

# ČÁST PÁTÁ

## NĚKTERÁ SPECIFIKA SMLUV NA STAVEBNÍ PRÁCE UZAVÍRANÝCH V RÁMCI VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

Smlouvy o dílo, jejichž předmětem je stavba, resp. zhotovení, údržba, oprava nebo úprava stavby, jakož i zhotovení architektonického nebo projektového řešení, jsou často uzavírány v návaznosti na vyhlášení veřejné zakázky ve smyslu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Některé aspekty tohoto procesu uzavírání smluv za účinnosti nové občanskoprávní úpravy je proto účelné zmínit.

### I. VEŘEJNÁ ZAKÁZKA, ZADÁVACÍ DOKUMENTACE

Veřejnou zakázkou ve smyslu § 7 zák. o veř. zakázkách je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem, jak je tento pojem vymezen v § 2 a 3 citovaného zákona, a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejnou zakázkou na stavební práce pak je ve smyslu § 9 zák. o veř. zakázkách jednak provedení stavebních prací (podle vymezení v příloze zákona), jednak provedení stavebních prací a s nimi souvisejících projektových nebo inženýrských činností, a konečně zhotovení stavby, která je jako celek schopna plnit samostatnou ekonomickou nebo technickou funkci.

**Zadávací proces podle zákona o veřejných zakázkách je specifickou formou jednání vedoucího k uzavření smlouvy;** bývá označován jako zvláštní předkontraktační a kontraktační proces.<sup>176</sup> Vzhledem k předmětu této publikace není účelné zabývat se všemi druhy zadávacího řízení, jak jsou upraveny v zákoně o veřejných zakázkách; zmíněny tedy budou jen některé otázky související s otevřeným řízením, jako se základním druhem zadávacího řízení.

Proces předcházející uzavření smlouvy označován jako předkontraktační proces začíná oznámením o zahájení zadávacího řízení podle § 26 odst. 1 zák. o veř. zakázkách. Oznámení musí být stanoveným způsobem uveřejněno a je výzvou k podávání nabídek dodavatelů. Svou povahou je uvedené oznámení vyhlášením veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku ve smyslu § 1772 obč. zák. Zadávací řízení podle zákona

<sup>176</sup> DVORÁK, D. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 45 a násl.

o veřejných zakázkách je tak zvláštní úpravou veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku a citované ustanovení se na ně použije podpůrně.<sup>177</sup> Zadávací dokumentace je tedy právním jednáním, které musí co do formy a obsahu splňovat požadavky občanského zákoníku, včetně požadavků stanovených v § 1773 pro vyhlášení veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku. Musí také splňovat požadavky stanovené zákonem o veřejných zakázkách jako veřejnoprávním předpisem regulujícím jednotlivé způsoby zadávání veřejných zakázek.

Podle § 1773 obč. zák. vyžaduje výzva k podání nabídek, tj. i zadávací dokumentace písemnou formu a vyhlášovatel v ní vymezi alespoň obecným způsobem předmět plnění a zásady ostatního obsahu zamýšlené smlouvy, na němž trvá, a určí způsob podávání nabídek a lhůtu, do které lze nabídky podat, jakož i lhůtu pro oznámení vybrané nabídky. Obsah podmínek vhodným způsobem uveřejní. Výzva tedy má jednak vymezit základní charakteristiku obsahu smlouvy tak, aby bylo patrné, na čem vyhlášovatel trvá a co se má v posléze uzavírané smlouvě objevit, jednak pravidla, podle nichž má soutěž probíhat, tak aby tato pravidla byla jasná a srozumitelná případným uchazečům a zajišťovala rovné podmínky mezi nimi.

Zákon o veřejných zakázkách tyto principy respektuje a v § 44 a násl. stanoví poměrně podrobně, co musí zadávací dokumentace obsahovat, pokud jde o obsah smlouvy, která má být uzavírána, i o průběh zadávacího řízení. Zadávací dokumentace je podle citovaného ustanovení souborem dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Konkrétně musí zadávací dokumentace stanovit především:

- obchodní podmínky, včetně platebních podmínek, popř. objektivních podmínek, za nichž je možno překročit nabídkovou cenu,
  - Pro stavební práce má být v obchodních podmínkách specificky stanoveno, že technický dozor u téže stavby nesmí provádět dodavatel ani osoba s ním propojená.
- technické podmínky, jimiž je vymezován předmět plnění zakázky, které by měly jednoznačně charakterizovat požadavky na předmět plnění a účel jeho využití,
  - Pokud jde o stavební práce, měly by být uvedeny veškeré technické popisy, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, jakož i dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi.
- požadavky na zpracování nabídkové ceny.

K vlastnímu zadávacímu procesu musí zadávací dokumentace stanovit především:

- podmínky a požadavky na zpracování nabídky, včetně požadavků na varianty nabídky, pokud je zadavatel připouští;

---

<sup>177</sup> Viz PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku. 3. díl. Obchodní závazkové vztahy. § 261–408.* Praha: Linde Praha, 1996, s. 533.

- požadavky týkající se ochrany utajovaných skutečností;
- způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií.

Pro stavební práce je dále stanoven požadavek, aby zadávací dokumentace obsahovala:

- příslušnou dokumentaci v rozsahu stanoveném příslušným předpisem, která má být zpracována do podrobností, které předmět zakázky specifikují v rozsahu potřebném pro zpracování nabídky,
- soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném příslušným právním předpisem.

Rovněž zákon o veřejných zakázkách počítá s tím, že zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodatelem; musí však uvést v oznámení o zahájení zadávacího řízení, že si toto hodlá v zadávací dokumentaci vyhradit. Zadavatel ovšem nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodatele (§ 44 odst. 6 zák. o veř. zakázkách). V ostatním ohledně subdodatelů lze odkázat na to, co bylo uvedeno v části druhé, kap. VII.

**Zadávací dokumentace tedy musí uchazečům sloužit jako jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky.** Z těchto podrobností pak musí rovněž vyplynout i pravidla pro hodnocení jednotlivých nabídek tak, aby uchazeči mohli za rovných a transparentních podmínek posoudit a uvážít, co je pro zadavatele významné a určující pro výběr nejhodnější nabídky. Požadavek určitosti, srozumitelnosti a transparentnosti jednotlivých údajů je tak určující (srov. rovněž NSS 7 AFS 66/2010).

Při zadávání stavebních prací se diskutují otázky způsobu vymezení předmětu plnění, a to zejména v souvislosti se složitými liniovými stavbami, u nichž v době zadávání zakázky nemusí být známy veškeré parametry významné pro vymezení rozsahu zadávaných prací, jejich povahy a náročnosti. Smlouvy na tyto složité stavby bývají často koncipovány jako tzv. měřené kontrakty ve smyslu Červené knihy FIDIC, přičemž vzniká otázka, zda zadávací dokumentace specifikující předmět plnění a obchodní podmínky, které se mají stát obsahem smlouvy, splňují požadavky § 44 zák. o veř. zakázkách.

Červená kniha FIDIC konstruuje vymezení předmětu díla a určení ceny díla tak, že předpokládá, že rozsah prací bude postupně upřesňován a měřen stanoveným způsobem. Rovněž předpokládá, že cena díla bude určena podle skutečně vykonaných prací a bude vycházet právě z jednotlivých měřených prací na díle a jejich

položkových cen. Způsob měření musí být dohodnut a osoba, která má měření a oceňování provádět (tzv. správce stavby), musí být odborně způsobilá a odlišná od stran smlouvy. Otázkou je, zda takové vymezení předmětu díla a nabídkové ceny odpovídá požadavkům zákona o veřejných zakázkách, a to především požadavkům určitosti a srozumitelnosti pro všechny uchazeče, jimiž je vyjádřen princip transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení se všemi uchazeči.

Oprávněnost použití uvedené konstrukce měřeného kontraktu závisí na konkrétních okolnostech každého případu, na tom, zda povaha a komplexnost zadávaných prací skutečně neumožňuje přesně určit rozsah zadávaných prací pro všechny fáze zhotovování stavby nebo komplexu staveb. Vodítkem pro posouzení, zda v daném případě tento způsob zadávání splňuje zákonné požadavky, může být judikatura Soudního dvora EU, která se tímto způsobem zadávání zabývala již v roce 2001. Soudní dvůr EU ve věci *SIAC* (rozsudek C-19/00) posuzoval měřený kontrakt na stavební práce zadávaný v otevřeném zadávacím řízení. Výslovně uvedl, že šlo o „měřený (*measure-and-value*) kontrakt, v němž množství každé položky je uvedeno v položkovém rozpočtu. Pro tento typ smlouvy uchazeč vyplňuje položkový rozpočet a uvádí cenu pro každou položku a celkovou cenu pro odhadnuté množství. Cena, která má být zaplacená, je určena měřením skutečného množství položek ke dni dokončení prací a jejich oceněním podle položek nabídnutých uchazečem.“ Dále v této věci konstatoval, že „uchazeči musí být v rovnocenné pozici jak v době, kdy činí nabídku, tak v době, kdy jsou jejich nabídky posuzovány zadavatelem. (...) Skutečnost, že hodnotící kritérium (*award criteria*) se týká faktické otázky, která bude přesně známa až ve chvíli, kdy je smlouva uzavřena, neznamená, že zadavatel není ničím omezen ve výběru nejvhodnější nabídky. (...) Nicméně, aby takové kritérium bylo v souladu s požadavkem na rovné zacházení uchazečů, je zejména nezbytné, jak článek 29(2) Nařízení 71/305, v platném znění, požaduje, aby toto kritérium bylo zmíněno v zadávací dokumentaci nebo v oznámení veřejné zakázky.“ Soudní dvůr EU rovněž uvedl, že zachování principu rovného zacházení uchazečů musí být transparentní a ověřitelné s tím, že tento princip je naplněn, pokud jsou hodnotící kritéria (*award criteria*) formulována tak, že všichni řádně informovaní a pečliví uchazeči si tato kritéria vyloží stejným způsobem. Řešil tedy primárně otázku vhodnosti hodnotících kritérií, nicméně vytknul a definoval předpoklady řádného, transparentního a nediskriminačního veřejného výběrového řízení, a to právě pro měřené kontrakty, které při respektování těchto základních principů akceptoval jako vyhovující pro zadávání veřejných zakázek.

Je otázkou, jak bude tento typ zadávání posuzovat naše judikatura. Jak bylo řečeno, důležité pro posouzení je, zda povaha zadávaného díla vyžaduje tento způsob specifikace předmětu díla a určení jeho ceny. Splnění musí být požadavek rovných, transparentních a nediskriminačních podmínek v rámci zadávacího řízení. To

znamená zejména, že všichni uchazeči musí počítat s tím, že cena bude stanovována na základě určeného postupu měření prací, ocenění jednotlivých položek a s tím souvisejících podmínek pro možnou úpravu ceny. Všichni si musejí být vědomi nezbytnosti upřesňovat předmět uzavírané smlouvy v průběhu jeho provádění u tohoto typu prací, všichni musejí být seznámeni s principy Červené knihy FIDIC a musejí očekávat způsob zadávání díla, který průběžně upřesňování předmětu díla a jeho ceny umožňuje a zajišťuje.

## II. UZAVŘENÍ SMLOUVY V RÁMCI VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

Zadávací řízení je zvláštní formou kontraktačního procesu, a to zvláštní formou veřejné soutěže o nejhodnější nabídku. Právě ve způsobu uzavření smlouvy a v jednotlivých krocích vedoucích k uzavření smlouvy obsahuje zákon o veřejných zakázkách specifika, která postup uzavření smlouvy na základě zadávacího řízení odlišují od obecné úpravy veřejné soutěže v občanském zákoníku.

Na vyhlášení zadávacího řízení a zadávací dokumentaci reagují uchazeči nabídkou. Podle § 68 zák. o veř. zakázkách nabídka sama není návrhem smlouvy, ale její součástí musí návrh smlouvy být. **Návrh smlouvy musí být písemný, neboť pro smlouvy uzavírané v rámci veřejné zakázky je předepsána písemná forma.** Zákon o veřejných zakázkách nestanoví specificky lhůtu, po níž je uchazeč svým návrhem smlouvy vázán, dovozuje se, že je to do uplynutí 15 dnů od rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky (§ 82 odst. 4 ve spojení s § 110 odst. 4 zák. o veř. zakázkách).

Vyhlašovatel rozhodne o výběru nejhodnější nabídky toho uchazeče, jehož nabídka byla podle hodnotících kritérií vyhodnocena jako nejhodnější, a oznámení o výběru zašle uchazečům (§ 81 odst. 1 zák. o veř. zakázkách). K povaze tohoto rozhodnutí uvádí důvodová zpráva, že jde o „specifický úkon zadavatele v kontraktačním procesu, jímž zadavatel rozhoduje o tom, se kterým z uchazečů bude uzavřena smlouva, avšak není ještě akceptací návrhu smlouvy na realizaci veřejné zakázky (tím se liší od kontraktačního procesu v rámci běžných občanskoprávních či obchodněprávních vztahů. (...) Okamžikem doručení oznámení o výběru nejhodnější nabídky vybranému uchazeči vzniká zadavateli povinnost smlouvu uzavřít (kontraktační povinnost, která je v některých případech prolomena možností zrušit zadávací řízení).“

Tato konstrukce odpovídá i pojetí oznámení o výběru nejhodnější nabídky ve veřejné soutěži o nejhodnější nabídku podle § 1777 a § 1778 obč. zák., kterážto ustanovení jsou obdobou § 286 a § 287 obch. zák. a která vycházejí z toho, že vyhlašovatel je vázán svým vlastním vyhlášením, a je tedy povinen akceptovat návrh, jenž podle stanovených kritérií vybere. Proto se dovozuje, že uchazeči, jehož nabídka

byla vybrána, lze poskytnout obdobnou ochranu, jako oprávněné straně smlouvy o smlouvě budoucí. To znamená, že pokud by zadavatel odmítl smlouvu uzavřít (aniž by měl možnost zrušit zadávací řízení), mohl by se vybraný uchazeč domáhat nahrazení dohody stran u soudu, popř. náhrady škody.<sup>178</sup>

V zadávacím procesu vznikají povinnosti i vybranému uchazeči. Podle § 82 odst. 4 zák. o veř. zakázkách je povinen poskytnout zadavateli součinnost k tomu, aby ve lhůtě stanovené tímto zákonem mohla být uzavřena smlouva. Z toho se dovozuje povinnost uchazeče smlouvu uzavřít.<sup>179</sup> Existenci této povinnosti by nasvědčoval i § 67 odst. 7 zák. o veř. zakázkách, který pro případ, kdy uchazeč v rozporu se zákonem nebo zadávacími podmínkami zrušil nebo změnil nabídku, odmítl uzavřít smlouvu nebo nesplnil povinnost součinnosti, umožňuje zadavateli čerpat složenou jistotu (bankovní záruku, peněžitou jistotu). Současně ovšem zákon o veřejných zakázkách počítá s tím, že vybraný uchazeč může uzavření smlouvy odmítnout a v § 82 odst. 4 upravuje postup zadavatele právě pro případ, že vybraný uchazeč odmítne smlouvu uzavřít; zadavatel se může obrátit na další dva uchazeče v pořadí. Zákon tak sice mluví o povinnosti a jejím zajištění, zároveň však s postavením uchazeče pracuje tak, jako by uchazeč měl jen právo smlouvu uzavřít. Pokud tedy vybraný uchazeč využije možnosti neuzavřít smlouvu, pro niž byl vybrán, může být důsledkem takového jeho kroku jen případné čerpání jistoty ze strany zadavatele. Jelikož vybraný uchazeč využívá práva, které má, práva odmítnout uzavření smlouvy, s čímž zadavatel musí počítat, protože tato možnost vyplývá přímo ze zákona o veřejných zakázkách, je problematické uvažovat o nějakých dalších sankčních důsledcích, pokud nejsou přímo obsahem zadávací dokumentace, jakož i o právu zadavatele na náhradu škody.<sup>180</sup>

Předmětem pochybností může být i zadávání zakázky, které počítá s možností úpravy ceny (valorizace, indexace ceny) v průběhu plnění smlouvy podle dohodnutého koeficientu. Podmínkou platného zadávání opět je, aby mechanismus valorizace byl jasně, srozumitelně a ověřitelně upraven v zadávací dokumentaci, a zabezpečoval tak rovné postavení všech účastníků zadávacího řízení. Přípustnost indexace nabídkové ceny konstatoval i Nejvyšší správní soud v rozsudku 2 Afs 4/2013, když konstatoval, že „[S]kutečnost, že v průběhu realizace veřejné zakázky může být nakonec hrazena cena vyšší či nižší než nabídková, je realitou, nicméně toto nastavení nelze bez dalšího považovat za protizákonné. Jinak řečeno, tato konstrukce vychází z toho, že výše budoucích plateb není určena pevnou částkou, leč odvíjí se od předem stanoveného algoritmu, který je však transparentní a dostatečně předvídatelný pro všechny uchazeče o předmětnou zakázku. Účastníci tedy měli rovné postavení a bylo pouze na jejich

<sup>178</sup> PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku. 3. díl. Obchodní závazkové vztahy. § 261–408*. Praha: Linde Praha, 1996, s. 544.

<sup>179</sup> DVOŘÁK, D. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 73 a násled.

<sup>180</sup> Opačně DVOŘÁK, D. *Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 75.

uvážení, do jaké míry se rozhodnou dát váhu možným proměnným indexu. Samotnou možnost spekulovat o budoucím vývoji indexu v rámci nabídek nevnímá Nejvyšší správní soud jako skutečnost zakládající porušení zákona o veřejných zakázkách.“

### III. ZMĚNY SMLOUVY UZAVŘENÉ NA ZÁKLADĚ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY, VÍCEPRÁCE

**Jedním z principů, na kterých stojí zákon o veřejných zakázkách, je princip vázanosti zadávacími podmínkami,** včetně obchodních podmínek, a to nejen ve fázi zadávacího řízení, ale i v realizační fázi zakázky, tedy rovněž v době plnění smlouvy vysoutěžené uchazečem v rámci zadávacího řízení. To opakovaně potvrzuje a konstatuje rovněž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v mnohých svých rozhodnutích, např. čj. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr z 16. 8. 2007. Je to logické, jinak by celý proces zadávání veřejných zakázek pozbýval smysl. Strany by mohly následnými dodatky ke smlouvě na plnění veřejné zakázky měnit podmínky plnění, za nichž byla zakázka zadána, a zadávací podmínky a výsledky výběrového řízení by tak pro zadavatele i zhotovitele byly prakticky nezávazné.

Autonomie vůle stran měnit smlouvu uzavřenou v návaznosti na zadávací řízení podle citovaného zákona je tudíž do značné míry omezena. Zákon o veřejných zakázkách přitom implementuje a vychází z příslušné evropské směrnice a respektuje přitom rozhodovací praxi Soudního dvora EU vztahující se k evropským předpisům v oblasti veřejných zakázek, zejména rozhodnutí ve věci *Presstext*.<sup>181</sup> Soudní dvůr EU v této věci obecně uvedl, že není možné provést takovou změnu veřejné zakázky, která by prakticky představovala zadání nové zakázky či by měla, resp. mohla mít vliv na výsledek zakázky původní. Nejsou možné takové změny, které „mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky“. Soudní dvůr EU pak v citovaném rozhodnutí blíže specifikoval změny smlouvy, které v případě veřejných zakázek nejsou dovoleny. Tyto parametry reflektuje § 82 odst. 7 zák. o veřej. zakázkách, podle něhož zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Podstatnou změnou je přitom jakákoli změna, která by rozšířila předmět veřejné zakázky, případně skutečnost, která, pokud by byla obsažena v původní zadávací dokumentaci, by umožnila účast jiných uchazečů, mohla by ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, anebo skutečnost, která by měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče. Zákaz nedopadá pouze na změny smlouvy týkající se např. obsahu či rozsahu prací, tj. týkající se samotného základního závazku z vysoutěžené

<sup>181</sup> C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Austria*, Sb. rozh. s. I-4401.