

státní (již harmonizovanou) úpravou, ale jen po dočasou dobu.

#### IV. Závěr

Z výše uvedeného je patrné, že stávající úprava politiky týkající se azylu, doplňkové ochrany a dočasné ochrany spíše klade otázky, než aby nabízela přímé a uspokojujivé odpovědi. Pravomoc Evropské unie přijmout zamýšlená opatření za účelem pomoci imigrantům je diskutabilní. Domníváme se však, že stávající úprava tuto možnost Evropské unii dává a to prostřednictvím dočasných nelegislativních aktů přijímaných Radou hlasováním kvalifikovanou většinou. Jinou otázkou je ovšem vhodnost takového kroku. To je však otázka politická, ekonomická a v neposlední řadě též bezpečnostní a tudíž není v našich silách ji odpovědět. Nebylo to ostatně ani cílem tohoto článku.

#### Summary

The current increased influx of immigrants from third countries, often illegally entering the territory of the Member States of the European Union, causes many significant problems. This phenomenon is directly affecting the interests of European states in the sphere of their economic, political and security interests. Last but not least, important legal questions also emerge. It is clear, that the rules adopted on the level of European Union law which aim to regulate immigration to the European Union, are vague and uncertain. The question is for example whether the European Union really does have competence to adopt a measure that would set exact numbers of immigrants which must be accepted by each Member States. Questionable is also the mechanism of decision making in the EU institutions and the choice of instruments in which such measures should be adopted. The aim of this paper is to find the answers based on relevant provisions of the Treaty on European Union (hereinafter „TEU“) and the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter „TFEU“).

## Dopad vybraných ustanovení nového občanského zákoníku v úpravě veřejných zakázek

Tereza Firichová\*

### 1 Úvod

V přímé souvislosti s přijetím zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen „**NOZ**“) byl zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“), změněn zcela marginálně. Zásadně se jednalo o doplnění institutu pachtu do ustanovení, ve kterých byl zmíněn nájem.

Tato skutečnost však neznamená, že se závazku odpovídajícímu veřejné zakázce, resp. procesu, který uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky předchází, změna základní civilněprávní úpravy nedotýká.

Právní úprava, jež je obsahem ZVZ, obsahuje z převážné části speciální úpravu pravidel kontraktčního procesu. Aktuálně je již i judikaturně potvrzováno, že mezi zadavatelem a dodavatelem je primárně soukromoprávní vztah.<sup>1</sup> Jedná se o speciální a podrobnou úpravu procesu mezi subjekty, které jsou v rovném postavení, neboť zadavatel nevystupuje jako veřejnoprávní orgán ve vrchnostenském postavení; procesu mezi subjekty, jehož tíženým vý-

\* Mgr. Tereza Firichová, absolventka Právnické fakulty Masarykovy univerzity a advokátní koncipientka ve společnosti HVH LEGAL advokátní kancelář s.r.o.

<sup>1</sup> Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 4. 2013, sp. zn. 1 Afs 2/2013 uvádí, že „V této souvislosti se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem krajského soudu a stěžovatele, že vztah mezi dodavatelem a zadavatelem je primárně vztahem soukromoprávním.“

sledkem je vždy soukromoprávní smlouva mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem<sup>2</sup>.

Postup při zadávání veřejných zakázek je tak zvláštním druhem uzavírání soukromoprávních smluv. ZVZ stanovuje požadavky na podobu, formu a lhůty jednotlivých předepsaných úkonů. Smluvní volnost zadavatele je oproti jiným soukromoprávním způsobům jednání o uzavření smlouvy výrazně omezena. Naopak, s kým a jakou smlouvu zadavatel uzavře, je do značné míry regulováno právě ZVZ a zákonným průběhem konkrétního zadávacího řízení.<sup>3</sup>

V rozsahu úpravy ZVZ odpovídající pravidlům zadávacího řízení jakožto speciálního kontraktačního procesu se tedy musí obecná úprava tohoto procesu stanovená v NOZ uplatití podřídně, subsidiárně.

V tomto příspěvku je provedena analýza možnosti uplatnění vybraných ustanovení NOZ při zadávání veřejných zakázek, jakož i jejich dopadu na již uzavřenou smlouvu na plnění veřejné zakázky. Konkrétně se zabývá uplatněním předmluvní odpovědnosti a limitů smluv uzavíraných adhezním způsobem.

## 2 Předmluvní odpovědnost ve veřejných zakázkách

NOZ obsahuje výslovnou úpravu práv a povinností subjektů při jednání o uzavření smlouvy. Obsahuje výslovné zakotvení práva vést jednání o smlouvě a přesto smlouvu neuzavřít, které odpovídá základní zásadě smluvní volnosti. Současně je stanovena výjimka v případě, kdy úmysl smlouvu uzavřít v rozhodném okamžiku<sup>4</sup> absentoval. Dále obsahuje

<sup>2</sup> Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 5/2013 uvádí, že „*Postup zadavatele v rámci zákona o veřejných zakázkách není postupem orgánu veřejné moci v určité oblasti veřejné správy, nýbrž se jedná o postup, v rámci kterého směřují úkony zadavatele k uzavření soukromoprávní smlouvy s nejlepším uchazečem. Zadavatele veřejné zakázky proto není možné považovat za správní orgán ve smyslu legislativní zkratky zakotvené v § 4 odst. 1 písm. a) s. ř. s., to jest za orgán, jemuž bylo svěřeno rozhodování o právech a povinnostech fyzických a právnických osob v oblasti veřejné správy. Veřejná zakázka je především obchodem za účelem uspokojení veřejných potřeb, a tedy i veškeré úkony mezi zadavatelem a uchazečem jsou činěny v obchodně právních vztazích. Zadavatel tak nevystupuje jako veřejnoprávní orgán ve vrchnostenském postavení, ale jako rovnocenný subjekt s uchazeči, tj. jako jejich obchodní partner.*“

<sup>3</sup> PODEŠVA, Vilém, OLÍK, Miloš, JANOUŠEK, Martin, STRÁNSKÝ, Jakub. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011. s. 3. ISBN 978-80-7357-636-3.

<sup>4</sup> Dle § 1728 odst. 1 NOZ se jedná o absenci úmyslu již při samém zahájení jednání o smlouvě nebo v průběhu

specifické informační povinnosti jednajících stran a stanovuje pravidla v souvislosti s poskytnutím údajů a sdělení při jednání o smlouvě.

V rámci tohoto příspěvku je zásadní ustanovení § 1729 NOZ, které stanovuje pravidla v souvislosti s neodůvodněným neuzavřením smlouvy v případě pokročilého stádia jednání o jejím uzavření. Odstavec první výslovně uvádí, že „*dospějí-li strany při jednání o smlouvě tak daleko, že se uzavření smlouvy jeví jako vysoce pravděpodobné, jedná nepoctivě ta strana, která přes důvodné očekávání druhé strany v uzavření smlouvy jednání o uzavření smlouvy ukončí, aniž pro to má spravedlivý důvod.*“

Následkem této nepoctivosti není povinnost strany uzavřít smlouvu, nýbrž vznik práva druhé strany na náhradu vzniklé škody. Výše škody je omezena výší ztráty z neuzavřené smlouvy v obdobných případech.

Zásadní otázkou je, jakým způsobem lze daná ustanovení promítnout v úpravě zadávání veřejných zakázek, ZVZ. V rámci zadávacího řízení není zadavateli primárně umožněno jednání o uzavření smlouvy či nabídkách dodavatelů, jako je tomu v běžném kontraktačním procesu. Základní výjimku tvoří speciální typ zadávacího řízení, kterým je jednací řízení bez uveřejnění a v rámci kterého se jednání blízké běžnému kontraktačnímu procesu s konkrétně osloveným dodavatelem či dodavatelem předpokládá.

Primární otázkou pak je, zda je možné předmluvní odpovědnost dovozovat i u tzv. „zvláštních způsobů uzavírání smluv upravených v § 1770 a násl. NOZ. Pokud ano, bylo by ji též možné dovodit i v případě zadávacího řízení dle ZVZ.

Zodpovězení této otázky se váže k výkladu pojmu „jednání o uzavření smlouvy“. Domnívám se, že při využití širšího výkladu pojmu jednání o uzavření smlouvy lze za něj považovat i tzv. „zvláštní způsoby uzavírání smluv“, jakož i zadávací řízení jako celek. Jedná se totiž vždy o postupy směřující a činěné za jediným účelem, kterým je uzavření smlouvy. Jakkoli se jedná o postupy v určitém rozsahu formalizované, není důvod pro vyloučení možnosti vzniku předmluvní odpovědnosti jednotlivých stran.

Za jednání o uzavření smlouvy tedy lze při zachování tohoto přístupu považovat postup od zahájení zadávacího řízení, přes vypořádání žádostí o dodatečné informace dodavatelů, posouzení jejich kvalifikace včetně možnosti jejího doplnění, posouzení nabídek včetně možnosti jejich vysvětlení až do poskytnutí řádné součinnosti k uzavření smlouvy s uchazečem, který byl na základě hodnotících kritérií vybrán jako nejvhodnější.

jednání o smlouvě, pokud je i po ztrátě původně existujícího úmyslu v jednání pokračováno.

S ohledem na výše uvedené je tedy při zadávání veřejných zakázek v zadávacím řízení dle ZVZ nutně subsidiárně aplikovat ustanovení úpravy kontrakčního procesu v NOZ.

## 2.1 Předšmluvní odpovědnost dle § 1729 NOZ na straně zadavatele při postupu dle ZVZ

V případě, že zadavatel zahájí zadávací řízení, tedy zahájí jednání o uzavření smlouvy na konkrétně vymezené plnění, je povinen jej řádně ukončit. ZVZ výslovně stanovuje, že zadávací řízení je ukončeno pouze dvěma způsoby - uzavřením smlouvy nebo zrušením zadávacího řízení.<sup>5</sup> Ve většině typech zadávacích řízení je oprávnění zadavatele zrušit zadávací řízení velice striktně upraveno, a to v § 84 odst. 1 ZVZ (zde dokonce povinnost zadavatele zrušit zadávací řízení) a v § 84 odst. 2 a 3 ZVZ (oprávnění zadavatele zrušit zadávací řízení). Jak povinnost, tak oprávnění zrušit zadávací řízení, musí být provedeno bez zbytečného odkladu.

Většina stanovených situací, za kterých je zadavatel povinen zrušit zadávací řízení a tedy eliminovat možnost uzavření smlouvy na základě konkrétního postupu, vychází z podstaty věci a pravidel zadávacího řízení stanovených v ZVZ (neexistence nabídek či vyloučení všech dodavatelů, neuzavření smlouvy z důvodu nesoučinnosti všech dodavatelů, s nimiž ji bylo možné uzavřít).

Situace, za kterých je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení, odpovídají možnosti obchodního rozhodnutí zadavatele ve specifických případech (minimalizace soutěže z důvodu malého počtu zájemců v konkrétních typech zadávacího řízení a jeho fázi, neposkytnutí součinnosti dodavatele s nejvýhodnější nebo druhou nejvýhodnější nabídkou). Dále je stanoveno oprávnění zadavatele zrušit zadávací řízení při naplnění jednoho z tzv. sběrných důvodů. První z nich pamatuje na odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil. Druhý upravuje případ, kdy se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

Tyto dva tzv. sběrné důvody lze při naplnění stanovených podmínek v praxi využít právě v případech, kdy je z důvodu aktuálních okolností omezena

<sup>5</sup> Dle § 17 písm. m) ZVZ se pro účely tohoto zákona rozumí „zadávacím řízením postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení...“

nebo eliminována možnost efektivně dosáhnout účelu, za kterým mělo být konkrétní plnění realizováno (tj. například případech, kdy by efektivní realizace předmětu smlouvy žádala úpravu nastavených smluvních podmínek, která již není přípustná nebo v rozporu s důvodným očekáváním došlo k neposkytnutí nutného spolufinancování). Jakkoli není druhý z těchto tzv. sběrných důvodů výslovně podmíněn nepředvídatelností a skutečností, že danou situaci zadavatel nezpůsobil, judikatura stanovuje, že i tyto důvody musí být objektivními důvody stojícími vně zadavatele.<sup>6</sup> Soudní praxe tak nepotvrzuje původní myšlenky důvodové zprávy, která k tomuto důvodu uvádí, že jej lze využít při porušení postupu zadavatele předepsaného ZVZ pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel sám zjistil.

S ohledem na podrobnou úpravu situací, za kterých je zadavatel oprávněn jednání o uzavření smlouvy ukončit a zadávací řízení zrušit, se domnívám, že se obecná úprava § 1729 NOZ na zadavatele postupujícího v zadávacím řízení v souladu se ZVZ neuplatní. Předmětná ustanovení § 84 ZVZ totiž obsahují zcela jednoznačné oprávnění (a v některých případech dokonce povinnost) zadavatele jednání o smlouvě ukončit, a to v jakékoli fázi zadávacího řízení, tedy i ve fázi po výběru nejvhodnější nabídky, v rámci které je teprve fakticky založeno očekávání (je však otázkou, zda důvodné) konkrétního dodavatele, že dojde k uzavření smlouvy. Tento závěr lze dovodit z následujícího.

V běžném kontrakčním procesu platí, že za a) subjekt může, bez jakéhokoli zákonného omezení, smlouvu i po zahájení jednání o jejím uzavření neuzavřít, a tudíž za b) byla stanovena odpovědnost pro případ, že tuto svou (zlo)vůli využije v konkrétní situaci, kterou je příliš pokročilá fáze jednání. V rámci veřejných zakázek zadávaných v zadávacím řízení dle ZVZ ad a) neplatí, neboť pokud nenastane jedna ze situací, se kterou ZVZ pojí výslovné oprávnění zadavatele projevit vůli smlouvu neuzavřít a zadávací řízení zrušit, je zadavatel povinen smlouvu uzavřít. Jeho vůle je striktně omezena. Pokud neaplikujeme ad a), nemělo by být dle mého názoru aplikováno ani ad b), neboť úprava ad b) je výjimkou z obecného pravidla ad a) a je s ním tak logicky pevně spjata.

<sup>6</sup> Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, sp. zn. 2 Afs 64/2009, uvádí, že „Důvody, pro které lze zrušit zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, musí být důvody objektivními, které stojí vně zadavatele, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, které vystavují zadavatele objektivnímu riziku pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo, a které by představovaly stejně závažný a objektivní důvod pro jinou osobu v témže nebo ve srovnatelném postavení zadavatele a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení rušeno.“



Domnívám se však, že vzhledem k úpravě ZVZ by ani její uplatnění nebylo nezbytně nutné. Většina důvodů, pro které je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení, odpovídá specifikům ZVZ, a výslovně stanovené či judikaturně dovozované podmínky uplatnění tzv. sběrných důvodů lze zásadně považovat za ekvivalent nutnosti existence spravedlivého důvodu dle § 1729 NOZ. Důvodné očekávání druhé smluvní strany je tak v případě, kdy je zadavatel oprávněn ukončit jednání o smlouvě pouze ve stanovených případech, dle mého názoru reálně chráněno i dle ZVZ.

Chráněno však není ve velice specifickém typu zadávacího řízení, kterým je jednací řízení bez uveřejnění, a dále v řízení na základě rámcové smlouvy. Pro tyto platí v podstatě neomezené oprávnění zadavatele zrušit zadávací řízení do okamžiku uzavření smlouvy. V souladu se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 ZVZ by však i v tomto případě mělo být rozhodnutí náležitě odůvodněno.

V případě jednacího řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy tak právní úprava ZVZ neposkytuje dodavatelům jakoukoli ochranu před neočekávaným neuzavřením smlouvy, přestože bude jednání o jejím uzavření a samotné zadávací řízení v pokročilé fázi jednání a přestože mohou být ze strany dodavatele zejména v případě jednacího řízení bez uveřejnění za účelem jejího uzavření vynaloženy nemalé finanční prostředky. V těchto případech se opět domnívám, že obecná úprava § 1729 NOZ by neměla být aplikována, když speciální úprava ZVZ obsahuje výslovné zakotvení oprávnění zadavatele zrušit zadávací řízení a tedy ukončit jednání o smlouvě až do doby uzavření smlouvy.

## 2.2 Předšmluvní odpovědnost dle § 1729 NOZ na straně zadavatele při porušení ZVZ

Další otázkou je možnost aplikace předšmluvní odpovědnosti dle § 1729 NOZ v případě, kdy dojde k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a následně dojde k zásahu Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) – a to:

- ke zrušení zadávacího řízení Úřadem z důvodu zjištění nenapravitelného pochybení na straně zadavatele; nebo
- ke zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky Úřadem z důvodu zjištění pochybení na straně zadavatele s tím, že po nápravě zjištěného pochybení je jako nejvhodnější nabídka vybrána nabídka odlišného dodavatele.

Tato otázka je dle mého názoru sporná. Jakkoli se v tomto případě klaním k obecné možnosti aplikace ustanovení § 1729 NOZ, je nutné zohlednit podmínky stanovené tímto ustanovením. Je totiž k disku-

zi, v jakém okamžiku nastává v případě zadávacího řízení vysoká pravděpodobnost uzavření smlouvy odůvodňující důvodné očekávání druhé smluvní strany. Zejména, zda lze fázi ihned po identifikaci druhé smluvní strany (tj. ihned po výběru a oznámení nejvhodnější nabídky) opravdu z pohledu právního považovat za ekvivalent vysoké pravděpodobnosti uzavření smlouvy odůvodňující důvodné očekávání druhé smluvní strany.

Vybranému uchazeči totiž musí být známo, že přestože došlo k výběru a oznámení výběru nejvhodnější nabídky, stále běží lhůta pro podání námitek pro tomuto rozhodnutí a toto rozhodnutí tak lze považovat za konečné až po jejím marném uplynutí. Další skutečností, která by měla být zohledněna, je že v případě veřejných zakázek je napadení postupu zadavatele, zejména napadení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky neúspěšnými uchazeči, zcela standardním postupem.

Dle mého názoru tak lze připustit i závěr, že druhá smluvní strana, vybraný uchazeč, je oprávněna kvalifikovaně očekávat uzavření smlouvy reálně až poté, co obdrží od zadavatele výzvu k poskytnutí součinnosti k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, resp. poté, co marně uplyne lhůta pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

Je nutné pamatovat na skutečnost, že uzavření smlouvy s konkrétním dodavatelem není ve většině případů na prosté vůli zadavatele, nýbrž vyplývá ze složitého a vysoce formalizovaného procesu, v rámci kterého jsou Úřadem pravidelně sledovány pochybení i ryze formálního charakteru. Účast v každém zadávacím řízení by měl dodavatel zvažovat i při zohlednění těchto rizik.

## 2.3 Předšmluvní odpovědnost dle § 1729 NOZ na straně dodavatele

V případě dodavatele ZVZ stanoví, že je vázán svou nabídkou, jejíž podání je nezbytným předpokladem pro zadání zakázky dodavatel v převážné většině zadávacích řízení dle ZVZ. Specifická pravidla kontraktačního procesu jsou stanovena i ve vztahu k nabídce dodavatele, resp. procesu vedoucímu k její akceptaci, neboť nabídku dodavatele není možné jednostranně akceptovat – strany si musí až následně poskytnout součinnost nezbytnou k uzavření nově vyhotovené písemné smlouvy.

Nabídkou je dodavatel vázán v zadávací lhůtě dle § 43 ZVZ, kterou stanoví zadavatel zejména s ohledem na druh zadávacího řízení a předmět veřejné zakázky. Jak uvádí doktrinální literatura, vázanost nabídkou lze chápat tak, že uchazeč je povinen poskytnout zadavatel potřebnou součinnost a uzavřít se zadavatelem ve smyslu obsahu své nabídky

smlouvu na realizaci veřejné zakázky, pokud bude jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější.<sup>7</sup>

ZVZ stanoví, že v případě, že vybraný uchazeč neposkytne zadavateli nezbytnou součinnost k uzavření smlouvy, je zadavatel oprávněn vyzvat v souladu s § 82 odst. 4 ZVZ uchazeče druhého v pořadí, případně následně třetího v pořadí. ZVZ však výslovně nestanoví sankci, kterou by mohl zadavatel uplatnit vůči uchazeči, jenž poruší svou povinnost součinnosti. Pouze v případě využití institutu jistoty tato v souladu s § 67 ZVZ propadá zadavateli.

Pokud tedy nedošlo k využití institutu jistoty a vybraný uchazeč neposkytne zadavateli nezbytnou součinnost k uzavření smlouvy, přestože je svou nabídkou z důvodu existence zadávací lhůty stále vázán, domnívám se, že by bylo možné aplikovat § 1729 NOZ. V takovém případě je dle mého názoru již vysoce pravděpodobně uzavření smlouvy a zadavatel může její uzavření důvodně očekávat, a tedy i uplatnit právo na náhradu škody, pokud absentoval spravedlivý důvod pro její neuzavření ze strany dodavatele.

Naopak v případě, kdy by již uplynula zadávací lhůta, nepřísluší podle mého názoru zadavateli důvodné očekávání. Uchazeč již po jejím uplynutí není nabídkou vázán. I z tohoto důvodu zadavatelům doporučit stanovení rozumné délky zadávací lhůty a zároveň zajištění efektivního průběhu zadávacího řízení.

Pro úplnost uvádím, že možnost uplatnění práva na náhradu škody v souvislosti s neposkytnutím nutné součinnosti k uzavření smlouvy a dovozovala ve výjimečných případech doktrinální literatura i před účinností NOZ<sup>8</sup>.

## 2.4 Předšmluvní odpovědnost dle § 1729 NOZ při postupu mimo rámec ZVZ

V poslední řadě je nutné upozornit na skutečnost, že řada veřejných zakázek není zadávána v zadávacím řízení dle ZVZ, nýbrž mimo jeho rámec.

Obecné výjimky z působnosti ZVZ jsou uvedeny v § 18 ZVZ. Mezi ně patří i veřejné zakázky malého rozsahu, tedy jakékoli veřejné zakázky na dodávky a služby s předpokládanou hodnotou menší než

2 mil. Kč bez DPH a na stavební práce s předpokládanou hodnotou menší než 6 mil. Kč bez DPH.<sup>9</sup>

Další výjimky z působnosti ZVZ jsou stanoveny pro sektorové zadavatele v § 19 a 20 ZVZ.

V případě, že zadavatelé postupují zcela mimo rámec ZVZ, tj. v praxi pouze podle svých interních předpisů, neuplatí se zásada *lex specialis derogat legi generali* a obecná civilněprávní úprava NOZ se na kontraktační proces použije v plném rozsahu.

Zadavatelé veřejných zakázek postupující mimo rámec ZVZ by tedy měli mít na paměti, že jednání o uzavření smlouvy podléhá obecné civilněprávní úpravě, která aktuálně obsahuje výslovné zakotvení pravidel předšmluvní odpovědnosti, zejména povinnosti k náhradě škody za podmínek § 1729 NOZ.

## 3 Adhezní způsob uzavírání smluv ve veřejných zakázkách

Ustanovení § 1798 a násl. NOZ stanoví určité limity smluv uzavíraných adhezním způsobem. Ustanovení platí pro každou smlouvu, jejíž základní podmínky byly určeny jednou ze smluvních stran nebo podle jejich pokynů, aniž slabší strana měla skutečnou příležitost obsah těchto základních podmínek ovlivnit. Za smlouvu uzavřenou adhezním způsobem se taktéž považuje smlouva se slabší smluvní stranou, k jejímuž uzavření byl použit smluvní formulář užívaný v obchodním styku nebo jiný podobný prostředek.

Zásadním limitem v souvislosti s předmětem tohoto příspěvku je ustanovení § 1800 odst. 2 NOZ, které stanoví, že „*Obsahuje-li smlouva uzavřená adhezním způsobem doložku, která je pro slabší stranu zvláště nevýhodná, aniž je pro to rozumný důvod, zejména odchyluje-li se smlouva závažně a bez zvláštního důvodu od obvyklých podmínek ujednávaných v obdobných případech, je doložka neplatná. Vyžaduje-li to spravedlivé uspořádání práv a povinností stran, soud rozhodne obdobně podle § 577.*“

Je nutné upozornit na skutečnost, že dané limity chrání pouze slabší smluvní stranu, tj. uplatní se pouze v případě, že adhezní způsob uzavření smlouvy byl zapříčiněn smluvní stranou silnější. Přitom samotné uzavření smlouvy adhezním způsobem zjevně nečiní jednu smluvní stranu slabší a jednu silnější; v opačném případě by mohlo dané ustanovení znít pouze „Ustanovení platí pro každou smlouvu, jejíž základní podmínky byly určeny jednou ze smluvních stran nebo podle jejich pokynů, aniž *druhá* strana měla skutečnou příležitost obsah těchto základních podmínek ovlivnit.“

<sup>9</sup> V souvislosti s těmito je veřejný zadavatel však vždy povinen dodržet zásady uvedené v § 6 ZVZ.

<sup>7</sup> PODEŠVA, Vilém, OLÍK, Miloš, JANOUŠEK, Martin, STRÁNSKÝ, Jakub. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011. s. 184. ISBN 978-80-7357-636-3.

<sup>8</sup> JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. s. 299. ISBN 978-80-7179-222-2.

Zásadní je otázka, zda dodavatel jakožto osoba, vůči které jsou jednostranně stanovovány obchodní podmínky veřejné zakázky, může být považován za slabší smluvní stranu.

### 3.1 Pojem slabší smluvní strana ve veřejných zakázkách

Neurčitý pojem slabší smluvní strana je v rámci příslušných ustanovení NOZ užíván záměrně. Nejedná se přitom pouze o spotřebitele, slabší smluvní strana může být účastníkem i B2B vztahu.

Dodavatelem ve smyslu ZVZ je fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel.

Přestože je v praxi dodavatel zásadně podnikatelem, není to nutnou podmínkou. Jak uvádí doktrinální literatura, v některých případech bude přicházet v úvahu, že dodavatel nebude podnikatelem (například v případě úplatného poskytování služeb specializovanými občanskými sdruženími ve vzdělávací, sociální, kulturní, společenské a podobné oblasti nebo v případě prodeje či nájmu nemovitostí zadavateli).<sup>10</sup>

V těchto případech podle mého názoru nelze vyloučit, že dodavatel bude považován za slabší smluvní stranu. Dále, i za situace kdy je dodavatel profesionálem, podnikatelem v oboru, jehož praxe a zkušenosti jsou často prověřovány v rámci fáze posouzení kvalifikace dodavatele dle § 50 a násl. ZVZ, neznamená to dle mého názoru nutně jeho silnější postavení. Jakkoli zadavatel může poptávat i plnění, která jsou pro jeho potřebu ojedinělá, v praxi bývají konkrétními zadavateli často poptávána plnění obdobného charakteru, a to se zohledněním hlavního předmětu činnosti zadavatele. Dle mého názoru tak nelze vyloučit, že za slabší stranu bude považován dodavatel veřejné zakázky, a to ani pokud bychom vymezení pojmu slabší strana postavili na zkušenostech a praxi smluvních stran v oboru.

Ve většině případů se však domnívám, že nebude možné považovat dodavatele veřejné zakázky za slabší smluvní stranu, neboť se bude jednat o profesionála, který má k dispozici všechny nezbytné informace k obchodnímu rozhodnutí, zda dané obchodní podmínky akceptovat, či nikoli.

Z povahy veřejných zakázek nadto vyplývá, že je to dodavatel, kdo poskytuje charakteristické plnění a zadavatel ten, kdo jej poptává. Ačkoli ne-

lze vyloučit, že dodavatel bude považován za slabší smluvní stranu, neboť pojem slabší smluvní strana není přesně definován, domnívám se, že právě tato skutečnost může být argumentem ve prospěch závěru, že dodavatel slabší smluvní stranu nepředstavuje.

### 3.2 Adhezní způsob uzavírání smluv ve veřejných zakázkách

Součástí zadávacích podmínek, tj. jednotlivých požadavků zadavatele stanovovaných v souvislosti se zahájením konkrétního zadávacího řízení, je zásadně i zadávací dokumentace. Nedílnou součástí zadávací dokumentace jsou v souladu s § 44 odst. 3 písm. a) ZVZ obchodní podmínky.

Zadavatel může stanovit pouze některé obchodní podmínky a vypracování návrhu smlouvy ponechat na uchazečích. Druhou možností a zcela běžnou praxí je situace, kdy součástí zadávacích podmínek pro veřejnou zakázku je přímo závazný návrh smlouvy, který jsou uchazeči oprávněni doplnit pouze na určených místech a jinak do něj nejsou oprávněni zasahovat. Naopak, v případě porušení zákazu zásahu do závazného návrhu smlouvy zadavatel takové uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučí, neboť takové nesplnění požadavků zadavatele není možné v průběhu zadávacího řízení zhojit, a nabídka těchto uchazečů tak vůbec není hodnocena<sup>11</sup>.

Veškeré podmínky plnění, včetně podmínek platebních, je tak oprávněn jednostranně stanovit zadavatel, aniž by byla předpokládána možnost jejich změny v průběhu zadávacího řízení na základě vyjednávání konkrétních podmínek s konkrétním uchazečem.<sup>12</sup> Není výjimkou, že uchazeči do závazného návrhu smlouvy doplní pouze své identifikační údaje, případně kontaktní údaje, nabídkovou cenu a podpis.

Otázkou zůstává, zda právě stanovení nabídkové ceny (jakožto zcela zásadního smluvního ujednání) dodavatelem nevylučuje adhezní způsob uzavření smlouvy. Kritériem je skutečnost, zda lze i při stanovení ceny jednou stranou dojít k závěru, že *základní podmínky smlouvy* byly druhou stranou stanoveny jednostranně, či je toto pravidlo narušeno.

Dle doktrinální literatury není skutečnost, zda strany vyjednávaly o ceně (slevách, bonusech, retenčních nabídkách) nebo jiné základní náležitosti,

<sup>10</sup> PODEŠVA, Vilém, OLÍK, Miloš, JANOUŠEK, Martin, STRÁNSKÝ, Jakub. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2011. s. 60. ISBN 978-80-7357-636-3

<sup>11</sup> Ve fázi posouzení nabídky dodavatele, jejímž obsahem je i posouzení souladu návrhu smlouvy obsažené v nabídce se závazným návrhem smlouvy, který byl (pokud byl) zadavatelem stanoven, již není možné nabídku změnit, nýbrž pouze vysvětlit na žádost shledané nejasnosti dle § 76 odst. 3 ZVZ.

<sup>12</sup> Vyjednávání konkrétních podmínek s konkrétním uchazečem se předpokládá pouze v případě jednacího řízení bez uveřejnění.



sama o sobě rozhodná pro posouzení, zda se jedná o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem. Naopak, i u některých takových smluv je cena (sleva, retenční nabídka aj.) to jediné, co slabší strana může svým vyjednáváním ovlivnit. Jestliže však slabší strana mohla vyjednávat, zda např. zaplatí vyšší cenu při nižším riziku (smluvní pokutě aj.) anebo nižší cenu při vyšším riziku či tíživější možné sankci, povede to, při dostatečném prostoru pro jednání, k závěru, že měla skutečnou příležitost ovlivnit obsah těchto podmínek.<sup>13</sup>

S ohledem na výše uvedené nelze dle mého názoru vyloučit aplikaci ustanovení o limitech smluv uzavíraných adhezním způsobem na smlouvy na plnění veřejných zakázek, přestože bude nutné vždy pečlivě zvážit postavení konkrétních stran i míru možnosti ovlivnění smluvních podmínek druhou stranou.

### 3.3 Zvláště nevýhodná podmínka ve smlouvě na plnění veřejné zakázky

V případě veřejných zakázek zadavatel z podstaty věci stanovuje podmínky plnění tak, aby byly výhodné pro jeho stranu. Stanovení podmínek plnění zvláště výhodně pro druhou smluvní stranu by rozporovalo zdravému rozumu, ale i péči, kterou jsou zadavatelé vzhledem k hospodaření s veřejnými prostředky povinni vynaložit.

Na stanovení limitů veřejných zakázek pamatuje i NOZ, a to v rozsahu omezení doby splatnosti.<sup>14</sup> K určité rovnováze stran, resp. nerovnováze v rozsahu konkrétních obchodních podmínek pouze odůvodněné, tenduje i samotná úprava ZVZ. Dle § 156 ZVZ je veřejný zadavatel u nadlimitní a podlimitní veřejné zakázky povinen vypracovat a na profilu zadavatele uveřejnit odůvodnění veřejné zakázky, jehož součástí je i odůvodnění vymezení obchodních podmínek ve vztahu k potřebám veřejného zadavatele.<sup>15</sup> I z této povinnosti jsou však stanoveny v odst. 7

<sup>13</sup> HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 345. ISBN 978-80-7400-535-0 IV

<sup>14</sup> Dle § 1963 odst. 2 NOZ Je-li obsahem závazku podnikatele povinnost dodat zboží nebo službu veřejnoprávní korporaci, smluvní strany si mohou ujednat delší dobu splatnosti než 30 dní jen tehdy, pokud je to odůvodněno povahou závazku, a doba splatnosti nesmí přesáhnout šedesát dní.

<sup>15</sup> Jeho rozsah je stanoven vyhláškou č. 232/2012 Sb., o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky, v rámci obchodních podmínek se vedle splatnosti přesahující dobu 30 dní odůvodňuje například požadavek záruční doby delší než 24 měsíců nebo stanovení smluvní pokuty za prodlení

předmětného ustanovení výjimky a uplatní se pouze na veřejného zadavatele.

Skutečnost, že smlouva na veřejnou zakázku bude obsahovat doložku, která je pro slabší stranu zvláště nevýhodná, aniž je pro to rozumný důvod, zejména odchýlí-li se smlouva závazně a bez zvláštního důvodu od obvyklých podmínek ujednávaných v obdobných případech, zcela jistě nelze vyloučit. Přitom v případě, že se bude s ohledem na výše uvedené jednat o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem a dodavatele bude možné považovat za slabší stranu, bude taková doložka neplatná.

V souladu s § 586 NOZ se bude jednat pouze o neplatnost relativní. Nedojde-li tedy ke vznesení námitky neplatnosti oprávněnou osobou, bude i taková doložka platným ujednáním.

### 3.4 Zásah soudu do rovnováhy smlouvy na plnění veřejné zakázky

V poslední řadě zůstává otázka, zda lze bez omezení aplikovat i tu část ustanovení § 1800 odst. 2 NOZ, která stanoví, že „vyžaduje-li to *spravedlivé uspořádání práv a povinností stran, soud rozhodne obdobně podle § 577*“.<sup>16</sup>

Je totiž nutné pamatovat na skutečnost, že stejně jako je tomu v případě kontraktačního procesu předcházejícímu uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, i po uzavření smlouvy nemá zadavatel zcela svobodnou vůli jako je tomu v běžných soukromoprávních vztazích. Pouze některé změny uzavřené smlouvy jsou přípustné.

Ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ stanoví, že zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by rozšířila předmět veřejné zakázky, za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, nebo měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

Znění § 82 odst. 7 ZVZ vychází z judikatury Evropské soudní dvora (dnes Soudního dvora Evropské Unie), konkrétně z rozsudku ze dne 19. 6. 2008 C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Rakouská republika*, který byl stěžejním pro rozliše-

dodavatele vyšší než 0,2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky za každý den prodlení.

<sup>16</sup> Ustanovení § 577 NOZ zakládá právo soudu změnit závazek stran, je-li důvod neplatnosti jen v nezákonném určení množstevního, časového, územního nebo jiného rozsahu; v tomto případě soud rozsah změny tak, aby odpovídal spravedlivému uspořádání práv a povinností stran.

ní podstatných a nepodstatných změn smluv. Za podstatnou, a tedy nepřipustnou, je považována taková změna, jež má podstatně odlišnou povahu než původní zakázka (tj. než původně vymezené zadávací podmínky a vybraná nabídka) a současně „neexistuje výslovné zmocnění v tomto smyslu [ve smyslu možnosti provést podstatnou změnu, tj. změnu podstatné podmínky] v původní veřejné zakázce“.

Tehdejší Evropský soudní dvůr pak v uvedeném rozhodnutí uvádí několik typů podstatných a tudíž nepřipustných změn. Stanovuje, že shledá-li zadavatel zamýšlenou změnu smlouvy za podstatnou ve shora uvedeném smyslu, není oprávněn ji provést formou běžného dodatku bez provedení nového zadávacího řízení. V těchto případech se totiž má za to, že „smluvní strany prokazují vůli sjednat nové základní podmínky předmětné veřejné zakázky“, což je možné jen prostřednictvím nového zadávacího řízení. V opačném případě by šlo o tzv. přímé zadání veřejné zakázky uskutečněné mimo rámec ZVZ (a tedy protizákonně).

Je tedy otázkou, zda by i soud neměl být při případném využití oprávnění dle 1800 odst. 2 NOZ in fine vázán stanovenými limity přípustnosti změny smlouvy. Přikláním se k názoru, že by ani ze strany soudu nemělo být zasahováno do podmínek, které mohly mít vliv na okruh uchazečů, jakož i výsledek zadávacího řízení, a soud by se měl držet v intencích § 82 odst. 7 ZVZ stejně jako zadavatel. Z daných limitů jednoznačně vyplývá, že jimi má být zajištěno dodržení smyslu a účelu konkrétního zadávacího řízení, tj. průběhu a výsledku realizované soutěže mezi dodavateli. Současně by podle mého názoru neměl soud, jako nezávislá třetí strana, v souvislosti se změnou závazku disponovat větším oprávněním, než samotné smluvní strany.

Závěrem k otázce uplatnění § 1800 odst. 2 NOZ v souvislosti se smlouvou na plnění veřejné zakázky uvádím, že dle § 1801 NOZ může být v rámci smluvního vztahu mezi podnikateli, tedy ve většině všech veřejných zakázek, aplikace tohoto ustanovení vyloučena. Lze tedy předpokládat, že zadavatelé aplikaci tohoto ustanovení v závazných návrzích smluv z opatrnosti vyloučí.

#### 4 Závěr

V rozsahu úpravy ZVZ odpovídající pravidlům zadávacího řízení jakožto speciálního kontraktačního procesu je nutné obecnou úpravu tohoto procesu stanovenou v NOZ uplatit podřídně, subsidiárně.

V případě předšmluvní odpovědnosti dle § 1729 NOZ se domnívám, že aplikace těchto ustanovení je v určitých případech možná, v dalších případech však z důvodu existence speciální úpravy vyloučena.

Vyloučena je podle mého názoru v případě zadavatele, pokud z jeho strany dojde k oprávněnému zrušení zadávacího řízení. V případě pochybení zadavatele deklarovaným ze strany Úřadu, jehož důsledkem může být mimo jiné zrušení zadávacího řízení, však aplikace podle mého vyloučena není, přestože splnění jednotlivých podmínek daného ustanovení zůstává k diskuzi. Předmětná úprava by dle mého mohla být dále aplikována ve vztahu k dodavateli v případě, že nesplní svou povinnost poskytnout zadavateli nezbytnou součinnost k uzavření smlouvy v zadávací lhůtě a nenastane z této skutečnosti jiný pro něj negativní následek (propadnutí jistoty). Úpravu předšmluvní odpovědnosti pak zcela aplikujeme v případech, kdy zadavatelé postupují mimo rámec ZVZ (tj. nepostupují na základě zákonné úpravy, která by byla oproti NOZ úpravou speciální).

Oproti tomu dopad úpravy NOZ stanovující limity smluv uzavíraných adhezním způsobem bude podle mého názoru zcela minimální. Lze sice připustit obecnou aplikovatelnost této úpravy i ve vztahu k zadávacímu řízení. Současně zadavatel je ten, kdo určuje obchodní podmínky veřejné zakázky a přestože dodavatel stanovuje nabídkovou cenu, není dle současných názorů vyloučeno naplnění všech podmínek pro závěr, že smlouva byla uzavřena adhezním způsobem. Avšak ochrana NOZ se uplatní pouze ve vztahu ke slabší straně, kterou dodavatel ve většině případů nebude. Nadto, aplikace těchto ustanovení lze v případě B2B vztahů vyloučit a lze tedy předpokládat, že tak bude zadavateli z opatrnosti činěno.

#### Summary

The Act on Public Contracts represents primarily a specific area of contractual procedure; however it also includes e.g. guidelines related to change in liability in public contract. In which way will be the selected provisions of the new Civil Code projected during the procedure of awarding the public contracts? Will be possible, in the case of public contracts, to consider exercising a pre-contractual liability and seek damages if the public contracting entity sets aside an award procedure? Will the conclusion change if the public contracting entity breaks the Act on Public Contracts? And is it possible, in the case of public contracts, to consider exercising limits for standard form contracts? If it is, will the court has jurisdiction to change the contract significantly?