

Tematické setkání AVZ: Změny závazků ze smluv ve stavebnictví a pojišťovnictví

V půlce září se uskutečnilo tematické setkání pořádané Asociací pro veřejné zakázky, na němž bylo zastoupeno Ministerstvo pro místní rozvoj a dvě pracovní skupiny AVZ, nazvané Veřejné zakázky ve stavebnictví a Veřejné zakázky v pojišťovnictví. Přestože se téma změn závazků ze smluv, stejně jako vyhrazených změn ve veřejných zakázkách vyskytuje často a v rámci různých platforem se intenzivně projednává již téměř dva roky, je v dané oblasti stále co řešit – především při uplatňování změn závazků z veřejných zakázek v praxi.



Mgr. Martina Šelejová
Asociace pro veřejné zakázky
JUDr. Olga Ulrichová
Česká televize

Aplikace příslušných ustanovení ZZVZ klade vysoké nároky na zadavatele i dodavatele, kteří jsou na jedné straně povinni odůvodňovat naplnění zákonných ustanovení, a tedy stvrzení potřebných změn zákonným postupem, a na straně druhé jsou nuceni argumentovat a obhajovat své nároky na požadované změny. Obě strany zároveň hájí zájmy ze své pozice zodpovědného zadavatele i zodpovědného dodavatele, neboť musejí své postupy na více úrovních obhajovat a uvedené změny mají vliv na jejich hospodaření, případně mohou mít dopad na zjištění v rámci následných kontrol (např. u dotovaných zakázek). Současně však při „nedohodě“ hrozí zastavení staveb či ukončení jiných zasmulvněných vztahů a z něj vyplývající řešení nastalé situace se všemi důsledky, které z takového zastavení či ukončení mohou vzniknout.

Hledání odpovědí a řešení

Na setkání tak bylo snahou prezentujících nastítnit konkrétní situace a okolnosti a zároveň nalézt konkrétní zákonné postupy a řešení. Mezi další cíle patřilo vyvolat diskusi nad praktickými doporučeními, přičemž pomyslným názorovým ringem se stal střet teorie a praxe a uplatňování legislativy právě v každodenní praxi. Úvodní částí setkání provedl Vladimír Studnička z MMR, který – mimo prezentaci změn závazků ze smluv na veřejnou zakázku podle § 222 ZZVZ a postřehů i doporučení k využívání a uplatňování vyhrazených změn dle § 100 ZZVZ, včetně inflační doložky a jejích zákoutí – odpovídal rovněž na otázky související s danou problematikou.

Jeden z dotazů se týkal možného uplatnění ust. § 222 odst. 6 společně s vyhrazenou změnou dle § 100 odst. 1, kdy vedle sebe stojí vyhrazená změna závazku podle

zmíněného § 100 odst. 1 a zároveň by se zadavatel rád obhajoval nepředvídatelností potřebnou pro aplikaci ust. § 222 odst. 6. Jako příklad by mohla sloužit právě úprava inflační doložky, kterou by si podle § 100 odst. 1 zadavatel vyhradil a upravil do určité výše; nad stanovenou výší by pak aplikoval změnu dle § 222 odst. 6, neboť podle jeho soudu se vyšší inflace nepředvíдалa. V souladu s nezávazným názorem zástupce MMR takový postup nelze vyloučit, musejí však být naplněny podmínky pro jeho aplikaci. Záleží především na zadavateli a jeho posouzení, zda jsou zákonné podmínky beze zbytku naplněny. Pokud ano, lze ustanovení aplikovat a při případné budoucí kontrole obhájit.

Další otázka souvisela se změnou situace v průběhu zadávacího řízení, kdy se v období od jeho zahájení do podpisu smlouvy s vybraným dodavatelem zjistí, že potřebné zboží tvoří předmět pl-

nění veřejné zakázky nebude možné v kýženém termínu dodat (např. kvůli neočekávané dlouhodobé nedostupnosti součástí). Zde je na zvážení zrušení zadávacího řízení, neboť podmínka nepředvídatelnosti bude následně těžko obhajitelná. Dále byli účastníci informováni, že veškerá vydaná stanoviska a doporučení MMR byla projednána předem s řídicími orgány a pro nové programové období platí, že většina programů bude umět náklady (rezervu) proplatit, bude-li tato rezerva formou výhrady zahrnuta v projektu.

Veřejné zakázky ve stavebnictví

Stavebnictví a aktuální problematické situaci se již věnovalo mnoho pojednání, proto zmíníme pouze vybrané zajímavé postřehy z popisovaného setkání AVZ. Obecně lze konstatovat, že nejožehavější

otázku tvoří posouzení, co zadavatel jednající s náležitou péčí mohl či nemohl předvídat. V souvislosti s ní pak byly naznačeny dílčí otázky aktuálně řešené zúčastněnými stranami: Jsou předvídatelné veš-

Nejožehavější je posoudit, co zadavatel jednající s náležitou péčí mohl či nemohl předvídat

keré důsledky konfliktu na Ukrajině? A co vše s ním souvisí? Kdo ze zadavatelů je schopen reálně domyslet, na co může mít válka vliv? Ví se, jaká inflace se považovala za předvídatelnou, a jaká už nikoliv? Do dvaceti procent předvídat lze, nad uvedenou hodnotu již ne? Do jaké míry má být zadavatel odborníkem, a tudíž například předvídat, že zdi budovy z 80. let obsahují azbest, přestože projektant se o tom nikde nezmiňuje? Má na dané posouzení vliv například

obor vzdělání a míra odbornosti zadavatele? Lze až tímto způsobem individualizovat odpovědnost na jeho straně?

Na tematickém setkání simulovali členové pracovní skupiny konkrétní příklady z praxe a navrhovali a diskutovali jejich možná řešení dle jednotlivých ust. § 222. Příklady se posuzovaly právě s ohledem na předvídatelnost, interoperabilitu, náležitou péči zadavatele, nezbytnost, opakování obdobných služeb/prací, příčinnou souvislost, prokazatelnost atd. Zaznělo mnoho doporučení a rad pro praktické využití.

Dovolujeme si v dané souvislosti upozornit také na dokument uveřejněný na webových stránkách Asociace pro veřejné zakázky věnovaný zatřídění změn podle § 222, který připravila pracovní skupina AVZ pro oblast stavebnictví. Dokument obsahuje a shrnuje praktické příklady zatřídění změn závazků ze smluv na veřejné zakázky pod



Dokument AVZ věnovaný zatřídění změn podle § 222 ZZVZ může současně sloužit jako inspirace pro zadavatele, jak ke změně závazku ze smlouvy přistupovat a jakým způsobem a kdy lze jednotlivá ustanovení prakticky využívat.

konkrétní ust. § 222 a rovněž uvádí odkazy na odpovídající stanoviska MMR, související rozhodnutí ÚOHS i příslušných soudů a komentářovou literaturu k zákonu. Jeho součástí tvoří také preambule informující o smyslu zpracovaného materiálu. Dokument by měl sloužit zejména jako orientační pomůcka pro zadavatele, kteří se jeho pomocí snáz vyznají ve změnách závazků ze smlouvy při realizaci svých stavebních záměrů. Ve vztahu k příkladům a kategoriím uvedeným v materiálu je však třeba vždy vycházet z konkrétních okolností, jež potřebu změny závazku vyvolaly, a při úvahách o jejím správném zatřídění dané okolnosti zohlednit.

Veřejné zakázky v pojišťovnictví

Téma změn závazků z pojistných smluv je aktuálně nejpálčivější i podle názoru pracovní skupiny pro pojišťovnictví. Poměry na trhu v posledních dvou letech jsou pro pojistitele a pojištěné bezprecedentní: Kvůli lockdownům docházelo k přesunům a změnám rizik, docházelo i k nečekaným situacím způsobeným přírodními živly (tornádo na Moravě) či změnám podmínek na trhu s vybranými komoditami, skokovým zvyšováním jejich cen, vysokou inflací a rekordním růstem cen nemovitostí. Uvedené okolnosti mají dopad na škodní průběhy, zvyšování hodnoty majetku a z toho vyplývající riziko podpojištění a obecně na změnu

pojistného rizika. Pro pojišťovny je často problematické za popsanych okolností setrvat v uzavřených smlouvách a pro zadavatele je zároveň obtížné opakované zadávání pojištění („přesoutěžování“) a zdrazování zmíněné služby. Dílčí východisko, i když určitě ne jediné, může nabídnout vhodnější využití § 100 a 222, které prezentující dokreslili řadou příkladů.

§ 100: Vyhrazené změny závazku

Při prezentaci aplikace § 100 – vyhrazených změn závazku – byla zdůrazněna potřeba myslet na různé budoucí okolnosti, případně předvídat, co v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat. Je-li určitá situace více než pravděpodobná (např. v investičním plánu zadavatele se již předpokládá nakoupení jistého zboží v dalším kalendářním roce) a chtějí-li si současně zadavatel i dodavatel ušetřit výrazné starosti s nalézáním legálního řešení a posteriori, pak je vhodné takovou situaci identifikovat a ošetřit ji právě konkrétní vyhrazenou změnou závazku dle § 100 v zadávacích podmínkách. Jedná se kupříkladu o plánované nabytí konkrétního majetku (tře-

ba pořízení nebo dostavbu nemovitosti či koupi vozidel), případně o související potřebu zadavatele reagovat na nová rizika, tedy mít možnost připojištění dalšího majetku, to vše v souladu s vyhrazenou změnou závazku.

U veřejné zakázky na pojištění motorových vozidel může zadavatel vědět, jaké automobily, respektive jaké kategorie a v jakém počtu bude následující kalendářní rok pořizovat. Pomocí vyhrazené změny závazku pak může pojištění pro daná vozidla (povinné ručení, příp. havarijní pojištění – podle toho, čeho se zakázka týká) soutěžit v rámci veřejné zakázky a případně zahrnout jeho cenu v rámci vyhrazené změny závazku i do nabídkové ceny nebo zmíněnou cenu učinit součástí hodnocení.

Rovněž si lze vyhradit změnu závazku ze smlouvy v případě budoucí změny hodnoty pojištěného majetku nabytím majetku nového – nemovitosti – do vlastnictví zadavatele. Podle míry jistoty a znalosti pořizovaného majetku je pak možné vyhrazení změny podle § 100 odst. 1, je-li nabývaný majetek dostatečně specifikovatelný, případně vyhrazení změny dle § 100 odst. 3, není-li povědomí zadavatele o potenciálním novém majetku při pří-





pravě zadávacích podmínek dostatečně určité. Jedná se o situace, kdy zadavatel ví, že bude pořizovat další majetek (nemovitost), a vyhrazená změna závazku se tak bude týkat právě budoucího pojištění dané nemovité věci.

V případě vyhrazené změny dle § 100 odst. 1, tedy je-li majetek dostatečně určitě specifikován, dojde při využití vyhrazené změny k navýšení pojistných částek o hodnotu souboru nemovitostí a souboru movitých věcí po dokončení a předání stavby v průběhu daného roku a k souvisejícímu navýšení pojistného. Mechanismus stanovení pojistného by měl být totožný s mechanismem stanoveným pro majetek pojišťovaný od počátku, tj. na základě stejného výpočtu a při aplikaci stejné sazby pojistného. Danou podmínku lze vymezit, jedná-li se o obdobný typ nemovitosti, kterou již má zadavatel v majetku, a je tak možné určit totožné podmínky pro stanovení výše pojistného. Pokud se v mezidobí uplatnila práva z vyhrazené inflační doložky, je potřeba myslet také na to, že by mělo být stanovené pojistné upraveno v tomtéž rozsahu, v jakém bylo pojistné za původní majetek upraveno podle indexu / inflační doložky.

V případě vyhrazené změny dle § 100 odst. 3 zadavatel ví, že bude

pořizovat další majetek, neví však, v jakém rozsahu. Navýšení hodnoty pojišťovaného majetku v případě použití vyhrazené změny závazku dle odst. 3 musí být v souladu s omezeními uvedenými v citovaném ustanovení ZZVZ a v souladu s jeho § 66. Podle navýšené hodnoty majetku se také následně upraví pojistné za dopojišťovaný majetek. Mechanismus stanovení pojistného by mohl být totožný jako pro majetek pojišťovaný od počátku, tj. na základě stejného výpočtu a při aplikaci téže sazby pojistného, které byly vysoutěženy v zadávacím řízení; nicméně se zde předpokládá jednání o přesných podmínkách aplikace uvedené změny, které se v důsledku mohou od původních podmínek lišit.

Jako další příklad vyhrazené změny závazku podle § 100 odst. 1 je také u pojišťovacích služeb možné uvést inflační doložky. Ohledně nich se následně mezi účastníky rozvinula širší diskuse, v níž byla

konstatována obtížnost obecného doporučení a textace jednoznačné a univerzální inflační doložky. Ta by se měla vždy individualizovat pro daný případ pojištění, tj. zejména dle předmětu pojištění, podle něž se určí, jaký typ indexu se pro potřeby specifikace doložky použije. Opakovaně zaznělo, že důsledkem nedostatečně určitého vymezení inflační doložky může být konstatování neplatnosti dané vyhrazené změny při přezkumu ÚOHS. Zadavatel by ji tudíž nemohl použít.

Zároveň se doporučuje vyhradit si možnost změny dodavatele podle § 100 odst. 2 ZZVZ pro případ, že bude pojistná smlouva z nějakého důvodu předčasně ukončena, ať už ze strany zadavatele, či pojišťovny.

§ 222: Podstatná změna závazku ze smlouvy

Při prezentaci závěrů pracovní skupiny ve vztahu k § 222 odst. 4, tedy k řešením vztahujícím se ke změnám závazků „de minimis“ po uzavření smlouvy, byly uvedeny typové příklady změn: Členové skupiny mezi ně zařadili například prodloužení doby účinnosti smlouvy spojené s placením dalšího pojistného, doplnění rozsahu pojištěného majetku (auta, nemovitosti atd.), zvýšení počtu pojištěných osob, navýšení hodnoty smlouvy (pojistného) kvůli inflaci – navýšení hodnoty smlouvy do 10%, zvýšení pojistného v důsledku valorizace pojistných

Přehled nejbližších akcí AVZ v roce 2022

- Tematické setkání „Rozrůstající se chobotnice střetu zájmů, zjišťování skutečných majitelů a sankcí – kde všude číhá a jak se s ní poprat“; 8. 12. od 14:00, Grandior Hotel Prague, Na Poříčí 42, 110 00 Praha 1
- Předvánoční setkání členů AVZ a jejich hostů; 8. 12. od 19:00, Ateliér Petřín



částek či jejich aktualizace kupříkladu na základě znaleckých posudků o hodnotě nemovitostí. Příklady byly uvedeny také u dalších aplikací § 222, především ve vztahu k jeho odst. 5 a 6.

Další diskusi vyvolalo zařazení prodloužení doby účinnosti stávající pojistné smlouvy pod příklady aplikace § 222 odst. 5 v případě, kdy „nestačí“ limit 10 % podle § 222 odst. 4, jestliže zadavatel nestihne zadat novou smlouvu. Podle zástupce MMR nelze odst. 5 na danou situaci aplikovat, neboť k jejímu řešení obsahuje zákon ust. § 51 odst. 4, tj. použití nového zadávacího řízení na nezbytně nutnou dobu. Zástupci pracovní skupiny vyslovili přesvědčení, že umožnění aplikace § 222 odst. 5 na popsanou situaci není možné vyloučit, neboť nové zadávací řízení nemusí zadavatel stihnout realizovat, pokud například potřebuje další pojištění na 1–2 měsíce. Do situace, že by byl bez pojistné smlouvy, se může dostat nikoliv vlastní vinou, například při prodloužení zadávacího řízení v případě obstrukcí ze strany dodavatelů, při trvajícím sporu řešeném před ÚOHS či soudy apod. Zároveň částky vydávané za pojišťovací služby nemusejí být nízké, a snadno tak mohou přesáhnout limit pro VZMR.

Využití § 51 odst. 4 není dle názoru prezentujících tak jednoznačné, jak by se teoreticky mohlo zdát. Možnost zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění před ukončením zadávacího řízení totiž vyžaduje kumulativní splnění dvou podmínek: Jednak si to žádají provozní potřeby zadavatele a jednak bude veřejná zakázka zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu. V daném smyslu by bylo možné polemizovat, zda pojištění majetku zadavatele vyžadují jeho provozní potřeby. Lze však potřebu pojištění posuzovat individuálně dle konkrétního zadavatele a jeho zodpovědného přístupu k vlastnímu majetku?

Dle vyslovených úvah se potřeba pojištění jeví jako souladná s principem 3E a s postupem řádného hospodáře. Na druhou stranu mohou existovat rizika nepřilíživě závažná, která je možné na základě analýzy vyhodnotit jako zbytečná a ekonomicky nevhodná k zařazení pod pojistnou smlouvu, případně by pojištění majetku znamenalo tak výrazný zásah do hospodaření veřejného zadavatele, že v daném případě bere rizika na svá bedra. Také nezbytně nutný rozsah by byl k úvaze: Je jím pouze pojištění ze zákona povinné (např. povinné ručení), či pojištění podstatné pro fungování daného subjektu/instituce, nebo pojištění veškerých pojistných rizik? ▲

SHRNUTÍ

- **Věříme, že představené praktické příklady pomohly účastníkům k lepší orientaci v problematice a že průběžné i závěrečné diskuse zmapovaly dílčí odlišnost názorů praktického a teoretického přístupu ke komplikovaným reálným situacím, které zřejmě vyřeší teprve budoucí rozhodovací praxe.**
- **Diskuse byly o to cennější, že se jich zúčastnili také zástupci ÚOHS, konkrétně Markéta Dlouhá a Mojmír Florian. Tematické setkání se uskutečnilo pod záštitou místopředsedy vlády pro digitalizaci a ministra pro místní rozvoj Ivana Bartoše a předsedy ÚOHS Petra Mlsny.**