

Vážená paní [REDAKCE]

předně si Vás dovoluji upozornit, že Centrum pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „CRR ČR“) není schopno poskytovat konzultace ke změnám závazku ze smlouvy, aniž by od zadavatele obdrželo úplnou dokumentaci.

Zadavatel předložil ke konzultaci návrhy dodatků ke kupní smlouvě k 1. a 2. části veřejné zakázky č. 1 na projektu CZ.06.2.67/0.0/0.0/16_054/0004874.

Dle ust. § 222 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve změně pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“ nebo „zákon“) nesmí zadavatel provést změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, je-li tato změna změnou podstatnou, tj. nepřipustnou, bez provedení nového zadávacího řízení podle ZZVZ. Toto ustanovení vymezuje důvody, pro které je třeba změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku považovat za podstatnou (§ 222 odst. 3 ZZVZ), a současně též důvody, pro které se naopak změna za změnu podstatnou nepovažuje, a tudíž je taková změna možná bez provedení nového zadávacího řízení (typicky prostřednictvím uzavření dodatku ke smlouvě).

Ustanovení § 222 ZZVZ bylo formulováno na základě judikatury Soudního dvora Evropské unie ve věci Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Österreich, C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 DEU Pressetext, kde jsou vymezeny hranice přípustnosti změny závazku ze smlouvy tak, aby nedošlo k obcházení smyslu zákona, resp. rovné soutěže mezi dodavateli. V uvedeném rozsudku bylo konstatováno, že změna smlouvy může být považována za podstatnou, *„pokud 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 pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla vybrána.“*. Dále bylo konstatováno, že *„změna takové podmínky během doby platnosti zakázky při neexistenci výslovného zmocnění v tomto smyslu, obsaženého v původní veřejné zakázce, by znamenala riziko porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči.“*

Obecné pravidlo dle § 222 odst. 1 ZZVZ zadavateli zakazuje provést podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jejího trvání bez provedení nového zadávacího řízení, a dále § 222 odst. 3 ZZVZ ve výčtu písm. a) až c) uvádí, za jakých podmínek se o podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku jedná.

Zadavatel nesmí dle § 222 odst. 3 ZZVZ umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy, kterou uzavřel na plnění zakázky. Za podstatnou se považuje taková změna, která by

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

Odstavce 4 až 7 ustanovení § 222 ZZVZ pak stanoví čtyři kategorie změn, které se při splnění stanovených podmínek nepovažují za podstatné změny. Jde tedy o jakési „blokové výjimky“ ze zákazu podstatné změny zakotveného v § 222 odst. 1 ZZVZ.

Za podstatnou se nepovažuje změna dle § 222 odst. 4 ZZVZ (změna „*de minimis*“), která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a současně nižší než 10 % původní hodnoty závazku. U uvedených limitů rozhoduje součet změn provedených podle odstavce 4. To znamená, že je-li součet hodnoty změn roven nebo vyšší než 10 %, nejsou podmínky podle odstavce 4 naplněny. Pokud dochází ke změně části plnění předmětu

smlouvy na veřejnou zakázku (například výměna jednoho výrobku za jiný), je třeba zohlednit jak cenu přidaného (nového) plnění, tak cenu nevyčerpaného (původního) plnění. Půjde tedy o součet absolutních hodnot přidaného (nového) a nevyčerpaného (původního) plnění. Do limitů se však nezapočítávají změny provedené podle jiných odstavců.

Dle § 222 odst. 5 ZZVZ se za podstatnou změnu nepovažují dodatečné dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním znění smlouvy na veřejnou zakázku. Musí se jednat o takové dodatečné plnění, které samo o sobě hraje významnou roli při splnění původního závazku. Současně s tím musí být naplněna podmínka nemožnosti změny dodavatele z důvodů ekonomických či technických. Pro účely výpočtu procentuální hodnoty změny je nezbytné opět sčítat absolutní hodnotu víceprací a méněprací. Součet hodnoty změn provedených podle odstavce 5 nesmí vzhledem k původní hodnotě závazku přesahovat 50 %, tj. součet hodnoty změn může být roven 50 %, ale nesmí být vyšší.

Dle § 222 odst. 6 ZZVZ se za podstatnou změnu nepovažuje změna, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, pokud nemění povahu původní zakázky a hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku v součtu. Nepředvídanost nelze jednotně definovat pro všechny případy, ale je nutné ji vždy posuzovat pro konkrétní situaci s ohledem na odborné kapacity zadavatele a jeho náležitou péči. S ohledem na konkrétní okolnosti posuzovaného případu by měl být zadavatel schopen, v případě podřazení změny pod odstavce 6, prokázat nepředvídatelnost doložením potvrzení o ukončení výroby předmětu plnění, potvrzení hlavních dodavatelů o dlouhodobé nedostupnosti předmětu plnění vyvolané epidemií koronaviru apod. Pro účely výpočtu procentuální hodnoty změny je opět nezbytné sčítat absolutní hodnotu víceprací a méněprací. Součet hodnoty změn provedených podle odstavce 6 nesmí vzhledem k původní hodnotě závazku přesahovat 50 %, tj. součet hodnoty změn může být roven 50 %, ale nesmí být vyšší.

Pokud se zadavatel rozhodne aplikovat odstavce 5 nebo 6 výše uvedeného ustanovení § 222 ZZVZ, je povinen zohlednit rovněž § 222 odst. 9 ZZVZ. Limit cenového nárůstu podle odstavce 9 se vztahuje na součet hodnot změn podle odstavce 5 a 6; nezapočítávají se však do něj změny provedené podle ostatních odstavců, i kdyby zvyšovaly celkovou cenu veřejné zakázky. Při výpočtu limitu cenového nárůstu podle odstavce 9 se na rozdíl od výpočtu hodnoty změny odečítají dodávky, které nebyly v původní veřejné zakázce realizovány. Lze tedy odečíst nerealizovaná plnění.

Současně provedení změn dle odstavce 5 nebo 6 musí být zveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dle § 222 odst. 8 ZZVZ (oznámení o změně závazku).

Z doložené dokumentace vyplývá, že zadavatel podřadil prováděné změny pod výše uvedený § 222 odst. 4 ZZVZ. Dle zjištění CRR ČR však hodnota změny v rámci 1. části veřejné zakázky „*Přírodovědné vybavení*“, která je dána součtem absolutní hodnoty víceprací (120.000 Kč bez DPH + 32.000 Kč bez DPH) a méněprací (120.000 Kč bez DPH + 32.000 Kč bez DPH), činí v souhrnu 304.000 Kč bez DPH, tedy prováděná změna není schopna naplnit podmínky dle ust. § 222 odst. 4 ZZVZ, a to pro překročení stanoveného limitu 10 % původní hodnoty závazku (97.000 Kč bez DPH). Z tohoto důvodu by měl zadavatel přehodnotit podřazení jednotlivých změn pod další kategorie výjimek (§ 222 odst. 5 a 6 ZZVZ).

Současně CRR ČR upozorňuje zadavatele na problematiku řešení výměny původní položky „*Digitální mikroskop s LCD displejem*“ za nový „*LCD Mikroskop Bresser*“, který nesplňuje kompletně technickou specifikaci přírodovědného vybavení. Konkrétní rozdíl oproti zadávacím podmínkám je ve velikosti

nabízeného displeje 3,5" (8,89 cm). V zadávací dokumentaci v rámci technické specifikace přírodovědného vybavení byl požadován LCD displej o min. úhlopříčce 3,6" (9 cm).

Z předloženého návrhu Dodatku č. 1 ke Kupní smlouvě vyplývá, že změnu týkající se předmětné položky „*Digitální mikroskop s LCD displejem*“ zadavatel podřadil pod § 222 odst. 4 ZZVZ. Uvedený postup zadavatele byl však ze strany CRR ČR vyhodnocen jako nevyhovující podmínkám stanoveným pro změnu závazku ze smlouvy v rámci ust. § 222 ZZVZ, a tudíž klasifikovaný jako změna podstatná, jelikož prováděná změna není schopna naplnit podmínky dle ust. § 222 odst. 4 ZZVZ, a to pro překročení stanoveného limitu 10 % (97.000 Kč bez DPH), neboť hodnota změny položky „*Digitální mikroskop s LCD displejem*“, která je dána součtem absolutní hodnoty víceprací (120.000 Kč bez DPH) a méněprací (120.000 Kč bez DPH), činí v souhrnu 240.000 Kč bez DPH.

Dále prováděná změna není schopna naplnit podmínky dle ust. § 222 odst. 6 ZZVZ, když nově dodávaný „*Digitální mikroskop s LCD displejem Bresser*“ dle doložené dokumentace nespĺňuje kompletně technickou specifikaci přírodovědného vybavení ze zadávacích podmínek.

Pokud by zadavatel umožnil vybranému dodavateli dodat zboží nespĺňující minimální parametry stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách, došlo by takovým postupem k naplnění podmínek pro podstatnou změnu závazku ze smlouvy dle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ, neboť na podkladu výše uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly změně, kterou akceptoval zadavatel, pak by takto nastavené zadávací podmínky umožnily účast jiných dodavatelů a v konečném důsledku rovněž i výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, neboť pokud by vybraný dodavatel nabídl plnění nespĺňující zadávací podmínky, musel by být ze zadávacího řízení vyloučen.

S ohledem na poskytnuté informace CRR ČR doporučuje zadavateli postupovat dle § 223 odst. 1 ZZVZ, tj. vypovědět z této části závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku, neboť dle názoru CRR ČR v plnění nelze pokračovat, aniž by byla porušena pravidla uvedená v § 222.

Jak již bylo výše uvedeno, dle § 222 odst. 1 ZZVZ nesmí zadavatel po dobu trvání smlouvy na veřejnou zakázku provést podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Má-li být v rámci smlouvy na veřejnou zakázku provedena její změna, která je změnou podstatnou, musí zadavatel takovou změnu realizovat v novém zadávacím řízení. K volbě druhu zadávacího řízení komentářová literatura (HERMAN, P.; FIDLER, V. a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, 489 s. ISBN: 978-80-7380-595-1.) uvádí následující: „*Zadavatel může použít každé zadávací řízení, které je oprávněn podle podmínek stanovených tímto zákonem použít pro zadání zbývajících (dosud nerealizovaných) částí původní veřejné zakázky. Zejména pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky tak nemusí vycházet z předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky, ale pouze z předpokládané hodnoty plnění, na které bude uzavírána smlouva v novém zadávacím řízení. Není rovněž vyloučeno ani zadání veřejné zakázky malého rozsahu, pokud hodnota zbývajících částí plnění nepřesahuje limity stanovené v § 27 (...).*“

Předmětem návrhu Dodatku č. 1 ke Kupní smlouvě k 1. části veřejné zakázky je rovněž prodloužení termínu pro dodání předmětu plnění. K tomuto CRR ČR uvádí, že zadavatel musí být schopen před kontrolním orgánem zdůvodnit nezbytnost a přiměřenost takového prodloužení. Zadavatel nesmí připustit výraznější prodloužení termínu plnění, které by umožnilo účast jiných dodavatelů nebo které by mohlo ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně (§ 222 odst. 3 ZZVZ).

Dovolává-li se zadavatel některé z výjimek podle § 222 ZZVZ, musí prokázat naplnění podmínek pro její aplikaci, tj. předložit v této souvislosti relevantní tvrzení a skutečnosti. S ohledem na doloženou dokumentaci lze akceptovat, že celosvětová epidemie koronaviru je nepředvídatelnou a těžko ovlivnitelnou skutečností, nicméně je povinností zadavatele konkrétní okolnosti vedoucí k prodloužení termínu pro dodání předmětu plnění velmi dobře dokladovat, aby mohlo být ze strany CRR ČR posouzeno, zda předmětné prodloužení bylo opravdu nezaviněné ze strany vybraného dodavatele.

Upozorňujeme, že výše uvedená odpověď je poskytována pouze v intencích poskytnutých informací a podkladů. Výše uvedená odpověď v žádném případě nenahrazuje věcné posouzení průběhu zadávacího řízení (ani jeho části) či posouzení dokumentace o zadávacím řízení. To by mohlo být provedené až v rámci kontroly zakázky v IROP po předložení kompletní dokumentace o zadávacím řízení.

Poskytnutá konzultace a doporučení jsou pouze výsledkem předběžného posouzení zakázky ze strany CRR ČR v rámci běžné konzultační činnosti a nezakládají nárok na pozdější shodné posouzení prováděné v rámci kontroly projektu, neboť veškeré skutečnosti budou ověřovány až v rámci následné kontroly, a to zejm. technické specifikace v souvislosti s náplní projektu či způsobilostí výdajů. Platnost a relevance poskytnuté konzultace je proto omezena v případě, kdy zejména předmět zakázky, technické specifikace a / nebo relevantní trh či jiné zadávací podmínky vykazují specifika, které nebyly CRR ČR v době poskytnutí konzultace známy, a proto ani nemohly být vzaty při poskytnutí konzultace v úvahu, např. když část zadávacích podmínek nebyla předložena či nebyla předmětem konzultace. To platí i pro případy v době kontroly nového, dosud neznámého výkladu platných pravidel, učiněného především nadřízeným orgánem či soudem.

Upozorňujeme rovněž, že konzultace nenahrazuje rozhodnutí, vyjádření, souhlas, posouzení, popřípadě jiné opatření dotčeného orgánu státní správy vyžadované zvláštním předpisem. Zejména stanovisko CRR ČR nenahrazuje případné stanovisko orgánu dohledu (ÚOHS) a nezbavuje zadavatele zodpovědnosti za dodržování stanovených pravidel (zejm. zákona o veřejných zakázkách, zákona o zadávání veřejných zakázek a pravidel stanovených poskytovatelem dotace).

S pozdravem

