

8. 8. 2014

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Aplikace přechodného ustanovení při podstatné změně smlouvy (méněpráce)

Je uzavření dodatku (za účinnosti ustanovení § 82 odst. 7 zákona č. [137/2006](#) Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, které upravuje podstatnou změnu smlouvy) na „méněpráce“ porušením § 82 odst. 7 citovaného zákona, v případě, kdy původní zadávací řízení bylo zahájeno před nabytím účinnosti tohoto ustanovení?



Ustanovení § 158 odst. 1 zákona č. [137/2006](#) Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), uvádí, že zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů.

Odstavec druhý § 158 zákona poté uvádí, že v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů.

Při takto koncipovaném přechodném ustanovení, které váže použitelnost konkrétního znění zákona na okamžik zahájení zadávacího řízení, je otázkou, jak přistupovat z hlediska aplikovatelnosti konkrétního znění zákona k případům porušení zákona ze strany zadavatele spočívajícím v podstatné změně práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem podle § 82 odst. 7 zákona, konkrétně v případě, kdy se jedná o podstatnou změnu smlouvy uzavřením dodatku, kterým se zužuje původně vysoutěžený a ve smlouvě sjednaný předmět veřejné zakázky, tedy v případě tzv. „méněprací.“ Jinými slovy řečeno, je uzavření takového dodatku (za účinnosti ustanovení § 82 odst. 7 zákona) porušením ustanovení § 82 odst. 7 zákona, když původní zadávací řízení bylo zahájeno před nabytím účinnosti tohoto ustanovení? Zde vycházejme z premisy, že se jedná o natolik zásadní zúžení předmětu veřejné zakázky, že bez pochyb jde o podstatnou změnu smlouvy podle citovaného ustanovení zákona a současně předpokládejme, že nedošlo k žádné jiné změně v právech a povinnostech smluvních stran veřejné zakázky, a že se tedy jedná o „ryzí méněpráce“.

Přechodné ustanovení hovoří o „zadávání“ veřejných zakázek. Co se rozumí zadáváním, stanoví § 17 písm. m) zákona, podle kterého je zadáváním závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení. Vyjdeme-li z této definice, pak úkony zadavatele učiněné po uzavření

smlouvy nejsou zadáváním veřejné zakázky (např. uveřejňovací povinnosti zadavatele). Gramatickým výkladem ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona by tedy bylo možné dojít k závěru, že v případě, kdy je dodatek ke smlouvě uzavřen za účinnosti § 82 odst. 7 zákona, přičemž původní zadávací řízení bylo zahájeno ještě před účinností tohoto ustanovení, přechodné ustanovení se na postup zadavatele při uzavření takového dodatku nepoužije, právě proto, že se již nejedná o „zadávání veřejné zakázky“. Z tohoto důvodu by za použití gramatického výkladu přechodného ustanovení bylo nezbytné na uzavření dodatku aplikovat právní úpravu účinnou v době jeho uzavření, tj. včetně § 82 odst. 7 zákona.

Pokud, jak je výše uvedeno, vycházíme z předpokladu, že dodatkem jsou „sjednány“ pouze méněpráce, lze dospět k závěru, že v takovém případě se nejedná o veřejnou zakázku, neboť definiční znaky veřejné zakázky, jak je stanoví ustanovení § 7 odst. 1 zákona („*Veřejnou zakázkou je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.*“), nejsou naplněny. Pokud tedy uzavření dodatku na „ryzí méněpráce“ není veřejnou zakázkou, pak nelze ve vztahu k postupu směřujícímu k uzavření takového dodatku hovořit o „zadávání“, neboť účelem „zadávání“, jak je z definice patrné, je zadání veřejné zakázky.

Podle našeho názoru takový výklad není v souvislosti se zajištěním řádného přezkumu postupu zadavatele udržitelný, neboť na námi prezentovaný dodatek nelze pohlížet odděleně od původní veřejné zakázky, resp. nelze na proces zadávání pohlížet výlučně z hlediska časové souslednosti jednotlivých kroků zadavatele, který by tedy měl končit uzavřením „první smlouvy“, ale je třeba proces zadávání vnímat z pohledu „funkčního“. Uvedený požadavek precizně vyjádřil ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R087/2007/02-14942/2007/310-Hr ze dne 16. 8. 2007 předseda Úřadu (ačkoliv se toto rozhodnutí týkalo zákona č. [40/2004](#) Sb., o veřejných zakázkách, lze podle našeho názoru analogicky jeho závěry aplikovat na aktuálně účinný zákon), kde kromě jiného uvedl: „*Současně je nutno zdůraznit, že pravomoc Úřadu přezkoumávat úkony zadavatele v průběhu zadávacího procesu, tedy do okamžiku uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, nelze chápat a vnímat pouze ve smyslu časové souslednosti jednotlivých kroků zadavatele, ale je třeba chápat je funkčně. Pokud tedy nějaký úkon smluvních stran (zadavatele a vybraného uchazeče), který je učiněn po uzavření této smlouvy, ale svými právními účinky mění obsah právních úkonů zadavatele, které spadají do působnosti zákona, a tedy právní poměry stran tzv. „vrací v čase“ do okamžiku před uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky (jako například uzavřením dodatku ke smlouvě, který mění některou z podstatných částí této smlouvy), pak je bezpochyby dána pravomoc Úřadu takový dodatečný úkon zadavatele a dodavatele přezkoumat z pohledu jeho souladu se zákonem, konkrétně s ustanovením § 66 odst. 2 zákona (pozn. „Neobdrží-li zadavatel do 15 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky námitku podle § 88, bezodkladně uzavře písemnou smlouvu s vybraným uchazečem, a to v souladu se zadáním a vybranou nabídkou.“). Opačný výklad by byl obcházením účelu zákona, neboť strany smlouvy by mohly učinit veškeré úkony v rámci zadávacího řízení řádně a v souladu se zákonem, a po uzavření smlouvy tuto dodatkem změnit bez jakékoliv vázanosti zadávacími podmínkami. Pokud totiž zákon akcentuje transparentní a nediskriminační stanovení podmínek zadání veřejné zakázky, činí tak bezpochyby nejen proto, aby v souladu s těmito pravidly byla uzavřena smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky, ale především proto, aby v souladu s těmito pravidly byla veřejná zakázka následně fakticky realizována.“ Předseda Úřadu výše uvedeným výkladem v rozhodnutí potvrdil pravomoc Úřadu přezkoumat i následně uzavřený dodatek k původní smlouvě, řešil tedy primárně odlišnou věc, přesto však z pohledu námi předestřené problematiky, jednoznačně deklaruje neoddělitelnost dodatku od původní veřejné zakázky.*

Pokud tedy vyjdeme z citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu, je třeba k dodatkům ke smlouvě, které mění podmínky původně sjednané, přistupovat jako k součásti původní veřejné zakázky, k procesu

uzavření těchto dodatků přistupovat jako k součásti zadávacího procesu, a tedy jako k součásti „zadávací“ původní veřejné zakázky. Z tohoto závěru lze poté podle našeho názoru jednoznačně dovodit, že přechodné ustanovení podle § 158 odst. 1 a 2 zákona se aplikuje nejen na postup zadavatele směřující k uzavření „původní smlouvy“, ale rovněž na postup zadavatele při uzavření jakéhokoli následného dodatku k takové smlouvě, neboť i tento dodatek je uzavřen (právě s ohledem na nutnost vnímat jej jako neoddělitelnou součást původní smlouvy, resp. veřejné zakázky) v tomto zadávacím řízení. Je tedy možné shrnout, že podle názoru autorů tohoto článku, pokud je s ohledem na znění přechodného ustanovení zákona na původní veřejnou zakázku, resp. zadávací řízení, aplikována předchozí zákonná úprava, tato předchozí zákonná úprava by měla být aplikována rovněž na uzavírání následných dodatků. V případě veřejných zakázek, u kterých bylo zahájeno (původní) zadávací řízení před nabytím účinnosti ustanovení § 82 odst. 7 zákona, se tedy následně uzavírané dodatky (méněpráce) nemohou posuzovat z hlediska naplnění podmínek tohoto ustanovení § 82 odst. 7 zákona. V takových případech je žádoucí pohlížet na tyto dodatky z hlediska porušení ustanovení § 82 odst. 2 zákona („*Pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námítky podle § 110 odst. 4, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.*“) v kombinaci se závěry rozsudku Evropského soudního dvora ze dne 19. 6. 2008, sp. zn. C-454/06 (případ *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Austria*), týkajícími se zakázaných podstatných změn smluv (ostatně takto Úřad zcela standardně před nabytím účinnosti ustanovení § 82 odst. 7 zákona postupoval).

Lze tedy shrnout, že pokud dodatek nenaplnuje definici veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 zákona, pak je třeba aplikovat výše uvedené závěry tohoto článku a chápat takový dodatek jako součást původní veřejné zakázky (a tedy i původního zadávacího řízení); použije se tedy znění zákona vázané na zahájení původního zadávacího řízení. Takový dodatek, který není veřejnou zakázkou, ale který původní veřejnou zakázku mění, totiž sám o sobě postrádá smysl a význam, který ale nabývá právě až ve spojení s původní veřejnou zakázkou. Proto je tento dodatek její nedílnou součástí a „završením“ zadávacího procesu (pakliže zadavatel neuzavře dodatky další) a dává veřejné zakázce její konečnou podobu.

Na závěr lze doplnit, že pokud dodatek definici veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 zákona naplňuje, pak není třeba nějakých výrazných výkladových prostocviků a takový dodatek se posuzuje jako samostatná veřejná zakázka a tedy s ohledem na znění přechodného ustanovení (bez závislosti na původním zadávacím řízení) se aplikuje znění zákona účinného v době, kdy k zahájení „zadávacího řízení“ na uzavření tohoto dodatku došlo, resp. mělo dojít (pokud zadávací řízení neproběhlo, ale proběhnout mělo). Výše uvedené podle našeho názoru neplatí pouze v případě dodatků, které jsou veřejnou zakázkou malého rozsahu, u které nedochází k „zadávací“ dle definice uvedené v § 17 písm. m) zákona a tudíž (s ohledem na jeho formulaci) nedojde k aplikaci přechodného ustanovení podle § 158 odst. 1 a 2 zákona. Z tohoto důvodu podle našeho názoru u dodatků, které jsou veřejnou zakázkou malého rozsahu (a současně naplňují definici „podstatné změny smlouvy“) obdobně platí závěry tohoto článku, které se týkají dodatků na „méněpráce“, resp., které se týkají všech dodatků, které nejsou veřejnou zakázkou; tedy se aplikuje znění zákona účinné v době zahájení původního zadávacího řízení.



Mgr. David Říčný,
analytik veřejných zakázek



Ing. Eva Marečková,
analytik veřejných zakázek

[Hirst, a. s.](#)

Samaritská 199/16
301 00 Plzeň

Tel.: +420 727 817 132
e-mail: info@hirst.cz

© EPRAVO.CZ – Sbírka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- [Byznys a paragrafy, díl 31. - létající pořizovatel ve světle nového stavebního zákona](#)
- [SCHEJBAL& PARTNERS stáli u získání jedné z prvních licencí dle MiCA v ČR](#)
- [Proč dnes více než polovina M&A transakcí ve střední Evropě nekončí podpisem](#)
- [Přehnaná, nebo důvodná prevence? Zajištění a utvrzení závazků v praxi](#)
- [Návrh nového zákona o digitální ekonomice](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 30.: Jednání za s.r.o. – zápis jednatelského oprávnění do obchodního rejstříku](#)
- [Prověřování zahraničních investic a kybernetická regulace: řízená služba jako nová transakční proměnná](#)
- [Předběžné opatření a další instituty k ochraně věřitelů při přeměnách](#)
- [Silná koruna: jaké dopady má posilující koruna na české firmy](#)
- [Problematické aspekty změn v úpravě odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 29.: Jednání za s.r.o. – jednatelé](#)