

# Úvod

Mojmír Florian

## Projevy dualismu soukromého a veřejného práva v oblasti právní regulace zadávání veřejných zakázek

### Úvod – dualismus soukromého a veřejného práva

Pod vlivem recepce římského práva jsou právníci v kontinentálním právním systému, jehož součástí je i tuzemské právo, navyklí rozlišovat mezi právem soukromým a veřejným. Jakkoli zní tato teze naprosto samozřejmě, autor tohoto článku se domnívá, že některé její aspekty a dopady jsou mezi běžnými uživateli práva (a to i z řad profesionálů, pomineme-li zdatné právní teoretiky) chápány spíše intuitivně a nikoli zcela přesně.

První otázka, která musí nutně každého napadnout, spočívá v tom, které normy tvoří součást práva soukromého a které součást práva veřejného. Odpověď na ni lze hledat v několika různých teoriích. Na prvním místě lze zmínit teorii zájmovou, neboť ta pochází již z římskoprávní tradice a podle níž (byť ne zcela přesně v souladu s touto tradicí) je za veřejné právo považováno to, které chrání zájmy veřejné, za soukromé pak to, které chrání zájmy individuální. Tuto teorii však Nejvyšší správní soud označuje za nejméně spolehlivou s odůvodněním, že *mezi soukromým a veřejným zájmem neexistují přesné hranice a že nelze nijak spolehlivě stanovit, zda konkrétní zájem je veřejný či soukromý. Tato skutečnost je způsobena i tím, že určitá skupina zájmů může mít zároveň povahu zájmů soukromých i zájmů veřejných...*<sup>1)</sup>

Druhým přístupem, kterým lze hledat hranice mezi veřejným a soukromým právem, je zaměřit se na účastníky zkoumaných právních vztahů, resp. na jejich vzájemné postavení. Tak to činí teorie subordinační (někdy též nazývaná mocenská). Zatímco vztahy soukromého práva se vyznačují rovným postavením svých účastníků, ve vztazích veřejnoprávních je nositel veřejné moci ostatním účastníkům nadřazen. Ani tato teorie však není zcela spolehlivá, neboť i ve veřejném právu existují vztahy, kde jsou si jejich účastníci rovni (veřejnoprávní smlouvy).

Teorie subjektů (či organická teorie) pak vychází z toho, zda subjekty vystupující v právních vztazích mají svůj původ v právu soukromém (fyzické a právnické osoby), nebo v právu veřejném (veřejnoprávní korporace: stát, územně samosprávné celky apod.). Jestliže účastníci vstoupili do právního

---

<sup>1)</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004 sp.zn. 4 As 47/2003.

vztahu nezávisle na svém charakteru veřejnoprávní korporace, jde o poměr práva soukromého.

Za nejspolehlivější způsob rozlišování pak Nejvyšší správní soud<sup>2)</sup> označuje posuzování metody právní regulace. Podle této teorie se normy veřejného práva poznají podle toho, že mají spíše kogentní charakter, zatímco soukromé právo je charakterizováno smluvní volností a důrazem kladeným na vůli zúčastněných osob.

Autor tohoto příspěvku se v žádném případě necítí být povolán k tomu, aby rozmnožoval poměrně bohaté doktrinární prameny k problematice rozlišování veřejného a soukromého práva. Pro účely této stati bohatě postačí dílčí závěr, že hranice mezi soukromým a veřejným právem jsou v mnoha případech velmi neostré a obtížně zjistitelné. Žádná z předestřených (a dalších existujících) teorií není vyčerpávající, v určitých konkrétních situacích každá z nich selhává a závěr o tom, zda je určitý vztah soukromoprávní, nebo veřejnoprávní, mnohdy vyžaduje velmi komplexní úvahu beroucí v potaz několik hledisek.

Stejně tak ale platí, že nejde o „pouhý“ teoretický koncept a problém, neboť to, do které oblasti práva konkrétní zkoumaný vztah spadá, má zásadní praktické následky (ve smyslu dopadu do práv a povinností jednotlivých osob). Mimo jiné tato skutečnost např. rozhoduje o tom, které soudy a podle jakého procesního právního předpisu budou věc řešit. Pokud podle § 2 soudního řádu správního<sup>3)</sup> *ve správním soudnictví poskytují soudy ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob, zatímco podle § 7 občanského soudního řádu<sup>4)</sup> v občanském soudním řízení projednávají a rozhodují soudy spory a jiné právní věci, které vyplývají z poměrů soukromého práva, je pomyslným rozcestníkem mezi přezkoumáním rozhodnutí správního orgánu na základě žaloby podle soudního řádu správního (na kasačním principu), nebo na základě žaloby v občanském soudním řízení podle části páté občanského soudního řádu (na principu apelačním) právě to, zda má daný právní vztah svůj původ ve veřejném, nebo soukromém právu. Není proto divu, že Nejvyšší správní soud hovoří v této souvislosti o renesanci dualismu práva<sup>5)</sup>.*

Pokud jde o vzájemný vztah soukromého a veřejného práva, zdá se, že jde o ještě složitější otázku než hledání samotného „dokonalého“ rozlišovacího kritéria mezi oběma oblastmi práva. Pokud jde o legislativní vyjádření, § 1 odst. 1 věta druhá občanského zákoníku<sup>6)</sup> uvádí, že *uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného*. Předmětné ustanovení je často předmětem doktrinární kritiky,<sup>7)</sup> a to zjednodušeně řečeno z toho pohledu, že právní řád by měl spíše směřovat k jednotě, jak o tom mj. hovoří i Ústavní

---

<sup>2)</sup> Rozsudek cit. v pozn. 1.

<sup>3)</sup> Zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>4)</sup> Zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>5)</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 10. 2003 sp.zn. 6 As 29/2003.

<sup>6)</sup> Zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>7)</sup> Např. GERLOCH, A., TRYŽNA, J.: Dualismus soukromého a veřejného práva a nový občanský zákoník: k jednotě a diferenciaci práva. In *Právník* 9/2014, str. 730 a násl. nebo ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol.: *Občanský zákoník: Komentář, Svazek I, (§ 1-654)*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 15. března 2025]. Dostupné z: [www.aspi.cz](http://www.aspi.cz).

soud: „Právní řád, založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti, s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích. Jestliže zásada jednotnosti a bezrozpornosti právního řádu zapovídá odlišný přístup k obdobným právním institutům v jednotlivých právních odvětvích...“<sup>8)</sup>

Důvodová zpráva k občanskému zákoníku obsahuje pasáž, podle které obě oblasti mají i styčné plochy a funkcionální vazby. Leč je podstatné, že v případech, kdy je namístě vázat uplatňování soukromého práva na právo veřejné, vyžaduje se, aby to zákon stanovil výslovně. Je pak jistě na místě otázka, kterou si mnozí autoři logicky kladou,<sup>9)</sup> co se má stát v případě, pokud tak výslovně stanoveno není. Jsou snad v tu chvíli všechny takové normy veřejného práva vyloučeny z aplikovatelnosti? Vznikají tak dokonce pochybnosti (z obecného pohledu velmi nežádoucí), nakolik je dané ustanovení občanského zákoníku vlastně normativní povahy.

I hlasy kritické k příliš obecnému pojetí § 1 odst. 1 věty druhé občanského zákoníku dospívají k závěru, že právo soukromé je právem obecným, zatímco veřejnoprávní normy (tam, kde se dotýkají soukromoprávní úpravy) představují *lex specialis*.<sup>10)</sup>

Již z tohoto velmi stručného úvodu se podává, že na vztah mezi soukromým a veřejným právem existují různé doktrinální názory. Hlubší analýza této problematiky však není cílem autora tohoto článku, neboť pro účely následujícího textu lze docela dobře vystačit v podstatě s několika základními tezemi:

1. právní řád by měl obecně směřovat k jednotě, nicméně
2. soukromé a veřejné právo představují v tuzemském právu dvě oblasti, které jsou (v hraničních případech třeba i složitě) odlišitelné;
3. byť striktní separace těchto oblastí není záhodná a patrně zcela neodpovídá pojetí moderního právního státu, tuzemská doktrína i rozhodovací praxe je stále rozlišuje, a to i s velmi praktickými dopady do práv a povinností subjektů práva.

Následující řádky by se pak měly zabývat praktickými projevy rozlišování a vztahu mezi soukromým a veřejným právem v oblasti právní úpravy zadávání veřejných zakázek, zejména pokud jde o výklad právních norem, které tuto oblast regulují.

### **1. Povaha právní úpravy zadávání veřejných zakázek**

Právě právní úprava zadávání veřejných zakázek může sloužit jako ilustrativní příklad toho, jak složité může být někdy v praxi odlišení soukromého práva od práva veřejného.

---

<sup>8)</sup> Nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 444/2011.

<sup>9)</sup> Srov. díla uvedená v pozn. 7.

<sup>10)</sup> Problematiké pak je, zda je tato specialita obecná (což by bylo teoreticky správné z hlediska jednoty právního řádu), anebo zda musí být založena výslovně, jak by vyplývalo z důvodové zprávy k občanskému zákoníku; podrobnější zpracování této otázky však přesahuje rozsah a zaměření tohoto článku.

Pokud pro tuto chvíli vyjdeme z poněkud zjednodušené teze, že veřejnou zakázkou je závazkový vztah mezi osobou v postavení zadavatele (§ 4 zákona o zadávání veřejných zakázek<sup>11)</sup>) a dodavatelem, který jí za úplatu dodává zboží, případně poskytuje služby nebo stavební práce,<sup>12)</sup> na první pohled je zřejmé, že takový vztah bude primárně soukromoprávní. Výsledkem zadávacího řízení tak bude uzavření (soukromoprávní) smlouvy, která se bude typicky řídit (v tom rozsahu, v jakém budou chybět smluvní ujednání) normami soukromého práva a případné spory z ní budou rozhodovat civilní soudy.

Poněkud relativizující slova „primárně“ a „typicky“ byla v předchozím odstavci užita záměrně. Vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je totiž o něco složitější, resp. vícevrstevnatější a soukromoprávní povahou se nevyčerpává. Především je třeba si uvědomit, že do úpravy zadávání veřejných zakázek coby formalizované kontraktace se velmi silně promítá veřejný zájem. Cílem zákonné úpravy je totiž *zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to vytvořením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.*<sup>13)</sup> Právě s tímto cílem je kontraktační proces formalizován a regulován kogentními ustanoveními zákona o zadávání veřejných zakázek. Tato ustanovení jsou nepochybně součástí práva veřejného (chrání veřejný zájem na co nejširší hospodářské soutěži, potažmo na hospodárném vynakládání veřejných prostředků a z hlediska metody regulace jde nepochybně o donucující ustanovení).

Určité povinnosti zadavatele tak vyplývají z práva veřejného a jejich (ne)splnění se promítá do veřejných subjektivních práv dodavatelů.<sup>14)</sup> Mnohá jednání zadavatelů tak překračují soukromoprávní charakter jejich vztahu s dodavateli; jde pak konkrétně o ta jednání, ke kterým je zadavatel povinen podle donucujících norem zákona o zadávání veřejných zakázek. Jelikož cílem těchto norem je – v nejvyšší míře obecnosti – hospodárné vynakládání veřejných prostředků prostřednictvím zajištění co nejširší hospodářské soutěže o konkrétní veřejnou zakázku, znamená to, že každý relevantní dodavatel má veřejné subjektivní právo *na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami.*<sup>15)</sup>

Hranice mezi soukromoprávními a veřejnoprávními normami v rámci zákona o zadávání veřejných zakázek mohou přitom být v určitých hraničních případech neostře, v rozhodovací praxi však (s odkazem na smysl právní úpravy) převažuje zdůrazňování veřejnoprávního charakteru regulace. Instruktivním příkladem

<sup>11)</sup> Zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů; odkazované ustanovení § 4 vymezuje, které osoby (případně za splnění jakých podmínek) je třeba považovat za zadavatele coby osoby povinné postupovat podle zákona o zadávání veřejných zakázek.

<sup>12)</sup> K tomu srov. § 2 odst. 1 věta první zákona o zadávání veřejných zakázek, podle které se „*zadáním veřejné zakázky... pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.*“

<sup>13)</sup> K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008 sp.zn. 1 Afs 20/2008.

<sup>14)</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 5. 2014 sp.zn. 2 Afs 23/2013.

<sup>15)</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008 sp.zn. 5 As 50/2006.

byla v minulosti otázka, podle jakých pravidel se má posuzovat doručování námitek či stejnopisu návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele prostřednictvím systému datových schránek zadavateli (zda se jedná o doručování mezi soukromými osobami, nebo o doručování, na které je třeba analogicky uplatnit pravidla pro doručování orgánům veřejné moci). V obou případech dospěly správní soudy k závěru, že byť jde o jednání mezi zadavatelem a dodavatelem (a byť rozhodování o námitkách neznamená autoritativní rozhodnutí orgánu veřejné moci), jde o nutný předstupeň<sup>16)</sup> – již ryze veřejnoprávního – dozoru nad zadáváním veřejných zakázek ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Za takové situace pak soudy konstatovaly, že *institut námitek... není institutem majícím pouze a výhradně soukromoprávní povahu*.<sup>17)</sup>

Lze tedy uzavřít, že právní úprava zadávání veřejných zakázek má hybridní (smíšenou) povahu. Byť je výsledkem zadávacího postupu závazkový právní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, který se povýtce řídí soukromým právem (s výjimkou, o které bude ještě pojednáno), obsahuje zákon o zadávání veřejných zakázek i rozsáhlou veřejnoprávní regulaci, a to především v těchto oblastech:

- pravidla pro zajištění transparentního a nediskriminačního výběru dodavatele
- právní úprava ochrany dodavatele před nezákonným postupem zadavatele (rozumí se ochrana právě pro případy, kdy zadavatel poruší onu veřejnoprávní regulaci)
- pravidla pro zajištění ochrany veřejného zájmu při plnění veřejné zakázky (zákaz podstatné změny závazku ze smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku – tu se dostáváme k oné výjimce, kdy veřejné právo určitým způsobem omezuje smluvní volnost zadavatele i po ukončení formalizovaného zadávacího řízení, přičemž smyslem těchto omezení je nepřipustit devaluaci původní soutěže, resp. původního výběru dodavatele).

Ochranu před postupem zadavatele, kterým jsou porušeny veřejnoprávní normy, musí dodavatel hledat v rovině veřejného práva. Veřejnoprávní dozor nad jednáním zadavatelů pak vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže coby správní orgán, resp. správní soudy ve správním soudnictví. Naopak, pokud v průběhu plnění veřejné zakázky zadavatel poruší svůj soukromoprávní závazek z ní vyplývající (např. neuhradí celou kupní cenu), musí se dodavatel ochrany domáhat v rovině práva soukromého, tj. v civilním soudním řízení.

Toto procesní oddělení je pak provedeno velmi důsledně, neboť pro případ, že by neplatnost smlouvy měla být způsobena porušením pravidel stanovených v zákoně o zadávání veřejných zakázek<sup>18)</sup>, je v jeho § 264 odst. 2 upravena *de facto*

<sup>16)</sup> Pokud dodavatel nepodá řádně a včas námitky, nemůže se později úspěšně domáhat přezkoumání postupu zadavatele ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

<sup>17)</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2019 sp.zn. 7 As 131/2019, srov. např. i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2018 sp.zn. 9 As 369/2017 nebo ze dne 25. 11. 2019 sp.zn. 9 As 179/2018.

<sup>18)</sup> V obecné rovině by mohl takovou neplatnost (civilní) soud deklarovat coby právní jednání odporující

kompetenční vyluka pro (civilní) soudy. V důsledku porušení zákona o zadávání veřejných zakázek totiž může být smlouva neplatná pouze v případě, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže pravomocně uloží zákaz jejího plnění; u soudu se díky tomuto ustanovení neplatnosti smlouvy na veřejnou zakázku (z důvodu porušení veřejnoprávních pravidel stanovených v zákoně o zadávání veřejných zakázek) úspěšně dovolat nelze.

## **2. Autonomní výklad pojmů použitých v zákonu o zadávání veřejných zakázek v oblasti veřejného práva**

Jak již bylo řečeno, zákon o zadávání veřejných zakázek stanoví množství povinností veřejnoprávní povahy, z nichž mnohé se (s ohledem na jádro úpravy, kterou je formalizovaná kontraktace soukromoprávní smlouvy) dotýkají vztahů regulovaných běžně soukromým právem.

Klíčovou otázkou, kterou by chtěl autor v této stati zkoumat, pak je, nakolik pojmové instrumentarium použité v těchto veřejnoprávních normách, které má však svůj původ v právu soukromém, vykládat v souladu s jeho chápáním v oblasti soukromého práva, nebo autonomně.

Na základě dostupné judikatury správních soudů je možno tuto otázku zkoumat především na dvou základních veřejnoprávních povinnostech, které stíhají zadavatele veřejné zakázky: první z nich je povinnost zadat veřejnou zakázku podle formalizovaných pravidel zákona o zadávání veřejných zakázek, není-li stanoveno jinak,<sup>19)</sup> druhou pak zákaz umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení zadávacího řízení.<sup>20)</sup>

### **a) Povinnost zadat veřejnou zakázku podle formalizovaných pravidel stanovených v zákoně o zadávání veřejných zakázek**

Zákon o zadávání veřejných zakázek upravuje ve svém § 2 odst. 3 obecnou povinnost *zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak.*<sup>21)</sup>

Pro určení toho, zda osobu v postavení zadavatele stíhá povinnost uzavřít smlouvu na základě formalizované kontraktace, je pak logicky klíčové, zda uzavíraná smlouva představuje veřejnou zakázku. Podle § 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek se *zadáním veřejné zakázky... pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá*

---

zákonu ve smyslu § 580 odst. 1 občanského zákoníku (pro tuto úvahu předpokládáme, že lze dospět k závěru, že minimálně při určitých závažných porušeních zákona o zadávání veřejných zakázek jeho smysl a účel vyslovení neplatnosti smlouvy vyžaduje a že by v mnoha případech šlo i o neplatnost absolutní ve smyslu § 588 občanského zákoníku).

<sup>19)</sup> § 2 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek.

<sup>20)</sup> § 222 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek.

<sup>21)</sup> Zákon o zadávání veřejných zakázek upravuje celou řadu výjimek, kdy zadavatel sice zadává veřejnou zakázku, nicméně není povinen činit tak v zadávacím řízení – k tomu srov. § 29, § 30, § 31, § 158, § 159, § 177, § 178, § 191 zákona o zadávání veřejných zakázek; samotný § 2 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek pak dále vymezuje situace, kdy se povinnost zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení považuje za splněnou (zadání veřejné zakázky na základě rámcové dohody, v dynamickém nákupním systému nebo pořízení plnění od centrálního zadavatele).

*povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Z tohoto ustanovení lze dovodit základní podmínky, které musí závazkový vztah splňovat, aby na něj bylo pohlíženo jako na veřejnou zakázku:*

1. jde o závazkový vztah mezi osobou v postavení zadavatele (§ 4 zákona o zadávání veřejných zakázek) a dodavatelem,
2. zadavatel požaduje dodání (zejm. koupi, nájem nebo pacht) věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil,<sup>22)</sup> poskytování služeb nebo stavebních prací, přičemž závazek dodavatele tomu odpovídá,
3. dodavatel požaduje za své plnění úplatu, kterou podle smlouvy poskytuje buď zadavatel, nebo jiná osoba (znak úplatnosti).

Ve snaze vyhnout se zákonné regulaci zadávání veřejných zakázek se zadavatelé mnohdy pokoušejí o složité a „neotřelé“ právní konstrukce, kterými se snaží zakázkovou podstatu právního vztahu zastřít. Na pozadí těchto pokusů historicky vznikla rozhodovací praxe týkající se tzv. dissimulovaných veřejných zakázek.

Instruktivním příkladem může být věc posuzovaná Krajským soudem v Brně v řízení vedeném pod sp.zn. 62 Af 35/2012.<sup>23)</sup> V dané věci bylo žalobou zpochybněno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který zadavateli uložil pokutu za nezadání veřejné zakázky na stavební práce v zadávacím řízení. Tento zadavatel (město) uzavřel s dodavatelem, resp. se skupinou dodavatelů „smlouvu o spolupráci“, na jejímž základě měl dodavatel na pozemcích ve svém vlastnictví (které získal od zadavatele na základě separátní směnné smlouvy) vybudovat areál mateřské školy, který mělo město následně odkoupit do svého vlastnictví (za cenu nepřesahující 40 mil. Kč).<sup>24)</sup> Do doby odkoupení areálu mělo město dodavateli platit nájem, který se započítával na kupní cenu. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže celou konstrukci posoudil jako veřejnou zakázku na stavební práce – zadavatel požadoval vybudování areálu mateřské školy, který se měl ve výsledku stát jeho vlastnictvím. Krajský soud v Brně dospěl v souladu s hodnocením Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k názoru, že *formální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, stejně jako jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva, tu není rozhodující. Smlouva na veřejnou zakázku není zvláštním smluvním typem (pojmenovaným jako ‚Smlouva na veřejnou zakázku‘ nebo obdobně), ani není z pohledu ZVZ třeba jakýkoli konkrétní smluvní typ podle právních norem soukromého práva dodržet. (...) Naplnění znaků veřejné zakázky může být založeno i kombinací několika soukromoprávních jednání s využitím řady právních institutů, pokud z nich vyplýne odběratelova (zadavatelova) povinnost poskytnout plnění,*

<sup>22)</sup> K definici veřejné zakázky na dodávky srov. § 14 zákona o zadávání veřejných zakázek.

<sup>23)</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2013 sp.zn. 62 Af 35/2012.

<sup>24)</sup> Nabytí existujících nemovitostí bylo podle tehdy účinného zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, jednou z výjimek, kdy zadavatel nemusel postupovat podle zákona regulujícího zadávání veřejných zakázek; podle zákona o zadávání veřejných zakázek pak obdobně platí, že nabytí existující nemovitosti sice představuje veřejnou zakázku, tu však nemusí zadavatel zadávat v zadávacím řízení.

*jež je vyjádřitelné v penězích a jež je svojí povahou, se zohledněním kontextu všech práv a povinností odběratele (zadavatele) vyplývajících ze všech takto spolu souvisejících a na sebe navazujících soukromoprávních úkonů, odběratelovým (zadavatelovým) výdajem.“*

Obdobně pak Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 21. 4. 2016 sp. zn. 62 Af 15/2015 uvedl, že *[p]ovahu kontrahovaného smluvního vztahu (...) tedy konkrétně to, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, nelze posuzovat podle formy, která je k uspokojení požadavku zadavatele po konkrétním plnění zvolena, nýbrž podle materiálního obsahu zadavatelova požadavku a faktické povahy a obsahu jednotlivých úkonů, prostřednictvím kterých má být zadavatelův požadavek uspokojen. (...) Není přitom rozhodné, jaké smluvní typy mají být pro realizaci zadavatelova požadavku použity, ani není rozhodné, nakolik kombinovaná struktura jednotlivých smluvních vztahů, které mají sloužit k uspokojení zadavatelova požadavku, je využita, kolik subjektů do takových vztahů vstupuje a nakolik jsou jednotlivé vztahy atomizovány.*

Právě uvedené závěry ještě ničeho nevytvářejí o autonomním posuzování právních jednání zadavatele v rovině veřejného práva, neboť i v právu soukromém nepochybně platí, že právní jednání se posuzuje podle svého (skutečného) obsahu a má-li být právním jednáním zastřeno jiné právní jednání, posoudí se podle jeho pravé povahy.<sup>25)</sup> Přesto je na místě si již na tomto místě uvědomit, jak se správní soudy k výkladu právního jednání staví: jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva tu není rozhodující. Zajímavější se pak situace stane, pokud jsou shora dovozené závěry aplikovány na uzavření smlouvy o smlouvě budoucí.

V soukromém právu je smlouva o smlouvě budoucí smlouvou „přípravnou“, jejím předmětem... není ještě konkrétní plnění, když předmětem této smlouvy je „pouze“ závazek uzavřít v určité době příslušnou smlouvu, která bude vlastním podkladem plnění, o něž ve své podstatě účastníkům jde.<sup>26)</sup> V žádném případě nelze v rovině soukromého práva uzavřít, že by byl dodavatel na základě smlouvy o smlouvě budoucí povinen již dodat konkrétní zboží či poskytnout služby. V tomto smyslu by definici veřejné zakázky, jak byla podána výše, *pactum de contrahendo* naplnit nemohlo.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže se touto otázkou zabýval ve správním řízení vedeném pod sp.zn. S 477/2021,<sup>27)</sup> ve kterém posuzoval situaci, kdy zadavatel uzavřel (bez provedení jakéhokoli zadávacího řízení) s dodavatelem smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní, přičemž tato pachtovní smlouva (jejíž obsah byl ve smlouvě o smlouvě budoucí vymezen zcela konkrétně) naplňovala znaky koncese (tedy určitého typu veřejné zakázky). Smlouva o smlouvě budoucí zavazovala k uzavření „hlavní“ smlouvy obě smluvní strany, bylo tedy možno uzavřít, že k uzavření „hlavní“ smlouvy už vlastně ani nemusí

<sup>25)</sup> Srov. § 555 občanského zákoníku.

<sup>26)</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 11. 2012 sp.zn. 29 Cdo 2367/2010.

<sup>27)</sup> Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 4. 2018 č.j. ÚOHS-S0477/2017/VZ-10163/2018/521/MŽi, dostupné z [www.uohs.gov.cz](http://www.uohs.gov.cz); šlo o správní řízení, ve kterém se navrhovatel domáhal uložení zákazu plnění sporné smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní.

být zapotřebí projevu vůle ze strany zadavatele (ten by mohl být nahrazen soudním rozhodnutím).

Vzniklou situaci bylo třeba posoudit z pohledu veřejnoprávní normy, která zadavateli přikazuje uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v zadávacím řízení, přičemž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže dospěl k závěru, že *je-li účelem právní regulace zadávání veřejných zakázek to, aby smlouvy na veřejné zakázky byly uzavírány pokud možno v co nejširší hospodářské soutěži, jinými slovy, aby v takové soutěži byli vybíráni jejich dodavatelé, je již postup zadavatele, který si prostřednictvím smlouvy o smlouvě budoucí závazně (tj. ze strany druhé smluvní strany vymahatelně, tj. bez nutnosti jakéhokoli dalšího jednání) vybere dodavatele plnění, které by jinak muselo být předmětem zadávacího řízení, v rozporu se zákonem. S ohledem na skutečnost, že proces výběru dodavatele byl ze strany zadavatele již fakticky i právně uzavřen (a zadavatel sám již nemá vzhledem k vymahatelnosti závazku uzavřít „hlavní“ smlouvu možnost tento výběr nijak zvrátit), je Úřad toho názoru, že již samotné uzavření smlouvy o smlouvě budoucí lze pokládat za zadání veřejné zakázky. Pro doplnění je možno zmínit, že Úřad rovněž uvedl, že z pohledu veřejnoprávních povinností zadavatele jde vlastně o tutéž situaci, jako kdyby uzavřel „hlavní“ smlouvu s odkládací podmínkou.*

Závěr přijatý v této věci Úřadem následně potvrdil i správní soud.<sup>28)</sup>

Podle názoru autora článku případ posouzení smlouvy o smlouvě budoucí coby smlouvy na veřejnou zakázku již svědčí o tom, že se pro účely aplikace veřejnoprávních norem obsažených v zákoně o zadávání veřejných zakázek uplatňuje autonomní výklad právního jednání zadavatele, do značné míry nezávislý na tom, jak by bylo totéž jednání posouzeno čistě v rovině soukromého práva.

Obdobně je možno poukázat na závěry, ke kterým dospěla judikatura ohledně výkladu pojmu „věc“ pro účely určení, zda jde v případě nákupu akcií o veřejnou zakázku. § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví, že veřejnou zakázkou na dodávky se rozumí *pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil*. Pokud by bylo na pojem „věc“ nahlíženo prizmatem soukromého práva, tedy konkrétně § 489 občanského zákoníku,<sup>29)</sup> nebylo by lze než dospět k závěru, že veřejnou zakázkou je nejen pořízení jakéhokoli cenného papíru, ale např. i podílu v obchodní korporaci. To by mj. znamenalo určité odchýlení se, pokud jde o okruh právních vztahů podléhajících regulaci zákona o zadávání veřejných zakázek, oproti evropskému právu, které v tomto kontextu používá pojem „výrobek“,<sup>30)</sup> jak bude dále vysvětleno.

Judikatura k této problematice měla zajímavý vývoj dobře ilustrující její právní složitost. První případ byl řešen Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a správními soudy v letech 2017-2020, přičemž šlo o to, zda postup kraje, který hodlá nabýt buď podíl v obchodní korporaci, nebo závod (jeho část)

<sup>28)</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 1. 2021 sp.zn. 30 Af 88/2018.

<sup>29)</sup> Věc v právním smyslu... je vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí.

<sup>30)</sup> Čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

za účelem získání vlastního dopravce, podléhá zákonu o zadávání veřejných zakázek (jinými slovy řečeno, zda tedy nákup akcií či závodu představuje veřejnou zakázku na dodávky). V rozsudku ze dne 29. 10. 2020 sp. zn. 9 As 139/2020 Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že pojem „věc“ užitý v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek má být vykládán v souladu s § 489 občanského zákoníku, který obsahuje *univerzální definici věci v právním smyslu*. Není bez zajímavosti, že v průběhu řízení tento názor původně nezastával ani Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (jehož původní prvostupňové rozhodnutí vycházelo z eurokonformního výkladu odkazujícího na pojem „výrobek“ či „produkt“<sup>31)</sup>), ani Krajský soud v Brně.

V roce 2023 se problematika úplatného pořízení akcií dostala k Nejvyššímu správnímu soudu znovu, tentokrát na pozadí postupu obce hodlající nabýt podíl ve společnosti provozující vodohospodářskou infrastrukturu. Desátý senát, který měl ve věci rozhodnout, však po jejím předběžném projednání shledal, že dospěl k odlišnému právnímu názoru, než jaký byl vyjádřen ve shora popsáném rozsudku sp.zn. 9 As 139/2020, a tak byla otázka předložena rozšířenému senátu. Ten pak v usnesení ze dne 19. 6. 2024 sp.zn. 10 As 6/2023 zaujal stanovisko, podle kterého je § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek *třeba vykládat tak, aby svým rozsahem odpovídal pojmu výrobek dle čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, nikoliv nutně pojmu věc ve smyslu § 489 občanského zákoníku. To vylučuje, aby předmětem veřejné zakázky na dodávky byly akcie.*

Tento závěr představuje mimo jiné i vhodnou příležitost připomenout si, že při výkladu pojmu „věc“ užitého v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek (ale i při výkladu jakéhokoli jiného pojmu v tomto zákoně, u kterého to připadá v úvahu) je třeba kromě dualismu práva soukromého a veřejného zohlednit i skutečnost, že právní úprava zadávání veřejných zakázek představuje transpozici směrnic, které oblast zadávání veřejných zakázek harmonizují v rámci Evropské unie.<sup>32)</sup> To mj. znamená, že v duchu zásady loajální spolupráce (čl. 4 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii) jsou vnitrostátní orgány – zejména soudy a správní orgány – při aplikaci a interpretaci národního práva povinny vykládat jej v souladu s právem Evropské unie, tedy eurokonformně.

Jak již bylo naznačeno, čl. 2 odst. 1 bod 8. „klasické“ zadávací směrnice<sup>33)</sup> přitom veřejné zakázky na dodávky definuje jako zakázky, jejichž předmětem je koupě výrobků, leasing výrobků nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní. Klíčový pojem „výrobek“ je přitom v evropském právu<sup>34)</sup> chápán široce, obdobně jako pojem „zboží“ (ve smyslu ustanovení Smlouvy o fungování Evropské unie

<sup>31)</sup> K eurokonformnímu výkladu pojmu „věc“ v zákoně o zadávání veřejných zakázek v podrobnostech viz dále.

<sup>32)</sup> Právní regulace zadávání veřejných zakázek patří mezi kompetence, které členské státy sdílí s Evropskou unií podle čl. 4 odst. 2 písm. a) Smlouvy o fungování Evropské unie – harmonizace této oblasti je jedním z opatření pro vytvoření a zjištění fungování vnitřního trhu.

<sup>33)</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

<sup>34)</sup> Což je s ohledem na jeho autonomní povahu danou potřebou jeho jednotného uplatňování ve všech členských státech rozhodující.

o volném pohybu zboží) a zahrnuje každé dodání ocenitelné v penězích, které může být, jako takové, předmětem obchodních transakcí.<sup>35)</sup>

Jak výstižně upozorňuje Nejvyšší správní soud, chápání obou pojmů („věc“ podle občanského zákoníku a „výrobek“ podle evropského práva) je velice široké,<sup>36)</sup> nicméně v určitém rozsahu se navzájem mýjí. Mezi evropské „zboží“, resp. „výrobky“ tak na jedné straně určitě nepatří cenné papíry (na ty se hledí prizmatem volného pohybu kapitálu), na druhé straně mezi ně ovšem patří např. lidská krev (která zase není věcí v právním smyslu dle § 493 občanského zákoníku<sup>37)</sup>).

Tato situace pak vede k nutnosti upřednostnit eurokonformní výklad, tj. vykládat pojem „věc“ užitý v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek v souladu s významem pojmu „výrobek“ užitého v evropských předpisech, neboť výklad s odkazem na občanský zákoník by vedl k rozporu s evropským právem (z hlediska těch výrobků, které není možno pokládat za „věc“ ve smyslu občanského zákoníku).

Pro účely tohoto článku pak lze shrnout, že i u pojmu „věc“ dospíváme k autonomnímu výkladu nezávislému na tom, jak jej pojímá soukromé právo, přičemž je zároveň možno dospět k závěru, že v tomto ohledu je autonomní výklad dokonce nezbytný s ohledem na členství České republiky v Evropské unii a s tím spojené závazky.

### **b) Zákaz umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení zadávacího řízení**

Obdobně výrazně jako v právě uvedeném případě se pak autonomní výklad projevuje při posuzování změn závazků ze smluv uzavřených na veřejnou zakázku.

Zákon o zadávání veřejných zakázek reguluje nejen proces samotného výběru dodavatele, ale omezuje zadavatele ve smluvní volnosti i pokud jde o změny závazků ze smluv již uzavřených. Je to logické, protože kdyby mohl zadavatel (ve spolupráci s vybraným dodavatelem) smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku libovolně měnit, pozbyla by vlastně poměrně přísná regulace výběru dodavatele jakéhokoli smyslu. Krajský soud v Brně proto označuje zákaz podstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku za klíčové a v zadavatelském prostředí samozřejmé pravidlo.<sup>38)</sup> V zákoně o zadávání

<sup>35)</sup> K tomu srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 6. 2024 sp.zn. 10 As 6/2023 a zejména v něm uvedenou judikaturu Soudního dvora Evropské unie.

<sup>36)</sup> Není proto na místě simplifikující úvaha, že zákonodárce zamýšlel použitím slov „pořízení věci, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil“ věcnou působnost zákona oproti směrnicí rozšířit; takový záměr kromě jiného z ničeho výslovně nevyplývá. Je vysoce pravděpodobné, že český zákonodárce se snažil spíše než o změnu rozsahu regulovaných právních vztahů „pouze“ o použití českého názvosloví, které je pro adresáty právní normy srozumitelné, aby zabránil tomu, že by byl rozsah regulace v důsledku použití původního pojmu „výrobek“ (který je v českém kontextu vnímán mnohem úžeji než v evropském právu) chápán nesprávně.

<sup>37)</sup> Lidské tělo ani jeho části, třebaže byly od těla odděleny, nejsou věcí.

<sup>38)</sup> Srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 6. 2018 sp.zn. 60 Af 10/2017.

veřejných zakázek je pak toto pravidlo zhmotněno v § 222, který v odst. 1 obsahuje jednoznačný (veřejnoprávní) zákaz zadavateli umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.

§ 222 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek pak stanoví, že *[p]odstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by (a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, (b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo (c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.*

Jednou z klíčových otázek, která se vzhledem k tématu tohoto článku ocitá v centru pozornosti, pak je, co se rozumí změnou smluvních podmínek, resp. zda podstatná změna závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek musí být vždy též změnou závazku ve smyslu soukromoprávním.

K této otázce se zcela jednoznačně vyjádřil Nejvyšší správní soud, když posuzoval situaci, kdy zadavatel vymáhal smluvní pokutu sjednanou ve smlouvě na veřejnou zakázku až s velkým časovým odstupem (byť před promlčením nároku).<sup>39)</sup> Nejvyšší správní soud se tu jednoznačně přihlásil k autonomnímu výkladu pojmu „změna závazku“ pro účely veřejnoprávní regulace zadávání veřejných zakázek, když uzavřel, že *otázku změny závazku je v tomto řízení třeba posuzovat dle § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek, nikoliv (jen) dle soukromoprávních pravidel (shodně viz rozsudek NSS z 14. 6. 2017, čj. 7 As 135/2017-31, Středočeský kraj). Změna či zánik závazku ve smyslu soukromého práva bude i změnou závazku dle § 222 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Avšak i faktické změny, které nepředstavují změnu či zánik závazku dle soukromého práva, mohou představovat změnu závazku dle odkazovaného ustanovení... Změnu závazku v tomto smyslu může představovat i faktické jednání v rozporu s původní smlouvou. Soukromoprávní stránka věci tak není rozhodná. Při posuzování toho, zda se zadavatel dopustil porušení § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek, je nutné srovnat stav, který plynul ze zadávacích podmínek, a který mohli potenciální dodavatelé na základě těchto podmínek oprávněně očekávat, se skutečným průběhem zakázky.*<sup>40)</sup>

Odkazovaný rozsudek přitom z hlediska zkoumané problematiky nepředstavuje v judikatuře nějaké významné *novum*, neboť např. již v rozsudku ze dne 27. 4. 2021 sp.zn. 10 As 53/2019 Nejvyšší správní soud označil za správnou tezi, že *není významné, jak jsou závazkové vztahy hodnoceny z pohledu práva soukromého, ale podstatné je jejich posouzení z hlediska zákona o veřejných zakázkách, jeho účelu a smyslu.*

---

<sup>39)</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2023 sp.zn. 8 Afs 157/2021.

<sup>40)</sup> Ve vztahu k opožděnému vymáhání smluvní pokuty pak Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že s ohledem na časovou hodnotu peněz je podstatné odložení povinnosti hradit smluvní pokutu samo o sobě zvyhodněním dodavatele.

## Závěr

Z výše uvedeného dle mínění autora tohoto článku celkem jednoznačně vyplývá, že v oblasti právní regulace zadávání veřejných zakázek se dualismus soukromého a veřejného práva projevuje poměrně významně. Při aplikaci veřejnoprávních norem obsažených v zákoně o zadávání veřejných zakázek na jednání zadavatele se tak nelze spolehnout na to, že výklad tohoto jednání bude vždy totožný s výkladem dle norem práva soukromého.

Dochází tak nepochybně k jistému narušení ideální představy jednoty právního řádu, neboť například na „změnu závazku“ bude nepochybně nahlíženo zcela jinak v rovině soukromého práva (jaká jsou vzájemná práva zadavatele a dodavatele podle uzavřené smlouvy) a jinak v rovině práva veřejného (zda zadavatel neporušil svoji veřejnoprávní povinnost nepřipustit podstatnou změnu závazku ze smlouvy). Na druhou stranu je však takový autonomní přístup k výkladu veřejnoprávních norem dle judikатурních závěrů v podstatě nezbytný, má-li být naplněn jejich hlavní obecný účel, kterým je ochrana veřejného zájmu. Tam, kde se obecně dispozitivní a značný prostor pro vůli jednajících osob ponechávající soukromé právo dostává do kontaktu s obecně kogentním a volnost jednání omezujícím právem veřejným, vždy hrozí, že výklad veřejnoprávních norem, byť využívajících totožné pojmové instrumentarium (což vyplývá i z pouhého faktu, že jsou regulovány totožné právní vztahy), bude s ohledem na jejich účel striktnější.

Řečeno s Járou Cimrmanem, je možno o autonomním výkladu pojmů používaných v zákoně o zadávání veřejných zakázek v oblasti veřejného práva vést spory, je možno s ním i nesouhlasit, ale to je tak vše, co se s ním dá dělat. Pro adresáty právních norem je tak především důležité, aby si byli tohoto aspektu právního řádu vědomi.

## Shrnutí:

Článek se zabývá otázkou, nakolik se dualismus soukromého a veřejného práva projevuje v oblasti regulace zadávání veřejných zakázek. Po stručném úvodu přibližujícím koncept dualismu soukromého a veřejného práva, jeho sporné otázky, ale zároveň i praktické dopady do práv a povinností jednotlivých osob se autor nejprve zabývá povahou právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Dospívá k závěru, že právní úprava na tomto poli má hybridní povahu. Nejobsáhlejší část článku je pak věnována otázce, nakolik je pojmové instrumentarium použité ve veřejnoprávních normách, které však má svůj původ v právu soukromém, vykládáno v souladu s jeho chápáním v oblasti soukromého práva, nebo autonomně. Na pozadí rozsáhlé rozhodovací praxe správních soudů pak dovozuje, že navzdory ideální představě jednoty právního řádu je uplatňován výklad autonomní.

**Klíčová slova:** veřejné zakázky, soukromé a veřejné právo, jednoty právního řádu, veřejnoprávní regulace smluvní kontraktace, dissimulované veřejné zakázky, smlouva o smlouvě budoucí, změna závazku ze smlouvy, autonomní výklad právních pojmů v oblasti veřejného práva, veřejný zájem.

**Manifestations of the dualism of private and public law in the area of legal regulation of public procurement – summary:**

This article deals with the question to what extent the dualism of private and public law is reflected in the regulation of public procurement. After a brief introduction to the concept of dualism of private and public law, its controversial issues, but also its practical implications for the rights and obligations of individuals, the author first discusses the nature of public procurement regulation. He concludes that the legislation in this field is hybrid. The most comprehensive part of the article is devoted to the question to what extent the conceptual instrumentarium used in the public law norms, which, however, has its origin in private law, is interpreted in accordance with its understanding in the field of private law or autonomously. Against the background of the extensive case-law of the administrative courts, the author then concludes that, despite the ideal of the unity of the legal order, an autonomous interpretation is applied.

**Keywords:** public procurement, private and public law, unity of the legal order, public law regulation of contracting, dissimulated public contracts, contract on future contract, change in the obligation arising from a public contract, autonomous interpretation of legal concepts in the field of public law, public interest.