

GEOTECHNICKÉ RIZIKO: JAK TO VIDÍ SOUDCI?

GEOTECHNICAL RISK: WHAT JUDGES THINK ABOUT IT?

David Hruška¹
Lukáš Klee²

ABSTRAKT

Výstavba v podzemí se nepochybně odlišuje od ostatních druhů výstavby. Týká se to zejména tunelů, ale také například hlubokých stavebních jam a obecně prací speciálního zakládání. Fyzické prostředí, ve kterém výstavba probíhá (hmotné, tzn. fyzické podmínky staveniště), je různorodé a před zahájením jen omezeně poznatelné. Konečnou podobu podzemního díla definitivně určuje až výsledek vzájemné interakce přírodního a lidského faktoru. Smlouvy o výstavbě v podzemí se z těchto důvodů musejí vyrovnat s vyšší mírou rizika, které nelze nikdy zcela vyloučit. Účelně alokovat geotechnické riziko mezi účastníky výstavbového projektu je tudíž úkol, který převažuje nad ostatními aspekty ovládnání rizik v podzemním stavitelství. Jak na problematiku alokace geotechnického rizika pohlížejí zahraniční právní řády napříč právními systémy? Jaké závěry lze dovodit z judikatur obecných soudů jako důležitých pramenů práva? Jakou roli hrají při posuzování sporů obchodní zvyklosti a odvětvové standardy? Existují nějaká standardní odvětvová pravidla pro alokaci geotechnického rizika? Taková a související témata jsou hlavní náplní tohoto příspěvku.

ABSTRACT

Underground construction obviously differs from other types of construction. This applies in particular to tunnels, but also, for example, to deep pits and generally to special foundation works. The physical environment in which the construction takes place (material, i.e. the physical site conditions) is diverse and recognizable to a limited extent before the commencement of works. The final shape of underground work will result from the mutual interaction between natural and human factors. The underground construction contracts must therefore reckon with a higher level of risk that can never be fully eliminated. The efficient allocation of the geotechnical risk to the participants of construction project is therefore a task that overrides other aspects of managing risk in underground construction. How is the issue of geotechnical risks allocation viewed by foreign laws across legal systems? What findings can be derived from the case law as the important source of law? What is the role of lex constructionis in assessing of disputes? Are there some industry standards concerning allocation of geotechnical risks? This and related topics are the main content of this contribution.

¹ Mgr. David Hruška, Metrostav a.s., Koželužská 2450/4, Praha 8 - Libeň, CZ 180 00, Česko, tel.: +420 777 946 305, e-mail: david.hruska@metrostav.cz

² JUDr. Lukáš Klee, PhD., LL.M, MBA, PrF UK, Metrostav a.s., autor knihy International Construction Contract Law a knihy Stavební smluvní právo, e-mail: klee@email.cz

1 Úvod

Geotechnické riziko lze definovat jako pravděpodobnost, že během výstavby nastanou odlišné fyzické podmínky staveniště od těch předpokládaných, vynásobená očekávanou škodou, pokud by tyto odlišné podmínky skutečně nastaly. Riziko v tomto příspěvku proto budeme chápat především jako ekonomickou kategorii. Nositel tohoto rizika je potom logicky ten, kdo musí snášet ekonomicky nepříznivé následky výskytu tohoto rizika.

Nástrojem pro ovládnutí geotechnického rizika je vytvoření tandemu smluvních ustanovení (a souvisejících údajů) definujících 1) „smluvní geotechnické základy“ a 2) kompenzace za „odlišné podmínky staveniště“. Klíčem k řízení geotechnického rizika je potom pochopení dvojjednosti a neoddělitelnosti tohoto tandemu.

Tato praxe byla zřejmě poprvé systematicky zavedena v USA, a to po široké odvětvové diskuzi. Údaje definující 1) „smluvní geotechnické základy“ zde byly pojmenovány jako „*Geotechnical Baseline Report*“ (zkráceně „*GBR*“). Tento dokument musí připravit objednatel v rámci zadání výstavbového projektu a musí v něm definovat mezní hodnoty pro alokaci rizika geotechnických podmínek. Jde v podstatě o parametrickou alokaci rizika, která vychází z předpokladu, že nepředvídatelná geotechnická rizika jsou rizikem objednatele. Smyslem „*GBR*“ je fungovat ruku v ruce se smluvním ustanovením o 2) odlišných podmínkách staveniště tzv. „*Differing Site Conditions Clause*“ (zkráceně „*DSC*“). V doložce „*DSC*“ se strany typicky dohodnou, že jiné (odlišné) než předpokládané geotechnické podmínky jsou rizikem objednatele. Účelem „*DSC*“ je pak odstranit nejistotu z pohledu zhotovitele, a tímto univerzálně chránit veřejné prostředky prostřednictvím minimalizování výše jeho spekulativních rizikových nákladových přírážek.³ Tento koncept vychází z obecně uznávaného názoru, že vlastnictví pozemku staveniště znamená i vlastnictví jeho skrytých rizik. Skrytá rizika (překážky) mohou být např. neznámé podzemní sítě rozvodů, odlišné geotechnické (především geologické a hydrologické) podmínky, obří kameny v podzemí, znečištění půdy, materiál, který měl být vytěžen a dále zabudován, ale zjistilo se, že není pro tyto účely vhodný apod.

Náš kontinentální právní systém chápe staveniště včetně jeho podloží (tak jak je popsáno v zadání zakázky včetně identifikace známých geotechnických podmínek a eventuálních známých překážek apod.) jako věc - materiál, předaný objednatelem zhotoviteli k provedení díla. Např. judikatura Nejvyššího soudu v Rakousku na problematiku nahlíží již desítky let tak, že zemina je „materiál dodaný objednatelem“⁴, a proto objednatel zodpovídá za jakékoliv nedostatky, které ovlivňují provedení prací. Tento „materiál“ zahrnuje i geotechnický průzkum⁵ a stavební plány⁶. Dále judikatura Nejvyššího soudu v Rakousku potvrdila, že zhotovitel není povinen předpokládat, že je geologie mimořádně špatná, a proto nemusí hledat neznámé vady⁷. V podstatě to znamená, že zhotovitel nemusí v žádném případě předvídat nepředvídatelné a znát neznámé, i když jsou geotechnické práce předmětem jeho podnikání. Kromě toho má zhotovitel právo spoléhat se na (vlastní) předpoklady a zkušenosti získané „na stavbách ve stejné nebo srovnatelné lokalitě“⁸ bez nutnosti očekávat potíže, se

³ Viz např. *Olympus Corp. v. United States*, 98 F.3d 1314, 1316-17 (Fed. Ct. 1996) („*Soutěžitelé nemusejí nést náklady provádění vlastních průzkumných vrtů za účelem eliminování rizika zastižení nepříznivých podmínek v prostoru podpovrchového staveniště, ani nemusejí kalkulovat výši rizikové přírážky, aby jejich nabídka pokryla toto riziko.*“); podobně též *Weeks Dredging & Contracting, Inc. v. United States*, 13 Cl. Ct. 193, 219 (1987) a *Foster Const. CA & Williams Bros. Constr. v. United States*, 435 F.2d 873, 887 (Ct. Cl. 1970).

⁴ Viz OGH 6 Ob 82/65 z 28.4. 1965.

⁵ Viz 6 Ob 274/04v z 19.5. 2005.

⁶ Viz 7 Ob 18/14v z 22.04. 2014.

⁷ Viz 8 Ob 588/87 z 5.11. 1987.

⁸ Viz 7 Ob 502/79 z 6.12. 1979.

kterými se nesetkal jinde.⁹ Rovněž v Německu je povinností objednatele poskytnout informace o geologických a hydrogeologických podmínkách na staveništi tak, aby bylo možno transparentně vyhodnotit nabídku. Němečtí soudci rozhodli např. o neplatnosti ustanovení: „Zhotovitel se informoval o geologických a hydrogeologických podmínkách na staveništi, a proto nemůže požadovat dodatečné platby s těmito spojené“.¹⁰

Přesto však objednatelé v některých případech, z různých důvodů, do smluv přidávají omezení své odpovědnosti (*waiver, disclaimer*) například tím způsobem, že deklarují údaje o zadávacích geotechnických podmínkách pouze za informativní, nabádají zhotovitele k ověření identifikovaných geotechnických hodnot, k provedení vlastních průzkumů, nebo jednoduše prohlásí jakoukoliv změnu geotechnických podmínek od těch prognostikovaných mezi rizika zhotovitele. Dochází pak nutně ke sporům, ve kterých jsou zhotovitelé zpravidla úspěšnější z důvodu aplikace výše popsaných obecných právních zásad o vlastnictví staveniště a odpovědnosti vlastníka za jeho skryté nedostatky.

Příspěvek si klade za ambici analyzovat v jakém právním kontextu je tandem ustanovení regulujících geotechnické riziko vykládán a aplikován orgány pro řešení sporů. Příspěvek se přitom soustředí na detaily konkrétních sporů, které názorně ilustrují, jakou logikou se soudci při rozhodování o alokování geotechnického rizika řídí.

2 Původ tandemu smluvních ustanovení regulujících geotechnické riziko

První smluvní konstrukce definující „smluvní geotechnické základy“ - „*Geotechnical Baseline Report*“ a „odlišné podmínky staveniště“ - „*Differing Site Conditions Clause*“ byly v USA vytvořeny už v roce 1921, a to státní komisí zřízenou orgánem pro rozpočtovou politiku (*U.S. Bureau of the Budget*). Tato ustanovení byla v roce 1926 zahrnuta do vzorové standardizované smlouvy, která byla schválena prezidentem USA pro federální výstavbové projekty. Následně se ustanovení zavedla do v podstatě všech respektovaných standardizovaných vzorů v USA (jako jsou i například vzory AIA). Smyslem těchto ustanovení je určit spravedlivý smluvní základ pro kompenzaci zhotovitele v případě, že při výstavbě zaznamená horší podmínky než ty předpokládané ve smlouvě. Aby byl zhotovitel v nároku na kompenzaci za zastižení „odlišných podmínek staveniště“ úspěšný, musí prokázat pět podstatných náležitostí,¹¹ předně však skutečnost, zda-li smluvní dokumentace přesvědčivě popisuje geotechnické podmínky nebo ne, a jestli ano, tak do jaké míry. Standardní ustanovení používané v USA je obdobné jako podčl. 4.12 CONS/1999 Red Book FIDIC a P&DB/1999 Yellow Book, tzn. „*nepředvídatelné fyzické podmínky*“ (*Unforeseeable Physical Conditions*).

Praxe použití „*Geotechnical Baseline Report*“ byla zavedena především z důvodu, že bez stanovení výchozích geotechnických podmínek, pravidel a mezních hodnot, docházelo k velkému množství sporů. Ještě v 70. a 80. letech se většina claimů z důvodu odlišných podmínek staveniště řešila u soudu. Negativní následky pro všechny zúčastněné inženýry pak byly hlavním důvodem změny. Jeden z hlavních závěrů zprávy (vypracované pro zjištění a

⁹ Více v Mešič, Muhamed, JUDr. a Račanský, Václav, Ing, Ph.D.: *Geotechnická rizika v rakouském právu*. Stavebnictví 2015, č. 06-07, s. 62-63.

¹⁰ Vygen, K. and Joussen, E.: *Bauvertragsrecht nach VOB and BGB Handbuch des privaten Baurechts*. Fifth Edition. Werner Verlag: Köln 2013.

¹¹ Zhotovitel musí prokázat, že (1) smluvní dokumenty obsahují přesvědčivé informace popisující podpovrchové podmínky; (2) jednal jako uchazeč v tendru s přiměřenou opatrností při interpretaci zadávacích smluvních dokumentů; (3) spoléhal se s přiměřenou opatrností na informace obsažené ve smluvních zadávacích dokumentech; (4) skutečně zastižené podpovrchové podmínky se podstatně liší od těch popsaných zadavatelem a (5) dodatečné náklady vynaložené v souladu se smlouvou mají příčinou souvislost s odlišnými podmínkami staveniště. Viz také Weeks Dredging & Contracting, Inc. v. United States, 13 Cl. Ct. 193, 208 (1987).

odstranění neuspokojivého stavu) s názvem „*Better Contracting for Underground Construction*“ byl už v roce 1974 následující:

„v případě, že všichni uchazeči mohou založit své odhady na dobře definovaném popisu fyzických podmínek staveniště s ujištěním, že v případě, že budou zastiženy podmínky jiné, dostane zhotovitel spravedlivou kompenzaci, pak objednatel obdrží nejnižší rozumné ceny bez rizikových přírůžek“.

Následné aktualizace této zprávy, další zprávy a navazující výzkumy vedly k jednoznačnému potvrzení této myšlenky.

Bylo tedy nutné zavést standard, který určí, co jsou ony předpokládané geotechnické podmínky. Tímto standardem se stala právě smluvní konstrukce definující výchozí smluvní geotechnické základy - „*Geotechnical Baseline Report*“. Při jejím použití pak musí smlouva obsahovat kromě párové doložky o odlišných podmínkách staveniště i mechanismus určení (především měření a ocenění) ohodnocení nepředpokládaného stavu. Dodatečné peníze a čas určené tímto mechanismem musí objednatel zhotoviteli zaplatit ze své rezervy.

Geotechnical Baseline Report tedy především používá:

- projektant pro ocenění předpokládaných nákladů výstavby, včetně rezervy rozpočtu objednatele,
- uchazeč pro ocenění geotechnických rizik, která jsou alokována zhotoviteli,
- zhotovitel pro výběr postupů výstavby a vybavení,
- správce zakázky pro ohodnocení podmínek podloží a identifikaci nepředvídaných (odlišných) fyzických podmínek staveniště v průběhu výstavby,
- kdokoli z účastníků při řešení sporů ve věci nepředvídaných (odlišných) fyzických podmínek staveniště.

Pokud budeme konfrontovat podstatu americké „*Geotechnical Baseline Report (GBR)*“ s podstatou kontinentálního standardu „*Eurokód 7: Navrhování geotechnických konstrukcí*“, nalezneme několik rozdílů. Zatímco cílem *GBR* je řízení rizik a jejich alokování mezi objednatele a zhotovitele, cílem *Eurokódu 7* je standardizace projektování geotechnických konstrukcí. *GBR* pracuje se smluvně dohodnutými hodnotami geotechnických parametrů, které tvoří závazný právní podklad pro spravedlivé financování výstavby a pro kompenzaci nákladů zhotovitele spojené s výskytem geotechnického rizika během realizace výstavby. Prostřednictvím *GBR* se odlišné podmínky staveniště identifikují a kvantifikují. *Eurokód 7* naproti tomu pracuje s odvozenými, charakteristickými a návrhovými hodnotami geotechnických parametrů, které jsou rozhodné pro bezpečný návrh geotechnické konstrukce (statické výpočty apod.). Tyto geotechnické parametry by měly co nejvýstižněji popsat fyzikální podstatu příslušné vlastnosti hornin ve vztahu ke stavební konstrukci a měly by ze statického hlediska zajistit její bezpečný a ekonomický návrh.

3 Jak připravit funkční doložky pro řízení geotechnického rizika?

V manuálu „*Geotechnical Baseline Report for Underground Construction*“, který vydala speciální komise ASCE (American Society of Civil Engineers) v roce 1997, jsou popsány důvody, proč se tato praxe zavedla, jak *GBR* připravit a jak ji používat (včetně check-listů). Základním doporučením je připravit dokument jednoznačný a precizní. V žádném případě to ovšem neznamená, že musí být rozsáhlý (doporučuje se 30 až 50 stránek). Neznamená to také samozřejmě, že podmínky popsané v *GBR* budou odpovídat realitě, neboť jsou vždy pouze odhadem geotechnických podmínek na základně maximálně poctivého úsilí. *GBR* musí zpracovat tým kvalifikovaných odborníků za použití jednoznačných závěrů bez subjektivních (jako je „hodně“, „málo“ apod.) a nejasných (jako je „může“ a „měl by“) vyjádření. *GBR* musí být úzce propojena s projektovou dokumentací,

postupy výstavby, metodou měření a oceňování a platebními podmínkami. Odlišné podmínky, než ty předpokládané v *GBR*, nejsou zásadně vadou projektové dokumentace. Není tedy v zásadě (při dodržení povinnosti řádné péče projektantem nebo geotechnikem) možné využít pojištění (nebo regresivní nároky na) projektanta nebo geotechnika.

Objednatel proto musí věnovat dostatek peněz a času do přípravy, tzn. především geotechnických průzkumů a zpracování zadávací projektové dokumentace, vybrat kvalifikované konzultanty a diskutovat s nimi mezní hodnoty stanovené v *GBR*, nastavit efektivní systém měření díla prostřednictvím vhodných položkových cen, otevřeně diskutovat rizika a údaje s uchazeči a účastníky výstavby, chápat nepředvídatelnost geotechnických rizik, kompenzovat zhotovitele při zaznamenání odlišných podmínek, než popsaných v *GBR* a udržovat rezervní fond (ve výši podle rizikovitosti projektu).

V *GBR* se například určí předpokládaný počet velkých balvanů v podloží a rozsah například ražby v jednotlivých třídách tvrdosti podloží. Tento předpoklad zhotovitel ocení. Je ovšem téměř jisté, že realita bude odlišná. Proto zhotovitel dostane zapláceno podle zastiženého počtu balvanů a skutečného rozsahu ražby v jednotlivých třídách. Průzkumnými vrty nelze zjistit přesný počet balvanů v podloží. Může jich být například 100 až 300. Riziko se může alokovat parametricky a určit do jaké míry ho nese zhotovitel. Například předpoklad počtu balvanů v *GBR* je 100, ale až do počtu 110 balvanů nemůže zhotovitel nárokovat dodatečnou platbu a čas. Nebo například *GBR* určí předpoklad rozsahu 1. třídy tvrdosti podloží na 35 % z celkového rozsahu, ale až do výše 40 % nemůže zhotovitel nárokovat dodatečnou platbu a čas. Další možností je, že v *GBR* bude předpokládáno „bezpečné“ množství balvanů (např. 300) a zhotovitel musí ocenit následky tohoto předpokladu ve své nabídce. Ovšem v tomto případě může být objednatel v riziku, že zaplatí za odstranění většího množství balvanů, než se bude ve skutečnosti v podloží nacházet. Bezpečnější nastavení *GBR* bude na druhou stranu znamenat méně změn díla (variací) a menší odchylku od nabídkové ceny.¹²

Právě určení mezních hodnot v *GBR* bude důležitým tématem pro konzultace s objednatelem. Veřejní objednatelé mají standardně problém s přípravou a čerpáním odpovídajících rozpočtových rezerv. Ovšem efektivní nastavení *GBR* předpokládá řešení neurčitostí a nejistot geotechnických podmínek právě prostřednictvím čerpání rezervy. Čerpání rezervy pak nemůže být vnímáno negativně jako překročení předpokládané ceny. To musí respektovat i správce zakázky. Objednatel tedy musí především vyřešit otázku zajištění rezervy a jejího efektivního čerpání.¹³

4 Konkrétní případové studie

Na základě těchto teoretických východisek je důležité si uvědomit, že autorem smluvních doložek definujících „*smluvní geotechnické základy*“ a podstatu kompenzace za „*odlišné podmínky staveniště*“ je typicky geotechnický inženýr, nikoli právník. Typickým hodnotitelem jejich určitosti, vynutitelnosti a spravedlnosti zase často právník, nikoli geotechnický inženýr. Naplnění deklarovaného cíle efektivně alokovat geotechnické riziko je tedy závislé nejen na technické expertize a formulačních schopnostech geotechnického inženýra, ale rovněž na jeho pečlivém uvážení, jak bude vlastně výstup jeho snahy interpretován právníkem – často soudcem. Teprve potom bude geotechnický inženýr schopen vytvořit dokument, který bude splňovat svůj zamýšlený účel.

¹² Viz KLEE, L.: *Stavební smluvní právo*. Wolters Kluwer ČR, a. s.: Praha 2015.

¹³ ASCE (American Society of Civil Engineers): *Geotechnical Baseline Reports for Underground Construction: Guidelines and Practises*. New York, 1997.

A. Příklady neúčelných způsobů alokace geotechnického rizika

Začneme s několika demonstrativními případy - napříč právními systémy, ve kterých soudci posoudili pokusy zadavatele o alokaci rizika geotechnických podmínek za nevyhnutelné, zmatečné, netransparentní, neurčité nebo jednoduše nespravedlivé:

Případová studie #1 z USA: Metcalf Construction Co., Inc. v. United States (U.S. Ct. of Appeals for the Federal Circuit, Case No. 2013-5041, Feb. 11, 2014)

Předmětem smlouvy byla výstavba areálu vojenského námořnictva v *Kaneohe Bay* na *Havaji* metodou dodávky Design-Build. Zhotovitel zastihl expanzivní zeminy, které při styku s vlhkem bobtnaly a způsobovaly trhliny v betonových základech. Rozsah expanzivních zemin byl větší, než předpokládala geotechnická zpráva zadavatele. Nicméně tato zpráva rovněž uváděla, že obsahuje „pouze informativní (indikativní) data určená pouze pro účely sestavení nabídky“, a že zhotovitel je povinen si učinit vlastní nezávislé průzkumy. Odvolací soud prohlásil cíl zadavatele zamezit tímto způsobem claimům zhotovitele pro odlišné (než předvídané nebo místně obvyklé) podmínky staveniště za nepoctivý. Odvolací soud při argumentaci zmínil, že: „veřejný zadavatel se nemůže zbavovat odpovědnosti za svou zadávací projektovou dokumentaci (včetně geologických průzkumů) s argumentem, že jde pouze o informativní (indikativní) data určené pouze pro účely sestavení nabídky“. Podstatou odmítnutí zbavení se odpovědnosti zadavatele byla mimosmluvní povinnost zadavatele jednat v dobré víře a v souladu s poctivým obchodním stykem (*implied duty of good faith and fair dealing*). Soudci se rovněž pozastavili nad nekompetentním, komplikovaným a příliš horlivým postojem odpovědného zaměstnance objednatele, který více než rok odmítal vyšetřit podstatu řádně předkládaných nároků zhotovitele v celkové výši 27 mil. \$ (nabídková hodnota zakázky byla 49 mil. \$) a místo toho tvrdil, že mezi zadávacími a zastiženými geotechnickými informacemi není rozdíl. Takový postup objednatele soudce označil za neprofesionální. Ačkoli zhotovitel byl ve sporu v plné míře úspěšný, mohlo toto vítězství už pouze částečně zhojit břemeno jeho ekonomické ztráty a dalších nepříjemností, které musel nést po 12 let trvání sporu. Zhotovitel podal nabídku v roce 2001 a nebyl původně vybrán zadavatelem jako nejvýhodnější. Zakázku zhotovitel získal až po podání opravných prostředků, práce zahájil v roce 2003 a výstavbu dokončil v roce 2007. Konečný verdikt byl potom po vyčerpání justičních opravných prostředků vydán až po dalších 7 letech¹⁴.

Případová studie #2 z Rakouska: Rozsudek Nejvyššího soudu v Rakousku 6 Ob 274/04v z 19.5.2005

Rakouské vzorové smlouvy vypracované Rakouským normalizačním institutem (*Austrian Standards Institute*)¹⁵ i obecná rakouská právní praxe¹⁶ alokují geotechnické riziko objednateli. Vykytují-li se v dané smlouvě odlišná smluvní ujednání od těch doporučených, musí být vždy spjaty se zvýšenou náhradou zhotoviteli za převzetí daného rizika. Následující případ demonstruje, jaké nepříznivé následky a nejistotu pro výstavbový projekt může vyvolat pokus odchýlit se od normy, tedy netradičně přenechat geotechnické riziko zhotoviteli.

¹⁴ Metcalf Constr. Co. v. United States, 102 Fed. Cl. 334 (2011) (Metcalf I) a Metcalf Constr. Co. v. United States, 107 Fed. Cl. 786 (2012) (Metcalf II).

¹⁵ Zejména ÖNORM B 2110 Všeobecné smluvní podmínky pro stavební práce (*Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen*) jsou v Rakousku široce přijímány jako standard a obchodní podmínky mnohých společností na ně odkazují.

¹⁶ Zejména § 1168a obecného občanského zákoníku (ABGB).

Předmětem díla byla výstavba zdravotnického střediska ve městě *Zell am See* za paušální cenu. Z geologického hlediska leží město v alpském údolí, kde se v průběhu střídání dob ledových značně měnila rychlost proudění povrchových vod. To má za příčinu přítomnost sedimentů s velmi odlišnými deformačními charakteristikami, které mohou být uloženy zcela heterogenně. Půdorysně bylo staveniště rozděleno do tří částí, přičemž dvě byly dostatečně pokryty průzkumnými sondami, avšak třetí část byla z důvodu existující zástavby v době provádění průzkumných prací prozkoumána nedostatečně. Tato zástavba byla před zahájením prací sice odstraněna, ale průzkum již doplněn nebyl. Tato skutečnost měla důležitý vliv na vývoj soudního sporu. Výstavba byla v průběhu prací zastavena stavebním úřadem, protože se v sousedních budovách projevila sedání. Objednatel odmítl zaplatit za již provedené práce. Zhotovitel proto objednatele zažaloval a požadoval zaplacení všech prací do zastavení výstavby včetně doplatku za prodloužený nájem štetovic, které zůstaly ve stavební jámě déle, než se očekávalo, a které nebyly po ukončení smlouvy zhotoviteli vráceny. Zhotovitel v žalobě tvrdil, že se v průběhu prací geotechnický průzkum poskytnutý objednatelem ukázal jako chybný (neúplný), což považoval za odpovědnost objednatele. Obhajoba objednatele spočívala v tom, že příčinou zastavení stavby a nadměrného sedání na sousedních budovách byla vadná stavební činnost zhotovitele. Objednatel dále tvrdil, že se zhotovitel ve smlouvě zavázal převzít geotechnické riziko na sebe. Zhotovitel na obhajobu objednatele reagoval tak, že byl připravený přijmout geotechnické riziko podle smlouvy pouze do té míry, do jaké byl geotechnický průzkum poskytnutý objednatelem správný. Předložené argumenty soudce posoudil takto: Za chyby v technologické kázni zhotovitele nese odpovědnost zhotovitel, nicméně tato odpovědnost musí být omezena do té míry, do jaké stavební dozor objednatele každý den podepisoval a potvrzoval zápisy ve stavebním deníku, a musel si být tudíž vědom dění na staveništi. Geotechnické riziko dle soudce náleží v zásadě objednateli. Odlišné smluvní ujednání je také teoreticky možné, ovšem převzetí geotechnických rizik zhotovitelem se nemůže vztahovat na skutečnosti plynoucí z chybného či neúplného průzkumu. Soudce nicméně vytkl zhotoviteli, že nedodržel zásadu „*povinnosti informovat a varovat (Prüf- und Warnpflicht)*“ a „*přiměřeně*“ neprozkoumal informace poskytnuté objednatelem. Jako odborný stavební podnikatel měl být zhotovitel schopen rozpoznat, že geotechnický průzkum je nedostatečný, a na tuto skutečnost měl objednatele upozornit. Nakonec se tedy na vícenákladech musely podílet obě strany. Případ názorně ilustruje, jakou logikou se rakouský právní řád v záležitosti alokace geotechnického rizika řídí.¹⁷

Případová studie #3 z USA: United Contractors v. United States (United States Court of Claims, Case No. 368 F.2d 585, Oct. 14, 1966)

Zakázka spočívala ve výstavbě více než 1,6 km dlouhého kolektoru o průřezu pohybujícím se od 0,6 m do 1,8 m a hloubce ražby od 1,5 m do 2,7 m. Geotechnické průzkumy nenaznačovali zvýšenou hladinu podzemních vod. Výchozí smluvní geotechnické podmínky ovšem uváděly, že „*v oblasti existuje předpoklad vysoké hladiny podzemní vody*“. Zhotovitel předložil claim z důvodu odlišných podmínek staveniště, který doložil dodatečnými náklady vynaloženými v souvislosti s čerpáním vody a odvodňováním. Veřejný zadavatel claim zamítl s odkazem na znění výchozích smluvních geotechnických podmínek. Soudce rozhodl, že ke smluvní doložce „*v oblasti existuje předpoklad vysoké podzemní vody*“ je třeba „*přístupovat rezervovaně*“, neboť „*její význam je snížen konkrétními informacemi*“ vyplývajícími z vrtů. Dále soudce usoudil, že předmětná doložka definující smluvní geotechnické základy (*GBR*) nebyla ničím jiným, než neurčitým varováním, protože termín „*vysoká hladina podzemní*

¹⁷ Mešič, Muhamed, JUDr. a Račanský, Václav, Ing., Ph.D.: *Geotechnická rizika v rakouském právu*. Stavebnictví: č. 06-07, 2015, s. 62-63.

vody“ je „zpravidla relativním termínem“ a proto prostřednictvím „nejasné a nevysvětlené všeobecné doložky o vysoké podzemní vodě“ nemůže být popřena precizní informace dokázaná geotechnickými vrty. Soudce rovněž rozhodl, že opatrný soutěžitel by si měl být vědom skutečnosti, že hladiny podzemní vody každý měsíc kolísají. Tudíž by si opatrný soutěžitel měl být vědom i problému, že namátkové vrty v daném čase nemusí být skutečně reprezentativní. Tato skutečnost však nevylučuje právo soutěžitele spoléhat se přiměřeně na výsledky zkušebních vrtů popsanych v zadávací dokumentaci.

Případová studie #4 z USA: Foster Constr. C.A. & Williams Bros. Co., a Joint Venture etc. v. United States (United States Court of Claims, Case No. 435 F.2d 873, Dec. 11, 1970)

Při výstavbě mostu veřejné infrastruktury obsahovala smluvní dokumentace protokoly ze zkušebních vrtů, které popisovaly předpokládané podmínky při hloubení základů pilířů, konkrétně existenci „poměrně vodo-nepropustných, stabilních a pevných materiálů“. Geotechnická dokumentace zakázky ovšem rovněž zahrnovala prohlášení, že geotechnické informace obsažené v geotechnické zprávě a protokolech ze zkušebních vrtů „nejsou zaručené, nejsou reprezentativní, a že uchazeči se vyzývají k vyvození svých vlastních závěrů“. Zhotovitel předložil claim z důvodu zastižení většího množství spodní vody při hloubení pilířů, než nasvědčovaly vrty. Claim byl veřejným zadavatelem zamítnut s odkazem na doložku v geotechnické zprávě, která uváděla, že vrty nezaručují či nezbytně nereprezentují podmínky staveniště. Soudce rozhodl, že formulace, jejímž cílem je obecné odmítnutí odpovědnosti za správnost záznamů – tj., že tyto záznamy „nejsou zaručené, nejsou reprezentativní, a že uchazeči se vyzývají k vyvození svých vlastních závěrů“ – nemůže být oprávněnou obhajobou. Tento případ svědčí o tom, že povrchně formulované doložky odmítající odpovědnost za geotechnickou dokumentaci nejsou považovány za platný nástroj přesunu geotechnického rizika z objednatele na zhotovitele.

Případová studie #5 z USA: Appeal of Alps Constr. Corp. v. The Army Corps of Engineers (Armed Services Board of Contract Appeals „ASBCA“, Case No. 16966, 1973 WL 1894, Sept. 17, 1973)

Zadání veřejné zakázky na výstavbu čističky odpadních vod zahrnovalo výsledky geotechnických vrtů. Článek ve zvláštních smluvních podmínkách však uváděl, že tyto vrty reprezentují podmínky pouze v jejich konkrétním provedení a svislém rozsahu. Tudíž podmínky podpovrchového staveniště mezi vrty musí být odvozeny zhotovitelem, a „jakékoliv místní odchylky od charakteristiky dané oblasti“ nebudou považovány za důvod použití změnových smluvních ustanovení. Smlouva přitom neobsahovala definici „místních odchylek“ nebo zmíněné „oblasti“. Během výstavby zhotovitel uplatnil claim z důvodu zastižení valounů nadměrných velikostí a horniny projevující se větší tlakovou tvrdostí, než určovala zadávací dokumentace. Zhotovitel tvrdil, že na základě geotechnických vrtů měl zastihnout pouze homogenní kusy horniny o maximální velikosti do cca 13 cm.

Při rozhodování o spravedlivé náhradě zhotoviteli senát soudců zamítl dva relevantní argumenty objednatele. Nejdříve senát konstatoval, že příslušné varování zvláštních smluvních podmínek, že v oblastech mezi vrty mohou být zastiženy nadměrné valouny či inkonzistentní hornina, není dostatečně určité či jednoznačné, aby anulovalo závěry vyvozené z výsledků geotechnických vrtů. Dále senát zamítl i druhý relevantní argument objednatele, že každý uchazeč musel předpokládat, že staveniště zakázky bude obsahovat i větší kusy různých typů hornin (nad cca 13 cm). Objednatel postavil svoji obhajobu na skutečnosti, že jakýkoliv odborný zhotovitel by si musel být vědom, že z cca 15 cm profilu průzkumného

vrty je možné vytěžit pouze malé kusy horniny (tj. cca 15 cm a méně): „*Veřejný zadavatel tvrdí, že tyto rozměry měly uchazeče upozornit na to, že jsou největším možným rozměrem, který může být vytěžen z cca 15 cm profilu vrtu*“. Senát se s touto argumentací neztotožnil a uvedl, že „*nikde v dokumentech poskytnutých uchazečům nebyl rozměr profilu vrtů zmíněn*“ a tudíž uchazeči nemohli rozpoznat „*zamýšlený výklad*“ objednatele o rozměrech hornin vytěžených z těchto profilů průzkumných vrtů.

Případová studie #6 z USA: Appeal of Bay West Inc., v. The Army Corps of Engineers (Armed Services Board of Contract Appeals „ASBCA“, Case No. 54166, Apr. 25, 2007)

Zakázka spočívala v odvozech zhruba 170.000 kubických yardů vyrubaného a odtěženého materiálu z řeky *Mississippi (Iowa)* za paušální cenu cca 1,5 mil. \$. Zhotovitel si vyložil údaje zadávací dokumentace tak, že odtěžený materiál se bude skládat především z vyrubaného písku. Ve svém claimu zhotovitel požadoval úhradu dodatečných nákladů spojených se zastížením balvanů, uvolněné horniny, pytlů s pískem a plastových folií. Specifikace odtěžování upozorňovala uchazeče, že mají očekávat „*stromy a jisté menší množství odpadu*“, který může zahrnovat „*valouny, suť, dráty, pařezy a větve z provedených záseků a jiný odpad*“. Na základě tohoto upozornění veřejný zadavatel claim zamítl s odůvodněním, že uchazeči byli varováni před možným výskytem valounů v odtěženém materiálu.

Protože smlouva neobsahovala rozměrovou definici „*valounů*“, soudce použil obecnou slovníkovou definici přirovnávající valoun k malému kusu horniny. Jelikož zhotovitel zastihl kusy horniny v rozmezí od velikosti pěsti až k cca 60 cm v průměru (o hmotnosti více než 15 kg), pouhý odkaz na „*valouny*“ v specifikaci odtěžování neposoudil soudce za dostatečný k upozornění zhotovitele na možné zastížení nadměrných kusů horniny, tedy víceméně balvanů. Tento případ opět demonstruje skutečnost, že všeobecné charakteristiky obsahující vágní a neměřitelné pojmy jsou pro účinnou alokaci rizika nevhodné.

Případová studie #7 z USA: Whiting – Turner/A.L. Johnson Joint Venture v. General Services Admin. (General Services Board of Appeals „GSBCA“, Case No. 15401, Dec. 5, 2001)

Žalobcem byl v tomto případě inženýr pověřený veřejným zadavatelem k řízení výstavby nové budovy v *Atlantě (Georgia)* metodou dodávky „*Construction Management*“. Podzhotovitel vodotěsné komory claimoval zastížení vysokých přítoků podzemní vody. V půdorysu budovy bylo provedeno celkem 7 vrtů: tři podél západního kraje půdorysu, které odhalily přítomnost podzemní vody 11 až 12 m pod povrchem, jeden vrt ve střední části půdorysu, který odhalil „*potenciál podzemní vody v hloubce 11 m*“, a tři vrty na východní straně půdorysu, které žádné podzemní vody neodhalily.

Zadání popisovalo přítomnost podzemní vody následovně: „*Přítomnost či nepřítomnost vody ve vrtných sondách v okamžiku vrtání nutně neznamená, že podzemní voda se zde nebude vyskytovat v jiný okamžik. Hladiny podzemních vod sezóně kolísají a jsou závislé na množství dešťových srážek spadlých v měsíci předcházejícím měsíci, ve kterém byly sondy provedeny.*“ Navíc, zadávací dokumentace doporučovala uchazečům vzít v úvahu, že podmínky vymezené zkušebními vrty se mohou v různých místech a různých dobách lišit.

Odvolávající se na pravidlo, že zkušební vrty „*se považují za nejspolehlivější odraz podpovrchových podmínek,*“ soudce rozhodl, že objednatelův pokus o alokaci rizika považuje pouze za „*obecná ustanovení o zbavení se odpovědnosti*“, která nemají přednost před konkrétními popisy a údaji vyplývajícími z vrtů: zejména, že střední a východní části půdorysu budovy budou suché.

B. Příklady účelných způsobů alokace geotechnického rizika

Po výše popsaných neúčelných pokusech zadavatele alokovat geotechnické riziko nyní obrátíme pozornost k ukázkám soudních případů, ve kterých soudci uznali způsob alokace tohoto rizika za částečně vynutitelný:

Případová studie #8 z Velké Británie: Obrascon Huarte Lain SA („OHL“) v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar, EWHC 1028 (TCC), 2014

Veřejný zadavatel uzavřel smlouvu o dílo podle smluvního vzoru „*FIDIC Yellow Book 1999*“ (*P/DB*), jejímž předmětem byla výstavbu silničního tunelu pod přistávací plochou letiště v *Gibraltaru* za cenu 30,2 mil. £. Účelem zakázky bylo trvalé zprůjezdění jediné silniční komunikace spojující Gibraltar se Španělskem vedoucí napříč ranvejí a uzavírané nepravidelně vždy po dobu přistávání letadel. Zakázka byla provázena dohady o mimořádně nízké ceně. Objednatel odstoupil od smlouvy po dvou a půl letech trvání výstavby (původní lhůta výstavby činila 2 roky), a realizaci jen něco mála přes 1/4 rozsahu prací. Zhotovitel do té doby vyfakturoval kolem 1/3 nabídkové ceny a odhadoval, že dokončení stavby by si vyžádalo ještě 80 mil. £ navíc plus náhradu za provedení odvodnění, dekontaminaci podzemní vody, odtěžení a uskladnění kontaminovaného materiálu. Tyto výkony považoval zhotovitel za nepředvídatelné a nezahrnul je do nabídkové ceny. Předmětem sporu bylo jednak, zda objednatel odstoupil od smlouvy oprávněně, a za druhé, zda rozsah množství kontaminovaného výrubu byl nebo nebyl předvídatelný zkušeným zhotovitelem v době podání nabídky.

Ačkoliv průzkumy staveniště nezaznamenaly extrémní výskyty poruch, zadávací dokumentace obsahovala detailní zprávu o prostředí staveniště tzv. „*Environmental Statement*“, která upozorňovala zhotovitele na to, že staveniště je umístěno v blízkosti skladiště ropy a v minulosti sloužilo jako střelnice a místo jiných vojenských aktivit. „*Environmental Statement*“ proto doporučovala uchazečům, aby ocenili riziko zastižení jistého množství kontaminované zeminy během ražeb. Zhotovitel kontaminovanou zeminu skutečně zastihl, ovšem v takovém rozsahu a množství, které výrazně překročili jeho očekávání a způsobili mu obrovské zpoždění a ztráty nabourávající ekonomickou rovnováhu smlouvy. Tato skutečnost, nezhojitelné rozpory se zhotovitelem, přerušení ražeb a nutnost vypracování nové projektové dokumentace zhotovitele představovaly nejzávažnější důvody pro odstoupení od smlouvy objednatelem.

Soudce stavebního a technologického soudu v Londýně rozhodl ve větší míře ve prospěch objednatele, tedy že odstoupení bylo oprávněné a geotechnické podmínky v určité míře předvídatelné. Soudce zdůvodnil svůj postoj tím, že zkušený zhotovitel se neměl v tomto případě omezovat při analýze geotechnických informací pouze na průzkumy staveniště a vzorky odebrané v době přípravy zakázky. Měl vzít v úvahu vzhledem k umístění staveniště rovněž jeho historické pozadí, tedy skutečnost, že prostředí bylo po mnoho staletí ovlivňováno vojenským využitím, které předznamenává přítomnost těžkých kovů, stopových chemických prvků, uhlovodíků a souvisejících derivátů. Soudce rovněž v rozsudku naznačil, jak se měl zhotovitel v tomto konkrétním případě zachovat: a) vytvořit si cenovou přírážku spojenou s pravděpodobně vysokým výskytem kontaminovaného materiálu; b) naprojektovat si a ocenit další zkušební vrty za účelem zmapování kontaminace a přijetí vhodných metod odtěžování; c) naprojektovat si a ocenit odstranění vyrubaného materiálu znečištěného pravděpodobně nebezpečnými látkami. Zhotovitel při ražbě rovněž claimoval zastižení většího množství pevnější horniny, než předpokládalo zadání. Tento nárok soudce uznal i přes argumentaci objednatele, že zkušený zhotovitel měl předvídat ještě cca 4 krát více této pevnější horniny.

Případová studie #9 z USA: International Technology Corp. v. Donald C. Winter (U.S. Ct. of Appeals for the Federal Circuit, Case No. 523 F.3d 1341, Apr. 18, 2008)

Zhotovitel se zavázal veřejnému zadavateli, že odtěží kontaminovanou zeminu z prostor spravovaných válečným loďstvem na základě nákladové ceny (cost plus). Jeho podzhotovitel vůči němu uplatnil subdodavatelský claim. Tento claim byl založený na skutečnosti, že kontaminovaná zemina obsahovala vyšší množství jílu, než předpokládala zadávací dokumentace. Podzhotovitel tvrdil, že podíl koncentrace jílu v kontaminované zemině vyšší než 10 % zvýšil jeho náklady na záběry plynulého odtěžování z důvodu omezené propustnosti zeminy.

Soudce se tudíž musel zabývat předběžnou otázkou, zda zadávací dokumentace jako celek vůbec uváděla podíl obsahu jílu v kontaminované zemině menší než 10 %. První ze dvou zadávacích podkladů charakterizujících geologické podmínky staveniště obsahoval tabulku nazvanou „*charakteristiky zeminy*“. Ta zahrnovala devět vzorků s údaji o podílu obsahu jílu v kontaminované zemině v rozmezí od 6 % do 11 %. Nicméně druhý zadávací podklad uváděl podíl obsahu jílu v kontaminované zemině od 23 % do 28 %.

Soudce zamítl subdodavatelský claim ze dvou hlavních důvodů. Za prvé, informace obsažené ve druhém zadávacím podkladu o podílu obsahu jílu 23 % - 28 % zabraňují odpovědnému zhotoviteli interpretovat smluvní dokumentaci tak, že předpovídá pouze nižší stupeň podílu přítomnosti jílu uváděném v prvním zadávacím podkladu (v rozmezí od 6 % do 11 %). Za druhé soudce rozhodl, že rozdíly v obou zadávacích podkladech měly sloužit odpovědnému zhotoviteli jako varování, že problémy s propustností můžou znamenat překážku efektivního využití odtěžovací technologie.

5 Závěr

Kontinentální i angloamerický právní systém včetně příslušné judikatury a sektorových zvyklostí se shodují v tom, že riziko odlišných geotechnických podmínek a další skrytá rizika pozemku staveniště patří při výstavbě v podzemí vlastníkovému staveniště, tedy typicky objednateli. Staveniště včetně jeho podloží a dostupných geotechnických prognóz o jeho vlastnostech se obecně považují za věc předanou objednatelem zhotoviteli k provedení díla, a proto objednatel zodpovídá za jakékoliv její nedostatky, které ovlivňují provedení prací zhotovitele. Smluvní ujednání o sdílení nebo převzetí geotechnického rizika zhotovitelem jsou v rámci soukromoprávního principu svobodné vůle sice dovolená, ale musí se v takové situaci postupovat promyšleně, v dobré víře a odpovědně. Sdílení nebo přenos geotechnického rizika musí být především transparentní. Význam transparentnosti je typicky povýšen u veřejných zakázek. Jelikož půjde vždy o výraznou odchylku od obecných právních principů i stavebním sektorem vyvinutých doporučujících norem, bude každé případné přenechání geotechnického rizika zhotoviteli spjato s přísnějším soudcovským přezkumem co se týče určení mezních hodnot pro převzetí tohoto rizika a spravedlivé odměny za převzetí tohoto rizika. Netransparentní přenesení geotechnického rizika na zhotovitele se v rámci kalkulace nabídky ve veřejných tendrech může projevit tím, že nabídky jednotlivých uchazečů budou neporovnatelné. Tím zadavatel vytvoří výhodu pro ty uchazeče, kteří geotechnická rizika nezahrnou do své ceny, čímž se automaticky generují další velká rizika ovlivňující efektivitu zakázky. Objednatel proto musí při rozhodnutí o míře alokace geotechnického rizika zhotoviteli nastavit všem uchazečům stejné výchozí geotechnické podmínky pro ocenění. V opačném případě dojde pravděpodobně k netransparentnímu ocenění. Neocení-li uchazeč transparentně takto stanovené riziko, měla by jeho nabídková cena nebo její příslušná část být přezkoumána pro podezření na mimořádně nízkou cenu. Smluvní podmínky zakázky pak

musí obsahovat ustanovení řešící odlišné podmínky staveniště včetně mechanismu kompenzace při zastižení odlišných podmínek, mechanismu čerpání rezervy, postupů pro včasné řešení a prevenci škod jako je povinnost varovat, povinnost oznámit nároky na kompenzace pod sankčními lhůtami a registr rizik.

6 Seznam použité literatury

ASCE (American Society of Civil Engineers): *Geotechnical Baseline Reports for Underground Construction: Guidelines and Practises*. New York: 1997.

HOSIE, J.: FIDIC: *Red, Yellow and Silver – The Treatment of Unforeseen Physical Conditions*. Construction Law Review: 2014, s. 7-9.

KLEE, L.: *International Construction Contract Law*. First Edition. John Wiley & Sons, Ltd.: 2015.

KLEE, L.: *Stavební smluvní právo*. Wolters Kluwer ČR, a. s.: Praha 2015.

MEŠIČ, M., RAČANSKÝ, V.: *Geotechnická rizika v rakouském právu*. Stavebnictví: č. 06-07, 2015, s. 62-63.

PARNASS, J., STAHELI, K.: *The Legal Impact of Geotechnical Baseline Reports*. No-Dig Show Chicago, Illions, May 2-7. North American Society for Trenchless Technology: 2010.

ROZSYPAL, A.: *Základní geotechnická zpráva – nástroj pro řízení geotechnických rizik při tunelování*. Tunel: č. 4, 15. ročník, 2006, s. 20–26.

VYGEN, K., JOUSSEN, E.: *Bauvertragsrecht nach VOB and BGB Handbuch des privaten Baurechts*. Fifth Edition. Werner Verlag: Köln 2013.