

ROZHODNUTÍ O NÁMITKÁCH PROTI ZADÁVACÍM PODMÍNKÁM

Zadavatel: Správa a údržba silnic Pardubického kraje

Sídlo: Doubravice 98, 533 53 Pardubice
IČO: 00085031
Zastoupen: Ing. Zdeňkem Vašákem, ředitelem
(dále jen jako „**zadavatel**“ nebo „**kupující**“)

Veřejná zakázka:

„Dodávka pokladače živičných směsí (finišeru) pro cestmistrovství Pardubice“

veřejná zakázka na dodávky zadávaná ve zjednodušeném podlimitním řízení, zveřejněná dne 28. 6. 2024 na profilu zadavatele (dále jen jako „**Veřejná zakázka**“)

Evidenční číslo veřejné zakázky: **SUSPK/6493/2024**

ROZHODNUTÍ ZADAVATELE O NÁMITKÁCH

ve smyslu § 245 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“)

Námítky byly podány dodavatelem, společností ATS – STAVEBNÍ STROJE s.r.o., se sídlem č.p. 226, 430 01 Černovice, IČO: 47282282 (dále jen „**stěžovatel**“).

Zadavatel po přezkoumání námitek stěžovatele dospěl k závěru, že námítky jsou částečně důvodné a částečně nedůvodné, a proto v souladu s § 245 odst. 2 ZZVZ rozhodl

takto:

námítkám stěžovatele zadavatel částečně vyhovuje a částečně je odmítá.

Odůvodnění:

I. Shrnutí námitek stěžovatele

Stěžovatel ve svých námitkách uvádí, že směřují proti zadávací dokumentaci Veřejné zakázky a Dodatečné informaci č. 2 uveřejněné dne 10. 7. 2024. V rámci námitek stěžovatel uvádí, že proti těmto úkonům zadavatele podává stěžovatel námítky, a to jako dodavatel, který měl a má zájem na získání uvedené Veřejné zakázky a kterému dle jeho vyjádření v důsledku porušení ZZVZ úkonem zadavatele hrozí finanční újma (z důvodu ušlého zisku, se kterým by byl řádný průběh tohoto zadávacího řízení při rozhodnutí o jeho nabídce jako o nabídce nejvýhodnější spjat), v zákonem stanovené lhůtě, když o porušení ZZVZ se stěžovatel dozvěděl dne 28. 6. 2024 (při zveřejnění zadávacích podmínek) a dne 10. 7. 2024 (při uveřejnění Dodatečné

informace č. 2).

Námítky stěžovatele směřují proti zadavatelem zveřejněným zadávacím podmínkám a Dodatečné informaci č. 2 k zadávací dokumentaci, které jsou podle názoru stěžovatele v rozporu s ust. § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ, a to zejména z důvodu nepřiměřenosti smluvních podmínek uvedených v Závazném návrhu kupní smlouvy (dále též jen jako „**kupní smlouva**“), který je součástí zadávací dokumentace. Uvedená kupní smlouva obsahuje dle stěžovatele z hlediska postavení smluvních stran *smluvní podmínky, jež jsou jak ve svém souhrnu, tak v jednotlivých ustanoveních nepřiměřeně a nedůvodně vychýleny ve prospěch zadavatele, který je oproti standardní obchodní praxi, dispoziitivnímu znění zákona, dobrým mravům i předchozí praxi zadavatele neúměrně zvýhodněn*, aniž by to povaha dané veřejné zakázky vyžadovala, a aniž by to bylo přiměřené. Dle stěžovatele jsou v rozporu se zejména následující (pod jednotlivými částmi odůvodnění Rozhodnutí o odmítnutí námitek) blíže rozebraná ujednání kupní smlouvy.

1) Námitka – čl. 7, odst. 7.3 kupní smlouvy

Stěžovatel uvádí, že dle ustanovení čl. 7, odst. 7.3 kupní smlouvy může kupující v rámci uplatněné záruky požadovat buď opravu zboží, nebo vrácení zboží v případě takové vady nebo souboru vad, které ohrozí funkčnost zboží či bezpečnost provozování zboží, a dále také v případě opakované reklamace zboží. O způsobu řešení zjištěných závad rozhoduje kupující.

Uvedené ustanovení je dle stěžovatele v hrubém rozporu s obvyklou obchodní praxí a je nepřiměřené, neboť zakládá zadavateli právo vrátit zboží (a to např. i na samém konci záruční doby, kdy se již bude jednat o zboží značně použité) a požadovat vrácení kupní ceny, a to již jen z toho důvodu, že se bude jednat o takovou vadu, která ohrozí funkčnost zboží či bezpečnost provozování zboží.

Podle názoru stěžovatele nebylo zadavatelem v zadávacích podmínkách ani v Dodatečné informaci č. 2 k zadávacím podmínkám specifikováno, co je míněno ohrožením funkčnosti zboží či bezpečností jeho provozování. Dle stěžovatele je tedy nutno vycházet z toho, že to může být v zásadě téměř každá vada, která nebude mít pouze estetickou povahu, že to může být i porucha součástky s cenou v desítkách či stovkách korun (typu prasklá žárovka), která ohrozí funkčnost zboží či bezpečnost jeho provozování, a dá zadavateli (i po mnoha měsících užívání zboží) právo od kupní smlouvy odstoupit.

Dle přesvědčení stěžovatele je tato podmínka diskriminační, nepřiměřená, zakládá značnou nerovnost v postavení zadavatele na straně jedné a dodavatele na straně druhé a zneužívá silnějšího postavení zadavatele. Zadávací podmínky, potažmo návrh kupní smlouvy, by měl pro případ, že bude obsahovat právo zadavatele od kupní smlouvy odstoupit, jednoznačně specifikovat, v jakých konkrétních závažných případech toto bude možné, nikoli založit zadavateli právo kdykoli zboží vrátit i z důvodu existence vady, jejíž odstranění si vyžádá min. čas a náklady a kterou dodavatel odstraní bezodkladně, ale ve smyslu návrhu kupní smlouvy „ohrozí funkčnost zboží či bezpečnost jeho provozování“.

Rovněž ustanovení o právu zadavatele vrátit zboží v případě opakované reklamace zboží považuje stěžovatel za ustanovení diskriminační, nerovné a nepřiměřené. U poptávaného zboží s ohledem na jeho charakter (stavební stroj) a předpokládaný způsob a rozsah provozování nikdy nelze dle vyjádření stěžovatele i při max. snaze dodat zboží bezvadné, funkční a spolehlivé zcela vyloučit, že se během min. 2leté záruční doby nevyskytne vada opakovaně a že tedy nedojde k opakované reklamaci zboží (byť i z titulu různých či zcela nezávažných vad). Dle stěžovatele platí, že pokud zadávací podmínky svěřují zadavateli i v tomto případě právo vrátit (třeba již značně) použité zboží (přesněji by zřejmě mělo být uvedeno odstoupit od kupní smlouvy), není toto ustanovení přiměřené a představuje nepochybně zneužití silnějšího postavení zadavatele.

Zadavatel má v tom případě při pouhém opakovaném výskytu vad, byť sebemeně závažných, právo od smlouvy odstoupit. Pokud zadávací podmínky měly řešit práva zadavatele ve vztahu k vrácení zboží při opakovaném výskytu vad, resp. opakované reklamaci, mělo toto právo být

omezeno např. na konkrétní podstatné vady, nesplnění povinností dodavatele tyto vady včas odstranit nebo na opakovaný výskyt téže závažné vady. Právo zadavatele vrátit zboží v případě jakékoli opakované reklamace činí smlouvu zcela nevyváženou a neúměrně zvýhodňuje jednu ze smluvních stran (zadavatele).

2) Námitka – čl. 7, odst. 7.11 kupní smlouvy

Stěžovatel dále uvádí, že jako rozpor se zákonem považuje ujednání kupní smlouvy v článku 7., odst. 7.11. Dle tohoto ustanovení kupní smlouvy, pokud porušením povinností prodávajícího, vyplývajících z obecně závazných právních předpisů či z této smlouvy, vznikne kupujícímu či třetím osobám v důsledku použití či užívání zboží jakákoliv škoda, odpovídá za ni prodávající, a to bez ohledu na zavinění.

I tento požadavek zadávacích podmínek považuje stěžovatel za nepřiměřený a za zneužívající silnější postavení zadavatele. Předmětem veřejné zakázky je dle vyjádření stěžovatele stroj, sestavený z tisíců dílů, a nikdy nelze zcela vyloučit, že (aniž by to stěžovatel jakkoli způsobil či aniž tomu mohl jakkoli zabránit) dojde k poruše takového stroje. Současně s ohledem na skutečnost, že stroj bude používán za účelem pokládky živichných směsí, nelze zcela vyloučit ani to, že v příčinné souvislosti s jeho vadou dojde ke způsobení (jakékoli) škody, ať již přímo zadavateli nebo třetím osobám.

Dle stěžovatele lze považovat za legitimní, aby dodavatel odpovídal za zaviněné porušení svých povinností (když jednou z těchto povinností je mj. dodat bezvadné zboží) a aby i v případě nezaviněného porušení svých povinností nesl odpovědnost z titulu vad a sjednané záruky za jakost zboží. Ovšem povinnost hradit jakoukoli škodu způsobenou např. technickou závadou, o které dodavatel nevěděl, vědět nemohl a nemohl jejímu výskytu ani při nejlepší vůli zabránit, tedy sjednání absolutní povinnosti dodavatele k náhradě škody bez jakékoli možnosti liberace, je zcela nepřiměřené, nedůvodné a vůči dodavateli diskriminační.

Stěžovatel se proto domáhá, aby zadavatel ze zadávacích podmínek – kupní smlouvy vypustil:

- 1) Ust. čl. 7., odst. 7.3, věty 4. až 9.: *„Kupující v rámci uplatněné záruky může požadovat buď opravu zboží nebo vrácení zboží v případě takové vady nebo souboru vad, které ohrozí funkčnost zboží či bezpečnost provozování zboží, a dále také v případě opakované reklamace zboží. O způsobu řešení zjištěných závad rozhoduje kupující. V případě, že kupující zvolí řešení reklamace formou opravy zboží, je prodávající povinen provést opravu a předat opravené zboží kupujícímu do 30 dnů od oznámení vady kupujícími a určení způsobu řešení. Odvoz zboží do místa opravy a z místa opravy zpět do areálu kupujícího zajišťuje prodávající na své náklady. V případě, že kupující zvolí způsob řešení reklamace zboží vrácením, je povinen prodávající zboží převzít v místě provozovny kupujícího nejpozději do 14 dnů od doručení reklamačního dopisu a v této lhůtě vrátit kupujícímu kupní cenu zboží. Vlastnictví a nebezpečí škod vráceného zboží přechází na prodávajícího dnem jeho převzetí od kupujícího, nejpozději 14 den od doručení reklamačního dopisu.“*
- 2) Ust. čl. 7., odst. 7.11: *„Pokud porušením povinností prodávajícího, vyplývajících z obecně závazných právních předpisů či z této smlouvy, vznikne kupujícímu či třetím osobám v důsledku použití či užívání zboží jakákoliv škoda, odpovídá za ni prodávající, a to bez ohledu na zavinění. Ustanovení předchozí věty platí i poté, co dojde k odstoupení od této smlouvy některou ze stran či oběma smluvními stranami.“*

II. Vyjádření zadavatele k námitce ad 1) - čl. 7, odst. 7.3 kupní smlouvy

Zadavatel k úpravě čl. 7, odst. 7.3. kupní smlouvy úvodem uvádí, že jejím cílem bylo poskytnout po dobu trvání záruční doby zadavateli minimální garantována práva, a to buď na a) opravu (zpravidla v případně méně závažných vad), nebo na b) vrácení zboží, a to pouze v případě (i) závažné vady – tj. vady či souboru vad, které ohrozí funkčnost zboží či bezpečnost

provozování zboží, a dále (ii) v případě opakované reklamace, která bude svědčit o zjevně nevyhovující povaze a vadnosti zboží.

Zadavatelem v kupní smlouvě použitá formulace „*vada nebo soubor vad, které ohrozí funkčnost zboží či bezpečnost provozování zboží*“ směřuje k postihnutí těch nejzávažnějších vad zboží, které brání funkčnosti zboží či narušují bezpečnost jeho užívání. Tyto vady představují velmi zásadní zásah do možnosti praktického a efektivního použití poptávaného zboží (stroje) a celkově tudíž maří záměr, se kterým si kupující dané zboží pořizoval. Nelze v této souvislosti rozhodně přisvědčit stěžovateli v tom smyslu, že by dotčená formulace v čl. 7, odst. 7.3. kupní smlouvy představovala hrubý rozpor s obvyklou obchodní praxí.

V tomto kontextu lze ilustrovat paralelu s úpravou podstatného porušení smlouvy v rámci úpravy koupě ve smyslu § 2106¹ zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“ či „**OZ**“), která mj. zakládá právo kupujícího na odstoupení od smlouvy. Co je myšleno podstatným porušením smlouvy vyplývá z úpravy § 2002 občanského zákoníku.² Dle komentářové literatury k citované úpravě platí, že: „*Za vadu, která je podstatným porušením smlouvy, tak lze považovat takovou, o které prodávající ví nebo musí rozumně předpokládat, že v případě jejího výskytu by kupující smlouvu neuzavřel a věc si nekoupil.*“³ Jinými slovy, podstatnou je taková vada, u které lze předpokládat, že pokud by o ní kupující věděl, tak by ke smlouvě vůbec nepřistoupil.⁴

V intencích dané Veřejné zakázky lze výše popsané vady, které brání užívání poptávaného zboží (ať už z důvodů funkčnosti či bezpečnosti), vnímat jako vady takové povahy, které by kupujícího od koupě odradily – jedná se tedy zjevně o vady, které představují podstatné porušení kupní smlouvy. Pokud je tedy s těmito vadami spojeno právo kupujícího (zadavatele) na odstoupení od smlouvy, lze uzavřít, že se citovaná smluvní úprava kupní smlouvy nikterak neodchyluje od úpravy občanského zákoníku. Zadavatel si zároveň není vědom jakéhokoli hrubého rozporu s obvyklou (v námitkách uváděnou) obchodní praxí a v tomto směru vyjadřuje pochybnost o tom, že by se tato stěžovatelem tvrzená obchodní praxe mohla významně odchylovat od úpravy práva z vad právě v občanském zákoníku, a to navíc ve prospěch prodávajících.

Na okraj je vhodné poznamenat, že kupující (zadavatel) má dle čl. 8, odst. 8.1 a 8.2 právo odstoupit od kupní smlouvy též v případě podstatného porušení smlouvy spočívajícího mj. v nedodržení jakosti zboží, přičemž proti této úpravě stěžovatel nic nenamítá.

Smyslem úpravy kupní smlouvy spočívající v možnosti vrácení zboží z důvodu opakované reklamace bylo umožnit kupujícímu vrácení takového zboží, které opětovně vykazalo takové vady, že byl kupující nucen přistoupit k reklamaci. V tomto směru je namístě připomenout, že základní premisou plnění smlouvy dle občanského zákoníku je plnění bezvadné, viz znění § 1914 odst. 1 OZ: „*Kdo plní za úplatu jinému, je zavázán plnit bez vad s vlastnostmi vymíněnými nebo obvyklými tak, aby bylo možné použít předmět plnění podle smlouvy, a je-li stranám*

¹ § 2106 odst. 1 občanského zákoníku: „*Je-li vadné plnění podstatným porušením smlouvy, má kupující právo:*

- a) na odstranění vady dodáním nové věci bez vady nebo dodáním chybějící věci,*
- b) na odstranění vady opravou věci,*
- c) na přiměřenou slevu z kupní ceny, nebo*
- d) odstoupit od smlouvy.“*

² § 2002 odst. 1 OZ: „*Poruší-li strana smlouvu podstatným způsobem, může druhá strana bez zbytečného odkladu od smlouvy odstoupit. Podstatné je takové porušení povinnosti, o němž strana porušující smlouvu již při uzavření smlouvy věděla nebo musela vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela, pokud by toto poškození předvídala; v ostatních případech s má za to, že poškození podstatné není.*“

³ Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 74.

⁴ Tichý, L., Pipková P. J., Balarin, J.: Kupní smlouva v novém občanském zákoníku. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, str. 170: „*Obecně řečeno, porušení má intenzitu podstatnosti, jestliže v důsledku toho je oprávněné očekávání kupujícího významně narušeno.*“

znám, i podle účelu smlouvy.“ Stěžovatel nicméně v rámci námitek uvádí, že i při vší snaze prodávajícího nelze v případě dané Veřejné zakázky zajistit (?!), že nedojde k opakované reklamaci zboží (byť i z titulu různých či zcela nezávažných vad).

Zadavatel nicméně reflektuje námitku stěžovatele a v návaznosti na to přistoupí k následující úpravě dotčené pasáže čl. 7, odst. 7.3. kupní smlouvy:

„Záruční podmínky jsou platné při dodržení všech ustanovení pro provoz jednotlivých částí zboží vyplývajících z návodů na obsluhu a záručních listů. Kupující písemně oznámí prodávajícímu zjištěné vady zboží. Kupující umožní prodávajícímu prohlídku vadného zboží. Kupující v rámci uplatněné záruky může požadovat buď opravu zboží, nebo vrácení zboží, a to v případě opakované vady nebo souboru vad, které znemožní funkčnost zboží či bezpečnost provozování zboží. a dále také v případě opakované reklamace zboží. O způsobu řešení zjištěných vad rozhoduje kupující.“

V případě, že kupující zvolí řešení reklamace formou opravy zboží, je prodávající povinen provést opravu a předat opravené zboží kupujícímu do 30 dnů od oznámení vady. kupující a určení způsobu řešení. Odvoz zboží do místa opravy a z místa opravy zpět do areálu kupujícího zajišťuje prodávající na své náklady.

V případě, že kupující zvolí způsob řešení reklamace zboží vrácením, je povinen prodávající zboží převzít v místě provozovny kupujícího nejpozději do 14 dnů od doručení reklamačního dopisu a v této lhůtě vrátit kupujícímu kupní cenu zboží. Vlastnictví a nebezpečí škod vráceného zboží přechází na prodávajícího dnem jeho převzetí od kupujícího, nejpozději 14 den od doručení reklamačního dopisu.“

Nové znění dotčené pasáže kupní smlouvy stanovuje (benevolentněji vůči dodavatelům), že kupující je oprávněn přistoupit k vrácení zboží toliko v případech opakované vady či souboru vad, které současně (jako druhá podmínka) dosáhnou výše blíže rozebrané závažnosti znemožňující samotnou funkčnost zboží nebo bezpečnost jeho provozování. Zadavatel tímto způsobem reflektoval námitku stěžovatele a vyloučil možnost vrácení zboží z důvodů opakované reklamace méně závažných vad zboží.

Přestože původní znění kupní smlouvy týkající se vrácení zboží nedopadalo na banální či snadno odstranitelné závady typu (stěžovatelem uváděné) prasklé žárovky, které z povahy věci zjevně nespádají do kategorie „ohrožení funkčnosti zboží nebo bezpečnosti“, ale toliko garantovala kupujícímu právo na vrácení zboží v souvislosti s opakovanými případy těch nejzávažnějších vad či v případě opětovně se vyskytujících vad, které by ztěžovaly či zcela paralyzovaly praktické využití zboží ze strany kupujícího, bylo přistoupeno ke zpřesnění znění dotčeného ustanovení kupní smlouvy. Toto znění lépe vyjadřuje a reflektuje úmysl zadavatele postihovat pouze ty nejzávažnější a opakované vady.

V obecné rovině dále zadavatel uvádí, že konkrétní formulaci smluvních podmínek ze strany zadavatele (včetně použití jím zvolené terminologie) úprava občanského zákoníku (s ohledem na její převažující dispozitivnost, která je přitom typická zejména pro oblast závazkového práva⁵) nebrání. Předmětná úprava kupní smlouvy je plně v souladu i s konkrétními požadavky § 1 odst. 2 OZ, který dispozitivnost v civilním právu zakotvuje: „Nezakazuje-li to zákon výslovně, moho si osoby sjednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.“. Tedy platí, že zde rozebíranou úpravu kupní smlouvy občanský zákoník výslovně nezakazuje, přičemž se zároveň nejedná ani o úpravu porušující dobré mravy, veřejný pořádek, právo týkající postavení osob, natož pak právo na ochranu osobnosti.

Z ustálené rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) zároveň vyplývá, že je to právě zadavatel, kdo nejlépe zná vlastní potřeby, pročez je to tedy

⁵ Lavický, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, str. 16.

zadavatel, komu je dána povinnost a výsostné právo do zadávacích podmínek tyto potřeby promítnout.⁶ Z rozhodovací praxe Úřadu dále vyplývá, že „zákon konkrétně nestanoví, jaké smluvní podmínky mají být obsaženy ve smlouvě, která bude uzavřena na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Vymezení smluvních podmínek tak zákon ponechává na uvážení zadavatele, neboť právě ten nejlépe ví, co potřebuje a za jakých podmínek. Záleží proto na úvaze zadavatele, jakým způsobem si stanoví rozsah smluvních podmínek.“⁷

Při tvorbě zadávací dokumentace, potažmo formulaci smluvních podmínek, je zadavatel povinen reflektovat i základní zásady zadávacího řízení vyjmenované v § 6 ZZVZ, a to s cílem zajistit, aby nebyla podmínky formulovány zjevně excesivně.⁸ Dle judikatury Nejvyššího správního soudu (rozhodnutí ze dne 30. 4. 2014, č. j. 9 Afs 21/2013-39) platí, že „pokud zadavatel dodrží zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně další výslovná omezení zákona o veřejných zakázkách, je na něm, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít“.⁹

Stěžovatel v rámci námitek opakovaně uvádí, že dotčená úprava kupní smlouvy je diskriminační a nepřiměřená.

Podle § 6 odst. 1 ZZVZ platí, že: „Zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.“ Z rozhodovací praxe Úřadu vyplývá, že: „Podle zásady přiměřenosti musí zadavatel nastavit parametry zadávacího řízení tak, aby byly přiměřené charakteru a předmětu veřejné zakázky. (...) V zadávacím řízení se totiž z povahy věci střetávají dva protichůdné principy, a to na straně jedné omezení dodavatelů, mezi nimiž může proběhnout soutěž o nejvhodnější nabídku, pouze na ty, kteří jsou předmět veřejné zakázky schopni plnit, a na straně druhé obecný zájem na co nejširší zachování soutěže. Postup v souladu se zásadou přiměřenosti tedy primárně (nikoli však výlučně) spočívá v tom, že na jedné straně zadavateli poskytuje dostatečné záruky výběru dodavatele, který skutečně bude schopen veřejnou zakázku kvalitně a v požadovaných termínech realizovat, na druhou stranu se bude jednat o postup, který nad rámec garance výše uvedeného cíle nebude dále nedůvodně omezovat hospodářskou soutěž.“¹⁰

Obdobné se pak uvádí i v rámci komentářové literatury.¹¹ Je přitom nesporné, že zadavatel ve zde řešené věci postupoval v souladu s uvedenými zásadami. Smluvní podmínky stanovil zadavatel přiměřeně ve vztahu k charakteru a předmětu veřejné zakázky, a to s cílem zajistit, že mu bude ze strany dodavatelů zajištěno kvalitní plnění za současného zachování co nejširší hospodářské soutěže. Jak bylo podrobně rozebráno výše, dotčené smluvní podmínky mají jednoznačnou vazbu na oprávněné zájmy zadavatele, nesměřují ke zneužití postavení zadavatele ani nedůvodnému omezení soutěže o veřejnou zakázku – jedná se o požadavky (v souladu s rozhodovací praxí Úřadu) objektivně potřebné, odůvodnitelné, vhodné vzhledem k potřebám zadavatele, schopné zajistit mu sledované cíle a stanovené pouze v nezbytně nutné míře tak, aby omezovaly soutěž o zakázku co nejméně.¹²

Podle § 6 odst. 2 ZZVZ platí, že: „Ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.“ Dle rozhodovací praxe Úřadu platí, že: „Diskriminací se rozumí rozdílný přístup k jedné skupině, než k jiné skupině či celku. V oblasti

⁶ Rozhodnutí Úřadu ze dne 30. 4. 2019, č.j. ÚOHS-0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu. A dále pak např. rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S434/2011/VZ-10215/2014/514/JNv, ze dne 14. 11. 2016, č. j. ÚOHS-S0638/2016/VZ-45906/2016/551/SBe nebo např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 11. 2017, č. j. ÚOHS-R0123/2017/VZ-32483/2017/321/Edo.

⁷ Rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 7. 2022, č.j. ÚOHS-24951/2022/500.

⁸ Rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 7. 2022, č.j. ÚOHS-24951/2022/500.

⁹ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 9. 1. 2020, č.j. ÚOHS-R0195/2019/VZ-00831/2020/323/VVá.

¹⁰ Rozhodnutí Úřadu ze dne 23. 9. 2019, č.j. ÚOHS-S0274/2019/VZ-26001/2019/522/RCh.

¹¹ Příkladem Jelinek, K. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek: praktický komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2022. Praktický komentář, str. 17: „Podstata zásady přiměřenosti spočívá v přiměřeném nastavení požadavků zadavatele v zadávacím řízení zejména ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti poptávaného přiměřeného plnění.“

¹² Rozhodnutí Úřadu ze dne 23. 9. 2019, č.j. ÚOHS-S0274/2019/VZ-26001/2019/522/RCh.

veřejných zakázek se diskriminací míní ztížená možnost či přímo nemožnost účasti v zadávacím řízení pro jednoho nebo více dodavatelů. Podstatou této zásady je, aby žádný z dodavatelů nebyl postupem zadavatele zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům. Zásadu zákazu diskriminace je zadavatel povinen dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení, a to už i v době příprav zadávacích podmínek. Diskriminace se zadavatel dopustí tehdy, pokud vymezí zadávací podmínky způsobem, který znemožní či ztíží určitému okruhu dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. Konkrétním projevem porušení této zásady je nemožnost určitého dodavatele se zadávacím řízením se svou nabídkou účastnit.¹³ Z rozhodovací praxe Úřadu zároveň vyplývá, že zásadu zákazu diskriminace nelze „zaměřovat s pouhou neschopností konkrétního dodavatele splnit zadávací podmínky, resp. za stanovených podmínek realizovat předmět plnění. Je třeba si uvědomit samotný smysl zadávacích podmínek, které jsou svým způsobem vždy ‚diskriminační‘, což vychází z jejich samotného účelu. Pokud by totiž zadavatel nebyl oprávněn stanovit zadávací podmínky, zjevně by nebyl schopen dosáhnout ani cíle samotného zadávání“.¹⁴

S ohledem na výše řečené lze konstatovat, že typickým projevem porušení této zásady je objektivní nemožnost určitého dodavatele ucházet se o účast v zadávacím řízení z důvodu toho, že zadávací podmínky byly zadavatelem nastaveny nepřiměřeně (a z pohledu dotčeného dodavatele diskriminačně). Zadavateli v tomto kontextu není z námitek stěžovatele zřejmé, z jakého důvodu by měla dotčená smluvní úprava diskriminační účinek, resp. jakým způsobem je stěžovatel znevýhodněn oproti jiným dodavatelům. Dotčená úprava dopadá identicky na všechny na všechny potenciální dodavatele, kteří by v případě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku byli vázáni stejnými smluvními podmínkami. Z uvedeného důvodu zadavatel neshledává ani porušení zásady zákazu diskriminace.

Z rozhodovací praxe Úřade ve vztahu k přezkumu smluvních podmínek dále vyplývá následující. Úřad uvádí, že jeho pravomoc posuzovat smluvní, resp. obchodní podmínky stanovené zadavatelem není zcela vyloučená, nicméně je omezená. Jak vyplývá z ustálené judikatury, např. z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 2. 2013, č. j. 62 Af 48/2011-69, není na Úřadu, aby „hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný excés vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být předmětem posouzení z pohledu ZVZ.“

V tomto směru lze dále odkázat i na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 1. 2019, č. j. 62 Af 76/2018-226, z něhož vyplývá, že Úřad má pravomoc k přezkumu těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku projeví jako podmínky smluvní, nicméně postup zadavatele při stanovení smluvní podmínky může být Úřadem označen za rozporný se zákonem až za situace, kdy by „takto nastavená smluvní podmínka jevila znak nepřiměřenosti (cíli) a znak excesu z pravidel kontrahovaných v případech obdobných plnění, jež by měly dostatečnou intenzitu působit ve vztahu k dodavatelům eliminačně, popř. fakticky znejasňovat, do jakých podmínek (jak ze strany zadavatele po dobu trvání smluvního vztahu vykládaných a používaných) dodavatel vlastně vstupuje. Pak by zásady podle § 6 ZZVZ po~~st~~ny být mohly; konkrétně zásada t~~ra~~nspara~~n~~tnosti při dovo~~z~~ení n~~o~~jasnosti podmín~~o~~k smluvního vztahu nebo zásada přiměřenosti či zásada zákazu diskriminace při dovození závěru, že takový postup vede k reálnému vyloučení dodavatelů ze soutěže o získání veřejné zakázky.“ V tomto duchu se vyjádřil i předseda Úřadu, který uvedl, že „(...) obchodní podmínky obsažené v rámcové dohodě a kupní smlouvě představují specifickou část zadávacích podmínek, která reflektuje potřeby zadavatele a působí zpravidla vůči všem dodavatelům stejně. S tím souvisí i omezená přezkumná pravomoc Úřadu ve vztahu k obchodním podmínkám. Úřad při výkonu své pravomoci přezkoumává soulad postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem, není však jeho úkolem hodnotit vhodnost a správnost stanovených obchodních podmínek nebo kontrolovat či korigovat vyváženost těmito

¹³ Rozhodnutí Úřadu 9. 10. 2019, č.j. ÚOHS-S0290/2019/VZ-27631/2019/513/JLÍ.

¹⁴ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 9. 1. 2020, č.j. ÚOHS-R0195/2019/VZ-00831/2020/323/VVÁ.

podmínkami definovaného smluvního vztahu.“¹⁵

Vzhledem k tomu, že „z ustálené rozhodovací praxe Úřadu (...) lze dovodit, že do kompetence Úřadu spadá posouzení toho, zda konkrétní soukromoprávní podmínka vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný exces, jenž by mohl způsobit faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky či by představoval neúnosné narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 zákona“,¹⁶ lze uzavřít, že Úřad v rámci své činnosti přistupuje k přezkumu konkrétních smluvních podmínek pouze v případě zcela zjevné nepřiměřenosti či zjevného excesu. V ostatních případech Úřadu vhodnost, přiměřenost či správnost smluvních podmínek v rámci své pravomoci nepřezkoumává.

Zadavatel shrnuje, že formulace smluvních podmínek je jeho výsostným právem, přičemž při jejich tvorbě se řídil pravidly jak dle občanského zákoníku, tak dle ZZVZ, a to včetně související rozhodovací praxe Úřadu. Zadavatel nicméně částečně vyhověl námitce stěžovatele a upřesnil smluvní podmínky tak, aby byly nastaveny vůči potenciálním dodavatelům co nejbenevolentněji za současné zachování práva zadavatele na vrácení zboží v případech vad těch nejzávažnějších a opakovaných reklamací.

S ohledem na výše řešené lze uzavřít, že ve zde řešené věci nejsou smluvní podmínky zjevně nepřiměřené a nepochybně nepředstavují zjevný exces. Zadavatel tak v souladu s rozhodovací praxí Úřadu uvádí, že pochopitelně není povinností dodavatele účastnit se zadávacího řízení, a to např. z důvodu, že se neztotožňuje se způsobem nastavení smluvních podmínek a záleží vždy pouze na něm, zda zadavatelem navržené smluvní podmínky akceptuje a podá nabídku, či nikoliv.¹⁷

III. Vyjádření zadavatele k námitce ad 2) - čl. 7, odst. 7.11 kupní smlouvy

Čl. 7, odst. 7.11 kupní smlouvy stanoví, že: „*Pokud porušením povinností prodávajícího, vyplývajících z obecně závazných právních předpisů či z této smlouvy, vznikne kupujícímu či třetím osobám v důsledku použití či užívání zboží jakákoliv škoda, odpovídá za ni prodávající, a to bez ohledu na zavinění. Ustanovení předchozí věty platí i poté, co dojde k odstoupení od této smlouvy některou ze stran či oběma smluvními stranami.*“

Toto ustanovení kupní smlouvy svým zněním i povahou odpovídá všeobecně závazné úpravě § 2913 OZ, který stanoví, že: „*Poruší-li strana povinnost ze smlouvy, nahradí škodu z toho vzniklou druhé straně nebo i osobě, jejímuž zájmu mělo splnění ujednané povinnosti zjevně sloužit.*“ Občanský zákoník konstruuje odpovědnost za porušení smluvní povinnosti jakožto odpovědnost objektivní, tedy odpovědnost bez ohledu na zavinění.¹⁸ Pokud smluvní strana poruší povinnost danou smlouvou, odpovídá za škodu bez ohledu na to, zda porušení povinnosti zavinila či nikoli.¹⁹ Dotčené ustanovení kupní smlouvy proto nemůže být shledáno nepřiměřeným či zneužívajícím silnější postavení zadavatele, když v podstatě reflektuje obecně závaznou dikci zákona.

Je též třeba akcentovat, že dotčené ustanovení kupní smlouvy cílí toliko na škodu způsobenou „*v důsledku použití či užívání zboží*“. Prodávající je tedy odpovědný pouze za tu škodu, která vznikne v důsledku porušení jeho povinností při použití či užívání zboží. Zákonnou povinností prodávajícího přitom je dodat zboží v ujednané jakosti (§ 2095 OZ), přičemž úprava kupní

¹⁵ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 1. 2019, č. j. ÚOHS-R0166/2018/VZ-00267/2019/321/ZSř

¹⁶ Rozhodnutí Úřadu ze dne 28. 3. 2024, č.j. ÚOHS-13453/2024/500.

¹⁷ Rozhodnutí Úřadu ze dne 28. 3. 2024, č.j. ÚOHS-13453/2024/500.

¹⁸ HULMÁK, Milan. *Občanský zákoník VI: závazkové právo: zvláštní část (§ 2055-3014): komentář. Velké komentáře*. Praha: C.H. Beck, 2014., str. 1566.

¹⁹ ŠVESTKA, Jiří. *Občanský zákoník: komentář*. 2. vydání. *Komentáře (Wolters Kluwer ČR)*. Praha: Wolters Kluwer, 2019.

smlouvy počítá s dodáním zboží bez jakýchkoli vad (viz čl. 5, odst. 5.3 kupní smlouvy). Uvedenou povinnost dodat zboží bez vad ostatně ani stěžovatel nijak nerozporuje (ani nemůže, neboť to je základní povinnost prodávajícího obecně). V kontextu toho, že ustanovení kupní smlouvy týkající se povinnosti dodat zboží bez vad lze považovat za zcela běžné a přiměřené, musí tím pádem být přiměřené i ustanovení o povinnosti nahradit škodu v případě, že vadné zboží způsobí určitou škodu.

Nelze dále ani přisvědčit argumentaci stěžovatele, že se v případě dotčené pasáže kupní smlouvy jedná o sjednání „*absolutní povinnosti dodavatele k náhradě škody bez jakékoli možnosti liberace*“. Liberaci z odpovědnosti za škodu způsobenou porušením smluvní povinnosti upravuje samotný občanský zákoník v § 2913 odst. 2: „*Povinnosti k náhradě se škůdce zproští, prokáže-li, že mu ve splnění povinnosti ze smlouvy dočasně nebo trvale zabránila mimořádná nepředvídatelná a nepřekonatelná překážka vzniklá nezávisle na jeho vůli. Překážka vzniklá ze škůdcových osobních poměrů nebo vzniklá až v době, kdy byl škůdce s plněním smlouvené povinnosti v prodlení, ani překážka, kterou byl škůdce podle smlouvy povinen překonat, ho však povinnosti k náhradě nezproští.*“ Úpravu kupní smlouvy tuto možnost liberace přitom nijak nelimituje ani nevylučuje, a tudíž je uvedený liberační důvod plně uplatnitelný.

Stěžovatel v rámci svým námitek dále zmiňuje odpovědnost za „...*technickou závadu, o které dodavatel nevěděl, vědět nemohl a nemohl jejímu výskytu ani při nejlepší vůli zabránit (...)*“. Dle zadavatele se jedná o zcela nepřiléhavý příklad odpovědnosti stěžovatele. Stěžovatel je dle kupní smlouvy povinen dodat zboží bez vad. Za předpokladu, že tuto povinnost splní, případná „*nezaviněná technická závada*“ (taková, která není odvislá od dodání vadného plnění) nepředstavuje porušení jeho smluvních povinností a nevede k jeho odpovědnosti za vzniklou škodu.

V kontextu povinnosti stěžovatele neporušovat povinnosti plynoucí z obecně závazných právních předpisů je namístě rovněž uvést, že tyto povinnosti je stěžovatel povinen dodržovat (a hradit případnou škodu) již na základě samotné zákonné úpravy, konkrétně § 2910 občanského zákoníku, který stanoví, že: „*Škůdce, který vlastním zaviněním poruší povinnost stanovenou zákonem a zasáhne tak do absolutního práva poškozeného, nahradí poškozenému, co tím způsobil. Povinnost k náhradě vznikne i škůdci, který zasáhne do jiného práva poškozeného zaviněným porušením zákonné povinnosti stanovené na ochranu takového práva.*“ Ačkoliv občanský zákoník v § 2910 stanovuje několik podmínek pro náhradu škody vzniklé porušením zákona, úprava občanského zákonu ani ZZVZ na základě principu dispozitivnosti přitom nebrání ujednat si stranám konkrétní podmínky podrobněji, než činí zákon.

Zadavatel tedy k tomuto námitkovému bodu uzavírá, že čl. 7, odst. 7.11 kupní smlouvy představuje zcela obvyklou smluvní povinnost prodávajících v obdobných kupních smlouvách týkajících se dodávek zboží. Dané ustanovení není rovněž ani diskriminační, a to s ohledem na skutečnost, že není zřejmé (ani z odůvodnění námitek stěžovatele), jakým způsobem by dotčené ustanovení kupní smlouvy mohlo negativně dopadat oproti ostatním dodavatelům právě na stěžovatele. Ostatně sám dodavatel ve svých námitkách nijak nezdůvodnil, proč by napadené ustanovení mělo být diskriminační a tato jeho námitka je zjevně účelová a lichá. Znění čl. 7, odst. 7.11 kupní smlouvy je s poukazem na výše uvedené zcela běžné, přiměřené a nikoli diskriminační a plně v souladu s úpravou občanského zákoníku a ZZVZ, jakož i zásadami upravenými § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ.

IV. Závěr:

Jak již bylo uvedeno výše, vymezení smluvních podmínek ponechává ZZVZ na uvážení zadavatele, neboť právě ten nejlépe ví, co potřebuje a za jakých podmínek.²⁰ Při nastavení

²⁰ Rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 7. 2022, č. j. ÚOHS-24951/2022/500.

zadávacích – smluvních podmínek Veřejné zakázky postupoval zadavatel plně v souladu se ZZVZ, občanským zákoníkem i relevantní rozhodovací praxí Úřadu; výše byly vysvětleny důvody a motivace zadavatele pro volbu konkrétních smluvních ustanovení.

Zadavatel nicméně přistoupil k dílčímu upřesnění čl. 7, odst. 7.3 kupní smlouvy. Pokud jde o námitku stěžovatele vztahující se k čl. 7, odst. 7.11 kupní smlouvy, zadavatel neshledal v tomto případě důvody, aby námitce byl i jen částečně vyhověl. Znění čl. 7, odst. 7.11 kupní smlouvy tudíž zůstává nezměněno.

Zadavatel na závěr uvádí, že v souladu s rozhodovací praxí Úřadu v rámci odůvodnění tohoto rozhodnutí postihl gros podaných námitek, přičemž se srozumitelně a dostatečně podrobně vyjádřil k podstatě namítaných skutečností,²¹ jakož i k důvodům, které zadavatele vedly k částečnému vyhovění a částečnému odmítnutí námitek.

Zadavatel v souvislosti s výše uvedeným částečným vyhověním námitkám stěžovatele uveřejní upravené znění zadávacích podmínek, tj. upravené znění kupní smlouvy, a v souvislosti s tím prodlouží lhůtu pro podání nabídek tak, aby činila celou svou původní délku.

Poučení:

Jelikož zadavatel podané námitky částečně odmítl, je stěžovatel v souladu s § 251 odst. 2 ZZVZ oprávněn podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Návrh musí být doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a ve stejnopise zadavateli ve lhůtě 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítnul.

V Pardubicích dne dle el. podpisu

Ing. Zdeněk Vašák, ředitel

²¹ Rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 7. 2022, č.j. ÚOHS-23236/2022/500.