26. 2. 2019

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

Komentář k § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jako „zákon“) obsahuje mantinely, ve kterých lze přistoupit ke změně již uzavřené smlouvy mezi zadavatelem veřejné zakázky a vybraným uchazečem. Oběma smluvním stranám je tak dána možnost reagovat pružně – do jisté míry – na změny relevantních okolností, aniž by k implementaci takové změny muselo dojít cestou zadávacího řízení. Jelikož ovšem tento institut představuje de facto výjimku z režimu zákona, uplatní se pravidla obecně platná pro výklad výjimek z působnosti zákona – a sice že výjimky a jejich aplikovatelnost je nutno podrobovat restriktivnímu výkladu.

Účelem tohoto článku je pak prezentovat komentář k § 222 odst. 4 zákona, neboť ve vztahu k tomuto konkrétnímu odstavci zákona nepanuje dle autora názorová shoda.

Ve zkratce § 222 stanoví, že zadavateli není umožněno připustit podstatné změny závazku založeného uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku a odst. 4 téhož ustanovení zákona pak definuje, co nelze za podstatnou změnu smlouvy považovat a co je tak dle zákona dovoleno. Změny dle předmětného odstavce § 222 zákona jsou pak například komentářovou literaturou označovány za změny de *minimis*, tedy bagatelní změny, které z povahy věci nemají takový vliv na veřejnou zakázku, aby zde existovala obecná potřeba jejich zákazu.[1] Pokud změna závazku naplňuje tři kritéria stanovená v uvedeném ustanovení zákona, jde o bagatelní změnu a zadavateli pak zákone nezapovídá takovou změnu připustit. První podmínkou je, aby nedošlo ke změně celkové povahy veřejné zakázky. Druhá a třetí podmínka je dále vymezena konkrétními hodnotovými limity, které nesmí posuzovaná změna závazku překročit.

K podmínkám finančních limitů

Komentované ustanovení zákona zakotvuje dva finanční limity, které nesmí být překročeny (změna závazku ze smlouvy tak musí kumulativně naplňovat obě podmínky), aby mohla být konkrétní změna závazku ze smlouvy označena za „nepodstatnou“ a tedy přípustnou změnu smlouvy.

Prvním z těchto limitů je uveden v § 222 odst. 4 písm. a) zákona a stanoví, že přijatá změna nesmí svou hodnotou překročit hodnotu, na základě které zákon diferencuje mezi podlimitní a nadlimitní veřejnou zakázkou[2]. Pokud by tak zadavatel připustil změnu závazku ze smlouvy, která by svou hodnotou překročila příslušný limit, v takovém případě by se taková změna nedala podle § 222 odst. 4 zákona označit za nepodstatnou.[3] Druhý finanční limit, který nesmí být překročen, je vyjádřen proporcionálně ve vztahu k hodnotě závazku (dle názoru autora tedy ve vztahu k ceně veřejné zakázky) a jde o 10 % v případě smluv na služby nebo dodávky a 15 % v případě smluv na stavební práce, které nejsou koncesí.

Situace je relativně jasná v případě, kdy zadavatel připouští pouze jednoduchou změnu. Kdy například rozšíří nebo zúží předmět plnění veřejné zakázky. V takovém případě je definice pojmu „hodnota změny“ zcela jasná a jedná se o absolutní hodnotu navýšení ceny veřejné zakázky, nebo o absolutní hodnotu jejího snížení v případě odebrání části plnění.

Situace již ale není tak zřetelně daná v případě, kdy zadavatel připustí celý komplex změn (při

záměně části plnění veřejné zakázky, tak půjde o dvě změny, jedno odebrání a jedno přidání). Na takové případy reaguje zákon dovětkem *„Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.“*[4] A právě ve vztahu k uvedenému vzniká výkladová nejistota, neboť není zcela zřejmé, co lze určit jako rozhodné hodnoty a jakým konkrétním matematickým postupem lze určit výslednou „hodnotu změny“, která je následně předmětem posouzení. Ministerstvo pro místní rozvoj ve svém stanovisku k § 222 zákona prezentuje velmi opatrný názor, dle kterého je v takovém případě nutno chápat výslednou hodnotu změny jako součet absolutních hodnot obou změn[5]. V případě veřejné zakázky na stavební práce, kdy zadavatel dopustí záměnu obkladového materiálu původně oceněného na 20 mil Kč za obkladový materiál za 25 mil Kč, výsledný hodnota změny by pak dosáhla částky 45 mil Kč. Je dlužno poukázat, že uvedený procesně opatrný názor reflektuje odpověď Evropské komise na ministerstvem položené dotazy[6].

Na tomto místě je záhodno konstatovat, že sama směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. Února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jako „zadávací směrnice“) přijímá jiný přístup ke sčítání hodnot, neboť v anglickém[7], německém[8] i francouzském[9] znění čl. 72 odst. 2 je uvedeno, že v případě několika po sobě jdoucích změn je posuzován čistý součet daných hodnot[10]. Nikoliv tedy součet absolutních hodnot, ale faktický rozdíl daných hodnot, neboť jedna z hodnot je záporná (to v případě položky, která je odebírána)[11]. Stejným způsobem k problematice přistupuje například i Public Procurement Act 2015 – tedy transpozice zadávací směrnice ve Velké Británii. Je pak otázkou, zda opatrný přístup Evropské komise a de facto i Ministerstva pro místní rozvoj není v rozporu s úmyslem evropského zákonodárce.

Nelze totiž odhlédnout od ústředního smyslu, který úprava změn závazků ze smluv má. Tímto bezpochyby je, aby bylo zabráněno změnám závazků ze smluv, které mají zásadní materiální dopad na veřejnou zakázku. Tu je nutno pohledět na genezi čl. 72 zadávací směrnice (který byl do českého právního řádu transponován v podobě § 222 zákona), neboť pro institut změn závazků ze smluv je zcela klíčovým rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci pressetext[12], kde došlo k rozeznání nutnosti posoudit materiální dopad změny závazku do zadávacího řízení za účelem určení, zda je posuzovaná změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku přípustná, resp. jestli měla taková změna být implementována cestou nového zadávacího řízení nebo nikoliv. Toto rozhodnutí stanovilo principiálně jednoduché pravidlo. Pokud má změna závazku zásadní materiální dopad[13] do zadávacího řízení, jde o podstatnou změnu smlouvy a přijetí takové změny vyžaduje nové zadávací řízení. A *contrario*, pokud není dopad změny do zadávacího řízení materiálně signifikantní, jde o nepodstatnou změnu smlouvy a u takové je přípustné, aby byla implementována do již existujícího závazku ze smlouvy bez provedení zadávacího řízení. Další odstavce čl. 72 zadávací směrnice (a tedy i § 222 zákona) pak veskrze poskytují definiční znaky změn, u nichž je materiální dopad ex lege vyloučen, neboť u takových změn se za splnění stanovených podmínek presumuje, že nejsou podstatné.

Právě uvedené ostatně dokládá i odstavec 107 preambule zadávací směrnice, který akcentuje nutnost posuzování materiálního dopadu jednotlivých změn na závazek plynoucí ze smlouvy na veřejnou zakázku. Dle názoru autora lze intenzitu materiálního dopadu změny závazku posuzovat i na základě změny v hodnotě veřejné zakázky, která je v post kontraktační fázi veřejné zakázky reprezentována smluvní cenou, neboť i právě toto kritérium je často klíčovým aspektem, který determinuje, zda se dodavatelé budou o veřejnou zakázku ucházet. Za přijetí uvedené teze, pak ovšem platí, že změny, které nemají zásadní dopad na cenu veřejné zakázky, by měly být proveditelné bez provedení zadávacího řízení.[14] [15]

Optikou výše řečeného ale nelze požadavek na sčítání absolutních hodnot v případě komplexu změn považovat za smysluplný a správný. Pokud totiž připustíme, že v případě jednoduchých změn je

výslednou posuzovanou hodnotou absolutní hodnota rozšíření nebo zúžení plnění veřejné zakázky a materiálním dopad takové změny je pak reflektován změnou ceny veřejné zakázky, proč by u komplexu změn měl být postup odlišný? Výše uvedený matematický přístup by totiž nutně vedl k závěru, že komplex změn, který má totožný materiální dopad (tedy dojde k témuž zvýšení ceny veřejné zakázky) jako v případě jednoduché změny je nepřípustný bez provedení zadávacího řízení z toho důvodu, že při sečtení absolutních hodnot dílčích změn, nejsou dodrženy finanční limity stanovené zákonem.

Poslední uvedený závěr lze prezentovat na ilustrativním příkladu. Řekněme, že zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku a předmětem této smlouvy je dodávka 4 000 mobilních telefonů při ceně 5 000 Kč za jeden kus. Cena veřejné zakázky je pak 20 000 000 Kč. Pokud se zadavatel s vybraným dodavatelem domluví na rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky o dalších 400 ks mobilních telefonů při ceně 5 000 Kč za kus, naroste cena veřejné zakázky o 10%. Taková změna pak bude splňovat podmínky dle § 222 odst. 4 zákona a bude označena za nepodstatnou. Zadavatel pak bude postupovat zcela v intencích zákona. Pokud se ale zadavatel rozhodne již smluvený model mobilních telefonů nahradit za jiný model, jehož cena bude 5 500 Kč za kus, při výše uvedeném modelu, kdy se mají sčítat absolutní hodnoty jednotlivých změn, dojdeme k závěru, že výsledná hodnota takového komplexu změn je 42 000 000 Kč, což za žádných okolností nesplňuje kritéria nepodstatné změny dle § 222 odst. 4 zákona, byť výsledná cena veřejné zakázky je opět 22 000 000 Kč, tedy stejná jako v případě první změny. S ohledem na to, že zásadním kritériem pro posouzení, zda lze změnu závazku provést mimo režim zadávacího řízení je právě posouzení materiálního dopadu takové změny, neměly by obě výše uvedené změny následovat stejný osud, jelikož materiální dopad obou změn je totožný?

Na tomto místě je ovšem nutno poukázat i na jiný dopad, který by aplikace metody sčítání absolutních hodnot dílčích změn v rámci komplexu změn mohla mít. Ustanovení § 100 odst. 1 zákona, který umožňuje zadavateli vyhradit si změny závazku a priori uzavření smlouvy, obsahuje stejnou textaci jako § 222 odst. 4, což nutně podněcuje aplikace stejného přístupu ke sčítání hodnot v případě komplexu změn. Pokud si tak zadavatel vyhradí záměnu dílčí položky plnění veřejné zakázky, za rozhodnou „hodnotu změny“ by tak dle výše uvedeného bylo nutno chápat součet absolutních hodnot obou změn. Právě uvedený postup nicméně bude mít dle § 16 odst. 3 zákona vliv na stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Což nejen, že může vést k tomu, že zadavatel bude nucen postupovat v přísnějším režimu zadávacího řízení, ale může dojít i ke zcela nechtěnému omezení hospodářské soutěže, neboť s ohledem na výši jistoty (kterou může zadavatel stanovit, a její výše se dle § 41 odst. 2 zákona odvíjí od výše předpokládané hodnoty) mohou být menší a střední dodavatelé odrazeni od účasti na zadávacím řízení, neboť jistota v takovém případě bude zcela nepřiměřená reálnému plnění. Uvedený názor na sčítání hodnot změn tedy nejenže nenásleduje doktrínu materiálního dopadu změn, ale také nepřímo působí v rozporu se snahou zadávací směrnice (viz odst. 2 preambule) otevřít trh veřejných zakázek právě i menším a středním dodavatelům.

Lze také poukázat na to, že od předpokládané hodnoty se odvíjí i stanovení rozsahu požadovaných kvalifikačních předpokladů v rovině referenčních zakázek, které dodavatelé musejí zadavateli předložit za účelem ucházení se o zadávanou veřejnou zakázku. Pokud bude výše uvedený matematický postup sčítání absolutních hodnot uznán jako správný postup pro určení hodnoty komplexu změn a tato bude započítána do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, zadavateli by mohlo být zákonem umožněno stanovit požadavky na referenční zakázky ve větším rozsahu (myšleno v rovině hodnoty), než jaký odpovídá výsledné ceně veřejné zakázky, neboť předpokládaná hodnota bude „uměle“ navýšena. V případě výše uvedeného ilustračního příkladu s nákupem mobilních telefonů by zadavatele v případě vyhrazení si komplexu změn mohl po dodavatelích požadovat vyšší jistotu a patrně by mohl po dodavatelích požadovat referenční zakázky ve vyšší celkové hodnotě, než v případě nákupu pouze více kusů telefonů. Tady je zcela patrný aplikační rozkol ve dvou po

materiální stránce totožných případech, který ovšem není ničím odůvodnitelný.

Obdobný negativní dopad na hospodářskou soutěž může mít již samotné stanovení a uveřejnění předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která je z důvodu sčítání absolutních hodnot „uměle“ zvýšena. Pokud by totiž relativně malá veřejné zakázka byla tímto způsobem „nafouknuta“, mohlo by dojít k odrazení menších a středních dodavatelů, a naopak by takový postup mohl vyvolat zájem velkých dodavatelů, kteří by ovšem po bližším prostudování veřejné zakázky mohli ztratit zájem, neboť reálné plnění veřejné zakázky neodpovídá uvedené předpokládané hodnotě.

K vlivu změny závazku ze smlouvy na celkovou povahu veřejné zakázky

Dalším definičním znakem změny závazku de minimis je absence změny celkové povahy veřejné zakázky[16]. V tomto smyslu se vyjadřuje i zadávací směrnice[17]. V tomto případě ovšem vyvstává otázka, co lze považovat za „celkovou povahu veřejné zakázky“ a jaké změny veřejné zakázky jsou schopny tuto povahu změnit. Odpověď na tuto otázku by mohlo přinést ztotožnění pojmu „předmět veřejné zakázky“ s pojmem „celková povaha veřejné zakázky“, v takovém případě by jakákoliv změna definice předmětu veřejné zakázky (mohlo by například jít o dílčí parametry poptávaných mobilních telefonů) měnila i celkovou povahu veřejné zakázky. Dle autora ovšem tento závěr vyvrací již samotná paralelní existence obou těchto pojmů.[18]

Autor je toho názoru, že uvedené pojmy je nutno rozlišovat a nepoužívat promiscue. Povaha veřejné zakázky je totiž z povahy věci mnohem širší pojem determinovatelný tím, proč zadavatel vůbec zahajuje zadávací řízení, tedy jakousi potřebou, kterou skrze zadávací řízení uspokojuje. Předmět veřejné zakázky pak představuje konkrétní naplnění potřeby zadavatele. Povaha veřejné zakázky by tak měla být zachována i tehdy, kdy zadavatel přijme změnu závazku ze smlouvy zahrnující mimo jiné odlišný předmět plnění, než byl původně stanoven, za předpokladu, že zadavatelova potřeba, která vyvolala nutnost zadat veřejnou zakázku, bude stále naplněna. V tomto smyslu lze podpůrně odkázat na odbornou literaturu[19], ze které se podává, že zadavatel si je prvotně vědom existence své potřeby a až posléze zjišťuje, jakým konkrétním způsobem (tedy jakým konkrétním předmětem) takovou potřebu naplní. Z této uvedené geneze pak jasně plyne, že předmět plnění veřejné zakázky je konkrétní manifestací povahy veřejné zakázky, a že jeho změna nemusí mít na celkovou povahu veřejné zakázky vliv, neboť zadavatel mohl již od počátku požadovat změněný předmět plnění, neboť i ten vede k naplnění jeho původní potřeby.

Výše uvedený rozdíl mezi oběma pojmy a jejich systematický vztah je obsažen v judikatuře tuzemských soudů. V tomto smyslu autor poukazuje na rozhodovací praxi[20] týkající se rozdělování veřejných zakázek v rozporu se zákonem. Tuzemské soudy v těchto rozhodnutích konstatovaly, že rozdělování předmětu veřejné zakázky je v rozporu se zákonem, pokud předměty jednotlivých veřejných zakázek, spojuje stejný funkční celek, tedy pokud směřují k naplnění stejné potřeby zadavatele. Jmenovitě lze poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 12. 2010, č. j. 2 Afs 55/2010 – 173, kde uvedený soud uvedl, že „*pro určení, zda konkrétní plnění ve prospěch zadavatele je jedinou veřejnou zakázkou nebo několika jednotlivými veřejnými zakázkami, je totiž dle krajského soudu rozhodující věcný charakter takového plnění; poptává-li zadavatel plnění svým charakterem totožné či obdobné (plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňované pro téhož zadavatele v témže časovém období a za týchž podmínek co do charakteru plnění), pak takové plnění musí zadávat jako jedinou veřejnou zakázku podle zákona o veřejných zakázkách*.“ Z uvedené judikatury pak zcela patrně plyne, že skutečně existuje jakási zastřešující povaha veřejné zakázky, která je definována potřebou zadavatele (v uvedené judiciální praxi označena jako „funkční celek“), ze které lze vyvodit spojitost mezi dílčími veřejnými zakázkami a jejich předměty.

Pokud tak máme najisto postavené, že nelze ztotožňovat pojem celkové povahy veřejné zakázky a

předmětu plnění veřejné zakázky, vyvstává tak otázka, jaká změna tedy může mít vliv na celkovou povahu veřejné zakázky? Výchozím aspektem pro odpověď na tuto otázku je pak posouzení, zda i po přijaté změně dochází k naplnění původní potřeby zadavatele, pokud je ta i nadále naplněna, lze dle názoru autora konstatovat, že přijatá změna neměla vliv na celkovou povahu veřejné zakázky. V praxi by to pak mohlo znamenat, že změna, při níž je původně poptávaný mobilní telefon nahrazen mobilním telefonem majícím specifikace, které nadále neodpovídají původnímu znění zadávacích podmínek, je přípustná, pokud i „nový“ mobilní telefon stále naplňuje potřebu zadavatele. Stejně tak by měla být přípustná změna původního předmětu plnění definovaného jako „hatchback s manuální klimatizací a výkonem do 66 kW“ např. za sedan s automatickou klimatizací a výkonem 101 kW (pochopitelně za předpokladu, že hodnota takového komplexu změn nepřesáhne zákonem definované finanční limity), z toho důvodu, že potřeba zadavatele obstarat dopravní prostředek pro max 4 osoby je stále naplněna. Uvedené ilustrativní příklady patrně nebudou v praxi příliš časté. Je totiž nutno stále mít na paměti to, že změny podle § 222 odst. 4 zákona jsou změnami bagatelními, což nejvíce vystihuje právě 10 nebo 15 procentní hodnotový limit, kterým jsou ze zákona definovány. S ohledem na to, že vztah zadavatele a dodavatele je ve své podstatě soukromoprávní, z čehož lze usuzovat, že dodavatelé se na realizaci veřejných zakázek podílejí zejména za účelem zisku, pročež nelze důvodně očekávat, že by dodavatelé přistoupili k výměně předmětu původně definovaného ve smlouvě na veřejnou zakázku, za předmět (např. nový model mobilního telefonu) mající výrazně lepší vlastnosti, aniž by došlo k razantnímu nárustu v ceně veřejné zakázky. V praxi se tak bude patrně jednat o výměny mnohem menšího rozsahu. Nicméně výše uvedené principy demonstrované právě na názorných příkladech jsou dle názoru autora aplikovatelné.

Tu může vyvstat i další související otázka, a to sice jakási pomyslná „síla“ této podmínky, resp. jak často fakticky dojde k tomu, že by zadavatel přistoupil dobrovolně (tu je nutno akcentovat fakt, že změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se typicky uskutečňuje formou smluvního dodatku, což vyžaduje aktivní participaci obou smluvních stran a lze si jen obtížně představit situaci, kdy by vybraný dodavatel zadavateli vnutil změnu předmětu plnění veřejné zakázky, aniž by tento chtěl) ke změně předmětu plnění veřejné zakázky pokud by tak stále nenaplnil svou potřebu.

Závěrem je nutno poukázat na to, že výše uvedené právní názory doposud nemají oporu v rozhodovací praxi ani orgánu dohledu, ani správních soudů. Proto je možná na místě, alespoň ve vztahu k rozlišování mezi pojmy „celková povaha veřejné zakázky“ a „předmět plnění veřejné zakázky“, prozatím doporučit procesní opatrnost a tyto pojmy tak ztotožňovat. Ve vztahu k matematickému postupu při určování rozhodné hodnoty komplexu změn je ovšem autor toho názoru, že pro „opatrný“ postup zde není prostor a sčítání absolutních hodnot všech přijatých změn je v rozporu jak s vůdčí ideou přijatelných změn závazků (tedy doktrínou materiálního aspektu takových změn), tak s úmyslem evropského zákonodárce. Je sice pravdou, že členské státy Evropské unie mohou přijmout přísnější úpravu implementované směrnice, nicméně ze znění zákona nic nenapovídá tomu, že by se právě pro takový postup tuzemský zákonodárce rozhodl. Tu je ovšem nutno poukázat také na obecné pravidlo, které bude dle názoru autora aplikovatelné i na tuto situaci. Dle judikatury Soudního dvora Evropské[21] unie je na zadavateli, který se rozhodne postupovat dle výjimky z působnosti zákona (což postup dle § 222 odst. 4 bezpochyby je), aby prokázal, že jsou splněny podmínky pro takový postup, jinými slovy v takovém případě dochází k alokaci důkazního břemene právě na zadavatele. Pokud tak zadavatel příjme změnu závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 4 zákona, měl by v okamžiku přijetí takové změny mít najisto postavené, že je jeho postup legitimní.

Mgr. Jan Surý,
právník věnující se problematice veřejných zakázek a správnímu právu

e-mail: jan.sury@yahoo.com

---

[1] Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 1076 - 1093
[2] Z aktuálního znění Nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek se pak podává, že výše těchto limitů je obecně 3 873 000 Kč pro veřejné zakázky na dodávky a služby a 149 224 000 Kč pro veřejné zakázky na stavby.
[3] To ovšem a priori neznamená, že by taková změna nenaplnila definiční znaky stanovené v jiných odstavcích § 222 zákona, případně že by taková změna byla označena za podstatnou (a tedy nepřípustnou) dle § 222 odst. 3 zákona.
[4] Viz § 222 odst. 4 zákona
[5] Stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj s názvem „Změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek“, kde je uvedeno: „ (…) [Pokud tedy] dochází ke změně části plnění předmětu smlouvy na veřejnou zakázku (například výměna jednoho výrobku za jiný nebo provedení stavebních prací jiným způsobem), je třeba zohlednit jak cenu přidaného (nového) plnění, tak cenu nevyčerpaného (původního) plnění. Půjde tedy o součet absolutních hodnot přidaného (nového) a nevyčerpaného (původního) plnění.“
[6] Fidler, Vlastimil. Problematika změn smlouvy podle nového zákona (III.). Veřejné zakázky v praxi: aktuality, rady, názory a užitečné informace. Praha: Forum, 2017 (září), s. 12-15.
[7] However, the modification may not alter the overall nature of the contract or framework agreement. Where several successive modifications are made, the value shall be assessed on the basis of the net cumulative value of the successive modifications.
[8] Der Gesamtcharakter des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung darf sich allerdings aufgrund der Änderung nicht verändern. Im Falle mehrerer aufeinander folgender Änderungen wird deren ert auf der Grundlage des kumulierten Nettowerts der aufeinander folgenden Änderungen bestimmt
[9] Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l’accord-cadre. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.
[10] Jazykové srovnání zadávací směrnice vychází z myšlenek Mgr. Evy Brožové
[11] Vyjádřeno matematicky (- X) + Y
[12] V tomto ohledu viz Surý, J.: Změna smluvní pokuty jako podstatná změna smlouvy ve smyslu § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek. Právní prostor [online]. [cit. 2018-12-31]. K dispozici >>> zde.
[13] Ideu materiálního dopadu nejlépe vystihují definiční znaky právě podstatné změny ve smyslu § 222 odst. 3 zákona. Nicméně projevem všech třech podmínek uvedených v daném ustanovení zákona je dle autora rozšíření okruhu dodavatelů, kteří by se o danou veřejnou zakázku ucházeli, pokud by změny byla implementována již do původního zadávacího řízení. Vyšší zájem o veřejnou zakázku může pramenit ať už z vyšší míry ekonomické výhodnosti (§ 222 odst. 3 písm. b)), vyšší atraktivnosti způsobené rozsahem veřejné zakázky (§ 222 odst. 3 písm. c)), nebo vyšší atraktivnosti způsobené jiným smluvním ujednáním, např. změnou smluvní pokuty (§ 222 odst. 3 písm. a))

[14]Odstavec 107 preambule zadávací směrnice: „It is necessary to clarify the conditions under which modifications to a contract during its performance require a new procurement procedure, taking into account the relevant case-law of the Court of Justice of the European Union. A new procurement procedure is required in case of material changes to the initial contract, in particular to the scope and content of the mutual rights and obligations of the parties, including the distribution of intellectual property rights. Such changes demonstrate the parties' intention to renegotiate essential terms or conditions of that contract. This is the case in particular if the amended conditions would have had an influence on the outcome of the procedure, had they been part of the initial procedure.
Modifications to the contract resulting in a minor change of the contract value up to a certain value should always be possible without the need to carry out a new procurement procedure. To this effect and in order to ensure legal certainty, this Directive should provide for de minimis thresholds, below which a new procurement procedure is not necessary. Modifications to the contract above those thresholds should be possible without the need to carry out a new procurement procedure to the extent they comply with the relevant conditions laid down in this Directive."
[15] Podpůrně lze odkázat i na metodiku Evropské komise (v orig. „GUIDE TO THE COMMUNITY RULES ON PUBLIC PROCUREMENT OF SERVICES OTHER THAN IN THE WATER, ENERGY, TRANSPORT AND TELECOMMUNICATIONS SECTORS DIRECTIVE 92/50/EEC") ve vztahu k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění poté, co bylo bezúspěšně provedeno otevřené nebo užší řízení. Evropská komise se v uvedeném dokumentu zabývala otázkou „podstatné změny" zadávacích podmínek, neboť Směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června. 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby umožňovala postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, pokud zadavatel již bezúspěšně provedl otevřené nebo užší řízení a nedošlo k podstatné změně zadávacích podmínek. Sice se v daném případě jedná o metodiku vztahující se k jinému institut zákona, nicméně klíčová vodítka pro posouzení „podstatné změny" mohou být aplikovatelné i pro institut změny smlouvy. Lze říci, že i uvedená metodika Evropské komise chápe podstatné změny mj. i v intencích právě finančních změn. V uvedeném metodickém dokumentu je uvedeno: „However, recourse to the negotiated procedure the second time round is only permitted if the contractual conditions are not substantially modified. The Commission considers that changes to the financial arrangements, the period for execution of the services, the technical specifications, etc. are substantial modifications which do not allow recourse to the negotiated procedure."
[16] Viz § 222 odst. 4 zákona
[17] Viz čl. 72 odst. 2 zadávací směrnice
[18] Srov. § 222 odst. 4 zákona: „Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je (…)" a například § 102 odst. 1 téhož zákona: „Připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky, zadavatel může připustit nebo požadovat předložení variant nabídky, předběžné nabídky nebo řešení; v opačném případě nejsou varianty možné."
[19] Arrowsmith, S.: The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2014. s. 447.
[20] Vyjma dále uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4. 8. 2011, č. j. 62 Af 33/2010-48 (potvrzeno rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 4. 2012, č. j. 2 Afs 71/2011-93) nebo rozsudek téhož soudu ze dne 15. 9. 2011, č. j. 62 Ca 44/2009-75 (který sice byl zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 3. 2012, č. j. 5 Afs 68/2011-99, nicméně obecné závěry krajského soudu vážící se k problematice rozdělování veřejných zakázek nebyly ze strany Nejvyššího správního soudu rozporovány)
[21] Viz např. bod 14 odůvodnění rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, Komise v. Itálie; nebo bod 13 rozsudku ze dne 28. 3. 1996, ve věci C-318/94, Komise v. Německo

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

Další články:

- Nové cenové výměry Ministerstva zdravotnictví pro rok 2026: Co se mění a na co si dát pozor
- Svěřenský fond v holdingových strukturách
- Environmentální tvrzení společností v hledáčku EU: Jak se vyhnout greenwashingu a obstát v nové regulaci?
- Oceňování senior center a domovů se zvláštním režimem v nemovitostních fondech
- Změna výroby na příkaz mateřské společnosti bez finanční kompenzace vzniklých ztrát? Judikát NSS, který mění pohled na převodní ceny
- Byznys a paragrafy, díl 26.: Smírčí řízení jako alternativní nástroj řešení sporů mezi podnikateli
- „Bez pohlavků“: jasná hranice výchovy v českém právu
- Nová éra v boji proti nekalým obchodním praktikám: Co přinese nové procesní nařízení EU?
- Diskriminace není legrace aneb nerovné zacházení s akcionáři při výplatě zálohy na podíl na zisku
- Licence LUC v podnikatelské strategii provozovatelů dronů
- Neplatnost usnesení valné hromady akciové společnosti v rozhodovací praxi soudů