

Úřad městské části Praha 10  
Vršovická 68,  
101 38 Praha 10

V Praze dne [doplnit]

## Právní posouzení k aplikačním podmínkám § 222 odst. 4 ZZVZ

Vážení,

společnost **KAROLAS Legal s.r.o., advokátní kancelář**, se sídlem Klimentská 2062/6, 110 00 Praha 1, IČO 05732069 („Zpracovatel“), byla klientem Městskou částí Praha 10, se sídlem Vršovická 1429/68, 101 00 Praha 10, IČO 00063941 („MČP10“), požádána o zpracování právního posouzení k aplikačním podmínkám ustanovení § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů („ZZVZ“).

### 1. Předmět posouzení

Předmětem tohoto posouzení je analýza jednotlivých aplikačních podmínek tzv. změny „de minimis“ dle § 222 odst. 4 ZZVZ představující výjimku z obecného zákazu umožnění podstatných změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení, jak vyplývá z § 222 odst. 1 ZZVZ.

### 2. Podkladové dokumenty a informace

Při vypracování tohoto posouzení Zpracovatel vycházel z informací a dokumentů poskytnutých Klientem.

Při vypracování tohoto posouzení Zpracovatel vycházel rovněž z informací veřejně dostupných, z platných a účinných obecně závazných právních předpisů ČR a předpisů Evropské unie, relevantní rozhodovací praxe správních soudů, Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („Úřad“) a odborné literatury.

### 3. Právní posouzení

ZZVZ obecně v rámci § 222 odst. 1 ZZVZ zakazuje provedení (umožnění) takové změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle ZZVZ, která by představovala tzv. změnu podstatnou. Definice podstatné změny závazku ze smlouvy je obsažena v ustanovení § 222 odst. 3 ZZVZ. Dle § 222 odst. 3 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku považuje taková změna smluvních podmínek, 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) *měníla ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele; nebo*
- (C) *vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.*

V navazujících ustanoveních § 222 odst. 4 ZZVZ, § 222 odst. 5 ZZVZ a § 222 odst. 6 ZZVZ jsou poté upraveny případy změn závazků ze smlouvy, které nejsou považovány za podstatnou změnu v případě naplnění aplikačních podmínek jednotlivých ustanovení. Jedná se tak o výjimky z obecného zákazu změn závazku ze smlouvy. Těmito výjimkami jsou:

- výjimka „de minimis“ dle § 222 odst. 4 ZZVZ;
- výjimka „dodatečného plnění“ dle § 222 odst. 5 ZZVZ;
- výjimka pro „nepředvídané okolnosti“ dle § 222 odst. 6 ZZVZ.

Pro vyloučení jakýchkoliv pochybností je vhodné rovněž upozornit na praxi používanou terminologii „nepodstatných“ změn v kontextu § 222 odst. 4 ZZVZ, § 222 odst. 5 ZZVZ a § 222 odst. 6 ZZVZ. Ačkoliv se o daných změnách obecně hovoří jako o „nepodstatných“ změnách, de facto se nadále jedná o podstatné změny, které naplňují některý z definičních znaků § 222 odst. 3 ZZVZ, nicméně je možné tyto podstatné změny přesto realizovat, a to právě na základě zmíněných výjimek. Nicméně faktické nepodstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, které nenaplnují definiční znaky dle § 222 odst. 3 ZZVZ, může zadavatel realizovat bez dalšího, aniž by takovou nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy musel poměřovat optikou a pravidly dle § 222 ZZVZ. O nepodstatných změnách lze hovořit např. v případech čistě formálních změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, jako je změna sídla dodavatele, změna kontaktních údajů apod.

### **3.1 K aplikačním podmínkám výjimky de minimis**

V souladu s ustanovením § 222 odst. 4 ZZVZ není za podstatnou změnu smlouvy považována taková změna závazku z původní smlouvy na veřejnou zakázku, která

- (i) **nemění celkovou povahu** veřejné zakázky, a přitom je
- (ii) hodnota této změny **nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku** a zároveň **nižší než 10 % původní hodnoty závazku**.

Pro umožnění této změny přitom musí být dané podmínky naplněny kumulativně (současně) a rovněž v případě provedení více těchto změn se jejich jednotlivé hodnoty pro účely dodržení finančních limitů sčítají.

Dané aplikační podmínky lze dělit na jednu podmínku kvalitativní (změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky) a dvě podmínky kvantitativní (početní).

První početní podmínkou je, že hodnota změny oproti původní hodnotě závazku ze smlouvy musí být u veřejné zakázky na služby/dodávky nižší než 10 % a u veřejné zakázky na stavební práce (které nepředstavují koncesi) nižší než 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.

Druhou početní podmínkou je, že hodnota změny musí být zároveň **nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku**. S ohledem na postavení MČP10 coby zadavatele dle § 4 odst. 1 písm. d) ZZVZ, tedy veřejného zadavatele představujícího územní samosprávný celek, připadají v potaz následující limity dle nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů:

- 5 610 000 Kč v případě veřejné zakázky na služby/dodávky;

- 140 448 000 Kč v případě veřejné zakázky na stavební práce.

**Dané početní aplikační podmínky je přitom nezbytné vykládat tak, že za situace, kdy by hodnota změny závazku ze smlouvy dle § 222 odst. 4 ZZVZ (a to i v případě součtu více provedených změn dle zmíněného ustanovení) překročila hodnotu relevantního limitu pro nadlimitní veřejnou zakázku, ačkoliv by nadále hodnota změny závazku ze smlouvy splňovala procentuální omezení 10 či 15 % původního hodnoty závazku ze smlouvy, takovou změnu by zadavatel nebyl oprávněn provést.**

Početní aplikační podmínky dle § 222 odst. 4 ZZVZ tak úzce souvisejí pouze se zvažovanou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, nikoliv s předpokládanou hodnotou původní veřejné zakázky. Dle našeho přesvědčení není možné aplikační podmínky pro změnu de minimis vykládat tak, že za situace, kdy provedením změny de minimis vzroste předpokládaná hodnota veřejné zakázky nad limit určující nadlimitní veřejnou zakázku, jedná se o změnu, kterou by zadavatel nebyl oprávněn realizovat.

V kontextu posuzování hodnoty změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je rovněž vhodné upozornit na zastávaný výklad počítání těchto změn, kdy se za relevantní údaj považuje absolutní hodnota změny (počítající zároveň plnění, které bude realizováno, a plnění, které nebude realizováno). K dané problematice lze odkázat na příslušné výkladové stanovisko České republiky – Ministerstva pro místní rozvoj:

<https://portal-vz.cz/wp-content/uploads/2016/09/Zm%C4%9Bny-z%C3%A1vazk%C5%AF-ze-smlouvy-na-ve%C5%99ejnou-zak%C3%A1zku.pdf>.

Jde-li poté o podmínku kvalitativní (tj. že změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky), výkladem dané podmínky se zabýval předseda Úřadu např. v rámci rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0035/2018/VZ ze dne 22. 5. 2018<sup>1</sup> či v rámci rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0061/2019/VZ ze dne 27. 5. 2019, ve kterém předseda Úřadu dovedl, že „*pojmem „celková povaha veřejné zakázky“ reflektuje potřebu zadavatele, kterou se snaží uspokojit zadáním veřejné zakázky, a jakékoliv plnění, které ke splnění dané potřeby nevede, by při implementaci do původního závazku (tedy při změně takového závazku) změnilo celkovou povahu konkrétní veřejné zakázky, neboť by šlo nad rámec původní potřeby zadavatele. Nadále ale platí, že tato podmínka nestojí izolovaně a závěr, že posuzovaná změna není změnou podstatnou, stojí i na splnění dalších korespondujících podmínek ve smyslu příslušného odstavce § 222 zákona.*“

### **3.2 K problematice finanční vyčíslitelnosti změny**

Závěrem považujeme za nutné upozornit na problematiku tzv. finanční vyčíslitelnosti změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 odst. 4 ZZVZ. K této se předseda Úřadu vyjádřil v rámci rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0035/2018/VZ ze dne 22. 5. 2018<sup>2</sup> v obecné rovině z toho úhlu pohledu, že změna podle § 222 odst. 4 ZZVZ musí odpovídat změně finanční, tedy takové změně, která je vyjádřitelná v penězích: „Na základě jazykového a systematického výkladu zákona, s přihlédnutím k odpovídajícím ustanovením směrnice, jsem dospěl k závěru, že „hodnota změny“ dle § 222 odst. 4 zákona musí být vyjádřitelná v penězích, neboť dále stanoveným podmínkám (při stávajícím znění zákona) nemůže vyhovět jiná hodnota, než finanční, protože jinou hodnotu nebude možné porovnat s finančním limitem pro nadlimitní veřejnou zakázku. [...] V tomto kontextu se tedy ztotožňují s námitkou zadavatele, že limity dle ustanovení § 222 odst. 4 zákona je možné aplikovat jen na finanční

<sup>1</sup> Odkaz zde: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15440.html>.

<sup>2</sup> Dtto výše.

hodnoty. K obdobným závěrům lze dospět výkladem čl. 72 odst. 2 směrnice, která rovněž rozlišuje mezi pojmy „value of the modification“ (hodnota změny) a „threshold“ (finanční limit).“

Právě citované rozhodnutí předsedy Úřadu si následně Úřad v pozdějším rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0276/2019/VZ ze dne 1. 10. 2019<sup>3</sup> vyložil tak, že ve chvíli, kdy nelze vyčíslit změnu smlouvy, hodnota změny není vyjádřitelná v penězích. V takových případech tedy není možné aplikovat ta ustanovení ZZVZ, která pro posouzení možnosti aplikace výjimky předpokládají právě výpočet určité částky.

Tento výklad byl však později korigován navazujícím rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0187/2019/VZ ze dne 7. 1. 2020<sup>4</sup> v téže věci. Předseda Úřadu uvedl, že nemožnost vyčíslit změnu smlouvy v penězích nemůže být sama o sobě automaticky důvodem pro vyloučení aplikace § 222 odst. 5 až odst. 6 ZZVZ, které jsou taktéž vázány na hodnotu změny. Předseda Úřadu k tomu konstatoval, „že odstavce pátý a šestý lze užít i pokud změna není vyčíslitelná v penězích. Obecně lze říci, že je buď možné, že provedenou změnou nedojde ke změně v ceně plnění, případně nelze změnu ceny plnění vyčíslit. Pak se podmínka stanovená v písmenech c) odstavců 5 a 6 tak chápe jako splněná, tedy za splnění dalších podmínek bude moci být taková změna smlouvy dle těchto odstavců posouzena jako nepodstatná.“ Závěr k nemožnosti použití § 222 odst. 4 ZZVZ na ty změny, které nejsou vyčíslitelné v penězích, však předseda Úřad v daném rozhodnutí potvrdil.

#### 4. Další skutečnosti, výhrady a předpoklady

Toto posouzení vychází ze zadání formulovaného MČP10. Při zpracování tohoto posouzení byly zohledněny veřejně dostupné informace, platné a účinné obecně závazné právní předpisy České republiky a Evropské Unie a relevantní rozhodovací praxe Úřadu.

Toto právní posouzení vychází ze skutečností známých ke dni zpracování tohoto posouzení. Pokud v budoucnu dojde ke změně těchto skutečností, zejména změně obecně závazných právních předpisů nebo změně či upřesnění závěrů vycházejících z rozhodovací praxe výše uvedených orgánů, mohou závěry uvedené v tomto posouzení zčásti nebo zcela pozbýt platnosti.

Toto právní posouzení bylo vypracováno výhradně pro Klienta a nesmí být bez výslovného písemného souhlasu Zpracovatele zpřístupněno jakékoli třetí osobě. Případným udělením souhlasu ke zpřístupnění tohoto posouzení a třetí osobě Zpracovatel nepřijímá žádnou odpovědnost ani závazek vůči takové třetí osobě.

Věříme, že Vám toto právní posouzení poskytne veškeré informace pro splnění Vámi sledovaného cíle. V případě Vašeho zájmu jsem připraveni toto posouzení dále rozpracovat či upřesnit.

Pokud budete mít k tomuto posouzení jakékoliv dotazy či připomínky, můžete se na nás kdykoliv s důvěrou obrátit.

S pozdravem

**KAROLAS Legal s.r.o., advokátní kancelář**

<sup>3</sup> Odkaz zde: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-16468.html>.

<sup>4</sup> Odkaz zde: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-16469.html>.