



Fórum: vyváženost smluvních podmínek mezi zadavateli a dodavateli

Vážení čtenáři,

vnímáme, že v současné dynamické době se postupně otevírá detailnější diskuze nad rovnovážností smluvních podmínek mezi zadavateli a dodavateli. Někteří na tuto oblast pohlížejí společensky odpovědným přístupem v podobě férových obchodních podmínek, jiní chtějí více vybalancovat rozložení rizik mezi smluvní strany. Řada z vás se také dívá na smluvní podmínky jako na významnou část svých zadávacích podmínek, které svojí „tvrdou“ podobou mohou odradit dodavatele od podání nabídek nebo mohou vést k podání drahých nabídek (nabídek, kde si sám dodavatel naceňuje možná rizika). Samozřejmě je i skupina zadavatelů, kteří mají přístup – chceš-li nám dodávat, tak dle našich podmínek, o kterých nelze jednat – tzv. „ber, nebo nech být“. V rámci diskuzí na setkání Nákupního klubu, který náš časopis vede, se otevírá jedna z oblastí smluvních podmínek – otázka smluvních pokut a jejich případná (ne)limitace a také otázka omezení práva na náhradu škody.

Ve smluvních vztazích podle aktuálního občanského zákoníku je možné provést omezení maximální výše smluvních pokut, ale také omezit (či dokonce vyloučit) právo k náhradě újmy (škody), a to za podmínek stanovených zákonem (nelze takto zejména omezit povinnost k náhradě újmy způsobené člověku na jeho přirozených právech). Zejména omezení práva na náhradu škody je v českém prostředí poměrně málo využíváno, a to i přes skutečnost, že v zahraničních jurisdikcích je užití uvedených ustanovení naprosto pravidelné.

Myslíme si, že bude pro všechny čtenáře zajímavé si přečíst pohledy z různých perspektiv – od zadavatelů, právních poradců až po společnosti s mezinárodním vedením a vlastnickou strukturou.

			
BRODEC & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, Mgr. Karel Masopust	JUDr. Marcela Káňová, Ph.D., Associate Partner IBM a advokátka	Centrum pro regionální rozvoj, Mgr. Ondřej Filipovič, Ing. Eva Marečková	ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s. r. o., JUDr. Vilém Podešva, LL.M.
			
Česká pošta, s. p., Mgr. Jan Bakeš, JUDr. Martin Najman	Česká televize, Ing. Martin Rajman	ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s. r. o., Mgr. Jiří Harnach	Ministerstvo pro místní rozvoj ČR, JUDr. Vlastimil Fidler

Otázky:

- 1) Představuje, dle Vašeho názoru, absence omezení smluvních pokut a absence omezení práva na náhradu škody v zadávacích podmínkách diskriminační smluvní podmínku?
- 2) Za jakých okolností byste takové smluvní podmínky považovali za diskriminační? Může být pro posouzení relevantní např. to, že z povahy relevantního trhu a předmětu plnění lze očekávat účast nadnárodních korporací?

1.

Představuje, dle Vašeho názoru, absence omezení smluvních pokut a absence omezení práva na náhradu škody v zadávacích podmínkách diskriminační smluvní podmínku?

BRODEC & PARTNERS s. r. o.

Vzhledem k pojetí diskriminace (resp. jejího zákazu) v § 6 odst. 2 ZZVZ nelze samotnou absenci omezení smluvní pokuty (tzv. „zakepování“) či omezení práva na náhradu škody považovat za překročení zákazu diskriminace. V této souvislosti je také nutné poukázat na to, že se jedná o instituty v českém prostředí málo využívané, a to u řady zadavatelů zejména s odkazem na péči řádného hospodáře – často s argumentem, že není přeci možné kráti práva zadavatele.

V tomto kontextu považujeme za vhodné toto rozvést, a sice že u omezení výše smluvních pokut nepřichází koncepce řádného hospodáře prakticky do úvahy. Pokud je na svobodné vůli zadavatele, jaký systém smluvních pokut zvolí (a zde je omezen právě zjevnou diskriminací), je také plně v jeho autonomii provést případné omezení těchto smluvních pokut. Je ovšem dobré upozornit, že právě omezení výše smluvních pokut může vést k efektivnější aplikaci principu řádného hospodáře, když „omezená“ výše smluvních pokut bude zejména v extrémních případech lépe vymahatelná a rovněž nebude zadavatele stavět do pozice subjektu, který uplatňováním svých práv extrémně zatěžuje ostatní subjekty.

Za mírně odlišnou považujeme situaci v případě omezení práva na náhradu škody. Zde je rovněž často argumentováno právě péčí

řádného hospodáře. Je nutné ovšem vždy u péče řádného hospodáře zvažovat jednotlivé parametry. Omezení práva na náhradu škody sice na první pohled vede k omezení práv zadavatele, ale na druhé straně přináší do vzájemného vztahu větší prvky předvídatelnosti, které se mohou v konečném důsledku projevit také v příznivějších nabídkových cenách. Rovněž omezení práva na náhradu škody vysílá jasný signál o tom, do jaké úrovně by měl být konkrétní dodavatel případně pojištěn.

JUDr. Marcela Káňová, Ph.D.

Na položenou otázku rozhodně nelze odpovědět jednoznačně a univerzálně. Nicméně se domnívám, že absence limitace smluvních pokut a zejména absence limitace náhrady škody, jakožto smluvní podmínka, může být za určitých okolností ve svém důsledku i diskriminační.

Bez ohledu na závěr o diskriminačním charakteru takové smluvní podmínky je však faktem, že se jedná o **parametr, který je způsobilý od účasti v zadávacím řízení některé dodavatele odradit.**

Půjde přitom spíše o velké hráče na trhu, kteří mají detailně nastaveny vnitřní schvalovací procesy mj. i s ohledem na řízení rizik. Právě absence limitace náhrady škody či smluvních pokut, tedy „*unlimited liability*“, může představovat tzv. nestandardní

smluvní podmínku, která podléhá **samoostatnému schvalování nad rámec obvyklého postupu.** Pro účely takového procesu je pak obvykle nutné **identifikovat veškerá související rizika**, včetně **predikce pravděpodobnosti vzniku** škody a její potenciální výše, tato rizika podrobně popsat a **navrhnout jejich mitigaci na technické, projektové či organizační úrovni.** To přitom může v závislosti na předmětu plnění veřejné zakázky a dikci smlouvy představovat poměrně náročný proces, a to jak časově, tak kapacitně, a tedy i finančně.

Významnou roli tak může hrát posouzení i zbývajících ustanovení smlouvy, zejména to, zda je (ne)porušení ustanovení, s nimiž je spojena smluvní pokuta, či vznik škody závislý pouze na dodavateli, nebo naopak může být ovlivněno jednáním zadavatele či třetích osob. Ve smlouvách velmi častá neurčitost ve vymezení odpovědností mezi zadavatelem a dodavatelem (v praxi se s tím často setkávám např. v oblasti kybernetické bezpečnosti) může pak představovat zvýšené riziko pro schválení smlouvy, která neobsahuje zmíněné limitace.

Z pohledu ceny veřejné zakázky nelze nezmínit, že jedním z prostředků mitigace rizika může být i promítnutí do nabídkové ceny plnění. Může se však jednoduše stát, že daný dodavatel se rozhodne, že se raději zadávacího řízení vůbec neúčastní.

Paradoxně u menších či malých hráčů na trhu absence limitací odrazující nebude,

avšak reálnost vymožení případně vzniklých nároků na smluvní pokuty či náhradu škody je přinejmenším nízká.

Již z tohoto důvodu lze proto zadavatelům doporučit, aby vždy zvažovali, zda se jedná v konkrétním případě při zohlednění všech okolností dané veřejné zakázky o natolik zásadní smluvní podmínku, již jsou připraveni potenciálně vyměnit za možnost širší hospodářské soutěže o zakázku a účast kvalifikovaných a ekonomicky stabilních dodavatelů.

Centrum pro regionální rozvoj

Posuzování obchodních nebo jiných smluvních podmínek vztahujících se k předmětu veřejné zakázky znamená z pohledu Centra pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „**Centrum**“) primárně učinit úvahu o (ne) souladu těchto podmínek se zásadami dle § 6 ZZVZ, popř. podpůrně se zásadami 3E. Centrum přitom zohledňuje relevantní rozhodovací praxi (zejména Nejvyššího správního soudu a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) a coby diskriminační a/nebo nepřiměřené chápeme především zjevné excesy.

Z kontrolní praxe Centra lze v obecné rovině uvést, že drtivá většina kontrolovaných dokumentací k zadávacím řízením obsahuje předmětné podmínky v podobě zadavatelem připraveného jednotného závazného návrhu smlouvy. A tyto (až na nepříliš četné výjimky) neobsahují jakákoliv omezení smluvních pokut či omezení práva na náhradu škody. Přitom aktivita dodavatelů v zadávacích řízeních (žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, námítky) směrem k obchodním nebo jiným smluvním podmínkám (natož přímo k dotazované problematice) je zpravidla naprosto minimální, nebo rovnou zcela nulová.

Paradoxně v tomto ohledu nastává v některých případech komplikace spíše na straně zadavatelů, když si až při problematickém plnění veřejné zakázky plně uvědomí výši nároků, které by měli na základě jimi připravené smlouvy vůči dodavateli uplatňovat.

Centrum tedy obecně při svých posouzeních nesměřuje k závěru o tom, že absence omezení smluvních pokut a absence omezení práva na náhradu škody v zadávacích podmínkách představuje diskriminační

smluvní podmínku. Jinak řečeno, Centrum obecně nemá dostatečné možnosti argumentace pro možnost učinit kvalifikovanou úvahu, z níž by logickým a srozumitelným způsobem vyplývalo, proč by v důsledku takto formulovaných zadávacích podmínek mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku. Resp. k tomu, že došlo k negativnímu ovlivnění hospodářské soutěže takové intenzity, aby bylo nezbytné konstatovat pochybení zadavatele (se všemi navazujícími důsledky).

Rowan Legal, JUDr. Podešva

Především bych tuto otázku rozdělil na dvě, neboť mám za to, že absence omezení u těchto dvou institutů může vyvolávat různé účinky vůči dodavatelům. V případě smluvních pokut se totiž dle mého vnímání (jak znám praxi na straně klientů z řad dodavatelů) jedná o smluvní ujednání odrážející se v hodnocení (a ocenění) rizik plnění. Pokud omezení smluvních pokut absentuje ve smluvních podmínkách, mají všichni dodavatelé stejnou příležitost si riziko vzniku smluvních pokut ocenit a adekvátně jej zakomponovat do nabídkové ceny. Na druhou stranu je pravda, že z pohledu smluvního *best practice* je i limitace jednotlivých či celkových smluvních pokut, zvláště u složitějších plnění, standardem. Pokud však v zadávacích podmínkách chybí, nenahlížel bych na to jako na diskriminační aspekt. Trochu jiná situace může být v případě náhrady škody, která není zpravidla brána jako „*business issue*“, ale je to věc spadající do gesce právních či risk útvarů, které pak mohou podání nabídky zakázat. V tomto případě tedy ani není možné, aby si dodavatel kvantifikoval rizika do nabídkové ceny, protože politika některých společností zakazuje smlouvu v případě neomezené náhrady škody vůbec uzavřít. V tomto druhém případě tedy ano, absenci omezení náhrady škody bych za určitých okolností považoval za diskriminační.

Česká pošta, s. p.

Při přípravě zadávací dokumentace a nastavování smluvních pokut, resp. případně omezení práva na náhradu škody, by si měl zadavatel primárně položit otázku, jak velká škoda mu může vzniknout. Od výše

potenciální možné škody způsobené zadavatelem by se měla následně odvíjet výše smluvních pokut i výše náhrady škody.

Zadavatel by měl při stanovování zadávacích podmínek zohlednit výši smluvních pokut a náhradu škody i s ohledem na konkrétní předmět zadávacího řízení, konkrétní trh a dodavatele na něm působící. Při správně stanovených zadávacích podmínkách by měl být schopen určit výši zmiňovaných právních institutů tak, aby byly dostatečně zhojeny veškeré následky, které mohou při dodavatelově pochybení při plnění zadavatelem nastat.

I přes výše uvedené se domnívám, že absence omezení smluvních pokut a absence práva na náhradu škody obecně není diskriminační smluvní podmínkou. Limitace smluvních pokut a omezení práva na náhradu škody je jen možností, i když tato možnost může být v některých případech spíše nutností (viz dále odpověď na dotaz č. 2).

Česká televize

Nemyslím si, že je diskriminační v právním slova smyslu. Je to prostě podmínka, která je pro všechny účastníky stejná, a pokud někdo kvůli této podmínce nepodá nabídku do tendru, je to jeho (resp. jeho vlastníků) obchodní/podnikatelské rozhodnutí. Každopádně ale může být z hlediska zadavatele velmi hloupé na neomezené výši smluvních pokut či náhrady škody trvat, neboť si tím zužuje okruh možných dodavatelů, případně navyšuje nabídkové ceny. Z předchozích pracovních zkušeností např. vím, že řada zahraničních společností (pokud jsou kótované na burze, tak v zásadě všechny) z principu vůbec neuzavírá smlouvy, ze kterých by jim mohla plynout neomezená výše smluvních pokut či náhrad škod. Zkrátka mají nějak implementováno řízení rizik a zákaz uzavírání takovýchto smluv je jedním z nástrojů řízení rizik. Raději prostě takový obchod neudělají. Jiné firmy třeba udělají, ale pouze s dostatečnou rizikovou přírážkou. Pak se zadavatel může dostat do situace, kdy od seriózních firem nabídku nedostane vůbec a nabídky dostane jen od firem s tak slabým kapitálovým zajištěním, že neomezený nárok na smluvní pokutu či nárok na škodu má jen na papíře.

Rowan Legal, Mgr. Harnach

Popsané aspekty pochopiteľne zvyšujú podnikateľské riziko budúceho plnenia, a teda zťažujú rozhodnutie o účasti v zadávacím řízení. Nicméně nejedná se o primárne diskriminační podmíanky, pokud diskriminaci vnímáme jako negativní dopad na některé soutěžitele, nikoliv paušálně na všechny (byť samozřejmě vnímám, že zejména nadnárodní koncerny hodnotí míru rizika velmi přísně, proto na jejich tuzemské pobočky dopadá takové nastavení tvrději). Nicméně za sebe bych dovozoval spíše obecnou nezákonnost (nepřiměřenost, netransparentnost), zejména v případě, pokud by (neomezená) výše pokuty kolidovala s obecnou hranicí moderace soudem. Pak by taková smluvní podmínka byla excesivní (ve smyslu dosavadní rozhodovací praxe) a rovněž netransparentní, neboť by nebylo jisté, zda v budoucnu dojde k jejímu plnému uplatnění či nikoliv.

Úřad pro veřejné obstarávání

Zmluvné pokuty a náhrada škody, ako inštitúty súkromného práva, predstavujú bežne využívané prostriedky ochrany v zmluvných vzťahoch. Výnimkou nie je ani oblasť verejného obstarávania, v ktorej sa má zabezpečiť efektívne a hospodárne vynakladanie verejných prostriedkov, súčasťou ktorého je nepochybne aj zabezpečenie riadneho plnenia zmluvy, resp. zabezpečenie prípadnej kompenzácie v situácii, v ktorej k riadnemu plneniu zmluvy nedošlo. **Na dosiahnutie súčinnosti zo strany úspešného uchádzača sú dvoma najčastejšie využívanými zabezpečovacími prostriedkami (i) náhrada škody, ktorá má naplňovať primárne reštitučnú funkciu, a (ii) zmluvná pokuta, ktorá popri reštitučnej funkcii naplňa aj funkciu prevenčnú.**

Otázkou prípustnosti zmluvných podmienok sa Úrad pre verejné obstarávanie bližšie zaoberal vo svojom výkladovom stanovisku č. 3/2016,[1] v zmysle ktorého (cit.): „stanovením prísnych, ale nediskriminačných zmluvných podmienok nedochádza k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní“. **Pri posudzovaní prípustnosti zmluvnej podmienky teda úrad skúma najmä to, či jej úprava neodporuje niektorému zo základných princípov verejného obstarávania a či ne-**

vykazuje charakteristiky diskriminačnej podmienky (k posudzovaniu prípustnosti zmluvnej podmienky vid' aj rozhodnutie Rady úradu z 17. 6. 2019, č. 7929-9000/2019, alebo rozhodnutie Rady úradu z 20. 9. 2021, č. 8543-9000/2021, 11316-9000/2021). O porušení niektorého z princípov by sme teda mohli hovoriť až vtedy, ak by verejný obstarávateľ/obstarávateľ pristúpil k tak prísnej úprave zmluvnej podmienky, ktorá by nezvratne stavala dodávateľa do neprimerane znevýhodnenej pozície, alebo ak by tieto zmluvné podmienky predstavovali neprimeranú záťaž pre potenciálnych uchádzačov.

Ak úrad aplikuje vyššie uvedené závery vyplývajúce z výkladového stanoviska a rozhodovacej praxe na otázku prípustnosti zodpovednosti za škodu v plnej výške (v kontexte zmluvných podmienok), tak dospieva k názoru, že **nelimitácia náhrady škody nepredstavuje automaticky neprípustnú ani diskriminačnú zmluvnú podmienku** (vid' rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie z 25. 11. 2021, č. 11365-6000/2021-OD). Účelom náhrady škody je zjednodušené povedané „dať veci do pôvodného stavu“. V nadväznosti na zamýšľaný účel zodpovednosti za škodu, úrad považuje za nezmyselné, aby bolo jej uplatnenie v celom rozsahu považované za porušenie niektorého z princípov verejného obstarávania, keďže **limitácia nároku na náhradu škody by bola nie len v rozpore s jej samotným účelom, ale aj v rozpore s princípom hospodárnosti**, keďže verejný obstarávateľ/obstarávateľ by preniesol určitú časť zodpovednosti za škodu na seba.

Vo vzťahu k zmluvnej pokute úrad uvádza, že táto by mala byť stanovená vždy v takej výške, aby dodávateľov v rozumnej miere motivovala, avšak zároveň nepredstavovala neprimeranú záťaž. Tak, ako konštatoval Najvyšší súd SR v rozsudku z 30. 9. 2008, sp. zn. 2 Cdo/172/2007, zmluvná pokuta „*musí byť dostatočnou, nie však premrštenou výškou*“, nakoľko príliš vysoko nastavená zmluvná pokuta môže narúšať hospodársku súťaž a spôsobiť zásah do princípu proporcionality.

Ako zdôraznil Najvyšší súd SR v rozsudku z 29. 3. 2007, sp. zn. 3 Cdo/130/2006: „*určenie výšky zmluvnej pokuty je zásadne vecou vzájomnej dohody zmluvných strán. Neznamená to však, že v každom jednotlivom prípade môže byť dohodnutá pokuta v neobme-*

dzenej výške. Primeranosť zmluvnej pokuty je treba posúdiť s prihliadnutím k celkovým okolnostiam právneho úkonu, jeho pohnútkam a účelu, ktorý sledoval, ako i vzájomný pomer pôvodnej a sankčnej povinnosti.“ **Neobmedzená zmluvná pokuta teda môže byť prípustná, avšak musí tomu zodpovedať aj vážnosť porušenia a naliehavosť situácie.** S týmto názorom sa stotožnil aj úrad vo svojom rozhodnutí z 25. 11. 2021, č. 11365-6000/2021-OD, v ktorom vyslovil, že limitácia zmluvnej pokuty by v danom prípade bola „*neprimeraným zásahom do kontraktačnej slobody kontrolovaného, ktorý výšku týchto sankcií nastavil s ohľadom na dôležitosť zabezpečovaných povinností budúceho poskytovateľa obstarávaných služieb*“. **Rovnako, úprava zmluvnej pokuty v neobmedzenej výške automaticky nenaplňuje skutkovú podstatu diskriminačnej podmienky, nakoľko zaväzuje všetky hospodárske subjekty na plnenie svojich povinností rovnako.**

Napriek značnej voľnosti pri tvorbe zabezpečovacích prostriedkov úrad odporúča realizovať prípravné trhové konzultácie, prostredníctvom ktorých má verejný obstarávateľ/obstarávateľ možnosť preskúmať záujem a ochotu zo strany trhu znášať prísne nastavené zmluvné podmienky, pričom v prípade nedostatočného záujmu vie tieto podmienky ešte pred vyhlásením súťaže adekvátne upraviť.

Ministerstvo pro místní rozvoj ČR

Zákon o zadávaní verejných zakázek stanovuje obchodní nebo jiné smluvní podmínky jako jednu z podmínek účasti v zadávacím řízení. Zároveň však již nestanovuje další podrobnosti k těmto obchodním podmínkám. Pro jejich vytváření je zadavatel povinen respektovat zásady v § 6, zejména zásadu zákazu diskriminace, případně rovného zacházení a zásadu přiměřenosti. Zadavatel tak musí vždy obchodní podmínky poměřovat s uvedenými zásadami. Ve vztahu k zásadě zákazu diskriminace by tedy měl uvážit, zda obchodní podmínky bezdůvodně nediskriminují některé dodavatele, kdy tyto podmínky mohou být pro část dodavatelů nepřijatelné, a to z důvodů, které nemají původ v charakteru a rozsahu veřejné zakázky. Zadavatel také musí stanovit obchodní podmínky přiměřeně veřejné zakázce, podmínky tedy musejí odpovídat

opět jejímu charakteru a rozsahu. Nelze se tedy přiklonit k názoru, že zadavatel je absolutním pánem nad zadávacími podmínkami (byť za ně nese plnou odpovědnost), zadavatel je vždy limitován zákonem.

Z praktického hlediska je třeba zkoumat, zda zadavatel stanovuje obchodní podmínky, které jsou pro předmět veřejné zakázky v daném oboru obvyklé. Pokud je běžnou a zavedenou praxí omezení smluvních pokut a omezení práva na náhradu škody, pak lze takové podmínky považovat za nediskriminační a přiměřené. Pokud však o tako-

vý případ nejde a smluvní podmínky mohou odradit dodavatele od podání nabídky, přičemž zadavatel nemá pro takový postup závažný důvod, pak jde o postup, který je v rozporu se zákonem.

Pokud je omezení práva na náhradu škody v českém prostředí poměrně málo využíváno, jak naznačuje otázka, nasvědčuje taková skutečnost spíše tomu, že nejde o obvyklou praxi, a lze se přiklonit k názoru, že takové ustanovení by mohlo být diskriminační. Nicméně nelze v tomto kontextu vynášet absolutní soudy, neboť okolnosti a charakter

každé veřejné zakázky jsou zcela individuální. V každém případě by však zadavatel při zavádění nikoli zcela běžných obchodních podmínek měl postupovat spíše opatrně.

Poznámka

[1] Výkladové stanovisko Úradu pre verejné obstarávanie č. 3/2016 je dostupné pre verejnosť na internetovom odkaze: https://www.uvo.gov.sk/fileadmin/dokumenty/vykladove_stanoviska_2015/3_2016.pdf.

2.

Za jakých okolností byste takové smluvní podmínky považovali za diskriminační? Může být pro posouzení relevantní např. to, že z povahy relevantního trhu a předmětu plnění lze očekávat účast nadnárodních korporací?

BRODEC & PARTNERS s. r. o.

V případě veřejné zakázky, která má být typicky plněna subjekty, jež mají ve svých vnitřních předpisech stanoveno, za jakých podmínek se mohou účastnit veřejných zakázek (a to je u mnohých zahraničních subjektů právě omezení výše smluvních pokut a omezení práva na náhradu škody), lze mít za to, že takové prostředí by měl zadavatel předem otestovat, a to např. prostřednictvím předběžných tržních konzultací. Pokud výsledkem takových předběžných tržních konzultací bude, že na uvedené podmínky jsou jednotlivé subjekty citlivé, měl by zadavatel přistoupit k aplikaci omezení výše smluvních pokut a/nebo omezení práva na náhradu škody. V opačném případě totiž zadavatel riskuje zvýšené množství dotazů v rámci vysvětlení zadávacích podmínek, případně také podané námitky. Rovněž je možné, že takové subjekty nabídky vůbec nepodají, čímž zadavatel může být připraven o potenciálně technicky či cenově zajímavá řešení. Pokud by tedy zadavatel na trhu, kde je vyšší procento subjektů citlivých na omezení výše smluvních pokut či omezení práva na náhradu škody, nepřistoupil alespoň k elementární úpravě této problematiky, ačkoliv o tom měl informace, nese dle našeho názoru takové jednání znaky diskriminace, byť si nejsme vědomi jakéhokoliv rozhodnutí ÚOHS v takto specifické situaci.

JUDr. Marcela Káňová, Ph.D.

Obecně platí, že **smluvní podmínky nemohou být nastaveny takovým excesivním způsobem, že by bránily v účasti dodavatelům** či jiným způsobem negativně zasahovaly do procesu zadávání. V opačném případě by se skutečně mohlo jednat o rozpor s § 6 ZZVZ.

V každém konkrétním případě by proto mělo být posouzeno, zda právě smluvní podmínky, které nikterak nelimitují možné smluvní pokuty a náhradu škody, nejsou excesivní, resp. **natolik omezující, že vylučují účast drtivé většiny subjektů působících na relevantním trhu.**

S ohledem na uvedené proto může být předpoklad účasti nadnárodních korporací či jejich převaha na relevantním trhu skutečně zásadní. Právě u nadnárodních korporací se budou v různé podobě aplikovat výše uvedené postupy ve vazbě na smluvní podmínky veřejné zakázky, v jejichž rámci chybí limitace smluvních pokut a náhrady škody, a mohou vést až k rozhodnutí neúčastnit se zadávacího řízení. Pokud by se potvrdilo, že většina z nich se rozhodla pro nepodání nabídky právě z důvodu nastavení smluvních podmínek, bylo by možné učinit závěr, že tyto smluvní podmínky jsou excesivní, a tedy rozporné se ZZVZ.

Centrum pro regionální rozvoj

Jak plyne z odpovědi na předchozí otázku – diskriminační rozměr nebo přiměřenost obchodních nebo jiných smluvních podmínek vztahujících se k předmětu veřejné zakázky Centrum zkoumá. Děje se tak zejména v intencích závěrů aktuální rozhodovací praxe. Tedy v případech, kdy je zcela zřejmé, že by takové podmínky mohly mít vliv na podání nabídek potenciálními dodavateli, resp. mohly mít tzv. odrazující účinek, a tím i zřejmý vliv na co nejširší hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku.

Se zadávacími podmínkami, které by nějakým způsobem reálně omezovaly smluvní pokuty a práva na náhradu škody, se Centrum v podstatě nesetkává, což by mohlo vést k úvaze, že absence tohoto omezení nečiní dodavatelům významné potíže, resp. nemusí mít nutně zásadní odrazující účinek.

V kontextu položeného dotazu nicméně není vyloučeno, že by absence omezení smluvních pokut a absence omezení práva na náhradu škody v zadávacích podmínkách mohla být posouzena v určitých případech jako excesivní. Vždy však bude záležet na konkrétní povaze veřejné zakázky, podmínkách realizace plnění apod. Předpokládáme však, že se tyto případy budou vyznačovat relevantní aktivitou dodavatelů

v předmětném zadávacím řízení. Centrum nemá ambici ji nějak výrazně nahrazovat či jí předcházet, pokud dodavatelé sami v rámci své podnikatelské činnosti o veřejnou zakázku nejeví zájem, resp. jej neprojevují uplatněním práv a postupů, které jim k tomu zákon dává.

Dopad absence těchto omezení by tudíž byl velmi pravděpodobně vyhodnocován až ve vazbě na proběhlou soutěž o veřejnou zakázku (rozdíl nabídkových cen jednotlivých účastníků, počet nabídek, rozdíl vysoutěžené ceny oproti předpokládané hodnotě, žádosti o vysvětlení či námítky týkající se této problematiky apod.).

Uzavíráme, že se v rámci našich odpovědí jedná o aktuální přístup plynoucí jak z dosavadních zkušeností z kontrol prováděných Centrem, tak i z aktuální rozhodovací praxe či odborné diskuze. Přičemž Centrum obecně preferuje být v posuzování spíše mírnější (a to i s ohledem na poměrně zásadní důsledky případného závěru o pochybení zadavatele). Nicméně pokud by v budoucnu došlo k posunu názorů či rozhodovací praxe jiných institucí v této oblasti nebo by se Centrum ve své kontrolní činnosti začalo setkávat s relevantní aktivitou dodavatelů k této problematice, pak můžeme dosavadní přístup důkladněji zvážit a případně i přehodnotit. O tom bychom zadavatele i dodavatele informovali např. prostřednictvím informačního prostoru na webu Centra <https://www.crr.cz/irop/verejne-zakazky-v-projektech-irop-pohledem-centra/>.

Rowan Legal, JUDr. Podešva

Tuto odpověď bych s ohledem na shora uvedené zaměřil už jen na otázku náhrady škody. A ano, dotaz dle mého vystihuje praktický problém. Absence omezení výše náhrady škody je palčivé téma zejména pro dodavatele s globálními mateřskými společnostmi, u nichž hrozí nejvíce vyřčení zákazu podání nabídky. Na druhou stranu tato podmínka je stejná pro všechny a je stejně problematická i pro poctivého českého soutěžitele, protože její aplikace by na něj měla stejné dopady jako v případě dodavatele se zahraniční mateřskou společností. Proto bych diskriminaci u takové podmínky hledal v případech, kdy zadavatel tuto limitaci

ve smluvních podmínkách „opomene“, a i v případě výhrad dodavatelů (např. ve formě dodatečných dotazů či námitek) na takové podmínce trvá. Pak je zřejmé, že někomu tato podmínka vadí, a může docházet ke snižování soutěže. V případě, že naopak taková podmínka rozporována není, tak bych zřejmě automaticky diskriminací nekonstatoval.

Česká pošta, s. p.

Takto nastavené smluvní podmínky lze považovat za diskriminační v případě, že by zmiňovaným postupem nastal případ, kdy by byli někteří dodavatelé evidentně tímto krokem znevýhodněni na úkor jiných dodavatelů.

Pro posouzení relevantnosti uvedeného je jednou z podstatných věcí zcela jistě povaha relevantního trhu a subjekty na něm působící. Na základě našich zkušeností lze konstatovat, že takovýmto trhem je trh, kde působí pouze zahraniční entity, případně entity domácí, jež jsou zahraničními entitami zcela ovládnuty. Česká pošta, s. p., se se zmiňovaným případem setkává zejména v některých oblastech ICT, resp. technologických celků, kde bychom v případě, že bychom nelimitovali smluvní pokuty a neomezovali právo na náhradu škody, neobdrželi žádné nabídky. Např. jsme od zahraniční entity z oblasti ICT obdrželi vyjádření, že její interní předpisy neumožňují podat nabídku v případě, že není omezeno právo na náhradu škody.

Česká televize

Ano, může, resp. za diskriminační bych tyto smluvní podmínky považoval v situaci, kdy by z vymezení předmětu plnění bylo zřejmé, že okruh potenciálních dodavatelů tvoří třeba jen tři firmy, z nichž u dvou je veřejně známo, že neakceptují neomezenou výši pokud/náhrad škody (jsou třeba kótované na burze), a třetí firma s tím problémem nemá. V takovém případě by zadavatel v podstatě eliminoval hospodářskou soutěž. Sice formálně jde o obchodní rozhodnutí těch firem, které neomezená rizika neakceptují, ale pokud by to o nich bylo veřejně známo, tak v takovém (výjimečném) případě bych to považoval za diskriminační. Ale především bych to považoval za velmi hloupé.

Rowan Legal, Mgr. Harnach

Vymezené obchodní podmínky mohou být netransparentní způsobem, jaký jsem popsal výše, anebo např. v kombinaci s možností selektivního uplatnění takové podmínky ze strany zadavatele. Netransparentní by tak bylo, pokud by si zadavatel např. vyhradil možnost svévolně omezit výši pokuty či vymáhané škody, svévolně umožnil jiný (mírnější) druh postihu, či pokud by uplatnění náhrady škody či pokuty záviselo na provedení kontroly, u které se zadavatel bude moci svévolně rozhodnout, jak často, v jakém rozsahu a zda vůbec bude kontrolu provádět. Takové netransparentní nastavení smluvních podmínek (smluvní oportunistus) by pak bylo snadno zneužitelné i pro diskriminaci účastníků, resp. zvýhodnění budoucího zhotovitele.

Úrad pre verejné obstarávanie

Náš pohľad na možný diskriminačný aspekt nelimitovanej úpravy náhrady škody a zmluvnej pokuty sa nemení ani za predpokladu, že vo verejnej súťaži sa očakáva účasť nadnárodných korporácií.

Vo vztahu k otázke, či vie úrad uviesť príklad, v ktorom by neobmedzenie zabezpečovacích prostriedkov naplnilo znaky diskriminačnej podmienky, uvádzame, že posudzovanie prípadnej (ne)diskriminácie prebieha na základe konkrétnych skutkových okolností.

Ministerstvo pro místní rozvoj ČR

Jak bylo uvedeno, vždy je potřeba vycházet z konkrétní běžné praxe na trhu v daném oboru. Pouze očekávání účasti nadnárodních korporací by nemělo mít vliv na takový postup. V takovém případě by se patrně jednalo o veřejnou zakázku s výrazným přeshraničním dopadem a mimořádným rozsahem. A zadavatel by proto měl zkoumat situaci na trhu spíše v širších souvislostech a ověřit existenci formalizovaných či neformalizovaných mezinárodních standardů, které odpovídají obchodnímu případu. V této souvislosti je ale podstatnou okolností pro zkoumání opět rozsah a charakter veřejné zakázky, jde tedy o otázku opět zcela individuální. ■