

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Karel Pabišta

Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Tomáš Horáček, Ph.D.

Katedra obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 28. 11. 2015

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 28. 11. 2015

Karel Pabišta

Poděkování

Na tomto místě bych rád poděkoval panu doktorovi Tomáši Horáčkovi za odborné vedení mé diplomové práce a cenné připomínky při jejím vypracování, dále své rodině a přátelům za podporu a trpělivost během mého studia.

Obsah

Úvod.....	1
1 Základní pojmy	3
1.1 Definice veřejné zakázky a její znaky	3
1.2 Účel právní úpravy zadávacího řízení	4
1.3 Základní zásady zadávacího řízení	5
1.4 Subjekty zadávacího řízení	8
1.5 Druhy zadávacích řízení	11
1.6 Právní povaha smluv na plnění veřejné zakázky.....	16
1.7 Nový zákon o zadávání veřejných zakázek	17
2 Vybrané aspekty procesu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v otevřeném řízení.....	21
2.1 Zahájení zadávacího řízení	21
2.2 Nabídka a vázanost nabídkou	22
2.3 Jistota	24
2.4 Otevírání obálek s nabídkami	26
2.5 Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky	27
2.6 Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a povinnost součinnosti	28
2.7 Povinnosti zadavatele po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.....	30
3 Změny smluv na plnění veřejných zakázek	33
3.1 Vývoj judikatury SDEU týkající se změn smlouvy na veřejnou zakázku.....	33
3.1.1 Rozsudek SD EU C-337/98 Evropská komise proti Francouzské republice	33
3.1.2 Rozsudek SD EU C-496/99 CAS Succhi di Frutta proti Evropské komisi	35
3.1.3 Rozsudek SD EU C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH	37
3.1.4 Rozsudek SD EU C-91/08 Wall AG proti městu Frankfurt nad Mohanem	43
3.2 Změny v předmětu smluv na veřejnou zakázku	45
3.2.1 Změna smlouvy mezi rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy	46
3.2.2 Rozšíření předmětu smlouvy na veřejnou zakázku	48
3.2.3 Umožnění účasti jiných dodavatelů.....	50
3.2.4 Ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.....	51
3.2.5 Změna ekonomické rovnováhy smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče	52
3.2.6 Změna předmětu veřejné zakázky v návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek	53

3.3	Změny v subjektech smlouvy na veřejnou zakázku	55
3.3.1	Změna zadavatele	56
3.3.2	Změna dodavatele.....	57
3.3.3	Změna subdodavatele	58
Závěr.....	60
Seznam zkratk	62
Použitá literatura	63
Abstrakt.....	67
Abstract.....	68
Klíčová slova.....	69
Key words...	69

Úvod

Předkládaná diplomová práce pojednává o uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zejména její následné změny stály dlouho dobu mimo zájem zákonodárce i odborné veřejnosti. Až problémy zadavatelů veřejných zakázek v praxi a následné rozsudky Soudního dvora Evropské unie podnítily Evropskou komisi ke zpracování směrnic Evropské unie věnujících se této oblasti. V České republice tuto problematiku upravuje pouze ustanovení § 82 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále pouze jako „zákon o veřejných zakázkách“ nebo „ZVZ“) a je tedy zřejmé, že se jedná o téma, kterému je v odborné literatuře věnována pozornost jen velmi zřídka.

Jedná se zároveň o velmi aktuální téma, jelikož tato oblast dozná s největší pravděpodobností rozsáhlých změn s přijetím nového zákona o zadávání veřejných zakázek, který vláda České republiky schválila v průběhu vypracování této práce, a jehož navrhované znění již bylo do této práce promítnuto. Cílem mé práce je ve třech samostatných kapitolách popsat současnou právní úpravu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a její následné změny, provést rozbor této úpravy prostřednictvím dostupné odborné literatury a rozhodovací praxe a pokusit se ji porovnat s navrhovanou právní úpravou, která se bude s největší pravděpodobností týkat zadavatelů již v průběhu příštího roku.

První kapitola se stručně zabývá základními pojmy zadávacího řízení, které jsou pro celý proces uzavření smlouvy na veřejnou zakázku zásadní a s jejichž pomocí rozebereme ve druhé kapitole vybrané aspekty uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Pojem uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je v širokém výkladu velmi rozsáhlým tématem, jelikož obsahuje celé zadávací řízení, od jeho zahájení, přes podepsání smlouvy, až do dokončení jejího faktického plnění. Vzhledem k mé snaze vyhnout se v této práci pouhé popisnosti se tato kapitola věnuje pouze několika vybraným aspektům uzavření smlouvy na veřejnou zakázku nejrozšířenějšího druhu zadávacího řízení, řízení otevřeného. Nejpodrobnější kapitola třetí se věnuje změnám smluv na veřejnou zakázku. Dlouhodobé smlouvy obecně podléhají po svém uzavření měnícím se podmínkám, na které smluvní strany reagují uzavíráním smluvních dodatků měnících

text smlouvy. Smlouvy na veřejné zakázky jsou z velké většiny dlouhodobými smlouvami, u kterých je však smluvní volnost omezena pro zachování zásady hospodárného vynakládání veřejných financí. Z tohoto důvodu tvoří kapitola o změnách smluv na veřejné zakázky jádro této diplomové práce, věnuje se limitům smluvní volnosti a okolnostem, za kterých je změna smlouvy na veřejnou zakázku přípustná.

1 Základní pojmy

Tato kapitola stručně definuje základní pojmy zadávacího řízení, jejichž pochopení je esenciální pro hlubší analýzu uzavírání smluv na plnění veřejné zakázky. Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek navíc některé základní pojmy mění, případně rozšiřuje, a proto považují za důležité se jim věnovat.

1.1 Definice veřejné zakázky a její znaky

K pochopení celého procesu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku musíme nejprve veřejnou zakázku definovat, jelikož na definici veřejné zakázky závisí to, jestli má zadavatel povinnost řídit se zákonem o veřejných zakázkách. Veřejnou zakázku definuje zákon o veřejných zakázkách ve svém ustanovení § 7 odst. 1 ZVZ jako „zakázku realizovanou na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací“.

Za znaky veřejné zakázky můžeme dle zákonné definice považovat následující:

- (i) zakázka je zadávána osobou, která je dle ZVZ zadavatelem veřejných zakázek (viz kapitola 1.4, kde je podrobně popsána definice zadavatelů veřejných zakázek)
- (ii) zakázka musí být vždy úplatná¹, přičemž úplatu může zadavatel poskytovat přímo i nepřímo. Z rozsudku² Nejvyššího správního soudu (dále také pouze jako „NSS“) dokonce vyplývá, že se může jednat i o jiné než peněžité plnění. NSS v tomto rozsudku posuzoval případ, kdy byla úplata dodavateli poskytnuta ve formě převodu nemovitostí namísto „klasického“ peněžitého plnění. Ve svém rozhodnutí NSS uvedl, že úplatný charakter smluvního vztahu zůstal zachován a opačný přístup by byl ve zřejmém rozporu se smyslem právní úpravy veřejných zakázek. Rozhodující je zároveň

¹ Byť i jen potenciálně.

² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.5.2010 s č.j. 8 Afs 60/2009 – 78.

skutečnost, že úplatu vždy poskytuje zadavatel. Pokud by bylo plnění veřejné zakázky poskytováno zadavatelem a dodavatel by poskytoval úplatu, nebylo by uzavření takové smlouvy již zadáním veřejné zakázky.

- (iii) Jedná se o zakázku na dodávky, služby nebo stavební práce – toto je jedno ze základních dělení veřejných zakázek.

Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek definici veřejné zakázky rozšiřuje o prohlášení, že za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah (služební poměr, dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr apod.), smlouvy o poskytování a úhradě hrazených služeb dle zákona o veřejném zdravotním pojištění a smlouvy upravující spolupráci zadavatelů. Návrh tím pouze naplňuje požadavek směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES ze dne 26. 2. 2014 (dále také pouze jako „směrnice o zadávání veřejných zakázek“), jelikož se dle mého názoru nejedná o problematické místo současné úpravy.

1.2 Účel právní úpravy zadávacího řízení

Cílem zadávacího řízení je hospodárnost, efektivita a účelnost vynakládání veřejných finančních prostředků. Tyto tři principy (tzv. principy 3E - economy, efficiency, expediency) jsou obecnými alokačními principy veřejných finančních prostředků a v souladu s nimi musí postupovat všechny subjekty vynakládající veřejné prostředky.³ Principy 3E jsou definovány v ustanovení § 2 písm. m) – o) zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Hospodárností se v zadávacím řízení myslí použití veřejných prostředků takovým způsobem, že je zachována odpovídající kvalita veřejné zakázky s vynaložením, co nejmenšího množství veřejných prostředků. Efektivností pak zákon myslí takové použití veřejných prostředků, kterým se dosáhne nejvyššího možného rozsahu kvality a přínosu veřejné zakázky ve srovnání s objemem prostředků

³ Jedním ze způsobů alokace veřejných prostředků je i zadávací řízení.

vynaložených na její plnění. Oba tyto principy zajišťuje zákon o veřejných zakázkách prostřednictvím požadavku na soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jelikož pouze konkurenční prostředí nutí dodavatele podat co nejlepší nabídku, která by mohla být konkurenceschopná a tato nabídka je poté promítnuta do obsahu uzavírané smlouvy na veřejnou zakázku.⁴ Účelností veřejné zakázky se rozumí vydání veřejných prostředků takovým způsobem, kdy je dosažen největší možný rozsah, kvalita a přínos veřejné zakázky ve srovnání s objemem prostředků vynaložených na její plnění.

V souhrnu se proto v případě hospodárnosti posuzuje, zda byl předmět veřejné zakázky získán v odpovídající kvalitě za nejnižší možnou cenu. V případě účelnosti, zda zadávací řízení uspokojilo potřeby zadavatele, na které bylo zaměřeno, a konečně efektivnost dává do vztahu přínosy veřejné zakázky k jejím nákladům a posuzuje náklady na jednotku výstupu.⁵ Zachování hospodářské soutěže a účelnosti vynakládání veřejných prostředků zajišťuje přímo zákon o veřejných zakázkách zejména prostřednictvím zásad zadávacího řízení, které jsou formulovány v ustanovení § 6 ZVZ tak, že zadavatel je při postupu v rámci zadávacího řízení povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Těmto zásadám se blíže věnuje následující kapitola.

1.3 Základní zásady zadávacího řízení

Při zadávání veřejných zakázek jsou zadavatelé povinni dodržovat základní zásady zadávacího řízení, které jsou v zákoně o veřejných zakázkách uvedeny v ustanovení § 6 ZVZ. Těmito zásadami jsou transparentnost, rovné zacházení a zákaz diskriminace. Zásady jsou obecné principy postupu zadavatele v zadávacím řízení, které vychází z práva Evropské unie a nejsou blíže legislativně specifikovány, jelikož by to mohlo vést k jejich obsahovému zúžení. Jejich interpretace tedy vychází zejména z rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (dále také pouze jako „SDEU“ či „Soudní

⁴ JURČÍK, Radek, *Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek*, Transparency International, Praha, 2006. [http://transint.xred.cz/doc/vz_analyza_jurcik.pdf]

⁵ Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek. Ministerstvo pro místní rozvoj, 2008. [http://www.portal-vz.cz/getmedia/617a16c3-e25a-4c60-b636-b63223ce1f12/Sbornik-autorskych-textu_3E_vs_principy_ZVZ]

dvůr“) a interpretačních sdělení Evropské komise. Zadavatel má povinnost promítnout základní zásady již do přípravy zadávacích podmínek, dodržovat je v průběhu zadávacího řízení a následně podle nich postupovat i při uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku. Veřejní a dotovaní zadavatelé jsou povinni zásady aplikovat při zadávání nadlimitních veřejných zakázek, podlimitních veřejných zakázek i veřejných zakázek malého rozsahu, jakož i při soutěži o návrh. Sektoroví zadavatelé tyto zásady aplikují pouze při zadávání nadlimitních veřejných zakázek a v případě soutěže o návrh.

Zásada transparentnosti zajišťuje co největší průhlednost zadávacího řízení, čímž přispívá k jeho přezkoumatelnosti a k možnosti jeho následné kontroly. Zásada transparentnosti se projevuje ve dvou aspektech.⁶ Prvním aspektem je zajištění odpovídajícího zveřejnění zadávacího řízení, které umožňuje podat nabídku, co nejširšímu okruhu potencionálních uchazečů a zachovává otevřenou hospodářskou soutěž. Druhým aspektem je povinnost zadavatele zajistit přezkoumatelnost nestrannosti zadávacího řízení, protože jen tímto způsobem je možné zajistit kontrolu dodržování dalších dvou základních zásad.⁷ Vyjádření této zásady můžeme spatřovat v zákoně o veřejných zakázkách například v ustanoveních o povinnosti zadavatele vést písemnou dokumentaci o všech významných úkonech⁸, v povinnosti vymežit v dostatečném předstihu jasně a srozumitelně kritéria, dle kterých budou hodnoceny nabídky dodavatelů či v povinnosti uveřejnit smlouvu na plnění veřejné zakázky.

Zásada rovného zacházení ukládá zadavateli přistupovat stejným způsobem ke všem dodavatelům v průběhu celého zadávacího řízení. Soudní dvůr Evropské unie ve svých rozhodnutích dovodil, že pro zajištění této zásady je esenciální, aby nabídky všech uchazečů byly objektivně porovnatelné a odpovídaly tedy zadávacím podmínkám⁹, a aby měli všichni uchazeči rovné podmínky při zpracování nabídek.¹⁰

⁶ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014, xx, 243 s. Právní praxe. ISBN 978-80-7400-518-3, str. 53.

⁷ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 29. 4. 2004 ve věci Komise Evropských společenství vs. CAS Succhi di Frutta SpA., C-496/99P, odst. 109.

⁸ Tuto dokumentaci má zadavatel povinností uchovávat po dobu 10 let od uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dle ustanovení § 155 odst. 1 ZVZ

⁹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 22. 6. 1993 ve věci Komise Evropských společenství proti Dánskému království, C-243/89, odst. 37.

Zadavatel musí tedy vždy co nejpřesněji definovat podmínky zadávacího řízení, které jsou známé všem dodavatelům a tyto podmínky shodně uplatňovat vůči všem dodavatelům.

Zadavatel je dle poslední zmiňované zásady povinen postupovat v zadávacím řízení tak, aby svým jednáním neodůvodněně nediskriminoval žádného z dodavatelů. Žádný z dodavatelů tedy nesmí být „*přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení.*“¹¹ Zadavatel zároveň nesmí omezovat účast v zadávacím řízení na národnostním principu, a to dle ustanovení § 6 odst. 2, vůči dodavatelům, kteří mají sídlo v členském státě EU nebo mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu umožňující přístup k zadávané veřejné zakázce. Za diskriminaci dle toho ustanovení, se nepovažuje používání českého jazyka v zadávacím řízení.¹² Judikaturou bylo dovozeno, že kromě výše zmíněné diskriminace přímé, nesmí zadavatel diskriminovat dodavatele ani skrytě. Za skrytou diskriminaci považuje NSS ve svém rozsudku¹³ postup zadavatele, kterým znemožní ucházet se některým dodavatelům o veřejnou zakázku tím, že nastaví zjevně nepřiměřené kvalifikační předpoklady ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky. Zároveň musí být zřejmé, že právě z toho důvodu mohou splnit kvalifikaci jen někteří z okruhu potencionálních uchazečů, kteří by byli k plnění veřejné zakázky objektivně způsobilými bez diskriminačně nastavených kvalifikačních předpokladů.

V návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek přibyla ke stávajícím třem zásadám nově zásada přiměřenosti, která vychází z textu směrnice o zadávání veřejných zakázek.¹⁴ Zadavatel je dle této zásady povinen zejména nastavit parametry zadávacího

¹⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 25. 4. 1996 ve věci Komise Evropských společenství proti Belgickému království, C-87/94, odst. 54.

¹¹ RAUS, David. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. Praha: Linde, 2007, 895 s. Zákony - komentáře. ISBN 978-80-7201-677-8, str. 64-65.

¹² JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2., dopl. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014, Právní praxe. ISBN 978-80-7400-443-8, str. 115.

¹³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008 s č. j. 1 AfS 20/2008 – 152.

¹⁴ Viz čl. 18 Směrnice 2014/24/EU

řízení tak, aby byly přiměřené charakteru a předmětu veřejné zakázky. Tato zásada by se měla promítnout zejména ve stanovení požadavků na kvalifikaci a při stanovení lhůt v zadávacích řízeních. Legislativní zakotvení této zásady by mělo mít největší vliv na zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, při jejichž zadávání nemá zadavatel povinnost postupovat dle ZVZ, ale musí se řídit základními zásadami zadávacího řízení. V současnosti zadavatelé na tyto zakázky často uplatňují požadavky, které jsou dokonce přísnější, než požadavky stanovené ZVZ pro nadlimitní veřejné zakázky. Zásada přiměřenosti by měla tomuto chování zamezit.¹⁵

Z dalších zásad, které zákon výslovně neuvádí, ale vyplývají ze zákonných ustanovení či účelu zadávacího řízení, stojí ještě za zmínku podpora rozvoje konkurenčního prostředí a zabezpečení maximálního uplatnění soutěživosti mezi potencionálními uchazeči, výběr té nejvhodnější nabídky, zamezení nečestné soutěži a úplatkům, zásada formálnosti zadávacího řízení, zásada důvěrnosti nabídek a konečně zásada zabezpečení nápravy a možného použití sankcí při porušení zákona.

1.4 Subjekty zadávacího řízení

Základními subjekty zadávacího řízení jsou zadavatelé a dodavatelé. Zákon o veřejných zakázkách dělí zadavatele na tři kategorie, kterými jsou veřejní zadavatelé, dotovaní zadavatelé a sektoroví zadavatelé.

Veřejnými zadavateli jsou dle ustanovení § 2 odst. 2 ZVZ Česká republika¹⁶, státní příspěvkové organizace¹⁷, územně samosprávné celky a jimi zřízené příspěvkové organizace a jiné právnické osoby, pokud byly založeny za účelem uspokojování potřeba veřejného zájmu, nemají průmyslovou či obchodní povahu a jsou převážně financovány nebo ovládány státem či jiným veřejným zadavatelem.¹⁸ Pro veřejné zadavatele je charakteristické, že jsou zadavateli na základě svého postavení.

¹⁵ DVORÁK op. cit., SUB 7, str. 33 - 34

¹⁶ Včetně všech svých organizačních složek, které se považují za samostatné veřejné zadavatele.

¹⁷ Příkladem můžeme uvést Agenturu pro podporu podnikání a investic Czechinvest nebo Národní zemědělské muzeum Praha.

¹⁸ Například Česká televize nebo Český rozhlas.

Dotovaným zadavatelem se může stát jakákoliv právnická ale i fyzická osoba, která zadává zakázku hrazenou z více než 50% z veřejných zdrojů nebo pokud peněžní prostředky poskytnuté z veřejných zdrojů přesahují 200 mil. Kč. Dotovaní zadavatelé tedy nejsou zadavateli na základě svého postavení, ale jsou zadavateli pouze při zadávání konkrétní dotované veřejné zakázky. Dotovaným zadavatelem také není ten, kdo získává průběžně příspěvky na svůj provoz z veřejných prostředků, ale pouze ten, kdo je získal dotací pro konkrétní veřejnou zakázku.¹⁹ Veřejnými prostředky jsou dle ustanovení § 17 písm. u) ZVZ dotace poskytnuté ze státního rozpočtu nebo z rozpočtů obcí a krajů, státních fondů či regionální rady regionu soudržnosti, granty Evropské unie, prostředky přidělené podle zákona č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu a vývoje, ve znění pozdějších předpisů a příspěvky poskytnuté z veřejných rozpočtů a fondů cizího státu. Dotovaní zadavatelé postupují v zadávacím řízení podle ustanovení platných pro veřejné zadavatele.

Sektorovým zadavatelem je osoba, která vykonává jednu z relevantních činností stanovených v ustanovení § 4 ZVZ a tuto činnosti vykonává na základě zvláštního či výhradního práva nebo nad ni může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv. Zákon o veřejných zakázkách definuje dvě nevyvratitelné domněnky, kdy se osoba nachází pod dominantním vlivem veřejného zadavatele. Aby měl veřejný zadavatel nad osobou dominantní vliv, musí disponovat většinou hlasovacích práv sám nebo na základě dohody s jinou osobou či jmenovat více než polovinu členu ve statutárním správním, dozorčím či kontrolním orgánu osoby. Relevantními činnostmi jsou zpravidla takové činnosti, které stát určitým způsobem reguluje nebo se jedná o přirozeně monopolní činnosti, které slouží k zajištění určitých základních potřeb státu.²⁰ Na sektorové zadavatele se dle ustanovení § 19 odst. 1 ZVZ vztahuje výjimka z působnosti zákona o veřejných zakázkách. Sektorový zadavatel vede zadávací řízení dle ZVZ pouze v tom případě, že zadává nadlimitní veřejnou zakázku, která souvisí s výkonem relevantní činnosti. Sektorový zadavatel tedy musí vždy posoudit, zda

¹⁹ BALÝOVÁ Lucie. *Veřejné zakázky*. Vyd. 1. V Praze: C.H. Beck, 2015, xix, 230 s. Právní praxe. ISBN 978-80-7400-560-2, str. 33.

²⁰ Jedná se například o provoz vodovodu, sloužícího k veřejné potřebě nebo výroba plynu za účelem poskytování služby veřejnosti.

veřejná zakázka souvisí s jeho relevantní činností a on bude povinen postupovat dle ZVZ či nikoliv. Pokud nelze jednoznačně určit charakter veřejné zakázky a zda souvisí s výkonem relevantní činnosti, musí sektorový zadavatel postupovat dle přísnějšího právního režimu a zahájit zadávací řízení dle ZVZ.

Zvláštním subjektem zadávacího řízení může být tzv. centrální zadavatel. Centrální zadavatel je veřejný zadavatel, kterého pověří ostatní zadavatelé k provedení centralizovaného zadávacího řízení. Institut centrálního zadávání se v praxi používá zejména k tomu, aby zadavatelé poptávali předmět veřejné zakázky ve větším objemu, čímž zpravidla sníží jednotkovou cenu. Zadavatelé jsou povinni před zahájením centralizovaného zadávacího řízení uzavřít písemnou smlouvu, ve které upraví vzájemná práva a povinnosti. Ve smlouvě si zadavatelé zejména důkladně specifikují předmět veřejné zakázky a upraví způsob, jakým má být zadávací řízení vedeno a na čí účet. Centrální zadavatel poté zahájí centralizované zadávací řízení dle ustanovení zákona o veřejných zakázkách platných pro veřejného zadavatele, pokud však zadávací řízení provádí pouze pro zadavatele sektorové, postupuje dle ustanovení platných pro ně. Za případné porušení zákona o veřejných zakázkách odpovídá vždy centrální zadavatel kromě případů, kdy k porušení došlo jednáním či nečinností zadavatele, pro kterého centrální zadávací řízení provádí. Centrální zadavatel má možnost pořídit v rámci centralizovaného zadávacího řízení předmět veřejné zakázky i pro sebe.

Dodavatelem je osoba, která nabízí dodání zboží, poskytnutí služeb nebo provedení stavebních prací.²¹ Dodavatel může být veřejnoprávní i soukromoprávní osobou a není rozhodující, jakou právní formu si k provozování své činnosti zvolila, protože účast v zadávacím řízení nesmí být v žádném případě podmiňována určitou právní formou dodavatele.

Zákon o veřejných zakázkách používá kromě pojmu dodavatel i pojmy uchazeč a zájemce. Uchazečem je dodavatel, který již podal konkrétní nabídku v zadávacím řízení, čímž mu vznikají určitá práva a povinnosti, které dodavatel nemá a zájemcem je dodavatel, který podal žádost o účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním

²¹ Pojem dodavatel se užívá pouze v případě, že má osoba sídlo, místo podnikání či trvalé bydliště na území České republiky. Pokud to tak není, používá se termín zahraniční dodavatel.

nebo v soutěžním dialogu či byl zadavatelem vyzván k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, k podání předběžné nabídky v dynamickém nákupním systému, k podání nabídky ve zjednodušeném podlimitním řízení, k podání nabídky v řízení na základě rámcové smlouvy nebo k potvrzení zájmu o účast v případě zadávacího řízení zahájeného uveřejněním pravidelného předběžného oznámení.

Posledním subjektem zadávacího řízení je subdodavatel. Subdodavatelem je osoba, pomocí které bude dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo ten, kdo dodavateli poskytne k plnění veřejné zakázky určité věci či práva. Zadavatel má právo požadovat v zadávací dokumentaci, aby uchazeč již ve své nabídce určil části veřejné zakázky, které bude plnit prostřednictvím subdodavatelů, a tyto subdodavatele v nabídce identifikoval. Zadavatel si zároveň může v zadávací dokumentaci vyhradit, aby určitá část veřejné zakázky (zpravidla ta nejdůležitější) byla plněna výhradně dodavatelem a ne prostřednictvím subdodavatelů. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatelů.

Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek nově zakotvuje tzv. přímé platby subdodavatelům. Zadavatel bude mít nově možnost stanovit v zadávací dokumentaci podmínky, při jejichž splnění budou na žádost subdodavatele převedeny splatné částky za veřejnou zakázku přímo subdodavateli. Zákon nechává čistě na zadavateli, jaký mechanismus pro vyplacení v zadávacích podmínkách stanoví.²² Účelem tohoto ustanovení je ochrana subdodavatelů proti negativním důsledkům sekundární insolvence, která může v současné době hrozit menším subdodavatelům při výpadku úhrad za faktickou realizaci díla.

1.5 Druhy zadávacích řízení

Pojem zadávání veřejné zakázky definuje ustanovení § 17 písm. m) ZVZ jako „závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení.“ Zadávací řízení však musíme chápat jako konkrétní zvláštní způsob

²² Bude například vhodné, aby v tomto mechanismu zadavatel umožnil hlavnímu dodavateli podání námitky proti přímé úhradě subdodavatelům.

kontraktace, jehož cílem je uzavření smlouvy, ale z důvodu veřejného zájmu je zde výrazně omezena smluvní volnost stran.²³ Jedná se zároveň o zvláštní typ veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku dle ustanovení § 1772 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále také pouze jako „občanský zákoník“ či „OZ“). Současný zákon o veřejných zakázkách rozeznává šest druhů zadávacího řízení, a to otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, soutěžní dialog a zjednodušené podlimitní řízení.

Bez jakýchkoli omezení a splnění předchozích podmínek může zadavatel vždy použít otevřené řízení a řízení užší. V otevřeném řízení zadavatel vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání nabídek a prokázání požadované kvalifikace ve lhůtě pro jejich podání.

V užším řízení na rozdíl od otevřeného řízení vyzývá zadavatel pouze k podání žádostí o účast v tomto řízení a k prokázání kvalifikace. Jedná se tedy o dvoufázové řízení, kdy zadavatel vyzývá k podání nabídky pouze ty žadatele, kteří prokázali kvalifikaci ve své žádosti o účast.

Jednací řízení s uveřejněním má stejně jako řízení užší dvě fáze. Zadavatel nejprve vyzve neomezený počet dodavatelů k prokázání kvalifikace a všechny kvalifikované žadatele posléze vyzývá k podání nabídek. Rozdíl oproti užšímu řízení je v tom, že o podaných nabídkách uchazečů s nimi dále jedná za účelem dosažení co nejvýhodnějších nabídek. Sektorový zadavatel může použít jednací řízení s uveřejněním bez omezení, veřejný zadavatel pouze při splnění zákonem stanovených taxativních podmínek. Nejčastěji využívanou podmínkou²⁴ pro zahájení jednacího řízení s uveřejněním je předchozí konání otevřeného řízení, užšího řízení, zjednodušeného podlimitního řízení či soutěžního dialogu, ve kterých byly podány pouze neúplné²⁵ nebo

²³ DVORÁK, op. cit., SUB 7, str. 2 – 3.

²⁴ Další podmínky nalezneme v ustanovení § 22 odst. ZVZ, jedná se například o veřejné zakázky na bankovní, pojišťovací, investiční a obdobné služby, pokud jejich povaha neumožňuje určit dostatečně přesně předmět veřejné zakázky a není ji tedy možné zadat v otevřeném či užším řízení.

²⁵ Taková nabídka, která byla vyřazena při otevírání obálek, protože nebyla zpracována v požadovaném jazyce nebo nebyl návrh smlouvy podepsán oprávněnou osobou.

nepřijatelné²⁶ nabídky. Veřejný zadavatel může po splnění této podmínky zahájit řízení v případě, že podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí řízení bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení.

Jednací řízení bez uveřejnění je tím nejméně transparentním zadávacím řízením, které ZVZ zná. Blíží se spíše soukromoprávní kontraktaci než veřejné soutěži. Zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zasílá výzvu k jednání konkrétnímu dodavateli či dodavatelům. Nepodává tedy výzvu k podání nabídek, ale pouze k jednání, z kterého poté vzejdou konkrétní nabídky. V rámci jednání může zadavatel dokonce změnit zadávací dokumentaci, pokud plnění veřejné zakázky bude i nadále splňovat podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Po podání nabídek zákon o veřejných zakázkách již o nich nepřipouští jakákoliv dalších jednání, což je dosti paradoxní, jelikož v případě podání nabídky, která nevyhovuje zadávacím podmínkám, je zadavatel povinen takového uchazeče vyloučit. Pokud však bylo jednací řízení bez uveřejnění vedeno pouze s jedním uchazečem, je zadavatel povinen takové řízení zrušit a zahájit řízení nové, ve kterém nic nebrání tomu, aby vyzval stejného uchazeče jako v řízení původním.²⁷ Toto nelogické omezení návrh zákona o zadávání veřejných zakázek již neobsahuje a dává zadavateli při jednání absolutní volnost. Zákon o veřejných zakázkách stanovuje podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění v rozsáhlém ustanovení § 23 ZVZ. Namátkou můžeme uvést, že zadavatel je oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, pokud v předchozím řízení nebyly podány žádné nabídky nebo byly podány pouze nabídky nevhodné²⁸, či v případě nutnosti zadání dodatečných stavebních prací nebo služeb, které nebyly obsaženy v původních podmínkách.²⁹ Použití jednacího řízení bez uveřejnění je v praxi

²⁶ Nabídka, která je dle ustanovení § 22 odst. 1 ZVZ a) nevhodná (nesplňuje požadavky zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky), b) nesplňuje zadávací podmínky, c) ve které uchazeč neprokázal splnění kvalifikace, d) která je v rozporu s právními předpisy, e) která obsahuje upravené podmínky v rozporu se zadávací dokumentací nebo nabízí mimořádně nízkou nabídkovou cenu, f) a konečně taková, která byla podána po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

²⁷ DVORÁK, op. cit., SUB 7, str. 87.

²⁸ Takové nabídky, které nabízí jiný předmět plnění veřejné zakázky, než bylo požadováno v zadávacích podmínkách.

²⁹ Jedná se o tzv. vícepráce, o kterých se zmiňuje kapitola třetí.

zadavateli často zneužíváno, a proto se dle SDEU³⁰ musí všechny podmínky jeho použití vykládat restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek pro jeho použití nese vždy zadavatel.

Dalším druhem zadávacího řízení je soutěžní dialog, který zahajuje veřejný či dotovaný zadavatel zveřejněním výzvy neomezenému okruhu dodavatelů k podání žádosti o účast a k prokázání splnění kvalifikace. Se zájemci, kteří splnili podmínky kvalifikace, vede zadavatel jednání, jehož cílem je nalezení vhodného řešení plnění veřejné zakázky v součinnosti se žadateli. Po rozhodnutí o vhodném řešení vyzve zadavatel všechny kvalifikované zájemce k podání nabídky. Soutěžní dialog může použít veřejný či dotovaný zadavatel pouze v případě, kdy se jedná o obzvlášť složitý předmět veřejné zakázky, u kterého není možné objektivně vymezit technické, právní či finanční požadavky na plnění veřejné zakázky a použití otevřeného či užšího zadávacího řízení není s ohledem na povahu předmětu plnění veřejné zakázky možné.

Posledním typem zadávacího řízení je zjednodušené podlimitní řízení, které je jednodušší variantou otevřeného řízení. Zjednodušené podlimitní řízení mohou použít veřejní zadavatelé dle ustanovení § 24 odst. 2 ZVZ pro zadání jakékoli podlimitní veřejné zakázky na dodávky či služby a pro podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota nepřesáhne 10 mil. Kč bez DPH. Zadavatel v tomto řízení vyzývá nejméně 5 dodavatelů k podání nabídky a prokázání kvalifikace a tuto výzvu zároveň zveřejní na svém profilu zadavatele. Kvalifikaci v tomto řízení prokazují uchazeči dle ustanovení § 62 ZVZ pouze čestným prohlášením o splnění kvalifikace. Originální dokumenty prokazující splnění kvalifikace má povinnost předložit pouze uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva, až před jejím uzavřením.

Směrnice o zadávání veřejných zakázek obsahuje nový druh zadávacího řízení, ve kterém jsou rovněž obsaženy prvky jednání s dodavateli, při němž bude možné definovat budoucí plnění veřejné zakázky. Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek tento typ zadávacího řízení recipuje a nazývá ho inovační partnerství. Inovační partnerství by mělo v budoucnu sloužit zejména k zadávání veřejných zakázek, které se

³⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské ze dne 14. 7. 2004, ve věci Komise Evropských společenství vs. Italská republika, C-385/02, odst. 19 - 21.

týkají vědy a výzkumu, a jejichž předmětem je inovativní produkt, služba či stavební práce, které nejsou na trhu dostupné.³¹ Podmínkou použití řízení o inovačním partnerství je tedy faktická nemožnost zadavatele uspokojit svou potřebu vývoje a následné koupě dodávek, služeb či stavebních prací prostřednictvím řešení, která jsou již na trhu dostupná. Inovační partnerství je koncipované jako dlouhodobý vztah zadavatele a žadatele, který umožní výzkum a vývoj inovativních předmětů veřejných zakázek bez následné potřeby použití samostatného zadávacího řízení pro jejich nákup, což je jeho největší výhodou. Předpokládaná hodnota finálního předmětu veřejné zakázky nesmí být nepřiměřená nákladům potřebných pro jeho vývoj. Toto opatření by mělo zamezit případnému zneužívání řízení o inovačním partnerství v případech, kdy by náklady na výzkum a vývoj předmětu veřejné zakázky byly ve srovnání s pořízením tohoto předmětu nízké. V těchto případech bude zadavatel povinen využít jiné zadávací řízení. Inovační partnerství má být využíváno pouze v případech, kdy náklady na výzkum a vývoj jsou tak vysoké, že dodavatelé by tento výzkum neprováděli, pokud by neměli zajištěnou možnost následných dodávek.

Řízení o inovačním partnerství zahajuje zadavatel odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení a jeho uveřejněním, čímž vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání žádosti o účast stejně jako v užším řízení či jednacím řízení s uveřejněním. Zadavatel má povinnost v zadávacích podmínkách stanovit pravidla, jimiž se budou řídit práva duševního vlastnictví, což bude bezpochyby jedním ze zásadních bodů zadávacích podmínek.³² V zadávacích podmínkách zároveň stanoví minimální technické požadavky, které musí nabídky splňovat, aby nebyly vyloučeny. Po vyloučení nevyhovujících žádostí o účast má zadavatel ještě možnost snížit počet účastníků zadávacího řízení, pokud si tak vyhradil v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Nevyloučené účastníky zadávacího řízení vyzve zadavatel k doručení

³¹ Důvodová zpráva k návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek, str. 63. [dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=637&CT1=0>]

³² ZATLOUKAL Petr, MACEK Ivo, *Řízení o inovačním partnerství*, odborný článek ze serveru epravo.cz ze dne 31. 7. 2015, citováno 5. 10. 2015. [dostupný na <http://www.epravo.cz/top/clanky/rizeni-o-inovacnim-partnerstvi-98530.html>]

předběžných nabídek, o kterých se zadavateli jedná stejným způsobem jako v jednacím řízení s uveřejněním, za současného dodržení základních zásad zadávacího řízení.³³

Na rozhodnutí zadavatele závisí, zda zahájí inovační partnerství s jedním či více dodavateli. Toto rozhodnutí bude záviset zejména na poměru nákladů na vývojovou fázi a nákladů na finální předmět veřejné zakázky. Při nižších nákladech vývojové fáze se dá předpokládat, že zadavatel zahájí inovační partnerství s více partnery a získá větší množství použitelných řešení. Naopak u unikátních předmětů veřejné zakázky, kde se dá předpokládat, že vývoj bude mimořádně nákladný, se zadavateli nevyplatí spolupracovat s více partnery, které by musel za vývojovou fázi odměnit. V zadávacích podmínkách může být inovační partnerství rozčleněno na fáze, které sledují postupné kroky v procesu výzkumu a vývoje, kdy každá fáze končí splněním určitého cíle, po jehož dosažení se poskytují odměny partnerům za dosažení tohoto cíle. Po ukončení každé fáze inovačního partnerství může zadavatel inovační partnerství ukončit či snížit počet partnerů, pokud si snížení počtu partnerů nebo ukončení řízení vyhradil v zadávacích podmínkách. Stejně jako v soutěžním dialogu nesmí zadavatel v řízení o inovačním partnerství stanovit jako kritérium při výběru nejvhodnější nabídky pouze nejnižší nabídkovou cenu, ale musí vzít vždy v úvahu nejvýhodnější poměr nabídkové ceny a kvality předmětu veřejné zakázky.³⁴

1.6 Právní povaha smluv na plnění veřejné zakázky

K pochopení podstaty procesu uzavírání smluv na veřejnou zakázku a zejména vztahů, které z uzavřených smluv vyplývají, je zapotřebí vyřešit otázku vztahu občanského zákoníku a zákona o veřejných zakázkách. V procesu zadání veřejné zakázky a jejího následného plnění rozeznáváme dvě fáze, které se řídí rozdílným právním režimem, a v nichž se střetávají vlivy zákona o veřejných zakázkách a OZ.

Právní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je obecně vztahem soukromoprávním, neboť právní teorie považuje proces uzavření smlouvy na plnění

³³ Zejména zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.

³⁴ Důvodová zpráva k návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek, str. 202.

veřejné zakázky dle ZVZ za jeho vysoce formalizovanou kontraktační fází. V průběhu zadávacího řízení, které je první fází procesu, se uplatňuje zejména zákon o veřejných zakázkách a občanský zákoník je možné použít pouze subsidiárně v oblastech neupravených ZVZ.³⁵ I při použití ZVZ v zadávacím řízení se smlouva na veřejnou zakázku uzavírá v režimu soukromého práva pod pouhým dohledem práva veřejného, což potvrdil i Krajský soud v Brně, který ve svém rozsudku³⁶ uvedl, že „*Zákon o veřejných zakázkách popisuje zvláštní způsob kontraktačního jednání, ke kterému dochází mezi zadavatelem na straně jedné a dodavateli jednotlivých plnění, která mají být hrazena z veřejných prostředků, na straně druhé. Hlavním účelem takové významně formalizované, jinak však stále soukromoprávní kontraktace, nad níž je uskutečňován dohled v režimu práva veřejného, je efektivnost vynakládání veřejných prostředků.*“

Vzhledem k tomu, že zadávací řízení není výkonem veřejné správy a zadavatel v něm nevystupuje ve vrchnostenském postavení, jsou smlouvy na plnění veřejných zakázek bezpochyby smlouvami soukromoprávními. Zákon o veřejných zakázkách nedefinuje žádný zvláštní smluvní typ, a proto může být smlouvou na plnění veřejné zakázky jakýkoli smluvní typ upravený občanským zákoníkem³⁷ (nebo také neupravený dle ustanovení § 1746 odst. 2 OZ). Již uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku tedy oproti zadávacímu řízení primárně podléhají občanskému zákoníku a ZVZ se používá podpůrně tam, kde by byly ohroženy zásady zadávacího řízení.³⁸

1.7 Nový zákon o zadávání veřejných zakázek

Rada Evropské unie schválila v roce 2014 tři nové směrnice regulující oblast veřejných zakázek, a to směrnici 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání

³⁵ ZUSKA, Karel, *Veřejné zakázky z pohledu odpovědnosti dodavatele projektových a stavebních prací*, odborný článek ze dne 23. 2. 2015, citováno 8. 10. 2015 [dostupný na <http://www.holec-advokati.cz/cs/publikace/aktuality/292>]

³⁶ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2009 s č. j. 62 Ca 28/2008-74.

³⁷ Většina veřejných zakázek je plněna prostřednictvím kupních smluv a smluv o dílo.

³⁸ Omezení autonomie vůle se výrazně promítá ve změnách smluv na veřejnou zakázku a jejich dodatcích, jak si ukážeme ve třetí kapitole této práce.

veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2014/18/EU, směrnici 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/EU a směrnici 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (dále také společně jako „nové zadávací směrnice“). České republice vznikla schválením těchto směrnic povinnost je transponovat do právního řádu do 18. dubna 2016. V opačném případě by tato povinnost mohla být vynucována žalobou na porušení Smluv, směrnice by získaly přímý i nepřímý účinek, a pokud by vznikla jednotlivci z důvodu neimplementace škoda, odpovídala by za ní Česká republika. Ze všech těchto důvodů byl v průběhu dubna 2015 předložen Ministerstvem pro místní rozvoj ČR návrh zákona o zadávání veřejných zakázek (dále také pouze jako „návrh“) do připomínkového řízení. Po ukončení připomínkového řízení byl v průběhu července 2015 předložen Vládě ČR konkrétní návrh zákona o zadávání veřejných zakázek a ta ho dne 27. října 2015 schválila. O měsíc později byl schválen v prvním čtení i Poslaneckou sněmovnou ČR a v následujících měsících bude zajímavé sledovat jeho osud ve druhém a třetím čtení. Vzhledem k vysoké politické exponovanosti tohoto zákona můžeme očekávat velké množství pozměňovacích návrhů a dlouhé debaty.

Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek mění svůj název ze zákona o veřejných zakázkách, jelikož zákon opravdu upravuje zejména průběh zadávacího řízení a proces zadání veřejné zakázky. Změnám, které mají vliv na uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, a zejména na změnu smlouvy na veřejnou zakázku, se budu podrobně věnovat v jednotlivých kapitolách této práce a zde pouze naznačím ostatní nejvýznamnější odlišnosti.

Návrh zákona prvně několikanásobně navyšuje hranici pro zadávání veřejných zakázek na stavební práce ve zjednodušeném podlimitním řízení z 10 mil. Kč na 50 mil. Kč, což vzhledem ke korupčnímu potenciálu nepovažuji za šťastné rozhodnutí. Návrh zákona také opětovně zavádí ekonomické kvalifikační předpoklady. Zadavatel tedy bude moci opět požadovat, aby minimální roční obrat uchazeče dosahoval zadavatelem určené minimální úrovně. Tento požadavek se však může vztahovat nejvýše na poslední 3 účetní období a je limitován dvojnásobkem předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Návrh zároveň rozšiřuje výčet zákonných důvodů pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Zadavatel má mít možnost (ne povinnost) vyloučit ze zadávacího

řízení uchazeče, který se v posledních 3 letech dopustil závažných nebo trvalých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu s veřejným zadavatelem, které vedly k předčasnému ukončení smluvního vztahu, náhradě škody nebo jiným srovnatelným sankcím. Oprávnění k vyloučení tohoto dodavatele navíc vzniká i jiným zadavatelům. Dalším novým důvodem pro vyloučení uchazeče je, že se v posledních třech letech dopustil závažného profesního pochybení, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost, a to včetně pochybení, za které byl disciplinárně potrestán nebo mu bylo uloženo kárné opatření.³⁹ I v tomto případě je zadavatel povinen uchazeči závažné profesní pochybení dokázat. S těmito situacemi mají zadavatelé v praxi problémy, jelikož musí v určitých případech zadat veřejnou zakázku uchazeči, o kterém dopředu vědí, že je nespolehlivý a plnění veřejné zakázky bude problémové, ale i tak musí jeho nabídku vyhodnotit jako nejvýhodnější. Naproti tomu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále také pouze jako „Úřad“ či „ÚOHS“) bude muset přísně posuzovat případy, kdy by se toto ustanovení mohlo zneužívat k ovlivnění hospodářské soutěže.

Zadavatelé budou mít také nově možnost vyzvat uchazeče k doplnění nabídky o chybějící údaje, které nemohou mít faktický vliv na plnění veřejné zakázky. Tímto ustanovením se zamezí situacím, kdy uchazeč pouze zapomněl kvůli nepozornosti dodat některou z náležitostí, kvůli které ale musí být v současné době vyloučen.

Pro hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek budou moci zadavatelé využít kritérium kvality, které vyjadřuje kvalitativní, environmentální nebo sociální hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky. V souvislosti s tímto kritériem navíc bude zákon nově umožňovat zadavateli stanovit dopředu pevnou výši ceny a hodnotit pouze nabízenou kvalitu. Kritéria kvality však vždy budou muset být vymezena tak, aby podle nich mohly být nabídky porovnatelné a splnění kritérií ověřitelné. Toto kritérium se dle důvodové zprávy uplatní tam, kde je pro zadavatele rozhodující kvalita plnění, přičemž cenovou stránku není s ohledem na charakter předmětu veřejné zakázky nutné stanovit jako dominantní. Toto kritérium vnímám jako velmi problematické, jelikož při

³⁹ Například dle zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů.

stanovení pevné ceny není nikdy vyloučeno, že i nejkvalitnější plnění veřejné zakázky by bylo možné dodat za nižší cenu, pokud by byla součástí hodnocení i nabídková cena.

2 Vybrané aspekty procesu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v otevřeném řízení

Vzhledem k omezenému rozsahu této diplomové práce se není možné věnovat celému procesu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, protože by bylo nutné popsat nejen celý proces zadávacího řízení, ale i fázi, která po zadávacím řízení následuje. Z těchto důvodů se tato kapitola věnuje pouze vybraným aspektům uzavření smlouvy u zdaleka nejrozšířenějšího druhu zadávacího řízení, řízení otevřeného.

2.1 Zahájení zadávacího řízení

Ještě před zahájením otevřeného řízení je veřejný zadavatel vždy povinen uveřejnit předběžné oznámení pro podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky. V předběžném oznámení zadavatel uvede základní údaje o veřejné zakázce, zejména informace o tom, jakou zakázku bude vypisovat, pod jakým názvem, zda se jedná o službu, dodávku či stavební práce, jaký bude předmět zakázky a její stručný popis. Součástí předběžného oznámení je i odůvodnění účelnosti veřejné zakázky, které upravuje vyhláška č. 232/2012 Sb. V odůvodnění účelnosti veřejné zakázky uvede zadavatel alespoň popis potřeb, které mají být splněním veřejné zakázky naplněny, stručný popis předmětu veřejné zakázky, popis vzájemného vztahu předmětu veřejné zakázky a potřeb zadavatele a předpokládaný termín splnění veřejné zakázky. Veřejný zadavatel je oprávněn zahájit zadávací řízení nejdříve 1 měsíc od odeslání předběžného oznámení, což poskytuje dodavatelům čas k rozhodnutí, zda se o tuto zakázku ucházet a k přípravě podkladů pro podání nabídky alespoň v základních bodech. Předběžné oznámení nijak nezavazuje veřejného zadavatele k zahájení zadávacího řízení, které v předběžném oznámení uvedl. Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek mění povinnost zadavatele uveřejnit předběžné oznámení na pouhou možnost tak učinit. Předběžné oznámení podle zákonodárce nepřinášelo dodavatelům reálně žádnou výhodu a pouze prodlužovalo délku zadávacího řízení, s čímž nesouhlasím, jelikož jak bylo zmíněno výše, poskytovalo předběžné oznámení dodavatelům čas k rozhodnutí, zda nabídku podat a k přípravě základních podkladů.

Otevřené řízení zahajuje zadavatel veřejné zakázky již odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění. Den následující po dni zahájení zadávacího

řízení začíná běžet lhůta pro podání nabídek. Výzva neurčitému počtu osob k uzavření smlouvy je oproti tomu učiněna až uveřejněním oznámení ve Věstníku veřejných zakázek, resp. v Úředním věstníku Evropské unie (v případě nadlimitních veřejných zakázek). Zadavatel má možnost změnit zadávací podmínky po zahájení řízení až do konce lhůty pro podání nabídek dle ustanovení § 40 odst. 3 ZVZ, v takovém případě je však vždy povinen přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek dle povahy provedené úpravy. Pokud by byla změna způsobila rozšířit okruh možných dodavatelů, prodlouží ji o celou původní lhůtu pro podání nabídek, jelikož se v podstatě jedná o nové zadávací řízení, ve kterém by mohl zadavatel obdržet nabídky i od uchazečů, kteří ji nepodali v řízení původním.⁴⁰ Po zahájení řízení je zadavatel zároveň omezen ZVZ v možnosti zadávací řízení zrušit. Sektorový zadavatel má možnost si zrušení zadávacího řízení vyhradit v oznámení o zahájení zadávacího řízení dle ustanovení § 84 odst. 5 ZVZ, ale veřejný zadavatel tak může učinit pouze ze zákonem stanovených důvodů.⁴¹

2.2 Nabídka a vázanost nabídkou

Dodavatel činí návrh na uzavření smlouvy podáním nabídky v listinné či elektronické podobě.⁴² Součástí nabídky jsou kromě návrhu smlouvy, který musí být podepsán osobou oprávněnou jednat za uchazeče, také další dokumenty požadované zákonem či zadavatelem.⁴³ Nabídka je tedy širší pojem než návrh na uzavření smlouvy, který je pouze jednou její částí. Dodavatel může podat v totožném zadávacím řízení pouze jednu nabídku. V opačném případě⁴⁴ je zadavatel povinen všechny nabídky tohoto uchazeče ze zadávacího řízení vyloučit. To může v praxi činit problém zejména

⁴⁰ KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách: s komentářem a judikaturou*. Praha: Linde Praha, 2013, xiv, 1253 s. ISBN 978-80-7201-888-8, str. 338.

⁴¹ Například pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

⁴² Podání nabídky v elektronické podobě upravuje ustanovení § 149 odst. 4 ZVZ, které požaduje podpis uznávaným elektronickým podpisem.

⁴³ V otevřeném řízení se jedná zejména o doklady prokazující splnění kvalifikace.

⁴⁴ Pokud zadavatel podá více nabídek či podá další nabídku společně s jinými dodavateli nebo pokud je subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel prokazuje kvalifikaci v témže řízení.

v případě, kdy má dodavatel více organizačních složek, které spolu vzájemně nekomunikují a podají na sobě nezávislé nabídky. Uchazeči jsou vázáni svou nabídkou po začátku běhu tzv. zadávací lhůty, upravené v ustanovení § 43 ZVZ. Tato lhůta začíná běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí doručením oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Uchazeči tedy mají možnost svou nabídku změnit, doplnit či vzít zpět až do uplynutí lhůty pro podání nabídek, ale vzhledem k tomu, že dle ustanovení § 69 odst. 5 ZVZ musí uchazeči podávat své nabídky v uzavřené obálce označené názvem veřejné zakázky a zpáteční adresou, lze dojít k závěru, že jediným způsobem, jakým může uchazeč nabídku změnit, je její zpětvzetí a následné podání nabídky nové. Paradoxem je, že uchazeči nemohou svou nabídku odvolat po celou dobu zadávací lhůty, ale pro případy, kdy vybraný uchazeč odmítne uzavřít smlouvu, nestanoví zákon o veřejných zakázkách žádnou sankci kromě propadnutí jistoty, kterou však zadavatelé nepožadují ve všech zadávacích řízeních.

Dodavatelé mají možnost podat společnou nabídku, pokud mají v úmyslu plnit předmět veřejné zakázky společně. V takovém případě je každý z nich povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů dle ustanovení § 53 ZVZ a předložit výpis z obchodního rejstříku. Výhoda společné nabídky pro dodavatele spočívá v tom, že zbývající část kvalifikačních předpokladů prokazují dodavatelé společně a stačí tedy, pokud splnění profesních či technických kvalifikačních⁴⁵ předpokladů prokáže pouze jeden z dodavatelů. Společnou nabídku je zároveň také potřeba odlišit od nabídky podané jedním dodavatelem, který prokazuje splnění kvalifikace či její části prostřednictvím svého subdodavatele dle ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ. Zásadním rozdílem mezi těmito dvěma instituty je rozsah odpovědnosti. Při podání společné nabídky odpovídají za její splnění všichni dodavatelé společně a nerozdílně, zatímco v případě prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele odpovídá vždy jen dodavatel.⁴⁶ S tím zároveň souvisí povinnost dodavatelů předložit při podání společné

⁴⁵ Například seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech.

⁴⁶ Komentář k ustanovení § 51 ZVZ. In: ASPI [informační právní systém], JANOUŠEK, M., MACHUREK, T., OLÍK, M. aj. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 631 s., ISBN 978-80-7357-636-3.

nabídky smlouvu⁴⁷, z níž vyplývá, že budou ve vztahu k zadavateli a třetím osobám zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky. Úřad ve svých rozhodnutích akcentuje smluvní volnost při uzavření této smlouvy a vyjadřuje se zejména k tomu, že možnost vystoupení ze společnosti v případě porušení právních předpisů neznamená porušení „solidarity“ závazku jejích členů a rozpor s ustanovením § 51 odst. 6 ZVZ. Ve svém rozhodnutí⁴⁸ zároveň stanovil, že „... bez ohledu na to, po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky mezi zadavatelem a jednotlivými účastníky sdružení (sdružení nemá právní subjektivitu) budou jednotliví členové sdružení zavázáni vůči zadavateli přímo z této smlouvy. Jakékoliv změny smlouvy o sdružení po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky se zadavatelem nemají na obsah smlouvy se zadavatelem žádný vliv, neboť jednotliví členové sdružení budou zadavateli zavázáni přímo ze smlouvy uzavřené se zadavatelem, a to společně a nerozdílně. Tento závazek by mohl být změněn pouze po dohodě se zadavatelem.“ V případě vyřazení společně podané nabídky je zadavatel povinen vyloučit všechny dodavatele, kteří ji podali, a zároveň má každý z nich možnost samostatně podat námitky zadavateli, resp. návrh na zahájení řízení před ÚOHS.

2.3 Jistota

Zadavatel je dle ustanovení § 67 ZVZ oprávněn požadovat jistotu⁴⁹ k zajištění plnění povinností uchazeče, vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Těmito povinnostmi se myslí povinnost uchazeče neodvolat nabídku (a nijak ji neměnit), povinnost uzavřít smlouvu se zadavatelem v případě výběru a povinnost poskytnout řádnou součinnost k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. V případě porušení jakékoli z těchto povinností případně jistota zadavateli v plné výši. Zadavatel je povinen jistotu uvolnit včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem do 5 pracovních dnů od uzavření smlouvy uchazeči, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější a

⁴⁷ Dodavatelé spolu uzavřou smlouvu o společnosti (dříve o sdružení) dle ustanovení § 2716 a násl. OZ.

⁴⁸ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 9. 10. 2009, č. j. ÚOHS-S130/2/09-11951/2009/530/RPá.

⁴⁹ Zadavatel může stanovit výši jistoty až do 2% předpokládané hodnoty veřejné zakázky, resp. do výše 5%, pokud se jedná o zadávací řízení, v kterém bude použita elektronická aukce.

uchazečům, kteří se umístili na 2. a 3. místě. Uchazeči, jehož nabídka nebyla vybrána, ji uvolní do 5 pracovních dnů od odeslání oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. V případě vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení ji uvolní do 5 dnů od odeslání oznámení o vyloučení uchazeče, a pokud bylo zadávací řízení zrušeno, pak ji uvolní všem uchazečům do 5 pracovních dnů od odeslání oznámení o zrušení zadávacího řízení.

Zákon o veřejných zakázkách umožňuje tři formy, ve kterých může dodavatel jistotu poskytnout. Dodavatel má možnost jistotu poskytnout složením peněžní částky na účet zadavatele, bankovní zárukou či pojištěním záruky (tzv. bonding). Volba mezi těmito formami poskytnutí záruky je zcela v gesci dodavatele, což potvrdilo i rozhodnutí ÚOHS, ve kterém Úřad stanovil, že zadavatel není oprávněn požadovat v oznámení zadávacího řízení jistotu v jím určené formě.⁵⁰ Pro uchazeče často problematickou povinností je neodvolatelnost nabídky po celou dobu určené zadávací lhůty. Zejména z toho důvodu, že rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky se zadávací lhůta prodlužuje uchazečům na prvních třech místech až do uzavření smlouvy, které však může být v nedohlednu, pokud je například zadávací řízení předmětem přezkumu ÚOHS. Uchazeči na třetím místě, jehož šance na uzavření smlouvy jsou velmi malé, tak může být peněžní jistota zadržována i po dobu několika měsíců (resp. po tuto dobu musí platit poplatky za bankovní záruku), což může v praxi ekonomicky ovlivnit zejména menší dodavatele.⁵¹

V návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek se uvažovalo o změně celkového konceptu jistoty, která měla mít nově formu tzv. „nepravých smluvních pokut“. Uchazeči o veřejnou zakázku by při podání nabídky nemuseli fyzicky jistotu skládat, ale povinnost jejího zaplacení by vznikla až porušením povinností v zadávacím řízení. Tento koncept měl administrativně zjednodušit a výrazně zlevnit zadávací proces bez současného snížení právní jistoty zadavatelů, jelikož porušení právních povinností na straně uchazeče je velmi snadno prokazatelné a faktické vymožení jistoty by tedy nemuselo činit žádné větší problémy. Touto změnou by se navíc vyřešil výše nastíněný

⁵⁰ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 6. 4. 2007, č. j. ÚOHS-S066/2007-00056/2007/550-ZH.

⁵¹ DVORÁK op. cit., SUB 7, str. 53.

problém uchazečů na druhém a třetím místě, kteří by neměli blokovanou finanční sumu či nemuseli platit nemalé náklady za bankovní záruku po teoreticky dlouhý časový úsek. V paragrafovém znění návrhu schváleném Vládou ČR se však zákonodárce přiklonil k zachování současného konceptu jistoty a uchazeči tedy budou muset dále počítat s tím, že jejich jistota bude „blokována“ po delší časový úsek. Jedinou změnou v návrhu je stanovená povinnost zadavatele vrátit účastníkovi jistotu bez zbytečného odkladu po uplynutí zadávací lhůty nebo poté, co účastník zadávacího řízení zanikne jeho účast v zadávacím řízení (na rozdíl od stávající úpravy, kdy je vrácení jistoty vázáno na odeslání oznámení o výběru nejvhodnější nabídky).

2.4 Otevírání obálek s nabídkami

Proces výběru nejvhodnější nabídky upravuje zákon v ustanoveních § 71 až § 80 ZVZ. První fází výběru nejvhodnější nabídky je otevírání obálek s nabídkami. Pro otevírání obálek ustanoví zadavatel v otevřeném řízení nejméně tříčlennou komisi, jejíž členové jsou povinni zachovávat mlčenlivost o skutečnostech, o nich se dozvěděli v souvislosti se svou účastí v komisi. Komise poté postupně otevírá nabídky podle pořadí, ve kterém je zadavatel obdržel. U každé nabídky komise kontroluje, zda je zpracována v požadovaném jazyku podle požadavků zadávací dokumentace a zda je návrh smlouvy podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče.

Problémem, který se v praxi často vyskytoval, byla interpretace ustanovení § 71 odst. 4, který stanoví, že otevírání obálek s nabídkami musí být zahájeno ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Takto stanovená lhůta má za úkol zajistit transparentnost zadávacího řízení a zejména zamezit manipulaci s nabídkami, ke které by mohlo docházet před jejich otevřením.⁵² Jelikož pojem „ihned“ nebyl nikde zákonně vyložen, vyjádřil se k němu ve svém rozhodnutí⁵³ Úřad tak, že „...*mezi termínem pro podávání nabídek a termínem pro jejich otevření musí být ponechán časový prostor pro uskutečnění administrativních, technických a organizačních úkonů a příprav pro řádné*

⁵² Jak k tomu došlo například v rozhodnutí ÚOHS ze dne 19. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R180,187/2014/VZ-34132/2015/321/IPs.

⁵³ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 3. 2014, č. j. S698/2013/VZ-5909/2014/513/JVo

otevírání obálek, avšak zadavatel by měl brát zřetel na to, aby určil takový časový termín otevírání obálek, kterým bude sledován záměr zákonodárce, kterým bude posilována zásada transparentnosti, a kterým tak nebude docházet ke zbytečným, neoprávněným, nedůvodným a podezřelým odkladům a prostojům při otevírání obálek s nabídkami. S ohledem na výše uvedené skutečnosti se jeví jako přiměřená doba mezi koncem lhůty pro podávání nabídek a začátkem otevírání obálek doba, která je počítána v řádu desítek minut nebo menší, rozhodně však nelze dobu několika dní považovat za stanovenou v souladu se zákonem, a to v návaznosti na požadavek zákonodárce zahájit otevírání obálek ihned po uplynutí lhůty pro podávání nabídek.“ Lhůta desítek minut je však pro zadavatele často problematicky realizovatelná, jelikož jsou veřejné zakázky, kde nabídku podává velké množství dodavatelů a většina z nich se chce otevírání obálek účastnit, na což mají dle ZVZ právo. Zadavatel pak musí zorganizovat otevírání obálek v odpovídajících prostorech, které často nemá k dispozici přímo v sídle své společnosti, kam mu byly adresovány všechny nabídky. Tento problém by mohl vyřešit návrh zákona o zadávání veřejných zakázek, který ve svém ustanovení § 110 odst. 1 stanoví, že zadavatel zahájí otvírání obálek bez zbytečného odkladu po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Pojem bez zbytečného odkladu není v návrhu zákona také nikde definován, ale lze se domnívat, že se jedná o pojem méně striktní. V tomto případě by se tedy již nejednalo o hrubé porušení povinností zadavatele, pokud by komise otvírala obálky s nabídkami v následujících dvou pracovních dnech.⁵⁴ Po otevření obálky s nabídkou prochází nabídka několika dalšími fázemi „kontroly“. Pro každou jednotlivou fázi zadavatel jmenuje zvláštní komisi. Jedná se o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídky. Těmto fázím se vzhledem k omezenému rozsahu práce a rozsáhlosti tématu nebudu podrobněji věnovat.

2.5 Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky

Jednou z podmínek uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky dle ustanovení § 81 ZVZ. Zadavatel

⁵⁴ BALÝOVÁ, op. cit., SUB 20, str. 65.

rozhodne o výběru nejvhodnější nabídky dle kritérií ekonomické výhodnosti nebo dle nejnižší nabídkové ceny. Toto rozhodnutí učiní na základě doporučení hodnotící komise, kterým je vázán a nemůže se od něj odchýlit s výjimkou případů, kdy shledá v postupu komise porušení zákona. V takovém případě postupuje dle ustanovení § 79 odst. 5 ZVZ, kdy ustanoví novou hodnotící komisi, případně provede posouzení a hodnocení nabídek sám. Zadavatel je povinen oznámit výběr nejvhodnější nabídky všem nevyločeným uchazečům do 5 pracovních dnů od rozhodnutí. Doručením tohoto oznámení končí uchazečům, se kterými není možné uzavřít smlouvu (čtvrtý a další v pořadí), zadávací lhůta dle ustanovení § 43 odst. 3 ZVZ. Skončením zadávací lhůty nejsou již uchazeči svými nabídkami vázání a zadavatel jim je povinen vrátit jistotu do 5 pracovních dnů. Rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky, ani jeho oznámením, však nedochází k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, jelikož toto rozhodnutí není akceptací návrhu na uzavření smlouvy, jak je tomu u veřejné soutěže dle OZ. Doručením rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dochází ke střetu projevu vůle zadavatele a uchazeče, ale vzhledem ke zvláštní úpravě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dle ustanovení § 82 ZVZ nedochází k uzavření smlouvy, ale oznámení je pouze jedním z předpokladů její perfekce, jelikož zadavateli i vybranému uchazeči vzniká kontraktační povinnost.⁵⁵

2.6 Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a povinnost součinnosti

Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je okamžikem, ke kterému celé zadávací řízení směřuje, a kterým také dle ustanovení § 17 písm. m) ZVZ končí. Zadavatel má povinnost uzavřít s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku do 15 dnů od uplynutí lhůty pro podání námitek, pokud nebyly žádné námítky podány, případně od řádného vyřízení všech námitek. Zákon o veřejných zakázkách pro zajištění této lhůty nestanoví žádnou sankci. Sankce nápravného opatření či neplatnosti smlouvy dle ustanovení § 118 a § 120 ZVZ hrozí pouze v případě, že by postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že nabídky už jsou posouzeny, zhodnoceny a byla vybrána ta nejvhodnější, nehrozí již jakékoli

⁵⁵ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 73.

faktické či potenciální ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a sankce proto nemůže být Úřadem uložena. Uchazeči by proto v tomto případě nezbývalo nic jiného, než se domáhat nahrazení projevu vůle zadavatele rozsudkem dle ustanovení § 161 odst. 3 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.⁵⁶ Dalším teoretickým důsledkem pro zadavatele je uplynutí zadávací lhůty, po němž by uchazeč přestal být vázán svou nabídkou a bylo by pouze na něm, zda by se zadavatelem smlouvu uzavřel či nikoliv.⁵⁷

Smlouvu na veřejnou zakázku musí zadavatel uzavřít s vybraným uchazečem v souladu s návrhem smlouvy, který byl součástí vítězné nabídky. V opačném případě by bylo potřeba analogicky posuzovat všechny změny smlouvy před jejím uzavřením dle ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ, kde jsou definovány podstatné změny již uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku. Pokud by byly provedeny podstatné změny smlouvy, nepovažovala by se za smlouvu uzavřenou na základě zadávacího řízení a ÚOHS by měl pravomoc vyslovit zákaz plnění takto uzavřené smlouvy, v jehož důsledku by se stala absolutně neplatnou ex nunc.⁵⁸

Vybraný uchazeč je dle ustanovení § 82 odst. 4 ZVZ povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku tak, aby byla ve lhůtě 15 dnů uzavřena. Vybraný uchazeč proto musí být připraven akceptovat text smlouvy na veřejnou zakázku, který byl sestaven v souladu s jeho nabídkou a nesmí činit žádné kroky, kterými by přímo či nepřímo zmařil uzavření smlouvy. Za minimální součinnost uchazeče se tedy považuje podpis smlouvy, případně také dodání nezbytných podkladů pro její podpis.⁵⁹ Pokud vybraný uchazeč neposkytne řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla uzavřena ve lhůtě 15 dnů, má zadavatel možnost smlouvu uzavřít s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí, a

⁵⁶ KRUTÁK, Tomáš a Lenka KRUTÁKOVÁ. *Zákon o veřejných zakázkách: s komentářem a příklady* : právní stav k 1.4.2013. 2. aktualiz. vyd. Olomouc: ANAG, 2013, 639 s. Právo (Anag). ISBN 9788072637782, str. 284.

⁵⁷ SCHELLEOVÁ, Andrea. *Nejčastější problémy ve veřejných zakázkách nejen pro sektorové zadavatele*. Praha: Linde, 2014, 119 s. Monografie (Linde). ISBN 978-80-7201-857-4, str. 83.

⁵⁸ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 77 – 78.

⁵⁹ RAUS, David. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. Praha: Linde, 2007, 895 s. *Zákony - komentáře*. ISBN 978-80-7201-677-8, str. 604.

který má opět povinnost poskytnout řádnou součinnost k uzavření smlouvy do 15 dnů. To platí obdobně i pro uchazeče, který se umístil jako třetí v pořadí. Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek tento postup nelimituje pouze na druhého a třetího uchazeče v pořadí, ale zadavatel má možnost postupně vyzývat neúspěšné účastníky zadávacího řízení bez omezení, může tedy teoreticky uzavřít smlouvu s účastníkem, jehož nabídka se umístila na posledním místě.

Další možností, která by mohla připadat v úvahu v případě neposkytnutí součinnosti k uzavření smlouvy bez spravedlivého důvodu, je institut předsmluvní odpovědnosti dle občanského zákoníku. Vzhledem k tomu, že se občanský zákoník uplatňuje k ZVZ subsidiárně, bylo by dle mého názoru možné předsmluvní odpovědnost využít, jelikož ustanovení § 1729 OZ stanoví, že pokud dospějí strany při jednání o smlouvě tak daleko, že se její uzavření jeví jako vysoce pravděpodobné, jedná nepoctivě ta strana, která bez spravedlivého důvodu ukončí jednání o uzavření smlouvy, a je povinna nahradit druhé smluvní straně náhradu škody. Zadavatel by však v tomto případě musel prokázat, že mu škoda vznikla a v jakém rozsahu, tedy jaká ztráta vzniká z neuzavřené smlouvy v obdobných případech. Tato škoda může v zadávacím řízení dosahovat velmi vysokých částek, a proto bude pouze na budoucím posuzování soudů, zda ji přiznají i v těchto případech. Zadavatel by měl primárně vždy požadovat jistotu, která může alespoň částečně krýt jeho náklady.

2.7 Povinnosti zadavatele po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku

Uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku sice zadávací řízení končí a smlouva již nadále podléhá zejména režimu občanského zákoníku, ale i po jejím uzavření má zadavatel určité povinnosti související zejména se zásadou transparentnosti, které musí dodržet, aby se vyhnul případným sankcím uloženým ÚOHS. Tyto povinnosti upravují ustanovení § 83, § 85 a § 147a ZVZ, přičemž některé povinnosti musí zadavatel splnit již po podpisu smlouvy a některé až po dokončení plnění předmětu veřejné zakázky.

Po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je zadavatel prvně povinen dle ustanovení § 83 ZVZ do 15 dnů zpracovat oznámení o výsledku zadávacího řízení. Toto oznámení je zadavatel povinen v případě nadlimitní veřejné zakázky zveřejnit ve Věstníku veřejných zakázek, resp. i v Úředním věstníku EU.

Zadavatel má zároveň povinnost oznámit uzavření smlouvy na veřejnou zakázku uchazečům, kteří se umístili na 2. a 3. místě, s čímž souvisí povinnost uvolnit jistotu vybranému uchazeči a uchazečům, kteří se na základě hodnocení nabídek umístili na 2. a 3. místě, a to nejpozději do 5 dnů po uzavření smlouvy.

Zadavatel je dále povinen dle ustanovení § 85 ZVZ vyhotovit o každé nadlimitní i podlimitní veřejné zakázce písemnou zprávu, kterou musí zpracovat, i pokud bylo zadávací řízení zrušeno. Písemná zpráva obsahuje například předmět veřejné zakázky a cenu sjednanou ve smlouvě, označení vybraného uchazeče, odůvodnění výběru nejvhodnější nabídky a uvedení, jaká část veřejné zakázky má být plněna prostřednictvím subdodavatele, údaje o vyloučených uchazečích a důvody vyloučení. Tuto písemnou zprávu je zadavatel povinen archivovat, na vyžádání ji zaslat Evropské komisi či ÚOHS a do 15 dnů po uzavření smlouvy ji uveřejnit na profilu zadavatele.

Podle ustanovení § 147a ZVZ musí veřejný zadavatel na svém profilu uveřejnit celé znění smlouvy včetně všech změn a dodatků do 15 dnů od jejího uzavření. Zadavatel však není povinen zveřejňovat skutečnosti, u kterých to vyžaduje ochrana informací a údajů podle zvláštních právních předpisů. Jedná se tedy zejména o obchodní tajemství. Obchodním tajemstvím však nejsou všechny skutečnosti, které tak označí zadavatel, ale ustanovení § 504 OZ jej definuje jako „*konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí se závodem a jejichž vlastník zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení.*“

První povinností po splnění smlouvy na veřejnou zakázku je uveřejnění výše skutečně uhrazené ceny zakázky na profilu zadavatele. Lhůta ke zveřejnění v tomto případě trvá 90 dnů a běží od data řádného dokončení a předání předmětu díla. V případě, že je doba plnění smlouvy delší než jeden rok, uveřejní zadavatel výši skutečně uhrazené ceny za předchozí rok, vždy nejpozději k 31. 3. následujícího roku. To však zadavatele nezbavuje povinnosti zveřejnit výši skutečně uhrazené ceny za veřejnou zakázku po jejím dokončení a předání.

A konečně poslední povinností zadavatele je zveřejnit seznam subdodavatelů v součinnosti s dodavatelem. Dodavatel má povinnost poskytnout zadavateli seznam všech subdodavatelů, kteří získali plnění ve výši alespoň 10 % z celkové ceny zakázky,

do 60 dnů od splnění smlouvy. Pokud je doba plnění smlouvy delší než jeden rok, předloží dodavatel seznam relevantních subdodavatelů za předchozí kalendářní rok vždy nejpozději k 28. 2. Zvláštní režim navíc platí pro subdodavatele ve formě akciové společnosti. Takový subdodavatel musí dodavateli poskytnout seznam vlastníků akcií, jejichž souhrnná jmenovitá hodnota přesahuje 10 % základního kapitálu. Seznam akcionářů poté dodavatel předá zadavateli, který následně uveřejní seznam subdodavatelů, případně i se seznamem akcionářů, na profilu zadavatele do 90 dnů od splnění smlouvy.

3 Změny smluv na plnění veřejných zakázek

Změna smlouvy na veřejnou zakázku je v zákoně o veřejných zakázkách upravena pouze v ustanovení § 82 odst. 7, ve kterém je definována zakázaná podstatná změna smlouvy. Vzhledem k omezené zákonné úpravě této problematiky se třetí kapitola věnuje nejprve vývoji judikatury Soudního dvora Evropské unie, ve které je rozpracována doktrína podstatných změn smlouvy na veřejnou zakázku. V další části se třetí kapitola věnuje rozboru jednotlivých aspektů podstatné změny v předmětu veřejné zakázky a změnám v subjektech smlouvy.

3.1 Vývoj judikatury SDEU týkající se změn smlouvy na veřejnou zakázku

Zákon o veřejných zakázkách, stejně jako směrnice Evropské unie, se změnám smluv na plnění veřejných zakázek velmi dlouho nevěnovaly a soustředily se zejména na podrobnou úpravu a koordinaci zadávacích řízení do uzavření smlouvy. Jedinou částečně upravenou oblastí v sekundárním právu EU bylo pořízení dodatečných dodávek či stavebních prací za účelem dokončení veřejné zakázky⁶⁰, či zachování technické kompatibility⁶¹ předmětu plnění veřejné zakázky. Iniciativy v této oblasti se chopil Soudní dvůr Evropské unie, který v několika zásadních rozsudcích rozvinul doktrínu později přijatou, jak do sekundárního práva EU, tak do vnitrostátních zákonů členských států.

3.1.1 Rozsudek SD EU C-337/98 Evropská komise proti Francouzské republice

Prvním rozsudkem⁶², který zmiňuje důležitý termín „podstatná změna smlouvy“, je rozsudek SD EU, který se týkal aplikovatelnosti směrnic Evropské unie 93/38/EHS a 90/531/EHS pro sektorové zadavatele při dlouhodobém jednání o uzavření smlouvy.

⁶⁰ Ustanovení čl. 31 odst. 4 písm. a) směrnice EU 2004/18/ES.

⁶¹ Ustanovení čl. 31 odst. 2 písm. b) směrnice EU 2004/18/ES.

⁶² Rozsudek Soudního dvora Evropské ze dne 5. 10. 2000, ve věci Komise Evropských společenství vs Francouzská republika, C-337/98.

V říjnu roku 1989 rozhodla komise sdružených municipalit zodpovědná za veřejnou dopravu v okrese města Rennes (dále pouze jako „Sitcar“) jako sektorový zadavatel o zřízení nadzemní městské vlakové dopravy, specifikovala její technické parametry a rozhodla o tom, že bude usilovat, o co největší státní dotace na tuto zakázku. Ve svém rozhodnutí z roku 1990 zadala Sitcar plnění této veřejné zakázky společnosti Matra-Transport, se kterou se poté v roce 1991 dohodla na ceně za její plnění. Dopravní komise města Rennes (dále pouze jako „komise“), která v roce 1992 nahradila Sitcar zpětně schválila rozhodnutí zadat veřejnou zakázku společnosti Matra-Transport a zároveň pověřila polostátního provozovatele veřejné dopravy, společnost Semtcar, podepsáním smlouvy na tuto zakázku. Správní tribunál však v roce 1994 rozhodl o zrušení tohoto rozhodnutí, což v praxi znamenalo, že navržené státní dotace nemohly být proplaceny. Na to reagovala komise odvoláním svých předchozích rozhodnutí o zadání veřejné zakázky společnosti Matra-Transport a požádala Semtcar o znovutevření jednání o této smlouvě. Konečně v roce 1996 schválila komise vyjednaný návrh smlouvy a znovu pověřila mandátní smlouvou společnost Semtcar k jejímu podepsání s Matra-Transport.

Evropská komise (dále také pouze jako „EK“) začala své vyšetřování v roce 1997 a požadovala od francouzských úřadů vysvětlení, proč neaplikovaly na rozhodnutí o zadání veřejné zakázky výše zmíněné směrnice, jejichž lhůta pro transpozici uplynula 1. 1. 1993, resp 1. 7. 1994. Francouzské úřady ve svých vysvětleních argumentovaly tím, že za rozhodnutí o zadání veřejné zakázky považovaly již původní rozhodnutí z roku 1989. Na základě této komunikace podala Evropská komise žalobu pro porušení smlouvy dle čl. 169 Smlouvy o založení Evropského společenství.

Soud považoval ve svém rozsudku za klíčové vyřešení otázky, zda byly podmínky smlouvy vyjednané ve znovutevřeném jednání v roce 1995 zásadně odlišné od podmínek vyjednaných v roce 1989. Soud nepovažoval za zásadní změnu smlouvy to, že byla navýšena konečná cena veřejné zakázky, jelikož byla přesně vypočtena dle mechanismu, který si strany sjednaly již v roce 1993. Odmítl zároveň argument Evropské komise, že se zásadně změnily technické parametry zakázky, jelikož se jednalo pouze o zanedbatelný 2 cm rozdíl v šířce vlakové soupravy. Zároveň judikoval, že v jednacích řízeních, které již ze své podstaty mohou trvat dlouhou dobu, není zásadní změnou smluvních podmínek, pokud strany vezmou v úvahu technologický

pokrok, který proběhl v průběhu těchto jednání. Ze všech výše zmíněných důvodů soud žalobu Evropské komise zamítl.

V tomto přelomovém rozsudku dospěl Soudní dvůr Evropské unie k obecnému pravidlu, kterým se posuzují změny smluv na veřejnou zakázku, a ke kterému se ve své rozhodovací praxi často vrací. Podstatnou změnou je taková změna, která prokazuje úmysl stran znovu sjednat základní podmínky smlouvy (v originále essential terms of contract).

3.1.2 Rozsudek SD EU C-496/99 CAS Succhi di Frutta proti Evropské komisi

Ve druhém důležitém rozsudku,⁶³ týkajícím se změn smlouvy na veřejnou zakázku, spojil Soudní dvůr Evropské unie projednávání dvou odvolání Evropské komise proti rozsudkům Soudu první instance T-191/96 a T-106/97. Evropská komise vypsala v roce 1996 tendr na dodávku ovocných džusů a jamů, které měly sloužit jako potravinová pomoc obyvatelům Arménie a Azerbájdžánu. Vybraný uchazeč měl za tuto dodávku obdržet plnění ve formě jablek stažených z trhu po intervenčních nákupech Evropské komise. Až po zadání veřejné zakázky vydala Evropská komise rozhodnutí, jímž změnila úhradu za plnění veřejné zakázky z jablek na broskve a určila jejich přepočítávací koeficienty. Neúspěšný uchazeč, společnost CAS Succhi di Frutta (dále jen jako „stěžovatel“), napadl toto rozhodnutí u Soudu první instance, protože Evropská komise si v oznámení o veřejné zakázce nevyhradila možnost záměny předmětu plnění, čímž porušila zásady transparentnosti a rovného zacházení, jelikož stěžovatel neměl stejné podmínky jako vítězný uchazeč, což mohlo ovlivnit jeho nabídku. EK oponovala, že po uzavření smlouvy vzniká mezi zadavatelem a uchazečem smluvní vztah, který musí strany dodržovat, a že po uzavření smlouvy již zadavatel nemá žádný vztah s neúspěšnými uchazeči o veřejnou zakázku, které Evropská komise považuje za třetí osoby jako každé jiné. Z těchto důvodů považovala EK oznámení o veřejné zakázce za nezměnitelné pouze do uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a tvrdila, že smluvní strany se mohou od těchto podmínek odchýlit, pokud taková potřeba vznikne a neporuší

⁶³ Rozsudek Soudního dvora Evropské ze dne 29. 4. 2004, ve věci Komise Evropských společenství vs. CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99.

pravidla zadávacího řízení. Dle názoru stěžovatele je však potřeba vypsát vždy nové zadávací řízení, kterého se budou moci účastnit všichni neúspěšní uchazeči původního řízení, pokud se objeví okolnosti, kvůli kterým je potřeba smlouvu na veřejnou zakázku změnit a zadavatel si změnu nevyhradil již v oznámení o veřejné zakázce.

Soudní dvůr Evropské unie ve svém rozsudku uvedl, že zadavatel musí bezpodmínečně dodržovat kritéria, která si stanovil, a to nejen po celou dobu zadávacího řízení, ale až do ukončení plnění smlouvy na veřejnou zakázku.⁶⁴ Zadavatel nemá právo měnit povahu zadávacího řízení, kterou určil ve výzvě k podání nabídek. Dle soudu tak nesmí učinit zejména následnou jednostrannou změnou zásadní podmínky zadávacího řízení, která by uchazečům umožnila podat podstatně odlišné nabídky, pokud by byla obsažena již ve výzvě k podání nabídek.⁶⁵ Soud považoval změnu odměny za plnění veřejné zakázky po jejím zadání za podstatnou změnu zadávacího řízení, která dle jeho názoru není možná.⁶⁶ Pokud si přeje zadavatel změnit či doplnit některé podmínky výzvy k podání nabídek po výběru nejvhodnější nabídky, musí si dle SD EU takovou možnost výslovně vyhradit již v této výzvě a stanovit podrobná pravidla, jak bude taková změna probíhat, aby s tím byli srozuměni všichni potenciální uchazeči, čímž bude zachována zásada zákazu diskriminace.⁶⁷

Soudní dvůr Evropské unie v tomto rozhodnutí poprvé použil pro posouzení změny zadávacích podmínek kritérium potenciálního vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, na které ve svých pozdějších rozhodnutích odkazuje. Dalším podstatným závěrem soudu je jednotnost zadávacího řízení až do ukončení plnění smlouvy na veřejnou zakázku. Pravidla pro zadávání veřejných zakázek se uplatňují i po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a je třeba odmítnout názor, že smlouva na veřejnou zakázku podléhá pouze soukromoprávní úpravě. V neposlední řadě soud stanovil, že

⁶⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské ze dne 29. 4. 2004, ve věci Komise Evropských společenství vs. CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99, odst. 115.

⁶⁵ Tamtéž odst. 116.

⁶⁶ Tamtéž odst. 117.

⁶⁷ Tamtéž odst. 118.

následná změna zadávacích podmínek není vyloučena, ale zadavatel si ji musí vyhradit již při zahájení zadávacího řízení a stanovit detailní podmínky pro její použití.⁶⁸

3.1.3 Rozsudek SD EU C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH

Rozsudek⁶⁹ Soudního dvora Evropské unie ve věci Presstext Nachrichtenagentur GmbH je nejdůležitějším rozsudkem týkajícím se změn smlouvy na veřejnou zakázku. Soudní dvůr a Generální advokátka podaly v této věci komplexní rozbor podstatných a nepodstatných změn smlouvy na veřejnou zakázku, čímž ovlivnily i budoucí legislativu Evropské unie a členských států.⁷⁰

V tomto sporu figuruje tisková agentura Austria Presse Agentur (dále jen „APA“), která byla v Rakousku založena ve formě družstva po druhé světové válce a jejími členy je většina rakouských deníků. Presstext Nachrichtenagentur GmbH (dále jen „PN“) je činná na rakouském trhu tiskových agentur od roku 1999. Na rozdíl od APA nedisponuje tak rozsáhlými archivy a pro Rakouskou republiku poskytovala služby pouze v malém rozsahu. V roce 1994 uzavřela Rakouská republika smlouvu s APA, která umožňovala rakouským spolkovým orgánům získání a využití aktuálních informací, přístup k historickým informacím a historickým tiskovým sdělením z databáze APA tzv. „APADok“ a využití originální textové služby APA „OTS“ k získání informací pro vlastní potřebu, jakož i k šíření vlastních tiskových sdělení. Smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, přičemž bylo sjednáno vzdání se práva výpovědi, na jehož základě bylo možné smlouvu vypovědět nejdříve ke dni 31. prosince 1999. Smlouva obsahovala rovněž ustanovení o navyšování ceny, nejvyšší cenu každého navýšení a valorizaci cen na základě indexu spotřebitelských cen. V září roku 2000 založila APA dceřinou společnost APA-OTS Originaltext-Service GmbH (dále jen „APA-OTS“), ve které vlastnila stoprocentní podíl a převedla na ni činnost své originální textové služby OTS. V roce 2001 byla prvním dodatkem změněna ustanovení

⁶⁸ DVORÁK, op. cit., SUB 7, str. 114.

⁶⁹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 6. 2008, ve věci presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06.

⁷⁰ Do zákona o veřejných zakázkách byly tyto závěry promítnuty novelou č. 55/2012 Sb. v ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ.

smlouvy o odměně. Vedle přepočtu odměn z rakouských šilinků na euro stanovil tento dodatek také maximální odměny za přijetí tiskových sdělení spolkových orgánů do OTS a též byla upravena valorizační doložka odkazem na nový index. V říjnu 2005 uzavřely smluvní strany druhý dodatek, který vedl ke dvěma dalším změnám smlouvy. Rabat z odměny pro dotazy z informačních služeb APA byl zvýšen z 15 % na 25 % a smluvní strany ujednaly obnovení vzdání se práva výpovědi až ke dni 31. prosince 2008. PN se za účinnosti této smlouvy neúspěšně snažila nabídnout své služby tiskové agentury Rakouské republiky, a z toho důvodu se obrátila na rakouský antimonopolní úřad (Bundesvergabeamt), u kterého se dožadovala právní ochrany proti postupům, které jsou z jejího pohledu v rozporu s právními předpisy o veřejných zakázkách. PN podala stížnost na zapojení APA-OTS jakožto poskytovatele služeb pro Rakouskou republiku a na oba dodatky ke smlouvě uzavřenými mezi APA a Rakouskou republikou a požadovala určení, že rozdělení zakázky transformací APA v roce 2000, jakož i dodatky ke smlouvě označené PN jako „de-facto-zadávání“, byly protiprávní.⁷¹ Rakouský antimonopolní úřad řízení přerušil a podal Soudnímu dvoru několik předběžných otázek týkajících se změny dodavatele (APA-OTS), případnou změnu členů družstva APA a její vliv na uzavřenou smlouvu a na uzavření výše zmíněných dodatků.

Ještě před vydáním rozsudku se k předběžným otázkám ve svém stanovisku z března roku 2008 vyjádřila Generální advokátka Juliane Kokott. Dle jejího názoru je v určitých situacích potřeba upravit dlouhodobé závazkové vztahy mezi zadavatelem a dodavatelem, ale nesmí se jednat o podstatné změny smlouvy, které mohou zkreslit hospodářskou soutěž, zvýhodnit smluvního partnera zadavatele oproti jiným možným poskytovatelům a odůvodňují opětovné provedení zadávacího řízení. Za podstatnou považuje změnu, kterou mohlo být jiným dodavatelům zabráněno v ucházení se o veřejnou zakázku, neboť původní podmínky smlouvy byly méně výhodné nebo by měli vzhledem k novým smluvním podmínkám nyní zájem ucházet se o veřejnou zakázku nebo že nabídka svého času neúspěšného uchazeče by mohla být vzhledem k novým podmínkám smlouvy úspěšná.⁷²

⁷¹ Stanovisko Generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-454/06 ze dne 13. 3. 2008, body 16 – 26.

⁷² Tamtéž bod 49.

Pokud jde o změnu dodavatele lze dle Generální advokátky a priori předpokládat podstatnou změnu smlouvy, neboť provedením veřejné zakázky je pověřen dodavatel, který nesoutěžil s jinými uchazeči. Takový postup poté skrývá nebezpečí obcházení právních předpisů a může zkreslit hospodářskou soutěž a zvýhodnit nového dodavatele vůči jiným potenciálním dodavatelům. Přitom však přicházejí v úvahu zejména dvě skupiny případů, kdy se o podstatnou změnu smlouvy nejedná. Prvním případem je zapojení subdodavatelů, jelikož i při přidělení subdodávky nese plnou smluvní odpovědnost za provedení veřejné zakázky hlavní dodavatel. Druhým případem jsou organizační změny čistě vnitřní povahy na straně dodavatele. Mezi takové případy může patřit i zapojení jedné z dceřiných společností do provádění smlouvy, jak se stalo v posuzovaném případě. Může se zdát, že dodavatelem služeb je jiná právnická osoba, ale vzhledem k tomu, že APA vlastní 100 % podíl společnosti APA-OTS a mateřské společnosti přísluší práva udělovat pokyny a společnosti mají uzavřenou smlouvu o společném fondu zisků a ztrát, je zřejmé, že se jedná o část podniku dodavatele. Z těchto důvodů se na podmínkách provádění veřejné zakázky z ekonomického pohledu nic podstatného nezměnilo.⁷³

K předběžné otázce, jakou hraje roli případná změna okruhu členů družstva, uvádí Generální advokátka, že podstatnou by taková změna byla pouze tehdy, pokud by měla za následek alespoň částečnou změnu dodavatele. Ta by mohla nastat v případě sdružení bez právní osobnosti, kde má práva a povinnosti ze smlouvy každý člen sdružení. Změna složení takového sdružení by mohla vést k tomu, že podnik, který nemusel soutěžit s jinými uchazeči, by byl pověřen provedením veřejné zakázky. V posuzovaném případě se však naopak jedná o právnickou osobu, která je smluvním partnerem zadavatele veřejné zakázky a případné pozdější změny v okruhu jejich podílníků nemají za následek podstatnou změnu smlouvy.⁷⁴

Podstatou třetí předběžné otázky bylo, zda je třeba považovat za podstatnou změnu smlouvy na veřejnou zakázku dodatek, kterým se dříve sjednané vzdání práva výpovědi obnovovalo na tři roky, a určité odměny se lišily od odměn sjednaných,

⁷³ Stanovisko Generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-454/06 ze dne 13. 3. 2008, body 51 – 65.

⁷⁴ Tamtéž body 66 – 70.

jelikož se zvýšil cenový rabat o deset procentních bodů. Aby bylo možné kvalifikovat vzdání se práva na výpověď jako podstatnou změnu smlouvy, muselo by být způsobilé zkusit hospodářskou soutěž a zvýhodnit smluvního dodavatele oproti ostatním možným dodavatelům. Tak by tomu bylo pouze tehdy, pokud by při sjednání vzdání se práva výpovědi existovala vodítka pro to, že zadavatel by v opačném případě vypověděl stávající smlouvu. Pouze v tomto případě by si totiž mohli ostatní dodavatelé činit naděje ohledně možnosti nahrazení stávajícího dodavatele. V tomto případě však dle názoru Generální advokátky neměla Rakouská republika žádnou hospodářskou motivaci k tomu, aby smlouvu vypověděla v průběhu doby platnosti vzdání se práva výpovědi. Zadavatel totiž v této době nemohl rozumně předpokládat, že budou k dispozici srovnatelné nabídky za příznivějších podmínek, a proto se dle dostupných informací nejednalo o podstatnou změnu smlouvy.⁷⁵

Ve druhé části této otázky se Generální advokátka věnovala vyšším cenovým rabatům za poskytované informační služby APA. Původní smlouva přiznávala rakouským spolkovým orgánům cenový rabat ve výši 15 %, ale od účinnosti druhého dodatku k této smlouvě se cenový rabat zvýšil na 25%. APA a APA-OTS shodně uvedly, že cenový rabat ve výši 25 % byl pouze logickým vývojem toho, co bylo stanoveno v původní smlouvě. Již původní smlouva totiž odkazovala na odstupňovaný tarif APA s tím, že cenový rabat ve výši 15 % byl tím nejnižším a tedy nejvýhodnějším tarifem. Proto se dle Generální advokátky jedná o faktickou změnu ceny na trhu, pokud mohl být poskytnut v roce 2005 cenový rabat zlepšený o deset procentních bodů. Nebezpečí zkusení hospodářské soutěže je dle jejího názoru nižší v případě snížení cen než v případě jejich zvýšení, jelikož snížení odměny se projeví ve prospěch zadavatele, čímžlepší hospodárnost vynaložení veřejných prostředků. I v případě snížení odměny dodavatele si však můžeme představit situaci, kdy by došlo ke zkusení hospodářské soutěže. Rozhodující je vždy to, jaké podmínky mohl na otevřeném trhu zadavatel získat v okamžiku změny smlouvy. Pokud ceny za plnění veřejné zakázky od původního zadávacího řízení obecně klesly, nepředstavuje pouhé snížení odměny zadavatele zohlednění zásady hospodárnosti. Je potřeba vždy zkoumat, zda mohli jiní

⁷⁵ Tamtéž body 73 – 80.

potenciální dodavatelé nabídnout zadavateli plnění v okamžiku změny smlouvy za ještě výhodnější cenu. Podle informací SDEU však neexistovala žádná konkrétní vodítka pro to, že by mohl zadavatel v projednávaném případě dosáhnout výhodnější ceny při provedení nového zadávacího řízení.⁷⁶

Podstatou poslední posuzované otázky bylo, zda se považuje za podstatnou změnu smlouvy dodatek, kterým se smluvně sjednané odměny u příležitosti měnové konverze již nevyjadřují v zemské měně, ale v eurech, valorizační doložka se nově formulovala s odkazem na odlišný index než v původní smlouvě a určité odměny se lišily od těch doposud sjednaných. Čistě technické úpravy smlouvy nepředstavují dle Generální advokátky obsahovou změnu smlouvy a nemůžou tedy odůvodňovat povinnost provedení nového zadávacího řízení. Pokud byly odměny změněny u příležitosti měnové konverze na euro tím způsobem, že dosud sjednané odměny se vyjadřují v nové měně, aniž by byly materiálně zvýšeny nebo sníženy, nejedná se o podstatnou změnu smlouvy, ale pouze o technické přizpůsobení stávající smlouvy změněným vnějším okolnostem. Za takové technické přizpůsobení je možné brát případné zaokrouhlení nově vypočtených částek směrem nahoru nebo dolů, tak aby umožňovaly zjednodušené účetní výpočty v souladu s platnými právními předpisy. Rovněž smluvní odkaz na jiný valorizační index představuje čistě technickou úpravu smlouvy, pokud jsou oba indexy rovnocenné. Pokud by však byla konverze měny nebo změna indexu zneužita za účelem materiální změny původně sjednaných odměn, přesahovalo by toto opatření čistě technickou úpravu smlouvy a nebylo by vyloučeno, že se jedná o podstatnou změnu smlouvy s účinky na hospodářskou soutěž.

V projednávaném případě vedla úprava původní smlouvy k tomu, že pro přijetí určitých tiskových zpráv spolkových orgánů do OTS se za roky 2002, 2003 a 2004 platily nejvyšší odměny, které nemohly být zvýšeny. Rozhodující je, jaký vývoj indexovaných odměn sjednaných v původní smlouvě bylo třeba očekávat při jejím sjednání. Pokud by změněné nejvyšší odměny stanovené pro léta 2002, 2003 a 2004 v podstatě odhadem odpovídaly cenám, které by vyplývaly i při uplatnění valorizační

⁷⁶ Stanovisko Generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-454/06 ze dne 13. 3. 2008, body 82 – 95.

doložky v původní smlouvě, nejednalo by se o podstatnou změnu smlouvy. Pokud by se však výrazně odchylovaly od vývoje cen očekávaného podle původní smlouvy, bylo by třeba přezkoumat účinky změny na hospodářskou soutěž. Generální advokátka v tomto konkrétním případě shledala, že na základě informací, které má k dispozici Soudní dvůr, se pohybovaly změny cen v rámci ročního vzestupu, který byl předvídatelný již v roce 2001 a změny smlouvy tedy z tohoto důvodu nepředstavovaly změny podstatné.⁷⁷

V rozsudku navazujícím na stanovisko Generální advokátky zopakoval Soudní dvůr, že za podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku považuje takové změny, které mají podstatně odlišnou povahu od původní veřejné zakázky a prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky zakázky.⁷⁸ Takové podstatné změny vidí SDEU ve třech typových případech.

Prvním je taková změna, která by „zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.“⁷⁹

Druhou podstatnou změnou je taková změna, která by značnou měrou rozšiřovala veřejnou zakázku o služby, které v původním zadávacím řízení nebyly předpokládány.⁸⁰

A konečně poslední změnou, která může být rovněž považována za podstatnou, je taková změna, která „mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“⁸¹ V tomto konkrétním případě Soudní dvůr Evropské unie neshledal ani jednu změnu smlouvy změnou podstatnou, která by odůvodňovala potřebu nového

⁷⁷ Stanovisko Generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-454/06 ze dne 13. 3. 2008, body 96 – 105.

⁷⁸ Zde odkazoval na svůj předchozí rozsudek Evropská komise proti Francouzské republice, který je zmíněný výše.

⁷⁹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 6. 2008, ve věci pressetext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06, bod 35.

⁸⁰ Tamtéž bod 36.

⁸¹ Tamtéž bod 37.

zadávacího řízení a ve svém rozsudku se přiklonil k názorům Generální advokátky a zopakoval argumenty z jejího stanoviska. Toto rozhodnutí proto není podstatné pouze pro obecný výklad rozlišování mezi podstatnými a nepodstatnými změnami smlouvy, ale dává nám i vodítka v konkrétních situacích.⁸²

3.1.4 Rozsudek SD EU C-91/08 Wall AG proti městu Frankfurt nad Mohanem

V posledním rozsudku,⁸³ kterým se budu zabývat, vyhlásilo město Frankfurt nad Mohanem soutěž o smlouvu o koncesi na služby, které se týkaly provozu, údržby a čištění jedenácti městských veřejných toalet po dobu šestnácti let. Dvě z těchto veřejných toalet měly být zároveň zrekonstruovány. Protiplnění za tyto služby spočívalo pouze v oprávnění k výběru poplatků za použití toalet a možnosti využívat reklamní plochy na toaletách, uvnitř toalet a na jiných veřejných místech. Úspěšný uchazeč o tuto koncesní smlouvu, společnost Frankfurter Entsorgungs und Service GmbH (dále pouze jako „FES“), jmenoval ve své nabídce společnost Wall AG jako subdodavatele, prostřednictvím kterého měl v úmyslu zrekonstruovat veřejné toalety a využít ho i k předmětné reklamní činnosti. Ve své nabídce společnost FES vyzdvihovala pověst a technickou znalost subdodavatele, což mohlo být jedním ze zásadních faktorů při posuzování nabídek. Po šesti měsících od uzavření smlouvy společnost FES se souhlasem města Frankfurt změnila subdodavatele, společnost Wall AG, uvedeného ve své nabídce. Se svým nahrazením společnost Wall AG nesouhlasila a podala k německému soudu žalobu, kterou se domáhala, aby bylo společnosti FES uloženo, aby se zdržela jednak plnění smlouvy týkající se reklamních služeb uzavřené s novým subdodavatelem a jednak uzavření jakékoli smlouvy se třetími osobami na výstavbu dvou veřejných toalet, které měly být rekonstruovány, nebo plnění takové smlouvy. Společnost Wall AG se rovněž domáhala toho, aby bylo městu Frankfurt uloženo zdržet se schválení uzavření smlouvy o výstavbě těchto dvou veřejných toalet mezi společností

⁸² Pokud se jedná o vnitřní reorganizaci dodavatele, změnu jeho členů, technické změny smlouvy, snížení odměny za veřejnou zakázku a vzdání se práva výpovědi smlouvy.

⁸³ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 13. 4. 2010, ve věci Wall AG vs město Frankfurt nad Mohanem, C-91/08.

FES a jinou stranou nežli samotnou společností Wall AG.⁸⁴ Německý soud přerušil řízení ve věci a položil Soudnímu dvoru několik předběžných otázek týkajících se aplikace obecných principů rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti, z nichž je pro mé téma důležitá třetí předběžná otázka v následujícím znění „*Vyžadují povinnosti transparentnosti rovněž to, aby byla v případě zamýšlené změny smlouvy o koncesi na služby – včetně případu, kdy se tato změna týká nahrazení konkrétního subdodavatele, na něhož byl kladen důraz v rámci soutěže o koncesi – jednání týkající se této změny znovu otevřena soutěži se zárukou odpovídajícího stupně zveřejnění a pomocí jakých postupů by případně mělo být takové znovuotevření soutěži uskutečněno?*“⁸⁵

Soudní dvůr Evropské unie uvedl, že v současnosti nejsou smlouvy o koncesi na služby upraveny žádnou ze směrnic, ale že orgány veřejné moci, které uzavírají takovéto smlouvy, jsou nicméně povinny dodržovat základní pravidla Smlouvy o Evropských společenstvích, a to zejména zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá.⁸⁶ Za účelem zajištění těchto zásad mohou podstatné změny zásadních ustanovení smlouvy v určitých případech zapříčinit nezbytnost udělení nové smlouvy o koncesi, pokud mají tyto změny podstatně odlišné charakteristiky než původní koncese.⁸⁷ Soud zopakoval své závěry z rozsudku *Pressetext*, že za podstatnou změnu smlouvy o koncesi lze považovat takovou změnu, která zavádí podmínky, které by, pokud by byly součástí původního řízení o udělení, umožnily připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.⁸⁸ Změna subdodavatele může být takovou změnou i v případě jejího smluvního zakotvení v případech, kdy využití služeb konkrétního subdodavatele spíše nežli subdodavatele jiného, s ohledem na charakteristiky vlastní dotčenému plnění, bylo rozhodujícím

⁸⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské ze dne 13. 4. 2010, ve věci Wall AG vs město Frankfurt nad Mohanem, C-91/08, odst. 27.

⁸⁵ Tamtéž odst. 28.

⁸⁶ Tamtéž odst. 33.

⁸⁷ Tamtéž odst. 37.

⁸⁸ Tamtéž odst. 38.

aspektem pro uzavření smlouvy.⁸⁹ Vzhledem k tomu, že předkládající soud poukazoval na to, že je pravděpodobné, že v tomto případě byla koncese společnosti FES udělena právě kvůli subdodavateli, kterého ve své nabídce uvedla, je zde dle mého názoru podmínka naplněna. Pokud by k těmto závěrům dospěl i předkládající soud, musí dle SD EU přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového řízení o udělení koncese.⁹⁰

Tento rozsudek přímo navazuje a staví na rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie *Pressetext*, tím že stanoví, za kterých okolností je změna subdodavatele veřejné zakázky změnou v podstatných součástech smlouvy na veřejnou zakázku. Tyto závěry nelze automaticky promítnout do českého prostředí, jelikož ustanovení § 50 odst. 5 ZVZ výslovně zakazuje použití kvalifikace dodavatele (a tedy i subdodavatele) jako hodnotící kritérium při výběru nejvhodnější nabídky. Můžeme si však představit situaci, kdy změna subdodavatele by neznamenalou pouhou změnu v kvalifikaci, ale změnu v nabídce jako takové. V případě, že by byl subdodavatel nerozlučně spojen s určitým konkrétním a nenahraditelným výrobkem, mohla by jeho výměna ovlivnit jakost plnění veřejné zakázky, což by již byla bezesporu změna v podstatných součástech smlouvy a zadavatel by měl k zachování základních zásad zahájit nové zadávací řízení.⁹¹

3.2 Změny v předmětu smluv na veřejnou zakázku

V zákoně o veřejných zakázkách jsou změny smlouvy na veřejnou zakázku upraveny od 1. 4. 2012, kdy bylo zákonem č. 55/2012 Sb. přidáno ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ reagující zejména na výše rozebraný rozsudek Soudního dvora *Pressetext*. Toto ustanovení zakazuje zadavateli umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem a za takovou podstatnou změnu považuje čtyři taxativně vymezené případy:

⁸⁹ Tamtéž odst. 39.

⁹⁰ Tamtéž odst. 42.

⁹¹ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 219.

- a) změnu, která by rozšířila předmět veřejné zakázky, čímž však není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ⁹² a § 23 odst. 7 ZVZ⁹³,
- b) za použití změny v původním zadávacím řízení by se umožnila účast jiných dodavatelů,
- c) za použití změny v původním zadávacím řízení mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, nebo
- d) změna, která by měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

V následující podkapitole se budu zabývat nejprve změnou smlouvy mezi rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy a následně podrobně jednotlivými případy, které zákon o veřejných zakázkách považuje za podstatnou změnu smlouvy na veřejnou zakázku.

3.2.1 Změna smlouvy mezi rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy

V praxi může vyvstat potřeba změnit smlouvu na veřejnou zakázku ještě před jejím uzavřením s vybraným uchazečem, což je fakticky změna uchazečovy nabídky. Uchazeč je dle ustanovení § 43 odst. 1 ZVZ svou nabídkou vázán od okamžiku skončení lhůty pro podání nabídek a dle ustanovení § 67 odst. 7 ZVZ mu při změně nabídky v rozporu se zákonem či zadávacími podmínkami propadá složená jistota ve prospěch zadavatele. Stejná povinnost platí dle ustanovení § 82 odst. 2 ZVZ i pro zadavatele, který je povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Z čistě gramatického výkladu bychom mohli dovodit, že změna návrhu smlouvy je po výběru nejvhodnější nabídky vyloučena. Tato formalistická přísnost není však dle mého názoru na místě, jelikož by ZVZ kladl přísnější podmínky na změnu nejvhodnější nabídky než na změnu již uzavřené smlouvy. Krč ve svém komentáři uvádí, že dle jeho názoru lze za jistých okolností

⁹² Případy použití jednacího řízení bez uveřejnění v případě dodatečných dodávek dodavatele.

⁹³ Případy použití jednacího řízení bez uveřejnění v případě dodatečných stavebních prací, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Tzv. vícepráce.

připustit mírnou odchylku od návrhu smlouvy, ale nikdy by se nemělo jednat o podstatnou změnu smlouvy dle ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ.⁹⁴ Stejně tak i Kruták se vyjadřuje ve smyslu, že možnost změny návrhu smlouvy je velmi omezená, ale není vyloučená. Nepřípustná je však v případech, kdy by zasahovala do podmínek, které byly předmětem hodnocení, či by upravovala závazné obchodní podmínky stanovené v zadávací dokumentaci.⁹⁵ Dvořák se ve své publikaci staví na stejnou názorovou stranu a dodává, že teleologickým výkladem tohoto ustanovení dospějeme k závěru, že cílem ustanovení § 82 ZVZ je zajištění základních zásad zadávacího řízení při uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, ale nesměřuje k formalistickému trvání na uzavření identické smlouvy, kterou lze po jejím uzavření změnit. Zároveň dle jeho názoru nemusí slovní spojení „v souladu s návrhem smlouvy“ znamenat absolutní soulad, ale může se jednat pouze o nepodstatné změny návrhu smlouvy. Proto uzavírá, že závěry rozsudku SDEU Pressetext byly dovozeny z primárního práva Evropské unie, které lze vztáhnout i na situace, které nejsou výslovně zákonně upraveny a pravidla pro změnu smluv dle ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ by měly platit obdobně i na změnu vítězné nabídky.⁹⁶

K tomuto tématu se ve svém rozhodnutí vyjádřil Krajský soud v Brně⁹⁷ tak, že zadavatel je nepochybně povinen uzavřít smlouvu ve znění nabídky vítězného uchazeče a ne ji dodatečně měnit po výběru nejvhodnější nabídky. Zároveň dodává, že zadavatel, který umožní při uzavření smlouvy na veřejnou zakázku odchylku od zadávacích podmínek v jeho neprospěch, porušuje zásadu zákazu diskriminace, jelikož dochází ke zmírnění podmínek pro vítězného uchazeče na úkor všech ostatních uchazečů, což by mohlo mít v konečném důsledku vliv na konečné pořadí nabídek. Opačný přístup však v některých svých rozhodnutích zaujal ÚOHS. V jednom svém druhostupňovém rozhodnutí shrnuje, že *„za podstatnou změnu návrhu smlouvy z hlediska § 82 odst. 2 zákona je nutné považovat takové nové podmínky, které byly-li by součástí zadávací*

⁹⁴ KRČ, op. cit., SUB 40, str. 775.

⁹⁵ KRUTÁK, Tomáš a Lenka KRUTÁKOVÁ, op. cit., str. 283.

⁹⁶ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 174 – 175.

⁹⁷ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 6. 2008, sp. zn. 62 Ca 21/2007.

*dokumentace – by mohly vést k připuštění jiných uchazečů a přijetí jiné nabídky než té, která byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější.*⁹⁸ V tomto rozhodnutí zároveň odkazuje na závěry SDEU v rozsudku Pressetext. Ve svém dalším rozhodnutí⁹⁹ Úřad konstatuje, že bez dalšího je možné činit dílčí změny návrhu smlouvy, které nemají charakter změn podstatných. Za podstatné pak považuje změny náležitostí smlouvy, které byly předmětem hodnotících kritérií a mohly by ovlivnit průběh zadávacího řízení a takové, které by mohly ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku.

Rozhodovací praxe soudů a ÚOHS není v této záležitosti pevně ustálená ani po vydání přelomového rozsudku SDEU Pressetext a de lege ferenda by bylo dle mého názoru vhodné provázání ustanovení § 82 odst. 2 ZVZ a ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ tak, aby byly umožněny nepodstatné změny nabídky i před uzavřením smlouvy. Tak však bohužel nečiní ani návrh zákona o zadávání veřejných zakázek, který ve svém ustanovení § 124 odst. 3 toto nemění a zadavatel tedy bude i nadále povinen uzavřít smlouvu v souladu s nabídkou vybraného uchazeče.

3.2.2 Rozšíření předmětu smlouvy na veřejnou zakázku

Prvním případem podstatné změny dle ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) ZVZ je rozšíření předmětu veřejné zakázky, tedy zákaz navyšování množství stavebních prací, dodávek nebo služeb poskytovaných dodavatelem nad původní předmět veřejné zakázky. Tento zákaz ustanovení zmírňuje ve své větě druhé, kde připouští rozšíření předmětu veřejné zakázky ve dvou specifických případech. Prvním případem je zadání dodatečné dodávky od téhož dodavatele prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ. To však pouze za podmínky, že se jedná o částečnou náhradu původní dodávky, či se jedná o rozšíření stávající dodávky za předpokladu, že by byl zadavatel v opačném případě nucen k pořizování nekompatibilního zboží jiných parametrů nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě.¹⁰⁰ Druhým specifickým případem je možnost zadání tzv.

⁹⁸ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 5. 2011, č. j. R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu

⁹⁹ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 8. 2012, č. j. S399/2011/VZ-16212/2012/530/JWe

¹⁰⁰ Zároveň je omezena doba trvání původní smlouvy na dobu 3 let, resp. 5 let v případě veřejných zakázek v oblasti obrany či bezpečnosti.

víceprací v jednacím řízení bez uveřejnění. Dodatečné stavební práce či služby může stejnému dodavateli zadat zadavatel, pouze pokud vznikla jejich potřeba v důsledku okolností, které nemohl při jednání s náležitou péčí předvídat.¹⁰¹

Podstatnou změnou smlouvy na veřejnou zakázku nemusí být pouze rozšíření předmětu veřejné zakázky, ale za určitých podmínek i jeho zúžení (tzv. méněpráce). Na první pohled by se mohlo zdát, že jelikož se v tomto případě zadavateli nezvyšují výdaje na veřejnou zakázku, není porušen cíl právní úpravy ZVZ, hospodárnost vynaložení veřejných prostředků. Zadavatelé však v praxi často obcházejí základní zásady ZVZ tím, že určité části veřejné zakázky nemají v úmyslu vůbec provést již od počátku. Tyto vybrané části sdělí dodavateli, kterého mají v úmyslu zvýhodnit a ten tyto části ve své nabídce podhodnotí a naopak esenciální části veřejné zakázky nadhodnotí. Vzhledem k tomu, že se nabídková cena většinou hodnotí jako cena celková, tak preferovaný uchazeč vyhraje s nejnižší nabídkou na celkový předmět veřejné zakázky a po uzavření smlouvy se dodatkem zúží předmět veřejné zakázky. Podstatné zúžení předmětu veřejné zakázky by tedy mohlo významně ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku a ovlivnit také nabídkovou cenu. Objem předmětu veřejné zakázky má totiž často vliv nejen na nabídkovou cenu, ale i na stanovení kvalifikačních kritérií, které mohou menší dodavatele omezovat v podání nabídky.¹⁰² K tomu se shodně vyjádřil ve svém rozhodnutí ÚOHS v souvislosti s případem, ve kterém zadavatel provedl zadávací řízení na realizaci dopravní stavby s její čtyřletou údržbou. Ihned po vybrání nejvýhodnější nabídky a uzavření smlouvy na veřejnou zakázku zadavatel dodatkem zúžil předmět veřejné zakázky pouze na realizaci dopravní stavby, již bez její čtyřleté údržby. Úřad posoudil tuto změnu jako podstatnou, jelikož „ *lze předpokládat, že v nabídkových cenách uchazečů se projevuje taktéž kalkulace učiněná s ohledem na rozsah, charakter a dobu předmětu plnění. V tomto ohledu se proto nově nastavené zadávací podmínky týkající se předmětu veřejné zakázky mohly promítnout do výše nabídkových cen. Kdyby uchazeči předkládali nabídky s ohledem na nově*

¹⁰¹ Vícepráce musejí být zároveň technicky a ekonomicky neoddělitelné od původní veřejné zakázky nebo musejí být zcela nezbytné pro dokončení původní veřejné zakázky. Zároveň nesmí vícepráce překročit limit 30% ceny původní veřejné zakázky.

¹⁰² SCHELLEOVÁ, op. cit. SUB 57, str. 36.

*upravený předmět plnění, tedy již bez údržby komunikací, jejich nabídkové ceny za samotné provedení rekonstrukce vybraných komunikací by mohly být s ohledem na možnou odlišnou cenovou strategii jiné, stejně jako hodnocení a následný výběr nejvhodnější nabídky.*¹⁰³ Zadavatel si tedy před každým zúžením předmětu veřejné zakázky musí klást otázku, zda a v jaké míře by mohlo zúžení předmětu ovlivnit hospodářskou soutěž dodavatelů, kdyby byla provedena ještě před podáním nabídek.¹⁰⁴

Další chybou zadavatelů, která se v praxi vyskytuje tak často, že ÚOHS cítil potřebu ji vyjasnit v metodickém pokynu, je vzájemné započítávání rozšíření a zúžení předmětu veřejné zakázky, ke kterému dochází zejména při realizaci rekonstrukcí staveb. Zadavatelé v této situaci nerealizují určitou část předmětu veřejné zakázky, ale místo ní se rozhodnou rozšířit předmět o jinou část plnění. Vzhledem k tomu, že se předpokládána hodnota veřejné zakázky nijak nesníží, mají zadavatelé ve zvyku tyto dvě změny předmětu veřejné zakázky spojovat. Ačkoliv Úřad ve svém stanovisku udává, že není vyloučeno provedení obou změn jedním dodatkem, je naopak vyloučeno změny spojovat z pohledu zadání nové veřejné zakázky. Není proto možné kalkulovat s úhrnem víceprací a méněprací, ale je potřeba je důsledně oddělit. Vícepráce se tedy musí zadat dle specifických podmínek použití jednacního řízení bez uveřejnění a naopak méněpráce musí zadavatel posoudit dle výše zmíněného kritéria ovlivnění hospodářské soutěže.

3.2.3 Umožnění účasti jiných dodavatelů

Z výše zmíněného rozsudku SDEU Pressetext vyplývá další z podstatných změn práv a povinností vyplývajících ze smlouvy na veřejnou zakázku a to je změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů. Soudní dvůr definoval v bodě 35. tohoto rozsudku účast jako *„připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo [...] přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.“* Za jednu z této kategorie podstatných změn smlouvy na veřejnou

¹⁰³ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 28. 7. 2011, č. j. R45/2011/VZ-11318/2011/310/EKu, bod 8.

¹⁰⁴ MÜLLER, Veronika, *Možnosti změn ve smlouvě na plnění veřejné zakázky*, Veřejné zakázky v praxi, březen 2014 [dostupné na <http://www.mt-legal.com/cs/stazeni-souboru-d81f9c1be2e08964bf9f24b15f0e4900.html>]

zakázku ÚOHS ve svém rozhodnutí¹⁰⁵ považoval i změnu platebních podmínek. V posuzované veřejné zakázce zadavatel provedl zadávací řízení na podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce, jejímž předmětem byla oprava základní školy a úprava tělocvičny. V zadávací dokumentaci zadavatel stanovil, že nebudou poskytovány zálohové platby za provedenou práci a jeden z oslovených dodavatelů se prokazatelně omluvil z důvodu nevyhovujících platebních podmínek uvedených v zadávací dokumentaci. Po vybrání nejvýhodnější nabídky a uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem byl uzavřen dodatek ke smlouvě na veřejnou zakázku, ve kterém si smluvní strany upravily změnu platebních podmínek tak, že platby budou probíhat na základě dílčích měsíčních faktur. Úřad tuto změnu považoval za podstatnou, jelikož tím, že zadavatel umožnil průběžné financování stavebních prací, zvýhodnil vybraného uchazeče oproti jiným uchazečům, resp. potencionálním dodavatelům, kteří při podávání (či nepodání) svých nabídek vycházeli z předpokladu, že zálohové platby poskytovány nebudou.

Tento případ podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku je tím nejvíce hypotetickým ze všech změn upravených v ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ, protože pokud bychom ho vykládali striktně, daly by se pod něj podřadit skoro všechny změny smlouvy kromě těch čistě technických. Proto musí být vždy vliv na účast zřejmý nebo musí existovat alespoň nepřímý důkaz o ovlivnění okruhu potenciálních uchazečů.¹⁰⁶

3.2.4 Ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky

K ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází zejména při změně částí smlouvy, které byly v zadávacím řízení součástí kvalifikačních či hodnotících kritérií veřejné zakázky. Jedná se tedy o prodloužení doby plnění veřejné zakázky či navýšení ceny za veřejnou zakázku, ale i o případy, kdy by zadavatel následně slevil z podmínek, které byly součástí kvalifikačních kritérií veřejné zakázky (např. by již nepožadoval stanovenou odbornost realizačního týmu). Zadavatel však může tento zákaz naplnit i nepřímým ovlivněním kvalifikačních kritérií. K tomu by mohlo dojít při změně

¹⁰⁵ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. 11. 2010, č. j. S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCH.

¹⁰⁶ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 147.

smluvních podmínek, která nemá přímý dopad na hodnocení nabídek, ale mohla by mít teoreticky dopad na formulaci podaných nabídek, protože ji uchazeči vzali v úvahu při stanovení své nabídkové ceny. Vzhledem k hypotetičnosti nepřímého ovlivnění musí stejně jako u předchozího případu být toto ovlivnění zřejmé nebo pro něj musí existovat alespoň nepřímý důkaz.¹⁰⁷

Zadavatel může dle ÚOHS porušit tento zákaz pouze v zadávacím řízení, ve kterém posuzoval několik kvalifikovaných nabídek. Ve svém rozhodnutí¹⁰⁸ uvedl, že „je v této souvislosti potřeba zdůraznit, že skutečnost, že změny sjednané v dodatku č. 1 nemohly dle závěru Úřadu podstatně ovlivnit hodnocení nabídek [...] nevyplývá pouze a jenom z věcného charakteru těchto změn, ale především a hlavně z toho, že v původní veřejné zakázce podal řádně kvalifikovanou nabídku pouze jediný uchazeč. Ostatní uchazeči byli vyloučeni pro nesplnění kvalifikace. Pokud tedy neměly změny sjednané v dodatku č. 1 vliv na hodnocení nabídek, bylo tomu tak především proto, že klasické hodnocení ve smyslu komparace několika nabídek u této veřejné zakázky neprobíhalo, a tedy nebylo co „ovlivnit“. Nelze ovšem vyloučit, že pokud by totožné změny smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky byly provedeny v řízení, kde zadavatel hodnotil několik nabídek, pak by bylo posouzení Úřadu výrazně odlišné a přistoupil by i k uložení některého z opatření k nápravě, případně k uložení sankce.“ Toto rozhodnutí bylo vydáno ještě před účinností ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ. V současnosti si lze dle mého názoru jen těžko představit změnu smlouvy na veřejnou zakázku, která by nenaplňovala i předchozí případ, tedy umožnila účast jiných dodavatelů za použití v původním zadávacím řízení.

3.2.5 Změna ekonomické rovnováhy smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče

Poslední podstatnou změnou je změna, která mění ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče. Jedná se o zbytkovou kategorii změn smlouvy na veřejnou zakázku, protože ve většině případů bude zároveň porušen jeden

¹⁰⁷ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 148 – 149.

¹⁰⁸ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 16. 8. 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr, bod 54.

z výše uvedených zakázů. Tato změna se nemusí týkat pouze finančních podmínek veřejné zakázky, ale změna ekonomické rovnováhy smlouvy může ve prospěch vybraného uchazeče vzniknout při změně jakýchkoli částí smlouvy. Toto ustanovení stojí na předpokladu, že smlouva uzavřená v souladu s nabídkou vybraného uchazeče se po uzavření nachází v rovnovážném stavu bez ohledu na její případnou faktickou nevyrovnanost a jakékoli vychýlení ve prospěch vybraného uchazeče může narušit hospodářskou soutěž v neprospěch ostatních uchazečů.¹⁰⁹ Podstatnou změnou smlouvy jsou tedy situace, kdy výhodnější podmínky jsou stanoveny pouze ve prospěch vybraného uchazeče, jelikož si lze jen těžko představit situaci, ve které by stanovení výhodnějších podmínek pro zadavatele mohlo motivovat více dodavatelů k podání nabídky.

3.2.6 Změna předmětu veřejné zakázky v návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek

Návrh zákona o zadávání veřejných zakázek nadále rozlišuje mezi podstatnými a nepodstatnými změnami smlouvy na plnění veřejné zakázky, přičemž taxativní výčet změn podstatných zůstává beze změny. Návrh zákona však nově zavádí tzv. režim „de minimis“, upravující změny malého rozsahu, které s ohledem na svůj rozsah a hospodářskou nevýznamnost nevyžadují realizaci nového zadávacího řízení. Za podstatnou se dle návrhu nepovažuje taková změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky¹¹⁰ a jejíž hodnota je nižší než limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a zároveň musí být hodnota změny nižší než 10 % hodnoty původní veřejné zakázky na služby a dodávky a 15 % hodnoty původní veřejné zakázky na stavební práce. Pokud by zadavatel provedl několik takových změn, bude hodnota stanovena na základě kumulativní hodnoty po sobě jdoucích změn. Jak uvádí důvodová zpráva k návrhu, je jednacím řízením bez uveřejnění na dodatečné dodávky či vícepráce spíše formalitou, která je často doplňována i ex post a při jeho použití se posuzuje pouze naplnění formálních požadavků pro realizaci změny. Tyto formální požadavky však v praxi činí zásadní

¹⁰⁹ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 152.

¹¹⁰ Nebude tedy možné měnit předmět veřejné zakázky jako takový. Např. ve smlouvě na dodávku stolů si nebude možné sjednat změnu části plnění na papír či propisky.

problémy¹¹¹ i tam, kde jsou změny objektivně odůvodněné a účelné. Tímto novým režimem se zákonodárce snaží odlehčit administrativní zátěž zadavatelů a dodavatelů, odstranit právní nejistotu a soustředit se na kontrolu významnějších plnění. Režim „de minimis“ bude umožňovat rychlou a operativní reakci zadavatelů při problémech plnění smlouvy, odstraní právní nejistotu a případné spory zatěžující agendu ÚOHS u změn menšího rozsahu, u nichž platí, že nejsou podstatné. I u těchto změn však bude pro správnou aplikaci vždy nutné, aby zadavatelé bezpodmínečně dodržovali zásady zadávacího řízení (zejména transparentnosti) a aby finanční prostředky vynakládané prostřednictvím realizace nepodstatných změn byly skutečně vynaloženy hospodárně.

V souvislosti s touto změnou a s možností vyhradit si použití jednacím řízení bez uveřejnění v zadávacích podmínkách, se v návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek zároveň navyšují limity pro dodatečné dodávky a vícepráce upravené v současnosti v ustanovení § 23 odst. 5 a ustanovení § 23 odst. 7 ZVZ až na 50% původní hodnoty veřejné zakázky a za podmínek srovnatelných se současnou úpravou, se nebude jednat o změny podstatné. Odpadá proto i povinnost zadavatele provést v těchto případech jednací řízení bez uveřejnění. V tomto případě se mi zdá současná úprava stanovující limit pro vícepráce a dodatečné dodávky na 30% jako dostatečná. Dle mého názoru může navýšení až na 50% podněcovat dodavatele k umělému vytváření situací, za kterých by mohli navýšit předmět plnění veřejné zakázky a tedy k obcházení zákona o veřejných zakázkách. Proti této změně se postavila většina připomínkových míst, a proto je možné, že v konečné podobě nového zákona zůstane zachován současný limit.

Další výraznou změnou v právní úpravě změn smlouvy na veřejnou zakázku je výslovné zakotvení změn vyhrazených zadavatelem v zadávací dokumentaci. I v současnosti se změny vyhrazené v zadávací dokumentaci připouští, ale pouze na základě judikatury SDEU¹¹², kterou do své rozhodovací praxe převzal i ÚOHS.¹¹³

¹¹¹ Např. požadavek na změnu, kterou nemohl zadavatel jednající s náležitou péčí předvídat.

¹¹² Zejména rozsudku Soudního dvora Evropské ze dne 29. 4. 2004, ve věci Komise Evropských společenství vs. CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99.

Návrh zákona reguluje tři taxativně vymezené typy vyhrazených změn závazku po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Prvním typem vyhrazené změny je změna realizovaná zadavatelem v průběhu plnění veřejné zakázky, která se týká ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek či rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, jejich podmínky i obsah jsou v zadávacích podmínkách jednoznačně vymezeny. Takováto změna nesmí změnit celkovou povahu veřejné zakázky. Typickým příkladem takové vyhrazené změny je inflační doložka.

Druhým typem je vyhrazená změna dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, které se budu věnovat v následující podkapitole.

Posledním typem vyhrazené změny je změna, která spočívá v možnosti výhrady použití jednacímho řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací vybraným dodavatelem. Předpokladem pro uplatnění takové výhrady je, že podmínky pro nové služby nebo nové stavební práce odpovídají podmínkám pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění¹¹⁴, předpokládaná hodnota nových služeb nebo nových stavebních prací nepřevyšuje 30 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky a v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky je uvedena předpokládaná doba a rozsah poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací.

3.3 Změny v subjektech smlouvy na veřejnou zakázku

Změny v subjektech smlouvy na veřejnou zakázku nejsou v současné právní úpravě nijak upraveny, jelikož ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ hovoří pouze o podstatných změnách práv a povinností ze smlouvy, čímž se myslí obsah právního vztahu a na

¹¹³ Např. ve svém druhostupňovém rozhodnutí ze dne 18. 12. 2013, sp. zn. R212/2011, kde připustil smluvně zakotvené zvýšení ceny. Vzhledem k tomu, že dodavatelé podávají své nabídky s možností následné změny smlouvy a není proto porušena zásada zákazu diskriminace.

¹¹⁴ Pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění požaduje návrh splnění následujících podmínek - nové služby nebo nové stavební práce budou zadány vybranému dodavateli, v zadávacích podmínkách původního zadávacímho řízení byla tato možnost vyhrazena byl uveden rozsah nových služeb nebo nových stavebních prací, předpokládaná hodnota veřejné zakázky na nové služby nebo nové stavební práce byla zahrnuta v předpokládané hodnotě původní veřejné zakázky, jednacím řízení bez uveřejnění bude zahájeno do 3 let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku a skutečná cena bez daně z přidané hodnoty veřejné zakázky za nové služby nebo stavební práce nepřesáhne o více než 30 % předpokládanou hodnotu vyhrazeného plnění ani nepřesahuje 30 % ceny původní veřejné zakázky.

subjekty tedy nedopadá. Změnám v subjektech smlouvy na veřejnou zakázku se ve své judikatuře¹¹⁵ věnoval Soudní dvůr Evropské unie, který poskytl členským státům výklad, dle kterého by mohla být i změna subjektů považována za změnu podstatnou.

3.3.1 Změna zadavatele

Změnou zadavatele veřejné zakázky se mění příjemce plnění veřejné zakázky a bude jím subjekt odlišný od toho, kdo provedl zadávací řízení. Z hlediska občanského práva dochází k postoupení smlouvy dle ustanovení § 1895 a násl. OZ mezi zadavatelem původním a novým zadavatelem. Podle ustanovení občanského zákoníku je k tomu převodu potřeba souhlas postoupené strany, tedy dodavatele. Pokud se však na postoupení smlouvy podíváme z pohledu zákona o veřejných zakázkách, je potřeba vyřešit otázku, zda se nejedná o podstatnou změnu smlouvy, která by mohla v konečném důsledku porušit základní zásady zadávacího řízení.

Změnou zadavatele ve většině případů nedochází k porušení základních zásad ZVZ, jelikož i po změně zadavatele bude veřejnou zakázku plnit uchazeč vybraný v původním zadávacím řízení a práva potenciálních dodavatelů by neměla být žádným způsobem dotčena. Bude se jednat zejména o situace interní reorganizace zadavatele či změnu právních předpisů, která určuje ministerstvům a jiným ústředním správním úřadům jejich kompetence. Problémem, který by mohl v této situaci vzniknout, by byla změna, po které by nový zadavatel podléhal jinému režimu ZVZ než zadavatel původní (např. pokud by se sektorový zadavatel změnil na zadavatele veřejného). Tento způsob změny zadavatele by již byl v rozporu se zásadami zadávacích řízení, jelikož nový zadavatel by byl stranou smlouvy, která byla uzavřena podle mírnějších postupů ZVZ, než kdyby ve veřejné zakázce vystupoval jako zadavatel od začátku. Změna zadavatele je dle zákona o veřejných zakázkách tedy v zásadě možná, pokud se jedná o zadavatele, na které dopadají stejná ustanovení ZVZ.¹¹⁶

¹¹⁵ Zejména rozsudek *Pressetext a Wall AG*.

¹¹⁶ SCHELLEOVÁ, op. cit., SUB 57, str. 29.

3.3.2 Změna dodavatele

Změna dodavatele je obecně vždy podstatnou změnou, jelikož do právního vztahu na plnění veřejné zakázky vstupuje subjekt, který nebyl vybrán v zadávacím řízení, a tedy neprokázal kvalifikaci, ani nebyl v zadávacím řízení hodnocen. Jedná se bezpochyby o změnu základních podmínek veřejné zakázky, která narušuje hospodářskou soutěž, jak se vyjádřil i SD EU v bodě 40 výše zmíněného rozsudku *Pressetext*. V tom samém rozhodnutí však svůj výklad poněkud zmírnil a změnu v určitých specifických případech povolil. Za takovou výjimku považoval zejména interní reorganizaci dodavatele, která původní podmínky veřejné zakázky nijak výrazně nemění a je tedy v zásadě povolena.¹¹⁷

Striktně se ke změně dodavatele staví i ÚOHS, který rozhodl o převedení smlouvy na třetí osobu tak, že „... změna v osobě dodavatele je vždy podstatnou změnou v existujícím právním vztahu. Navíc je nutno konstatovat, že na smlouvu ze dne 18. 4. 2012 je třeba z pohledu zákona nahlížet jako na smlouvu novou, nikoliv jako na dodatek ke smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2008, byť je tak formálně nazvána. Pokud by byla změna v osobě dodavatele umožněna, jak to tvrdí zadavatel, stala by se příslušná ustanovení zákona obsoletními a postup v zadávacím řízení předcházející uzavření smlouvy s vítězným uchazečem by byl jen zbytečným formálním postupem. V průběhu správního řízení jednoznačně vyšlo najevo, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel provedl řádné zadávací řízení podle zákona, mohl by obdržet jiné nabídky od dalších dodavatelů, kteří by mohli nabídnout výhodnější smluvní podmínky pro zadavatele, a v důsledku toho mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů. Proto nelze dát za pravdu zadavateli v jeho tvrzení, že jeho postup neměl na výběr nejvhodnější nabídky podstatný vliv.“¹¹⁸

V návrhu zákona o zadávání veřejných zakázek je jednou ze změn, které si může zadavatel vyhradit v zadávacích podmínkách, změna v osobě dodavatele. Návrh zákona již tedy výslovně uvádí, že smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody mohou být

¹¹⁷ A to i v tomto konkrétním případě, kdy byla smlouva na veřejnou zakázku postoupena dceřině společnosti, ve které původní dodavatel vlastník 100% podíl.

¹¹⁸ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 7. 2. 2013, č. j. ÚOHS-S510/2010/VZ-2461/2013/521/JHn, bod 43.

měněny bez nového zadávacího řízení, pokud nový dodavatel nahrazuje dodavatele, jemuž veřejný zadavatel původně veřejnou zakázku zadal. Tak se však může dít pouze v tom případě, že zadavatel detailně vymežil v zadávacích podmínkách okolnosti, za kterých může k takové změně dojít. Podle důvodové zprávy musí být v zadávacích podmínkách jasně a nezpochybnitelně vymezeny podmínky pro změnu osoby dodavatele a také způsob jakým bude nový dodavatel určen. Není tedy například možné, aby si zadavatel vyhradil pouze to, že vybraného dodavatele nahradí jiný dodavatel, kterého zadavatel vybere mimo zadávací řízení.

3.3.3 Změna subdodavatele

Zákon o veřejných zakázkách definuje subdodavatele ve svém ustanovení § 17 písm. i) ZVZ jako osobu, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva. Změnou subdodavatele nedochází ke změně subjektů ani předmětu smlouvy na veřejnou zakázku, ale i tak se může v určitých případech jednat o podstatnou změnu smlouvy, která by mohla narušit hospodářskou soutěž.

Dodavateli ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ umožňuje prokázání splnění určité části kvalifikace, kterou není schopen prokázat sám, prostřednictvím subdodavatele. Změna takového subdodavatele by tedy mohla naplnit podmínky pro podstatnou změnu veřejné zakázky dle ustanovení § 82 odst. 7 písm. c) ZVZ, jelikož dodavatel by byl bez prokázání kvalifikace prostřednictvím toho konkrétního subdodavatele vyloučen z původního zadávacího řízení. Tato skutečnost by tedy bezpochyby mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.¹¹⁹

Dalším případem je situace, která vychází z rozsudku SDEU ve věci Wall AG rozebraném podrobně v podkapitole 3.1.4. Vzhledem k tomu, že zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč uvedl ve své nabídce identifikační údaje subdodavatelů, prostřednictvím kterých má v úmyslu veřejnou zakázku plnit, tak by teoreticky mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky i změna subdodavatelů prostřednictvím kterých se kvalifikace neproказuje. S tím souhlasí i SDEU v již

¹¹⁹ DVOŘÁK, op. cit., SUB 7, str. 213.

zmíněném rozsudku Wall AG, ve kterém uvedl, že „změna subdodavatele, ačkoliv je možnost takovéto změny ve smlouvě upravena, může ve výjimečných případech být takovou změnou jednoho z podstatných prvků smlouvy o koncesi, a to v situaci, kdy využití služeb určitého subdodavatele spíše nežli subdodavatele jiného, s ohledem na charakteristiky vlastní dotčenému plnění, bylo rozhodujícím aspektem pro uzavření smlouvy; ověření čehož je v každém případě na vnitrostátním soudu.“¹²⁰ V zadávacím řízení dle ZVZ se dá však pouze těžko představit situace, kdy by mohlo mít spojení s konkrétním subdodavatelem vliv na výběr vítězného uchazeče.

¹²⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 13. 4. 2010, ve věci Wall AG vs město Frankfurt nad Mohanem, C-91/08, odst. 39

Závěr

Ve své práci jsem se zaměřil na rozbor problematických aspektů uzavírání smlouvy na plnění veřejné zakázky a zejména se podrobně věnoval následným změnám této smlouvy. Cílem této diplomové práce bylo provedení rozboru problémů, které mají v praxi zejména zadavatelé veřejných zakázek. Čerpal jsem z judikatury Soudního dvora Evropské unie, rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a z dostupné odborné literatury. Tento rozbor by měl odborné veřejnosti poskytnout vodítko, jak se v těchto často sporných situacích zachovat takovým způsobem, aby nebyl porušen zákon o veřejných zakázkách a aby byly zachovány zásady a cíle zadávacího řízení.

Řadu změn v této oblasti přináší návrh zákona o zadávání veřejných zakázek, který byl v průběhu vypracování této práce schválen Parlamentem České republiky v prvním čtení a jehož plánovaná účinnost je již od dubna roku 2016. Nový zákon mimo jiné zavádí nový druh zadávacího řízení, pětinasobně navyšuje limit pro zadávání veřejných zakázek na stavební práce ve zjednodušeném podlimitním řízení, rozšiřuje možnosti vyloučení uchazečů ze zadávacího řízení o důvody související s prokázanou nespolehlivostí uchazeče a umožní stanovit pevnou výši ceny předmětu veřejné zakázky, přičemž soutěž bude probíhat pouze dle kvalitativních kritérií. Avizovaným smyslem navrhovaného zákona by měla být kultivace a zjednodušení zadávacích řízení zvláště s ohledem na starosty obcí, kteří by měli být nově schopni administrovat celý proces zadávacího řízení bez vnější pomoci agentur a advokátních kanceláří specializujících se na veřejné zakázky. Koncepce zákona dle mého názoru opravdu snižuje administrativní zátěž zadavatelů veřejných zakázek, ale nezjednodušuje ho až do takové míry, aby odborně nekvalifikovaní starostové menších obcí byli bez administrativního aparátu schopni provést zákonné zadávací řízení se všemi jeho úskalími, ačkoliv výjimky se v praxi bezpochyby najdou.

Podrobným rozbohem judikatury Soudního dvora Evropské unie, věnující se změnám smluv na plnění veřejných zakázek, jsem došel k názoru, že legislativní úprava v současném zákoně u veřejných zakázek, ale i v návrhu zákona o zadávacích řízeních, je nedostatečná a například v případě změny smlouvy mezi rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky a jejím uzavřením v podstatě neexistující. Považuji za vhodnou

podrobnější zákonnou úpravu de lege ferenda, která by nastavovala jasné mantinely omezující smluvní volnost ve vztahu ke smlouvám na plnění veřejné zakázky.

Seznam zkratek

ZVZ - zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

OZ - zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

zadávací směrnice - směrnice 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2014/18/EU, směrnice 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/EU a směrnice 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí

směrnice o zadávání veřejných zakázek - směrnice 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2014/18/EU

ÚOHS nebo **Úřad** - Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Presstext - Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 6. 2008, ve věci presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06

SDEU nebo **Soudní dvůr** - Soudní dvůr Evropské unie

NSS - Nejvyšší správní soud České republiky

EK – Evropská komise

Použitá literatura

Knižní prameny

DVOŘÁK, David. Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014, xx, 243 s. Právní praxe. ISBN 978-80-7400-518-3.

RAUS, David. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. Praha: Linde, 2007, 895 s. Zákony - komentáře. ISBN 978-80-7201-677-8.

JURČÍK, Radek. Veřejné zakázky a koncese. 2., dopl. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014, Právní praxe. ISBN 978-80-7400-443-8.

BALÝOVÁ, Lucie. Veřejné zakázky. Vyd. 1. V Praze: C.H. Beck, 2015, xix, 230 s. Právní praxe. ISBN 978-80-7400-560-2.

JURČÍK, Radek. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 3. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012, xviii, 832 s. Beckova edice komentované zákony. ISBN 978-80-7179-222-2.

KRČ, Robert. Zákon o veřejných zakázkách: s komentářem a judikaturou. Praha: Linde Praha, 2013, xiv, 1253 s. ISBN 978-80-7201-888-8.

JANOŠEK, M., MACHUREK, T., OLÍK, M. aj. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 631 s., ISBN 978-80-7357-636-3.

SCHELLEOVÁ, Andrea. Nejčastější problémy ve veřejných zakázkách nejen pro sektorové zadavatele. Praha: Linde, 2014, 119 s. Monografie (Linde). ISBN 978-80-7201-857-4

KRUTÁK, Tomáš a Lenka KRUTÁKOVÁ. Zákon o veřejných zakázkách: s komentářem a příklady : právní stav k 1.4.2013. 2. aktualiz. vyd. Olomouc: ANAG, 2013, 639 s. Právo (Anag). ISBN 9788072637782.

Občanský zákoník: komentář. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, 6 sv. Komentáře (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7478-369-2.

Odborné články

JURČÍK, Radek, Podmínky provádění kontroly a vlastní kontrolní mechanismy zadávání veřejných zakázek, Transparency International, Praha, 2006. [http://transint.xred.cz/doc/vz_analyza_jurcik.pdf]

Ministerstvo pro místní rozvoj, Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek. 2008. [http://www.portal-vz.cz/getmedia/617a16c3-e25a-4c60-b636-b63223ce1f12/Sbornik-autorskych-textu_3E_vs_principy_ZVZ]

ZATLOUKAL Petr, MACEK Ivo, Řízení o inovačním partnerství, odborný článek ze serveru epravo.cz ze dne 31. 7. 2015 [dostupný na <http://www.epravo.cz/top/clanky/rizeni-o-inovacnim-partnerstvi-98530.html>]

ZUSKA, Karel, Veřejné zakázky z pohledu odpovědnosti dodavatele projektových a stavebních prací, odborný článek ze dne 23. 2. 2015 [dostupný na <http://www.holec-advokati.cz/cs/publikace/aktuality/292>]

MÜLLER, Veronika, Možnosti změn ve smlouvě na plnění veřejné zakázky, Veřejné zakázky v praxi, březen 2014 [dostupné na <http://www.mt-legal.com/cs/stazeni-souboru-d81f9c1be2e08964bf9f24b15f0e4900.html>]

Ministerstvo pro místní rozvoj ČR, Metodika zadávání veřejných zakázek 1.1.2014 [dostupné na http://www.portal-vz.cz/getmedia/1c881424-caff-4f9f-a83b-6e0aba67c8cf/Metodika_uprava2014.pdf]

Judikatura

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 6. 2008, sp. zn. 62 Ca 21/2007.

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2009, sp. zn. 62 Ca 28/2008-74.

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 12. 2011, sp. zn. 62 Af 54/2010

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 1. 2013 sp. zn. 62 Af 75/2001

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013 sp. zn. 62 Af 73/2010

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.5.2010 s č.j. 8 Afs 60/2009 – 78.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008 s č. j. 1 Afs 20/2008 – 152.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2013 s č.j. 2 Afs 4/2013-57.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 29. 4. 2004 ve věci Komise Evropských společenství vs. CAS Succhi di Frutta SpA., C-496/99P.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 22. 6. 1993 ve věci Komise Evropských společenství proti Dánskému království, C-243/89

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 25. 4. 1996 ve věci Komise Evropských společenství proti Belgickému království, C-87/94

Rozsudek Soudního dvora Evropské ze dne 14. 7. 2004, ve věci Komise Evropských společenství vs. Italská republika, C-385/02, odst. 19 - 21.

Rozsudek Soudního dvora Evropské ze dne 5. 10. 2000, ve věci Komise Evropských společenství vs. Francouzská republika, C-337/98.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 6. 2008, ve věci presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 13. 4. 2010, ve věci Wall AG vs město Frankfurt nad Mohanem, C-91/08.

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 5. 2011, č. j. R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 8. 2012, č. j. S399/2011/VZ-16212/2012/530/JWe

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 9. 10. 2009, č. j. ÚOHS-S130/2/09-11951/2009/530/RPá

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 6. 4. 2007, č. j. ÚOHS-S066/2007-00056/2007/550-ZH.

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 19. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R180,187/2014/VZ-34132/2015/321/IPs.

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 3. 2014, č. j. S698/2013/VZ-5909/2014/513/JVo

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 28. 7. 2011, č. j. R45/2011/VZ-11318/2011/310/EKu

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. 11. 2010, č. j. S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCH.

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 16. 8. 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 7. 2. 2013, č. j. ÚOHS-S510/2010/VZ-2461/2013/521/JHn.

Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku

Abstrakt

Cílem této diplomové práce je pojednání o procesu uzavírání smluv na veřejné zakázky a jeho porovnání s návrhem zákona o zadávacích řízeních schváleným Vládou ČR. Tato práce popisuje ve třech samostatných kapitolách současnou právní úpravu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a její následné změny.

První kapitola se stručně zabývá základními pojmy zadávacího řízení, které jsou pro celý proces uzavření smlouvy na veřejnou zakázku zásadní. Druhá kapitola se zabývá vybranými aspekty uzavření smlouvy na veřejnou zakázku v otevřeném řízení. Těmito aspekty jsou zahájení zadávacího řízení, nabídka a vázanost nabídkou, jistota, otevírání obálek, výběr nejvhodnější nabídky, uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a povinnosti zadavatele po uzavření smlouvy. Jádrem této diplomové práce je nejpodrobněji zpracovaná kapitola třetí, která se věnuje změnám smluv na veřejnou zakázku. V této kapitole je nejprve popsán vývoj judikatury Soudního dvora Evropské unie, následován změnami v předmětu smluv na veřejné zakázky a změnami v subjektech smluv na veřejné zakázky.

Concluding a contract resulting from public tender

Abstract

This thesis aims to discuss the process of concluding contracts resulting from public tender, and its comparison with the draft law on procurement procedures approved by the Czech government. The thesis describes the current legislation on concluding contracts resulting from public tender and its subsequent amendments in three separate chapters.

The first chapter briefly defines the basic terminology of the public procurement procedure, which is crucial for the whole process of concluding public procurement contracts. The second chapter deals with selected aspects of conclusion of public procurement contracts in open procedure. These aspects are commencing of tender procedure, boundness of the submission of tender, security, opening of envelopes with submissions, and the selection of the best submission and obligations of public authorities after conclusion of public procurement contract. Chapter three is the most detailed part of the thesis, which deals with changes in public procurement contracts. Chapter three first describes the development of the case law of the Court of Justice of the European Union, and then is followed by changes in the subject of public procurement contracts and changes in the contracting parties of public procurement contracts.

Klíčová slova

Veřejné zakázky

Uzavření smlouvy

Změna smlouvy

Key words

Public tender

Conclusion of a contract

Changes of a contract