

## Změny v ekonomické rovnováze smlouvy ve veřejných zakázkách z pohledu sankcí nového občanského zákoníku

Monika Příkazská\*

### 1 Úvodem

Veřejné zakázky představují sektorovou regulaci obchodního, resp. soukromého práva, která se od obecného práva závazkového liší především mírou veřejnoprávní reglementace. I přes tuto skutečnost však v odborných kruzích panuje poměrně jednotné stanovisko, že veřejné zakázky jsou vztahem soukromoprávním.<sup>1</sup> K uvedenému závěru odborná veřejnost dospívá i při aplikaci základních teorií pro rozlišení práva soukromého a veřejného.<sup>2</sup> Subsidiárně se proto i na závazkové právní vztahy vylučující z veřejných zakázek použije zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“), a to především v těch situacích, které nejsou výslovně řešeny zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“).

Prostor pro subsidiární použití OZ se objevuje ve vztahu k jednotlivým oblastem závazkového práva. Ve fázi vzniku závazkového vztahu v rámci veřejné zakázky spadá právní úprava téměř výlučně pod zvláštní právní úpravu ZVZ, která svými výsokce formálními požadavky potlačuje zásadu autonomie vůle na minimální mez. Naproti tomu v oblasti změn závazkového vztahu se prostor pro subsidiární aplikaci OZ jeví výrazněji. ZVZ upravuje specificky proces změny smlouvy na veřejnou zakázku a soustředí se především na zakotvení zákazu podstatných změn smlouvy. V tomto směru vychází ZVZ z předpokladu, že existuje zájem na zachování určitého rovnovážného stavu, který existoval v momentě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Právě tento stav je poté žádoucí v nezměněné podobě zachovat.

\* Mgr. Monika Příkazská, Katedra obchodního práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

<sup>1</sup> Toto přesvědčení vyjadřuje trvale a s komplexním odůvodněním např. D. Dvořák ve své práci DVORÁK, David. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3. Jeden příklad za všechny představuje s. 78.

<sup>2</sup> Jedná se zejména o teorii mocenskou a organickou. DVORÁK, David. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3. S. 13 a násl.

### 2 Podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku v kontextu unijního práva

Změnám, resp. podstatným změnám smlouvy na veřejnou zakázku se věnovala i judikatura Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SD EU“), která v tomto směru formulovala i tzv. generální klauzuli podstatných změn smlouvy.

V rozsudku Rennes Railway<sup>3</sup> a následně v rozsudku Pissetext<sup>4</sup> judikatura vyslovila základní pravidlo pro posuzování změn smlouvy na veřejnou zakázku.<sup>5</sup> Právě v těchto rozhodnutích Soudní dvůr Evropské unie také konkretizoval skutkové podstaty podstatné změny smlouvy o veřejné zakázce, které zakotvuje ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ. Právě z odůvodnění rozsudku Pissetext část odborné literatury dovozuje tzv. generální klauzuli zákazu podstatné změny smlouvy, kterou uvedené skutkové podstaty pouze konkretizují. Ani v případě ustanovení § 82 odst. 7 se tudíž podle jejich přesvědčení nejedná o výčet taxativní.<sup>6</sup> Proto se staví i poněkud kriticky<sup>7</sup> k tomu, že tato skutečnost zcela jasně neplyne

<sup>3</sup> Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 5. října 2000. Komise Evropských společenství vs. Francie. Věc: C-337/98. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd9c228556404549a9af6a6ec6a295686b0.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPbx50?text=&docid=45714&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=137282>.

<sup>4</sup> Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. června 2008. Pissetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Věc: C-454/06. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=69189&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=137634>.

<sup>5</sup> DVORÁK, David. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3. S. 143 a násl.

<sup>6</sup> DVORÁK, David. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3. S. 143 a násl.

<sup>7</sup> Tamtéž, s. 143 a násl.

ze znění zákona a dokonce ani případných komentářů.<sup>8</sup> SD EU přitom v uvedených rozhodnutích zdůrazňuje, že podmínkou toho, aby byla změna smlouvy posouzena jako podstatná, není, aby dotčenou změnu bylo možné podřadit pod jednu ze čtyř skutkových podstat; naopak podstatnou změnou může být také taková změna, která nespadá ani pod jednu ze čtyř skutkových podstat, za to však vyhovuje znění tzv. generální klauzule.<sup>9</sup>

Další odborná literatura však uvedený koncept generální klauzule nesdílí; výčet podstatných změn v ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ považuje za úplný a shoduje se na tom, že „jiné změny smlouvy než uvedené ve výčtu podstatných změn v § 82 odst. 7 ZVZ bude možné považovat za „nepodstatné“ a bude možné je připustit.“<sup>10</sup>

V tomto směru – navzdory tomu, že z judikatury SD je tato skutečnost zřejmá – skutečně nelze překročit meze jazykového výkladu. Pokud bychom totiž generální klauzuli v ustanovení § 82 i přes výše uvedené dovodili, jednalo by se o případ spadající pod ustanovení § 2 odst. 2 OZ. Vzhledem k tomu, že jazykový výklad ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ dává (i přes nedostatečnou pozornost věnovanou judikatuře SD EU) smysl, je třeba postupovat podle věty první odst. 2 § 2 OZ. Je tedy nutné vycházet z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti. Ty prostor pro úvahy o generální klauzuli ve stávající podobě neposkytují.

### 3 Ekonomická rovnováha smlouvy a její změna

V ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ zákon jmenuje také poslední skutkovou podstatu, která vyplynula z rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (zejména ze shora uvedeného rozhodnutí Pissetext-

<sup>8</sup> Např. Komentář T. Krutáka a L. Krutákové tuto skutečnost v rámci komentáře k ustanovení § 82 nijak nezmiňuje ani jako pomyslnou alternativu. K tomu viz KRUTÁK, Tomáš a Lenka KRUTÁKOVÁ. *Zákon o veřejných zakázkách: S komentářem a příklady*. 2. vydání. Olomouc: Nakladatelství ANAG, 2013. ISBN 978-80-7263-778-2. 639 s. s. 282 a násl. Obdobně ani Komentář R. Jurčíka k ustanovení § 82 o této možnosti nehovoří. JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář* [online]. 3. vydání. Nakladatelství C. H. Beck, 2012 [cit. 2015-03-09], s. 692. In: Beck-online.cz.

<sup>9</sup> Byť by se jednalo o případy teoretické. DVORÁK, David. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3. S. 143.

<sup>10</sup> KRUTÁK, Tomáš a Lenka KRUTÁKOVÁ. *Zákon o veřejných zakázkách: S komentářem a příklady*. 2. vydání. Olomouc: Nakladatelství ANAG, 2013. ISBN 978-80-7263-778-2. 639 s. s. 285.

xt).<sup>11</sup> Stanoví se, že za podstatnou změnu smlouvy se považuje i jakákoliv změna smlouvy, která by změnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

Čtvrtá skutková podstata tak obsahuje dvě základní podmínky, kterými je sice (i) změna ekonomické rovnováhy smlouvy, avšak nikoliv libovolná. Zákonem sankcionovaná je pouze taková změna, kterou se ekonomická rovnováha mění (ii) jednostranně ve prospěch vybraného uchazeče. Zákonná sankce tedy asymetricky stíhá změnu ve prospěch pouze jedné smluvní strany.

Čtvrtá skutková podstata je ze všech čtyř skutkových podstat nejméně specifická. Judikatura, ani odborná literatura její podrobnější rozbor nepodává; uvádí pouze, že podmínkou je, aby se v jejím případě jednalo o skutečné, a nikoliv potenciální vychýlení ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného uchazeče (dodavatele).<sup>12</sup> I čtvrtá – do značné míry opomíjená – skutková podstata však v sobě skrývá několik aspektů, které mohou být předmětem hlubší analýzy.

V prvé řadě se jedná o její systematické zařazení v textu ZVZ. Náznaky odborné literatury, že se v případě čtvrté skutkové podstaty jedná o skutkovou podstatu zbytkovou, neboť je nejobecnější a překrývá se do jisté míry s ostatními skutkovými podstatami, nejsou zcela v souladu se souběžným tvrzením o existenci generální klauzule.<sup>13</sup> Pakliže totiž přistoupíme na závěry shora uvedené judikatury, jejímž cílem bylo konstruovat skutkové podstaty a současně i generální klauzuli (především rozhodnutí Rennes Railway a Pissetext), pak zřejmě ale nebylo účelem čtvrtou skutkovou podstatu formulovat jako zbytkovou. Jakákoliv změna smlouvy, která je podstatná, avšak nespadá pod žádnou zákonem výslovně vymezenou skutkovou podstatu, by byla jednoduše postižitelná právě podle obecné generální klauzule – obdobně jako je tomu třeba v oblasti práva nekalé soutěže. Smyslem generálních klauzulí je totiž právě to, aby bylo postiženo i závadné jednání, které není v zákoně upraveno výslovně jako zakázané. S ohledem na konstrukci vymezení nežádoucí (podstatné) změny smlouvy v rozsudcích Rennes Railway a Pissetext lze proto soudit, že čtvrtá skutková podstata je sice zřejmě ze všech čtyř nejobecnější, avšak má samostatný význam pro postižení určitých typizovaných jednání. Tímto jednáním je právě jednání ohrožující ekonomickou rovnováhu smlouvy, resp.

<sup>11</sup> Viz citace v poznámce pod čarou č. 4.

<sup>12</sup> DVORÁK, David. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3. S. 152.

<sup>13</sup> Tyto úvahy jsou patrné v práci D. Dvořáka. DVORÁK, David. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. ISBN 978-80-7400-518-3. S. 152.



ohrožující rovnovážný stav, který nastal v okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. S ohledem na absenci relevantní judikatury či rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“ nebo „Úřad“) je však představa konkrétního jednání, která čtvrtou skutkovou podstatu naplňuje, značně mlhavá.

ZVZ pochopitelně pojem *ekonomická rovnováha*, který užívá v ustanovení § 82 odst. 7 písm. d), blíže nevynechává. Vzhledem k subsidiaritě OZ se proto jeví vhodné hledat bližší vymezení tohoto pojmu právě ve vztahu k vlastním ustanovením OZ.

Ve vlastním textu OZ se pojem „rovnováha“, resp. „nerovnováha“ vyskytuje celkem ve třech ustanoveních. Prvním je ustanovení § 433 OZ, které pojem „nerovnováha“ užívá k vymezení hypotézy generální klauzule zneužití postavení slabší strany. Stanoví, že podnikatel své postavení nesmí zneužít mimo jiné k dosažení právech a povinnostech. Ustanovení § 433 OZ hovoří také o zneužití „hospodářského postavení“ podnikatele. Proto lze soudit, že fakticky bude v případě ustanovení § 433 OZ výsledkem jednání podnikatele v silnějším postavení právě nerovnováha ekonomická, resp. taková nerovnováha v právech a povinnostech (typicky zachycených v písemné smlouvě), jejímž následkem bude právě ekonomická nerovnováha. Ustanovení § 433 OZ sice nehovoří explicitně o vychýlení rovnováhy v neprospěch slabší strany, avšak z kontextu, smyslu a účelu ustanovení je tato skutečnost zcela zřejmá.

Dalším je ustanovení § 1766 OZ. Toto ustanovení sice neobsahuje (na rozdíl od zbylých dvou) přímý zákaz vychýlení rovnováhy v právech a povinnostech, avšak jeho posláním je z určitého pohledu ještě významnější. Ustanovení – které navazuje na obecné zákonné zakotvení zásady *rebus sic stantibus* – totiž za zákonem vymezených okolností staví obnovení rovnováhy smluvních stran za legitimní důvod pro veřejnoprávní zásah do obsahu smlouvy ze strany soudu. Soud může sice závazek z dotčené smlouvy změnit obnovením rovnováhy práva a povinností pouze na návrh jedné ze stran. I tak se však jedná o přímé svolení zákonodárce k tomu, aby veřejná moc modifikovala smluvní svobodu, resp. autonomii vůle smluvních stran. Takových ustanovení v novém OZ není mnoho. I ustanovení § 1766 tak dokládá, že vyvážené postavení smluvních stran hraje po rekonstrukci v OZ významnou roli.

Konečně posledním ustanovením je ustanovení § 1813 OZ. V tomto případě se jedná o ustanovení spotřebitelského práva, které výslovně zakazuje ujednání, která zakládají „v rozporu s požadavkem přiměřenosti významnou nerovnováhu práv nebo povinností stran v neprospěch spotřebitele.“<sup>14</sup> I v tomto

případě se v konečném důsledku bude jednat zřejmě o rovnováhu ekonomickou. Ustanovení § 1813 OZ tedy v obecné rovině zakazuje ujednání vychýlující rovnováhu smluvních stran v neprospěch slabší smluvní strany (kterou je v tomto konkrétním případě spotřebitel).

V důvodové zprávě se pak pojem rovnováhy, resp. nerovnováhy objevuje ještě na mnoha dalších místech – ve všech případech vždy ve spojení s konkrétním pojetím slabší smluvní strany.

Výše uvedené osvědčuje – na první pohled v ustanovení § 82 odst. 7 ne zcela patrný závěr – že důraz na zachování ekonomické rovnováhy<sup>15</sup> se projevuje (a je odůvodněný) právě ve vztahu ke slabší straně. Zákon se logicky před vychýlením rovnováhy snaží chránit subjekt, u něhož předpokládá, že se jedná o slabší stranu. Zatímco v případě ostatních ustanovení vyplývá postavení slabší strany z řady dlouhodobých zkušeností a obecného přesvědčení<sup>16</sup>, v případě ustanovení § 82 odst. 7 může být závěr poněkud překvapivý – perspektivou výše řečeného je to totiž *žadavatel*, na koho ZVZ pohlíží jako na slabší stranu.

Dalším rozdílem oproti pojetí (ne)rovnováhy smluvních stran v OZ je také skutečnost, že ZVZ ekonomickou nerovnováhu nijak kvalitativně nelimituje. OZ nepostihuje *jakoukoliv* libovolnou nerovnováhu mezi smluvními stranami, ale pouze nerovnováhu *kvalifikovanou*. Její kvalifikovanost vyjadřuje různými charakteristikami, např. pojmy „*zřejmá*“, „*nedůvodná*“, „*významná*“ apod. ZVZ se naopak ve vymezení ekonomické rovnováhy nijak neomezuje. Z hlediska znění textu ZVZ je proto správná úvaha, že podstatnou (nežádoucí a zakázanou) změnou smlouvy je jakákoliv změna, které vede k – byť sebe-nepatrnější – změně v ekonomické rovnováze ve prospěch vybraného dodavatele.

#### 4 Čtvrtá skutková podstata pohledem základních zásad

Důraz na ochranu zadavatele překvapuje především z důvodu, že se jedná v případě obecného náhledu na slabší stranu o obrat o 180 stupňů. Zpravidla – a zejména s ohledem na diskutovanou adhezní povahu smluv na plnění veřejné zakázky – je to totiž

<sup>15</sup> Přitom v soukromoprávních vztazích půjde téměř výhradně o rovnováhu ekonomickou, resp. rovnováhu v právech a povinnostech (nejen) smluvních stran, která má za následek újmu na hospodářském postavení jedné ze stran za současného neodůvodněného prospěchu druhé ze stran. Toto platí, ať již se jedná o spotřebitele, zaměstnance, dítě (zejména ve vztahu k výživnému) či prostě slabší stranu obecně.

<sup>16</sup> Např. o slabší straně – spotřebiteli sotva někdo bude pochybovat, že onou slabší stranou skutečně je.

spíše dodavatel, koho laická i odborná veřejnost považuje za slabší stranu. Argumentem pro tento závěr bývá především skutečnost, že dodavatelé zpravidla nemají žádnou vyjednávací sílu ve vztahu k předkládanému návrhu smlouvy o plnění veřejné zakázky a že jsou nuceni nabízet své služby či zboží za podnákladové ceny jen proto, aby v zadávacím řízení zvítězili. Ačkoliv k vyslovení závěru, zda se jedná o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem, by bylo nutné provést komplexní analýzu konkrétního právního vztahu, zpravidla dodavatele bude skutečně možné za slabší stranu považovat. Důvodem je především jeho mizivá až nulová vyjednávací síla ve vztahu k zadavateli, která současně vykazuje určité znaky ekonomické závislosti (zatímco zadavatel si zpravidla může vybírat a tzv. diktovat podmínky, mezi dodavateli panuje ostrý konkurenční boj). V tomto ohledu se proto lze – s výhradou posouzení každého případu individuálně – domnívat, že základní rysy pozice slabší strany<sup>17</sup> postavení běžného dodavatele vykazuje. Proto je oprávněné se ptát, jak se popsání koncepce ochrany slabší strany v OZ, která v souladu se zásadou jednoty soukromého práva představuje také východisko pro posuzování jednotlivých ustanovení ZVZ, odráží v konkrétním ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ.

Na první pohled se může jednat o střet základních zásad, na nichž oba dotčené právní předpisy stojí. Zatímco OZ se od koncepce rovnosti stran odklání, ZVZ naopak zásadu rovného zacházení, kterou lze pojímat jako podmnožinu zásady rovnosti obecně, vyznává jako klíčovou zásadu celého procesu zadávání veřejných zakázek.<sup>18</sup>

Již v důvodové zprávě<sup>19</sup> a průvodních odborných publikacích k OZ<sup>20</sup> jeho autoři zdůrazňují,

<sup>17</sup> K některým rysům slabší strany, jako je např. právě ekonomická závislost, viz např. práci BEJČEK, Josef. Úprava tzv. významné tržní síly: přirozený krok k ochraně spotřebitele a slabšího, nebo «papírový tygr» (a škůdce soutěže a spotřebitele)? *Bulletin advokacie*. 2012, č. 7-8, s. 15-25.

<sup>18</sup> K tomu srov. ustanovení § 6 ZVZ.

<sup>19</sup> Odklon od zásady rovnosti ve prospěch zejména zásady autonomie vůle stran zmiňuje důvodová zpráva na řadě míst. *Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb. ze dne 3. 2. 2012*. 2012, 597 s. [cit. 2015-03-02]. Zejména str. 20 a násl. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>.

<sup>20</sup> Nová koncepce v OZ, která upřednostňuje ochranu slabší strany, se snaží eliminovat skutečnost, že faktická nerovnost v reálném životě nijak neodpovídá předepsané rovnosti právní – tedy rovnosti před zákonem. Zatímco ochrana slabší strany je nyní v novém OZ upravena výslovně, o rovnosti smluvních stran naopak OZ výslovně nestanoví nic. Jak však uvádí jeho tvůrci, „*mlčení o rovnosti neznamená, že si právo neuvědomuje možné zneu-*

že OZ opouští důraz na zásadu rovnosti smluvních stran. Zachovat rovnováhu ve smluvních vztazích se naopak snaží prostřednictvím zásady ochrany slabší strany, která se projevuje kromě tzv. generální klauzule v ustanovení § 433 OZ v řadě dalších ustanoveních. O přílišném důrazu na zásadu rovnosti hovoří důvodová zpráva jako o přežitku totalitního zákonodárství.<sup>21</sup> ZVZ však vyznává při postupu zadavatele zcela opačnou koncepci základních zásad. Základními zásadami jsou totiž transparentnost, rovné zacházení a zákaz diskriminace. Je zřejmé, že veškeré tyto dílčí zásady postupu zadavatele jsou derivátem obecného požadavku rovnosti účastníků, zejména těch, kteří se nacházejí v postavení uchazeče. Ačkoliv je nutné uvedené zásady vykládat v relativním, nikoliv absolutním měřítku, jejich význam je přesto zásadní, a to jak v oblasti aplikace, tak i v oblasti interpretace.<sup>22</sup> Jaký je tedy vztah ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ, které směřuje k ochraně slabší strany, a zásady rovného zacházení ve vztahu k zadávacímu řízení, resp. k zásadě rovnosti obecně?<sup>23</sup>

Ve skutečnosti se o konflikt zásad v pravém slova smyslu nejedná. Ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) je naopak v úzké funkční vazbě právě k zásadě rovného zacházení. Požadavek na vyloučení případné pozitivní diskriminace ve vztahu k vybranému uchazeči totiž vyjadřuje snahu zajistit rovnost všech účastníků zadávacího řízení a zejména rovnost podmínek, za nichž se ho účastní. Ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) tak představuje vzájemné doplnění obou uvedených zásad, jejichž cílem je přiblížení se k ideálnímu stavu rovnosti všech účastníků.

Obdobně ani samotný koncept rovnosti účastníků v ZVZ není v rozporu s koncepcí ochrany slabší strany, kterou OZ nově oproti zásadě rovnosti upřednostňuje. Ve svém širším důsledku je totiž právě požadavek rovného zacházení v rámci postupu zadava-

*žití postavení jedné ze stran.*“ Srov. ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanské právo pro každého. Pohledem (nejen) tvůrců nového občanského zákoníku*. 2., doplněné a aktualizované vydání. Praha: Wolter Kluwer, a. s., 2014. 360 s. ISBN 978-80-7478-493-4. S. 90.

<sup>21</sup> *Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb. ze dne 3. 2. 2012*. 2012, 597 s. [cit. 2015-03-02]. S. 20. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>.

<sup>22</sup> Jak ostatně trefně uvádí, že R. Jurčík, „*pokud bychom chápali uvedené zásady v absolutním měřítku, tak i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti.*“ JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář* [online]. 3. vydání. Nakladatelství C. H. Beck, 2012 [cit. 2015-03-09], s. 64 a násl. In: Beck-online.cz.

<sup>23</sup> O rovnosti v zadávacím řízení obecně také srov. JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář* [online]. 3. vydání. Nakladatelství C. H. Beck, 2012 [cit. 2015-03-09], s. 67. In: Beck-online.cz.

<sup>14</sup> Citace zákonného ustanovení.



tele vyjádřením zásady ochrany slabší strany. Takový přístup zcela koresponduje s většinovým konsensem, že se průměrný dodavatel jako uchazeč v zadávacím řízení v pozici slabší strany skutečně nachází.

## 5 Následky porušení ustanovení o zákazu podstatných změn smlouvy

Navzdory významu teoretických úvah je pro praxi podstatný především následek změny ekonomické rovnováhy, která zakládá podstatnou změnu smlouvy. Podstatná změna smlouvy se v souladu s ustanovením § 82 odst. 7 ZVZ zadavateli zakazuje. I v souladu s novou (a velmi nejasnou) koncepcí kogentních a dispozitivních ustanovení OZ<sup>24</sup>, který se subsidiárně použije, jde tedy jednoznačně o kogentní ustanovení.

V tomto směru je však třeba posuzovat nejprve právní úpravu v ZVZ – tato speciální právní úprava upravuje totiž zvlášť soukromoprávní důsledky porušení ZVZ. Koncepce v ZVZ je přitom velmi zajímavá – z hlediska zkoumaného institutu neplatnosti totiž dospíváme k závěru, že v podstatě žádné praktické soukromoprávní důsledky nemá.

Ze všech ustanovení ZVZ se neplatnosti věnuje ustanovení § 118 odst. 6 ZVZ. Předmětné ustanovení konkrétně stanoví, že „smlouva na plnění veřejné zakázky se stává neplatnou z důvodu nedodržení postupu podle tohoto zákona pouze v případech, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle odstavce 2. Neplatnost z jiných důvodů tím není dotčena.“<sup>25</sup> Ze znění zákona vyplývají především dvě základní skutečnosti, a sice že (i) neplatnost smlouvy nastává až na základě předchozího správního rozhodnutí o uložení zákazu plnění smlouvy<sup>26</sup>, a dále že (ii) se jedná o zvláštní konstrukci neplatnosti jako soukromoprávního důsledku porušení ustanovení ZVZ. Věta stanoví, že „neplatnost z jiných důvodů tím není dotčena“ jednoznačně vyjadřuje úmysl zákonodárce zneplatnit smlouvy i na základě jiných důvodů, než je rozpor se ZVZ. Typickým případem by mohl být rozpor s některým z ustanovení OZ.

<sup>24</sup> Ustanovení § 1 odst. 2 OZ stanoví, že „nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona.“ V tomto případě se jedná o výslovný zákaz určitého jednání, který z pohledu posouzení kogentnosti nevzbuzuje žádné pochybnosti.

<sup>25</sup> Citace zákonného ustanovení.

<sup>26</sup> K tomu viz např. komentář k ustanovení § 118, kde autor uvádí, že smlouva na veřejnou zakázku se stává neplatnou až nabytím právní moci rozhodnutí, jímž byl vysloven zákaz jejího plnění. JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář* [online]. 3. vydání. Nakladatelství C. H. Beck, 2012 [cit. 2015-03-09], s. 692. In: Beck-online.cz.

Ohledně povahy neplatnosti smlouvy převažovala ještě před účinností nové právní úpravy stanoviska, že se jedná o neplatnost absolutní.<sup>27</sup> Dále se část odborné literatury shoduje také v tom, že porušení postupů stanovených ZVZ má za následek neplatnost dotčené smlouvy jakožto právního úkonu opravdu pouze v těch případech, pokud ÚOHS vysloví zákaz plnění takové smlouvy.<sup>28</sup> Uvedený právní závěr se odůvodňuje také hlediskem praktickým – žádoucí je, aby se v případech, kdy ÚOHS sice zjistí správní delikt umožňující vyslovení zákazu plnění smlouvy, ale tento zákaz z důvodů hodných zvláštního zřetele nevysloví<sup>29</sup>, fakticky umožnilo dokončení plnění smlouvy.<sup>30</sup> Dále se uvádí, že v těchto případech by přece bylo nelogické považovat takovou smlouvu za neplatnou.<sup>31</sup> Tato myšlenka však částečně pozbývá opory za situace, kdy je zjevné, že se zákaz plnění smlouvy se ze strany ÚOHS v jeho praxi prakticky nevyužívá a navíc v několika málo ojedinělých případech jeho užití provázejí ze strany ÚOHS značná procesní pochybení.<sup>32</sup> Zákonné možnosti, kdy může ÚOHS uložit zákaz plnění smlouvy, jsou v souladu s ustanovením § 118 ZVZ velmi omezené. Ještě se navíc dále zužují tím, že odst. 4 ustanovení § 118 ZVZ umožňuje Úřadu využít určitou diskreční pravomoc, a zákaz plnění neuložit dokonce ani v těch případech, kdy mu to zákon v souladu s ustanovením § 118 odst. 2 ZVZ výslovně ukládá. Lze proto konstatovat, že zvláštní neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku pro nedodržení postupu dle ZVZ prakticky nenastává. Koncepce tohoto zvláštního druhu neplatnosti je přitom natolik odlišná od obecných soukro-

<sup>27</sup> JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář* [online]. 3. vydání. Nakladatelství C. H. Beck, 2012 [cit. 2015-03-09], s. 543 a násl. In: Beck-online.cz. Shodně také KRUTÁK, Tomáš a Lenka KRUTÁKOVÁ. *Zákon o veřejných zakázkách: S komentářem a příklady*. 2. vydání. Olomouc: Nakladatelství ANAG, 2013. ISBN 978-80-7263-778-2. 639 s. s. 366.

<sup>28</sup> KRUTÁK, Tomáš a Lenka KRUTÁKOVÁ. *Zákon o veřejných zakázkách: S komentářem a příklady*. 2. vydání. Olomouc: Nakladatelství ANAG, 2013. ISBN 978-80-7263-778-2. 639 s. s. 366.

<sup>29</sup> Úřad má totiž v souladu s ustanovením § 118 odst. 4 ZVZ z důvodu zvláštního zřetele určitou míru diskreční pravomoci rozhodnout, zda zákaz plnění smlouvy skutečně uloží.

<sup>30</sup> SCHELLEOVÁ, Andrea. *Nejčastější problémy ve veřejných zakázkách nejen pro sektorové zadavatele*. Praha: Linde Praha, a. s., 2014. ISBN 978-80-7201-857-4. 119 s. s. 22.

<sup>31</sup> Tamtéž, s. 22.

<sup>32</sup> PROFANTOVÁ, Helena. *Soukromoprávní důsledky porušení zákona o zadávání veřejných zakázek*. Brno, obhajoba v roce 2015. Dostupné z: [http://is.muni.cz/th/363725/pravf\\_m/?lang=en](http://is.muni.cz/th/363725/pravf_m/?lang=en). Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně. 64 s. s. 21 a násl., zejména s. 22 in fine a s. 23.

moprávních koncepcí neplatnosti, že jeho aplikace v tomto „minimalistickém rozsahu“ vzbuzuje – zvláště po rekodifikaci – důvodné pochyby.

Již dříve někteří autoři dovozují, že ustanovení § 118 odst. 5 (dnes odst. 6, avšak v nezměněném znění) představuje v právní úpravě ZVZ aplikační problém. M. Krenk uvádí, že „ačkoliv novely zákona o veřejných zakázkách č. 417/2009 Sb., a č. 179/2010 Sb., jsou transpozicí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. 12. 2007, jejímž cílem byla zvýšit účinnost přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek, v případě institutu neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku představují oproti zákonné úpravě účinné do 31. 12. 2009 značný krok zpět a výrazné omezení co do možnosti jeho aplikace soudy.“<sup>33</sup> Obdobně také novější komentářová literatura dovozuje, že i přesto, že koncepce neplatnosti je v novém ZVZ z roku 2006 podstatně užší, na praxi posuzování neplatnosti smluv by tato skutečnost neměla mít vliv.<sup>34</sup> S těmito názory<sup>35</sup> – tím spíše po rekodifikaci – nelze podle mého názoru než souhlasit.

## 6 Tzv. jiné závažné porušení ZVZ jako důvod neplatnosti dle § 580 OZ

Výše uvedený závěr lze názorně demonstrovat právě na čtvrté skutkové podstatě podstatné změny smlouvy dle ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ. Čtvrtá skutková podstata – jak již bylo obšírně uvedeno výše – se od zbývajících tří liší především tím, že ve své formulaci odráží domnělý střet základních zásad soukromého práva dle OZ a současně zásad, na nichž stojí ZVZ, aby následně naznačila, že se ve své podstatě vůbec o konflikt protichůdných zásad jednat nemusí. Zatímco skutkové podstaty pod

<sup>33</sup> K tomu viz KRENK, Michal. Neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku II. In: *Vz24.cz: Denní zpravodajství o veřejných zakázkách* [online]. 2010 [cit. 2015-03-02]. Dostupné z: <http://www.vz24.cz/svet-vz24/sloupek-odbornika/neplatnost-smlouvy-na-verejnou-zakazku-ii/>.

<sup>34</sup> Tak R. Jurčík uvádí, že „obecným kritériem pro stanovení, jaká porušení zákona způsobují její neplatnost, je možno per analogiam konstatovat, že taková, jež vedou k uložení nového výběru či nového zadání veřejné zakázky, tedy uložení nápravného opatření, příp. správního deliktu.“ JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář* [online]. 3. vydání. Nakladatelství C. H. Beck, 2012 [cit. 2015-03-09], s. 544. In: Beck-online.cz.

<sup>35</sup> V podstatě obdobně jako M. Krenk se k uvedenému dále staví i H. Profantová. PROFANTOVÁ, Helena. *Soukromoprávní důsledky porušení zákona o zadávání veřejných zakázek*. Brno, obhajoba v roce 2015. Dostupné z: [http://is.muni.cz/th/363725/pravf\\_m/?lang=en](http://is.muni.cz/th/363725/pravf_m/?lang=en). Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně. 64 s. s. 26.

písm. a), b) a c) předmětného ustanovení směřují vcelku přímo k naplnění zásady zákazu diskriminace ze strany zadavatele (ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ), v případě čtvrté skutkové podstaty se jedná o konkretizaci zásady rovného zacházení a současně zásady ochrany slabší strany dle OZ. Čtvrtá skutková podstata sub písm. d) ustanovení 82 odst. 7 ZVZ je tak ve svém pojetí mnohem komplexnější a současně co do působnosti abstraktnější, než zbylé skutkové podstaty.

Z pohledu základních zásad soukromého práva lze proto její naplnění, tedy porušení zákazu podstatné změny smlouvy, vnímat jako flagrantní – a nikoliv jako pouhé procedurální či administrativní – porušení ZVZ. Naplněním čtvrté skutkové podstaty dochází k porušení zásady rovného zacházení podle ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ a současně k porušení zásady ochrany slabší strany podle ustanovení § 3 odst. 2 písm. c), resp. § 433 OZ.

Z hlediska ustanovení § 118 ZVZ však žádná podstatná změna smlouvy dle ustanovení § 82 ZVZ není důvodem, resp. správním deliktem, pro který může ÚOHS uložit zákaz plnění smlouvy. Z tohoto pohledu proto nepřichází v úvahu ani parciální neplatnost dle ZVZ. Právě pro absenci soukromoprávního důsledku tak významného porušení jasně formulovaného zákazu v ustanovení ZVZ si lze jen stěží představit, že by měla účastníky takové smlouvy postihnout pouze pokuta jako jiný v úvahu přicházející správní postih. Jinými slovy, že by takové jednání zadavatele a vybraného uchazeče mělo zůstat zcela bez soukromoprávních důsledků (mimo dosah sankce neplatnosti). V takovém případě by docházelo k neodůvodněnému zvýhodňování účastníků smluv na plnění veřejné zakázky, oproti účastníkům smluv obecně. Právě v jejich případě by za předpokladu flagrantního porušení ustanovení odrážejících základní zásady OZ totiž bylo možné – na rozdíl od smluv na veřejnou zakázku – neplatnost takové smlouvy skrze ustanovení § 580 OZ dovodit. Argumentaci ekonomickým zájmem na trvání smlouvy na veřejnou zakázku a splnění takové smlouvy přitom nelze přeceňovat<sup>36</sup>; porušení výslovného zákazu určitého jednání, které se ocitá v přímém konfliktu se základními deklarovanými zásadami příslušného právního předpisu, totiž více než co jiného připomíná Machiavelliho rčení, že „účel světí prostředky“, což zřejmě není stěžejní princip, k němuž by se měl právní stát hlásit, ani ho ve větší míře tolerovat.

<sup>36</sup> Jak uvádí např. SCHELLEOVÁ, Andrea. *Nejčastější problémy ve veřejných zakázkách nejen pro sektorové zadavatele*. Praha: Linde Praha, a. s., 2014. ISBN 978-80-7201-857-4. 119 s. s. 22.



Uvedený právní názor M. Krenka<sup>37</sup> má podle mého soudu oporu i za současného právního stavu, resp. nabývá na vážnosti nyní ještě více než předtím. Současně podle mého názoru znění ustanovení § 580 OZ skutečně umožňuje pod svou působnost zahrnout i závažná porušení ZVZ či jiného sektorového právního předpisu.

Prvním důvodem je pozměněná dikce oproti ustanovení § 39 zákona č. 40/1964 již neúčinného občanského zákoníku. Při srovnání dotčených právních ustanovení v obou právních předpisech je zřejmé, že ustanovení § 580 OZ disponuje sice oproti předchozí právní úpravě užší působností, avšak právě v důsledku omezující podmínky „pokud to smysl a účel zákona vyžaduje“ se kloní jednoznačně k podstatně méně formalistickému pojetí posuzování neplatnosti. Účelem nového znění ustanovení v § 580 OZ je proto zjevně postihnout sankci neplatnosti pouze takové jednání, které skutečně přímo „podrývá“ základní právní principy, na nichž je nezbytné trvat; v kontextu výše řečeného se proto nepochybně jedná také o taková ustanovení, v nichž se přímo odráží některé z právních zásad, na nichž právní předpis stojí.

Není pochyb o tom, že ZVZ stanoví zvláštní druh tzv. sektorové neplatnosti. Na druhou stranu znění ustanovení § 118 odst. 6 ZVZ podle mého názoru<sup>38</sup> není možné vykládat tak, že žádné (sebezávažnější) porušení ZVZ, za které však nelze uložit zákaz plnění smlouvy, anebo zákaz jejího plnění není ve správním řízení uložen, nemá za následek neplatnost smlouvy na plnění veřejné zakázky. K tomuto závěru mne v první řadě vedou důvody teleologické. Odborná literatura poukazuje na skutečnost<sup>39</sup>, že samotný ZVZ zužuje možnost uložení sankce zakazu plnění smlouvy na minimum případů, u nichž ještě dává Úřadu možnost zvážit tzv. důvody hodné zvláštního zřetele a zákaz i v zákonem uvedených případech neuložit. Současně se uvádí, že v praxi se skutečně uložení zá-

<sup>37</sup> K tomu viz KRENK, Michal. Neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku II. In: *Vz24.cz: Denní zpravodajství o veřejných zakázkách* [online]. 2010 [cit. 2015-03-02]. Dostupné z: <http://www.vz24.cz/svet-vz24/sloupek-odbornika/neplatnost-smlouvy-na-verejnou-zakazku-ii/>.

<sup>38</sup> Tento názor přitom vychází především z práce KRENK, Michal. Neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku II. In: *Vz24.cz: Denní zpravodajství o veřejných zakázkách* [online]. 2010 [cit. 2015-03-02]. Dostupné z: <http://www.vz24.cz/svet-vz24/sloupek-odbornika/neplatnost-smlouvy-na-verejnou-zakazku-ii/>.

<sup>39</sup> K tomu viz velmi realistický až skeptický pohled D. Rause na využití ustanovení § 118 ZVZ a zhodnocení jeho možných motivačních důsledků pro účastníky smlouvy o veřejné zakázce. RAUS, David. Soukromoprávní důsledky porušení zákona o veřejných zakázkách nedůvěřivým pohledem s povytaženým obočím a vráskami na čele. *Právní rozhledy* [online]. 2011, č. 18, s. 659 a násl. [cit. 2015-03-09]. In: Beck-online.cz.

kazu plnění téměř nevyskytuje.<sup>40</sup> Za těchto okolností se proto ustanovení § 118 odst. 6 jeví jako obsolentní. V řadě druhé jsem pak přesvědčena, že ani samotný jazykový výklad v tomto případě nevede k jednoznačnému závěru, resp. že by uvedený teleologický výklad zjevně odporoval znění textu zákona.

Dotčená ustanovení § 118 odst. 6 ZVZ uvádí, že „smlouva na plnění veřejné zakázky se stává neplatnou z důvodu nedodržení postupu podle tohoto zákona pouze v případech, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle odst. 2. Neplatnost z jiných důvodů tím není dotčena.“ Slovní formulace zvolená zákonodárcem – „nedodržení postupu podle tohoto zákona“ – naznačuje, že zákonodárce neměl na mysli totéž, jakoby vyjádřil slovní spojení „rozpor s ustanovením tohoto zákona.“ Volbou slovního spojení „postup podle tohoto zákona“ lze usuzovat na užší pojetí než to, které zahrnuje všechna ustanovení ZVZ. V kontextu výše řečeného je možné se domnívat, že zákonodárce skutečně měl na mysli spíše odchylky od administrativního procesu zadávání veřejných zakázek, které nemusí vždy vést k porušení základních zásad zadávacího řízení. Ještě silnější argument však lze hledat v druhé větě dotčeného ustanovení. Právě skutečnost, že „neplatnost z jiných důvodů není dotčena“, dává prostor pro úvahy o neplatnosti podle ustanovení § 580 OZ. Touto perspektivou by pak skutečně bylo možné pohlížet na smlouvu, která porušuje skutkovou podstatu v ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) a vychyluje ekonomickou rovnováhu ve prospěch vybraného dodavatele, jako na neplatnou.

Tzv. zužující výklad, k němuž se ještě za stavu před rekodifikací soukromého práva kloní odborná veřejnost, je tak podle mého názoru nepřijatelný. Zvláště po rekodifikaci odporuje především zásadě jednoty soukromého práva. O soukromoprávním charakteru právní úpravy veřejných zakázek, zejména ve vztahu k obsahu smlouvy na veřejnou zakázku, přitom nelze mít pochyb. Proto již podle mého názoru po rekodifikaci nejsou použitelné ani závěry jednoho z významných rozhodnutí Nejvyššího soudu<sup>41</sup>, které uvádí, že úmyslem zákonodárce je nepostihovat porušení podmínek ZVZ sankcí absolutní neplatnosti ve smyslu občanskoprávních předpisů. K takovému závěru neposkytuje nový OZ oporu, právě s ohledem na uvedenou zásadu jednoty a komplexnosti soukromého práva, jehož významnou částí je pochopitelně i právo závazkové, resp. smluvní. Smlouva o veřejné zakázce pak stále zůstává co do základu smlouvou,

<sup>40</sup> PROFANTOVÁ, Helena. *Soukromoprávní důsledky porušení zákona o zadávání veřejných zakázek*. Brno, obhajoba v roce 2015. Dostupné z: [http://is.muni.cz/th/363725/pravf\\_m/?lang=en](http://is.muni.cz/th/363725/pravf_m/?lang=en). Diplomová práce. Právnícká fakulta Masarykovy univerzity v Brně. 64 s. s. 21 a násl., zejména s. 22 in fine a s. 23.

<sup>41</sup> Jedná se o rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 7. 2013, sp. zn. 33 Cdo 594/2012.

za jejímž vznikem sice stojí specifická procedura vykazující vysokou míru veřejnoprávní reglementace, avšak výsledkem je smlouva jako dvoustranné právní jednání mezi smluvními stranami. Zvláště na obsah smlouvy, tedy i posouzení změn jejího obsahu, je nutno proto pohlížet perspektivou (zejména) soukromého práva včetně jeho systému sankcí. Veřejnoprávní otázka regulace vzniku smlouvy, tedy samotný proces zadávacího řízení, pak paralelně může být postížena i správněprávními sankcemi.

Nejednalo by se ostatně o první (a zřejmě ani poslední) neprovázanost zvláštní právní úpravy v ZVZ, a současně dále také neprovázanost s obecnou právní úpravou závazkového práva v OZ, resp. dříve v již neúčinném OZ z roku 1964.<sup>42</sup>

## 7 Závěrem – doplnění protichůdných koncepcí?

Ačkoliv ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) představuje segment zásady ochrany slabší strany, jedná se také současně o projev zásady rovnosti účastníků v zadávacím řízení. Jako všechny tzv. skutkové podstaty uvedené v ustanovení § 82 odst. 7 totiž směřuje k naplnění zásady rovnosti účastníků, resp. zejména uchazečů v zadávacím řízení o veřejné zakázce. Ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ je tedy funkčně provázáno se základními zásadami postupu zadavatele v ustanovení § 6 ZVZ. Koncept ZVZ současně není v rozporu ani s konceptem, na němž staví OZ, a to i přesto, že ten se od zásady rovnosti v obecné rovině poměrně důrazně odklání. Zásadu rovného zacházení s uchazeči lze totiž chápat jako projev ochrany slabší strany, která je obecnou zásadou OZ. Současně je třeba ustanovení § 6 i § 82 odst. 7 ZVZ také v tomto du-

<sup>42</sup> Na tuto neprovázanost, zejména ve vztahu k procesu uzavírání smlouvy upozorňuje např. VEČEŘA, Ivo a Tomáš GRULICH. Nad novým zákonem o veřejných zakázkách. *Právní rozhledy* [online]. 2006, č. 22, s. 818 a násl. [cit. 2015-03-10]. In: Beck-online.cz.

chu vykládat (neboť základní zásady OZ se použijí také při výkladu dalších soukromoprávních předpisů a ZVZ lze alespoň z hlediska jeho „závazkové“ části považovat za sektorovou regulaci obchodního práva) a uvažovat o nich jako o jednom funkčním celku.

Jistá neprovázanost obou právních předpisů se však projevuje ve vztahu k následku porušení zá- kazu podstatných změn smlouvy mající za následek vychýlení ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného uchazeče (stejně jako ostatních podstatných změn smlouvy). Koncepte neplatnosti v ZVZ je totiž značně úzká a zdaleka neodpovídá koncepci neplatnosti v OZ. Zatímco ZVZ přistupuje k neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku značně formálně (až s administrativní přesností), OZ dává zejména prostřednictvím ustanovení § 580 OZ značný prostor pro posouzení neplatnosti právního jednání v širším a materiálním kontextu.

Další problém právní úpravy v ZVZ pak lze vidět ve vymezení samotné čtvrté skutkové podstaty, jejíž role někdy bývá vnímána zkrlesně – bylo by dobré pro praxi upravit tzv. kvalifikovanou míru vychýlení.

## Summary

Public procurement is usually considered as a modified private legal relationship with significant public regulation. Therefore is public procurement regulated not only by the Public Procurement Act but also by Civil Code.

Contribution deals with the topic of substantial changes in contract, especially in those cases where the contract amendment would cause an imbalance in the position of the contractual parties in favour of the selected contractor sec. § 82 para. 7 fonts. D PPA). Contribution analyses the possible impacts of specific sector regulation in PPA from the perspective of validity of the contract. Paper also compares the information with the concept of invalidity in the Civil Code.