

ZMĚNY SMLUV VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH

DAVID DVOŘÁK

Právnická fakulta/katedra občanského práva, Masarykova univerzita

Abstrakt

Príspevek se zabývá změnami smluv uzavřenými na základě zadávacích řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Ačkoliv tyto smlouvy byly uzavřeny na základě specifických zadávacích postupů, jedná se o soukromoprávní smlouvy, které spadají do režimu občanského nebo obchodního zákoníku. Při změnách těchto smluv je však třeba vzít v úvahu skutečnost, že byly uzavřeny podle zákona o veřejných zakázkách, a proto tyto změny nesmí být se zákonem o veřejných zakázkách v rozporu či jej obcházet. V příspěvku jsou rozebrány změny smluvních stran, změny v předmětu a obsahu smluv a rozsah a podmínky, za nichž jsou přípustné.

Klíčová slova

Veřejné zakázky, změna smlouvy, postoupení pohledávky, převzetí dluhu, převod smlouvy, podstatné změny smlouvy, nepodstatné změny smlouvy

Abstract

The paper deals with the alteration of contracts concluded in award procedures according to the Czech Public Contracts Act. Although these contracts have been made in specific public procurement procedures they are standard civil contracts governed by Civil Code or Commercial Code. However, when these contracts are amended or altered it has to be taken into consideration that they have been concluded in compliance with the Public Contracts Act. Therefore, these amendments or alterations shall not contradict or circumvent the Act. The paper examines alterations both in contracting parties and subject-matter of contracts and extend and conditions under which they are admissible.

Key words

Public procurement, alteration of the contract, assignment of rights, acceptance of duties, cession of the contract, substantial alteration of the contract, unsubstantial alteration of the contract

1 Úvod

Předmětem tohoto příspěvku je otázka změn smluv, které byly uzavřeny na základě zadávacího řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).¹

Právní úprava zadávání veřejných zakázek reguluje pro stanovené subjekty (zadavatele) kontraktační proces odchylným způsobem od obecné úpravy občanského či obchodního zákoníku. Tento postup, který z velké části vychází z práva Evropských společenství², se vyznačuje mnohem větší regulovaností a ve značné míře omezuje smluvní volnost zadavatele ve vztahu k výběru druhé smluvní strany, a to s ohledem na snahu o zajištění hospodářské soutěže a efektivní vynakládání veřejných prostředků.

Na rozdíl od detailně propracované právní úpravy vlastního kontraktačního procesu (zadávacího řízení) je, poněkud paradoxně, stranou zájmu právní regulace otázka vlastních smluv, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny. Smlouvy uzavřené na základě ZVZ jsou však standardními soukromoprávními smlouvami, které tak podléhají pouze obecnému režimu obchodního, případně občanského zákoníku. V případě jejich změn však je třeba vzít v úvahu, že byly uzavřeny na základě zadávacího řízení a nesmí proto být se ZVZ v rozporu či jej obcházet. Cílem tohoto příspěvku je proto prozkoumat, jakému režimu tyto smlouvy za stávající právní úpravy podléhají³ a v jaké míře a za jakých podmínek jsou jejich změny možné a přípustné. Jedná tedy se v podstatě o nalezení vztahu mezi ZVZ na straně jedné a obecnými právními předpisy na straně druhé.

Změny smluv můžeme rozdělit pro účely jejich zkoumání na dvě základní kategorie, a to:

- změny v subjektech (smluvních stranách) a
- změny v předmětu a obsahu.

¹ Závěry příspěvku se stejnou měrou vztahují i na smlouvy uzavřené podle předchozího zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, a na koncesní smlouvy uzavřené na základě zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění zákona č. 30/2008 Sb.

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, ve znění pozdějších předpisů, a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, ve znění pozdějších předpisů.

³ Jde v podstatě o nalezení střední cesty mezi dvěma extrémy, tj. smlouvy uzavřené podle ZVZ nelze měnit vůbec na straně jedné a smlouvy, jakožto soukromoprávní smlouvy, lze měnit bez omezení na straně druhé.

Příspěvek proto zachovává toto rozdělení s tím, že obě kategorie změn jsou rozebrány nejen ve vztahu k ZVZ a občanskému a obchodnímu zákoníku, nýbrž také s přihlédnutím k aktuální judikatuře Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) a k osnově nového občanského zákoníku⁴.

2 Změny v subjektech (změna v osobě zadavatele a dodavatele)

Občanský zákoník ani ZVZ (resp. evropské zadávací směrnice) cese smlouvy, tj. situaci, ve které dochází ke změně subjektu celého závazkového vztahu, výslovně neupravuje. Občanský zákoník upravuje pouze změnu jednotlivých závazkových vztahů, jako změnu v osobě věřitele (postoupení pohledávky) nebo dlužníka (převzetí či přistoupení k dluhu), ve svých § 524 až 543. V praxi je však tato operace chápána zřejmě jako poměrně běžná, ačkoliv se lze setkat i s názory, které tuto možnost vylučují.⁵ Změna v subjektu smlouvy uzavřené na základě ZVZ, jako synallagmatické smlouvy, však přesahuje pouhou kombinaci vzájemných pohledávek na poskytnutí plnění (dodávek, služeb či stavebních prací) a na poskytnutí úplaty za tato plnění a jím odpovídající dluhy. Ze smlouvy zejména vzniká celá řada dalších (akcesorických) závazků, přičemž nelze vyloučit, že některé z nich nelze v souladu s § 525 odst. 1 OZ postoupit. Cese smlouvy je však upravena v právních rádech některých zemí (italský, portugalský a holandský občanský zákoník), jiné ji uznávají i bez existence výslovné právní úpravy.⁶ S postoupením smlouvy výslovně počítá v § 1620 a násl. i osnova nového českého občanského zákoníku.

Předmětem tohoto příspěvku však není obecný teoretický rozbor možnosti cese smlouvy, nýbrž specifické posouzení této možnosti s ohledem na smlouvy uzavřené na základě zadávacího řízení podle ZVZ. Rozbor proto vychází ze zjednodušujícího pohledu na věc, tj. smlouvy jako kombinace pohledávky zadavatele na poskytnutí plnění (dodávky, služby, stavební práce) a jí odpovídajícího dluhu dodavatele poskytnout tohoto plnění a zároveň pohledávky dodavatele na zaplacení úplaty a jí odpovídající povinnosti (dluhu) zadavatele tuto úplatu uhradit. Změna smluvních stran je pak zjednodušeně posuzována z pohledu kombinace cese a intercese a jejich možného rozporu se ZVZ.

⁴ Osnova nového občanského zákoníku ve znění z prosince 2007 (<http://www.justice.cz>).

⁵ Viz např. Grulich, T.: K otázce přípustnosti tzv. cese smlouvy. Právní rozhledy, 2008, č. 6, s. 210.

⁶ Pelikánová, I.: Aktuální otázky obligačního práva a jeho kodifikace v evropském i českém kontextu. Právní rozhledy, 2007, č. 18, s. 666.

2.1 Změna v osobě zadavatele

Cílem změny v osobě zadavatele je dosáhnout stavu, kdy příjemcem plnění z veřejné zakázky bude subjekt odlišný od subjektu, který toto plnění původně zadal⁷. Změna v osobě zadavatele je primárně (z hlediska účelu smlouvy uzavřené na základě ZVZ) postoupením pohledávky na poskytnutí plnění mezi původním a novým zadavatelem podle § 524 odst. 1 OZ, kterému dochází dohodou mezi původním a novým zadavatelem. Podle § 526 odst. 1 OZ je postupitel povinen postoupení pohledávky bez zbytečného odkladu oznámit dodavateli, jinak se dlužník sprostí závazku plněním postupiteli (neprokáže-li mu postupník postoupení pohledávky).

Zároveň se jedná o převzetí dluhu (závazku poskytnout úplatu) novým zadavatelem podle § 531 odst. 1 OZ), ke kterému dochází dohodou mezi původním a novým zadavatelem za předpokladu, že k převzetí dá věřitel (tj. dodavatel) souhlas.

Z hlediska ZVZ je třeba zejména posoudit, zda některou z dohod či souhlasů vyžadovaných OZ nelze považovat za právní úkon, který by byl v rozporu se ZVZ a tudíž absolutně neplatný. V tomto směru přichází obecně v úvahu zřejmě pouze dohody mezi původním či novým zadavatelem a dlužníkem, které by bylo možno považovat za uzavření nové smlouvy⁸, tj. zadání veřejné zakázky v rozporu s postupem stanoveným ZVZ.

V posuzovaném případě je jediným takovým úkonem souhlas dodavatele s převzetím dluhu. Byť se z hlediska českého právního řádu jedná o jednostranný právní úkon, vycházíme z toho, že z hlediska práva veřejných zakázek je třeba (zejména s ohledem na teleologický výklad právní úpravy uplatňovaný ESD) posoudit, zda v tomto úkonu není možné spatřovat de facto uzavření nové smlouvy, které by mohlo být v rozporu se ZVZ. Vzhledem k tomu, že se v daném případě nemění původní dodavatel, který byl vybrán v zadávacím řízení podle ZVZ (a k jehož výběru zadávací řízení primárně směřovalo) a za standardních podmínek by pokračoval v plnění smlouvy, nedochází zde podle našeho názoru k zadání nové veřejné zakázky, které by bylo v rozporu či obcházelo ZVZ, či podstatné změně, která by nové zadávací řízení vyžadovala.

⁷ K tomuto kroku může zřejmě nejčastěji dojít v souvislosti se změnou kompetencí či úkolů jednotlivých zadavatelů; např. obec převede určitou smlouvu na účelově zřízenou municipální obchodní společnost.

⁸ Veřejná zakázka je v evropském právu chápána primárně jako úplatná smlouva mezi zadavatelem a dodavatelem (oproti poněkud tautologické definici veřejné zakázky v § 7 ZVZ).

Specifickým případem je však situace, kdy by původní a nový zadavatel podléhali odlišným pravidlům podle ZVZ (tj. například odlišné finanční limity a s tím spojené povinnosti v zadávacím řízení). V takovém případě nelze změnu provést, pokud by se v jejím důsledku nový zadavatel stal smluvní stranou smlouvy, která byla uzavřena podle méně přísných postupů, než ke kterým by byl povinen sám.⁹

Lze proto učinit závěr, že změna v osobě zadavatele je z pohledu ZVZ možná s výhradou převodu mezi zadavateli, kteří ve vztahu ke konkrétní smlouvě podléhají stejným povinnostem z hlediska ZVZ.

2.2 Změna v osobě dodavatele

Změnou v osobě dodavatele dochází ke stavu, kdy plnění veřejné zakázky bude poskytovat subjekt odlišný od subjektu, který byl vybrán v původním zadávacím řízení.¹⁰ Jak je zřejmé, jedná se z hlediska ZVZ o značně složitější situaci, než v případě změny zadavatele, neboť má dojít ke změně v subjektu, k jehož výběru zákonem stanoveným způsobem zadávací řízení podle ZVZ především směřuje.

Změna v osobě dodavatele je primárně (z hlediska účelu smlouvy uzavřené na základě ZVZ) převzetím dluhu (závazku poskytnout plnění) podle § 531 odst. 1 OZ, ke kterému dochází dohodou mezi původním a novým dlužníkem (dodavatelem). Ke změně je však třeba souhlasu věřitele (zadavatele).

Zároveň se jedná o postoupení pohledávky na poskytnutí úplaty mezi původním a novým věřitelem (dodavatelem) podle § 524 odst. 1 OZ, k níž dochází dohodou mezi původním a novým věřitelem (dodavatelem).

Stejně jako v případě změny v osobě zadavatele je třeba z hlediska ZVZ posoudit, zda některou z dohod či souhlasů podle OZ, nelze považovat za právní úkon, který by byl

⁹ Nebude proto ve většině případů například možné převést smlouvu ze sektorového zadavatele na zadavatele veřejného.

¹⁰ V praxi se může jednat o celou řadu případů; jako příklad lze uvést změnu v důsledku neschopnosti původního dodavatele plnit veřejnou zakázku (např. při vstupu do likvidace), ztrátu zájmu původního dodavatele plnit veřejnou zakázku (např. v důsledku změny činnosti) nebo změny, které nastávají ze zákona v důsledku jiné skutečnosti (např. přeměny společnosti).

v rozporu se ZVZ a tudíž absolutně neplatný. V tomto směru je při změně v osobě dodavatele podle našeho názoru nejproblematictější souhlas zadavatele s převzetím dluhu, který by bylo možné považovat za de facto uzavření nové smlouvy s novým dodavatelem, byť se z hlediska českého právního řádu se jedná o jednostranný právní úkon. Z hlediska ZVZ je poměrně problematickou skutečností, že do závazkového vztahu má vstoupit nový subjekt, který nebyl vybrán v zadávacím řízení. Dodatečně proto nelze splnit některé povinnosti, které by jinak ze ZVZ vyplývaly (např. posouzení splnění kvalifikace), a zejména hrozí narušení hospodářské soutěže, neboť nový dodavatel není vybírán v soutěži s ostatními potencionálními dodavateli, nýbrž jeho volba je v podstatě záležitostí volního uvážení původního dodavatele či zadavatele. Z hlediska evropské právní úpravy zadávání veřejných zakázek je však otázkou, zda by tato změna nebyla, bez ohledu na její vnitrostátní konstrukci, chápána jako de facto uzavření nové smlouvy mezi zadavatelem a novým dodavatelem, která by měla podléhat novému zadávacímu řízení.

Lze se proto domnívat, že tato změna je v rozporu se ZVZ, a lze ji (pokud vůbec) připustit jen ve výjimečných objektivních případech, ve kterých lze mít za to, že zájem na pokračování plnění veřejné zakázky převažuje nad primárním cílem ZVZ, tj. zajištěním hospodářské soutěže¹¹; změny v osobě dodavatele, které by byly vedeny pouze volní úvahou stran podle mého názoru připustit nelze.

Tato otázka se stala předmětem zájmu i evropského práva veřejných zakázek, konkrétně je v současné době řešena ESD v rámci případu C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, který je blíže rozebrán v kapitole 2.4.

Výjimkou jsou podle našeho názoru případy, ve kterých dochází ke změně v osobě dodavatele ze zákona v důsledku jiné právní skutečnosti, tedy změna dodavatele je pouze vedlejším důsledkem jiného úkonu. Zejména se jedná o přeměny společností podle § 69 a násl. ObchZ, případně smlouvu o prodeji podniku podle § 476 a násl. ObchZ. V těchto případech je třeba možnost změny připustit, neboť opačný výklad by v případě přeměny společnosti nebo

¹¹ Může se jednat zejména o případy, ve kterých původní dodavatel ztratil schopnost plnit předmět veřejné zakázky krátce před zánikem smlouvy a výběr nového dodavatele by nebyl efektivní a hospodárný nebo ve kterých existuje nutnost zajistit kontinuální poskytování určité služby veřejnosti (v tomto případě by však měla být smlouva omezena na nezbytně nutnou dobu do výběru nového dodavatele na základě řádného zadávacího řízení).

převodu podniku de facto znamenal nutnost ukončení smluv uzavřených podle ZVZ a vypsání nového zadávacího řízení, což nelze z žádných ustanovení ZVZ dovodit.

Závěrem lze tedy konstatovat, že změny v osobě dodavatele u smluv uzavřených na základě zadávacího řízení podle ZVZ nejsou až na výjimečné případy přípustné. Výjimkou jsou situace, ve kterých dochází ke změně dodavatele ze závažných objektivních důvodů nebo v důsledku jiné právní skutečnosti.

2.3 Převod smlouvy podle osnovy nového občanského zákoníku

Osnova nového občanského zákoníku ve svých § 1620 až 1625 institut převodu smlouvy obsahuje. Zároveň upravuje v § 1612 možnost postoupení souboru pohledávek (tzv. globální cese).

Podle § 1620 osnovy může kterákoliv ze smluvních stran smlouvu postoupit, a to se souhlasem druhé smluvní strany.¹² Osnova tedy sice činí konec pochybnostem o tom, zda lze vůbec smlouvu jako celek převést na jinou osobu, avšak z hlediska ZVZ se výše uvedené závěry nemění.

2.4 Stanovisko Generální advokátky ve věci C-454/06

Jak již bylo uvedeno výše, evropské právo veřejných zakázek obdobně jako český ZVZ upravuje pouze fázi výběru dodavatele pro uzavření smlouvy a změnami v subjektech uzavřených smluv se explicitně nezabývá; tyto otázky proto donedávna nebyly ani předmětem řízení před ESD.

Prvním případem, jehož předmětem jsou převážně změny dodavatele a změny smluvních podmínek veřejné zakázky je řízení o předběžné otázce C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH.¹³ V tomto případě nebyl dosud vydán rozsudek, avšak dne

¹² Ustanovení § 1620 odst. 1 osnovy zní: „Každá ze smluvních stran může jako postupitel, souhlasí-li s tím druhá strana a nebylo-li dosud splněno, smlouvu postoupit. Postoupením smlouvy postupitel převádí třetí osobě svá práva a povinnosti ze smlouvy nebo z její části, ledaže to povaha smlouvy vylučuje.“

¹³ Předchozí (první) obdobný případ žádost o rozhodnutí předběžné otázky C-50/03 ve věci 1. Simrad GmbH & Co. KG, 2. Kongsberg Simrad AS vs. Ministerstvo vzdělávání, vědy a kultury Meklenburska-Předního Pomořanska byl nakonec vymazán z registru ESD.

13. března 2008 bylo zveřejněno stanovisko Generální advokátky k tomuto případu¹⁴. Přestože se tedy vlastní rozhodnutí v této věci může od návrhu Generální advokátky lišit, je nepochybně zajímavé věnovat se některým jeho závěrům.

Předmětem jedné ze vznesených předběžných otázek bylo, zda je možný převod smlouvy na dceřinou společnost, kterou původní dodavatel ovládá a ve které vlastní 100 % obchodní podíl, a to i za situace, kdy není jisté, že bude vlastnit 100 % obchodního podílu po celou dobu trvání smlouvy. Generální advokátka v úvodu stanoviska nastolila domněnku toho, že obecně znamená změna dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky podstatnou změnu smlouvy, která vyžaduje provedení nového zadávacího řízení, neboť plnění veřejné zakázky by dále poskytoval subjekt, který se neucházel o plnění veřejné zakázky v konkurenci s ostatními potencionálními dodavateli a jehož výběr nebyl výsledkem srovnání nabídek s ostatními dodavateli; hrozilo by proto reálně narušení hospodářské soutěže a zvýhodnění tohoto nového dodavatele oproti ostatním potencionálním dodavatelům.¹⁵

Změna dodavatele však ve specifickém případě nemusí znamenat podstatnou změnu, a to při reorganizacích čistě interní povahy, v jejichž důsledku je realizace veřejné zakázky přenesena na dceřinou společnost a nad kterou původní dodavatel vykonává kontrolu obdobnou kontrole nad svými interními složkami.¹⁶ V tomto případě se podle Generální advokátky jedná o operaci, která nenarušuje konkurenci a nemění podstatně podmínky smlouvy, přinejmenším z ekonomického hlediska. Na tom nemění nic ani skutečnost, že není zajištěno, že uvedené podmínky budou splněny po celou dobu trvání smlouvy. Podmínky je standardně třeba (zejména s ohledem na princip právní jistoty) posuzovat podle stávajícího stavu; proto by podle Generální advokátky opačný výklad přicházel v úvahu jen výjimečně, pokud by bylo v dané chvíli zřejmé, že ke konkrétní změně dojde.

¹⁴ Stanovisko Generální advokátky J. Kokott ze dne 13. března 2008 ve věci C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH (<http://curia.europa.eu>).

¹⁵ V tomto směru je zajímavé si povšimnout skutečnosti, že rakouské právo obsahuje principiálně obdobnou úpravu převzetí dluhu jako právo české, ke kterému je třeba jednostranného souhlasu věřitele. Přestože tedy nedochází formálně k uzavření nové smlouvy mezi zadavatelem a novým dlužníkem, je tento krok považován za podstatnou změnu smlouvy, která vyžaduje provedení nového zadávacího řízení.

¹⁶ Zde je použita obdobná konstrukce jako u výjimky pro tzv. interní (in-house) poskytování, která umožňuje přímé zadání veřejné zakázky společnosti, nad kterou veřejný zadavatel vykonává kontrolu obdobnou kontrole nad svými interními složkami a která zároveň vykonává podstatnou část své činnosti ve prospěch tohoto veřejného zadavatele (viz zejména rozsudky ESD C-107/98 Teckal, C-26/03 Stadt Halle a C-340/04 Carbotermo a § 18 odst. 1 písm. j) ZVZ).

Se závěrem týkajícím se změny dodavatele jako podstatné změny smlouvy nelze než souhlasit, neboť výběr dodavatele je primárním cílem zadávacího řízení. Zvolená konstrukce navíc umožňuje se vyhnout posuzování otázky z hlediska specifik jednotlivých národních právních řádů (odlišné úpravy cese, intercese či převodu smlouvy). Převod smlouvy na dceřinou společnost je podle našeho názoru problematičtější, protože dochází k vyvázání původního dodavatele ze závazkového vztahu a tedy odpovědnost za jeho plnění nese nový dodavatel. Je otázkou, zda je možné na situaci nahlížet jinak proto, že nový dodavatel je kontrolován dodavatelem původním.

3 Změny v předmětu či obsahu smluv

ZVZ (ani evropské zadávací směrnice) neupravují, až na níže popsané výjimky, ani postup změny v předmětu či obsahu smlouvy uzavřené na základě zadávacího řízení. Absence této výslovné úpravy však neznamená, že tyto změny jsou bez omezení možné. Naopak, obdobně jako v případě změn v subjektech těchto smluv je třeba vždy přihlížet k tomu, že tyto smlouvy byly (a musely být) uzavřeny v zadávacím řízení podle ZVZ a proto jejich změny s ním nesmí být v rozporu či ho obcházet, a to pod sankcí absolutní neplatnosti s poukazem na § 39 OZ¹⁷.

Z hlediska ZVZ můžeme specificky rozlišit případy, kdy dochází:

- a) k rozšíření předmětu veřejné zakázky a
- b) k jiným změnám předmětu či obsahu smlouvy.

Důvodem tohoto rozlišování jsou ustanovení § 23 odst. 4 písm. a), odst. 5 písm. b) a odst. 7 písm. a) a b) ZVZ, které upravují možnosti zadat veřejnou zakázku konkrétnímu dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění. Jak již bylo uvedeno výše, jedná se o jediná ustanovení ZVZ, které se rozebírané problematiky týkají. Všechny tyto případy pak umožňují zejména rozšíření předmětu původní veřejné zakázky. Naproti tomu postup pro provedení jiných změn předmětu a obsahu (tj. bez rozšíření předmětu původní veřejné zakázky) ZVZ neobsahuje.

¹⁷ Tento důsledek byl specificky zakotven v § 90 odst. 1 předchozího zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách: „Zadavatel nesmí učinit úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje tomuto zákonu nebo jej obchází anebo se přiči dobrým mravům. Takový úkon je od počátku neplatný.“. ZVZ toto ustanovení neobsahuje a většinovým právním názorem zřejmě je, že se v plném rozsahu uplatní obecná právní úprava (výslovné zakotvení speciální úpravy neplatnosti v ZVZ bylo vypuštěno při projednávání návrhu zákona v Legislativní radě vlády).

3.1 Rozšíření předmětu veřejné zakázky

Nejtypičtějším případem rozšíření veřejné zakázky je postup podle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ, který je umožněn ve vztahu k veřejným zakázkám na stavební práce a veřejným zakázkám na služby, a to za stanovených podmínek, mezi než patří nepředvídatelnost, nezbytnost k dokončení původní veřejné zakázky a rozsah do 20 % ceny původní veřejné zakázky (často se hovoří o tzv. vícepracích). Ve vztahu k veřejným zakázkám na dodávky tuto funkci plní ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ (jedná se možnost nakoupit dodatečné dodávky od původního dodavatele z důvodu „technické slučitelnosti“, a to ve lhůtě 3 let od uzavření původní smlouvy).¹⁸

Do této kategorie patří rovněž postup podle § 23 odst. 7 písm. b) ZVZ ve spojení s § 99 ZVZ, které umožňuje zadavateli vyjednat si, na základě předchozí výhrady a ve lhůtě 3 let od uzavření původní smlouvy, rozšíření předmětu plnění ve vztahu ke stavebním pracím a službám o obdobná plnění (tzv. opční právo).

Rozšíření předmětu plnění je možné rovněž na základě § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, který umožňuje zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění konkrétnímu dodavateli na základě technických či uměleckých důvodů, z důvody ochrany výhradních (nejčastěji autorských) práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu. V tomto případě se však může rovněž jednat o zadání samostatné veřejné zakázky, a nikoliv o změnu již uzavřené smlouvy.

Ve všech případech uvedených výše jsou tedy podmínky i postup rozšíření smlouvy předvídané ZVZ a nepředstavují z hlediska sledované problematiky zásadnější problém; vzhledem k zaměření příspěvku se jím proto již dále nebudeme zabývat.¹⁹

¹⁸ V této souvislosti je třeba (i pro další, níže uvedené případy) upozornit na rozdílné pojetí problematiky z hlediska práva veřejných zakázek a občanského a obchodního práva. Z hlediska právní teorie veřejných zakázek a konstantní rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je každé rozšíření předmětu veřejné zakázky považováno za novou veřejnou zakázku, jejíž zadání musí být posouzeno standardním způsobem podle ZVZ (zejména tedy posouzení, zda je možné přímé zadání konkrétnímu dodavateli nebo je třeba rozšíření zadat standardním způsobem v hospodářské soutěži). Naproti tomu z hlediska smluvního se bude převážně jednat o změnu již existující smlouvy.

¹⁹ S ohledem na zaměření příspěvku ponecháváme stranou rovněž otázku interpretace podmínek pro použití jednacím řízení v uvedených případech, která může být poměrně problematická (a byla rovněž předmětem řady rozsudků ESD i rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže).

V ostatních případech není postup ZVZ předvídan, lze však mít za to, že s ohledem na skutečnost, že z hlediska právní teorie veřejných zakázek je takové rozšíření považováno za novou veřejnou zakázku, musí být zadáno v některém ze zadávacích řízeních stanovených ZVZ.²⁰

3.2 Jiné změny předmětu či obsahu smlouvy

Jak již bylo uvedeno výše, jedná se o případy, které ZVZ výslovně neupravuje a proto při jejich posuzování je třeba vycházet ze smyslu a základních zásad ZVZ (§ 6 ZVZ). Jedná se rovněž o kategorii zahrnující celou řadu rozličných případů, které bude vždy nutné posoudit ad hoc. Stejně jako v případě změny v subjektech smlouvy tato otázka přesahuje rámec českého právního řádu a stala se předmětem zájmu práva Evropských společenství.

Vzhledem k možné absolutní neplatnosti změn smluv uzavřených podle ZVZ s ohledem na § 39 OZ je zásadní otázkou, zda jsou vyloučeny jakékoliv změny uzavřené smlouvy. Evropské právo veřejných zakázek a rozhodnutí ESD v tomto směru rozlišují podstatné a nepodstatné změny, přičemž pouze podstatné změny nejsou připuštěny, respektive nejsou připuštěny bez toho, aby bylo provedeno nové zadávací řízení.²¹

Za podstatné změny je přitom třeba považovat takové změny, které omezují ve vztahu k dané veřejné zakázce konkurenci nebo zvýhodňují stávajícího dodavatele veřejné zakázky oproti ostatním potenciálním dodavatelům. Zejména se jedná o takové změny, u nichž nelze vyloučit, že by jiní dodavatelé mohli za změněných podmínek nabídnout (ať už v době zadání původní veřejné zakázky nebo v době uvažované změny) lepší podmínky než stávající dodavatel, případně, že by (potencionálně lepší) nabídku mohlo v důsledku změněných podmínek nabídnout více dodavatelů.²²

²⁰ Pouze pro úplnost dodáváme, že teoreticky není zcela dořešena otázka, zda je při volbě postupu zadání možné vycházet pouze z předpokládané hodnoty (viz § 13 a násl. ZVZ) této nové části nebo je nutné vzít v úvahu předpokládanou hodnotu celé veřejné zakázky, tj. včetně původní již zadané části. Autor se domnívá, že situaci je třeba vždy posoudit ad hoc, avšak přiklání se spíše k druhé možnosti vzhledem k tomu, že v případě první možnosti by se mohlo jednat o nezákonné dělení předmětu veřejné zakázky (§ 13 odst. 3 ZVZ) s důsledkem aplikace méně přísného způsobu zadání, než kdyby zadavatel zadal všechny části společně.

²¹ Viz např. rozsudek ESD C-337/98 Komise Evropských společenství vs. Francie, body 46, 50 a 51 nebo C-496/99 P Komise Evropských společenství vs. CAS Succhi di Frutta, bod 117.

²² Naposledy viz stanovisko Generální advokátky J. Kokott ze dne 13. března 2008 ve věci C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH, body 48 a 49.

Specifickou kategorií těchto změn představuje změna těch smluvních ujednání, které byly hodnotícími kritérii pro zadání veřejné zakázky (typicky nabídková cena, lhůta plnění či výše smluvní pokuty). Jejich změna představuje vždy změnu podstatnou a jako taková je bez nového zadávacího řízení v zásadě nepřijatelná (podle § 82 odst. 2 věty druhé ZVZ musí zadavatel uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče). Změnu těchto ujednání lze připustit pouze z důležitých objektivních okolností (např. prodloužení lhůty pro realizaci díla z důvodu záplav, které znemožňovaly provádění prací).

Ostatní změny, které nelze kvalifikovat jako podstatné, tedy jsou nepodstatné a nevyžadují provedení nového zadávacího řízení; Lze je proto povést mimo postupy regulované ZVZ.

Další modelovou situací jsou případy, kdy nedochází k rozšíření, ale naopak ke zúžení předmětu veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že v tomto případě nedochází k realizaci části veřejné zakázky, která byla řádně zadána podle ZVZ, a tedy nedochází ke zvýšení výdajů zadavatele, mohla by tato situace svádět k závěru, že zúžení předmětu veřejné zakázky je nepodstatnou změnou. Tento závěr však nelze učinit paušálně a na každý konkrétní případ je třeba aplikovat kritéria uvedená výše. Zásadnější zmenšení předmětu veřejné zakázky by totiž mohlo (pokud by bylo známo již před uzavřením smlouvy) významně ovlivnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku a tím i podané nabídky.²³

V této souvislosti je třeba upozornit na další případ, k němuž v praxi často nesprávně dochází, a tím je vzájemné započítávání rozšíření a zúžení částí předmětu veřejné zakázky. Zadavatel tedy část původně zamýšleného předmětu plnění nerealizuje, ale místo něj rozšíří předmět plnění o jinou, původně nezamýšlenou část. Výdaj zadavatele se tedy zdánlivě nezmění (případně se dokonce sníží). Takový postup je ovšem nepřijatelný, neboť každý z těchto kroků je třeba posuzovat samostatně, jak bylo naznačeno výše. V případě rozšíření předmětu plnění se musí jednat o některý z důvodů § 23 ZVZ pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, zatímco v případě zúžení je třeba posoudit, zda se nejedná o nepřijatelnou podstatnou změnu.

²³ Velikost předmětu veřejné zakázky má často dopad do stanovení kvalifikačních kritérií (např. výše požadovaného obrátu nebo referenčních zakázek), které omezují některé uchazeče v podání nabídky. Bez významu nejsou ani dopady zmenšení předmětu veřejné zakázky na nabídkovou cenu.

Tento příspěvek je věnován posouzení zejména těch změn smluv, ke kterým dochází dohodou smluvních stran. Pro úplnost je však třeba se zmínit i o změnách, které nastávají přímo ex lege či na základě externí objektivní skutečnosti, která je však ve smlouvě předvídána. Je zřejmé, že změny vyplývající přímo ze zákona jsou přípustné. Často se bude jednat pouze o technické úpravy smluvních ujednání (typicky přechod z národní měny na eura). Přípustné bez nového zadávacího řízení jsou rovněž změny, jejichž mechanismus je ve smlouvě předvídán. Obvykle se jedná o inflační doložku či vazbu nabídkové ceny například na cenu určité suroviny na komoditní burze. Přípustné jsou zřejmě i takové změny, které nejsou takto „matematicky přesně“ determinovány, avšak mechanismus jejich změny je předem stanoven a limitován (např. výpočet výše ceny za vodné a stočné, které jsou věcně usměrňovanými cenami, pravidla pro jejich výpočet jsou stanovena v cenovém věstníku Ministerstva financí a renegociace ceny je připuštěna pouze tehdy, pokud se významným způsobem sníží odběry vody či významně vzroste cena některého ze vstupů).

4 Závěr a úvahy de lege ferenda

Na základě výše uvedených úvah můžeme učinit závěr, že změny smluv uzavřených na základě zadávacího řízení ZVZ jsou v omezeném rozsahu možné. Právní úprava však v tomto směru není zcela jednoznačná, zejména není zcela zřejmý vztah ZVZ a obecných právních předpisů (zejména ve vztahu k § 39 OZ) a rovněž jejich vazba na právo ochrany hospodářské soutěže.

Ve vztahu ke změnám smluvních stran komplikuje situaci ne zcela jasné vymezení možnosti převodu smlouvy, avšak ani samotné posouzení možnosti provést změnu v osobě zadavatele nebo dodavatele není jednoznačné a bylo by možno de lege ferenda uvažovat i o speciální úpravě v ZVZ. Stejně nejasná je i situace v otázce změn v předmětu a obsahu smluv, u které je přípustnost či nepřípustnost změn nutné posuzovat s ohledem na rozsudky ESD ve vztahu k tzv. podstatným a nepodstatným změnám. Rovněž v této oblasti by bylo možné uvažovat o speciální úpravě v ZVZ. V obou případech však bude třeba vyčkat na rozhodnutí ESD ve věci C-454/06. Podle našeho názoru však zakotvení specifické právní úprav změny smluv není příliš vhodné (zejména protože, že by nutně muselo směřovat ke kasuistické úpravě nebo by se jednalo o velmi vágní ustanovení, která by výkladové problémy neodstranila) a doporučujeme ponechat tento výklad v rovině rozsudků ESD a rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

5 Literatura

- [1] Fiala, J., Hurdík, J., Ronovská, K., Korecká, V.: Občanské právo hmotné. Třetí opravené a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita a vydavatelství Doplněk, 2002, 443 s., ISBN 80-210-2793-2.
- [2] Marek, K.: Smluvní obchodní právo, kontrakty. 3. aktualizované a rozšířené vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2007, 451 s., ISBN 80-210-4268-1.
- [3] Šebesta, M., Podešva, V., Olík M., Machurek T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a. s., 2006, 524 s., ISBN 80-7357-213-3.
- [4] Conclusions de l'Avocat Général Mme Juliane Kokott présentées le 13 mars 2008 – Affaire C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH (<http://curia.europa.eu>).
- [5] Grulich, T.: K otázce přípustnosti tzv. cese smlouvy. Právní rozhledy, 2008, č. 6, s. 210.
- [6] Pelikánová, I.: Aktuální otázky obligačního práva a jeho kodifikace v evropském i českém kontextu. Právní rozhledy, 2007, č. 18, s. 666.
- [7] Šebesta, K., Elischer, D.: Cese smlouvy jako nový institut českého soukromého práva. Několik úvah k obecné úpravě postoupení smlouvy. Právní fórum, 2007, č. 5, s. 162.
- [8] Osnova nového občanského zákoníku ve znění z prosince 2007 (<http://www.justice.cz>).

Kontaktní údaje na autora – email: dvorak@rowanlegal.com

ROWAN LEGAL, sdružení advokátů
V Jámě 1, 110 00 Praha 1