

**Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta**

Ing. Jiří Kubeš

**KONTRAKTAČNÍ PROCES A ZMĚNA SMLOUVY
VE VEŘEJNÉ ZAKÁZCE**

Diplomová práce

Vedoucí práce: JUDr. Kateřina Eichlerová, Ph.D.

Katedra obchodního práva

Datum zpracování (uzavření rukopisu): 3. dubna 2017

Prohlašuji, že předloženou diplomovou práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Praha, 3. dubna 2017

Na tomto místě bych rád poděkoval JUDr. Kateřině Eichlerové, Ph.D. za odborné vedení diplomové práce, cenné rady a připomínky při jejím zpracování.

Obsah

Úvod.....	1
1. Postavení veřejných zakázek v systému práva.....	3
1.1 Prameny práva veřejných zakázek	3
1.2 Postavení zadávacího řízení v systému práva.....	4
1.3 Povaha norem zákona o zadávání veřejných zakázek.....	8
1.4 Shrnutí	10
2. Kontrakční proces ve veřejných zakázkách	11
2.1 Předkontrakční fáze v zadávacím řízení	13
2.1.1 Zahájení řízení	14
2.1.2 Nabídka uchazeče	15
2.1.3 Podání nabídky	21
2.1.4 Vázanost uchazeče nabídkou	24
2.1.5 Obsah smlouvy stanovený zadavatelem	26
2.1.6 Hodnocení nabídek	31
2.2 Kontrakční fáze v zadávacím řízení	34
2.2.1 Výběr nejvhodnější nabídky	34
2.2.2 Uzavření smlouvy	36
2.3 Ostatní režimy zadávacího řízení a kontrakční proces	40
2.3.1 Zjednodušené podlimitní řízení	40
2.3.2 Užší řízení	41
2.3.3 Jednací řízení s uveřejněním.....	41
2.3.4 Řízení se soutěžním dialogem	43
2.3.5 Řízení o inovačním partnerství	44
2.3.6 Jednací řízení bez uveřejnění	46

2.4	Shrnutí	47
3.	Změny smluv	49
3.1	Změny smluv pohledem práva EU	50
3.1.1	Rozsudek Rennes Railway	50
3.1.2	Rozsudek EK proti CAS Succhi di Frutta SpA	52
3.1.3	Rozsudek „presstext“	54
3.1.4	Zadávací směrnice	58
3.2	Změny smluv pohledem českého práva.....	61
3.3	Shrnutí	66
	Závěr	67
	Seznam použitých zkratk	69
	Seznam použité literatury a pramenů	70
	Abstrakt	77
	Abstract	79
	Klíčová slova a název práce v anglickém jazyce	81

Úvod

Problematika veřejných zakázek je v současné době velmi aktuálním fenoménem. Jedná se o způsob tvorby ekonomických vztahů s vnějším světem pro všechny veřejné instituce a další dotčené subjekty. Jedná se tedy o oblast práva, která je hojně využívána. Základním pramenem práva pro oblast veřejných zakázek je zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Avšak většina norem nepochází originálně z tohoto pramene, nýbrž se jedná o transpozici směrnic EU. Právě na úrovni EU došlo za posledních 20 let k vývoji tohoto odvětví práva, a to v zásadě od obecných principů a zásad až ke komplexní úpravě zadávacího řízení.

Právě tato komplexní úprava silně modifikuje způsob uzavření smlouvy (tj. kontraktační proces) ve veřejné zakázce. Cílem této práce je analyzovat tento modifikovaný postup, a to od samého počátku kontraktace až do úspěšného uzavření smlouvy a případné modifikace takové smlouvy v průběhu životního cyklu veřejné zakázky. Práce je rozdělena na tři stěžejní části.

První část pojednává o právním postavení úpravy veřejných zakázek. Identifikuje prameny upravující tuto problematiku, a to jak speciální týkající se jen veřejného zadávání, tak doplňkově i obecné, které se použijí jakožto *lex generalis*. Tato část též nastiňuje úhel pohledu, kterým se tato práce na celou problematiku dívá. Závěry učiněné v první části jsou pak vstupem zejména pro druhou část práce.

Druhá část pojednává o specifichnostech kontraktačního procesu v případě veřejné zakázky, tento detailně rozebírá a analyzuje. Jedná se o stěžejní část této práce. Dochází v ní k analýze specifík kontraktačního procesu ve veřejné zakázce a tyto porovnává s kontraktačními postupy dle obecných předpisů civilního práva. Vychází se zde zejména z obecných předpisů civilního práva a ze zákona o zadávání veřejných zakázek. Nedílnou součástí je též judikatura a specificky do problematiky veřejných zakázek též spadají rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Třetí část pak celou problematiku doplňuje možností změny smluv vzešlých z veřejných zakázek – tedy způsobem popsáním v druhé části. Primárním pramenem pro analýzu této části životního cyklu veřejné zakázky je právo EU, zejména pak judikatura SD EU, neboť ta měla zásadní vliv na současnou právní úpravu. Jsou zde rozebrány tři

stěžejní rozsudky SD EU týkající se změny smluv, mezi kterými nemůže chybět rozsudek SD EU ze dne 19. 06. 2008, ve věci C-454/06 zkráceně nazývaný „presstext“. V návaznosti na takto představenou judikaturu jsou podrobeny analýze též evropské směrnice, vycházející z představené judikatury, a v neposlední řadě se část věnuje též vývoji této problematiky v českém právu.

Cílů této práce se autor snaží dosáhnout za pomoci odborné literatury, článků, správních rozhodnutí a soudních rozsudků. Při zpracování tématu práce byly užity metody analýzy, deskripce, sémantického výkladu, logického výkladu a komparace.

1. Postavení veřejných zakázek v systému práva

Předmětem této kapitoly je stručný rozbor pramenů práva upravujících proces zadávání a realizace veřejných zakázek. Jejím účelem je zařadit právo veřejných zakázek a jeho jednotlivé části, jako je kontraktační proces nebo plnění a změna závazků, do mantinelů českého práva a determinovat tak aplikovatelné právní předpisy na danou problematiku. Z takto zjištěných předpisů budou dále vycházet navazující kapitoly této práce.

1.1 Prameny práva veřejných zakázek

Základním pramenem práva veřejných zakázek je bezpochyby zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (ZZVZ) a jeho prováděcí předpisy¹. Vznik zákona o zadávání veřejných zakázek je reakcí na nové tzv. zadávací směrnice² a s účinností od 1. 10. 2016 nahradil do té doby platný zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (ZVZ). Rozsah působnosti zákona o zadávání veřejných zakázek stanovuje jeho § 1 následovně:“

- a) *pravidla pro zadávání veřejných zakázek, včetně zvláštních postupů předcházejících jejich zadání,*
- b) *povinnosti dodavatelů při zadávání veřejných zakázek a při zvláštních postupech předcházejících jejich zadání,*

¹ Jedná se vyhlášku č. 260/2016 Sb., o stanovení podrobnějších podmínek týkajících se elektronických nástrojů, elektronických úkonů při zadávání veřejných zakázek a certifikátu shody, vyhlášku č. 248/2016 Sb., o náležitostech obsahu žádosti o předchozí stanovisko k uzavření smlouvy a ke změně závazku ze smlouvy podle zákona o zadávání veřejných zakázek, vyhlášku č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, vyhlášku č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele, nařízení vlády č. 173/2016 Sb., o stanovení závazných zadávacích podmínek pro veřejné zakázky na pořízení silničních vozidel a nařízení vlády č. 172/2016, o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek.

² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí.

- c) *uveřejňování informací o veřejných zakázkách,*
- d) *zvláštní podmínky fakturace za plnění veřejných zakázek,*
- e) *zvláštní důvody pro ukončení závazků ze smluv na veřejné zakázky,*
- f) *informační systém o veřejných zakázkách,*
- g) *systém kvalifikovaných dodavatelů,*
- h) *systém certifikovaných dodavatelů,*
- i) *dozor nad dodržováním tohoto zákona.“*

Z výše uvedeného vyplývá, že působnosti uvedené pod písm. a) až e) se týkají vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, kdežto působnosti pod písm. f) až i) v podstatě informačního systému s relevancí k veřejným zakázkám a státního dozoru v oblasti veřejných zakázek. V této práci tedy budeme primárně využívat ty části zákona o zadávání veřejných zakázek, které upravují právě vztah mezi zadavatelem a dodavatelem. Otázkou však zůstává, zda je zákon o zadávání veřejných zakázek jediným aplikovatelným právním předpisem na danou problematiku. Pro odpověď použijeme jednoduchou úvahu. Čistě teoreticky, pokud by právo nikterak neupravovalo režim veřejného zadávání, postupoval by zadavatel při zadávání veřejných zakázek (respektive bez existence zákona o zadávání veřejných zakázek by bylo vhodnější říkat sjednávání závazků) podle obecných předpisů občanského nebo obchodního práva, tedy postupoval by podle zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (OZ) – tedy bezpochyby podle ryze soukromoprávní normy. Jak ale zákon o zadávání veřejných zakázek mění tuto skutečnost?

1.2 Postavení zadávacího řízení v systému práva

V zadávacích směrnících odpověď na tuto otázku nenalezneme, jelikož z pohledu evropského práva je lhotejné, jakou formou a jakým způsobem budou instituty v těchto směrnících do vnitrostátního práva transponovány. Příkladem budiž i jen skutečnost, že v členských státech EU nepanuje jednotné podřazení problematiky veřejných zakázek pod právo soukromé či veřejné.³ V České republice dokonce dlouhou dobu nepanoval ani

³ TICHÝ, Luboš. *Evropské právo*. s. 523.

ustálený názor na to, zda veřejné zadávání spadá do režimu práva veřejného nebo soukromého.

Krajský soud v Brně v roce 2005 ve svém rozsudku sp. zn. 31 Ca 83/2004 ze dne 30. 5. 2005 konstatoval, že „výzva k podání nabídek ve smyslu § 49 odst. 1 a 2 zákona o zadávání veřejných zakázek není totiž právním úkonem soukromoprávní povahy, ale povahy veřejnoprávní, neboť má svůj původ v normě práva veřejného. Na validitu takového úkonu proto není možné mechanicky aplikovat normu soukromoprávní (občanský zákoník).“⁴ Byť se uvedený rozsudek vztahoval k tehdy platnému zákonu o zadávání veřejných zakázek, tedy k zákonu č. 199/1994 Sb., nebyly instituty v něm používané z pohledu řešené problematiky výrazně odlišné od institutů současného zákona o zadávání veřejných zakázek. Následně v roce 2009 Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Ca 28/2008 ze dne 7. 4. 2009 konstatoval soukromoprávní charakter zadávacího řízení a specifičnost kontraktačního procesu v případě veřejné zakázky. „Účelem každého zadávacího řízení by měl být výběr nejvhodnějšího řešení, uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a její uskutečnění, a sice na základě výběru pro zadavatele nejvýhodnější nabídky (ať už na základě nejnižší ceny či celkově ekonomicky nejvýhodnější nabídky) při dodržení pravidel otevřené soutěže. ZVZ totiž popisuje zvláštní způsob kontraktačního jednání, ke kterému dochází mezi zadavatelem na straně jedné a dodavatelem jednotlivých plnění, která mají být hrazena z veřejných prostředků, na straně druhé. Hlavním účelem takové významně formalizované, jinak však stále soukromoprávní transakce, nad níž je uskutečňován dohled v režimu práva veřejného, je efektivnost vynakládání veřejných prostředků a jejich přímá či zprostředkovaná úspora a zajištění účinné konkurence.“⁵

Nejčistěji se k této problematice však vyslovil Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 64/2011 ze dne 3. 1. 2013. „Pravidla pro uskutečňování úkonů v rámci zadávacího řízení vyplývající ze ZVZ jsou tedy zvláštními kontraktačními pravidly mezi zadavatelem (zpravidla v postavení odběratele, kupujícího, objednavatele) a dodavatelem – uchazečem (zpravidla v postavení dodavatele, prodávajícího, zhotovitele). **Přestože**

⁴ Krajský soud v Brně, Rozsudek sp. zn. 31 Ca 83/2004 ze dne 30. 5. 2005.

⁵ Krajský soud v Brně, Rozsudek sp. zn. 62 Ca 28/2008 ze dne 7. 4. 2009.

*zadavatel může být v jiných případech orgánem veřejné moci, kdy v rámci své působnosti může vystupovat z pozice vrchnostenské, v rámci zadávacího řízení se v takové pozici nenachází.*⁶

Z pozice vyšších soudů se k problematice vyjádřil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 5 Afs 77/2010 ze dne 19. 10. 2011. „Zadavatel je v procesu uzavírání soukromoprávních smluv na plnění, jež jsou předmětem veřejné zakázky, limitován především zázkazy a omezeními, které vyplývají z jednotlivých ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Nicméně ani skutečnost, že postup zadavatele při zadávání zakázky je takto formalizovaný, neznamená, že by bylo vyloučeno, aby si zadavatel vymínil v zadávací dokumentaci požadavky, které nejsou zákonem o veřejných zakázkách výslovně předvídané.“⁷ Nejvyšší správní soud tedy jednoznačně počítá se soukromoprávním charakterem veřejného zadávání, jelikož v opačném případě by musela platit zásada enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí a nebylo by možné, aby zadavatel vymíňoval požadavky, které zákon nezná.

Ke stejným závěrům dochází i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS). Jako jeden příklad uveďme rozhodnutí ÚOHS sp. zn. R116/2011 ze dne 26. 8. 2011.⁸ „Co se týče postavení zadavatele v zadávacím řízení, Úřad uvedl, že úkony zadavatele v zadávacím řízení mají soukromoprávní povahu, neboť zadavatel ve vztahu k dodavateli v zadávacím řízení vystupuje jako subjekt soukromého práva a oba subjekty tedy mají při uzavírání smlouvy rovné postavení, což se vztahuje i na doručování písemností podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (s ohledem na jejich soukromoprávní povahu).“⁹

Obdobný názor má na danou problematiku též odborná literatura. R. Jurčík konstatuje: „Zadavatel tedy nevystupuje při zadávání veřejné zakázky a vynakládání veřejných prostředků jako orgán veřejné moci v nadřazeném postavení, nýbrž vystupuje jako subjekt v rovnoprávním postavení s uchazeči“¹⁰. K prakticky totožnému závěru dochází i D. Dvořák: „ZVZ je právním předpisem smíšeného charakteru. Vlastní zadávací

⁶ Krajský soud v Brně, Rozsudek sp. zn. 62 Af 64/2011 ze dne 3. 1. 2013.

⁷ Nejvyšší správní soud, Rozsudek sp. zn. 5 Afs 77/2010 ze dne 19. 10. 2011.

⁸ Dále např. též rozhodnutí ÚOHS sp. zn. R184/2008 ze dne 22. 12. 2008.

⁹ Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. R116/2011 ze dne 26. 8. 2011.

¹⁰ JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách.*, s. 5-6.

řízení má však povahu soukromoprávní. K tomuto závěru docházíme aplikací kritérií vyplývajících z teorií uznávaných v současnosti právní vědou, tedy teorie mocenské, organické i teorie metody právního regulování. Zadavatel a dodavatelé nejsou vůči sobě ve vztazích nadřízenosti a podřízenosti a zadavatel vstupuje do zadávacího řízení nezávisle na svém charakteru veřejnoprávní korporace (orgánu veřejné moci). Rovněž míra působení zadavatele a dodavatelů na vznik a rozvíjení právního vztahu je přes nejrůznější omezení v zásadě rovná a stranám zůstává zachována dispoziční autonomie.“¹¹

Pro korektnost je třeba též uvést, že striktně dělit dnešní právo na soukromé a veřejné je poměrně složité, neboť stále více dochází k prolínání soukromoprávních a veřejnoprávních prvků práva.¹² Zákon o zadávání veřejných zakázek je pak příkladem takto smíšeného právního předpisu. Obdobně D. Dvořák¹³ nebo M. Šebesta et. al.¹⁴ jej považují za předpis smíšeného charakteru, kdy tuto smíšenost odvozují zejména z § 1 ZVZ.

Byť se výše citovaná rozhodnutí, popřípadě odborné publikace, vztahují k již neplatným předpisům upravujícím problematiku veřejných zakázek, lze v nich učiněné závěry aplikovat i na nynější zákon o zadávání veřejných zakázek. Přestože je postup při zadávání veřejné zakázky vysoce formalizovaný, stále se jedná o institut soukromého práva. Ze systematickosti a znění zákona o zadávání veřejných zakázek dále vyplývá, že se nejedná o vyčerpávající právní předpis, ale že je třeba jej začlenit do systému soukromého práva. Ust. § 9 odst. 2 OZ tvoří z občanského zákoníku *lex generalis* v oblasti majetkových a osobních práv, tedy stanovuje užití občanského zákoníku v těch případech, kde neexistuje jiná speciální právní úprava. Zákon o zadávání veřejných zakázek je tedy *lex specialis* k občanskému zákoníku a tam, kde ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek danou problematiku neupravují, nebo ji upravují jen částečně, se použijí obecná ustanovení občanského zákoníku.

¹¹ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny.*, s. 44.

¹² Ústavní soud ČR vyjádřil tuto myšlenku v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 33/2000 ze dne 10. 1. 2011: „*V současné době není soukromé a veřejné právo odděleno „čínskou zdí“. Dochází k častějšímu, užšímu prolínání, kombinaci i vzájemnému ovlivňování prvků soukromoprávních a veřejnoprávních“.*

¹³ DVOŘÁK, David. *Zadávaní veřejných zakázek v systému práva.*

¹⁴ ŠEBESTA, M., PODEŠVA V. a OLÍK M. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem.* s. 57 a 58.

1.3 Povaha norem zákona o zadávání veřejných zakázek

Ze závěru učiněného v předchozí podkapitole vyplývá poměrně logická otázka o povaze norem uvedených v zákoně o zadávání veřejných zakázek. Jedná se o normy kogentní, nebo se jedná o normy dispozitivní a jejich adresáti se od nich mohou odchýlit?

Účelem vzniku zadávacích směrnic, a tedy i zákona o zadávání veřejných zakázek, je odstranění diskriminace, transparentní proces zadávání veřejných zakázek a hospodárné, efektivní a účelné vynaložení veřejných prostředků.¹⁵ Dále se k těmto hlavním účelům přiřazuje ještě zajištění otevřené hospodářské soutěže.¹⁶ Tyto principy jsou nyní zakotveny přímo v právních předpisech týkajících se veřejných zakázek a historicky k nim došla i judikatura.¹⁷

Evropská unie se tuto oblast rozhodla regulovat, jelikož z jejího pohledu je vnímána jako jeden z hlavních prvků pro vytváření jednotného vnitřního trhu. Dále nelze zapomenout na další cíl právní úpravy veřejných zakázek, kterým je uzavření kvalitního a vyváženého smluvního vztahu mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem.¹⁸

Položme nyní výše uvedené cíle a východiska právní úpravy veřejných zakázek tzv. testu kogentnosti¹⁹. Jak již z textace tohoto testu vyplývá, od znění zákona se lze odchýlit pouze dohodou. Avšak v zadávacím řízení se o dohodě stran (pomineme-li na tomto místě jednací řízení) příliš hovořit nedá. Primárně se jedná o jednostranné úkony účastníků, které na sebe vzájemně navazují. Výsledkem takovýchto úkonů je pak obsah smlouvy a determinace jejích účastníků. Ti pak nemají prostor pro odchýlení, musí smlouvu uzavřít ve znění, které se vykristalizovalo v průběhu zadávacího řízení.

¹⁵ MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ, . *Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek* [online].

¹⁶ Odst. 1 a 2 preambule směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

¹⁷ Srov. rozsudek SD EU sp. zn. C-337/98 ze dne 5. 10. 2000, rozsudek SD EU sp. zn. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008, rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, rozsudek NSS sp. zn. 8 Afs 60/2009 ze dne 31. 5. 2010 nebo rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 43/2012 ze dne 11. 1. 2013.

¹⁸ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 2.

¹⁹ § 1 odst. 2 OZ: Nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.

Lze se však setkat s názorem, který určitou právní konstrukcí dovozuje ujednání stran i v případě zadávacího řízení. Primárně tato konstrukce vychází z veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku²⁰, přitom na zadávací řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek lze pohlížet jako na její speciální formu²¹. Dovozuje se, že vyhlášení zadávacího řízení se blíží návrhu na uzavření smlouvy o smlouvě budoucí. Zájemce, který poté do řízení podá nabídku, tím také akceptuje takový návrh a dojde k uzavření smlouvy o smlouvě budoucí. K akceptaci dojde, aniž by zájemce měl možnost měnit parametry zadávacího řízení, jedná se tedy z jeho strany o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem (vztaženo k oné hypotetické smlouvě o smlouvě budoucí). Pak lze uvažovat o určité dohodě mezi zadavatelem a dodavatelem o odchýlení se od norem zákona o zadávání veřejných zakázek, avšak pouze u těch ustanovení, u kterých formou podání nabídky může k dohodě mezi zadavatelem a dodavatelem dojít. S jistotou jsou tedy vyloučena ta ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek, která zadavateli přikazují určitý postup v řízení²² nebo kroky, které předcházejí samotnému vyhlášení zakázky. A contrario lze tedy o dispozitivnosti uvažovat zejména u ustanovení, která upravují podobu zadávacích podmínek, tedy zejména u obsahu zadávací dokumentace.²³

Avšak i předchozí úvahu o možné „kvazidohodě“ je nutné interpretovat podle smyslu a zásad zadávacího řízení. Zcela jistě se tedy nelze odchýlit od těch norem zákona o zadávání veřejných zakázek, které zaručují a rozvíjejí zásady zadávání veřejných zakázek uvedené v § 6 ZZVZ a dále těch ustanovení, které hájí hospodárné, efektivní a účelné vynaložení veřejných prostředků. V tomto lze navázat i na znění ust. § 1 odst. 2 OZ, neboť zájem na účelném vynaložení veřejných prostředků lze podřadit pod obecnější pojem veřejný pořádek a zásady uvedené v § 6 ZZVZ lze zařadit pod obecnější pojem dobré mravy²⁴. Při odchýlení se od norem, které tyto zásady rozvíjejí a utvrzují, by tedy došlo k porušení základních podmínek testu kogentnosti. Otázkou však zůstává, zda ujednání odlišná od zákona, ale utvrzující dané zásady, by byla platná nebo nikoliv.

²⁰ § 1772 a násl. OZ.

²¹ ELIÁŠ Karel a DVOŘÁK Tomáš, kapitola 5, s. 79 in: BEJČEK, J., ELIÁŠ K. a RABAN P. *Kurs obchodního práva*.

²² Tedy ustanovení upravující režim zakázky, způsob zveřejnění výzvy, způsoby hodnocení nabídek atd.

²³ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 27 – 28.

²⁴ Např. V. Knapp uvádí: „že tam, kde je společenský zájem velmi intenzivní, nastupují normy kogentní“ (KNAPP, Viktor. O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heterogenním a autonomním). s. 9).

Pokud bychom došli k závěru, že taková ujednání jsou platná, jednalo by se o jednostrannou dispozitivnost příslušných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek.

Dalším důležitým faktorem je nepochybně § 268 a násl. ZZVZ upravující správní delikty zadavatele. Bezpochyby nelze dovodit dispozitivnost norem, jejichž porušením se zadavatel dopustí správního deliktu.²⁵ Takové normy jsou kogentní, a to zřejmě i pokud by došlo k odchýlení se ve prospěch hodnoty, kterou ochraňují.

1.4 Shrnutí

Primárním pramenem práva veřejných zakázek je zákon o zadávání veřejných zakázek. Právní úprava vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem je i přes svoji vysokou formalizovanost stále právem soukromým. Tedy i na proces zadání a realizace veřejné zakázky se kromě zákona o zadávání veřejných zakázek uplatní též subsidiárně občanský zákoník a případně další předpisy soukromého práva. Zákon o zadávání veřejných zakázek obsahuje (v části, kterou lze pokládat za soukromoprávní úpravu) převážně normy kogentní. To však nic nemění na skutečnosti, že stále platí zásada autonomie vůle a základní zásada „*co není zakázáno, je dovoleno*“ byť oboje je značně svázané jak ustanoveními zákona o zadávání veřejných zakázek, tak hlavně základními zásadami zadávacího řízení dle § 6 ZZVZ. Veřejný zadavatel tedy v případě zadávání veřejné zakázky vystupuje jako subjekt soukromého práva a jakýkoliv dodavatel má vůči němu víceméně rovné postavení – na rozdíl od práva veřejného, kdy zadavatel může vystupovat jako orgán veřejné moci a ten samý dodavatel může být v postavení podřízeného subjektu.

²⁵ KNAPP Viktor a KNAPPOVÁ Marta, Hlava devátá, § 3, s. 103 in: KNAPPOVÁ, M. a ŠVESTKA J. *Občanské právo hmotné*.

2. Kontrakční proces ve veřejných zakázkách

V předchozí kapitole jsme dospěli k závěru o soukromoprávním postavení zadávacího řízení (obdobně též D. Loukotová a M. Šebesta²⁶ nebo NSS v rozsudku 5 Afs 77/2010 ze dne 19. 10. 2011) a smíšeném charakteru úpravy problematiky veřejných zakázek. Jednou ze základních zásad celého soukromého práva je zásada autonomie vůle. Tato zásada se projevuje zejména možnostmi soukromoprávních subjektů utvářet soukromoprávní vztahy dle své svobodné vůle, tedy možnostmi výběru, zda dojde k uskutečnění právně relevantního chování, jaký bude jeho obsah a vůči komu bude směřováno.²⁷ Oproti tomu právo veřejných zakázek vyvěrá z jiných zásad, zejména pak ze zásady rovného zacházení, transparentnosti a efektivnosti. Tyto zásady mohou být se zásadou autonomie vůle v rozporu a pak je třeba hledat proporcionalní průnik takových zásad. Na základě střetu zásady autonomie vůle a zásad veřejných zakázek budeme dále rozvíjet specifickou kontrakční proces ve veřejné zakázce.

Obecně se procesem uzavření smlouvy chápe sled kroků a postupů, jejichž výsledkem je vzniklá smlouva. Z právního pohledu samotný kontrakční proces začíná v okamžiku, kdy dojde k projevení úmyslu uzavřít smlouvu navenek vůči potencionálním smluvním partnerům. Od tohoto bodu lze sledovat právě onen sled kroků a postupů budoucích smluvních stran (a to i potencionálních smluvních stran, byť se nakonec účastníky smlouvy nestanou). Přesné stanovení konce kontrakčního procesu již tak snadné bohužel není. Můžeme rozlišovat konec kontrakčního procesu jako okamžik, kdy dojde ke konsensu stran, a strany si tak potvrdí uzavření smlouvy, ale také jako okamžik, kdy dojde k uzavření platné smlouvy.²⁸

V žádném případě se nejedná o shodné pojmy, neboť v prvně zmiňovaném případě se bude jednat i o smlouvy z nějakého důvodu neplatné, zdánlivé, protiprávní atd. Na druhou stranu zasadit konec kontrakčního procesu až k okamžiku vzniku platné smlouvy značně rozšiřuje danou problematiku o zkoumání všech potřebných podmínek pro vznik smlouvy, tj. např. soulad se zákonem, způsobilost stran apod. V této práci nás

²⁶ LOUKOTOVÁ, D. a ŠEBESTA M. Je skutečně třeba striktně lpět na formě žádosti o účast v zadávacím řízení?.

²⁷ HURDÍK, Jan. *Občanské právo hmotné*. s. 71.

²⁸ HULMÁK, Milan. *Uzavírání smluv v civilním právu*. s. 1.

samozřejmě zajímá uzavření platné smlouvy, na druhou stranu situaci zjednodušíme tím, že nadále budeme předpokládat, že podmínky souladu se zákonem, dostatečného projevu vůle apod. jsou splněny. Z tohoto pohledu nám situaci též značně zjednodušuje vysoce formalizovaná právní úprava vzniku smlouvy ve veřejné zakázce, která sama o sobě příliš prostoru pro neplatnost smlouvy (při dodržení postupů dle zákona o zadávání veřejných zakázek) neposkytuje.²⁹

Nejčastějším způsobem uzavření smlouvy je učinění návrhu (oferty) oferentem oblátovi a následné přijetí takového návrhu (akceptace). Jedná se v podstatě o sled dvou jednostranných právních jednání. Nejde však o jediný způsob uzavírání smlouvy. Mezi příklady, kdy nelze jednoznačně identifikovat návrh a přijetí, a přesto dojde k uzavření smlouvy, lze zařadit např. přípravu obsahu smlouvy třetí osobou, konkludentní pokračování v zaniklém závazku apod.³⁰

Zadávací řízení je z tohoto pohledu vysoce formalizovaným kontraktačním procesem s řadou různých specifik. Tato se dále odlišují i v rámci jednotlivých druhů zadávacího řízení. Nejblíže k nejčastějšímu způsobu kontraktace, tj. učinění návrhu a jeho akceptace, je jednací řízení bez uveřejnění (JŘBU) dle § 63 a násl. ZZVZ naopak nejvíce formalisticky pojaté a od tohoto způsobu nejvíce odchýlené je otevřené řízení dle § 56 a násl. ZZVZ. Dále se budeme zabývat primárně právě otevřeným řízením v nadlimitním režimu, jakožto nejvíce formalisticky pojatým řízením. Podle postupů v tomto řízení bude analyzován celý kontraktační proces ve veřejné zakázce. Na konci pak uvedeme odchylky ostatních druhů řízení od závěrů učiněných v návaznosti na otevřené řízení.

Nadále budeme dělit kontraktační proces v případě veřejné zakázky na dvě fáze, a to fázi předkontraktační a fázi kontraktační. Za předkontraktační fázi budeme označovat postupy od vyhlášení veřejné zakázky do okamžiku před výběrem nejvhodnější nabídky (tj. tu část kontraktačního procesu, během které dochází k determinaci obsahu závazku a okruhu budoucích kontraktačních partnerů) a za fázi kontraktační pak úkony počínající výběrem nejvhodnější nabídky až do uzavření smlouvy (tj. tu část, ve které dochází k výběru kontraktačního partnera a k uzavření smlouvy). Na základě tohoto rozdělení lze

²⁹ HULMÁK, Milan. *Uzavírání smluv v civilním právu*. s. 1 – 3.

³⁰ HULMÁK, Milan, op. cit., s. 50.

řící, že fázi předkontrakční pokrývá zákon o zadávání veřejných zakázek velice detailně³¹, kdežto fáze kontrakční je upravena o poznání méně³² a je v zásadě ponechána úpravě obecné.³³

Záměrem celé této kapitoly je analýza zadávacího řízení z pohledu kontrakčního procesu, tedy zejména porovnání zvláštní právní úpravy vztahující se na veřejné zakázky s obecnou právní úpravou dané problematiky. Toto porovnání se v případě předkontrakční fáze bude týkat převážně doplňování skutečností výslovně neupravených jinak detailní úpravou zákona o zadávání veřejných zakázek úpravou obecnou (a též aplikovatelností obecné úpravy na takto zjištěné skutečnosti), kdežto u kontrakční fáze se bude jednat primárně o použití úpravy obecné s modifikacemi úpravy zadávacího řízení³⁴.

2.1 Předkontrakční fáze v zadávacím řízení

Z hlediska samotného zahájení kontrakčního procesu není žádný z účastníků zadávacího řízení nikterak omezen. Zadavatel není nikterak omezován v rozhodnutí, zda hodlá vstoupit do závazku. Toto rozhodnutí je činěno naprosto svobodně a bez zásahu právní úpravy veřejných zakázek. Stejně tak je na autonomní vůli dodavatele, zda se výběrového řízení hodlá zúčastnit a ucházet se tak o veřejnou zakázku (tedy opět zda hodlá vstoupit do závazku).

U rozhodnutí, zda o vstup do závazku mám zájem, však neomezená autonomie vůle pro veřejného zadavatele končí. Ve chvíli, kdy veřejný zadavatel učiní rozhodnutí o vůli závazek uzavřít, musí též učinit alespoň obecnou představu o obsahu takového závazku. Pokud obsah zamýšleného závazku lze podřadit pod definici veřejné zakázky na dodávky, služby nebo stavební práce dle § 14 ZZVZ, nemá veřejný zadavatel jinou možnost, než postupovat v dalším procesu kontraktace podle zákona o zadávání

³¹ Patří sem rozdělení na jednotlivé druhy řízení, postupy v nich atd.

³² Týká se jí především § 124 až § 126 a § 246 ZZVZ.

³³ DVORÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 46.

³⁴ Tj. zejména ustanoveními § 124 až § 126 ZZVZ a dále základními zásadami podle § 6 ZZVZ.

veřejných zakázek³⁵. Z obsahu, respektive předmětu, zamýšleného závazku pak veřejný zadavatel musí určit jeho předpokládanou hodnotu podle § 16 a násl. ZZVZ. Na základě těchto základních konstrukčních rysů budoucího závazku zákon o zadávání veřejných zakázek stanoví veřejnému zadavateli postup pro vedení předkontrakční i kontrakční fáze. Dokonce je možné se z působnosti zákona o zadávání veřejných zakázek téměř vymanit, a to v případě veřejné zakázky malého rozsahu (VZMR), u které nemusí veřejný zadavatel postupovat dle zákona o zadávání veřejných zakázek a může vést kontrakční jednání limitované pouze zásadami dle § 6 ZZVZ³⁶.

2.1.1 Zahájení řízení

Veřejný zadavatel zahajuje zadávací řízení podle § 56 ZZVZ odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění. Toto oznámení musí uveřejnit zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek a dále v Úředním věstníku Evropské unie. Zadavatel tedy nezahajuje zadávací řízení přímým oslovením konkrétního subjektu, ale činí výzvu vůči předem neomezenému okruhu uchazečů.

Zadavatel též musí zveřejnit zadávací podmínky³⁷ pro dodavatele. Ty, společně se zákonem o zadávání veřejných zakázek, tvoří celkový právní rámec konkrétního zadávacího řízení. Součástí zadávacích podmínek jsou obecné podmínky kvalifikace, technické podmínky vymezující předmět zakázky, právní podmínky zakázky a případně další zadavatelem požadované podmínky. Zadávací podmínky nesmí vybočovat ze základních zásad zadávacího řízení dle § 6 ZZVZ a dále musí být dostatečně jasné a přesné (srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 Afs 87/2008 ze dne 26. 3. 2009).

Takto stanovenými podmínkami zadavatel dává najevo svou představu o předmětu budoucí smlouvy a okruhu možných kontrakčních partnerů. Svou povahou by se mohlo zdát, že toto jednání zadavatele naplňuje znaky oferty dle § 1731 a násl. OZ, avšak není tomu tak. Je třeba vycházet z toho, že zadávací řízení je teoreticky speciální formou veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku. V teoretické rovině je tak stanovení

³⁵ Byť je možné, že konkrétní řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek nakonec použita nebudou.

³⁶ § 27 ve spojení s § 31 ZZVZ.

³⁷ § 36 a § 96 ZZVZ.

zadávacích podmínek určitým ekvivalentem vůči výzvě k podávání nabídek dle § 1772 OZ, nebo ještě obecněji se jedná o invitatio ad offerendum ve smyslu § 1733 OZ – tedy jedná se o pouhou výzvu k podání nabídek³⁸. Zadavatel tím tedy pouze nabádá potenciální dodavatele k podání nabídky, přičemž zadávací podmínky (a lhostejno jak podrobné) jsou v podstatě pouze vyjádřením představy zadavatele o tom, jak by nabídka uchazeče měla vypadat, aby pro zadavatele byla akceptovatelná.

Po vyhlášení zadávacího řízení má zadavatel právo dispozice s ním, a to *ex lege*³⁹. Tedy na rozdíl od veřejné soutěže, kde si musí vyhlášovatel takové právo vyhradit v jejích podmínkách⁴⁰, může zadavatel vyhlášené podmínky zadávacího řízení měnit, nebo zadávací řízení úplně zrušit. Avšak i zde má jednoznačně stanovená pravidla. Při změně zadávacích podmínek musí postupovat podle § 99 ZZVZ, kdy z pohledu kontrakčního procesu je stěžejním omezením možnost změny zadávacích podmínek pouze do uplynutí lhůty pro podání nabídek. Zrušit celé zadávací řízení pak smí zadavatel pouze v případech uvedených v § 127 ZZVZ. Obě ustanovení mají kogentní povahu. Zákon pomocí nich stanovuje předpoklady a způsoby, jakými lze podmínky zadávacího řízení změnit, nebo jej celé zrušit. Případná modifikace zákonných možností by tedy znamenala stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem, což je správní delikt zadavatele ve smyslu § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ.⁴¹

2.1.2 Nabídka uchazeče

Dodavatel vyjadřuje svou vůli vstoupit do závazku podáním nabídky do zadavatelem vypsání zadávacího řízení⁴². Nabídka musí reflektovat zadávací podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci. Zákon vyžaduje pro podání nabídky elektronickou nebo listinnou formu. V případě elektronické formy se nabídka

³⁸ V této větě nabídek ve smyslu civilního práva, tedy ofert, nikoliv nabídek dodavatelů ve smyslu zákona o zadávání veřejných zakázek.

³⁹ Avšak za podmínek dle § 36 odst. 7 ZZVZ.

⁴⁰ § 1774 OZ.

⁴¹ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 268 odst. 1 písm. b).

⁴² § 47 odst. 1 písm. b) ZZVZ „*Dodavatel se stává účastníkem zadávacího řízení v okamžiku kdy ... b) podá žádost o účast nebo nabídku*“.

podává prostřednictvím zadavatelem stanoveného elektronického nástroje, v případě listinné formy pak v řádně uzavřené a označené obálce.⁴³

Samotnému obsahu nabídky se věnuje § 103 ZZVZ. Na základě tohoto ustanovení je zadavatel zmocněn v zadávacích podmínkách určit minimální obsah nabídky, který bude od dodavatelů vyžadovat. Zadavatel obligatorně musí požadovat předložení údajů, dokumentů, vzorků nebo modelů, které potřebuje k posouzení splnění podmínek účasti k řízení⁴⁴ a které potřebuje k hodnocení nabídek⁴⁵. Takto legislativně pojatý obsah nabídek je velmi široký a dává zadavateli velký manévrovací prostor. Stanovení povinného obsahu nabídek je ze strany zadavatele jedním ze stěžejních úkolů v zadávacím řízení a jedná se o základní prvek zadávacích podmínek.

Přestože zákon hovoří jak v případě § 103 odst. 1 písm. a) tak i písm. b) ZZVZ o předložení údajů, vzorků nebo modelů, a tato ustanovení se mohou zdát na první pohled duplicitní, není tomu tak. V případě § 103 odst. 1 písm. a) musí uchazeč předložit podklady, které umožňují jeho nabídku hodnotit dle kritérií stanovených zadavatelem v souladu s ust. § 114 ZZVZ. V drtivé většině případů se tedy bude jednat o nabídkovou cenu a dále např. o výčet nákladů na pravidelný servis, záruční dobu apod. V případě § 103 odst. 1 písm. b) se pak bude jednat o tzv. minimální standard, který musí nabídka splnit, aby vůbec mohla být připuštěna k hodnocení. Toto ustanovení je tedy třeba vnímat v souvislosti s § 37 odst. 1 ZZVZ a obsahem pojmů *dokumenty, vzorky nebo modely* jsou podklady prokazující zadavatelem požadované vlastnosti nabízeného plnění nebo podklady prokazující způsobilost uchazeče plnit předmět veřejné zakázky. Nejčastěji se tedy bude jednat o předložení oprávnění k provádění konkrétních činností, technický popis předmětu zakázky, nakládání s autorskými právy atd.

Množství předkládaných podkladů tak stanovuje zadavatel v zadávacích podmínkách. Požadovaný obsah nabídek tak může být na jedné straně velmi minimalistický a taková nabídka bude obsahovat pouze identifikační údaje uchazeče, údaje, které jsou předmětem hodnocení, a čestné prohlášení o tom, že technické řešení uchazeče splňuje veškeré požadavky zadavatele. Až v případě úspěchu v zadávacím

⁴³ § 107 ZZVZ.

⁴⁴ § 103 odst. 1 písm. b) ZZVZ.

⁴⁵ § 103 odst. 1 písm. a) ZZVZ.

řízení doloží vybraný uchazeč splnění zadávacích podmínek relevantními doklady. Na druhé straně spektra stojí maximalisticky pojatý obsah nabídek, kdy zadavatel požaduje prokázání kvalifikace uchazeče relevantními dokumenty, přesný technický popis navrhovaného plnění, různé certifikace apod. – tedy podklady, které v případě minimalistické verze požaduje pouze po vítězném uchazeči. Pánem obsahu nabídky je tedy zadavatel, který v každém zadávacím řízení může požadovat obsah nabídky v mantinelech daných *minimalistickou* a *maximalistickou* verzí nabídky.⁴⁶

Na rozdíl od § 68 ZVZ nestanovuje zákon o zadávání veřejných zakázek povinnost uchazeče doručit spolu s nabídkou též návrh smlouvy podepsaný osobou oprávněnou jednat za uchazeče. Důvodová zpráva k zákonu o zadávání veřejných zakázek k tomu dodává: „*Podstatnou změnou je vyjmutí povinnosti spolu s nabídkou předložit podepsaný návrh smlouvy dodavatelem. To však nebrání tomu, aby zadavatel v zadávací dokumentaci předložení návrhu smlouvy požadoval a ani tomu, aby zadavatel předepsal závazný obsah návrhu smlouvy.*“⁴⁷

Vypuštění tohoto požadavku je vcelku logické, neboť za platnosti zákona o veřejných zakázkách docházelo ze strany vítězného uchazeče vlastně k dvojímu podepsání smlouvy. Nejprve musel text smlouvy podepsat, aby jeho nabídka vůbec mohla postoupit do fáze hodnocení, a podruhé po uplynutí lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. § 82 odst. 4 ZVZ dokonce ukládal povinnost uchazeči poskytnout potřebnou součinnost při uzavření smlouvy a její neposkytnutí sankcionoval možností zadavatele uzavřít smlouvu s uchazečem, který se umístil druhý v pořadí. Přitom logicky by se mohlo zdát, že k takové situaci nemůže vlastně nikdy dojít, protože vítězný uchazeč učinil zadavateli ofertu, a to se všemi náležitostmi dle § 1732 odst. 1 OZ, a zadavatel mohl jednoduchou akceptací ve smyslu § 1740 odst. 1 OZ takovou ofertu přijmout, čímž by došlo k uzavření smlouvy. To nicméně dle dikce § 82 odst. 4 ZVZ možné nebylo, protože z pohledu zákona o veřejných zakázkách se nejednalo o ofertu, ale o splnění zákonem stanovených zadávacích podmínek. Pokud vítězný uchazeč odmítl poskytnout součinnost k uzavření smlouvy,

⁴⁶ JURČÍK, Radek. Náležitosti nabídky jako návrhu na uzavření smlouvy podle nového zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁴⁷ Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. § 107.

musel zadavatel vyzvat druhého, případně třetího, uchazeče v pořadí. Pokud ani třetí uchazeč neposkytl součinnost, nezbylo zadavateli nic jiného, než zadávací řízení zrušit⁴⁸, a to i přesto, že měl k dispozici platnou ofertu všech tří uchazečů. Zahrnutí podepsaného návrhu smlouvy do nabídky tedy ve světle znění zákona o veřejných zakázkách bylo pouhým formalismem nutným pro připuštění nabídky do dalších fází zadávacího řízení, avšak bez jakýchkoliv dalších právních konsekvencí.

Byť tedy vypuštění povinnosti poskytnout spolu s nabídkou též návrh textu smlouvy včetně podpisu uchazeče lze považovat za správný krok, vzniklo zde určité vakuum ve smyslu vzniku finální písemné podoby uzavírané smlouvy. V zásadě mohou nastat tři varianty:

- a) zadavatel určí znění textu smlouvy v podmínkách zadávacího řízení sám a dodavatel jej musí přijmout, nebo se zadávacího řízení vůbec neúčastnit;
- b) zadavatel ponechá znění textu smlouvy na uchazečích a pouze si vymíní, že jeho znění musí být součástí nabídky;
- c) zadavatel v zadávacích podmínkách písemné vyhotovení smlouvy vůbec řešit nebude a ani jej nebude požadovat jako součást nabídek.

Ad a): Pro zadavatele je tato varianta nejpříznivější a zároveň nejbezpečnější. Nemůže se mu stát, že vítězný uchazeč zahrne do textu smlouvy ustanovení, která nejsou v rozporu se zadávacími podmínkami, avšak jsou pro zadavatele neakceptovatelná. Jelikož by neexistoval důvod k vyloučení nabídky uchazeče, vznikla by tím zadavateli kontraktační povinnost ve smyslu § 124 odst. 1 ZZVZ. Z pohledu uchazeče je naopak tato varianta nejméně přívětivá, jelikož není reálně schopen ovlivnit znění smlouvy. Zadavatelem poskytnutý vzor smlouvy se tak vlastně blíží podobou smlouvě formulářové (o této problematice v následujících kapitolách).

Ad b): V tomto případě se situace obrací a znění textu smlouvy je ponecháno na kreativitu uchazeče, který je omezen pouze zněním podmínek zadávacího řízení a zákonem o zadávání veřejných zakázek. Je proto vhodné, aby zadavatel v podmínkách zadávacího řízení konkrétně formuloval jak instituty, které smlouva obsahovat musí⁴⁹,

⁴⁸ § 82 odst. 1 písm. c) ZVZ.

⁴⁹ Např. smluvní pokuty při nedodržení termínu dodání apod.

tak i instituty, které obsahovat nesmí⁵⁰, jelikož je to jediný způsob, jak může budoucí znění smlouvy ovlivnit. Jak již bylo uvedeno výše, v případě výběru vítězného uchazeče vzniká zadavateli kontraktační povinnost a může se tak snadno dostat do situace, kdy bude nucen uzavřít smlouvu, se kterou nebude beze zbytku souhlasit.

Ad c): Tento způsob vzniku textu smlouvy je dle názoru autora neproblematičtější. Zákon nestanovuje, kdo by v takovém případě měl text smlouvy připravit⁵¹. Ani důvodová zpráva jasnější odpověď nepřináší. Nesporné je, že ve stěžejních bodech musí text smlouvy odpovídat nabídce uchazeče, jinak by došlo k rozporu se základními zásadami zadávacího řízení. Avšak tato jasná úvaha nedává odpověď na znění doprovodných ustanovení, která se ve smlouvě mohou objevit. Je např. zadavatel oprávněn požadovat v textu smlouvy ustanovení o smluvní pokutě v případě prodloužení uchazeče s plněním předmětu veřejné zakázky, aniž by tento úmysl předtím uvedl v zadávacích podmínkách? Nebo se jedná o vybočení ze základních zásad zadávacího řízení? A smí zadavatel a vítězný uchazeč jednat o textu smlouvy za podmínky zachování stěžejních bodů vycházejících z nabídky uchazeče? To jsou vše otázky, na které bude muset v budoucnu odpovědět praxe, zejména pak rozhodovací praxe ÚOHS a správních soudů.

Z pohledu zadavatele je právně nejjistější stanovit znění textu smlouvy přímo v zadávacích podmínkách. Lze předpokládat, že zadavatel je dostatečně znalý právní úpravy veřejných zakázek, a tak se ve vlastním zájmu vyvaruje takového znění, které by bylo v rozporu se zákonem. Navíc lze důvodně předpokládat, že veřejný zadavatel bude obsah smlouvy tvořit konzervativněji a více „mainstreamově“, tedy obecně uchazečům nebude činit jeho pouhé přijetí větší obtíže. Tyto jistoty zadavatel u způsobu tvorby textu způsobem b) a c) nemá, čímž riskuje zmaření zadávacího řízení, popřípadě nekvalitní závazek s budoucím smluvním partnerem. Proto lze veřejným zadavatelům více než doporučit, aby text smlouvy byl již součástí zadávacích podmínek, což např. u veřejných zakázek dlouhodobějšího charakteru platí dvojnásob.

⁵⁰ Např. většina zadavatelů nebude pravděpodobně ochotna akceptovat text smlouvy, který bude obsahovat rozhodčí doložku k rozhodci určenému ad hoc, nebo např. k rozhodčímu soudu zřízenému při mezinárodní organizaci (např. ICC), byť by se jednalo o renomovaný rozhodčí soud.

⁵¹ Přesněji zákon o zadávání veřejných zakázek tento problém neřeší u žádné z možných variant, avšak u zbylých je problém způsobem jejich konstrukce vyřešen.

Důležitý je též vztah obsahu nabídky vítězného uchazeče a uzavřené smlouvy. Ust. § 124 odst. 4 ZZVZ stanovuje, že „*smlouvu je zadavatel povinen uzavřít v souladu s nabídkou vybraného dodavatele*“. Tedy smlouva musí v zásadě vycházet z podané nabídky. Avšak jaký je vztah samotné nabídky (popřípadě i zadávacích podmínek) a výsledné smlouvy? Stará úprava obsažená v zákoně o veřejných zakázkách stanovovala, že zadavatel uzavře smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče⁵². Avšak o vztahu mezi obsahem nabídky a obsahem smlouvy pomlčela. V odborné literatuře se k dané problematice vyjádřil D. Dvořák (ve vztahu k § 82 ZVZ), který zastává názor, že obsah závazku tvoří pouze samotná smlouva a k ostatním částem nabídky, které se nedostaly do obsahu smlouvy, je třeba přihlížet jako k interpretačním pomůckám při výkladu smlouvy⁵³. Dále (za účinnosti zákona o veřejných zakázkách) se de lege ferenda přiklání k tomu, „*aby ZVZ vhodným způsobem stanovil, že pro obsah práv a povinností je určující rovněž nabídka uchazeče a zadávací podmínky, pokud nejsou ve smlouvě uvedeny*“⁵⁴.

Otázkou zůstává, zda nová právní úprava veřejných zakázek mění vzájemné postavení nabídky a smlouvy oproti úpravě původní? Zákon o zadávání veřejných zakázek již neukládá povinnost uchazeče vložit do podané nabídky též podepsaný návrh smlouvy a tedy ani neobsahuje ustanovení podobné ust. § 82 odst. 2 ZVZ, pouze stanovuje povinnost uzavřít smlouvu v souladu s podanou nabídkou. Z tohoto pohledu tedy nedošlo k výraznému posunu, protože současná právní úprava, stejně jako ta minulá, nevtahuje obecně obsah nabídky (potažmo zadávacích podmínek) do obsahu výsledného závazku. Tedy na závěru D. Dvořáka učiněnému ve vztahu k § 82 odst. 2 ZVZ nová právní úprava nic nezměnila.

Avšak nesmíme zde zapomínat na subsidiární použití občanského zákoníku. Ten v § 556 odst. 2 říká, že při výkladu projevu vůle se přihlédně i k tomu, co právnímu jednání předcházelo. L. Tichý k tomu dodává: „*Především je třeba brát v úvahu přípravu dotčených stran směřující k uzavření předmětného právního jednání. K tomu patří především předběžná jednání a korespondence. Přihlížet je třeba např. i k neformálním*

⁵² § 82 odst. 2 ZVZ.

⁵³ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 51.

⁵⁴ DVOŘÁK, David, tamtéž.

ujednáním. *Odchyluje-li se znění uzavřené smlouvy od předchozích návrhů, nelze z toho dovozovat, že podmínky předchozí dohody by měly být beze zbytku převzaty do uzavřené smlouvy. Relevantní jsou i podklady, jež si strany vyměnily, jako např. prospekty, katalogy, ceníky a projevy vůle označené jako "memorandum of understanding".*⁵⁵ A J. Handlar dále dodává: „*Výčet kritérií uvedených v ustanovení § 556 odst. 2 není vyčerpávající, zohlednit lze, resp. je třeba všechny další skutečnosti, které mohou přispět k objasnění obsahu právního jednání.*“⁵⁶

V návaznosti na výše uvedené je nesporné, že zadávací podmínky a podaná nabídka budou součástí smlouvy jako výkladová pomůcka. Dále např. v případě, kdy vyčerpávající specifikace předmětu zakázky nebude převzata do textu smlouvy, lze mít za to, že i tak je součástí smlouvy (podobně jako v komentáři zmíněné katalogy nebo ceníky). Takto lze do obsahu závazku vtáhnout i části zadávacích podmínek a nabídky, které jsou pro formování obsahu smlouvy relevantní.

Avšak v případě sporu o výklad smlouvy se jedná stále jen o podpůrná výkladová pravidla a neexistuje tak nezpochybnitelné začlenění zadávacích podmínek a nabídky vítězného uchazeče do obsahu závazku ex lege tak, jak po něm volá D. Dvořák. Z pohledu právní předvídatelnosti a jistoty je tedy vhodné začlenit zadávací podmínky a vítěznou nabídku přímo do textu smlouvy např. formou přílohy.

2.1.3 Podání nabídky

Dodavatel může podat nabídku ve lhůtě, kterou stanoví zadavatel. Ten je při stanovení lhůty pro podání nabídek jednostranně omezován zákonem o zadávání veřejných zakázek – nesmí lhůtu stanovit kratší, než uvádí zákon. Pro otevřené řízení v nadlimitním režimu jsou minimální lhůty uvedeny v § 57 ZZVZ, přičemž základní lhůta činí nejméně 30 dnů. Zákon o zadávání veřejných zakázek dále stanovuje skutečnosti, na základě kterých musí zadavatel již běžící lhůtu prodloužit⁵⁷.

⁵⁵ TICHÝ Luboš, § 556 in: ŠVESTKA, J., DVOŘÁK J. a FIALA J. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1-645, obecná část).* § 556 odst. 2.

⁵⁶ HANDLAR Jiří, § 556 in: LAVICKÝ, P. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654).* Komentář. s. 1995

⁵⁷ Např. při změně zadávacích podmínek dle § 99 ZZVZ.

Z pohledu soukromoprávního má podání nabídky uchazečem povahu oferty. Vzhledem k absenci požadavku předložit současně s nabídkou též plné znění smlouvy může vyvstat otázka, zda nabídka bude vždy splňovat náležitosti oferty, tj. bude obsahovat podstatné náležitosti smlouvy ve smyslu § 1732 odst. 1 OZ.

Pod pojem podstatné náležitosti smlouvy u nominálních smluv podřadíme zákonné požadavky pro daný konkrétní typ smlouvy. Splněním těchto zákonných požadavků se právní vztah zadavatele a budoucího vítězného uchazeče podřadí pod konkrétní smluvní typ a nastávají zákonem předpokládané následky. Složitější je výklad tohoto pojmu u smluv inominálních, protože zákon nikterak nestanovuje obsah takového závazku. Pojem podstatné náležitosti smlouvy je tedy u inominálních smluv širší, protože kromě základních parametrů smlouvy musí též obsahovat zamýšlený právní následek.⁵⁸

Obsah nabídky je velmi závislý na požadavcích zadavatele v zadávací dokumentaci (srov. kapitolu 2.1.2). Avšak vždy bude obsahovat identifikační údaje uchazeče, nabídkovou cenu a způsob plnění předmětu veřejné zakázky. Bez toho by se nemohlo jednat o nabídku uchazeče v zadávacím řízení. I v případě, že uchazeč pouze čestně prohlásí, že jím nabízené plnění splňuje požadavky zadavatele, se bude dle názoru autora jednat o dostatečné určení podstatných náležitostí smlouvy, protože takové čestné prohlášení lze považovat za odkaz na zadávací podmínky. A oferta stanovující část podstatných náležitostí odkazem je určitá⁵⁹. Z toho vyplývá, že nabídka splňující parametry pro zařazení do zadávacího řízení je způsobilá též býtí ofertou.

Jak již bylo několikrát uvedeno, nabídky uchazeči podávají v zadavatelem stanovené lhůtě pro podání nabídek. Zároveň jsme v předchozím odstavci dovedli, že nabídka má právní povahu oferty ve smyslu § 1731 a násl. OZ. Od kdy však lze nabídku přičítat účinky oferty? Ze soukromoprávního pohledu je nabídka právním jednáním vůči nepřítomné osobě ve smyslu § 570 a násl. OZ. Tedy obecně podání nabídky uchazečem působí vůči zadavateli v okamžiku, kdy mu bude doručena. S tím nebude v praxi větších problémů, neboť elektronické systémy pro podávání nabídek přesně zaznamenávají

⁵⁸ HULMÁK Milan, § 1732 in: HULMÁK, M. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář.* s. 73.

⁵⁹ HULMÁK Milan, § 1732 in: HULMÁK, M. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář.* s. 74.

okamžik zaregistrování nabídky⁶⁰ a u doručení v listinné podobě zadavatel zaznamenává čas dojití zásilky. Zajímavým problémem však je, zda okamžik faktického předání nabídky zadavateli lze též považovat za okamžik dojití. Komentářová literatura k § 570 odst. 1 OZ říká: „*O dojití projevu vůle lze hovořit tehdy, pokud se projev vůle dostane do sféry adresáta tak, že je možné počítat za normálního běhu věcí s tím, že se s tímto projevem vůle seznámil. Adresát se tedy s projevem vůle fakticky seznámit nemusí, nýbrž postačí, že se s ním mohl seznámit (shodně Švestka in Švestka, Spáčil, Škárová, Hulmák a kol., 2009, s. 410).*“⁶¹ Avšak v případě veřejných zakázek zadavatel nesmí nabídku otevřít před uplynutím lhůty pro podání nabídek⁶². Byť tedy zadavatel má nabídku ve své moci, neexistuje zákonný způsob, jak by se mohl s jejím obsahem seznámit před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Lze za tohoto stavu přiznat nabídkám doručeným zadavateli před uplynutím lhůty pro podání nabídek jejich právní postavení oferty k okamžiku jejich doručení zadavateli nebo až k okamžiku uplynutí lhůty pro podávání nabídek?

Při hledání odpovědi využijeme opět jako pomocného vodítka veřejnou soutěž o nejvhodnější nabídku. U té je nabídka zájemců ofertou okamžikem jejího doručení, a to dle konstrukce doručení podle občanského zákoníku. Primárním rozdílem oproti veřejné zakázce je však to, že vyhlášovatel veřejné obchodní soutěže nemá zákonem zakázáno došlé nabídky až do vypršení lhůty pro jejich podání otevřít. Má tedy možnost se s nimi seznámit kdykoliv poté, co se dostanou do jeho moci.

Dle názoru autora je toto zásadní rozdíl oddělující pohled na nabídky ve veřejné obchodní soutěži a ve veřejné zakázce. Na doručování nabídek ve veřejné zakázce je tedy třeba nahlížet tak, že do sféry zadavatele se nabídka dostane až okamžikem uplynutí lhůty k podání nabídek a do té doby je v procesu doručování, byť již fyzicky je v moci zadavatele. Je tedy třeba odlišovat okamžik faktického doručení (ten se bude shodovat s předáním nosiče projevu vůle zadavateli) a materiálního doručení, které nastane právě až uplynutím lhůty pro podání nabídek. Pokud jde o odvolání již podané nabídky, lze

⁶⁰ E-ZAK – elektronický nástroj pro zadávání veřejných zakázek. Dostupné z: http://www.cejiza.cz/file/2_1_1/. s. 71.

⁶¹ DOBROVOLNÁ Eva, § 570 in: LAVICKÝ, P. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář.* s. 2050.

⁶² § 108 odst. 2 ZZVZ.

použít ust. § 572 OZ o odvolání projevu vůle, kdy takové odvolání musí dojít nejpozději v čase uplynutí lhůty pro podání nabídek. Snadnou logickou úvahou pak dospějeme k závěru, že nabídku je možné ve lhůtě pro její podání též změnit, protože úkon změny lze rozdělit na úkon odvolání nabídky a podání nové nabídky.

Výše uvedený názor autora je v přímém rozporu s názorem D. Dvořáka, který se zabýval stejným problémem (srov. DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 52). Autor však staví toto odchylení primárně na nemožnosti veřejného zadavatele otevřít jemu došlé nabídky před uplynutím lhůty pro podání nabídek a tato skutečnost nebyla D. Dvořákem nikterak zohledněna.

Navíc determinace tohoto problému má význam toliko v teoretické rovině. Zadavatel dle dikce zákona o zadávání veřejných zakázek nemá možnost ofertu uchazeče akceptovat před uplynutím lhůty pro podání nabídek, a to ani v případě přiklonění se k názoru o vzniku účinků oferty spolu s doručením nabídky zadavateli. Stejně tak změna či odvolání nabídky uchazečem před uplynutím lhůty pro podání nabídek je i v případě přiklonění se k názoru reprezentovaného D. Dvořákem možná a v praxi činěná s odvoláním na ustanovení o veřejné obchodní soutěži, § 46 odst. 2 ZZVZ a contrario, a obecně akcentaci zásady autonomie vůle.⁶³ V praktické aplikaci tedy nemá odchylný názor autora práce většího dopadu.

2.1.4 Vázanost uchazeče nabídkou

Na rozdíl od předchozí právní úpravy nestanovuje zákon o zadávání veřejných zakázek obligatorně povinnost zadavatele stanovit v zadávacích podmínkách zadávací lhůtu. Tou se v případě veřejných zakázek myslí lhůta, po kterou jsou účastníci zadávacího řízení vázáni svými nabídkami (nesmí ze zadávacího řízení odstoupit).

Podle § 40 ZZVZ je stanovení zadávací lhůty fakultativní a zadavatel tento institut využít nemusí. Avšak pokud se rozhodne jej využít, spojuje zákon o zadávání veřejných zakázek s takovou skutečností další práva a povinnosti uchazečů, ale i zadavatele. Zákon nestanovuje konkrétní délku zadávací lhůty, pouze konstatuje, že musí být přiměřená s ohledem na druh zadávacího řízení a na předmět veřejné zakázky. Zadavatel má tedy

⁶³ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 52.

volnost ve volbě délky této lhůty, avšak je omezen výše uvedeným principem proporcionality. Pro počítání lhůty se uplatní obecná pravidla obsažená v § 605 a násl. OZ. Zadavatel musí do skončení zadávací lhůty rozhodnout o výběru dodavatele, jinak jejím uplynutím zadávací řízení ex lege končí. Navíc tím vznikne zadavateli povinnost uhradit účastníkům řízení jejich účelně vynaložené náklady spojené s účastí v zadávacím řízení.

Výjimkou z toho pravidla je situace, kdy se zadavatel s účastníky zadávacího řízení dohodne ve smyslu ust. § 40 odst. 3 písm. b) ZZVZ. V návaznosti na možnost kompenzace podle § 40 odst. 4 ZZVZ je třeba dojít k závěru, že k zachování rovnosti účastníků zadávacího řízení musí k takové dohodě dojít mezi zadavatelem a všemi účastníky řízení. V případě učinění dohody se totiž zadavatel nemůže dopustit porušení povinnosti rozhodnout o výběru dodavatele před uplynutím zadávací lhůty a účastníku řízení, který by s takovou výjimkou nevyslovil souhlas, by nevzniklo právo na odškodnění ve smyslu § 40 odst. 4 ZZVZ. S případným uskutečněním dohody však nelze automaticky spojovat též prodloužení zadávací lhůty. Pokud by ji zadavatel chtěl prodloužit, musí být délka jejího prodloužení výslovně v dohodě dle § 40 odst. 3 písm. a) ZZVZ uvedena.⁶⁴

Pro utvrzení zadávací lhůty může zadavatel požadovat poskytnutí jistoty od účastníků zadávacího řízení. Podle § 41 odst. 8 ZZVZ má zadavatel právo na plnění z jistoty pouze v případě, že uchazeč byl vyzván k předložení dokumentů podle § 122 odst. 3 ZZVZ a pro nesplnění této výzvy byl ze zadávacího řízení vyloučen nebo v případě, že vyloučení vybraného uchazeče proběhlo pro nesplnění povinnosti bez zbytečného odkladu se zadavatelem uzavřít smlouvu⁶⁵. Jistota podle § 41 ZZVZ tedy zajišťuje pouze vázanost uchazeče jeho nabídkou do vypršení zadávací lhůty nebo zániku účasti uchazeče v zadávacím řízení, a to podle toho, co nastane dříve⁶⁶. Jistotu tedy nelze použít pro zajištění jiných povinností uchazeče v zadávacím řízení a v žádném případě pro zajištění řádného plnění předmětu veřejné zakázky⁶⁷.

⁶⁴ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 40.

⁶⁵ § 124 odst. 2 ZZVZ

⁶⁶ § 41 odst. 6 ZZVZ.

⁶⁷ K takovému účelu musí zadavatel použít zajišťovací instituty dle občanského zákoníku a inkorporovat je do smluvních podmínek.

V případě, že se zadavatel rozhodne využít institutu zadávací lhůty, měl by dobře zvážit nastavení její délky. To by mělo reflektovat složitost vyhodnocování veřejné zakázky, dobu potřebnou pro doručování písemností uchazečům a v neposlední řadě též vyřizování potencionálních námitek v procesu vyhodnocování nabídek. Specialitou v případě zadávací lhůty je skutečnost, že tato je stavěna po dobu, ve které nesmí zadavatel uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem⁶⁸.

Pokud zadavatel nestanoví zadávací lhůtu, je účastník zadávacího řízení oprávněn od řízení odstoupit, a to kdykoliv⁶⁹. Účastník zadávacího řízení tak v podstatě není svou nabídkou nikterak vázán, protože do uplynutí lhůty pro podávání nabídek může odstoupit na základě možnosti odvolat nabídku (viz předchozí podkapitola) a po uplynutí jej k tomuto kroku zmocňuje zákon o zadávání veřejných zakázek. Dle názoru autora zadavatel nemá ani právo na náhradu jakékoliv škody, a to včetně culpa in contrahendo dle § 1729 odst. 1 OZ, neboť právo uchazeče odstoupit ze zadávacího řízení je dáno zákonem a zadavatel s touto možností musí počítat již od počátku řízení – a je to právě zadavatel, který nestanovil zadávací lhůtu a rozhodl se tak uchazeče jejich nabídkami nevázat. Naopak v případě, že je zadávací lhůta stanovena, lze dovodit, že uchazeč takovou odpovědnost vůči zadavateli mít bude, neboť je svojí nabídkou vázán a ust. § 47 odst. 4 písm. a) ZZVZ využít nemůže.

2.1.5 Obsah smlouvy stanovený zadavatelem

V předchozích podkapitolách jsme došli k závěru, že pro zadavatele i budoucí osud veřejné zakázky je nejbezpečnější, když zadavatel určí přesnou podobu obsahu smlouvy již v zadávacích podmínkách. Jak však taková skutečnost ovlivní vzájemné postavení zadavatele a budoucího vítězného uchazeče?

Zadavatel při stanovení textu smlouvy musí respektovat základní zásady veřejného zadávání dle § 6 ZZVZ a dále reflektovat povahu předmětu veřejné zakázky. Zadavatel může v zadávacích podmínkách stanovit přímo závazné znění smlouvy, popřípadě může uchazečům povolit toto znění omezeným způsobem měnit. V neposlední

⁶⁸ § 246 ZZVZ.

⁶⁹ § 47 odst. 4 písm. a) ZZVZ.

řadě může zadavatel nastavit detailní podmínky pro obsah smlouvy, hraničící s přímým návrhem, avšak samotné vypracování textu smlouvy ponechá na uchazečích.

Podle § 1798 odst. 1 OZ „*ustanovení o smlouvách uzavíraných adhezním způsobem 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.*“ Avšak jedná se v případě stanovení obsahu smlouvy zadavatelem o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem? Abychom mohli na tuto otázku kvalifikovaně odpovědět, musíme se především zaměřit na to, jak vlastně návrh od zadavatele bude vypadat a co jsou to základní podmínky smlouvy.

I v případě, že zadavatel stanovuje text smlouvy v zadávacích podmínkách, neznamena tato skutečnost, že by uchazeč smlouvu přijímal bez jakékoliv změny. V návaznosti na základní zásady zadávacího řízení musí zadavatel ponechat prostor uchazeči minimálně v případě konkrétního plnění zadavatelem požadovaného předmětu veřejné zakázky a nabídkové ceny. To jsou parametry, které zadavatel v okamžiku tvorby textu smlouvy nemůže znát. V praxi zadavatelé umožňují ještě např. změnu záruční doby (kterou limitují minimální délkou) apod. Uchazeč pak tyto parametry upraví podle jím podané nabídky. Uchazeč tedy má reálnou možnost do textu smlouvy zasahovat.

Dále je třeba determinovat neurčitý pojem základní podmínky dle § 1798 odst. 1 OZ. Dle komentářové literatury nelze pojem základní podmínky smlouvy zaměňovat s pojmem základní náležitosti smlouvy. Naopak se jedná o kritérium, které otevírá prostor úvaze, zda jedna ze stran určila podmínky v takovém rozsahu, aby tak nastala aplikace ochranných ustanovení o adhezních smlouvách. „*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 (§ 1798 13–14) ovlivnit obsah těchto podmínek.*“⁷⁰

Avšak ohledně obsahu pojmu základní podmínky nepanuje mezi odbornou veřejností jednoznačný názor. Podle I. Pelikánové a R. Pelikána určují adhezní charakter

⁷⁰ PETROV Jan, § 1798 in: HULMÁK, M. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář.* s. 344.

smlouvy jednostranně určená detailní pravidla, podle kterých se bude výsledný závazek řídit.⁷¹ Naopak základní rámec smluvního vztahu být předmětem vyjednávání může.⁷² Hranice je v tom, o jakých podmínkách je vyjednáváno.⁷³ V případě adhezních smluv je vyjednáváno o podmínkách obchodních, avšak podmínky právní jsou stanoveny neměnně jednou stranou.⁷⁴

Výše uvedené názory jdou v podstatě proti sobě, neboť vyjednávání o ceně a riziku je v zásadě vyjednávání o podmínkách obchodních. Vyslovme hypotézu, že dvě strany vyjednávají pouze o konkretizaci rámcově stanoveného předmětu – řekněme, že kupující požaduje např. osobní automobil – a o ceně za takto stanovený předmět. V ostatních náležitostech určí obsah smlouvy kupující (tedy zejména lhůtu pro dodání, platební podmínky, sankce atd.). Prodávající pak není schopen příliš ovlivnit text smlouvy, ale o obsahu závazku už takový závěr učinit nelze. Kupující pouze rámcově určí, jaký předmět požaduje a jakou maximální cenu je ochoten za takový předmět zaplatit. Prodávající pak určuje konkrétní produkt, kterým požadavek kupujícího uspokojí, a jakou cenu za takový produkt bude požadovat. Prodávající sám může zvážit vlastní rizika a podle nich realizovat svoji představu o budoucím vztahu. Dokonce prodávající je v pozici, kdy zřejmě bude schopen plnit přání kupujícího různým zbožím. Může tak zvážit svá rizika (např. poruchovost jednotlivých modelů) a zisk, který bude z dané transakce realizovat. Z úhlu pohledu zastávaným J. Petrovem by se tak jednalo o dostatečný prostor k ovlivnění obsahu smluvního vztahu, kdežto podle I. Pelikánové a R. Pelikána by se jednalo pouze o vyjednávání o podmínkách obchodních a jednalo by se o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem.

Dalším důležitým prvkem je aplikace ochranných ustanovení občanského zákoníku o smlouvě uzavřené adhezním způsobem pouze na případy, kdy strana, která nenavrhuje obsah smlouvy, je též v pozici slabší strany.⁷⁵ Odpověď na to, zda uchazeč o veřejnou zakázku je slabší stranou, je z podstaty věci vždy závislá na konkrétních

⁷¹ PELIKÁNOVÁ Irena a PELIKÁN Robert, § 1798 in: ŠVESTKA, J., DVOŘÁK J. a FIALA J. *Občanský zákoník. komentář. Svazek V (§ 1721-2520, relativní majetková práva 1. část)*. § 1798.

⁷² PELIKÁNOVÁ Irena a PELIKÁN Robert, tamtéž.

⁷³ PELIKÁNOVÁ Irena a PELIKÁN Robert, tamtéž.

⁷⁴ PELIKÁNOVÁ Irena a PELIKÁN Robert, tamtéž.

⁷⁵ PETROV Jan, § 1798 in: HULMÁK, M. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář*. s. 344.

podmínkách daného případu. Obecně však uchazeč v případě veřejné zakázky musí v nabídce prokázat svoji kvalifikaci podle § 73 ZZVZ a je velmi pravděpodobné, že též bude prokazovat ekonomickou a technickou kvalifikaci dle § 78 a 79 ZZVZ. Tato prokázání lze dle názoru autora považovat za prohlášení uchazeče o jeho příslušnosti k určitému povolání nebo stavu a přisoudit mu tím v souladu s § 5 odst. 1 OZ postavení profesionála v konkrétním oboru. Pak lze ale jen stěží považovat uchazeče v daném právním vztahu za slabší stranu, což je ale v rozporu s předpokladem užití ochranných ustanovení o smlouvě určené adhezním způsobem.

Samostatně zajímavou otázkou je, zda je dodavatel ve veřejné zakázce slabší stranou bez ohledu na to, zda se jedná o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem. Tato otázka má poměrně široký dopad, neboť pokud bychom dospěli k závěru, že dodavatel skutečně je slabší stranou, došlo by k aktivaci celé řady ochranných ustanovení občanského zákoníku. V návaznosti na výše uvedenou úvahu o prohlášení dodavatele o jeho příslušnosti k určitému stavu či profesi zastává autor této práce názor, že dodavatel není v případě veřejné zakázky bez dalšího slabší stranou. Obdobný názor zastává též J. Lasák, který soudí, „že pokud je veřejná zakázka zadávána postupem podle zákona o veřejných zakázkách, který je postaven na principech zásadní otevřenosti, transparentnosti a nediskriminace, pak je fakticky téměř vyloučeno, aby se na zakázku mohl aplikovat § 433 odst. 1“⁷⁶ OZ.

Dále je třeba zvážit, zda dodavatel opravdu nemá žádnou možnost, jak text smlouvy navržený zadavatelem upravit. Každý dodavatel může dle ust. § 241 ZZVZ podat námitky proti postupu zadavatele, kterým mu hrozí nebo vznikla újma. Výslovně podle § 241 odst. 3 ZZVZ může dodavatel podat námitky proti stanovení zadávacích podmínek, tedy i návrhu smlouvy. Pokud se tedy dodavatel rozhodne neúčastnit veřejné zakázky jen proto, že mu text návrhu smlouvy přijde v některých bodech nevyhovující, vzniká mu tím újma a je oprávněn proti takovému znění podat námitku. Zadavatel pak po zvážení argumentů uvedených v námitce může zadávací podmínky podle § 99 ZZVZ změnit, tedy upravit text návrhu smlouvy v návaznosti na stanovisku dodavatele. Nejedná se o klasický způsob vyjednávání o obsahu smlouvy, na druhou stranu existuje způsob, jak návrh obsahu smlouvy z pozice dodavatele modifikovat. Dokonce v případě, kdy

⁷⁶ LASÁK, Jan § 433 in: LAVICKÝ, P. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář.* s. 1654.

zadavatel námitku odmítne, může se dodavatel domáhat v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 249 a násl. ZZVZ vyhovění své námitce a může tak dosáhnout zrušení jednotlivého úkonu zadavatele (tedy závadných ustanovení návrhu textu smlouvy) nebo zrušení celého zadávacího řízení. Určitým limitujícím elementem je v případě řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nutnost složení kauce dle § 255 ZZVZ. Dodavatel je tedy hypoteticky schopen změny textu návrhu smlouvy i proti vůli zadavatele.

Výše uvedený teoretický příklad o koupi osobního automobilu nebyl uvedeným způsobem konstruován náhodou. V zásadě se jedná o promítnutí postupu, kterým bude s uchazečem uzavřena smlouva ve veřejné zakázce v případě, kdy zadavatel stanoví obsah smlouvy v zadávacích podmínkách. Již závěry vyplývající z tohoto modelového příkladu mohou naznačovat, že ve zkoumaném případě nepůjde o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem. Dále je třeba vzít v úvahu postavení dodavatele jako profesionála v daném oboru a jeho možnost změnit text návrhu smlouvy prostřednictvím ochranných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek. Dle názoru autora pak nejsou naplněny veškeré znaky ochranného ustanovení § 1798 OZ a i v případě, že návrh smlouvy bude stanoven zadavatelem v zadávacích podmínkách, nepůjde o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem.

Navíc i případný závěr o adhezní povaze smluv vzniklých ze zadávacího řízení by sám o sobě neměl velký praktický dopad. Bylo by nutné dále zkoumat, zda existují zákonem předvídané „nepravosti“ dle § 1799 – 1801 OZ. Ust. § 1799 OZ podmiňuje platnost doložek odkazujících mimo vlastní text smlouvy dostatečným seznámením se s takovou doložkou slabší stranou. Z pohledu veřejných zakázek by se tedy jednalo o případ, kdy by zadavatel uváděl ve smlouvě doložku mimo vlastní text smlouvy, a to bez dostatečné informovanosti vybraného dodavatele tak, aby taková doložka byla sto způsobit dodavateli újmu. Jedná se o velmi nepravděpodobný scénář, jelikož drtivá většina zadavatelů takovou praktiku ve smlouvě používat nebude. Naopak, smlouvy navrhované zadavateli ve veřejných zakázkách většinou vykazují detailní úpravu právě v těle samotné smlouvy. Obdobné závěry lze učinit i v případě nesrozumitelných, obtížně čitelných či nevýhodných doložek. Opět je třeba si uvědomit, že dodavatel vystupuje ve veřejné zakázce jako profesionál v oboru, který se vztahuje k předmětu veřejné zakázky. Je tedy na něm, aby si veškeré podklady k veřejné zakázce se vší péčí prostudoval a

v případě nejasností oslovil zadavatele s žádostí o dodatečné vysvětlení zadávací dokumentace dle § 98 odst. 3 ZZVZ.⁷⁷

Na problematiku adhezního způsobu uzavření smlouvy ve veřejné zakázce nepadají v odborné veřejnosti shoda⁷⁸. Obdobný názor autora, jaký byl prezentován v této podkapitole, zastává například též J. Bejček (srov. BEJČEK, Josef. Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera, kapitola 6), naopak zcela opačný názor zastává např. T. Grulich (srov. GRULICH, Tomáš. Zadávání veřejných zakázek jako forma adhezní kontraktace.) a lze jej přičíst i D. Dvořákovi (srov. DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 40), byť ten nemá vyloženě vyhraněný názor přiklánějící se k jedné či druhé variantě.

2.1.6 Hodnocení nabídek

Poslední částí předkontrakční fáze zadávacího řízení je posouzení a hodnocení nabídek. Aby bylo možné nabídky vůbec hodnotit, musí se nejprve zadavatel seznámit s jejich obsahem. I tento proces je speciálně upravený v zákoně o zadávání veřejných zakázek

Obecně se rozlišuje otevírání nabídek v listinné podobě a nabídek v elektronické podobě.⁷⁹ Otevření nabídky v listinné podobě je velmi snadno představitelné – jedná se o fyzické rozlepení obálky a zpřístupnění jejího obsahu. Toto otevření musí zadavatel provést formou veřejně přístupnou, tj. zástupci účastníků mají právo být tomuto úkonu přítomni (až na případ, kdy bude hodnoceno provedením elektronické aukce). Při otevření nabídky zadavatel kontroluje, zda nabídka byla doručena ve stanovené lhůtě a v řádně uzavřené obálce s názvem veřejné zakázky. Zadavatel při otevření nabídky sděluje přítomným účastníkům základní údaje o podaných nabídkách. Nakonec se o otevírání obálek vypracuje písemný protokol.

Pojmem otevření nabídky v případě elektronické verze se pak rozumí zpřístupnění jejího obsahu zadavateli, tzn. zadavatelem zvolený elektronický nástroj pro podávání nabídek musí umožňovat vložení nabídky uchazečem tak, aby její obsah nebyl přístupný

⁷⁷ BEJČEK, Josef. Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera.

⁷⁸ GRULICH, Tomáš. Zadávání veřejných zakázek jako forma adhezní kontraktace.

⁷⁹ § 108 a 109 ZZVZ.

až do provedení úkonu otevření. Dále zadavatel kontroluje platnost elektronického podpisu, kterým byla nabídka podepsána, zda datová zpráva s nabídkou nebyla v době mezi jejím odesláním zadavateli a zpřístupněním modifikována a v neposlední řadě zda nabídka byla podána ve lhůtě pro podávání nabídek. Jde tedy o obdobu postupu při otevírání nabídek v listinné podobě – smyslem úkonů je i zde ověření, že obsah nabídky nebyl až do jeho zpřístupnění zadavateli dle zákona jakkoliv zpřístupněn nebo měněn. Úkon otevírání nabídek v elektronické podobě nemusí být veřejný, tj. účastníci řízení nemají právo se tohoto úkonu účastnit.

Oproti § 71 odst. 1 ZVZ nemusí podle nové právní úpravy stanovit zadavatel pro otevírání nabídek zvláštní komisi. Otevírání nabídek tak může provést přímo zadavatel, nejčastěji pravděpodobně prostřednictvím pověřené osoby, zaměstnance. Avšak zadavateli nic nebrání v tom, aby pro účely otevření nabídek ustanovil komisi o libovolném počtu členů ve smyslu § 42 odst. 1 ZZVZ. Tato změna je pravděpodobně způsobena akcentací elektronizace zadávacího řízení v zákoně o zadávání veřejných zakázek. Povinnost ustanovovat komisi pro otevírání obálek byla zřejmě v zákoně o veřejných zakázkách stanovena za účelem dohledu nad tímto procesem a mělo tak být ve svém důsledku zajištěno, že s nabídkami nebude během otevírání obálek nikterak zákulisně manipulováno. V případě otevírání nabídek v elektronické podobě ale k faktickému otevírání obálek nedochází.⁸⁰ Vzhledem ke zvýšenému důrazu na elektronizaci zadávacího řízení je tak povinnost ustanovit komisi pro otevírání nabídek nadbytečná, neboť stejnou pojistku představuje elektronický nástroj, prostřednictvím něhož je s nabídkou manipulováno.

Po seznámení se s obsahem nabídek přistoupí zadavatel k hodnocení nabídek.⁸¹ I zde došlo k zásadní změně oproti předchozí právní úpravě v subjektu provádějícím hodnocení nabídek. Dle nové právní úpravy již zadavatel není povinen ustanovit hodnotící komisi a hodnocením tak může zadavatel dle svého nejlepšího uvážení pověřit prakticky kohokoliv. Není tedy ani vyloučeno, aby zadavatel ustanovil hodnotící komisi, kdy se opět bude jednat obecně o pověření komise k provádění úkonů zadavatele dle § 42 ZZVZ. Výjimku zde tvoří veřejné zakázky, jejichž předpokládaná hodnota je vyšší než

⁸⁰ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 108.

⁸¹ § 119 ZZVZ.

300 000 000,- Kč, kdy hodnocení takových zakázek musí být vždy provedeno minimálně pětičlennou komisí s vhodnými odbornými znalostmi ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel hodnotí nabídky podle kritérií, které stanovil v zadávací dokumentaci, tedy podle kritérií stanovených na základě ust. § 114 – 118 ZZVZ. Na základě hodnocení pak stanoví pořadí nabídek.

Při posouzení nabídky může nastat situace, kdy zadavatel z předložených dokumentů není schopen zjistit, zda předložená nabídka splňuje veškerá kritéria, která zadavatel požadoval v zadávacích podmínkách. Za tímto účelem existuje v zákoně možnost vysvětlení nabídky, tj. institut upravený § 46 ZZVZ. Avšak i vysvětlení nabídky má přesně daná pravidla. Obecně zadavatel může požadovat po uchazeči, aby objasnil nebo dovysvětlil jakoukoliv část své nabídky – tedy vysvětlení se může týkat jak kvalifikačních dokumentů, tak technického popisu plnění předmětu zakázky. Takové vysvětlení ale nesmí znamenat změnu nabídky. Podle § 46 odst. 2 ZZVZ se za změnu nabídky považuje změna v dokladech, vzorcích nebo modelech, které jsou předmětem hodnocení.

Nabídka tedy může být na základě výzvy zadavatele vhodně doplněna modely, vzorky nebo doklady, avšak musí se jednat pouze o prokázání skutečností, které se nebudou následně hodnotit. Pro rozptýlení pochybností zákon stanovuje, že doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti se za změnu nabídky nepovažuje (tj. zejména podmínky kvalifikace apod.). Navíc skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek mohou nastat i po uplynutí lhůty po podání nabídek. To je důležité zejména pro doklady potvrzující splnění kvalifikace, neboť těmi jsou např. výpis z rejstříku trestů nebo potvrzení správce daně, a tyto doklady nelze získat zpětně do minulosti. Uchazeč, který by takový doklad opomněl do své nabídky přiložit, by tedy byl automaticky vyloučen pro nesplnění kvalifikace, což by vedlo až k přehnaně formalistickému pojetí zadávacího řízení zasahujícího do hospodářské soutěže.⁸²

Dodatečné objasnění nabídky je fakultativním postupem zadavatele a uchazeč na něj nemá právní nárok. Podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ je zadavatel oprávněn vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nesplňuje zadávací podmínky nebo tyto nedoložil.

⁸² PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 46.

Nicméně zadavatel musí stále dodržovat základní zásady vedení zadávacího řízení, v tomto případě především zásadu zákazu diskriminace. Pokud totiž zadavatel umožní jednomu z účastníků jeho nabídku dovysvětlit, nemůže jinému účastníku toho samého zadávacího řízení bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vysvětlit jeho nabídku neumožnit.

2.2 Kontraktační fáze v zadávacím řízení

Hodnocením nabídek a určením jejich pořadí končí předkontraktační fáze zadávacího řízení. V tu chvíli má zadavatel k dispozici nabídky (respektive oferty) účastníků splňující jeho požadavky a navíc je má seřazené dle vhodnosti od nejvýhodnější. Zadavatel ale nemůže prostou akceptací nabídku přijmout a tím dojít k uzavření smlouvy. I tento proces je regulovaný pravidly zákona o zadávání veřejných zakázek a cílem této podkapitoly je popsat specifika této fáze od výběru nejvhodnější nabídky až po uzavření smlouvy s uchazečem.

2.2.1 Výběr nejvhodnější nabídky

Zadavatel má povinnost vybrat jako nejvhodnější tu nabídku, která se v hodnocení nabídek umístila na prvním místě – byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Výběr nejvhodnější nabídky ale nelze označovat za akceptaci oferty ve smyslu § 1740 OZ, popřípadě porovnávat s přijetím nabídky ve veřejné obchodní soutěži ve smyslu § 1778 OZ, jelikož v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek výběrem nejvhodnější nabídky nedochází k uzavření smlouvy.

Zadavatel vyhotovuje oznámení o výběru dodavatele. Jedná se o úkon zadavatele upravený v § 123 ZZVZ. Toto oznámení se rozesílá všem účastníkům zadávacího řízení a musí obsahovat zprávu o hodnocení nabídek a posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení pro vybraného dodavatele. Zároveň zadavatel vyzve vítězného uchazeče k předložení“

- a) *originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, pokud je již nemá k dispozici,*

- b) dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 odst. 1, a*
- c) informací a dokladů podle § 104 odst. 2 písm. a) a b), je-li vybraný dodavatel právnickou osobou;“⁸³*

Výše uvedené je vybraný uchazeče povinen předložit ve lhůtě stanovené zadavatelem. Nesplnění této povinnosti zákon sankcionuje povinností zadavatele takového uchazeče ze zadávacího řízení vyloučit⁸⁴. Pokud dojde k vyloučení vybraného uchazeče, má zadavatel na výběr ze dvou možných postupů.

Prvně může zadavatel v souladu s § 125 ZZVZ vybrat dalšího účastníka zadávacího řízení, a to v pořadí dle hodnocení nabídek. Takto vybraného uchazeče pak zadavatel musí opět vyzvat k předložení výše uvedených materiálů. V případě nesplnění této povinnosti může zadavatel postup opakovat prakticky až do té doby, než dojde k vyřazení všech uchazečů. To je změna oproti předchozí právní úpravě, kdy podle § 82 odst. 4 ZVZ bylo možné uzavřít smlouvu nanejvýš s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Druhou možností zadavatele, v případě vyloučení vybraného uchazeče, je zadávací řízení úplně zrušit⁸⁵. Je na zvážení zadavatele, kterou z těchto dvou možností využije, a má právo tyto možnosti kombinovat.

Dle názoru autora je třeba při tomto rozhodnutí akcentovat zejména zásadu hospodárnosti veřejných zakázek, která v tomto konkrétním případě převažuje nad zásadou rovného zacházení. Nelze tedy uvažovat o situaci, kdy zadavatel zvolí možnost výzvy uchazeče druhého v pořadí, a pokud i takového uchazeče bude muset vyloučit, pak povinnost výzvy třetího v pořadí atd. – jako tomu je např. u institutu vysvětlení nabídek, kde zadavatel má též na výběr ze dvou možných postupů, ale musí zachovávat rovné postavení uchazečů. Lze si totiž představit situaci, kdy první dvě nabídky budou v zásadě stejně ekonomicky výhodné, přičemž nabídky umístěné dále v pořadí již výhodné nebudou. Nelze proto, s ohledem na zásadu hospodárnosti, požadovat po zadavateli přijetí nevýhodné nabídky jen proto, že všichni uchazeči s výhodnými nabídkami neposkytli potřebnou součinnost k uzavření smlouvy. Takový závěr by velice

⁸³ § 122 odst. 3 ZZVZ; písm. c) citovaného ustanovení stanovuje povinnost uchazeče prokázat svoji majetkovou strukturu.

⁸⁴ § 122 odst. 5 ZZVZ.

⁸⁵ § 127 odst. 2 písm. b) ZZVZ.

pravděpodobně vedl k situacím, kdy veřejní zadavatelé raději zruší celé řízení, než aby riskovali (byť i hypotetickou) povinnost uzavření nevýhodné smlouvy.

2.2.2 Uzavření smlouvy

V případě, že vybraný uchazeč předloží všechny potřebné materiály dle § 122 odst. 3 ZZVZ, lze přistoupit k uzavření smlouvy. Ani tento posun ale neznamená samotné uzavření smlouvy. Nejprve musí být splněna podmínka uplynutí „blokační“ lhůty. Tato lhůta je promítnutím zásady zákazu diskriminace a ochraňuje právo uchazeče, který nebyl zadavatelem vybrán, domáhat se efektivně svých práv prostřednictvím opravných prostředků v zadávacím řízení⁸⁶. Jedná se o promítnutí rozsudku SD EU ve věci C-81/98 ze dne 28. 10. 1999, který stanovil, že rozhodnutí o uzavření smlouvy s určitým uchazečem musí být přezkoumatelné a zrušitelné před samotným uzavřením smlouvy. Po dobu běhu „blokační“ lhůty se staví zadávací lhůta⁸⁷. Po uplynutí „blokační“ lhůty má zadavatel a vybraný uchazeč povinnost bez zbytečného odkladu uzavřít smlouvu ve znění souladném s nabídkou vybraného uchazeče. Zákon v § 124 odst. 2 ZZVZ předvídá skutečnost, kdy vybraný uchazeč neplní svoji kontraktační povinnost a sankcionuje ji možností zadavatele vyloučit takového uchazeče ze zadávacího řízení (a propadnutím jistoty, byla-li požadována).

Otázkou však zůstává, jakým způsobem má k uzavření smlouvy dojít. Oproti předchozí právní úpravě není závazný text smlouvy obsahem nabídky uchazeče, byť materiálně tvoří nabídka obsah budoucího smluvního závazku. Avšak jak bylo uvedeno výše, nabídka samotná jako oferta nestačí. Vybraný uchazeč musí splnit ještě další podmínky, než lze vůbec uvažovat o akceptaci jeho oferty, i když tyto další povinnosti nemohou obsah závazku změnit. Jejich účelem je pouze doložit tvrzené skutečnosti v nabídce a prokázat způsobilost uchazeče být stranou smlouvy ve veřejné zakázce. Logicky by se tedy mohlo jevit, že po předložení všech dokladů dle § 122 odst. 3 ZZVZ a po uplynutí „blokační“ lhůty může k uzavření smlouvy dojít pouhou jednostrannou akceptací smlouvy učiněnou zadavatelem. Zákon o zadávání veřejných zakázek ale vnáší do celé problematiky nejasnosti zejména ust. § 47 odst. 4 písm. a) a § 124 odst. 2.

⁸⁶ Zejména podáním námitek podle § 241 a násl. ZZVZ.

⁸⁷ § 40 ZZVZ.

První jmenované umožňuje účastníku řízení odstoupit od své nabídky kdykoliv v době mimo zadávací lhůtu. Nestanoví-li tedy zadavatel zadávací lhůtu v podmínkách řízení, může účastník kdykoliv odstoupit. Přestože mu dle § 124 odst. 1 ZZVZ vzniká kontraktační povinnost, tato je velmi limitována právě výše uvedeným právem účastníka. Reálně lze na případné odstoupení vybraného uchazeče ze zadávacího řízení pohlížet jako na odvolání nabídky podle § 1738 OZ. Vyhrazení odvolání je pak v nabídce obsaženo právě existencí § 47 odst. 4 písm. a) ZZVZ. Popřípadě lze porovnání učinit s odvolatelností nabídky ve veřejné obchodní soutěži⁸⁸ a § 47 odst. 4 písm. a) ZZVZ považovat za součást podmínek soutěže.

Druhé jmenované pak upravuje skutečnost nesplnění povinnosti bez zbytečného odkladu uzavřít smlouvu ze strany dodavatele. Pokud by zákonodárce předpokládal, že k uzavření smlouvy bude docházet prostou akceptací oferty, bylo by takové ustanovení nadbytečné, protože ze své podstaty by k jím upravované problematice nemohlo nikdy dojít. Je zde tedy zásadní střet mezi teoretickým konceptem akceptace oferty, respektive kontraktačním procesem dle občanského zákoníku, a konceptem zvoleným zákonem o zadávání veřejných zakázek. Důvodová zpráva k § 124 ZZVZ bohužel odpovědi nepřináší. Stejně tak komentářová literatura k zákonu o zadávání veřejných zakázek pouze akceptuje zákonné znění a snaží se o objasnění pojmu „bez zbytečného odkladu“ v tomto konkrétním případě⁸⁹, avšak nezabývá se rozporem mezi teoretickým způsobem kontraktace a způsobem zvoleným v zákoně o zadávání veřejných zakázek.

Zvláštní přitom je, že v odborných kruzích ani v praxi se příliš neuvažuje prostá akceptace nabídky smlouvy zadavatelem bez jakékoliv součinnosti uchazeče. Tato skutečnost je ještě zvláštnější ve vztahu k předchozí právní úpravě, kdy uchazeč byl ex lege svojí nabídkou vázán a součástí nabídky byl závazný text smlouvy. Prostá akceptace ze strany zadavatele tak byla zdaleka tou nejjednodušší variantou. Podobný názor vyjádřili v době přijetí zákona o veřejných zakázkách též T. Grulich a I. Večeřa: „*Jestliže by totiž byl návrh smlouvy tvořící součástí nabídky v duchu obecných pravidel kontraktace skutečně chápán jako návrh smlouvy, k uzavření smlouvy by stačil pouze úkon zadavatele*

⁸⁸ § 1776 OZ.

⁸⁹ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 124.

směřující k akceptaci návrhu a odmítnutí uzavření smlouvy ze strany uchazeče by v podstatě bylo pojmově vyloučeno (uchazeč, který je svým návrhem vázán, již nemůže uzavření smlouvy odmítnout, protože k uzavření smlouvy dochází nezávisle na jeho vůli).⁹⁰ Určitou vlašťovkou z praxe pak bylo rozhodnutí ÚOHS sp. zn. R130/2012 ze dne 13. 11. 2012, které v odůvodnění uvádí „Je nutno zdůraznit, že součinnost navrhovatel poskytoval zejména v zájmu řádné realizace smlouvy o dílo, neboť jím předložená nabídka byla konečná, byla opatřena podpisem oprávněné osoby a k řádnému vzniku smlouvy ji bylo potřeba opatřit pouze podpisem zadavatele.“⁹¹ Jednalo se však pouze o úvahu v odůvodnění, která neměla přímý vliv na výrok citovaného rozhodnutí a ani praxe takto v drtivé většině případů nepostupovala. Naopak jasným příkladem je o něco starší rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S399/2011 ze dne 29. 8. 2012, kde úřad konstatuje, „že i když je návrh smlouvy nedílnou součástí nabídky uchazeče, směřuje ustanovení o uzavření smlouvy k tomu, aby byl fyzicky podepsán jiný, obsahově však vždy shodný, dokument než ten, který uchazeč předložil v nabídce“⁹². Výše uvedené lze tedy označit za excesy z jinak obecně přijímaného stavu.

Zákon o zadávání veřejných zakázek danou problematiku nikterak neozřejmil, spíše právě naopak. Vzhledem k absenci textu smlouvy v nabídce uchazeče (pokud si ji zadavatel nevymíní jako podmínku účasti v řízení) by případná akceptace oferty znamenala uzavření smlouvy pouze na základě stěžejních parametrů daného konkrétního typu smlouvy a práva a povinnosti by se tak řídily převážně zákonnou úpravou obsaženou v občanském zákoníku. Ve většině případů by to však nebylo pravděpodobně dostatečné, protože takové smlouvy by neobsahovaly žádné zajišťovací instituty apod.

V rámci kontraktační povinnosti zadavatele a vybraného uchazeče to bude vždy zadavatel, který učiní výzvu k uzavření smlouvy, protože právě on je pánem celého zadávacího řízení a jen zadavatel zná okamžik, kdy ostatním uchazečům uplynou lhůty pro podání námitek (respektive lépe doběhne „blokační“ lhůta) a smlouvu je možné uzavřít.⁹³ Dle názoru autora je tedy na danou problematiku potřebné nahlížet tak, že byť

⁹⁰ GRULICH, T. a VEČEŘA I. Nad novým zákonem o veřejných zakázkách.

⁹¹ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, rozhodnutí sp. zn. R130/2012 ze dne 13. 11. 2012.

⁹² Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, rozhodnutí sp. zn. S399/2012 ze dne 29. 8. 2012.

⁹³ ŠEBESTA, M., PODEŠVA V. a OLÍK M. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. s. 323.

nabídka uchazeče je platnou ofertou, dojde ze strany zadavatele v rámci jeho kontraktační povinnosti k učinění nové oferty⁹⁴. Povinnost součinnosti uchazeče dle § 124 odst. 1 ZZVZ pak stanovuje povinnost takovou nabídku zadavatele akceptovat pod sankcí vyloučení ze zadávacího řízení a propadnutí jistoty, byla-li požadována. Při takové konstrukci dávají smysl též ust. § 47 odst. 4 písm. a) a § 124 odst. 2 ZZVZ. Ani z pohledu soukromého práva není taková konstrukce nemožná. Lze totiž akceptovat, že zákon o zadávání veřejných zakázek konstruuje samostatně speciální formu kontraktačního procesu, a též lze s odkazem na § 1770 OZ říci, že občanský zákoník počítá s odchylkami od kontraktačního procesu dle § 1731 a násl. OZ. Tento názor je i široce přijímán komentářovou literaturou jak k zákonu o veřejných zakázkách, tak i k zákonu o zadávání veřejných zakázek.

Vyskytují se i názory a argumenty proti výše uvedenému. Jedním z představitelů nesouhlasného postoje je D. Dvořák. Ten pohlíží na vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem jako na smlouvu o smlouvě budoucí. Obsah budoucího smluvního ujednání je konkrétně určen nabídkou uchazeče, lhůty pro uzavření pak ustanoveními zákona o zadávání veřejných zakázek. Následně přirovnává kontraktační povinnost zadavatele a vítězného uchazeče k povinnosti uzavřít smlouvu dle § 1786 OZ. Pro srovnání D. Dvořák uvádí názor I. Pelikánové, která vyhlášení veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku přirovnává k návrhu na uzavření smlouvy o smlouvě budoucí a následné podání nabídky k uzavření této smlouvy. D. Dvořák se také zamýšlí nad tím, zda se lze soudně domáhat uzavření smlouvy na základě již uzavřené smlouvy o smlouvě budoucí. V případě uchazeče tuto možnost akceptuje, v případě zadavatele nikoliv, pouze mu přiznává propadlou jistotu a možnou náhradu škody.⁹⁵

Drobnou změnou v rámci nové právní úpravy je též povinnost uzavřít smlouvu „bez zbytečného odkladu“. Stará právní úprava⁹⁶ udávala pevnou lhůtu 15 dnů. V praxi

⁹⁴ Byť tato nabídka bude svým obsahem odpovídat nabídce uchazeče a tedy v teoretické podobě kontraktačního procesu by se jednalo o akceptaci.

⁹⁵ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 75 a 76. Zákon o zadávání veřejných zakázek na tomto závěru nic nemění. Vázanost uchazeče svou nabídkou byla v zákoně o veřejných zakázkách obligatorní, v zákoně o zadávání veřejných zakázek je pouze fakultativně na uvážení zadavatele. – pozn. autora

⁹⁶ § 82 odst. 2 ZVZ.

však mohla taková lhůta činit zadavateli problémy s ohledem na vnitřní procesy předcházející uzavírání smluv (např. schvalování příslušným orgánem veřejného zadavatele).⁹⁷ Nová právní úprava tak nenutí veřejné zadavatele porušovat právní předpisy.

2.3 Ostatní režimy zadávacího řízení a kontraktační proces

V podkapitolách 2.1 a 2.2 byl představen kontraktační proces ve veřejné zakázce s ohledem na zadávací řízení v podobě otevřeného řízení v nadlimitním režimu. V této podkapitole se budeme zabývat kontraktačním procesem u ostatních druhů zadávacího řízení. Jelikož valná většina postupů bude shodná s otevřeným řízením, bude vždy představen pouze základní nástin podoby konkrétního řízení a následně budou popsány odchylky od procesů v otevřeném řízení.

2.3.1 Zjednodušené podlimitní řízení

Jedná se o druh řízení, který je aplikovatelný pouze na veřejné zakázky zadávané v podlimitním režimu. Zadavatel si v takovém režimu může vybrat, zda chce pro zadání zakázky použít jeden z druhů pro nadlimitní režim (nicméně pak musí dodržet přísnější právní úpravu pro nadlimitní režim), anebo režim zjednodušeného podlimitního řízení.⁹⁸

Zjednodušené podlimitní řízení je svou povahou v zásadě totožné s otevřeným řízením s tím, že pravidla a lhůty jsou ve srovnání s nadlimitním režimem volnější. Zadavatel zahajuje řízení uveřejněním výzvy k podání nabídek. Spolu s výzvou zveřejňuje též zadávací podmínky, tj. kritéria hodnocení, kritéria kvalifikace a technickou specifikaci předmětu zakázky – příslušná ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek upravující tyto instituty pro nadlimitní režim se používají obdobně.

Z pohledu kontraktačního procesu ve zjednodušeném podlimitním řízení nejsou odchylky od postupů představených na otevřeném řízení. Obdobně platí, že dodavatelé

⁹⁷ KRUTÁK, T. a KRUTÁKOVÁ L. *Zákon o veřejných zakázkách*. s. 283.

⁹⁸ § 53 ZZVZ.

podávají ve lhůtě pro podání své nabídky, zadavatel pak takové nabídky kontroluje a hodnotí, na základě hodnocení vybere uchazeče s nejvhodnější nabídkou a s ním pak uzavře smlouvu. Stejně jako u otevřeného řízení nesmí zadavatel s uchazeči o jejich nabídkách jednat.

2.3.2 Užší řízení

Stejně jako otevřené řízení, lze v případě nadlimitní veřejné zakázky použít užší řízení bez splnění jakýchkoliv dalších podmínek. Rozdílem oproti otevřenému řízení je jeho dvoufázovost.

Zadavatel zveřejňuje oznámení o zahájení zadávacího řízení a tím započne první fáze užšího řízení, ve které dodavatelé podávají žádosti o účast v tomto řízení a prokazují svoji kvalifikaci. Po uplynutí lhůty pro podání žádosti zadavatel vyloučí účastníky, kteří neprokázali splnění kvalifikace, a ostatní účastníky vyzve k podání nabídek. Nabídku smějí podat pouze tito vyzvaní účastníci (odtud název užší řízení). Po uplynutí lhůty pro podání nabídek zadavatel nabídky hodnotí, na základě hodnocení vybere uchazeče s nejvhodnější nabídkou a s ním pak uzavře smlouvu.

V návaznosti na kontraktační proces tak není výrazných odchylek od postupů v otevřeném řízení. Za ofertu se zde považuje až nabídka uchazeče podaná do druhé fáze užšího řízení. Žádost o účast v řízení tak je jen projevem zájmu o danou veřejnou zakázku a prokázáním, že uchazeč je dostatečně kvalifikován pro plnění veřejné zakázky. Dochází tak pouze k určité prvotní selekci potencionálních smluvních partnerů. V ostatních prvcích je předkontraktační fáze zadávacího řízení a pak následná kontraktační fáze totožná s otevřeným řízením.

2.3.3 Jednací řízení s uveřejněním

Jedná se o druh řízení, ve kterém je možné o podaných nabídkách s uchazeči jednat. Zákon striktně stanovuje podmínky, za kterých lze tento druh řízení použít. V obecné rovině tak lze učinit pokud

- a) zadavatel požaduje plnění, které na trhu vůbec neexistuje, nebo které existuje, ale pro potřeby zadavatele je nutná jeho modifikace;

- b) předmět veřejné zakázky je složitý (technicky, právně, finančně) nebo jeho podmínky nelze stanovit odkazem na technické dokumenty;
- c) v případě, kdy otevřené nebo užší řízení bylo zrušeno z důvodu absence nabídek k hodnocení.⁹⁹

Jednací řízení s uveřejněním probíhá v pěti fázích. V první fázi zadavatel zahajuje řízení výzvou neomezenému okruhu dodavatelů k podání žádostí o účast v řízení a k prokázání splnění kvalifikace. Zároveň stanoví zadávací podmínky a označí minimální technické podmínky, které musí nabídka uchazeče splňovat.¹⁰⁰

Ve druhé fázi dochází k posouzení kvalifikace účastníků, kteří podali žádost o účast v řízení, a vyloučení uchazečů, kteří nespĺnili podmínky kvalifikace. Ostatním uchazečům zadavatel odešle výzvu k podání předběžných nabídek. Nabídku smí podat pouze vyzvaný uchazeč.¹⁰¹

Ve třetí fázi zahajuje zadavatel s uchazeči, kteří podali předběžnou nabídku, jednání o jejich nabídkách. Na základě jednání může docházet ke změnám podaných předběžných nabídek, popřípadě zadávacích podmínek. O změně zadávacích podmínek musí zadavatel, s ohledem na zásadu rovného zacházení, informovat všechny uchazeče a poskytnout jim dostatečný čas na úpravu jejich předběžných nabídek. Změna zadávacích podmínek se nesmí týkat minimálních technických podmínek stanovených na začátku řízení a nesmí porušit podmínky pro použití tohoto druhu řízení.¹⁰²

Po ukončení jednání nastává čtvrtá fáze, ve které zadavatel vyzývá účastníky řízení k podání jejich finální a nejlepší nabídky. V poslední fázi pak zadavatel vybírá nejvhodnější nabídku, a to z nabídek podaných ve čtvrté fázi, a následně pak dochází k uzavření smlouvy.¹⁰³

Z pohledu kontrakčního procesu tak dochází ke značné modifikaci zejména předkontrakční fáze zadávacího řízení oproti otevřenému řízení. První a druhá fáze jednacího řízení odpovídá oznámení vůle uzavřít smlouvu a vyhledání partnerů, se

⁹⁹ § 60 ZZVZ.

¹⁰⁰ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 61.

¹⁰¹ PODEŠVA, Vilém, tamtéž.

¹⁰² PODEŠVA, Vilém, tamtéž.

¹⁰³ PODEŠVA, Vilém, tamtéž.

kterými se povedou kontraktační jednání. Ve druhé fázi zadavatel sdělí svoji představu o předmětu plnění a uchazeči sdělují zadavateli formou předběžných nabídek jejich návrh na naplnění představy zadavatele. Předběžné nabídky nejsou ofertou, jsou podkladem pro následující jednání, v rámci kterých za určitých omezujících podmínek může dojít ke změně představy zadavatele i způsobu plnění ze strany uchazečů. V rámci jednání může (a bude) docházet ke změně v položkách podléhajících hodnocení.

Zákon neomezuje formu ani počet jednání s jednotlivými uchazeči. Zadavatel je pouze omezen základními zásadami zadávacího řízení, v tomto případě tedy zejména zásadou transparentnosti a rovného zacházení. Cílem jednání je zlepšit nabídky uchazečů ve prospěch zadavatele. Zadavatel si však může v zadávacích podmínkách vyhradit, že o předběžných nabídkách nemusí být vůbec jednáno, tedy že zakázku může zadat na základě předběžné nabídky. Tím pádem by byl postup totožný s užším řízením a předběžná nabídka, byť standardně považovaná pouze za podklad k jednání, by se tak stala ofertou.

V návaznosti na proběhlá jednání pak zadavatel vyzývá účastníky k podání finálních nabídek. Tyto nabídky již ofertou jsou. Předkontraktační a kontraktační fáze zadávacího řízení je od tohoto okamžiku shodná s postupem v otevřeném řízení.

2.3.4 Řízení se soutěžním dialogem

Jde o modifikaci jednacího řízení s uveřejněním v případech, kdy zadavatel zná cíl, kterého chce dosáhnout, ale nezná způsob (nebo ne dostatečně), jak stanovený záměr realizovat. V takovém případě nelze využít ostatní druhy řízení, neboť zadavatel by nebyl schopen přesně specifikovat zadávací podmínky, a předložené nabídky by z toho důvodu nemusely být mezi sebou vzájemně porovnatelné.

Pro použití řízení se soutěžním dialogem jsou stanoveny stejné podmínky jako pro jednací řízení s uveřejněním¹⁰⁴. Řízení zahajuje zadavatel zveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení a vyzývá tak neomezený počet dodavatelů k podání žádosti o účast v řízení. Zároveň musí stanovit též časový rozvrh soutěžního dialogu. Po uplynutí

¹⁰⁴ § 60 ZZVZ.

lhůty k podání žádosti o účast posoudí zadavatel soulad doručených žádostí se zadávacími podmínkami a vyzve nevyloučené dodavatele k účasti v soutěžním dialogu.

Účelem vedení dialogu je nalézt s vyzvanými dodavateli řešení pro naplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách. Zákon nespécifikuje formu ani průběh dialogu a tedy zadavatel s dodavateli mohou použít jakoukoliv podobu, která jim přijde vhodná. Zadavatel je však stále omezen základními zásadami zadávacího řízení. Předmětem soutěžního dialogu jsou veškerá hlediska týkající se předmětu veřejné zakázky. Lze tedy diskutovat jak technická specifika, tak i právní, finanční a časová hlediska plnění veřejné zakázky. Zadavatel může na základě vedeného dialogu přehodnotit svá stanoviska a své původní představy o způsobu plnění veřejné zakázky. Soutěžní dialog se vede do té doby, než zadavatel naleznе řešení, které vyhovuje jeho potřebám nejlépe. Takových řešení může být jedno nebo i více. O ukončení soutěžního dialogu pak zadavatel informuje účastníky zadávacího řízení a vyzve je k podání nabídek na nalezená řešení. Takto podané nabídky jsou předmětem hodnocení a následného uzavření smlouvy.

Z pohledu kontraktačního procesu se jedná o značnou modifikaci oproti otevřenému řízení. Řízení se soutěžním dialogem se naopak velice podobá jednacím řízením s uveřejněním. Podané žádosti o účast nemohou být považovány za ofertu. V té době vlastně zadavatel ani neví, jaký bude obsah budoucího závazku – jinak by nepoužíval řízení se soutěžním dialogem. Jedná se tedy jen o sdělení dodavatele, že má zájem o danou veřejnou zakázku. Následná vyjednávání mají za cíl objasnit právě obsah závazku v návaznosti na konkretizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Za oferty je tak třeba považovat až nabídky podané na základě výzvy zadavatele učiněné po ukončení soutěžního dialogu. Předkontrakční a kontrakční fáze zadávacího řízení je od tohoto okamžiku shodná s postupem v otevřeném řízení.

2.3.5 Řízení o inovačním partnerství

Jde o zcela nový druh zadávacího řízení představený zákonem o zadávání veřejných zakázek. Jeho účelem je umožnit veřejným zadavatelům spolupráci se soukromým sektorem v oblasti vědy a výzkumu.

Je třeba rozlišovat mezi pojmy inovační partnerství a řízení o inovačním partnerství. „*Samotné inovační partnerství obecně spočívá v tom, že mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem (dodavateli) vznikne dlouhodobé partnerství, jehož účelem by měl být vývoj a následná koupě nových inovativních výrobků, služeb nebo stavebních prací, přičemž následné pořízení vyvinutého předmětu plnění bude zadavatel pořizovat již bez vyhlášení dalšího samostatného zadávacího řízení na pořízení předmětu vyvinutého v rámci inovačního partnerství.*“¹⁰⁵ Řízení o inovačním partnerství je pak postup podle zákona o zadávání veřejných zakázek, kterým zadavatel vybere partnera pro vznik a realizaci inovačního partnerství.

Řízení o inovačním partnerství lze použít pouze v situaci, kdy poptávaný předmět plnění na trhu neexistuje. Nemusí se jednat o zcela převratný a nový „vynález“, postačí, že výsledkem inovačního partnerství bude nějakým způsobem, avšak nezanedbatelně, zdokonalený již existující produkt. Podstatou inovačního partnerství může být i zdokonalení způsobu výroby již existujícího produktu bez jakéhokoliv dalšího zlepšování produktu samotného.¹⁰⁶

Zahájení řízení o inovačním partnerství činí zadavatel zveřejněním oznámení o zahájení řízení. Spolu s oznámením určí zadavatel dodavatelům lhůtu pro podání žádostí o účast, minimální technické podmínky a také pravidla pro výkon autorských práv k řešení vzniklému z výsledku dodavatelova výzkumu. Podané žádosti zadavatel posoudí, vyloučí ty dodavatele, jejichž žádosti nesplňují podmínky zadávacího řízení, a ostatní dodavatele vyzve k podání předběžných nabídek. Na základě předběžných nabídek zadavatel vede jednání s dodavateli. V průběhu jednání smí zadavatel upravit zadávací podmínky, avšak i po změně zadávacích podmínek musí být splněny podmínky pro použití řízení o inovačním partnerství, nesmí se jednat o změnu hodnotících kritérií a nesmí se jednat o změnu minimálních technických podmínek, které zadavatel stanovil na počátku řízení. O změnách zadávacích podmínek musí zadavatel informovat všechny dodavatele, se kterými jedná. Po ukončení jednání zadavatel může rozhodnout o zavedení inovačního partnerství s jedním či více dodavateli.

¹⁰⁵ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 70.

¹⁰⁶ PODEŠVA, Vilém. *op. cit.*

Zde je zásadní rozdíl oproti ostatním druhům zadávacího řízení. V nich zadavatel musí rozhodnout o vítězi zadávacího řízení nebo řízení z jednoho ze zákonem předvídaných důvodů zrušit. U řízení o inovačním partnerství však v rámci jednání může zadavatel dospět k závěru, že inovační partnerství vůbec nechce realizovat, a po ukončení jednání nevybrat žádného partnera. Druhou podstatnou odchylkou je skutečnost, že výsledkem řízení o inovačním partnerství je uzavřená smlouva, na základě které dodavatel s přispěním zadavatele vykonává vědeckou a výzkumnou činnost, nikoliv dodávky zboží nebo služeb. Až po úspěšném dokončení výzkumu a vývoje dojde k odběru produktů nebo služeb ze strany zadavatele.

2.3.6 Jednací řízení bez uveřejnění

Jedná se o specifický druh řízení, který veřejný zadavatel může použít pouze v zákonem předvídaných situacích. Tyto podmínky jsou stanoveny v § 63 – 66 ZZVZ. Postup v řízení je nejméně formalizovaný v komparaci se všemi ostatními druhy zadávacího řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek. Zároveň se jedná o nejméně transparentní řízení, zejména z důvodu absence povinnosti zadavatele o probíhajícím řízení jakkoliv informovat neomezený počet dodavatelů. Vzhledem k tomu, že se jedná o neveřejné řízení a zadavatel oslovuje jím vybraný okruh uchazečů, popřípadě i jen uchazeče jediného, je splnění podmínek pro použití tohoto typu řízení nutno vykládat striktně a zadavatel vždy musí jasně prokázat, že veškeré podmínky pro použití byly splněny¹⁰⁷.

Samotný průběh řízení není zákonem nikterak detailně upraven a je zde prostor pro uplatnění autonomie vůle zadavatele i dodavatele. Svou povahou se tak jednací řízení bez uveřejnění nejvíce podobná klasickému kontraktačnímu procesu dle občanského zákoníku. Řízení zahajuje zadavatel odesláním výzvy k jednání, výzvy k podání nabídek, popřípadě prostým započítím v jednání s dodavatelem. Na rozdíl od ostatních druhů zadávacích řízení není předmětem jednání nabídka dodavatele, ale jedná se přímo o uzavření smlouvy.¹⁰⁸ Zadavatel má možnost zadávací podmínky (respektive v tomto

¹⁰⁷ srov. rozsudek ESD C-328/92 ze dne 3. 5. 1994 ve věci Komise Evropských společenství proti Španělskému království, rozsudek ESD C-318/94 ze dne 28. 3. 1996 ve věci Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo.

¹⁰⁸ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. § 67.

případě spíše vyjednávací požadavky) měnit. Jediným omezením jsou stále základní zásady zadávacího řízení dle § 6 ZZVZ a dále nesmí dojít k vybočení z podmínek k použití tohoto typu řízení. Pokud by zadavatel dospěl k přehodnocení svých potřeb až mimo hranice tohoto řízení, musí jednání ukončit a vypsát veřejnou zakázku, která je druhem řízení odpovídající změněným podmínkám.

Z pohledu kontraktačního procesu zde dochází ke klasickému předložení oferty, ať již přímo zadavatelem v rámci výzvy k jednání, nebo dodavatelem jako odpověď na takovou výzvu, s možností následných úprav této nabídky v průběhu jednání až do bodu, kdy obě strany dospějí ke konsenzu a dojde k akceptaci a uzavření smlouvy.

2.4 Shrnutí

V této kapitole jsme prozkoumali zadávací řízení jako specifický kontraktační proces a srovnali jej s obecnou úpravou této problematiky. Srovnání proběhlo jak s klasickým modelem uzavření smlouvy podle § 1731 a násl. OZ, tak i s veřejnou obchodní soutěží podle § 1772 a násl. OZ. Zadávací řízení bylo rozděleno na fázi předkontraktační a fázi kontraktační.

V předkontraktační fázi se podařilo identifikovat několik nejasností a problémů a najít na ně odpovědi. Určitou nejasností je návrh textu smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, kdy zákon o zadávání veřejných zakázek ex lege nestanovuje povinnost zahrnutí návrhu textu smlouvy do nabídky dodavatele. Dospěli jsme k závěru, že pro zadavatele (a potažmo celou veřejnou zakázku) je nejvhodnější, když text smlouvy určí sám v zadávacích podmínkách a požaduje akceptaci takového textu ze strany dodavatele. V rámci návrhu textu smlouvy jsme se zabývali i povahou takto uzavřené smlouvy a dospěli jsme k závěru, že se nejedná o smlouvu uzavřenou adhezním způsobem ve smyslu ust. § 1798 OZ. Krom identifikace problémů a nejasností se též podařilo popsat celou předkontraktační fázi z pohledu otevřeného řízení v nadlimitním režimu veřejné zakázky.

V kontraktační fázi jsme se zabývali výběrem nejvhodnější nabídky vzešlé z předkontraktační fáze a samotným uzavřením smlouvy. Opět došlo k porovnání

s obecnými instituty upravenými v občanském zákoníku a identifikaci určitých slabých míst, popřípadě problémů. Jedním z nich je vázanost uchazeče jeho nabídkou. Zákon o zadávání veřejných zakázek explicitně dodavatele jejich nabídkami neváže, jde o fakultativní možnost zadavatele stanovit tak v zadávacích podmínkách. Opět nelze než doporučit zadavatelům tento institut využívat. V opačném případě má dodavatel právo ze zadávacího řízení odstoupit prakticky kdykoliv, tedy i v případě jeho výběru coby nejvhodnějšího dodavatele. Protože zákon o zadávání veřejných zakázek přímo stanovuje právo dodavatele z řízení odstoupit kdykoliv mimo zadávací lhůtu, lze si dle názoru autora jen stěží představit požadování náhrady škody po takto odstoupivším dodavateli, byť by jeho chováním reálně zadavateli škoda vzniknout mohla.

Poslední část této kapitoly se pak věnovala komparaci otevřeného řízení s ostatními druhy zadávacích řízení. V rámci této komparace byl vždy stručně představen každý konkrétní druh zadávacího řízení, který je zákonem upraven, a následně byly popsány odchylky od závěrů učiněných na základě analýzy otevřeného řízení.

3. Změny smluv

Do životního cyklu veřejné zakázky nepatří pouze způsob výběru kontraktačního partnera. Ten je pouze počátkem a veřejná zakázka tím zdaleka nekončí. V návaznosti na soukromoprávní povahu smlouvy uzavřené na základě veřejné zakázky se i průběh jejího plnění, ukončení nebo případné porušení řídí předpisy občanského práva.

Speciální problematikou je změna takové smlouvy. Změna smlouvy je projevem autonomie vůle smluvních stran, které jsou pánem smluvního závazku, a mohou si s jeho obsahem po vzájemném konsenzu nakládat dle libosti. V případě veřejných zakázek to neplatí zcela. Je zřejmé, že naprostá volnost veřejného zadavatele v případě změny smlouvy uzavřené na základě zadávacího řízení by úplně negovala podstatu právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Nebylo by nic jednoduššího, než projít celým formalizovaným procesem uzavření smlouvy akcentujícím zásady zadávání veřejných zakázek, a následně ihned po uzavření takovou smlouvu změnit bez jakéhokoliv vlivu právní úpravy, nebo alespoň zásad veřejného zadávání (obdobně též L. Fojtík¹⁰⁹).

Na druhou stranu nelze aplikovat druhý extrém, tedy změnu smlouvy naprosto vyloučit. Během trvání smluvního vztahu může dojít k objektivní potřebě změny uzavřené smlouvy a v takovém případě by nemožnost změny závazku naopak základní zásady zadávacího řízení, především zásadu hospodárnosti a efektivnosti, negovala. Je třeba mít na paměti, že i transakční náklady na provedení veřejné zakázky nejsou zanedbatelné, přičemž se složitostí zakázky rostou i náklady zadávacího řízení¹¹⁰.

Předmětem této kapitoly je analýza podmínek, za kterých je možné provést změnu obsahu smlouvy bez nutnosti danou smlouvu zrušit a zadat novou veřejnou zakázku s upravenými podmínkami.

¹⁰⁹ FOJTÍK, Luboš. *Je možné změnit smlouvu na plnění veřejné zakázky* [online].

¹¹⁰ Náklady zadávacího řízení jsou zejména právní služby, služby odborných poradců k předmětu zakázky, odměny za účast v hodnotících a obdobných komisích apod. V neposlední řadě by se též mohlo jednat o časové a konzervační náklady, neboť zejména u veřejných zakázek na stavební činnosti může dojít k potřebě změny smlouvy, kdy tato potřeba není havarijní nebo krizovou, na druhou stranu doba potřebná k zadání nové veřejné zakázky by mohla způsobit zmaření již provedených prací a tedy i investic.

3.1 Změny smluv pohledem práva EU

Jak bylo nastíněno v úvodu této kapitoly, v případě změny smlouvy dochází ke střetu autonomie vůle jejich účastníků na straně jedné a základních zásad zadávacího řízení na straně druhé. Až do přijetí současných zadávacích směrnic sekundární právo EU tuto problematiku nijak neregulovalo a dnešní podoba je výsledkem historického vývoje této problematiky na úrovni EU.

Až do přijetí současných zadávacích směrnic koordinovalo sekundární právo EU pouze postupy pro zadávání veřejných zakázek v členských státech. Právo veřejných zakázek patří na úrovni EU do oblasti vnitřního trhu, a tedy se jedná o sdílenou pravomoc EU¹¹¹. Vzhledem k subsidiaritě práva EU v oblasti sdílených pravomocí nebylo možné směrnice vykládat extenzivně, a použít tak výklad, který by rozšiřoval principy zavedené směrnicemi, i na fázi plnění smlouvy. Zadávací směrnice (ať již současné nebo historické) jsou promítnutím zásad primárního práva EU a jejich rozvinutím. V případě veřejných zakázek se jedná především o zajištění volného pohybu zboží a služeb a realizaci volné hospodářské soutěže v členských státech EU. Na těchto základech se postupně budovalo současné pojetí problematiky změny smluv ve veřejných zakázkách na úrovni EU, a to především rozhodovací praxí SD EU.¹¹²

3.1.1 Rozsudek Rennes Railway

Rozsudek SD EU ze dne 5. 10. 2000, ve věci C-337/98 Komise Evropských společenství proti Francouzské republice, byl jedním z prvních rozhodnutí dotýkající se problematiky změny smluv. Soudní dvůr v něm definoval jednu ze základních zásad pro posuzování možnosti změny smluv. Na tuto zásadu pak odkazuje v navazujících rozsudcích.¹¹³

Předmětem řízení bylo posouzení zadávacího řízení na výstavbu městského vlaku v aglomeraci Rennes ve Francii. Zadáání této zakázky předcházelo dlouhé vyjednávání, které započalo v roce 1989. Ke schválení uzavření smlouvy došlo až v roce 1993

¹¹¹ Čl. 4 odst. 2 písm. a) SFEU.

¹¹² DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 104.

¹¹³ DVOŘÁK, David, op. cit. s. 110.

a smlouva byla uzavřena se společností Matra Transport. V době uzavření smlouvy neuplynula lhůta pro transpozici směrnice 90/531/EHS ani pozdější 93/38/EHS. V roce 1994 bylo rozhodnutí rady aglomerace Rennes uzavřít smlouvu zrušeno správním soudem. V roce 1995 tedy bylo znovu zahájeno jednání a následně rada aglomerace Rennes vydala nové rozhodnutí o uzavření smlouvy se společností Matra Transport. V té době zahájila Evropská komise neformální řízení, ve kterém trvala na tvrzení, že smlouva z roku 1995 byla uzavírána za aplikovatelnosti směrnic 90/531/EHS a 93/38/EHS. Naopak Francie poukazovala na uzavření smlouvy v roce 1993 a trvala na tvrzení, že smlouva tedy byla uzavřena před aplikovatelností výše uvedených směrnic. Komise tedy předložila věc SD EU k rozhodnutí.¹¹⁴

SD EU se v této věci primárně zabýval aplikovatelností směrnic 90/531/EHS a 93/38/EHS na daný případ. Pro odpověď musel určit, zda došlo k zadání, zrušení a následnému novému zadání zakázky, pročez na nově zadávanou zakázku by aplikace směrnic již dopadala, nebo zda celou dobu šlo o jedinou zakázku zahájenou v roce 1989. SD EU potvrdil, že jednání ohledně realizace veřejné zakázky bylo prokazatelně započato v roce 1990. Otázkou k řešení tedy zůstala vzájemná souvislost mezi jednáními před uzavřením smlouvy v roce 1993 a jednáními vedenými na základě zrušení této smlouvy v roce 1995. SD EU pak „považoval za rozhodující (odst. 44 rozsudku), zda: ...jednání [...] nebyla svým charakterem podstatně odlišná od těch, která již proběhla dříve, a neprokazovala tak úmysl smluvních stran sjednat znovu zásadní podmínky smlouvy [...] ... nelze vyloučit, aby, v jednacím řízení, které se ze své povahy může trvat dlouhou dobu, strany vzaly v úvahu technologický vývoj, k němuž došlo v době, kdy jednání probíhala, aniž by to muselo být vždy považováno za nové sjednání základních podmínek veřejné zakázky“¹¹⁵.

SD EU tímto rozsudkem položil základní stavební kámen pro posuzování změny smluv, na kterém jsou v zásadě vystavěna současná pravidla. Při posuzování se vychází z toho, zda se jedná o změnu, která prokazuje úmysl stran sjednat znovu zásadní podmínky smlouvy.

¹¹⁴ DVOŘÁK, David, op. cit. s. 110 – 111.

¹¹⁵ DVOŘÁK, David, op. cit. s. 111 – 112.

3.1.2 Rozsudek EK proti CAS Succhi di Frutta SpA

Rozsudek SD EU ze dne 29. 04. 2004, ve věci C-496/99 Komise Evropských společenství proti CAS Succhi di Frutta SpA, se týkal změny původně nabízeného protiplnění za dodávky zboží.

Spor se týkal veřejné zakázky na dodávky ovocného džusu vyhlášené EK, který měl sloužit jako humanitární pomoc. EK neposkytovala v této zakázce peněžní protiplnění, ale vybraný uchazeč měl obdržet dodávku jablek, pořízených EK v intervenčních nákupech. Po uzavření smlouvy však došlo k výpadku množství jablek a EK změnila formu protiplnění obecně na ovoce, přičemž stanovila ekvivalenty množství různých druhů ovoce vůči jablkům. CAS Succhi di Frutta SpA byla uchazečem, který nebyl vybrán, a na změnu platebních podmínek reagovala žalobou k Soudu první instance (dnešní Tribunál) pro porušení zásad transparentnosti a rovného zacházení. Ten rozhodl ve prospěch stěžovatele a EK se proti rozsudku odvolala k Soudnímu dvoru. Relevantním ve vztahu k tématu této kapitoly bylo tvrzení EK, že je třeba rozlišovat mezi postavením úspěšného a neúspěšného uchazeče ve fázi před zadáním a po zadání veřejné zakázky. Podle EK po zadání zakázky neexistuje žádný právní vztah mezi zadavatelem a neúspěšným uchazečem a zadávací směrnice nejsou aplikovatelné. Podle EK pak změna byla provedena za zvláštních okolností a po určité době od zadání zakázky. EK nevyklučuje uplatnění základních zásad, avšak pouze k zásadním změnám. EK dále namítala, že i případný nárok na náhradu škody v případě absence dostatečného množství jablek by byl změnou zadávacích podmínek.¹¹⁶

Generální advokát Alber ve svém posouzení odmítl názory EK. Naopak zastává názor, že platební podmínky jsou jedny ze stěžejních podmínek celého kontraktu a v tomto případě došlo k podstatné změně benefitu pro dodavatele. Dále se zabýval námitkou ohledně náhrady škody a dospěl k závěru, že na rozdíl od platebních podmínek, které jsou součástí zadávacích podmínek, je právo na náhradu škody institutem civilního práva, nezávislé na podmínkách zadávacích, a tudíž nelze případnou platební neschopnost zadavatele, a z tohoto titulu uhrazenou náhradu škody, považovat za změnu zadávacích podmínek.¹¹⁷

¹¹⁶ DVOŘÁK, David, op. cit. s. 112.

¹¹⁷ DVOŘÁK, David, op. cit. s. 113.

Soudní dvůr EU se přiklonil k názoru generálního advokáta Albera a nevyhověl odvolání EK. Soudní dvůr obecně akcentuje principy rovného zacházení a transparentnosti, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky. Soudní dvůr konstatuje, že komise musí dodržet pravidla zakázky, která si sama nastavila, nejen po dobu zadávacího procesu, ale obecněji po celou dobu trvání smluvního vztahu („... *but also, more generally, up to the end of the stage during which the relevant contract is performed.*“)¹¹⁸. Dále zadavatel nesmí měnit zadávací podmínky následnou jednostrannou změnou, která je podstatná a týká se změny podmínek uvedených ve výzvě k podání nabídek. Taková změna by umožnila uchazečům podat jiné nabídky. Soudní dvůr dále uvádí, že pokud si jedna strana kontraktu přeje měnit podmínky smlouvy po jejím úspěšném uzavření, musí být možnost takové změny, a přesné vymezení, podle jakých pravidel taková změna proběhne, součástí zadávacích podmínek. Takto určená pravidla pak poskytují předem známý rámec, na základě kterého mohou dodavatelé uzpůsobit svoje nabídky. Jakýkoliv jiný postup by vedl k porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení.¹¹⁹

Z tohoto rozsudku SD EU vyplývají tři stěžejní závěry:

- a) Změny po uzavření smlouvy nesmějí být takového charakteru, aby mohly mít potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky.¹²⁰
- b) Byť pravidla pro zadávání veřejných zakázek upravují pouze fázi do uzavření smlouvy, nelze na danou věc pohlížet tak, že dále se neaplikují a smlouva podléhá jen soukromému právu. Naopak zásady, na kterých jsou zadávací pravidla vystavěna, se promítají do celého životního cyklu veřejné zakázky.¹²¹
- c) Následné změny smlouvy lze provádět, ale tato možnost musí být předem stanovena v zadávacích podmínkách.¹²²

¹¹⁸ Odst. 115 rozsudku.

¹¹⁹ Odst. 110 – 122 rozsudku.

¹²⁰ DVOŘÁK, David, op. cit. s. 114.

¹²¹ DVOŘÁK, David, tamtéž.

¹²² DVOŘÁK, David, tamtéž.

3.1.3 Rozsudek „pressetext“

Rozsudek SD EU ze dne 19. 06. 2008, ve věci C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund) a dalším, je nejvýznamnějším rozhodnutím SD EU v oblasti změny smluv ve veřejných zakázkách.

V roce 1994, před vstupem Rakouska do EU, uzavřela Rakouská republika smlouvu s Austria Presse Agentur (APA), která opravňovala státní orgány získávat aktuální i historické informace z databáze vedené APA a využívat její služby pro šíření vlastních tiskových zpráv (služby nazvané OTS). V roce 2000 založila APA dceřinou společnost APA-OTS, kterou je 100 % vlastníkem a se kterou je majetkově úzce propojena. APA převedla veškeré své činnosti týkající se OTS služeb na tuto dceřinou společnost. APA ujistila Rakouskou republiku, že za poskytování služeb OTS je i nadále spoluodpovědná a že rozsah a pravidla poskytování služeb OTS ujednaných v původní smlouvě jsou nadále závazná pro společnost APA-OTS. Rakouská republika s tím udělila souhlas a začala odvádět odměnu za tiskové služby společnosti APA-OTS.¹²³

Smlouva s APA z roku 1994 byla uzavřena na dobu neurčitou s nemožností výpovědi před 31. 12. 1999. Zároveň obsahovala ujednání o způsobu valorizace cen za poskytované služby. V roce 2001 došlo k uzavření dodatku ke smlouvě z roku 1994, kde došlo k přepočtení cen na měnu euro (€) s drobným zaokrouhlením a zároveň došlo ke stanovení maximálních odměn za služby OTS pro roky 2002 – 2004. V roce 2005 pak došlo k uzavření druhého dodatku, kterým se zvedla množstevní sleva za informační služby poskytované APA a kterým se Rakouská republika vzdala práva výpovědi smlouvy do 31. 12. 2008.¹²⁴

Pressetext Nachrichtenagentur GmbH se v roce 2004 neúspěšně pokoušela Rakouské republice nabídnout své služby tiskové agentury. Zároveň se dovolávala prohlášení nepřípustnosti smlouvy s APA-OTS, jelikož dle jejího názoru se jednalo o nové zadání zakázky na poskytování tiskových služeb. Správní orgán, který rozhodoval o stížnostech společnosti pressetext Nachrichtenagentur GmbH, měl pochybnosti

¹²³ KOKOTT, Juliane. *Stanovisko generální advokátky*. odst. 18

¹²⁴ KOKOTT, Juliane, op. cit. odst. 19 - 23

o výkladu práva EU týkajícího se veřejného zadávání, a tak předložil SD EU předběžné otázky k rozhodnutí.¹²⁵

Celkem bylo předloženo 7 předběžných otázek:¹²⁶

- 1) První otázka se týkala možnosti převodu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy na jiného dodavatele bez nutnosti provedení nového zadávacího řízení.
- 2) Druhá otázka se týkala konverze dohodnutých cen na měnu euro v souvislosti s přístupem Rakouska do měnové unie a změny referenčního indexu valorizace odměny během trvání smlouvy.
- 3) Třetí otázka se týkala možnosti dojednání doložky vzdání se práva na výpověď smlouvy v průběhu trvání smlouvy poté, co již předchozí lhůta stanovující nemožnost výpovědi smlouvy uplynula. Dále se týkala přípustnosti zvýšení množstevní slevy zadavateli.
- 4) Otázky 4 až 7 se pak týkaly procesních povinností zadavatele a výkladu náhrady škody v případě, že by SD EU na ot. 1 až 3 odpověděl tak, že mělo dojít k novému zadávacímu řízení.

Generální advokátka (GA) J. Kokott ve svém stanovisku podrobně rozebírala problematiku změny smlouvy se shrnutím do té doby vydané judikatury SD EU. Detailní rozbor úvah obsažených ve stanovisku přesahuje svou detailností rozsah této práce. Navíc SD EU se v zásadě ztotožnil s právním názorem generální advokátky a stěžejní myšlenky převzal do svého rozsudku (viz dále).

Generální advokátka navrhla Soudnímu dvoru odpovědět pouze na první tři otázky. Obecně uvedla, že je-li smlouva spadající do působnosti směrnic upravujících zadávací řízení měněna během doby její platnosti, není třeba provedení nového zadávacího řízení v případě, že se nejedná o podstatnou změnu smlouvy (s odkazem na rozsudek Rennes Railways). Dále k jednotlivým otázkám uvedla:¹²⁷

Ad 1) Za podstatnou změnu GA nepovažuje změnu v subjektu dodavatele v případě, že se jedná o převod na dceřinou společnost původního dodavatele, v níž je 100 %

¹²⁵ KOKOTT, Juliane, op. cit. odst. 24 – 26

¹²⁶ KOKOTT, Juliane, op. cit. odst. 27

¹²⁷ KOKOTT, Juliane, op. cit. odst. 172

vlastníkem. Podobně se GA vyjádřila i v případě odstěpení společnosti. Dále v případě, že je dodavatel právnickou osobou, nepředstavují změny ve vlastnictví dodavatele podstatnou změnu smlouvy.

Ad 2) Za podstatnou změnu GA nepovažuje ani skutečnost, když se smlouva přizpůsobuje objektivní změně vnějších okolností. Tedy v tomto případě změně národní měny a nahrazení původně sjednaného valorizačního indexu jeho nástupcem. Stejně tak posouzení změny odměn závisí na významu takové změny ve vztahu ke zbytku a objemu veřejné zakázky.

Ad 3) Ani sjednání vzdání se práva na výpověď u smlouvy na dobu neurčitou nepovažuje GA za podstatnou změnu smlouvy, ledaže by z okolností bylo patrné, že ve sjednané lhůtě by zadavatel z hospodářských nebo právních důvodů mohl mít zájem na vyvázání se ze smluvního závazku.

SD EU ve vydaném rozsudku nejprve odkazuje na obecné cíle právní úpravy veřejného zadávání a akcentuje zásady transparentnosti a rovného zacházení.¹²⁸ SD EU též opakuje, s odkazem na rozsudek Rennes Railway, že tyto zásady nejsou porušeny, pokud se nejedná o podstatnou změnu smlouvy – v opačném případě se jedná o nové zadání zakázky. O podstatnou změnu smlouvy se obecně jedná, pokud změny „*mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky*“¹²⁹ (v literatuře označováno též jako generální klauzule). Dále v rozsudku v odst. 35 – 37 uvádí demonstrativní výčet typů změny smlouvy, které mohou být považovány za podstatné:

1. Takovou změnu, která by, vyskytující se během zadávacího řízení, umožnila připuštění jiných uchazečů nebo by umožnila přijmout jinou nabídku, než tu, která byla přijata.
2. Taková změna, která zakázku rozšiřuje značnou měrou o služby, které nebyly původně požadovány.

¹²⁸ Odst. 31 a 32 rozsudku.

¹²⁹ Odst. 34 rozsudku.

3. Taková změna, která mění hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch dodavatele a taková změna nebyla v zadávacích podmínkách předpokládána.

Konkrétně pak k jednotlivým položeným otázkám SD EU uvedl:

Ad 1) Obecně je změna subjektu smlouvy považována za změnu základních podmínek zakázky, pokud taková změna nebyla předvídaná přímo v zadávacích podmínkách. Avšak SD EU zároveň uvádí, že dojde-li ke změně subjektu smlouvy na základě vnitřní reorganizace původního dodavatele, o podstatnou změnu smlouvy se nejedná. To by neplatilo v případě, kdy odštěpení části dodavatele by bylo už předem prováděno za účelem prodeje takto nově vzniklé společnosti.¹³⁰

Ad 2) SD EU ke konverzi měny uvedl, že byť je odměna dodavatele podstatnou součástí zakázky a její změna tudíž podstatnou změnou smlouvy (srov. rozsudek Komise v. CAS Succhi di Frutta), přizpůsobení smlouvy objektivní změně vnějších podmínek, tedy zavedení jiné národní měny, není změnou podstatnou. Takové přizpůsobení ale musí probíhat podle stanovených pravidel pro konverzi měn (v případě přístupu k euru s nařízeními Rady), a to včetně zaokrouhlování. Dodržení takového postupu totiž nemění reálnou hodnotu cen a materiálně tak nedochází ke změně odměny dodavatele. SD EU dokonce považuje za přípustné, aby došlo v souvislosti s konverzí i k reálné změně odměny, ale taková změna musí být minimální, mít za cíl zjednodušení provádění zakázky a být objektivně odůvodnitelná – např. zjednodušení fakturací. K otázce valorizačního indexu SD EU uvedl, že jelikož původní smlouva obsahovala odkaz na tehdy platný index spotřebitelských cen pro rok 1986 anebo index nový, který jej nahradí, není dodatek ke smlouvě, který odkazuje na nový valorizační index, změnou podstatnou, pokud se jedná o nástupce původně sjednaného indexu spotřebitelských cen.¹³¹

Ad 3) SD EU se nejprve zabýval prodloužením doby, po kterou nelze smlouvu na dobu neurčitou vypovědět. Nejprve podotýká, že obecně uzavření veřejné zakázky na služby na dobu neurčitou je praxe, která není v souladu s cíli právních předpisů EU a mohla by být způsobilá narušit hospodářskou soutěž. Právo EU však takové chování nezakazuje. SD EU se dále věnuje samotnému ujednání o nemožnosti smlouvu vypovědět

¹³⁰ Odst. 39 – 54 rozsudku.

¹³¹ Odst. 55 – 70 rozsudku.

a konstatuje, že takový dodatek sám o sobě bez dalšího nepřijatelný není. Je třeba však uvážit, zda zadavatel nemá perspektivu v období, na které se tento zákaz vztahuje, smlouvu vypovědět a také je třeba zkoumat proporcionalitu délky sjednávaného období. SD EU dále konstatoval, že zvýšení poskytovaných množstevních slev na určitou část zakázky nepředstavuje změnu hospodářské rovnováhy smlouvy ve prospěch dodavatele (ba právě naopak) a taková skutečnost nemůže narušit hospodářskou soutěž k újmě ostatních potencionálních dodavatelů.¹³²

Vzhledem k tomu, že zbylé otázky byly vázány na případný závěr o nutnosti provést nové zadávací řízení ve vztahu k některé z projednávaných skutečností, a SD EU k takovému závěru nedošel, na další otázky odpovědi neposkytl.

Stěžejním přínosem rozsudku *pressetext* je detailní a komplexní rozvedení obecných principů pro změnu smluv definovaných předchozí rozhodovací praxí SD EU. Úvahy použité při posuzování tohoto konkrétního případu dávají obecný návod na rozpoznávání podstatných a nepodstatných změn smluv a z toho vyplývající následky, zejména pak povinnost zadání nové veřejné zakázky. Takto položená kritéria pak byla primárním zdrojem při tvorbě současných zadávacích směrnic.¹³³

3.1.4 Zadávací směrnice

Současné zadávací směrnice z roku 2014 navazují na vývoj problematiky a názory SD EU a poprvé upravují problém exaktním právním předpisem na úrovni EU. Do balíku zadávacích směrnic patří tzv. klasická směrnice (2014/24/EU), sektorová směrnice (2014/25/EU) a koncesní směrnice (2014/23/EU). Vzhledem k podobnosti všech tří směrnic vychází následný rozbor pouze z klasické směrnice, která upravuje problematiku ve vztahu k veřejným zadavatelům.

V preambuli klasické směrnice se uvádí, že „je nezbytné vyjasnit podmínky, za nichž změny smluv na veřejné zakázky během jejího plnění vyžadují nové zadávací řízení,

¹³² Odst. 55 – 89 rozsudku.

¹³³ RAFAJ, P. a FRIČOVÁ V. Vybrané instituty práva veřejných zakázek v judikatuře soudního dvora EU a jejich úprava v nových zadávacích směrnicích.

*přičemž je třeba zohlednit příslušnou judikaturu Soudního dvora Evropské unie.*¹³⁴ Dále preambule uvádí, že nové zadávací řízení je zapotřebí v případě podstatných změn veřejné zakázky. Problematice změny smlouvy se v preambuli klasické směrnice věnují odst. 107 až 111 a v podstatě kopírují závěry a odůvodnění z rozsudků SD EU představených v předchozích kapitolách.

Samotnou právní úpravu pak obsahuje Čl. 72 klasické směrnice. Ten v odst. 1 obsahuje výčet situací, kdy lze smlouvu změnit bez nutnosti provedení nového zadávacího řízení. Jedná se o:

- a) Případy, kdy změny byly předpokládány v původní zadávací dokumentaci a bylo přesně stanoveno, za jakých podmínek a jakým způsobem se změny provádějí. Taková změna pak neobsahuje limit vůči původní hodnotě veřejné zakázky, avšak nesmí se jednat o změny, které by měnily celkovou povahu veřejné zakázky.
- b) Dodatečné plnění (stavební práce, služby i dodávky), které jsou nezbytné, ale z nějakého důvodu nebyly předmětem původního plnění. Avšak za podmínek, že změna dodavatele není možná z objektivních ekonomických (např. náklady na dodatečné zadávací řízení jsou v hrubém nepoměru s rozšířením smlouvy) nebo technických důvodů (vítězem nového zadávacího řízení by z důvodů technické kompatibility nemohl být nikdo jiný, než původní dodavatel). Další podmínkou je, že rozšíření nesmí překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky, a to v součtu, bylo-li by změn smlouvy více.
- c) V případě, že změna byla vyvolána změnou vnějších okolností, přičemž po zadavateli nelze požadovat, aby tyto změny v době zadávacího řízení předpokládal, změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky a nárůst ceny nepřekročí 50 % hodnoty původní veřejné zakázky, a to v součtu, bylo-li by změn smlouvy více.
- d) Změnu v subjektu dodavatele, pokud tato změna je vyvolána univerzálním nebo singulárním právním nástupnictvím původního dodavatele, a nový dodavatel splňuje kvalifikační kritéria stanovená v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky. Speciálním případem povolené změny v subjektu dodavatele je stanovení přesných podmínek změny dodavatele, případně opčního práva, již v zadávacích podmínkách

¹³⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek, preambule, odst. 107.

a případ, kdy sám veřejný zadavatel plní povinnosti hlavního dodavatele vůči subdodavatelům. Transpozice poslední jmenované možnosti do vnitrostátních předpisů členských států je však podmíněna transpozicí fakultativních ustanovení Čl. 71 klasické směrnice (v opačném případě nedává smysl).

- e) Pokud změny obecně a bez ohledu na svoji hodnotu nejsou podstatné. Za podstatnou změnu se považuje taková změna, která činí smlouvu podstatě odlišnou od původně uzavřené smlouvy (srov. úmysl stran sjednat znovu základní podmínky smlouvy dle rozsudku SD EU „*Rennes Railway*“). Za podstatnou změnu se však vždy považuje změna
- a) která by byla schopna umožnit přístup jiným zájemcům v případě, že by byla součástí původních podmínek, nebo by byla schopna změnit výběr vítězné nabídky,
 - b) která mění ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch dodavatele a možnost této změny nebyla v zadávacích podmínkách stanovena,
 - c) která vede k výraznému rozšíření rozsahu veřejné zakázky,
 - d) která mění subjekt dodavatele jiným způsobem, než je uvedený v Čl. 72 odst. 1 písm. d) klasické směrnice.

Klasická směrnice tedy zavádí jasná pravidla, za kterých lze smlouvu ve veřejné zakázce změnit. V zavedených pravidlech je více než dobře čitelný vliv judikatury SD EU, zejména pak rozsudku „*pressetext*“, který ovlivnil především znění Čl. 72. odst. 1 písm. c), d), a e) a odst. 4 klasické směrnice. Naopak odchylkou od judikatury SD EU je zavedení tzv. pravidla „*de minimis*“. Při jeho splnění lze smlouvu změnit, aniž by se musela taková změna podřadit pod některou z povolených kategorií. Limitem tak je pouze hodnota takové změny, která nesmí přesáhnout 10 % hodnoty původní zakázky (15 % v případě stavebních prací) a zároveň nesmí dosáhnout finančních limitů dle Čl. 4 klasické směrnice. Dále též platí, že změny nesmí změnit celkovou povahu veřejné zakázky, a v případě provedení více změn je nutné je sečíst.

3.2 Změny smluv pohledem českého práva

Z podstaty věci české právo následuje právo Evropské unie, tedy současná právní úprava veřejných zakázek odpovídá pravidlům nastaveným v klasické směrnici. I přes značný vliv evropského práva si však české právo prošlo v této problematice určitým vývojem z části odlišným od vývoje v EU.

Prvním porevolučním právním předpisem v oblasti veřejných zakázek byl zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Ten změnu smlouvy v podstatě nepřipouštěl vůbec. Jakákoliv změna v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže (ekvivalentně dnes zadávacími podmínkami) byla neplatná.¹³⁵ Následující zákon č. 40/2004 Sb., o zadávání veřejných zakázek, podobný prakticky absolutní zákaz následné změny smlouvy neobsahoval. Pouze stanovoval povinnost zadavatele, pod sankcí neplatnosti, činit jen takové úkony, které obsahem nebo účelem neodporují nebo neobcházejí zákon či dobré mravy.¹³⁶ Avšak s určitou možností změny smlouvy počítal. Ust. § 71 znělo: „Zadavatel je povinen dokumentaci o zadání veřejné zakázky uchovávat po dobu 5 let od uzavření smlouvy, její změny nebo od zrušení zadávacího řízení.“ Není však jasné, zda onou změnou zákonodárce zamýšlel změnu smlouvy učiněnou v návaznosti na jednací řízení bez uveřejnění nebo i změnu obecnou. Vzhledem k historickému kontextu vývoje této problematiky v ČR i EU ale bylo pravděpodobně úmyslem zahrnout pouze změnu v návaznosti na jednací řízení bez uveřejnění. Zákon ale alespoň hypotetickou možnost změny smlouvy umožňoval.

K zákonu 40/2004 Sb. se v této problematice vztahuje rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. R087/2007/02 ze dne 20. 8. 2007 a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí sp. zn. S392/2006 ze dne 1. 3. 2007. ÚOHS se nejprve musel vypořádat s otázkou, zda se uzavření dodatku ke smlouvě na veřejnou zakázku vztahuje k zadávacímu řízení a tedy ÚOHS má pravomoc ve věci rozhodovat. ÚOHS dospěl k závěru, že dodatky ke smlouvě působí jako dodatečná dohoda smluvních stran a mění původní smlouvu – a tuto smlouvu je potřeba od uzavření dodatku interpretovat v novém znění. Tím je ovlivněno plnění veřejné zakázky a v případě

¹³⁵ KRENK, Michal. *Neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku* [online].

¹³⁶ § 90 zákona č. 400/2004 Sb.

uzavření dodatku ke smlouvě se dle ÚOHS vrací proces veřejné zakázky do okamžiku před uzavření smlouvy.¹³⁷

Při přezkumu samotné podstaty věci ÚOHS dospěl k podobným závěrům, k jakým dospěl SD EU v rámci svojí judikatury a následně pak i v pozdějším rozsudku „*pressetext*“. ÚOHS dochází k závěru, že povinnost uzavřít smlouvu v souladu s vítěznou nabídkou platí po celou dobu trvání veřejné zakázky, tedy že se vztahuje i na případné dodatky ke smlouvě. Zajímavá jsou obě rozhodnutí v tom, že se ÚOHS pokusil o vlastní kategorizaci změn smlouvy. Vycházel přitom z toho, zda změna měla možnost ovlivnit hodnocení nabídek. Z této úvahy byly dovozeny dvě potenciálně protiprávní změny – změna zadávacích podmínek, která mohla mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, a změny, které, pokud by se vyskytly v původních zadávacích podmínkách, by mohly ovlivnit hodnocení nabídek. Úřad při rozlišování mezi změnami, které mohly ovlivnit hodnocení nabídek, však nezachází do takové rozpracovanosti a detailnosti jako SD EU. ÚOHS tedy možnost uzavření dodatku připouští, avšak zároveň podmiňuje takovou možnost souladem změny s původními zadávacími podmínkami a nabídkou. Ve své celistvosti je tak rozhodnutí spíše v neprospěch změn smluv a i přes výše uvedené vykládá pravidla v zásadě rigidně.

Proti tomuto rozhodnutí celkem důrazně protestuje P. Vrbka, který akcentuje objektivní potřeby smlouvy na veřejné zakázky měnit. Snaží se svým pohledem definovat podstatné a nepodstatné změny a svůj článek v zásadě uzavírá tím, že tehdejší praxe nulové tolerance ke změně závazků vzešlých z veřejných zakázek je neudržitelná.¹³⁸

Výše uvedený stav se nezměnil ani po přijetí zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Ten v době přijetí neobsahoval žádné ustanovení týkající se změny smluv, a tedy možnosti změny byly stále dovozovány rozhodovací praxí. Tu i v ČR ovlivnil rozsudek SD EU ve věci „*pressetext*“. Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Ca 21/2007 ze dne 25. 6. 2008 shledal, že smlouvu změnit lze, ale nesmí dojít ke změně v neprospěch zadavatele. Následně i ÚOHS v rozhodnutí sp. zn. S619/2012 ze dne 15. 7. 2013 uvedl, že smlouva může být pozměněna oproti návrhu smlouvy v nabídce uchazeče, a to v případě dodržení principů zavedených rozsudkem „*pressetext*“.

¹³⁷ MAREŠ, D. a ŠEBESTA M. Pozor na změny ve smlouvách na realizaci veřejné zakázky.

¹³⁸ VRBKA, Petr. Změna uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku.

Je nutné však dodat, že rozhodovací praxe ÚOHS byla v tomto značně nejednotná a jeho rozhodnutí vykazovala značné výkyvy v názoru úřadu na tuto problematiku. Úřad balancoval mezi doktrínou nulové změny smlouvy dle tehdejšího zákona o veřejných zakázkách a principů dle rozsudku „*presstext*“ (srov. rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S067/2010 ze dne 22. 11. 2010, rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S134/2010 ze dne 3. 12. 2010 nebo rozhodnutí ÚOHS sp. zn. R130/2012 ze dne 13. 11. 2012).

První zakotvení zákonné úpravy dané problematiky proběhlo tzv. transparenční novelou zákona o veřejných zakázkách, tj. zákonem č. 55/2012 Sb. Tato novela přidala § 82 odst. 7 ZVZ. Dle důvodové zprávy je změna navržena v návaznosti na rozsudek „*presstext*“.¹³⁹ Zákonné znění je formulováno obdobným způsobem, jakým formuloval SD EU své závěry ve zdrojovém rozsudku. Obecným pravidlem je, že zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy. Neurčitý pojem podstatné změny pak zákon definuje taxativním způsobem.¹⁴⁰ Jako podstatnou změnu vnímá zákonodárce změnu

- a) rozšiřující předmět veřejné zakázky;
- b) umožňující účast jiných dodavatelů, pokud by byla součástí zadávacích podmínek;
- c) mající možný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pokud by byla součástí zadávacích podmínek;
- d) měnící ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

Byť český zákonodárce navazuje na rozsudek „*presstext*“, poměrně výrazně se odchyluje od konstrukce použité SD EU. Na rozdíl od SD EU, který definuje jednotlivé příklady podstatných změn pouze demonstrativně, a umožňuje tak identifikaci změny jako podstatné i jen z podřazení pod generální klauzuli, uchýlil se český zákonodárce k taxativnímu výčtu, kdy změny tam uvedené vždy považuje za změny podstatné, a naopak vůbec nebere v potaz generální klauzuli. Naopak SD EU u demonstrativně

¹³⁹ Důvodová zpráva k zákonu č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴⁰ KRUTÁK, T. a KRUTÁKOVÁ L. *Zákon o veřejných zakázkách*. s. 284.

uvedených příkladů uvádí, že tyto změny mohou být změnou podstatnou, ale musí být naplněny především znaky generální klauzule rozsudku.¹⁴¹

V současné době platná právní úprava obsažená v § 222 ZZVZ vychází z transpozice zadávacích směrnic, zejména pak klasické směrnice. Základní zásadou opět je, že zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu smlouvy. Zákon pak stanovuje změny, které se za podstatné považují, a změny, které se naopak za podstatné nepovažují. Výčet podstatných změn je uveden v § 222 odst. 3 ZZVZ. Dle názoru autora však toto ustanovení neodpovídá smyslu a účelu čl. 72 odst. 4 klasické směrnice. Ten v souladu s rozsudkem „*pressetext*“ nejprve definuje generální klauzuli, pomocí které se identifikují podstatné změny smlouvy, a dále uvádí demonstrativně čtyři druhy změn, které se za podstatné považují vždy. Zákon o zadávání veřejných zakázek ale přebírá styl, který zákonodárce použil v případě § 82 odst. 7 ZVZ. I sám zákonodárce prostřednictvím důvodové zprávy k zákonu o zadávání veřejných zakázek říká, že navazuje na úpravu dle předchozího zákona o veřejných zakázkách.¹⁴² V ust. § 222 odst. 3 tedy zcela absentuje generální klauzule a původně demonstrativní výčet dle klasické směrnice převádí na výčet taxativní. Lze si tedy představit změnu, která dle české právní úpravy podstatnou nebude, ale optikou klasické směrnice ano z důvodu naplnění absentující generální klauzule, ale současné nemožnosti jejího podřazení pod žádnou ze zákonem vyjmenovaných změn. Byť tedy transponované ustanovení je v případě sporu třeba vykládat eurokomformním výkladem, absence generální klauzule a spoléhání na taxativní výčet je velkým nedostatkem.

Ostatní ustanovení Čl. 72 klasické směrnice zákon o zadávání veřejných zakázek transponuje odpovídajícím způsobem. Zákonodárce dále rozšířil nad rámec směrnice výčet změn, které se za podstatné nepovažují. Jedná se o § 222 odst. 7 ZZVZ, který v jinak obecné právní úpravě konkrétně stanovuje, že za podstatnou změnu se nepovažuje taková změna smlouvy na stavební práce, která je tvořena záměnou jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jinou položkou (položkami). Dále stanovuje dodatečné podmínky – cena po záměně nesmí být vyšší, kvalitativně se musí jednat o srovnatelné nebo lepší řešení apod.

¹⁴¹ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. s. 134 – 135.

¹⁴² Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

Dle názoru autora je toto ustanovení nadbytečné, neboť tato změna by se dala podřadit pod § 222 odst. 6 ZZVZ (Čl. 72 odst. 1 písm. c) klasické směrnice), popřípadě se bude jednat o změnu nedosahující limitů dle pravidla „*de minimis*“. Zákonodárce zřejmě zamýšlel upravit speciálně oblast veřejných zakázek na stavební činnosti tak, aby bylo zřejmé, za jakých okolností lze provést výměnu položek v soupisu stavebních prací. Jednou z podmínek je nezvýšení ceny za předmět veřejné zakázky. Avšak právě s ohledem na pravidlo „*de minimis*“, popřípadě změny dle § 222 odst. 6 ZZVZ, se toto ustanovení stává bezzubým, a v případě, že dojde k navýšení celkové ceny v limitech nepodstatných změn dle jiných ustanovení, je taková změna možná, byť je v rozporu s dikcí § 222 odst. 7 ZZVZ.

Další změnou oproti klasické směrnici jsou finanční limity pro posuzování změn jako nepodstatných. Klasická směrnice v Čl. 72 odst. 1 písm. b) a c) hovoří o tom, že změny nesmějí v součtu překročit 50 % hodnoty původní veřejné zakázky. Český zákonodárce se rozhodl stanovit přípustné limity tak, že navýšení ceny nesmí dle § 222 odst. 9 překročit 30 % původní hodnoty veřejné zakázky. Určitý rozpor navozuje znění § 222 odst. 5 písm. c) a 6 písm. c), které stanovuje v souladu s klasickou směrnicí limit ve výši 50 % z původní hodnoty závazku.¹⁴³ Komentářová literatura k tomuto rozporu uvádí: „*Limit 50% ve smyslu odst. 5 a 6 komentovaného ustanovení pak platí pouze v případě, že zadavatel "najde" nějaké méněpráce (resp. odečte nějaké práce, služby a dodávky) minimálně v hodnotě 20% původního závazku. Limit 50% obsažený v odst. 5 a 6 komentovaného ustanovení je tedy svým způsobem nadbytečný, když v případě odst. 5 a 6 komentovaného ustanovení se jedná o práce (služby, dodávky), které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy a jsou nezbytné pro provedení původního závazku nebo jsou takového rázu, že je zadavatel nemohl předvídat*“¹⁴⁴ Komentářová literatura tedy nastiňuje určitou interpretaci zákonných ustanovení tak, aby rozpor mezi nimi byl smysluplně odstranitelný. Do budoucna lze jen doporučit, stejně tak i v případě generální klauzule, tento rozpor v zákoně odstranit a nahradit limitem jedním – buď 50 % nebo 30 %.

¹⁴³ PTÁČEK, J. a ČERMÁK P. *Vícepráce v nové úpravě* [online].

¹⁴⁴ PODEŠVA, Vilém. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*.

3.3 Shrnutí

Problematika změny smluv vzešlých z veřejných zakázek prošla na národní i evropské úrovni svým vývojem. Jakákoliv změna smlouvy vzešlá z veřejné zakázky je střetem mezi soukromoprávní zásadou autonomie vůle a zásadami zadávacího řízení. Tyto zásady, tak jako v celé problematice veřejných zakázek, jdou proti sobě a je třeba hledat rozumné kompromisy, které umožní proporcionální projev těchto protichůdných principů.

Na úrovni evropského práva se tento kompromis vykryštalizoval v podobě rozlišování podstatných a nepodstatných změn smlouvy. Bez nutnosti vypsát nové zadávací řízení jsou dovoleny pouze změny nepodstatné. Kritéria pro jejich distinkci byla dovozena zejména judikaturou SD EU, kdy nejvýznamnějším v této oblasti je rozsudek SD EU C-454/06, zkráceně nazývaný „*pressetext*“. Z této judikatury pak vycházejí současné zadávací směrnice a tím i právní úprava této problematiky ve všech členských státech EU.

Právně-pozitivní úpravou možnosti změny smlouvy ve veřejné zakázce došlo bez pochyb ke zvýšení právní jistoty subjektů ve veřejné zakázce. Dle názoru autora jsou pravidla pro změnu nastavena rozumným způsobem pokrývajícím potřeby zadavatelů (a ve své podstatě i dodavatelů). Potřeba smluvní vztah modifikovat vyvstává především u dlouhodobých závazků, kde na počátku nelze předvídat všechny okolnosti, které plnění smlouvy mohou ovlivnit (zadavatel by při nastavování zadávacích podmínek musel být jasnovidce). Až praxe, ať už česká při postupu podle české právní úpravy transponující klasickou směrnici, tak i zahraniční, ukáže, zda pravidla pro změny smluv splnila svůj účel. Bohužel si lze představit situace, kdy bude docházet jejich pomocí k obcházení smyslu zákona a mohou se pak objevit tendence pravidla zpřísnit. Jednou z otázek k diskusi, kterou otevřel i SD EU v rozsudku „*pressetext*“, je samozřejmě i délka dlouhodobých závazků. Dle názoru autora je toto jedna z oblastí, na kterou bude budoucí vývoj právní úpravy problematiky veřejných zakázek směřovat. Jak uvedl SD EU, dlouhodobé smlouvy na dobu neurčitou nejsou příliš v souladu s otevřenou hospodářskou soutěží, na druhou stranu povinnost častého periodického měnění dodavatelů na jedny a tytéž služby může zbytečně navyšovat výdaje veřejných zadavatelů.

Závěr

Primárním pramenem práva veřejných zakázek je zákon o zadávání veřejných zakázek. Právní úprava vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem je i přes svoji vysokou formalizovanost stále právem soukromým. Proces kontraktace a následného plnění veřejné zakázky se řídí zákonem o zadávání veřejných zakázek a též subsidiárně občanským zákoníkem a dalšími předpisy soukromého práva. Ze soukromoprávního postavení zadávacího řízení vyplývá platnost zásady autonomie vůle a zásady „*co není zakázáno, je dovoleno*“. Tyto, a další zásady a principy soukromého práva, jsou značně limitovány převážně kogentními ustanoveními zákona o zadávání veřejných zakázek. Ta vycházejí ze základních zásad zadávacího řízení, kterými jsou hospodárné, efektivní a účelné využívání veřejných prostředků, zásada rovného zacházení a zásada transparentnosti. Veřejný zadavatel v případě zadávání veřejné zakázky vystupuje jako subjekt soukromého práva a jakýkoliv dodavatel má vůči němu víceméně rovné postavení – na rozdíl od práva veřejného, kdy zadavatel může vystupovat jako orgán veřejné moci a ten samý dodavatel může být v postavení podřízeného subjektu.

Zadávací řízení je specifickým kontrakčním procesem. Zadávací řízení lze rozdělit na fázi předkontrakční a fázi kontrakční. Za předkontrakční fázi lze označit postupy od vyhlášení veřejné zakázky do okamžiku před výběrem nejvhodnější nabídky (tj. tu část kontrakčního procesu, během které dochází k determinaci obsahu závazku a okruhu budoucích kontrakčních partnerů). Za fázi kontrakční pak označujeme úkony počínající výběrem nejvhodnější nabídky až do uzavření smlouvy (tj. tu část, ve které dochází k výběru kontrakčního partnera a k uzavření smlouvy).

Velmi zajímavým problémem, na který mezi odbornou veřejností nepanuje jednoznačná shoda, je problematika adhezní povahy smlouvy uzavřené ve veřejné zakázce. Tato práce se adhezní povahou smlouvy zabývá v podkapitole 2.1.5 a na základě analýzy splnění podmínek pro aplikaci ustanovení občanského zákoníku dochází k závěru, že smlouvy vzniklé na základě veřejných zakázek nejsou uzavřeny adhezním způsobem. Tento závěr je podpořen možností dodavatele reálně ovlivňovat obsah závazku svou nabídkou (tj. jaké zboží či službu a za jakou odměnu dodá), dále pak postavením dodavatele jako profesionála v daném oboru a v neposlední řadě též možností dodavatele ovlivňovat obsah smlouvy, a to i v případě, kdy jej direktivně stanovuje

zadavatel. Dodavatel má totiž vždy k dispozici nástroje proti nesprávnému postupu zadavatele.

Tato práce uceleně navazuje na analýzu zadávacího řízení následným zkoumáním možnosti změny smluv vzešlých z veřejných zakázek. Jako celá problematika veřejného zadávání prošla i možnost změny smlouvy historickým vývojem a je velmi ovlivňována právem EU. Jakákoliv změna smlouvy vzešlé z veřejné zakázky je střetem mezi soukromoprávní zásadou autonomie vůle a zásadami zadávacího řízení. Tyto zásady, tak jako v celé problematice veřejných zakázek, jdou proti sobě a je třeba hledat rozumné kompromisy, které umožní proporcionální projev těchto protichůdných principů.

Stěžejním tvořitelem současného pojetí změny smluv na úrovni Evropské unie je bez pochyby Soudní dvůr EU. Ten v průběhu času definoval rozlišování změn smlouvy na změny podstatné a nepodstatné. Kritéria pro jejich distinkci dovedl SD EU svou rozhodovací praxí, kdy nejvýznamnějším v této oblasti je rozsudek SD EU C-454/06, zkráceně nazývaný „*presstext*“. Tato judikatura významně ovlivnila současné zadávací směrnice a tím i právní úpravu institutu změny smluv ve veřejných zakázkách ve všech členských státech EU.

Právně-pozitivní úpravou možnosti změny smlouvy ve veřejné zakázce došlo bez pochyb ke zvýšení právní jistoty subjektů ve veřejné zakázce. Potřeba smluvní vztah modifikovat vyvstává především u dlouhodobých závazků, kde na počátku nelze předvídat všechny okolnosti, které plnění smlouvy mohou ovlivnit. Transpozice zejména klasické zadávací směrnice do českého právního řádu však není zcela v souladu s úmyslem právní úpravy obsažené v transponované směrnici. Nejzávažnějším nedostatkem je nevhodná transpozice pravidel pro určování podstatných, a tedy zakázaných, změn. Klasická zadávací směrnice je postavena na tzv. generální klauzuli, která obecně definuje podstatnou změnu, a dále na demonstrativním výčtu změn smlouvy, které se za podstatné považují vždy. Český zákonodárce však šel cestou taxativního výčtu podstatných změn smlouvy a úplného opomenutí generální klauzule. Dle názoru autora tedy nedošlo k transpozici směrnice uspokojivým způsobem a současná česká právní úprava neodpovídá smyslu a účelu transponované právní úpravy.

Seznam použitých zkratek

ČR	Česká republika
EU	Evropská unie
GA	Generální advokát(ka)
klasická směrnice	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES
KS	Krajský soud
NSS	Nejvyšší správní soud České republiky
OZ	zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
SD EU	Soudní dvůr Evropské unie
SFEU	Smlouva o fungování Evropské Unie
ÚOHS	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
zadávací směrnice	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí.
ZVZ	zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách
ZZVZ	zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

Seznam použité literatury a pramenů

Učebnice

- [1] BEJČEK, J., ELIÁŠ, K., RABAN, P. a kol. Kurs obchodního práva: obchodní závazky. 5. vyd. Praha: C.H. Beck, 2010. Beckovy právnické učebnice. ISBN 978-80-7400-337-0.
- [2] HURDÍK, Jan. Občanské právo hmotné: obecná část, absolutní majetková práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013. ISBN 978-80-7380-377-3.
- [3] KNAPPOVÁ, M., ŠVESTKA, J. a kol. Občanské právo hmotné. 3. aktualiz. a dopl. vyd. Praha: ASPI, 2002. ISBN 80-863-9528-6.
- [4] TICHÝ, Luboš. Evropské právo. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 1999. Beckovy právnické učebnice. ISBN 80-717-9113-X.

Monografie

- [5] DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014. Právní praxe. ISBN 978-80-7400-518-3.
- [6] HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721-2054). Komentář*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2014. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-535-0.
- [7] HULMÁK, Milan. *Uzavírání smluv v civilním právu*. Vyd. 1. V Praze: C.H. Beck, 2008. Beckova edice právní instituty. ISBN 978-80-7400-062-1.
- [8] JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. 4. vydání. Praha: C.H. Beck, 2014. Beckova edice komentované zákony. ISBN 978-80-7400-505-3.
- [9] KRUTÁK, T. a KRUTÁKOVÁ L. *Zákon o veřejných zakázkách: s komentářem a příklady k I. 4. 2013*. 2. aktualizované vydání. Olomouc: ANAG, 2013. Právo (ANAG). ISBN 978-80-7263-778-2.
- [10] LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2014. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-529-9.
- [11] PODEŠVA, V. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv : komentář*. [online] In: ASPI [právní informační systém]. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-102-6, ASPI ID: KO134_2016CZ.
- [12] ŠEBESTA, M., PODEŠVA, V., OLÍK, M. a kol. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer, 2006. ISBN 80-735-7213-3.

- [13] ŠVESTKA, J., DVOŘÁK J., FIALA J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1-645, obecná část)*. [online] In: ASPI [právní informační systém]. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer, 2014. ISBN 978-80-7478-370-8, ASPI ID: KO89_a2012CZ
- [14] ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. komentář. Svazek V (§ 1721-2520, relativní majetková práva I. část)*. [online] In: ASPI [právní informační systém]. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014. ISBN 978-80-7478-638-9, ASPI ID: KO89_e2012CZ

Odborné články

- [15] BEJČEK, Josef. Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera. In: Bulletin advokacie [online]. 2015 [cit. 2017-03-17]. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/soukromopravni-ochrana-slabsiho-obchodniho-partnera>
- [16] DVOŘÁK, David. Zadávání veřejných zakázek v systému práva. *Veřejné zakázky a PPP projekty : odborný recenzovaný časopis*. Brno: Institut pro veřejné zakázky a PPPs. 2013, roč. 5, čís. 4, s. 18-46. ISSN 1803-9553.
- [17] GRULICH, T. a VEČEŘA, I. Nad novým zákonem o veřejných zakázkách. *Právní rozhledy*. 2006, roč. 2006, čís. 22, s. 818-825.
- [18] GRULICH, Tomáš. Zadávání veřejných zakázek jako forma adhezní kontraktace. *Právní rozhledy*. 2016, roč. 2016, čís. 7, s. 249.
- [19] JURČÍK, Radek. Náležitosti nabídky jako návrhu na uzavření smlouvy podle nového zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. *Obchodněprávní revue*. 2016, roč. 2016, čís. 7-8, s. 217-220.
- [20] KNAPP, Viktor. O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heterogenním a autonomním). *Právník*. 1995, roč. 1995, čís. 1, s. 1.
- [21] LOUKOTOVÁ, D. a ŠEBESTA, M. Je skutečně třeba striktně lpět na formě žádosti o účast v zadávacím řízení?. VerZak - Veřejné zakázky [online]. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer, 2015, roč. 2015, čís. 2, ASPI ID: LIT161202CZ [cit. 2017-03-05].
- [22] RAFAJ, P. a FRIČOVÁ, V. Vybrané instituty práva veřejných zakázek v judikatuře soudního dvora EU a jejich úprava v nových zadávacích směrnících. In: *Bulletin-*

advokacie.cz [online]. 2015 [cit. 2017-03-07]. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/vybrane-instituty-prava-verejnych-zakazek>

Internetové zdroje

- [23] *E-ZAK – elektronický nástroj pro zadávání veřejných zakázek: Uživatelská příručka pro Zadavatele*. [citováno 20. 2. 2017]. Dostupné z: http://www.cejiza.cz/file/2_1_1/
- [24] FOJTÍK, Luboš. *Je možné změnit smlouvu na plnění veřejné zakázky* [online]. In: . eLAW.cz, 2009 [cit. 2017-03-05]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/clanek/k-monostem-zmn-smlouvy-na-plnni-veejne-zakazky>
- [25] KRENK, Michal. *Neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku: K problémům aplikace institutu civilními soudy (1. část)* [online]. In: . VZ24, 2010 [cit. 2017-03-17]. Dostupné z: <http://www.vz24.cz/svet-vz24/sloupek-odbornika/neplatnost-smlouvy-na-verejnou-zakazku/>
- [26] MAREŠ, D. a ŠEBESTA, M. *Pozor na změny ve smlouvách na realizaci veřejné zakázky*. *Epravo.cz* [online]. 2011 [cit. 17.3.2017]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/pozor-na-zmeny-ve-smlouvach-na-realizaci-verejne-zakazky-74565.html>
- [27] MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ, . *Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek* [online]. In: . b.r. [cit. 2017-03-13]. Dostupné z: <https://www.portal-vz.cz/cs/Jak-na-zadavani-verejnych-zakazek/Methodiky-stanoviska/Ruzne/Sbornik-autorskych-textu-Jak-zohlednovat-principy>
- [28] PTÁČEK, J. a ČERMÁK, P. *Vícepráce v nové úpravě* [online]. In: . epravo.cz, 2015 [cit. 2017-03-24]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/viceprace-v-nove-uprave-98060.html>
- [29] VRBKA, Petr. *Změna uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku*. *Stavebnictví* [online]. 2009 [cit. 2017-03-17]. Dostupné z: http://www.casopisstavebnictvi.cz/zmena-uzavrene-smlouvy-na-verejnou-zakazku_N1991

Právní předpisy

- [30] Smlouva o fungování Evropské unie (konsolidované znění), Ústřední věstník č. 326/2012, CELEX 12012E/TXT In: EUR-lex [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/>
- [31] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb. In: Beck-online [právní informační systém]. C.H. Beck
- [32] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. In: Beck-online [právní informační systém]. C.H. Beck
- [33] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. 7. 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES. In: Beck-online [právní informační systém]. C.H. Beck
- [34] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014 o udělování koncesí. In: Beck-online [právní informační systém]. C.H. Beck
- [35] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. In: Beck-online [právní informační systém]. C.H. Beck
- [36] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES. In: Beck-online [právní informační systém]. C.H. Beck
- [37] Zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [38] Zákon č. 400/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [39] Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [40] Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer

- [41] Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [42] Vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 168/2016 Sb., o uveřejňování formulářů pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek a náležitostech profilu zadavatele. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [43] Vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [44] Nařízení vlády ČR č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [45] Nařízení vlády ČR č. 173/2016 Sb., o stanovení závazných zadávacích podmínek pro veřejné zakázky na pořízení silničních vozidel. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [46] Vyhláška Ministerstva financí č. 248/2016 Sb., o náležitostech obsahu žádosti o předchozí stanovisko k uzavření smlouvy a ke změně závazku ze smlouvy podle zákona o zadávání veřejných zakázek. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer
- [47] Vyhláška Ministerstva pro místní rozvoj č. 260/2016 Sb., o stanovení podrobnějších podmínek týkajících se elektronických nástrojů, elektronických úkonů při zadávání veřejných zakázek a certifikátu shody. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer

Judikatura

- [48] Nález Ústavního soudu ze dne 10. 01. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 33/2000. In: Beck-Online [právní informační systém]. C. H. Beck [cit. 13. 02. 2017]
- [49] Rozsudek NSS ČR ze dne 05. 06. 2008, sp. zn. 1 Afs 20/2008. In: Beck-Online [právní informační systém]. C. H. Beck [cit. 13. 02. 2017]
- [50] Rozsudek NSS ČR ze dne 26. 03. 2009, sp. zn. 2 Afs 87/2008. In: Beck-Online [právní informační systém]. C. H. Beck [cit. 13. 02. 2017]
- [51] Rozsudek NSS ČR ze dne 31. 05. 2010, sp. zn. 8 Afs 60/2009. In: Beck-Online [právní informační systém]. C. H. Beck [cit. 13. 02. 2017]

- [52] Rozsudek NSS ČR ze dne 19. 10. 2011, sp. zn. 5 Afs 77/2010. In: Beck-Online [právní informační systém]. C. H. Beck [cit. 13. 02. 2017]
- [53] Rozsudek NSS ČR ze dne 11. 01. 2013, sp. zn. 5 Afs 43/2012. In: Beck-Online [právní informační systém]. C. H. Beck [cit. 13. 02. 2017]
- [54] Rozsudek KS v Brně ze dne 30. 05. 2005, sp. zn. 31 Ca 83/2004. Dostupné z: https://www.uohs.cz/download/sbirky_rozhodnuti/rozsudky.../31Ca_83_2004.pdf [cit. 13. 02. 2017]
- [55] Rozsudek KS v Brně ze dne 25. 06. 2008, sp. zn. 62 Ca 21/2007. Dostupné z: https://www.uohs.cz/download/sbirky_rozhodnuti/rozsudky.../62Ca21_2007_53.pdf [cit. 10. 03. 2017]
- [56] Rozsudek KS v Brně ze dne 07. 04. 2009, sp. zn. 62 Ca 28/2008. Dostupné z: https://www.uohs.cz/download/sbirky_rozhodnuti/rozsudky.../62Ca28_2008_74.pdf [cit. 13. 02. 2017]
- [57] Rozsudek KS v Brně ze dne 03. 01. 2013, sp. zn. 62 Af 64/2011. Dostupné z: https://www.uohs.cz/download/sbirky_rozhodnuti/rozsudky_VZ/62Af64_2011_41.pdf [cit. 13. 02. 2017]
- [58] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 01. 03. 2007, sp. zn. S392/2006 . In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 17. 03. 2017]
- [59] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 20. 08. 2007, sp. zn. R087/2007/02 . In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 17. 03. 2017]
- [60] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. 12. 2008, sp. zn. R184/2008. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 13. 02. 2017]
- [61] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. 11. 2010, sp. zn. S067/2010. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 10. 03. 2017]
- [62] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 03. 12. 2010, sp. zn. S134/2010. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 10. 03. 2017]
- [63] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 26. 08. 2011, sp. zn. R116/2011. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 13. 02. 2017]
- [64] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 08. 2012, sp. zn. S399/2012. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 26. 02. 2017]
- [65] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 11. 2012, sp. zn. R130/2012. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 26. 02. 2017]

- [66] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 11. 2012, sp. zn. R130/2012. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 10. 03. 2017]
- [67] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 15. 07. 2013, sp. zn. S619/2012. In: ASPI [právní informační systém]. Wolter Kluwer [cit. 10. 03. 2017]
- [68] Rozsudek SD EU ze dne 28. 10. 1999, ve věci C-81/98 Alcatel Austria AG a další, Siemens AG Österreich a Sag- Schrack Anlagentechnik AG proti Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. In: <http://eur-lex.europa.eu>"
- [69] Rozsudek SD EU ze dne 05. 10. 2000, ve věci C-337/98 Komise Evropských společenství proti Francouzské republice. In: <http://eur-lex.europa.eu>
- [70] Rozsudek SD EU ze dne 29. 04. 2004, ve věci C-496/99 Komise Evropských společenství proti CAS Succhi di Frutta SpA In: <http://eur-lex.europa.eu>
- [71] Rozsudek SD EU ze dne 19. 06. 2008, ve věci C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung In: <http://eur-lex.europa.eu>

Ostatní zdroje

- [72] Důvodová zpráva k zákonu č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. In: Beck-Online [právní informační systém] [online]. C. H. Beck, 2012 [cit. 2017-03-20].
- [73] Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. In: Beck-Online [právní informační systém] [online]. C. H. Beck, 2016 [cit. 2017-03-10].
- [74] KOKOTT, Juliane. Stanovisko generální advokátky: presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. 13. 3. 2008. CELEX: 62006CC0454. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>.

Abstrakt

Způsob zadávání veřejných zakázek dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, je soukromoprávním kontraktačním procesem s vysokou mírou formalizace a právní regulace. Tím se odlišuje od obecného kontraktačního procesu v civilním právu.

První kapitola této práce se věnuje rozboru problematiky zadávání veřejných zakázek z pohledu zasazení do právního rámce. Dochází k závěru, že se jedná o soukromoprávní kontraktaci se subsidiárním použitím předpisů civilního práva, zejména pak občanského zákoníku.

Druhá kapitola se zabývá způsobem uzavření smlouvy ve veřejné zakázce, tedy kontraktačním procesem. Kontraktační proces je zde rozdělen na fázi předkontraktační a fázi kontraktační, a to tak, že do fáze předkontraktační spadají ty části zadávacího řízení, během kterých dochází k vyjasnění obsahu závazku a okruhu smluvních partnerů. Do fáze kontraktační pak spadá samotné uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Kapitola popisuje specifickosti kontraktačního procesu ve veřejné zakázce od vyhlášení výběrového řízení zadavatelem až po uzavření smlouvy. Tyto specifickosti jsou představeny ve vztahu k otevřenému řízení zadávanému v nadlimitním režimu. Na konci kapitoly je pak uvedeno srovnání s ostatními druhy řízení a jsou uvedeny odlišnosti od otevřeného řízení. Kapitola si pokládá i několik zajímavých otázek a snaží se na ně nalézt odpovědi. Jednou z takových otázek je např. povaha smlouvy z pohledu adhezního způsobu uzavření smlouvy.

Třetí kapitola rozebírá možnosti změny smlouvy uzavřené ve veřejné zakázce. Navazuje tak na kontraktační proces analyzovaný v druhé kapitole a rozvíjí jej o možnosti změn po uzavření smlouvy. Jelikož právní vývoj možnosti změny smlouvy probíhal zejména na úrovni judikatury SD EU, jsou nejprve představeny stěžejní rozsudky této rozhodovací instituce a jejich význam pro právní teorii. Následně pak je představena současná právní úprava této problematiky na úrovni EU. V neposlední řadě se kapitola též zabývá vývojem možnosti změny smluv ve veřejné zakázce v českém právním prostředí, a to od 90. let až do současné podoby zákona o zadávání veřejných zakázek.

Téma práce je zpracovááno pohledem v současnosti platné právní úpravy, tj. zejména zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a zadávacích směrnic z roku 2014. Na několika místech ale dochází ke srovnání současné právní úpravy s úpravou historickou.

Abstract

The method of entering into a contract in public tenders according to Act. No. 134/2016 Coll. is a civil contractual process with a high degree of formalization and legal regulation. This makes it different from the general contractual process in civil law.

The first chapter of this thesis is devoted to the analysis of public tenders in terms of setting up the legal framework. It goes into a conclusion that contractual process in public tender is part of the civil law with the subsidiary use of civil law rules, especially the Civil Code.

The second chapter deals with a contractual process in a public tender itself. The process is divided into two phases – a precontractual phase and contractual phase. The precontractual phase includes procedures of the public tender that determine the clarification of content of the contract and the range of contractors. The contractual phase contains mainly the actual entering into a contract with successful tenderer. The chapter describes the specificity of the contractual process in a public tender since the announcement of the tender up to the actual entering into a contract. These specificities are introduced in relation to the open procedure being used in upper-tier mode. At the end of the chapter, there is a comparison with other types of proceedings and there are listed differences from the open procedure. The chapter considers several interesting questions and tries to find answers to them. One of these questions is the nature of the contract in terms of adhesion contract method.

The third chapter discusses the possibility of changing the contract concluded in a public tender. It is built upon the contractual process that is analyzed in the second chapter and extends it with the possibility of making changes after the conclusion of the contract is made. Since the development of legal options for changing the contract took place mainly at the level of EU case-law, the key judgments of EU Court of Justice are introduced with their importance for legal theory. Subsequently, the third chapter introduces the current legislation at EU level. Finally, it also develops options for changing the contract in a public tender in the Czech legal environment, started in the 90s to the current form of the law on public tender.

This thesis is processed in view of currently valid legislation, ie. especially Act no. 134/2016 Coll. and the procurement directives from 2014. In several places, there is also a comparison of current legislation with the historic one.

Klíčová slova a název práce v anglickém jazyce

Klíčová slova

smlouva na veřejnou zakázku;

změna smlouvy;

veřejná zakázka;

kontraktační proces

Keywords

public contract;

modification of contract;

public tender;

contractual proces

Název práce v anglickém jazyce

The process of contracting and change of public procurement contract