

1. 10. 2020

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Nevyváženost smlouvy jako indikátor netransparentnosti veřejné zakázky

Ačkoli od doby přijetí první tuzemské právní úpravy zadávání veřejných zakázek uplynula již dlouhá řada let a dalo by se tudíž očekávat, že v oblasti zadávání veřejných zakázek se ustálí určité standardy týkající se elementárních požadavků na úroveň a vyváženost smlouvy na veřejnou zakázku, každodenní zkušenost ukazuje, že tomu tak pohříchu vždy není.

S ohledem na osobu zadavatele, kterou jsou veřejnoprávní korporace či subjekty jim blízké, dále pak vzhledem k tomu, že zpravidla právě tato osoba je nositelem smluvních podmínek, a konečně i s přihlédnutím k faktu, že prostřednictvím veřejného zadávání [1] dochází k distribuci veřejných prostředků, by bylo možno očekávat, že smlouvy uzavírané v rámci zadávacího řízení budou hrát roli určitého etalonu vyváženosti a korektnosti smluvního vztahu. Navzdory tomu se lze stále nikoli výjimečně setkat se smlouvami, jejichž ustanovení jsou tomuto očekávání poněkud vzdálena.

Veřejný Zadavatel = korektní obchodní partner?

Jak již bylo naznačeno, účastníci zadávacích řízení mohou důvodně očekávat, že obchodní či smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky budou zadavatelem formulovány s respektem k obecným soukromoprávním zásadám, jakož i k právní úpravě relativních majetkových práv.[2] stejně tak jako s vědomím potřeby spravedlivého rozložení povinností a rizik mezi oba, resp. všechny účastníky smluvního vztahu povstalého ze zadávacího řízení, a v neposlední řadě též s ohledem na požadavky vyplývající ze zvláštní právní úpravy zadávání veřejných zakázek, tedy především ze zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (ZVZ). Zjednodušeně řečeno je tomu tak proto, že jako jejich potenciální smluvní partner vystupuje (v případě veřejných zadavatelů) buďto přímo stát, státem (z)řízený subjekt či jiná entita hospodařící s veřejnými prostředky (srov. § 4 odst. 1 ZVZ), od níž lze z tohoto důvodu očekávat obecně vyšší standardy profesionální, obchodní i právní etiky než tomu je v případě běžného obchodního styku. Ostatně vystupuje-li v roli veřejného zadavatele stát (či subjekt jemu blízký), lze s jistou nadsázkou říci, že smlouvu na veřejnou zakázku uzavírá sám zákonodárce, tedy ten, kdo je současně garantem tvorby, ale i dodržování a vynucování právních norem či standardů chování, takže tato role je svým způsobem dvojediná.[3] Je pak jen stěží představitelné, že by ten, kdo garantuje tvorbu a dodržování určitých standardů chování, tyto standardy sám v praktické rovině nerespektoval anebo je svými konkrétními kroky (např. při formulaci zadávacích podmínek určité veřejné zakázky) dokonce přímo popíral.

S právě uvedenou úvahou určitým způsobem souvisí rovněž interpretační princip založený na předpokladu racionálního zákonodárce. Pakliže takový zákonodárce vytvoří závazné pravidlo chování, tedy právní normu, pak byť je tato norma i dispozitivního charakteru, lze očekávat, že bude odpovídat určitým hodnotovým východiskům a představám o spravedlivém uspořádání právních vztahů (a to i právních vztahů vznikajících v rámci závazků ze smluv, včetně smluv utvářených v procesu zadávacího řízení).[4] A pokud toto východisko platí, pak odchýlení se od takto koncipované právní normy (u dispozitivních norem pochopitelně v zásadě přípustné) současně znamená určité odchýlení se od hodnotové struktury daného právního řádu. To samo o sobě nemusí být problém, zvláště dochází-li k vyloučení či omezení dispozitivních ustanovení v běžném

soukromoprávním či podnikatelském „provozu“, problematickou se taková praxe ovšem může stát v okamžiku, kdy je použita v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky a mj. tedy i za situace, kdy je obsah smlouvy jednostranně formulován zadavatelem.

Tím se dostáváme k dalšímu důvodu, proč by si měl veřejný zadavatel při formulaci smluvních podmínek ukládat jistá omezení. Tímto důvodem je skutečnost, že při naplnění zákonem stanovených předpokladů dochází v rámci zadávacího řízení k tzv. adhezní kontraktaci. To, že smlouva na veřejnou zakázku může být současně smlouvou uzavřenou adhezním způsobem, a tedy se na ni vztahují i „ochranná“ ustanovení § 1798 a násl. ObčZ, je v praxi připouštěno[5], byť lze nalézt i korektně formulované názory opačné.[6] Adhezní kontraktace pak klade zvýšené nároky na vyváženost smluvních podmínek, takže v případě výskytu zvláště nevýhodných doložek (nebo dokonce doložek hrubě odporujících obchodním zvyklostem či zásadě poctivého obchodního styku) může být důsledkem neplatnost takové doložky zatěžující slabší smluvní stranu. Neplatnost právního jednání coby důsledek jeho rozporu s dobrými mravy se ve smyslu § 580 odst. 1 ObčZ ostatně uplatní i mimo oblast adhezní kontraktace.

Dodavatelé, kteří zvažují svou účast v určitém zadávacím řízení, jsou tedy kupříkladu oprávněni očekávat, že zadavatelé, a veřejní zadavatelé zvláště, budou koncipovat smluvní, resp. obchodní podmínky[7] s respektem k zásadě, že smlouvy uzavřené v zadávacím řízení mají být splněny, dále s respektem k povinnosti jednat v právním styku poctivě, netěžit z nepoctivého či protiprávního jednání či stavu, který jednající vyvolal nebo nad nímž má kontrolu či s ohledem na zásadu zákazu zneužití práva. Stejně tak mohou legitimně očekávat, že budoucí smlouva na veřejnou zakázku nebude obsahovat ustanovení (doložky), která by byla pro dodavatele zvláště nevýhodná anebo dokonce v rozporu s dobrými mravy, resp. se zásadou poctivého obchodního styku.

Korektní přístup k tvorbě smluvních podmínek se ve vztahu k zákonné úpravě relativních majetkových práv může projevit například tím, že zadavatel nebude usilovat o vyloučení takových právních norem, které logickým a spravedlivým způsobem vyvažují určité nenadálé a nepředvídatelné situace vznikající v průběhu plnění závazků (sem můžeme zařadit např. převzetí nebezpečí změny okolností dodavatelem a tím i odejmutí jeho práva domáhat se obnovení jednání o smlouvě či o navýšení ceny díla[8], různě koncipovaná omezení práv zhotovitele při nevhodných příkazech k provedení díla či při výskytu skrytých překážek v místě provádění díla,[9] vyloučení zákazu odmítnout převzetí díla při výskytu bagatelních vad,[10] disproporční přenášení rizik na dodavatele, apod.) anebo řeší problémy vznikající při výkladu smluvních ujednání (např. smluvní vyloučení možnosti výkladu ustanovení smlouvy k tíži navrhovatele[11]).

Pro naše téma je podstatné to, že výše popsané „asymetrické“ doložky mohou ve smluvním vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem působit (byť jen potenciálně) natolik intenzivně, že jejich zahrnutí do obchodních či jiných smluvních podmínek bude současně znamenat porušení některé ze zásad ovládajících veřejné zadávání. V závislosti na tom, který konkrétní aspekt daného právního, resp. obchodního vztahu bude takto dotčen, lze uvažovat zejména o porušení zásady transparentnosti a přiměřenosti, nicméně si lze představit i taková smluvní ujednání, která budou narušovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. Samozřejmě platí, že ne každé problematické smluvní ujednání či doložka musí nutně zatížit zadávací řízení prvkem netransparentnosti či diskriminace. K tomu, abychom mohli dospět k závěru, že obchodní či smluvní podmínky jako součást zadávacích podmínek kolidují se zásadami vymezenými v § 6 ZVZ, musí být naplněna určitá míra intenzity, s níž budou tyto podmínky negativně ovlivňovat průběh zadávacího řízení a v konečném důsledku také výběr dodavatele pro realizaci veřejné zakázky. V takovém případě pak bude možné říci, že nevyváženost smluvních podmínek způsobuje rozpor zadávacího řízení se zásadami dle § 6 ZVZ.

Požadavek na respektování základních zásad vymezených v § 6 odst. 1 a 2 ZVZ je v souvislosti se zadávacími podmínkami dále rozveden ustanovením § 36 odst. 1 ZVZ, podle kterého nesmí být

zadávací podmínky „stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.“ Citovaným ustanovením tak lze poměřovat mj. též smluvní podmínky (či jejich jednotlivá ustanovení, resp. doložky v nich obsažené) z hlediska jejich (ne)souladu se zásadami ovládajícími veřejné zadávání. Ukáže-li se, že zadávací, resp. smluvní podmínky jsou koncipovány tak, že některým dodavatelům přináší bezdůvodně konkurenční výhodu anebo bezdůvodně omezují hospodářskou soutěž, pak se současně jedná o podmínky diskriminační, porušující požadavek rovného zacházení, a současně i nepřiměřené (a soudím, že také netransparentní).[\[12\]](#)

Obdobně lze nahlížet také na požadavek obsažený v § 36 odst. 3 ZVZ, podle kterého zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Rovněž tato povinnost, resp. zákaz může být porušen skrze ustanovení či doložky uvedené v obchodních (smluvních) podmínkách tvořících součást zadávacích podmínek a takový exces zpravidla současně povede k porušení zásad zadávání veřejných zakázek.

Rozhodovací praxe ÚOHS a judikatura

Rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS), jakož i navazující judikatura svědčí spíše o obezřetném přístupu k možnostem kontroly obsahu obchodních či smluvních podmínek koncipovaných zadavatelem. V této souvislosti v řízení o rozkladu předseda ÚOHS např. konstatoval, že „*Úřad při výkonu své pravomoci přezkoumává soulad postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem, není však jeho úkolem hodnotit vhodnost a správnost stanovených obchodních podmínek nebo kontrolovat či korigovat vyváženost těmito podmínkami definovaného smluvního vztahu. Úřad také nemůže suplovat úlohu právního poradce při interpretaci té které (soukromoprávní) obchodní podmínky.*“, přičemž však současně konstatoval, že „*(V)ýše uvedeným však není ani řečeno, že by obchodní podmínky byly z přezkumu Úřadem vyloučeny zcela. Obchodní podmínky, které jsou součástí závazného návrhu smluvní dokumentace, zejména nesmí porušovat zásady, na kterých zákon spočívá, a nesmí být zjevně excesivní.*“[\[13\]](#) V právě citovaném rozhodnutí předseda ÚOHS (v souvislosti se zákazem přenášení odpovědnosti za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele) rovněž poznamenal, že při výkladu obchodních podmínek se „*s ohledem na soukromoprávní povahu vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem ... při výkladu uplatní § 555 - § 558 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník...*“, takže s ohledem na uvedené také platí, že „*(V) pochybnostech je tedy třeba zadávací podmínku vykládat vždy k tíži zadavatele.*“.

Výše uvedené rozhodnutí předsedy ÚOHS se opírá mj. o rozhodnutí Krajského soudu v Brně v jiné věci, kdy bylo konstatováno, že „*(N)ení úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek.*“[\[14\]](#) Je škoda, že soud citovanou právní větu poněkud více nerozvinul, neboť uvedený příklad excesu, který by měl nabýt požadované intenzity teprve v nemožnosti plnění předmětu veřejné zakázky, je zcela mezní, přičemž za exces je dle mého přesvědčení možné považovat již situaci, kdy soukromoprávní podmínka stanovená zadavatelem v zadávací dokumentaci (tedy typicky smluvní, resp. obchodní podmínka) významně koliduje s některou ze zásad veřejného zadávání.

V téže věci na výše uvedené rozhodnutí nicméně navázal Nejvyšší správní soud, který v řízení o navazující kasační stížnosti poněkud rozvinul argumentaci krajského soudu, když konstatoval, že „*(Z)ákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ponechává způsob stanovení smluvních podmínek zásadně na uvážení zadavatele. Pokud zadavatel dodrží zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně další výslovná omezení zákona o veřejných zakázkách, je na něm, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít.*“, s tím, že

„...není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky...“.[\[15\]](#) Nejvyšší správní soud tedy doplnil předchozí hodnocení krajského soudu v tom smyslu, že zadavatel je při stanovení obchodních podmínek limitován nutností respektovat zásady veřejného zadávání, a dále, že přezkumná činnost orgánu dohledu se vztahuje na excesivní jednání zadavatele spočívající mj. i v rozporu s kogentními ustanoveními zákona, mezi které bezesporu patří i ustanovení zakotvující zásady veřejného zadávání či zákaz přenášení odpovědnosti za zadávací podmínky na dodavatele.

K důsledkům adhezní kontraktace v rámci zadávacího řízení se vyjadřoval předseda ÚOHS ve svém rozkladovém rozhodnutí ze dne 9. ledna 2020, a to místy i v poněkud překvapivém duchu.[\[16\]](#) V uvedeném rozhodnutí se konstatuje, že pakliže zadavatel učiní součástí zadávací dokumentace závazný vzor smlouvy, kterou jsou účastníci zadávacího řízení povinni v rámci svých nabídek předložit, pak se jedná „...o formu adhezní kontraktace, která není zakázaná. Při zadávání veřejných zakázek je však dopad ustanovení občanského zákoníku o smlouvách uzavíraných adhezním způsobem (tj. § 1798 a násl.) téměř nulový.“. Tento závěr předseda ÚOHS opírá o výše uvedenou práci J. Bejčka[\[17\]](#) a dodává k tomu, že „*dodavatel obecně a v tomto případě navrhovatel není nikterak nucen za stanovených podmínek nabídku podávat. Platí totiž, že pokud navrhovatel rezignoval na svou účast v zadávacím řízení, které jinak z hlediska požadavků zákona obstojí, a to z důvodu nesouhlasu s jednotlivými ujednáními smluvních, resp. obchodních podmínek, nejedná se o důsledek postupu zadavatele v rozporu se zákonem, ale o výraz smluvní volnosti navrhovatele.*“ K tomu lze uvést, že pochopitelně nikdo netvrdí, že by adhezní kontraktace měla být zakázaným postupem, nicméně je-li kontrahováno tímto způsobem, pak je zapotřebí se smířit i s důsledky a omezeními, které s sebou takto zvolený způsob uzavírání smlouvy nese, přičemž vysvětlení, proč by dopad ochranných opatření zakotvených v § 1789 a násl. ObčZ měl být vyloučen, nelze považovat za přesvědčivé. Za pozornost však stojí především posléze uvedená citace, v níž ústřední orgán státní správy pro podporu a ochranu hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování[\[18\]](#), resp. jeho předseda de facto konstatuje, že účastníky hospodářské soutěže nikdo nenutí účastnit se této soutěže, jedná-li se o hospodářskou soutěž o získání veřejné zakázky, a pokud shledají, že zadávací podmínky ze strany zadavatele jsou koncipovány nekorektně (tzn. zvláště nevýhodně, nemravně, atd.). V cit. rozhodnutí se sice hovoří o „zadávacím řízení, které jinak z hlediska požadavků zákona obstojí“, nicméně ze souvislostí a z ostatní argumentace tam uvedené je zřejmé, že orgán dohledu si vůbec nepřipouští možnost, že by zadávací řízení nemuselo „z hlediska požadavků zákona“ obstát např. tehdy, budou-li zadávací podmínky obsahovat doložky kolidující se zásadami zadávání veřejných zakázek či s jinými kogentními ustanoveními zákona.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže naopak konstatoval porušení zákona za situace, kdy zadavatel do jím definovaných smluvních podmínek zařadil několik ustanovení přímo či nepřímo přenášejících odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, resp. zhotovitele.[\[19\]](#) ÚOHS v této souvislosti mj. uvedl, že zadávací dokumentace jako soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek „... musí být zpracován s maximální pozorností jasně, jednoznačně a dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky.“, přičemž „(N)ení přípustné, aby zadavatel uvedl dodavatele v omyl či uvedl nedostatečné informace, případně aby byl text zadávací dokumentace nesrozumitelný, neurčitý nebo vnitřně rozporný. Zákonem předvídaným cílovým stavem je, aby byly nabídky účastníků zadávacího řízení vzájemně srovnatelné, a to právě na základě kompletních a bezvadných informací o naceňovaném předmětu plnění vyplývajících ze zadávací dokumentace.“ V citovaném rozhodnutí ÚOHS rovněž poměrně výstižně vyjádřil smysl ustanovení § 36 odst. 3 ZVZ, když konstatoval, že „...úkolem dodavatele zvažujícího účast v zadávacím řízení není poskytnout zadavateli hloubkový

audit zadávací dokumentace a podmínek z ní vyplývajících, jejich vzájemného souladu, faktické funkčnosti předmětu veřejné zakázky, potenciálních problémů, finanční proveditelnosti, či identifikovat zjevné vady projektu apod. Ve lhůtě pro podání nabídek se konkrétní dodavatel soustředí primárně na přípravu konkureschopné nabídky, a to právě na základě zadání ze strany zadavatele.“ Své úvahy konečně ÚOHS završil konstatováním, které by mohlo sloužit i jako motto tohoto příspěvku, a sice, že „...je tedy skutečností, že ne všechny postupy či smluvní ujednání běžná v soukromoprávních vztazích mezi dvěma soukromými osobami jsou použitelná či přípustná tam, kde je kontrakční proces regulován zákonem.“

„Asymetrická“ ustanovení v praxi

Na rozdíl od předchozích obecně koncipovaných poznámek věnujme nyní stručnou pozornost alespoň některým praktickým příkladům smluvních ujednání či doložek, které při svém použití ve smluvních podmínkách mohou vyvolávat konflikt jak se zásadami zadávání veřejných zakázek, tak i s jinými kogentními ustanoveními zákona. V praxi se samozřejmě může jednat o široký okruh nejrůznějších ujednání týkajících se všech myslitelných aspektů smluvního vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem a vnášejících do tohoto vztahu prvek netransparentnosti, nepřiměřenosti či diskriminace. Dále uvedené praktické příklady se budou týkat zejména veřejných zakázek na stavební práce a tedy problematiky smlouvy o dílo. Patrně nejčastěji lze zaznamenat problematiku ujednání (doložky), jimiž dochází k asymetrickému rozdělení odpovědnosti za možná rizika vznikající v průběhu plnění veřejné zakázky (ale i před tím v rámci zadávacího řízení), kdy snahou zadavatele coby objednatele je přenesení co největšího podílu odpovědnosti za řešení možných problémů vznikajících v průběhu výstavby na dodavatele, resp. zhotovitele. Extrémní podoby mohou taková ustanovení nabývat tehdy, mají-li přímo či ve svém důsledku přenášet odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek na zhotovitele. Jiná ustanovení pak mohou být projevem nedůvěry objednatele ve schopnost vlastního personálu operativně řešit problémy vznikající při realizaci stavebních prací, která může vyplývat z předchozích negativních zkušeností získaných při realizaci jiných zakázek, anebo se může jednat o projev pouhé snahy usnadnit si práci a přenést tak vlastní povinnosti na bedra zhotovitelů.

Problematika přenášení odpovědnosti za správnost a úplnost zadávacích podmínek již byla zmíněna výše. V praxi se porušení § 36 odst. 3 ZVZ nejčastěji projevuje v ustanoveních, která stanovují zhotovitelům povinnost provést kontrolu podkladů pro zhotovení díla (zejména projektové dokumentace) ještě před uzavřením smlouvy^[20] anebo bezprostředně poté, s tím, že na „pozdější reklamace nebude brán zřetel“, což se projevuje kupř. smluvně zakotvenou ztrátou nároku na zaplacení víceprací vynucených vadami projektu, ztrátou nároku na prodloužení lhůty výstavby z téhož důvodu, vyloučením práv zhotovitele při výskytu nevhodných příkazů k provedení díla (§ 2594 a § 2595 ObčZ), apod.

Jiným příkladem problematického smluvního ustanovení je podmiňování uzavření smlouvy odebráním jiného plnění, které s předmětem díla věcně ani dle panujících obchodních zvyklostí nesouvisí.^[21] Vybraný dodavatel je tak v rámci smlouvy o dílo na stavební práce nucen akceptovat ujednání, jehož obsahem je např. „závazek k odkoupení vytěženého materiálu“, kterým bývá pro zhotovitele většinou fakticky nepotřebný materiál získaný při realizaci veřejné zakázky.^[22] Tento materiál, který má většinou charakter odpadu (a to mnohdy i nebezpečného) a pro který povinná strana ani nemá praktického upotřebení, je zhotovitel povinen odkoupit za zadavatelem předem stanovenou výkupní cenu, která se do nabídkové ceny nezapočítává. Jinak řečeno, zadavatel se tímto způsobem za úplatu jemu placenou zbavuje nepotřebného materiálu (odpadu), jehož odstranění (likvidaci) by jinak musel naopak sám financovat v rámci úhrady nabídkové ceny (ceny díla) hrazené zhotoviteli. Kromě toho, že tato praxe je způsobilá narušit hospodářskou soutěž (srov. § 3 odst. 2 písm. d) zák. č. [143/2001](#) Sb., o ochraně hospodářské soutěže) a již jen tímto způsobem tedy koliduje s vlastním účelem zákona o zadávání veřejných zakázek, pro dodavatele znamená nutnost vynaložit v souvislosti s realizací veřejné zakázky další náklady představované jednak „kupní cenou“ placenou za pro něj

nepotřebný materiál, a většinou také další náklady (v předem těžko odhadnutelné výši) na následnou likvidaci tohoto „materiálu“. Účastníci takového zadávacího řízení jsou pak logicky nuceni zakalkulovat tyto náklady do svých nabídkových cen, jen není zřejmé, jakým způsobem (do jakých rozpočtových položek) a v jaké výši se tak stane, důsledkem čehož je následně podávání nabídek se vzájemně fakticky neporovnatelnými nabídkovými cenami nehledě na to, že mnozí dodavatelé mohou být zcela odrazeni od účasti v zadávacím řízení s takto koncipovanými zadávacími podmínkami.

Další ustanovení, která narušují běžně chápané spravedlivé rozdělení práv a povinností mezi objednatele a zhotovitele, jsou taková, kterými se zadavatel v pozici objednatele snaží předem vyloučit rizika spočívající buďto v nedostatku finančních prostředků anebo ve výskytu problémů přičitatelných objednateli a znemožňujících plynulé provádění díla (např. skryté překážky na staveništi, vady projektové dokumentace, apod.), u nichž panuje obava, že je objednatel nebude schopen včas a efektivně řešit. Zatímco zhotovitel je tedy striktně vázán povinností k řádnému a včasnému provedení díla (včetně splnění případných časových, věcných či finančních milníků) a tyto povinnosti jsou utvrzovány často drakonickými sankcemi, objednatel činí součástí smluvních podmínek ustanovení, která mu umožňují např. jednostranně přerušit stavební práce na neomezenou dobu bez zohlednění této skutečnosti v ceně díla[23], anebo si de facto proti vůli zhotovitele obstarat bezplatný „dodavatelský úvěr“ kupř. v podobě jednostranného „prodloužení splatnosti daňových dokladů bez uplatnění sankcí ze strany dodavatele“, s tím, že „odklad splatnosti plateb ... nemá vliv na termín dokončení díla sjednaný ve smlouvě o dílo“[24]. Obdobou výše uvedených ustanovení majících řešit stejný problém jsou pak ustanovení umožňující objednateli jednostranně vypovědět smlouvu o dílo či od ní odstoupit bez jakéhokoli důvodu a bez nároku zhotovitele na odškodnění.

Pokud dodavatelé přistoupí k vyhodnocení takto formulovaných smluvních podmínek skutečně zodpovědně a s určitou mírou „preventivní skepse“[25], pak si nutně musí položit otázku, zdali jsou připraveni (a schopni) provádět veřejnou zakázku, aniž jim za to bude včas zaplacen, zdali jsou připraveni nést ze svého nepředvídatelné výkyvy cen vstupů nezbytných k realizaci stavebních prací (např. stavebních materiálů, mzdových nákladů, pohonných hmot, atd.) v případě přerušení prací na předem neznámou dobu, či jsou-li schopni vypořádat se např. se situací, kdy jim bude zcela znemožněno rozpracované dílo dokončit (např. s ohledem na to, že budou mít předem smluvně zajištěny dodávky technologických zařízení nebo stavebních materiálů, že budou mít uzavřeny smlouvy se svými subdodavateli, apod.). Je nasnadě, že potenciální rizika vyplývající z takto extrémně nevyvážené smlouvy, kdy zhotovitel je na jedné straně striktně vázán k realizaci zakázky a na straně druhé má objednatel prakticky neomezené možnosti jak naloží se svými základními povinnostmi k poskytnutí součinnosti k řádnému dokončení díla a k zaplacení sjednané ceny, jsou tak vysoká, že značnou část dodavatelů (a tedy i potenciálních účastníků zadávacího řízení) od účasti v zadávacím řízení jednoduše odradí. Důsledkem výskytu těchto nemravných a pro zhotovitele zvláště nevýhodných doložek v zadávacích podmínkách je tedy opět omezení hospodářské soutěže a netransparentnost zadávacího řízení, když řada potenciálních dodavatelů raději na svou účast v tomto řízení rezignuje, než aby podstoupila neakceptovatelné (a neodůvodněně nespravedlivé) riziko, které není schopna předem ovlivnit či kvantifikovat jako potenciální dopady, a další dodavatelé předloží nabídkové ceny, v nichž tato rizika sice zohlední, ale učiní tak pochopitelně různým způsobem a v různém rozsahu, což vposledku znamená, že jednotlivé cenové nabídky budou vzájemně neporovnatelné.

Mezi smluvní ustanovení, která mohou negativně ovlivnit rozhodnutí dodavatelů zúčastnit se zadávacího řízení, resp. která mohou vyvolat rozdílný přístup k ocenění rizik a tím i ke konstrukci nabídkové ceny, patří také ujednání různě modifikující práva a povinnosti stran ze záruky za jakost. Mezi nejčastější úpravy tohoto druhu patří doložka eliminující povinnost objednatele oznámit výskyt záruční vady bez zbytečného odkladu po jejím zjištění (anebo poté kdy zjištěna býti mohla), takže objednatel může např. vadu vyskytnuvší se na předmětu díla již na počátku záruční doby oznámit až

před jejím koncem, v důsledku čehož většinou dochází k výraznému zhoršení vady a tím i enormnímu nárůstu nákladů na její odstranění. Jiným příkladem je stanovení nové záruční doby ve stejné délce po předchozím provedení záruční opravy, takže zhotovitel je vystaven riziku tzv. „nekončící“ či „věčné“ záruky. Uvědomíme-li si, že náklady na odstraňování případných záručních vad musí dodavatelé rovněž určitým způsobem zohlednit v jejich nabídkových cenách, pak je zřejmé, že výsledkem takto netransparentního nastavení záručních podmínek bude opět předložení vzájemně neporovnatelných cenových nabídek.

Závěrem

Výše uvedené příklady problematických smluvních ujednání a doložek samozřejmě naprosto nevyčerpávají okruh v úvahu přicházejících či v praxi používaných doložek tohoto druhu (zmínit lze dále např. smluvní podmínky umožňující zadavateli odstoupit od smlouvy z důvodu zcela banálního pochybení dodavatele, stanovení nepřiměřeně přísných požadavků na jakost díla nekorrespondujících jeho rozsahu a náročnosti a umožňujících faktickou šikanu zhotovitele při předávání dokončeného díla včetně uplatňování smluvních pokut, apod.).

Smyslem tohoto příspěvku je zaměřit pozornost na problém, který podle mého názoru prozatím dostatečně nereflektují jak zadavatelé (ti ze zjevného důvodu, neboť ustanovení tohoto druhu jim lapidárně řečeno usnadňují život), tak ani antimonopolní úřad a soudní praxe.

Lze mít za to, že právě z důvodu distribuce veřejných prostředků při realizaci veřejných zakázek, jakož i v zájmu ochrany svobodné hospodářské soutěže je nutno klást na úroveň smluvních (obchodních) podmínek jednostranně definovaných zadavatelem vyšší nároky než je tomu v případě běžného „podnikatelského provozu“.

V nadpisu tohoto článku se v souvislosti s nevyvážeností smlouvy na veřejnou zakázku hovoří o netransparentnosti veřejné zakázky, resp. zadávacího řízení, nicméně obchodní či jiné smluvní podmínky tvořící součást zadávacích podmínek mohou kolidovat i s dalšími zásadami zadávání veřejných zakázek, tedy i se zásadou přiměřenosti a rovného zacházení, resp. zákazu diskriminace. Za netransparentní lze zadávací řízení považovat vždy, když v důsledku použití určitých obchodních či smluvních podmínek (doložek) nelze objektivně porovnat nabídkové ceny jednotlivých účastníků zadávacího řízení (např. v důsledku různého ocenění rizik z těchto podmínek vyplývajících). Prvkem nepřiměřenosti či nerovného zacházení bude zadávací řízení zatíženo tehdy, pokud budou obchodní či smluvní podmínky svým působením diskriminovat některé uchazeče, aniž by takovýto efekt byl odůvodněn charakterem veřejné zakázky.

Pod heslem smluvní volnosti a dispozitivnosti právní úpravy je často zapomínáno na to, že jedna ze smluvních stran - dodavatel - má jen velmi omezené možnosti efektivně ovlivnit průběh a především konečný výsledek kontraktačního procesu, který se navíc odehrává na pozadí rozdělování veřejných prostředků, jež je regulováno právní úpravou zadávání veřejných zakázek, jejímž účelem je pak mj. i ochrana fungující hospodářské soutěže a tím i zajištění hospodárného a účelného vynakládání těchto prostředků.

Jsem přesvědčen, že slušná smlouva je taková, která sice dodavatele zavazuje k řádnému a včasnému splnění veřejné zakázky a skrze přiměřené sankce, jakož i kontrolní a zajišťující mechanismy garantuje její splnění, ale na straně druhé dodavateli vyváženě poskytuje korektní a spravedlivé zacházení ze strany zadavatele včetně řádného poskytnutí součinnosti k realizaci zakázky (tj. i řádného a včasného zaplacení dohodnuté úplaty) a ve fázi přípravy nabídky umožňuje její korektní nacenění umožňující objektivní porovnání konkurenčních cenových nabídek. V tomto směru by kýženým vývojem měla být postupná kultivace kontraktačních zvyklostí takovým způsobem, aby určitá ustanovení či doložky byly ve slušné společnosti považovány za nepřijatelné. Přispělo by to ke

konkurenci i k transparentnosti veřejného zadávání, co je myslím cíl, o který stojí za to usilovat.

JUDr. Tomáš Grulich, Ph. D.,
podnikový právník

[1] Toto zjednodušené označení pro zadávání veřejných zakázek příležitostně požívá např. Dvořák in: Dvořák, D.: Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, a to jako českou alternativu k anglickému výrazu „public procurement“.

[2] Kupříkladu jen proto, že s ohledem na princip racionálního zákonodárce lze obecnou úpravu problematiky závazků a závazků z právních jednání zvláště obecně považovat za rozumnou a ve vztahu ke všem účastníkům závazkového vztahu za vyváženou a spravedlivou.

[3] Srov. Knapp, V.: Teorie práva. 1. vydání. Praha, C. H. Beck 1995, str. 70.

[4] Srov. Melzer, F. Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 86 a násl.

[5] Srov. např. Fridrich, M.: Lze smlouvy na veřejné zakázky považovat za smlouvy uzavřené adhezním způsobem?, www.epravo.cz, 24. 1. 2020.

[6] Bejček, J.: Soukromoprávní ochrana slabšího smluvního partnera. Bulletin advokacie, k dispozici >>> [zde](#), publikováno 14. 09. 2015.

[7] Obchodní či jiné smluvní podmínky, které jsou ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) ZVZ součástí podmínek účasti v zadávacím řízení a tím i zadávacích podmínek, rozhodujícím způsobem určují obsah budoucí smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem.

[8] K tomu srov. § 1765 ObčZ, resp. § 2620 odst. 2 ObčZ.

[9] Srov. § 2594 a § 2595 ObčZ, resp. § 2627 ObčZ.

[10] Srov. § 2628 ObčZ.

[11] Jedná se o pravidlo contra proferentem normované ustanovením § 557 ObčZ.

[12] K nepřipustnosti poskytnutí konkurenční výhody či vytváření překážek hospodářské soutěže srov. např. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017. str. 212.

[13] Rozhodnutí předsedy ÚOHS č. j.: ÚOHS-R0205/2018/VZ-04832/2019/321/ZSř ze dne 18. února 2019.

[14] Jedná se o právní větu z rozhodnutí KS v Brně, č. j. 62 Af 48/2011 – 69 ze dne 28. 02. 2013, ev. č. ASPI JUD289575CZ.

[15] Rozhodnutí NSS, č. j. 9 Afs 21/2013 – 39 ze dne 30. 04. 2014. Jakkoli toto rozhodnutí vycházelo z právní úpravy zadávání veřejných zakázek obsažené v zák. č. [137/2006](#) Sb., jeho závěry se nepochybně uplatní i za účinnosti nynější právní úpravy.

[16] Rozhodnutí předsedy ÚOHS č. j. ÚOHS-R0195/2019/VZ-00831/2020/323/VVá ze dne 9. ledna 2020.

[17] Op. cit. sub 6.

[18] Srov. § 1 odst. 1 zák. č. 273/96 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

[19] Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S0272/2018/VZ-26587/2018/522/JKr ze dne 11. září 2018, které bylo nicméně následně zrušeno rozhodnutím předsedy ÚOHS z důvodu následného zrušení zadávacího řízení zadavatelem. V daném případě bylo předmětem kritiky - zjednodušeně řečeno - několik smluvních ustanovení, která přenášela odpovědnost za kontrolu správnosti a úplnosti projektové dokumentace na zhotovitele a s případným zanedbáním této kontroly byly spojeny negativní dopady do práv a povinností zhotovitele.

[20] V takovém případě zhotovitel prohlašuje, že kontrolu těchto podkladů provedl před uzavřením smlouvy.

[21] Jedná se o tzv. junktimování.

[22] Typicky se jedná např. o použité dlažební kostky, vyfrézované asfaltové směsi, dřevo ze stromů vykácených v rámci stavby, ocelový šrot, apod.

[23] Příkladem může být doložka, podle níž „Objednatel je oprávněn přerušit plnění smlouvy s ohledem na tok financí statutárního města ...“.

[24] Jedná se o citaci konkrétního smluvního ujednání obsaženého ve smlouvě o dílo spolufinancované ze Státního fondu dopravní infrastruktury.

[25] Tedy s vědomím, že pokud se něco může „pokazit“, velmi často se to také stane.

Další články:

- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - ČERVEN 2026](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - KVĚTEN 2026](#)
- [Hodnocení demo prostředí v IT veřejných zakázkách: užitečný nástroj, nebo cesta k netransparentnosti?](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - DUBEN 2026](#)
- [Prokazování dostupnosti technického vybavení při zadávání veřejných zakázek - limity sdílení technického vybavení](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - BŘEZEN 2026](#)
- [Zdrojové kódy jako „pojistka“ proti vendor-lock-inu: judikatorní korekce a její meze](#)
- [Spolupráce zadavatele a developera z pohledu rozhodovací praxe ÚOHS a plánovacích smluv](#)
- [Listinné nabídky v éře elektronizace: přestupek, nebo legitimní postup?](#)
- [JIŘÍ HARNACH - VEŘEJNÉ ZAKÁZKY LIVE! - ÚNOR 2026](#)
- [Změna poddodavatele v průběhu zadávacího řízení](#)