

Bulletin advokacie online

eFocus

Bulletin advokacie online pro Vás nově přináší odborné příspěvky týkající se aplikace občanského zákoníku a dalších nových právních předpisů v praxi.

Vybíráme pro Vás:

Změny předmětu a ceny díla veřejných zakázek na stavební práce v průběhu jejich realizace v kontextu nové směrnice EU pro zadávání veřejných zakázek

autor: **JUDr. Lukáš Klee, Ph.D., LL.M., MBA**

Změny předpokládaného předmětu stavebního díla v průběhu realizace (a související dopad do ceny) a dodatečné stavební práce jsou a budou stále důležitým a sledovaným tématem, hlavně u velkých výstavbových projektů. Především formulace změnových ustanovení (v terminologii smluv jde o tzv. „variation clauses“, v terminologii nové zadávací směrnice EU jde o tzv. „review clauses“) a rozlišení podstatných a nepodstatných změn stojí za velkou pozornost. V této souvislosti je nutné revidovat mylnou interpretaci práva zadávání veřejných zakázek (včetně odstranění nedostatků zákona) a využít dobrého návodu v nové zadávací směrnici EU. Tento článek vysvětluje, proč jsou správná změnová ustanovení tak důležitá, přičemž se soustředím především na změny předmětu původně předpokládaného díla a související dopady do ceny.

Úvod

V roce 2011 v Bulletinu advokacie vyšel můj článek s názvem „Změny a dodatečné stavební práce v kontextu smluvních podmínek FIDIC“. Tímto článkem jsem se mimo jiné snažil upozornit odbornou veřejnost na důsledky nevhodné implementace zadávací směrnice Evropské unie (snížení limitu pro dodatečné stavební práce z 50% na 20% v kombinaci s podmínkou „objektivní“ nepředvídatelnosti) a nepochopení odvětvových standardů (např. vnímání jakýchkoli i nepodstatných změn díla a naměření většího než předpokládaného množství u tzv. měřené zakázky jako dodatečné stavební práce).

Projekty například v oblasti výstavby dopravní infrastruktury nebo rizikových staveb v podzemí jsou nejčastěji realizovány metodou generálního dodavatelství (Design-Bid-Build) v režimu tzv. měřené zakázky (re-measurement contract). Ať už je to za použití německého mandatorního standardu VOB, vzoru FIDIC CONS (Red Book) nebo jakékoli jiné standardizované smlouvy ve vyspělém světě. Při použití měřené zakázky je celková cena určena měřením skutečně provedených prací na základě jednotkových a položkových cen oceněných zhotovitelem ve výkazu výměr. Pro uvedené projekty (a mnohé další rizikové projekty) v podstatě neexistuje jiné řešení (než měřená zakázka), které by zhotoviteli umožňovalo transparentně ocenit nabídky, a tak umožnilo i zadavateli transparentně vyhodnotit soutěž na nejnižší cenu. Velkým paradoxem je, že některé tyto standardy u nás byly běžné již před sto lety, pouze se na ně díky narušení kontinuity za doby minulého režimu a i v období posledních 25 let postkomunismu zapomnělo.

Neznalost vyvolávající obavy, vadné výklady a špatná doporučení veřejným zadavatelům vedly k potřebě zadávání jednacích řízení bez uveřejnění (mnohdy retrospektivně) na v podstatě jakékoli změny týkající se původního zadání veřejné zakázky výstavbového projektu a v některých případech vedly dokonce k tomu, že nebylo jiné řešení než probíhající výstavbu zastavit pro nemožnost řešení konkrétní situace v souladu se špatnou a zbytečně formalistickou interpretací zákona. Nejen u nás, ale i v jiných postkomunistických zemích docházelo v důsledku výše uvedeného k nesmyslnému mrhání úsilím a veřejnými prostředky ve snaze dodržet nedokonalý zákon a především jeho vadný výklad. To vše má negativní vliv na ekonomiku a konkurenceschopnost celého státu. Vytvořilo se tak nové prostředí - netransparentní a nefunkční. Prostor, který paralyzuje zadavatele a celý stavební trh. Prostor, který brzdí vývoj české ekonomiky a všechny účastníky výstavbových projektů staví do absurdních situací a vystavuje je nesmyslným rizikům. Je třeba si položit otázku, kdo toto prostředí vytvořil a komu slouží?

Veřejní zadavatelé se do kritické situace dostali i v důsledku rad nezkušených a „opatrných“ právníků a jejich zbytečně formalistického a nepružného výkladu zákona o veřejných zakázkách. To má vliv i na přístup auditních orgánů. Všichni, včetně právních poradců, musí chápat, že znalost praktických aspektů výstavby má zásadní význam. Cílem musí vždy být úspěšný projekt s co možná nejméně problémy. Advokáti jsou často zvyklí vytvářet prioritně co nejvýhodnější pozici pro svého klienta (tzn. jednostrannou smlouvu). Ve stavebnictví tak mohou svou neznalostí způsobit svému klientovi (u veřejných zakázek pak nám všem daňovým poplatníkům) katastrofu (Sabo, 2013).

Impulesem pro „procitnutí“ a šanci pro zlepšení stavu veřejného zadávání v českém stavebnictví je nová směrnice o zadávání veřejných zakázek (Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, tzn. **Směrnice Evropského parlamentu a rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES publikovaná dne 28. 3. 2014 v Úředním věstníku Evropské unie pod číslem L 94/65**), která za účelem vyšší právní jistoty zdůrazňuje jednoduchý fakt, že zadávání se řídí zákonem o veřejných zakázkách a realizace se řídí smlouvou a posiluje právní jistotu ve věci smluvní úpravy přípustných změn sjednaných před realizací.

Příslušná část článku 72 (Změny smluv na veřejné zakázky v době jejich trvání) této směrnice v oficiální české verzi (*pozn. překlad je nepřesný*) zní:

„1. Smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody mohou být změněny bez nového zadávacího řízení v souladu s touto směrnicí v těchto případech:

a) pokud změny, bez ohledu na jejich peněžní hodnotu, byly upraveny v původní zadávací dokumentaci v jasných, přesných a jednoznačných ustanoveních o změnách, jež mohou zahrnovat ustanovení o úpravě cen či opčních právech. Tato ustanovení musí upravovat rozsah a povahu možných změn a opčních práv, jakož i podmínky, za nichž mohou být uplatněny...”

Zakázky mohou být tedy modifikovány bez nového zadávacího řízení, pokud byly změny předpokládány v původní zadávací dokumentaci v jasných, přesných a jednoznačných revizních ustanoveních. Tato ustanovení musí upravovat rozsah a povahu možných změn, jakož i podmínky, za nichž mohou být uplatněny. Ustanovení nové směrnice jednoznačně míří k aplikaci smluvních změnových mechanismů, jejichž prostřednictvím mohou strany předem upravit proces schvalování a implementace změn, které v průběhu trvání smluvního vztahu předpokládají. Je zřejmé, že směrnice potvrzuje možnost změny bez zadávacího řízení v těch případech, kdy změnová ustanovení obsahují automatizovaný mechanismus změny nezávislý na vůli stran (zajištění kurzovních rizik, valorizační doložky, inflační doložky, eskalační vzorce atd.). Je tak výrazně posílena právní jistota. V rámci výstavbových projektů však změnové řízení ve velké většině případů obsahuje určitý prvek jednání

stran. Skutečnost, že o změnách má být jednáno, pak ještě sama o sobě nevylučuje, aby změnové ustanovení nenaplnilo definici požadovanou směrnicí, pokud je formulováno dostatečně určitě.

U dodatečných stavebních prací pak podle článku 72. 1. b) platí, že:

„Smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody mohou být změněny bez nového zadávacího řízení v souladu s touto směrnicí u dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek původního dodavatele, které jsou nezbytné a které nebyly zahrnuty v původní veřejné zakázce, jestliže změna dodavatele:

i. není možná z ekonomických nebo technických důvodů, jako jsou například požadavky na zaměnitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými v rámci původní veřejné zakázky, a

ii. způsobila by veřejnému zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů.

Cenový nárůst však nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky. Je-li provedeno několik po sobě následujících změn, použije se toto omezení pro hodnotu každé změny. Cílem těchto po sobě následujících změn nesmí být obcházení této směrnice;...”

Směrnice tedy umožňuje zadat dodatečné práce původnímu dodavateli v případech, kdy by změna z ekonomických nebo technických důvodů způsobila zadavateli vznik dodatečných nákladů nebo jiné značné obtíže. Na rozdíl od dosavadní úpravy (avšak tento problém bude zřejmě odstraněn novelou zákona v prvním čtvrtletí 2015) se nevyžaduje prvek „nepředvídatelnosti“ (zcela samostatnou výjimku pro nepředvídatelné situace totiž tvoří ustanovení článku 72.1. c). Toto ustanovení pracuje se změnami, které zadavatel nemohl předvídat ani s náležitou péčí, a stojí jako výjimka zcela samostatně se samostatným limitem 50% hodnoty původní veřejné zakázky). V případě zadání dodatečných prací podle článku 72. 1. b) se tedy nebude zkoumat, zda zadavatel mohl či nemohl vznik dodatečných prací předvídat (ať už s náležitou péčí nebo bez ní), ale posoudí se skutečná potřeba (nezbytnost) změn a dále to, zda je změna dodavatele (vypsáním nového zadávacího řízení) skutečně efektivní cestou k realizaci změny. Tento přístup mnohem lépe odpovídá potřebám praxe a vhodnou implementací směrnice lze odstranit v dnešní době problematický výklad týkající se právě nepředvídatelnosti změn (např. změny způsobené nedostatky projektové dokumentace, které jsou u velkých výstavbových projektů běžné, bylo obtížné podle některých výkladů zadat formou jednacích řízení bez uveřejnění právě z důvodů nedostatku elementu „nepředvídatelnost“). Limit pro použití tohoto ustanovení směrnice je potom 50% hodnoty původní veřejné zakázky a lze jej použít i opakovaně. Evropská unie tedy ještě dále rozvolňuje původně pevně daný 50% limit.

Podle čl. 72. 4. uvedené směrnice platí, že *„Změna smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody během jejího trvání se považuje za podstatnou ... pokud činí novou smlouvu nebo rámcovou dohodu podstatně odlišnou od původně uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody...považuje se změna v každém případě za podstatnou, pokud je splněna alespoň jedna z těchto podmínek: a) změna zavádí podmínky, které, pokud by byly součástí původního zadávacího řízení, by umožnily přístup jiných zájemců než těch, kteří byli původně vybráni, nebo přijetí jiné nabídky, než byla původně přijata, nebo by k účasti na zadávacím řízení přilákaly další účastníky; b) změna má za následek změnu ekonomické rovnováhy smlouvy nebo rámcové dohody ve prospěch dodavatele, a to způsobem, který v původní smlouvě na veřejnou zakázku nebo rámcové dohodě není upraven; c) změna vede k významnému rozšíření rozsahu veřejné zakázky nebo rámcové dohody; d) pokud nový dodavatel nahrazuje dodavatele, kterému veřejný zadavatel původně veřejnou zakázku zadal, v jiných případech, než které jsou stanoveny v odst. 1 písm. d).“*

Směrnice tedy vymezuje kategorii podstatných a nepodstatných změn (posiluje tak právní jistotu v

záležitostech, které ovšem rozumným výkladem platí i za dosavadní úpravy). Nepodstatné změny mohou být kvalitativní i kvantitativní a jejich implementace nevyžaduje nové zadávací řízení. Podle článku 72 odst. 2 směrnice se zavádí tzv. „**safe harbour**“ (bezpečný přístav nebo de minimis), kdy platí, že změny v rozsahu do 10 % ceny veřejné zakázky v případě dodávek a služeb a do výše 15 % ceny veřejné zakázky v případě stavebních prací, pokud zároveň změna nepřekračuje hodnotu příslušného finančního limitu pro nadlimitní veřejné zakázky, je možné provést bez posuzování jakýchkoliv podmínek.

V odstavci 107 preambule nové směrnice (oficiální česká verze) je dále uvedeno například, že:

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

Změny předpokládaného předmětu stavebního díla v průběhu realizace (a související dopad do ceny) a dodatečné stavební práce jsou a budou důležitým a sledovaným tématem, hlavně u velkých výstavbových projektů. Především formulace uvedených změnových ustanovení (v terminologii smluv jde o tzv. „*variation clauses*“, v terminologii směrnice jde o širší pojem tzv. „*review clauses*“) a rozlišení podstatných a nepodstatných změn stojí za velkou pozornost.

Úprava v nové směrnici je nepochybně správným krokem a v následujícím textu se pokusím vysvětlit proč, přičemž se budu soustředit především na změny předmětu původně předpokládaného díla a související dopady do ceny.

1.1 Změny předmětu díla

Předmět díla velkého výstavbového projektu je popsán především v komplexní projektové dokumentaci (ve výkresech, výkazu výměr a specifikacích; případně u projektů Design-Build v požadavcích objednatele a v následném vítězném návrhu zhotovitele). Do jaké míry bude tento popis po realizaci stavby skutečně dodržen, závisí na mnoha okolnostech. Základním východiskem ovšem je, že určité změny (upřesnění) předpokládaného předmětu díla (a související dopady do ceny a času) v průběhu jeho realizace jsou na velkých výstavbových projektech pro úspěšné dokončení díla nevyhnutelné. Tyto změny nelze vyloučit nebo zakázat. Jsou součástí procesu výstavby. Vyhnout se jim dá v podstatě pouze výrazně lepší projektovou přípravou, která ovšem vyvolává potřebu vyšších nákladů a více času. V některých případech ovšem ani sebelepší příprava výstavbového projektu budoucím změnám zakázky nezabrání. Projektová příprava musí být vždy co nejlepší, ale z hlediska celospolečenského je nutné též vnímat efektivitu vynaložených nákladů a veřejného užitku (z například dříve dokončené stavby).

V jednotlivých relevantních odstavcích preambule nové směrnice (oficiální česká verze) je v této souvislosti uvedeno například, že:

(108) Veřejní zadavatelé se mohou ocitnout v situacích, kdy jsou zapotřebí dodatečné stavební práce, dodávky nebo služby; v těchto případech lze odůvodnit změnu původní smlouvy na veřejnou zakázku bez zahájení nového zadávacího řízení, zejména pokud jsou dodatečné dodávky určeny buď k částečnému nahrazení nebo k rozšíření stávajících služeb, dodávek nebo zařízení, jestliže by změna

dodavatele nutila veřejného zadavatele k pořízení materiálu, stavebních prací či služeb, které mají odlišné technické vlastnosti, což by mělo za následek neslučitelnost nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě.

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

Důvody pro takové změny předmětu díla v průběhu jeho realizace jsou především následující:

1) Externí důvody (nezávislé na smluvních stranách), například:

- změněné externí podmínky a okolnosti realizace (počasí, záplavy, zemětřesení, změny práva apod.),
- odlišné podmínky staveniště od předpokládaných, neočekávané změny fyzických podmínek staveniště (hydrogeologické a geologické vlivy, neznámé podzemní sítě atd.); obecně buď skutečnosti zjištěné při stavebních pracích odlišné od podmínek popsanych v zadání, nebo od podmínek na obdobných staveništích v dané oblasti,
- archeologické nálezy,
- zásahy státních orgánů a jiné mimořádné události mimo kontroly smluvních stran.

Většina těchto situací bude z pohledu směrnice spadat pod článek 72. 1. c), tedy pod ustanovení o změnách, které zadavatel nemohl předvídat ani s náležitou péčí. Zadavatel bude mít potom možnost zadat takové změny původnímu dodavateli až do výše 50% hodnoty původní veřejné zakázky.

2) Zájem o zlepšení parametrů zakázky při realizaci, například:

- Technické inovace – výstavbové projekty se mohou poměrně dlouho připravovat, projektovat a realizovat. Může jít v celkovém součtu i o dobu přesahující 10 let. Za takovou dobu dojde k rozsáhlému vývoji v oblasti technologií, materiálů, způsobů řízení stavebních zakázek apod. Inovace mohou dílo výrazně zhodnotit, umožnit zkrácení doby pro dokončení a snížení nákladů (ať už stavebních anebo i provozních).
- Akcelerace (urychlení) – v zájmu účastníků výstavbového projektu může být v některých případech dílo dokončit s předstihem anebo zkrátit již vzniklé zpoždění vedoucí k prodloužení doby pro dokončení.
- Zadání dodatečných prací původnímu zhotoviteli může být výhodné (levnější) anebo nevyhnutelné (z hlediska záruk, času apod.).

U výše uvedených situací bude možné aplikovat různá ustanovení směrnice, a to v závislosti na konkrétní situaci. Zadavatel bude mít zejména možnost využít pravidla bezpečného přístavu, pokud cenový nárůst nepřesáhne 15% hodnoty původní veřejné zakázky. Vyloučit se však nedá ani použití dalších pravidel, například pravidla podle článku 72. 1. a), tedy využití předem jednoznačně

formulovaných změnových ustanovení ve smlouvě. Některé změny potom mohou představovat změny nepodstatné nebo mohou být vyhodnoceny jako nezbytné dodatečné práce podle článku 72. 1. b).

3) Chyby a prodlení objednatele

Například chyby technické povahy ve smluvních dokumentech (vadná projektová dokumentace, vadné vytyčení, chybné (nedostatečné) geologické a hydrogeologické průzkumy, nepřesné informace o sítích a rozvodech elektřiny, plynu, vody, optokabelů apod. a další nedostatečné smluvní dokumenty, výkresy a specifikace), špatná koordinace (spolupráce zhotovitelů navzájem a ve vztahu k zaměstnancům a dalším dodavatelům objednatele, stavební nepřipravenost apod.), nedostatek pokynů a špatné pokyny objednatele při realizaci, přerušení realizace objednatelem například pro nedostatek finančních prostředků na dokončení, nezajištění veřejnoprávních povolení a pozemků pro stavbu apod.

V uvedených případech se nabízí aplikace článku 72. 1. a) v případě smlouvou předvídaných claimů (nároky na dodatečné peníze anebo čas) nebo 72. 1. b), tedy zadání dodatečných prací původnímu dodavateli, protože práce jsou nezbytné a jiný postup by byl neefektivní, zejména s ohledem na smluvní sankce a smluvní odpovědnost.

4) Chyby a prodlení zhotovitele

Nedostatek řádného a včasného plnění zhotovitele například z neznalosti podmínek staveniště, specifik prací, nedodržení smlouvy, norem nebo zákona apod.

Prodlení zhotovitele obvykle nebude mít dopad do ceny v podobě jejího nárůstu ani nebude znamenat smluvní prodloužení harmonogramu. Chyby zhotovitele ale mohou vyústit v nezbytné změny. Výše uvedené změny kvalitativního charakteru budou buďto posouzeny jako nepodstatné nebo je na zvážení využití článku 72. 1. c) o změnách, které zadavatel nemohl předvídat ani s náležitou péčí.

Především výše uvedené důvody vedou ke změnám předmětu díla v průběhu realizace, které se standardně řeší prostřednictvím smluvních ustanovení umožňujících změny. V některých případech tyto důvody vyvolávají potřebu uplatnění nároku na dodatečnou platbu anebo na úpravu lhůt a termínů (uvedeného tzv. claimu). O jaké případy půjde, záleží na znění konkrétní smlouvy a na povaze důvodů pro změnu v zakázce.

Dále čtěte >>> [zde](#).

Na webových stránkách www.bulletin-advokacie.cz naleznete obsah stavovského odborného časopisu Bulletin advokacie, který je držitelem prestižního ocenění Právnícký časopis ČR pro rok 2011 a 2012 a nově také 2014, od letošního roku je taktéž recenzovaným časopisem.

Dále zde naleznete odborné příspěvky exkluzivně určené jen pro tento portál, denně aktuality ze světa práva, české i zahraniční advokacie, legislativy a judikatury.

Bulletin advokacie, Bulletin advokacie online
Česká advokátní komora

Další články:

- [Recenze publikace: Chalupa, R. Zákon směnečný a šekový – komentář směnečné části. Zákon o mezinárodním právu soukromém – komentář směnečné části. Praha: Leges, 2021, 646 s.](#)
- [Recenzia](#)
- [Budoucnost je v technologiích i udržitelnosti](#)
- [Anotační recenze: Vyvlastnění a vyvlastňovací řízení](#)
- [Věznice jsou přeplněné a věznění příliš drahé. Knihou Tresty budoucnosti chce INFO.CZ otevřít diskuzi o změnách](#)
- [Recenze na knihu: Zdeňková, V., Seidlová, M., Čornejová, H., Peterová H.: Jak správně vytvářet a využívat FKSP: Jak postupovat při poskytování příspěvku na stravování.](#)
- [Recenze na knihu: Zuzana Strnadová: Co by měl vědět příjemce dotace. 1.vyd. Praha: GRADA Publishing, a.s., 2019, ISBN: 978-80-247-3076-9](#)
- [Ondřej Chmela: Zrušení poplatku za podnět k ÚOHS lze považovat za správné](#)
- [Anotační recenze: Koudelka, Z., Průcha, P., Zwyrtek Hamplová, J.: Zákon o obcích \(obecní zřízení\) – Komentář. Praha: Leges, 2019, 480s](#)
- [Pražské finále osmého ročníku konferencí Soukromé právo](#)
- [Recenze: Jakub Tomšej a kolektiv – Zaměstnávání cizinců v České republice](#)