáři k zákonu o zadávání veřejných zakázek od autorů Herman Pavel; Fidler Vlastimil a kol.²⁹⁴ Autor této práce by však za subjekt, který omezuje možnost hodnoty změny dle zákona, označil právě MMR a to z důvodu, že v Zákoně upravilo (transponovalo) znění čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) Směrnice zcela odlišně, přičemž při vznesení dotazu na Evropskou komisi MMR žádným způsobem nevysvětlilo přísnější právní úpravu v České republice (odst. 5, odst. 6 a odst. 9) a Evropská komise tak v dobré víře doporučila postup, kdy v případě hodnoty změny dochází k součtu absolutních hodnot přidaného (nového) a nevyčerpaného (původního) plnění, neboť znění čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) Směrnice umožňuje cenový nárůst každé změny (pro relevantní zde posuzovaná ustanovení) do výše 50 % hodnoty původní veřejné zakázky nebo rámcové dohody (tzn. ne v součtu za všechny změny v projektu, ale za každou jednotlivou změnu, přičemž celkový cenový nárůst výše změn není limitován). Je možné, že pokud by MMR Evropské komisi do podrobností vysvětlila své pohnutky, proč k přísnější vnitrostátní úpravě odst. 5 a odst. 6 přistoupila, že by i Evropská komise měla větší prostor pro zaujetí vhodnějšího a pro Českou republiku výhodnějšího doporučení týkající se změn závazků ze smlouvy.

Aby bylo možné mít výše uvedený závěr, o odpovědnosti MMR za znění odst. 5 a odst. 6, za prokázaný, je nezbytné dohledat znění vládního návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek, tak jak byl předán k projednání Poslanecké sněmovně, tedy zejména dohledat, zdali nebyl vládní návrh zákona (MMR)

²⁹³ Ministerstvo pro místní rozvoj, metodiky speciální k zadávacím řízením. *Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek* [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Metodiky-k-zakonu-c-134-2016-Sb,-o-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-specialni-k-zadavacim-rozenim>

²⁹⁴ § 222, str. 520, 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. 639 s. ISBN: 978-80-7380-660-6.

zpřísněn v rámci zákonodárského procesu.²⁹⁵ V § 222 odst. 5 písm. c), resp. v § 222 odst. 6 písm. c) bylo shodně uvedeno „... *cenový nárůst nepřekročí 30 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet cenových nárůstů všech těchto změn.*“ Ve vládním návrhu zákona nebyl vůbec upraven odst. 9 Zákona.²⁹⁶ Takto uvedená hodnota sama o sobě nic nevyovídá o tom, jestli je znění vládního návrhu zákona ještě přísnější než samotné účinné znění Zákona, protože není zřejmé, jaký je vliv podmínky odst. 9, tedy, že cenový nárůst nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku. Pro porovnání použijeme výše uvedenou tabulku MMR k počítání hodnoty změn. V dokumentu MMR není u tabulky uvedena hodnota závazku (cena). Pokud bychom uvažovali, že 79 000 Kč je limitní hodnota změny (tedy 50 % dle Zákona), tak hodnota závazku pro daný příklad činí 158 000 Kč.

²⁹⁵ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637/0 část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek - EU. *Vládní návrh zákona o zadávání veřejných zakázek, zástupce předkladatele: min. pro místní rozvoj. Doručeno poslancům 27. října 2015 v 10:46* [online]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tisk.sqw?O=7&CT=637&CT1=0>

²⁹⁶ Pozměňovací návrhy poslanců Jana Birke, Ladislava Oklešťka a Lukáše Pletichy k vládnímu návrhu ZZVZ, upravily znění odst. 5, odst. 6 a odst. 9 do současné mírnější podoby – blíže viz komentář k odst. 9 této práce.

Tabulka č. 5 – Příklad

Příklad	hodnota závazku	změny (rozšíření / zúžení)	hodnota změny	výsledek
	158 000 Kč			
změna 1		+ 10 000 / 0	10 000 Kč	
změna 2		0 / - 15 000	15 000 Kč	
změna 3		+ 20 000 / - 10 000	30 000 Kč	
změna 4		+ 8 000 / - 16 000	24 000 Kč	
Celkem				79 000 Kč

Vládní návrh zákona (byl používán pojem cenový nárůst samostatně pro odst. 5 a pro odst. 6, bez odst. 9)	158 000 Kč			
odst. 5			30 %	47 400 Kč
odst. 6			30 %	47 400 Kč
Celkem				94 800 Kč

Zákon	158 000 Kč		hodnota změny a cenový nárůst	
odst. 5, resp. 6			50 %	79 000 Kč
odst. 9			30 %	- 3 000 Kč

Cenový nárůst u daného příkladu MMR nepřesahuje 30 % původní hodnoty závazku, dokonce se jedná o zápornou hodnotu a to - 3 000 Kč. Pro daný příklad je tedy splněna podmínka odst. 9 a celková hodnota změny za platného a účinného znění Zákona činí 79 000 Kč, oproti 94 800 Kč vládního návrhu zákona. Z posuzovaného teoretického příkladu lze tedy překvapivě učinit závěr, že vládní návrh zákona byl mírnější a umožňoval změnu závazku ze smlouvy ve větším rozsahu než podle Zákona. Ono tvrzení o odpovědnosti MMR za znění odst. 5 a odst. 6 Zákona tedy není možné učinit, neboť odst. 5 a odst. 6 byl do současné podoby upraven přísněji pozměňovacími návrhy poslanců Jana Birke²⁹⁷, Ladislava

²⁹⁷ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Jan Birke, dokument 08896-12039, datum 18.12.2015 v 11:33:42* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>

Oklešťka²⁹⁸ a Lukáše Pletichy²⁹⁹. Situace je o to paradoxnější, neboť jak autor této práce uvádí v textu k odst. 9, všechny tři pozměňovací návrhy měly za cíl rozšířit (zvýšit) možnost změny závazku ze smlouvy. Ovšem již v pozměňovacích návrzích spatřuje autor této práce nekoncepčnost, ačkoliv jsou pojmy cenový nárůst a hodnota změny daným poslancům zřejmé již v lednu 2016. Pozměňovací návrhy poslanců Lukáše Pletichy a Ladislava Oklešťka shodně pro odstavec 5 používají pouze pojem „hodnota“, kdežto pro odst. 6 již pojem „hodnota změny“ a pro odst. 8 (v Zákoně odst. 9) pojem cenového nárůstu s tím, že v odůvodnění mají oba poslanci shodně napsáno, že pro účely výpočtu dle odst. 5 a odst. 6 „*nebude možné provádět odpočet původně sjednaných stavebních prací, dodávek nebo služeb.*“ Z odůvodnění těchto pozměňovacích návrhů je tedy zřejmý úmysl upravit vládní návrh zákona, kdy daným poslancům byly termíny „hodnota změny“ a „cenový nárůst“ již známé. Právě tyto pozměňovací návrhy poslanců Lukáše Pletichy a Ladislava Oklešťka byly použity pro úpravu odst. 5 a odst. 6 Zákona. Kdežto pozměňovací návrh poslance Jana Birke byl použit pro úpravu odst. 9 Zákona. V tomto pozměňovacím návrhu byl pro odstavec 5 a odst. 6 použit stejný pojem „hodnota“ (nikoliv hodnota změny), avšak následně pro odst. 9 byl již použit pojem „cenový nárůst“. Případný omyl v záměně termínů „hodnota“ a „cenový nárůst“ je tedy i u poslance Birke vyloučen, neboť ve svém pozměňovacím návrhu vědomě tyto termíny užívá pro rozdílné situace. Bohužel však nedošlo u pozměňovacího návrhu poslance Jana Birke ke zcela správnému použití daných pojmů, neboť je v odůvodnění daného pozměňovacího návrhu uvedeno: „*Podle stanoviska Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“)* jsou přitom za „*dodatečné práce*“ 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 30%, i když celková cena díla zůstává zachována nebo není navýšena o více jak 30%. ... Podle evropské legislativy je limit nastaven na 50%, a to opakovaně. Vláda navrhla transponovat přísnější 30% limit bez možnosti opakování, který je de facto ještě snížen výkladem ÚOHS započítávajícím do limitu

²⁹⁸ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Ladislav Oklešťek, dokument 09068-12291, datum 27.01.2016 v 11:12:10* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>

²⁹⁹ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Lukáš Pleticha, dokument 09070-12293, datum 27.01.2016 v 12:01:04* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>

všechny dodatečné práce bez ohledu na odpočet méněprací. Vzhledem k neutěšené praxi navrhuje zvýšení limitu ze současných 30% na 50% s tím, že zároveň bude být zachováno pravidlo, že celková cena zakázky z důvodů uvedených v odstavci 5 a 6 nesmí stoupnout o více než 30%.“ Z odůvodnění není pravda, že by se do cenového nárůstu měla započítávat absolutní hodnota změn (tzn., dochází k součtu absolutních hodnot přidaného (nového) a nerealizovaného (původního) plnění veřejné zakázky), neboť tento výklad odpovídá právě pojmu hodnota změny. Do Zákona byly přijaty výše uvedené pozměňovací návrhy, aniž by došlo k ověření jejich správnosti. MMR tedy předložilo, z pohledu autora této práce, kvalitnější návrh, který ovšem nebyl v zákonodárném procesu obhájen a přijat.

Bez ohledu na výše uvedený závěr má autor této práce za vhodné zmínit i zápis z 30. schůze hospodářského výboru, která se konala dne 02.12.2015 v Parlamentu České republiky, v budově Poslanecké sněmovny³⁰⁰, a jejíž součástí bylo mimo jiné v bodě 5) projednání vládního návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek a vládní návrh zákona, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o zadávání veřejných zakázek – sněmovní tisky 637 a 638. Součástí rozpravy byl účasten i (dnes již bývalý) náměstek ministryně pro místní rozvoj Jan Blecha, který uvedl, že „*transpozice = podtržený text v návrhu zákona*“.³⁰¹ Pokud se však podíváme do § 222 odst. 5 a odst. 6 vládního návrhu zákona³⁰¹, tak u daných ustanovení je celý text podtržen, tedy bez ohledu na vnitrostátní úpravu hodnoty změny u předmětných ustanovení. Situace tak mohla vyvolávat dojem, že celé znění odst. 5 a odst. 6 vládního návrhu zákona je převzato ze Směrnice, ačkoliv tato informace se nezakládá na pravdě. Odlišnost vládního návrhu zákona se Směrnicí nebyla vysvětlena ani v důvodové zprávě u § 222. Odlišnost, resp. vysvětlení důvodů rozdílné úpravy ve vládním návrhu zákona, tak byla alespoň součástí Přílohy č. 1 k věcnému záměru zákona o veřejných zakázkách – Závěrečná zpráva k hodnocení dopadů regulace. To ovšem nic nemění na situaci, že podaná informace náměstkem ministryně pro místní rozvoj na 30. schůzi hospodářského výboru Parlamentu České republiky, nemusela být úplná, ačkoliv si je autor této práce vědom toho, že pro účely zápisu mohly být podané informace zestručněny.

³⁰⁰ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Hospodářský výbor. Zápis z jednání č. 30 (02.12.2015). *Originál dokumentu* [online]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=77675>

³⁰¹ Informační systém ODok, Úřad vlády České republiky. Věcný záměr zákona o veřejných zakázkách, č. j. OVA: 1040/14, PID: KORN9JNHGG5U, název přílohy: zd_KORN9NREGHVB.docx. *Důvodová zpráva* [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORN9JNHGG5U>

Bez ohledu na výše uvedené je ovšem jednoznačné, že odst. 5 a odst. 6 vládního návrhu zákona nejsou úplnou transpozicí Směrnice, a tudíž by neměly být zcela podtrženy, aby nevyvolávaly mylný dojem doslovného převzetí znění Směrnice.

Nad rámec výše uvedeného upozorňuje autor této práce na dokument s názvem Stručný postup při vyplnění formuláře F20 při změně dle § 222 ZZVZ³⁰², kde jsou na straně 3 uvedeny tyto vzorové příklady:

Obrázek č. 1 – Vzorové příklady

Vzorové příklady¹

1) Zadavatel uzavírá první dodatek dle § 222 odst. 5 nebo 6 (1 000 000 Kč)	
<i>Oddíl VII.1.6) Hodnota změny (Celková hodnota zakázky/části/koncese)</i>	1 000 000 Kč
<i>Oddíl VII.2.3) Původní hodnota VZ (Aktualizovaná celková hodnota VZ)</i>	10 000 000 Kč
<hr/>	
<i>Oddíl VII.2.3) Hodnota po změně (Celková hodnota VZ po provedení změn)</i>	11 000 000 Kč
2) Zadavatel uzavírá další dodatek dle § 222 odst. 5 nebo 6 (2 000 000 Kč)	
<i>Oddíl VII.1.6) Hodnota změny (Celková hodnota zakázky/části/koncese)</i>	2 000 000 Kč
<i>Oddíl VII.2.3) Hodnota VZ, včetně prvního dodatku (Aktualizovaná celková hodnota VZ)</i>	11 000 000 Kč
<hr/>	
<i>Oddíl VII.2.3) Hodnota po změně (Celková hodnota VZ po provedení změn)</i>	13 000 000 Kč
3) Zadavatel uzavírá další dodatek dle § 222 odst. 5 nebo 6 – záporná hodnota (- 500 000)	
<i>Oddíl VII.1.6) Hodnota změny (Celková hodnota zakázky/části/koncese)</i>	500 000 Kč
<i>Oddíl VII.2.3) Hodnota VZ, včetně všech dodatků (Aktualizovaná celková hodnota VZ)</i>	13 000 000 Kč
<hr/>	
<i>Oddíl VII.2.3) Hodnota po změně (Celková hodnota VZ po provedení změn)</i>	12 500 000 Kč

V daném výstřižku, který upravuje oficiální postup pro vyplnění formuláře F20 – Oznámení o změně ve Věstníku veřejných zakázek, a který je uveřejněn na webových stránkách zřízených MMR sloužících jako portál o veřejných zakázkách a koncesích, je z příkladu č. 3) zřejmý zcela opačný výklad MMR, tak jak je uvedeno v této práci, kdy v případě uzavření dodatku ke smlouvě na veřejnou zakázku dle § 222 odst. 5 nebo odst. 6 Zákona, který má zápornou hodnotu, v daném příkladu - 500 000 Kč z hodnoty VZ 13 000 000 Kč, je hodnota po změně 12 500 000 Kč. U tohoto příkladu tedy MMR hodnotu změny odečítá, namísto

³⁰² Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/getmedia/16bda1d2-b14f-4bcb-abb-fb26f1a31f87/Strucny-postup-pri-vyplneni-formulare-F20-pri-zmene-dle-%C2%A7-222-ZZVZ.pdf>

svého uváděného výkladu, že i tato záporná hodnota by měla být k hodnotě VZ připočtena a výsledná hodnota po změně by tedy měla být 13 500 000 Kč. V dokumentu je ovšem v poznámce pod čarou č. 1 uvedeno, že se jedná „pouze o orientační výpočty, u kterých nemusí číselné hodnoty vždy odpovídat znění příslušných ustanovení ZZVZ.“ Na druhou stranu je autor této práce přesvědčen, že pokud je dokument takto uveřejněn na webových stránkách zřizovaných MMR, měl by i takovýto dokument, který primárně neslouží k výkladu týkajícího se změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, splňovat výklad MMR k hodnotě změny.

Bez ohledu na závěry, ke kterým autor této práce dochází v této části práce, je z důvodu objektivity nezbytné zmínit i názor autorů Komentáře k zákonu o zadávání veřejných zakázek, tedy Herman Pavel; Fidler Vlastimil a kol., kteří k výkladu Evropské komise týkající se hodnoty změny, tak jak je uvedeno výše (s odhlédnutím na nedostatečnou formulaci dotazu, blíže viz výše), zastávají tento názor, který se snaží o jiný možný výklad pojmu hodnoty změny: „*doporučený způsob výpočtu lze považovat za nejprísnejší možný výklad, který může být v budoucnu modifikován na základě rozhodovací praxe národních nebo evropských přezkumných orgánů nebo metodických materiálů Evropské komise. Autoři komentáře nicméně považují z teoretického pohledu za správný názor, že v případě změny části závazku má být za hodnotu změny považována vyšší z absolutních hodnot přidaného nebo nevyčerpaného plnění, tedy u výše popsaného příkladu 8 000 u změny 3 či 10 000 u změny 4.*“³⁰³ Ovšem pokud by předmětná ustanovení Směrnice (tedy odst. 5 a odst. 6 Zákona) byla transponována do Zákona v doslovném znění, nemuselo by následně docházet k těmto snahám o jiný výklad Směrnice. Pro úplnost informací je níže vložena i tabulka s příklady uvedenými v daném komentáři. Výsledná hodnota změny, tak jak je prezentovaná autory daného komentáře, by potom činila (+ 5 000 – změna 1 + 10 000 – změna 2 + 8 000 – změna 3 + 10 000 – změna 4) + 33 000 Kč (slovy: plus třicet tři tisíc korun českých). Dané příklady jsou de facto obdobné jako dotaz MMR na Evropskou komisi, jen s tím rozdílem, že dotazy byly vzneseny v procentech, avšak pro možnost porovnání není podstatné, zdali je číselně vyjádřená hodnota uvedena jako číslo v procentech či pouze číslo.

³⁰³ § 222, str. 520, 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. 639 s. ISBN: 978-80-7380-660-6.

Tabulka č. 6 – Příklad

		<i>změna (rozšíření / redukce)</i>	<i>hodnota změny</i>
<i>změna 1</i>	<i>rozšíření</i>	+ 5 000	5 000
<i>změna 2</i>	<i>redukce</i>	- 10 000	10 000
<i>změna 3</i>	<i>výměna</i>	+ 4 000 / - 8 000	12 000
<i>změna 4</i>	<i>výměna</i>	+ 10 000 / - 5 000	15 000
<i>celkem</i>			42 000

Autor této práce se však nespokojí v pouhém konstatování odpovědnosti MMR, které je samo o sobě naprosto nepodstatné, ale rád by znal i pohnutky, které MMR k této úpravě vedly. K tomuto poslouží zejména Příloha č. 1 k věcnému záměru zákona o veřejných zakázkách – Závěrečná zpráva k hodnocení dopadů regulace, zpracovaná Mgr. Markétou Adámkovou, Odbor práva veřejných zakázek a koncesí MMR.³⁰⁴ V čl. 2 Návrh variant řešení, bod H. Dodatečné stavební práce, služby a dodávky, jsou uvedeny varianty možné rekonstrukce v oblasti veřejných zakázek, včetně tzv. nulové varianty, která popisuje stav dle ZVZ.

Bod H. Dodatečné stavební práce Závěrečné zprávy porovnává stav dle § 23 odst. 7 ZVZ a současně i využitelnost daného ustanovení ZVZ z dat z Věstníku veřejných zakázek a dostupných informací z aplikační praxe a z diskuzí v rámci poradních skupin MMR, které jsou uvedeny v bodu 6. Závěrečné zprávy. Z důvodu pochopení zamýšlení ze strany autorky Závěrečné zprávy a pochopení souvislostí autor této práce cituje varianty:

- „*Varianta 1 – nulová varianta*
 - *Popis: Zachování současného stavu upraveného dle stávající právní úpravy – dle ustanovení § 23 odst. 7 ZVZ je možné dodatečné stavební práce či služby zadat pouze za splnění velmi přísných podmínek, a dodatečně zadané stavební práce či služby nesmí svojí hodnotou přesáhnout 20 % hodnoty původní veřejné zakázky.*
 - *Rizika a přínosy: Zachování nepružnosti a rigidnosti výkladu pravidel spojených s nízkou flexibilitou u stavebních zakázek. Předkladatel neshledává žádné přínosy této varianty. Může však*

³⁰⁴ Informační systém ODok, Úřad vlády České republiky. Věcný záměr zákona o veřejných zakázkách, č. j. OVA: 1040/14, PID: KORN9JNHGG5U, název přílohy: zd_KORN9NREGHV.B.docx. Důvodová zpráva [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORN9JNHGG5U>

být v této variantě spatřován přínos větší kontroly výše investic, respektive přísnější limitace změn, tudíž i možnosti navyšování konečné ceny.

- *Nespokojenost se současným stavem je opakovaně vyjadřována především ze strany zájmových organizací (Svaz podnikatelů ve stavebnictví, Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, Asociace pro rozvoj infrastruktury), které se, resp. jejich členové, s realizací veřejných zakázek na stavební práce a nutností řešení nepředpokládaných situací setkávají nejčastěji a dále pak také ze strany Ministerstva průmyslu a obchodu.“*
- *„Varianta 2 – limit 50 % bez možnosti opakování*
 - *Popis: Zákon umožní využít celý limit, který stanovuje směrnice, tedy 50 % pro stavební práce, služby a nově také dodávky a zároveň je omezeno několikeré opakování, které by znamenalo neomezenou možnost zadavatele soustavně zadávat další vícepráce. Limit změn 50 % tedy bude představovat hranici, která nebude moci být v součtu všech i samostatně provedených změn překročena. Důvody pro zadávání dodatečných stavebních prací, služeb a dodávek odpovídají výčtu ve směrnici. Předkladatel nepovažuje za vhodné přijetí úpravy umožňující i opakované změny nepřevyšující 50 % ceny původní veřejné zakázky aniž by byl limitován celkový objem změn.*
 - *Rizika a přínosy: Rozšíření limitu z 20 % na 50 % hypoteticky znamená, že dodavatelé budou úmyslně snižovat cenu v nabídce s tím, že mají možnost ji pak navýšit prostřednictvím víceprací. Zadavatel, který má znalost předmětu veřejné zakázky, by však měl být schopen odhalit takto sníženou cenu a případně pak během plnění nepřipustit její navyšování. Nadále jsou dány poměrně přísné podmínky, které je nutné naplnit, bude-li chtít zadavatel dodatečné plnění požadovat. Přínosem této varianty je pak větší flexibilita zadavatelů.“*
- *„Varianta 3 – limit 50 % s možností opakování*
 - *Popis: Možnost zadávat opakovaně s tím, že každá jednotlivá změna by nesměla přesáhnout 50 % a počet takových změn není*

omezen. V případě přijetí této varianty by se tedy jednalo o úplnou implementaci pravidel uvedených pro tuto oblast ve směrnici 2014/24/EU.“

- Rizika: Nadměrná benevolence pro zadavatele přináší široký korupční prostor a možnost spekulací dodavatele s nabídkovou cenou. Cena zakázky by takto mohla být navýšena i o stovky procent.“
- „Varianta 4 – snížení limitu pod 50 % a následný postup dle variant 2 a 3
 - Popis: Směrnice umožňuje stanovit jakýkoliv limit pod 50 %. I v takovém případě jsou umožněny varianty 2 a 3.
 - Rizika: Přílišná rigidnost a snížení flexibility pro zadavatele.“
- „Závěr: Předkladatel doporučuje přijetí varianty 2, tedy umožnit změnu až do výše 50 %, avšak tato hranice by nemohla být v součtu všech dodatečných stavebních prací, dodávek či služeb překročena. Přijetím předmětné varianty bude dle předkladatele dosaženo dostatečné flexibility na straně zadavatelů a zároveň bude částečně předcházeno nepřiměřenému navyšování ceny veřejné zakázky.“

V čl. 3 Návrh řešení Závěrečné zprávy je stanoveno pořadí variant a výběr nejvhodnějšího řešení:

- „H. Dodatečné stavební práce, služby a dodávky

Pořadí variant	Varianta
1.	Varianta 2 – limit 50 % bez možnosti opakování
2.	Varianta 4 – snížení limitu pod 50 % a následný postup dle variant 2 a 3
3.	Varianta 1 – nulová varianta
4.	Varianta 3 – limit 50 % s možností opakování

Závěr: Předkladatel doporučuje variantu 2, která umožňuje flexibilní reakci zadavatele ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce a okolnostem, za kterých je zadávána.“

Z uvedeného textu k bodu H. ze Závěrečné zprávy je zřejmé odůvodnění MMR k vybraným variantám pro § 222 odst. 5 a odst. 6 Zákona. Vzhledem k zaměření tohoto textu je pro autora této práce nejpodstatnější odůvodnění

k variantě 3, která je úplnou implementací Směrnice, přičemž obava MMR, tak jak je v Závěrečné zprávě uvedena, tedy, že „*nadměrná benevolence pro zadavatele přináší široký korupční prostor a možnost spekulací dodavatele s nabídkovou cenou*“ se jeví autorovi této práce jako lichá, neboť obdobně jako u vybrané varianty 2 bodu H. (i) u spekulací je možné postupovat dle § 113 Zákona, tedy posuzovat mimořádně nízkou nabídkovou cenu dodavatele a (ii) argumentace benevolencí pro zadavatele se autorovi této práce jeví tak, že MMR dělá ze zadavatelů nesvéprávné jedince, neboť právě zadavatel je dle § 36 odst. 3 Zákona odpovědný za správnost a úplnost zadávacích podmínek, a současně zadavatelovo odpovědnost za dodržení pravidel Zákona, ať už základních zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 Zákona, tak nesmí být ani opomenuta možnost přezkumu odpovědnosti zadavatele ÚOHS dle § 248 a násl. Zákona. Nadto zadavatelé podléhají i dalším orgánům dohledu, ať už se jedná o Nejvyšší kontrolní úřad anebo finanční úřady, pod které v koncovém důsledku spadají i veškeré přezkumy týkající se porušení pravidel v rozhodnutí o poskytnutí dotace, tzv. porušení rozpočtové kázně podle § 14 a § 44 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Navíc je v Závěrečné zprávě opomenuto, že změny závazků ze smlouvy nejsou nárokové ze strany dodavatele, a „... *na provedení změny smlouvy se musí obě strany vždy dohodnout, přičemž zadavatel musí respektovat pravidla, která mu v oblasti hospodaření ze svěřeným majetkem ukládají jiné právní předpisy (například rozpočtová pravidla), zejména povinnost počínat si účelně, efektivně a hospodárně*“³⁰⁵, což je uvedeno i k § 222 důvodové zprávy k Zákonu.

K podobnému závěru o opatrném názoru MMR týkající se hodnoty změny dospěl, obdobně jako autor této práce, i webový článek Jana Surého, který konstatuje, že „*nelze totiž odhlédnout od ústředního smyslu, který úprava změn závazků ze smluv má. Tímto bezpochyby je, aby bylo zabráněno změnám závazků ze smluv, které mají zásadní materiální dopad na veřejnou zakázku. ... nelze požadavek na sčítání absolutních hodnot v případě komplexu změn považovat za smysluplný a správný. Pokud totiž připustíme, že v případě jednoduchých změn je výslednou posuzovanou hodnotou absolutní hodnota rozšíření nebo zúžení plnění veřejné zakázky a materiálním dopad takové změny je pak reflektován změnou ceny*“

³⁰⁵ Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>

veřejné zakázky, proč by u komplexu změn měl být postup odlišný? Výše uvedený matematický přístup by totiž nutně vedl k závěru, že komplex změn, který má totožný materiální dopad (tedy dojde k témuž zvýšení ceny veřejné zakázky) jako v případě jednoduché změny je nepřipustný bez provedení zadávacího řízení z toho důvodu, že při sečtení absolutních hodnot dílčích změn, nejsou dodrženy finanční limity stanovené zákonem. ... Poslední uvedený závěr lze prezentovat na ilustrativním příkladu. Řekněme, že zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku a předmětem této smlouvy je dodávka 4 000 mobilních telefonů při ceně 5 000 Kč za jeden kus. Cena veřejné zakázky je pak 20 000 000 Kč. Pokud se zadavatel s vybraným dodavatelem domluví na rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky o dalších 400 ks mobilních telefonů při ceně 5 000 Kč za kus, naroste cena veřejné zakázky o 10%. Taková změna pak bude splňovat podmínky dle § 222 odst. 4 zákona a bude označena za nepodstatnou. Zadavatel pak bude postupovat zcela v intencích zákona. Pokud se ale zadavatel rozhodne již smluvený model mobilních telefonů nahradit za jiný model, jehož cena bude 5 500 Kč za kus, při výše uvedeném modelu, kdy se mají sčítat absolutní hodnoty jednotlivých změn, dojdeme k závěru, že výsledná hodnota takového komplexu změn je 42 000 000 Kč, což za žádných okolností nesplňuje kritéria nepodstatné změny dle § 222 odst. 4 zákona, byť výsledná cena veřejné zakázky je opět 22 000 000 Kč, tedy stejná jako v případě první změny. S ohledem na to, že zásadním kritériem pro posouzení, zda lze změnu závazku provést mimo režim zadávacího řízení je právě posouzení materiálního dopadu takové změny, neměly by obě výše uvedené změny následovat stejný osud, jelikož materiální dopad obou změn je totožný? ... Na tomto místě je ovšem nutno poukázat i na jiný dopad, který by aplikace metody sčítání absolutních hodnot dílčích změn v rámci komplexu změn mohla mít. Ustanovení § 100 odst. 1 zákona, který umožňuje zadavateli vyhradit si změny závazku a priori uzavření smlouvy, obsahuje stejnou textaci jako § 222 odst. 4, což nutně podněcuje aplikace stejného přístupu ke sčítání hodnot v případě komplexu změn. Pokud si tak zadavatel vyhradí záměnu dílčí položky plnění veřejné zakázky, za rozhodnou „hodnotu změny“ by tak dle výše uvedeného bylo nutno chápat součet absolutních hodnot obou změn. Právě uvedený postup nicméně bude mít dle § 16 odst. 3 zákona vliv na stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Což nejen, že může vést k tomu, že zadavatel bude nucen postupovat v přísnějším režimu zadávacího řízení, ale může dojít i ke zcela nechtěnému omezení hospodářské soutěže, neboť s ohledem na výši jistoty (kterou může zadavatel stanovit, a její výše se dle § 41 odst. 2 zákona odvíjí

od výše předpokládané hodnoty) mohou být menší a střední dodavatelé odrazení od účasti na zadávacím řízení, neboť jistota v takovém případě bude zcela nepřiměřená reálnému plnění. Uvedený názor na sčítání hodnot změn tedy nejenže nenásleduje doktrínu materiálního dopadu změn, ale také nepřímo působí v rozporu se snahou zadávací směrnice (viz odst. 2 preambule) otevřít trh veřejných zakázek právě i menším a středním dodavatelům. ... Lze také poukázat na to, že od předpokládané hodnoty se odvíjí i stanovení rozsahu požadovaných kvalifikačních předpokladů v rovině referenčních zakázek, které dodavatelé musejí zadavateli předložit za účelem ucházení se o zadávanou veřejnou zakázku. Pokud bude výše uvedený matematický postup sčítání absolutních hodnot uznán jako správný postup pro určení hodnoty komplexu změn a tato bude započítána do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, zadavateli by mohlo být zákonem umožněno stanovit požadavky na referenční zakázky ve větším rozsahu (myšleno v rovině hodnoty), než jaký odpovídá výsledné ceně veřejné zakázky, neboť předpokládaná hodnota bude „uměle“ navýšena. V případě výše uvedeného ilustračního příkladu s nákupem mobilních telefonů by zadavatele v případě vyhrazení si komplexu změn mohl po dodavatelích požadovat vyšší jistotu a patrně by mohl po dodavatelích požadovat referenční zakázky ve vyšší celkové hodnotě, než v případě nákupu pouze více kusů telefonů. Tady je zcela patrný aplikační rozkol ve dvou po materiální stránce totožných případech, který ovšem není ničím odůvodnitelný. ... Obdobný negativní dopad na hospodářskou soutěž může mít již samotné stanovení a uveřejnění předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která je z důvodu sčítání absolutních hodnot „uměle“ zvýšena. Pokud by totiž relativně malá veřejná zakázka byla tímto způsobem „nafouknuta“, mohlo by dojít k odrazení menších a středních dodavatelů, a naopak by takový postup mohl vyvolat zájem velkých dodavatelů, kteří by ovšem po bližším prostudování veřejné zakázky mohli ztratit zájem, neboť reálné plnění veřejné zakázky neodpovídá uvedené předpokládané hodnotě.“³⁰⁶ Autor daného článku, tak naprosto jednoznačně uvádí záměrně jednoduché příklady pro pochopení absurdnosti situace tak, jak je ze strany MMR vykládána.

³⁰⁶ SURÝ, Jan. *Komentář k § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek*, ze dne 26.02.2019 [online]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/komentar-k-222-odst-4-zakona-c-1342016-sb-o-zadavani-verejnych-zakazek-108925.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-26-2-2019

6.1 Porovnání změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve vybraných státech Evropy

Zajímavé porovnání je vždy v hledání zkušeností z jiných států, v tomto případě s implementací Směrnice. Vzhledem ke skutečnosti, že Směrnice je normativním právním aktem Evropské unie, který slouží pro harmonizaci předpisů v členských státech Evropské unie, byly autorem této práce vybrány pouze státy z Evropské unie. Spojené království Velké Británie a Severního Irska (dále jen „Velká Británie“)³⁰⁷ bylo autorem této práce vybráno zejména z důvodu, že Velká Británie bývá dávána za vzor v inovátorských přístupech nejen ve veřejných zakázkách a současně vzhledem ke značným zkušenostem v oblasti realizace projektů velkého rozsahu, např. v oblasti pozemního stavitelství.³⁰⁸ Dalším vhodným příkladem může být Spolková republika Německo (dále jen „Německo“), a to zejména pro svoji ekonomickou vyspělost a úzkou vazbu na českou ekonomiku. Zajímavé porovnání by mohlo být se státy z Východního bloku, které jsou politicky i ekonomicky přímo porovnatelné s Českou republikou, konkrétně Polskou republikou (dále jen „Polsko“) a České republice nejbližším národem, tedy Slovenskou republikou (dále jen „Slovensko“).

Ve Velké Británii je zákon nazýván jako Public Procurement (PPA)³⁰⁹ a byl přijat 04.02.2015, tedy necelý rok po přijetí Směrnice³¹⁰ Současně i rozsahem se PPA nejvíce blíží Směrnici, která má celkově 94 článků v porovnání se 122 články v PPA. Shodně se Směrnicí je změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku upravena v čl. 72. Z důvodu zaměření části této práce na odst. 5 a odst. 6 § 222 Zákona se v PPA zaměříme pouze na tuto úpravu. Čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) PPA je de facto celý převzat ze Směrnice, s výjimkou odlišného slovosledu a úpravou některých slovních výrazů. Výraznější změnou je tak pouze omezení cenového nárůstu, který není obdobně jako ve Směrnici upraven tak, že nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky, přičemž procentuální omezení se týká každé jednotlivé změny, nýbrž PPA postupuje přísněji a to tak, že cenový nárůst nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky, tzn., neexistuje možnost posuzování cenového nárůstu pro každou jednotlivou změnu,

³⁰⁷ Směrnice byla Evropským parlamentem a Radou Evropské unie přijata dnem 26.02.2014, kdy byla Velká Británie členským státem Evropské unie.

³⁰⁸ KLEE, Lukáš. *Škola FIDIC, Žlutá kniha*. FIDIC, Česká asociace konzultačních inženýrů.

³⁰⁹ The National Archives, a non-ministerial department and publisher for the UK Government and for England and Wales, UK Statutory Instruments, 2015 No. 102. *The Public Contracts Regulations 2015* [online]. Dostupné z: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/made/data.pdf>

³¹⁰ A téměř o dvacet měsíců dříve než nabyl Zákon v České republice účinnosti.

nýbrž cenový nárůst v součtu všech změn nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky.³¹¹ I tak je znění daného ustanovení PPA odlišné od znění v České republice, neboť v České republice je změna v § 222 odst. 5 a odst. 6 Zákona upravena jako hodnota změny (tzn., dochází k součtu absolutních hodnot přidaného (nového) a nerealizovaného (původního) plnění veřejné zakázky), kdežto ve Velké Británii jsou nerealizovaná plnění původní veřejné zakázky dle čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) PPA odečítána („increase in price“).

V Německu je zákon nazýván jako Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),³¹² přičemž implementace Směrnice byla provedena novelizací zákona účinného od srpna 1998. Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku upravena v § 132, konkrétně obdoba odst. 5 a odst. 6 Zákona, je uvedena v odst. 2 bodu 2. a 3. Německý GWB, stejně jako Směrnice, užívá pro českou obdobu odst. 5 a odst. 6 pojem cenového nárůstu („erhöhen der Preis“), přičemž bližší vysvětlení pojmu hodnoty změny a cenového nárůstu je uvedena výše v této části práce anebo ve stručnosti i u porovnání PPA ve Velké Británii. Německý GWB tedy zachovává úpravu Směrnice, co se týká cenového nárůstu, a na rozdíl od PPA ve Velké Británii (ZZVZ v České republice je v této úprav zcela odlišný), zachovává i možnost opakovaného provedení změn, přičemž každá jednotlivá změna nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky.³¹³

V Polsku oblast veřejných zakázek upravuje zákon Prawo Zamówień Publicznych (PZP).³¹⁴ Jedná se o novelizaci ze dne 22.06.2016, která implementovala Směrnici. V čl. 144 je upravena změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, přičemž obdoba odst. 5 a odst. 6 Zákona je uvedena v odst. 2 a odst. 3 PZP. Ačkoliv dané odstavce PZP užívají stejné termíny jako ZZVZ, tedy

³¹¹ Originální znění čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) PPA: „any increase in price does not exceed 50% of the value of the original contract or framework agreement.“

³¹² Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesamt für Justiz. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. Mai 2020 (BGBl. I S. 1067) geändert worden ist* [online]. Dostupné z: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/GWB.pdf>

³¹³ Originální znění § 132 odst. 2 bod 4. GWB: „In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.“

³¹⁴ Urząd Zamówień Publicznych. *Prawo Zamówień Publicznych, Poz. 1020 z dnia 22 czerwca 2016 r.* [online]. Dostupné z: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0019/32761/USTAWA-Z-DNIA-22-CZERWCA-2016-R.-O-ZMIANIE-USTAWY-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH-ORAZ-NIEKTORYCH-INNYCH-USTAW.pdf

hodnota změny (wartość zmiany), je mezi nimi rozdíl, neboť odst. 2 PZP³¹⁵, který upravuje změnu obdobně jako odst. 5 Zákona, upravuje, že hodnota každé následné změny nepřesahuje 50 % původní hodnoty zakázky, kdežto odst. 4 PZP³¹⁶, který je obdobou odst. 6 Zákona, upravuje, že hodnota (všech změn v absolutní hodnotě) nepřesahuje 50 % původní hodnoty zakázky. Ačkoliv PZP nezachovává úpravu Směrnice ohledně cenového nárůstu (increase in price oproti wartości zmiany), tak u změn dle odst. 2 umožňuje opakovaného provedení změn, přičemž každá jednotlivá změna nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky, na rozdíl od odst. 3, který je tak obdobně jako v České republice omezen součtem hodnot všech změn (pozn. v absolutní hodnotě), které nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky. V Polsku není PZP dále omezován, na rozdíl od odst. 9 v České republice. Je ovšem nasnadě upozornit, že Polsko připravilo zcela novou kodifikaci veřejných zakázek a od 01.01.2021 vstoupí v účinnost zákon nový PZP ze dne 11.09.2019.³¹⁷ Tento nový PZP upravuje změny smluv v čl. 454 a čl. 455, přičemž v čl. 455 odst. 1 bod 3³¹⁸ a bod 4³¹⁹ (obdobu odst. 5 a odst. 6 Zákona) dochází k úplné implementaci Směrnice, neboť cenový nárůst (wzrost ceny) každé jednotlivé změny nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky.

Velice zajímavé je srovnání k nám nejbližšímu národu, tedy Slovákům. Na Slovensku upravuje oblast veřejných zakázek zákon č. 343/2015 Z. z., o verejnom obstarávaní (ZVO),³²⁰ přičemž změna smluv je upravena v § 18, konkrétně námi srovnávané odst. 5 a odst. 6, v odst. 1 písm. b) a písm. c) a dále v odst. 5 ZPO. I na Slovensku došlo k úplné implementaci Směrnice, neboť nemůže dojít k cenovému nárůstu (navýšenie hodnoty plnenia) každé jednotlivé změny o více jak 50 % hodnoty původní smlouvy.³²¹

³¹⁵ Originální znění čl. 144 odst. 2 písm. c) PZP: „wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.“

³¹⁶ Originální znění čl. 144 odst. 3 písm. c) PZP: „wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.“

³¹⁷ Urząd Zamówień Publicznych. *Prawo Zamówień Publicznych*. [online]. Dostupné z: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0019/42184/ustawa_PZP_z_11_wrzesnia_2019.pdf

³¹⁸ Originální znění čl. 455 odst. 1 bod 3 písm. c) nového PZP: „wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków.“

³¹⁹ Originální znění čl. 455 odst. 1 bod 4 nového PZP: „jeżeli konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.“

³²⁰ Zákon pre ľudí. *Zákon č. 343/2015 Z. z., Zákon o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov*. Platný od 03.12.2015 a účinný od 18.04.2016, ve znění pozdějších předpisů. [online]. Dostupné z: <https://www.zakonypreludi.sk/zz/2015-343>

³²¹ Originální znění § 18 odst. 5 ZVO: „Ak ide o verejného obstarávateľa, zmenou podľa odseku 1 písm. b) alebo písm. c), nemôže dôjsť k navýšeniu hodnoty plnenia o viac ako 50 % hodnoty pôvodnej

Transparentní srovnání se zahraničím tedy nevychází pro ZZVZ nejlépe, neboť Zákon v České republice je v možnosti změny smlouvy, konkrétně § 222 odst. 5 a odst. 6, ve vazbě na odst. 9, s porovnávanými zákony z Velké Británie, Německa, Polska (ať už v aktuálně účinném znění v roce 2020 anebo ve znění účinném od roku 2021) a Slovenska, nejpřísnější, přičemž autorovi této práce není zřejmá ona nezbytná anebo nutná přísnost Zákona. V této části práce je citována Závěrečná zpráva (příloha č. 1 k věcnému záměru zákona o veřejných zakázkách) s odůvodněním MMR k variantě 3 bodu H., kde je uvedeno, že „*nadměrná benevolence pro zadavatele přináší široký korupční prostor a možnost spekulací dodavatele s nabídkovou cenou*“. Autor této práce se již výše zabýval správností této argumentace, přičemž není stejného názoru, což je navíc doloženo i srovnáním se zahraničím, kde de facto znění Směrnice mají v účinnosti již několik let (více jak 4 roky) a v porovnávaných státech dosud nebylo dosud přistoupeno k novelizaci (naopak Polsko v zákoně účinném od roku 2021 přebírá znění Směrnice a zmírňuje tedy znění PZP), tudíž by se bez bližšího rozboru dalo usuzovat, že právní úprava není ať už ze strany zadavatelů anebo dodavatelů zneužívána.

6.2 Novela Zákona

Aktuálně je v České republice také připravována novela Zákona, která by měla být účinná od ledna 2021. Novela Zákona mimo jiné upravuje i § 222. Vládní návrh zákona mění právě odst. 5 a odst. 6, přičemž k vysvětlení nezbytnosti navrhované právní úpravy je v důvodové zprávě³²² k novele Zákona uvedena toto: „*Nezbytné je v některých případech také odstranit nepřiměřenou přísnost právní úpravy ... Dále je odstraňován 50% limit pro změnu smlouvy, resp. hodnotu změny, neboť dostatečná limitace změny je již obsažena v § 222 odst. 9, kde je maximální možný nárůst ceny veřejné zakázky limitován 30 %.*“ Samo MMR tedy připouští přísnost Zákona, tak jak je popisován výše v této části práce.³²³ Vládní návrh

zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. Ak ide o opakované zmeny, obmedzenie podľa prvej vety sa vzťahuje na každú zmenu. Opakované zmeny zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy nie je možné vykonať s cieľom vyhnúť sa použitiu postupov podľa tohto zákona.“

³²² Informační systém ODok, Úřad vlády České republiky. Návrh zákona, kterým se mění zákon č.134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, č. j. předkladatele: 3084/2020-31, PID: KORNBL3FHBKT, název přílohy: zd_KORNBL3FHBKT.doc. *Důvodová zpráva* [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBL3FHBKT>

³²³ Kromě § 222 odst. 5 a odst. 6 je uvedena nepřiměřená přísnost také např. k institutu jistoty a zadávací lhůty, dále dochází také ke zmírnění důsledků neoznámení změny kvalifikace podle § 88 odst. 1 a nově má být také umožněno uzavírat rámcové dohody i na základě zadávacího řízení ve zjednodušeném režimu, neboť pro omezení v tomto směru není dán žádný věcný důvod.

zákonu upravuje právě odst. 5 a odst. 6, ze kterých odstraňuje limit 50 % hodnoty změny pro dodatečné stavební práce služby nebo dodávky podle § 222 odst. 5 a pro nepředvídané stavební práce služby nebo dodávky podle § 222 odst. 6.³²⁴ Důvodová zpráva k novele Zákona dále zmiňuje, že „*tyto limity představují zpřísnění oproti zadávacím směrnicím, které vyžadují limity 50 % cenového nárůstu pro každý z těchto důvodů. Odpovídající úprava je v § 222 odst. 9, kde je stanoven celkový společný limit 30 % cenového nárůstu pro důvody podle odstavce 5 a 6. I tato úprava je tedy výrazně přísnější než umožňují evropské směrnice a jeví se jako dostatečná. U limitu hodnoty změny nedošlo za dobu od účinnosti zákona k vyjasnění, jakou metodou má být tento limit počítán, což vede k velké právní nejistotě. Nejsou tak realizovány některé změny, které by podle evropských směrnic byly možné, ale zadavatelé je z důvodů právní nejistoty nepřipouštějí.*“ Autor této práce vnímá posun k lepšímu týkající se změny pro dodatečná plnění anebo pro nepředvídatelná plnění (odst. 5 a odst. 6), který se dle novely Zákona posuzuje pouze k cenovému nárůstu dle odst. 9. Ovšem je nezbytné zmínit, že navrhovaná úprava ani zdaleka nedosahuje znění Směrnice, dle které nesmí cenový nárůst překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky, přičemž cenový nárůst je posuzován zvlášť pro hodnotu každé změny a současně zvlášť pro každý důvod změny (ať už odst. 5 anebo odst. 6). Autor této práce pro dané vytrvání v odlišnosti od Směrnice nevidí důvod, tak jak je uvedeno výše v této části práce a současně i ve srovnání se zahraničními zákony upravujícími veřejné zakázky, tím spíše, že velkou právní nejistotu výkladu hodnoty změny, dle autora této práce, způsobilo právě MMR, ať už odlišnou implementací Směrnice (které bohužel neprospěl ani zásah v průběhu zákonodárského procesu od poslanců Jana Birke, Ladislava Oklešťky a Lukáše Pletichy, tak jak je uvedeno výše v této kapitole), ale rovněž i nedostatečnou komunikací změn v Zákoně s Evropskou komisí, jak je rovněž blíže uvedeno výše.

Ad absurdum tak v odst. 5 (současně i v odst. 6) dochází k situaci, která byla upravena již (nebereme-li v potaz § 27 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů) § 23 odst. 7 ZVZ³²⁵, který umožňoval u změn na dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby navýšit celkový rozsah

³²⁴ Dle bodů 150 a 151 – k § 222 odst. 5 písm. b) a c) a § 222 odst. 6 písm. b) a c) důvodové zprávy návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. *Důvodová zpráva* [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBL3FHBKT>

³²⁵ Ve znění zákona č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

těchto plnění o 30 % ceny původní veřejné zakázky.³²⁶ Pokud bude autor této práce parafrázovat bod H důvodové zprávy³²⁷ k Zákonu, tak v navrhovaném novelizovaném znění Zákona, ačkoliv se tak nemusí na první pohled zdát, zůstává zachována de facto nulová varianta, tedy zachování stavu ZVZ, neboť již zákon č. 40/2004 Sb. v § 27 odst. 3 a následně ZVZ v § 23 odst. 7 upravoval možnost dodatečných plnění ve výši 20 % ceny původní veřejné zakázky, resp. 30 % ceny původní veřejné zakázky ve znění ZVZ účinného od 06.03.2015. Ani stav v roce 2020 se tak v možnosti procentuální výše změny nikterak neliší od stavu v únoru 2004, kdy vešel v platnost zákon č. 40/2004 Sb. Dané tvrzení autor této práce opírá o porovnání navrhovaného znění novely, konkrétně § 222 odst. 5, odst. 6 a odst. 9 ve srovnání s § 27 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb. a § 23 odst. 7 ZVZ, neboť celkový cenový nárůst dle odst. 9 Zákona v součtu pro odst. 5 a odst. 6 nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku (ani v tomto není reflektováno rozlišení Směrnice v čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c), kdy změny dle těchto písmen nejsou kumulativní, ale samostatné za změny provedené dle daného písmene). Jediné, v čem lze spatřovat odlišnost od historických zákonů upravující veřejné zadávání v České republice, je tak § 222 odst. 4 Zákona (tzv. změna de minimis), který ovšem rovněž užívá pojem „hodnota změny“, u kterého MMR v důvodové zprávě k novelizaci Zákona připustilo, že tento pojem není zcela jasný „... u limitu hodnoty změny nedošlo za dobu od účinnosti zákona k vyjasnění, jakou metodou má být tento limit počítán, což vede k velké právní nejistotě. Nejsou tak realizovány některé změny, které by podle evropských směrnic byly možné, ale zadavatelé je z důvodů právní nejistoty nepřipouštějí.“ S ohledem k nulové variantě změn je tak možné konstatovat, že i v novele Zákona je zachován původní stav, který je nepružný, přičemž zákonodárce mohl upravit Zákon tak, jak je tomu v porovnávaných zemích Evropské unie, tzn. dle Směrnice.

³²⁶ Změny dle § 23 odst. 7 ZVZ byly počítány obdobně jako cenový nárůst dle Směrnice, tzn., docházelo k odečítání neprovedených plnění. Viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 05.05.2006, č. j. S89/2006/SL-8380/2006/520-KV, dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-5965.html> [online]. Předmětné rozhodnutí ÚOHS je sice vedené podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, avšak daný zákon v § 27 odst. 3 upravoval možnost dodatečných plnění de facto obdobně jako ZVZ. „Celkový rozsah dodatečných služeb nesmí u veřejného zadavatele překročit 20 % původní ceny veřejné zakázky. Pokud orgán dohledu vezme za cenu původní veřejné zakázky částku vyčíslenou zadavatelem, pak 20 % z částky ve výši 29 997 488,29 Kč bez DPH je částka ve výši 5 999 498,- Kč bez DPH. Zadavatel však uhradí, jak je uvedeno výše, pravděpodobně částku ve výši 7 668 131,20 Kč bez DPH.“

³²⁷ Informační systém ODok, Úřad vlády České republiky. Věcný záměr zákona o veřejných zakázkách, č. j. OVA: 1040/14, PID: KORN9JNHGG5U, název přílohy: zd_KORN9NREGHVB.docx. Důvodová zpráva [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORN9JNHGG5U>

6.3 Autorem navrhované znění odst. 5, 6 a 9 Zákona

Autor této práce by tak daleko větší přínos pro českou společnost a pro veřejné zakázky jako takové shledával přístup, který byl MMR zvolen již ve vládním návrhu zákona, tedy upravit cenový nárůst již v odst. 5 a odst. 6 samostatně, bez dalších podmínek odst. 9, který byl doplněn poslancem Janem Birke. Ideální znění Zákona by tak, obdobně jako v zahraničním srovnání, převzalo doslovné znění Směrnice. Ovšem tento krok by mohl být pro MMR vnímán jako rizikový či neodůvodněný, a proto by mohl být pro další období několika let (nyní by mělo dojít k novelizaci po cca 4 letech účinnosti Zákona) nastaven určitý mezikrok ke znění Směrnice, který by ověřil, zdali je česká společnost, ať už se bavíme a zadavatelích anebo dodavatelích, dostatečně zodpovědná přijmout tuto určitou míru benevolence, bez toho, aniž by byla zneužívána anebo docházelo ke spekulacím s nabídkovou cenou (zde autor této práce parafrázuje Závěrečnou zprávu zpracovanou Mgr. Markétou Adámkovou, Odbor práva veřejných zakázek a koncesí MMR³²⁸, ačkoliv, tak jak je uvedeno výše v této kapitole, ani k doslovnému znění Směrnice autor této práce daný názor MMR nesdílí). Pokud by si tedy MMR nemohlo odůvodnit doslovné znění čl. 72 odst. 1 písm. b) a písm. c) Směrnice, jevílo by se autorovi této práce jako vhodné upravit odst. 5, odst. 6 a odst. 9 následovně, přičemž by touto úpravou Zákon skutečně doznal reálných změn týkajících se možnosti změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.

Navrhované znění odst. 5 Zákona: *„Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a c) cenový nárůst nepřekročí 50 % původní hodnoty*

³²⁸ Informační systém ODok, Úřad vlády České republiky. Věcný záměr zákona o veřejných zakázkách, č. j. OVA: 1040/14, PID: KORN9JNHGG5U, název přílohy: zd_KORN9NREGHVB.docx. Důvodová zpráva [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORN9JNHGG5U>

závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet cenových nárůstů všech těchto změn.“

Navrhované znění odst. 6 Zákona: *„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 c) cenový nárůst nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet cenových nárůstů všech těchto změn.“*

Navrhované znění odst. 9: *„Pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu se původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení.“*

7 Závěr

Cílem této práce bylo poskytnutí uceleného obrazu změn závazků ze smlouvy na veřejné zakázky za účinnosti Zákona, které jsou zejména upraveny v § 222 ZZVZ. Autor této práce se však zabýval i ustanoveními ZZVZ, které se změnou závazku ze smlouvy souvisejí, ať už se jedná o § 100 odst. 1 nebo odst. 2 upravující vyhrazené změny závazku (s vazbou na § 222 odst. 2, resp. odst. 10 ZZVZ), § 66 umožňující zadavateli užití jednací řízení bez uveřejnění (v ZVZ byla tato možnost nazývána „opčním právem“) v případě předchozí výhrady v zadávací dokumentaci dle § 100 odst. 3 ZZVZ, § 273 odst. 6 ZZVZ dovolující změnu závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 odst. 5 písm. c) a odst. 6 písm. c) ZZVZ i pro smlouvy uzavřené podle ZVZ, či § 223 odst. 1 ZZVZ, který stanovuje možnost zadavatele vypovědět nebo odstoupit od smlouvy na veřejnou zakázku v případě, že v plnění nelze pokračovat aniž by byla porušena pravidla § 222 ZZVZ. Autor této práce posuzoval relevantní ustanovení ke změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku i ve vazbě na Směrnici a její originální znění.

Přechozí právní úprava ZVZ (a ani zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách či zákon 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek) neumožňovala měnit smlouvu na plnění veřejné zakázky podstatným způsobem, připuštěny byly pouze změny nepodstatné. Výjimkou bylo jednací řízení bez uveřejnění, konkrétně § 23 odst. 5 písm. b) nebo § 23 odst. 7 ZVZ (dnešní obdoby § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ). ZZVZ tedy oproti ZVZ přináší značnou liberalizaci.

ZZVZ je účinný od 01.10.2016, a ačkoliv má autor této práce povědomí o několika diplomových, rigorózních či disertačních pracích zabývajících se obdobným tématem, tedy změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, tak délka účinnosti ZZVZ (k ukončení této práce v délce 4 let), umožňuje autorovi této práce pojednávat o problematice změn závazků ze smlouvy, které zatím nemusejí být všeobecně známé a tudíž by tato práce mohla být přínosem pro odbornou veřejnost, ale i pro laickou veřejnost se zájmem o dané téma. Přitom právě účinnost ZZVZ v délce pouhých 4 let, v souvislosti s komplexností ZZVZ, která vychází ze Směrnice čerpající zkušenosti z oblasti veřejných zakázek, vytváří dle autora této práce ze ZZVZ nadčasový zákon, tzn. i tato práce by mohla být k užítku v delším časovém období po jejím zpracování. Kvalita zpracování ZZVZ byla oceněna třetím místem v anketě Zákon roku 2016.³²⁹

³²⁹ Deloitte Legal s.r.o., advokátní kancelář *Zákon roku 2016* [online]. 2016. Dostupné z: <http://www.zakonroku.cz/upload/download/reportZR2016.pdf>

Samotná práce je dělena na šest kapitol. V úvodní kapitole byla autorem této práce obecně popsána problematika veřejných zakázek, se snahou zařazení ZZVZ pod konkrétní právní odvětví.

Další část této práce ve stručnosti pojednávala o vzniku Zákona a jeho členění. Tato část rovněž popisovala vybrané praktické aspekty ZZVZ, které činí zadávací řízení srozumitelnějším a administrativně méně náročným pro jeho uživatele. Současně nelze opomenout i jedno z nejdůležitějších ustanovení celého ZZVZ a to je § 6 ZZVZ, ve kterém jsou popsány zásady veřejných zakázek, které jsou bezvýhradně nezbytné pro celý zadávací proces a znění ZZVZ, a které autor této práce podrobněji představil. V této kapitole byly stručně rozebrány i veřejné zakázky malého rozsahu. Tato kapitola je uzavřena procesem uzavření smlouvy v zadávacím řízení s vybraným dodavatelem, ve které je polemizováno nad různými variantami, které mohou mezi stranami při podpisu smlouvy nastat včetně vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem a posouzení postavení stran v zadávacím řízení, ale i samotných závazcích ze smlouvy v průběhu realizace veřejné zakázky. S tímto souvisí i závěr komentáře v kapitole 5 u odst. 8, který řeší, zdali je možné smlouvu na veřejnou zakázku považovat za adhezní smlouvu či nikoliv.

V následující kapitole byl obecně představen vztah objednatele (zadavatele) a vybraného dodavatele, přičemž tento vztah již nepodléhá ZZVZ, ale zpravidla NOZ. Daná kapitola blíže představila změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, její úpravu ve Směrnici a v ZZVZ, včetně všech relevantních ustanovení ZZVZ, které dopadají na změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. V dané kapitole byla rovněž stručně uvedena možnost ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ze strany zadavatele a popsána přechodná ustanovení ZZVZ, konkrétně možnost použít změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle ZZVZ i na smlouvy uzavřené dle ZVZ.

Kapitola číslo 5 byla kapitolou s největším rozsahem, ve které bylo zkopírované kompletní aktuální znění § 222 ZZVZ (k září 2020) a následně byly autorem této práce popisovány jednotlivé odstavce § 222 ZZVZ, tedy odst. 1 až 10. V těchto odstavcích se autor této práce snažil o uvedení co možná nejzveřejněnějšího popisu veškerých relevantních skutečností, které s jednotlivými odstavci souvisí. V těchto odstavcích tak byl např. (i) podrobněji představen FIDIC a související vzorové smluvní podmínky; (ii) bližší rozbor zásadních rozsudků ESD týkající se změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku (zejména Pressetext); (iii) rozeepsán příklad z praxe anebo (iv) popsán legislativní proces přijetí ZZVZ

včetně uvedení vybraných pozměňovacích návrhů z Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky.

Navazující kapitola číslo 6 shrnula kritický pohled autora této práce na znění § 222 ZZVZ, které v mnohých částech nevychází ze Směrnice, ale bylo buď již MMR ve vládním návrhu ZZVZ vytvořeno odlišně nebo k těmto změnám došlo právě v průběhu legislativního procesu přijetí ZZVZ. I přes odlišný názor autora této práce k § 222 ZZVZ oproti MMR (zejména k odst. 5, odst. 6 a odst. 9) se autor této práce i MMR zastává, neboť to nebylo pouze MMR, které může za aktuálně účinné znění § 222 ZZVZ, ale značný podíl na tom mají i vybraní poslanci Parlamentu České republiky, což autor této práce doložil jednotlivými pozměňovacími návrhy vládního návrhu ZZVZ. Autor této práce si pro bližší pochopení problematiky změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku vyžádal na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, od MMR informace, se kterými seznamuje čtenáře této práce. Aby mohl autor této práce polemizovat nad výsledkem, který byl dosažen v § 222 ZZVZ, bylo nezbytné porovnat i přístupy v zahraničí, zejména tedy implementaci Směrnice, přičemž si autor této práce vybral pro porovnání Spojené království Velké Británie a Severního Irska, Spolkovou republiku Německo, Polskou republiku a Slovenskou republiku. Na závěr této kapitoly autor této práce poskytl vlastní ideální návrh *de lege ferenda* znění § 222 odst. 5, odst. 6 a odst. 9 ZZVZ. Ačkoliv ideální návrh již existuje ve Směrnici, tak určitý mezikrok (ne tak radikální pro MMR), tedy návrh *de lege ferenda*, by mohl ověřit, zdali je česká společnost zodpovědná přijmout tuto poskytnutou míru benevolence.

Pro úplnost je vhodné dodat, že v této práci byly zmiňovány rozsáhlé citace soudních rozsudků (ESD, NSS, Krajského soudu v Brně) a rozhodnutí ÚOHS. Toto bylo činěno s ohledem pro lepší porozumění této práci, aby se čtenář mohl bez dalšího nezbytného vyhledávání seznámit se zásadními částmi daných rozhodnutí, které mnohdy dotváří právní rámec ZZVZ.

8 Resumé

The aim of this thesis was to provide a comprehensive illustration of changes in obligations under the PPA, which are mainly regulated in § 222 PPA. The author of the thesis also dealt with the related provisions of changes of public contract's obligations, whether it is § 100 section 1 or section 2, that regulates reserved changes to the obligation (linked to § 222 section 2, or section 10 PPA); § 66 which allows the employer/s to use negotiated procedure without prior publication (also called as "no calls for bids") in case of prior reservation in the tender specifications according to § 100 section 3 PPA; § 273 section 6 PPA that narrates the change of public contract's obligations according to § 222 section 5 letter c) and section 6 letter c) PPA, for contracts concluded in accordance with previous PPA; or § 223 section 1 PPA, which stipulates the possibility of the employer to terminate or withdraw from the contract in the event, however the performance cannot be continued without violating the rules of § 222 PPA. The author evaluates the relevant provisions of public contract's obligations also in a relation to the Directive.

The previous legal regulation of the PPA (as well as Act No. 40/2004 Coll. or Act No. 199/1994 Coll.) did not allow changes of public contract's obligations in a substantial manner, only minor changes were granted, as so-called negotiated procedure without prior publication, in § 23 section 5 letter b) or § 23 section 7 of previous PPA (current analogy of § 222 section 5 and section 6 PPA). Thus, compared to previous PPA, the PPA brings considerable liberalization.

The PPA is effective as of 01.10.2016, and although the author is aware of several theses dealing with a similar case, i.e. changes of public contract's obligations, the duration of the PPA (by the date of completing this thesis for 4 years) allows the author to discuss the issue of changes of public contract's obligations, which may not yet be generally known; and therefore this thesis could be beneficial for professional public, and also for the non-professional. The effectiveness of PPA in the span of 4 years with its complexity is based on the Directive and experience in the field of public procurement creates, according to the author's opinion, from the PPA timeless law, i.e. even this thesis could be useful in a longer period of time after its processing. The quality of the PPA was awarded third place „The Act of the Year 2016“.

The thesis is divided into six chapters. In the introductory chapter, the author generally described the issue of public procurement, with the aim of classifying the PPA under a specific legal branch.

Another part of this thesis briefly deliberated the origin of the PPA and its structure. This part also described selected practical aspects of the PPA, which make the procurement procedure more understandable and administratively less demanding for its users. At the same time, one of the most important provisions of the PPA cannot be neglected, namely § 6 PPA, which describes the public procurement principles that are absolutely necessary for the entire procurement process as well as for the PPA, the author presented in more detail. Moreover, in this chapter has a summary analyzed small-scale public contracts; it also describes the process contract conclusion in a procurement procedure with selected contractor, in which it argues about the various various modifications that may occur between the parties during contract signing. It also included the relationship between the employer and the contractor, and assessing the position of the parties in the procurement procedure. In relation to this is a conclusion of the comment in chapter 4 in section 8, which solves whether a public contract can be considered or not as an adhesion contract.

In the next chapter was a general introduction about relationship between the employer (contracting authority) and the selected contractor, this relationship is no longer subject in the PPA, but it is common in the Civil Code. This chapter presented the changes of public contract's obligations in more detail, including its regulation in the Directive and in the PPA; and also all relevant provisions of the PPA, which affect the changes of public contract's obligations. This chapter also had a short acknowledgement about the possibility of terminating the obligation of the contracting authority from the public contract; and it also described the transitional provisions of the PPA, namely the possibility of applying the changes of public contract's obligations under the PPA to contracts concluded under previous PPA.

Chapter 5 was the most sustained part of the thesis, in which the complete current language of § 222 PPA (valid for September 2020) was copied, and subsequently the author described each section of § 222 PPA, i.e. sections 1 to 10. In this part, the author tried to provide the most detailed description of all-important facts related to each section; for example, in the provisions that were described, (i) the FIDIC conditions of contract have been presented in more detail; (ii) a closer

analysis of the key judgments of the European Court of Justice concerning the modification of a contract obligation to a public contract (especially Presstext); (iii) practical examples are described or (iv) a description of the legislative process for the passing of the PPA, including the introduction of selected amendments from the Chamber of Deputies of the Parliament of the Czech Republic.

Subsequent chapter number 6 summarized the author's critical view of § 222 PPA, in which many parts are not based to the Directive; either § 222 PPA was created differently in the government proposal of the PPA (by the Ministry of Regional Development) or these changes occurred during the legislative process of passing of the PPA. Despite the different opinion of the author on § 222 PPA compared with the Ministry of Regional Development (especially stated on section 5, section 6 and section 9), the author also safeguarded the Ministry of Regional Development, because the Ministry of Regional Development was not the only one who is responsible for the current amendment of § 222 PPA, but selected members of the Chamber of Deputies of the Parliament of the Czech Republic also have a significant involvement in this, which the author tried to prove by individual amendments of members of the Chamber of Deputies of the Parliament of the Czech Republic. The author requested information from the Ministry of Regional Development on the basis of Act No. 106/1999 Coll., On Free Access to Information, as amended, and introduced to the readers of this thesis. In order for the author to argue over the result achieved in § 222 PPA, it was necessary to compare approaches abroad, especially the implementation of the Directive. The author chose a comparison from these territories: the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Federal Republic of Germany, the Republic of Poland and the Slovak Republic. At the end of this chapter, the author provided his own ideal proposal of *de lege ferenda* of § 222 section 5, section 6 and section 9 PPA. Although the ideal proposal already exists in the Directive, a certain intermediate step (not so radical for the Ministry of Regional Development), i.e. the *de lege ferenda* proposal, could verify whether Czech society is responsible for accepting this degree of benevolence.

For the sake of completeness, it is appropriate to add that extensive citations of court judgments (European Court of Justice, Supreme Administrative Court, Regional Court in Brno) and decisions of the Office for the Protection of Competition were mentioned in this thesis. This was written to present a better

understanding about principal parts of decisions, which often complete the legal framework of the PPA.

9 Seznam pramenů

9.1 Monografie

- 1) BÁBSKY, David. *Změny závazků ze smluv na veřejné zakázky*. Brno, 2018, s. 74. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.
- 2) DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 263. ISBN 978-80-7400-518-3.
- 3) DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.
- 4) ELIÁŠ, Karel a kol. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003. lii, 551 s. Právnické učebnice. ISBN 80-7179-223-3.
- 5) HERMAN, Pavel; FIDLER, Vlastimil a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. 639 s. ISBN: 978-80-7380-660-6.
- 6) HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1344 s. ISBN: 978-80-7400-535-0.
- 7) HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 2072 s. ISBN: 978-80-7400-287-8.
- 8) HUŠKOVÁ, Nikola. *Limity závazkového práva z pohledu právní regulace veřejných zakázek*. Brno, 2012, s. 64. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.
- 9) JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 1024 s. ISBN: 978-80-7400-443-8.
- 10) JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, 852 s. ISBN 978-80-7179-222-2.
- 11) JURČÍK, Radek; KRUTÁKOVÁ Lenka. *Veřejné zakázky a PPP projekty - potřebnost změny právní úpravy v EU a v ČR : sborník příspěvků z 2. ročníku mezinárodní vědecké konference konané dne 15. – 16. 5. 2008*. Plzeň, 2008, 506 s. ISBN 978-80-7380-121-2.

- 12) JUŘICA, Jakub. *Pojem a druhy veřejných zakázek*. Praha, 2011, s. 77. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta.
- 13) KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 420 s. ISBN 978-80-7552-161-3.
- 14) KLEE, Lukáš; TUREK, Roman. *Komentář k obecným podmínkám FIDIC CONS/Červené knihy a FIDIC P&DB/Žluté knihy*. Druhé vydání 2017. 216 s.
- 15) KRATOCHVÍLOVÁ, Jana. *Přezkumné řízení při zadávání veřejných zakázek*. Brno, 2011, 77 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.
- 16) KRČ, Robert et al. *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon: s komentářem*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství Linde, 2008. 703 s. ISBN 978-80-7201-711-9.
- 17) KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou*. Praha: Nakladatelství Linde, 2013. 1272 s. ISBN 978-80-7201-888-8.
- 18) KRENK, Michal. *Zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Galén, 171 s. ISBN 80-7262-343-5.
- 19) LAVICKÝ, Petr. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vydání, Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.
- 20) PAVEL, Jan. *Veřejné zakázky v České republice*. Praha: Národohospodářský ústav Josefa Hlávky, 2007, 105 s. ISBN 80-86729-47-8.
- 21) PODEŠVA, Vilém et al. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011. 631 s. ISBN 978-80-7357-636-3.
- 22) PODEŠVA, Vilém; SOMMER, Lukáš. Problémy veřejných zakázek na stavební práce a jejich řešení. *Veřejné zakázky v praxi*. 11/2013, s. 12-17. ISSN 1805-8523.
- 23) PODEŠVA, Vilém.; SOMMER, Lukáš; VOTRUBEC, Jiří; FLAŠKÁR, Martin; HARNACH, Jiří; MĚKOTA, Jan; JANOUŠEK, Martin. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 1108 s. ISBN: 978-80-7552-102-6.
- 24) PROCHÁZKA, Ondřej. *Změny v uzavřených smlouvách z pohledu práva veřejných zakázek a závazkového práva*. Brno, 2015, s. 57. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

- 25) RAUS, David. *Zadávání veřejných zakázek. Judikatura s komentářem*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011, 421 s. ISBN 978-80-7357-658-5.
- 26) STŘELIČKA, Jan. *Prostředky obrany proti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek*. Brno, 2010, s. 149. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

9.2 Odborné časopisy a příspěvky z konferencí

- 1) AICHER, Josef. Neuausschreibung bei nachträglicher Vertragsänderung. Konference Vergabeforum 2012, Business Circle, 11.10.2012.
- 2) DERKOVÁ, Romana; VÁŇOVÁ, Mária. *Nová nařízení vlády vs. smlouvy na zajištění dopravní obslužnosti*. Veřejné zakázky v praxi. 03/2017, s. 50-55. ISSN 1805-8523.
- 3) DVOŘÁK, David. *Různé pohledy: Doplnění jistoty, změna ceny a další...*. Veřejné zakázky v praxi. 01/2017, s. 51-55. ISSN 1805-8523.
- 4) FIDLER, Vlastimil. Jak zvládnout změny smlouvy na plnění veřejné zakázky [webinář]. 12.12.2018. In: *forum-media.cz* [online]. [celkem min. 79:18, parafráze min. 55:56]. Záznam dostupný registrovaným uživatelům z: <https://www.forum-media.cz/premium/mpt/>
- 5) FIDLER, Vlastimil. *Letní anketa: Téměř 9 měsíců účinnosti nového zákona*. Veřejné zakázky v praxi. 07/2017, s. 8. ISSN 1805-8523.
- 6) FIDLER, Vlastimil. *Problematika změn smlouvy podle nového zákona (IV.)*. Veřejné zakázky v praxi. 01/2018, s. 19-21. ISSN 1805-8523.
- 7) FIDLER, Vlastimil. *Seminář – Nový zákon o zadávání veřejných zakázek od 01.10.2016*. Praha 21.06.2016.
- 8) SCHELLE, PELIKÁNOVÁ, Andrea. *Předsmělní odpovědnost ve veřejných zakázkách*. Veřejné zakázky v praxi. 05/2017, s. 41-45. ISSN 1805-8523.

9.3 Elektronické prameny a další zdroje

- 1) Deloitte Legal s.r.o., advokátní kancelář *Zákon roku 2016* [online]. 2016. Dostupné z: <http://www.zakonroku.cz/upload/download/reportZR2016.pdf>
- 2) DIVÍŠEK, František; EPPICH, Lukáš. *Vertikální spolupráce dle zákona o zadávání veřejných zakázek*, ze dne 26.09.2017 [online]. Dostupné z:

https://www.epravo.cz/top/clanky/vertikalni-spoluprace-dle-zakona-o-zadavani-verejnych-zakazek-106355.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-26-9-2017

- 3) FRIEDRICH, Milan. *Lze smlouvy na veřejné zakázky považovat za smlouvy uzavřené adhezním způsobem?*, ze dne 24.01.2020 [online]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/lze-smlouvy-na-verejne-zakazky-povazovat-za-smlouvy-uzavrene-adheznim-zpusobem-110531.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-24-1-2020#_ftn6
- 4) Informační systém ODok, Úřad vlády České republiky. Návrh zákona, kterým se mění zákon č.134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, č. j. předkladatele: 3084/2020-31, PID: KORNBL3FHBKT, název přílohy: zd_KORNBL3FHBKT.doc. *Důvodová zpráva* [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBL3FHBKT>
- 5) Informační systém ODok, Úřad vlády České republiky. Věcný záměr zákona o veřejných zakázkách, č. j. OVA: 1040/14, PID: KORN9JNHGG5U, název přílohy: zd_KORN9NREGHVB.docx. *Důvodová zpráva* [online]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORN9JNHGG5U>
- 6) KLEE, Lukáš, DVOŘÁK, David a kol. *Metodika pro správu změn díla (variací) u stavebních zakázek financovaných z rozpočtu SFDI podle smluvních podmínek FIDIC (Červené knihy) ve vztahu k úpravě zadávání veřejných zakázek* [online]. 1. vydání. Praha: Státní fond dopravní infrastruktury, 2018, s. 52. ISBN: 978-80-907177-9-4. Dostupné z: https://www.sfdi.cz/soubory/obrazky-clanky/metodiky/2018_metodika_variaci_1_vydani.pdf
- 7) KOSMÁKOVÁ, Darja. *Změna smlouvy bez adekvátního protiplnění*, ze dne 27.09.2017 [online]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/zmeny-smlouvy-bez-adekvatniho-protiplneni-106340.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-27-9-2017
- 8) MALÝ, Petr; KALENSKÝ, Tomáš. *Druhy smluvních podmínek FIDIC*, ze dne 21.09.2018 [online]. Dostupné z:

https://www.epravo.cz/top/clanky/druhy-smluvnich-podminek-fidic-108136.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-21-9-2018

- 9) MAYER, Jan. *Veřejné zakázky z pohledu zadavatele – I. část*, ze dne 05.05.2014 [online]. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/verejne-zakazky-z-pohledu-zadavatele>
- 10) MELZER, Filip. *Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku*, [Právní rozhledy 07/2013, 253 s.]. In: Beck – online [právní informační systém]. C. H. Beck. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/>
- 11) Ministerstvo pro místní rozvoj. *Stanovisko k možnostem řešení otázky zohlednění sociálních aspektů v autobusové dopravě. Veřejné zakázky v roce 2012.* [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/getmedia/58060278-b795-45e0-8af1-441d809a1d16/Stanovisko-zmeny-smlouvy-v-doprave.pdf>
- 12) Ministerstvo pro místní rozvoj. *Veřejné zakázky v roce 2012* [online]. Dostupné z: https://www.mmr.cz/getmedia/6720c43f-fba8-4000-95a7-c713e533b596/Prezentace_vyvoj-VZ_final.ppt?ext=.ppt
- 13) Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2013* [online]. 5/2014. ISBN 978-80-87147-56-6. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>
- 14) Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2016* [online]. 5/2017. ISBN 978-80-7538-135-4. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>
- 15) Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2017* [online]. 5/2018. ISBN 978-80-7538-179-8. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>

[zpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek](#)

- 16) Ministerstvo pro místní rozvoj, odbor elektronizace veřejných zakázek a koncesí. *Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2019* [online]. 05/2020. ISBN 978-80-7538-283-2. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>
- 17) Ministerstvo pro místní rozvoj, metodiky speciální k zadávacím řízením. *Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek* [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-stanoviska/Metodiky-k-zakonu-c-134-2016-Sb,-o-zadavani-verejnych-zakazek/Metodiky-specialni-k-zadavacim-rizenim>
- 18) Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, Sněmovní tisk 637/0, část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Návrh zákona včetně důvodové zprávy* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=7&ct=637&ct1=0>
- 19) Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Hospodářský výbor. Zápis z jednání č. 30 (02.12.2015). *Originál dokumentu* [online]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=77675>
- 20) Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637/0 část č. 1/4 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek - EU. *Vládní návrh zákona o zadávání veřejných zakázek, zástupce předkladatele: min. pro místní rozvoj. Doručeno poslancům 27. října 2015 v 10:46* [online]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=637&CT1=0>
- 21) Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Jan Birke, dokument 08896-12039, datum 18.12.2015 v 11:33:42* [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>
- 22) Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací*

- návrhy, číslo 3560, předkladatel Ladislav Okleštěk, dokument 09021-12239, datum 20.01.2016 v 12:42:29 [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>*
- 23) Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Ladislav Okleštěk, dokument 09068-12291, datum 27.01.2016 v 11:12:10 [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>*
- 24) Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna 2013 – 2017. Sněmovní tisk 637 VI. n. z. o zadávání veřejných zakázek – EU. *Písemné pozměňovací návrhy, číslo 3435, předkladatel Lukáš Pleticha, dokument 09070-12293, datum 27.01.2016 v 12:01:04 [online]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=637>*
- 25) PAVLÍČEK, Libor. *Přelomový rozsudek ESD Finn Frogne A/S a podstatná změna závazku, ze dne 25.04.2017 [online]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/prelomovy-rozsudek-esd-finn-frogne-as-a-podstatna-zmena-zavazku-105813.html>*
- 26) Single Market Scoreboard, Performance per Policy Area, Public Procurement, Reporting period: 01/2017 – 12/2017, z měsíce 07/2018. *European Commission [online]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/docs/2018/public-procurement/2018-scoreboard-public-procurement_en.pdf*
- 27) Ředitelství silnic a dálnic ČR. *Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2017 ver 1.1 s účinností od 1.09.2018 [online]. Dostupné z: <https://www.rsd.cz/wps/portal/web/technicke-predpisy/smernice-a-pokyny-pro-vystavbu>*
- 28) Ředitelství silnic a dálnic ČR. *Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2017 ver. 1.2 s účinností od 22.11.2018. [online]. Dostupné z: <https://www.rsd.cz/wps/portal/web/technicke-predpisy/smernice-a-pokyny-pro-vystavbu>*
- 29) Smluvní podmínky pro dodávku technologických zařízení a projektování výstavbu elektro- a strojně-technologického díla a pozemních a inženýrských staveb projektovaných Zhotovitelem (Yellow Book FIDIC).
- 30) Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných Objednatelem (Red Book FIDIC).

- 31) Smluvní podmínky pro stavby menšího rozsahu (Green Book FIDIC).
- 32) Společné stanovisko MMR, MV a ÚOHS k problematice vztahu povinnosti uveřejnit smlouvu na veřejnou zakázku podle zákona o zadávání veřejných zakázek a povinnosti uveřejnit smlouvu podle zákona o registru smluv. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [online]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky.html>
- 33) SURÝ, Jan. *Komentář k § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek*, ze dne 26.02.2019 [online]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/komentar-k-222-odst-4-zakona-c-1342016-sb-o-zadavani-verejnych-zakazek-108925.html?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=novinky-epravo-cz-26-2-2019
- 34) ŠAFRÁNEK, Ondřej; SKALSKÁ, Helena. *Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se zaměřením na změnu de minimis*, ze dne 30.11.2016 [online]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/zmena-zavazku-ze-smlouvy-na-verejnou-zakazku-se-zamerenim-na-zmenu-de-minimis-103523.html>
- 35) ZUSKA, Karel. *Veřejné zakázky z pohledu odpovědnosti dodavatele projektových a stavebních prací*, ze dne 23.02.2015 [online]. Dostupné z: <http://www.holec-advokati.cz/cs/publikace/aktuality/292>

9.4 Právní předpisy

- 1) Směrnice Evropského parlamentu a rady 2014/23/EU, o udělování koncesí.
- 2) Směrnice Evropského parlamentu a rady 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.
- 3) Směrnice Evropského parlamentu a rady 2014/25/EU, o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES.
- 4) Zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů.
- 5) Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

- 6) Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.
- 7) Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
- 8) Zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů.
- 9) Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů.
- 10) Zákon č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), ve znění pozdějších předpisů.
- 11) Zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
- 12) Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- 13) Zákon č. 340/2015 Sb., o zvláštních podmínkách účinnosti některých smluv, uveřejňování těchto smluv a o registru smluv (zákon o registru smluv), ve znění pozdějších předpisů.
- 14) Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
- 15) Vyhláška č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, ve znění pozdějších předpisů.
- 16) Nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.
- 17) Zákon č. 367/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, ve znění pozdějších předpisů.
- 18) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013.
- 19) The National Archives, a non-ministerial department and publisher for the UK Government and for England and Wales, UK Statutory Instruments, 2015 No. 102. The Public Contracts Regulations 2015.
- 20) Urząd Zamówień Publicznych. Prawo Zamówień Publicznych, Poz. 1020 z dnia 22 czerwca 2016 r.

- 21) Zákon č. 343/2015 Z. z., Zákon o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, platný od 03.12.2015 a účinný od 18.04.2016.

9.5 Rozsudky Soudního dvora Evropské unie

- 1) Rozsudek ze dne 18.11.1999, Unitron Scandinavia a 3-S, věc C-275/98.
- 2) Rozsudek ze dne 07.12.2000, Telaustria a Telefonadress, věc C-324/98.
- 3) Rozsudek ze dne 18.10.2001 SIAC Construction, věc C-19/00.
- 4) Rozsudek ze dne 29.04.2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta, věc C-496/99 P.
- 5) Rozsudek ze dne 11.01.2005, Stadt Halle a RPL Lochau, věc C-26/03.
- 6) Rozsudek ze dne 19.06.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, věc C-454/06.
- 7) Rozsudek ze dne 23.12.2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili, věc C-376/08.
- 8) Rozsudek ze dne 13.04.2010, Wall, věc C-91/08.
- 9) Rozsudek ze dne 14.11.2013, Belgacom, věc C-221/12.
- 10) Rozsudek ze dne 07.09.2016, Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, věc C-549/14.

9.6 Rozsudky soudů České republiky

- 1) Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 23.06.1995, sp. zn. II. ÚS 86/95.
- 2) Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 03.07.2000 ve věci Pl. ÚS 18/1999.
- 3) Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 13.06.2002, sp. zn. III. ÚS 611/01.
- 4) Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.03.2001, sp. zn. 29 Cdo 2173/99.
- 5) Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26.11.2003, sp. zn. 32 Odo 894/2002.
- 6) Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28.07.2004, sp. zn. 32 Odo 543/2003.
- 7) Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 09.07.2009, sp. zn. 23 Cdo 2006/2009.

- 8) Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14.09.2009, sp. zn. 32 Cdo 2747/2009.
- 9) Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 05.05.2010, sp. zn. 32 Cdo 5170/2008.
- 10) Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28.04.2011, sp. zn. 23 Cdo 746/2010.
- 11) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10.11.2005, č. j. 1 Afs 107/2004 – 48.
- 12) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 05.06.2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152.
- 13) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 07.12.2011, č. j. 9 Afs 37/2011-82.
- 14) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.11.2012, č. j. 1 Afs 23/2012–102.
- 15) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20.12.2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64.
- 16) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24.04.2013, č. j. 1 Afs 2/2013-46.
- 17) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 07.08.2013, č. j. 1 Afs 57/2013 – 39.
- 18) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.08.2013, sp. zn. 2 Afs 4/2013.
- 19) Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 02.02.2017, sp. zn. 9 As 195/2015.
- 20) Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 07.04.2009, sp. zn. 62 Ca.28/2008-74.
- 21) Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13.01.2010, č. j. 62 Ca 89/2008-51.
- 22) Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19.07.2012, sp. zn. 62 Af 14/2011-74.
- 23) Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 09.04.2013, č. j. 31 Af 54/2012.
- 24) Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21.12.2015, č. j. 30 Af 78/2013-148.
- 25) Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29.06.2017, č. j. 29 Af 74/2015-224.
- 26) Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 02.05.2018, č. j. 62 Af 117/2016-71.

9.7 Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

- 1) Rozhodnutí ze dne 21.10.2005, č. j. 3R54/05-Fr.
- 2) Rozhodnutí ze dne 22.10.2007, č. j. S196/2007/VZ-16651/2007/520-AB.
- 3) Rozhodnutí ze dne 18.04.2011, č. j. ÚOHS-S483,484/2010/VZ-2178/2011/510/MGr.
- 4) Rozhodnutí ze dne 26.08.2011, č. j. ÚOHS-R116/2011/VZ-13445/2011/310/JSI.
- 5) Rozhodnutí ze dne 05.09.2011, č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd.
- 6) Rozhodnutí ze dne 17.10.2011, č. j. ÚOHS-S251/2011/VZ-13668/2011/510/KČe.
- 7) Rozhodnutí ze dne 02.11.2011, č. j. ÚOHS-S356/2011/VZ-15278/2011/510/KČe.
- 8) Rozhodnutí ze dne 05.12.2011, č. j. ÚOHS-R227/2011/VZ-18668/2011/310/JSI.
- 9) Rozhodnutí ze dne 01.02.2012, č. j. ÚOHS-S304/2011/VZ-17211/2011/520/Ema.
- 10) Rozhodnutí ze dne 21.02.2012, č. j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc.
- 11) Rozhodnutí ze dne 01.03.2012, č. j. ÚOHS-S301/2011/VZ-18387/2011/540/PVé.
- 12) Rozhodnutí ze dne 29.05.2012, č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé.
- 13) Rozhodnutí ze dne 19.07.2012, č. j. ÚOHS-R75/2012/VZ-9879/2012/310/JRa.
- 14) Rozhodnutí ze dne 13.08.2012, č. j. ÚOHS-S83/2012/VZ-6529/2012/540/MPr.
- 15) Rozhodnutí ze dne 25.09.2012, č. j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe.
- 16) Rozhodnutí ze dne 17.12.2012, č. j. ÚOHS-S465, 511/2012/VZ-23704/2012/511/MKl.
- 17) Rozhodnutí ze dne 12.04.2013, č. j. ÚOHS-R166/2012/VZ-6499/2013/310/Pse.
- 18) Rozhodnutí ze dne 20.05.2013, č. j. ÚOHS-S396/2012/VZ-9316/2013/513/KSt.

- 19) Rozhodnutí ze dne 31.01.2014, č. j. ÚOHS-R166/2013/VZ-2205/2014/310/MMI/IPs.
- 20) Rozhodnutí ze dne 19.02.2014, č. j. ÚOHS-R87/2011/VZ-3650/2014/310/PMo.
- 21) Rozhodnutí ze dne 25.07.2014, č. j. ÚOHS-R156,157/2014/VZ-15743/2014/323/PMo.
- 22) Rozhodnutí ze dne 05.08.2014, č. j. ÚOHS-S442/2014/VZ-16444/2014/51-1/KČe.
- 23) Rozhodnutí ze dne 16.10.2014, č. j. ÚOHS-R301/2013/VZ-21779/2014/321/Oho.
- 24) Rozhodnutí ze dne 20.11.2014, č. j. ÚOHS-S770,771,772/2014/VZ-24619/2014/511/JNp.
- 25) Rozhodnutí ze dne 08.12.2014, č. j. ÚOHS-S793/2014/VZ-25901/2014/531/VČe.
- 26) Rozhodnutí ze dne 13.07.2015, č. j. ÚOHS-R217/2015/VZ-25855/2016/321/MML.
- 27) Rozhodnutí ze dne 23.07.2015, č. j. ÚOHS-S0336/2015/VZ-19207/2015/532/MOn.
- 28) Rozhodnutí ze dne 16.10.2015, č. j. ÚOHS-S0457/2015/VZ-34190/2015/512/PMu.
- 29) Rozhodnutí ze dne 27.10.2015, č. j. S0555/2015/VZ-36455/2015/522/KČe.
- 30) Rozhodnutí ze dne 03.12.2015, č. j. R98/2015/VZ-41985/2015/322/LKo.
- 31) Rozhodnutí ze dne 18.01.2016, č. j. ÚOHS-S0839/2015/VZ-02072/2016/523/MKv.
- 32) Rozhodnutí ze dne 30.05.2016, č. j. ÚOHS-S0201/2016/VZ-23079/2016/542/EŠu.
- 33) Rozhodnutí ze dne 02.06.2016, č. j. ÚOHS-S0228/2016/VZ-23733/2016/512/Lva.
- 34) Rozhodnutí ze dne 14.06.2017, č. j. ÚOHS-S0182/2017/VZ-17929/2017/551/DBo.
- 35) Rozhodnutí ze dne 20.12.2017, č. j. S250/2007/VZ-20674/2007/510-če.
- 36) Rozhodnutí ze dne 05.01.2018, č. j. ÚOHS-S0288/2017/VZ-00493/2018/511/Svá.
- 37) Rozhodnutí ze dne 30.01.2018, č. j. ÚOHS-R0202/2017/VZ-02965/2018/323/Ebr.

- 38) Rozhodnutí ze dne 02.02.2018, č. j. ÚOHS-R0214/2017/VZ-03356/2018/322/DJa.
- 39) Rozhodnutí ze dne 20.04.2018, č. j. ÚOHS-R0013,0016/2018/VZ-11750/2018/323/Lva.
- 40) Rozhodnutí ze dne 22.05.2018, č. j. ÚOHS-R0035/2018/VZ-14930/2018/321/ZSř.
- 41) Rozhodnutí ze dne 11.09.2018, č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-26056/2018/544/MDB.
- 42) Rozhodnutí ze dne 18.02.2019, č. j. ÚOHS-R0205/2018/VZ-04832/2019/321/ZSř.
- 43) Rozhodnutí ze dne 27.05.2019, č. j. ÚOHS-R0061/2019/VZ-14582/2019/322/JSu.
- 44) Rozhodnutí ze dne 30.07.2019, č. j. S0338/2018/VZ-20803/2019/512/TDv.

10 Tabulky a obrázky v textu

- 1) Tabulka č. 1 – Podíl VZ na HDP.
- 2) Tabulka č. 2 – Statistika zadaných veřejných zakázek dle druhu zadávacího řízení – jednacím řízení bez uveřejnění.
- 3) Tabulka č. 3 – Přehled zařazení změn do skupin.
- 4) Tabulka č. 4 – Příklad.
- 5) Tabulka č. 5 – Příklad.
- 6) Tabulka č. 6 – Příklad.
- 7) Obrázek č. 1 – Vzorové příklady.