

Různé pohledy: Ne/podstatná změna závazku ze smlouvy



Mgr. Kateřina Šveřepová

Advokátní kancelář
Císař, Češka, Smutný



Mgr. Romana Derková

Advokátní kancelář
Havel & Partners



Mgr. Adéla Šípová

Advokátní kancelář
Weinhold Legal

Tři specialistky, které se intenzivně věnují problematice veřejných zakázek, odpovídají na stejnou otázku. Aneb různé názory a užitečná doporučení pro vaši praxi.

Účastníci zadávacího řízení (ZŘ) ocenili položkový rozpočet v souladu se zadávací dokumentací (ZD). Dodavatel, který se umístil jako druhý v pořadí, vložil do nabídky návrh na doplnění několika položek, za účelem splnění požadovaného rozsahu (dle vlastních odborných zkušeností). Zadavatel v rámci posouzení nabídek uznal potřebu realizace těchto položek. Lze nastalou situaci řešit s vybraným dodavatelem formou dodatku ke smlouvě o dílo, nebo se jedná o vadu ZD, která je překážkou dokončení ZŘ?

Mgr. Kateřina Šveřepová

V otázce vymezení předmětu zadávacího řízení ÚOHS i správní soudy zaujmají poměrně striktní stanovisko. Je výlučnou odpovědností zadavatele, aby předmět veřejné zakázky (poptávané plnění) správně vymezil. Zákon zadavatelům ukládá povinnost prostřednictvím zadávací dokumentace vymezit veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky. Pouze zadávací dokumentace je totiž klíčovým podkladem pro to, aby dodavatelé mohli řádně a úplně zpracovat své nabídky, které budou vzájemně objektivně porovnatelné. Pouze jasné a úplné vymezení předmětu veřejné zakázky, co se týká druhu i poptávaného rozsahu, umožní dodavatelům, aby odpovědně zvážili, zda a za jakých podmínek se chtějí zadávacího řízení zúčastnit a svou nabídku zadavateli předložit.

Mám tedy za to, že obecně zadavatel nemůže ještě před uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem už předem počítat s tím, že z důvodu svého vlastního pochybení při vymezování předmětu veřejné zakázky bude nutné závazek rozšiřovat.

Změna závazku představuje výjimku z pravidla (byť jsem si vědoma, že v praxi je tomu spíše naopak). Pokud tedy zadavatel ještě v průběhu zadávacího řízení zjistí nevhodné vymezení předmětu, má v závislosti na jeho pokročilosti 2 možnosti: Buď za podmínek stanovených ZZVZ zadávací podmínky upravit a plnění rozšířit (zpravidla při adekvátním prodloužení lhůty pro podání nabídek). Stane-li se to až ve fázi po otevření nabídek jako v popsaném případě, kdy již nelze nepřesnost zadávací dokumentace napravit, mám za to, že by měl spíše přistoupit ke zrušení zadávacího řízení a k zahájení nového (po opravě rozsahu poptávaného plnění).

Dle mého názoru je pak ovšem nutné přihlídnout i k ekonomičnosti postupu zadavatele a k efektivitě vynakládání veřejných prostředků na samotné opakování finančně i časově náročné administrace zadávacích řízení. Jestliže by se jednalo o změnu předmětu, která by nevedla k rozšíření okruhu možných dodavatelů, respektive by změna byla v souladu se ZZVZ (např. zcela zanedbatelná), nebo by si zada-

vatel v zadávací dokumentaci vyhradil změnu závazku, považovala bych uzavření dodatku za možné.

Mgr. Romana Derková

Podle mého názoru bude pro posouzení dalšího postupu zadavatele rozhodující, zda doplnění „několika položek“ představuje podstatnou, či nepodstatnou změnu uvažovaného závazku ze smlouvy. Tento test přípustnosti změny smlouvy si zadavatel může udělat i předtím, než smlouvu uzavře, a to analogicky tak, jako kdyby posuzoval povahu změny již uzavřené smlouvy.

Pro posouzení povahy změny použije zadavatel § 222 ZZVZ. Základní pravidla obsahuje § 222 odst. 3 ZZVZ, který reflektuje závěry rozsudku Pressetext. Další odstavce cit. ustanovení upravují podmínky, při jejichž splnění lze změnu závazku provést, neboť se nejedná o podstatnou změnu smlouvy. V dotazovaném případě by zřejmě přicházela v úvahu buď tzv. změna de minimis (§ 222 odst. 4 ZZVZ), či dodatečné plnění (§ 222 odst. 5 ZZVZ), nebo i – jedná-li se o stavební zakázku – záměna položek soupisu stavebních prací, pokud by byla relevantní.

Dospěje-li zadavatel k závěru, že doplnění několika položek lze podřadit pod některou z nepodstatných změn, bude možné pokračovat v zadávacím řízení, uzavřít s vybraným dodavatelem smlouvu a doplnění položek řešit formou dodatku ke smlouvě o dílo.

V opačném případě (půjde-li o podstatnou změnu závazku ze smlouvy a realizace doplněných položek je pro zadavatele skutečně potřebná) by mohl zadavatel ještě zvážit, zda jsou doplněné položky oddělitelné od původního plnění a zda by je bylo možné zadat samostatně. Pak by mohl zadávací řízení ukončit uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem (v původním rozsahu) a navazující plnění vysoutěžit podle výše jeho předpokládané hodnoty v další veřejné zakázce. Jedná se spíše o teoretickou možnost, kterou nelze bez znalosti konkrétního případu výslovně potvrdit (ale ani vyloučit).

Nebude-li prakticky možné doplněné položky oddělit od zadávaného plnění a musí je realizovat stejný dodavatel, nebude podle mého názoru možné zadávací řízení dokončit. V takovém případě nezbyvá než jej zrušit a následně zahájit nové, v jehož rámci zadavatel potřebné položky do předmětu plnění doplní.

Mgr. Adéla Šípová

Nastalou situací lze za určitých podmínek řešit prostřednictvím dodatku ke smlouvě. V takovém případě se bude jednat o změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. ZZVZ problematiku změn závazku

ze smlouvy na veřejnou zakázku výslovně upravuje v § 222, který změnu závazku umožňuje, a to zejména z důvodu zachování hospodárného přístupu při zadávání veřejných zakázek.

Vždy je třeba posoudit, zda se jedná o podstatnou, nebo nepodstatnou změnu závazku, přičemž podstatné změny jsou podle ZZVZ bez provedení nového zadávacího řízení nepřípustné. Za podstatnou změnu se považují změny, jež by v původním zadávacím řízení umožnily účast jiných dodavatelů nebo by mohly ovlivnit výběr dodavatele, měnily by ekonomickou rovnováhu ve prospěch vybraného dodavatele nebo by vedly k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.

Nepodstatné změny závazku ze smlouvy lze rozdělit do několika kategorií. Jedná se o změny závazku zadávacími podmínkami předem vyhrazené, dále tzv. změny de minimis, které nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejichž hodnota je: (i) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku; a současně (ii) nižší než 10 % z původní hodnoty závazku nebo 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejné zakázky na stavební práce.

Podstatnou změnou závazku není ani takové dodatečné plnění stávajícího dodavatele, které je nezbytné pro dokončení původní veřejné zakázky, zároveň změna dodavatele není bez značných obtíží či výrazného zvýšení nákladů možná a hodnota takového navýšení plnění nepřesáhne 50 % původní hodnoty závazku. Pokud bude provedena řada změn, je rozhodující součet hodnot všech změn provedených ze stejného důvodu.

Za podstatné změny závazku se nepovažují ani změny, jejichž potřeba vznikla v důsledku nepředvídatelných okolností, které nemění celkovou povahu veřejné zakázky, a zároveň hodnota těchto změn nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku.

V neposlední řadě nelze za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, považovat záměnu jedné či více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami při kumulativním splnění zákonem stanovených předpokladů (srovnatelný druh materiálu či prací, stejná nebo nižší cena nových položek, stejná či vyšší kvalita nových položek a vyhotovení příslušného přehledu).

Dospěje-li zadavatel k závěru, že se jedná o nepřípustnou změnu závazku a současně že veřejná zakázka nebude realizovatelná bez provedení změn v položkovém rozpočtu, je namístě, aby zadávací řízení zrušil a provedl nové. ▲