

8. 6. 2015

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

Vícepráce v nové úpravě

V současné době se zadavatelům v případě nastalé potřeby zadání dodatečných stavebních prací (tzv. víceprací) daří pouze obtížně naplnit několik kumulativních a restriktivně interpretovaných podmínek, za kterých mohou na vzniklou potřebu pružně reagovat a poptávat vícepráce mimo některý z druhů soutěžních zadávacích řízení – v jednacím řízení bez uveřejnění. Přináší nové evropské koordinační směrnice a s nimi nově připravovaný transpoziční zákon do této oblasti větší ústupky, právní jistotu a flexibilitu pro zadavatele? Anebo se možnosti řešení situací nastalých při výstavbě zase o něco více komplikují?



Typicky u veřejných zakázek na stavební práce často dochází k paralyzaci zadavatelů při výstavbě nákladných a rozsáhlých projektů, u kterých v průběhu realizace vyvstane nutnost odchýlit se od původně stanovené podoby či rozsahu projektu, ať už ve smyslu rozšíření poptávaného předmětu plnění, nebo jeho zúžení. Poptávka dodatečných prací prostřednictvím některého ze soutěžních řízení pak téměř vždy vede k prodloužení termínu plánovaného dokončení, ke vzniku dodatečných transakčních nákladů na dodatečná zadávací řízení a ke značné nejistotě zadavatele, chtě nechtě balancujícího na hraně právních předpisů.

Současná legislativa za určitých podmínek připouští zadání dodatečných stavebních prací přímo a bez soutěže témuž zhotoviteli – v *jednacím řízení bez uveřejnění*. Možnost zadání víceprací v jednacím řízení bez uveřejnění je nicméně pro zadavatele možností významně vzdálenou, popř. nejistou, neboť je jednak podmíněna širokým okruhem skutečností, které musí nastat kumulativně, jednak dikce zákona užívá neurčitých právních pojmů, které je nutné vykládat s přihlédnutím ke všem okolnostem daného případu. Jejich příkladem je *objektivní nepředvídatelnost* okolností působících vznik potřeby dodatečných prací, *nezbytnost* k provedení původních prací, technická nebo ekonomická *neoddělitelnost* dodatečných prací od původní zakázky. Nelze odhlédnout ani od restriktivního přístupu k interpretaci jednotlivých podmínek, který je judikován Soudním dvorem Evropské unie[1] a nadále respektován a promítán v rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“).[2]

Nové koordinační směrnice, potažmo v jejich intencích připravovaný zákon o zadávacích řízeních, jehož návrh se aktuálně nachází v mezirezortním připomínkovém řízení (dále jen „ZZŘ“) přináší do oblasti zadávání víceprací nová řešení, která by na první pohled měla přispět k vyšší právní jistotě na straně zadavatelů a rozšířit možnosti realizace víceprací. Následně se pokusíme nastínit několik dle našeho názoru významných modifikací, se kterými počítá připravovaný ZZŘ.

ZZŘ již nepočítá se zadáváním víceprací v *jednacím řízení bez uveřejnění*, avšak naplnění velmi obdobných podmínek, které aktuální úprava obsahuje v § 23 odst. 7 písm. a), včetně jiných, a to

nových, podmínek bude zadavatele opravňovat k tzv. přípustné změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Přípustná změna smlouvy není v zákoně novým pojmem, v současné době je její úprava obsažena v § 82 odst. 7 ZVZ. Na rozdíl od postupu v jednacím řízení bez uveřejnění při ní z formálního hlediska *nedochází* ke vzniku nové veřejné zakázky, která by musela být zadána v některém ze zadávacích řízení předvídaných zákonem.

Tato zásadní procesní novinka nicméně bude mít v praxi spíše formální než faktický dopad, neboť doposud uplatňovaný postup v *jednacím řízení bez uveřejnění* se v případě zadávání víceprací svojí neformálností postupu mimo režim zákona, tedy přímé kontraktaci, značně blíží. Z toho také vycházel předkladatelé důvodové zprávy k ZZŘ, kteří rovněž označují *jednací řízení bez uveřejnění* na vícepráce za jakousi formalitu, která byla často doplňována i *ex post*.

ZZŘ po vzoru nových evropských koordinačních směrnic soustřeďuje úpravu modifikací smluvního závazku vzešlého ze zadávacího řízení, ke kterým nyní patří mj. i rozšíření předmětu plnění o dodatečné stavební práce, na jedno místo, konkrétně do § 220 pojmenovaného „Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku“. Tento počin lze jistě považovat za krok správným směrem, neboť tak dojde ke zpřehlednění právní úpravy.

Určení přípustnosti změny smlouvy na veřejnou zakázku i v navrhovaném ZZŘ obdobně vychází z tzv. základního testu přípustnosti, který byl dovozen v judikatuře Soudního dvora Evropské unie[3] (§ 220 odst. 3 ZZŘ). Formulace základního testu přípustnosti je v připravovaném ZZŘ následující:

„Podstatnou (nepřípustnou) změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by

- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,*
- b) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo*
- c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.“*

Je zde však patrný výrazný posun oproti stávající úpravě, kdy ZZŘ za přípustnou změnu považuje i *nevýznamné rozšíření rozsahu plnění*, aniž by nutně musely být naplněny jiné podmínky pro zadání víceprací, jako např. ty, které aktuálně opravňují zadavatele k zadání víceprací v jednacím řízení bez uveřejnění (§ 23 odst. 7 písm. a) ZVZ). Současný § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ totiž výslovně bez dalšího *nepřipouští* takovou změnu smlouvy, která by vedla k rozšíření předmětu veřejné zakázky.

Kromě negativního vymezení, které změny smlouvy jsou změnami podstatnými, obsahuje ZZŘ v § 220 i katalog dalších případů změn, které výslovně označuje za změny nepodstatné. Z dikce a systematiky těchto ustanovení je zřejmé, že výše uvedený základní test přípustnosti je testem obecným, který má subsidiární povahu ve vztahu k dalším v § 220 ZZŘ stanoveným případům, mezi něž patří i zvláštní případ sjednání dodatečných stavebních prací, služeb a dodávek či režim „*de minimis*“ (k těmto viz níže). Jinými slovy, pokud zadavatel v konkrétním případě skutkově naplní některou z podmínek stanovených v § 220 odst. 4 - 7 ZZŘ, není nutné dále zkoumat, zda se např. jedná o změnu, která mění ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele ve smyslu § 220 odst. 3 ZZŘ. Tím zjevně dojde k nastolení vyšší právní jistoty, neboť v každém konkrétním případě je velmi obtížné posoudit, zda zadavatelem provedené rozšíření předmětu plnění již přesahuje kontury významnosti či nikoliv, nebo zda takový zásah mohl ovlivnit výběr dodavatele.

De minimis

Průlomovým případem přípustné změny, který se objevuje v nových koordinačních směrnících, potažmo v připravovaném návrhu ZZŘ, je tzv. změna malého rozsahu neboli změna „*de minimis*“ (§

220 odst. 4 ZVZ). Smysl této úpravy tkví v tom, že je málo pravděpodobné, že by změna smlouvy ve vymezeném limitovaném rozsahu byla způsobilá přilákat jiné dodavatele, pokud by byla obsažena již v zadávací dokumentaci. Nově tak budou moci zadavatelé měnit již uzavřené smlouvy bez nutnosti ověřování, zda splňují obecný test přípustnosti (§ 220 odst. 3 ZZŘ), a to za splnění následujících kumulativních podmínek:

- i) hodnota změny je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku,
- ii) hodnota změny je nižší než 15% původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce.

Pokud tedy zadavatel provede změnu smlouvy za shora uvedených podmínek, nebude taková změna znamenat vznik nové veřejné zakázky, u které by byl zadavatel standardně povinen postupovat v některém ze zadávacích řízení, přestože by např. mohlo být za daných okolností pochybné, zda by se jiní dodavatelé neucházeli o získání veřejné zakázky v takto pozměněném rozsahu.

Totéž ustanovení nicméně, po vzoru nových koordinačních směrnic, obsahuje korektiv, který označuje za nepřipustné změny *měnící celkovou povahu veřejné zakázky*, byť se jedná o změny co do hodnoty marginální. Jaké konkrétní změny smlouvy toto kritérium naplní, bude předmětem další interpretace zákona vyplývající zejména z rozhodovací praxe orgánů dohledu. Je nicméně zřejmé, že spoléhat se pouze na přípustnou maximální hodnotu změny nebude možné bez dalšího. Totiž často může v praxi docházet k situacím, kdy zatímco mírné rozšíření prací stejného druhu nenavýší zájem či šance jiných dodavatelů, jejich materiální změna tak učinit může a to i ve významném rozsahu.

Vyšší limity a mírnější podmínky

ZZŘ v § 220 odst. 6 a 7 mezi zvláštní případ přípustné změny smlouvy na veřejnou zakázku řadí, jak už bylo naznačeno výše, zadání dodatečných stavební prací (víceprací) při naplnění podmínek obdobných jako těch, které jsou dle současné úpravy podmínkami použití jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. Nová úprava však i v tomto případě upouští na přísnosti, neboť zmiňované stávající kumulativní podmínky budou rozděleny na dvě samostatné, na sobě nezávislé skutkové podstaty umožňující zadavatelům vícepráce pořídit (§ 220 odst. 6 a 7 ZZŘ). Onou odštěpenou samostatnou podmínkou bude odůvodněnost potřeby zadání víceprací nepředvídanými okolnostmi. Zadavatelům tak bude napříště s největší pravděpodobností umožněno dohodnout se se zhotovitelem v souladu s § 220 odst. 6 ZZŘ na dodatečných stavebních pracích, přestože vznik potřeby jejich pořízení mohli předvídat, a to pokud jsou takové práce *nezbytné* a změna v osobě dodavatele:

- i) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení,
- ii) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů.

Pominutá podmínka vzniku potřeby dodatečných stavebních prací z důvodu *nepředvídaných okolností* bude nadále představovat samostatný případ přípustnosti změny závazku ze smlouvy podle § 220 odst. 7 ZZŘ. Přičemž návrh ZZŘ předpokládá, že při posuzování, zda byla daná okolnost předvídatelná či nikoliv, se bude vycházet z toho, zda by takovou okolnost předvídal zadavatel jednající s náležitou péčí. Tento přístup navazuje na již účinnou formulaci, která byla do ZVZ včleněna technickou novelou č. [40/2015](#) Sb. Tato formulace nahradila dosavadní rigidní přístup spočívající v požadavku na *objektivní nepředvídatelnost* takových skutečností. Ačkoliv je zřejmé, že k naplnění nově formulované podmínky bude v praxi docházet častěji, než tomu bylo doposud, na její přesný výklad bude nutné vyčkat, neboť se jedná o termín dosud praxi neznámý.

Nárůst hodnoty závazku změněného podle odst. 6 i 7 § 220 ZZŘ je v obou případech omezen limitem 50% původní hodnoty závazku. Dojde tak k navýšení současné 30% hodnoty. Uvedená podmínka maximální možné hodnoty změny se však nebude vztahovat na sektorové zadavatele, kteří obecně mohou provádět i změny o vyšších hodnotách (§ 170 ZZŘ).

Navrhované formulace téměř doslovně vychází z dikce obsažené v nových koordinačních směrnících s výjimkou úpravy maximálního přípustného nárůstu hodnoty původního závazku, kde evropská legislativa jde ještě dál a umožňuje, aby stanovený 50% nárůst hodnoty byl připuštěn u každé individuální změny, tedy nikoliv ve svém souhrnu.

Opět i zde bude platit, že pokud zadavatel naplní tyto zvláštní podmínky přípustnosti, nemusí se dále obávat, že by orgán dohledu v souladu s obecným testem přípustnosti posoudil změnu jako nepřipustnou, neboť jak jsme již uvedli výše, obecný test má subsidiární (doplňující) postavení ve vztahu k dalším, v témže paragrafu stanoveným, podmínkám.

K alespoň částečnému zachování principu transparentnosti při postupu mimo režim zákona dle § 220 odst. 6 a 7 ZZŘ, vyžaduje připravovaný transpoziční zákon, aby zadavatelé v takovém případě uveřejnili oznámení o zadání víceprací, a to v závislosti na druhu veřejné zakázky buď pouze ve Věstníku veřejných zakázek (u podlimitních), nebo současně i v Úředním věstníku Evropské unie (u nadlimitních).

Mgr. Jan Ptáček

Mgr. Petr Čermák

[CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o.](#)

advokátní kancelář

CITY TOWER

Hvězdova 1716/2b

140 78 Praha 4 Pankrác

Tel.: +420 224 827 884

Fax: +420 224 827 879

e-mail: ak@akccs.cz



[1] Např. rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-385/02 Komise v. Itálie

[2] Např. rozhodnutí ÚOHS č. j. S40/2014/VZ-11829/2014/524/MLi ze dne 4. 6. 2014

[3] Rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH ze dne 19. 6. 2008

Další články:

- [Zápis ochranné známky bez komplikací. Klíčem k úspěchu je kvalitní předběžná rešerše](#)
- [Zneužití práva na přístup podle GDPR](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 31. - létající pořizovatel ve světle nového stavebního zákona](#)
- [Právní povaha sítě elektronických komunikací - režim náhrady škody](#)
- [Náhrada ušlého nájemného při předčasném ukončení nájemní smlouvy na nebytové prostory](#)
- [Jak fungují plánovací smlouvy v reálných situacích \(2. díl\)](#)
- [Nejvyšší soud a forma smlouvy o smlouvě budoucí: krok zpět v ochraně právní jistoty?](#)
- [„Za každou kauzou je živý příběh“](#)
- [Přehnaná, nebo důvodná prevence? Zajištění a utvrzení závazků v praxi](#)
- [Spoluvlastnictví a správa společné věci](#)
- [Doručování soudních písemností ze zahraničí do ČR](#)