

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

Změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle zákona č. 134/2016 Sb. - vyhrazené změny závazku, komentář k § 222 odst. 2, příklad dobré praxe FIDIC a rozsudek Finn Frogne A/S

V minulém článku [1] byly stručným způsobem popsány obecné aspekty změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Tentokrát se blíže zaměříme na vyhrazené změny závazku dle § 222 odst. 2 ZZVZ, s uvedením příkladů dobré praxe dle smluvních podmínek FIDIC a stručným rozбором průlomového rozsudku Finn Frogne A/S.

Komentář k § 222 odst. 2

Odst. 2 uvádí, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy se nepovažuje změna, která je prostřednictvím vyhrazených změn závazku sjednána ve smlouvě na veřejnou zakázku dle § 100 odst. 1 ZZVZ. Takové změny tedy musejí být jednoznačně vyhrazeny již v zadávací dokumentaci, přičemž změny nemění celkovou povahu veřejné zakázky, ale jedná se o plnění dle smlouvy, přičemž ujednání smluvních stran o změně není změnou smlouvy jako takové, ale má evidenční význam.[2] Ačkoliv byly vyhrazené změny smlouvy na plnění veřejné zakázky připuštěny i za účinnosti ZVZ a to výkladem judikatury ESD (např. rozsudek ESD C-19/00 ve věci SIAC Construction), výslovné zakotvení v ZZVZ je novinkou.

I když je předmětné ustanovení § 100 ZZVZ zařazeno v části čtvrté ZZVZ, tedy v ustanoveních upravující nadlimitní režim, je možné jej analogicky použít i pro podlimitní režim a to na základě § 52 písm. b) ZZVZ.

Pakliže si tedy zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradí podmínky budoucí změny závazků ze smlouvy, nerozlišuje § 100 odst. 1 ZZVZ mezi změnami podstatnými a nepodstatnými ve smyslu § 222 ZZVZ, neboť taková změna není změnou závazku, ale směřuje ke změně předmětu a obsahu závazkového vztahu (plnění dle smlouvy). Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 28.04.2011, sp. zn. 23 Cdo 746/2010 zmiňuje „... *naplnění předvídaného ujednání se stanovenými právními důsledky*“.[3] Výhrada změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ lze uplatnit po dobu trvání smlouvy (na rozdíl od § 100 odst. 3 ZZVZ[4], kterou lze využít i po ukončení plnění dle smlouvy), přičemž je nezbytné zdůraznit, že výše uvedené podmínky musí být splněny kumulativně, tedy všechny navzájem.

V návaznosti na bodu 111 preambule a dále čl. 72 odst. 1 písm. a) Směrnice 2014/24/EU je jednoznačné, že nepodstatnou změnou smlouvy dle § 222 odst. 2 ZZVZ nemůže dojít ke změně charakteru plnění jako takové. Takovým příkladem by mohla být (ad absurdum) záměna plnění spočívajícího v dodávkách papírů za dodávky automobilů.

Vyhrazené změny závazku musejí být jednoznačně uvedeny již v zadávací dokumentaci,[5] čímž

zadavatel již dopředu vymezuje, že může dojít ke změně poptávaného plnění a současně změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Využití výhrady však není povinné a je plně v dispozici zadavatele (resp. objednatele). Výhradou změny závazků zadavatel pouze upozorňuje dodavatele na možnost změny obsahu plnění. Za jednoznačné uvedení vyhrazené změny závazku v zadávací dokumentaci lze považovat takové výhrady, u nichž je vymezen obsah výhrady a které lze objektivně a bez všech pochybností vykládat, resp. následně provést. Změna se může týkat rozsahu plnění (dodávky, služby nebo stavební práce), ceny, obchodních či technickým podmíněk.[\[6\]](#) Zvážení výhrady změny závazku je nanejvýš vhodné u zakázek, které mají dlouhodobý charakter - zadavatel by měl vzít v potaz možné změny legislativy anebo vliv nepředvídatelných fyzických podmínek (např. klimatických podmínek) na stavební práce.[\[7\]](#),[\[8\]](#) Jako příklad možných vyhrazených změn závazku je možné zmínit např. inflační doložku nebo nepředvídatelné fyzické podmínky[\[9\]](#) apod.

Podstatnou náležitostí řádně vyhrazených změn závazků je správné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, které je nezbytné pro řádné samotné provedení (zahájení) zadávacího řízení. Nesprávné stanovení předpokládané hodnoty zakázky zatěžuje zadávací řízení v krajních případech až neodstranitelnou vadou. Nesprávným určením předpokládané hodnoty se může zadavatel dopustit porušení ZZVZ tím, že provede zadávací řízení v „mírnějším“ režimu. Řádné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky dále souvisí s povinností zadavatele u zakázek nad 300 mil. Kč bez DPH zajistit, aby hodnocení nabídek provedla komise, která má minimálně 5 členů, z nichž většina má příslušnou odbornost ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (§ 42 odst. 2 ZZVZ) a v návaznosti na podmínky dané fyzické osoby, která má být členem komise, podle Zákona o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti (§ 220 ZZVZ). Další možný případ, který souvisí s řádným stanovením předpokládané hodnoty zakázky, je stanovení hodnot kvalifikačních podmínek.[\[10\]](#),[\[11\]](#) Ačkoliv by předpokládaná hodnota zakázky měla být zadavatelem stanovena kvalifikovaně, tedy ve smyslu § 16 odst. 6 ZZVZ, jedná se o hodnotu přibližnou, kdy nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby předpokládaná hodnota zakázky odpovídala konečné ceně v uzavřené smlouvě. Zadavatel tedy musí počítat i se situací, že ačkoliv na základě dobré víry stanovil předpokládanou hodnotu zakázky ve smyslu Zákona a dle této hodnoty následně určil režim dané veřejné zakázky, mohou obdržené nabídky obsahovat cenové rozmezí pro přísnější režim zadávacího řízení. Zadavatelům lze pro případy, kdy se předpokládaná hodnota veřejné zakázky blíží pomezí mezi jednotlivými režimy (veřejná zakázka malého rozsahu X podlimitní veřejná zakázka X nadlimitní veřejná zakázka[\[12\]](#)), aby z důvodu opatrnosti zvolili „bezpečnější“ postup v podobě přísnějšího režimu veřejné zakázky. Stanovení maximální (nepřekročitelné) výše nabídkové ceny zadavatelem v zadávací dokumentaci, které zadavateli zajistí, že bude hodnotit nabídky pouze ve zvoleném režimu veřejné zakázky, se nejeví jako vhodné, neboť (i) zadavatel v případě nesprávného určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky omezuje možnost účastníků účastnit se dané veřejné zakázky, protože v případě podání nabídky s vyšší než maximální nabídkovou cenou, by takové nabídky byly vyřazeny z dané veřejné zakázky (v opačném případě by zadavatel nedodržel základní zásady zadávání veřejných zakázek dle § 6 ZZVZ), (ii) reálně zadavateli hrozí, že vybere méně odborného dodavatele a (iii) z důvodu omezené cenové nabídky nemusí být poskytnuté plnění v zadavatelem požadované kvalitě.

V návaznosti na výše uvedenou citaci § 16 odst. 3 ZZVZ a v relevanci k § 100 odst. 1 ZZVZ a § 222 odst. 2 ZZVZ, musí zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, zohlednit i vyhrazené změny závazků ze smlouvy, jejichž podmínkou je, aby vyhrazené změny byly zadavatelem v zadávacích podmínkách jednoznačně a co do obsahu dostatečně vymezeny. Blíže k podmínkám § 100 ZZVZ viz text níže. Ačkoliv by se dalo předpokládat, že pokud je zadavatel schopen vyhrazené změny jednoznačně popsat, měl by být schopen tyto změny i vyčíslit. To ovšem není takto jednoznačné, což bude ilustrovat na příkladu z praxe, konkrétně smluvních podmínkách FIDIC. Takto vyhrazené změny sice dostojí zákonným podmínkám, ovšem zadavatel není schopen presumovat jejich (finanční) rozsah. Vzhledem k tomu, že vyhrazené změny nemají stanoven finanční limit ve

vztahu k původní hodnotě závazku (vyhrazená změna může i násobně přesahovat nabídkovou cenu – úvaha k tomuto viz komentář k odst. 6 níže), ale jsou pouze omezeny tím, že nemohou měnit celkovou povahu veřejné zakázky, reálně zadavateli hrozí, že takto zákonně vyhrazené změny přesáhnou finanční limit daného režimu veřejné zakázky (tedy limit pro zakázku malého rozsahu nebo limit pro podlimitní veřejnou zakázku). V takovém případě je možné poukázat na možnost § 4 odst. 4 ZZVZ, dle kterého „... pokud zadavatel ... zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon.“ I když předmětné ustanovení míří zejména na situace, kdy je zadávána podlimitní veřejná zakázka, ačkoliv předmětné zadávací řízení spadá do finančních limitů zakázky malého rozsahu dle § 27 ZZVZ, lze analogicky dospět k tomu (i s ohledem na historický výklad § 26 odst. 5 ZVZ), že zahájí-li zadavatel přísnější (formálnější) druh zadávacího řízení, aniž by k tomu byl povinen, postupuje dále v zadávání dle ustanovení platných pro předmětné zadávací řízení v plném rozsahu (tj. včetně veškerých uveřejňovacích podmínek a povinností apod.)[\[13\]](#),[\[14\]](#), přičemž „přísnější“ anebo formálnější veřejnou zakázku, než nadlimitní veřejnou zakázku Zákon nezná. Navíc není Zákonem stanovená povinnost uveřejňovat předpokládanou hodnotu veřejné zakázky jako součást zadávací dokumentace – pouze zadavatel rozhoduje o tom, zda uveřejní předpokládanou hodnotu zakázky. Zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota tak může být v rovině interního dokumentu, přičemž toto stanovisko zastává i expertní skupina MMR k Zákonu č. [137/2006 Sb.](#)[\[15\]](#), přičemž není, s ohledem na obdobnou úpravu v ZZVZ, důvodné předpokládat odchýlení od tohoto závěru i za účinnosti ZZVZ.

V případě, kdy by zadavatel požadoval poskytnutí jistoty u zakázky, měl by hranici 2 %, resp. 5 % výše jistoty stanovit z té částky, kterou je reálně schopen zdokladovat, a to i přestože by měl v předpokládané hodnotě počítat s vyhrazenými změnami dle § 100 odst. 1 ZZVZ, neboť právě proto, že tyto vyhrazené změny mohou být pro zadavatele v okamžiku zadání veřejné zakázky (zejména s ohledem na jejich finanční výši) zcela abstraktní, neměla by výše jistoty přesahovat maximální možnou procentuální výši předpokládané hodnoty zakázky, přičemž toto překročení by mohlo ovlivnit výběr dodavatele, neboť takový postup, který na dodavatele přenáší vyšší finanční zátěž, než která je adekvátní k rozsahu předmětné veřejné zakázky, může mít vliv na okruh účastníků[\[16\]](#), přičemž charakter posuzovaného deliktního jednání je ohrožovací, nikoli poruchový, a tudíž nemusí být prokazováno, že došlo k vyloučení jakéhokoliv dodavatele v důsledku netransparentního nastavení zadávacích podmínek, ale postačuje rozumně odůvodněná hypotéza, že mohl existovat dodavatel poškozený jednáním zadavatele. Fakt, že skutečný dopad na konkrétního dodavatele nebyl prokázán, se nepokládá za polehčující okolnost.[\[17\]](#)

Vhodným příkladem vyhrazených změn (variací) jsou vzorové smluvní podmínky FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, v České republice překládána jako Mezinárodní federace konzultačních inženýrů), které jsou používány ve stavebnictví při realizaci výstavbových projektů pozemních a inženýrských staveb. Vzhledem k odbornému zaměření těchto článků zde smluvní podmínky FIDIC nebudou podrobněji představovány, přičemž lze však odkázat na článek JUDr. Tomáše Kalenského[\[18\]](#), ve kterém jsou obecné aspekty FIDIC představeny. V průběhu realizace výstavbového projektu dochází naprosto běžně ke změnám (upřesněním) předmětu díla. Ani při sebelepší přípravě výstavbového projektu ze strany objednatele, není reálně možné vyloučit budoucí změny díla. Důvody pro změny jsou zejména následující: (i) důvody nezávislé na smluvních stranách (např. klimatické excesy - záplavy, půdní sesuvy apod.; nepředvídatelné fyzické podmínky staveniště - geologické vlivy, neevidované podzemní sítě apod.; archeologické nálezy; zpoždění způsobená úřady; obecně odlišné skutečnosti zjištěné v průběhu provádění díla; zdravotní excesy - související typicky v roce 2020 s pandemií onemocnění COVID-19 apod.), (ii) požadavky objednatele odlišné od zadání (projektové dokumentace (např. technické inovace předmětu plnění; změny vizuální anebo technické, nikoliv změny týkající se charakteru veřejné zakázky jako takové), (iii) prodlení a chyby objednatele (např. chyby ve smluvních dokumentech; vadná projektová dokumentace; chybné - nedostatečné geologické a hydrogeologické průzkumy; nedostatek pokynů objednatele; nezajištění

pozemků pro stavbu; nezajištění veřejnoprávních povolení; nedostatek finančních prostředků apod.) anebo (iv) prodlení a chyby zhotovitele (např. neznalost podmínek staveniště; nedodržování zákona anebo smlouvy; stavební nepřipravenost; pozdní anebo žádné upozornění na odlišné skutečnosti při provádění díla apod.). Výše uvedené příklady jednoznačně vedou ke změnám díla v průběhu realizace, přičemž se nejedná o situace, které by zkušený objednatel nemohl předvídat a upravit adekvátně k tomu smluvní ujednání. Absence smluvních ujednání může v konečném důsledku vést k prodražování díla anebo absolutní nemožnosti zamýšlené dílo dokončit s vybraným dodavatelem. Red Book FIDIC (zkratka CONS[19], česky Červená kniha) obsahují ustanovení umožňující objednateli reagovat na změny a potřeby v průběhu realizace výstavbového projektu. Vzhledem ke skutečnosti, že zákon je nadřazen smlouvě, je nezbytné, aby ustanovení Červené knihy naplňovala zejména zásady zadávání veřejných zakázek dle § 6 Zákona, tedy zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Za vyhrazené změny závazku dle Červené knihy by se daly považovat variace dle pod-čl. 13 Červené knihy a měření dle pod-čl. 12 Červené knihy. Obecně by se dalo konstatovat, že variace jako taková je (vyhrazenou) změnou díla, kdežto měření je upřesnění smlouvy.[20]

Variace dle Červené knihy

Variací dle Červené knihy se rozumí jakákoliv změna díla nařízená nebo schválená objednatelem (resp. správcem stavby).[21] Variace je tedy změnou díla, nikoliv změnou smlouvy jako takové. Je nanejvýš vhodné, že Červená kniha obsahuje ustanovení ke změně rozsahu, standardu, technologických postupů, časových návazností apod., protože absence takových ustanovení by měla za následek, že by zhotovitelé mohli odmítat změny díla. Variace je tedy možnost přizpůsobení výstavbového projektu reálným potřebám objednatele, které se mohou lišit od předpokladů v době uzavření smlouvy. Variace může být dle Červené knihy (i) iniciována pokynem objednatele (resp. správcem stavby) bez předchozí dohody; (ii) zhotovitel může iniciovat vlastní návrh změny díla, který může být objednatelem schválen jako variace nebo (iii) objednatel může vznést požadavek na zhotovitele k předložení návrhu variace, přičemž smluvní strany se na změnách díla v ideálním případě dohodnou. Zejména v případě pokynu k provedení variace (bez předchozí dohody smluvních stran) může zhotovitel okamžitě objednateli (resp. správci stavby) oznámit, že ve smyslu pod-čl. 1.1.5.2 jsou věci určené pro variaci pro zhotovitele těžko dostupné (tedy vybavení zhotovitele, materiály, technologické zařízení, dočasné dílo nebo cokoli z uvedeného tak, jak je vhodné), v opačném případě je zhotovitel variací vázán a je povinen ji provést. Naopak požadavek objednatele (resp. správce stavby) na předložení návrhu variace není pokynem ke změně díla, nýbrž jakýmsi průzkumem trhu (de facto ve smyslu jednacího řízení bez uveřejnění[22]), kdy zhotovitel je povinen objednateli předložit (i) popis navrhované práce, která má být vykonána a harmonogram jejího provedení, (ii) návrh zhotovitele na jakékoliv potřebné modifikace harmonogramu a doby pro dokončení a (iii) návrh zhotovitele na ocenění variace. Ve smyslu pod-čl. 13.1 Červené knihy mohou variace zahrnovat: a) změny v množství jakékoliv položky práce obsažené ve smlouvě, b) změny v kvalitě a jiných vlastnostech jakékoliv položky prací, c) změny ve výškách, rozmístění anebo rozměrech jakékoliv části díla, d) vypuštění jakékoliv práce, pokud nemá být vykonána někým jiným, e) jakoukoliv dodatečnou práci, technologické zařízení, materiály nebo služby nezbytné pro stavbu včetně jakýchkoliv s tím spojených přejímacích zkoušek, vrtů a jiných zkušebních a průzkumných prací nebo f) změny v posloupnosti a načasování provádění díla. Zde výše uvedené písm. a) nemusí být nutně samo o sobě změnou (variací), ale může dojít pouze k navýšení množství skutečně provedených prací. Výhrady měření jsou popsány níže.

Měření dle Červené knihy

Obdobně jako u variací nelze s náležitou péčí připravit jednotlivé položky pro realizaci projektu přesně tak, aby všechny položky odpovídaly na kilogram anebo metr. Což ovšem neznamená, že by objednatel neměl klást důraz na řádnou přípravu projektu, ale jednotlivé položky jsou stanoveny

kvalifikovaným předpokládaným množstvím, což je ostatně uvedeno i v pod-čl. 14.1 (smluvní cena) CONS „... jakákoliv množství stanovená ve Výkazu výměr nebo jiném Formuláři jsou množství odhadovaná a nemají být považována za skutečná a správná množství“. V rámci plnění probíhá fakturace měření skutečně provedených prací oceněných na základě jednotkových cen zhotovitele z nabídky. Měření je tedy de facto způsob určení ceny díla, aniž by však toto upřesnění bylo považováno za změnu smlouvy. Upřesněná změněná množství vycházející z projektové dokumentace nemohou být považovány dodatečné práce dle § 222 ZZVZ a tato upřesnění nepodléhají, resp. nezapočítávají se do Zákonem stanovených limitů a jedná se o vyhrazené změny ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. V předchozí větě je záměrně zmíněno, že změny musejí vycházet z projektové dokumentace, protože ty práce, které objednatel v zadávací dokumentaci, resp. ve výkazu výměr nepředpokládal, nemohou být v průběhu realizace z logiky věci upřesňovány, a zadavatel potom musí, při změně díla, postupovat ve smyslu ustanovení § 222 ZZVZ.[23],[24]

Měření a oceňování je v CONS uvedeno v čl. 12. Pod-čl. 12.1 CONS popisuje postup pro měření množství z položek prací. Množství jednotlivých položek by mělo být průběžně odsouhlasováno smluvními stranami. Pro vyloučení pochybností za měření nemůže být považováno zejména (i) využití položkové ceny obsažené ve výkazu výměr pro ocenění nových položek (prací) ve smlouvě neobsažených, (ii) oprava zjevně vadného množství položky (např. chybný výpočet 5 m³ namísto 10 m³, řádové odchylky např. 500 namísto 5 000 apod.), (iii) neprovedení položky nebo její podstatné části nebo (iv) použití u položek výkazu výměr s paušální cenou.[25]

Přípustnost měření lze dovodit z rozsudku ESD ze dne 18.10.2001 ve věci C-19/00 SIAC Construction. Byť ESD tuto otázku posuzoval nepřímou v souvislosti s otázkou hodnotících kritérií, rozhodl, že kritéria pro zadání zakázky musejí být formulována v zadávacích podmínkách, tak aby bylo všem účastníkům umožněno vykládat podmínky stejným způsobem. Zkušený účastník (resp. zhotovitel), tak musí vědět, že CONS je měřeným kontraktem. V České republice jsou rozsudky věnující se tématu vyhrazených změn. Takovým příkladem může být např. rozsudek NSS ze dne 15.08.2013, sp. zn. 2 Afs 4/2013[26], ve kterém je mimo jiné uvedeno, že „... skutečně klíčové splnění požadavku na porovnatelnost nabídek v okamžiku jejich hodnocení. Naopak v okamžiku zahájení plnění veřejné zakázky se již nabídky neporovnávají ... Změna pořadí účastníků během reálného plnění tedy již z hlediska zákona o zadávání veřejných zakázek není relevantní.“ Pro naplnění § 6 ZZVZ je dále podstatné, aby „... všichni tak měli při vypracování nabídky k dispozici informace stejného rozsahu a žádný z uchazečů nebyl jakkoli znevýhodněn.“ NSS v rozsudku rovněž zmiňuje, že „... skutečnost, že v průběhu realizace veřejné zakázky může být nakonec hrazena cena vyšší či nižší než nabídková, je realitou, nicméně toto nastavení nelze bez dalšího považovat za protizákonné.“ K zásadní povinnosti zadavatele informovat dodavatele veřejné zakázky transparentně, v souladu se zásadou rovného zacházení a zákazem diskriminace se vyjádřil i Krajský soud v Brně ze dne 13.01.2010, č. j. 62 Ca 89/2008-51[27], když konstatoval, že „... je-li předmět veřejné zakázky vymezen dostatečně jasně, určitě a srozumitelně a mají-li být kromě samotného předmětu veřejné zakázky v nabídkové ceně zohledněny související a na předmět veřejné zakázky navázané obchodní procesy mezi zadavatelem a dodavatelem, pak za podmínky, že je zohlednění těchto procesů jasné, zřetelné, srozumitelné, nikoho neznevýhodňující a zároveň i zpětně přezkoumatelné, neporušuje tímto zadavatel § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neboť i v takovém případě je nabídková cena konstruována „ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.“

I za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., bylo možno měření podřadit pod § 44 odst. 3 písm. a). I když je stanovení ceny prostřednictvím měření stávající legislativou považováno za vyhrazené změny závazku, které nejsou považovány za podstatnou změnu smlouvy, tak měření jako takové vlastně není změnou závazku, ale způsobem stanovení ceny díla ve smyslu § 2586 odst. 2 NOZ[28], přičemž NOZ předpokládá pro naplnění předpokladu dostatečně určitého ujednání ceny díla dvě základní možné

situace. Jde o přímou dohodu stran o ceně nebo situaci nepřímého určení ceny díla, přičemž určující pro vůli stran bylo smlouvu o dílo uzavřít i bez dohody o přímém určení ceny díla. Častějším případem je přímé určení ceny díla dohodou stran. Spolu s vymezením předmětu díla je určení ceny díla nejdůležitější částí „dohody“ smluvních stran.

Provedení vyhrazených změn souvisí i s ex post uveřejňovací povinností smluvních stran na profilu zadavatele, resp. v registru smluv.[29]

Rozsudek Finn Frogne A/S[30],[31]

Obdobně jako rozsudek Pressetext ke změně závazků ze smlouvy, který je podroben bližšímu rozboru u odst. 1, lze i k § 100 ZZVZ, tedy vyhrazeným změnám závazku, dohledat rozsudek ESD, konkrétně ze dne 07.09.2016 v řízení o předběžné otázce k čl. 2 směrnice 2004/18/ES mezi Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (středisko státní policie pro komunikaci v nouzové situaci, Dánské království, dále jen „CFB“) o to, zda je v souladu s právními předpisy dohoda o narovnání uzavřená mezi CFB jakožto veřejným zadavatelem a společností Terma A/S jakožto úspěšným uchazečem o veřejnou zakázku v rámci plnění této veřejné zakázky.[32]

CFB bylo zadavatelem veřejné zakázky ve formě soutěžního dialogu[33], jejímž předmětem byl vývoj počítačového systému, konkrétně dodání globálního komunikačního systému společného pro všechny útvary záchranné služby a údržby. Veřejná zakázka byla zadána společnosti Terma A/S (dále jen „Terma“) v celkové částce zhruba 70,5 mil. EUR, z čehož cca 40,2 mil. EUR připadalo na řešení popsané zadávací dokumentací a zbývající část, tedy cca 30,3 mil. EUR obsahovalo fakultativní položky a plnění, která nebyla zadavatelem nezbytně požadována.[34] V důsledku neplnění dodacích lhůt veřejné zakázky se CFB a TERMA dohodly o narovnání – omezení veřejné zakázky na dodání radiokomunikačního systému krajským policejním sborům za cca 4,7 mil. EUR a dvou centrálních serverových farem v hodnotě cca 6,7 mil. EUR, které v původní znění veřejné zakázky měla TERMA CFB pronajímat. Ve zbytku se smluvní strany dohodly na vzdání se všech práv vyplývajících z původní veřejné zakázky. Před dokončením dohody o narovnání CFB uveřejnila v Úředním věstníku Evropské unie oznámení o dobrovolné transparentnosti ex ante.[35] Ačkoliv se společnost Finn Frogne A/S (dále jen „Frogne“) neúčastnil zadávacího řízení na veřejnou zakázku[36],[37], podala společnost Frogne proti tomuto postupu stížnost ke komisi pro stížnosti související se zadáváním veřejných zakázek (Klagenævnet for Udbud), přičemž tato komise stížnost rozhodnutím zamítla. Stejně rozhodl i odvolací soud východních oblastí (Østre Landsret). Dánský soud prvního stupně přijal argumentaci CFB a stížnost zamítl s tím, že CFB a Terma projednávali základní podmínky původní zakázky s cílem objektivně optimalizovat změněné podmínky, vůli stran nalézt přijatelné řešení v rámci závazkového práva a snahu vyhnout se riziku nepřiměřených ztrát. Proti tomuto rozhodnutí podala společnost Frogne odvolání k Nejvyššímu soudu Dánska (Højesteret), kdy stěžovatel měl za to, že změna učiněná ve veřejné zakázce je změnou podstatnou, ať již co se týče předmětu změněné zakázky nebo její významně snížené hodnoty, přičemž pozměněná zakázka mohla být zajímavá i pro menší podniky.[38] CFB zmínila dva aspekty narovnání a to významné omezení plnění (ve vztahu k radiokomunikačnímu systému), což je situace, kterou unijní právo neupravuje; a u nabytí centrálních serverových farem, u nichž se forma užívání změnila z pronájmu na nabytí vlastnických práv, není dle CFB podstatnou změnou smlouvy.[39] Nejvyšší soud Dánska položil ESD následující předběžnou otázku: „Musí být článek 2 směrnice 2004/18 ve spojení s rozsudky Soudního dvora ze dne 19. června 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351) a ze dne 13. dubna 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182) vykládán v tom smyslu, že dohoda o narovnání, která obsahuje omezení a změny plnění původně sjednaných v rámci smlouvy, která již byla předmětem zadávacího řízení, jakož i ujednání o vzájemném vzdání se uplatňování sankcí za porušení smlouvy s cílem zabránit pozdějšímu sporu, je smlouvou, která sama o sobě musí být předmětem zadávacího řízení, pokud při plnění původní smlouvy vyvstanou obtíže?“

Z judikatury ESD vyplývá, že zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti, která z ní vyplývá, brání tomu, aby veřejný zadavatel a úspěšný uchazeč po zadání zakázky změnil ustanovení, jimiž se řídí tato zakázka tak, že tato ustanovení budou mít podstatně odlišné charakteristiky od charakteristik ustanovení pro původní zakázku.^[40] ESD konstatoval, že „vzhledem k tomu, že původní objem této zakázky byl natolik velký, že se mohly přihlásit do zadávacího řízení nebo podat nabídku jen některé podniky, může snížení objemu uvedené zakázky vést k tomu, že se stane zajímavou také pro menší hospodářské subjekty. Dále vzhledem k tomu, že minimální úroveň způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být v souladu s čl. 44 odst. 2 druhým pododstavcem směrnice 2004/18 vztaheny k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné, může vést omezení předmětu zakázky k úměrnému snížení požadovaných způsobilostí zájemců nebo uchazečů.“^[41] Podstatná změna musí vést k novému zadávacímu řízení (viz obdobně rozsudek ESD ze dne 13.04.2010, Wall, věc C-91/08, EU:C:2010:182, bod 42). Jinak by tomu bylo, pokud by tato změna byla upravena v doložkách dokumentace k původní veřejné zakázce (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 19.06.2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, body 37, 40, 60, 68 a 69).^[42] Bez ohledu, zda k podstatné změně podmínek smlouvy došlo z vůle stran anebo z objektivních důvodů (tedy bez úmyslu smluvních stran, jako je tomu v tomto případě), tak ani objektivně nepředvídatelná povaha nemůže odůvodnit skutečnost, že o této změně bylo rozhodnuto, aniž byla dodržena zásada rovného zacházení, která musí být uplatněna na všechny subjekty, které mohou mít potenciálně zájem o veřejnou zakázku.^[43] S ohledem na předmět plnění některých zakázek lze ovšem s určitou mírou předvídat vznik obtíží ve fázi plnění. Veřejný zadavatel si tak může v zadávací dokumentaci vyhradit možnost provést některé i podstatné změny po podpisu smlouvy. I v takovém případě je nezbytné striktní dodržováním podmínek stanovených v zadávací dokumentaci a to až do skončení fáze plnění dané zakázky. Veřejný zadavatel tím, že výslovně upraví možnost a podmínky uplatnění změn plnění veřejné zakázky, zajistí, že všechny hospodářské subjekty jsou s případnými změnami seznámeny od začátku a je k nim tak přistupováno rovným způsobem v okamžiku podávání nabídek (viz obdobně rozsudek ESD ze dne 29.04.2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta, věc C-496/99 P, EU:C:2004:236, body 112, 115, 117 a 118).^[44]

K předběžné otázce rozhodl ESD takto: „Článek 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, musí být vykládán v tom smyslu, že po zadání veřejné zakázky nemůže být tato zakázka podstatně změněna bez zahájení nového zadávacího řízení, a to ani tehdy, když je objektivně tato změna způsobem narovnáni, v rámci něhož je sjednáno, že strany se vzájemně vzdají svých nároků s cílem ukončit spor, jehož výsledek je nejistý a jenž vznikl z důvodu obtíží s plněním této zakázky. Jinak by tomu bylo, pokud by v dokumentaci k zadávacímu řízení na uvedenou veřejnou zakázku byla upravena možnost změnit některé, i podstatné, podmínky této zakázky po jejím zadání a stanoveny podmínky uplatnění této možnosti.“

V kontextu výše uvedeného je vhodné, aby zadavatel, který jedná s péčí řádného hospodáře (s ohledem na předchozí vlastní zkušenosti, rozhodovací praxi ÚOHS, Krajského soudu v Brně a NSS), již do zadávacích podmínek specifikoval skryté riziko plnění veřejné zakázky, tak jak je uvedeno výše u komentáře k odst. 2. K tomuto je vhodné zmínit i rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 16.10.2014, č. j. ÚOHS-R301/2013/VZ-21779/2014/321/OHo, ve kterém si zadavatel (Ústav pro studium totalitních režimů, IČO 75112779) v době vyhlášení veřejné zakázky vyhradil opční právo, přičemž v době uveřejnění veřejné zakázky dostačovalo připojení o rychlosti nejméně 100 Mb/s, ovšem zadavatel předpokládal, že tato rychlost nebude finálně plně vyhovovat jeho potřebám a na základě opčního práva v souladu s § 99 odst. 1 ZVZ zakotvil ve svých požadavcích možnost několikanásobného navýšení rychlosti připojení.^[45]



JUDr. Tomáš Kučera,

podnikový právník a FIDIC specialista ve stavební společnosti

e-mail: tomas.kucera@eurovia.cz

[1] K dispozici >>> [zde](#).

[2] Měření skutečně provedených prací, blíže viz komentář k FIDIC v odst. 2.

[3] K dispozici >>> [zde](#).

[4] Obdoba § 99 ZVZ, v ZVZ označovaného jako opční právo.

[5] Z důvodu opatrnosti je vhodné uvést výhradu i ve smlouvě k dané veřejné zakázce, neboť na základě uzavřené smlouvy dochází následně k plnění předmětu veřejné zakázky. Obdobně k předchozí větě, by zadávací dokumentace mohla být nedílnou součástí uzavřené smlouvy jako její příloha.

[6] PODEŠVA, Vilém.; SOMMER, Lukáš; VOTRUBEC, Jiří; FLAŠKÁR, Martin; HARNACH, Jiří; MĚKOTA, Jan; JANOUŠEK, Martin. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 1108 s. ISBN: 978-80-7552-102-6.

[7] FIDLER, Vlastimil. Problematika změn smlouvy podle nového zákona (II.). Veřejné zakázky v praxi. 07/2017, s. 14-18. ISSN 1805-8523.

[8] Srov. bod 109 preambule Směrnice.

[9] Pod-čl. 4.12 CONS (FIDIC)

[10] Srov. § 78 odst. 2 ZZVZ

[11] Viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 05.08.2014, č. j. ÚOHS-S442/2014/VZ-16444/2014/511/KČe nebo rozhodnutí ÚOHS ze dne 17.12.2012, č. j. ÚOHS-S465, 511/2012/VZ-23704/2012/511/MKl

[12] § 25 až 27 ZZVZ.

[13] KRČ, Robert. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou. Praha: Nakladatelství Linde, 2013. 1272 s. ISBN 978-80-7201-888-8.

[14] Srov. viz ka >>> [zde](#).

[16] Srov. rozhodnutí ÚOHS ze dne 23.07.2015, č. j. ÚOHS-S0336/2015/VZ-19207/2015/532/MOn

[17] Viz např. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 02.05.2018, č. j. 62 Af 117/2016-71.

[18] K dispozici >>> [zde](#).

[19] V originále Condition of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer, v České republice užívaný překlad Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem.

[20] KLEE, Lukáš; TUREK, Roman. Komentář k obecným podmínkám FIDIC CONS/Červené knihy a FIDIC P&DB/Žluté knihy. Druhé vydání 2017. 216 s.

[21] Pod- čl. 1.1.6.9 CONS.

[22] § 66 ZZVZ.

[23] KLEE, Lukáš; TUREK, Roman. Komentář k obecným podmínkám FIDIC CONS/Červené knihy a FIDIC P&DB/Žluté knihy. Druhé vydání 2017. 216 s.

[24] DVOŘÁK, David; MACHUREK, Tomáš; NOVOTNÝ, Petr; ŠEBESTA, Milan a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. ISBN 978-80-7400-651-7.

[25] § 7. Ředitelství silnic a dálnic ČR. Směrnice generálního ředitele ŘSD ČR č. 18/2017 ver 1.1 s účinností od 1.09.2018 [online]. K dispozici >>> [zde](#).

[26] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.08.2013, sp. zn. 2 Afs 4/2013 - 57 [online]. K dispozici >>> [zde](#).

[27] Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13.01.2010, č. j. 62 Ca 89/2008 - 51 [online]. K dispozici >>> [zde](#).

[28] KLEE, Lukáš. Smluvní podmínky FIDIC. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 420 s. ISBN

978-80-7552-161-3.

[29] Srov. § 5 odst. 1 zákona č. 340P2015 Sb.

[30] Rozsudek Soudního dvora (osmého senátu) ze dne 07.09.2016, ve věci C-549/14, Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation. Soudní dvůr Evropské unie [online]. K dispozici >>> [zde](#).

[31] PAVLÍČEK, Libor. Přelomový rozsudek ESD Finn Frogne A/S a podstatná změna závazku, ze dne 25.04.2017 [online]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/prelomovy-rozsudek-esd-finn-frogne-as-a-podstatna-zmena-zavazku-105813.html>

[32] Odst. 1 a 2 rozsudku.

[33] Původním zadavatelem bylo Dánské království, CFB se až později stalo veřejnoprávním orgánem odpovědným za tuto zakázku - odst. 1. rozsudku.

[34] Odst. 9 rozsudku.

[35] Odst. 10 až 12 rozsudku.

[36] Bez ohledu na neúčast ve veřejné zakázce daného dodavatele, mohl postup zadavatele „podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť jak dovedil Úřad výše, nelze vyloučit, že zadavatelem provedená změna zadávacích podmínek mohla jednak zvýšit časovou náročnost zpracování nabídky ... a jednak ovlivnit i samotné rozhodování dalších uchazečů zda se zúčastní zadávacího řízení ... Nelze tedy vyloučit, že při dodržení postupu dle § 40 odst. 3 zákona (pozn. aut. ZVZ) (tj. při řádném prodloužení lhůty pro podání nabídek) mohl zadavatel obdržet nabídky i od jiných uchazečů, stejně jako nelze vyloučit, že v takovém případě mohl obdržet jiné (ve smyslu jinak naceněné) nabídky i od uchazečů, kteří se zadávacího řízení zúčastnili.“ - z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 13.07.2015, č. j. ÚOHS-R217/2015/VZ-25855/2016/321/MML. Rozhodovací praxe ÚOHS je v tomto konstantní, viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 19.02.2014, č. j. ÚOHS-R87/2011/VZ-3650/2014/310/PMo; rozhodnutí ÚOHS ze dne 16.10.2015, č. j. ÚOHS-S0457/2015/VZ-34190/2015/512/PMu; rozhodnutí ÚOHS ze dne 17.10.2011, č. j. ÚOHS-S251/2011/VZ-13668/2011/510/KČe; apod.

[37] Obdobné závěry k ÚOHS v předchozí poznámce pod čarou lze sledovat i v rozsudcích ESD, např. rozsudek ESD ze dne 23.12.2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili, věc C-376/08; rozsudek ESD ze dne 14.11.2013, Belgacom, věc C-221/12 apod.

[38] Odst. 13 až 21 rozsudku.

[39] Odst. 22 rozsudku.

[40] Odst. 28 rozsudku.

[41] Odst. 29 rozsudku.

[42] Odst. 30 rozsudku.

[43] Odst. 31 a 32 rozsudku.

[44] Odst. 36 a 37 rozsudku.

[45] Srov. odst. 42 a 43 předmětného rozhodnutí ÚOHS.

© EPRAVO.CZ - Sběrka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - DUBEN 2026](#)
- [Prokazování dostupnosti technického vybavení při zadávání veřejných zakázek - limity sdílení technického vybavení](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - BŘEZEN 2026](#)
- [Zdrojové kódy jako „pojistka“ proti vendor-lock-inu: judikatorní korekce a její meze](#)
- [Spolupráce zadavatele a developera z pohledu rozhodovací praxe ÚOHS a plánovacích smluv](#)
- [Listinné nabídky v éře elektronizace: přestupek, nebo legitimní postup?](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - ÚNOR 2026](#)
- [Změna poddodavatele v průběhu zadávacího řízení](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - LEDEN 2026](#)
- [Metoda Design & Build na poli veřejných zakázek](#)
- [Požadavek zadavatele na prokazování referencí prostřednictvím staveb občanské vybavenosti ve světle rozhodovací praxe](#)