

25. 4. 2017

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

Přelomový rozsudek ESD Finn Frogne A/S a podstatná změna závazku

V loňském roce v září byl vydán rozsudek s názvem Finn Frogne A/S, kterému předcházela předběžná otázka vnesená dánským Nejvyšším soudem. Dánský soud se dotázal na výklad článku 2 Směrnice 2004/18/ES[1] ve spojení s rozsudky Soudního dvora C-454/06 presstext Nachrichtenagentur a C-91/08 Wall. Znovu se dotkl velmi diskutované problematiky, jakým způsobem se vypořádat s nastalou podstatnou změnou smlouvy v průběhu plnění bez toho, aby zadavatel musel zadat novou veřejnou zakázku a aby původní dodavatel mohl zakázku zdárně dokončit ve změněné podobě. Ve zkratce odpověď soudu v případě Finn Frogne A/S je, že podstatná změna smlouvy (ve studovaném případě jde o narovnání) v průběhu plnění je přípustná, pokud je v zadávací dokumentaci taková změna předvídána a jsou stanoveny podmínky, za kterých je možno změnu (narovnání) uplatnit. Vezměme ale všechno po pořádku.



Moreno Vlk & Asociados

ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘE / ABOGADOS / ATTORNEYS AT LAW
PRAHA - MADRID - BRATISLAVA

Případ Finn Frogne A/S

Zadavatelem ve veřejné zakázce je CFB - středisko státní policie pro komunikaci v nouzové situaci. Předmětem zakázky byl vývoj počítačových systémů (dodání globálního komunikačního systému společného pro všechny útvary záchranné služby a údržba tohoto systému během několika let), a jelikož zadavatel neuměl specifikovat s konkrétní technickou určitostí předmět veřejné zakázky, zvolil si jako druh zadávacího řízení soutěžní dialog. Veřejná zakázka v hodnotě 70 000 000 Euro[2] byla zadána vítěznému zájemci společnosti Terma. V průběhu plnění vyvstaly komplikace, které eskalovaly do situace, kdy už bylo nemožné plnit zakázku podle původní dohody a bylo potřeba na okolnosti citlivě zareagovat. Zadavatel CFB a dodavatel Terma se dohodli na zúžení předmětu plnění a narovnáním vzájemných vztahů, ve kterém zohlednili všechny dodatečné potřeby pro splnění účelu veřejné zakázky. Na scéně se objevuje společnost Frogne, která se ani neúčastnila soutěžního dialogu v původní zakázce, ale podává stížnost k dánskému úřadu/komisi pro stížnosti související se zadáváním veřejných zakázek a namítá, že narovnání je podstatná změna původní smlouvy a jako taková měla být předmětem zadávacího řízení. Dánský soud prvního stupně dal na argumentaci zadavatele CFB a stížnost zamítl s tím, že Terma a CFB znovu projednávali základní podmínky původní zakázky zohledňující objektivně změněné podmínky, vůli stran nalézt přijatelné řešení v rámci závazkového práva a snahu uniknout riziku nepřiměřených ztrát spojených s konfliktní situací. Společnost Frogne v odvolání k dánskému Nejvyššímu soudu poukázala na skutečnost, že narovnáním, jejímž obsahem bylo mimo jiné zúžení dodávaného předmětu plnění, se zakázka změnila do takové míry, že mohla být potencionálně zajímavá i pro menší hospodářské subjekty, což mohlo mít vliv na výběr nejhodnější nabídky.

Podstatná změna závazku - současný stav a praxe v ČR

V zákoně č. [134/2016](#) Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“) jsou pro studovaný případ klíčovými ustanoveními § 222 ZZVZ (změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku) a § 100 ZZVZ (vyhrazené změny závazku). Zadavatel nesmí připustit podstatnou změnu smlouvy. Ustanovení § 222 ZZVZ vymezuje povinnost realizovat podstatné změny pouze prostřednictvím vypsání nového zadávacího řízení a výčet podmínek v tomto paragrafu je chápán jako taxativní. Ustanovení § 100 ZZVZ pak upravuje možnost zadavatele vyhradit si v zadávací dokumentaci podmínky budoucí změny závazků ze smlouvy, pokud takto vyhrazené podmínky 1.) se týkají rozsahu plnění, ceny, obchodních či technických podmínek a 2.) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a 3.) její obsah je jednoznačně vymezen.

V českém prostředí postihují časté změny původní zadávací dokumentace veřejné zakázky na stavební práce, ve kterých je změněna podstatným způsobem projektová dokumentace nebo termín dokončení stavby. Ale i u dodávek a služeb je četnost případů, kdy se zadavatelé v důsledku obtíží snaží o realizaci flexibilní změny původních podmínek z důvodů nepředvídatelnosti nastalých okolností.

Jelikož je podstatná změna nepřípustná z pohledu § 222 ZZVZ, mají zadavatelé na výběr a) vypsát novou veřejnou zakázku a podstoupit časovou prodlevu nebo b) zakázku dokončit „nesprávně“ dle původních podmínek nebo c) dokončit s provedenými změnami a riskovat neúčinnost smlouvy a spáchání správního deliktu dle ustanovení § 268 a násl. ZZVZ. Jiná kompromisní možnost, která by umožnila legální změnu odpovídající dynamickému vývoji a nepředvídatelnosti okolností, je bez vypsání nového zadávacího řízení těžko představitelná.

Rozsudek Finn Frogne A/G jako podpůrný argument

Zadavatelé mají postupovat s náležitou péčí (s péčí řádného hospodáře), aby rozdělování veřejných finančních zdrojů bylo v souladu se zásadami § 6 ZZVZ a nebyla ohrožena férová obchodní soutěž mezi dodavateli. Při koncepci zadávacích podmínek mohou předvídat některá rizika a vyhradit si dopředu jejich změnu za podmínek dle ust. § 100 ZZVZ. Odborníci na veřejné zakázky mají k dispozici a měli by znát klíčová rozhodnutí Krajského soudu v Brně a rozhodovací praxi ÚOHS, ze kterých lze vyčíst nejčastější úskalí a lokalizovat skryté riziko ještě ve fázi upřesňování zadávacích podmínek v konkrétní veřejné zakázce.

U vyhrazených změn jako jsou inflační doložky nebo valorizační doložky nebývá v zásadě problém. Lze je totiž určit jednoznačným způsobem s exaktní a měřitelnou hranicí[3]. Za zmínku stojí rozhodnutí ÚOHS k případu veřejné zakázky, ve které si zadavatel vyhradil opci na požadavek několikanásobně navýšit rychlost připojení. ÚOHS považoval zcela správně za legitimní předpoklad zadavatele podmiňovat změnu aktuální potřebou a reagovat flexibilně na vývoj informačních technologií[4].

Znění doložky o vyhrazení změny v případě narovnání a návrh vyhrazené změny u projektové dokumentace

Ve studovaném případě rozhodl soud, že narovnání mezi stranami (bez nutnosti vypisovat zadávací řízení) pro nemožnost plnění v původních podmínkách je možné, pokud by tato možnost narovnání byla upravena/vyhrazena v zadávací dokumentaci a byly by stanoveny podmínky jejího uplatnění. Bohužel mi není známo, že by odpovídající doložku zadavatel CFB a dodavatel Terma měli vyhrazenou v zadávací dokumentaci. V České republice bývá zvykem přikládat jako součást zadávací dokumentace konkrétní návrh na realizační smlouvu (typicky kupní smlouva nebo smlouva o díle), kde v závěrečných ustanoveních bývá mnohdy automaticky uvedena klauzule, že strany případné spory v souvislosti s plněním smlouvy budou řešit smírnou cestou. Dala by se klauzule takového

znění považovat za onu vyhrazenou změnu, kterou by zadavatel CFB a dodavatel Terma mohli argumentovat v případě proti Frogne nebo je příliš obecná a v rozporu se Směrnicí?

Jak by měla znít klauzule v případě vyhrazení změn v projektové dokumentaci, tedy případu častých podstatných změn zadávací dokumentace? Například: V případě, že se plnění podle původní projektové dokumentace stane objektivně nemožné v důsledku obtíží stojících mimo kontrolu zadavatele či dodavatele a strany se shodnou na vhodné změně projektové dokumentace s cílem najít řešení, které nezvýhodňuje dodavatele a ani nebude mít podstatně odlišné charakteristiky ve vztahu k účelu veřejné zakázky, je zadavatel oprávněn provést podstatnou změnu zadávacích podmínek v rozsahu řešení bez povinnosti zadávat nové zadávací řízení.

Závěr

Rozhodnutí vnímám jako průlomové a jako příslib řešení nejpálčivějších komplikací zadávání veřejných zakázek jakým je riziko časové prodlevy nebo předvídatelnost a očekávání zdárného dokončení veřejné zakázky v souladu s jejím účelem bez rizika postihu ze strany orgánů veřejné správy. Na zadavatele by měly být kladeny větší nároky v přípravné fázi zadávacích podmínek, aby identifikoval možná rizika v budoucnu a tyto vhodně upravili vyhrazenou změnou v zadávací dokumentaci.

Mgr. Libor Pavlíček,
advokátní koncipient

[MORENO VLK & ASOCIADOS](#)
[advokátní kancelář](#)

Sokolovská 32/22
186 00 Praha 8

Tel.: +420 224 818 736
Fax: +420 224 818 736
e-mail: paha@moreno-vlk.eu

[1] Článek 2 Směrnice 2004/18/ES: Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.

[2] Asi polovina z této částky (cca 40 milionů Euro) připadla na minimální řešení a další část na fakultativní položky.

[3] Doložky jsou vázány na objektivní data např. Českého statistického úřadu nebo České národní banky.

[4] Rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 16. 10. 2014, č.j. ÚOHS-R301/2013/VZ-21779/2014/321/OHo.

Další články:

- [Poučení z krizového vývoje v kauze bitcoiny](#)
- [EUDAMED: Jednotná databáze mění pravidla hry na trhu zdravotnických prostředků](#)
- [Nový zákon o veřejných dražbách, aukce a obálkové metody](#)
- [Pohled přes hranice - natáčení pornografických klipů jako důvod výpovědi z nájmu bytu](#)
- [Nařízení EU o umělé inteligenci a jeho dopady na využití jazykových modelů v advokátní praxi](#)
- [Revize zájezdové směrnice: co přináší, co hrozilo a co to znamená pro praxi](#)
- [Kupní smlouva o převodu nemovitosti bez uvedení výše kupní ceny](#)
- [Druhá „tlačítková novela“: povinné tlačítko pro odstoupení od smlouvy](#)
- [Souhlas s veřejným užíváním pozemku jako překážka nároku na bezdůvodné obohacení - nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 2541/25](#)
- [Kupní smlouva bez přesného určení kupní ceny](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 36.: Doložka o mlčenlivosti](#)