



UOHSX00IQRKT

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0155/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-03449/2024/163

Brno 30. 1. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 23. 11. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **GEOSAN GROUP a.s.**, IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín, zastoupena na základě plné moci ze dne 31. 8. 2023 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jana Babáka 2733/11, 612 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0546/2023/VZ č. j. ÚOHS-44300/2023/500 ze dne 8. 11. 2023, kterým bylo rozhodnuto o správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **obec Řehlovice**, IČO 00266981, se sídlem Řehlovice 1, 403 13 Řehlovice,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Kanalizace a ČOV Dubice**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 6. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-028419, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 citovaného zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0546/2023/VZ, č. j. ÚOHS-44300/2023/500 ze dne 8. 11. 2023

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Obec Řehlovice, IČO 00266981, se sídlem Řehlovice 1, 403 13 Řehlovice, (dále jen „**zadavatel**“) – jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“)¹, zahájil podle zákona dne 30. 6. 2023 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Kanalizace a ČOV Dubice“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-028419, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem veřejné zakázky je výstavba nové splaškové kanalizace v délce 2,6 km, tří čerpacích stanic odpadních vod a výstavba nové ČOV s kapacitou 500 EO s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky ve výši 98,9 mil. Kč.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 1. 9. 2023 návrh navrhovatele – GEOSAN GROUP a.s., IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín, zastoupena na základě plné moci ze dne 31. 8. 2023 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jana Babáka 2733/11, 612 00 Brno, (dále jen „**navrhovatel**“) podle § 250 odst. 1 písm. c) zákona (dále jen „**návrh**“), proti rozhodnutí o námitkách ze dne 22. 8. 2023 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) a proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky.
4. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0546/2023/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 zákona navrhovatel a zadavatel (dále jen „**správní řízení**“).

Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 8. 11. 2023

5. Dne 8. 11. 2023 vydal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutí sp. zn. ÚOHS- 0546/2023/VZ, č. j. ÚOHS-44300/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

¹ Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

6. Úřad v napadeném rozhodnutí zamítl návrh navrhovatele, směřující proti rozhodnutí o námitkách a zadávacím podmínkám veřejné zakázky, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
7. Úřad předně dospěl k závěru, že rozhodnutí o námitkách je srozumitelné a že se zadavatel dostatečně vypořádal se všemi namítanými skutečnostmi.
8. Navrhovatel dále brojil proti nastavení zadávacích podmínek veřejné zakázky; konkrétně ke stanovení doby plnění veřejné zakázky, ke způsobu stanovení ceny víceprací u položek neuvedených ve výkazu výměr a k vyloučení povinnosti převzetí díla s vadami nebránícími užívání.
9. Úřad rozhodl, že postup určení termínu zahájení prací, tj. počátku realizace veřejné zakázky v návaznosti na výzvu či oznámení zadavatele po uzavření smlouvy (bez fixního určení data zahájení plnění či lhůty, v níž bude plnění zahájeno) lze v obecnosti považovat za legitimní. Neexistence smluvní podmínky umožňující po určité době smlouvu ukončit ze strany dodavatele z důvodu neobdržení výzvy nebo oznámení od zadavatele k plnění, není dle názoru Úřadu excesivní.
10. Dále Úřad vnímá určení mechanismu stanovení ceny položek víceprací (vynásobení jednotkové ceny uvedené v ceníku URS CZ koeficientem 0,8) jako transparentní, neboť se opírá o v daném čase jednoznačně a objektivně určitelnou hodnotu. Z textace smluvní podmínky je zřejmé, jakým způsobem se určí cena víceprací u položek nevyskytujících se v rámci soupisu prací s výkazem výměr, tudíž je podmínka transparentní.

III. Rozklad navrhovatele

11. Dne 23. 11. 2023 podal navrhovatel proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 8. 11. 2023, rozklad byl tedy podán v zákonem stanovené lhůtě.
12. Navrhovatel v námitce týkající se nestanovení doby plnění namítá, že po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku nemá vybraný dodavatel jakoukoli možnost se ze smlouvy „vyvázat“ a musí čekat po neomezenou dobu na výzvu zadavatele k zahájení plnění. Takovou možnost nemá ani po uplynutí přiměřené doby, kdy po něm lze spravedlivě požadovat, aby „držel“ svou nabídku (vč. nabídkové ceny). Navrhovatel namítá, že Úřad nezkoumal (případně nedostatečně), zda jím namítaná nezákonnost smluvních podmínek působí ve vztahu k dodavatelům eliminačně a případně s jakou intenzitou.
14. Navrhovatel dále podává argumentaci ohledně mechanismu nastavení ceny víceprací, neboť při takovém způsobu stanovení ceny by vybraný dodavatel byl nucen tyto práce poskytovat zadavateli za podnákladové ceny.

Návrh rozkladu navrhovatele

15. Navrhovatel v rozkladu navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k dalšímu řízení.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

16. Zadavatel ve vyjádření k námitce nestanovení doby plnění veřejné zakázky argumentuje tím, že je vázán dotačními podmínkami, jejichž součástí je i připravenost projektu včetně uzavřené

smlouvy o dílo s budoucím zhotovitelem. Z tohoto důvodu smlouva obsahuje, pro tuto chvíli nejpřesnější odhad zadavatele (tj. 04/2024), když bližší specifikaci v tuto chvíli nelze objektivně očekávat – nelze tedy presumovat přidělení „právního aktu“ o poskytnutí dotace od Státního fondu životního prostředí (dále jen „SFŽP“). Záměrem objednatele není mít na neurčito zavázaného zadavatele, nicméně je jeho cílem vytvořit co možná nejvyšší úroveň právní jistoty, která je pro hospodaření s veřejnými prostředky požadována.

17. Dále zadavatel k námitce ocenění víceprací uvádí, že požaduje, aby budoucí zhotovitel prováděl stavbu v souladu se zadávací dokumentací včetně soupisu prací s výkazem výměr, a pokud možno bez víceprací. Snížení položkových cen o 20 % se týká pouze ceníkových položek víceprací, které stávající soupis prací neobsahuje. Zadavatel tímto ustanovením chce zabránit zbytečným záměnám ceníkových položek ze stávajícího soupisu prací.
18. Zadavatel ve vyjádření reaguje také na námítky týkající se vyloučení povinnosti převzetí díla s vadami nebránícími užívání díla a týkající se újmy navrhovatele, přičemž tyto byly součástí návrhu, nikoli rozkladu navrhovatele.

IV. Řízení o rozkladu

19. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo přistoupeno k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu zadavatele.

K míře přezkumu smluvních podmínek Úřadem

22. Mírou přezkumu smluvních podmínek ze strany Úřadu, jež mají být obsahem smluv na veřejné zakázky, se podrobně zabýval např. Krajský soud v Brně v bodech 28-31 rozsudku č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019. Úřad tuto problematiku shrnul v bodech 67-72 napadeného rozhodnutí, k čemuž doplňuji následující.
23. V posuzovaném případě navrhovatel napadá zákonnost smluvních podmínek, které se mají stát obsahem smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, a jež současně nemají žádný vztah k podmínkám kvalifikace, technickým podmínkám ani hodnocení nabídek, a proto se jejich dopad v zásadě projeví až po ukončení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a to v průběhu její realizace.
24. Úřad vykonává podle § 248 zákona dozor nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy, a to z pohledu dodržení pravidel stanovených v zákoně (a v zadávacích podmínkách).

Úřad však v rámci tohoto dohledu nevykonává dozor nad dodržováním jiných právních předpisů (např. občanského zákoníku). Zákon neobsahuje žádnou zvláštní právní úpravu, která by regulovala náležitosti smlouvy, která má být uzavřena na veřejnou zakázku (tj. práva a povinnosti smluvních stran), tedy v zásadě ponechává na uvážení jednotlivých zadavatelů, jakým způsobem nastaví smluvní podmínky. Ve vztahu k šetřenému zadávacímu řízení to znamená, že zákon nedává odpověď na to, jakým způsobem zadavatel mohl vymezit termín zahájení plnění stavby a v jaké výši mohl stanovit cenu víceprací.

25. V souvislosti s obchodními (smluvními) podmínkami je v § 37 odst. 1 písm. c) zákona „pouze“ stanoveno, že se musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky. Zadavatelé jsou při stanovení smluvních podmínek rovněž povinni dodržovat zásady zadávání veřejných zakázek zakotvené v § 6 zákona. Úřad je tedy oprávněn a povinen provádět přezkum smluvních podmínek, avšak pouze prizmatem těchto ustanovení zákona. Krajský soud v Brně v této souvislosti uvedl ve výše citovaném rozsudku, že *„přestože smluvní podmínky se obecně nacházejí mimo možnosti přezkumu ze strany žalovaného [tj. Úřadu – pozn. předsedy Úřadu], neboť jistě není (a nemůže být) úkolem žalovaného, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci, a tím se stal arbitrem výlučně soukromoprávního střetu představ zadavatele i dodavatele ohledně konkrétních parametrů jejich vzájemného závazkového vztahu, v případech sporu mezi zadavatelem a dodavatelem ohledně dodržení především § 6 odst. 1 a 2 zákona konkrétním nastavením těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy projeví jako podmínky smluvní, žalovaný pravomoc k posouzení těchto podmínek má – a pro svoje rozhodování ohledně zákonnosti postupu zadavatele podle zákona je posoudit musí“*.
26. Úřad je tedy oprávněn a současně povinen se zabývat smluvními podmínkami, jež jsou součástí zadávacích podmínek a jež se mají projevit až v průběhu plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, jen z pohledu dodržení pravidel stanovených v zákoně. To v zásadě znamená, že smluvní podmínky posuzuje z pohledu dodržení zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 zákona – především zásad transparentnosti, přiměřenosti a zákazu diskriminace, a případně dalších výslovných omezení vyplývajících ze zákona [§ 37 odst. 1 písm. c) zákona], nikoliv však již, zda byly dodrženy jiné právní předpisy (např. zákon o finanční kontrole či občanský zákoník).
27. V rámci přezkoumávání dodržení zásady přiměřenosti při vymezení smluvních podmínek Úřad nemůže přejímat roli zadavatele a zasahovat mu do jeho budoucího soukromoprávního vztahu, neboť dostatečně nezná jeho potřeby a nenese žádnou odpovědnost za průběh realizace veřejné zakázky a za rizika a náklady s ní spojené. Úkolem Úřadu není posuzování vhodnosti (z pohledu ekonomického či právního) či vymahatelnosti smluvních podmínek a korigování každého vychýlení rovnováhy v závazkovém vztahu, který má být uzavřen na veřejnou zakázku. Úřad by měl být povolán k zásahu jen výjimečně, a to ve zjevně excesivních případech, kdy je tato rovnováha narušena nedůvodně a velmi intenzivním způsobem (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014). V této souvislosti lze podotknout, že rolí Úřadu rovněž není, aby zkušeným dodavatelům radil a poučoval je, jak mají v konkrétním případě pracovat se svým podnikatelským rizikem.

K důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí

28. I když navrhovatel tvrdí, že podává rozklad proti celému napadenému rozhodnutí, argumentaci podal pouze vůči námitkám (ne)stanovení doby plnění veřejné zakázky a způsobu stanovení ceny víceprací. Navrhovatelem zvolený rozsah posouzení napadeného rozhodnutí je určující pro rozsah předmětu řízení o rozkladu, což znamená, že v tomto rozhodnutí o rozkladu mohou závazně posoudit pouze navrhovatelem napadené výše uvedené námitky.

K námitce (ne) stanovení doby plnění veřejné zakázky

29. Navrhovatel v rozkladu nerozporuje navázání zahájení plnění na výzvu či oznámení zadavatele, stejně tak ani nerozporuje skutečnost, že zadávací podmínky neobsahují fixní určení data zahájení plnění či fixní určení lhůty, v níž bude plnění zahájeno; takový postup považuje shodně s Úřadem za legitimní. Avšak navrhovatel považuje za excesivní, pokud smluvní podmínky neobsahují možnost po určité době smlouvu ukončit vybraným dodavatelem. Doba plnění veřejné zakázky je tedy stanovena způsobem, který neodpovídá požadavkům § 36 odst. 1 a 3 a § 6 odst. 1 zákona, neboť nastavení zadávacích (smluvních) podmínek znamená, že vybraný dodavatel bude uzavřenou smlouvou (potažmo svou nabídkovou cenou) v plném rozsahu vázán fakticky po neomezenou dobu, resp. i po neomezenou dobu čekat na výzvu zadavatele k zahájení plnění. To vše se závazkem „držet“ nabídkovou cenu beze změn, neboť smlouva navíc neobsahuje jakoukoliv inflační doložku. Takové smluvní nastavení se velmi podobá stavu „vendor lock in“, jen v obráceném gardu; zadavatelem označované jako „vendee lock in“.
30. Navrhovatel také namítá, že zadavatel v čl. XVIII. odst. 18.8. návrhu smlouvy převedl na vybraného dodavatele nebezpečí změny okolností dle § 1765 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“) a současně vyloučil možnost domáhat se obnovení rovnováhy práv a povinností stran soudem dle § 1766 občanského zákoníku. Zadavatel tedy do svých smluvních podmínek nejenom žádnou rozvazovací podmínku nezakomponoval, nýbrž současně i vyloučil veškeré instituty občanského zákoníku, pomocí kterých by bylo možné případně narušenou rovnováhu smluvního vztahu narovnat. Skutečným výsledkem uvedeného postupu zadavatele jsou smluvní podmínky, které jsou, aniž by vycházely z oprávněných potřeb veřejné zakázky, bezdůvodnou a zcela fatální překážkou hospodářské soutěže.
31. V základním režimu je právní úprava vystavěna na principu, že každá smlouva obsahuje klauzuli *rebus sic stantibus*, tedy že je uzavřena s výhradou změny okolností. Jde však pouze o výchozí dispozitivní režim, který je možno libovolně změnit. Strany mohou nebezpečí změny okolností vzít na sebe a náklady z toho vzniklé potom nést. Navrhovateli lze v daném případě přisvědčit, že všeobecným vyloučením § 1765 odst. 2 a § 1766 občanského zákoníku omezil zadavatel možnost domáhat se narovnání rovnováhy smluvního vztahu. Avšak ustanovení § 1765 odst. 2 a § 1766 občanského zákoníku nejsou jediná ustanovení, která dávají možnost vybranému dodavateli domáhat se potenciálně narušené rovnováhy smluvního vztahu.
32. Zde odkazuji na ustanovení § 2002 odst. 1 a 2 občanského zákoníku, které zní: *“(1) 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 porušení předvídala; v ostatních případech se má za to, že porušení podstatné*

není. (2) Strana může od smlouvy odstoupit bez zbytečného odkladu poté, co z chování druhé strany nepochybně vyplývá, že poruší smlouvu podstatným způsobem, a nedá-li na výzvu oprávněné strany přiměřenou jistotu.“

33. Podle výše citovaného ustanovení občanského zákoníku je podstatné 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 porušení předvíдалa. Jde o kritérium časově fixované k okamžiku uzavření smlouvy, spočívající v objektivizovaném subjektivním posouzení zájmu druhé strany z pozice porušitele.
34. Jedná se tedy o závažné případy porušení v kontextu daného závazkového vztahu, kdy straně porušující smlouvu by muselo být již při uzavírání smlouvy zřejmé, že za těchto podmínek by smluvní partner o smlouvu neměl vůbec zájem, pokud by takové porušení očekával. Vzhledem k obvyklému očekávání (v závislosti na povaze smluvních stran a na okolnostech daného případu) jde o taková porušení smluvních podmínek, která svou závažností implikují téměř jistou hypotetickou reakci spočívající v odmítnutí vstupu do smluvního vztahu vůbec (zde realizaci veřejné zakázky až po několika letech za vysoutěžené ceny v roce 2023).
35. V posuzovaném případě zadavatel navázal okamžik předání (a převzetí) staveniště v souladu s čl. III. odst. 3.1.1. návrhu smlouvy o dílo a také bodem 5. 1. zadávací dokumentace, na písemnou výzvu zadavatele po vydání právního aktu o přidělení dotace s předpokladem na jaře roku 2024. I když stěžovateli lze přisvědčit, že návrh smlouvy o dílo, ani zadávací podmínky veřejné zakázky neobsahují nejzazší termín předání staveniště, zadávací podmínky a návrh smlouvy o dílo jsou koncipovány tak, že je z nich zřejmá vázanost na získání dotace SFŽP. O této skutečnosti svědčí ustanovení návrhu smlouvy o dílo a zadávací dokumentace, které byly již citované v napadeném rozhodnutí, konkrétně ustanovení čl. 8. 1. a 8. 2. zadávací dokumentace upozorňující na spolufinancování veřejné zakázky ze SFŽP; ustanovení čl. 3. 3. 1. návrhu smlouvy o dílo upravující předání staveniště a ustanovení čl. 14. 3. návrhu smlouvy upravující možnost zadavatele odstoupit od smlouvy v případě neobdržení dotace. Stejně tak je to zřejmé i z dalších ustanovení návrhu smlouvy, zadávací dokumentace a také z informací uveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek.

- Bod 2. 2. návrhu smlouvy o dílo zní:

„...d) označení staveniště po celou dobu realizace díla velkoplošným panelem, (dodávka zhotovitele). Konkrétní grafické a technické řešení velkoplošného panelu podléhá předchozímu schválení objednatele, s tím, že **při návrhu bude zhotovitel respektovat Grafický manuál publicity SFŽP - viz webové stránky www.sfzp.cz/**; Velkoplošný panel bude vyhotoven ve dvou kusech a bude umístěn dle požadavku objednatele, a

e) osazení pamětní desky po dokončení stavby (dodávka zhotovitele), která podléhá předchozímu schválení objednatele, s tím že **při návrhu bude zhotovitel respektovat Grafický manuál publicity SFŽP – viz webové stránky www.sfzp.cz/**; pamětní deska bude umístěna na viditelném místě dle dohody s objednatelem, ...“ (zvýraznění textu doplněno).

- Bod 2.13. návrhu smlouvy o dílo zní:

„Spolufinancování předmětu díla dle této smlouvy se předpokládá z prostředků poskytnutých prostřednictvím Státního fondu životního prostředí ČR v rámci Národního programu Životní

prostředí. *Zhotovitel tuto skutečnost bere na vědomí a zavazuje se respektovat tuto skutečnost a veškeré povinnosti z toho vyplývající při plnění této smlouvy.*“ (zvýraznění textu doplněno).

- Bod 5.5. návrhu smlouvy o dílo zní:

„...platební podmínky: faktura obsahuje údaj: Registrační číslo akce...“ (zvýraznění textu doplněno).

- Bod 5. 6. návrhu smlouvy o dílo zní:

„Není-li dohodnuto jinak, je splatnost daňových dokladů (faktur) smluvními stranami dohodnuta na 30 (slovy: třicet) kalendářních dní ode dne doručení daňového dokladu objednateli. Tato délka splatnosti faktur je objednatelem stanovena z důvodu prodlevy při administraci průběžného financování akce administrátorem dotace.“ (zvýraznění textu doplněno).

- Bod II. 1. 8) Informace o financování z prostředků Evropské unie ve Věstníku veřejných zakázek zní:

„Zadavatel zatím číslo nezná.“

36. Vzhledem k výše uvedenému je zadavatelem jasně vyjádřen zájem na realizaci veřejné zakázky v návaznosti na získanou dotaci SFŽP, předpoklad zahájení stavby, stejně tak i předpoklad ukončení smluvního vztahu v případě jejího neobdržení (viz čl. 14.3. návrhu smlouvy o dílo). V dané souvislosti lze odkázat také na vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2023, kde zadavatel v bodě 4.1.4 deklaruje, že jeho zájmem není mít na neurčito zavázaného vybraného dodavatele. Navrhovatel tvrdí, že prohlášení zadavatele nemá právní relevanci a vybraný dodavatel je vázán pouze ustanoveními smlouvy o dílo, která jediná by v případně přezkumu soudem byla relevantní. Navrhovatel však nebere v potaz, že smlouva o dílo v nyní posuzovaném případě je finálním „produktem“ procesu výběrového řízení předvídaného v zákoně, tudíž by předmětem přezkumu byl celkový kontext závazkového vztahu, tj. doklady a průběh celého výběrového řízení, včetně výše uvedené deklarace zadavatele. Porušení smluvních povinností se vždy posuzuje v kontextu závazkového vztahu jako celku.
37. Z dokumentace veřejné zakázky je zřejmý a také zadavatelem deklarovaný úmysl postupovat při zadávání veřejné zakázky v souladu s dotačními podmínkami, které požadují po zadavateli připravenost projektu, včetně uzavřené smlouvy o dílo, protože termín převzetí staveniště stanovil *„po vydání právního aktu o přidělení dotace, na základě písemné výzvy objednatele. Předpoklad jaro roku 2024“*. Jedná se ze strany zadavatele o co nejpřesnější odhad, vzhledem k tomu, že v době zadávání veřejné zakázky neměl ohledně dotačního programu další relevantní informace.
38. Hlavní argumentační linie navrhovatele v rozkladu se opírá o tvrzení, že: *„V situaci, kdy zadavateli nebude přidělena dotace, tak je pro zadavatele (za existence takto nastavené smlouvy) jednoznačně výhodnější čekat na případnou další dotaci, neboť již bude mít zasmluvněného dodavatele s cenami roku 2023, než smlouvu jednostranně ukončovat a v případě budoucího získání dotace znovu provádět nové zadávací řízení“*. S tímto názorem nelze, vzhledem k citovaným bodům návrhu smlouvy v bodě 35, souhlasit, neboť z průběhu celého zadávacího řízení je zřejmý a jasný úmysl zadavatele získat dotaci a zahájit realizaci veřejné zakázky po jejím obdržení, tedy na jaře 2024. Pokud by však nastala hypotetická situace popisovaná navrhovatelem výše, je na vybraném dodavateli, jaký by zvolil následný

postup, a to, zda by vstoupil se zadavatelem v jednání, následně odstoupil od smlouvy, případně zda by uzavřenou smlouvu o dílo napadl u soudu s odkazem na citovaný § 2002 občanského zákoníku. Potenciální dodavatelé jsou v daném výběrovém řízení srozuměni s tím, že cílem zadavatele je vysoutěžit dodavatele, se kterým by uzavřel smlouvu o dílo zajišťující realizaci díla po obdržení dotace SFŽP, s předpokladem na jaře 2024. Aniž bych předjímal rozhodnutí soudu, konstatuji, že pokud by zadavatel v případě svého neúspěchu žádal o další dotaci, jejímž podkladem by byla předmětná smlouva o dílo, jednalo by se o závažné porušení v kontextu daného závazkového vztahu.

39. Navrhovatel v rozkladu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 7. 2019, č. j. 2 Afs 192/2018 – 74, který však v daném případě není vhodně zvolen. V daném případě zadavatel stanovil fixní termín splnění zakázky s možností změny dohodou smluvních stran (tedy bez vůle zadavatele jej nebylo fakticky možné změnit), okamžik počátku plnění ovšem mohl zadavatel jednostranně změnit; potenciální dodavatel tak mohl být v nejistotě, že zadavatel posune počátek plnění, ovšem již nevysloví souhlas se změnou pevně stanoveného termínu pro dodání předmětu veřejné zakázky, v důsledku čehož by se dodavateli fakticky zkrátila lhůta pro plnění, aniž by to ovšem mohl předem jakkoli očekávat, natož měl jistotu následné nápravy. Nejvyšší správní soud konstatoval, že problematické je, aby samotná lhůta pro plnění zůstala i v případě uplatnění výhrady nezměněna. V nyní posuzovaném případě je však doba plnění veřejné zakázky jasně specifikována smlouvou o dílo (36 kalendářních měsíců ode dne protokolárního předání staveniště) a ani navrhovatel svou argumentaci tímto směrem nepodává.
40. Dále také navrhovatel v rozkladu namítá, že v současné době umí zohlednit rizika vnějších vlivů na maximálně jeden až dva roky dopředu, přičemž jakékoliv delší zohledňování již představuje z pohledu navrhovatele zcela nepřiměřené riziko, neboť se fakticky rovná tipování či věštění z křišťálové koule. V souladu s napadeným rozhodnutím uvádím, že ve své argumentaci navrhovatel opomněl, že realizační doba dané zakázky je stanovena na 36 měsíců, tj. tři roky, pročež potenciální dodavatelé riziko maximálních vlivů musí zohlednit minimálně po dobu realizace zakázky, tedy tři roky. Pokud není navrhovatel schopen zohlednit riziko na delší dobu než na dva roky, jak tvrdí, je zcela na jeho uvážení, zda bude toto podnikatelské riziko akceptovat.
41. S termínem převzetí staveniště byli seznámeni všichni potenciální dodavatelé od počátku zadávacího řízení. Všichni potenciální dodavatelé byli tudíž srozuměni s tím, že pokud mají zájem veřejnou zakázku v praxi realizovat, a tím generovat zisk, musí být připraveni započít s její realizací po obdržení výzvy k převzetí staveniště, přičemž měli současně informaci o tom, že zadavatel počítá s tímto předáním staveniště na jaře roku 2024.
42. Smlouva na veřejnou zakázku nemusí být z pohledu rozložení rizik vždy vyvážená. Podnikatelské riziko spočívající v tom, že dodavatelé neznají přesný termín předání staveniště, a tudíž musí mít připraveny veškeré kapacity k náležitému zajištění staveniště, nedosahuje takové intenzity, že by potenciální dodavatelé nepodali nabídku. V posuzovaném případě obdržel zadavatel 8 nabídek, což dokládá, že navrhovatelem namítané riziko je trhem akceptovatelné a lze jej zakomponovat do cenové nabídky. K dané námitce tedy konstatuji, že spolu s další informací ohledně předpokládaného termínu „(...)na jaře roku 2024“ měli tak potenciální dodavatelé představu, kdy dojde k zahájení plnění veřejné zakázky. Lze tedy říct, že tato smluvní podmínka neporušovala zásady dle § 6 zákona a ani není excesivní či

nepřiměřená v duchu rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013.

43. Neexistence nejzazšího termínu plnění veřejné zakázky byla již v minulosti předsedou Úřadu řešena. Zde odkazují především na rozhodnutí ze dne 13. 5. 2020, č. j. ÚOHS- 14102/2020/322/DJa (sp. zn. ÚOHS-R0038/2020/VZ), stejně jako Úřad v bodě 75 napadeného rozhodnutí.
44. Zadavatel tedy při stanovení zadávacích podmínek v souvislosti s dobou plnění veřejné zakázky nepostupoval v rozporu se zákonem.

K námitce stanovení ceny víceprací

45. Navrhovatel v rozkladu namítá, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nezabýval navrhovatelem tvrzenou povahou víceprací a důvody, za kterých mohou vícepráce vznikat. Důvody jsou především nepředvídané okolností zjištěné až při provádění stavebních prací, nebo z důvodů nedostatků projektové dokumentace, příp. z důvodů dodatečných požadavků zadavatele. Všechny tyto důvody jsou pak mimo sféru vůle či zavinění zhotovitele díla a odpovědnost za ně nese v souladu s § 36 odst. 3 zákona vždy zadavatel. Navrhovatel tedy odmítá nést riziko spočívající v možném uplatnění podnákladových cen v situacích, které jsou zcela mimo jeho vůli či zavinění. Dále také rozporuje neodůvodnění stanovení snížení cen víceprací konkrétně o 20 %.
46. S danou námitkou nemohu souhlasit, neboť Úřad se navrhovatelem tvrzené povaze víceprací a důvody, za kterých mohou vícepráce vznikat, dostatečně věnoval ve vypořádání námitky, především v bodech 90 a 91 napadeného rozhodnutí. Zde Úřad osvětlil, že zadavatel stanovil cenu víceprací vynásobením ceny položky dle ceníku URS CZ koeficientem 0,8, neboť dle zkušeností zadavatele je tento ceník nadhodnocen o 20 % oproti aktuálním nabídkovým cenám ve stavebnictví. Dále akceptoval odůvodnění nastavení přísného mechanismu oceňování víceprací z důvodu financování veřejné zakázky prostřednictvím dotačních prostředků. I když lze s navrhovatelem souhlasit, že vícepráce mohou vznikat z důvodů nepředvídaných okolností, případně nedostatků v projektové dokumentaci, jedná se o smluvní podmínku, jejíž případné uplatnění představuje pro dodavatele běžné podnikatelské riziko, které mohou zohlednit ve svých nabídkách.
47. Navrhovatel si je jistě jako odborník v dané oblasti vědom toho, že vícepracím se nelze se stoprocentní jistotou vyhnout. Proto je předem dohodnutý formalizovaný postup umožňující změnit rozsah požadovaných prací za předem daných cenových podmínek pochopitelný a pro obě strany smlouvy výhodný z pohledu případných sporů. Ze skutečnosti, že se navrhovatel neztotožňuje s nastaveným mechanismem ocenění víceprací přitom nelze bez dalšího dovozovat excesivnost smluvní podmínky. Jak jsem uvedl již v předcházejícím bodě rozhodnutí, toto riziko si musí potenciální dodavatelé zohlednit ve svých nabídkách.
48. K dané námitce konstatuji, že rozklad navrhovatele neobsahuje další skutečnosti případně jinou argumentaci, než podal již v návrhu. Úřad se argumentací navrhovatele v napadeném rozhodnutí řádně zabýval, přičemž smluvní podmínku neshledal excesivní, tudíž ani nepřiměřenou, netransparentní, ani nezákonnou. Vzhledem k uvedenému, danou námitku zamítám.

V. Závěr

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v případě vydání napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. MT Legal s.r.o., Jana Babáka 2733/11, 612 00 Brno
2. Obec Řehlovice, Řehlovice 1, 403 13 Řehlovice

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy