

**Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta**

Jitka Hejlová

**Analýza zákona o veřejných zakázkách ve vazbě na
přípustnost změn ve smlouvě uzavřené v zadávacím
řízení dle zákona**

Diplomová práce

Olomouc 2013

Prohlášení:

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma „Analýza zákona o veřejných zakázkách ve vazbě na přípustnost změn ve smlouvě uzavřené v zadávacím řízení dle zákona“ vypracovala samostatně a citovala jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 27. 11. 2013

.....
Ing. Jitka Hejlová

Poděkování:

Ráda bych poděkovala vedoucí diplomové práce Mgr. Jindřišce Koblíkové za možnost zpracování této práce pod jejím trpělivým vedením a vstřícné jednání, které mi v průběhu jejího psaní poskytovala a v neposlední řadě za její cenné rady. Děkuji rovněž mému manželovi a rodičům, kteří mi byli po celou dobu oporou a podporovali mě v mém úsilí.

Obsah

PŘEHLED POUŽITÝCH ZKRATEK.....	6
ÚVOD	7
1 PRÁVNÍ PROSTŘEDÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK.....	9
1.1 Historie zadávání veřejných zakázek.....	9
1.1.1 Zákon č. 199/1994 Sb.	9
1.1.2 Zákon č. 40/2004 Sb.	10
1.1.3 Zákon č. 137/2006 Sb.	10
1.2 Evropská právní úprava veřejných zakázek	11
2 ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK.....	12
2.1 Dualismus práva ve vztahu k právu zadávání veřejných zakázek.....	12
2.2 Definice základních pojmů zadávání veřejných zakázek	13
2.2.1 Veřejná zakázka	14
2.2.2 Zadavatel	17
2.3 Zásady zadávání veřejných zakázek.....	18
2.3.1 Zásada transparentnosti.....	18
2.3.2 Zásada rovného zacházení.....	18
2.3.3 Zákaz diskriminace.....	19
2.3.4 Zásada zákazu omezení účasti zahraničních dodavatelů.....	19
2.4 Druhy zadávacích řízení a jejich použití.....	19
2.4.1 Otevřené řízení.....	20
2.4.2 Užší řízení.....	20
2.4.3 Jednací řízení s uveřejněním.....	21
2.4.4 Jednací řízení bez uveřejnění	21
2.4.5 Soutěžní dialog.....	22
2.4.6 Zjednodušené podlimitní řízení	22
2.5 Kvalifikace	23

3	SMLUVNÍ PODMÍNKY A JEJICH ZMĚNY V PROCESU ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK.....	26
3.1	Uzavření smlouvy dle zákona o veřejných zakázkách	27
3.2	Smluvní podmínky ve veřejné zakázce.....	28
3.3	Změny ve smluvních podmínkách ve veřejné zakázce.....	29
3.3.1	Změna smlouvy	31
3.3.2	Definice podstatné změny smlouvy	32
3.3.3	Rozsudek ve věci C-454/06 Pressetext	35
3.3.4	Změny smluvních podmínek v rozhodnutích Úřadu a obecných soudů	38
3.3.5	Příklady praxe a návrh řešení.....	43
4	DOHLED NAD ZADÁVÁNÍM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	50
5	ZÁVĚR	52
6	SEZNAM LITERATURY A POUŽITÝCH ZDROJŮ	54
6.1	Monografie.....	54
6.2	Odborné články	54
6.3	Internetové stránky a elektronické zdroje	54
6.4	Kvalifikační práce	55
6.5	Právní předpisy	55
6.6	Judikatura soudů a rozhodnutí Úřadu.....	56
	Shrnutí	58
	Abstract.....	58
	Klíčová slova	59
	Key words.....	59

Přehled použitých zkratk

ZVZ nebo zákon	Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů
ZVZ 2012	Zákon č. 137/2012 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012
ZVZ 2010	Zákon č. 137/2006 S., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 6. 12. 2010
ZVZ 2009	Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, účinném do 31. 12. 2009
ZVZ 2004	Zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů
ZVZ 1994	Zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů
ObchZ	Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
OZ	Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
NOZ	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
SŘ	Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů
Úřad	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
ESD	Evropský soudní dvůr
VVZ	Věstník veřejných zakázek
NSS	Nejvyšší správní soud České republiky
NS	Nejvyšší soud České republiky
LZPS	Listina základních práv a svobod

Úvod

Téma diplomové práce bylo zvoleno s ohledem na závažnost a komplikovanost dodatečné změny či úpravy smlouvy uzavřené jako výsledek zadávacího řízení. Ačkoliv je účel ZVZ jasný, tak často je výklad, zejména orgány dohledu, velmi formalistický, který se jen velmi obtížně aplikuje v reálném prostředí zadavatele. Autorka několik let působila u veřejných zadavatelů, kteří nejsou žádnou z kapitol státního rozpočtu a na svoji činnost si musí „vydělat“. Setkávala se se situacemi, kdy zadavatel byl vázán smlouvou, kterou uzavřel se svým zákazníkem za určitých, tzn. ideálních podmínek, kdy bylo dostatek času připravit zadávací dokumentaci, specifikovat předmět plnění a zpracovat návrh smlouvy. Vzhledem k tomu, že se ovšem jednalo o ekonomický subjekt, byť vlastněný státem, ideální situace se náhle změnila a bylo nutné reagovat na nové požadavky zákazníka. Zadavatel se tak dostával velmi často do situace, že smlouvy s přesně specifikovaným předmětem plnění již byla uzavřena, nicméně ten již neodpovídal všem požadavkům, které na tuto smlouvu zadavatel měl. Tímto pojednáním lze v krátkosti vyjmenovat důvody volby tématu diplomové práce.

Každé zadávací řízení musí být určitým způsobem ukončeno – uzavřením smlouvy nebo zrušením zadávacího řízení dle § 84 ZVZ. Cílem zadavatelova počínání je zcela logicky uzavření smlouvy, tj. jeden ze zákonem předpokládaných způsobů ukončení zadávacího řízení. Zadávací řízení je možné definovat jako zákonem upravený kontraktační postup pro subjekty vymezené zvláštním právním předpisem, kterým je ZVZ.

První kapitola se věnuje historii zadávání veřejných zakázek, a to zejména z důvodů nezbytného pochopení současného znění ZVZ, ale také vývoje tohoto právního odvětví. V době dokončování této diplomové práce již nabytí platnosti zákon č. 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekodifikace soukromého práva a dále také nabytí platnosti Zákonné opatření Senátu č. 341/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a je tedy zřejmé, že od 1. 1. 2014 dozná současné znění ZVZ dalších změn. O některých je pojednáno dále v textu. Další podstatné změny, resp. rekodifikaci celé oblasti zadávání veřejných zakázek je možné očekávat v souvislosti s přijetím novým zadávacích směrnic EU, které bude muset Česká republika transponovat do svého právního řádu.

Druhá kapitola nazvaná Kontraktace v oblasti veřejných zakázek se na úvod zabývá otázkou dualismu práva při zadávání veřejných zakázek, tj. autorka se zaměřila na teoretický problém s praktickým dopadem, zda ZVZ je právní normou veřejného nebo soukromého práva. V dalších částech je kapitola obecného charakteru a pojednává o základních institutech

kontrakčního procesu veřejné zakázky, tj. o druzích veřejných zakázek a zadávacích řízení, kvalifikaci jako základním předpokladu pro výběr portfolia dodavatelů, apod.

Třetí kapitola je stěžejní částí této diplomové práce a zabývá se již konkrétními aspekty uzavírání smlouvy v oblasti veřejných zakázek. Autorka se zaměřuje na účinnou právní úpravu, tj. postup dle OZ, ale také na platnou právní úpravu kontraktace, tj. postup dle NOZ. Diplomová práce se zabývá specifiky kontrakčního procesu, který je ovlivňován regulativy zákona o veřejných zakázkách. V závěru této kapitoly je uvedeno několik příkladů, se kterými se autorka během své praxe setkala a na kterých jsou analyzovány způsoby řešení nastalé a popsané situace.

Poslední, pátá, kapitola se zaměřuje na oblast dohledu nad dodržováním zákona ZVZ, který je vykonáván jednak ústředním správním orgánem, Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, a také správními soudy ve správním soudnictví. Je zde pojednáváno o některých výjimečných rozhodnutích Úřadu a správních soudů v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek se zaměřením na změnu smlouvy, rozšíření předmětu plnění a tzv. vícepráce.

Diplomová práce se zabývá především současnou právní úpravou, tedy zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a pokud je v textu pojednáváno o zákonu bez dalšího, rozumí se tím právě účinná právní úprava. Analýza zákona pak spočívá mimo jiné také ve zpracování vývoje zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v jednotlivých zněních některých novel. Celkově byl od svého přijetí ZVZ novelizován osmnáctkrát. Za významné novely považují zejména

- zákon č. 417/2009 Sb. ze dne 4. listopadu 2009, účinný od 1. 1. 2010.,
- zákon č. 179/2010 Sb. ze dne 18. května 2010, účinný od 15. 6. 2010,
- zákon č. 423/2010 Sb. ze dne 7. prosince 2010, účinný od 7. 12. 2010,
- zákon č. 258/2011 Sb. ze dne 4. srpna 2011, účinný od 17. 8. 2011,
- zákon č. 420/2011 Sb. ze dne 27. října 2011, účinný od 1. 1. 2012.,
- zákon č. 55/2012 Sb. ze dne 31. ledna 2012, účinný od 1. 4. 2012.

Z uvedeného je zřejmé, že ZVZ nelze v žádném případě považovat za konstantní normu, ale naopak se jedná o prostředí, které se velmi často mění a ZVZ se stává s každou novelou složitější a složitější právní úpravou.

Tato diplomová práce si dala za cíl analyzovat prostředí zadávání veřejných zakázek, a to zejména z pohledu veřejných zadavatelů; otázkami týkajícími se dotovaného či sektorového zadavatele se autorka zabývá pouze okrajově a jen za účelem dokreslení celé problematiky.

Při zpracování diplomové práce použila autorka metody analýzy, jak již napovídá její název. Okrajově byla použita metoda komparace, zejména při srovnání jednotlivých právních úprav.

1 Právní prostředí veřejných zakázek

1.1 Historie zadávání veřejných zakázek

Diplomová práce je zaměřena na současnou právní úpravu, nicméně autorka považuje za důležité v několika větech pojednat o novodobé historii oblasti zadávání veřejných zakázek, konkrétně o období po roce 1989.

V roce 1990 se objevila potřeba vydat nový předpis, který by vyplnil existující mezery v legislativě. Úřad racionalizace ve stavebnictví proto vydal metodický pokyn „zadávací řád staveb“, který stanovil postup zadávání staveb dodavatelům a podmínky pro zadávání. Povinnost postupovat podle zadávacího řádu staveb byla uložena společným výměrem ministerstev financí č. 01/1991, který měl povahu nástroje cenové regulace. Výměr stanovil za povinné používání zadávacího řádu staveb v případech zadávání staveb, stavebních objektů, provozních souborů, stavebních a montážních prací, jakož i projektových prací, pokud byly financovány zcela nebo zčásti z rozpočtu československé federace, republik nebo z prostředků poskytnutých z těchto rozpočtů místním orgánům¹.

Spolu se společenskými a politickými změnami po roce 1989 se vyvíjela jak oblast národního hospodářství, tak oblast podnikání. S účinností od 1. 1. 1992 byl obchodním zákoníkem zrušen zákon o národohospodářském plánování a také s tímto předpisem spjatý hospodářský zákoník. Obchodní zákoník nově upravil v ustanoveních §§ 281 až 288 obchodní veřejnou soutěž. V březnu 1992 byl vydán aktualizovaný zadávací řád staveb, opět jako metodické opatření, tentokrát spíše orientované na úpravu veřejné soutěže a pouze okrajově také na zadávání z volné ruky. Obligatornost jeho použití s ohledem na veřejné zakázky byla stanovována každoročně v cenovém výměru ministerstva financí. Nedodržení postupu stanoveného cenovým výměrem bylo pokládáno za neoprávněné použití rozpočtových prostředků. Rozšíření soutěžního způsobu zadávání veřejných zakázek na celou oblast veřejných zakázek, které byly chápány jako „...dodávky prací, výkonů, služeb a výrobků financované plně nebo zčásti z rozpočtu ČR...“ napomohlo usnesení vlády ČR č. 458/1992 ze dne 24. 6. 1992 (s účinností od 1. 7. 1992). Přílohou tohoto usnesení vlády ČR byly „Zásady pro širší uplatnění zadávání veřejných zakázek formou soutěže“².

1.1.1 Zákon č. 199/1994 Sb.

Veřejné zakázky byly po dlouhou dobu upraveny pouze podzákonými právními předpisy. Větší vážnosti se této oblasti dostalo až přijetím zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání

¹ HALMANOVÁ, SOŇA. *Rigorózní práce. Přezkoumné řízení v procesu zadávání veřejných zakázek*. Brno: Masarykova univerzita, 2008. s. 13.

² Tamtéž, s. 16.

veřejných zakázek ze dne 28. září 1994. Tento zákon nabyl účinnosti dne 1. 1. 1995 a jak vyplývá z výše uvedeného, jednalo se o první právní úpravu veřejných zakázek ve formě zákona. Důvodová zpráva k vládnímu návrhu ZVZ 1994 uvádí, že jeho cílem je aplikovat tržní mechanismus do hospodaření s veřejnými prostředky, a to použitím obchodní veřejné soutěže při udělování veřejných zakázek. Snahou bylo vytvoření podmínek pro zabezpečení průhlednosti postupu zadávání s vyloučením diskriminace, protekce a s minimalizací možnosti pletich či korupce. Zmiňovaný ZVZ 1994 stanovil postupy průběhu a vyhodnocování soutěží, zajištění dohledu nad dodržováním zákona včetně přezkoumávání úkonů zadavatele a přijímání opravných rozhodnutí. Důvodová zpráva dále uvádí, že ideově ZVZ 1994 navazuje na systém, který fungoval v Československu od 31. 12. 1920, a který byl přerušen až počátkem padesátých let při zavádění plánovitého hospodářství.

ZVZ 1994 byl předpisem, který obsahoval převážně kogentní normy, zakotvující pravidla závazná pro zadavatele i uchazeče. Při tvorbě zákona se vycházelo především z modelového zákona o zadávání zboží, staveb a služeb, který byl přijat Komisí Spojených národů pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) a svou strukturou se odlišoval od zadávacích směrnic ES, resp. EU. Zákon o zadávání veřejných zakázek byl vypracován Ministerstvem hospodářství jako právním předchůdcem Ministerstva pro místní rozvoj³.

1.1.2 Zákon č. 40/2004 Sb.

Uvedená právní úprava (roz. ZVZ 1999) platila až do 30. 4. 2004, kdy byla nahrazena zákonem č. 40/2004 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Tento zákon nabyl účinnosti dne 1. května 2004 se vstupem ČR do Evropské unie. Zavedl zcela nový systém zadávání veřejných zakázek, a to v souladu s právem ES. Obsahoval definici veřejné zakázky a zadavatele (zavedl pojem „dodavatele“), rozděloval veřejné zakázky na nadlimitní a podlimitní, zavedl nové druhy zadávacích řízení či nový způsob uveřejňování informací o zadávacích řízeních, upravil odlišně kvalifikaci dodavatelů (zavedl seznam kvalifikovaných dodavatelů) a přezkumné řízení. Nová úprava institutů a implementace směrnic ES byla podmínkou pro využívání prostředků ze strukturálních fondů EU a transparentnost a nediskriminaci při zadávání zakázek, které měly být z fondů hrazeny⁴.

1.1.3 Zákon č. 137/2006 Sb.

Při aplikaci ZVZ 2004 se přes poměrně krátkou dobu, po kterou byl zákon účinný, projevilo několik problematických oblastí, přičemž otázky z nich vyplývající většinou nebylo

³ HALMANOVÁ: *Přezkumné řízení v procesu ...*, s.17.

⁴ Tamtéž, s. 21.

možné překlenout výkladem. Kromě komplikované systematiky a problematické návaznosti jednotlivých částí zákona se mezi nejvýznamnější okruhy nejednoznačných oblastí uvádělo:

- definice, a to zejména definice zadavatelů,
- úprava postupu v jednotlivých druzích zadávacího řízení, zejména jednacích řízení,
- přílišná rigidita zadávacích řízení v případě podlimitních veřejných zakázek,
- mezery v právní úpravě námitek a návaznosti lhůt,
- nejasnosti při prokazování kvalifikace (osvědčení o splnění kritérií národního kvalifikačního a klasifikačního systému stavebních dodavatelů),
- doručování, a další⁵.

ZVZ si vzal za cíl nově upravit oblast zadávání veřejných zakázek, přičemž dalším důvodem, proč nebyla novelizace ZVZ 2004 považována za vhodnou, byla povinnost zajištění transpozice evropských směrnic upravujících oblast zadávání veřejných zakázek. Zmiňované směrnice přinesly mnoho nových a moderních institutů, které by bylo problematické zapracovat do ZVZ 2004.

Současná právní úprava v ZVZ byla přijata v návaznosti na povinnost implementovat směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES do českého právního řádu⁶. Nová právní úprava, která nahradila ZVZ 2004 je účinná od 1. 7. 2006.

1.2 Evropská právní úprava veřejných zakázek

Základem právní úpravy v evropském měřítku jsou dvě směrnice, a to včetně všech jejich novel. Jedná se o Směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby a Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES ze dne 31. března 2004.

Evropské zadávací směrnice upravují pouze nadlimitní veřejné zakázky. Pro podlimitní veřejné zakázky je stanovena pouze povinnost dodržet základní zásady při jejich zadávání. Zároveň směrnice stanovují povinnost na národní úrovni upravit proces zadávání veřejných zakázek.

Tak jako se mění společnost, mění se samozřejmě právní normy. V této souvislosti považuje autorka za důležité zmínit v diplomové práci o přípravě nových evropských směrnic, které se oblasti veřejných zakázek týkají. Na to musí samozřejmě reagovat Česká republika a v dvouleté lhůtě musí tyto směrnice implementovat.

⁵ POSLANECKÁ SNĚMOVNA ČESKÉ REPUBLIKY: *Důvodová zpráva k zákonu č. 137/2006 Sb* [online]. Dostupné na <http://www.portal-vz.cz/getmedia/f6b8cd21-f4fb-46c4-a074-daca2acac5da/Duvodova-zprava-k-137-2006-Sb>.

⁶ Tamtéž, s. 113.

2 Zadávání veřejných zakázek

Účinný ZVZ ve svých úvodních ustanoveních vymezuje předmět právní úpravy. Tak jako i v jiných právních předpisech, tak i ZVZ deklaruje, že zapracovává do svého znění předpisy Evropských společenství. Mimo jiné i z evropských předpisů vycházejí základní pojmy definované v textu níže.

2.1 Dualismus práva ve vztahu k právu zadávání veřejných zakázek

Nejprve je nutné se zabývat otázkou, zda právo zadávání veřejných zakázek má soukromoprávní nebo veřejnoprávní charakter. Ve vztahu k přípustnosti změn ve smlouvách uzavíraných na základě výsledku zadávacího řízení se jedná o velmi důležitý aspekt zadávání veřejných zakázek.

Aby bylo možné dojít k více či méně jednoznačnému závěru, je nutné si v první řadě definovat znaky soukromého práva a práva veřejného. Jedna z odlišností veřejného a soukromého práva spočívá ve vzájemném vztahu subjektů právních vztahů – v případě soukromoprávních vztahů se uplatňuje zásada rovnosti, což znamená, že subjekty právních vztahů mají rovné postavení při uplatňování vzájemných práv a povinností. V případě veřejnoprávních vztahů jsou subjekty ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti. Dalším možným kritériem pro odlišení je převažující kogentnost právních norem veřejného práva a převažující dispozitivnost norem práva soukromého.

Určitý pokus rozhraničení práva soukromého a veřejného představuje úvodní ustanovení NOZ, které je (vcelku přirozeně) dílem civilistů. V § 1 odst. 1 citovaného zákona se stanoví: „*ustanovení právního řádu upravující vzájemná práva a povinnosti osob vytvářejí ve svém souhrnu soukromé právo. Uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného.*“⁷

Z uvedeného stručného výkladu je zřejmé, že hranice mezi soukromým a veřejným právem je neostrá a že je velmi obtížné jednoznačně určit, co je ještě právo soukromé a co už je právo veřejné. Proces zadávání veřejných zakázek je upraven zákonem, který dle názoru autorky náleží spíše do oblasti práva veřejného. Tomuto závěru svědčí kogentní charakteru ZVZ – to platí i pro předcházející právní úpravy (ZVZ 1994, ZVZ 2004). Zákon nedává příliš velký prostor zadavateli, aby si proces kontraktace upravil podle svého. Aspektem, který hovoří proti veřejnoprávnímu charakteru zadávání veřejných zakázek, je skutečnost, že zadavatel není v postavení orgánu veřejné moci. Je v pozici jednoho z kontrahentů, kteří mají v rámci svého vztahu rovné postavení, uzavře-li se příslušná smlouva. Z tohoto pohledu se tedy oblast veřejných zakázek správně řadí k soukromému právu.

⁷ SLÁDEČEK, VLADIMÍR. *Obecné právo správní*. 3. aktualizované a upravení vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2013. s. 35.

Cílem zadavatele je uzavření smlouvy⁸, přestože se nejedná o jediné a obligatorní ukončení zadávacího řízení – zadávací řízení může být ukončeno také jeho zrušením způsobem předvídaným v § 84 ZVZ – jedná se o ukončení žádoucí a požadované.

Zadávání veřejných zakázek je z tohoto pohledu vnímáno jako postup směřující k uzavření smlouvy (tzn. proces kontraktace), přičemž smlouva je uzavírána podle příslušného ustanovení ObchZ – bude se jednat zpravidla o tzv. relativní obchod podle § 261 odst. 2 ObchZ⁹. I v těchto případech nejsou územně samosprávné celky v postavení vykonavatele veřejné moci a závazkový vztah, který vzniká mezi ním a dodavatelem je vztah soukromoprávní povahy¹⁰. Provázanost právní úpravy zadávání veřejných zakázek a ObchZ bylo v neposlední řadě možné spatřovat v možnosti podpůrného použití právní úpravy veřejné obchodní soutěže obsažené v ObchZ, která byla stanovena v § 3 odst. 1 ZVZ 1994¹¹.

Přestože provázanost veřejných zakázek a ObchZ je zcela zjevná, není možné se domnívat, že si strany mohou svůj vzájemný vztah upravovat bez ohledu na základní principy a zásady zadávání veřejných zakázek¹².

Jakkoli je oblast veřejných zakázek vnímána spíše jako oblast soukromého práva, při výkonu dohledu nad dodržováním zákona lze vysledovat veřejnoprávní charakter úpravy (část pátá ZVZ). Dohled nad dodržováním ZVZ vykonává ÚOHS, který je dle § 1 odst. 1 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, ústředním správním úřadem. V tomto případě je ÚOHS vykonavatelem státní moci a je v nadřízeném postavení nejen ve vztahu ke stěžovatelům, ale i ve vztahu k zadavateli veřejné zakázky.

2.2 Definice základních pojmů zadávání veřejných zakázek

Jak je již uvedeno v textu shora, zadávání veřejných zakázek můžeme definovat jako kontrakční postup u zákonem vymezených subjektů – zadavatelů veřejných zakázek, proto se tato diplomová práce krátce zmiňuje o obecných aspektech zadávání veřejných zakázek, včetně definičních pojmů.

⁸ § 7 ZVZ uvádí, že veřejnou zakázkou se rozumí zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli. Pro srovnání v ZVZ 1994 se veřejnou zakázkou rozuměla úplatná smlouva.

⁹ Podle § 261 odst. 2 ObchZ se závazkové právní vztahy mezi státem nebo samosprávnou územní jednotkou nebo samosprávnou územní jednotkou a podnikateli při jejich podnikatelské činnosti, jestliže se týkají zabezpečování veřejných potřeb, řídí částí třetí ObchZ. Z uvedeného je tedy zřejmé, že i přes veřejnoprávní charakter procesu uzavírání smlouvy, vlastní realizace smlouvy je soukromoprávního charakteru.

¹⁰ MATOCHOVÁ, LENKA. *Změna smlouvy na veřejnou zakázku bez zahájení nového zadávacího řízení*. Brno: Masarykova univerzita, 2012/2013. s. 14. uvádí, že u smlouvy, byť zadané v zadávacím řízení na základě ZVZ, zůstává zachován její soukromoprávní aspekt, není-li autonomie vůle smluvních stran právní regulací zadávání veřejných zakázek vyloučena. Smlouva může být uzavřena dle obchodního zákoníku, případně občanského zákoníku.

¹¹ HALMOVÁ: *Přezkumné řízení v procesu ...*, s. 6.

¹² Obdobně se k tomu vyjadřuje i MATOCHOVÁ: *Změna smlouvy na ...*, s.14 – 15.

2.2.1 Veřejná zakázka

Vymezení pojmu veřejná zakázka se od počátku účinnosti zákona nezměnil. Stále je veřejná zakázka definována jako zakázka realizována na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Zároveň zákon stanovuje podmínku, že veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona (roz. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách), musí být realizována na základě písemné smlouvy. V § 7 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách jsou tedy vymezeny následující pojmové znaky:

- realizace na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli¹³,
- úplatnost poskytnutí dodávek, služeb či úplatnost provedení stavebních prací¹⁴,
- písemnost uzavřené smlouvy¹⁵.

Zajímavá je rozhodovací praxe ÚOHS, který úplatnost nespatřuje pouze ve finančním ohodnocení, finančním protiplnění, ale považuje za úplatné i jiné plnění, např. věcné. Poprvé se touto myšlenkou ÚOHS zabíral ve vztahu ke službám pojišťovacích makléřů. Konkrétně se jedná o rozhodnutí S257/2008/VZ-23325/2008/530/RP, ve kterém orgán dohledu podrobně rozebírá jeden z definičních znaků veřejné zakázky, a to úplatnost. V tomto konkrétním případě se jednalo o provize pojišťovacích makléřů. Otázkou bylo, zda se jedná v případě smluv uzavřených mezi zadavatelem a pojišťovacím makléřem, o smlouvy úplatné či nikoliv. Důvodem pochybnosti byla skutečnost, že provizi makléřům neplatí zadavatel, ale pojišťovna, se kterou zadavatel na základě činnosti pojišťovacího makléře uzavře pojistnou smlouvu. ÚOHS v daném případě vyslovil závěr, že se v daném případě jedná o úplatnou smlouvu a je tedy naplněn definiční znak veřejné zakázky. Není rozhodující, jakým způsobem je úplata poskytována, ale že k určitému protiplnění dochází – v tomto případě se nejedná o finanční úplatu, ale o nepřímý způsob úhrady provize makléři.

Zajímavá je již samotná definice veřejné zakázky – pojem je definován pomocí slova zakázka, což příliš nevysvětluje, co to vlastně je. Citované ustanovení pouze doplňuje, že u těch veřejných

¹³ Více o zmiňovaném pojmovém znaku je uvedeno v PODEŠVA, VILÉM a kol. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011. s. 32, kde se autoři zmiňují o tom, že každá veřejná zakázka musí být realizována na podkladě smluvního vztahu, přičemž smluvními stranami vždy zadavatel (lhostejno zda veřejný, dotovaný či sektorový) na straně jedné a dodavatel (či více dodavatelů spojených za účelem podání společné nabídky a následného společného plnění) na straně druhé. Předmětem tohoto smluvního vztahu musí být vždy poskytnutí určité dodávky, služby či stavební práce.

¹⁴ Tamtéž, s. 32 se autoři zabývají také rozbořením druhého pojmového znaku veřejné zakázky, kterým je úplatnost právního vztahu mezi osobami zadavatele a dodavatele. Tuto úplatu je povinen zadavatel poskytnout dodavateli jako protiplnění za jím poskytované dodávky, služby či stavební práce. Úplata za poskytnuté plnění může být přímá (peněžitý závazek) i nepřímá (forma plnění poskytnutého zadavatelem je nepeněžité povahy, případně zadavatel rozhodne o způsobu úhrady prostřednictvím jiných osob).

¹⁵ Tamtéž, s. 32 – 33 se uvádí, že písemná smlouva je završením samotného zadávacího řízení, přičemž pojmem smlouva jsou myšleny obecné smluvní typy obsažené v soukromoprávních předpisech. Nedochozí k uzavření zvláštní smlouvy na plnění veřejné zakázky, která by byla smluvním typem *sui generis*.

zakázek, které musí zadavatel povinně zadávat podle tohoto zákona, tak musí být obligatorně použita písemná forma smlouvy.

Přestože není primárním cílem srovnání české právní úpravy s právní úpravou cizí, považují za vhodné se v této souvislosti zmínit o slovenském zákonu, který se týká veřejných zakázek, tj. o zákonu č. 25/2006 Z. z., o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Tento zákon zakázku definuje pro účely zmiňovaného zákona jako smlouvu s peněžitým plněním uzavřenou mezi jedním nebo více veřejnými zadavateli, nebo zadavateli na jedné straně a jedním nebo více úspěšnými uchazeči, jejímž předmětem je dodání zboží, uskutečnění stavebních prací nebo poskytnutí služeb.

Pro určení, zda se v případě pořízení dodávek, služeb či stavebních prací jedná o veřejnou zakázku, je rozhodující subjekt, který v daném případě za úplatu tento předmět plnění pořizuje. Pokud se jedná o subjekt uvedený v § 2 ZVZ, a jsou-li dále splněny definiční znaky veřejné zakázky, musí být dodávky, služby či stavební práce pořízení postupem stanoveným ZVZ.

Veřejné zakázky se podle předmětu dělí na veřejné zakázky na dodávky, služby a stavební práce; podle finanční hodnoty veřejné zakázky dělíme na nadlimitní, podlimitní a veřejné zakázky malého rozsahu.

Veřejnou zakázkou na dodávky se rozumí veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci, a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky nebo nájmu zboží s právem následné koupě (leasing). Předmětem veřejné zakázky na dodávky, s ohledem na uvedené, mohou být jak věci movité, tak věci nemovité. Pokud bychom čerpali poznatky i z obecné právní teorie, tak předmětem veřejné zakázky na dodávky mohou být ovladatelné přírodní síly, které jsou věci v právním slova smyslu. Je zřejmé, že např. nákup elektrické energie, zemního plynu zařazujeme k veřejným zakázkám na dodávky.

Abychom mohli definovat veřejnou zakázku na služby, tak je nutné se nejprve zabývat veřejnou zakázkou na stavební práce. Podle § 9 za veřejnou zakázku na stavební práce považujeme takovou veřejnou zakázku, jejímž předmětem je

- provedení stavebních prací, které se týkají některé z činností uvedených v příloze č. 3 ZVZ,
- provedení stavebních prací podle § 9 odst. 1 písm. a) ZVZ, a s nimi související projektová nebo inženýrská činnost, nebo
- zhotovení stavby, která je výsledkem stavebních nebo montážních prací, případně související projektové či inženýrské činnosti, a která je jako celek schopna plnit samostatnou ekonomickou a technickou funkci.

Za veřejnou zakázku na stavební práce ZVZ považuje také kombinaci provedení stavebních prací a současné pořízení dodávek či služeb za předpokladu, že se jedná o plnění nezbytné k provedení předmětu veřejné zakázky.

A co se týče definice veřejné zakázky na služby, zákonodárce využil negativního vymezení, neboť v § 10 ZVZ je veřejná zakázka na služby definována jako veřejná zakázka, která není ani veřejnou zakázkou na dodávky ani veřejnou zakázkou na stavební práce. I v tomto případě může dojít ke kombinaci služeb a dodávek, či služeb a stavebních prací.

Co se týče dělení veřejných zakázek podle finanční hodnoty, rozlišujeme veřejné zakázky nadlimitní, podlimitní a veřejné zakázky malého rozsahu. Výše finančních limitů se liší podle druhu veřejné zakázky a také podle kategorie zadavatele. Hodnoty finančních limitů jsou stanovovány evropskými směrnici v eurech, následně jsou tyto hodnoty přepočítány do národních měn, pokud evropská země nemá přijato euro, a to podle aktuálního kurzu k euru. V českém právním prostředí jsou finanční limity určeny nařízením vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu ze dne 25. února 2008.

Co se týče stanovení hranice mezi podlimitní veřejnou zakázkou a veřejnou zakázkou malého rozsahu, ta je upravena přímo v ZVZ, konkrétně v § 12 odst. 3. Velmi významná změna nastala přijetím tzv. transparentní novely, tj. zákona č. 55/2012 Sb., kterou od 1. 4. 2012 byly sníženy finanční limity pro veřejné zakázky malého rozsahu. Do té doby byla limitní hodnota pro dodávky a služby ve výši 2 mil. Kč bez DPH, pro stavební práce činila 6 mil. Kč bez DPH. Vlivem zmiňované novely došlo ke snížení finančního limitu na 1 mil. Kč bez DPH u dodávek a služeb, resp. 3 mil. Kč bez DPH pro stavební práce.

Situace se ovšem na konci roku 2013 mění, neboť zákonné opatření Senátu č. 341/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, de facto způsobuje návrat do doby před účinností transparentní novely. Pokud budou dodrženy další ústavní podmínky pro platnost zákonného opatření Senátu i po ustavení Poslanecké sněmovny ČR¹⁶.

Podle norem soukromého práva (ObchZ, OZ) je důležitou částí jakékoliv smlouvy vymezení jejího předmětu. Stejně důležité, ne-li důležitější je to i v případě veřejných zakázek. Při uzavírání smlouvy v soukromoprávní oblasti se mohou strany smlouvy kdykoliv v průběhu její

¹⁶ Veřejnou zakázkou malého rozsahu se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

existence dohodnout, považují-li to za nezbytné, na její změně. V případě smlouvy uzavírané zadavatelem jsou změny více méně vyloučeny, resp. významně omezeny.

Z uvedeného je zřejmé, že jsou tímto kladeny vysoké nároky na dostatečně přesné, jasné, srozumitelné a podrobné vymezení předmětu veřejné zakázky, který je předmětem plnění uzavírané smlouvy. Zákon připouští, aby i smlouva uzavřená v zadávacím řízení byla měněna, ale zároveň stanovuje omezení pro její změnu, konkrétně v § 82 odst. 7 ZVZ.

2.2.2 Zadavatel

Zákon o veřejných zakázkách v § 2 definuje pojem zadavatel, přičemž zákonodárce rozlišuje veřejného, dotovaného a sektorového zadavatele. Toto ustanovení také vyjmenovává znaky jednotlivých kategorií zadavatelů¹⁷.

Veřejným zadavatelem je

- Česká republika,
- státní příspěvková organizace,
- územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
- jiná právnická osoba, pokud jsou kumulativně splněny podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) body 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách.

Dotovaným zadavatelem je právnická nebo fyzická osoba, která zadává veřejnou zakázku hrazenou z více než 50 % peněžních prostředků z veřejných zdrojů nebo pokud peněžní prostředky poskytnuté na veřejnou zakázku přesahují 200 000 000 Kč; peněžní prostředky jsou poskytovány prostřednictvím jiné osoby.

Sektorovým zadavatelem je osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4 zákona o veřejných zakázkách. Relevantní činností se rozumí některé činnosti např. v odvětví plynárenství, teplárenství, vodárenství či elektroenergetiky.

V neposlední řadě je nutné zmínit také pojem centrálního zadavatele, jehož vymezení je uvedeno v § 3 zákona, který provádí centralizovaná zadávání¹⁸.

¹⁷ Lze na základě § 2 zákona o veřejných zakázkách dovodit, že subjekt, který nesplňuje znaky některé z kategorií veřejného zadavatele, není zadavatelem podle tohoto zákona.

¹⁸ Centralizovaným zadáváním se rozumí pořizování dodávek či služeb, které jsou předmětem veřejných zakázek, které následně centrální zadavatel prodává jiným zadavatelům za cenu nikoliv vyšší, než za kterou byly dodávky či služby pořízeny. Centrálním zadáváním je také činnost, kterou veřejný zadavatel (roz. centrální zadavatel) provádí zadávací řízení a zadává veřejnou zakázku na dodávky, služby či stavební práce na účet jiných zadavatelů. V rámci centralizovaného zadávání ve smyslu, jak je uvedeno v předcházející větě, je možné, aby centrální zadavatel si část plnění soutěženého pro jiné zadavatele pořídil i sám pro sebe.

2.3 Zásady zadávání veřejných zakázek

Vůdčí zásady, které se v oblasti veřejných zakázek uplatňují, jsou definovány v § 6 ZVZ, ve kterém je uvedeno, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. S účinností od 1. 4. 2012 bylo toto ustanovení rozšířeno o další zásadu, která spočívá v zákazu omezování účasti v zadávacím řízení dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávané veřejné zakázce.

Povinnost dodržovat zásady zadávání veřejných zakázek, které jsou dále definovány, má zadavatel v případě všech druhů veřejných zakázek – nadlimitních, podlimitních i veřejných zakázek malého rozsahu.

Tyto zásady nejsou důležité pouze v průběhu vlastní kontraktace. Je nutné je použít i v případě uzavírání smlouvy, a to i přesto, že již nyní ZVZ obsahuje legální definici podstatné změny smlouvy.

2.3.1 Zásada transparentnosti

Podstata zásady transparentnosti spočívá v zadávání veřejných zakázek takovým způsobem, aby celé řízení bylo postaveno na jasných pravidlech, přezkoumatelných v jakékoliv fázi zadávacího řízení. Cílem aplikace této zásady je zabezpečit průhledný proces zadávacího řízení¹⁹.

Zákon pro zabezpečení dodržování zásady transparentnosti stanovuje různé povinnosti – např. stanovení požadavků na kvalifikaci, vymezení hodnotících kritérií a způsobu hodnocení podle zvoleného hodnotícího kritéria, uveřejnění textu zadávací dokumentace, uveřejnění celého znění smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem, uveřejnění skutečně uhrazené ceny, apod.

2.3.2 Zásada rovného zacházení

Zásada rovného zacházení spočívá v povinnosti zadavatele v průběhu zadávacího řízení přistupovat stejným způsobem ke všem dodavatelům, tj. zadavatel nesmí žádným způsobem zvýhodňovat některého z uchazečů, musí poskytovat všem uchazečům stejné informace, musí stanovit taková hodnotící kritéria, aby bylo možné provést objektivní posouzení a hodnocení nabídek, apod.

¹⁹ K zásadě transparentnosti je v PODEŠVA: *Zákon o veřejných zakázkách* ..., s. 30. uvedeno, že účelem této zásady je, aby na příslušnou veřejnou zakázkou bylo nazíráno jako na čitelnou a v jistém slova smyslu i předvídatelnou a aby tato podléhala efektivní veřejné kontrole.

2.3.3 Zákaz diskriminace

Zákon o veřejných zakázkách definuje zákaz diskriminace, přičemž podstata této zásady spočívá v zákazu jakékoliv diskriminace některého z dodavatelů. Je možné říci, že tato zásada úzce souvisí se zásadou rovného zacházení²⁰.

Zákon o veřejných zakázkách zakazuje jak diskriminaci zjevnou, tak diskriminaci skrytou²¹. Tento závěr judikoval NSS mimo jiné v rozsudku č.j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. června 2008.

Konstatování porušení zásady zákazu diskriminace je ze všech tří zásad statisticky nejčastější součástí výroku o porušení zákona o veřejných zakázkách, a to jak na úrovni Evropské unie, tak na úrovni národní. I v tomto případě platí, že zásada zákazu diskriminace musí být zadavatelem dodržována v průběhu celého zadávacího řízení, ba i před jeho zahájením²².

Velmi často se porušení zásady diskriminace objevuje již při vymezení kvalifikace k veřejné zakázce v zadávací dokumentaci. I v tomto případě je zadavatel veřejné zakázky vázán zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách. O těchto pochybeních zadavatelů vypovídá bohatá judikatura ÚOHS.

2.3.4 Zásada zákazu omezení účasti zahraničních dodavatelů

Jedná se o zásadu, která se objevila v ZVZ až s přijetím zákona č. 55/2012 Sb. Zásada je vymezena v § 6 odst. 2 ZVZ. Podstata zásady spočívá v zákazu omezování účasti v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenou mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávané veřejné zakázce.

2.4 Druhy zadávacích řízení a jejich použití

Zadávací řízení upravuje procesní postup při zadávání veřejné zakázky, tj. postup, který vede k uzavření písemné smlouvy mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem (uchazečem, zájemcem).

²⁰ NSS v rozsudku č.j. 1 Afs 20/2008 – 152 uvedl, že zásada zákazu diskriminace je v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení. Její význam dle jeho názoru je určován s ohledem na účel, který tato zásada v daném právním odvětví plní. Zatímco klasické zásady zákazu diskriminace vyjádřené v ústavních dokumentech plní funkci zajištění rovnosti všech lidí v důstojnosti i právech (čl. 1 LZPS), v jiném slova smyslu je tedy rovnost v oblasti lidskoprávní hodnotou samou o sobě, smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 ZVZ je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.

²¹ Za skrytou formu nepřijatelné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky. Zásadu zákazu diskriminace zadavatel neporušuje, pokud postupuje *erga omnes* stejným způsobem materiálně, nikoli jen formálně. RAUS, DAVID. *Zadávací řízení veřejných zakázek. Judikatura s komentářem*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011. s. 15.

²² PODEŠVA: *Zákon o veřejných zakázkách...*, s. 30 - 31.

Je-li zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku či uzavřít smlouvu v režimu zákona, zadává veřejnou zakázku či uzavírá rámcovou smlouvu v zadávacím řízení.²³

Zákon o veřejných zakázkách taxativně vymezuje druhy zadávacích řízení v § 21 odst. 1 zákona:

- otevřené řízení,
- užší řízení,
- jednací řízení s uveřejněním,
- jednací řízení bez uveřejnění,
- soutěžní dialog,
- zjednodušené podlimitní řízení.

Zákon dále vymezuje zvláštní postupy v zadávacím řízení, a to v části třetí – jedná se o dynamický nákupní systém a řízení na základě rámcové smlouvy.

Zvláštním typem řízení, v němž nedochází k zadání veřejné zakázky, je soutěž o návrh se samostatnou právní úpravou v části čtvrté zákona²⁴.

2.4.1 Otevřené řízení

Jedná se o zadávací řízení nejčastěji aplikované. Jeho úprava se ve své podstatě nemění. Jediná novela, která omezila použití otevřeného řízení, je zákon č. 258/2011 Sb., ze dne 4. srpna 2011, který vyloučil použití otevřeného řízení pro veřejné zakázky v oblasti obrany a bezpečnosti. V literatuře je toto řízení označováno za nejtransparentnější řízení²⁵. Jeho použití není zakázáno žádnému ze zadavatelů vymezených v § 2 ZVZ.

Toto zadávací řízení je zahajováno oznámením o zakázce, které je odesláno do VVZ.

Jedná se o univerzální druh zadávacího řízení, které lze dle názoru autorky aplikovat vždy, pokud zákon pro určité veřejné zakázky nepředepisuje jiný postup, nebo si odlišný postup nevyžadují okolnosti pořízení dodávek, služeb či stavebních prací.

2.4.2 Užší řízení

Jedná se také o standardní a obecné zadávací řízení, které je zahajováno stejně jako otevřené řízení, a to odesláním oznámení o zakázce. Mohou jej využít všechny kategorie zadavatelů, pro jeho použití nejsou stanovena žádná omezení nebo zvláštní podmínky.

Toto řízení můžeme rozdělit do dvou fází. V první fázi je neomezený okruh uchazečů vyzván k podání žádosti o účast, prostřednictvím které uchazeč prokazuje splnění kvalifikace požadované zadavatelem. Ve druhé fázi jsou uchazeči vyzváni k podání nabídek. Novelou

²³ ŠEBESTA: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 110.

²⁴ Tamtéž, s. 110.

²⁵ Např. KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 106.

provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. došlo k velmi podstatné úpravě užšího řízení týkající se právě omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek. Zadavatel (kromě sektorového a veřejného zadavatele v oblasti obrany a bezpečnosti) nemůže zúžit počet kvalifikovaných dodavatelů, tak jak tomu bylo v minulosti²⁶.

2.4.3 Jednací řízení s uveřejněním

Jednací řízení s uveřejněním je zvláštní druh zadávacího řízení, pro jehož použití je v případě veřejného zadavatele nezbytné, aby byly splněny taxativně stanovené předpoklady v § 22 ZVZ. U sektorového zadavatele je možné jednací řízení s uveřejněním použít jako standardní druh zadávacího řízení, tj. není vyžadováno, aby byly splněny jakékoliv podmínky.

Podmínky pro použití jednacího řízení s uveřejněním je možné rozdělit do tří skupin:

- a) předchozí neúspěšné zadávací řízení,
- b) jiný druh zadávacího řízení,
- c) zadávání veřejných zakázek na služby dle přílohy č. 2 zákona²⁷.

Jednací řízení s uveřejněním je zahajováno odesláním oznámení o zakázce do VVZ, ve kterém zadavatel oznamuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení. Oznámení plní funkci výzvy k podání žádostí o účast v jednacím řízení s uveřejněním a k prokázání splnění kvalifikace.

Jedná se stejně jako v případě užšího řízení o dvoufázové řízení. V první fázi potenciální dodavatelé, kteří mají zájem získat veřejnou zakázku, podávají žádosti o účast. Teprve vybraní zájemci, které zadavatel vyzve, podávají své nabídky. V první fázi tohoto řízení tedy dochází k jednání o nabídkách a na základě těchto jednání učiní zadavatel výzvu k podání nabídek vůči vybraným zájemcům.

Jak se autorka zmiňuje výše, jedná se o zvláštní druh zadávacího řízení pro veřejného zadavatele. Standardním zadávacím řízením je pouze pro sektorového zadavatele a pro veřejného zadavatele v oblasti obrany a bezpečnosti.

2.4.4 Jednací řízení bez uveřejnění

Jednací řízení bez uveřejnění je výjimečným druhem zadávacího řízení, které v porovnání s ostatními druhy zadávacího řízení vykazuje nižší míru transparentnosti. Svým průběhem se toto řízení blíží kontraktačnímu postupu při uzavírání smlouvy mezi soukromými subjekty²⁸.

Použití tohoto zadávacího řízení je možné pouze při splnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Tyto podmínky je nutné vykládat restriktivně. Důkazní břemeno v tomto

²⁶ KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách*,... s. 131 – 132.

²⁷ Tamtéž, s. 109.

²⁸ Tamtéž, s. 115.

případě nese zadavatel, což mimo jiné potvrzují rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie, dříve Evropský soudní dvůr, např. v rozhodnutí C-328/92 Komise ES proti Španělsku nebo C-57/94 Komise ES proti Itálii²⁹.

Jednací řízení bez uveřejnění se zahajuje výzvou k jednání, jejíž náležitosti jsou uvedeny v § 34 ZVZ. V písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oznamuje zadavatel zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení. Z uvedeného vyplývá, že záleží na zadavateli, zda v rámci tohoto zadávacího řízení zadavatel osloví jednoho nebo více zájemců. Výzva není vyžadována, jedná-li se o veřejné zakázky zadávané podle § 23 odst. 5 písm. c) ZVZ a podle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ, pokud se jedná o dodatečné stavební práce.

Jednací řízení bez uveřejnění je velmi problematickým a procesně náročným zadávacím řízením, které bývá zadavateli poměrně často zneužíváno. Tento druh zadávacího řízení není nijak podrobně v ZVZ upraven, čímž samozřejmě vzniká značný prostor pro jeho případné zneužití, proto je také autorkou považováno za procesně náročné zadávací řízení.

2.4.5 Soutěžní dialog

Soutěžní dialog je standardním druhem zadávacího řízení, který může veřejný zadavatel využít v případě zadávání veřejné zakázky se zvláště složitým předmětem plnění, pokud by použití otevřeného nebo užšího řízení nevedlo s ohledem na povahu předmětu veřejné zakázky, k požadovanému výsledku³⁰.

2.4.6 Zjednodušené podlimitní řízení

Ve zjednodušeném podlimitním řízení vyzývá veřejný zadavatel písemnou výzvou nejméně 5 zájemců k podání nabídky a k prokázání kvalifikace. Tímto úkonem je zadávací řízení zahájeno. Písemná výzva musí být povinně uveřejněna na profilu zadavatele, a to po celou dobu lhůty pro podání nabídek.

Současný ZVZ se inspiroval § 49 ZVZ 1994³¹. Ve zjednodušeném podlimitním řízení je možné zadávat všechny podlimitní veřejné zakázky, a to jak na dodávky, služby, tak stavební práce.

Jedná se o jednofázové řízení, dále tedy probíhá jako standardní otevřené řízení, samozřejmě s možností využít zjednodušení platná pro podlimitní veřejné zakázky³², zejména co se týče prokázání kvalifikace dle § 62 odst. 3 ZVZ.

²⁹ KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 115.

³⁰ Tamtéž, s. 149.

³¹ Tamtéž, s. 154.

³² KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 115.

2.5 Kvalifikace

Kvalifikace je důležitou součástí zadávání veřejných zakázek. Zadavatel prostřednictvím kvalifikace vymezuje okruh potenciálních dodavatelů, kteří jsou schopni poskytnout zadavateli jím požadované plnění. Zadavatel tedy získává určitou míru jistoty, že s dodavatelem, který požadovanou kvalifikaci splnil, může uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky bez větších pochybností³³. Základním účelem kvalifikace je ověření, zda je ten který dodavatel opravdu způsobilý splnit předmět veřejné zakázky. Za správnost stanovení kvalifikace je plně odpovědný zadavatel.

I v případě kvalifikace došlo novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. k podstatné změně. Doposud měl zadavatel v rukou mnohem širší rozsah kvalifikační předpokladů. Do 31. 3. 2012 splnil dodavatel kvalifikaci, pokud prokázal splnění

- a) základní kvalifikační předpoklady dle § 53,
- b) profesní kvalifikační předpoklady dle § 54,
- c) ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 55 a
- d) technické kvalifikační předpoklady dle § 56.

Změny, ke kterým od 1. 4. 2012 došlo, se dotkly zejména ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, které byly nahrazeny čestným prohlášením o ekonomické a finanční kvalifikační způsobilosti dodavatele splnit veřejnou zakázku, a dále také jednoho z technických kvalifikačních předpokladů.

U technických kvalifikačních předpokladů nově nelze požadovat předložení certifikátů ISO 9001, OHSAS, ISO 14001 či EMAS. Jedním z argumentů, proč požadovat tyto certifikáty není ve vztahu k veřejné zakázce nutné a nevypovídá to o kvalitě dodavatele bylo, že konkrétně třeba ISO 9001 již má téměř každý podnikatelský subjekt, přičemž „kvalita ISO 9001“ záleží mimo jiné také na certifikační autoritě.

Stanovení kvalifikace je velmi zásadní fází při zadávání veřejných zakázek, neboť definuje okruh potenciální dodavatelů. Kvalifikace má na jednu stranu pomoci zadavateli při výběru smluvního partnera, který má předmět veřejné zakázky splnit, na druhou stranu její stanovení nesmí být diskriminační a nesmí omezovat účast dodavatelů v konkrétním zadávacím řízení.

Dodavatelé, kteří se ucházejí o veřejnou zakázku, jsou v souladu s požadavky zadavatele povinni splnit kvalifikaci, kterou zadavatel definuje v zadávací dokumentaci, resp. kvalifikační dokumentaci.

Prokazování kvalifikace doznalo v průběhu existence současného zákona od svého původního znění značných změn. Podstatné změny se týkaly nejen rozsahu kvalifikačních

³³ PODEŠVA: *Zákon o veřejných zakázkách* ..., s. 220.

předpokladů, ale také způsobu jejich prokazování. Donedávna musel uchazeč předložit originály nebo úředně ověřené kopie dokladů, které určoval zákon. Při současném znění zákona je dostačující předložení prosté kopie požadovaných dokladů.

U podlimitních veřejných zakázek je zadavatel povinen požadovat prokázání splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů dodavatele. Může samozřejmě požadovat i splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 ZVZ. Veřejný zadavatel může dále požadovat i prohlášení dle § 50 odst. 1 písm. c) ZVZ.

Před účinností transparentní novely se splnění základních kvalifikačních předpokladů prokazovalo předložením čestného prohlášení dle § 62 odst. 2 ZVZ. Zadavatel mohl požadovat prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů v souladu s § 53 odst. 2 ZVZ, tj. prostřednictvím příslušných dokladů. Postup stanovený v § 62 odst. 2 ZVZ se uplatnil jak u otevřeného řízení, tak u zjednodušeného podlimitního řízení, jednalo-li se o podlimitní veřejnou zakázku.

V současnosti se způsob prokazování kvalifikace u podlimitní veřejné zakázky podstatným způsobem změnil. Tyto způsoby jsou vymezeny v § 62 odst. 2 a 3 ZVZ.

Obecným ustanovením týkající se prokazování kvalifikace u podlimitní veřejné zakázky je § 62 odst. 2 ZVZ. Speciálním ustanovením je § 62 odst. 3 ZVZ, který upravuje prokazování splnění kvalifikace ve zjednodušeném podlimitním řízení.

Obecné ustanovení se nezměnilo a nadále se prokazuje splnění základních kvalifikačních předpokladů čestným prohlášením; zadavatel může požadovat splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 ZVZ. Zjednodušené podlimitní řízení naproti tomu doznalo značných změn. Kvalifikaci prokazuje dodavatel předložením čestného prohlášení v souladu s § 62 odst. 3 ZVZ. Při vlastní aplikaci tohoto ustanovení si na počátku zadavatelé kladli otázky, jaké formální náležitosti musí takové čestné prohlášení obsahovat. Zadavatelé k tomu přistupovali a stále přistupují různě.

Jednou z variant, nazvěme ji minimalistická, obsahuje jednoduché prohlášení, že uchazeč níže podepsaný splňuje všechny kvalifikační předpoklady požadované zadavatelem v kvalifikační nebo zadávací dokumentaci. Další variantou je přesné a konkrétní vymezení kvalifikačních předpokladů požadovaných zadavatelem.

Ustanovení § 62 odst. 3 ZVZ dále zakotvuje povinnost uchazeče poskytnout zadavateli ve lhůtě 15 dnů součinnost spočívající v předložení originálů nebo úředně ověřených kopií dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Po přijetí transparentní novely byl výklad tohoto ustanovení takový, že všechny tyto doklady musí být vydány s datem odpovídající poslednímu dni lhůty pro podání nabídek. Toto se v konečném důsledku ukázalo jako velmi problematické, zejména

v případě výpisů z evidence Rejstříku trestů či výpisu z obchodního rejstříku, které nelze vydat s jiným datem, než které odpovídá datu žádosti o jejich vydání. Od tohoto výkladu již bylo upouštěno a je možné tedy předložit doklady prokazující splnění kvalifikace ve zjednodušeném podlimitním řízení s datem pozdějším, než bylo datum posledního dne lhůty pro podání nabídek.

Přestože se může jevit zařazení podkapitoly „Kvalifikace“ do této diplomové práce jako neopodstatněné, má autorka za to, že se jedná o natolik zásadní část kontraktace v oblasti zadávání veřejných zakázek, že ji nelze opominout, a to z důvodu, které jsou zde zmíněny – jedná se o důležitý nástroj „výběru“ potenciálních dodavatelů (uchazečů). Další možností, jak zadavatel ošetří, že mu bude dodáno, to co poptává je samozřejmě přesná specifikace předmětu plnění a kvalitně zpracované obchodní podmínky, které jsou povinnou součástí zadávací dokumentace, jak vyplývá z § 44 ZVZ.

3 Smluvní podmínky a jejich změny v procesu zadávání veřejných zakázek

V případě veřejných zakázek, jak již bylo řečeno, musí být smlouva uzavřena v písemné podobě. Nicméně aby mohla být smlouva uzavřena, musí nejprve zadavatel rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky. O tom zadavatel zpravidla rozhoduje na základě návrhu hodnotící komise. Hodnotící komise po posouzení a hodnocení nabídek navrhuje zadavateli, aby uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, tj. uchazečem, který splnil kvalifikaci a jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvhodnější. Rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky ani oznámením o jejím výběru podle § 81 ZVZ nedochází k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky³⁴.

Jakmile je výsledek zadávacího řízení oznámen všem dotčeným uchazečům, započne běžet lhůta pro podání námitek. Smlouvu je možné uzavřít až poté, co uběhne tato lhůta vůči všem dotčeným uchazečům. Pokud by byla smlouva uzavřena před uplynutím lhůty pro podání námitek, nejsou splněny všechny podmínky, které ZVZ jako zvláštní právní předpis upravující kontraktní proces zvláštních subjektů (zadavatelů) předpokládá, přičemž splnění těchto podmínek je obligatorní, proto takové pochybení zadavatele má za následek neplatnost takto uzavřené smlouvy³⁵. Povinnost uzavřít smlouvu až po uplynutí lhůty pro podání námitek neplatí v případě veřejných zakázek zadávaných v dynamickém nákupním systému, zadávaných na základě rámcové smlouvy veřejným zadavatelem (*a contrario* nikoliv dotovaným nebo sektorovým zadavatelem), nebo zadávaných na základě rámcové smlouvy v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

Smlouva uzavřená jako výsledek zadávacího řízení má soukromoprávní charakter, tj. uplatní se při realizaci předmětu plnění ustanovení zejména ObchZ a OZ, od 1. 1. 2014 místo zmiňovaných právních předpisů NOZ. Je nutné ovšem brát v úvahu veřejnoprávní aspekt zadávání veřejných zakázek.

O vztahu mezi ObchZ a ZVZ se vyjádřil předseda Úřadu v rozhodnutí ze dne 15. Června 2007, č.j. R047,050/2007/02-11371/2007/310/Hr takto: „*na obchodní zákoník nelze ve vztahu k ZVZ pohlížet jako na normu vyšší právní síly, neboť takovými normami jsou pouze ústava, ústavní zákony a mezinárodní smlouvy. Současně lze souhlasit s tím, že právní úprava obsažená v ZVZ je zvláštní právní úpravou ... Ustanovení ObchZ zakotvují obecnou smluvní volnost kontraktních stran např. i ve vztahu k úpravě předmětu smlouvy po jejím podpisu. Zákon legitimním způsobem tuto smluvní volnost zadavatelů limituje a stanovuje zadavatelům postup, který jsou povinni dodržet uzavřením takové smlouvy, jejímž předmětem je plnění veřejné zakázky.*“

³⁴ KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 282.

³⁵ Tento závěr potvrzuje i PODEŠVA: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 365.

3.1 Uzavření smlouvy dle zákona o veřejných zakázkách

Z definice veřejné zakázky je zřejmé, kdo je zadavatelem veřejné zakázky, a to bez ohledu na členění na veřejného, dotovaného a sektorového zadavatele. Převážná většina typových smluv bude tedy uzavírána podle ObchZ, subsidiárně bude využit OZ. Toto tvrzení vychází z § 261 ObchZ, který vymezuje relativní, absolutní a fakultativní obchody jako typy obchodních závazkových vztahů. Tato dvojkolejnost bude s účinností od 1. 1. 2014 odstraněna, neboť kontraktační proces již bude upraven pouze v NOZ, stejně jako typové smlouvy.

Zadavatel je povinen dle § 82 odst. 2 ZVZ uzavřít s vybraným uchazečem smlouvu ve znění, které odpovídá návrhu smlouvy, který předložil uchazeč ve své nabídce. Přestože se má uzavírat smlouva ve znění, které předložil uchazeč ve své nabídce, autorka se domnívá, že tento návrh smlouvy musí bezvýhradně odpovídat návrhu smlouvy, který byl součástí zadávacích podmínek, byl-li takový návrh zadavatelem uchazečům poskytnut. V opačném případě by se jednalo o porušení zadávacích podmínek s následkem vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Úpravy a změny ve smlouvě jsou velmi omezené – je možné připustit úpravu smlouvy ve znění odlišném od znění v nabídce uchazeče např. v situaci, kdy vzhledem k průběhu zadávacího řízení dojde k posunu vlastního termínu realizace, nebo se může jednat o situaci, kdy na straně uchazeče došlo ke změnám ve statutárním orgánu, případně se změnila obchodní firma uchazeče. Při posuzování, zda je možné přistoupit ke změně, resp. úpravě smlouvy, je nutné řídit se zásadami v § 6 ZVZ. Zadavatel by se měl zabývat již v této fázi otázkou, zda by se nejednalo o podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 ZVZ. O tom podrobněji dále v textu.

Při uzavírání smlouvy je nutné, aby zadavatel ve vztahu k uchazeči, se kterým je možné uzavřít smlouvu, učinil kontraktační úkon. Tímto úkonem se rozumí výzva k poskytnutí součinnosti, kterou je uchazeč vyzýván k podpisu smlouvy. Součinnost uchazeče potřebná k uzavření smlouvy musí být zadavateli poskytnuta ve lhůtě 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek (viz § 82 odst. 4 ZVZ) tak, aby smlouva mezi zadavatelem a vítězným uchazečem byla uzavřena v téže lhůtě.

Uzavření smlouvy v této lhůtě ovšem v praxi působí značné obtíže. Záměrem zákonodárce při stanovení délky této lhůty pravděpodobně bylo, aby uzavření smlouvy bezprostředně následovalo po rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, přesněji řečeno ihned poté, co bude mít na jisto, že žádný z uchazečů nerozporuje jeho postup a výsledek zadávacího řízení. Zároveň je ovšem nutné zmínit, že jak na straně zadavatelů, tak na straně vítězného uchazeče, resp. vítězných uchazečů, jsou nastolena vnitřní pravidla, které upravují proces uzavírání smlouvy (provedení kontroly podepsované smlouvy, kontrola zajištění finančních prostředků, vlastní zabezpečení podpisu osobou oprávněnou jednat jménem či za

uchazeče, resp. zadavatele, apod.). Z tohoto pohledu je tedy zřejmé, že lhůta 15 dnů je hraniční a ne vždy je možné ji dodržet, a to ze zcela objektivních důvodů.

Zákon s nedodržením této lhůty ovšem nespojuje žádné sankce. Zajímavá je otázka, jaký bude postup, pokud zadavatel tuto svoji povinnost nesplní a ve stanovené lhůtě smlouvu neuzavře. Uchazeč i v tomto případě má právo na to, aby s ním byla smlouva odpovídající výsledku zadávacího řízení uzavřena. Zadavatel již nemá (až na výjimky) možnost vyhnout se povinnosti uzavřít smlouvu zrušením zadávacího řízení³⁶. Pokud by zadavatel byl ve lhůtě pro uzavření smlouvy nečinný, nebo by se snažil vyhnout uzavření smlouvy, je možné se uzavření smlouvy domáhat soudní cestou (např. žalobou, kterým by byl zadavateli uložen projev vůle dle § 161 odst. 3 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů)³⁷.

Pokud odmítne vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě určené zákonem (15 dnů) uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil na druhém místě. Pokud by odmítl, nebo neposkytl součinnost i druhý v pořadí, může se zadavatel obrátit na třetího v pořadí. Uchazeč druhý a třetí v pořadí je povinen poskytnout zadavateli součinnost nezbytnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy.

Ze znění zákona je zřejmé, že zadavatel může požádat o poskytnutí součinnosti pouze ty uchazeče, kteří se umístili na prvních třech místech, a to postupně od prvního do třetího místa. Pokud neuzavře smlouvu ani třetí v pořadí, musí zadavatel v souladu s § 84 odst. 1 písm. c) ZVZ veřejnou zakázku zrušit.

Zadavateli svědčí právo uzavřít smlouvu pouze s druhým, resp. třetím v pořadí, nejedná se však o jeho povinnost. Uchazeč na druhém, resp. třetím místě se tedy nemůže domáhat uzavření smlouvy, uplynula-li již lhůta 15 dnů od konce lhůty pro podání námitek³⁸, na uzavření smlouvy nevzniká druhému, resp. třetímu v pořadí právní nárok.

3.2 Smluvní podmínky ve veřejné zakázce

Do účinnosti transparentní novely, která předpokládala přijetí prováděcích právních předpisů, zákon nijak nevymezoval požadavky na smluvní podmínky. Výkladem bylo možné dovodit, že smluvní podmínky nesmí být v rozporu se zásadami vymezenými v § 6 ZVZ 2012.

Zákon stanoví, že zadávací dokumentace musí mimo jiné obsahovat obchodní podmínky, včetně platebních podmínek, případně též objektivní podmínky, za nichž je možné překročit výši nabídkové ceny.

³⁶ KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 284.

³⁷ Tamtéž.

³⁸ ZUSKA, KAREL: Tři pohledy: Námitka dodavatele, ocenění soupisu položek a další... *Veřejné zakázky v praxi*, 2013, č. 3/2013, s. 48.

U stavebních prací šel zákonodárce ještě dál a v § 46d ZVZ odkazuje na prováděcí právní předpis, který pro tyto veřejné zakázky stanovuje obsah obchodních podmínek³⁹. Mimo jiné tento prováděcí právní předpis obsahuje požadavky na vymezení základních lhůt pro provedení stavby, stejně jako podmínky, za jakých dojde k předání a převzetí díla, délku záruční lhůty⁴⁰, způsob zajištění řádného plnění, apod. Zadavatel je samozřejmě oprávněn vymežit další podmínky ve smlouvě týkající se realizace vlastního díla.

V případě dodávek a služeb je situace do jisté míry jednodušší. Zákonodárce nestanovil zvláštní požadavky na obsah obchodních podmínek u těchto veřejných zakázek, nicméně určitou regulaci můžeme vysledovat z vyhlášky č. 232/2012 Sb., o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné vyhlášky. Veřejný zadavatel je povinen odůvodnit vymezení obchodních podmínek ve vztahu ke svým potřebám a rizikům souvisejícím s plněním veřejné zakázky. Odůvodnit je nutné např. delší lhůtu splatnosti faktur než 30 dnů od data vystavení faktury⁴¹, požadavek na bankovní záruku vyšší, než je 5 % ceny veřejné zakázky, požadavek na záruční lhůtu delší než 24 měsíců, atd.

3.3 Změny ve smluvních podmínkách ve veřejné zakázce

Ačkoliv je proces zadávání veřejných zakázek velmi podrobně upraven v ZVZ, otázka uzavírání smluv a přípustnost jejich změn již ZVZ komplexně neřeší. Donedávna nebyla otázka změn smlouvy uzavřené v zadávacím řízení podle ZVZ, a to včetně právních úprav předcházejících, nijak řešena.

Uzavřením smlouvy se zabývá v podstatě pouze § 82 ZVZ, který definuje zákaz uzavřít smlouvu před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Novinkou je odst. 7 zmiňovaného ustanovení, který definuje podstatnou změnu smlouvy⁴².

Obecně je možné říci, že zadavatel by měl před vyhlášením veřejné zakázky natolik podrobně zmapovat celou problematiku, která je předmětem veřejné zakázky, aby byl schopen, když ne vyloučit, tak alespoň minimalizovat následnou změnu smluv. Zároveň je nutné si uvědomit, že v průběhu vlastní realizace mohou nastat situace, které nelze předem předvídat –

³⁹ Tímto prováděcím právním předpisem je vyhláška č. 231/2012 Sb., kterou se stanoví obchodní podmínky pro veřejné zakázky na stavební práce.

⁴⁰ Zde není terminologie použita ve vyhlášce č. 231/2012 Sb. zcela přesná. Až NOZ striktně rozlišuje pojem „doba“ a „lhůta“. Pokud jde o poskytnutí záruky, správné je použití pojmu „záruční doba“ nikoliv „záruční lhůta“, jak uvádí zmiňovaná vyhláška.

⁴¹ Zákonem č. 179/2013 Sb. s účinností od 1. 7. 2013 byl novelizován ObchZ, a to ve vztahu k pravidlům pro splatnost faktur. Novela navíc odlišuje případy, kdy dlužníkem je podnikatel a kdy je dlužníkem veřejný zadavatel. Pokud je dlužníkem veřejný zadavatel lze sjednat dobu splatnosti delší než 30 dnů, je-li to odůvodněno povahou závazku. Tato doba ovšem nesmí přesáhnout 60 dnů.

⁴² Novinku v podobě „podstatné změny smlouvy“ definované zákonem přinesla až transparentní novela, která de facto reagovala na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, resp. jeho předchůdce Evropského soudního dvora (viz rozsudek ESD ve věci C-454/06 Pressetext).

např. povětrnostní podmínky při pracích vykonávaných v terénu, zahájení správního řízení na základě podnětu občana, občanského sdružení, apod., a kdy je uzavření dodatku nutným předpokladem pro řádné dokončení díla. Přestože se autorka domnívá, že zásada autonomie vůle, toliko uplatňovaná v soukromém právu, se u smluv uzavřených na základě zadávacího řízení neuplatní ve svém plném rozsahu, tak do jisté míry souhlasím s názorem M. Poremské⁴³, která konstatovala, že ZVZ obecně dopadá na práva a povinnosti dodavatele a zadavatele při zadávání veřejné zakázky do doby uzavření smlouvy na danou zakázku, přičemž po jejím uzavření se řídí příslušnými smluvními ujednáními a právními předpisy, zejména ObchZ a OZ. V současnosti je ovšem nutné přihlídnout ke znění § 82 odst. 7 ZVZ (viz kapitola 3.3.1 této diplomové práce).

Změny ve smlouvě je možné obecně rozdělit do dvou kategorií, a to na změny v subjektech a změny v předmětu a obsahu smlouvy⁴⁴.

V případě změny v subjektu se může jednat, jak o změnu v osobě zadavatele, tak v osobě dodavatele. V případě změny v osobě zadavatele je nutné se zaměřit na posouzení toho, zda se v daném případě nejedná o uzavření nové smlouvy. Vzhledem k tomu, že se nemění původní dodavatel, který byl vybrán v zadávacím řízení podle ZVZ, nedochází k zadání nové veřejné zakázky, které by bylo v rozporu či obcházel ZVZ. V případě změny dodavatele je ovšem situace jiná, neboť je problematické, aby do závazkového vztahu vstoupil nový subjekt, který nebyl vybrán v zadávacím řízení⁴⁵. K této otázce se ovšem vyjádřil ESD v jednom ze svých rozsudků, ve kterém konstatoval, že i taková změna je přípustná, pokud dojde touto změnou pouze k vnitřní reorganizaci smluvní strany, která nemění výrazně podmínky původní zakázky⁴⁶.

Ke změnám v obsahu či předmětu smlouvy samozřejmě dochází také. V takovém případě je vždy nutné posoudit, jestli v dané situaci existuje nějaké řešení, které je v souladu se ZVZ. Nejčastěji bude docházet ke změně spočívající v rozšíření předmětu plnění, tj. bude se jednat o plnění, které nebylo v původních zadávacích podmínkách. Pokud se jedná o rozšíření veřejné zakázky, je nutné posoudit, zda je v daném případě možné aplikovat § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. Toto ustanovení je možné aplikovat pouze za předpokladu, že jsou splněny zákonné podmínky:

- potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností,
- nezbytnost k provedení původního plnění,

⁴³ POREMSKÁ, MICHAELA. Zadávací dokumentace veřejné zakázky a změna zadávacích podmínek při a po uzavření smlouvy. *Právní rádce*, 2008, č. 11, Praktická příručka s. I-VII.

⁴⁴ DVOŘÁK, DAVID. Změny smluv ve veřejných zakázkách. In VALDHANS, Jiří (ed). *Sborník příspěvků z konference Cofola 2008 konané na PrF MU 13. – 14. 5. 2008*. Brno. Masarykova univerzita, 2008.

⁴⁵ Tamtéž.

⁴⁶ ESD v rozsudku ve věci C-454/06 Presstetext uvedl, konkrétně v bodě 54, že pod pojem zadávání ve smyslu směrnice 92/50 se nezahrnují situace, v níž jsou služby poskytované zadavateli původním poskytovatelem převedeny na jiného poskytovatele založeného ve formě kapitálové společnosti, jejímž jediným společníkem je původní poskytovatel, který vykonává kontrolu nad novým poskytovatelem a udílí mu pokyny.

- celkový rozsah tzv. víceprací (dodatečných stavebních prací či služeb) nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky.

Ve vztahu k veřejným zakázkám na dodávky plní uvedenou funkci § 23 odst. 5 b) ZVZ, přičemž i v tomto případě musí být splněny zákonem vymezené podmínky:

- změna dodavatele by nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě,
- celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky nesmí přesáhnout dobu 3 let.

K rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky může dojít také při aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. V tomto případě je podmínkou okolnost, že veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodů ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

Ve všech uvedených případech zadavatel postupuje v jednacím řízení bez uveřejnění, tzn. v zadávacím řízení, které je často označováno jako nejméně transparentní druh zadávacího řízení.

Úřad i NSS ve svých rozhodnutích několikrát označily dodatečné stavební práce a služby za nové veřejné zakázky. V takovém případě je nutné posoudit, zda se jedná o samostatnou veřejnou zakázku, která s původní zakázkou bezprostředně souvisí či nikoliv a následně, zda potřeba těchto prací vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností⁴⁷.

3.3.1 Změna smlouvy

Na současnou právní úpravu měla významný vliv rozhodovací praxe ESD, zejména pak rozsudek ve věci C-454/06 Presstext (viz kapitola 3.3.3 této diplomové práce).

Do přijetí transparentní novely, se zadavatel při rozhodování o tom, zda je možné v daném konkrétním případě uzavřít dodatek a tímto změnit práva a povinnosti vyplývající smluvním stranám ze smlouvy, řídil pouze základními zásadami uvedenými v § 6 ZVZ (zásada transparentnosti, zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace). O povinnosti řídit se těmito zásadami se zmínil mimo jiné i ESD v odpovědi na předběžnou otázku podle čl. 177 [nyní 234] SES, ve které konstatoval, že i při uzavírání smluv, které jsou v současnosti vyloučeny z působnosti směrnice 93/38/EHS, musí zadavatelé dodržet základní zásady vyplývající ze SES, zejména zásadu nediskriminace na základě státní příslušnosti. Ze zásady nediskriminace na základě státní příslušnosti vyplývá zvláště povinnost zajištění transparentnosti, která umožňuje, aby se mohl zadavatel ujistit o tom, že tento princip byl splněn. Povinnost zajištění transparentnosti spočívá v zajištění takového stupně inzerce, který umožní, aby byl trh otevřen

⁴⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu České republiky ze dne 28. listopadu 2012, č.j. 1 Afs 23/2012 – 102.

konkurenci ve prospěch jakéhokoliv potenciálního uchazeče a aby mohla být přezkoumána nestrannost zadávacího řízení⁴⁸.

Zákonodárce ovšem s účinností od 1. 4. 2012 včlenil do ZVZ § 82 odst. 7 legální definici tzv. podstatné změny smlouvy, která je nepřípustná.

3.3.2 Definice podstatné změny smlouvy

Zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou změnu se považuje taková změna, která by

- a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ a § 23 odst. 7 ZVZ,
- b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
- c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
- d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

Jak již bylo uvedeno, zákonodárce se při definici podstatné změny smlouvy inspiroval především v rozsudku ESD ve věci C-454/06 *Presstetext*.

Současná právní úprava ZVZ rozlišuje podstatné a nepodstatné změny smlouvy. Při rozlišování, o jako změnu smlouvy se jedná, je nutné provést posouzení konkrétní situace definičními znaky podstatné změny vymezené v § 82 odst. 7 ZVZ. Provedení nepodstatné změny smlouvy přípustné je, přičemž se dle názoru předsedy Úřadu bude jednat např. o změny technického charakteru, jako jsou změny kontaktních údajů apod.⁴⁹

Definiční znaky podstatné změny smlouvy vyplývají ze znění § 82 odst. 7 ZVZ, neboť zákon uvádí, že „za podstatnou změnu smlouvy se považuje“ taková změna smlouvy, která je vymezena v uvedeném ustanovení (viz výše).

V koncepci podstatných změn smluv na veřejné zakázky podstatná změna vykazuje úmysl smluvních stran dojednat nové podmínky smlouvy, což vyžaduje nové zadávací řízení a tím obnovu hospodářské soutěže, kdežto změna nikoliv podstatná nové zadávací řízení nevyžaduje. Zahájí-li zadavatel na novou podobu plnění nové zadávací řízení, dostává se mimo dosah ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ. Jakkoliv se může v novém zadávacím řízení dopustit pochybení

⁴⁸ BALCAR, POLANSKÝ A SPOL. *Analýza aktuální judikatury Evropského soudního dvora v oblasti veřejných zakázek a koncesí a jejího významu z hlediska české vnitrostátní úpravy a praxe* [online]. portal-vz.cz, 7. prosince 2006 [cit. 4. Července 2013]. Dostupné na <http://www.portal-vz.cz/getmedia/c964eee1-66a9-48be-a156-0f3c5c9372db/rozhodnuti_tabulka_aktualizace_2006_final_cista>.

⁴⁹ Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. května 2011, č.j. ÚOHS-R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu.

(a být za to i sankcionován), nebude se již jednat o porušení jeho povinnosti neumožnit podstatnou změnu smlouvy bez zahájení nového zadávacího řízení⁵⁰.

Zadavatel se musí nejprve zabývat otázkou, zda změna smlouvy je novou veřejnou zakázkou⁵¹. Ne vždy se musí jednat o veřejnou zakázku – zadavatel může danou konkrétní situaci podřadit pod některou z obecných výjimek z působnosti zákona, nebo se může jednat o plnění, které bude zadavateli poskytováno bezplatně. V takovém případě by ke změně smlouvy nebylo nutné nové zadávací řízení. Situaci zde uvedenou je ovšem nutné odlišit od případu, kdy by změna plnění předpokládanou hodnotou byla veřejnou zakázkou malého rozsahu dle § 18 odst. 5 ZVZ a byla by tam shledána souvislost s původní veřejnou zakázkou. Nesprávné řešení by pak bylo zadat takovou zakázku jako zakázku malého rozsahu, a to vzhledem ke znění §§ 12 a 13 ZVZ, které vyslovuje zákaz dělení veřejných zakázek a tím snížení předpokládaného hodnoty veřejné zakázky pod finanční limity určené zákonem. V takovém případě by se jednalo o podstatnou změnu veřejné zakázky a musel by být takový postup zadavatele vyhodnocen jako postup v rozporu s § 82 odst. 7 a § 6 ZVZ.

Co se týče podstatné změny, je nutné vždy postupovat procesním postupem stanoveným v ZVZ, tak aby bylo dosaženo skutečně nejvhodnějšího, tzn. ekonomicky nejvýhodnějšího plnění (kvalitou i cenou, resp. užitnou hodnotou a cenou). V případě, že by zadavatel i přesto, že se jedná o podstatnou změnu, postupoval mimo odpovídající zadávací řízení, mělo by jeho jednání velmi významný vliv na případný postup orgánu dohledu. Takový postup je nutné považovat za postup zcela v rozporu se ZVZ, a vzhledem k tomu by byla stanovena odpovídající sankce udělená Úřadem.

ESD v rozsudku ve věci C-454/06 *Pressetext* mimo jiné uvedl, že za podstatnou změnu zadávacích podmínek je považována taková změna, která může narušit hospodářskou soutěž. Jestliže změna není schopna narušit hospodářskou soutěž, tak se o podstatnou změnu ve smyslu judikatury ESD, tzn. i ve smyslu transparentní novely, jednat nemusí.

K otázce změny smlouvy v průběhu realizace vlastní veřejné zakázky se několikrát vyjadřoval i Úřad, který v jednom z rozhodnutí uvedl, že každý dodatek, tj. každá změna smlouvy je novou veřejnou zakázkou⁵². Takový závěr je jistě plně v souladu se ZVZ, otázkou ovšem zůstává, zda je možné, aby vždy byl současně dodržen postup v souladu se ZVZ a získáno ekonomicky nejvhodnější, efektivní a hospodárné řešení, a to zejména v případě některých veřejných zakázek na především na služby či stavební práce.

⁵⁰ MATOCHOVÁ: *Změna smlouvy na veřejnou zakázku ...*, s.30.

⁵¹ Důležitost posouzení, zda se jedná o novou veřejnou zakázku, vyplývá z již zmíněného rozsudku ESD ve věci C-454/06 *Pressetext*.

⁵² Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. srpna 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310/Hr.

Právní předpis by neměl představovat takové překážky, které ve svém konečném důsledku jsou jednou z příčin nehospodárného nakládání s veřejnými prostředky, a to bez ohledu na to, zda se jedná o právní předpis evropského nebo národního práva, a to zejména v případě, kdy jedním z jeho cílů je právě ochrana a úspora při nakládání s těmito finančními prostředky.

Především je nutné si uvědomit, že zadávání veřejných zakázek je kontraktačním procesem, který upravuje způsob, jakým má být smlouva uzavřena. Nicméně po uzavření smlouvy se vzniklý závazkový vztah řídí ObchZ, resp. OZ⁵³. Smlouva na veřejnou zakázku není jakýmsi „posvátným“ právním úkonem, do kterého nelze za žádných okolností zasahovat⁵⁴.

Kromě již zmíněných principů hospodárnosti, účelovosti a efektivnosti se při rozhodování, zda v daném případě je možné uzavřít dodatek či nikoliv, zda má dojít ke změně smlouvy, nebo má zůstat „nedotčena“, je nutné vzít v úvahu základní principy dle § 6 ZVZ.

V rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. srpna 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310/Hr je také uvedeno, že povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu s nabídkou vítězného uchazeče je třeba vnímat nikoliv jen časově, tedy tak, že se tato povinnost vztahuje jen k okamžiku uzavření smlouvy, ale funkčně, tedy po celou dobu realizace veřejné zakázky. Opačný výklad by dle Úřadu zpochybnil smysl právní regulace zadávání veřejných zakázek, když by učinil výsledek zadávacího řízení nezávazným⁵⁵.

Pokud by byl názor Úřadu naplňován bez výhrad, tak by dodržování ZVZ znamenalo nepřekonatelné překážky nejen pro zadavatele, ale i pro dodavatele. Byla-li by smlouva uzavřena jako výsledek zadávacího řízení a byla-li by vnímána jako nedotknutelná, dostával by se zadavatel do situace, že většina projektů by byla nerealizovatelná. I z pohledu dodavatele by uplatňování zmiňovaného názoru znamenalo patovou situaci v tom smyslu, že by docházelo k zastavování prací, což stojí nemalé finanční prostředky a následně jejich obnovování, které se vyžádá další finanční prostředky. A vracíme se zpět k zadavateli, který bude muset náklady spojené se zastavením a obnovením prací dodavateli nahradit. Příkladem mohou být rekonstrukce budov, komunikací, kanalizace, vývoj nového softwaru, apod. U všech těchto příkladů je velmi obtížné, ne-li nemožné vymezit a ošetřit všechny aspekty, které mohou v průběhu vlastní realizace nastat. Argument, že tyto případy ZVZ reflektuje je pravdivý, ale při překročení rozsahu prací o více než 20 %⁵⁶ ceny původní zakázky se opět zadavatel dostává na začátek, a to k realizaci nového zadávacího řízení.

Specifickými v tomto ohledu jsou veřejné zakázky na stavební práce. Podle současného znění ZVZ je zadavatel v postavení Stvořitele, který dokáže jakoukoli stavbu, bez ohledu na její

⁵³ Od 1. 1. 2014 se bude vlastní realizace veřejné zakázky řídit NOZ.

⁵⁴ MATOCHOVÁ.: *Změna smlouvy na veřejnou zakázku ...*, s. 16.

⁵⁵ Tamtéž, s. 16.

⁵⁶ Jen pro doplnění, evropské směrnice uvádějí rozsah 50 % původní zakázky.

složitost, promyslet do nejmenšího detailu tak, aby v průběhu její realizace nebyly nutné žádné změny⁵⁷. K tomuto závěru je nutné dojít i přes možnost za splnění zákonem definovaných podmínek použití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 ZVZ⁵⁸. To, co je zde uvedeno pro stavební práce může nastat i v případě veřejných zakázek na služby⁵⁹.

Podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění jsou ovšem ve srovnání s evropskými směrnicemi značně přísnější. Podle evropské zadávací směrnice je možné jednacích řízení bez uveřejnění aplikovat až do 50 % ceny původní zakázky⁶⁰.

Nejtypičtějším příkladem podstatné změny smlouvy je změna v rozsahu předmětu plnění. Zákonodárce zde pro vyloučení pochybností výslovně uvádí, že ačkoliv je rozšíření předmětu zakázky zásadně podstatnou změnou smlouvy a mělo by tedy být zahájeno nové zadávací řízení, tak existují situace, kdy je možné aplikovat § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7 ZVZ, tj. jednacích řízení bez uveřejnění na dodatečné dodávky a dodatečné stavební práce a služby⁶¹. Samozřejmostí je splnění všech zákonných podmínek pro použití tohoto druhu zadávacího řízení.

3.3.3 Rozsudek ve věci C-454/06 *Pressetext*

Tento rozsudek je nejčastěji zmiňovaným rozsudkem ESD ve věci možné změny smlouvy uzavřené v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Rozsudek *Pressetext* byl odpovědí na předběžné otázky, které se týkaly směrnice 92/50⁶² na služby⁶³. Závěry v něm dovozené lze nicméně aplikovat v širším rozsahu a jsou použitelné i na veřejné zakázky na dodávky a veřejné zakázky na stavební práce⁶⁴.

⁵⁷ ZUSKA, KAREL, BARTŮŇKOVÁ, ANNA: Vícepráce v důsledku změn projektové dokumentace. *Veřejné zakázky*, 2013, č. 4/2013, s. 15.

⁵⁸ V jednacím řízení bez uveřejnění je možné zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby v případě, že dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že (i) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány těmto dodavatelům, (ii) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky nebo ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a (iii) v případě veřejného zadavatele celkový rozsah stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.

⁵⁹ ZVZ hovoří o dodatečných stavebních pracích, resp. dodatečných službách. Mezi laickou i odbornou veřejností je často užíván pojem vícepráce.

⁶⁰ KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách* ..., s. 120.

⁶¹ Tamtéž, s. 284.

⁶² Směrnice Rady 92/50/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, ve znění pozdějších předpisů.

⁶³ MATOCHOVÁ: *Změna smlouvy na veřejnou zakázku* ..., s.21.

⁶⁴ Tamtéž.

Skutkový stav byl následující. K Evropskému soudnímu dvoru byla podána žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se výkladu směrnice Rady 92/50 a směrnice Rady 89/665⁶⁵.

Žádost byla podána v rámci sporu mezi presstext Nachrichtenagentur GmbH a Rakouskou republikou (Bund), dále mezi APA-OTS Originaltext Service-GmbH (dále jen „APA-OTS“) a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (dále jen „APA“), ve věci veřejné zakázky na služby tiskové agentury.

Během roku 1994 uzavřela Rakouská republika smlouvu (dále jen „původní smlouva“) s APA (tisková agentura), jejímž obsahem bylo poskytování tiskových a informačních služeb za sjednanou odměnu – zejména tyto informace měly být poskytovány rakouským spolkovým orgánům (ve znění rozsudku se hovoří o tzv. „základní službě“), dále také poskytování informací a tiskových zpráv historické povahy poskytované databází APA nazvanou APADok a v neposlední řadě také využívání originální textové služby APA nazvané „OTS“. Původní smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou. Smluvní strany se uzavřením smlouvy vzdaly práva výpovědi původní smlouvy do 31. prosince 1989.

Prvním dodatkem uzavřeným během roku 2001 s účinností od 1. ledna 2002 došlo ke změně původní smlouvy, a to zejména s ohledem na zavedení společné měny euro.

Částka roční odměny za využívání redakčních článků a mediálních archivů ve výši 10.080.000 ATS byla nahrazena částkou 800.000 eur. Na základě valorizační doložky měla cena za rok 2002 činit 11.043.172 ATS (zaokrouhleno na přechod na euro na 802.538,61 eur), což de facto znamenalo snížení celkové odměny ve prospěch zadavatele (Rakouské republiky).

Další změna smlouvy spočívala v úpravě výchozího indexu spotřebitelských cen – původně byl ve smlouvě pro účely valorizace odměny zakotven index pro rok 1994 na základě indexu spotřebitelských cen z roku 1986. Nově byl dodatkem stanoven výchozí bod indexem spočítaným pro rok 2001 na základě indexu spotřebitelských cen z roku 1996. Ve druhém dodatku byl tak zvýšen celkový rabat z 15 % na 25 %.

Poslední ze změn se týkala vzdání se práva výpovědi, které bylo sjednáno v původní smlouvě do 31. prosince 1999, nově bylo dodatkem stanoveno na 31. prosince 2008.

Na soulad uvedených změn smlouvy byl dotazován ESD, který se mimo jiné zmiňuje o tom, že hlavním cílem právních předpisů Společenství (nyní Evropské unie) v oblasti veřejných zakázek je zajistit volný pohyb služeb a otevření nenarušené hospodářské soutěže ve všech členských státech (viz rozsudek ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03). Ke sledování tohoto dvojího cíle uplatňuje právo Společenství zejména zásadu zákazu diskriminace

⁶⁵ Směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce.

na základě státní příslušnosti, zásadu rovného zacházení s uchazeči a povinnost transparentnosti, která z toho vyplývá.

V šetřeném případě ESD došel k závěru, že změny ve vymezení veřejné zakázky v průběhu jejího trvání je nutné považovat za nové zadání veřejné zakázky, pokud mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, neboť v důsledku těchto změn si smluvní strany sjednávají základní podmínky této nové zakázky. Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadání veřejné zakázky, účast jiných uchazečů, než těch, kteří byli původními uchazeči veřejné zakázky.

Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou rozšiřuje původní plnění, přičemž toto nové plnění nebylo v původním zadání předpokládáno.

Za podstatnou změnu je nutné považovat každou takovou, která mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, dále takovou, která mění hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele (tj. subjektu, který byl uchazečem v zadávacím řízení, na základě jehož výsledku byla uzavřena předmětná smlouva), jemuž byla zakázka zadána.

Vrátí-li se autorka ke konkrétním otázkám, které ESD posuzoval, tak ve vztahu ke změně indexu spotřebitelských cen, resp. změně použití indexu spotřebitelských cen, uvedl, že odkaz na nový cenový index nepředstavuje změnu základních podmínek původní veřejné zakázky. Stejně se ESD postavil k otázce konverze cen původně vyjádřených v tuzemské měně na eura.

Stejně jako v případě změny cenového indexu, tak i v případě změny období v ujednání o vzdání se práva výpovědi ESD konstatoval, že se nejedná o postup v rozporu se směrnicí 92/50.

Zajímavý je závěr ESD co se týče uzavření smlouvy ve veřejné zakázce na dobu neurčitou. Dle názoru ESD je uzavření takové smlouvy sama o sobě systémem a cíli právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek cizí. Zároveň ovšem konstatoval, že právo Společenství nezakazuje uzavření smlouvy ve veřejných zakázkách na služby, potažmo i na dodávky na dobu neurčitou. Tento závěr koresponduje se současnou právní úpravou v § 14 odst. 1 písm. b) ZVZ⁶⁶, která se týká veřejných zakázek na dodávky. Stejný postup se uplatní i v případě veřejných zakázek na služby, a to s ohledem na znění § 15 odst. 1 ZVZ.

⁶⁶ Předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávky se stanoví na základě předpokládané výše celkového peněžitého závazku zadavatele za 48 měsíců, má-li být smlouva uzavřena na dobu neurčitou, nebo na dobu, jejíž trvání nelze přesně vymežit.

3.3.4 Změny smluvních podmínek v rozhodnutích Úřadu a obecných soudů

Případ ASPI⁶⁷

Velmi zajímavý případ nabídl rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. února 2012, č.j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI.

Předmětem veřejné zakázky bylo zabezpečení periodické aktualizace právního systému ASPI s jednoměsíčním cyklem pro 1240 síťových licencí. Veřejná zakázka byla zadávána na základě výzvy k jednání ze dne 5. 11. 2010 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 ZVZ 2010.

V řízení o rozkladu předseda Úřadu rozhodl o zrušení prvostupňového rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 8. 2011, č.j. ÚOHS-S76/2011/VZ-11159/2011/520/DŘí a věc vrátil k novému projednání. Úřad rozhodl novým rozhodnutím ze dne 7. srpna 2012, č.j. S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘí.

Prvostupňovým rozhodnutím Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 118 odst. 4 písm. a) ZVZ 2010. Úřad se v napadeném rozhodnutí vyjádřil, že zadavatel nepoptával nový software, ale požadoval aktualizaci stávajícího. Dle názoru Úřadu nelze po zadavateli objektivně požadovat, aby poptával nový software, jestliže je spokojen a chce i nadále používat ten stávající. Úřad tedy konstatoval, že použití jednacímho řízení bez uveřejnění bylo plně v souladu se zákonem účinném do 6. 12. 2010.

Proti uvedenému rozhodnutí podal dodavatel zabývající se obdobným softwarem rozklad dle § 152 SŘ. Navrhovatel v něm uvedl, že došlo zejména k objektivnímu porušení § 6 ZVZ 2010 a neoprávněnému použití druhu zadávacímho řízení ve veřejné zakázce. V podaném návrhu navrhovatel namítal, že mu byla znemožněna řádná účast ve veřejné zakázce z důvodů samotného vymezené zadávacích podmínek, obsahu a názvu veřejné zakázky. Navrhovatel dále uvedl, že v případě otevřeného řízení s hodnotícím kritériem nejnížší nabídková cena by musela být vybrána jeho nabídka a dále, že nelze obhájit zvolené zadávací řízení pouze argumentem ochrany výhradních práv nad samotnou finanční výhodností veřejné zakázky. Navrhovatel rozkladem požadoval, aby napadené rozhodnutí Úřad zrušil nebo změnil tak, že zakáže plnění z již uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem.

V druhostupňovém rozhodnutí předseda Úřadu, jak je uvedeno výše, rozhodl o zrušení rozhodnutí Úřadu a věc vrátil k novému projednání.

Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí uvedl, že důvod, který zadavatel označil za podmínku pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ 2010 nemůže naplnit materiální stránku této podmínky,

⁶⁷ Případ ASPI je zpracován s využitím prvostupňového rozhodnutí Úřadu ze dne 7. srpna 2012, č.j. S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘí a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. února 2012, č.j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI.

neboť sám udržoval a nepodnikl aktivní kroky k její nápravě. Formálně byla tedy podmínka jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) naplněna, ale zadavatel dle názoru předsedy Úřadu obešel účel zákona. Dále bylo ve zmiňovaném rozhodnutí argumentováno striktním názorem Soudního dvora Evropské unie, který byl vyjádřen např. v rozhodnutích ve věci C-199/85 – Komise proti Itálii, C-71/92 – Komise proti Španělsku a ve věci C-385/02 – Komise proti Itálii. Soudní dvůr Evropské unie se vyjádřil, že zadavatel se nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele schopného realizovat předmět veřejné zakázky, jestliže sám tento stav exkluzivity vytvořil.

Právní vztah, který podmiňuje existenci výhradních práv vybraného uchazeče k předmětu veřejné zakázky, kterým je informační právní systém, vznikl v důsledku jednání zadavatele, resp. jeho právního předchůdce a zadavatel nepodnikl žádné relevantní kroky k odstranění tohoto, pro něj nevýhodného právního stavu.

Předseda úřadu považuje nevýhodnost tohoto právního vztahu za zcela objektivní a jeho odstranění by znamenalo nutnost zadání veřejné zakázky v transparentnějším zadávacím řízení, než je jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ 2010. Zadavatel by použitím jiného zadávacího řízení pravděpodobně obdržel více nabídek a také by pravděpodobně získal nižší cenu nebo by byla veřejná zakázka realizována za výhodnějších podmínek.

Vzhledem k uvedenému odůvodnění a argumentaci předsedy Úřadu je velmi zarážející, že dále uvádí, že zadavatel je při postupu podle zákona o veřejných zakázkách povinen vždy jednat s ohledem na dodržení zásad hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti. Dle vyjádření předsedy Úřadu se Úřad při výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek zabývá dodržováním těchto zásad, což jsou také zásady zakotvené v jiných právních předpisech, které upravují hospodaření s veřejnými finančními prostředky.

Citované druhostupňové rozhodnutí předsedy Úřadu vyvolává otázku, jak by se k dané věci vyjádřil správní soud, pokud by měl poměřovat, nakolik jsou dodrženy zásady hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti. Je sporné, zda zavedení nového softwaru, tomu předcházející zadání nového, dle názoru předsedy Úřadu, transparentnějšího zadávacího řízení, proškolení všech zaměstnanců pro práci s novým softwarem, případně i pořízení nového hardwarového vybavení, bylo-li by to nutné, lze považovat za hospodárné, efektivní a účelné. Sám předseda Úřadu ve svém rozhodnutí konstatoval, že ZVZ není právní normou samou o sobě, ale je součástí celého právního řádu a je nutné jej vnímat v širším legislativním kontextu. Na základě uvedeného autorka vyjadřuje názor, že některé statě citovaného rozhodnutí si odporují, neboť pokud by byl ZVZ vnímám způsobem, jakým je v něm naznačováno, jednalo by se o normu, jejíž dodržování

by se stalo nemožné, resp. její dodržování by se pro zadavatele stalo nevhodným, neefektivní a neúčelné.

Případ Systémové centralizace v resortu Ministerstva zemědělství České republiky⁶⁸

Dalším případem, který se zabýval de facto rozšířením původního předmětu plnění a tedy změnou smlouvy, byl případ týkající se uzavření smlouvy o dílo k veřejné zakázce zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel odůvodňoval volbu tohoto zadávacího řízení návazností na předchozí realizované veřejné zakázky, a sice veřejnou zakázku „Služby správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadané formou užšího řízení, dále také veřejnou zakázku „Rozšíření služeb správy a provozu serverové infrastruktury a aplikací“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, které byly plněny vybraným uchazečem. Zadavatel odůvodnil použití tohoto druhu zadávacího řízení mimo jiné také tím, že by bylo nutné zasahovat do autorských děl vytvořených v rámci plnění zmiňovaných veřejných zakázek, přičemž lze mít důvodně za to, že by vybraný uchazeč k provádění změn v autorském díle jiným subjektem souhlas nedal⁶⁹. Úřad v prvním stupni rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v zákoně a zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 ZVZ 2009, čímž dle názoru Úřadu mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad se ve svém rozhodnutí zaobírá odůvodněním použití jednacích řízení bez uveřejnění, zejména zdali jsou splněny všechny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ 2009⁷⁰. Úřad mimo jiné poznamenal, že zadavatel v textu výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění připustil, že veřejná zakázka může být plněna i jiným dodavatelem, tím by ovšem byl vytvořen paralelní systém, který by z důvodu nevyužití systémových a aplikačních návazností na již realizované plnění neumožňoval dosažení požadovaných výsledků. Zadavatel tedy nevyločil možnost, že by veřejná zakázka mohla být plněna jiným dodavatelem, než se kterým byly uzavřeny smlouvy o dílo v předcházejícím zadávacím řízení. Úřad také uvedl, že ačkoliv je stanovení předmětu veřejné zakázky zcela v kompetenci zadavatele, nelze stanovením technických podmínek připustit diskriminaci. Úřad dále ve svém rozhodnutí vyslovil názor, že při budování nákladnějších informačních systémů by si zadavatel měl smluvně vyhradit právo ke změně a další úpravě tohoto informačního systému, a to jiným, na původním dodavateli nezávislým subjektem. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal zadavatel rozklad, který předseda Úřadu zamítl a ztotožnil

⁶⁸ Případ Systémové centralizace v resortu Ministerstva zemědělství ČR byl zpracován podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 11. ledna 2013, č.j. 5 Afs 42/2012 – 53.

⁶⁹ Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne ze dne 27. července 2010, č.j. R160/2009/VZ-11065/310-ASC.

⁷⁰ Veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů a důvodů ochrany výhradních práv autora pouze vybraným uchazečem.

se se závěry Úřadu vyjádřenými v prvostupňovém rozhodnutí. Předseda ve svém odůvodnění také poukázal na to, že neobsahuje-li licenční smlouva ujednání o možnosti další úpravy a změny informačního systému, sníží se tím možnost zajistit bezpečné fungování informačního systému. Zadavatel dle názoru předsedy Úřadu mohl také postupovat tak, že by nebylo nutné využít předchozích děl chráněných autorským právem a zadavatel by nahradil stávající programové vybavení novým⁷¹.

Další krok, který zadavatel učinil, byly žaloby proti rozhodnutí správního orgánu dle § 65 a násl. SŘ ke Krajskému soudu v Brně. Ten zrušil obě správní rozhodnutí (roz. rozhodnutí Úřadu v I. i II. instanci) a dospěl k závěru, že z důvodů nezbytné ochrany výhradních práv mohl zadavatel postupovat podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ 2009. Již v řízení před Úřadem bylo vypracováno několik znaleckých posudků, ze kterých mimo jiné vyplývalo, že v rámci plnění předmětné veřejné zakázky bude zasaženo do autorských děl⁷² vytvořených během realizace předchozích veřejných zakázek. Zásah do počítačového programu by za těchto podmínek tedy vyžadoval souhlas původního dodavatele, přičemž ten odmítl žalobci (zadavateli) souhlas vydat. Z těchto okolností je zřejmé, že pouze oslovený dodavatel je z důvodů ochrany výhradních práv podle autorského zákona schopen předmětnou veřejnou zakázku realizovat. Dle názoru krajského soudu byly tedy naplněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

Stěžovatel (zadavatel) podal ve stejné věci také kasační stížnost, kterou NSS zamítl, nicméně vyslovil některé velmi zajímavé závěry. Především odmítl argumentaci Úřadu, že zadavatel měl v licenční smlouvě ošetřit zásah do autorského díla jiným na původním autorovi nezávislým subjektem. NSS dále uvádí, že je nutno na žalobcovo chování hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Pokud zadavatel bude požadovat, například komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, tak bude zajisté předchozí veřejná zakázka finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc. Je proto otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou. Pokud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení

⁷¹ S tímto názorem se autorka neztotožňuje, neboť by se nejednalo nejen o nevhodné řešení, ale také o neefektivní a neúčelné. Jedná se o výklad formalistický, který svědčí o neznalosti problematiky IT technologií a zejména potom implementace informačního systému v organizaci.

⁷² Počítačové programy jsou dle § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), dílem, jsou-li původní v tom smyslu, že jsou autorovým vlastním duševním výtvořem.

použití jednacího řízení bez uveřejnění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software.

Ve výše uvedených případech se autorka zabývala přípustností změny smlouvy, která byla uzavřena na základě výsledků zadávacího řízení a v této souvislosti také přípustností použití jednacího řízení bez uveřejnění, jako způsobu zadání změny předmětu plnění v souladu se ZVZ.

Zajímavé jsou ovšem právní účinky nedodržení postupu vymezeného v příslušné právní normě upravující zadávání veřejných zakázek. V této souvislosti je zajímavý rozsudek NS ze dne 21. 12. 2010 sp. zn. 23 Cdo 4561/2008, a to i přesto, že se jedná o rozsudek týkající se aplikace ZVZ 1994, neboť jeho závěru lze aplikovat i na současnou právní úpravu.

Uvedený rozsudek se týkal změny smlouvy na poskytování služeb stravování. Zadávací podmínky obsahovaly mimo jiné i úpravu podmínek pro překročení výše nabídkové ceny, a to v případě, že dojde ke zvýšení úhrnného indexu spotřebitelských cen zboží a služeb o více než 5 %, nebo v případě změny počtu strážníků o více než 20 % po dobu dvou po sobě jdoucích měsíců. Smlouva na poskytování služeb stravování ovšem obsahovala odlišné ujednání. Změna smlouvy byla přípustná v případě, že dojde u zadavatele ke změně počtu zaměstnanců o více než 15 % po dvou měsících jdoucích. Následně ještě byly uzavřeny dodatky týkající se jednotkové ceny jídla.

NS ve svém rozsudku uvedl, že bylo-li ustanovení o překročení nabídkové ceny ve smlouvě sjednáno v rozporu se zněním zadávacích podmínek definovaných zadavatelem při vyhlášení soutěže, je dle jeho názoru nutné dospět k závěru, že smlouva na poskytování služeb stravování je neplatná. Dále se NS zabýval tím, zda je možné ustanovení o zvýšení nabídkové ceny oddělit od zbývajících znění příslušné smlouvy ve smyslu § 41 OZ, a tudíž zda je možné vyslovit neplatnost tohoto dílčího ustanovení smlouvy, nebo zda je nutné vyslovit závěr o neplatnosti celé smlouvy na poskytování služeb stravování. Podle názoru NS smyslem právní úpravy zadávání veřejných zakázek je realizace veřejné zakázky za rovných podmínek stanovených při vyhlášení veřejné soutěže a při uveřejnění v zadávací dokumentaci. Ve smlouvě s uchazečem, který předložil nejvhodnější nabídku, proto nelze sjednat jiné podmínky, než které byly uvedeny v zadávací dokumentaci.

NS dále uvedl, že ustanovení o nabídkové ceně nelze oddělit od zbytku smlouvy, a to s ohledem na zásadní povahu celého ujednání o nabídkové ceně a její změně. Dle názoru NS se bude jednat o neplatnost absolutní⁷³.

⁷³ Podle NS se přitom muselo jednat o neplatnost absolutní, neboť nelze dovodit, že by neplatnost smlouvy podle § 70 ZVZ 1994 byla ve smyslu § 267 odst. 1 obchodního zákoníku stanovena pouze na ochranu některého účastníka.

Uvedený rozsudek NS o neplatnosti smlouvy na realizaci veřejné zakázky je nutné vykládat tak, že na neplatnost smlouvy jako celku by se mělo pohlížet tehdy, pokud zadavatel s vybraným uchazečem podepíše smlouvu na realizaci veřejné zakázky s odlišnými podmínkami (oproti úpravě obsažené v zadávací dokumentaci), přičemž se jedná o podstatnou změnu podmínek⁷⁴. Zákaz provedení podstatné změny se nevztahuje pouze na okamžik uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, ale bude se týkat také dodatků uzavíraných ke smlouvám na realizaci veřejné zakázky⁷⁵.

Stávající právní úprava (konkrétně § 118 odst. 5 ZVZ) koncepci absolutní neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku v podstatě opustila a mění ji na relativní za situace, kdy je zákonem podmíněna předchozím uložením zakazu jejího plnění Úřadem v řízení zahájeném výlučně na návrh stěžovatele. Do doby úspěšného dovolání stěžovatele je proto smlouvu na veřejnou zakázku třeba pokládat za platnou, byť by byla uzavřena v rozporu se závaznými postupy stanovenými zákonem o veřejných zakázkách. V případě odůvodněného dovolání se neplatnosti uzavřené smlouvy stěžovatelem je smlouva stejně jako v případě absolutní neplatnosti neplatná od samého počátku⁷⁶.

3.3.5 Příklady praxe a návrh řešení

Velmi diskutovaným tématem v oblasti veřejných zakázek je případná změna smluvních podmínek, které v průběhu vlastní realizace předmětu veřejné zakázky se ukážou jako nevyhovující nebo nedostatečné. Způsob, jakým zadavatelé docílí změny smluvních podmínek, je uzavírání dodatků ke smlouvě, která byla součástí zadávacích podmínek k dotčené veřejné zakázce.

Jak je zřejmé z kapitoly 3.2.1, uzavírání dodatků a tedy změna smlouvy, která byla na základě zadávacího řízení uzavřena, je značně problematické a zadavatel vždy musí velmi pečlivě uvážit, zda je změna smlouvy přípustná či nikoliv.

V praktickém životě je možné se setkat s různými situacemi, kdy se zadavatel potýká s otázkou, zda v daném případě může upravit či změnit smlouvu a tedy uzavřít dodatek či nikoli. V této kapitole diplomové práce je uvedeno několik příkladů, se kterými se autorka setkala při zadávání veřejných zakázek. Pro účely této diplomové práce nebyly použity žádné konkrétní údaje z nabídek uchazečů nebo informace o zadavatelích, jichž se tyto veřejné zakázky týkají.

⁷⁴ ŠEBESTA MILAN, MAREŠ, DAVID. *Pozor na změny ve smlouvách na realizaci veřejné zakázky* [online]. www.epravo.cz, 24. června 2011 [cit. 23. listopadu 2013]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/pozor-na-zmeny-ve-smlouvach-na-realizaci-verejne-zakazky-74565.html>>.

⁷⁵ Tamtéž.

⁷⁶ Tamtéž.

Příklad č. 1

Předmětem veřejné zakázky je výkon činnosti technického dozoru stavebníka (dále jen „TDS“) pro stavební zakázku na zhotovení stavby dálničního přivaděče. Samostatnými veřejnými zakázkami je jak výkon TDS, tak vlastní stavební zakázka na zhotovení dálničního přivaděče.

Při definování zadávacích podmínek zadavatel předpokládal, že délka výstavby dálničního přivaděče bude 16 měsíců (tj. 487 dnů). Hodnotícím kritériem dle § 78 ZVZ byla zvolena ekonomická výhodnost nabídky, dílčími hodnotícími kritérii byla nabídková cena v Kč bez DPH a také délka doby plnění stanovená ve dnech. Vítězný uchazeč stanovil dobu výstavby na 205 dnů.

Se zadávacím řízením na výstavbu dálničního přivaděče souvisela i veřejná zakázka na výkon činností TDS, která předpokládala, že mandátní smlouva bude s vítězným uchazečem uzavřena na období 16 měsíců. Hodnotícím kritériem dle § 78 ZVZ byla stanovena nejnižší nabídková cena v Kč bez DPH, přičemž hodnocena byla celková nabídková cena, tj. souhrn měsíčních odměn za poskytování činností TDS po dobu výstavby dálničního přivaděče, tj. po dobu 16 měsíců. Mandátní smlouva obsahuje ujednání, že mandatáři přísluší odměna ve výši částky odpovídající jedné šestnáctině celkové ceny v Kč bez DPH. Mandátní smlouva na TDS byla uzavřena dříve než smlouva o dílo na zhotovení dálničního přivaděče.

Mandatář po obeznámení se se situací navrhl zadavateli úpravu mandátní smlouvy, a to tak, že bez ohledu na dobu plnění výstavby, mu bude uhrazena celková odměna za dobu předpokládaných 16 měsíců. Je nutné si uvědomit, že rozsah prací, které musí mandatář vykonat, se nemění, pouze se zkrátilo období, ve kterém musí všechny tyto činnosti provést.

Obě veřejné zakázky jsou veřejnými zakázkami nadlimitními, které byly zadávány v otevřeném řízení dle § 27 ZVZ.

Zadavatel si za této situace musí odpovědět na otázku. Je možné uzavřít dodatek a upravit způsob vlastního financování výkonu TDS?

Návrh řešení

Pro zadavatele bylo nezbytné v první řadě mít připravený TDS, který zabezpečí řádný průběh vlastní realizace stavebních prací, proto nebylo možné, aby výběru TDS předcházelo zadávací řízení na stavební práce na dálničním přivaděči. Teoreticky to samozřejmě možné je, nicméně časově by bylo nutné, aby zadavatel měl již v době vyhlášení zadávacího řízení na TDS uzavřenu smlouvu na vlastní stavební práce. Vzhledem k časové náročnosti otevřeného řízení pro nadlimitní veřejnou zakázku, nebylo by ze strany uchazečů možné garantovat po tak dlouhou dobu ceny nabídnuté v zadávacím řízení. Pokud by taková veřejná zakázka byla vyhlášena, pravděpodobně by uchazeči ve svých nabídkách více kalkulovali s možným rizikem podstatného

zvýšení nákladů za období, po které by se „čekalo“ na výsledek zadávacího řízení na TDS. Z praktického hlediska tedy zadavatel zvolil racionální, efektivní a ekonomický postup.

Pro posouzení je nutné vzít v úvahu limity, které v případě změny smlouvy, byť soukromoprávního charakteru představuje ZVZ. Tyto limity v případě změny smlouvy jsou dány § 82 odst. 7 ZVZ, který uvádí, jaké změny jsou považovány za podstatné, tedy jaké změny jsou nepřijatelné v případě, že uzavření smlouvy předcházelo kontrakční postup upravený ZVZ. Konkrétně v § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ je uvedeno, že za podstatnou se považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.

Takovou změnou bude ve většině případů dle názoru autorky téměř každá změna smlouvy. V daném konkrétním případě je možné vnímat změnu spočívající v tom, že se změnilo období, po které bude dodavatel poskytovat služby TDS. Pokud by toto nové období bylo již v původních zadávacích podmínkách, jsem přesvědčena, že by okruh potenciálních dodavatelů byl jiný. Je možné, že kratší období plnění by vyhovovalo jiným subjektům, než období delší, které v původních zadávacích podmínkách bylo obsaženo⁷⁷.

Dalším aspektem pro rozhodnutí o uzavření dodatku jsou hodnotící kritéria. Hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena (v případě TDS) v Kč bez DPH. Tudíž opravdu záleželo pouze na ceně. Z tohoto pohledu by tedy úprava smlouvy možná byla, neboť o vítězné nabídce rozhodovala pouze cena, a to cena celková za poskytnutí služeb TDS po celou dobu výstavby dálničního přivaděče, tzn. po dobu nikoliv 468 dnů, ale po dobu 205 dnů. Rozsah poskytovaných činností se nijak nemění, přestože je doba realizace kratší. Mandatář bude muset vynaložit větší úsilí pro zvládnutí všech činností v kratším čase, což bude znamenat vyšší zátěž pro personální zajištění poskytovaného plnění.

Příklad č. 2

Předmětem veřejné zakázky je zhotovení cyklostezky v okolí krajského města, a to v délce cca 2 km. V průběhu stavby musí být po dobu 14 dní uzavřena jedna z ulic krajského města. O uzavření jedné z ulic rozhoduje příslušný odbor magistrátu tohoto města. Tento odbor dal svůj předběžný souhlas již v rámci tvorby projektové dokumentace. Po uzavření smlouvy byl příslušný odbor magistrátu požádán o vydání rozhodnutí o uzávěře dotčené ulice na základě žádosti zhotovitele, který byl zmocněn k vyřízení uzávěry investorem, tj. zadavatelem.

⁷⁷ Obdobný názor zastává KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách* ..., s. 284, který mimo jiné uvádí, že ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ se bude v zásadě jednat o jakékoliv úpravy podmínek oproti původním zadávacím podmínkám, které umožní kterémukoliv dodavateli, který měl nebo i mohl mít zájem o získání předmětné veřejné zakázky, opodstatněně tvrdit, že kdyby byly podmínky od počátku nastaveny tak, jak jsou v provedené změně, účastnil by se zadávacího řízení, příp. by podal lepší (úspěšnější) nabídku.

Odbor magistrátu ovšem vydal negativní rozhodnutí, a to s ohledem na stavbu jiného rozsáhlého projektu, kvůli kterému je uzavřena důležitá křižovatka a objízdná trasa se vede přes ulici, která má být dotčena výstavbou cyklostezky. Ve smlouvě o dílo na zhotovení cyklostezky je určen termín zahájení stavby do 2 dnů od uzavření smlouvy, celková doba plnění je stanovena na 90 dnů, přičemž dokončit stavbu je nutné do konce roku 2013, a to s ohledem na podmínky dotačního programu, z jehož finančních prostředků je akce spolufinancována.

Zadavatel stojí před rozhodnutím, zda může v tomto případě uzavřít dodatek, ve kterém se posune termín zahájení stavby z důvodů nevydání kladného rozhodnutí o uzávěře jedné z ulic krajského města.

Návrh řešení

Zadavatel odpovídá za úplnost zadávacích podmínek, které vyjádřil v zadávací dokumentaci. Zároveň je to právě zadavatel, který si plánuje, kdy budou jednotlivé akce zahájeny. V tomto případě si zadavatel měl také dořešit, a to i vzhledem ke skutečnosti, že o povolení uzávěry rozhoduje orgán zadavatele (příslušný odbor magistrátu), zda v termínu předpokládané výstavby cyklostezky je schopen zajistit uzávěru v souladu s projektovou dokumentací. Není právně relevantní, že předběžný souhlas byl vydán v průběhu projednávání projektové dokumentace.

Na posouzení toho, zda by změna zahájení výstavby mohla být kvalifikována jako podstatná změna, je nutné aplikovat § 82 odst. 7 ZVZ, konkrétně písm. b). V případě, že by termín plnění byl v zadávacích podmínkách uveden ve znění, které chce nyní zadavatel upravit v dodatku, lze mít důvodně za to, že by okruh potenciálních dodavatelů byl jiný.

Z uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel by v případě uzavření dodatku ke smlouvě porušil § 82 odst. 7 ZVZ a jím provedená změna by byla změnou podstatnou.

Jak by v takovém případě měl zadavatel postupovat, zákon neřeší, neboť jsme již ve fázi vlastní realizace veřejné zakázky, kterou již ZVZ víceméně nereflakuje. Tady by již měl být využit ObchZ, jednalo-li by se o jiný typ závazkového právního vztahu, mohl by připadat v úvahu i OZ. Dle mého názoru zde ovšem neexistuje řešení v souladu se ZVZ.

Přestože změna termínů plnění je mezi smluvními stranami soukromoprávního vztahu zcela běžnou záležitostí, v případě zadavatele veřejné zakázky je situace podstatně komplikovanější, neboť princip smluvní volnosti je zde do jisté míry limitován, a to ZVZ.

V tomto případě je možné pouze doporučit zadavateli, aby při přípravě zadávacích řízení věnoval větší pozornost načasování jednotlivých akcí.

Příklad č. 3

Veřejný zadavatel vyhlásil veřejnou zakázku, jejímž předmětem je výstavba nového pavilónu nemocnice. Za tímto účelem si nechal zpracovat projektovou dokumentaci osobou způsobilou podle zvláštních právních předpisů. V průběhu vlastní realizace ovšem vyšlo najevo, že převzatá projektová dokumentace obsahovala rozporné informace v technické zprávě a výkresové části projektové dokumentace, a to co se týče počtu sloupků oplocení vnějšího ohraničení areálu a sloupků oplocení uvnitř areálu. Zadavatel musel tedy přistoupit ke změně projektové dokumentace, v jejímž důsledku bylo po zhotoviteli vyžadováno provedení tzv. víceprací, které představovaly navýšení ceny veřejné zakázky o 15 %. Zadavatel uzavřel se stávajícím zhotovitelem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, ve kterém požadoval navýšení počtu sloupků v souladu s technickou zprávou.

Otázkou je, jakým způsobem má zadavatel postupovat, aby dostal příslušným ustanovením ZVZ. Je možné takovou situaci řešit v souladu se ZVZ?

Návrh řešení:

V tomto konkrétním případě je nutné se nejprve zabývat otázkou víceprací. Tímto pojmenováním je označováno dodatečné plnění (dodatečné dodávky, služby nebo stavební práce). Jsou-li splněny podmínky vymezené v § 23 ZVZ, je možné na jejich pořízení či provedení zadat v jednacím řízení bez uveřejnění.

V daném případě se jedná o dodatečné stavební práce, tzn. že je nutné pro aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění zjistit, zda jsou splněny podmínky vymezené v § 23 odst. 7 písm.

a) ZVZ. Toto ustanovení stanoví, že v jednacím řízení bez uveřejnění je možné zadat veřejnou zakázku na stavební práce v případě, že jde o dodatečné stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací, a to za předpokladu

- a) dodatečné stavební práce budou zadány témuž dodavateli,
- b) dodatečné stavební práce nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky a ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení původní veřejné zakázky, a
- c) v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.

Tyto podmínky musí být splněny kumulativně. Pokud s posouzením začneme od písm. c), tak navýšení ceny o 15 % je v souladu s podmínkami uvedenými v ZVZ.

Co se týče podmínky pod písm. a), tak ta je také splněna – zadavatel uzavřel dodatek, kterým rozšířil předmět plnění o chybějící sloupky vnějšího i vnitřního oplocení.

Za problematické ovšem autorka považuje splnění podmínky objektivní nepředvídatelnosti dodatečných stavebních prací. Je zřejmé, že pro zadavatele je obtížné řešit u projektu, který je v realizační fázi vady projektové dokumentace. Je nutné si ovšem uvědomit, že osobou odpovědnou za správnost a úplnost zadávací dokumentace, je zadavatel, což vyplývá z § 44 ZVZ. Proto je také povinen provést kontrolu projektové dokumentace do té míry, že tyto zjevné vady projektové dokumentace odhalí. Vadu projektové dokumentace nelze za žádných okolností považovat za objektivně nepředvídatelnou. V řešeném případě navíc není splněna ani podmínka technické a ekonomické neoddělitelnosti víceprací od původní veřejné zakázky. Nelze se ani odvolávat na závažnou újmu, která by mohla zadavateli vzniknout.

Z uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel nepostupovat správně a dodatek č. 1 byl uzavřen v rozporu se ZVZ, což způsobuje relativní neplatnost smlouvy, tzn. smlouva je neplatná, pokud by se jí stěžovatel dovolal (aplikace § 118 odst. 5 ZVZ).

Příklad č. 4

Veřejný zadavatel uzavřel smlouvu o dílo na zhotovení stavby, jejímž předmětem bylo provedení úprav v parku v historické části krajského města. Tyto úpravy spočívaly ve vytvoření parkovacích zálivů pro autobusy, vytvoření cyklostezky a chodníků, dětského hřiště, přístavního mola u nedaleké řeky. Veřejný zadavatel vyhlásil veřejnou zakázku v době, kdy neměl všechna stavební povolení ani vyjádření všech dotčených správních úřadů. Tato správní rozhodnutí měla být vydána dle příslibu příslušných správních úřadů v průběhu lhůty pro podání nabídek. Součástí projektu bylo i kácení stávajících pěti stromů, k němuž je nutné povolení ke kácení dřevin dle § 8 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů. Toto povolení však příslušným úřadem vydáno do konce lhůty pro podání nabídek nebylo. Stavební úřad v důsledku toho nevydal požadované stavební povolení. Smlouva o dílo byla tedy podepsána s úpravou, že stavbu bude zahájena, jakmile nabude právní moci poslední z chybějících stavebních povolení a dokončena bude do 24 měsíců ode dne nabytí právní moci zmiňovaného stavebního povolení.

Dva měsíce po podpisu smlouvy veřejný zadavatel obdržel informaci, že povolení ke kácení dřevin nebude vydáno a že tedy musí dojít ke změně projektu, která spočívá ve změně trasování chodníků, cyklostezky, zkrácení trasy cyklostezky, dojde také ke změně rozmístění mobiliáře, který je také součástí plnění předmětné smlouvy. Změnou projektu se také změní celková cena díla – konkrétně bude snížena o 15 % své původní hodnoty.

Veřejný zadavatel stojí před otázkou, zda se v daném případě bude jednat o podstatnou změnu smlouvy či nikoliv.

Návrh řešení:

Základní problém, který je v daném případě nutný definovat, má své počátky již v době vyhlášení veřejné zakázky.

Veřejná zakázka byla vyhlášována v době, kdy veřejný zadavatel neměl k dispozici všechny podklady pro správnou definici předmětu plnění – chybělo mu jedno ze stavebních povolení, v důsledku kterého následně uvažuje o změně původního projektu. Je tedy zřejmé, že veřejný zadavatel nedostatečně specifikoval předmět plnění, jeho zadávací dokumentace neobsahovala vše, co je nezbytné k zahájení plnění.

Co se týče otázky, zda se v daném případě jedná o podstatnou změnu smlouvy, je nutné si nejprve odpovědět, zda důvody pro změnu smlouvy naplňují generální klauzuli podstatné změny smlouvy uvedenou v § 82 odst. 7 ZVZ.

Ze zadání je zřejmé, že změnou smlouvy nedojde k rozšíření předmětu veřejné zakázky, došlo by ke změně dispozičního řešení celého díla. Dle názoru autorky se o podstatnou změnu smlouvy dle § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ **nejedná**.

Změna smlouvy by nezpůsobila změnu ekonomické rovnováhy smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče, proto není naplněn ani § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ.

Podstatně složitější je zodpovězení si otázky, zda by upravený projekt umožnil účast jiných dodavatelů. Vzhledem k tomu, že došlo ke snížení finančního objemu veřejné zakázky o 15 %, což je důsledek zkrácení trasy cyklostezky, je nutné posoudit, zda se jedná o zásadní zmenšení předmětu veřejné zakázky, které mohlo významně ovlivnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku. Autorka zastává názor, že v daném případě by se pravděpodobně o podstatnou změnu smlouvy **nejednalo**, neboť snížení ceny o 15 % nemusí ještě znamenat podstatné a zásadní zmenšení předmětu smlouvy⁷⁸.

Ke stejnému závěru, tzn., že se o podstatnou změnu smlouvy nejedná, došla autorka i v případě podmínky uvedené v § 82 odst. 7 písm. c) ZVZ.

⁷⁸ Zároveň je pro posouzení, zda se jedná o podstatnou změnu smlouvy, důležité i nastavení kvalifikace veřejné zakázky. Pokud by v daném případě i při zmenšení rozsahu předmětu veřejné zakázky, bylo vymezení kvalifikace v souladu se ZVZ, tak by se skutečně o podstatnou změnu smlouvy nejednalo. Opačná situace by ovšem nastala v případě, že by se např. referenční zakázky požadované v rámci kvalifikace jevíly jako nepřiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a tudíž by se mohli daného zadávacího řízení účastnit i jiní uchazeči.

4 Dohled nad zadáváním veřejných zakázek

Dohledovou funkci na úseku veřejných zakázek vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Jedná se o nezávislý ústřední správní úřad, jehož působnost a pravomoc je vymezena především v zákoně č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.

Rozsah kompetencí Úřadu v oblasti veřejných zakázek je vymezen v § 112 ZVZ. Úřad je oprávněn při výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh

- a) vydávat předběžná opatření,
- b) rozhodovat o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu se ZVZ,
- c) ukládat nápravná opatření,
- d) kontrolovat úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zvláštního právního předpisu, kterým je zákon č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších předpisů.

Ve zkratce považuje autorka za důležité zabývat se srovnáním rozsahu dohledové činnosti Úřadu před a po 1. 4. 2012.

Transparentní novela provedla i v citovaném ustanovení ZVZ formulační změny. Ve znění účinném do 31. 3. 2012 Úřad vykonával dohled nad postupem podle tohoto zákona (roz. zákona o veřejných zakázkách), přičemž podle názoru NSS dohledová činnost Úřadu se vztahovala i na veřejné zakázky malého rozsahu, což vyplývalo právě ze znění, že „Úřad vykonává dohled nad postupem podle tohoto zákona“⁷⁹.

Formulační posun uskutečněný zákonem č. 55/2012 Sb. má význam zejména pro výklad Úřadu, že není oprávněn a tedy ani povinen přezkoumávat veřejné zakázky malého rozsahu⁸⁰, a to s ohledem na znění § 18 odst. 5 ZVZ, který veřejné zakázky malého rozsahu řadí k tzv. obecným výjimkám z působnosti zákona.

Zajímavou otázkou je oprávnění Úřadu vymezené v § 118 ZVZ, a to zákaz plnění ze smlouvy. Toto sankční opatření se uplatní pouze v případě některých taxativně vymezených

⁷⁹ NSS ve svém rozsudku 2 Afs 132/2009 – 275 ze dne 26. ledna 2011, č.j. 2 Afs 132/2009 – 275 uvedl, že „obecně je totiž zcela na vůli zákonodárce (pochopitelně při respektování limitů daných at' již přímo či nepřímo aplikovatelnými normami komunitárního práva), zda bude veřejnoprávní dohled nad těmito zakázkami zcela vyloučen, či zda budou tomuto dohledu v nějaké podobě podřízeny. Konkrétní podoba případné přezkoumné pravomoci orgánu dohledu by nicméně byla limitována právě zákonem přípustným neformálním postupem u tohoto zadávání veřejných zakázek... pojem úkony zadavatele není možno vykládat restriktivně, tedy jen jako právní úkony předpokládané zákonem o veřejných zakázkách (tedy formalizovaná jednání popsaná v zákoně), ale jako veškerou (ne)činnost zadavatele (nikoli jiných subjektů, zúčastnivších se na zadávacím procesu), s nimiž zákon o veřejných zakázkách spojuje nějaké právní důsledky. Kritériem, kterým má být tato (ne)činnost zadavatele poměřována, je právě zachování zásad uvedených v § 6 zákona... lze pravomoc stěžovatele k výkonu dohledu nad veřejnými zakázkami malého rozsahu dovést, byť jen v intencích dodržení obecných zásad postupu veřejného zadavatele, vyjmenovaných v § 6 citovaného zákona“

⁸⁰ KRUTÁK: Zákon o veřejných zakázkách ..., s. 354.

správních deliktů, kterých se může zadavatel dopustit. Zcela logicky k tomuto opatření může Úřad přistoupit pouze v případě, že již předmětná smlouva byla uzavřena a lze tak učinit pouze na návrh podle § 114 odst. 2 ZVZ. Úřad má samozřejmě možnost rozhodnout, že jsou zde důvody zvláštního zřetele hodné, spojené s veřejným zájmem, které vyžadují, aby bylo v plnění smlouvy pokračováno – argumentace pouze ekonomickými hledisky je zákonodárcem omezeno a je možné je považovat pouze za subsidiární aspekty. Zákon také nově řeší i soukromoprávní dopad pravomocně uloženého zákazu plnění smlouvy, neboť z § 118 odst. 5 ZVZ vyplývá, že se tímto stává taková smlouva neplatnou. Úřad v tomto případě nerozhoduje pouze o neplatnosti smlouvy, neboť k tomu je oprávněn pouze soud⁸¹.

Úřad v souvislosti s transparentní novelou nově posuzuje podstatné změny smlouvy podle § 82 odst. 7 ZVZ. Do této doby pro něj byly vodítkem především zásady uvedené v § 6 ZVZ. Jak je uvedeno v kapitole 3.3.4, v některých případech se pohled na podstatné a nepodstatné změny smlouvy jeví Úřadu jinak, než jak na to pohlíží obecný soud a mnohdy je jeho pohled mnohem přísnější.

⁸¹ KRUTÁK: *Zákon o veřejných zakázkách ...*, s. 366.

5 Závěr

Cílem diplomové práce byla analýza právního prostředí zadávání veřejných zakázek z pohledu veřejného zadavatele, a to v případě, že se dostane do situace, kdy stojí před otázkou, zda v této konkrétní situaci může přistoupit ke změně smlouvy či nikoliv. Tato diplomová práce se zaměřila na změny smluvních podmínek, které mohou nastat bez ohledu na případné nové zadávací řízení, ale také na situace, kdy nové zadávací řízení je nezbytné (zpravidla se jedná o správnou aplikaci jednacích řízení bez uveřejnění).

V úvodu diplomové práce se autorka zaměřila na obecné pojetí zadávání veřejných zakázek, zejména vzhledem k pojetí celého postupu podle ZVZ jako kontraktačního procesu, který obligatorně musí předcházet uzavření smlouvy, nejedná-li se o některou z obecných výjimek z působnosti zákona dle § 18 ZVZ. V takovém případě není zadavatel povinen zadávat veřejné zakázky podle ZVZ, tj. může uzavřít smlouvu podle svého uvážení, způsobem, který uzná za vhodný.

Při zpracování tématu se autorka zaměřila na jedno ze zásadních rozhodnutí ESD (dnes Soudního dvora Evropské unie), a to ve věci C-454/06 ze dne 19. června 2008 *Presstext*. Jedná se o první rozhodnutí, ve kterém se ESD uceleně věnuje možnosti změny smlouvy, přičemž vyslovuje vůdčí ideu, že *změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadání veřejné zakázky, účast jiných uchazečů, než těch, kteří byli původně uchazeči veřejné zakázky.*

Zásadní pro určení, zda v konkrétním případě je možné přistoupit ke změně smlouvy, je určení a definování pojmu „podstatná změna smlouvy“. Současná právní úprava již na tuto otázku odpovídá, a to konkrétně v § 82 odst. 7 ZVZ. Legální definice podstatné změny smlouvy, tak jak byla zákonodárcem zakotvena v zákoně, vychází ze zmiňovaného rozsudku ve věci C-454/06 *Presstext*.

Zadavatel je tedy při svém rozhodování nucen provést „test přípustnosti změny smlouvy“ a teprve v případě, že nenaplní žádnou klauzuli v § 82 odst. 7 ZVZ, může provést změnu smlouvy v souladu se zákonem.

V předposlední kapitole je uvedeno několik modelových příkladů, které jsou založeny na reálných situacích u reálných veřejných zadavatelů. Domnívám se, že na nich je možné demonstrovat, že některé situace nelze předvídat, a přesto nenaplní podmínky pro jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 ZVZ a provedený „test“ se ukáže být pozitivním. V takovém případě se zadavatel dostává do bezvýchodné situace. V případě, že ke změně smlouvy nepřistoupí, může být např. projekt v řádech stovek miliónů korun ohrožen. Pokud ke změně přistoupí a taková změna bude následně orgánem dohledu, resp. správním soudem shledána jako nezákonná, může

to v konečném důsledku znamenat kromě pokuty uložené orgánem dohledu také její neplatnost, což má dalekosáhlé právní následky, at' už se týkají záruk, práva na zaplacení, nebo jiných aspektů vyplývajících z uzavřeného závazku.

Současná podoba zákona o veřejných zakázkách je dle názoru autorky „nepřátelská“ vůči zadavateli, ačkoliv úmysl zákonodárce byl správný – zamezit obcházení zákona, nadužívání netransparentních zadávacích řízení (nejčastěji jednacího řízení bez uveřejnění) a vytvořit systém vstřícného vztahu zadavatele vůči dodavateli. V současnosti zákon o veřejných zakázkách obsahuje mnoho ustanovení chránících uchazeče, který má být tou „slabší stranou“, použijí-li terminologii z OZ, ale nyní se již tou slabší stranou stává zadavatel.

Z rozhodovací praxe Úřadu je zřejmé, že jeho rozhodnutí jsou často velmi formalistická, která často nevystihují smysl konkrétního ustanovení ZVZ a která opomíjejí nejen základní zásady uvedené v § 6 ZVZ, ale také zásady hospodárnosti, efektivnosti a účelovosti.

Již v těchto dnech je známo, že bude nutné přistoupit k rekonstrukci zákona o veřejných zakázkách, který bude reagovat na nové zadávací směrnice. Teprve dny příští ukáží, jakým směrem se zadávání veřejných zakázek bude ubírat.

6 Seznam literatury a použitých zdrojů

6.1 Monografie

KRUTÁKOVÁ, LENKA, KRUTÁK, TOMÁŠ. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Olomouc: ANAG, spol. s r.o., 2007. 479 s.

PODEŠVA, VILÉM a kol. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011. 648 s.

RAUS, DAVID. *Zadávání veřejných zakázek. Judikatura s komentářem*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011. 424 s.

ŠEBESTA, MILAN a kol. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. 1. vydání. Praha: Aspi, 2006. 524 s.

SLÁDEČEK, VLADIMÍR. *Obecné právo správní*. 3. aktualizované a upravení vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2013. 500 s.

6.2 Odborné články

POREMSKÁ, MICHAELA. Zadávací dokumentace veřejné zakázky a změna zadávacích podmínek při a po uzavření smlouvy. *Právní rádce*, 2008, č. 11, Praktická příručka s. I-VII.

ZUSKA, KAREL. Tři pohledy: Námitka dodavatele, ocenění soupisu položek a další... *Veřejné zakázky v praxi*, 2013, č. 3/2013, s. 48.

ZUSKA, KAREL, BARTUŇKOVÁ, ANNA. Vícepráce v důsledku změn projektové dokumentace. *Veřejné zakázky*, 2013, č. 4/2013, s. 15 – 17.

DVOŘÁK, DAVID. Změny smluv ve veřejných zakázkách. In VALDHANS, Jiří (ed). *Sborník příspěvků z konference Cofola 2008 konané na PrF MU 13. – 14. 5. 2008*. Brno: Masarykova univerzita, 2008.

6.3 Internetové stránky a elektronické zdroje

BALCAR, POLANSKÝ A SPOL. *Analýza aktuální judikatury Evropského soudního dvora v oblasti veřejných zakázek a koncesí a jejího významu z hlediska české vnitrostátní úpravy a praxe* [online]. Ministerstvo pro místní rozvoj, 7. prosince 2006 [cit. 4. Července 2013]. Dostupné na <http://www.portal-vz.cz/getmedia/c964eee1-66a9-48be-a156-0f3c5c9372db/rozhodnuti_tabulka_aktualizace_2006_final_cista>.

MAREK, KAREL. *Leasingová smlouva versus smlouva o koupi najaté věci* [online]. www.pravniradce.ihned.cz, 24. října 2007 [cit. 20. července 2013]. Dostupné na <<http://pravniradce.ihned.cz/c1-22286420-leasingova-smlouva-versus-smlouva-o-koupi-najate-veci>>.

ŠEBESTA MILAN, MAREŠ, DAVID. *Pozor na změny ve smlouvách na realizaci veřejné zakázky* [online]. www.epravo.cz, 24. června 2011 [cit. 23. listopadu 2013]. Dostupné na <<http://www.epravo.cz/top/clanky/pozor-na-zmeny-ve-smlouvach-na-realizaci-verejne-zakazky-74565.html>>.

POSLANECKÁ SNĚMOVNA ČESKÉ REPUBLIKY: *Důvodová zpráva k zákonu č. 137/2006 Sb.* [online]. www.portal-vz.cz. Dostupné na http://www.portal-vz.cz/getmedia/f6b8cd21-f4fb-46c4-a074-daca2acac5da/Duvodova-zprava-k-137_2006-Sb.

6.4 Kvalifikační práce

HALMOVÁ, SOŇA: *Přezkumné řízení v procesu zadávání veřejných zakázek* [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2007/2008. Dostupné na <http://is.muni.cz/th/10609/pravf_r_a2/Rigo_zmenene_3.pdf>.

MATOCHOVÁ, LENKA: *Změna smlouvy na veřejnou zakázku bez zahájení nového zadávacího řízení* [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2012/2013. Dostupné na <http://is.muni.cz/th/108022/pravf_r/Zmena_smlouvy_na_verejnou_zakazku_bez_zahajeni_noveho_zadavaciho_rizeni.pdf>.

6.5 Právní předpisy

Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 1/2012 Sb. účinném od 5. 1. 2012.

Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)

Vyhláška č. 133/2012 Sb., o uveřejňování vyhlášení pro účely zákona o veřejných zakázkách a náležitostech profilu zadavatele.

Vyhláška č. 230/2012 Sb., kterou se stanoví podrobnosti vymezení předmětu veřejné zakázky na stavební práce a rozsah soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr

Vyhláška č. 231/2012 Sb., kterou se stanoví obchodní podmínky pro veřejné zakázky na stavební práce

Nařízení vlády č. 447/2011, kterým se mění nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek

stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. účinném od 1.1.2006.

Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve znění pozdějších předpisů.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/33/ES ze dne 23. dubna 2009, o podpoře čistých a energeticky účinných silničních vozidel.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. Července 2009, o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavatelů v oblasti obrany nebo bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES.

6.6 Judikatura soudů a rozhodnutí Úřadu

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. prosince 2008, č.j. S257/2008/VZ-23325/2008/530/RP.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. srpna 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310/Hr.

Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. května 2011, č.j. ÚOHS-R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. srpna 2012, č.j. ÚOHS-S76/2011/VZ-9818/2012/520/DŘí

Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. února 2012, č.j. ÚOHS-R185/2011/VZ-532/2012/310/ASc/JSI

Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne ze dne 27. července 2010, č.j. R160/2009/VZ-11065/310-ASC

Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. června 2007, č.j. R047,050/2007/02-11371/2007/310/Hr ze dne 15. června 2007

Rozsudek Nejvyššího soud ČR ze dne 21. 12. 2010, sp. zn. 23 Cdo 4561/2008

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 5. června 2008, č.j. 1 Afs 20/2008 – 152

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 26. ledna 2011, č.j. 2 Afs 132/2009 – 277

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 11. ledna 2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 28. listopadu 2012, č.j. 1 Afs 23/2012 – 102.

Rozsudek ESD ze dne 19. června 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH vs . Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, C-454/06, Sb. rozh. I-04401.

Shrnutí

Tato diplomová práce se zabývá velmi složitým právním prostředím zadávání veřejných zakázek.

V úvodu této práce se autorka zaměřila na celkový vhled do procesu zadávání veřejných zakázek, který je možné definovat jako proces kontraktace smlouvy, který v případě zadavatelů vymezených v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, je upravený právě zmíněným zákonem.

Podstatná část práce je věnována problematice smluvních podmínek a možnosti jejich změn po podpisu smlouvy. Jedna z kapitol se zaměřila na vymezení podstatné změny smlouvy, která je vymezena v účinné právní úpravě. V neposlední řadě se autorka zmiňuje o významných rozhodnutích Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, správních soudů a také samozřejmě Soudního dvora Evropské unie. Diplomová práce obsahuje několik praktických příkladů včetně návrhu řešení, které vycházejí z reálných situací.

V závěru své práce autorka vyslovuje názor na současné znění zákona o veřejných zakázkách a problematiku zadávání veřejných zakázek.

Abstract

The thesis deals with a very complex legal environment of awarding public contracts.

In the introduction of the thesis the author focuses on the general overview of the process of awarding public contracts, which could be defined as a process of contracting, defined in Act No. 137 / 2006 Coll. On Public Contracts, as amended, in case of contracting entities defined by the latter.

A significant part of the thesis deals with terms of contracts and the possibility of their modification after signing of contract. One of the chapters is focused on defining a major contract modification, which is defined by effective legislation. The author also mentions important decisions of the Office for the Protection of Competition, administrative court and also the Court of Justice of the European Union. The thesis includes several practical examples, including proposal of solutions, related to real situations.

The conclusion is dedicated to author's opinion on the current wording of the Law on Public Contracts and awarding of public contracts in general.

Klíčová slova

Veřejná zakázka. Zadávací řízení. Smlouva. Kontraktační proces. Změna smlouvy. Podstatné změny smlouvy. Nepodstatné změny smlouvy.

Key words

Public procurement. Awards Procedures. Contract. Alternation of the contract. Substantial alternation of the contract. Unsubstantial alternation of the contract.