

Číslo: 9408-5000/2021
Bratislava: 14.9.2021

Elektronickou poštou zo dňa 23. 7. 2021 ste sa obrátili na Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) so žiadosťou o usmernenie k aplikácii zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

V žiadosti o metodické usmernenie uvádzate nasledovné:

„Ministerstvo investícií, regionálneho rozvoja a informatizácie SR ako verejný obstarávateľ podľa § 7 ods. 1 písm. a) zákona č. 343/2015 o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZVO“) a Centrálny koordinačný orgán si Vás dovoľuje požiadať o metodické usmernenie, ktoré sa týka možnosti zmeny zmluvy, uzavretej ako výsledok verejného obstarávania na stavebné práce, z titulu rastúcich nákladov v stavebníctve spôsobenou mimoriadnou situáciou spojenou s pandémiou COVID-19.

Zmena zmluvy/rámcovej dohody, ktorá bola uzavretá ako výsledok verejného obstarávania, je predmetom úpravy v ustanovení § 18 ZVO, ktorý ponúka pomerne široké portfólio dôvodov na zmenu zmluvy. Podľa § 18 ods. 1 písm. c) ZVO zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať a zmenou sa nemení charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

Podľa § 18 ods. 5 ZVO zmenou z titulu okolností, ktoré nemohol verejný obstarávateľ predvídať, nemôže dôjsť k navýšeniu hodnoty plnenia o viac ako 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

Legislatívna úprava v ZVO tak umožňuje z titulu nepredvídateľných okolností zmeniť zmluvu (napr. zmluvu o dielo na stavebné práce), v dôsledku ktorej dôjde k navýšeniu hodnoty plnenia o maximálne 50% hodnoty pôvodnej zmluvy.

V kontexte vyššie uvedeného si dovoľujeme požiadať ÚVO o usmernenie, či je možné nárast cien v stavebníctve, ktorý vznikol v priamej súvislosti s mimoriadnou situáciou, ktorou je pandémia COVID-19, spájať s okolnosťou, ktorú verejný obstarávateľ v čase zadávania zákazky (moment vyhodnotenia ponúk, resp. moment uzavretia zmluvy s úspešným uchádzačom) nemohol ani pri vynaložení odbornej starostlivosti predvídať.

V tejto súvislosti poukazujeme aj na Usmernenie Európskej komisie k využívaniu rámca pre verejné obstarávanie počas núdzovej situácie súvisiacej s krízou spôsobenou ochorením COVID-19, zverejnené v Úradnom vestníku EÚ dňa 01.04.2020, ktoré mimoriadnu situáciu spôsobenú šírením COVID-19 spojili so situáciou, ktorú verejní obstarávatelia nemohli predvídať. Európska komisia (DG Grow) ďalej vydala usmernenie k zmenám prebiehajúcich zákaziek verejného obstarávania v kontexte krízy COVID-19, ktoré umožňuje uzavrieť dodatok k existujúcim zmluvám na základe čl. 72 ods. 1 písm. c) smernice č. 2014/24/EÚ (ustanovenie

§ 18 ods. 1 písm. c) v podmienkach nášho ZVO), pričom zmeny musia byť opodstatnené do takej miery, do akej sú potrebné na zmiernenie dôsledkov krízy a súčasne sú splnené nasledovné podmienky:

a) potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré nemohol verejný obstarávateľ predvídať (za súčasných okolností mimoriadna situácia vyvolaná ochorením COVID-19 je podľa nášho názoru jednoznačne okolnosť, ktorá nemohla byť verejnými obstarávateľmi predvídaná);

b) zmenou zmluvy sa nemení celková povaha zákazky (nemení sa charakter zmluvy), t. j. úpravou zmluvy nemôže dôjsť k podstatnej zmene rozmerov, objemu a povahy dodávaných prác, služieb alebo dodávok tovarov, čo sa vyhodnocuje na individuálnej báze).

c) hodnota zmeny nepresiahne 50% hodnoty pôvodnej zmluvy. Pri viacerých úpravách zmluvy, uvedené obmedzenie sa vzťahuje na hodnotu každej úpravy a účelom opakujúcich sa zmien nesmie byť s cieľom vyhnúť sa použitiu postupov verejného obstarávania.

Uvedené dôvody na uzavretie dodatku k zmluve sú zakotvené aj v platnom zákone o verejnom obstarávaní (vyššie citovaný § 18 ods. 1 písm. c) ZVO) a v zmysle usmernenia ÚVO k zmenám prebiehajúcich zákaziek v kontexte krízy COVID-19 zo dňa 03.04.2020 sú zo strany ÚVO vykladané rovnakým spôsobom. Usmernenie EK - DG Grow k zmenám prebiehajúcich zákaziek verejného obstarávania v kontexte krízy COVID-19 je dostupné na nasledovnom odkaze: https://www.uvo.gov.sk/extdoc/2609/Zmena_prebiehajucich_zakaziek_VO_v_kontexte_krizy_COVID-19

Ak by si ÚVO neosvojilo vyššie uvedené a nekvalifikovalo nárast cien v stavebníctve, ktorý priamo súvisí s mimoriadnou situáciou spôsobenou šírením COVID-19 ako dôvod na zmenu zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. c) ZVO, dovoľujeme si požiadať o usmernenie, aké ďalšie možnosti majú verejní obstarávatelia, ktorí majú aktuálne uzavreté zmluvy na stavebné práce, ktorých ceny nezodpovedajú aktuálnym cenám stavebných prác, čo ohrozuje samotné plnenie týchto zmlúv zo strany zhotoviteľov“.

V predmetnej veci Vám poskytujeme nasledovné metodické usmernenie:

Na úvod si dovoľujeme uviesť, že úrad dôsledne sleduje a monitoruje vzniknutú situáciu súvisiacu s nárastom cien komodít v stavebníctve a venuje pozornosť hodnoteniu jej možného vplyvu na prebiehajúce a ukončené verejné obstarávania. V uvedenej súvislosti sa obrátil s poukazom na vzniknutý problém aj na Európsku komisiu a Štatistický úrad Slovenskej republiky.

Úrad sa problematikou proklamovaného nárastu cien v stavebníctve v poslednom období venoval vo viacerých metodických usmerneniach, ako napr. č. 6093-5000/2021, 7793-5000/2021, 8819-5000/2021, či 8839-5000/2021, v ktorých v nadväznosti na obsah predmetných žiadostí¹:

¹ Predmetom žiadostí boli otázky všeobecného charakteru zamerané na prípustnosť zmien zmlúv z dôvodu nárastu cien komodít alebo výrobkov využívaných v stavebnom sektore (uvádzali sa v nich príkladmo oceľ, meď, drevo, betón, asfalt) s tým, že zhotovitelia z dôvodu skokovitého nárastu cien vstupov nie sú schopní dodržať svoje pôvodné zmluvné záväzky. Z hľadiska nárastu cien bolo v žiadostiach len všeobecným spôsobom poukazované, že „ceny stúpajú v niektorých prípadoch o 40 % až 100 % v týždenných odstupoch, nehovoriac o tom, že v niektorých komoditách je tento nárast ešte vyšší“, za obdobie 2 rokov „ceny mede a ocele prudko vzrástli“, ide

- poukázal predovšetkým na to, že úrad už dlhodobo apeluje na verejných obstarávateľov a obstarávateľov, aby využívali možnosti, ktoré im ponúka § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a zahŕňali do zmlúv predpoklady pre ich budúce zmeny (napr. tzv. indexačné doložky)²,
- vychádzal z predpokladu, že za tvorbu svojej ponuky, ako aj návrhu na plnenie kritérií (predovšetkým zmluvnej ceny) je zodpovedný uchádzač, ktorý v tejto súvislosti vstupuje do zmluvného vzťahu a zaväzuje sa svoj záväzok dodržať, pričom okolnosti, ako napr. zvyšovanie cien vstupov možno v zásade považovať za súčasť podnikateľského rizika a
- v súvislosti s poukazovaním na príčinnú súvislosť s pandémiou spôsobenou ochorením COVID-19 dal do pozornosti dokumenty vydané Európskou komisiou, ktoré sú zverejnené na webovom sídle úradu³ (budú priblížené aj nižšie v texte), pričom vyjadril domnienku, že pandémia v súčasnosti zrejme nebude jediným faktorom zodpovedným za vzniknutú situáciu.

Vzhľadom na to, že úrad si plne uvedomuje neustálu aktuálnosť a závažnosť vzniknutej situácie s potenciálom širších ekonomických a spoločenských dôsledkov, v nadväznosti na obsah Vašej žiadosti, ktorá sa rovnako odvoláva na pandémiu spôsobenú ochorením COVID-19 a taktiež aj s ohľadom na niektoré polemiky časti odbornej verejnosti⁴, si vychádzajúc z obsahu predchádzajúcich metodických výstupov úradu dovoľujeme pri zodpovedaní Vašej žiadosti uviesť ďalšie doplnujúce a upresňujúce skutočnosti.

Uplatnenie pravidiel pre zmenu zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy sa vo verejnom obstarávaní podľa aktuálneho právneho stavu spravuje § 18 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý predstavuje transpozíciu ostatnej európskej legislatívy vo verejnom obstarávaní (predovšetkým čl. 72 smernice 2014/24/EÚ a čl. 89 smernice 2014/25/EÚ). Predmetná právna úprava v sebe odráža judikatúru Súdneho dvora EÚ, ktorá založila koncept zákazu tzv. podstatnej zmeny zmluvy reprobujúceho takú zmenu záväzkového vzťahu, z ktorej vyplýva vôľa zmluvných strán nanovo dohodnúť sa na podstatných náležitostiach zmluvy⁵. Uvedené je odvodené z jednoduchej a celkom pochopiteľnej logiky, že na takúto zmenu sa nahliada ako na faktické uzavretie novej zmluvy, a teda ju treba „riadne obstarat“.

Z judikatúry Súdneho dvora EÚ taktiež vyplynuli aj definičné znaky podstatnej zmeny zmluvy, ktoré sú demonštratívny spôsobom uvedené v § 18 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

o skokový nárast cien vstupných materiálov v roku 2021 (od 30 do 100%), resp. „došlo k rapidnému nárastu cien materiálov rádo vo desiatkach %“, pričom pre odôvodnenie vzniknutej situácie neboli uvádzané buď žiadne skutočnosti (bolo poukazované iba na samotný nárastu cien), prípadne bolo poukázané na pandémiu spôsobenú vírusom COVID-19, prípadne aj blokádu Suezského priepľavu. Žiadosti o metodické usmernenie tak v kontexte predostretej problematiky neuvádzali žiadne ďalšie dáta, analýzy a ani bližšie nepopisovali konkrétny skutkový stav (čo je však prirodzené a úplne bežné vzhľadom na charakter žiadostí tohto typu, ktorý je v praxi zaužívaný).

² vid' napr. aj Všeobecné metodické usmernenie č. 10/2019 k zmenám zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy počas ich trvania, ktorým bolo aktualizované metodické Všeobecné usmernenie č. 5/2017

³ <https://www.uvo.gov.sk/legislativametodika-dohľad/metodika-zadavania-zakaziek-5ae.html>

⁴ vid' napr. názor autora Peter Kotvan, „Analýza právneho rámca v Slovenskej republike ohľadom zmiernenia niektorých dopadov krízy COVID-19 týkajúcich sa najmä zvýšenia cien materiálov: oceľ, meď, betón, asfalt, drevo... s dôrazom na aplikáciu FIDIC zmluvných podmienok“, zverejnený na: <https://www.lexforum.sk/732>

⁵ vid' napr. bod 39 rozsudku SD EÚ vo veci C-454/06 presstext Nachrichtenagentur

Podstatnou zmenou pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy sa rozumie taká zmena, ktorou sa najmä

a) mení povaha alebo rozširuje rozsah pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy,

b) dopĺňajú alebo menia podstatným spôsobom podmienky, ktoré by v pôvodnom postupe zadávania zákazky alebo koncesie umožnili účasť iných hospodárskych subjektov, alebo ktoré by umožnili prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku,

c) mení ekonomická rovnováha v prospech dodávateľa spôsobom, ktorý pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva neupravovala alebo

d) nahrádza pôvodný dodávateľ novým dodávateľom alebo pôvodný koncesionár novým koncesionárom inak, ako podľa odseku 1 písm. d).

K uvedeným znakom súčasná právna úprava doplnila taxatívny výpočet dôvodov, na základe ktorých je zmena zmluvy prípustná, hoci by takáto zmena sama osebe splňala aj charakter podstatnej zmeny zmluvy. Predmetné dôvody dovolenej zmeny zmluvy tak predstavujú výnimku z povinnosti obstarávať. Je notoricky známe a judikované tak SD EÚ, ako aj úradom, že k výkladu, a teda aj k používaniu výnimiek z pravidiel verejného obstarávania je potrebné pristupovať reštriktívnym spôsobom, pričom bremeno preukázania oprávnenosti použitia výnimky leží na tom, kto sa použitia výnimky dovoľáva (t. j. na verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi). Základné princípy verejného obstarávania aj v tomto prípade predstavujú korekčný a objektivizačný mechanizmus, cez optiku ktorého je potrebné nahliadať aj na použitie zákonných výnimiek. Cieľom verejného obstarávania je totiž zabezpečenie otvorenej a neskreslenej hospodárskej súťaže, pričom používanie výnimiek z pravidiel verejného obstarávania z povahy veci v sebe nesie riziko jej narušenia. Z tohto dôvodu aj úrad neustále apeluje, že k zmenám zmlúv je potrebné pristupovať mimoriadne opatrne.

K možnostiam zmeny zmluvy v zmysle § 18 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní

Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva obsahuje jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcií a podmienky ich uplatnenia; nemožno určiť takú podmienku, ktorou by sa menil charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

V tomto prípade je zmena zmluvy prípustná z toho dôvodu, že bola predvídaná a mali možnosť sa s ňou a jej podmienkami oboznámiť vopred všetky hospodárske subjekty zaujímajúce sa o zadanie zákazky. Ide teda o vopred stanovené pravidlá, pri dodržaní ktorých sa prezumuje aj súlad so základnými princípmi verejného obstarávania. **V situácii, keď uzavretá zmluva, ktorá vzišla z verejného obstarávania takéto ustanovenia neobsahuje (a zjavne teda ich neobsahovali ani dokumenty potrebné na vypracovanie ponuky), ich neskoršie doplnenie vo forme zmluvného dodatku bude napĺňať znaky podstatnej zmeny zmluvy, pokiaľ z toho bude vyplývať posun ekonomickej rovnováhy smerom k dodávateľovi alebo že sa touto zmenou podstatným spôsobom dopĺňajú pôvodne**

stanovené podmienky, ktoré by umožnili účasť iných hospodárskych subjektov alebo by umožnili prijať inú ponuku.

V tejto súvislosti je možné poukázať na už citovaný rozsudok SD EÚ vo veci C-454/06, v ktorom Súdny dvor (odkazujúc pritom aj na rozsudok vo veci C-496/99 Komisia/CAS Succhi di Frutta) vychádzal z toho, že cena je dôležitou podmienkou verejnej zmluvy, pričom zmena tejto podmienky počas doby platnosti zmluvy za absencie výslovného splnomocnenia v ustanoveniach pôvodnej zmluvy by mohla spôsobiť porušenie zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi⁶.

Vychádzajúc z uvedeného je možné konštatovať, že zavedenie napr. indexačnej doložky do zmluvy *ex post*, ktorej faktickým cieľom je riešiť aktuálne vzniknutú situáciu a „pomôcť“ tým zhotoviteľom prostredníctvom valorizácie (navýšenia) cien by samé osobe zjavne predstavovalo podstatnú a nedovolenú zmenu zmluvy, a to predovšetkým z titulu posunu ekonomickej rovnováhy v prospech tohto dodávateľa, ako aj z titulu možného prijatia inej ponuky, než pôvodne prijatej ponuky (napr. z dôvodu, že si iní uchádzači, čiastočne alebo úplne, riziko nárastu cien do svojej ponuky nacenili, resp. že ráтали z nižšou maržou).

K možnostiam zmeny zmluvy v zmysle § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní

Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak potreba zmeny vyplynula z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol pri vynaložení náležitej starostlivosti predvídať a zmenou sa nemení charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

Pre podrobnejšie zaoberanie sa týmto predpokladom zmeny zmluvy je vhodné poukázať aj na samotné smernice EÚ, napr. na čl. 72 ods. 1 písm. c) smernice 2014/24/EÚ, podľa ktorého *zmluvy a rámcové dohody možno upraviť bez nového postupu obstarávania v súlade s touto smernicou v ak sú splnené všetky podmienky:*

- i) potreba úpravy bola vyvolaná okolnosťami, ktoré nemohol obozretný verejný obstarávateľ predvídať;*
- ii) úpravou sa nemení celková povaha zákazky;*
- iii) akékoľvek zvýšenie ceny nie je vyššie ako 50 % hodnoty pôvodnej zákazky alebo rámcovej dohody. Ak sa vykoná niekoľko úprav nasledujúcich po sebe, uvedené obmedzenie sa vzťahuje na hodnotu každej úpravy. Účelom takýchto úprav nasledujúcich po sebe nesmie byť obchádzanie tejto smernice;*

Oporu tomuto ustanoveniu poskytuje bod 109 preambuly predmetnej smernice uvádzajúci, že *verejní obstarávatelia môžu byť konfrontovaní s vonkajšími okolnosťami, ktoré nemohli predvídať pri zadávaní zákazky, najmä ak sa zákazka plní počas dlhého obdobia. V takomto prípade je potrebná určitá miera pružnosti na prispôbenie zákazky týmto okolnostiam bez nového postupu obstarávania. Pojem nepredvídateľných okolností*

⁶ Súdny dvor úpravu zmluvnej ceny v prejednávanej veci nakoniec nepovažoval za podstatnú okrem iného preto, že úprava, ktorá bola vykonaná v dôsledku zaokrúhľovania síce menila reálnu hodnotu zmluvy, ale len minimálne a dalo sa to objektívne odôvodniť snahou o uľahčenie realizácie zmluvy, napr. prostredníctvom zjednodušenia fakturačných úkonov. Okrem toho, že išlo malé čiastky, v danom prípade to znamenalo zníženie platieb dodávateľovi (t. j. zmena bola uskutočnená na ťarchu dodávateľa a nie na ťarchu verejného obstarávateľa, pričom dodávateľ s takouto zmenou sám súhlasil).

sa vzťahuje na okolnosti, ktoré nebolo možné predvídať napriek primerane dôkladnej príprave pôvodného zadania zákazky verejným obstarávateľom so zreteľom na dostupné prostriedky, povahu a charakteristické znaky konkrétneho projektu, osvedčené postupy v danej oblasti a potrebu zabezpečiť zodpovedajúci súlad medzi prostriedkami vynaloženými pri príprave zadávania zákazky a jej predpokladanou hodnotou. Neplatí to však v prípadoch, keď úprava vedie k zmene celkovej povahy obstarávania, napríklad tým, že nahradí práce, tovar alebo služby, ktoré sa majú obstarat', niečím iným, alebo zásadne zmení druh obstarávania, pretože v takejto situácii možno predpokladať hypotetický vplyv na výsledok.

Legislatívna úprava v tomto prípade vychádza z prirodzeného predpokladu, že v praxi sa pri plnení zmlúv vyskytujú nečakané situácie⁷, čo je z povahy vecí viac pravdepodobné v dlhodobých kontraktoch (nakolko tie sú z časového hľadiska dlhšie vystavené rôznym externým vplyvom). Z obsahu citovaných ustanovení pritom možno vyčítať, že musí ísť o situáciu s ktorou je konfrontovaný (ktorej čelí) verejný obstarávateľ (obdobne obstarávateľ). Táto situácia by mala byť spôsobená v zásade externými faktormi, a v príčinnej súvislosti s nimi by mala byť vyvolaná potreba zmeny zákazky. **Nepredvídateľnosť je na strane verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa charakterizovaná tým, že dotknuté okolnosti (predovšetkým potreba úpravy) nastali napriek tomu, že tento verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vykonal pri príprave a zadávaní zákazky v zásade všetko to, čo sa od neho očakávalo.** Vyslovenie požiadaviek na obozretnosť, resp. konanie s náležitou starostlivosťou pritom naznačuje potrebu individualizácie hodnotenia pomerov každej zákazky a jej zmien, v rámci čoho je v kontexte znenia preambúl smerníc potrebné zohľadniť charakter projektu, okolnosti za akých bola zákazka pripravovaná, a porovnať to s tým, čo sa v tejto súvislosti obvykle vykonáva v súlade so zásadami dobrej praxe a potrebou dosiahnuť vyvážený pomer medzi zdrojmi vynaloženými na prípravu zákazky a jej predpokladanou hodnotou. **S ohľadom na základné princípy verejného obstarávania, ako aj na spomínanú potrebu reštriktívneho prístupu k aplikácii výnimiek z pravidiel verejného obstarávania je potrebné v neposlednom rade pripomenúť, že pokiaľ sa na základe nepredvídateľných okolností uskutoční zmena zmluvy, táto nesmie ísť nad rámec nevyhnutného.** Túto skutočnosť okrem iného potvrdzuje napríklad aj Usmernenie Európskej komisie k využívaniu rámca pre verejné obstarávanie počas núdzovej situácie súvisiacej s krízou spôsobenou ochorením COVID-19 2020/C 108 I/01 (ďalej ako „Usmernenie EK k zmenám zmluvy“)⁸. Z posúdenia samotnej podstaty tohto dôvodu na zmenu zmluvy, ako aj pri podrobnom pozastavení sa nad jeho charakteristickými znakmi pomerene jednoznačne vyplýva, že pri rozhodovaní oprávnenosti jeho použitia je potrebné zaujať osobitný prístup (a každý prípad posudzovať zvlášť vo väzbe na jeho individuálne okolnosti).

⁷ v tejto súvislosti je možné poukázať napríklad na názor autorského kolektívu J. Tkáč – M. Griga, vyjadrený v publikácii *Zákon o verejnom obstarávaní, Veľký komentár, Wolters Kluwer, 2016*, na str. 327, v ktorom sa uvádza, cit.: „Uvedený bod sa spravidla bude uplatňovať na dodatočný rozsah plnenia, ktorý je špecifikovaný v opise predmetu zákazky. Nie je však vylúčené, že pôjde aj o iné znaky plnenia (predĺženie termínu z dôvodu nepredvídateľných geologických podmienok a pod.).“

⁸ v závere stanoviska sa konštatuje, že úpravy musia byť opodstatnené do takej miery, do akej sú potrebné na zmiernenie dôsledkov krízy pri plnení verejných zákaziek a iba do tejto miery (neoficiálny preklad odovodený od nasledovného textu: the modifications must be justified to the extent that they are needed to mitigate the consequences of the crisis in the execution of public contracts and only to that extent)

Napriek uvedenému je však kontexte argumentov, ktoré boli doposiaľ úradu prezentované a skutočností, ktoré sú mu známe možné k potenciálnemu uplatňovaniu dôvodu na zmenu zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona s cieľom eliminácie dopadov aktuálneho nárastu cien v stavebníctve uviesť nasledujúce skutočnosti, s ktorými by sa mali verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia dôkladne vysporiadať.

Ad 1/ Príčiny vzniknutej súčasnej situácie

V rámci konkrétnych zákaziek je pri hľadaní príčin v prvom rade potrebné definovať okruh položiek, ktorých by sa mala zamýšľaná valorizácia týkať. Následne je potom žiaduce zaoberať sa príčinami nárastu ich cien. Snáď najčastejšie je zdražovanie pripisované rastu základných komodít ako drevo, oceľ, či ropa.

V súvislosti s drevom je potrebné poukázať na skutočnosť, že z verejne dostupných zdrojov a medializovaných informácií vyplýva, že nárast cien dreva je zrejme spôsobený viacerými faktormi, pričom ako podstatný sa v tomto smere okrem iného ukazuje aj zvýšený dopyt zo strany štátov mimo Európskej Únie (najmä USA a Čína) a ich ochota nakupovať za vyššie ceny, čo sa následne prejavilo na zvýšenom exporte z EÚ.⁹ Citované zdroje zároveň naznačujú, že pandémia spôsobená vírusom COVID-19 nemusela byť faktorom, ktorá by mal napríklad za následok také obmedzenie, resp. zníženie ťažby dreva, ktoré by spôsobovali rozsiahle výpadky dodávateľských reťazcov. Navyše, za povšimnutie stojí aj skutočnosť, že v období od júna do konca augusta 2021 ceny dreva (reziva) na komoditných trhoch v USA zaznamenali výrazný pokles, čo by v určitej miere mohlo naznačovať aj smerovanie ďalšieho cenového vývoja.¹⁰

Pokiaľ ide o oceľ, aj v tomto prípade z verejne dostupných zdrojov vyplýva, že pandémia spôsobená vírusom COVID-19 sama o sebe nebude tým faktorom, ktorý je v súčasnosti zodpovedný za vysoké ceny na komoditných trhoch. Hoci jej priamy vplyv môže byť vyšší ako pri dreve (a to v dôsledku odstávok v produkcii v priebehu minulého roka), nemožno však opomínať aj ďalšie faktory, ktoré sa v tomto smere uvádzajú – rast dopytu v Číne, clá na čínsku oceľ v EÚ, ukončenie výroby niektorých v závodoch a opatrenia tzv. zelených politík¹¹.

Čo sa týka cien ropy, tu je potrebné uviesť, že napr. z jednoduchej analýzy vývoja ropy BRENT vyplýva, že jej ceny v roku 2021 nelámali historické rekordy. Naopak, výrazný (avšak negatívny) excés bolo možné zaznamenať počas I. štvrťroka 2020, t. j. v čase vypuknutia

⁹ pozri <https://drevmag.com/2021/04/29/cenova-kalamita-neuticha-alebo-trh-s-drevom-sa-zblaznil/>, pričom autor textu je generálnym sekretárom Zväzu spracovateľov dreva SR; zároveň pozri aj <https://index.sme.sk/c/22634519/dreva-je-malo-zdrazuje-porastu-aj-ceny-drevodomov.html>, <https://e.dennikn.sk/2401991/ceny-dreva-sa-zblaznili-kym-bublina-praskne-skrachujeme-kricia-male-pily/>, <https://ekonomika.pravda.sk/ludia/clanok/591395-drevo-med-ci-ocel-ceny-vstupnych-surovin-zavratne-stupaju-preziju-to-slovenske-firmy/>

¹⁰ pozri napr. <https://www.cnbc.com/2021/06/30/lumber-prices-dive-more-than-40percent-in-june-biggest-monthly-drop-on-record.html>, <https://www.nasdaq.com/market-activity/commodities/lbs>

¹¹ pozri napr. <https://www.asb.sk/biznis/navysovanie-cien-stavebnych-materialov>, <https://www.forbes.sk/stavba-ci-rekonstrukcia-sa-moze-predrazit-az-o-25-ako-sa-vyvijaju-ceny-materialov/>, <https://credendo.com/sk/knowledge-hub/oceliarsky-priemysel-ceny-ocel-v-dosledku-zvyseneho-cinskeho-dopytu-prudko-stupli>, <https://www.ft.com/content/76ef4195-a56b-4647-8aa5-1c8d9a3f08cf>

vírusovej pandémie v prevažnej časti sveta¹². Z tohto hľadiska môže byť pri odôvodňovaní nárastu cien výrobkov, ktorých základnou ingredienciou je ropa, odvolávanie sa na medziročný rapídny nárast cien ropy skresľujúce a nenáležité.

Za potrebné považujeme uviesť aj to, že pri stavebných zákazkách zjavne nedochádza k bezprostrednej spotrebe uvedených komodít nakúpených na svetových burzách ale tieto ceny sa postupne premietajú do cien stavebných materiálov a výrobkov a tvoria len určitú časť výrobných a cenových vstupov, ktorá sa na výslednej cene môže prejavíť s rôznym časovým oneskorením (z dôvodov postupného reťazenia zdražovania od samotnej komodity cez medziprodukty až po finálny výrobok a jeho distribúciu ku koncovému zákazníkovi¹³). Oneskorenie možno následne zaznamenávať aj pri premietaní do štatistík cenových hladín, ktoré sa vykonávajú s určitou periodicitou (napr. štvrťročnou, ako je tomu pri indexe cien v stavebníctve sledovaného Štatistickým úradom Slovenskej republiky). Uvedené tak znamená, že nárast ceny určitej suroviny, či komodity obchodovanej na svetových trhoch sa nepremieta do cenových štatistík týkajúcich sa stavebných výrobkov v plnej miere a zároveň sa tak nedeje okamžite (relevantné je určité časové obdobie, ktoré v sebe môže odrážať viaceré cenové výkyvy). V súvislosti s prípadným odvolávaním sa na rôzne cenové indexy je potrebné upozorniť aj na to, že môžu vychádzať aj z agregovaných položiek, ktoré v sebe nemusia obsahovať len stavebné materiály (ako je tomu napr. Indexe cien priemyselných výrobcov v SR, sledovaného Štatistickým úradom Slovenskej republiky). **Na základe uvedeného preto zastávame názor, že z cien na komoditných trhoch, ako aj z cenových indexov, ktoré sú zverejňované napr. Štatistickým úradom Slovenskej republiky¹⁴ nemožno vyvodzovať univerzálne a priamo aplikovateľné závery pre účely každej stavebnej zákazky v Slovenskej republike, nakoľko na tieto účely poskytujú v rôznej miere skreslené údaje a zároveň sa v bližšie miere nezaoberajú súvzťažnosťami medzi nárastom cien a ich príčinami.** Takýto univerzálny mechanizmus, na ktorý by sa v dotknutých zákazkách dalo odvolávať, či analýza ktorá by podrobne pomenúvala jednotlivé príčiny nárastu cien týkajúcich sa sektora stavebných zakaziek, nie sú úradu doposiaľ známe.

Ad 2/ Súvislosť vzniknutej situácie s pandemiou spôsobenou ochorením COVID-19 (ako vis maior) a Usmernenie EK k zmenám zmlúv

I keď zámerom tohto metodického usmernenia nie je podať podrobný a vedecký výklad príčin nárastu cien, možno ich však považovať za celkom podstatné indície svedčiace v neprospech toho, že tie bude možné odôvodniť jednoduchým odkazom na situáciu spôsobenú ochorením COVID-19. Na margo samotnej pandémie je potrebné zdôrazniť aj to, že od jej nástupu v EÚ (cca. marec 2020) uplynulo jeden a pol roka. Za tú dobu ňou bola dotknutá azda každá sféra bežného života, ako aj obchodného styku a vo veľkej miere zmenila zaužívané pomery a v mnohých ohľadoch aj nákupné, či spotrebiteľské správanie. V porovnaní s obdobím nasledujúcim bezprostredne po jej prepuknutí je postupom času v obchodnom styku čoraz

¹² obdobné ceny ako v roku 2021, možno z hľadiska historického vývoja zaznamenať aj v rokoch 2006 alebo 2018, najvyššie ceny boli zaznamenané v rokoch 2008 a 2011-2013 (vid' napr. <https://tradingeconomics.com/commodity/brent-crude-oil>)

¹³ na túto skutočnosť môžu mať vplyv aj dlhodobé kontrakty distribučných reťazcov fixujúce ceny na určité obdobie

¹⁴ Index cien stavebných prác, materiálov a výrobkov spotrebovávaných v stavebníctve SR, ako aj Indexy cien priemyselných výrobcov v SR

menej skutočností možné priamo pričítať pandémie a v tomto kontexte je aj menej skutočností možné považovať za nepredvídateľné. **Možno pritom napríklad uviesť, že je prirodzené, že po čase utlmeného dopytu nastane agregácia odložených investícií a potrebou uspokojovania aktuálne vzniknutých potrieb. Keď sa k tomu pripojí ohlasovanie ďalších veľkých verejných investícií a opatrení na podporu (pokrízovej) ekonomiky, je dôvodné predpokladať, že situácia rapídneho nárastu dopytu vyvolá tlak na rast cien.** Situácia v tomto ohľade nie je iná ani pri stavebných materiáloch a rast ich cien je evidentne spôsobený viacerými faktormi. Za podstatné možno považovať aj zodpovedanie otázky, aký podiel na tom majú faktory na strane dopytu (a jeho nárastu) a aký tie na strane ponuky (predovšetkým tie, ktoré možno pričítať jej poklesu v dôsledku pandémie a opatreniam prijatých na zamedzenie jej šírenia), nakoľko podľa základnej ekonomickej teórie oba faktory tvoria predpoklady pre rast cien.

Pokiaľ ide o Usmernenie EK k zmenám zmlúv, je nepochybné, že sa v ňom kríza spôsobená vírusom COVID-19 spomína ako okolnosť, ktorú nemohli (ani) obozretní verejní obstarávatelia predvídať, na základe čoho môžu byť úpravy zmlúv z tohto dôvodu akceptovateľné. **Pri odvolávaní sa na toto usmernenie je však potrebné pripomenúť, že bolo vypracované ešte v priebehu marca 2020 v kontexte udalostí, ktoré boli aktuálne v danom čase**¹⁵. Situácia bola príznačná tým, že v jednotlivých štátoch boli zavádzané rôzne reštriktívne opatrenia, v dôsledku ktorých dochádzalo k obmedzeniam exportu, prerušovaniu výroby a narúšaniu dodávateľských reťazcov. V kombinácii s prudkým nárastom dopytu po určitých tovaroch (predovšetkým zdravotníckych pomôcok a hygienických potrieb) nastalo náhle „zlyhanie trhu“, a teda aj objektívna nemožnosť plnenia niektorých zmlúv¹⁶, ktorá by s najväčšou pravdepodobnosťou nastala u ktoréhokoľvek hospodárskeho subjektu, vystupujúceho v danej zmluve v pozícii dodávateľa. **Situácia, s ktorou sa možno v súčasnosti stretnúť pri prezentovaných zákazkách na stavebné práce sa zdá byť odlišná**, a to aj v súvislosti so skutočnosťami uvedenými vyššie (napr. vývoj cien komodít, ako je napr. drevo, oceľ a pod.). Navyše, pokiaľ ide o zákazky, ktoré boli vyhlásené po prepuknutí pandémie (a ktoré neboli vyhlásené v bezprostrednej súvislosti s ňou), sotva je pri nich možné hovoriť už o tom, že pandémie ako taká je nepredvídateľná okolnosť.

Ad 3/ Následky vzniknutej situácie v zákazkách a potreba zmeny zmluvnej ceny

Podľa skutočností, ktoré boli doposiaľ úradu uvádzané, problémy pri plnení zákaziek spôsobuje skutočnosť, že zhotovitelia nie sú schopní poskytnúť plnenia za vysúťažené, a teda aj zmluvne dohodnuté ceny. Úradu v súvislosti so vzniknutou situáciou naopak neboli doposiaľ prezentované iné tak závažné skutočnosti, ktoré by bránili plneniu zákaziek (ako napr. nedostatok určitých tovarov na trhu, v dôsledku ktorého by vznikla nevyhnutná potreba

¹⁵ v samotnom texte dokumentu sa pritom uvádza, že *za súčasných okolností (current circumstances) je pomerne zrejme, že prvá podmienka by bola naplnená... alebo že za súčasných okolností (current circumstances) by sa malo predpokladať, že úpravy verejných zákaziek na základe čl. 72 ods. 1 písm. c) môžu byť akceptovateľné...*

¹⁶ v usmernení sa uvádza, že *v určitých prípadoch sa môže stať, že hospodársky subjekt nie je schopný plniť zákazku (napr. kvôli zastaveniu výroby alebo prerušeniu siete dodávok alebo môže čeliť problémom s likviditou kvôli uzavretiu prevádzky. Toto by mohlo viesť k situáciám všeobecného zlyhania zákaziek, ktoré by vyúsťovali do súdnych sporov a významných ekonomických a sociálnych dôsledkov. Toto riziko by postihlo hospodárske subjekty (ktoré by mohli vyhlásiť insolveniu), ako aj verejných obstarávateľov (ktorí by neobdržali práce, služby a dodávky, ktoré potrebujú).*

nahradiť ho iným tovarom alebo uskutočniť zmeny diela, v dôsledku ktorých by nebolo možné zákazku splniť včas).

V zjednodušenej podobe tak platí, že zhotoviteľ ešte v pozícii uchádzača vychádzajúc zo svojich znalostí, princípov fungovania svojej obchodnej politiky a dodávateľských vzťahov, ako aj s prihliadnutím na okolnosti, ktoré sú procesu verejného obstarávania vlastné¹⁷, vypracoval a predložil ponuku (napr. prostredníctvom ocenenia výkazu výmer) a ako úspešný v porovnaní so svojimi konkurentmi zaviazal sa uskutočniť dielo včas a riadne za dohodnutú cenu. S prihliadnutím na základné princípy verejného obstarávania a pravidlá čestnej hospodárskej súťaže by malo zároveň platiť, že zhotoviteľ tento svoj záväzok dodrží (pacta sunt servanda)¹⁸. Pokiaľ v priebehu plnenia dôjde k nárastu cien vstupov potrebných pre plnenie zmluvy, táto skutočnosť sama o sebe neznamena objektívnu nemožnosť plnenia ale vo všeobecnosti to, že bude kladená na ťarchu niektorej zo zmluvných strán (pokiaľ v zmluve nie je dohodnutý osobitný mechanizmus na elimináciu takýchto rizík). Ak zmluva neobsahuje valorizačný mechanizmus, navýšenie cien vstupov tak štandardne pôjde na ťarchu zhotoviteľa. V takomto prípade je tak zhotoviteľ ten, kto v prvom rade čelí vzniknutej (nepredvídanej) situácii. **S ohľadom na text preambuly smernice 2014/24/EÚ je namieste hľadanie na odpovede na otázku, v akej miere ide teda o okolnosti s ktorými sú konfrontovaní samotní verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia. Skutočnosť, že si zhotoviteľ uplatňuje u neho nárok na navýšenie zmluvnej ceny z dôvodu, že ďalšie plnenie, či splnenie celej zákazky bude pre neho nevýhodné (stratové), čo môže byť ďalej umocnené jeho úvahami nad spôsobmi ukončenia záväzku, sa v tomto smere nezdá byť postačujúca a dôvodná.** V korelácii s tým je potom rovnako otázna aj dôvodnosť úpravy (prispôsobenia) zákazky týmto okolnostiam. Ako bolo naznačené vyššie, z doteraz prezentovaných skutočností sa javí, že jedinou potrebou na prispôsobenie zákazky je zmena (navýšenie) ceny v prospech zhotoviteľa, pričom platí, že takáto zmena nie je z objektívneho hľadiska nevyhnutná na „dokončenie“ zákazky (v zásade ide o subjektívne dôvody na strane zhotoviteľa).

Ad 4/ Obozretný verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ

Jednou z podmienok opodstatňujúcou uskutočnenie zmeny podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní je aj preukázanie, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vynaložil náležitú starostlivosť, resp., že bol obozretný podľa znenia textu smerníc EÚ (na tieto účely pritom nepovažujeme ďalej za potrebné zaoberať sa bližšie terminologickými odlišnosťami zákona a smerníc). **Podstatné je v tejto súvislosti vyhodnotiť, čo sa od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa očakávalo predovšetkým počas prípravy a realizácie daného verejného obstarávania a či verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ**

¹⁷ ako napr. lehota viazanosti ponúk, či kontrolné mechanizmy predovšetkým pri zákazkách financovaných z fondov EÚ

¹⁸ viď https://e.dennikn.sk/2494985/developeri-garantuju-ceny-predanych-bytov-boom-v-stavebninach-sa-moze-odrazit-v-novych-projektoch/?fbclid=IwAR3rZpgsq-bluK4s6J6tEG0ESTQ_ETUuMbvatGF8qKbuRXXOrcAhY9-Czw, pričom v predmetnom článku sa napríklad uvádza napr. nasledovné: „Dobrá správa je, že podľa oslovených developerov sa klienti nemusia obávať nárastu cien, a to najmä vtedy, ak už majú byty kúpené. Ceny v podpísaných zmluvách sa totiž nemenia – ide o právoplatné zmluvy a v neposlednom rade aj o renomé developerov. „Pre tých, čo majú podpísanú zmluvu a byt kúpený alebo rezervovaný, je cena nemenná,“ tvrdí developer Krnáč. Podobne sa vyjadrili aj ostatní oslovení hráči.“

v tomto smere naozaj splnil to, čo mal. Posúdenie týchto skutočností však v prvom rade závisí od toho, čo je v danom prípade označované za okolnosť, ktorú nebolo možné predpokladať. Pokiaľ ňou má byť nárast cien, ktorý ako sa uvádza vyššie má viacero príčin, otázkou je, čo mal alebo naopak nemal v tomto ohľade verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vykonať a prečo sa tak prípadne nestalo. Vzniknutá situácia pritom spôsobila, že zhotovitelia nie sú schopní, resp. nemajú záujem pokračovať v plnení zákazky za cenu, ktorú sami ponúkli v ponuke a následne ju aj premietli do zmluvy, nakoľko ďalšie plnenie je pre nich nevýhodné. Do akej miery je pritom verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ povinný predvídať riziká na strane zhotoviteľa, resp. zavádzať opatrenia, ktoré ich môžu eliminovať a do akej miery by mal verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nahrádzať zhotoviteľovi vznikajúce straty počas plnenia zmluvy? Okrem toho nemožno obísť ani skutočnosť, že v prípadoch niektorých druhov zmlúv alebo pri niektorých typoch projektov (predovšetkým tých dlhodobých) **môže byť obvyklé, že sa do nich zavádzajú doložky obsahujúce opatrenia (napr. indexačné), ktoré majú ambíciu vyvážiť následky rizík, ktoré môžu vzniknúť niektorej zo zmluvných strán.** Pokiaľ tak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neurobil, výrazne si „podkopáva“ prípadné dôkazné možnosti v tom, že ho bude možné považovať za obozretného, resp. že vynaložil náležitú starostlivosť¹⁹. Obdobne tomu bude v prípade zlého kontrakt manažmentu z jeho strany.

Ad 5/ Nevyhnutnosť na odstránenie následkov

Aj keď právna úprava pri tomto druhu zmeny zmluvy povoľuje navýšenie pôvodnej zmluvnej ceny až do výšky 50 %, **dôležité je opätovne pripomenúť aj to, čo vo svojom závere zdôrazňuje Usmernenie EK k zmenám zmlúv, a síce, že takáto zmena zmluvy musí slúžiť len na to, čo je naozaj nevyhnutné** (na zmiernenie následkov neočakávaných okolností). Na základe vyššie opisovaných okolností tak nie je celkom jasné, čo by to v dotknutých prípadoch malo predstavovať, tak z kvalitatívneho, ako aj kvantitatívneho hľadiska. V každom prípade je zrejmé, že prípadné snahy o kvantifikáciu by mali byť založené na dôkladnom individuálnom posudzovaní každej zákazky a to tak, aby zhotoviteľovi nebola poskytovaná nenáležitá výhoda, ktorá by bola v rozpore so základnými princípmi verejného obstarávania.

Nemožno pritom opomenúť, že takáto zmena môže mať aj škodlivé vplyvy na celkové prostredie hospodárskej súťaže²⁰. To by nevyhnutne znamenalo prihliadanie aj na také

¹⁹ Ilustratívne a bez ambície bližšie sa vyjadrovať k čl. 13.8 FIDIC možno uviesť, že sám autor vyššie citovaného článku (<https://www.lexforum.sk/732>) napr. uvádza, že „*takéto konanie verejných investorov spôsobilo, že problém s nárastom cien nemôže byť pri použití FIDIC zmluvných podmienkach jednoducho vyriešený tak, ako ustanovenia FIDIC zmluvných podmienok pôvodne zamýšľajú... Diskusia o hľadaní rizika v konkrétnej zmluve by však bola bezpredmetná, keby sa v danej zmluve správne aplikoval vyššie uvedený Podčl. 13.8 FIDIC zmluvných podmienok. V konečnom dôsledku si za tento problém môžu investori sami svojím „inovatívnym“ alebo naopak „laxným“ prístupom k zavedenej praxi aplikácie FIDIC zmluvných podmienok v európskom kontexte.“*

²⁰ V tejto súvislosti je vhodné poukázať aj na názor autorov J. Azud – L. Plaváková – P. Bartoš vyjadrený v publikácii *Zákon o verejnom obstarávaní. Veľký komentár, Bratislava, C. H. Beck, 2019* na str. 506 a 507, ktorý sa zaoberá koreláciou práva verejného obstarávania a „klasického“ práva hospodárskej súťaže. V rámci toho sa napríklad uvádza nasledovné: „*Porušením princípov hospodárskej súťaže v rámci zadávania zákaziek môže byť aj také zadanie zákazky, ktoré nezohľadňuje protihodnotu poskytnutú hospodárskym subjektom, čo môže nastať v prípade priameho zadania zákazky bez použitia súťažného postupu, hoci na to nebol zákonný dôvod, alebo uzavretia dodatku k zmluve, hoci aj s použitím zákonných dôvodov podľa § 18 ZVO. V týchto prípadoch totiž nie je cena generovaná trhom a môže tak dôjsť k neoprávnenej výhode pre hospodársky subjekt, ktorý nemusel*

okolnosti, ako sú podmienky za akých bolo vyhlásené pôvodné verejné obstarávanie, prístup jednotlivých uchádzačov k tvorbe ich ponúk, priebeh doterajšieho plnenia zákazky a jej celkový kontrakt manažment, a v neposlednom rade aj správanie jednotlivých zmluvných strán. **Legitímnosť prípadného nároku zhotoviteľa by musela vychádzať po objektívnej stránke z toho, čo skutočne súvisí s deklarovanou neočakávanou situáciou (je teda potrebné túto situáciu pomenovať spolu s príčinami jej vzniku, oddeliť pritom nesúvisiace faktory a následne je potrebné dôkladne pomenovať jej bezprostredné následky) a po subjektívnej stránke by mala zohľadňovať postavenie zhotoviteľa a jeho príčiny²¹, ako aj to, či v doterajšom alebo nadchádzajúcom plnení sa naopak neobjavujú aj okolnosti, ktoré by naopak zhotoviteľovi poskytli výhody z dôvodu, že v daných prípadoch riziko znášal verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ.** Tento dôvod na zmenu zmluvy by totiž nemal byť využívaný ako prostriedok, ktorý slúži na poskytnutie dodatočných záruk zhotoviteľom na elimináciu rizík, ktoré aj s ohľadom na povahu verejného obstarávania a jeho základných princípov možno považovať za integrálnu súčasť podnikateľskej činnosti. Domnievame sa totiž, že vo všeobecnosti nie je úlohou verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, aby zadával len také zákazky, ktoré dodávateľom dokážu za každých okolností garantovať rentabilitu, či prinajmenšom návratnosť nákladov. Samotné verejné obstarávanie je vo svojej podstate založené na súťažení hospodárskych subjektov, ktoré vychádza z vopred stanovených podmienok a princípov. Tak, ako sa od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa vyžaduje, aby postupoval s náležitou starostlivosťou, je dôvodné očakávať, že hospodárske subjekty pri koncipovaní svojich ponúk a ochote „bojovať“ o danú zákazku vychádzajú zo zásad ich obchodnej politiky, ktorá v sebe odzrkadľuje aj také faktory, akými sú manažment rizík, ako aj budovanie stabilných dodávateľských reťazcov. Je prirodzené, že aj verejné obstarávanie je vystavené rôznym ekonomickým cyklom (na niektoré segmenty pritom môže mať aj priamy vplyv), ako aj tzv. neviditeľnej ruke trhu.

Vychádzajúc z vyššie uvedeného, je možné vysloviť záver, že skutočnosti, ktoré boli doteraz úradu predostreté nejavia charakter všeobecného predpokladu na aplikáciu dôvodov na zmeny zmlúv v zmysle § 18 ods. 1 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, a to v súvislosti so situáciou týkajúcou sa nárastu cien stavebných materiálov, či komodít využívaných v stavebníctve. Aj keď samozrejme platí, že každú zmenu zmluvy je potrebné posudzovať

verejnemu obstarávateľovi alebo obstarávateľovi poskytnúť také podmienky, aké by bol nútený poskytnúť v prípade účasti v riadnej a férovej súťaži. Neprimeranú kompenzáciu ako formu poskytnutia nedovolennej štátnej pomoci pozná aj judikatúra SD EÚ a potvrdzuje odborná literatúra. Dôvod, pre ktorý je súťaž dôležitá pri zmenách zmlúv vo verejnom obstarávaní, je, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ bez nej nemá informácie, ktoré mu umožnia zmenu vykonať so zohľadnením skutočných trhových podmienok. To môže viesť dodávateľov k oportunistickému správaniu sa a prirodzenej snahe maximalizovať zisk, čo by v prípade potreby súťaženia s inými dodávateľmi realizovať nemohli, pretože ich ponuka by musela odrážať skutočné trhové podmienky. Takto získanú výhodu potom môže zvýhodnený podnikateľ využiť na posilnenie svojej trhovej pozície. Zdôrazňujeme, že k tomu môže dôjsť aj pri vykonaní zmeny, ktorá je podľa zákona stricto sensu povolená.“

²¹ V súvislosti s deklarovanou potrebou individuálneho skúmania osobitostí každej takejto zákazky dávame okrem povinnosti skúmania následku takejto situácie do pozornosti aj potrebu zaoberania sa o i. skutočnosťami konkrétneho dodávateľsko-odberateľského vzťahu v (sub)dodávateľskom reťazci uchádzača, konkrétne napr. zohľadnenie toho, čo bolo kedy reálne nakupované, resp. v akých cenách, a to na úrovni jednotlivých dotknutých položiek v rámci zákazky.

individuálne (čo teda absolútne nevylučuje možnosť, že sa v praxi vyskytnú aj oprávnené prípady), vo všeobecnosti je možné uviesť, že možnosti na preukázanie dôvodnosti takejto zmeny, ako aj výšky legitímneho nároku zhotoviteľa sú zásadne limitované, či možno až hypotetické²².

K možnostiam zmeny zmluvy v zmysle § 18 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní

V súvislosti so vzniknutou situáciou tak v podstate jedinou pomerne flexibilnou možnosťou pre verejných obstarávateľov a obstarávateľov môže byť využitie tzv. zmeny zmluvy *de minimis*, ktorej mechanizmus je podrobne popísaný vo *Všeobecnom metodickom usmernení k zmenám zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy počas ich trvania* (č. 10/2019). Hoci tento dôvod zmeny zmluvy nekladie pre účely pravidiel verejného obstarávania po vecnej stránke nároky na odôvodnenie jeho uplatnenia²³, je zrejmé, že v dôsledku neho nesmie dochádzať k zmene charakteru zmluvy, ako aj k účelovému obchádzaniu pravidiel verejného obstarávania. S ohľadom aj na povinnosti, ktoré verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom budú pravdepodobne vyplývať aj z iných všeobecne záväzných predpisov (najmä z pohľadu hospodárnosti a účelnosti nakladania s majetkom) je taktiež zrejmé, že uplatnenie tohto dôvodu nemôže byť celkom bezdôvodné a malo by mať opodstatnený základ.

²² Per analogiam je pritom možné napríklad doplniť aj odkaz na „*Společné stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k problematice nárůstu cen stavebních materiálů*“ (dostupné na: <https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/tiskove-zpravy/verejne-zakazky/3110-spolecne-stanovisko-uohs-a-mmr-k-problematice-narustu-cen-stavebnich-materialu-ve-verejnych-zakazkach.html>), ktoré sa v súvislosti so vzniknutou situáciou osobitne zameriava na možnosti zmien zmlúv podľa § 222 ods. 2 a ods. 4 ZZVZ (a nie napr. na § 222 ods. 6 ZZVZ).

²³ Bod 107 ods. 2 smernice 2014/24/EÚ pritom uvádza, že *Úpravy zákazky, ktorých dôsledkom je malá zmena hodnoty zákazky do určitej hodnoty, by sa mali vždy umožniť bez toho, aby bolo potrebné vykonať nový postup obstarávania. Na tento účel a s cieľom zabezpečiť právnu istotu by sa v tejto smernici mali ustanoviť minimálne finančné hodnoty, v rámci ktorých nie je potrebný nový postup obstarávania. Úpravy zákazky nad tieto finančné limity by malo byť možné bez toho, aby bolo potrebné vykonať nový postup obstarávania, pokiaľ sú v súlade s príslušnými podmienkami stanovenými v tejto smernici.*