

Národní divadlo

Ostrovní 1

112 30 Praha 1

k rukám Ing. Václava Peloucha, ředitele technicko-provozní správy

Právní stanovisko k přípustnosti změny závazku ze smlouvy na základě změnového listu č. 39

Předmětem tohoto právního stanoviska je posouzení přípustnosti změny závazku ze smlouvy na základě změnového listu č. 39, jehož předmětem je vyhotovení nové válcové točny.

Skutkový stav

Stávajícím dodavatelem stavebních prací na rekonstrukci historické a provozní budovy Státní opery je na základě smlouvy o dílo č. SOD INV 799/2016 ze dne 20.2.2017 ve znění pozdějších dodatků č.1 – č. 4 společnost HOCHTIEF CZ a.s.

V průběhu provádění stavebních prací na základě smlouvy o dílo na rekonstrukci historické a provozní budovy Státní opery vyvstala otázka dílčí změny plnění týkající se vyhotovení nové válcové točny a s tím souvisejícího zásahu do stavební části prostor divadelní technologie a dílčích úprav VZT vč. elektroinstalace.

A) Otázka druhu veřejné zakázky (podle předmětu)

Advokátní kancelář DPPartners je toho názoru, že v daném případě (změny technologie točny) není třeba primárně posuzovat, zda se jedná o plnění, které má charakter stavebních prací nebo dodávky či služby. Požadovaná změna plnění vychází již z vysoutěžené nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce a následně uzavřené smlouvy o dílo a jakoukoliv změnu tohoto plnění je třeba posuzovat primárně v souladu s ustanoveními § 222 ZZVZ, které upravují změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.

Advokátní kancelář DPPartners se nepřiklání k výkladu, že účel změny veřejné zakázky je nutno posuzovat zcela samostatně a odděleně od původní veřejné zakázky. Postup pro provedení změny závazky na základě smlouvy na veřejnou zakázku je takový, že zadavatel nejdříve posuzuje, zda je možno splnit podmínky pro nepodstatné změny závazku ze smlouvy podle § 222 ZZVZ a teprve v případě, kdy shledá, že se jedná o změnu podstatnou a je nutno provést nové zadávací řízení, tak se zadavatel zajímá o obecná ustanovení ZZVZ a případné určení druhu veřejné zakázky podle předmětu v souladu s ustanoveními § 14 a 15 ZZVZ.

Zadavatel nemá v plánu vyhlášovat novou zakázku na dodávku nové válcové točny, když má již divadelní točnu zasmluvněnou na základě uzavřené smlouvy o dílo na rekonstrukci historické a provozní budovy Státní opery a je oprávněn změnu plnění podčlenit pod nepodstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Tento postup by byl zcela jistě v rozporu se zásadou hospodárnosti, kdy by zadavatel poptával stejné plnění (divadelní točnu, leč s odlišnou technologií), na jehož poskytnutí má již dle platně uzavřeného smluvního vztahu nárok vůči vybranému dodavateli.

Advokátní kancelář DPPartners je přesvědčena o tom, že výběr druhu původní veřejné zakázky (podle předmětu) byl proveden zcela v souladu s předpisy o zadávání veřejných zakázek. Podle tehdejšího platného zákona o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb., byla veřejnou zakázkou na stavební práce též veřejná zakázka, jejímž předmětem je vedle plnění podle odst. 1 rovněž poskytnutí dodávek či služeb nezbytných k provedení předmětu veřejné zakázky dodavatelem. Zadavatel určil hlavní předmět původní veřejné zakázky jako stavební práce s hlavním kódem CPV 45000000-7. V zadávací dokumentaci bylo konkrétně popsáno, že předmětem veřejné zakázky je provedení stavebních prací spočívajících v celkové rekonstrukci historické a provozní budovy Státní opery. Součástí těchto stavebních prací byly rovněž další dodávky a služby, které slouží hlavnímu předmětu veřejné zakázky a jsou nezbytné k provedení rekonstrukce. Mezi těmito dílčími dodávkami je i dodávka divadelní technologie zahrnující divadelní točnu. Je zcela nemyslitelná představa, že by Národní divadlo jako zadavatel soutěžilo kompletní rekonstrukci Státní opery a nedílnou součástí této kompletní rekonstrukce by nebyla dodávka divadelní technologie.

O skutečnosti správnosti zařazení dodávky divadelní technologie pod stavební práce svědčí i to, že druh veřejné zakázky nebyl napadán námitkami žádného z účastníků zadávacího řízení a rovněž po podrobení přezkumu zadávacího řízení veřejné zakázky ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nebyl shledán žádný problém týkající se vymezení druhu veřejné zakázky. Žádná připomínka ohledně druhu veřejné zakázky nebyla ani ze strany České republiky – Ministerstva kultury, která schvalovala zadávací podklady veřejné zakázky či dokonce vlády České republiky, která schvalovala vyhlášení veřejné zakázky

Na divadelní točnu je tak nutno nahlížet jako na nedílnou (leč pohyblivou) součást stavby (divadla), která bez její funkčnosti nemůže sloužit ke svému účelu (provádění uměleckých představení).

Tomuto výkladu odpovídá i definice stavby, jak je uvedena v § 14 odst. 4 ZZVZ, kdy „stavbou je pro účely tohoto zákona výsledek stavebních nebo montážních prací vytvářející jednotný celek, který je sám o sobě dostatečný k plnění hospodářské nebo technické funkce“. Zabudování divadelní točny do stavby je tak nutným předpokladem k tomu, aby rekonstrukce Státní opery byla provedena jako celek a mohla sloužit svému účelu.

Vzhledem k tomu, že zadavatel je přesvědčen o tom, že jsou naplněny podmínky pro nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku a není nutné provádět nové zadávací řízení podle ZZVZ, obecná ustanovení ZZVZ se v daném případě neuplatní. I přesto si dovoluujeme polemizovat se zařazením změny divadelní točny pod veřejnou zakázku na dodávky místo veřejné zakázky na stavební práce.

Podle § 15 odst. 1 ZZVZ se veřejné zakázky, které v sobě zahrnují více druhů veřejných zakázek, zadávají v souladu s pravidly platnými pro druh veřejné zakázky odpovídající hlavnímu předmětu této veřejné zakázky. Obsahuje-li veřejná zakázka dodávky i stavební práce, tak se podle § 15 odst. 3 ZZVZ hlavní předmět určí podle základního účelu veřejné zakázky. Není tedy vůbec rozhodné, jaká je předpokládaná hodnota dodávek a jaká předpokládaná hodnota stavebních prací.

Základním účelem předmětné veřejné zakázky není samotná dodávka divadelní točny (pouhé její pořízení formou koupě), leč zabudování divadelní točny do stavby a její zprovoznění. Dle

Komentáře k zákonu o zadávání veřejných zakázek (*Pavel Herman a Vlastimil Fidler a kolektiv, nakladatelství Aleš Čeněk, 1. vydání, 2016*) je příkladem problematicky zařaditelné zakázky výměna výtahu, neboť v sobě zahrnuje jak pořízení určité hmotné věci, tak i její montáž a instalaci, která si mnohdy vyžádá i stavební úpravy. Pokud se jedná o výměnu výtahů v budově a hlavním účelem veřejné zakázky je oprava budovy (její nefungující) části, jde o stavební práce.

Zcela obdobně je nutno přistupovat i k pořízení divadelní točny, kdy hlavním účelem je rekonstrukce Státní opery, a nikoliv pouze výměna divadelní technologie.

B) Otázka přípustnosti změny závazku

Cena díla vysoutěžená na základě zadávacího řízení veřejné zakázky na rekonstrukci historické a provozní budovy Státní opery původně činila 857.602.812,-Kč bez DPH. Zadavatel je oprávněn podle § 222 odst. 4 ZZVZ provést změnu závazku, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky, je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a je nižší než 15% původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Zadavatel je oprávněn v režimu de minimis provést změnu smlouvy podle § 222 odst. 4 ZZVZ až do výše 128.640.421,80,-Kč bez DPH.

Advokátní kancelář DPPartners je přesvědčena, že jsou naplněny veškeré tři kumulativní podmínky pro využití změny hodnoty závazku v režimu de minimis.

Je zcela nepochybné, že nedojde ke změně celkové povahy veřejné zakázky. Zadavatel totiž nepoptává plnění, které by nebylo předmětem původní veřejné zakázky, pouze poptává dílčí plnění, které je založeno na jiné technologii než původní plnění, ale žádným způsobem nemění celkovou povahu veřejné zakázky. U veřejných zakázek na stavební práce je možné provést změny stavby oproti původnímu projektu, pokud je dodržen původní druh a účel stavby (rekonstrukce historické a provozní budovy Státní opery).

Požadovaná výše změny závazku je rovněž nižší než limit pro nadlimitní veřejnou zakázku, kdy finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce je 149 224 000 Kč bez DPH. V daném případě je zcela irelevantní finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku na

dodávky, neboť veřejná zakázka, ke které se změna vztahuje je veřejnou zakázkou na stavební práce.

Na základě uzavřených dodatků č.1 – č.4 byla cena díla navýšena o 14.504.794,-Kč bez DPH. Advokátní kancelář DPPartners je toho názoru, že hodnota zamýšlené změny ve výši 108.858.243,-Kč je i po započtení změny dle již uzavřených dodatků ke smlouvě o dílo v zákonném limitu (123.363.037,-Kč bez DPH). Celková hodnota změny by byla ve výši 14,38 % původní hodnoty závazku.

Advokátní kancelář DPPartners je v daném případě přesvědčena i o možnosti využití nepodstatné změny závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 6 ZZVZ, kdy jsou podle jejího názoru rovněž splněny veškeré kumulativní podmínky pro aplikaci tohoto ustanovení.

§ 222 odst. 6 ZZVZ

Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna,
a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a
c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.

Požadavek na neměnnost celkové povahy veřejné zakázky uvedený v § 222 odst. 6 písm. b) ZZVZ již byl rozebrán výše u výkladu změny hodnoty závazku v režimu de minimis podle § 222 odst. 4 ZZVZ. Nepřekročitelnost hodnoty změny o více jak 50 % původní hodnoty závazku podle § 222 odst. 6 písm. c) ZZVZ bude i při zohlednění maximálního limitu 30% nárůstu původní hodnoty závazku podle § 222 odst. 9 ZZVZ dodržena. Poslední nutnou podmínkou k dodržení je skutečnost, že změna vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.

Podle názoru Advokátní kanceláře DPPartners je zcela splněn požadavek na nepředvídatelnost změny ze strany zadavatele. Požadavek na změnu spočívající ve vyhotovení nové válcové točny prokazatelně vyplynul až na základě zjištění při provádění stavebních prací. Tato skutečnost bude doložena samostatným vyjádřením projektanta divadelních technologií. Stav stávající technologie divadelní točny nemohl být zjištěn v žádném okamžiku před samotným zahájením

stavebních prací spočívajících v demontáži jednotlivých částí divadelní točny. Před provedením demontáže není možné objektivně posoudit stav opotřebovanosti konkrétních dílů, neboť tato nejsou vůbec přístupná. Zadavatel neměl objektivně technicky k dispozici žádný nástroj, na základě, kterého by mohl s náležitou péčí dopředu anticipovat, že určité díly divadelní točny nebudou způsobilé k dalšímu využití a bude třeba pořídit úplně nové.

Zadavateli by tedy ke zjištění stavu zařízení nepomohlo ani provedení např. průzkumných sond, neboť nic takového nebylo v daném případě technicky proveditelné. Zcela očividně se v tomto případě nejedná o situaci, kdy by zadavatel dodatečně zjistil při provádění stavebních prací např. existenci jiného podloží, než předpokládal (a s tím spojené vynaložené vícepráce), protože si nezajistil průzkumné vrty před zahájením zadávacího řízení.

Advokátní kancelář DPPartners se s ohledem na vše výše uvedené přiklání k názoru, že Národní divadlo jako zadavatel nemohlo ani při vynaložení náležité péče předvídat nutnost změny technologie divadelní točny před zahájením zadávacího řízení na dodavatele stavebních prací a požadavek na provedení nepodstatné změny podle § 222 odst. 6 ZZVZ je zcela opodstatněný.

Advokátní kancelář DPPartners je přesvědčena, že veškeré požadované změny dle změnového listu č. 39 lze na základě výše uvedeného odůvodnění podřadit pod kvalifikované předpoklady využití změny závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 6 ZZVZ. Advokátní kancelář DPPartners má za prokázané, že jsou splněny kumulativní podmínky pro aplikaci tohoto ustanovení a začlenění změnového listu č. 39 pod nepodstatné změny závazku ze smlouvy o dílo.

Omezení a výhrady

Výše uvedené právní stanovisko a závěry v něm obsažené jsou předmětem následujících omezení a výhrad. Toto právní stanovisko bylo vypracováno s ohledem na platný právní řád České republiky tak, jak existoval v okamžiku vzniku tohoto právního stanoviska. Nepřebíráme žádnou odpovědnost ani za případné budoucí změny uvedených právních předpisů. Toto právní stanovisko bylo vypracováno s ohledem na poskytnuté podklady či informace od zadavatele; jiné podklady či informace nebyly brány v potaz. Nezaručujeme správnost či pravdivost poskytnutých podkladů; poskytnuté podklady byly považovány za odpovídající skutkovému stavu. Nejsme schopni předem zaručit právní názor jakéhokoli soudu či orgánu veřejné moci při probíhajícím nebo případném soudním sporu či správním řízení či jiném řízení nebo jednání soudů či orgánů veřejné moci.

V Praze dne 11.7.2018

Mgr. Lukáš Kohout, advokát

Advokátní kancelář DPPartners