

Právnická fakulta Masarykovy univerzity
LLM – obchodní právo (LLM in Corporate Law)

Disertační práce

**Konstrukce ceny díla dle obchodních podmínek FIDIC ve vztahu
k zákonu o veřejných zakázkách**

Stanislav Kubica

2013/2014

Prohlašuji, že jsem písemnou práci na téma Konstrukci ceny díla dle obchodních podmínek FIDIC ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách zpracovat sám a uvedl jsem všechny použité prameny.

OBSAH

SEZNAM POUŽÍVANÝCH ZKRATEK

1.	ÚVOD	1
2.	FIDIC	5
3.	KONSTRUKCE CENY PŘEDMĚTU DÍLA	10
3.1	Cena předmětu díla v režimu CONS	11
3.2	Cena předmětu díla v režimu P&DB a v režimu EPC.....	14
4.	ZMĚNA PŘEDMĚTU DÍLA A JEJÍ DOPAD DO CENY	17
4.1	Změna předmětu díla a její dopad do ceny v režimu FIDIC	17
4.1.1	Dodatečné stavební práce	19
4.1.2	Nárokování zvýšení ceny předmětu díla v důsledku provedení dodatečných stavebních prací	20
4.2	Změna předmětu díla a její dopad do ceny v režimu zákona o veřejných zakázkách.....	23
4.2.1	Dodatečné stavební práce	24
4.2.2	Nárokování zvýšení ceny předmětu díla v důsledku provedení dodatečných stavebních prací	30
5.	KATEGORIZACE ZMĚN	32
6.	ZÁVĚR	43

SUMMARY

POUŽITÉ PRAMENY

Monografie

Články

SEZNAM POUŽÍVANÝCH ZKRATEK

- FIDIC Mezinárodní federace konzultačních inženýrů – Fédération Internationale Ingénieurs-Conseils, případně též vzorové obchodní podmínky vydávané touto organizací;
- CONS Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer, vydané v roce 1999, mnohdy označované pouze jako THE RED BOOK, u nás pak označované jako Červená kniha. Pakliže není explicitně stanoveno jinak, mají se touto zkratkou na mysli i Obchodní podmínky staveb pozemních komunikací Ministerstva dopravy používané ze strany Ředitelství silnic a dálnic České republiky, které jsou doslovným překladem Červené knihy;
- P&DB Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor, vydané v roce 1999, mnohdy označované pouze jako THE YELLOW BOOK, u nás pak označované jako Žlutá kniha;
- EPC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, vydané v roce 1999, mnohdy označované pouze jako THE SILVER BOOK, u nás pak označované jako Stříbrná kniha;
- ZVZ Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni 15. 05. 2014;
- Úřad Úřad pro ochranu hospodářské soutěže;
- OZ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném ke dni 15. 05. 2014.

1. ÚVOD

Obchodní podmínky FIDIC, tak jak jsou představeny níže, jsou produktem nevládní mezinárodní organizace, jejímiž členy jsou desítky organizací působící po celém světě. Tento globální aspekt se zákonitě promítá do jejich obsahu. Různorodost obchodních podmínek FIDIC, které vznikaly na půdorysu několika právních systémů, přináší celou řadu interpretačních a aplikačních problémů, zejména pak v kontextu národního právního řádu. Institutů, které jsou těžko uchopitelné z pohledu českého právního řádu, je celá řada. Tato práce se však věnuje pouze jednomu vybranému institutu, který v praxi působí zásadní potíže, a to cenotvorným konstrukcím dle obchodních podmínek FIDIC, ve vztahu k české právní normě upravující materii veřejného zadávání stavebních prací.

Obchodní podmínky FIDIC jsou sice konstruovány tak, že předvídají specifika jednotlivých právních řádů a snaží se čelit nástrahám, které jsou spojené s národní nekompatibilitou jednotlivých právních institutů. FIDIC v takových případech umožňuje vytvoření zvláštní části obchodních podmínek, která by modifikovala všeobecnou část tak, aby byla zohledněna veškerá specifika realizovaného projektu, případně i požadavky rozhodného práva. Vytvoření zvláštní části však není jednoduchým úkolem. I přesto, že FIDIC nabízí propracovaná vodítka pro tvorbu těchto zvláštních podmínek, nepodaří se vždy vytvořit takový dokument, který by nenaboural vnitřní logiku konkrétní knihy. Mnohdy je zvláštní část obchodních podmínek zpracována tak, že dojde k porušení principu alokace rizik, jehož kostra je zcela podstatná pro udržení vnitřní logiky té které konkrétní knihy.¹

V některých případech však nelze eliminovat rizika pomocí vytvoření zvláštní části obchodních podmínek. Největší aplikační problémy přicházejí s instituty, které spadají

¹ V souvislosti s tvorbou zvláštní části obchodních podmínek zmíním např. zpracování této části pro účely zadání veřejných zakázek na modernizaci pěti úseků dálnice D1 je ze strany Ředitelství silnic a dálnic ČR (např. veřejná zakázka na stavební práce s názvem „D1 modernizace – úsek 9 EXIT 66 Loket – EXIT 75 Hořice). Tyto zvláštní části byly konstruovány tak, že prakticky došlo ke změně všech článků upravených všeobecnou částí. Tato změna pak v konečném důsledku vedla k opakovanému prodlužování lhůty pro podání nabídek, a to s ohledem na to, že veřejný zadavatel tuto zvláštní část obchodních podmínek několikrát změnil na základě podnětu uchazečů. Obecně lze i konstatovat, že i např. Hlavní město Praha nerespektuje manuál FIDIC pro tvorbu zvláštní části obchodních podmínek a mnohdy změny zapracuje přímo do všeobecné části. Příkladem může být veřejná zakázka Celkové přestavby a rozšíření Ústřední čistírny odpadních vod v Praze.

do sféry veřejného práva. **Jedním z takových problémů je pak i konstrukce ceny předmětu díla dle obchodních podmínek FIDIC ve vztahu k ZVZ.**

Konstrukce ceny díla dle jednotlivých knih obchodních podmínek FIDIC sama o sobě žádné aplikační problémy nepřináší. Tak například konstrukce ceny předmětu díla dle CONS, která je postavena na principu měřené zakázky, případně konstrukce ceny díla dle obchodních podmínek P&DB, která svou povahou více odpovídá paušální ceně, nejsou v našich oborových zvyklostech žádnou novinkou. Nicméně, v kontextu české právní úpravy veřejného zadávání, zejména úprava ceny předmětu díla dle obchodních podmínek CONS, působí v praxi zásadní problémy.

Obchodní podmínky CONS některé změny, v důsledku kterých dochází ke změně ceny předmětu díla, nekvalifikují, na rozdíl od úpravy ZVZ, jako dodatečné stavební práce. V této souvislosti je nutné konstatovat, že obchodní podmínky CONS a ZVZ rozumějí institutu dodatečných stavebních prací různě. V rámci obchodních podmínek CONS vznikla specifická podmnožina stavebních prací, a to práce, které byly v době uzavírání smlouvy předvídatelné, nicméně jejich potřebné množství bylo jen odhadované. S jejich provedením se od samého počátku počítá. Jedná se však o dodatečné stavební práce, které mají být zadávány v rámci ZVZ, pakliže tyto potencionální změny v objemu prací byly již předvídaný v době uzavření smlouvy? ZVZ je koncipován tak, že skutečně provedené práce, pakliže mají být provedeny v rozsahu vyšším, než ve kterém byly předpokládány v době uzavření smlouvy, se kvalifikují jako dodatečné stavební práce. Podřazení těchto prací pod tuto kategorii však v případě veřejné zakázky znamená, že i tyto práce by měly být zadány v režimu jednacního řízení bez uveřejnění. Jednou z kumulativních podmínek tohoto zadávacího řízení je skutečnost, že celkový rozsah těchto prací nesmí překročit 20% ceny původní veřejné zakázky. V případě velkých výstavbových projektů však např. tato podmínka způsobuje problémy, a to zejména tam, kde zadavatel nevěnoval patřičnou péči předvýrobní přípravě nebo kde se vyskytly, v průběhu provádění předmětu díla nepředvídatelné události s velkým potenciálem ovlivnit konečnou cenu předmětu díla.

Tyto problémy staví pak zejména zadavatele do prekérních situací. Zadavatel má obavu pokračovat v realizaci projektu v důsledku porušování ZVZ. Nicméně každé přerušení provádění výstavbového projektu je zákonitě spojeno s vynakládáním značných

finančních prostředků. V takovém případě by jednání zadavatele mohlo být kvalifikováno jako porušování povinnosti při správě cizího majetku. Na druhou stranu i nedodržení závazných postupů stanovených ZVZ může mnohdy vést k porušení rozpočtové kázně s trestněprávními důsledky. V praxi pak zadavatelé čelí křížovým trestním oznámením, v důsledku čehož realizace staveb stojí.

Z výše uvedeného, ryze praktického každodenního problému, krystalizují cíle této práce.

Prvotním cílem této práce tedy bude analyzovat příčiny těchto patových situací. K této analýze je nezbytné nejprve pochopit **konstrukci ceny díla** dle jednotlivých knih FIDIC a **zejména institut změny**, a to jak v režimu ZVZ, tak v režimu analyzovaných obchodních podmínek. **Právě změna předmětu díla má největší potenciál ovlivnit cenu předmětu díla, a proto jí bude v této práci věnován maximální prostor.** Pro správnou analýzu cenových konstrukcí je, z mého pohledu, důležité zejména nastínit logiku jednotlivých knih FIDIC, vzhledem k tomu budou v úvodu představeny. Co je však příčinou výše uvedených patových situací? Jedná se o špatnou transpozici evropské směrnice? ² Jedná se o rigidní výklady závazných postupů dle ZVZ ze strany Úřadu, resp. správního soudnictví? Zejména odpovědi na tyto otázky jsou cílem mé práce.

Analýza výše nastíněného problému by měla vést zejména ke konkrétním doporučením, jak předcházet patovým situacím vznikajícím nejčastěji v důsledku nemožnosti splnit podmínky jednacího řízení bez uveřejnění. Zprvu tedy bude zapotřebí odpovědět na otázku, zda určitá změna předmětu veřejné zakázky, dle obchodních podmínek FIDIC, může být kvalifikována jako dodatečné stavební práce dle ZVZ, a pakliže ano, jak takové dodatečné stavební práce zadávat, aby zvolený postup splňoval podmínky ZVZ a v neposlední řadě i podmínky metodiky Úřadu. V této souvislosti se pak pokusím o vytvoření určité kategorizace všech potenciaálních změn v průběhu realizace výstavbového projektu (tedy nikoli pouze dodatečných stavebních prací, tak jak jim rozumí ZVZ), která by mohla být v konečném důsledku vodítkem pro minimalizaci rizik vyplývajících z nedodržení závazných postupů předpokládaných ZVZ, a to

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.

zejména pro zadavatele. Dále v závěru této práce představím způsob zadávání veřejných zakázek na stavební práce, který svým způsobem je schopen předcházet problémům ze zadáváním víceprací, resp. s plněním podmínek jednacího řízení bez uveřejnění, zejména pak podmínky jejich 20% limitu.

Samostatnou problematickou podmnožinou v rámci střetu obchodních podmínek FIDIC a českého právního řádu, v kontextu této práce, je úprava procesu *claim managementu*. Obchodní podmínky FIDIC jsou postaveny na filozofii včasného řešení sporů, a to v okamžiku, kdy dojde k výskytu daného problému. Právě i úprava jednotlivých claimů, s dopadem do ceny předmětu díla nebo do harmonogramu provádění prací, je v praxi zcela zásadní. Obchodní podmínky FIDIC jsou konstruovány tak, že pozdní uplatnění nároku může být v konečném důsledku sankcionováno jeho zánikem. Je úprava zániku nároku na zaplacení dodatečně provedených stavebních prací, dle obchodních podmínek FIDIC, prekuzí práva zhotovitele, která byla sjednána smluvními stranami? I odpověď na tuto otázku a dále pak zejména analýza úskalí procesu nárokování zvýšení ceny předmětu díla, jak v režimu obchodních podmínek FIDIC, tak v režimu ZVZ, jsou dalšími dílčími cíli této práce.

V neposlední řadě je cílem této práce posoudit pravidla pro provádění změn v režimu ZVZ, zejména pak podmínky zadávání dodatečných stavebních prací *de lege ferenda*. Přinese nová směrnice Evropského parlamentu a Rady o zadávání veřejných zakázek, v důsledku nezbytnosti její transpozice do českého práva, nové podmínky? Může být do určité míry řešením pro výše nastíněné patové situace? I tyto otázky se pokusím zodpovědět v rámci této práce.

I přesto, že jsem právníkem stavební společnosti, cílem této práce není analýza aplikačních úskalí z pohledu podjatého uchazeče o veřejnou zakázku. Mou snahou bude, aby dovozené závěry platily obecně. Zejména řádné zadávání dodatečných stavebních prací ze strany zadavatele veřejné zakázky může být zárukou bezproblémové realizace stavebního projektu. Bezproblémová realizace je společným zájmem jak uchazeče, tak zadavatele.

Pakliže se v textu odkazují na právní normy, jedná se o právní normy účinné ke dni 15. 05. 2014, není-li uvedeno v textu jinak.

2. FIDIC

FIDIC je mezinárodní federací konzultačních inženýrů se sídlem v Lausanne, která byla založena v průběhu konání Světové výstavy v belgickém Gentu v červenci roku 1913. Organizace v současné době zastřešuje 94 členů z celého světa.³ Řádným členem FIDIC je i od počátku roku 1992 Česká asociace konzultačních inženýrů. Česká asociace konzultačních inženýrů je i od roku 1998 členem Evropské federace konzultačních inženýrů – EFCA.

Tato mezinárodní organizace, v zájmu sledování svých cílů, vydává od roku 1957 vzorové obchodní podmínky, které doporučuje k realizaci zejména velkých stavebních projektů. V rámci těchto vzorových obchodních podmínek jsou upravovány obchodní poměry mezi generálním dodavatelem stavby a jeho klientem, mezi klientem a jeho konzultanty a mezi generálním dodavatelem a jeho subdodavateli.

Vzorové obchodní podmínky FIDIC jsou produktem legislativní aktivity Mezinárodní federace konzultačních inženýrů, který vznikl s ohledem na její více než padesátiletou aktivní činnost na poli unifikace závazkových vztahů v rámci výstavbových projektů. FIDIC v současné době uvádí, že více než polovina veškeré světové výstavby probíhá v režimu jeho obchodních podmínek. S ohledem na jejich masivní celosvětové užívání, které má padesátiletou historii, můžeme dnes konstatovat, že jejich čím dál tím silnější postavení na světovém stavebním trhu formuje tzv. *lex constructionis*,⁴ jakožto podmnožinu *lex mercatoria*,⁵ které mnohdy vychází ze zásad, na kterých jsou tyto obchodní podmínky vystavěny.

3 FIDIC je dále organizována ve 2 hlavních a 2 přidružených skupinách, vzniknuvších na bázi regionálního kritéria. Jedná se o organizaci GAMA - FIDIC Group of African Member Associations, organizaci ASPAC - FIDIC Asia-Pacific Member Associations, organizaci FEPAC - Panamerican Federation of Consultants / Fedaración Panamericana de Consultores a v neposlední řadě o organizaci EFCA - European Federation of Engineering Consultancy Association reprezentující 25 profesionálních asociací z 25 evropských zemí, se sídlem v Bruselu. Více na: <http://fidic.org/members>.

4 Tak např. Lukáš Klee označuje některá pravidla obchodních podmínek FIDIC jako *lex constructionis*. Více viz např. KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011. 456 s. ISBN 978-80-7357-620-2. s. 75 - 78.

5 Obchodní podmínky FIDIC jako nestátní právní prostředek posuzuje např. NOVOTNÁ, Petra. The FIDIC Suite of Contracts: Selected Issues. In: DÁVID, Radovan et al. *Dny práva – 2010 – Days of Law* [on line]. Brno: Masarykova Univerzita, 2010 [cit. 27. 04. 2014]. ISBN: 978-80-210-5305-2. Dostupné z: [https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/13_obchod/Novotna_Petra_\(3836\).pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/13_obchod/Novotna_Petra_(3836).pdf)

V roce 1999 FIDIC představila podstatně novelizované vzorové obchodní podmínky, a to obchodní podmínky CONS, P&DB, EPC a tzv. Short Form of Contract mnohdy označovaný pouze jako THE GREEN BOOK, u nás pak jako Zelená kniha.⁶ Základním rozdílovým kritériem mezi výše uvedenými vzory je zejména míra alokace rizik mezi jednotlivé účastníky výstavbového projektu. Tak např. obchodní podmínky CONS můžeme stručně charakterizovat jako podmínky konstruované pro stavební nebo inženýrské práce, které jsou projektovány objednatelem. Obchodní podmínky CONS jsou úspěšně doplněny knihou Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer, která slouží pro uzavírání poddodavatelských smluv při projektech prováděných v režimu obchodních podmínek CONS, a to tak, aby byla při stanovení jednotlivých práv a povinností poddodavatelů, podílejících se na projektu, zachována prvotně nastavená logika.

Oproti obchodním podmínkám CONS jsou obchodní podmínky P&DB doporučovány pro takové projekty, kdy je v rámci alokace rizik zhotovitel odpovědný i za zajištění projektových prací, přičemž dodávka zpravidla bývá kombinací stavebních, strojních a elektrických prací.

Nejpřísnějšími, z pohledu alokace rizik v neprospěch zhotovitele, jsou obchodní podmínky EPC. Volba těchto obchodních podmínek je doporučována investorovi tehdy, pakliže má zájem o provedení projektu tzv. „na klíč.“ Na zhotovitele jsou pak přenášena veškerá rizika spojená s případným růstem ceny, posloupností prací, ale i například rizika spojená s některými nepředvídatelnými přírodními silami.⁷

⁶ Výše uvedený výčet vzorových obchodních podmínek FIDIC není konečný. FIDIC v poslední době reaguje na poptávku trhu a přichází se zcela novými vzory. Mezi tyto novinky lze zařadit například tzv. **Zlatou knihu** (Condition of Contract for Design, Build and Operate projects), která vedle provedení předmětu díla pamatuje i na jeho provozování a která je tedy svou konstrukcí vhodná pro aplikaci tzv. PPP projektů. V roce 2001 byla nově představena tzv. **Modrá kniha** (Form of Contract for Dredging and Reclamation Works), využitelná pro těžební průmysl. Novinkou je zajisté i tzv. **Růžová kniha** (Multilateral Development Bank Harmonized Edition), která v roce 2005 upravila obchodní podmínky CONS tak, aby reflektovaly skutečnost, že projekt je financovaný bankou. Zástupci určení bankou jsou oprávněni kontrolovat provádění díla přímo na staveništi a dále též audit všech účtů a veškerých dokladů, dokumentů vztahujících se k zakázce, a to i u subdodavatelů. Neumožnění takové kontroly nebo auditu je zakázanou praktikou a důvodem pro odstoupení od smlouvy. FIDIC však ve své legislativní aktivitě myslí i na obchodní poměry mezi investorem projektu a jeho konzultanty. Tak například pro vypracování projektové dokumentace, případně poskytnutí technické pomoci, supervize apod., lze užít tzv. **Bílou knihu** – Client/Consultant Model Services Agreement.

⁷ Užití vhodného vzoru obchodních podmínek FIDIC je zcela zásadní pro úspěšnou realizaci zadávaného projektu. V řešení této otázky zajisté napomůže manuál pro volbu obchodních podmínek FIDIC, který

Z pohledu tématu této práce jsou zásadním diferenčním znakem vzorových obchodních podmínek FIDIC cenotvorná ustanovení. U obchodních podmínek CONS je cena konstruována na principu tzv. měřené zakázky (measurement contract). V případě obchodních podmínek P&DB a EPC je cena předmětu díla určena prostřednictvím paušálních sazeb pro sdružené položky, případně stavební objekty nebo provozní soubory. Ve všech výše uvedených obchodních podmínkách je pro stanovení ceny východiskem rozpočet. Otázkou povahy těchto rozpočtů, tj. otázkou jejich zaručenosti, resp. nezaručenosti, úplnosti, resp. neúplnosti, případně závaznosti, resp. nezávaznosti se budu zabývat níže.

S ohledem na těsnou spolupráci FIDIC se Světovou bankou a jinými nadnárodními rozvojovými bankami se obchodní podmínky této organizace staly jedněmi z nejrozšířenějších obchodních podmínek pro provádění stavebních děl na světě. FIDIC v současné době uvádí, že dnes více než polovina veškeré světové výstavby podléhá režimu jeho obchodních podmínek. Celá řada financujících institucí podmiňuje realizaci konkrétního projektu aplikací obchodních podmínek FIDIC.

Obchodní podmínky FIDIC jsou v našem právním prostředí aplikovatelné s odkazem na kogentní ustanovení občanského zákoníku, který ve svém § 1751 odst. 3 stanoví, že: *„Při uzavření smlouvy mezi podnikateli lze část obsahu smlouvy určit i pouhým odkazem na obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi.“* V případě obchodních podmínek FIDIC tedy postačí na podmínky ve smlouvě odkázat.⁸

Se vstupem České republiky do Evropské unie, resp. s čerpáním prostředků ze strukturálních fondů EU,⁹ rapidně vzrostl význam aplikace obchodní podmínek FIDIC

napomáhá zvolit nejvhodnější vzor obchodních podmínek z pohledu velikosti projektu, alokace rizik, doby provádění, jeho komplexnosti apod. Více na: Which FIDIC Contract should I use?: <http://fidic.org/node/149>.

8 Obdobně materií upravoval i obchodní zákoník, tedy zákon č. 513/1991 Sb., který ve svém §273 odst. 1 stanoví, že: „Část obsahu smlouvy lze určit také odkazem na všeobecné obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi nebo odkazem na jiné obchodní podmínky, jež jsou stranám uzavírajícím smlouvu známé nebo k návrhu přiložené.“

9 Realizace projektů na základě obchodních podmínek FIDIC se zprvu objevila u financování infrastrukturních projektů v oblastech životního prostředí a dopravy, a to prostřednictvím finančního nástroje ISPA (Instrument for Structural Policies for Pre-accession neboli Nástroj předvstupních strukturálních politik). Více na: <http://www.strukturalni-fondy.cz/cs/Fondy-EU/Programy-2004-2006/Historie-regionalni-politiky-EU-v-Ceske-republice/Predvstupni-nastroje/ISPA>.

v souvislosti s realizací staveb. Zejména problematika veřejného zadávání je výsostně spojená s těmito obchodními podmínkami. Obchodní podmínky CONS se tak staly vzorem pro vydání Obchodních podmínek staveb pozemních komunikací vydaných Ministerstvem dopravy,¹⁰ které se stávají nejčastěji součástí zadávacích dokumentací při zadávání veřejných zakázek ze strany Ředitelství silnic a dálnic ČR. Těmito obchodními podmínkami jsou dále inspirovány Všeobecné obchodní podmínky hlavního města Prahy, kdy Odbor městského investora Magistrátu hlavního města Prahy realizuje na základě těchto obchodních podmínek své infrastrukturní stavby.¹¹

V této souvislosti lze i upozornit na odlišnou praxi na Slovensku, kdy na rozdíl od Ředitelství silnic a dálnic ČR, slovenská Národná diaľničná spoločnosť, a. s. realizuje veřejné zakázky nejčastěji v režimu obchodních podmínek P&DB. V České republice se nejčastěji tyto obchodní podmínky objevují při realizaci vodohospodářských projektů. Jako příklad lze uvést veřejnou zakázku na stavební práce s názvem „Celková přestavba a rozšíření Ústřední čistírny odpadních vod Praha na Císařském ostrově“ pro Hlavní město Prahu, která bude realizována v režimu obchodních podmínek P&DB.¹²

Obchodní podmínky FIDIC jsou ve vztahu k veřejnému právu zcela minimalistické. Tato skutečnost je postavena zejména na logice zásadních rozdílů veřejnoprávních norem jednotlivých jurisdikcí a dále na kogentnosti norem této materie. Nicméně mnohdy je střet obchodních podmínek FIDIC s veřejnoprávní normou zcela nevyhnutelný. Takovým příkladem v evropské právní kultuře může být vztah obchodních podmínek k normě o veřejném zadávání, pakliže takovému režimu podléhá realizovaný projekt, což je relevantní i ve vztahu k tématu této práce. **Zejména změna předmětu díla v režimu obchodních podmínek, v důsledku které mnohdy dochází i**

10 Schváleno MD – OI, č.j. 321/08 – 910 – IPK/1 dne 9.4.2008, s účinností od 1.5.2008.

11 Viz například Soubor staveb MO v úseku Myslbekova – Pelc Tyrolka Technologická část. Více na: http://www.praha.eu/public/aa/5d/c/1142934_153808_dil1cast1_1R5.pdf.

12 I přesto, že jsem se ve své praxi setkal s několika projekty prováděnými pro objednatele na „klíč“, nesetkal jsem se s projektem, který by byl realizován v režimu obchodních podmínek EPC. Tak např. společnosti ČEZ, a.s. nebo její dceřiná společnost Škoda Praha Invest, s.r.o. upřednostňují své obchodní podmínky, byť zadávají celou řadu veřejných zakázek, kde by se aplikace EPC jevila jako výhodná. Ani společnost Plzeňská teplárenská, a.s. nebude veřejnou zakázku na stavební práce s názvem „Závod na energetické využití komunálního odpadu Chotíkov (ZEVO CHOTÍKOV)“ realizovat v režimu obchodních podmínek FIDIC.

**ke změně ceny předmětu díla, není zcela kompatibilní s podmínkami pro zadávání
dodatečných stavebních prací v režimu českého zákona o veřejných zakázkách.**

3. KONSTRUKCE CENY PŘEDMĚTU DÍLA

Podmínkou řádně uzavřené smlouvy o dílo je dle ustanovení § 2586 odst. 2 OZ dohoda smluvních stran o ceně díla nebo o způsobu jejího určení, resp. alespoň její určení odhadem. I dle aktuální právní úpravy je možné uzavřít smlouvu o dílo bez určení ceny díla; v takovém případě se cena díla určí jako cena placená za totéž nebo srovnatelné dílo v době uzavření smlouvy za obdobných smluvních podmínek.

U velkých výstavbových projektů praxe, zejména z pohledu obsahu a způsobu stanovení celkové ceny předmětu díla (konstrukce ceny díla), rozeznává cenu paušální, cenu položkovou a cenu nákladovou.¹³

Paušální cena, resp. cena předmětu díla určená prostřednictvím paušálních sazeb pro sdružené položky, případně stavební objekty nebo provozní soubory, nereflektuje skutečně provedené množství prací. Práce jsou zpravidla placeny na základě platebního harmonogramu, a to po dokončení předem definovaných částí předmětu díla. Užití této konstrukce však a priori ještě nevylučuje úpravu ceny předmětu díla v důsledku změn, které se mohou v průběhu realizace výstavbového projektu objevit. Obchodní podmínky P&DB a EPC určují cenu předmětu díla prostřednictvím paušálních sazeb pro sdružené položky.

Naproti tomu u konstrukce položkové ceny dochází k měření skutečně provedeného množství prací. Smlouva je doplněna podrobným položkovým rozpočtem, přičemž důraz je kladen na bezvadnost definic jednotlivých položek. K definování jednotlivých položek jsou určující zejména jednotlivé třídníky cen. Příkladem může být cenová soustava společnosti ÚRS PRAHA, a.s., která je tvůrcem obecně uznávané metodiky rozpočtování v ČR a je tradičním zpracovatelem databází oceňovacích podkladů a směrných cen stavebních prací.¹⁴ Jiným příkladem, v praxi aplikovaný ze strany Ředitelství silnic a dálnic ČR, je Oborový třídník stavebních konstrukcí a prací staveb pozemních komunikací vydávaný Státním fondem dopravní infrastruktury. V rámci těchto třídníků pak dochází k rozdělení prací na zhotovovací a pomocné práce, kdy zhotovovací práce přímo vytvářejí stavbu a v soupisu prací se uvádějí jako placené

13 TICHÝ, Milík. *Projekty a zakázky ve výstavbě*. Praha: C.H.Beck. 2008. 368 s. ISBN 978-80-7400-009-6. s 95.

14 Více na: <http://www.urspraha.cz/cs/cinnost/ceny-ve-stavebnictvi/>.

položky. Naproti tomu pomocné práce nejsou trvalou součástí stavby. Slouží pouze k provedení zhotovovacích prací a náklady na jejich provedení se zpravidla rozpouštějí do cen zhotovovacích prací. V některých případech, zejména u technologicky a časově náročných velkých projektů, není technicky mnohdy možné sestavit rozpočet tak, aby odpovídal co nejpřesnějším potřebám určení ceny předmětu díla. Proto se nejčastěji takové rozpočty doplňují o provizorní položky¹⁵ a účelové rezervy, kdy se jedná zprvu o předpokládané položky, jejichž množství však nelze v době uzavírání smlouvy přesně odhadovat nebo za druhé, o zcela nové položky, které v době uzavření smlouvy byly nepředvídatelné. Cena obchodních podmínek CONS je konstruovaná na principu měřené zakázky.

Nákladová cena je používána v případě, kdy jsou objednateli známy zhotovitelovy náklady na pořízení dodávky, zejména cena dodávky poddodavatele. V takovém případě jsou pak na základě dohody smluvních stran tyto náklady doplněny ziskem zhotovitele, zpravidla pevnou procentní přírážkou. V rámci obchodních podmínek FIDIC je tato konstrukce používána v případě dodávek tzv. jmenovaných podzhotovitelů dle kapitoly 5 obchodních podmínek CONS nebo článku 4.5 obchodních podmínek P&DB a EPC.

3.1 Cena předmětu díla v režimu CONS

Článek 14.1 CONS konstruuje cenu díla na tzv. principu měřené zakázky. V takovém případě se tedy jedná o konstrukci, kdy cena za provedení předmětu díla je učena na základě rozpočtu s podrobným výkazem výměr. Otázkou pak zůstává, o jaký rozpočet se, v kontextu české právní úpravy, jedná. Zda jde dle OZ o rozpočet, v době uzavření smlouvy zaručený, tudíž úplný, nebo o rozpočet nezaručený a neúplný, eventuálně o rozpočet nezávazný. Juraj Tkáč v souvislosti s konstrukcí ceny díla dle obchodních podmínek CONS hovoří o nezávazném rozpočtu, tedy dle české právní úpravy o rozpočtu upraveném v ustanovení § 2622 odst. 1 OZ.¹⁶ V těchto případech, kdy je cena předmětu díla určena na základě rozpočtu s výhradou nezávaznosti, se zhotovitel může domáhat, aby se zvýšilo určení ceny o sumu, o jakou nevyhnutelně převyší náklady

¹⁵ Nesprávností překladu institutu *provisional sums* se inspirativně zabývá Lukáš Klee in: KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2011. 456 s. ISBN 978-80-7357-620-2. s. 60 – 62.

¹⁶ TKÁČ, Juraj. *Aplikácia FIDIC zmluvných podmienok v slovenskom právnom poriadku*. Bratislava: Iura Edition. 2013. 244 s. 978-80-8078-619-9. s. 146.

účelně vynaložené zhotovitelem, náklady zahrnuté do rozpočtu.¹⁷ Pravdou je, že judikatura v souvislosti s touto konstrukcí ceny předmětu díla (tj. dle nezávazného rozpočtu), zmiňuje tzv. kvantitativní změny předmětu díla,¹⁸ nicméně tomuto institutu přikládá jiný význam. Tímto institutem má zejména na mysli změny cenových hladin nezbytných vstupů, náklady způsobené inflací, kolísáním kurzů měn, apod. Účelem je pak chránit zhotovitele před těmito riziky zvláště tam, kde provádění předmětu díla bude trvat delší dobu. V těchto případech pak zvýšení nákladů musí být nevyhnutelné, ne však nepředvídatelné; nezávazný rozpočet se sjednává v důsledku očekávání zvýšení takových nákladů.

Z výše uvedeného je patrné, že konstrukci ceny předmětu díla dle obchodních podmínek CONS nelze automaticky subsumovat pod zákonnou úpravu nezávazného rozpočtu. Možná už i proto, že z žádného ustanovení těchto obchodních podmínek explicitně nevyplývá, že se rozpočet považuje za nezávazný, což je vlastně prvotní podmínka aplikace relevantního ustanovení OZ. Jako vhodnější se jeví, v souvislosti s rozpočtem dle obchodních podmínek CONS, hovořit o rozpočtu *sui generis*. Podle této konstrukce je **cena díla známá v době uzavírání smlouvy pouze cenou předpokládanou ke dni uzavření smlouvy o dílo**. Jedná se o cenu, kterou objednatel v souladu s ustanovením čl. 1.1.4.1 CONS potvrdí dopisem o přijetí nabídky. **Konečná cena díla** (čl. 1.1.4.2 CONS) **bude určena až na základě zhotovitelem skutečně provedených prací** v souladu s ustanovením čl. 14.1 CONS zhotovitelem.¹⁹

V souvislosti s konstrukcí ceny díla dle CONS se nabízí otázka, kdo nese riziko spojené se správností nabídnuté ceny. CONS konstruuji v ustanovení čl. 4.11 vyvratitelnou právní domněnku, že zhotovitel je uspokojen, pokud jde o správnost a dostatečnost přijaté ceny předmětu díla a stanovil smluvní cenu na základě údajů, interpretací, prohlídkách, zkouškách a informacích specifikovaných v čl. 4.10. V tomto případě je zhotovitel povinen ve své nabídkové ceně zohlednit, a) formu a povahu staveniště

17 Obdobně i § 547 odst. 3 zákona č. 513/1991 Zb., Obchodný zákoník.

18 Srovnej např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 26.09.2006, sp.zn.: 32 Odo 735/2004 nebo rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 04.05.1999, sp.zn.: 29 Cdo 2206/98.

19 Pro zajímavost uvádím, že v režimu Červené knihy FIDIC (obchodní podmínky CONS) je prováděn v Praze tunelový komplex Blanka. S ohledem na to, se sázka tehdejšího pražského primátora Pavla Béma s občanským sdružením Auto*Mat o to, že pokud město zaplatí za Blanku víc než 25,7 miliardy korun, navlékne si Pavel Bém montérky a odpracuje padesát hodin ve prospěch Auto*Matu, jevíla již v době jejího uzavření jako předem prohraná.

včetně geotechnických podmínek, b) hydrologické a klimatické podmínky, c) rozsah a povahu práce a vybavení nutné pro provedení a dokončení díla a odstranění všech jeho vad, d) právní předpisy, postupy a odvětvovou praxi, e) požadavky zhotovitele na přístup, ubytování, zařízení zhotovitele, personálu, energii, dopravu, vodu a další služby. Jedná se o demonstrativní výčet. Výše zmíněná vyvratitelná domněnka je jakousi pojistkou zhotovitele. Je na zhotoviteli, aby v rámci svého důkazního břemene objednateli prokázal, že v určitých případech neodpovídá za správnost a dostatečnost nabídkové ceny. *Při stanovení odpovědnosti za přiměřenost nabídkové ceny se vychází z testu, či při přípravě nabídky bylo prakticky možné (vzhledem k vynaloženým nákladům a času) získat všechny potřebné informace s ohledem na rizika, mimořádné události a další okolnosti, které mohou ovlivnit nebo mohou mít dopad na nabídku nebo dílo.*²⁰ Vzhledem k tomu lze pak zadavatelům veřejných zakázek doporučit, aby při stanovení lhůty pro podání nabídky výše uvedené zohlednili a tím eliminovali potencionální riziko spoluodpovědnosti za přiměřenost nabídkové ceny dodavatele.²¹

Občanský zákoník se explicitně problematice odpovědnosti za správnost ceny předmětu díla nevěnuje. Nicméně mám za to, že toto riziko, není-li smluvními stranami dohodnuto jinak, musí být alokováno zhotoviteli, vzhledem k tomu, že je povinen provést dílo na svůj náklad a nebezpečí. Na druhou stranu, právě cena předmětu díla určená na základě rozpočtu, již může být interpretována jako dohoda o změně takového pravidla. V těchto případech rizika předvídaná normou (růst účelně vynaložených nákladů nad rámec nákladů zahrnutých do rozpočtu), jsou alokována objednateli.

Nepřiměřenost nabídkové ceny dodavatele může být dále spojena zejména se špatně zpracovaným výkazem výměr, kdy tento je zpravidla tvořen na základě chybné projektové dokumentace pro zadání stavby. *Součástí zadávací dokumentace stavby je projektová dokumentace stavby zpracovaná do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky, nikoliv pro vlastní provedení stavby, kde je pravidlem její dopracování.*²²

V rámci obchodních podmínek CONS pak nese větší část odpovědnosti za zpracování

20 TKÁČ, Juraj. *Aplikácia FIDIC zmluvných podmienok v slovenskom právnom poriadku*. Bratislava: Iura Edition. 2013. 244 s. 978-80-8078-619-9. s. 84.

21 Někteří zadavatelé nerespektují při stanovení lhůty pro podání nabídky generální pravidlo dle ustanovení § 39 odst. 1 ZVZ a stanovují minimální lhůtu pro podání nabídky dle ustanovení § 39 odst. 3 ZVZ, čímž se mimo jiné vystavují riziku spoluodpovědnosti za přiměřenost nabídkové ceny dodavatele.

22 Rozhodnutí Úřadu ze dne 28.2.2008, č.j.: S272/2007/VZ-04580/2008/510/jl, [cit. 24.04.2014]. dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-7421.html>.

projektové dokumentace objednatel; objednatel odpovídá za správnost a úplnost projektové dokumentace pro zadání stavby. Zhotovitel je pak z logiky věci odpovědný pouze za vady projektové dokumentace vyššího stupně, tj. dokumentaci pro provádění stavby, kterou je v rámci předmětu díla povinen vypracovat. I ZVZ pak odpovědnost objednatele (zadavatele) za bezvadnost projektové dokumentace, která je součástí zadávací dokumentace, stanoví explicitně ve svém ustanovení § 44 odst. 1. Otázce dodatečných stavebních prací, zejména v režimu veřejného zadávání, prováděných v důsledku chybně zpracované projektové dokumentace se blíže věnuje kapitola 4.2.1.

3.2 Cena předmětu díla v režimu P&DB a v režimu EPC

Zcela opačně je tvořena konstrukce ceny díla v režimu obchodních podmínek P&DB. Cena díla dle těchto obchodních podmínek je vytvořena prostřednictvím paušálních sazeb pro sdružené položky nebo objekty. Ve vztahu slovenské právní úpravy a obchodních podmínek P&DB, Juraj Tkáč²³ hovoří o ceně určené na základě rozpočtu, který se podle smlouvy považuje za rozpočet daný s výhradou, že se nezaručuje jeho úplnost.²⁴ Českou ekvivalentní úpravou je pak dispozitivní ustanovení § 2622 odst. 1.

V případě, že cena předmětu díla byla určena na základě rozpočtu daného s výhradou, že se nezaručuje jeho úplnost, může zhotovitel požadovat zvýšení ceny, objeví-li se při provádění díla potřeba činností do rozpočtu nezahrnutých, pakliže tyto činnosti nebyly předvídatelné v době uzavření smlouvy. Tato úprava de facto zohledňuje praktické zkušenosti, kdy se po zahájení provádění prací objeví potřeba provedení nových prací. Podmínkou však je, že se musí jednat o nepředvídatelné činnosti, které nebyly do rozpočtu zahrnuty a dále, že se musí jednat o činnosti, bez jejichž provedení nebude možné předmět díla řádně dokončit. I přesto, že v obchodních podmínkách P&DB není explicitně stanoveno, že se nezaručuje úplnost rozpočtu, má konstrukce ceny díla dle těchto obchodních podmínek k úpravě rozpočtu s nezaručenou úplností velice blízko. Obchodní podmínky P&DB připouštějí úpravu ceny předmětu díla v důsledku rizik, která jsou dle jejich úpravy alokována na stranu objednatele. Jedná se o právě taková rizika, která nebyla předvídatelná v době uzavření smlouvy, resp. 28 dnů před dnem pro

23 TKÁČ, Juraj. *Aplikácia FIDIC zmluvných podmienok v slovenskom právnom poriadku*. Bratislava: Iura Edition. 2013. 244 s. 978-80-8078-619-9. s. 83.

24 Obdobně i § 547 odst. 2 zákona č. 513/1991 Zb., Obchodný zákonník.

podání nabídky. Objednatel však nenese riziko spojené s případným růstem výměr jednotlivých položek; což je de facto hlavním diferenčním znakem od obchodních podmínek CONS, které změnu ceny v důsledku růstu výměr předpokládají a připouštějí.

Jakkoli je cena předmětu díla vytvořena na základě paušálních sazeb pro sdružené položky nebo objekty, obchodní podmínky P&DB připouštějí alternativu cenotvorných článků v souladu s principem měřené zakázky. Pro tento případ článek 14.1 P&DB umožňuje oferentovi, aby skrze zvláštní podmínky modifikoval cenotvorbu a tím připustil měření skutečně provedených prací i v režimu Žluté knihy.

Zůstane-li zachována prvotní cenotvorná logika, je pak u déle trvajících projektů nezbytné dohodnout vedle ceny i platební kalendář, který bude reflektovat předpokládané náklady v definovaném časovém intervalu. Cena pak nejčastěji bývá hrazena na základě platebního kalendáře, po dokončení exaktně definovaných stavebních celků, resp. provozních souborů.

Stejně tak jako u obchodních podmínek CONS, je i v případě obchodních podmínek P&DB zajímavá otázka rizika spojeného se správností nabídnuté ceny. Úprava této materie je zcela totožná; i článek 4.11 obchodních podmínek P&DB stanovuje vyvratitelnou právní domněnku, že zhotovitel je uspokojen, pokud jde o správnost a dostatečnost přijaté ceny předmětu díla, což na první pohled svádí k závěrům, které byly prezentovány výše v souvislosti s obchodními podmínkami CONS. Nicméně takový pohled by byl zcela zjednodušující. V této souvislosti je nutné si uvědomit, že je to právě zhotovitel (na rozdíl od úpravy Červené knihy), kdo je tvůrcem projektové dokumentace a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr. I v důsledku této skutečnosti se minimalizuje potenciál zhotovitele vyvrátit zakotvenou právní domněnku. V praxi jsou totiž chyby v projektové dokumentaci a v soupisu stavebních prací nejčastějším důvodem pro zpochybňování správnosti a dostatečnosti nabídkové ceny ze strany zhotovitele.

Konstrukce ceny předmětu díla dle obchodních podmínek EPC plně odpovídá jejich povaze, kdy obchodní podmínky EPC jsou konstruovány jako podmínky, které alokují téměř všechny potenciaální rizika spojené s prováděným projektem, na stranu zhotovitele. Cena předmětu díla, obdobně jako u obchodních podmínek P&DB, je vytvořena na základě paušálních sazeb pro sdružené položky nebo objekty. I v tomto

případě je „doprovázena“ rozpočtem, nicméně tento rozpočet nemá vliv na určení ceny předmětu díla. Jedná se o rozpočet, který byl podkladem pro dohodu o ceně, nemá však vliv na výši ceny předmětu díla. Lze konstatovat, že se jedná o rozpočet zaručený a úplný. Zejména s ohledem na tuto konstrukci ceny předmětu díla, je zapotřebí, v porovnání s kontrakty uzavíranými v režimu obchodních podmínek CONS a P&DB, důkladněji analyzovat rizika projektu. V obecné rovině, bez znalosti specifik konkrétního projektu, postrádá smysl hodnotit přijatelnost, resp. nepřijatelnost jednotlivých rizik. Taková analýza je však nezbytná pro určení, zda obchodní podmínky EPC jsou vhodným modelem pro daný projekt. Obchodní podmínky FIDIC jsou konstruovány tak, že rizika by měla být alokována zejména té smluvní straně, která je způsobilější dané riziko řídit. Zadavatelé, kteří zamýšlejí zadávat projekt v režimu Stříbrné knihy, by měli mít na mysli, že nabídnutá cena bude zejména odrážet ocenění rizik.²⁵

25 K alokaci rizik dle EPC kontraktu a jeho dopad do ceny projektu více: LOOTS, Phil. HENCHIE, Nick. Worlds Apart: EPC and EPCM Contracts: Risk issues and allocation. [on line]. 2007. [cit. 25.01.2014]. Dostupné z: http://m.mayerbrown.com/files/publication/fe15bba4-fbe2-4eb0-804e-17911edb0b15/presentation/publicationattachment/ecb7569b-e0ef-4ace-9ff9-a7c4e853aac6/art_epc_epcm_5dec07.pdf

4. ZMĚNA PŘEDMĚTU DÍLA A JEJÍ DOPAD DO CENY

Užití obchodních podmínek FIDIC je vhodné zejména u stavebních projektů, které jsou svou podstatou technologicky a časově náročné. U takových projektů je pak zřejmé, že v době uzavírání smlouvy je nad vší pochybnost patrné, že v průběhu realizace projektu bude docházet k jeho změnám. *Zakázky na stavební práce oproti zakázkám na dodávky či služby vykazují určitá specifika. Stavba je dynamickým procesem, při jejíž realizaci pravidelně dochází k věcným změnám její dokumentace, a to často i z důvodů nezávislých na vůli zadavatele (např. z důvodů neznámých geologických poměrů, změn terénu v čase).*²⁶ Akcelerátorem takové změny může být celá řada skutečností, ať již takových, které jsou zcela nezávislé na vůli smluvních stran (klimatické podmínky, okolnosti vis maior, nepředvídatelné podmínky podloží apod.), nebo takových, které jsou ovlivnitelné vůlí jedné ze smluvních stran (navyšování spotřeby materiálu v důsledku chybného zpracování projektové dokumentace, resp. výkazu výměr, technické inovace s dopadem na provádění projektu, investorské změny apod.). Z logiky věci, změna předmětu díla, ať již je vyvolaná z jakéhokoli důvodu, musí mít obecně dopad do ceny předmětu díla.

Nicméně pojetí institutu změny předmětu díla v režimu obchodních podmínek FIDIC, se opět liší od jeho pojetí upraveného v ZVZ. Vzhledem k tomu mám za to, že je zapotřebí analyzovat obě tyto úpravy, což je i nezbytné pro následné řešení problému – vypracování metodiky pro zadávání prací, které je nezbytné provádět v důsledku změn v průběhu realizace výstavbového projektu. Ostatně analýza těchto rozdílů je i dílčím cílem této práce, který byl zmíněn v úvodu.

4.1 Změna předmětu díla a její dopad do ceny v režimu FIDIC

Obchodní podmínky FIDIC konstruují úpravu změnového řízení sui generis. I přesto, že se lze v odborné literatuře setkat s názory, že závazkový vztah nelze měnit bez souhlasu

²⁶ Rozhodnutí Úřadu ze dne 28.2.2008, č.j.: S272/2007/VZ-04580/2008/510/j1, [cit. 25.04.2014]. dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-7421.html>.

smluvních stran,²⁷ obchodní podmínky FIDIC umožňují objednateli jednostranně změnit obsah smlouvy, zejména pak předmět díla úpravou projektové dokumentace, souslednost provádění prací, technologický postup apod. Mám za to, že takové ujednání vyhoví i aktuální právní úpravě, kdy budou preferovány principy autonomie vůle a smluvní svobody účastníků smlouvy, samozřejmě za zachování kautel veřejného pořádku a dobrých mravů. Posuzováno ad hoc pak smlouvou předvídané změnové řízení nemůže být a priori kvalifikováno jako porušení smlouvy. Takovému závěru svědčí i rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. února 2013, sp. zn. 23 Cdo 1098/2012, které za určitých okolností připouští jednostrannou změnu smlouvy.

CONS se problematice změn věnují ve své kapitole 13. Změny jako takové jsou zpravidla iniciovány správcem stavby. V současném pojetí obchodních podmínek FIDIC je správce stavby osobou, která při provádění stavby zastupuje zájmy investora, a to v našich podmínkách zpravidla na základě příkazu. Jedná se tudíž o osobu jmenovanou a placenou investorem. Na druhou stranu se jedná o osobu, která by měla být prvotním arbitrem sporů mezi investorem a zhotovitelem, tudíž a priori osobou nepodjatou a nestrannou. Tato schizofrenní dvojrole je pak z pohledu našich zvyklostí těžko uchopitelná.²⁸ Správce stavby však v průběhu provádění projektu disponuje zásadními oprávněními. Mezi taková oprávnění patří zejména právo udělovat zhotoviteli v průběhu provádění projektu pokyny (čl. 3.3). V souladu s čl. 4.1 je pak zhotovitel povinen provádět dílo v souladu se smlouvou a s pokyny správce stavby. Obecně se pak má za to, že zhotovitel je vázán i takovým pokynem správce stavby, který neodpovídá dohodě mezi správcem stavby a objednatelem. **Správce stavby však není oprávněn měnit smlouvu jako takovou (čl. 3.1); ke změně je nutné souhlasu objednatele. Změna, vzniklá na základě smlouvou předvídaného postupu, však není, dle obchodních podmínek FIDIC, považována za změnu smlouvy.** V důsledku

27 Srov. např. KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2011. str.456. ISBN 978-80-7357-620-2. s. 35.

28 Správce stavby, tak jak jej upravují obchodní podmínky FIDIC, je tradičním britským institutem. V praxi je pak vidět, že zejména inženýři ze západní Evropy dvojroli správce stavby přijímají bez výhrad. Z jejich strany pak neexistuje sebemenší podezření, že by správce stavby, který je jmenován a placen objednatelem, nemohl počáteční spory arbitrovat nestranně. Na problémy s dvojrolí správce stavby ve Východní Evropě upozorňuje např. A. Jaeger. Více: JAEGER, Axel-Volkmar, HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - A Guide for Practitioners*. Berlin: Springer Verlag. 2010. 445 s. ISBN 978-3-642-02100-8. s. 101.

změnového řízení pak zpravidla dochází k provádění dodatečných stavebních prací a samozřejmě i k úpravě celkové ceny předmětu díla, v souladu s kapitolou 12 a 13, v případě obchodních podmínek CONS, a čl. 3.5, v případě obchodních podmínek P&DB.

V neposlední řadě je nezbytné zmínit, že dle všech vzorů obchodních podmínek FIDIC může být v průběhu provádění díla iniciována změna ze strany zhotovitele, a to zejména taková, která je způsobilá urychlit dokončení projektu, nebo snížit náklady objednatele na provádění předmětu díla, jeho údržbu nebo provoz, nebo zvýšit efektivitu prováděného díla. V zásadě se jedná o tzv. value engineering.

4.1.1 Dodatečné stavební práce

Dodatečné stavební práce, jakožto důsledek změnového řízení dle obchodních podmínek CONS, mohou mít různou povahu. Nejčastěji se jedná o provádění dodatečných prací v důsledku změny ve standardu, případně změny v rozměrových parametrech. Z pohledu ve vztahu k ZVZ jsou nejzajímavější změny v množství kterékoli položky. Již výše jsem uvedl, že v rámci konstrukce ceny předmětu díla, dle obchodních podmínek CONS, rozeznáváme přijatou nabídkovou cenu, která je cenou předpokládanou v době uzavření smlouvy a celkovou cenu, která je v konečném důsledku určena zejména měřením skutečně provedených prací, přičemž veškeré množství prací ve výkazu prací v zadávací dokumentaci jsou pouze odhadovaná. Logika principu měřené zakázky pak skutečně naměřené práce jednotlivých položek, nepodřazuje pod dodatečně dodatečné stavební práce. **Změna vzniklá na základě smlouvou předvídaného postupu není považována za změnu smlouvy. V praxi pak správce stavby odsouhlasuje skutečně provedené množství výměr zhotovitelem, aniž by případný nárůst těchto výměr (mnohdy i zásadní) byl považován za změnu smlouvy.**²⁹ Skutečně naměřené práce jednotkových a položkových cen, tedy změny v množství konkrétní položky, tak v režimu CONS, nelze podřadit pod

²⁹ Tak například správce stavby u veřejných zakázek zadávaných ŘSD ČR nemusí při udělení souhlasu (pokynu) zhotoviteli k provedení prací, v důsledku kterých dochází ke **zvýšení rozsahu** stavebních prací oproti původnímu rozsahu uvedenému v soupisu prací – výkazu výměr, žádat souhlas zástupce objednatele. Viz. čl. 11, odst. 5 písm. (a) Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2011 – Zadávání dodatečných stavebních prací podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

dodatečné stavební práce. Svou povahou se jedná pouze o jinak naměřené množství v rámci určité položky dle čl. 12.3.

Z výše uvedeného lze učinit závěr, že CONS (ale i jiné smlouvy, jejichž konstrukce ceny je postavena na principu měřené zakázky) považují za dodatečnou stavební práci pouze takovou změnu, která kvalitativně, nikoli výhradně kvantitativně, upravuje předmět díla. Takové změny pak mají povahu změn standardu, změn v rozměrových parametrech jednotlivých částí díla apod.

Obchodní podmínky CONS pamatují i na možnost vypuštění některých prací, tzv. méněpráce, ale pouze za podmínky, že takové práce nebude provedena někým jiným.

Úprava dodatečných stavebních prací v režimu obchodních podmínek P&DB a obchodních podmínek EPC v praxi (zejména v kontextu ZVZ) nepřináší aplikační problémy. Zásadně vzhledem k tomu, že konstrukce ceny předmětu díla je odlišná od obchodních podmínek CONS; nejedná se o cenotvorbu na základě principu měřené zakázky, v důsledku čehož nedochází k měření skutečně provedených prací. Rozhodující je i skutečnost, že podíl míry účasti zhotovitele na tvorbě projektových dokumentací všech stupňů je převažující. Právě změny v projektové dokumentaci v průběhu realizace projektu bývají nejčastěji příčinou provádění dodatečných stavebních prací.

4.1.2 Nárokování zvýšení ceny předmětu díla v důsledku provedení dodatečných stavebních prací

Současná úprava nárokování zvýšení ceny předmětu díla v důsledku provedení dodatečných stavebních prací, dle podmínek FIDIC, vychází z článku 20.1. Dle tohoto ustanovení je zhotovitel povinen takový nárok oznámit správci stavby s popisem skutečností nebo okolností pro vznik nároku. Lhůta pro doručení takového oznámení je stanovena jako 28 denní, počínaje dnem, kdy se zhotovitel dozvěděl, resp. mohl dozvědět o vzniku události nebo okolnosti zakládající nárok. Druhý odstavec uvedeného článku stanoví, že **nepředložení takového oznámení ve výše uvedené lhůtě znamená zánik nároku na dodatečnou platbu** a zbavuje objednatel veškeré odpovědnosti v souvislosti s jakýmkoli opožděně předloženým nárokem.

Toto ustanovení je velice často odbornou veřejností označováno jako neplatné pro rozpor se zákonem, s odkazem na ustanovení § 654 odst. 1,³⁰ kdy k zániku práva pro jeho neuplatnění může dojít pouze v případech uvedených zákonem, tzn., že smluvní prekluzi sjednávat nelze.³¹

Nicméně, i se znalostí výše uvedených názorů mám za to, že s tezí o absolutní neplatnosti (§ 580 OZ) ustanovení čl. 20. 1. „*v rozsahu týkajícím se zániku práva pro jeho včasné neuplatnění*“ není možné, bez dalšího souhlasit. Institutu zbavení veškeré odpovědnosti objednatele v souvislosti s jakýmkoli opožděně předloženým nárokem, lze rozumět jako institutu sui generis. Podle mého názoru není možné předmětné ustanovení čl. 20. 1. interpretovat jako „smluvní prekluzi,“ protože z textu předmětného ustanovení vyplývá pouze „zánik odpovědnosti v souvislosti s nárokem,“ tedy zánik nároku vzneseného v rozporu se lhůtou stanovenou dle ustanovení čl. 20. 1, nikoliv zánik práva jako takového. Svou konstrukcí se tedy tento institut blíží institutu promlčení, kdy při promlčení nezaniká právo jako takové, ale pouze nárok, tedy vynutitelnost práva prostřednictvím soudu, resp. jiného orgánu a právo dále existuje jako naturální. Nedodržením lhůty pro uplatnění nároku, tedy zaniká možnost nárok

30 Obdobné ustanovení bylo upraveno v § 583 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku. I toto ustanovení je s ohledem na zákon č. 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekonstrukce soukromého práva, doposud aktuální, a to vzhledem k tomu, že do ZVZ bylo vloženo specifické přechodné ustanovení, které se týká nedokončených zadávacích řízení. Touto novelou byla zodpovězena otázka právního režimu smluv uzavíraných na základě zadávacích řízení, která byla zahájena před nabytím účinnosti OZ, avšak nebyla do 31. 12. 2013 dokončena.

31 Viz. např. GRULICH, Tomáš. „FIDIC“ a úskalí jejich aplikace. *Právní rozhledy*. 2009. č. 7. str. 233 - 241. ISSN 1210-6410. s. 240. I s ohledem na tento prezentovaný názor, autor této práce, v rámci práva uchazeče na dodatečné informace dle ZVZ, vznesl dotaz na ŘSD ČR, a to v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky na stavební práce s názvem „D1 modernizace – úsek 9 EXIT 66 Locket – EXIT 75 Hořice. Otázka zněla, zda objednatel upravuje ve svém návrhu smlouvy o dílo smluvní prekluzi, v souvislosti s následujícím ustanovením návrhu smlouvy o dílo. Veřejný zadavatel doplnil čl. 8.3 Všeobecných obchodních podmínek staveb pozemních komunikací ve znění upraveném Zvláštními obchodními podmínkami o nový odstavec 4, ve kterém formuloval, že: „*Zhotovitel nebude oprávněn požadovat úhradu dodatečných nákladů v tom rozsahu, v jakém zhotovitel objednateli v souladu a ve lhůtách stanovených v tomto odstavci (tj. ve lhůtě do 21 dnů od oznámení objednatele o aktualizovaném odhadu objemu finančních prostředků, který má být objednateli poskytnut z rozpočtu SFDI anebo z jiných zdrojů v příslušném kalendářním roku či letech za účelem úhrady plateb zhotoviteli) neoznámil, že změna odhadu objemu finančních prostředků ve smyslu věty první tohoto odstavce povede k dodatečným nákladům.*“ Veřejný zadavatel, zastoupený advokátní kanceláří WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., výše uvedený odstavec, k dotazu uchazeče, zrušil.

vznesený podle ustanovení obchodních podmínek vymáhat způsobem určeným obchodními podmínkami.³²

Na podporu nezbytnosti takového ustanovení ve smlouvách o dílo, které reflektuje specifickou velikost stavebních projektů, a které by jistě ocenili všichni soudci rozhodující spor s odstupem několika let, může sloužit i rozhodnutí Nejvyššího soudu Falklandských ostrovů ve věci *A. G. Falkland Islands vs Gordon Forbes Construction (Falklands) Ltd*,³³ které v souvislosti se lhůtou pro uplatnění nároku uvádí, že: *nároky musí být oznámeny v době, kdy vznikly, s ohledem na to, že celý smluvní systém (myšleno FIDIC, pozn. autora) je zaměřen na brzké vyřešení jakéhokoli požadavku v době vzniku nároku, a s ohledem na vysokou míru pravděpodobnosti, že pracovní síly, odborníci a svědci jsou ještě stále na místě. Vše je navrženo tak, aby se zabránilo déletrvajícím sporům.*

V neposlední řadě v souvislosti s výše uvedenými námitkami je zapotřebí říci, že náš právní řád, v několika případech používá obdobnou konstrukci, a to dokonce u dispozitivních ustanovení. Tak například ustanovení § 2112 odst. 1, resp. § 2629 odst. 1 OZ koncipuje nemožnost se domoci svých práv z vadného plnění po uplynutí stanové doby soudní cestou, a to podobně jako u institutu promlčení. Na stejné logice je pak dále konstruováno i ustanovení § 2622 odst. 2 OZ, které stanoví, že *zhotoviteli zaniká nárok na určení zvýšení ceny, jestliže neoznámí nutnost překročení rozpočtované částky a vyšší požadovaného zvýšení ceny bez zbytečného odkladu poté, kdy se při provádění díla ukázala jeho nevyhnutelnost.*

Největší slabinou inkriminovaného ustanovení je, dle mého názoru, explicitní stanovení lhůty pro splnění notifikační povinnosti ohledně daného nároku. Z praxe je mi zřejmé, že v případě uzavírání poddodavatelství smluv dochází k přenesení rizik vyplývajících z investorských smluv na poddodavatele. Při rozsáhlých projektech není vzácné i několikanásobné vertikální řetězení poddodavatelů, v důsledku čehož v rámci

32 Obdobně např. KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2011. ISBN 978-80-7357-620-2. s. 116. Nebo nově ve vztahu k OZ: KLEE, Lukáš. Jsou podle příslušných ustanovení úpravy smlouvy o dílo v NOZ přípustná smluvní ujednání vedoucí k prekluzi v důsledku pozdního oznámení nároku? *Rekodifikace a Praxe*. 2013. č. 1. str. 28. ISSN 1805 – 6822.

33 Rozhodnutí Falkland Islands Supreme Court, soudce Sanders, ze 14. března 2003, [cit. 23.04.2014]. Dostupné z: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionLReport/AGFALKLANDS.pdf>.

minimalizace rizik vyššího dodavatele dochází k neustálému zkracování lhůty pro splnění této notifikační povinnosti. V některých případech je tato lhůta natolik krátká, kdy by, dle mého názoru, neobstála ve střetu se zásadou poctivého obchodního styku s ohledem na to, že její délka neodpovídá povaze daného právního poměru.

Závěrem je vhodné poznamenat, že v praxi jsem se nesešel s veřejným zadavatelem, který by namítal prodlení s notifikační povinností; nároky jsou uspokojovány bez ohledu na to, zda lhůta pro oznámení nároku byla dodržena nebo ne. V této souvislosti je pak, dle mého názoru, zapotřebí posuzovat aplikovatelnost ustanovení § 545 OZ, který stanovuje, že právní jednání vyvolává právní následky plynoucí i ze zavedené praxe stran.

Pro úplnost uvádím, že skutečně naměřené práce jednotkových a položkových cen, tedy změny v množství konkrétní položky v režimu obchodních podmínek CONS, které neřadíme mezi dodatečné stavební práce, z logiky věci nepodléhají režimu kapitoly 20 obchodních podmínek FIDIC. Tyto nároky (zejména nárok na navýšení ceny předmětu díla a nárok na případné prodloužení doby provádění díla) uspokojuje objednatel „ex officio,“ tj. bez dalších nutných kroků zhotovitele.

4.2 Změna předmětu díla a její dopad do ceny v režimu zákona o veřejných zakázkách

Kontrakční proces je v oblasti veřejného zadávání podrobně regulován, přičemž tato regulace nekončí uzavřením samotné smlouvy. I ve fázi realizace daného projektu, je zadavatel do určité míry zákonodárcem limitován, což smluvním stranám neumožňuje svým závazkovým poměrem volně nakládat dle své libosti. S účinností od 1. dubna 2012 zákonodárce explicitně stanoví pravidla pro možné změny smlouvy, kterou zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem.³⁴ Zadavateli je zapovězeno umožnit podstatnou změnu smlouvy; za podstatnou změnu se považuje i taková změna, která by rozšířila předmět veřejné zakázky. Tímto ustanovením však není dotčeno právo zadavatele zadávat dodatečné stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění. V zásadě lze konstatovat, že explicitní právní úprava je kodifikací rozhodovací praxe Úřadu,³⁵

³⁴ Podle ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu změn práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem.

³⁵ Srovnej např. rozhodnutí Úřadu ze dne 20. srpna 2007, č. j.: R087/2007/02-14942/2007/310-Hr.

kteřá je inspirována zejména rozsudkem Soudního dvora Evropské Unie ze dne 19. 6. 2008 ve věci C – 454/06 Pressetext Nachrichtenagentur v Austria. V tomto rozhodnutí Soudní dvůr Evropské Unie definoval základní zásady pro modifikaci obsahu již uzavřené smlouvy. „Povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu se zadáním a vybranou nabídkou je nutno chápat funkčně, tedy že po celou dobu realizace veřejné zakázky musí být tato smlouva v souladu s původními zadávacími podmínkami a podanou vítěznou nabídkou, jinými slovy, že veřejná zakázka musí být realizována za podmínek, které byly sjednány v rámci zadávacího řízení (zveřejněním zadávacích podmínek a podáním vybrané nabídky), a nikoliv za podmínek, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky zadavatelem libovolně a svévolně měněny. Opačný výklad ustanovení § 66 odst. 2 ZVZ by zásadním způsobem zpochybnil smysl celého zadávacího řízení a potažmo zákona, neboť by umožňoval stranám smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky měnit formou dodatků podmínky, za kterých byla zakázka zadána, a výsledky zadávacího řízení by se tak fakticky staly pro zadavatele zcela nezávazné.“³⁶

4.2.1 Dodatečné stavební práce

Dodatečné stavební práce bývají zpravidla s oblibou zadávány v jednacím řízení bez uveřejnění v souladu s ustanovením § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. Jedná se o druh zadávacího řízení, který umožňuje zadavateli zadat veřejnou zakázku nejjednodušším a minimálně formálním způsobem. Užití tohoto druhu zadávacího řízení je proto vázáno na splnění taxativně stanovených omezujících podmínek dle ustanovení § 23 ZVZ, aby tento typ zadávacího řízení nebyl zneužíván.

V případě aplikace jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení §23 odst. 7 písm. a) ZVZ je zapotřebí splnit několik zákonem předvídaných podmínek, a to kumulativně. V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce, jestliže jde o dodatečné stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku **objektivně nepředvídaných okolností**, a jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací. Tyto dodatečné stavební práce pak musí být zadány témuž dodavateli, který již provádí původní veřejnou zakázku, přičemž jejich celkový rozsah **nesmí překročit 20% ceny** původní veřejné zakázky. V neposlední řadě se musí jednat o takové dodatečné stavební práce,

³⁶ Citováno z rozhodnutí Úřadu ze dne 29. května 2012, č.j.: S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé.

kteře nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, případně takové dodatečné stavební práce, které jsou technicky či ekonomicky oddělitelné, ale jsou zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky.

Zejména zadávání dodatečných stavebních prací v režimu ustanovení § 23 odst. 7 písm.

a) ZVZ, resp. splnění výše uvedených kumulativních podmínek, se v poslední době stalo vděčným společenským tématem. Při realizaci výstavbových projektů se mnohdy stává, že splnění podmínek užití jednacím řízení bez uveřejnění je zkoumáno až ve fázi, kdy jsou dodatečné stavební práce již provedeny.³⁷ V takovém případě, pakliže se v konečném důsledku ukáže, že provedené dodatečné stavební práce nelze subsumovat pod kategorii prací způsobilých k zadání v jednacím řízení bez uveřejnění, se jedná o patovou situaci, pro kterou neexistuje právní řešení. Zástupci zadavatelů jsou v takových případech logicky neochotni uzavírat dodatky ke smlouvám, které by legalizovaly provedení dodatečných stavebních prací, a to vzhledem k tomu, že by se vystavili riziku trestněprávního stíhání pro spáchání trestného činu porušení povinnosti při správě cizího majetku z nedbalosti (zadání dodatečných stavebních prací v rozporu s ZVZ) eventuálně trestného činu podvodu.³⁸ Na druhou stranu neuzavření takového dodatku, pakliže existoval pokyn k provedení dodatečných prací, může znamenat oprávněné přerušení provádění prací ze strany zhotovitele (např. dle kapitoly 16 obchodních podmínek CONS). S přerušením prací jsou téměř zákonitě spojeny vícenáklady, které jsou přímo úměrné velikosti prováděného projektu. I v tomto případě, zavedl-li zástupce zadavatele např. příčinu přerušení provádění prací, je opět vystaven riziku trestněprávního postihu. Zejména v důsledku této potencionální křížové trestněprávní odpovědnosti jsme v současné době svědky paralyzace některých

37 Tak například Nejvyšší kontrolní úřad ve své informaci z kontrolní akce NKÚ č. 11/16 - 2011 (peněžité prostředky určené na výstavbu silničního okruhu kolem hlavního města Prahy) konstatuje, že změny a jejich ocenění byly oprávněným zaměstnancem ŘSD většinou schváleny až po jejich realizaci; na stavbě R1 513 Vestec – Lahovice byly realizovány vícepráce, které činily 91% smluvní ceny vzešlé ze zadávacího řízení. V jiné své informaci Nejvyšší kontrolní úřad zase konstatuje (informace z kontrolní akce NKÚ č. 13/14 - 2013 (peněžité prostředky určené na modernizaci železniční sítě)), že postup zadavatele při zadání dodatečných stavebních prací (zejména důvod, rozsah a cena prací) byl dokladován až zpětně po jejich provedení).

38 Viz např. BOŘÍKOVÁ, Hana. Tepláková atmosféra na radnici. *EURO*. 2013. č. 10. str. 6-7, ISSN 1212-3129. Nebo BOŘÍKOVÁ, Hana. Bohuslavova volba. Stavba tunelu Blanka uvízla v pasti. Miliardy navíc se možná prostavěly v rozporu se zákonem. *EURO*. 2013. č. 19. str. 18-24, ISSN 1212-3129.

strategických staveb v Praze, jako je například tunelový komplex Blanka nebo realizace Trojského mostu přes Vltavu. Vedle trestněprávních sankcí se mnohdy zadavatel vystavuje riziku i správního trestání. Tak například zejména liniové stavby jsou u nás financovány prostřednictvím prostředků poskytnutých ze Státního fondu dopravní infrastruktury. Zadá-li zadavatel vícepráce v rozporu se závaznými postupy stanovenými ZVZ, může být takové jednání kvalifikováno jako porušení rozpočtové kázně podle zákona o rozpočtových pravidlech. Potencionálních správních sankcí je však celá řada. Samotný Úřad disponuje celou škálou takových nástrojů, od možnosti udělit pokutu, až po možnost, uložit zákaz plnění smlouvy. Vedle veřejnoprávní odpovědnosti připadá do úvahy i odpovědnost soukromoprávní. Jakkoli je materie odpovědnosti zadavatele zajímavá, není však tématem této práce.

Smlouvy o dílo v režimu obchodních podmínek CONS jsou koncipovány tak, že k samotnému provedení prací ve větším rozsahu, než jaký byl uveden v soupisu prací, postačuje pouze souhlas samotného správce stavby. Mnohdy pak dochází i k situaci, že správce stavby nemá jinou možnost, než takové navýšení odsouhlasit, s ohledem na fakt, že jsou nezbytné k řádnému provedení díla. Jejich odsouhlasení je pak jen formalitou, neboť jejich provedení předvídá smlouva sama (obchodní podmínky CONS, na rozdíl od ZVZ, nepovažují změny v množství jednotlivých položek za změnu). Pakliže správce stavby následně tyto dodatečné stavební práce potvrdí v potvrzení o dílčím plnění, pak zajisté vznikne objednateli povinnost tyto vícepráce uhradit, a to v souladu s maximou pacta sunt servanda, dokonce i bez ohledu na limit stanovený veřejnoprávní normou.

Řešením patových situací v poslední době nesvědčí ani některé rigidní závěry Úřadu, které se opírají o pozitivistický výklad podmínek užití jednacního řízení bez uveřejnění a které jsou v některých případech potvrzeny i ze strany soudu. Příkladem takového výkladu může být otázka posouzení, zda potřeba dodatečných stavebních prací, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností. Odpovědí na tuto otázku se zabýval i Nejvyšší správní soud, při posuzování postupu zadavatele, který mezi objektivně nepředvídatelné okolnosti subsumoval i vady projektové dokumentace. Nicméně Nejvyšší správní soud, který svým rozhodnutím potvrdit názor Úřadu a krajského soudu, se s takovým názorem neztotožnil. Dle jeho názoru *v případě, že zadavatel připraví neúplnou či dokonce*

chybnou projektovou dokumentaci, nelze tuto chybu zhojit za pomoci postupu, který zákon umožňuje pouze v případě víceprací.³⁹ V těchto případech se pak zadavatelé nemohou spolehnout ani na renomované komentáře k ZVZ, kdy například Radek Jurčík uvádí, že příkladem zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění mohou být dodatečné stavební práce, vzniklé po zadání stavební zakázky v důsledku např. chyby projektanta, který do výkazu výměr nezahrne některé položky, které jsou nezbytné pro realizaci stavební zakázky.⁴⁰

Dalším zásadním problémem je výše uvedený limit,⁴¹ stanovený pro rozsah dodatečných stavebních prací, který nesmí překročit 20% ceny původní veřejné zakázky a který se v praxi jeví jako zcela nedostačující. Zajímavá je v této věci komparatistika naší úpravy se směrnicí 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, která ve svém článku 31 stanovuje, že souhrnná hodnota zakázek zadaných na dodatečné stavební práce nesmí překročit 50% částky původní zakázky.⁴² Vzhledem k odlišně stanoveným limitům se nabízí otázka, zda se zákonodárce nedopustil tzv. přesahující transpozice dané směrnice. Například v minulosti byla podrobována kritice přesahující transpozice právě v oblasti úpravy veřejného zadávání, kdy např. Richard Král⁴³ uvádí jako příklad, kdy k přesahující transpozici bylo přistoupeno zcela zbytečně a bezdůvodně, novelu tehdy účinného zákona o zadávání veřejných zakázek, kterou byly (tehdy) komunitárnímu režimu podrobeny i zakázky, které svou hodnotou

39 Rozhodnutí NSS 1 Afs 23/2012 – 102 ze dne 28.11.2012, které potvrdilo závěry rozhodnutí Úřadu ze dne 29.9.2010, č.j.: R56/2010/VZ-14509/2010/310/PMo a rozhodnutí Krajského soudu v Brně č.j.: 62 Af 72/2010-138. V obdobné skutkové věci se shodným závěrem rozhodl Úřad i ve svém rozhodnutí č.j.: R75/2012/VZ-9879/2012/310/JRa.

40 JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách*. Komentář. 2. vydání. Praha: C.H.Beck. 2011. 712 s. ISBN: 978-80-7400-329-5. str. 178.

41 Tak např. viz. BOŘÍKOVÁ, Hana. Tak trochu jiná silnice. Příliš benevolentní výklad zákona o veřejných zakázkách bude u části Pražského okruhu bolet. *EURO*. 2012. č. 46. str. 34 – 35. ISSN 1213-6913. Nebo viz. BOŘÍKOVÁ, Hana. Bémův most. Vybudování Trojského mostu přijde oproti plánům na trojnásobek. *Metrostav se brání, že levněji atypickou konstrukci postavit nešlo*. *EURO*. 2013. č. 19. str. 25, ISSN 1212-3129.

42 Ustanovení § 58 písm. i) zákona č. 25/2006 Z.z., o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktoré upravuje podmienky Priameho rokovacieho konania bez zverejnenia, do 30.6.2013 stanovilo limit pro doplňující stavební práce na 50% hodnoty původní smlouvy. Tento limit byl však s účinností ke dni 1.7.2013 upraven zákonem č. 95/2013 Z.z. na 20% hodnoty původní smlouvy. Se stejným limitem, tedy 50% částky původní zakázky počítá i návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o zadávání veřejných zakázek (COM (2011) 0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)).

43 KRÁL, Richard. *Transpozice a implementace směrnic ES v zemích EU a ČR*. Praha: C.H.Beck. 2002. 168 s. ISBN: 80-7179-688-3. s. 52.

nespadají do působnosti směrnic o veřejných zakázkách.⁴⁴ I Metodické pokyny pro zajišťování prací při plnění legislativních závazků vyplývajících z členství České republiky v Evropské unii, (tj. usnesení vlády č. 1304 ze dne 12. 10. 2005, ve znění změn usnesením č. 1344 ze dne 26. 10. 2009) stanoví v čl. 20, že „*Odchýlení od ustanovení směrnice je možné, pokud takový postup právo Evropské unie výslovně umožňuje nebo pokud to z jeho povahy vyplývá.*“ Zákonodárce pak pro potencionální dodatečné stavební práce, které by překročily 20% ceny původní veřejné zakázky (samozřejmě do 50% ceny původní veřejné zakázky), stanovuje přísnější režim. Jakkoli se motiv zákonodárce může zdát osvícený (snaha o konkurenční tlak vyplývající z férové hospodářské soutěže, který zajistí pro zadavatele nejvhodnější nabídku), může jít dle výše uvedené logiky o přesahující transpozici. Určitě by v této souvislosti byla zajímavá obrana zadavatele, který by například čelil postihu ze strany Úřadu, právě pro překročení stanoveného limitu.

Ve vztahu k výše uvedenému limitu je v neposlední řadě zapotřebí ještě uvést, že zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty dodatečných stavebních prací nemůže kalkulovat s odečtem hodnoty tzv. méněprací (část veřejné zakázky vymezená v původních zadávacích podmínkách, která nebude realizována). Toto výkladové stanovisko Úřadu k zadávání víceprací bylo potvrzeno pravomocným druhostupňovým rozhodnutím Úřadu.⁴⁵ Obecně méněpráce ale nelze zaměňovat s institutem oprávněného odpočtu záměny prací (tzv. oprávněný odpočet), který je ze strany Úřadu tolerován, pakliže potřeba záměny prací a materiálů vyvstala nezávisle na vůli objednatele, aniž by ji mohl jakkoliv ovlivnit.⁴⁶ Dalším, ve vztahu k zákonnému limitu relevantním institutem, je institut rozpočtové rezervy, který se v praxi objevuje zejména pro potřeby případného financování předpokládaných i nepředpokládaných výdajů spojených s realizací veřejné zakázky. Tuto rezervu však nelze zahrnovat do ceny původní veřejné zakázky, ze které je pak stanovený 20% limit pro dodatečné stavební práce.

44 Jednalo se tehdy o implementaci a) Směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, b) Směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce a c) Směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek v oblastech vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací, ve znění směrnice Rady 98/4/ES a směrnice Komise 2001/78/ES.

45 Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 10.6.2010, č.j.: R185/2009/VZ-6185/2010/310/Eku.

46 Tamtéž.

V případě obchodních podmínek FIDIC, resp. obchodních podmínek CONS je zapotřebí mít na paměti, že tyto obchodní podmínky definují změnu odlišně od ZVZ, což přináší zajímavé konsekvence v procesu veřejného zadávání. Obchodní podmínky CONS na práce provedené na základě smlouvou předvídaného postupu nepohlížejí na jako změnu. Pod tuto kategorii prací bychom tedy dle obchodních podmínek CONS nemohli subsumovat „změny“ v množství kterékoli položky, kdy dle čl. 12.3 může dojít k jinak naměřenému skutečnému množství v rámci určité položky. Opačný pohled na tuto problematiku má zákonodárce, který i na tuto specifickou subkategorii pohlíží jako na dodatečné stavební práce, a to mnohdy k nelibosti některých autorů.⁴⁷ Tomuto výkladu se alespoň teoreticky přizpůsobuje i Ředitelství silnic a dálnic ČR, které svou směrnicí⁴⁸ definuje vícepráce pro účely jejich zadávání jako *„stavební práce neuvedené v soupisu prací – výkazu výměr, u kterých dodatečně vznikne potřeba jejich provedení, nebo stavební práce uvedené v soupisu prací – výkazu výměr, u kterých dodatečně vyjde najevo, že mají být provedeny ve větším rozsahu, než jaký byl uveden v soupisu prací – výkazu výměr ke dni podpisu smlouvy.“*

Za určitých okolností lze uvažovat i o zadávání dodatečných stavebních prací v režimu ustanovení §23 odst. 4 písm. b) ZVZ. Pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení je nutné splnění tří podmínek, a to a) existence krajně naléhavého případu, b) nepředvídatelná situace, kterou zadavatel nezpůsobil a c) veřejnou zakázku nelze zadat z časových důvodů v jiném zadávacím řízení. *Krajně naléhavý případ znamená, že se musí objektivně jednat o události výjimečné povahy, které ve svém důsledku vyvolají mimořádné řešení vzniklé situace, odchylující se od obecných či standardních postupů souvisejících se zadáním veřejné zakázky. Obecně půjde o situace, které v sobě zahrnují prvek naléhavosti, tzn. situace, jež jsou svou povahou akutní, havarijní či přímo krizové, přičemž prvek naléhavosti objektivně dosahuje značné (krajní) intenzity. Z tohoto pohledu se tedy jedná o případy bezprostředního ohrožení života, zdraví, majetku či životního prostředí. Konkrétně se může jednat o*

47 Tak např. Lukáš Klee k této problematice uvádí, že: *„V důsledku rigidních výkladů se v praxi setkáváme dokonce s tím, že se měření skutečně provedených prací daných jednotkových a položkových cen podřizuje kategorii dodatečných stavebních prací.“* in: KLEE, Lukáš. Smluvní podmínky FIDIC. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2011. str. 456. ISBN 978-80-7357-620-2. s. 31.

48 Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2011 – Zadávání dodatečných stavebních prací podle zákona č. 137/2008 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

*okolnosti „vis maior“, jako jsou např. přírodní katastrofy, a živelné pohromy, náhle nepředvídatelné havarijní situace nezpůsobené zadavatelem, hrozící neodvratitelná závažná škoda nebo škoda velkého rozsahu.*⁴⁹ Nepředvídatelná situace, která není způsobená zadavatelem, je taková situace, kdy jednání zadavatele, resp. nejednání zadavatele tam, kde jednat mohl nebo jednat měl, není v příčinné souvislosti s existencí krajně naléhavého případu. Naplnění třetí podmínky tzn., že veřejnou zakázku nelze zadat z časových důvodů v jiném zadávacím řízení, musí být prokázáno zadavatelem.

4.2.2 Nárokování zvýšení ceny předmětu díla v důsledku provedení dodatečných stavebních prací

Jakkoliv hmotněprávní podmínky požadované ZVZ pro zadání dodatečných stavebních prací působí na první pohled velice složitě, a jsou formulovány i prostřednictvím rozhodovací praxe Úřadu, procesní část jejich zadání je jednoduchá a může být ryze neformální. ZVZ nepožaduje pro aplikaci takového zadání žádné složité formální náležitosti, krom písemného soupisu dodatečných stavebních prací a odůvodnění nezbytnosti takto zadaných stavebních prací včetně ceny. S účinností od 1. dubna 2013 zákonodárce upustil od požadavku písemné výzvy k jednání dle ustanovení § 34 ZVZ, která je pro jednací řízení bez uveřejnění typická. S ohledem na tuto novelizaci lze konstatovat, že zákonodárce přizpůsobil text ZVZ dané realitě. Již výše jsem uvedl, že fyzická realizace dodatečných stavebních prací mnohdy v praxi předbíhá jejich formální zadání. Specifika některých technologicky a časově náročných stavebních projektů akceptoval i Úřad, který fakticky tiše přihlížel provádění dodatečných stavebních prací před ukončením tohoto typu zadávacího řízení. V celé řadě případů byla výzva k jednání doručována až po skutečném provedení dodatečných prací, kdy byly dodatečně provedené práce nárokovány ze strany zhotovitele ex post, v rámci tzv. claimového řízení.

Oproti písemné výzvě je tedy požadován písemný soupis dodatečných stavebních prací a odůvodnění nezbytnosti takto zadaných stavebních prací včetně ceny. Z textu ZVZ nevyplývá, že postup zadavatele při zadávání víceprací by měl být dokladován až zpětně po jejich provedení. Nicméně lze očekávat, že v případě výstavbových projektů typu liniových staveb tomu nebude jinak.

⁴⁹ Rozhodnutí Úřadu ze dne 7.9.2007, č.j.: S195/2007-16456/2007/540-Der.

Fyzické realizaci dodatečných stavebních prací však v praxi vždy předchází pokyn k jejich provedení. Tak například k provedení prací, v důsledku kterých dochází ke zvýšení rozsahu stavebních prací oproti původnímu rozsahu uvedeného v soupisu prací – výkazu výměr, správce stavby není, v případě ŘSD ČR, povinen žádat objednatele o souhlas k udělení tohoto pokynu a pokyn uděluje prostřednictvím stavebního deníku. V případě dodatečné stavební práce neuvedené v soupisu prací – výkazu výměr, u kterých dodatečně vznikne potřeba jejich provedení, je pak správce stavby povinen si vyžádat souhlas zástupce objednatele. V tomto druhém případě má většinou pokyn formu změnového listu.

5. KATEGORIZACE ZMĚN

Výstavbové projekty, zejména pak dopravní liniové stavby jsou mnohdy charakteristické svým rozsahem, složitostí podmínek, za kterých jsou realizovány, a dále pak v neposlední řadě i délkou realizace. Právě pak z těchto důvodů jsou stavby doprovázeny v průběhu jejich realizace celou řadou změn. V praxi se nejčastěji setkáváme se změnami, které vzniknou v důsledku a) pokroku vývoje techniky, případně technologie stavebních postupů, b) změny právních předpisů, c) požadavků dotčených orgánů státní správy podílejících se na povolování stavby, d) změny přírodních podmínek (např. geologického podloží) v porovnání se známým stavem v době přípravy projektu, e) value engineeringu.

I s ohledem na vyvíjející se rozhodovací praxi Úřadu ve věci zadávání víceprací, hledají zadavatelé cestu jak efektivně, to je v co nejkratším termínu a bez vzniku potencionální újmy (bez vlivu na probíhající stavbu), zadávat dodatečné stavební práce. V poslední době je ražen trend tzv. kategorizace změn, jehož průkopníky jsou zejména Ředitelství silnic a dálnic ČR⁵⁰ státní příspěvková organizace zřízená Ministerstvem dopravy ČR a hlavní město Praha. Kategorizace jednotlivých změn by se pak měla stát určitým manuálem určeným pro zástupce zadavatelů, za účelem minimalizace rizik spojených s potencionální odpovědností zadavatele tak, jak byla nastíněna výše. V zásadě by se tedy mělo jednat o manuál, jehož hlavním úkolem je předejít patovým situacím nastíněných v úvodu této práce. Pro účely této práce je pak níže uvedená kategorizace změn shrnutím zadávání prací nezbytných pro dokončení realizovaného projektu (tedy nikoli pouze zadávání dodatečných stavebních prací tak, jak jim rozumí ZVZ) a zároveň odpovědí na otázku, které práce musejí být zadány v některém ze zadávacích řízení a které nikoli. Dále pak odpovědí i na otázku, které práce jsou, resp. nejsou způsobilé k zápočtu do limitu 20% přijaté ceny stavby, pakliže je uvažováno jako zadávací řízení jednacím řízením bez uveřejnění, v režimu ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ.

⁵⁰ Kategorizaci víceprací u Ředitelství silnic a dálnic ČR upravuje směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2013 – Změny staveb, účinná od 21.10.2013, jejímž obsahem jsem se nechal inspirovat při tvorbě vlastní kategorizace.

Kategorie I – položky zahrnuté ve změnách jako položky identické s položkami původního soupisu prací

Pro změny řazené do této kategorie je charakteristické, že pro uvažovanou změnu se počítá s položkou identickou, s položkou původního soupisu prací (soupisem prací pro účely této kategorizace se rozumí položkový soupis prací, dodávek a služeb s výkazem výměr s uvedením jejich předpokládaného množství, které stanovil objednatel a které byly oceněny zhotovitelem při podání nabídky), se stejnou měrnou jednotkou a se stejnou jednotkovou cenou. V těchto případech je (za předpokladu, že by se položka objevila v průběhu provádění stavby opakovaně) **množství nové položky, resp. položek vzájemně započitatelné vůči množství položky uvedené v soupisu prací, a to až do hodnoty, které nepřesahuje původní množství položky uvedené v soupisu prací.** Podmínkou takového postupu je, že položky jsou provedeny v souladu s původní projektovou dokumentací, případně v nepatrně odlišném kontextu. Z logiky věci je pak patrné, že aplikace této kategorie je možná pouze v případě, když je v rámci jednoho stavebního objektu, případně provozního souboru zpracováno více změn. Při posuzování druhé a další změny u téhož stavebního objektu nebo provozního souboru je třeba u těchto vyhledat a porovnat položky, které byly uvedené v soupisu prací (nikoliv položky nové), s položkami, které se ve změnových soupisech prací změn vyskytují se stejnou měrnou jednotkou i stejnou jednotkovou cenou a ověřit, zda a v jakém množství se vyskytují ve všech předchozích změnách. **Množství přesahující původní výměru položky soupisu prací bude řazeno do jiné kategorie.**

V praxi se setkávám i s odvážnějšími výklady, kdy k takovýmto „přesunům“ výměr položek soupisu prací se stejnou měrnou jednotkou a stejnou jednotkovou cenou, za splnění výše uvedených podmínek, dochází napříč více stavebních objektů, resp. provozních souborů. Samozřejmě za předpokladu výskytu stejné položky v obou stavebních objektech, resp. provozních souborech, v rámci nichž dochází ke vzájemnému zápočtu. I v tomto případě pak platí, že limitem je vždy původní výměra položky daného objektu nebo souboru. Nicméně s ohledem na možnost zápočtu výměr napříč více objektů nebo souborů, přináší tento výklad obrovský potenciál

Kategorie II - dodatečné stavební práce podle ustanovení § 23 odst. 4 ZVZ

Jedná se o práce, které mohou být splněny z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem nebo o práce, které je nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.

Podmínkám pro zadání stavebních prací v režimu ustanovení § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ jsem se podrobně věnoval v kapitole 4.2.1 této práce. V případě provádění výstavbových projektů se nejčastěji bude jednat o nové práce zadávané v časové tísní, jejichž účelem je zabránit vzniku bezprostředně hrozící havárie nebo škody, případně odstranění jejich následků, odstranění následků extrémně nepříznivých povětrnostních podmínek, pokud hrozí vznik dalších škod (např. odstranění nebezpečných škod na pozemních komunikacích, které jsou životu nebezpečné, obnovení dodávek plynu či elektřiny po povodních apod.)

I přesto, že tyto práce musí být zadávány v souladu se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (což zpravidla předpokládá oslovení více potencionálních dodavatelů a uzavření samostatné smlouvy o dílo), není vyloučeno, že tyto práce budou zadány stávajícímu zhotoviteli, a to jako dodatečné stavební práce formou uzavření dodatku ke smlouvě o dílo.

Jiným druhem prací jsou práce uvedené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, kdy se nutnost jejich provedení může objevit až v průběhu výstavby, které však mohou být plněny pouze určitým dodavatelem, disponujícím příslušným oprávněním nebo speciálními technologiemi podle zvláštního předpisu. Příkladem pak může být likvidace nebezpečných látek, ekologických zátěží apod., zjištěných v průběhu realizace, a to pomocí technologie, kterou disponuje pouze jeden dodavatel atd.

Tyto případy budou v praxi zcela výjimečné. Jedná se o nové práce, které nebyly zahrnuty v zadávací dokumentaci, avšak jsou nezbytné pro dokončení výstavbového projektu. Pakliže nastanou, je zapotřebí je zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění. Tyto práce však nejsou limitovány žádnou hodnotou; 20% limit uvedený v ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) se v těchto případech neaplikuje.

Kategorie III - dodatečné stavební práce podle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ

Podmínkám pro zadání stavebních prací v režimu ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ jsem se v obecné rovině podrobně věnoval v kapitole 4.2.1 této práce. V kontextu velkého výstavbového projektu, který je realizován v režimu smlouvy o dílo, jejíž cena odpovídá principu měřené zakázky (např. i v režimu obchodních podmínek CONS), lze za dodatečné stavební práce této kategorie, které nebyly objektivně předvídané, považovat následující subkategorie:

1. Doměrky. Jedná se o změny v množství jednotlivých položek nad rámec předpokládaného množství uvedeného v soupisu prací, zejména v důsledku zpracování vyššího stupně projektové dokumentace (zpravidla se jedná o zpracování dokumentace pro provedení stavby, která vychází z dokumentace po zadání stavby nebo realizační dokumentace stavby, která upřesňuje dokumentaci pro provedení stavby – jedná se o dokumentaci, která upřesňuje dokumentaci pro provádění stavby zejména z hlediska použitých materiálů, dodatečných průzkumů, apod.), dále v důsledku upřesňování použité technologie, upřesňování druhů materiálů, provedení podrobných statických výpočtů, zpracování detailních konstrukčních a výrobních výkresů, provedení podrobných doplňujících průzkumů, případně i v důsledku optimalizace konstrukcí na základě zkušeností zhotovitele (value engineering dle čl. 13.2 obchodních podmínek CONS), případně v důsledku porovnání faktického stavu na staveništi oproti předpokladu dle projektové dokumentace pro provedení stavby. Z logiky věci se nikdy nemůže jednat o podstatnou změnu ve smyslu ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ, tedy, že by v důsledku změny došlo k odlišnému způsobu provádění výstavbového projektu, který by mohl mít vliv na pořadí nabídek jednotlivých uchazečů. Dále se nemůže jednat o změnu v důsledku chyby v projektové dokumentaci; projektová dokumentace zpracovaná v souladu s právními předpisy, technickými normami, zavedenou odbornou praxí a s vynaložením potřebné míry pečlivosti, je prvotním předpokladem uvažování o této subkategorii změny. Jak v této souvislosti potvrdil i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí 1 Afs

23/2012 – 102 ze dne 28. 11. 2012, chybu v projektové dokumentaci, nelze zhojit za pomoci postupu, který zákon umožňuje v případě zadávání víceprací. **V zásadě se tedy bude vždy jednat o nepodstatné rozdíly mezi hodnotami předpokládanými a hodnotami skutečnými.** Ceny doměrků, ať už půjde o kladné hodnoty, tj. vícepráce nebo záporné hodnoty, tj. méněpráce se započítají do ceny výstavbového projektu. Dle metodického pokynu Úřadu⁵¹ do limitu 20 % přijaté ceny stavby lze započítávat pouze cenu víceprací. Posouzení skutečnosti, zda se jedná o doměrek, případně že rozdíl vznikl z jiného důvodu (např. v důsledku chyby projektové dokumentace), není možné bez znalosti konkrétního stavu posuzovat. Takové rozhodnutí bude vždy na zadavateli, který jej bude muset být schopen odůvodnit, případně obhájit. Tak, aby nebyla ohrožena plynulost provádění výstavbového projektu, lze doporučit, aby tato subkategorie prací byla prováděna před ukončením jednacího řízení bez uveřejnění (v režimu obchodních podmínek CONS na základě souhlasu správce stavby). Samozřejmě, že takovému postupu musí předcházet důkladná znalost prováděného projektu, aby například nedošlo k překročení zákonného limitu. Logika doměrků jako dodatečných stavebních prací sice bourá logiku principu měřené zakázky, nicméně za současné právní legislativy nezbyvá nic jiného než se legislativnímu stavu přizpůsobit.

2. Změna legislativy. V průběhu výstavbových projektů typu liniových staveb se nezřídka může stát, že dojde ke změně závazné legislativy. Nicméně aby stavba vyhověla aktuální platné legislativě, tedy aby mohl být udělen kolaudační souhlas a aby následně mohla být převzata a uvedena do provozu, je nezbytné provádění stavby nové legislativě přizpůsobit. V praxi se v tomto případě nejčastěji jedná o změnu státní technické normy, v důsledku čehož dochází ke změně technických kvalitativních podmínek objednatele, nicméně nelze vyloučit změnu ani jiných závazných předpisů. Obchodní podmínky FIDIC předvídají

⁵¹ Metodický pokyn Úřadu pro zadávání víceprací dostupná na: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky.html>.

změny předmětu díla v důsledku změny práva ve svém čl. 13.7. Rozhodným dnem pro tyto skutečnosti je 28. den před dnem podání nabídek. Dojde-li v průběhu realizace projektu, počínaje rozhodným dnem, ke změně v důsledku změny legislativy, vzniká zhotoviteli claim na potencionální prodloužení doby provádění a dále claim na úhradu vynaložených nákladů spojených s touto změnou (nikoli na úhradu zisku). Vedle výše uvedených legislativních změn provádění projektu může ovlivnit i případná změna interní legislativy správce sítě, případně budoucího provozovatele, který by v případě její neaplikace nepřevzal dokončené dílo do užívání. Taková iniciace změny však vyvolá otázku, kdo bude investorem takové změny, tedy zda by taková změna neměla být hrazena mimo rozpočet stavby, tedy z prostředků toho, kdo změnu vyvolal.

3. Změny vyvolané požadavky státních orgánů případně místními samosprávami. Jedná se o změny, které vyplývají z dodatečných požadavků státních orgánů a které jsou vzneseny až v průběhu výstavby. Nejedná se o situace, které nastávají velice často, ale z praxe mohou potvrdit, že zejména stavební úřady jsou schopny i v průběhu provádění stavby doplnit podmínky stavebního povolení. Častěji se pak v praxi objevují nepředvídatelné uzavírky, zejména místních komunikací, v důsledku čehož dochází ke změně trasy zásobování stavby a samozřejmě vynakládání vyšších nákladů.
4. Změny vyvolané dodatečnými průzkumy. V této souvislosti se jedná zejména o dodatečné geotechnické a geologické průzkumy, které se provádějí již po uzavření smlouvy za účelem důkladného analyzování podmínek pro provádění projektu. Neobjektivní průzkumy v praxi bývají nejčastější příčinou patových situací, kdy z dodatečných průzkumů vyjde najevo, že je nutné přistoupit například ke změně technologického postupu. V takovém případě by však vůbec nemohla být taková změna procesována v režimu jednacího řízení bez uveřejnění a připadalo by do úvahy pouze nové zadávací řízení, nejčastěji otevřené, případně užší řízení. Tyto změny ani nepředpokládají případné chyby v průzkumech.

V těchto případech by totiž byly dozajista aplikovatelné závěry Nejvyššího správního soudu ohledně chyb v projektové dokumentaci, kterým jsem se věnoval výše.

5. Nepředvídatelné demoliční práce a rekonstrukční práce. Pro tyto dodatečné změny je charakteristické, že byly opomenuty při zpracování dokumentace pro provedení stavby vzhledem k tomu, že v době jejich zpracování chyběla projektová dokumentace skutečného provedení. I přesto, že se při zadávání těchto prací vycházelo z určitého průzkumu, v konečném důsledku se může ukázat, že rozsah prací je odlišný od předpokladu dle dokumentace pro provedení stavby. Obdobné problémy mohou nastávat u veřejných zakázek na rekonstrukční práce.

Kategorie IV – claimy zhotovitele vyplývající z odpovědnosti objednatele

V průběhu realizace výstavbového projektu se objevují i nároky zhotovitele, které vznikají v důsledku porušení smluvní nebo jiné povinnosti objednatele, resp. v důsledku prodloužení doby výstavby se splněním některé z jeho povinností. Nároky zhotovitele mohou být různého typu. Tak například obchodní podmínky FIDIC nejčastěji zmiňují nárok na prodloužení doby výstavby a dále pak nárok na úhradu účelně vynaložených nákladů ze strany zhotovitele, resp. nárok na úhradu účelně vynaložených nákladů ze strany zhotovitele včetně výrobních a správních režii zhotovitele, resp. nárok na úhradu účelně vynaložených nákladů ze strany zhotovitele včetně výrobních a správních režii zhotovitele a včetně přiměřeného zisku zhotovitele, který zpravidla odpovídá dvacetině účelně vynaložených nákladů. Skutečná výše daného finančního nároku, tedy posouzení, zda je zhotovitel oprávněn vedle účelně vynaložených nákladů nárokovat i správní a výrobní režie, resp. přiměřený zisk, je pak přímo úměrná míře porušení povinnosti ze strany objednatele a je vždy explicitně upravena v obchodních podmínkách.

V určitých případech se ale může jednat o vynakládání prostředků ze strany objednatele, nikoli v důsledku porušení jeho povinnosti, ale naopak v důsledku výkonu jeho práva. Dle obchodních podmínek FIDIC je objednatel oprávněn nárokovat urychlení výstavby (tzv. akcelerace). V takových případech však musí být vždy objektivně zvažena nutnost požadované akcelerace.

Vynaložení těchto prostředků (vícenákladů) ze strany objednatele pak nepodléhá jednacím řízení bez uveřejnění a nezapočítává se ani do limitu 20% přijaté ceny stavby dle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ.

Kategorie V – oprávněný odpočet záměny prací

V tomto případě se jedná o oprávněnou vzájemnou záměnu prací a materiálů, kdy potřeba takové záměny vyvstala nezávisle na vůli objednatele, který takovou záměnu nemohl jakkoli ovlivnit. Takový postup zadavatele je i legitimizován rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 10. 6. 2010, č. j.: R185/2009/VZ-6185/2010/310/Eku. V praxi se mnohdy stává, že určitou položku předvídanou zadávací dokumentací nelze objektivně dodat, případně provést; určitá uvažovaná položka se přestala například vyrábět. Eventualitou tohoto případu je pak záměna položky za položku stejné funkce a kvality. I s ohledem na výše uvedené rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci legitimní záměny nepřipadá do úvahy aplikace příslušných ustanovení ZVZ o dodatečných stavebních pracích. Zadavatel však i v této věci musí posuzovat, zda by touto záměnou nedošlo k rozšíření předmětu veřejné zakázky, který by byl schopen ovlivnit výběr nejvhodnější zakázky. Tato riziko se objevuje nejčastěji u veřejných zakázek, jejichž předmětem je dodávka složitých technologických celků.

Kategorie VI – nezařaditelné změny

V neposlední řadě existuje množství prací, které jsou pro dokončení výstavbového projektu nezbytné, ale které nelze jejich povahou subsumovat pod výše uvedené kategorie I až VI. V těchto případech nezbyvá nic jiného, než tyto práce zadávat v souladu se závaznými postupy ZVZ, tedy za užití otevřeného, nebo užšího zadávacího řízení. Takové řešení je naprosto krajní vzhledem k tomu, že je prakticky nemožné takové práce zadávat bez vzniku škod na straně zadavatele. Zadávání těchto prací v jiném režimu než jednacím řízení bez uveřejnění má velký potenciál přerušit provádění prací. Vzhledem k tomu, že se jedná o nežádoucí stav, nezbyvá nic jiného, než klást velký důraz na prevenci, tedy na předvýrobní přípravu realizovaného projektu. Čím dokonaleji zadavatel připraví zadávací podmínky, zejména pak příslušnou projektovou dokumentaci, čím dokonalejší budou geotechnické a geologické průzkumy, tím více bude minimalizováno riziko spojené se zadáváním takových prací tímto způsobem. Je nezbytné si uvědomit, že za současně účinné legislativy je nutné zadávat

v otevřeném případně užším zadávacím řízení i dodatečné stavební práce, dle kategorie III, které přesahují stanovený limit 20% přijaté ceny výstavbového projektu, případně i takové, u kterých není možno doložit objektivní nepředvídatelnost jejich vzniku.

Kategorie VII – value engineering

Již několikrát výše byl zmíněn value engineering jako iniciativa zhotovitele související a) s urychlením dokončení provádění předmětu díla, nebo b) se snížením nákladů objednatele na realizaci, údržbu nebo provoz díla, nebo c) se zlepšením efektivity nebo zvětšení hodnoty dokončeného díla, **přicházející v průběhu realizace** výstavbového projektu. Na tuto iniciativu pamatují i obchodní podmínky CONS ve svém čl. 13.2. Cílem tohoto institutu je pak úspora investičních nákladů při dodržení technických kvalitativních parametrů, pokud nedojde ke vzniku podstatných změn předmětu díla ve smyslu ustanovení § 82, odst. 7 ZVZ. Nicméně faktem je, že současná účinná úprava veřejného zadávání, v případě veřejných zakázek na stavební práce, které jsou definovány podrobně zpracovanou dokumentací a soupisem stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, tomuto institutu nepřeje. Pakliže je veřejná zakázka na stavební práce takto detailně specifikována, zhotovitel není oprávněn v rámci provádění veřejné zakázky předkládat zadavateli alternativní řešení, která by využila dispozice smluvního ujednání dle výše uvedeného článku. Naproti tomu *v některých státech (např. v USA) má zhotovitel často smluvní povinnost provádět value engineering během výstavby.*⁵²

Kategorie VIII – prelimináře

V některých případech, zejména u technologicky a časově náročných velkých projektů, není technicky mnohdy možné sestavit rozpočet tak, aby odpovídal co nejpřesnějším potřebám určení ceny o dílo. Proto se nejčastěji takové rozpočty doplňují o tzv. preliminářové položky (mnohdy nesprávně označované jako provizorní položky⁵³), u

52 KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2011. str. 456. ISBN 978-80-7357-620-2. str. 39.

53 Obchodní podmínky staveb pozemních komunikací Ministerstva dopravy používané ze strany Ředitelství silnic a dálnic České republiky nesprávně překládají institutu „provisional sums“ (čl. 13.5 obchodních podmínek CONS) jako provizorní položky. Takový překlad je velice zavádějící protože nevystihuje zamýšlený obsah tohoto institutu. V této souvislosti je pak vhodnější hovořit o preliminářových položkách, případně předběžných částkách. Právě Slovenská asociace konzultačních

kterých není možné přesně definovat, jaké konkrétní práce a zejména jaké jejich množství bude nutné v rámci veřejné zakázky provést, přičemž z povahy věci je zřejmé, že budou muset být provedeny. Vzhledem k tomu se pak v zadávací dokumentaci objevuje jejich celková předpokládaná cena (pro účely srovnání hodnocených nabídek). Takto předem vyčleněná suma slouží pro úhradu položek, které jsou již v průběhu uzavírání smlouvy předpokládané, nicméně s ohledem na složitost projektu rozhodně není znám jejich rozsah. Pakliže dojde k čerpání preliminářové položky do výše, kterou předpokládá zadávací dokumentace, nejedná se o dodatečné stavební práce ve smyslu ZVZ. O takové práce by se jednalo pouze v případě, že došlo k přesahu rozsahu předpokládaného v zadávací dokumentaci, a to v rozsahu daného přesahu.

Kategorie IX – drobné vady projektové dokumentace

Výše byl zmíněn názor Nejvyššího správního soudu, podle kterého nelze neúplnost, případně chybnost projektové dokumentace, zhojit za pomoci postupu, který ZVZ umožňuje pouze v případě zadávání dodatečných stavebních prací. Mám však za to, že tento názor nelze bez dalšího aplikovat i na drobné vady projektové dokumentace. Tak jako v případě velkých výstavbových projektů v hodnotě několika miliard korun nelze předpokládat jejich dokončení bez jediné vady a nedodělku, tak ani v případě vzniku projektové dokumentace nelze a priori předpokládat stoprocentní bezvadnost. Základem je však prevence, kdy zadavatel zadá zpracování projektové dokumentace zkušenému a kvalifikovanému projektantovi. Domnívám se proto, že výše uvedený názor Nejvyššího správního soudu nebrání provedení dodatečných stavebních prací v režimu jednacího řízení bez uveřejnění, jejichž nutnost provedení vznikla v důsledku drobných a náhodných chyb projektu, bez jejichž neprovedení by dílo nesplnilo očekávané parametry nebo funkci. Vzhledem k tomu, že předmět díla nelze provádět podle vadné projektové dokumentace, je nutno práce vzniklé v důsledku chyby projektu považovat za realizaci předmětu díla podle uzavřené smlouvy. Samozřejmě, že provedení těchto prací nemůže vést k podstatné změně smlouvy, tak jak je definována v ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ. Takový postup však nevylučuje možnost objednatele uplatnit vůči

inženýrů (SACE) prekládá tento institut ve Zmluvných podmienkach na výstavbu na stavebné a inžinierské diela projektované objednávateľom (obchodní podmínky CONS) jako predbežné čiastky.

zhotoviteli projektové dokumentace práva z vadného plnění, případně právo se domáhat náhrady škody.

.....

Při posuzování konkrétní změny dle některé z výše uvedených kategorií je nutné takovou změnu posuzovat v nejširším možném kontextu. Je totiž vysoce pravděpodobné, že potřeba provedení určité změny, může být přímou nebo nepřímou příčinou potřeby jiné změny, v důsledku čehož by pak došlo k řetězení změn. Nelze bez dalšího konstatovat, že takové řetězení je nežádoucí. Nicméně je zapotřebí, aby vždy existovala příčinná souvislost mezi všemi položkami změny a skutečností, která danou změnu vyvolala; provedení změny musí být nezbytné v důsledku dané skutečnosti.

6. ZÁVĚR

V úvodu této práce byla nastíněna a následně v práci konkretizována patová situace, v důsledku které je v některých případech ohroženo pokračování provádění výstavbových projektů. Příčinou těchto patů je zejména jiný pohled ZVZ a obchodních podmínek FIDIC (v režimu, v kterých je celá řada těchto projektů realizována), na institut změny předmětu díla s dopadem do jeho ceny.

Na základě v práci provedených analýz lze učinit závěr, že konstrukce ceny předmětu díla dle obchodních podmínek CONS, která je založená na principu tzv. měřeného kontraktu, v kontextu právní úpravy veřejného zadávání v České republice, naráží na jistou míru nepraktičnosti, a to zejména ve spojení s podmínkou 20 % celkového limitu ceny původní zakázky při zadávání dodatečných stavebních prací v režimu jednacního řízení bez uveřejnění. Obchodní podmínky CONS skutečně naměřené práce jednotkových a položkových cen, tedy změny v množství konkrétní položky, neřadí mezi změny předmětu díla, tedy mezi dodatečné stavební práce. Svou povahou se jedná pouze o jinak naměřené množství v rámci určité položky dle čl. 12.3. Naproti tomu ZVZ i tzv. doměrky za dodatečné stavební práce považuje.

Ve vztahu k ZVZ je pak zřejmé, že:

1. 20 % limit neodpovídá požadavku 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.
2. Objektivní nepředvídatelnost okolností, jakožto podmínka užití jednacního řízení bez uveřejnění pro dodatečné stavební práce, je vykládána velice restriktivně. Tato pojetí však nesvědčí velkým výstavbovým projektům, které jsou v průběhu svého provádění ovlivňovány celou řadou více či méně nepředvídatelných proměnných, které zajisté přinášejí dopady do ceny předmětu díla. Veřejným zadavatelům, za současné konstelace, nezbývá nic jiného, než se takové úpravě přizpůsobit.

Cílem této práce pak bylo zejména nalézt řešení pro výše uvedené situace tak, aby nebylo ohroženo provádění projektů. S ohledem na tento cíl lze pak učinit tyto dílčí závěry:

1. K minimalizaci budoucího potencionálního rizika spojeného s potřebou provádět změny předmětu veřejné zakázky v souladu s aktuální právní úpravou, ať již mají povahu kvalitativní, nebo kvantitativní (zejména růst výměr), lze přistoupit i preventivně, a to zejména již ve fázi zpracování zadávací dokumentace. Právě důraz na kvalitní zpracování projektové dokumentace a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, které jsou její součástí, zajistí v průběhu provádění výstavbového projektu ušetří například z požadovaného limitu, právě ve prospěch dodatečných stavebních prací, které v době přípravy zadávací dokumentace nebyly objektivně předvídatelné.
2. Zadavatelům se však otevírá i jiná možnost, jak předcházet problémům spojených s podmínkami jednacního řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. ZVZ připouští, aby vedle stavebních výkonů v rámci jedné veřejné zakázky byla realizována i projektová činnost.⁵⁴ I v tomto případě se bude jednat o veřejnou zakázku na stavební práce. V těchto případech z logiky věci však nepožaduje, aby veřejná zakázka byla definována prostřednictvím projektové dokumentace a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr. Zadavatel je povinen namísto těchto požadavků stanovit technické podmínky formou požadavků na výkon nebo funkci (§ 44 odst. 5 ZVZ) a dále dbát toho, aby byl předmět veřejné zakázky popsán do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky. Vedle vlastního provedení stavebních prací pak v tomto případě bude tedy i zhotovení projektové dokumentace stavby; zpravidla projektová dokumentace pro vydání stavebního povolení a na ni navazující projektová dokumentace pro provádění stavby. Součástí předmětu veřejné zakázky je pak i výkon inženýrské činnosti (není však

⁵⁴ De lege ferenda tomu nebude jinak. V preambuli návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o zadávání veřejných zakázek (COM (2011) 0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)) je uvedeno: „S ohledem na rozmanitost veřejných zakázek na stavební práce by však veřejným zadavatelům mělo být umožněno stanovit buď společné, nebo oddělené zadávání zakázek na projektování a na provádění stavebních prací. Není záměrem, aby tato směrnice stanovila společné nebo oddělené zadávání veřejných zakázek.“

podmínkou), kdy pak dodavatel zajišťuje vydání správních aktů, jako například vydání stavebního povolení. Přidaná hodnota tohoto způsobu zadávání veřejných zakázek je zajiště v tom, že potenciální dodavatelé mohou přijít s vlastním návrhem řešení, jehož základem může být zadavateli doposud neznámý know-how. Vzhledem k tomu je tento proces doporučován zejména v případě staveb s vysokým podílem dodávek technologického zařízení, jako jsou zejména dodávky investičních technologických celků. V těchto případech je to uchazeč, kdo přichází s vlastním nápadem, s vlastní projektovou dokumentací a s vlastním soupisem stavebních prací, služeb a dodávek s výkazem výměr. Výhodou je pak i to, že technologické řešení navrhované ze strany uchazečů (způsob řešení) může být rovněž jedním z dílčích hodnotících kritérií pro výběr nejvhodnější nabídky. Další nezanedbatelnou výhodou je skutečnost, že v důsledku této formy zadání veřejné zakázky, je uchazeč sám odpovědný za správnost a úplnost projektové dokumentace (z logiky věci se neaplikuje ustanovení § 44 ZVZ, a to právě v rozsahu projektové dokumentace) včetně vyčíslení všech nákladů na provedení stavby. Vzhledem k tomu potenciální navyšování ceny předmětu veřejné zakázky v důsledku dodatečných stavebních prací bude připadat do úvahy pouze ve výjimečných případech. Uchazeč musí v takových případech prokázat, že nastalou situaci nemohl při vynaložení přiměřené péče předvídat.

Shrnu-li výše uvedený model zadávání veřejné zakázky na stavební práce, nezbyvá než konstatovat, že je plně kompatibilní s obchodními podmínkami P&DB, případně i obchodními podmínkami EPC. Pakliže zadavatel nechce čelit rizikům spojeným s nemožností zadávání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění (ať už pro nedostatečný limit dle de lege lata úpravy, nebo pro časté chyby v projektové dokumentaci, které nelze kvalifikovat jako objektivně nepředvídatelné okolnosti), pak lze jen doporučit využívání tohoto modelu zadávání. I přesto, že obchodní podmínky P&DB a EPC jsou konstruovány zejména na dodávky investičních technologických celků,

kouzlo toho modelu objevila zejména slovenská Národná diaľničná spoločnosť, a.s., ktorá se nebojí tento model aktivně využívat pro stavební veřejné zakázky typu liniových staveb. V Česku se tento model objevuje zejména při zadávání stavebních veřejných zakázek v případě vodohospodářských staveb. V praxi byla tato forma zadávání bržděna zejména obavami z vyšší nabídkové ceny; zadavatelé se obávali, že uchazeči v nabídkové ceně budou hodnotit zvýšenou alokaci rizik na straně zhotovitele. Faktem je, že zejména i v důsledku hospodářské recese posledních let, která stavebnictví zasáhla naplno, se tyto obavy nepotvrdily.

Volba způsobu zadání veřejné zakázky je pouze na vůli zadavatele; je jeho výsostným právem. Každý zadavatel však musí mít na paměti, že veškerá finanční rizika spojená s touto volbou jsou alokována jemu. Zadavatel je ten, kdo se může dopustit správního deliktu pro nedodržení postupu stanoveného ZVZ, za který mu hrozí v některých případech i pokuta. Jak bylo v textu práce uvedeno, nedodržení závazného postupu může být v některých případech kvalifikováno jako naplnění některé ze skutkových podstat trestných činů. Na druhou stranu zhotovitel v případě získání veřejné zakázky sleduje zejména své zájmy, které mohou být protichůdné zájmům zadavatele. Zhotovitel, jakožto subjekt provozující svou činnost za účelem dosažení zisku, jen stěží odmítne pokyn objednatele (v rámci obchodních podmínek FIDIC nejčastěji udělený prostřednictvím správce stavby; k samotnému provedení prací ve větším rozsahu, než jaký byl uveden v soupisu prací, postačuje pouze souhlas samotného správce stavby) k provedení víceprací, s odkazem na překročení stanoveného limitu. Souhlas objednatele je pak v takových případech jen pouhou formalitou, dokonce i ve vztahu k limitu stanoveného veřejnoprávní normou.

3. K minimalizaci budoucího potencionálního rizika spojeného s potřebou provádět změny předmětu veřejné zakázky v souladu s aktuální právní úpravou lze pak odkázat i na výše uvedenou kategorizaci změn.

V neposlední řadě bylo dílčím cílem této práce posouzení právní úpravy de lege ferenda. Nejpraktičtější řešením, které by odráželo specifčnost provádění velkých stavebních liniových projektů, by zajisté byla novelizace ZVZ, a to tak, aby nová právní úprava v nastavení limitu dodatečných stavebních prací pro jednacím řízení bez uveřejnění (§ 23 odst. 7 písm. a) ZVZ) odpovídala úpravě směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES. Taková novelizace však v současné době není očekávatelná. Celkový problém by však mohla vyřešit nově navrhovaná směrnice Evropského parlamentu a Rady o zadávání veřejných zakázek, která se změnám smluv taktéž věnuje.⁵⁵ Tento návrh směrnice není v porovnání s dosavadní právní úpravou (jak evropskou, tak českou) natolik rigidní a do určité míry rozvolňuje úpravu institutu změny smlouvy v případě zadávání dodatečných stavebních prací. Zrekapituluji podmínky současné právní úpravy, je nutné zkoumat, zda potřeba provedení dodatečných stavebních prací vznikla v důsledku **objektivně** nepředvídatelných okolností, zda tyto práce jsou **nezbytné** pro provedení původních stavebních prací a zároveň **neoddělitelné** od těch původních. Rozsah dodatečných stavebních prací zadaných v jednacím řízení bez uveřejnění nesmí překročit 20% ceny původní veřejné zakázky. Návrh směrnice přináší změnu, neboť přichází se třemi kategoriemi potencionálních změn. První kategorií je úprava podstatné změny, která je de facto obdobná současné právní úpravě a evropské judikatuře.⁵⁶ Druhá kategorie přináší

55 Již v preambuli návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o zadávání veřejných zakázek 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. 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, 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.“**

56 Dle čl. 72 odst. 4 návrhu směrnice se změna smlouvy na veřejnou zakázku během jejího trvání považuje za podstatnou, pokud činí novou smlouvu podstatně odlišnou od původně uzavřené smlouvy na

zásadní změnu, neboť připouští změnu smlouvy bez nutnosti zahajovat zadávací řízení, a to i v případě provedení dodatečných stavebních prací; limit je v tomto případě stanoven na 15% ceny původní veřejné zakázky.⁵⁷ Třetí kategorií je zadávání dodatečných stavebních prací v režimu jednacního řízení bez uveřejnění. I v tomto případě se bude muset nadále jednat o práce **neoddělitelné** od původní veřejné zakázky. Zásadní novinkou však bezesporu je definice nepředvídatelnosti. Do budoucna se **nebude požadovat objektivní nepředvídatelnost**, ale postačí, pokud potřeba dodatečných stavebních prací nemohla být předvídána s náležitou péčí. Tato úprava, pakliže dojde k řádné transpozici, „zbourá“ dosavadní rozhodovací praxi Úřadu. Limit 50% ceny původní zakázky zůstává zachován. Revoluční však bezesporu je, že je umožněno měnit rozsah zakázky opakovaně s tím, že **hodnota jednotlivých změn se nesčítá**.⁵⁸

Nelze-li pro případné dodatečné stavební práce využít jednací řízení bez uveřejnění, a to už z jakéhokoli důvodu (např. byl-li již vyčerpán 20% limit), pak nezbyvá nic jiného, než takové vícepráce zadávat v režimu jiného druhu zadávacího řízení, nejčastěji nejspíše v otevřeném nebo užším řízení. Zadavatel zajisté dosáhne zadání nové zakázky, nicméně náklady spojené s prostoji na stavbě, případně náklady vynaložené na koordinaci dvou zhotovitelů, budou v takovém případě několikanásobné v porovnání

veřejnou zakázku. Změna se považuje v každém případě za podstatnou, pokud změna vede k významnému rozšíření rozsahu veřejné zakázky.

57 Dle čl. 72 odst. 2 návrhu směrnice smlouvy na veřejnou zakázku je rovněž možné měnit bez zahájení nového zadávacího řízení podle této směrnice, aniž je nutné ověřovat, zda jsou splněny podmínky stanovené pro podstatnou změnu smlouvy, pokud je hodnota změny nižší než 15% hodnoty původní veřejné zakázky na stavební práce.

58 Dle čl. 72 odst. 4 návrhu směrnice smlouvy na veřejné zakázky mohou být změněny v souladu s touto směrnicí v těchto případech: **a)** u dodatečných stavebních prací 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) by způsobila 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; **b)** 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.

s potencionální úsporou dosaženou novým zadávacím řízením, což podtrhuje absurditu stávající právní úpravy.

SUMMARY

Based on the data of the International Federation of Consulting Engineers more than 50% of construction projects in the world are performed in compliance with FIDIC conditions. Especially as a result of accession of the Czech Republic to the European Union their importance has rapidly risen even in our country. However, with regard to their international background most of their provisions are not fully compatible with the Czech legal order. Particularly problematic is especially their compatibility with public law institutes. One of such problematic institutes is a variation. FIDIC conditions interpret such an institute differently from the Public Procurement Act. Variations in the works must definitely have an impact on their price. An analysis of these aspects is a subject of this dissertation work – The construction of a price of the works according to FIDIC conditions in relation to the Public Procurement Act.

In my work I describe, first of all, a construction of a price of the works in the regime of General Conditions of CONS, P&DB and EPC in a relation to the Public Procurement Act, especially an impact of a variation of the works on a price formation according to specific books of FIDIC. Cumulative conditions of the Public Procurement Act that allow to procure extra construction works to the same contractor do not comply with conditions according to FIDIC. From this descriptive part it is possible to come to a conclusion that different interpretation of a variation according to FIDIC conditions and the Public Procurement Act brings deadlock situations that cause a suspension of a construction project. This dissertation work aims to find some suitable solutions how to eliminate such a deadlock situation and how to procure extra construction works so that the process is in compliance with law, precedent decisions issued by the Office for the Protection of Competition and by the judicial decisions of administrative courts. In this work I propose, as a possible solution, categorization of all potential variations within realisation of construction projects.

A separate subchapter is a claim management process. FIDIC conditions are based on the philosophy of an immediate dispute resolution at the moment of occurrence of such a problem. Stipulation of each claim with an impact on the price of work or on schedule of performance of works is in a practical life quite essential. FIDIC conditions are construed in such a way that late application of a claim may be in its final implication

sanctioned by extinguishment of such a claim. On the other hand, Czech law does not allow for contractual lapse of a right (preclusion). In this connection some authors draw attention to this fact. An analysis of this process, i.e. its compatibility, is also a subject of this dissertation work.

Last but not least this work deals with conditions of procurement of extra construction works within the EU law, both according to valid law (*de lege lata*) and according to intended law (*de lege ferenda*). Now it is clear that these conditions in the Czech Republic, as a result of necessity of transposition of a drafted proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, will be different.

POUŽITÉ PRAMENY

Monografie

Definition of services guidelines (Building Construction). Lausanne: FIDIC. 2009. 78 s. ISBN 2-88432-062-8;

JAEGER, Axel-Volkmar, HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - A Guide for Practitioners*. Berlín: Springer Verlag. 2010. 445 s. ISBN 978-3-642-02100-8;

JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání*. Praha: C.H.Beck. 2011. 712 s. ISBN: 978-80-7400-329.5;

GLOVER, Jeremy. HUGHES, Simon. *Understanding the FIDIC Red Book. 2nd Edition*. Londýn: Sweet & Maxwell. 2012. 357 s. ISBN: 9780414044609;

KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2011. 456 s. ISBN 978-80-7357-620-2;

KNUTSON, Robert. *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*. Londýn: Kluwer Law International. 440 s. ISBN: 9789041123237;

KRÁL, Richard. *Transpozice a implementace směrnic ES v zemích EU a ČR*. Praha: C.H.Beck. 2002. 168 s. ISBN: 80-7179-688-3. s. 52;

Obchodní podmínky pro stavební a inženýrské práce staveb, jejichž projektovou přípravu zajišťuje objednatel (investor) The Red Book of FIDIC. Praha: CACE – Česká asociace konzultačních inženýrů. 1999. 154 s. ISBN 2-88432-022-9;

PATAKYOVÁ, Mária a kolektiv. *Obchodný zákonník, Komentár, 2 aktualizované vydanie*. Praha: C.H.Beck. 2008. 1143 s. ISBN 978-80-7400-039-3;

ŠTENGLOVÁ, Ivana, PLÍVA, Stanislav, TOMSA, Miloš. *Obchodní zákoník, Komentář, 13. vydání*. Praha: C.H. Beck. 2010. 1447 s. ISBN 978-80-7400-354-7;

The FIDIC Contracts Guide with detailed on using the first editions of FIDIC 'S. Lausanne: FIDIC. 2000. 353 s. ISBN 2-88432-029-6;

TICHÝ, Milík. *Projekty a zakázky ve výstavbě*. Praha: C.H.Beck. 2008. 368 s. ISBN 978-80-7400-009-6;

TKÁČ, Juraj. Aplikácia FIDIC zmluvných podmienok v slovenskom právnom poriadku. Bratislava: Iura Edition. 2013. 244 s. 978-80-8078-619-9.

Články

BOŘÍKOVÁ, Hana. Tak trochu jiná silnice. Příliš benevolentní výklad zákona o veřejných zakázkách bude u části Pražského okruhu bolet. *EURO*. 2012. č. 46. str. 34 – 35. ISSN 1212-3129;

BOŘÍKOVÁ, Hana. Tepláková atmosféra na radnici. *EURO*. 2013. č. 10. str. 6 -7, ISSN 1212-3129;

BOŘÍKOVÁ, Hana. Bohuslavova volba. Stavba tunelu Blanka uvízla v pasti. Miliardy navíc se možná prostavěly v rozporu se zákonem. *EURO*. 2013. č. 19. str. 18-24, ISSN 1212-3129;

BOŘÍKOVÁ, Hana. Bémův most. Vybudování Trojského mostu přijde oproti plánům na trojnásobek. Metrostav se brání, že levněji atypickou konstrukci postavit nešlo. *EURO*. 2013. č. 19. str. 25, ISSN 1212-3129;

BOŘÍKOVÁ, Hana. Svéráz národního stavitelství. *EURO*. 2014. č. 7. str. 31 -34, ISSN 1212-3129;

DVOŘÁK, David. Dopad NOZ na zadávání veřejných zakázek – změny uzavřených smluv a rámcové smlouvy. *epravo.cz*. 2014. ISSN 1213-189X;

GRULICH, Tomáš. „FIDIC“ a úskalí jejich aplikace. *Právní rozhledy*. 2009. č. 7. str. 233 - 241. ISSN 1210-6410;

KLEE, Lukáš. Vybrané otázky spojené s překladem a použitím smluvních podmínek FIDIC. *Právní fórum*. 2009. č. 6. str. 27 - 32. ISSN 1214-7966;

KLEE, Lukáš. Změny a dodatečné stavební práce v kontextu smluvních podmínek FIDIC. *Bulletin advokacie*. 2011. č. 7-8. str. 38 - 44. ISSN 1210-6348;

KLEE, Lukáš. Jsou podle příslušných ustanovení úpravy smlouvy o dílo v NOZ přípustná smluvní ujednání vedoucí k prekluzi v důsledku pozdního oznámení nároku? *Rekodifikace a Praxe*. 2013. č. 1. str. 28. ISSN 1805 – 6822;

KLEE, Lukáš. Změny díla ve velkých výstavbových projektech. *Právní fórum*. 2012. č. 11. str. 507 – 512. ISSN 1214-7966;

KOUTNÍK, Ondřej. Kdy se dočkáme tunelu Blanka? Dostaví ho až soudy? [on line]. *Českápozice.cz*. Léko Media Group, 2013. [cit. 01.03.2013]. Dostupné z: <http://www.ceskapozice.cz/byznys/podnikani-trhy/kdy-se-dockame-tunelu-blanka-dostavi-ho-az-soudy>;

KOUTNÍK, Ondřej. Co přispělo k pádu pražské koalice? Výsledek prověrky smluv tunelu Blanka *Českápozice.cz*. [on line]. Léko Media Group, 2013. [cit. 28.05.2013]. Dostupné z: <http://www.ceskapozice.cz/domov/politika/co-prispelo-k-padu-prazske-koalice-vysledek-proverky-smluv-k-tunelu-blanka>;

KOUTNÍK, Ondřej. Proklaté dědictví Blanky: Dostavba tunelu pro politiky pořád skýtá mnoho rizik. *Českápozice.cz*. [on line]. Léko Media Group, 2013. [cit. 30.08.2013]. Dostupné z: <http://www.ceskapozice.cz/byznys/podnikani-trhy/proklate-dedictvi-blanky-dostavba-tunelu-pro-politiky-porad-skyta-mnoho-rizik>;

LOOTS, Phil. HENCHIE, Nick. Worlds Apart: EPC and EPCM Contracts: Risk issues and allocation. [on line]. 2007. [cit. 25.01.2014]. Dostupné z: http://m.mayerbrown.com/files/publication/fe15bba4-fbe2-4eb0-804e-17911edb0b15/presentation/publicationattachment/ecb7569b-e0ef-4aee-9ff9-a7c4e853aac6/art_epc_epcm_5dec07.pdf

MENZELOVÁ, Kateřina. Smlouvy mezi ŘSD a stavebníky: Nevýhodné pro stát a v rozporu se zákonem. *Českápozice.cz*. [on line]. Léko Media Group, 2013. [cit. 02.09.2013]. Dostupné z: <http://www.ceskapozice.cz/byznys/podnikani-trhy/smlouvy-mezi-rsd-stavebniky-nevyhodne-pro-stat-v-rozporu-se-zakonom>;

NIKIFOROV, Ilya. Using FIDIC in Eastern Europe. [on line]. *Russian Legal Server*. 2000. Dostupné z: http://www.friends-partners.org/partners/fplegal/jrlaw/Russian_FIDIC.htm.

NOVOTNÁ, Petra. The FIDIC Suite of Contracts: Selected Issues. In: DÁVID, Radovan et al. *Dny práva – 2010 – Days of Law* [on line]. Brno: Masarykova Univerzita, 2010 [cit. 27.04.2014]. ISBN: 978-80-210-5305-2. Dostupné z: [https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/13_obchod/Novotna_Petra_\(3836\).pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/13_obchod/Novotna_Petra_(3836).pdf).