

NĚKOLIK ÚVAH O UZAVÍRÁNÍ SMLUV NA ZÁKLADĚ ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ DLE ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH

DAVID DVORÁK

Právnická fakulta/katedra občanského práva, Masarykova
univerzita

Abstract in original language

Zadávací řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, představuje specifický kontraktační proces, který se oproti standardnímu postupu uzavření smlouvy v režimu obchodního či občanského zákoníku vyznačuje značnou měrou právní regulace a formálnosti. Stále se však jedná o kontraktaci soukromoprávní, která svojí povahou představuje *lex specialis* k obchodní veřejné soutěži dle obchodního zákoníku. Zatímco proces od zahájení zadávacího řízení do výběru nejvhodnější nabídky je detailně regulován zákonem o veřejných zakázkách, vlastnímu procesu uzavření smlouvy s vybraným uchazečem již zákon o veřejných zakázkách věnuje daleko menší pozornost a některé jeho aspekty jsou přenechány obecné právní úpravě. Cílem článku je proto rozbor této fáze zadávacího řízení se zaměřením zejména na povahu vztahu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem do okamžiku uzavření smlouvy, a to rovněž s ohledem na dopad nového občanského zákoníku.

Key words in original language

veřejné zakázky, kontraktace

Abstract

Award procedures according to the Act No. 137/2006 Coll. on public contracts, as amended, represent a specific contracting process which is, on the contrary to the standard contracting process according to the civil or commercial code, characterized by high degree of regulation and formality. Still, it is a civil contracting process, representing by its nature *lex specialis* to the public tender regulated by the commercial code. While the award procedure from the commencement of the tender procedure to the selection of the most suitable offer is regulated by the public contracts act in a detailed manner, the peculiar process of the conclusion of the contract with the selected bidder is given much less attention and some of its aspect are left to the general legal regulation. Therefore, the aim of the article is the analysis of this part of the award procedure with focus, above all, on the character of the relation between a contracting entity

and a selected bidder till the moment of the conclusion of a contract, also in relation to the impact of the new civil code.

Key words

public contracts, contracting

1. ÚVOD A VÝCHODISKA

Zadávání veřejných zakázek představuje specifický a vysoce formalizovaný postup uzavření smlouvy, který se v tomto ohledu výrazně liší od běžné soukromoprávní kontraktace v režimu občanského nebo obchodního zákoníku. V českém právu je v současnosti upraven zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).¹ Míra formálnosti se přitom liší dle použitého druhu zadávacího řízení (tzn. zákonem připuštěného a upraveného procesního postupu), největší formality dosahuje v řízeních, ve kterých není připuštěno jakékoliv jednání o podaných nabídkách (např. otevřené řízení), na opačném konci pak stojí z pohledu ZVZ výjimečné postupy, které se téměř blíží běžné kontraktaci (jednací řízení bez uveřejnění).

Samotný zákon o veřejných zakázkách představuje předpis smíšeného charakteru. Přes občasná opačná (a zejména v dřívějších dobách se vyskytující) tvrzení je zřejmé, že vlastní zadávací proces (zadávací²) je soukromoprávního charakteru, jedná se pouze o specifický vysoce formalizovaný kontraktační proces, který v podstatě představuje *lex specialis* k obchodní veřejné soutěži dle § 281 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění (dále jen „ObchZ“).³

¹ Článek je zaměřen na problematiku veřejných zakázek dle citovaného zákona, obdobné závěry však platí i pro další předpisy upravující veřejné zadávání v širším smyslu, tj. pro koncesní řízení dle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, a nabídkové řízení dle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, které v otázce uzavření smlouvy na ZVZ odkazují.

² Zadáváním se dle § 17 písm. m) ZVZ rozumí: „závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení“; zadáním pak dle písm. k) téhož ustanovení: „rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení“.

³ Případně *lex specialis* k uzavírání smlouvy dle § 43 an. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění, (dále jen „OZ“) v případě uzavírání smlouvy bez soutěže, tj. v jednacím řízení bez uveřejnění.

Soukromoprávní povahu zadávacího řízení potvrzuje i judikatura.⁴ Ke shodnému názoru dospívala i prvorepubliková literatura. Sedláček vysvětluje principy tzv. nabídkového či ofertního řízení na ustanoveních nařízení č. 667/1920 Sb. z. a n., o zadávání státních dodávek a prací. Všeobecný občanský zákoník výslovnou úpravu veřejné soutěže neupravoval, dle Sedláčka však bylo možné na základě obecných zásad o uzavírání smluv, přičemž citované nařízení v sobě všeobecné zásady zadávacího (ofertního) řízení obsahovalo.⁵ Výsledkem zadávacího řízení je soukromoprávní smlouva, podléhající režimu obchodního či občanského zákoníku.⁶ Naproti tomu dohled nad zadáváním veřejných zakázek je vykonáván v režimu práva veřejného (správní řízení), veřejnoprávní povahu má zřejmě i vymezení zadavatelů v § 2 ZVZ, tedy vymezení subjektů, jejichž smluvní volnost je ZVZ omezoována.

Vlastní zadávání, tj. postup od zahájení zadávacího řízení dle § 26 ZVZ do rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dle § 82 ZVZ (případně rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení dle § 84 ZVZ) je zákonem velmi detailně stanoven. Naproti tomu vlastní uzavření smlouvy, resp. část kontraktačního procesu mezi rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky dle § 81 ZVZ a uzavřením smlouvy (tj. momentu, kdy je veřejná zakázka zadána), jemuž je dle marginální rubriky věnován § 82 ZVZ však mnoho aspektů ponechává na obecné právní úpravě.

Ve srovnání s obchodní veřejnou soutěží dle ObchZ je zadání veřejné zakázky složitější. Zatímco v rámci obchodní veřejné soutěže v podstatě splývá výběr nejvhodnějšího návrhu s jeho přijetím (resp. oznámením tohoto přijetí)⁷, v zadávacím řízení je tento postup již od doby prvního porevolučního zákona o zadávání veřejných zakázek (č. 199/1994 Sb.) rozdělen.

⁴ Např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 28/2008, potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, č.j. 2 Afs 64/2009-109.

⁵ Sedláček, J.: *Obligační právo*. 1. - 3. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, 1. díl, s. 18.

⁶ Uzavření smlouvy regulovaným způsobem v zadávacím řízení má však zásadní dopad na možnost její následné změny, viz § 82 odst. 7 ZVZ. Blíže např. Dvořák, D.: *Změny smluv ve veřejných zakázkách*. In *Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues* (CD ROM). 1. vydání. Brno: Tribun EU s.r.o., 2008. s. 1193.

⁷ S výjimkou postupu dle § 287 odst. 1 ObchZ.

Cílem článku je proto rozbor této fáze zadávacího řízení se zaměřením zejména na povahu vztahu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem do okamžiku uzavření smlouvy, a to rovněž komparací s právní úpravou obchodní veřejné soutěže, resp. obecnými principy uzavírání smlouvy dle občanského zákoníku; v návaznosti na to je rovněž zkoumán dopad úpravy v novém občanském zákoníku - tedy veřejné soutěž o nejvhodnější nabídku dle § 1772 an. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, (dále jen „NOZ“), resp. obecné úpravy uzavírání smlouvy dle § 1731 an. NOZ. Pro zjednodušení je zkoumán postup navazující na otevřené řízení,⁸ avšak obdobné principy platí ve všech druzích zadávacího řízení.⁹ Vlastní analýze předchází rozbor vlivu práva Evropské unie na kontraktační proces veřejných zakázek, přehled historického vývoje této otázky na území České republiky a srovnání s obdobnými úpravami v Rakousku a na Slovensku.

2. VLIV PRÁVA EVROPSKÉ UNIE NA KONTRAKTAČNÍ PROCES VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH

Zadávání veřejných zakázek je v současnosti na úrovni Evropské unie upraveno zejména směrnicemi 2004/17/ES, 2004/18/ES a 2009/81/ES¹⁰, které koordinují vybrané otázky zadávacího procesu, které jsou nezbytné z hlediska vytváření jednotného vnitřního trhu, tj. zaměřují se zejména na odstranění diskriminace vůči zahraničním uchazečům o veřejné zakázky. Tyto směrnice také věnují pozornost zejména otázkám výběru nejvhodnější nabídky (srov. zejména čl. 44(1) a 53 směrnice

⁸ Viz § 27 ZVZ.

⁹ Oddělení výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy se uplatní i v jednacím řízení bez uveřejnění. K odlišnému postupu dochází pouze při zadávání dílčích smluv na základě rámcové smlouvy, kterému se však tento článek nevěnuje.

¹⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (tzv. sektorová směrnice), směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (tzv. klasická směrnice) a směrnice 2009/81/ES 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 (tzv. obranná směrnice).

2004/18/ES), avšak samotné uzavření smlouvy logicky ponechávají na příslušné právní úpravě členských států.¹¹

Na proces uzavírání smluv na základě zadávacího řízení měla zásadní vliv judikatura Soudního dvora EU, konkrétně rozsudek ve věci C-81/98 Alcatel,¹² který se týkal výkladu tzv. přezkumné směrnice 89/665/EHS.¹³ Soudní dvůr EU rozhodl, že rozhodnutí zadavatele o tom, že uzavře smlouvu s určitým uchazečem, musí být možno nechat přezkoumat a případně zrušit příslušným orgánem před tím, než bude uzavřena smlouva.

Na tento rozsudek navázala novela přezkumných směrnic 2007/66/ES,¹⁴ která výše uvedený závěr kodifikovala formou zavedení tzv. minimální odkladné lhůty (*standstill period*). Odst. 4 preambule k tomu uvádí:

„Ke zjištěným nedostatkům patří zejména chybějící lhůta mezi rozhodnutím o zadání zakázky a uzavřením příslušné smlouvy, která by umožnila její účinné přezkoumání. To má někdy za následek, že veřejní zadavatelé a zadavatelé usilují o velmi rychlé podepsání smlouvy, aby byly účinky napadeného rozhodnutí o zadání zakázky nezvratné. V zájmu nápravy tohoto nedostatku, jenž představuje závažnou překážku účinné soudní ochrany dotčených uchazečů, tj. těch, kteří ještě nebyli s konečnou platností vyloučeni, je třeba stanovit minimální odkladnou lhůtu, během níž je uzavření příslušné smlouvy pozastaveno, a to nezávisle na tom, zda k uzavření smlouvy dochází v době podpisu dané smlouvy či jindy.“

Tato odkladná lhůta byla zavedena novým čl. 2a směrnice; jeho odstavec 2 stanoví, že k uzavření smlouvy v návaznosti na

¹¹ Ve většině členských států EU jsou uzavírané smlouvy soukromoprávní povahy. Odlišnou úpravu má Francie, kde smlouvy na plnění veřejných zakázek jsou specifickými administrativními smlouvami.

¹² C-81/98 Alcatel Austria AG a další, Siemens AG Österreich a Sag-Schrack Anlagentechnik AG v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Sb. rozh. [1999] I-07671.

¹³ Směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na stavební práce.

¹⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 1989/665/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1992/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek.

rozhodnutí o zadání zakázky nesmí dojít před uplynutím lhůty alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni, kdy bylo rozhodnutí o zadání zakázky zasláno tzv. dotčeným¹⁵ uchazečům a zájemcům, v případě použití faxu nebo elektronických prostředků nebo, v případě použití jiných komunikačních prostředků, před uplynutím lhůty alespoň patnácti kalendářních dnů od odeslání rozhodnutí; alternativně ve lhůtě deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni doručení rozhodnutí o zadání zakázky.

V případě, že tato odkladná lhůta nebude respektována, musí být smlouva dle nového čl. 2d(1)(b) směrnice tzv. neúčinná, přičemž důsledky neúčinnosti dle odst. 2 citovaného článku stanoví vnitrostátní právo; z jeho druhého pododstavce je však zřejmé, že se jím rozumí zrušení smluvních závazků.¹⁶

V důsledku této právní úpravy tedy již není možné (přinejmenším pro oblast nadlimitních veřejných zakázek), aby okamžik výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy splýval takovým způsobem, při němž by neúspěšní uchazeči nebyli schopni výběr nejvhodnější nabídky napadnout. Na druhou stranu, způsob provedení ve vnitrostátním právu je ponechán na uvážení členských států.

Pro úplnost můžeme dodat, že česká právní úprava přezkum výběru nejvhodnější nabídky před uzavřením smlouvy umožňovala v novodobé historii vždy; přijetí citované směrnice proto nevyvolalo potřebu větších zásahů.

3. HISTORICKÝ VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY VE VZTAHU K UZAVŘENÍ SMLOUVY NA ZÁKLADĚ ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

První komplexní právní úpravou zadávání veřejných zakázek na našem území bylo *nařízení č. 61/1909 ř.z., o zadávání státních dodávek a prací*, účinné od 1. ledna 1910.¹⁷ Jak již bylo

¹⁵ Tj. s konečnou platností ze zadávacího řízení nevyločeným.

¹⁶ V České republice je toto ustanovení transponováno zejména v § 118 odst. 2 ZVZ, dle kterého může Úřad pro ochranu hospodářské soutěže na návrh zakázat plnění z uzavřené smlouvy; smlouva se pak stane ex lege neplatnou.

¹⁷ Blíže viz např. Dvořák, D.: Historie zadávání veřejných zakázek – nařízení č. 61/1909 ř.z., o zadávání státních dodávek a prací. In Bejček, J. (ed.): Historie obchodněprávních institutů. Sborník příspěvků z konference pořádané katedrou obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 10. června 2009 v Brně. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 224.

zmíněno výše, před přijetím této normy bylo možno výběrová řízení provádět v režimu všeobecného občanského zákoníku, který sice zvláštní ustanovení odpovídající obchodní veřejné soutěži neobsahoval, jeho možnost se však dovozovala z obecných ustanovení o uzavírání smluv.¹⁸ Nařízení žádný specifický způsob uzavření smlouvy neobsahovalo. Zadání bylo upraveno v části VI. nařízení, nicméně ta řešila spíše procesní otázky předcházející výběru nejvhodnější nabídky (kritéria pro výběr nejvhodnější nabídky, přednost tuzemským uchazečům apod.). Je tedy zřejmé, že k uzavření smlouvy docházelo v souladu s obecnými principy uzavření smlouvy, tj. na základě rozhodnutí o zadání (§ 30 nařízení) a jeho sdělení nabízeči (uchazeči).

Po vzniku Československa bylo nařízení nahrazeno *nařízením č. 667/1920 Sb. z. a n., o zadávání státních dodávek a prací. (Zadávací řád.)*. Jednalo se sice o samostatnou právní úpravu, ta však byla založena na obecných zásadách zadávacího (ofertního) řízení.¹⁹ Nařízení v § 22 dávalo zadavateli podstatně větší volnost výběru nejvhodnější nabídky, než je tomu dnes.²⁰ Z § 26 odst. 1 jednoznačně vyplývalo, že informováním nabízeče (uchazeče) docházelo k uzavření smlouvy, a to v souladu s podanou nabídkou a jejími podklady (tj. zadávací dokumentací).²¹ Pouze na přání stran se vyhovovala jako deklaratorní akt písemná smlouva nebo zadávací zápis (akordní protokol).

Inspirativní úpravu obsahoval § 28 nařízení, který stanovil, že

¹⁸ Srov. Sedláček, 1. díl, s. 18. Hulmák, M.: Uzavírání smluv v civilním právu, 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 144.

¹⁹ Sedláček, 1. díl, s. 18.

²⁰ „1. Přihlíženo budiž jen k nabídkám, jež jsou v každém ohledu přijatelné, zaručují včasné a správné provedení práce nebo dodávky. Výše nabídky není výhradně rozhodující pro zadání.

2. Za šetření zásad uvedených v odst. 1. budiž po vyloučení nabídek uvedených v § 21 přijata zpravidla ze tří nejnižších nabídek ona, již dlužno pokládati v uvážení veškerých okolností za nejvýhodnější. Nevyhovuje-li žádná z těchto nabídek a má-li být přijata nabídka vyšší, nebo je-li nabídka nejvýhodnější o více než 15 % vyšší nabídky nejlevnější, rozhodne o zadání ústřední úřad.“

²¹ „Vyrozuměním uchazeče o přijetí jeho nabídky nastává oboustranně závazné právní ujednání mající platnost smlouvy dle přijaté nabídky a jejích podkladů.“ Srov. rovněž Sedláček, 1. díl, s. 18.

„Podstatné součástky smlouvy tvoří nabídka, všeobecné a zvláštní podmínky, případně plány, výkazy prací, ceníky a ostatní pomůcky, jež byly podkladem zadání.“

Současná právní úprava totiž výslovně neřeší otázku, jaký je vztah mezi vlastním návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče a zadávací dokumentací, pokud některé ze zadavatelem stanovených zadávacích podmínek nebyly do návrhu smlouvy převzaty a zároveň zadávací dokumentace není výslovně označena jako příloha smlouvy. Je tedy otázkou, zda by bylo možné dovodit, že se tato ustanovení z povahy věci stávají součástí smluvního ujednání, nebo zda se jedná jen o interpretační pomůcky, ke kterým by bylo v souladu s § 266 ObchZ při výkladu smlouvy přihlédnuto.

V důsledku komunistického převratu nebylo po roce 1948 zadávání veřejných zakázek třeba (nařízení č. 667/1920 Sb. n. a z. bylo formálně zrušeno v roce 1950). K jejich znovuzavedení došlo proto až po roce 1989, zprvu jen na ústřední úrovni ve formě *opatření Federálního ministerstva hospodářství, ministerstva průmyslu ČR a ministerstva výstavby a stavebnictva SR č. 73 179/1991 Zadávací řád staveb* s účinností od 24. 7. 1991. Jeho upravená verze, která reagovala na přijetí ObchZ, stanovovala jako standardní postup zadání v obchodní veřejné soutěži dle ObchZ (čl. 3). Uzavření smlouvy bylo upraveno v čl. 21 odst. 2 a 3, a to způsobem obdobným obchodní veřejné soutěži dle ObchZ. Zadavatel byl povinen přijmout návrh, který vybral dle kritérií stanovených v podmínkách soutěže, jinak návrh který mu nejlépe vyhovoval (přičemž nad rámec ObchZ bylo stanoveno, že nejnižší cena je jedním z nejvýznamnějších faktorů hodnocení návrhů).

První porevoluční zákonnou úpravou byl *zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek*, účinný od 1. 1. 1995. Tento zákon ještě výslovně zakotvoval, jako principiální způsob zadávání zakázek, obchodní veřejnou soutěž dle obchodního zákoníku, a to s odchylkami stanovenými tímto zákonem (§ 3 odst. 1). Jednou z odchylek však byla právě otázka uzavření smlouvy upravená v § 38 až 41, která byla s dílčími odchylkami převzata i do následujících zákonů č. 40/2004 Sb. a č. 137/2006 Sb.²² Proces je založen na oddělení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky (§ 38) a jeho oznámení (§ 39) od vlastního uzavření smlouvy (§ 40). Zadavatel byl povinen vybrat

²² Nejvýznamnějšími odchylkami je vázanost zadavatele pořadím nabídek stanoveným hodnotící komisí a velmi omezená možnost zadávací řízení zrušit (odmítnout všechny podané nabídky).

stanoveným postupem nejvhodnější nabídku²³ a toto rozhodnutí oznámit všem uchazečům, kteří nebyli ze soutěže vyloučeni. Doručením oznámení vznikala uchazeči, jehož nabídka byla vybrána jako nejvýhodnější, povinnost uzavřít smlouvu (§ 39 odst. 1 in fine). Na rozdíl od obecných principů kontraktace, resp. od úpravy obchodní veřejné soutěže a předválečných právních úprav zde tedy právní úprava nespojovala s výběrem nejvhodnější nabídky (dle § 2 písm. f) zákona byl nabídkou návrh smlouvy) a oznámením tohoto výběru tomuto uchazeči perfekci smlouvy, ale pouze vznik oboustranné kontraktační povinnosti (pro zadavatele stanovené v § 40 odst. 1). Smlouva měla být uzavřena do 30 dnů od uplynutí zadávací lhůty, avšak ne dříve než uplynula lhůta pro podání námitek, a pokud by byly podány, do případného rozhodnutí o nich.

Pro případ, že by vybraný uchazeč výslovně odmítl uzavřít smlouvu, anebo by nedošlo k uzavření smlouvy z důvodů na jeho straně, byl zadavatel povinen vyzvat k uzavření smlouvy uchazeče druhého v pořadí. Zákon výslovně nestanovil, že je tento uchazeč smlouvu povinen uzavřít, avšak zároveň mu prodlužoval zadávací lhůtu o 30 dní od výzvy. V případě, že nedošlo k uzavření smlouvy ani s tímto uchazečem, byl povinen zadavatel vyzvat uchazeče třetího v pořadí.

Důvodová zpráva tuto specifickou koncepci v podstatě pouze popisovala, ale nikterak nevysvětlovala. Lze se domnívat, že jedním z důvodů byl záměr umožnit podání námitek proti výběru nejvhodnější nabídky (a případný následný přezkum Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže), tedy řešení požadované později evropskou směrnicí 2007/66/ES.

Obdobnou úpravu převzal i *zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách*, účinný od 1. 5. 2004. Tento zákon transponoval tehdy platné evropské zadávací směrnice.²⁴ Zřejmě v důsledku toho (resp. v důsledku určitého nepochopení) byla tímto

²³ S ohledem na zaměření článku zde nebudou jednotlivé varianty postupu zadavatele rozebírány, jelikož výsledkem je vždy rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (pokud si zadavatel v podmínkách soutěže nevyhradil právo odmítnout všechny nabídky a tohoto práva nevyužil).

²⁴ Zejména směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce a směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek v oblastech vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.

zákonem zcela opuštěna vazba na obchodní veřejnou soutěž dle obchodního zákoníku. Jelikož procesní otázky výběru nejvhodnější nabídky jsou evropskými zadávacími směnicemi upraveny jen velmi kuse, byla právní úprava výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy v podstatě převzata z právní úpravy předchozí. Rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky a oznámení tohoto rozhodnutí uchazečům bylo upraveno v § 65. Ustanovení § 66 pak upravovalo vlastní uzavření smlouvy. Zadavatel nebyl oprávněn uzavřít smlouvu před uplynutím lhůty pro podání námitek, tj. ve lhůtě 15 dnů od doručení oznámení o přidělení zakázky. Naopak, pokud námítka v této lhůtě podány nebyly, byl zadavatel povinen smlouvu uzavřít bezodkladně. Oproti zákonu č. 199/1994 Sb. zde zákon zdůrazňoval, že smlouva musí být uzavřena v souladu se zadáním a vybranou nabídkou. Vybranému uchazeči byla stanovena povinnost poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby smlouva mohla být uzavřena do 30 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky. Odmítl-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytl-li potřebnou součinnost, byl zadavatel povinen uzavřít smlouvu s uchazečem, který se umístil další v pořadí (avšak dle § 68 odst. 3 písm. d) byl povinen řízení zrušit, pokud takto uzavřít smlouvu odmítl i třetí uchazeč v pořadí).

V určité modifikované podobě byl postup ze zákona č. 40/2004 Sb. převzat do stávajícího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, účinného od 1.7.2006.²⁵

4. ZAHRANIČNÍ EXKURS (RAKOUSKO A SLOVENSKO)

Proces uzavření smlouvy bude srovnán s úpravou v nám historicky blízkých právních řádech Rakouska a Slovenska.

Rakousko

V Rakousku v současnosti zadávání veřejných zakázek upravuje Bundesvergabegesetz 2006 – **BVerG 2006**,²⁶ který nabyl účinnosti 1. února 2006. Zadání veřejné zakázky (*Zuschlag*) je upraveno v § 130 an. pro veřejné zadavatele a § 271 an. pro

²⁵ Při koncipování předlohy zákona byla pozornost věnována zejména transpozici nových zadávacích směrnic a řešení praktických problémů zákona č. 40/2004 Sb. Otázka uzavření smlouvy byla považována v praxi za poměrně bezproblémovou a nebyla proto vůle ji měnit.

²⁶ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (BGBl I Nr 17/2006), ve znění pozdějších předpisů.

zadavatele sektorové. BVerG 2006 je stejně jako český ZVZ předpisem komplexního charakteru, který se neodvolává na obecné právní předpisy.

BVerG 2006 v § 130 upravuje volbu nabídky uchazeče, kterému bude veřejná zakázka zadána. Zadavatel je povinen vybrat z nabídek, které po vyloučení nevyhovujících nabídek v řízení zůstaly, nabídku technicky a hospodářsky nejvýhodnější nebo nabídku s nejnižší cenou (dle zvoleného hodnotícího kritéria). Podle § 131 odst. 1 BVerG 2006 je zadavatel povinen uchazečům, kteří v řízení zůstali, sdělit, kterému z nich má být veřejná zakázka zadána. Dle § 132 odst. 1 však zakázka nesmí být pod sankcí absolutní neplatnosti zadána před tím, než uplyne lhůta pozastavení řízení (*Stillhaltefrist*), jež začíná plynout okamžikem odeslání oznámení dle § 131 odst. 1; její délka přitom závisí na druhu řízení a použitého způsobu komunikace. Účinnost zadání pak řeší § 133 BVerG 2006, podle kterého smluvní vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem vzniká v okamžiku, kdy uchazeč obdrží písemné uvědomění o akceptaci své nabídky. Pokud však již uplynula zadávací lhůta, vznikne smluvní vztah až tehdy, pokud uchazeč v přiměřené lhůtě zadavateli písemně oznámí, že zakázku akceptuje. V § 134 je pak upravena forma uzavření smlouvy. Zadání je třeba oznámit pomocí oznámení o zadání (*Auftragsschreiben*), objednávky či potvrzovacího dopisu (*Schlussbrief*). Zadavatel může od uchazeče požadovat podepsané potvrzení zakázky. Pokud obsah smlouvy vyplývá kromě nabídky také z jiných dokumentů, které obsahují dodatečná ujednání, je třeba je v oznámení zadavatele a případně potvrzení uchazeče uvést.

Ustanovení platná pro sektorového zadavatele v § 271 an. jsou v zásadě obdobná.

Slovensko

Na Slovensku je zadávání veřejných zakázek upraveno zákonem č. 25/2006 Z. z., o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „ZVO“) účinným rovněž od 1. února 2006. Proces výběru zadání zakázky je upraven zejména v § 44 a 45 ZVO.

Dle § 44 odst. 1 ZVO je zadavatel povinen oznámit bez zbytečného odkladu po vyhodnocení nabídek hodnotící komisí oznámit všem nevyločeným uchazečům jeho výsledek. Vítěznému uchazeči je pak povinen oznámit, že jeho nabídku přijímá (v případě, že zadání zakázky podléhá schválení orgány nebo institucemi Evropské unie, je nabídka přijata s odkládací podmínkou). Naopak, neúspěšným uchazečům musí oznámit, že neuspěli, a to s uvedením důvodů a informací o možnosti podat

tzv. žádost o nápravu (obdoba českých námitek). Podle § 45 odst. 1 zadavatel uzavře smlouvu ve lhůtě vázanosti nabídek, přičemž smlouva nesmí být v rozporu se soutěžními podklady (zadávací dokumentací) a nabídkou předloženou úspěšným uchazečem. Smlouva přitom může být uzavřena nejpozději šestnáctý den od odeslání oznámení dle § 44, v případě podání žádosti o nápravu (námitek) pak zákon stanoví řadu pravidel dle jednotlivých variant, přičemž smlouva v takovém případě může být uzavřena až po vyřízení námitek či skončení řízení před Úřadem pre verejné obstaravanie.

Obdobná úprava byla obsažena v předchozím zákoně č. 523/2003 Z. z., o verejnom obstarávaní. Naproti tomu jemu předcházející zákon č. 263/1999 Z. z. obsahoval v § 36 logičtější úpravu spočívající v tom, že zadavatel byl povinen nejpozději 21 dní před koncem lhůty vázanosti nabídkami doručit uchazečům výsledek hodnocení nabídek. Pokud nebyla podána námitka proti postupu zadavatele (jednalo se návrh na přezkum Úřadem pro verejné obstaravanie), byl zadavatel povinen přijmout návrh smlouvy předložený uchazečem, jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvhodnější a přijatý návrh smlouvy bezodkladně tomuto uchazeči doručit. V opačném případě byl oprávněn přijmout návrh až po rozhodnutí Úřadu o námitkách, přičemž do této doby se ex lege prodlužovala lhůta vázanosti nabídkou.

První slovenská porevoluční právní úprava, zákon č. 263/1993 Z. z., o verejnom obstarávaní tovarov, služieb a verejných prác (Zákon o verejnom obstarávaní), stanovovala jako základní způsob zadávání zakázek obchodní veřejnou soutěž podle obchodního zákoníku, pokud zákon nestanovil odchylnou úpravu. Uzavření smlouvy bylo upraveno v § 15, který stanovil, že po vyhodnocení obchodní veřejné soutěže je zadavatel povinen bezodkladně písemně vyrozumět uchazeče o tom, že jeho nabídku (*súťažný návrh*) přijímá a ostatní uchazeče o tom, že v soutěži neuspěli. V roce 1996 bylo ustanovení modifikováno tak, že uzavření smlouvy s vítězným uchazečem bylo podmíněno předložením dokladů o skutečnostech (splnění kvalifikačních předpokladů), které v průběhu řízení uchazeč prokazoval čestným prohlášením. Za tímto účelem musel zadavatel nejprve oznámit vítěznému uchazeči, že se umístil na prvním místě a vyzvat ho k předložení příslušných dokladů. Zákon také dával uchazeči možnost uzavření smlouvy odmítnout. Pro případ odmítnutí či nepředložení požadovaných dokladů zákon umožňoval zadavateli prodloužit lhůtu vázanosti nabídkou uchazečům na druhém a třetím místě a případně uzavřít smlouvu s nimi. Ostatním uchazečům bylo oznámeno, že v soutěži neuspěli.

5. KONTRAKTAČNÍ PROCES DLE ZÁKONA Č. 137/2006 SB. - MEZI VÝBĚREM NEJVHODNĚJŠÍ NABÍDKY A UZAVŘENÍM SMLOUVY

Podle § 81 odst. 1 ZVZ rozhodne zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky toho uchazeče, jež byla vyhodnocena jako nejvhodnější, tj. dle zvoleného základního hodnotícího kritéria buď jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou, anebo nabídka ekonomicky nejvýhodnější,²⁷ případně rozhodne dle § 81 odst. 2 ZVZ v kombinaci s § 79 odst. 6 ZVZ o výběru jediné nabídky v řízení.²⁸ Postupem dle § 81 odst. 3 ZVZ je pak zadavatel povinen ve lhůtě 5 pracovních dnů oznámit rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky všem tzv. dotčeným (tj. s konečnou platností nevyloučeným) zájemcům či uchazečům. Doručení oznámení má zásadní vliv na běh zadávací lhůty, tedy na vázanost uchazečů svými nabídkami, neboť dle § 43 odst. 3 ZVZ končí tímto okamžikem zadávací lhůta, avšak pouze uchazečům, se kterými již v souladu se ZVZ není možné uzavřít smlouvu; naopak, uchazečům, se kterými smlouvu dle § 82 odst. 4 ZVZ uzavřít možno je, tj. uchazečům na prvním až třetím místě se zadávací lhůta (vázanost nabídkou) prodlužuje až do okamžiku uzavření smlouvy.

Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dle § 81 odst. 1 ZVZ by bez dalšího bylo možno považovat za období přijetí nabídky zadavatelem jako v případě obchodní veřejné soutěže (§ 286 odst. 1 a § 287 ObchZ, § 1777 odst. 1 a § 1778 odst. 1 NOZ), resp. akceptaci oferty uchazeče zadavatelem ve smyslu obecných principů v § 43c odst. 1 OZ. Doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky dle § 81 odst. 3 by pak bylo obdobou oznámení přijetí návrhu dle § 286 odst. 1 ObchZ a § 1777 odst. 1 NOZ (resp. dojití vyjádření souhlasu s obsahem návrhu navrhovateli ve smyslu § 43c odst. 2 OZ, resp. § 1740 odst. 1 NOZ).²⁹ Tímto okamžikem by přijetí návrhu na uzavření smlouvy nabylo účinnosti (§ 44 odst. 1 OZ, § 1745 NOZ), a tudíž by byla uzavřena smlouva.³⁰

²⁷ Srov. § 286 odst. 1 ObchZ, resp. obsahově totožný § 1777 odst. 1 NOZ.

²⁸ Neukládá-li mu § 84 odst. 1 písm. e) ZVZ zadávací řízení v takovém případě zrušit, případně nevyužije-li zákonné možnosti dle § 84 odst. 3 písm. b) ZVZ zadávací řízení zrušit.

²⁹ Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ostatním uchazečům je pak obdobou splnění povinnosti dle § 288 ObchZ a § 1779 NOZ.

³⁰ Srov. k obchodní veřejné soutěži Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010,

Tomuto závěru však brání jednak výše popsaná povinnost dodržení odkladné lhůty dle směrnice 2007/66/ES, ale zejména navazující úprava v § 82 ZVZ, který je označen marginální rubrikou „Uzavření smlouvy“.³¹ Odstavec 1 § 82 totiž výlovně zakazuje zadavateli uzavřít smlouvu s uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, před uplynutím lhůty pro podání námitek dle § 110 odst. 4 ZVZ. Důvodová zpráva k ZVZ k tomu uvádí, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější je

„specifickým úkonem zadavatele v kontrakčním procesu, jímž zadavatel rozhoduje o tom, se kterým z uchazečů bude uzavřena smlouva, avšak není ještě akceptací návrhu smlouvy na realizaci předmětu veřejné zakázky (tím se liší od kontrakčního procesu v rámci běžných občansko-právních či obchodně-právních vztazích)“.

Dále uvádí, že

„Okamžikem doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky vybranému uchazeči vzniká zadavateli povinnost smlouvu uzavřít (kontrakční povinnost), která je v některých případech prolomena možností zrušit zadávacího řízení.“

Odstavec 2 § 82 pak zadavateli naopak přikazuje uzavřít s vybraným uchazečem smlouvu, a to ve lhůtě 15 dní³² od marného uplynutí výše uvedené lhůty pro podání námitek. Právní úprava zde stranám nedává žádnou volnost, jelikož výslovně vyžaduje, aby smlouva byla uzavřena v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce daného uchazeče.³³

s. 935. Rovněž § 26 odst. 1 nařízení 667/1920 Sb. z. a n., podle nějž vznikala vyrozuměním uchazeče o přijetí jeho nabídky smlouva.

³¹ Viz též Štenglová et al., s. 936.

³² Dle důvodové zprávy byla konkrétní lhůta do ZVZ vložena proto, aby nedocházelo k neodůvodněné prodlevě mezi rozhodnutím o výběru a uzavřením smlouvy. V praxi však často nebývá dodržena z důvodu zdlouhavých interních schvalovacích procesů (např. schválení radou či zastupitelstvem obce). Převažujícím názorem však je, že tato lhůta je jen pořádková a na možnost ani povinnost uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem nemá vliv.

³³ Důvodová zpráva uvádí: „I když je návrh smlouvy nedílnou součástí nabídky uchazeče, směřuje ustanovení o uzavření smlouvy k tomu, aby byl fyzicky podepsán (a to případně i elektronickými prostředky) jiný, obsahově však vždy shodný (s výjimkou jednacího řízení s uveřejněním), dokument než ten, který uchazeč předložil v nabídce (lze připustit jen změny týkající se některých „formálních“ záležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti stran smlouvy – neomezují je či nerozšiřují a které se netýkají hodnotících

Situaci dále komplikuje § 82 odst. 4 ZVZ, který sice rovněž vybranému uchazeči stanoví povinnost poskytnout nezbytnou součinnost k uzavření smlouvy, a to v dané 15 denní lhůtě, avšak zároveň předvídá situaci, ve které vybraný uchazeč odmítne uzavřít smlouvu se zadavatelem či k jejímu uzavření neposkytne dostatečnou součinnost. V takovém případě má zadavatel právo uzavřít smlouvu s uchazečem druhým v pořadí, ale má rovněž právo tento návrh odmítnout a rozhodnout o zrušení zadávacího řízení. ZVZ pak dále předvídá možné odmítnutí či nesoučinnost rovněž ze strany uchazeče druhého v pořadí s možností uzavření smlouvy se třetím uchazečem v pořadí; v případě jeho odmítnutí či nesoučinnosti je však jedinou možností řízení zrušit.

Výše popsaná právní úprava tedy konstruuje situaci, kdy v okamžiku doručení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky sice zřejmě dochází ke střetu projevu vůle vítězného uchazeče a zadavatele, tj. k akceptaci návrhu smlouvy zadavatelem, nicméně v důsledku odchylné právní úpravy k uzavření smlouvy přesto nedojde, ale nastane pouze jedna ze skutečností, které jsou předpokladem k tomu, aby k perfekci smlouvy mohlo následně dojít.

Významnou otázkou je, jaký je v období od doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky do uzavření smlouvy vztah mezi zadavatelem a vítězným uchazečem. Komentářová literatura se v zásadě shoduje na tom, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky je specifickým úkonem zadavatele, kterým se rozhoduje o tom, se kterým uchazečem bude uzavřena smlouva, a zároveň předpokladem pro její uzavření, na jehož základě zpravidla vzniká zadavateli kontraktační povinnost (která může být za určitých podmínek prolomena).³⁴ Relativně podrobně se touto fází zabývá ve svém komentáři Raus a Neruda, kteří zdůrazňují odlišnosti od obchodní veřejné soutěže a skutečnost, že výběr nejvhodnější nabídky i přes značnou podobnost charakter akceptace nemá.³⁵

*kritérií; může se jednat např. o upravené kontaktní údaje či podobné drobné úpravy).*³⁴

³⁴ Srov. Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 532, Krč, R., Marek, K., Petr, M.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a předpisy souvisejícími. Linde Praha, a.s., 2006, s. 189, 190 a 193 a Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 318.

³⁵ Raus, D., Neruda, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Linde Praha a.s., Praha, 2007, s. 593.

Zadavatel a vybraný uchazeč se po doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky nachází v situaci, ve které jsou jednoznačně určeny budoucí smluvní strany (pokud nenastane situace, která zadavateli umožní uzavřít smlouvu s uchazečem druhým či třetím v pořadí). Rovněž obsah budoucího smluvního závazku je dán, jelikož § 82 odst. 2 věta druhá stanoví, že smlouva bude uzavřena v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce daného uchazeče. Spornou může být otázka, zda se „souladem s návrhem smlouvy“ rozumí absolutní obsahová totožnost či nikoliv. Důvodová zpráva k ZVZ vychází z této úplné totožnosti (viz výše), případně připouští jen „formální“ úpravy. Opačný názor, dle kterého by bylo možno návrh částečně modifikovat v částech, které nebyly jednoznačně stanoveny zadávacími podmínkami, zákonem, ani nebyly předmětem hodnocení, předkládá jako jeden z možných Raus a Neruda.³⁶ V tomto směru se přikláníme spíše k nutnosti totožnosti návrhů, avšak s připuštěním tzv. nepodstatných změn v obdobném rozsahu, jak jsou stanoveny pro změny již uzavřených smluv v § 82 odst. 7 ZVZ³⁷, případně úprav jednoznačně ve prospěch zadavatele.³⁸

Zadavatel má vůči vybranému uchazeči kontraktační povinnosti, jakkoliv je vázána na odkládací podmínku nepodání námitek ve stanovené lhůtě, případně jejich řádné vyřízení. Uchazeč má kontraktační povinnost rovněž, přičemž ta je formulována v § 82 odst. 4 ZVZ jako povinnost poskytnout součinnost k uzavření smlouvy. Z další věty téhož ustanovení by však mohlo vyplývat, že zákon vybranému uchazeči umožňuje uzavření smlouvy odmítnout (tedy zřejmě odvolat svoji nabídku ve smyslu § 43a odst. 3 OZ, resp. § 1738 NOZ). Zde je však třeba vzít v úvahu skutečnost, že uchazeč je dle § 43 odst. 3 věty druhé ZVZ dále svou nabídkou (návrhem smlouvy) vázán. Odmítnutí (nesoučinnost) uzavřít smlouvu je proto třeba vnímat jako porušení právní povinnosti, se kterou ZVZ v § 67 odst. 7 spojuje sankční následek v podobě propadnutí složené jistoty.³⁹ Na tom nic nemění ani skutečnost, že jistota nemusí být v zadávacím

³⁶ Raus, Neruda, s. 603.

³⁷ Srov. rozsudek Soudního dvora EU ve věci C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich a další. Sb. rozh. [2008] I-04401.

³⁸ Viz např. Mareš, D., Šebesta, M., Dvořák, D. Limity úprav návrhu smlouvy vybraného uchazeče v zadávacím řízení. Veřejné zakázky a PPP projekty, 2009, č. 3–4, s. 87–97.

³⁹ Srov. použitou dikci „...v rozporu s tímto zákonem...“.

řízení požadována; v takovém případě se zřejmě může uplatnit odpovědnost uchazeče za škodu. Ustanovení § 82 odst. 4 větu druhou ZVZ proto nelze interpretovat jako možnost uchazeče uzavření smlouvy odmítnout, ale jako situaci řešící pro zadavatele obtížnou situaci, do níž se dostal v důsledku porušení povinnosti uchazeče stanovené ve větě první.

Je tedy otázkou, jak na vztah mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem nahlížet v situaci, kdy právní úprava stranám neposkytuje v podstatě žádnou smluvní svobodu a uzavření smlouvy je vázáno na neuplatnění opravného prostředku ze strany ostatních uchazečů, resp. na skutečnost, že vybraný uchazeč smlouvu protiprávně odmítne uzavřít. Jak již bylo ukázáno výše, komentářová literatura v podstatě bez výjimky zastává názor, že se jedná o situaci *sui generis*.

Dle našeho názoru by však povahu vztahu lépe vystihovalo, pokud by se na situaci pohlíželo tak, že mezi stranami v podstatě vzniká vztah obdobný smlouvě o smlouvě budoucí ve smyslu § 289 an. ObchZ, resp. 1785 an. NOZ, jakkoliv v detailech se tato situace od obecné úpravy odlišuje. Je totiž zřejmé, že jak budoucí smluvní strany, tak budoucí obsah smluvního ujednání je určen, a to dokonce zcela konkrétním způsobem. Lhůta pro uzavření smlouvy pak vyplývá přímo ze ZVZ. Na druhou stranu, zatímco vybraný uchazeč by zřejmě byl již na základě stávajícího znění ZVZ oprávněn se (po marném uplynutí lhůty pro podání námitek či jejich řádném vyřízení) domáhat uzavření smlouvy soudně, zadavatel je ve slabší situaci, neboť v případě odmítnutí uzavření smlouvy získá propadlou jistotu a případně by mohl požadovat náhradu škody, avšak vybraný uchazeč již potom zřejmě není k uzavření smlouvy povinován.

Teoreticky by bylo zřejmě také možno uvažovat o tom, že okamžikem oznámení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky smlouva vzniká, avšak s řadou odkládacích a rozvazovacích podmínek. Proti tomuto závěru však svědčí zejména samotná dikce příslušných ustanovení ZVZ.

Pokud nedojde k podání námitek proti výběru nejvhodnější nabídky či tyto námitky jsou řádně vyřízeny, je zadavatel povinen uzavřít do 15 dnů smlouvu s vybraným uchazečem a ten je povinen mu k tomu poskytnout potřebnou součinnost. Jakkoliv praxi zřejmě tento postup nevyvolává větší obtíže a bývá naplněn podepsáním dokumentu, který je sice fyzicky odlišný, ale obsahově shodný s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.⁴⁰ Z teoretického hlediska je však

⁴⁰ Viz výše důvodová zpráva k ZVZ citovaná v pozn. č. 33.

otázkou, jak k tomuto uzavření smlouvy má dojít. Komentářová literatura této otázce opět příliš pozornosti nevěnuje, případně se omezuje na konstatování, že k uzavření smlouvy dochází akceptací nabídky uchazeče;⁴¹ tento závěr však dikci § 82 zcela neodpovídá. Pokud vyjdeme z gramatického výkladu § 82 odst. 2 a 4 ZVZ, pak není zcela jasné, jaké jsou pozice obou stran. Odst. 2 stanoví zadavateli povinnost uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem. Pokud bychom se na situaci podívali opět pohledem obecných principů kontraktace, pak by stačilo, aby zadavatel vůči vybranému uchazeči učinil úkon spočívající v akceptaci jeho nabídky. V takovém případě by ovšem ztrácel smysl odstavec 4 s povinností součinnosti vybraného uchazeče a jeho, byť protiprávní, možnosti smlouvu neuzavřít.

Otázka povahy součinnosti vybraného uchazeče není opět komentářovou literaturou příliš řešena. Výjimkou je v tomto směru Raus a Neruda⁴², kteří hovoří o tom, že vybraný uchazeč musí být připraven akceptovat smlouvu, jejíž text byl sestaven v souladu s jeho nabídkou. Dále uvádí, že vybraný uchazeč nesmí činit jakéhokoliv kroky, kterými by přímo či nepřímo zmařil možnost uzavření smlouvy. Za minimální rozsah součinnosti považují podpis smlouvy, může se však také jednat o dodání nezbytných podkladů či vytvoření faktických podmínek pro její podpis.

Gramatický výklad § 82 odst. 2 a 4 ZVZ, jakož i názor vyjádřený v citovaném komentáři pak nutně vedou k závěru, že v této fázi se pozice obou stran prohodí, tedy navrhovatelem se stane zadavatel, který je ovšem vázán, co do obsahu návrhu, návrhem vybraného uchazeče v zadávacím řízení, a vybraný uchazeč se stává oblátem, který je povinen návrh zadavatele akceptovat v rámci své povinnosti součinnosti.

Alternativně bychom mohli dojít k závěru, že ustanovení konstruuje specifický postup uzavření smlouvy, k němuž nedochází na základě nabídky a jejího přijetí, ale jiným postupem na základě shodné vůle stran.⁴³ Povinnosti stran stanovené v ZVZ by zde spíše než otázku návrhu a jejího přijetí vyjadřovaly pouze aktivnější úlohu zadavatele, jako strany, která má v určitém smyslu zadávací řízení „ve svých rukou“, a uchazeče jako strany kromě podání nabídky spíše pasivní. Tomuto závěru by také více odpovídal výše zmíněný názor

⁴¹ Srov. např. Jurčík, s. 535.

⁴² Raus a Neruda, s. 604.

⁴³ Srov. Hulmák, s. 5 a 138, Sedláček, 1. díl, s. 13.

spatřující v postavení zadavatele a vybraného uchazeče období smlouvy o smlouvě budoucí. Povinnost zadavatele uzavřít smlouvu a povinnost vybraného uchazeče k součinnosti by pak odpovídaly povinnostem dle § 290 ObchZ, resp. § 1786 NOZ.

Pokud vybraný uchazeč neposkytne ve stanovené lhůtě potřebnou součinnost či přímo výslovně smlouvu odmítne uzavřít, přestává být zadavatel vůči němu vázán kontraktační povinností. Má pak právo (nikoliv povinnost) uzavřít smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Tento uchazeč je povinen poskytnout zadavateli potřebnou součinnost do 15 dnů od doručení výzvy zadavatele k uzavření smlouvy. Obdobný postup platí pro případné uzavření smlouvy s uchazečem třetím v pořadí.

V tomto případě je z dikce ZVZ ještě zřejmější, že návrhovatelem je zde zadavatel, přičemž z povahy věci lze dovodit, že i v tomto případě platí povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce příslušného uchazeče, jakkoliv výslovně povinnost obdobná § 82 odst. 2 druhé větě v ZVZ uvedena není. Obdobně jako výše v případě uchazeče prvního v pořadí se lze alternativně spíše přiklonit ke kontraktačnímu procesu sui generis na základě shodné vůle stran bez nabídky a její akceptace.⁴⁴

Uzavření smlouvy je zadavatel povinen dle § 82 odst. 6 povinen oznámit bezodkladně těm uchazečům, se kterými bylo možné uzavřít smlouvu (tedy standardně druhému a třetímu v pořadí). Doručením tohoto oznámení vůči nim končí zadávací lhůta.

Závěrem je třeba si pro úplnost všimnout ještě možnosti, že smluvní strany v důsledku specifického kontraktačního postupu sice smlouvu uzavřou, avšak smlouva nebude zcela odpovídat návrhu smlouvy uvedenému v nabídce vybraného uchazeče. V takovém případě bude třeba posoudit, zda se odchylky pohybují v přípustném rozpětí (viz diskuse výše). Dle našeho názoru bude třeba aplikovat analogicky ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ. Pokud by provedené odchylky byly posouzeny jako podstatné, pak je možné v extrémním případě dojít až k názoru, že uzavřená smlouva nebyla uzavřena na základě zadávacího řízení. Důsledkem může být kromě uložení sankce zadavateli dle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ⁴⁵ i vyslovení zákazu plnění

⁴⁴ V této souvislosti však zřejmě poněkud ztrácí smysl prodlužování zadávací lhůty vůči prvním třem uchazečům, pokud jejich nabídku nelze ze strany zadavatele jednostranně akceptovat.

⁴⁵ Jakkoliv zadávací řízení proběhlo, jeho výsledkem by byla smlouva s jiným obsahem a situace by se tak fakticky rovnala situaci, kdy by smlouva

uzavřené smlouvy Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže dle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ, v jehož důsledku se smlouva stává ex nunc absolutně neplatnou. Pokud příslušné řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže neproběhne, smlouva zřejmě s ohledem na § 118 odst. 6 ZVZ neplatnou nebude.⁴⁶

ZVZ rovněž neřeší situaci, která nastane v případě uplynutí zadávací lhůty před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky. Pokud totiž zadavatel posuzuje a hodnotí nabídky delší dobu, než předpokládal (a zároveň nenastane situace, která běh lhůty staví), může k takové situaci snadno dojít. ZVZ výslovně neupravuje ani možnost prodloužení zadávací lhůty (jakkoliv v praxi k němu se souhlasem uchazečů často dochází), ani možnost rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky i po uplynutí zadávací lhůty, avšak s možností odmítnutí vybraným uchazečem⁴⁷ (srov. rovněž výše popsanou úpravu v rakouském BVerG 2006, který ovšem obsahuje opačný princip, tj. výslovné potvrzení uchazeče o akceptaci zakázky).

6. ZÁVĚR A NÁVRHY DE LEGE FERENDA

Zadávací řízení dle ZVZ je specifickým postupem formalizované, avšak stále soukromoprávní kontraktace. Povahou se jedná o specifickou úpravu obdobnou veřejné obchodní soutěži dle § 281 an. ObchZ či veřejné soutěži o nejlepší nabídku dle § 1772 NOZ.

Česká porevoluční úprava zadávání veřejných zakázek se postupně odvízala jak od obchodní veřejné soutěže, která se nyní s ohledem na komplexní povahu úpravy zadávacího řízení v ZVZ neuplatní ani podpůrně, tak od obchodní veřejné soutěži obdobného a obecným principům kontraktace více odpovídajícího postupu uzavření smlouvy. Naopak, předválečná česká úprava zadávání zakázek se od těchto principů neodchylovala.

Z provedeného srovnání s vybranými zahraničními úpravami plyne, že zatímco právní úprava v Rakousku odpovídá obecným principům kontraktačního procesu, resp. obecným principům veřejné soutěže, na Slovensku došlo postupně (podobně jako v České republice) k odklonu směrem k procesu, který rozděljuje

byla uzavřena bez provedení zadávacího řízení obecným postupem podle § 43a an. OZ.

⁴⁶ K uzavření smlouvy při porušení ustanovení týkajících se obchodní veřejné soutěže, srov. Štenglová et al., s. 932.

⁴⁷ Srov. § 287 odst. 1 ObchZ.

výběr nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy. Na rozdíl od České republiky však byl tento odklon postupný.

ZVZ tak rozděluje zadání zakázky na dvě samostatné fáze, nejprve výběr nejvhodnější nabídky, který ale ještě není akceptací návrhu smlouvy, a navazující uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Jak bylo ukázáno výše, vyvolává tato právní úprava řadu nejasností, co se týká vztahu zadavatele a vybraného uchazeče, resp. uchazečů, kteří se umístili na druhém a třetím místě.

Kromě nejasného vztahu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem po doručení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, který bývá redukován na kontraktační povinnost a který se dle názoru autora povahou blíží ke smlouvě o smlouvě budoucí, je další nejasností otázka vlastního uzavření smlouvy, které nespočívá v prosté akceptaci návrhu smlouvy vybraného uchazeče zadavatelem, ale vyžaduje další součinnost obou smluvních stran. Tímto způsobem pak může dojít k uzavření smlouvy s odlišným obsahem, než byla předmětem nabídky v zadávacím řízení.

Stávající právní úprava Evropské unie sice neumožňuje, aby smlouva na základě zadávacího řízení byla uzavřena, aniž by ostatní uchazeči mohli napadnout výběr nejvhodnější nabídky, provedení této povinnosti je však ponecháno na vnitrostátních právních řádech. Jak ukazuje příklad Rakouska, zvolené řešení proto nutně nemusí vést k rozdělení postupu na dvě fáze, jako je tomu v právní úpravě české (která se navíc vyvinula nezávisle na požadavcích práva EU).

Dle názoru autora by *de lege ferenda* bylo vhodné právní úpravu zadávání veřejných zakázek opět co nejvíce přiblížit obecné úpravě v ObchZ, resp. NOZ, pokud pro odchylky nebude dán dobrý důvod, jakkoliv z praktického hlediska zřejmě uzavírání smluv dle rozebíraných ustanovení § 81 a 82 ZVZ nečiní velké obtíže. Přiblížení obecným principům kontraktace, resp. právní úpravě obchodní veřejné soutěže by mimo odstranění jiných teoretických nejasností vyřešilo problém možného odlišného obsahu uzavřené smlouvy a smlouvy předložené v nabídce vybraného uchazeče.

Za nejvhodnější bychom považovali přiblížení se úpravě obchodní veřejné soutěže, resp. úpravě rakouské. Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a jeho oznámení dle § 81 ZVZ by pak mělo být jen předběžným oznámením výběru toho uchazeče, se kterým má být smlouva uzavřena (tj. vůči kterému zadavatel teprve hodlá učinit projev vůle spočívající v akceptaci jeho nabídky). Pokud by nebyly podány námitky proti tomuto

záměru, resp. pokud by byly námitky řádně vyřízeny, zadavatel by pak uzavřel smlouvu s vítězným uchazečem pouhou akceptací jeho návrhu. Taková úprava by vyhovovala požadavkům vyplývajícím ze směrnice 2007/66/ES, tj. povinnosti stanovení odkladné lhůty, ve které lze zadání veřejné zakázky napadnout.

Řešit by bylo možno i situaci, ve které vybraný uchazeč z nejrůznějších důvodů již nemá zájem smlouvu uzavřít. Aby se předešlo situaci, kdy smlouva by na základě nově navrženého postupu byla uzavřena, aniž by tomu vybraný uchazeč mohl zabránit, bylo by vhodnější připustit odvolání nabídky, které by bylo nadále spojeno s propadnutím jistoty. Vybraný uchazeč by tak mohl reagovat na doručení oznámení o záměru uzavřít s ním smlouvu. V případě odvolání nabídky by se pak automaticky stala nejvýhodnější nabídkou nabídka uchazeče druhého v pořadí, kterou by zadavatel mohl standardním způsobem akceptovat (případně opět s možností odvolání i této nabídky).

Vhodné by bylo také upravit případ, kdy před rozhodnutím o tom, se kterým uchazečem má být uzavřena smlouva, dojde k uplynutí zadávací lhůty, a to podobným způsobem jako v § 287 odst. 1 ObchZ, resp. § 1778 odst. 1 NOZ.

Alternativně by bylo možné zvážit úpravu, která by vznik smlouvy spojovala již se samotným momentem doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, avšak vázané na řadu suspenzivních a resolutivních podmínek (zejména podání námitek proti výběru nejvhodnější nabídky). Z důvodu komplikovanosti se však k tomuto řešení nepřikláníme.

Literature:

- Sedláček, J.: Obligační právo. 1. - 3. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, ISBN 978-80-7357-519-9
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, 1469 s., ISBN 978-80-7400-354-7
- Marek, K.: Smluvní obchodní právo. Kontrakty. 4., aktualizované a rozšířené vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 477 s., ISBN 978-80-210-4619-1
- Hulmák, M.: Uzavírání smluv v civilním právu, 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 203 s., ISBN 978-80-7400-062-1

- Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, 850 s., ISBN 978-80-7179-222-2
- Krč, R., Marek, K., Petr, M.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s vysvětlivkami a předpisy souvisejícími. Linde Praha, a.s., 2006, 543 s., ISBN 80-7201-629-6
- Raus, D., Neruda, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Linde Praha a.s., Praha, 2007, 895 s., ISBN 978-80-7201-677-8
- Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, 524 s., ISBN 80-7357-213-3
- Frühmann, M., Gölles, H., Pachner, F., Steiner, D.: BVerG 2006. Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung BVerG-Novelle 2009. Kurzkomentar. 3. Auflage. Wien: Verlag Österreich, 2011, 1131 s., ISBN 978-3-7046-3955-4
- Dvořák, D.: Historie zadávání veřejných zakázek – nařízení č. 61/1909 ř.z., o zadávání státních dodávek a prací. In Bejček, J. (ed.): Historie obchodněprávních institutů. Sborník příspěvků z konference pořádané katedrou obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity dne 10. června 2009 v Brně. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 224 - 235, ISBN 978-80-210-4960-4
- Dvořák, D.: Změny smluv ve veřejných zakázkách. In Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues (CD ROM). 1. vydání. Brno: Tribun EU s.r.o., 2008. od s. 1193 - 1205, 13 s. ISBN 978-80-210-4630-6
- Mareš, D., Šebesta, M., Dvořák, D.: Limity úprav návrhu smlouvy vybraného uchazeče v zadávacím řízení. Veřejné zakázky a PPP projekty, 2009, č. 3–4, s. 87–97, ISSN 1803-9553

Contact – email
 dvorak@mt-legal.com