

Všeobecné metodické usmernenie

k zmenám zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy počas ich trvania

/Upravené znenie v súlade s novelou zákona o verejnom obstarávaní č. 345/2018 Z. z. účinnou od 1. 1. 2019. Znenie zákona platné len do 31. 12. 2018 je v texte za účelom porovnania vyznačené/zvýraznené šedou farbou s poznámkou./

V zásade platí, že zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva (ďalej aj ako „zmluva“) uzavretá ako výsledok verejného obstarávania sa nemá meniť. Zmena zmluvy je možná len v prípadoch výslovne ustanovených v zákone č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“). Podmienky uzatvorenej zmluvy by mali odrážať záväzky prijaté v ponuke úspešného uchádzača.

V prípade zmeny zmluvy je potrebné dbať na to, aby nešlo o zmenu zmluvy, ktorá by zakladala vyhlásenie nového verejného obstarávania. Neoprávnená zmena zmluvy, a tým aj strata príležitosti pre hospodárske subjekty uchádzať sa o novú zákazku, znamená porušenie princípov verejného obstarávania, najmä transparentnosti rovnakého zaobchádzania ako aj nediskriminácie na základe štátnej príslušnosti.

Situácie, keď je možná úprava zmluvy počas jej trvania bez toho, aby sa vyžadovalo vyhlásenie nového verejného obstarávania, upravuje zákon.

1. Zmena zmluvy na základe pravidiel (podmienok) v nej stanovených

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. [§ 18 ods. 1 písm. a) zákona]

Je vhodné, aby už v čase koncipovania návrhu zmluvy do pripravovaného verejného obstarávania bolo zohľadnené, že v budúcnosti môžu nastať okolnosti opodstatňujúce zmenu (úpravu) zmluvy (zmluvných podmienok). Okolnosti prípadnej úpravy zmluvy je potrebné presne a jasne zadefinovať do zmluvných podmienok a jednoznačne špecifikovať rozsah a povahu možných úprav a podmienky ich uplatnenia.¹ Jasné, presné a jednoznačne zadefinované podmienky úpravy zmluvy nepredstavujú neopodstatnené zmeny zmluvy, ale pôjde o zmenu na základe zmluvných podmienok.

¹ K tomu pozri napr. rozsudok Súdneho dvora Európskej únie C-549/14 Finn Frogne, podľa ktorého: „...Vzhľadom na predchádzajúce úvahy treba na položenú otázku odpovedať tak, že článok 2 smernice 2004/18/ES sa má vykladať v tom zmysle, že po pridelení verejnej zákazky nemôže dôjsť k jej podstatnej zmene bez toho, aby sa začalo nové zadávacie konanie, aj keď táto zmena predstavuje objektívne spôsob urovnania dohodou, v rámci ktorej strany upustili od svojich vzájomných nárokov s cieľom vyhnúť sa sporu, ktorého výsledok je neistý, a ktorý vznikol z dôvodu ťažkostí spojených s plnením tejto zákazky. Bolo by to inak, ak by bola v dokumentácii k zadávaciemu konaniu stanovená možnosť zmeniť niektoré, aj podstatné, podmienky tejto zákazky po jej zadaní a boli by stanovené podmienky uplatnenia tejto možnosti.“

Zmluva musí obsahovať jasné, presné a jednoznačné podmienky, na základe ktorých je možné vykonať úpravu zmluvy. Tieto zmluvné podmienky by mali byť obsiahnuté v návrhu zmluvy, ktorý je súčasťou súťažných podkladov alebo by ich mali obsahovať súťažné podklady a následne by mali byť premietnuté v zmluve.

Podmienkami, ktoré sa týkajú úpravy zmluvy, sa nesmie meniť povaha/charakter tovaru, stavebných prác alebo služieb, ktoré sú predmetom zmluvy.

Takto možno stanoviť úpravu zmluvných podmienok, ktoré sa týkajú napríklad úpravy ceny (napr. indexácia ceny), možnosti uplatnenia opcie (napr. na dodávku tovaru), úpravy zníženia ceny plnenia vzhľadom na vývoj cien porovnateľných tovarov na trhu, úprava pre zmenu osoby určenej na plnenie zmluvy (expert). Povinnou zmluvnou podmienkou je úprava pravidiel pre zmenu subdodávateľa.

Informačná povinnosť

Od 1. 1. 2019 v prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska informačná povinnosť pri zmene zmluvy podľa § 18 ods.1 písm. a) zákona už nie je

V prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska je verejný obstarávateľ povinný poslať oznámenie o zmene zmluvy alebo rámcovej dohody úradu do 14 dní po jej zmene (§ 113 ods. 5 zákona). Stav platný **do 31. 12. 2018.**

Zmluva obsahuje len všeobecnú klauzulu: „Cenu je možné meniť písomnou dohodou zmluvných strán.“

Nie je správne, ak podmienka na úpravu ceny znie všeobecne a nie sú uvedené dôvody, resp. okolnosti, za ktorých je možné pristúpiť k úprave pôvodnej ceny a spôsob jej úpravy.

Zmluvu nie je možné zmeniť počas jej trvania len preto, že to bolo vopred uvedené v súťažných podkladoch alebo bez toho, aby bol spôsob jej zmeny jednoznačne upravený.

Zmluva na dodávku 110 ks tabletových počítačov jasne stanovila právo uplatnenia opcie zo strany verejného obstarávateľa na ďalších 33 ks tabletových počítačov.

Uplatnenie tejto možnosti predstavuje zmenu podľa podmienok zmluvy a nie je novou zmluvou.

Možnosť tejto opcie musí byť výslovne uvedená v pôvodných dokumentoch verejného obstarávania (oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania + návrh zmluvy) a jej hodnota musí byť zahrnutá do výpočtu predpokladanej hodnoty zákazky,² aj keď sa opcia nemusí vykonať.

Zmluva na dodávku 110 ks tabletových počítačov jasne stanovila právo uplatnenia opcie zo strany verejného obstarávateľa na ďalších 33 ks tabletových počítačov. Dodatok sa uzavrie na 33 stolových počítačov.

Takáto zmena zmluvy nie je možná, pretože sa ňou mení charakter zmluvy.

² § 6 ods. ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.

Je veľmi pravdepodobné, že pôjde o novú zmluvu, resp. o zmenu charakteru zmluvy, ak sa povaha zmluvy zmení tak, že sa vyžaduje dodávka rôznych výrobkov alebo poskytovanie služieb iného druhu v porovnaní s tými, ktoré sú uvedené v pôvodnej zmluve, a ktoré boli predmetom pôvodnej súťaže.

V zmluve ani nie je možné stanoviť si takú podmienku úpravy, ktorej splnením by došlo k zmene charakteru/povahy zmluvy.

Čím je zmena zmluvy podstatnejšia, tým je vyššia pravdepodobnosť, že bude potrebná nová zmluva, t. j. nové verejné obstarávanie.

2. Doplnujúce tovary, stavebné práce alebo služby

Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak ide o doplnujúce tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré sú nevyhnutné, nie sú zahrnuté do pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, poskytuje ich pôvodný dodávateľ alebo koncesionár a zmena dodávateľa alebo koncesionára

- 1. nie je možná z ekonomických dôvodov alebo technických dôvodov, pričom ide najmä o požiadavku vzájomnej zameniteľnosti alebo interoperability s existujúcim zariadením, službami alebo inštaláciami podľa pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy a*
- 2. spôsobí verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi významné ťažkosti alebo podstatnú duplicitu nákladov.*

[§ 18 ods. 1 písm. b) zákona]

Ak ide o verejného obstarávateľa a o zmenu podľa odseku 1 písm. b), nemôže dôjsť k navýšeniu hodnoty plnenia o viac ako 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. Ak ide o opakované zmeny, obmedzenie podľa prvej vety sa vzťahuje na každú zmenu. Opakované zmeny zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy nie je možné vykonať s cieľom vyhnúť sa použitiu postupov podľa tohto zákona. [§ 18 ods. 5 zákona]

Ak ide o verejného obstarávateľa a o zmenu podľa odseku 1 písm. b), hodnota všetkých zmien nesmie presiahnuť 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. Opakovanými zmenami zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy sa nemožno vyhnúť použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona. [§ 18 ods. 5 zákona] Stav do 31. 12. 2018

Zmena zmluvy je možná v prípade doplnujúcich tovarov, stavebných prác alebo služieb, ktoré nie sú zahrnuté v pôvodnej zmluve, ale sú nevyhnutné na plnenie predmetu zmluvy. Doplnujúce tovary, stavebné práce alebo služby poskytuje pôvodný dodávateľ, pretože jeho zmena by spôsobila problémy s ekonomickou alebo technickou interoperabilitou a viedla by k významným ťažkostiam alebo k duplicite nákladov. Dôkazné bremeno splnenia oboch kumulatívnych podmienok nesie verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, ktorý použije tento dôvod na zmenu zmluvy.

Maximálna hodnota zmeny zmluvy

Od 1. 1. 2019 došlo k odstráneniu prísnejšej transpozície smerníc 2014/23/EÚ a 2014/24/EÚ, t.j. pri opakovaných zmenách zmluvy vykonávaných z uvedeného dôvodu (§ 18 ods. 1 písm. b) zákona) môže hodnota **každej zmeny** dosiahnuť 50% hodnoty **pôvodného plnenia**. Ďalej bolo

v súlade s európskymi smernicami upresnené aj to, že obmedzenie hodnoty zmeny zmluvy sa vzťahuje len na navýšenie hodnoty pôvodného plnenia (teda ide o výslovné odlišenie oproti úprave § 18 ods. 3 zákona).

Pre zmeny zmluvy v prípade potreby doplňujúcich tovarov, stavebných prác alebo služieb platí, že hodnota všetkých zmien nesmie presiahnuť 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy. Z uvedeného vyplýva, že zmenu zmluvy na základe tohto dôvodu možno vykonať aj opakovane, ale hodnota všetkých týchto zmien spolu nesmie presiahnuť uvedený limit. Zároveň platí, že opakovanými zmenami zmluvy sa nemožno vyhnúť použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona (pozri aj bod 8 tohto usmernenia). Stav do 31. 12. 2018

Informačné povinnosti

V prípade nadlimitnej zákazky pošle verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oznámenie o zmene zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. b) zákona publikačnému úradu a úradu na zverejnenie v úradnom vestníku EÚ a vo vestníku do 30 dní po zmene zmluvy (§ 26 ods. 4 zákona).

V prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska pošle verejný obstarávateľ oznámenie o zmene zmluvy úradu do 14 dní po jej zmene (§ 116 ods. 4 zákona).

Na stále prebiehajúcej (nedokončenej) výstavbe administratívnej budovy je potrebné uskutočniť doplňujúce stavebné práce, a to dodatočné vybudovanie tretieho podlažia na pôvodne plánovanú dvojpodlažnú stavbu.

V tomto prípade je veľmi pravdepodobné, že v prípade odovzdania staveniska novému dodávateľovi budú existovať ťažkosti s ekonomickou a/alebo technickou interoperabilitou z hľadiska plynulého nadviazania na už začaté alebo vykonané stavebné práce pôvodným dodávateľom. Prípadne by nový dodávateľ potenciálne ťažkosti aj zvládol, avšak len za cenu zvýšených výdavkov (napríklad viaczmennou prevádzkou – viac plateného personálu).

Je však potrebné zdôrazniť, že takáto situácia je možná, len ak je preukázaná a odôvodnená aj nevyhnutnosť takejto potreby. Takáto zmena zmluvy by nemala byť dôvodná na základe „akéhokoľvek“ dodatočného rozhodnutia verejného obstarávateľa.

3. Zmena zmluvy v dôsledku nepredvídateľných okolností

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. [§ 18 ods. 1 písm. c) zákona]

Ak ide o verejného obstarávateľa a o zmenu podľa odseku 1 písm. c), nemôže dôjsť k navýšeniu hodnoty plnenia o viac ako 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. Ak ide o opakované zmeny, obmedzenie podľa prvej vety sa vzťahuje na každú zmenu. Opakované zmeny zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy nie je možné vykonať s cieľom vyhnúť sa použitiu postupov podľa tohto zákona. [§ 18 ods. 5 zákona]

Ak ide o verejného obstarávateľa a o zmenu podľa odseku 1 písm. c), hodnota všetkých zmien nesmie presiahnuť 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

Opakovanými zmenami zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy sa nemožno vyhnúť použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona. [§ 18 ods. 5 zákona] Stav platný do 31. 12. 2018

Potreba zmeny zmluvy musí vyplývať z okolností, ktoré verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ nemohol predvídať napriek dôslednej príprave zadávania pôvodnej zákazky a zmenou sa nemení povaha/charakter zmluvy.

Nepredvídateľné okolnosti musia vzniknúť až po uzavretí zmluvy, pretože ak by vznikli ešte v čase prípravy a priebehu verejného obstarávania, verejní obstarávatelia a obstarávateľia by mohli pristúpiť k iným spôsobom riešenia vzniknutej situácie, a teda by už nemohlo ísť o nepredvídateľné okolnosti, ktoré by si vynucovali zmenu zmluvy.

Pojem nepredvídateľných okolností sa vzťahuje na okolnosti, ktoré nebolo možné predvídať napriek primerane dôkladnej príprave pôvodného zadania zákazky verejným obstarávateľom alebo 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. Vo všeobecnosti by napríklad nemalo ísť o subjektívne zavinenia (chyby) projektantov, zmeny zákonnej minimálnej mzdy (to, že ponukové ceny zahŕňajú náklady blízko min. mzdy je v zásade ich problém), zmeny cien vstupov a v dodávateľskom reťazci (až na veľmi výnimočné prípady).

Maximálna hodnota zmeny zmluvy

Od 1. 1. 2019 došlo k odstráneniu prísnejšej transpozície smerníc 2014/23/EÚ a 2014/24/EÚ, t.j. pri opakovaných zmenách zmluvy vykonávaných z uvedeného dôvodu (§ 18 ods. 1 písm. b) zákona) môže hodnota **každej zmeny** dosiahnuť 50% hodnoty pôvodného plnenia. Obmedzenie hodnoty zmeny zmluvy sa vzťahuje len na navýšenie hodnoty pôvodného plnenia.

Pre zmeny zmluvy v dôsledku nepredvídateľných okolností platí, že hodnota všetkých zmien nesmie presiahnuť 50 % hodnoty pôvodnej zmluvy. Z uvedeného vyplýva, že zmenu zmluvy na základe tohto dôvodu možno vykonať aj opakovane, ale hodnota všetkých týchto zmien spolu nesmie presiahnuť uvedený limit. Zároveň platí, že opakovanými zmenami zmluvy sa nemožno vyhnúť použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona (pozri aj bod 8 tohto usmernenia). Stav platný do 31. 12. 2018

Výpočet hodnoty zmeny zmluvy vo vzťahu k pôvodnej zmluve (k bodu 2 a 3)

Hodnota pôvodnej zmluvy je zväčša určená ako hodnota protiplnenia dohodnutá v čase uzavretia zmluvy.

To znamená, ak uzavrieme zmluvu v hodnote 1 000 000 eur, následne zmeníme zmluvu tak, že sa jej hodnota zvýši na 1 100 000 eur a následne chceme opäť zmeniť zmluvu, hodnotu druhej zmeny počítame z hodnoty pôvodnej zmluvy, teda z 1 000 000 eur a nie z hodnoty zmluvy po jej prvej zmene (teda nie z hodnoty 1 100 000 eur).

Výnimku z pravidla, že rozhodujúca je hodnota zmluvy v čase jej uzavretia, tvorí situácia, keď je v zmluve na základe dôvodu uvedeného v prvom bode tohto usmernenia [§ 18 ods. 1 písm. a) zákona] dohodnutá indexácia ceny (§ 18 ods. 6 zákona). Na určenie hodnoty zmeny zmluvy po aktualizácii hodnoty pôvodnej zmluvy na základe určeného indexu sa použije aktuálna hodnota

zmluvy, t. j. cena, ktorá zahŕňa zvýšenú alebo zníženú hodnotu zmluvy na základe indexácie ceny.

To znamená, ak uzavrieme zmluvu v hodnote 1 000 000 eur a zmluva obsahuje pravidlo pre indexáciu ceny, ktoré sa využije, čím sa hodnota zmluvy zvýši na 1 100 000 eur, hodnotu ďalšej zmeny počítame z tejto aktuálnej hodnoty, teda z hodnoty 1 100 000 eur.

Zákon pre koncesné zmluvy navyše upravuje pravidlo, podľa ktorého, ak koncesná zmluva neupravuje indexáciu ceny, na účely výpočtu hodnoty zmeny koncesnej zmluvy sa zohľadní priemerná miera inflácie dosiahnutá v predchádzajúcom kalendárnom roku potvrdená Štatistickým úradom Slovenskej republiky.

Informačné povinnosti

V prípade nadlimitnej zákazky pošle verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ oznámenie o zmene zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. c) zákona publikačnému úradu a úradu na zverejnenie v úradnom vestníku EÚ a vo vestníku do 30 dní po zmene zmluvy (§ 26 ods. 4 zákona).

V prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska pošle verejný obstarávateľ oznámenie o zmene zmluvy úradu do 14 dní po jej zmene (§ 116 ods. 4 zákona).

4. Nahradenie dodávateľa (koncesionára)

Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak ide o nahradenie pôvodného dodávateľa novým dodávateľom alebo pôvodného koncesionára novým koncesionárom na základe

- 1. uplatnenia podmienky podľa písmena a),*
- 2. skutočnosti, že iný hospodársky subjekt, ktorý spĺňa pôvodne určené podmienky účasti, je právnym nástupcom pôvodného dodávateľa alebo pôvodného koncesionára v dôsledku jeho reorganizácie, vrátane zlúčenia a splnutia alebo úpadku, za predpokladu, že pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva sa podstatne nemení a cieľom zmeny nie je vyhnúť sa použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona alebo*
- 3. skutočnosti, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ plní povinnosti hlavného dodávateľa alebo hlavného koncesionára voči jeho subdodávateľom podľa § 41.*

[§ 18 ods. 1 písm. d) zákona]

V zásade platí, že nahradenie zmluvného partnera predstavuje podstatnú zmenu zmluvy. V súlade s princípmi rovnakého zaobchádzania a transparentnosti by iný hospodársky subjekt nemal nahradiť úspešného uchádzača bez toho, aby sa zákazka opätovne otvorila hospodárskej súťaži. Zákon však vo vyššie uvedených prípadoch pripúšťa zmenu zmluvy, ktorá spočíva v zmene subjektu na strane dodávateľa; tento výpočet dôvodov zmeny pôvodného dodávateľa je taxatívny. Aj pri tejto zmene treba mať na zreteli, že povaha/charakter zmluvy sa nesmie meniť.

Informačná povinnosť

Od 1. 1. 2019 v prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska informačná povinnosť pri zmene zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. d) zákona už nie je.

V prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska oznámenie o zmene zmluvy alebo rámcovej dohody pošle verejný obstarávateľ úradu do 14 dní po jej zmene (§ 113 ods. 5 zákona). Stav platný **do 31. 12. 2018**.

4.1. Nahradit' pôvodného dodávateľa novým dodávateľom je možné spôsobom podľa § 18 ods. 1 písm. a) zákona, t. j. podmienky zmeny dodávateľa musia byť jasne a jednoznačne vymedzené už v pôvodnej zmluve.

Ide o určenie zmluvnej podmienky umožňujúcej zmenu dodávateľa, ktorú si veľmi ťažko predstaviť ako jednoznačnú bez pomenovania konkrétneho nástupcu pôvodného dodávateľa. Z tohto pohľadu sa táto možnosť javí ako veľmi limitujúca.

Príklad použitia tohto ustanovenia možno nájsť v zložitých projektoch verejno-súkromného partnerstva, v ktorých je vymenovaný nový súkromný partner alebo zmluvný partner v dôsledku práv vyplývajúcich zo „step-in“ práva (právo náhrady, oprávnená možnosť nahradit' dodávateľa). V prípade, že poskytovateľ finančných prostriedkov má „step-in“ právo, má možnosť prostredníctvom neho „riešiť“ porušenie zmluvy, a tak zabrániť jej ukončeniu a zachrániť investíciu tým, že nahradí existujúceho dodávateľa novým zmluvným partnerom.

4.2. Dôvodom na zmenu dodávateľa môže byť aj skutočnosť, že iný hospodársky subjekt, ktorý spĺňa pôvodne určené podmienky účasti, je právnym nástupcom pôvodného dodávateľa alebo pôvodného koncesionára v dôsledku jeho reorganizácie, vrátane zlúčenia a splynutia alebo úpadku, za predpokladu, že pôvodná zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva sa podstatne nemení a cieľom zmeny nie je vyhnúť sa použitiu postupov a pravidiel podľa zákona.

Úspešný uchádzač môže počas trvania zmluvy podstúpiť zmeny spočívajúce v reorganizácii³ jeho obchodných aktivít vrátane zlúčenia a splynutia alebo úpadku. Takéto štrukturálne zmeny by nemali automaticky vyžadovať nové postupy verejného obstarávania pre všetky verejné zákazky vykonávané týmto uchádzačom. Nahradenie dodávateľa jeho právnym nástupcom, ktorý spĺňa pôvodne určené podmienky účasti vo verejnom obstarávaní a ostatné vyššie uvedené predpoklady, je preto povolenou zmenou zmluvy.

4.3. Oprávneným dôvodom na zmenu zmluvy je situácia, keď verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ sám preberie a plní povinnosti hlavného dodávateľa vo vzťahu k jeho subdodávateľom.

Podľa § 41 zákona verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ na základe zmluvy uhrádza platby za tovar, stavebné práce alebo služby priamo subdodávateľovi pôvodného dodávateľa. Mechanizmus priamych platieb predpokladá, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ si v zmluve obsiahnutej v súťažných podkladoch vymieni požiadavky súvisiace s platbami medzi uchádzačom a jeho subdodávateľmi za vykonané subdodávky. Zároveň je potrebné stanoviť mechanizmus namietania voči nenáležitej platbe. Zákon v tomto smere necháva verejnemu

³ K tomu pozri napr. rozsudok Súdneho dvora Európskej únie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH, podľa ktorého: „..., že výraz "obstarávanie" použitý v článku 3 ods. 1 a výraz "uzatváranie zmlúv" použitý v článku 8 a 9 smernice Rady 92/50/ES treba vykladať tak, že nezahŕňajú skutkový stav, o aký ide vo veci samej, keď dôjde k presunu služieb, ktoré verejnemu obstarávateľovi poskytoval pôvodný poskytovateľ, na iného poskytovateľa služieb založeného vo forme kapitálovej spoločnosti, ktorého jediným vlastníkom je pôvodný poskytovateľ služieb, ktorý ho kontroluje prostredníctvom vydávania inštrukcií, pokiaľ pôvodný poskytovateľ naďalej zodpovedá za dodržiavanie zmluvných povinností.“

obstarávateľovi a obstarávateľovi širokú mieru autonómie, pričom je možné využiť obvyklé inštitúty súkromného práva (napr. zádržné, zmluvné pokuty, ručenie, bankovú záruku, uznanie záväzku). Efektívne využitie tohto inštitútu zároveň predpokladá, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ má prehľad o subdodávateľoch podieľajúcich sa na plnení zmluvy.

5. Nepodstatné zmeny zmluvy

Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania, ak nedochádza k podstatnej zmene pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy bez ohľadu na hodnotu tejto zmeny. [§ 18 ods. 1 písm. e) zákona]

Podstatnou zmenou 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).*

[§ 18 ods. 2 zákona]

Podľa bodu 107 preambuly smernice 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica“) je potrebný nový postup obstarávania, ak sa v pôvodnej zákazke uskutočnia závažné zmeny, najmä pokiaľ ide o rozsah a obsah vzájomných práv a povinností zmluvných strán vrátane rozdelenia práv duševného vlastníctva. Takéto zmeny poukazujú na zámer zmluvných strán opätovne dohodnúť základné podmienky zákazky. Platí to najmä v prípade, ak by zmenené podmienky mali vplyv na výsledok postupu.

Zákon pozitívnym spôsobom demonštratívne vymedzuje, čo sa rozumie podstatnou zmenou pôvodnej zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy.

Informačná povinnosť

Od 1. 1. 2019 v prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska informačná povinnosť pri zmene zmluvy podľa § 18 ods.1 písm. e) zákona už nie je.

V prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska oznámenie o zmene zmluvy alebo rámcovej dohody pošle verejný obstarávateľ úradu do 14 dní po jej zmene (§ 113 ods. 5 zákona). Stav platný do 31. 12. 2018.

5.1.1. Úprava zmluvy počas jej platnosti sa môže považovať za podstatnú, ak sa v jej dôsledku povaha zmluvy líši od povahy pôvodnej uzavretej zmluvy.

Napríklad, ak by sa rozšíril okruh objednávateľov alebo by došlo k zmene predmetu zmluvy – kúpna zmluva by sa mala zmeniť napríklad na nájomnú alebo ak by sa zmenilo protiplnenie za služby alebo stavebné práce z peňažného plnenia na právo na využívanie danej stavby alebo služby, čím by sa „bežná“ zmluva zmenila na koncesnú.

5.1.2. Podstatnou zmenou zmluvy je aj každá zmena, ktorou sa rozširuje jej rozsah (rozsah predmetu zmluvy), pokiaľ nejde o zmenu, ktorá sa predpokladala v pôvodnej zmluve.

O podstatnú zmenu pôjde, ak sa rozšíri alebo inak zmení rozsah pôsobnosti zmluvy s cieľom zahrnúť tovary, stavebné práce alebo služby, na ktoré sa nevzťahuje pôvodná zmluva. Takáto zmena bude neoprávnená a považovaná za podstatnú, ak bude obsahovať kvantitatívne rozšírenie (viac produktov alebo služieb ako tie, na ktoré sa vzťahuje pôvodná zmluva) alebo kvalitatívne rozšírenie (produkty alebo služby inej kvality ako tie, ktoré predtým pokrývala zmluva).

5.2. Za podstatnú zmenu sa považuje doplnenie podmienok alebo ich zmena podstatným spôsobom, 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 (bližšie pozri napr. rozsudok Súdneho dvora Európskej únie C-91/08, *Wall AG*).

Toto obmedzenie zmeny zmluvy je dôležité vo vzťahu k zabráneniu dohode zmluvných strán na zmene prvkov pôvodnej zmluvy, ktoré by ovplyvnili výsledok, ak by boli súčasťou postupu verejného obstarávania, ktoré viedlo k uzavretiu tejto zmluvy. Uvedené sa týka všetkých podmienok a požiadaviek zadaných vo verejnom obstarávaní, vrátane kritérií na vyhodnotenie ponúk.

Napríklad, ak verejný obstarávateľ požadoval v rámci podmienok účasti údaje o kvalifikácii osôb určených na plnenie zmluvy, je prirodzené, že v zmluve bude ustanovenie zakotvujúce povinnosť, aby dodávateľ plnil zmluvu osobami, ktorými preukazoval splnenie tejto podmienky účasti, resp. ktoré nahradili tieto osoby a spĺňajú stanovené podmienky účasti. Následné odstránenie alebo zmena tohto ustanovenia zmluvy by sa dala kvalifikovať ako zmena, ktorá mohla umožniť účasť iných hospodárskych subjektov v súťaži, keďže by spravila pôvodnú podmienku účasti bezúčelnou.

Nie je možné ani vylúčiť (predovšetkým ak nejde o objektívne okolnosti, bez zavinenia zmluvných strán a ktoré by zjavne nastali voči všetkým potenciálnym dodávateľom), že zmena dátumu začiatku uzatvorenia zmluvy alebo dĺžky trvania zmluvy oproti pôvodne uverejnenej informácii by bola považovaná za podstatnú zmenu pôvodnej zmluvy, nakoľko by mohla motivovať iné hospodárske subjekty na účasť v pôvodnom postupe verejného obstarávania. V súlade s touto podmienkou by sa navrhovaná zmena zmluvy mala posúdiť s cieľom zistiť, že ak by sa zahrnula ako súčasť pôvodného postupu verejného obstarávania, či by umožnila účasť aj iných záujemcov ako tých, ktorí sa zúčastnili pôvodného postupu verejného obstarávania (napríklad záujemcovia, ktorí nemali kapacity pri pôvodnom postupe verejného obstarávania), či by bola akceptovaná aj iná ponuka ako ponuka prijatá úspešným uchádzačom.

Za podstatnú zmenu pôvodných podmienok by mohla byť považovaná situácia, kedy by sa zmenou zmluvy dohodlo, že jeden z obstarávaných tovarov sa nebude dodávať a takáto zmena zmluvy by umožnila akceptovať v pôvodnom verejnom obstarávaní inú ponuku. V tomto prípade totiž hrozí, že po vyhodnotení ponúk bez tohto tovaru by mohlo vzniknúť iné poradie uchádzačov ako v pôvodnom procese verejného obstarávania, kde sa s týmto tovarom počítalo. Navyše nie je možné vylúčiť, že by sa verejného obstarávania zúčastnili aj iné hospodárske subjekty, ak by sa neskôr vylúčený tovar v obstarávaní vôbec nepožadoval.

5.3. Ak sa zmenou zmluvy zmení ekonomická rovnováha v prospech dodávateľa spôsobom, ktorý pôvodná zmluva neupravovala (s ktorým zmluva nepočítala), taktiež pôjde o podstatnú zmenu pôvodnej zmluvy.

Samotná zmluva a jej plnenie by malo odzrkadľovať výsledok pôvodného postupu verejného obstarávania a jej zmenou by nemalo dôjsť k zvýhodneniu dodávateľa (úspešného uchádzača). Predmetné pravidlo nevylučuje možnosť zvýšenia ceny na základe jasnej, presnej a jednoznačnej zmluvnej podmienky obsahujúcej možnosť jej úpravy (pozri prvý bod tohto usmernenia).

V súvislosti so zmenami ekonomickej rovnováhy však cena nie je jediným faktorom, ktorý by sa mal posudzovať.

Ak napríklad zmena znižuje riziko dodávateľa platiť penále alebo sa zmenia platobné podmienky v prospech dodávateľa (napr. skrátenie lehôt splatnosti faktúr, poskytovanie preddavkov a pod.), dôsledky takej zmeny by sa mali zohľadniť vo vzťahu k ekonomickej rovnováhe (bližšie pozri v bode 1. citovaný rozsudok Súdneho dvora Európskej únie C-549/14 *Finn Frogne*).

5.4. Nahradenie pôvodného dodávateľa novým dodávateľom

Podstatnou zmenou zmluvy je aj zmena subjektu dodávateľa (koncesionára) s výnimkou prípadov podľa štvrtého bodu tohto usmernenia.

6. Zmeny zmluvy malého rozsahu (tzv. zmeny „de minimis“)

Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania aj vtedy, ak hodnota všetkých zmien je nižšia ako finančný limit podľa § 5 ods. 2, ak ide o zmluvu a rámcovú dohodu, alebo podľa § 5 ods. 7, ak ide o koncesnú zmluvu a zároveň je nižšia ako

- a) 15 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác,*
- b) 10 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na dodanie tovaru alebo na poskytnutie služby,*
- c) 10 % hodnoty pôvodnej koncesnej zmluvy.*

[§ 18 ods. 3 zákona]

Od 1. 1. 2019 sa teda obmedzenie nemožnosti prekročenia finančného limitu uplatňuje len pri nadlimitných zákazkách a koncesiách. V ostatných prípadoch je maximálna prípustná hodnota všetkých zmien limitovaná len pravidlom 10%, resp. 15%.

- pri nadlimitnej zákazke na stavebné práce je maximálna hodnota zmien obmedzovaná okrem 15 % hodnoty pôvodnej zmluvy aj nemožnosťou prekročenia finančného limitu pre nadlimitné zákazky (stavebné práce - 5 548 000 eur)
- pri podlimitnej zákazke na stavebné práce je hodnota zmien obmedzená len 15% hodnoty pôvodnej zmluvy bez ohľadu na to, či je táto vyššia ako 180.000 eur alebo nie.

Zmluvu, rámcovú dohodu alebo koncesnú zmluvu možno zmeniť počas jej trvania bez nového verejného obstarávania aj vtedy, ak hodnota všetkých zmien je nižšia ako finančný limit podľa § 5 v závislosti od typu zákazky alebo koncesie a zároveň je nižšia ako

- a) 15 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác,
- b) 10 % hodnoty pôvodnej zmluvy alebo rámcovej dohody, ak ide o zákazku na dodanie tovaru alebo na poskytnutie služby
- c) 10 % hodnoty pôvodnej koncesnej zmluvy.

[§ 18 ods. 3 zákona] Stav platný do 31. 12. 2018

Zmenou podľa odseku 3 sa nesmie meniť charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. [§ 18 ods. 4 zákona]

Danú zmenu zmluvy je možné uskutočniť bez splnenia niektorej z podmienok uvedených v prvom až piatom bode tohto usmernenia. To znamená, že v prípade, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neprekročí zákonom stanovené hranice, môže zmeniť zmluvu na základe akéhokoľvek relevantného dôvodu⁴ a nie je viazaný dôvodmi na zmenu zmluvy uvedenými v prvom až piatom bode tohto usmernenia. Zmena zmluvy malého rozsahu dáva verejným obstarávateľom určitú flexibilitu pri korigovaní niekedy aj prirodzených odchýlok (napr. od projektovej dokumentácie), ktoré si vyžiada realizačná fáza. Ustanovenie tak fakticky nahrádza zvyk zakotvovania akejsi „rezervy“. Návrh na uzatvorenie dodatku však nevzniká automaticky a jeho uzatvorenie by malo byť dôvodné. Dodávateľia by s tým nemali automaticky počítať a verejní obstarávateľia by mali primerane vedieť túto skutočnosť odôvodniť. V prípade zmien bez relevantného dôvodu by takéto konanie mohlo byť v konečnom dôsledku kvalifikované nielen ako nehospodárne (s ohľadom aj na iné všeobecne záväzné právne predpisy) ale aj ako snaha vyhnúť sa niektorému z postupov podľa zákona.

Napríklad, verejný obstarávateľ plánuje zmeniť dve zmluvy.

Zmluva 1 sa týka poskytovania stravovacích služieb. Hodnota pôvodnej zmluvy bola 540 000 eur (nadlimitná zákazka). Hodnota navrhovanej úpravy je 53 000 eur.

Takú zmenu môžeme kvalifikovať ako zmenu v malom rozsahu, pretože jej hodnota je nižšia ako limit podľa § 5 ods. 2 zákona pre nadlimitnú zákazku na dodanie tovaru a tiež menej ako 10 % hodnoty pôvodnej zmluvy.

Zmluva 2 sa týka uskutočnenia stavebných prác. Hodnota pôvodnej zmluvy bola 6 miliónov eur (nadlimitná zákazka). Hodnota navrhovanej úpravy je 920 000 EUR.

Takú zmenu nemôžeme považovať za zmenu zmluvy v malom rozsahu, hoci hodnota zmeny je nižšia ako limit podľa § 5 ods. 2 zákona pre nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Hodnota zmeny je totiž viac ako 15 % hodnoty pôvodnej zmluvy.

⁴ Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v prípade uskutočnenia takejto zmeny zmluvy musí vždy preukázať existenciu relevantných a objektívnych dôvodov pre jej uskutočnenie. Dôvody navrhovanej zmeny zmluvy malého rozsahu by mohli napríklad zahŕňať odkaz na technologický vývoj v danej oblasti, menšie opomenutia, nezrovnalosti alebo chyby v počítačnom projekte.

Hodnota zmeny zmluvy

V prípade vykonania viacerých zmien nasledujúcich po sebe sa hodnota všetkých zmien posudzuje na základe čistej kumulatívnej hodnoty zmien nasledujúcich po sebe. To znamená, že obmedzenia (napr. max. 10 %) sa nevzťahujú na hodnotu každej zmeny, ale na kumulatívnu hodnotu všetkých zmien.

Výpočet hodnoty zmeny zmluvy- absolútna hodnota

Zmeny zmluvy sa **zásadne** posudzujú z hľadiska vyjadrenia ich absolútnej hodnoty, a teda hodnotou všetkých zmien je potom absolútna hodnota všetkých zmien (plusových i mínusových).⁵ V opodstatnených prípadoch by však mohlo dôjsť k vzájomnému započítaniu plusových a mínusových hodnôt zmien - plnení v určitom rozsahu, ak by doplňujúce plnenia boli vzájomne zameniteľné s pôvodnými plneniami, ktoré sa realizovať nebudú.

Vzájomná zameniteľnosť plnení, či zmien zmluvy sa musí posudzovať vždy od prípadu k prípadu, keďže v tomto smere nie je možné ustanoviť generálne pravidlo, na základe ktorého by sa dala určovať vzájomná zameniteľnosť jednotlivých zmien zmluvy, resp. zmluvných plnení.

O vzájomne zameniteľné plnenia by mohlo ísť napríklad vtedy, ak sa doplňujúcimi plneniami dosiahne ten istý alebo podobný výsledok, ako sa mal dosiahnuť plneniami pôvodnými. V súvislosti s tým by zároveň nedošlo k výraznej, podstatnej zmene na strane dodávateľa, k zmene ceny týchto plnení oproti pôvodným, ich dostupnosti a pod., resp. by sa nedosiahla výrazne lepšia ponuka, ak by mali uchádzači (i tí potenciálni) v pôvodnom postupe zadávania zákazky vedomosť o tom, že zákazka sa bude nakoniec realizovať v inom rozsahu, než v akom sa zadávala a mohli by tak predložiť iné, výhodnejšie ponuky, prípadne by sa mohli postupu zadávania zákazky zúčastniť viacerí uchádzači s potenciálne lepšími ponukami.

Napríklad, ak by sa maľovanie zmenilo z bielej farby na červenú a nedošlo by k špecifickej zmene dodávateľa, ceny, dostupnosti atď., v takom prípade je zmena zameniteľná a do úvahy by mal byť vzatý iba rozdiel v cene (biela je 1 000 eur, červená je 1 100 eur, takže zmena zmluvy je plus 100 eur).

Naopak, v prípade zákazky na uskutočnenie stavebných prác predpokladajúcej výstavbu domu s parkovaním, pričom parkovanie sa nezrealizuje (–) a namiesto neho sa postaví na dom balkón (+), zmena nie je zameniteľná, keďže (potenciálni) uchádzači mohli navrhnúť iné pracovné metódy alebo riešenia, keby vedeli, že dom bude vybavený balkónom a nebude sa realizovať parkovanie (absolútne hodnoty zmien: parkovanie 10 000 eur, balkón 20 000 eur, zmena zmluvy je 10 000 eur + 20 000 eur).

6.1. Zmeny zmluvy malého rozsahu a necenové parametre

Zmeny zmluvy v malom rozsahu podľa § 18 ods. 3 zákona sa vzťahujú aj na iné okolnosti ako cena, ak tieto majú peňažnú hodnotu a boli vzaté do úvahy v procese verejného obstarávania, a to buď ako kritérium na vyhodnotenie ponúk (lehota plnenia bola jedným z kritérií) alebo ako technická požiadavka (maximálna lehota uskutočnenia prác). V oboch prípadoch má predĺženie lehoty plnenia peňažnú hodnotu na oboch stranách – dodávateľ musí zapojiť určité množstvo

⁵ Výsledkom absolútnej hodnoty ľubovoľného čísla je číslo nezáporné. Absolútna hodnota čísla vyjadruje jeho vzdialenosť od nuly na číselnej osi. Napr. aj číslo 3 aj číslo – 3 sú na číselnej osi od nuly vzdialené tri jednotky dĺžky; absolútna hodnota čísla 3 je potom 3 a absolútna hodnota čísla – 3 je tiež 3.

zdrojov na ukončenie prác v určitom časovom rámci a náklady týchto zdrojov môžu byť premenlivé podľa času, ktorý je k dispozícii a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ zvyčajne utrpí škodu v prípade predĺženia lehoty plnenia zmluvy z dôvodu nedostupnosti predmetu zákazky alebo z dôvodu potreby použitia alternatívnych riešení (v prípade predĺženia opravy auta si verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ musí prenajať auto na predĺžené časové obdobie, čo ho stojí dodatočné finančné náklady).

V prípade zmeny časových lehôt v zmluve, 5 %-ná zmena zmluvy neznamena, že sa jednoducho pridá 5 % dní. Každý dodatočný deň predĺženia zmluvy musí byť kalkulovaný v peňažnej hodnote a len táto peňažná hodnota môže byť použitá na účely výpočtu hodnoty zmeny zmluvy, ak je to objektívne možné vyčíslit'.

V tejto súvislosti nie je prípustný ani jednoduchý prepočet hodnoty „dňa stavebných prác“ a od toho odvodené navýšenie o dni.

Hodnota stavebných prác je 1 000 000 eur a predpokladaná dĺžka trvania je 100 dní – 1 deň stavebných prác má teda hodnotu 10 000 eur, vzhľadom na to, že možnosť navýšiť cenu podľa de minimis je najviac 150 000 eur, zmluvu je možné navýšiť o 150 000/10 000 eur., t. j. o 15 dní.

Z uvedeného je zrejmé, že takýto prepočet sa ničím nelíši od toho ak by 15% bolo „odvodených“ rovno od počtu dní (bez prepočtu na cenu 1 dňa stavebných prác)

Kombinácia hodnoty zmluvy s inými zmluvnými aspektmi je teda na účely výpočtu hodnoty zmeny zmluvy prípustná len za predpokladu, že iné zmluvné aspekty sú objektívne ohodnotené v peniazoch a táto hodnota je pridaná k hodnote zmeny zmluvy.

Informačná povinnosť

Od 1. 1. 2019 v prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska informačná povinnosť pri zmene zmluvy podľa § 18 ods.3 zákona už nie je.

V prípade podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska oznámenie o zmene zmluvy alebo rámcovej dohody pošle verejný obstarávateľ úradu do 14 dní po jej zmene (§ 113 ods. 5 zákona). Stav platný **do 31. 12. 2018**

7. „Prekročenie“ limitu v dôsledku zmeny zmluvy

Nie je vylúčené, že sa hodnota zmluvy uzavretej na základe postupu zadávania podlimitnej zákazky zvýši v dôsledku jej zmeny na hodnotu, ktorá by už bola výsledkom postupu zadávania nadlimitnej zákazky.

Napríklad verejný obstarávateľ zadal zákazku na uskutočnenie stavebných prác s hodnotou 3 000 000 eur. Hodnota tejto zákazky neprevyšuje finančné limity EÚ (limity pre nadlimitné zákazky), takže verejný obstarávateľ na jej zadanie nepoužil (nadlimitné) postupy zadávania zákaziek ustanovené smernicou. Následne tento verejný obstarávateľ uzatvoril dodatok k zmluve, ktorý zvyšuje hodnotu pôvodnej zmluvy o 4 000 000 eur (hodnota zmeny zmluvy je 4 000 000 eur, takže hodnota zmluvy po jej zmene je 7 000 000 eur).

Uvedené je možné len za jednoznačného dodržania podmienok pre zmenu zmluvy podľa § 18 zákona, riadneho splnenia si povinnosti podľa § 6 ods. 2 zákona⁶ a za predpokladu, že nedošlo k porušeniu § 6 ods. 16 zákona⁷ a prípadne aj, že nedošlo k porušeniu § 18 ods. 5 zákona.⁸

8. Kumulácia dôvodov na zmenu zmluvy

Ak sú splnené podmienky na zmenu zmluvy podľa § 18 ods. 1 písm. b) alebo písm. c) zákona a verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ má v úmysle aplikovať aj pravidlo zmeny zmluvy podľa § 18 ods. 3 zákona (predpokladáme, že dôvody na zmeny zmluvy sú objektívne odlišiteľné a snahou verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa nie je obchádzanie pravidiel o zmene zmluvy ani vyhnutie sa postupom podľa zákona), nie je vylúčená kumulácia dôvodov na zmenu zmluvy za predpokladu splnenia všetkých zákonných podmienok pre zmeny zmluvy.

Za splnenia všetkých zákonných podmienok podľa ustanovení § 18 ods. 1 písm. b), § 18 ods. 1 písm. c) a § 18 ods. 3 zákona nie je vylúčené, aby došlo k zmenám zmluvy, ktoré v absolútnej hodnote nepresiahnu hodnotu 115 % (stavebné práce) alebo 110 % (tovary, služby) hodnoty pôvodnej zmluvy.

9. Forma zmeny zmluvy

Podľa § 18 ods. 7 zákona zmena zmluvy, rámcovej dohody a koncesnej zmluvy musí byť písomná. Každú zmenu zmluvy je rovnako ako pôvodnú zmluvu potrebné zverejniť v profile do 7 pracovných dní od jej vykonania.

10. K možnosti zahrnutia finančnej „rezervy“ do predpokladanej hodnoty zákazky vo vzťahu k výpočtu pôvodnej hodnoty zmluvy

Vzhľadom na možný rozsah zmien zmluvy, na možnosť kumulácie dôvodov pre zmenu zmluvy, ako i vzhľadom na ustanovenia o výpočte predpokladanej hodnoty zákazky, resp. o tom, čo všetko je možné zahrnúť do predpokladanej hodnoty zákazky, zákon nevytvára legislatívny predpoklad na stanovenie si rezervy, jej zahrnutie do predpokladanej hodnoty zákazky a jej následné uplatnenie v zmluvných podmienkach zadávania zákazky.

Z týchto dôvodov nie je možné zahrnúť hodnotu rezervy do hodnoty zmluvy pri výpočte rozsahu prípadnej zmeny zmluvy podľa § 18 zákona.

⁶ Do predpokladanej hodnoty zákazky verejný obstarávateľ a obstarávateľ zahrnú aj

- hodnotu opakovaných plnení, ak sa plánujú zabezpečiť,
- všetky formy opcii a všetky obnovenia zákazky,
- ceny a odmeny, ktoré sa poskytnú uchádzačom alebo účastníkom súťaže návrhov,
- predpokladanú hodnotu tovaru alebo služieb, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ poskytnú dodávateľovi v súvislosti so zákazkou na uskutočnenie stavebných prác, ak sú potrebné na uskutočnenie stavebných prác,

⁷ Zákazku, koncesiu alebo súťaž návrhov nemožno rozdeliť ani zvoliť spôsob určenia jej predpokladanej hodnoty s cieľom znížiť predpokladanú hodnotu pod finančné limity podľa tohto zákona

⁸ Opakované zmeny zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy nie je možné vykonať s cieľom vyhnúť sa použitiu postupov a pravidiel podľa tohto zákona.

Zahrnutím rezervy do predpokladanej hodnoty zákazky totiž dochádza k „umelému“ navýšeniu predpokladanej hodnoty zákazky – navýšenie predpokladanej hodnoty zákazky o hodnotu rezervy, a teda o nepredvídateľné plnenia, ktoré nemusia nastať, a tým aj k možnému „umelému“ navýšeniu minimálnej požadovanej úrovne pri stanovení podmienok účasti (napr. požadovaná výška obratu za hospodársky rok naviazaná na výšku predpokladanej hodnoty zákazky), výšky kaucie pri podaní námietok naviazanej na predpokladanú hodnotu zákazky, výšku zábezpeky a iné.

11. Zmeny zmluvy pri zákazkách s nízkou hodnotou (§ 117)

Vo všeobecnosti sú upravené možnosti zmeny zmluvy počas jej trvania bez nového verejného obstarávania v § 18 zákona. Zákon v predmetnom ustanovení (§ 18) vychádza z pojmu zmluva bez konkretizácie postupu, ktorého je táto výsledkom.

Prvú časť zákona o verejnom obstarávaní – základné ustanovenia je potrebné aplikovať na celý zákon, pokiaľ ustanovenia ďalších častí zákona nezakotvujú odchylnú úpravu, resp. ich nevylúčia. V § 117 ods. 2 zákona je uvedený výpočet ustanovení z prvej časti zákona, ktoré sa pri zadávaní zákaziek s nízkou hodnotou neaplikujú, možnosť úpravy zmeny zmluvy počas jej trvania tam zahrnutá nie je.

Znamená to, že aj v prípade zmluvy, ktorá je výsledkom zadávania zákazky s nízkou hodnotou, sa pri jej zmene aplikuje § 18 zákona o verejnom obstarávaní. Zákon o verejnom obstarávaní však v prípade, ak dochádza k zmene zmluvy, ktorá bola výsledkom zadávania zákazky s nízkou hodnotou, neukladá verejnému obstarávateľovi žiadnu oznamovaciu povinnosť.

Pokiaľ verejný obstarávateľ v prípadoch, keď ide o zákazku s nízkou hodnotou a predpokladaná hodnota napr. dodatočných prác/služieb/tovarov je taktiež v hodnote zákazky s nízkou hodnotou, dospeje k záveru, že požiadavky podľa § 18 zákona o verejnom obstarávaní nie sú splnené, je potrebné zvážiť zadanie „novej“ zákazky podľa § 117 zákona, ktorý neupravuje takmer žiadny formálny postup. Pričom zákonodarca kladie dôraz na previazanie týchto zákaziek so základnými princípmi, kedy má verejný obstarávateľ postupovať predovšetkým tak, aby dochádzalo k účelnému a hospodárnemu vynakladaniu finančných prostriedkov.

V tejto súvislosti však upozorňujeme, že verejný obstarávateľ by sa mal vyvarovať situácii, v ktorej by predpokladaná hodnota pôvodnej zákazky a dodatočného plnenia zadaného podľa § 117 kumulatívne prekročovala finančný limit zákazky s nízkou hodnotou. Takéto konanie by v budúcnosti mohlo byť vyhodnotené ako účelové delenie zákazky.

12. Sankcie za porušenie zákona pri zmenách zmlúv počas ich trvania

Zmeny zmlúv sa v praxi najčastejšie uskutočňujú prostredníctvom písomných dodatkov k pôvodným zmlúvam. Ak úrad pri výkone dohľadu nad verejným obstarávaním zistí, že k zmluve bol uzavretý dodatok v rozpore so zákonom, v lehote jedného roka odo dňa jeho uzavretia podá návrh na určenie jeho neplatnosti na príslušný súd.

Ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ zmenil zmluvu počas jej trvania v rozpore so zákonom, úrad zároveň uloží pokutu v rozpätí od 500 eur až do 30 000 eur v závislosti od závažnosti porušenia zákona, hodnoty zmeny zmluvy a ďalších kritérií.

Záver

Každú zmenu zmluvy je potrebné vyhodnocovať vo väzbe na obsah zmluvných záväzkov konkrétnej zmluvy. Účelom pravidla zákazu zmeny povahy, charakteru zmluvy je nenarušenie základných princípov verejného obstarávania, najmä princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov a princípu transparentnosti. Nové pravidlá pre zmenu zmluvy zohľadňujú takisto princíp proporcionality. Prípadné zmeny zmluvy nesmú narúšať hospodársku súťaž bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov, pričom zmena zmluvy by nemala meniť podmienky pôvodne realizovaného verejného obstarávania spôsobom, ktorý by mal napríklad vplyv na rozhodovanie hospodárskych subjektov ohľadne ich účasti vo verejnom obstarávaní, a v danom kontexte predloženie iných ponúk alebo by mohol mať vplyv na pôvodne určené požiadavky na predmet zákazky, prípadne pôvodne uplatnené kritériá na vyhodnotenie ponúk.

Keďže zodpovednosť za výber a následné použitie postupu zadávania zákazky alebo koncesie, resp. rozhodnutie o zmene zmluvy je v konečnom dôsledku na verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi, tento by mal v danej súvislosti prihliadať na skutočnosť, že inštitút zmeny zmluvy počas jej trvania predstavuje de facto výnimku zo súťažných postupov verejného obstarávania a je potrebné vykladať ho a aplikovať reštriktívnym spôsobom.

Zároveň je nutné brať zreteľ na skutočnosť, že uplatnenie zmeny zmluvy podľa § 18 zákona musí byť založené na preukázaní splnenia konkrétnej podmienky pre zmenu zmluvy, pretože akákoľvek iná zmena zmluvy, než je zmena povolená podľa § 18 zákona, je dôvodom na realizáciu nového postupu verejného obstarávania.

V záujme dobrej praxe všetkým verejným obstarávateľom a obstarávateľom odporúčame vyvinúť takú zmluvnú prax, v rámci ktorej by všetky verejné zmluvy obsahovali ustanovenia o zmenách zmluvy, ktoré budú predvídať podmienky pre zmeny zmluvy s najlepšou možnou precíznosťou v závislosti od predmetu zákazky. Poskytne to viac transparentnosti pre hospodárske subjekty a predíde sa mnohým interpretačným nejasnostiam v budúcnosti.