



UOHSX00ICX4X

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0546/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-44300/2023/500

Brno 8. 11. 2023

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 1. 9. 2023 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Řehlovice, IČO 00266981, se sídlem Řehlovice 1, 403 13 Řehlovice,
- navrhovatel – GEOSAN GROUP a.s., IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín, ve správním řízení 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,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele 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,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – GEOSAN GROUP a.s., IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín – ze dne 1. 9. 2023 na 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,

se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – 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“), 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“, přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek téhož dne pod ev. č. Z2023-028419, ve znění pozdějších oprav (dále jen „veřejná zakázka“ či „zadávací řízení“).
2. Dle čl. 4 odst. 4.4. zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky výstavba nové splaškové kanalizace v délce 2,6 km, tří čerpacích stanic odpadních vod a výstavba nové ČOV s kapacitou 500 EO.
3. V bodu II.2.1) formuláře „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 6. 2023 (dále jen „oznámení o zahájení zadávacího řízení“) zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 98 900 000 Kč bez DPH.
4. V bodu III.3.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek nejprve do dne 1. 8. 2023 do 9:00 hod., přičemž v návaznosti na provedená vysvětlení zadávací dokumentace tuto lhůtu následně prodloužil do 10. 8. 2023 do 9:00 hod.
5. Dne 9. 8. 2023 obdržel zadavatel od dodavatele – GEOSAN GROUP a.s., IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín, ve správním řízení 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“) – námitky ze dne 8. 8. 2023 směřující proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky (dále jen „námitky“).
6. Z dokumentu s názvem „Zápis z otevírání nabídek“ ze dne 10. 8. 2023 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 8 nabídek.
7. Rozhodnutím ze dne 22. 8. 2023, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), zadavatel námitky odmítl.
8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 1. 9. 2023 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne. Stejnopis návrhu byl zadavateli doručen téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

9. Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, resp. smluvním podmínkám a proti rozhodnutí o námitkách.
10. Navrhovatel v první řadě namítá, že v čl. III. odst. 3.1. přílohy č. 2 zadávací dokumentace „Návrh smlouvy o dílo“ (dále jen „návrh smlouvy o dílo“) je stanovena doba plnění veřejné zakázky

v rozporu s § 6 odst. 1 a § 36 odst. 3 zákona. Byť se v případě stanovení doby plnění veřejné zakázky jedná o smluvní podmínku, je navrhovatel přesvědčen, že doba plnění jakožto jedna ze základních náležitostí plnění veřejné zakázky spadá pod přezkum Úřadu.¹

11. Navrhovatel uvádí, že v návrhu smlouvy o dílo je uvedeno, že „[...] *dílo musí být dokončeno do 36 kalendářních měsíců ode dne protokolárního předání staveniště*“, přičemž není dále konkretizován okamžik zahájení realizace díla. Návrh smlouvy o dílo dále neurčitě stanoví, že k předání staveniště dojde po vydání rozhodnutí o přidělení dotace na základě písemné výzvy zadavatele s tím, že stavební práce musí být zahájeny do 15-ti dnů od předání a převzetí staveniště. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nedostal požadavkům na jednoznačnost zadávacích podmínek, jelikož zároveň nestanovil žádný mechanismus, který by umožnil potencionálním dodavatelům si udělat představu o skutečné době realizace díla.² Dle navrhovatele dojde po uzavření smlouvy k situaci, kdy vybraný dodavatel bude smlouvou vázán fakticky po neomezenou dobu, jelikož nikde není garantováno, že zadavatel žádost o dotaci podá a pokud, tak zda jí bude s určitostí vyhověno. V důsledku toho by zadavatel mohl neomezeně vyčkávat na vyhlášení dalších dotačních titulů s tím, že dle návrhu smlouvy o dílo zhotovitel nemá žádné smluvní nástroje (např. odstoupení od smlouvy či výpověď) pro vyvázání se ze smluvního závazku. Uvedené navrhovatel považuje za rozporné se zásadou přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona.
12. Navrhovatel dále upozorňuje, že zadavatel v návrhu smlouvy o dílo v rámci ceny za provedení díla zahrnul veškeré náklady zhotovitele spojené s plněním díla včetně nákladů na finanční vlivy a rizika (např. inflace) a zisk, přičemž současně zadavatel v čl. XVIII. odst. 18.8. návrhu smlouvy o dílo převedl na zhotovitele nebezpečí změny okolností dle § 1765 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“) a vyloučil ustanovení § 1766 občanského zákoníku. K tomu navrhovatel dodává, že ačkoliv je v zadávací dokumentaci obsažena vyhrazená změna závazku ze smlouvy podle § 100 odst. 1 zákona, která umožňuje aktualizaci ceny díla z důvodu neočekávaných změn cen stavebních prací, materiálů a technologií, není promítnuta do návrhu smlouvy o dílo a je stanovena ve prospěch zadavatele, kdy neukládá zadavateli povinnost změnu závazku ze smlouvy umožnit. V důsledku toho je dle navrhovatele zcela na zadavateli, zda pro neočekávaný a nepředvídatelný růst cen stavebních prací a materiálů umožní navýšení ceny díla, přičemž zhotovitel musí po celou dobu garantovat nejen cenu díla, ale musí mít také připraveny kapacity pro rychlé a nečekané zahájení plnění.
13. V souvislosti s tím navrhovatel namítá, že mohlo dojít k podání vzájemně neporovnatelných nabídek, kdy jednotliví dodavatelé nevěděli, jak dlouho budou smluvně zavázáni, kdy po takto neurčitou dobu jsou nuceni počítat s alokací potřebných kapacit a být připraveni realizovat dílo, přičemž nevěděli na jak dlouho mají do nabídek zakomponovat hospodářský vývoj s ohledem na inflaci.
14. Navrhovatel v neposlední řadě uvádí, že namítané stanovení smluvních podmínek vytváří bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, přičemž na tom nic nemění ani skutečnost, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 8 nabídek,

¹ Navrhovatel k tomu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 7. 2019, sp. zn. 2 Afs 192/2018 – 74 a rozhodnutí Úřadu ze dne 4. 11. 2016, č. j. ÚOHS-S0603/2016/VZ-44769/2016/532/MOn.

² Např. prostřednictvím navázání na konkrétní maximální lhůtu pro získání dotačního titulu, resp. výzvu s tím, že pokud nebude dotace v této lhůtě přidělena, bude smlouva ukončena.

jelikož zadavatel nemůže vědět kolik potenciálních dodavatelů se rozhodlo zadávacího řízení neúčastnit pro nejednoznačně a netransparentně stanovené zadávací podmínky.

15. Ve vztahu k argumentaci zadavatele v rozhodnutí o námitkách k námitce týkající se doby plnění veřejné zakázky navrhovatel uvádí, že nepožadoval stanovit konkrétní datum pro vyvázání se ze závazku ze smlouvy, ale pouze možnost smlouvu ukončit po uplynutí přiměřené doby v okamžiku, kdy bude postaveno na jisto, zda zadavatel dotaci obdrží či nikoliv. K tomu navrhovatel doplňuje, že mu „[...] není zřejmé, v čem by např. navázání možnosti ukončit smlouvu na rozvazovací podmínku či možnost odstoupení od smlouvy po ukončení celého dotačního procesu příslušné dotační výzvy, tj. nejen na rozhodnutí o poskytnutí, ale i na rozhodnutí o neposkytnutí dotace, bylo v rozporu se zásadami stanovenými v ZZVZ, nebo bylo neefektivní a v rozporu s hospodařením s veřejnými prostředky.“ Dále navrhovatel uvádí, že možnost odstoupit od smlouvy v případě nezískání finančních zdrojů z dotace je stanovena výhradně ve prospěch zadavatele a zhotoviteli nedává žádnou možnost se vyvázat. Navrhovatel tak konstatuje, že se zadavatel nevypořádal s navrhovatelem tvrzenou netransparentností a nejednoznačností nijak nelimitovaného závazku zhotovitele a považuje tak rozhodnutí o námitkách v této části za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.
16. Dále navrhovatel namítá netransparentní a nepřiměřený způsob stanovení ceny víceprací, který vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a přenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele v rozporu s § 36 odst. 3 a § 6 odst. 1 zákona, když v návrhu smlouvy o dílo v čl. II. odst. 2.9. zadavatel stanovil podmínku snížení ceny víceprací o 20 % oproti aktuálnímu ceníku stavebních prací společnosti ÚRS CZ a.s. a v důsledku toho nutí dodavatele provádět práce pod náklady, ačkoliv ceník společnosti ÚRS CZ a.s. spolehlivě odráží aktuální stav cenové hladiny stavebních materiálů a činností v České republice. Navrhovatel nerozumí, z jakého důvodu zadavatel přistoupil ke snížení ceny víceprací a proč se jedná právě o 20 %.
17. Ve vztahu k argumentaci zadavatele v rozhodnutí o námitkách k námitce týkající se stanovení způsobu ceny víceprací navrhovatel konstatuje, že zadavatel nevzal vůbec v potaz jejich povahu a důvody, za kterých mohou vznikat. K tomu navrhovatel dodává, že „[v]ícepráce jsou totiž takové práce a dodávky, které nebyly obsaženy v rozsahu díla stanoveného uzavřenou smlouvou, avšak jejich provedení je nezbytné pro řádnou a úplnou realizaci díla, a to buď z důvodů nepředvídaných okolností zjištěných až při provádění stavebních prací, nebo z důvodů nedostatků projektové dokumentace, příp. z důvodů dodatečných požadavků zadavatele“, kdy dle navrhovatele jsou takové důvody mimo zavinění zhotovitele a odpovědnost za ně nese v souladu s § 36 odst. 3 zákona vždy zadavatel. Dle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o námitkách nijak neodůvodnil, proč přistoupil ke snížení ceny víceprací právě o 20 %, kdežto informace zadavatele o tom, že dle jeho zkušeností je ceník společnosti ÚRS CZ a.s. nadhodnocen odhadem o 20 %, dle navrhovatele neodpovídá skutečnosti, naopak dle navrhovatele při tvorbě cenové soustavy společnosti ÚRS CZ a.s. došlo v důsledku nedávných turbulencí na trhu stavebních materiálů a prací k úpravě metodiky její tvorby, která je nyní aktualizovaná na měsíční bázi a odráží tak mnohem přesněji reálnou úroveň cen, než tomu bylo v minulosti. Dle navrhovatele je podmínka snížení ceny víceprací stanovena v rozporu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona a zároveň rozhodnutí o námitkách v této části považuje za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

18. Dále navrhovatel namítá nepřiměřenost zadávací podmínky upravené v čl. XII. odst. 12.7. návrhu smlouvy o dílo vylučující povinnost převzít dílo s drobnými vadami nebránícími užívání dle § 2628 občanského zákoníku.³ Navrhovatel konstatuje, že předmětem veřejné zakázky je komplexní a složité dílo, u něhož je téměř nemožné, aby bylo provedeno absolutně bez vad, byť nebránícím jeho užívání. Takový postup dle navrhovatele nemůže být v souladu se zásadou přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona, neboť bude pouze na zadavateli, jakým způsobem bude vůči vybranému dodavateli ve vztahu k převzetí díla postupovat.
19. Závěrem navrhovatel konstatuje, že v důsledku nezákonného stanovení zadávacích podmínek vzniká navrhovateli újma, neboť nemohl podat řádnou nabídku s adekvátním zohledněním všech rizik a potencionálně se stát vybraným dodavatelem, se kterým by zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku a následně realizoval obrát a zisk z dané veřejné zakázky. S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhovatel navrhuje, aby Úřad zadávací řízení zrušil.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

20. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno dne 1. 9. 2023, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
21. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel a navrhovatel.
22. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 5. 9. 2023.
23. Usnesením ze dne 5. 9. 2023 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
24. Dne 12. 9. 2023 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k návrhu ze dne 11. 9. 2023 (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu“).

Vyjádření zadavatele k návrhu

25. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu nejprve shrnuje průběh zadávacího řízení a k namítaným skutečnostem uvádí následující.
26. Ve vztahu k námitce týkající se stanovení doby plnění veřejné zakázky zadavatel předně uvádí, že v souladu s čl. III. odst. 3.1.1. návrhu smlouvy o dílo dojde k předání a převzetí staveniště po vydání rozhodnutí o dotaci, na základě písemné výzvy objednatele s předpokladem na jaře roku 2024. Dle zadavatele bližší specifikaci předání a převzetí staveniště nelze objektivně očekávat, neboť nelze presumovat přidělení právního aktu o dotaci. K tomu zadavatel dodává, že navrhovanou úpravou navrhovatelem by postupoval velmi neefektivně, neboť by se vystavil neúměrnému riziku případné nerealizace veřejné zakázky z důvodu vystavení právního aktu o dotaci po lhůtě ve smlouvě stanovené. Dále zadavatel doplňuje, že jeho záměrem není mít na neurčito zavázaného dodavatele, přičemž naopak cílil vytvořit co možná nejvyšší úroveň právní jistoty, která je pro hospodaření s veřejnými prostředky požadována.

³ Navrhovatel k tomu odkazuje na komentářovou literaturu k citovanému ustanovení – Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055 – 3014), 1. vydání, 2014, s. 1127 – 1129: P. Horák.

27. Dále zadavatel odkazuje na čl. XIV. odst. 14.3. návrhu smlouvy o dílo, který upravuje odstoupení od smlouvy pro případ, že objednatel nezíská účelovou dotaci nebo nebude on sám schopen spolufinancovat předmět díla z vlastních zdrojů. Zadavatel citované ustanovení návrhu smlouvy o dílo interpretuje tak, že pokud objednatel neobdrží dotaci a pokud po uplynutí předpokládané doby zahájení stavby dodavatel sdělí objednateli, že „*nebude schopen stavbu realizovat, ať už z důvodu cen uvedených v nabídce, či z důvodu jeho vytíženosti jinými akcemi, objednatel od smlouvy odstoupí, a to z důvodu, protože stavbu nebude mít jak financovat*“.
28. Ve vztahu k argumentaci navrhovatele o možnosti smlouvu ukončit po uplynutí přiměřené doby, kdy bude jisté, zda zadavatel předpokládanou dotaci obdrží či nikoliv, zadavatel uvádí, že takovou přiměřenou dobu není možné určit, protože v době přípravy zadávacích podmínek nemá k dispozici informace o budoucích dotačních výzvách a někdy nemá informace ani o budoucích platných pravidlech. Proto se zadavatel snažil připravit zadávací podmínky podle posledních známých pravidel a podle svého nejlepšího svědomí tak, aby byly v souladu se zákonem i s předpokládanými budoucími pravidly. K tomu zadavatel dále uvádí, že se musí chovat jako řádný hospodář a mít pro podání žádosti o dotaci akci co nejvíce připravenou, a proto v zadávacích podmínkách a v návrhu smlouvy o dílo také uvádí předpokládanou dobu zahájení stavebních prací. Zadavatel je přesvědčen, že zadávací podmínky jsou v souladu s principy vymezenými v § 6 zákona, přičemž jsou ve vztahu k době plnění veřejné zakázky stanoveny v souladu s požadavky na jejich správnost, úplnost a jednoznačnost a jsou tak přiměřené a transparentní.
29. Co se týče námítky týkající se způsobu stanovení ceny víceprací zadavatel odkazuje na celé znění čl. II. odst. 2.9. návrhu smlouvy o dílo upravující danou problematiku a konstatuje, že „*požaduje, aby budoucí zhotovitel prováděl stavbu v souladu se zadávací dokumentací včetně soupisu prací s výkazem výměr a pokud možno bez víceprací*“, přičemž snížení položkových cen se týká pouze položek víceprací, které stávající soupis prací neobsahuje. Dále k tomu zadavatel dodává, že se tímto ustanovením návrhu smlouvy o dílo snaží o dodržení dobrých mravů ze strany dodavatele, kdy se stává, že dodavatel ještě stavbu ani nezahájí a už se snaží přesvědčit zadavatele o nutnosti zadání víceprací s co možná nejvyšším počtem položek při využití ocenění dle ceníku ÚRS CZ a.s., který je dle zkušeností zadavatele odhadem cca o 20 % nadhodnocen oproti aktuálním nabídkovým cenám ve stavebnictví.
30. K argumentaci ohledně měsíčního zveřejňování ceníků společností ÚRS CZ, a.s. zadavatel konstatuje, že měsíčně jsou zveřejňovány pouze zprůměrované ceny materiálových vstupů a ceníky stavebních prací jsou naopak aktualizovány pololetně. Dále zadavatel uvádí, že vzhledem k předpokladu financování prostřednictvím dotačních prostředků bude zadavatel po dodavateli požadovat dodržet projektovou dokumentaci včetně soupisu prací, přičemž s ohledem na povinnost jednat jako řádný hospodář se jakýmikoliv vícepracemi vystavuje nebezpečí, že na ně neobdrží dotaci. Proto budoucímu zhotoviteli nehrozí újma ze strany zadavatele v důsledku potenciálních víceprací vyplývajících z nových požadavků zadavatele.
31. Ve vztahu k navrhovatelem namítanému vyloučení povinnosti převzetí díla s vadami nebránícími užívání díla zadavatel uvádí, že čl. XII. odst. 12.7. návrhu smlouvy o dílo nevylučuje převzetí díla s vadami a nedodělky a s ohledem na dispozitivnost dané právní úpravy je možné regulovat smluvní vztah stanoveným způsobem. Zadavatel touto úpravou sleduje bezvadné předání díla a pro případ, kdy bude dílo obsahovat vady nebránícímu jejímu užívání, možnost

zhodnotit, zda dílo převezme s těmito vadami či nikoliv a příp. pro jejich odstranění stanovit lhůtu.

32. Závěrem zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace je zpracována v souladu se zákonem a v žádném případě nepřenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Dle zadavatele je na základě výše uvedeného jasné, že navrhovatel nepochopil zadávací podmínky a návrh smlouvy o dílo jako komplexní celek a námitky podává k jednotlivým větám vytrženým z kontextu. Z toho důvodu zadavatel s návrhem nesouhlasí.

Další průběh správního řízení

33. Usnesením ze dne 2. 10. 2023 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel se ve lhůtě k tomu určené, ani později v řízení, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.
34. Dne 9. 10. 2023 obdržel Úřad od zadavatele jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne, ve kterém odkazuje na obsah svého vyjádření k návrhu a konstatuje, že podaný návrh považuje za nedůvodný a navrhuje zahájené správní řízení zastavit.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

35. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření účastníků správního řízení, rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K rozhodnutí o námitkách

36. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel svým návrhem napadá mj. i rozhodnutí o námitkách, když ve svém návrhu uvádí, že zadavatel nepochopil jeho námitky v souladu se zákonem, zabýval se Úřad před samotným věcným přezkumem také posouzením způsobu vypořádání námitek navrhovatele ze strany zadavatele.
37. Úřad k tomu předně uvádí, že z dokumentace o zadávacím řízení plyne, že námitky navrhovatele byly podány řádně a včas, oprávněnou osobou a obsahovaly veškeré náležitosti ve smyslu § 244 zákona, tudíž zadavatel byl povinen skutečnosti v nich uvedené věcně vypořádat.
38. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
39. Úřad k tomu v obecnosti konstatuje, že pro splnění požadavku na srozumitelnost a dostatečnou podrobnost odůvodnění stanoviska zadavatele v rozhodnutí o námitkách není nutné, aby se zadavatel vypořádával s každým dílčím aspektem argumentace stěžovatele do nejmenších myslitelných podrobností; rozhodující je, zda zadavatel v rozhodnutí o námitkách poskytuje navrhovateli srozumitelné a dostatečně podrobné stanovisko k podstatě namítaných skutečností, tj. k podstatě argumentace navrhovatele. Je tedy nutné, aby odůvodnění podaných námitek postihlo gros podaných námitek, aniž by ovšem bylo ze strany zadavatele nutné vypořádat každé jednotlivé tvrzení uvedené v námitkách.

40. Obsahem a podstatou námitek je nedostatečně stanovené datum zahájení stavebních prací, stanovení smluvní podmínky v souvislosti s oceněním víceprací nezahrnutých do výkazu výměr v rozporu se zákonem a vyloučení zákonného postupu při převzetí díla dle § 2628 občanského zákoníku.
41. V rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl důvody, pro které považuje nastavení smluvních podmínek týkajících se doby plnění veřejné zakázky za souladné se zákonem, přičemž současně objasnil důvody takového nastavení a spolu s poukazy na jednotlivé smluvní podmínky k uvedenému se vážící (např. na úpravu smluvních podmínek řešících odstoupení od smlouvy v případě nezískání dotace určené ke spolufinancování daného plnění) vypořádal stěžejní argumenty stěžovatele. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách rovněž odůvodnil účel i obsah zakotvených smluvních podmínek ohledně ocenění víceprací nezahrnutých ve výkazu výměr a ohledně předání a převzetí díla, přičemž i ve vztahu k nim postihl stěžejní argumenty navrhovatele.
42. Úřad tedy k výše uvedenému shrnuje, že z rozhodnutí o námitkách je zřejmé, proč zadavatel považuje tvrzení navrhovatele ohledně jemu vytýkaných pochybení za lichá, stejně tak proč považuje svůj postup, resp. stanovené zadávací podmínky za souladné se zákonem, kdy zcela jistě nejde o pouhé formální odmítnutí námitek bez odůvodnění, naopak je postihnuto gros každé z námitek. Rozhodnutí o námitkách tedy Úřad seznal za souladné s § 245 odst. 1 zákona.

K výroku tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení právních předpisů

43. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
44. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
45. Podle § 28 odst. 1 písm. a) bod 2 zákona se zadávacími podmínkami mj. rozumí veškeré zadavatel stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení.
46. Dle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
47. Dle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
48. Podle § 37 odst. 1 písm. c) zákona může zadavatel jako podmínky účasti v zadávacím řízení stanovit mj. obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.
49. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

50. Dle čl. 4 odst. 4.4. zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky výstavba nové splaškové kanalizace v délce 2,6 km, tří čerpacích stanic odpadních vod a výstavba nové ČOV s kapacitou 500 EO.

51. Dle čl. 5 odst. 5.1. zadávací dokumentace „[z]adavatel stanoví lhůtu pro provedení předmětu veřejné zakázky do 36 kalendářních měsíců ode dne protokolárního předání staveniště. V této lhůtě bude předmět veřejné zakázky řádně ukončen a předán objednateli včetně kompletních podkladů ke kolaudaci stavby (díla). Předpokládané zahájení stavby je jaro 2024.“
52. Dle čl. 17 zadávací dokumentace bude nabídka obsahovat mj. návrh smlouvy o dílo, přičemž v souladu s odst. 17.2.5. citovaného článku zadávací dokumentace „[...] Přílohy k návrhu smlouvy o dílo č. 2, 3, 4 předloží dodavatel nejpozději v den podpisu smlouvy [...].“
53. V čl. 30 odst. 30. 1. zadávací dokumentace zadavatel vyhradil v souladu s § 100 odst. 1 zákona možnost změnit závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku pro případ nárůstu položky oproti předloženému výkazu výměr vyšší než 10 %. K tomu dále v citovaném článku zadávací dokumentace zadavatel stanovil následující podmínky:

„a) Požádat o aktualizaci ceny díla z důvodu neočekávaných změn cen stavebních prací, materiálů a technologií je možné pouze jednou za 6 měsíců během realizace stavby.

b) Celkovou cenu díla lze z důvodu neočekávaných změn cen stavebních prací, materiálů a technologií v součtu navýšit maximálně o 15 % původní ceny díla. Změna celkové ceny díla bude možná pouze se souhlasem objednatele, a pokud bude v souladu s touto zadávací dokumentací, smlouvou o dílo a v souladu s ust. § 222 zákona;

c) Změna jednotkových cen dodávaných strojů a materiálu bude možná pouze se souhlasem objednatele a s podrobným zdůvodněním a doloženým navýšením pořizovacích cen těchto komodit.

d) Aktualizaci ceny díla z důvodu neočekávaných změn cen stavebních prací bude možné provést u těch položek a v objemu dosud nerealizovaných a/nebo neschválených stavebních prací ze strany zástupce objednatele dle smlouvy o dílo (tzn. do budoucna), u těch položek a v objemu sice již realizovaných a schválených stavebních prací ze strany zástupce objednatele dle smlouvy o dílo, které však byly realizovány až po aktualizaci cenové úrovně CS ÚRS, avšak nebyly ještě vyfakturovány ze strany dodavatele. Žádost o aktualizaci ceny díla z důvodu neočekávaných změn cen stavebních prací není možné učinit u těch položek stavebních prací a v objemu, které byly realizovány před aktualizací cenové úrovně CS ÚRS a následně schváleny ze strany zástupce objednatele bez ohledu na to, zda byly již vyfakturovány či nikoliv.

e) Aktualizovat jednotkové ceny položek soupisu prací, které jsou stanoveny dle CS ÚRS je možné, pokud procentní změna jednotkové ceny činí alespoň 10%. Pro učení změny ceny příslušné položky je rozhodující srovnání ceny příslušné položky dle CS ÚRS platné v okamžiku podání nabídky dodavatele a ceny dané položky dle CS ÚRS platné v okamžiku žádosti dodavatele o aktualizaci ceny díla dle předmětné smlouvy o dílo.

f) Pokud je splněna podmínka uvedená v předchozím bodě, pak nová jednotková cena předmětné položky pro účely aktualizace ceny díla se stanoví tak, že se vypočte procentní podíl mezi jednotkovou cenou dané položky nabídnuté ze strany dodavatele v rámci jeho nabídky a jednotkovou cenou dané položky dle cenové úrovně CS ÚRS platné v okamžiku podání nabídky dodavatele a tímto procentním podílem se následně vynásobí jednotková cena příslušné položky dle cenové úrovně CS ÚRS platné v okamžiku podání žádosti o aktualizaci ceny díla. Rozdíl jednotkových cen bude následně pro účely aktualizace ceny díla upraven na 50%. O tuto částku se zvýší původní nabídková cena příslušné položky.

Příklad: Jednotková cena předmětné položky dle CS ÚRS 2022/II v okamžiku podání nabídky činí 1.000,- Kč bez DPH. Dodavatel tuto položku ve své nabídce ocení částkou 980,- Kč bez DPH, to znamená ve výši 98% oproti jednotkové ceně dané položky dle cenové úrovně CS ÚRS 2022/II. Pokud cena předmětné položky činí dle cenové úrovně CS ÚRS 2023/II částku 1.200,-Kč bez DPH, pak nová cena předmětné položky zohledňující cenový nárůst dle CS ÚRS pro účely dalšího postupu bude činit $1200 \times 0,98$, tj. částku 1.176,- Kč bez DPH, tj. jde o cenové navýšení jednotkové ceny ve výši 196,- Kč, které bude upraveno na max. 50% změny ceny, tj. na 98,- Kč bez DPH oproti částce 980,- Kč bez DPH. Výsledná konečná cena dané položky bude tedy činit 1078,- Kč bez DPH.

e) Výše uvedená pravidla dopadají i na vícepráce a méněpráce, které vzniknou v průběhu realizace stavebních prací dle smlouvy o dílo. Tj. pokud dojde k aktualizaci ceny položky stavebních prací v souladu s výše uvedenými pravidly, pak se tato aktualizace vztahuje i na příslušný objem položky, který bude dodavatelem realizován na základě víceprací případně méněprací. Jinak řečeno, příslušné vícepráce (případně méněpráce) budou oceněny dle cen položky aktualizované na základě žádosti dodavatele dle výše uvedených pravidel.“

54. Dle čl. 32 zadávací dokumentace je přílohou č. 2 návrh smlouvy o dílo.
55. V čl. II. odst. 2.9. návrhu smlouvy o dílo zadavatel stanovil, že „[v]yvstane-li potřeba provedení změn, doplňků nebo rozšíření díla, je zhotovitel povinen provést soupis změn, doplňků nebo rozšíření, a ocenit jej podle jednotkových cen obsažených v zhotovitelem oceněném položkovém Soupisu prací s výkazem výměr, který je součástí nabídky. Pokud takový postup ocenění není možný (z důvodu, že zhotovitelem oceněný položkový Soupis prací s výkazem výměr takové práce, činnosti či dodávky neobsahuje), je zhotovitel povinen ocenit takové práce, činnosti a dodávky podle ceníku společnosti ÚRS CZ, a.s., aktuálně platného v době zjištění změn, přičemž dle dohody smluvních stran budou dané ceníkové jednotkové ceny poníženy vynásobením koeficientem 0,8. Pokud ani tento postup ocenění není možný, je zhotovitel povinen ocenit takové práce, činnosti a dodávky podle jím navrhovaných cen (za podmínek dle této smlouvy a v daném místě a čase plnění obvyklých). Oceněný soupis prací, činností a dodávek je zhotovitel povinen předložit objednateli k písemnému odsouhlasení formou změnových listů (s náležitostmi dle odstavce 2.12. tohoto článku). Po písemném odsouhlasení změnových listů pověřenými technickými zástupci objednatele (zástupce objednatele v technických záležitostech, technický dozor stavebníka a autorský dozor projektanta) a po následném uzavření dodatku či dodatků k této smlouvě má zhotovitel právo na realizaci těchto změn respektive na jejich úhradu. Pokud zhotovitel nepostupuje výše popsáním způsobem, má se za to, že práce a dodávky jím realizované byly v předmětu díla a v jeho ceně zahrnuté. Uzavřením příslušného písemného dodatku k této smlouvě bude upraven nový rozsah díla, nová cena díla a případně nový termín dokončení díla. Vždy však bude postupováno v souladu se zákonem, tj. v důsledku změn nesmí dojít k podstatné změně smlouvy.“
56. Dle čl. III. odst. 3.1. návrhu smlouvy o dílo se zhotovitel „zavazuje celé dílo řádně provést, ukončit a předat ve lhůtě sjednané touto smlouvou, a to nejdéle do 36 kalendářních měsíců ode dne protokolárního předání staveniště. V této lhůtě bude předmět veřejné zakázky, řádně dokončen a předán objednateli bez vad a nedodělků, včetně kompletních dokladů ke kolaudaci stavby.“

57. Dle čl. III. odst. 3.1.1. návrhu smlouvy o dílo „[d]oba předání a převzetí staveniště – po vydání právního aktu o přidělení dotace, na základě písemné výzvy objednatele. Předpoklad jaro roku 2024.“
58. Dle čl. III. odst. 3.1.2. návrhu smlouvy o dílo „[d]oba zahájení stavebních prací – nejpozději do 15-ti dnů od předání a převzetí staveniště.“
59. Dle čl. III. odst. 3.1.3. návrhu smlouvy o dílo platí, „že celková doba provedení díla se prodlouží o dobu, po kterou nemohlo být dílo prováděno v důsledku řádně doložených okolností objektivně znemožňujících provádění díla. Odpovědnost zhotovitele nevyklučuje překážka, která vznikla v době, kdy již byl zhotovitel v prodlení s plněním své povinnosti nebo vznikla v důsledku hospodářských či organizačních poměrů zhotovitele.“
60. Dle čl. III. odst. 3.3. návrhu smlouvy o dílo „[č]asový harmonogram plnění v členění po měsících včetně finančního plnění je přílohou č. 2. této smlouvy. V harmonogramu jsou vyznačeny uzlové body a termíny provedení jednotlivých samostatných ucelených (funkčních) částí díla, které jsou pro realizaci stavby závazné a které se zhotovitel zavazuje splnit.“
61. Dle čl. III. odst. 3.5. návrhu smlouvy o dílo platí, že „[z]drží-li se provádění díla v důsledku překážek výlučně na straně objednatele, má zhotovitel právo na prodloužení lhůty pro provedení díla či jeho části, a to o dobu, o kterou bylo provedení díla či jeho části takto zdrženo. V případě vzniku takové překážky je zhotovitel povinen tuto skutečnost písemně do 2 dnů od jejího vzniku (resp. od zjištění této skutečnosti) oznámit objednateli a uvést v zápise ve stavebním deníku. Objednatel si vyhrazuje právo odsouhlasit tuto překážku nejpozději do 7 dnů od obdržení písemného vyrozumění.“
62. Dle čl. XII. odst. 12.6. návrhu smlouvy o dílo „[o]bjednatel není povinen převzít dílo vykazující jakékoliv vady nebo nedodělky. Vadou se pro účely této smlouvy rozumí odchylka v kvantitě, kvalitě, rozsahu nebo parametrech díla, stanovených příslušnou projektovou dokumentací díla, touto smlouvou a obecně závaznými předpisy.“
63. Dle čl. XII. odst. 12. 7. návrhu smlouvy o dílo „[o]bjednatel může převzít dílo s drobnými vadami a nedodělky nebránícími trvalému užívání díla. Tyto vady a nedodělky musí být uvedeny v přejímacím protokolu s termínem jejich odstranění, který stanoví objednatel a který je pro zhotovitele závazný.“
64. Čl. XIV. odst. 14.1. návrhu smlouvy o dílo stanoví, že smluvní strany „[...] mohou od této smlouvy odstoupit v případech, kdy to stanoví zákon nebo tato smlouva. [...]“
65. Z čl. XIV odst. 14.3. návrhu smlouvy o dílo vyplývá, že „[o]bjednatel je dále oprávněn od této smlouvy odstoupit v případě, že objednatel nezíská účelovou dotaci určenou ke spolufinancování předmětu díla dle této smlouvy, nebo v případě, že objednatel nebude schopen spolufinancovat předmět díla z vlastních zdrojů na základě své ekonomické situace; z těchto důvodů je objednatel oprávněn od této smlouvy odstoupit pouze do okamžiku, než dojde k předání a převzetí staveniště (viz článek III. odst. 3.1.1. této smlouvy)

V případě odstoupení objednatele od této smlouvy ze shora sjednaných důvodů nemá zhotovitel vůči objednateli žádné nároky na náhradu škody či na poskytnutí jakékoliv kompenzace či náhrady za náklady, které zhotovitel v souvislosti s uzavřením této smlouvy vynaložil, a zhotovitel současně není oprávněn vůči objednateli uplatňovat ani žádné sankce či jakékoliv jiné nároky, a zhotovitel s tímto ujednáním bez výhrad souhlasí.“

66. Dle čl. XIX. odst. 19.4. návrhu smlouvy o dílo je mj. nedílnou součástí smlouvy příloha č. 2 „Harmonogram prací včetně finančního plnění“ (dále jen „harmonogram prací“).

Právní posouzení

Obecně k přezkumu smluvních podmínek Úřadem

67. Jak již Úřad uvedl výše, námitky navrhovatele směřují do smluvních podmínek stanovených zadavatelem. Navrhovatel předmětné smluvní podmínky považuje za porušující zásady přiměřenosti a transparentnosti obsažené v § 6 odst. 1 zákona ve spojení s § 36 odst. 1 a 3 zákona.
68. Úřad k uvedenému primárně konstatuje, že smluvní podmínky představují specifickou část zadávací dokumentace. V souvislosti s obchodními (smluvními) podmínkami je v § 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ „pouze“ stanoveno, že se musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky. Zákon však jinak nestanoví, jaké smluvní podmínky mají být obsahem smlouvy uzavřené na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Vymezení smluvních podmínek tak zákon ponechává na uvážení smluvních stran, kdy je zřejmé, že se zde primárně promítnou potřeby a požadavky zadavatele, neboť právě ten nejlépe ví, jaké plnění a s jakými parametry bude poptávat a za jakých podmínek chce uspokojení svých potřeb dosáhnout. Záleží proto na úvaze zadavatele, jakým způsobem si stanoví rozsah a obsah smluvních podmínek. Je ovšem zapotřebí zdůraznit, že zadavatel nesmí k vymezení smluvních podmínek přistupovat zcela libovolně; tedy musí při jejich vymezení brát v potaz i základní zásady zadávacího řízení uvedené v ustanovení § 6 zákona, které mají zajistit to, aby smluvní podmínky nebyly zadavatelem formulovány zjevně excesivně.
69. S výše uvedeným také souvisí omezená přezkumná pravomoc Úřadu ve vztahu ke smluvním podmínkám, kdy oprávnění Úřadu na poli přezkoumání úkonů zadavatele týkajících se nastavení smluvních a obchodních podmínek stanovených v zadávací dokumentaci nejsou vyloučená, nicméně jsou značně omezená. I podle rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 1 Afs 2/2013-46 ze dne 24. 4. 2013⁴ platí, že *„je zapotřebí vyloučit možnost, aby zadavatel mohl v rámci soukromoprávního vztahu vyloučit možnost veřejnoprávního přezkumu, čímž by byl popřen smysl celé úpravy zákona o veřejných zakázkách [...]“*. Nicméně, jak vyplývá z ustálené judikatury, např. z rozsudku NSS č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014 (navazujícího na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013), není úkolem Úřadu *„aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek.“*
70. Ve vztahu k výše uvedenému Úřad dále odkazuje i na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019, ze kterého vyplývá, že 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*

⁴ Týká-li se v tomto odůvodnění rozhodnutí uváděný rozsudek předchozího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jeho závěry jsou platné i za současného znění zákona.

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 porušeny být mohly; konkrétně zásada transparentnosti při dovození nejasnosti podmínek 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.“

71. Úřad rovněž upozorňuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-29601/2022/161 ze dne 30. 9. 2022, který k výše citovanému rozsudku NSS shrnul, že do kompetence Úřadu spadá posouzení toho „zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 zákona. Jinak řečeno, jestliže konkrétní soukromoprávní podmínka vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný exces, jenž by atakoval faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky, a současně taková podmínka ani není pravidlem pro posuzování kvalifikace či pro hodnocení nabídek, pak Úřad není příslušný k posuzování její vhodnosti či přiměřenosti.“
72. Ze shora citovaných rozsudků, jakož i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu tak lze dovodit, že do kompetence Úřadu spadá posouzení toho, zda konkrétní soukromoprávní podmínka vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný exces, jenž by atakoval faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky či představoval neúnosné narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 zákona. Úřad je tak v tomto ohledu přezkumem limitován a nepřísluší mu hodnotit obsah smluvních ujednání stanovených zadavatelem, nevyplyvá-li z nich zjevný exces. V tomto světle tedy Úřad přistoupil k posouzení zadavatelem stanovených smluvních podmínek, které navrhovatel svým návrhem napadá.

Ke stanovení doby plnění veřejné zakázky

73. Navrhovatel v první řadě napadá způsob stanovení doby (zahájení) plnění, přičemž je přesvědčen, že v této části zadavatel stanovil zadávací, resp. smluvní podmínky v rozporu s požadavkem na jejich správnost, úplnost a jednoznačnost, jakožto i v rozporu se zásadami transparentnosti a přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona. Navrhovatel konkrétně namítá, že zadavatel ve vztahu k době plnění veřejné zakázky nestanovil žádný mechanismus, který by potencionálním dodavatelům umožnil učinit si reálnou představu o skutečné době (zahájení) realizace díla a uvedené promítnout do nabídky. V důsledku toho dojde dle navrhovatele po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku k situaci, kdy vybraný dodavatel bude smlouvou vázán fakticky po neomezenou dobu bez možnosti se ze závazku vyvázat, přičemž bude současně nucen být kdykoliv připraven dílo zahájit. V tomto kontextu pak také navrhovatel dodává, že v ceně díla musí být zahrnuty veškeré náklady, finanční vlivy a rizika, přičemž zadávací podmínky dostatečně nelimitují rizika rostoucích cen, když bez reálné představy o době (zahájení) plnění nejsou dodavatelé schopni dané reflektovat v nabídce.
74. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel stanovil dobu plnění veřejné zakázky v čl. 5 odst. 5.1. zadávací dokumentace, resp. v čl. III. odst. 3.1. návrhu smlouvy o dílo, tak že zhotovitel je povinen předat dílo zadavateli ve lhůtě 36 kalendářních měsíců ode dne předání staveniště. Okamžik předání (a převzetí) staveniště je v souladu s čl. III. odst. 3.1.1. návrhu smlouvy o dílo navázán na písemnou výzvu zadavatele po vydání právního aktu o přidělení dotace s předpokladem na jaře roku 2024 a doba samotného zahájení stavebních prací má dle

čl. III. odst. 3.1.3. návrhu smlouvy o dílo začít nejpozději do 15 dnů od předání a převzetí staveniště.

75. Ve vztahu k výše specifikované námitce navrhovatele v kontextu nastavení uvedených zadávacích podmínek zadavatelem Úřad primárně uvádí, že posouzením otázky zákonnosti stanovení termínu zahájení stavebních prací v návaznosti na oznámení, resp. výzvu zadavatele zhotoviteli se Úřad již zabýval v rámci své rozhodovací praxe, např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-05497/2020/531/MHo ze dne 18. 2. 2020 (sp. zn. ÚOHS-S0006/2020/VZ), ve kterém konstatoval, že *„ačkoliv se mu jako vhodnější jeví vázat zaslání výzvy k předání a převzetí staveniště k určitému okamžiku od uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nemá Úřad za to, že by nastavení termínu předání staveniště v té podobě, v jaké zadavatel v šetřeném případě učinil, tj. převzetí staveniště vybraným dodavatelem nejpozději do 5 dnů od doručení výzvy ze strany zadavatele, představovalo natolik excesivní smluvní (obchodní) podmínku, aby ji bylo lze hodnotit jako rozpornou se zákonem“*. S tímto závěrem se pak ztotožnil i předseda Úřadu v následném rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-14102/2020/322/DJa ze dne 13. 5. 2020 (sp. zn. ÚOHS-R0038/2020/VZ), přičemž k právě uvedenému dodal, že *„[r]ovněž tato smluvní podmínka nepůsobí vůči všem potenciálním dodavatelům diskriminačně, neboť všichni potenciální dodavatelé jsou s ní seznámeni již od počátku zadávacího řízení. Je pak na zvážení jednotlivých dodavatelů, zda takovou smluvní podmínku budou akceptovat, či nikoli, a zda podají nabídku. 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 do 5 dnů ode dne, kdy od zadavatele obdrží výzvu k převzetí staveniště, přičemž měli současně informaci o tom, že zadavatel počítá s tímto předáním staveniště v dubnu roku 2020. (...) Podnikatelské riziko spočívající v tom, že dodavatelé neznají přesný termín předání stanoviště, a tudíž musí mít připraveny veškeré kapacity k náležitému zajištění stanoviště, nedosahuje takové intenzity, že by potenciální dodavatelé nepodali nabídku. Spolu s další informací ohledně předpokládaného termínu ‚(...)04/2020‘ měli tak potenciální dodavatelé představu, kdy nejdříve dojde k zahájení plnění veřejné zakázky. Lze 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.“* K obdobným závěrům pak Úřad dospěl i v rozhodnutí č. j. ÚOHS-29601/2022/161 ze dne 30. 9. 2022 (sp. zn. ÚOHS-S0230/2022/VZ), potvrzeném následným rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-29601/2022/161 ze dne 30. 9. 2022 (sp. zn. ÚOHS-R0112/2022/VZ). Úřad, resp. jeho předseda tedy ani v citovaných rozhodnutích neshledali postup, kterým zadavatel navázal datum pro předání a převzetí staveniště (které bylo současně i termínem zahájení stavebních prací) na doručení výzvy zhotoviteli po uzavření smlouvy, aniž by určil fixní časové období, v němž předmětnou výzvu dodavatelé doručí, za rozporný se zákonem.⁵ V tomto druhém případě pak Úřad a jeho předseda posuzovali rovněž zákonnost takového nastavení počátku prací na veřejné zakázce i v kombinaci s nestanovením mechanismu pro navyšování ceny díla.

⁵ Úřad v této souvislosti dále odkazuje např. na své rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0131/2018/VZ-10511/2018/523/HVo ze dne 10. 4. 2018, v němž bylo deklarováno, že případnou změnou fixně stanovených termínů realizace veřejné zakázky by mohlo dojít k nikoliv marginální změně původně stanovené doby realizace veřejné zakázky, ale jednalo by se o *„podstatnou změnu podmínek, která mohla ovlivnit průběh samotného zadávacího řízení, neboť nelze vyloučit, že by tato změna v případě jejího uplatnění již v ‚původním‘ zadávacím řízení vedla k účasti i jiných potenciálních dodavatelů předmětu veřejné zakázky, přičemž v takovém případě mohla být vybrána výhodnější nabídka, než nabídka vybraného uchazeče.“*

V tomto kontextu Úřad v prvostupňovém rozhodnutí uvedl, že „*si je vědom toho, že v důsledku změn na trhu způsobených pandemií nemoci Covid-19 a válkou na Ukrajině v posledních měsících dochází k podstatnému nárůstu cen dodávek některých stavebních materiálů z důvodu jejich nedostatku na trhu, s čímž souvisí také prodlužování jejich dodacích lhůt. Úřad však považuje za nutné upozornit, že je pouze na zadavatelích, jakým způsobem budou proměnlivou situací s cenami stavebních materiálů při zadávání veřejných zakázek zohledňovat, a to zejména s přihlédnutím k jejich reálným finančním možnostem. Ačkoliv obecně lze konstatovat, že je vhodné zakotvit do smlouvy na veřejnou zakázku takové mechanismy, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky umožňovat pružně reagovat na změny na trhu stavebních materiálů (například právě prostřednictvím inflační doložky) či upravit smluvní podmínky, je vždy však na zvážení zadavatele, zda tyto mechanismy přijme, či nikoliv. Pokud se zadavatel, stejně jako v šetřeném případě, rozhodne po zvážení všech okolností tyto mechanismy nepřijmout (např. s ohledem na hypoteticky problematické financování veřejné zakázky), pak je to pouze jeho obchodní rozhodnutí a tento postup není možné považovat za rozporný se zákonem.*“

76. Na základě výše uvedeného Úřad shrnuje, 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.
77. Úřad předně uvádí, že zadavatel v šetřeném případě v čl. III. odst. 3.1.1. návrhu smlouvy o dílo stanovil předpokládaný termín pro předání a převzetí staveniště, od něhož plyne lhůta pro plnění, a to jaro roku 2024. Zadavatel k tomuto v rozhodnutí o námitkách a obdobně ve svém vyjádření k návrhu uvedl, že se jedná o odhad počátku plnění, kdy bližší specifikaci nelze objektivně očekávat, neboť zakázku chce financovat za pomoci dotace, kdy však nelze blíže presumovat vydání právního aktu o přidělení dotace (zadavatel k tomu dodává, že se snaží mít celou akci co nejlépe připravenou, aby mohl zakázku co nejdříve realizovat). Takové zdůvodnění je dle Úřadu legitimní, neboť zadavatel z principu není schopen předvídat, kdy konkrétně dojde k získání prostředků pro realizaci veřejné zakázky, když toto se může v důsledku mnoha skutečností, které jsou často mimo sféru vlivu zadavatele, protáhnout, což však nemůže být překážkou pro připravenost zakázky pro realizaci. Proto v případě, kdy zadavatel není schopen termín zahájení prací na zakázce s ohledem na charakter a okolnosti zadávání dané zakázky stanovit konkrétněji, nelze jej k tomu nutit, resp. za těchto okolností lze rozumně akceptovat, že si zadavatel potřebuje ponechat určitý prostor pro možnost určení termínu zahájení plnění.
78. Z čl. III. odst. 3.1.1. a 3.1.2. návrhu smlouvy o dílo vyplývá, že zhotovitel je povinen zahájit stavební práce nejpozději do 15 dnů od předání a převzetí staveniště, kdy doba předání a převzetí staveniště nastane po vydání právního aktu o přidělení dotace (na danou stavbu) v návaznosti na výzvu zadavatele (srov. čl. III. odst. 3.1.1. návrhu smlouvy o dílo). Je tedy zjevné, že zadavatel zhotovitele de facto vyzve k zahájení prací, kdy zhotovitel bude mít minimálně 15 dní na to, aby zahájil práce. Lze však podotknout, že ze samotné textace smlouvy nelze vyvodit, že by mezi výzvou zadavatele a stanoveným datem převzetí a předání staveniště, od něhož se odvíjí 15 dnů k zahájení prací, nemohla být prodleva, resp. že by zde nemohly být zohledněny vhodnost a možnost zahájení daných prací i ze strany dodatele, přičemž nelze a priori očekávat, že zadavatel úmyslně zvolí nevhodnou dobu pro zahájení prací. Jeho cílem je totiž řádná realizace předmětu plnění, což zahrnuje jak zahájení prací ve vhodnou roční dobu, tak i včasné dokončení díla, což s sebou taktéž nese potřebu spolupracovat se zhotovitelem

(k tomu viz dále). Od předání a převzetí staveniště má pak zhotovitel lhůtu 36 kalendářních měsíců na splnění díla. Úřad doplňuje, že navrhovatel se nikterak nebrání proti tomu, že by měla být doba 36 kalendářních měsíců pro plnění díla stanovena nepřiměřeně, resp. že by nebylo možné práce dle smlouvy zahájit a včas dokončit. Nadto z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že plnění veřejné zakázky se také odvíjí od uzlových bodů a termínů provedení jednotlivých samostatných funkčních částí díla uvedených v harmonogramu prací, který je zhotovitel povinen předložit v souladu s čl. 17 odst. 17.2.5. zadávací dokumentace nejpozději v den podpisu smlouvy. Tímto způsobem má tedy zhotovitel možnost zohlednit své kapacity a všechny další skutečnosti významné pro plnění veřejné zakázky, např. právě i okolnosti týkající se dotčeného stanovení zahájení plnění i další okolnosti významné pro splnění jednotlivých postupných závazných milníků nebo pro dokončení díla jako celku, aby se později v průběhu realizace veřejné zakázky nedostal do problémů s plněním jejího předmětu. Současně je v rámci smluvních podmínek zakotvena i možnost prodloužení lhůty pro plnění díla, a to v návaznosti na překážky objektivně znemožňující provádění díla či zdržení na straně zadavatele (k tomu blíže viz čl. III. odst. 3.1.3. a 3.5. návrhu smlouvy o dílo).

79. Na základě výše uvedeného lze shrnout, že dodavatelé mají k dispozici datum předpokládaného zahájení plnění veřejné zakázky, taktéž je srozumitelně stanoven způsob určení okamžiku předání a převzetí staveniště, přičemž dodavatelé současně vědí i lhůtu, ve které mají být následně stavební práce zahájeny. Zároveň má zhotovitel stanovenou celkovou lhůtu pro plnění odvíjející se ode dne předání staveniště, nikoliv např. od okamžiku uzavření smlouvy, tedy v tomto kontextu není zhotoviteli „ubírán“ čas pro plnění zakázky. Průběh plnění si současně zhotovitel může rozvrhnout dle vlastního uvážení pomocí harmonogramu prací, který přiloží ke smlouvě o dílo při jejím podpisu. Dle Úřadu tak mají dodavatelé dostatek informací o tom, jak by mělo plnění veřejné zakázky rámcově probíhat, stejně tak mají informace o nástrojích, jak mohou sami ovlivnit harmonogram plnění, a o možnostech prodloužení lhůty pro plnění. Před podáním nabídky tak mohou tyto informace zohlednit a jakožto odborníci vyhodnotit, zda je pro ně účast v zadávacím řízení výhodná, či nikoliv, a to i pokud jde o stanovení doby (zahájení) realizace díla. Úřad tak nemá dané nastavení zadávacích podmínek za netransparentní, ale ani zjevně nepřiměřené k požadovanému cíli, resp. za neúnosně narušující některou ze základních zásad zákona.
80. Úřad dále uvádí, že nesouhlasí s názorem navrhovatele, že onen exces by měl být spatřován v tom, že zhotovitel bude vystaven libovůli zadavatele, když zhotovitel bude smlouvou na veřejnou zakázku fakticky vázán po neomezenou dobu, není zde záruka, že zadavatel žádost o dotaci podá a tuto dostane, tedy vlastně zda vůbec a případně kdy jej k zahájení plnění vyzve a když zde není pro zhotovitele možnost vyvázat se ze závazkového vztahu (zejm. v případě nezískání dotace). Na tomto místě je nutno upozornit na skutečnost, že judikatura konstantně stojí na názoru, že vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je primárně vztahem soukromoprávním (srov. např. rozhodnutí NSS ze dne 24. dubna 2013, sp. zn. 1 Afs 2/2013–46), na který se v obecném pohledu vztahují rovněž zásady soukromého práva, mimo jiné i zásada presumpce poctivosti a dobré víry obsažená v § 7 občanského zákoníku. Ačkoliv zadávací řízení vykazuje mnohá specifika související zejména s vysokou formalizací procesu zadávání veřejných zakázek a současně tento způsob uzavírání smlouvy doznal za dobu své existence vysoké míry omezení v autonomii vůle stran, nelze ani v jeho případě resignovat na předpoklad, že zadavatelé a dodavatelé jednájí při dodržení všech pravidel vůči sobě poctivě a že se oprávněně na poctivost druhé strany spoléhají. Nelze tak na budoucí vztah mezi zadavatelem

a zhotovitelem a priori nahlížet optikou, která za každým jednáním vidí spíše snahu o porušení pravidel či poctivosti a dobrých mravů než o jejich dodržení. I s přihlédnutím k § 7 občanského zákoníku, podle něhož se má za to, že ten, kdo jednal určitým způsobem, jednal poctivě a v dobré víře, nemá Úřad pochybnost o tom, že by zadavatel v rámci budoucího smluvního vztahu nejednal poctivě a v dobré víře, když ze shora uvedených skutečností je možné se opodstatněně domnívat, že není v zájmu zadavatele oddalovat realizaci plnění veřejné zakázky, tj. uspokojit svou potřebu zadavatele veřejnou zakázku a tu v předpokládaném termínu realizovat. Úřad nespatřuje žádný racionální důvod, proč by měl mít zadavatel zájem na účelovém oddalování zahájení plnění či dokonce „držení zhotovitele v šachu“, neboť oddálení realizace by mohlo být dle Úřadu spjato s řadou nepříznivých následků. Oddálení realizace veřejné zakázky tak z pohledu Úřadu nepřináší pro zadavatele žádná pozitiva a Úřad se nedomnívá, že dotčené nastavení zadávacích podmínek má představovat nástroj, který by měl vést k excesivnímu uplatňování práv ze strany zadavatele. K tomu je třeba akcentovat, že dle čl. XIV. odst. 14.3. návrhu smlouvy o dílo je zadavatel (v době před předáním a převzetím staveniště) oprávněn od smlouvy odstoupit mj. v případě, že nezíská účelovou dotaci určenou ke spolufinancování předmětu díla dle této smlouvy, kdy sám zadavatel k tomuto ve svém vyjádření uvádí, že pokud neobdrží dotaci a pokud po uplynutí předpokládané doby zahájení stavby dodavatel sdělí, že *„nebude schopen stavbu realizovat, ať už z důvodu cen uvedených v nabídce, či z důvodu jeho vytíženosti jinými akcemi, objednatel od smlouvy odstoupí, a to z důvodu, protože stavbu nebude mít jak financovat“*. Ačkoliv lze chápat, že navrhovatel považuje nastavení dané smluvní podmínky za nevyvážené, když zhotovitel v tomto případě nemá dle smlouvy možnost od ní odstoupit, Úřad je přesvědčen, že je zde jasně vyjádřen zájem zadavatele na realizaci samotné zakázky, a to v předpokládaném čase, stejně jako předpoklad ukončení smluvního vztahu v případě neobdržení dotace, resp. jejího včasného neobdržení, proto lze předpokládat poctivé jednání zadavatele a dodržení uvedeného. Nadto je v návrhu smlouvy o dílo pro obě smluvní strany zakotvena možnost odstoupit v případě, kdy to stanoví zákon. Tím je dle Úřadu zhotoviteli dána možnost aplikovat obecné ustanovení občanského zákoníku upravující odstoupení od smlouvy. Pokud by pak zadavatel činil vůči zhotoviteli nestandardní kroky, má zhotovitel vždy možnost obrátit se na soud či policii.

81. Pokud jde o námitku navrhovatele týkající se rizik souvisejících s tím, že dodavatelé neznají přesný termín zahájení prací, resp. s tím, že vybraný dodavatel bude muset být připraven (tj. bude muset držet své kapacity) pro rychlé a nečekané zahájení díla, Úřad rozumí tomu, že se pro dodavatele jedná o existující riziko, když dodavatel připravené kapacity nemusí reálně po určitou dobu využít, nicméně takové riziko je obecně součástí stavebních zakázek a je na dodavateli, zda-li je takové riziko ochoten podstoupit, či nikoliv. K tomu je důležité opětovně připomenout, že všichni potenciální dodavatelé byli srozuměni s tím, že pokud mají zájem veřejnou zakázku v praxi realizovat a tím generovat zisk, musí být připraveni započít s její realizací do 15 dnů ode dne předání a převzetí staveniště určeného na podkladě výzvy zadavatele, kterou zadavatel učiní po vydání právního aktu o přidělení dotace, přičemž měli současně informaci o tom, že zadavatel počítá s tímto předáním staveniště na jaře roku 2024, stejně jako s dalšími výše uvedenými skutečnostmi. Nadto obecně zhotovitel zcela jistě nepotřebuje provést před započítáním stavby všechny přípravné práce (např. uzavřít smlouvy se všemi poddodavateli stavebních prací či dodavateli materiálu), ale v zásadě tak činí podle postupu prací, který v šetřeném případě může významně ovlivnit skrze vlastní harmonogram. Úřad opětovně uvádí i přesvědčení, že nelze a priori očekávat, že zadavatel úmyslně zvolí

nevhodnou dobu pro zahájení prací, tedy že by měl stanovit datum předání a převzetí staveniště, od něhož se bude odvíjet lhůta pro zahájení i ukončení plnění, nevhodně, kdy zde naopak může ponechat dostatek prostoru pro přípravu zhotovitele, neboť právě zadavatel má největší zájem na úspěšném splnění zakázky. Podnikatelské riziko související s dotčeným nastavením zadávacích podmínek tak nedosahuje takové intenzity, aby bránilo podání nabídek či plnění zakázky.

82. I ve vztahu k nutnosti stanovení ceny za provedení díla včetně veškerých nákladů zahrnujících také ocenění rizik, příp. inflace v souvislosti s tím, že dodavatel musí takovou cenu po celou dobu garantovat, lze konstatovat, že se z pohledu Úřadu jedná o běžné podnikatelské riziko dodavatelů. Úřad k tomu akcentuje, že lhůta pro plnění veřejné zakázky činí 36 měsíců. I pokud by zadavatel stanovil konkrétní termín pro započetí prací, tak časový úsek, ve kterém bude předmět veřejné zakázky realizován (byť může být kratší než maximálních 36 měsíců), je natolik rozsáhlý, že by si i tak vyžadoval na straně zhotovitele nutnost zvážit možný vývoj cen v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky. Jinými slovy, vzhledem k délce této doby muselo být navrhovateli od počátku zřejmé, že v nákladech na realizaci předmětu veřejné zakázky může kdykoliv dojít ke změnám, avšak toto riziko (jehož příčiny jsou mimo sféru vlivu zadavatele) musel navrhovatel přijmout a počítat s ním, pokud se chtěl o šetřenou veřejnou zakázku ucházet. Úřad pro úplnost dodává, že rozebírané skutečnosti se projeví až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a k jejich aplikaci ani dojít nemusí (nemusí nastat inflace, resp. může dojít k poklesu cen stavebních prací a materiálu). Předmětné situace tak mohou pro dodavatele představovat potenciální rizika, na která však mohou reagovat např. úpravou nabídkové ceny či způsobem organizace práce v průběhu plnění zakázky, nelze je však vnímat jako překážky hospodářské soutěže. Nelze pak ani přehlédnout, že zadavatel v rámci zadávacích podmínek stanovil mechanismy pro možné navýšení cen z důvodu neočekávaných změn cen stavebních prací, materiálů a technologií (k tomu blíže viz čl. 30 odst. 30. 1. zadávací dokumentace), tedy do jisté míry kryje navrhovatelem zmiňovaná rizika.
83. Navrhovatel dále argumentuje, že mohlo dojít k podání vzájemně neporovnatelných nabídek, a to v důsledku nevědomosti dodavatelů o tom, jak dlouho budou smluvně vázáni, přičemž však po takovou dobu musí počítat s alokací potřebných kapacit a do svých nabídek musí zakomponovat i hospodářský vývoj. K tomu Úřad uvádí, že se s uvedeným neztotožňuje, neboť všichni potencionální dodavatelé byli s danými smluvními podmínkami srozuměni a měli tak možnost zvážit v návrhu smlouvy o dílo stanovené doby a lhůty i cenové mechanismy a posoudit, zda jsou s ohledem na své možnosti schopni dostát takovým závazkům a zda jsou ochotni přijmout určitá rizika. Potenciální dodavatelé tedy naceňují stále stejný předmět za stejných podmínek, kdy se však liší pouze jejich reflexe pro ně významných rizikových faktorů.
84. Ač lze pochopit, že takto stanovený způsob určení zahájení plnění prací přináší dodavatelům určitá rizika, která jsou umocněna aktuální situací na trhu, tato rizika nejsou dle Úřadu takového charakteru, že by zakládala excesivnost daných zadávacích podmínek. Současně nelze opomenout, že smlouva na veřejnou zakázku nemusí být z pohledu rozložení rizik vždy vyvážená, nicméně porušením zákona by byla pouze situace, kdy by Úřad dovodil, že zadavatelem stanovené smluvní podmínky jsou excesivní ve výše nastíněném smyslu, což zde však nedovodil. Zároveň je nutno poukázat na tu skutečnost, že navrhovatel (stejně jako další relevantní dodavatelé) je profesionálním podnikajícím subjektem, který zvažuje ze své strany zcela dobrovolný vstup do závazkového vztahu. Je tak na navrhovateli, aby vyhodnotil pro své

podnikání relevantní faktory a na jejich základě učinil obchodní rozhodnutí o tom, zda má zájem o veřejnou zakázku, a případné rizikové faktory promítl např. do nabídkové ceny. K tomu lze podotknout, že z povahy věci u šetřené veřejné zakázky (s ohledem na její předmět a rozsah i zadavatelem požadovanou kvalifikaci dodavatelů) okruh potencionálních dodavatelů sestává ze subjektů, které mají zkušenosti s realizací obdobných zakázek a lze u nich předpokládat, že na základě informací uvedených v zadávací dokumentaci si jsou vědomi specifik, která přináší realizace stavebních prací na takovéto zakázce. V kontextu řešeného je tedy pouze na uvážení jednotlivých dodavatelů vč. navrhovatele, zda se i při vědomí výše popsání rizika zadávacího řízení zúčastní, či nikoliv, a na kolik podnikatelské riziko související s tím, že neznají přesný termín zahájení plnění a budou svou nabídkou po určitou dobu vázání, v rámci své nabídkové ceny reflektují a co možná nejvíce eliminují (zejména zohledněním v nabídkové ceně).

85. V souvislosti s výše uvedeným Úřad akcentuje, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 8 nabídek, z čehož Úřadu nevyplývá, že by dotčené nastavení smluvních podmínek mělo být excesivní, když takovýto počet potencionálních dodavatelů je nejen zjevně schopen připravit a ocenit nabídku, ale tito dodavatelé jsou i zjevně ochotni přijmout míru rizika spojenou s účastí v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, resp. s jejím plněním. Ani uvedené tedy nespovídají o excesivnosti napadených smluvních podmínek.
86. Na základě všech zjištění a skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadavatel při stanovení zadávacích podmínek v souvislosti s dobou plnění veřejné zakázky nepostupoval v rozporu se zákonem.

K otázce způsobu stanovení ceny víceprací u položek neuvedených ve výkazu výměr

87. Dále navrhovatel namítá netransparentní a nepřiměřený způsob stanovení ceny víceprací uvedený v čl. II. odst. 2.9 smlouvy o dílo, který dle navrhovatele přenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele v rozporu s § 36 odst. 3 a § 6 odst. 1 zákona. Konkrétně navrhovatel namítá, že zadavatel stanovil cenu víceprací u prací, činností a dodávek nezahnutých v soupisu prací s výkazem výměr jako cenu dle aktuálního ceníku stavebních prací společnosti ÚRS CZ a.s. sníženou o 20 %, a v důsledku toho nutí dodavatele provádět práce pod náklady, ačkoliv ceník společnosti ÚRS CZ a.s. dle přesvědčení navrhovatele spolehlivě odráží aktuální stav cenové hladiny stavebních materiálů a činností v ČR. Navrhovatel nerozumí, z jakého důvodu zadavatel přistoupil ke snížení ceny víceprací a proč se jedná právě o 20 %. Navrhovatel také namítá, že dané ustanovení návrhu smlouvy o dílo v rozporu s § 36 odst. 1 zákona vytváří bezdůvodně překážky hospodářské soutěže.
88. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel v čl. II. odst. 2.9. návrhu smlouvy o dílo stanovil pravidla pro ocenění víceprací. Pro případ potřeby provedení změn, doplňků či rozšíření díla je tak zakotvena povinnost zhotoviteli provést soupis změn a ocenit jej podle jednotkových cen podle oceněného položkového soupisu prací s výkazem výměr, který je součástí nabídky zhotovitele. V případě, že daný soupis prací s výkazem výměr nutné práce, činnosti či dodávky neobsahuje, je zhotovitel podle citovaného ustanovení návrhu smlouvy o dílo povinen ocenit takové práce, činnosti nebo dodávky podle ceníku společnosti ÚRS CZ a.s. aktuálně platného v době zjištěných změn, přičemž takové jednotkové ceníkové ceny budou poníženy koeficientem 0,8. Pro případ, že by ani takový postup nebyl možný je zhotovitel podle dotčeného ustanovení návrhu smlouvy o dílo povinen ocenit dané vícepráce podle jím navrhovaných cen (za podmínek dle smlouvy a v daném místě a čase plnění obvyklých).

89. Ve vztahu k nastavení ceny víceprací u položek nevyskytujících se v rámci soupisu prací s výkazem výměr prostřednictvím odkazu na cenu v rámci ceníku společnosti ÚRS CZ (aktuálně platného v době zjištění změn) vynásobenou koeficientem 0,8 Úřad primárně uvádí, že na rozdíl od navrhovatele vnímá určení takového mechanismu stanovení ceny daných položek jako transparentní, když se opírá o v daném čase jednoznačně a objektivně určitelnou hodnotu. Současně mechanismus výpočtu ceny je v napadené podmínce stanoven dostatečně jednoznačně, tj. z textace této podmínky je zcela zřejmé, jakým způsobem se určí cena dotčených víceprací u položek nevyskytujících se v rámci soupisu prací s výkazem výměr (kdy i z obsahu návrhu je zjevné, že tuto podmínku navrhovatel pochopil), tudíž Úřad nemůže souhlasit s tím, že by tato podmínka měla být netransparentní. Úřad tedy shrnuje, že se jedná o objektivní stanovení mechanismu výpočtu ceny víceprací, které je jednoznačně určitelné a srozumitelné a současně, což je třeba akcentovat, je také pro všechny potenciální dodavatele stejné. Úřad má za to, že není pochyb, jak je dané pravidlo nastaveno, a stejně tak není pochyb, že působí vůči všem dodavatelům stejně.
90. Co se týče samotného věcného obsahu dotčené smluvní podmínky, pak je třeba si uvědomit, že i v případě právních vztahů ohledně plnění veřejných zakázek se stále jedná o soukromoprávní vztah mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, a tedy se na něj uplatní i principy smluvní svobody. Je tak na smluvních stranách, jaké ceny si za dodávané plnění dohodnou, resp. zda jsou ochotni za daných cenových podmínek do smluvního vztahu vstoupit. Nadto ceník společnosti ÚRS CZ není nikterak všeobecně závazný (jedná se o komerční ceník, jehož jednotlivé části jsou aktualizovány v různých intervalech a de facto odráží i jednání samotných dodavatelů), proto se zcela jistě lze při stanovení cen dodávaného plnění od cen uvedených v tomto ceníku pro dané práci či materiál odchýlit. Ostatně tak činí i samotní dodavatelé při naceňování jednotlivých položek v rámci výkazu výměr, když tito také automaticky neaplikují cenu dle uvedeného ceníku, ale stanovují ji dle svých možností a uvážení při zohlednění různých faktorů, a to zcela jistě výše i níže, než je zrovna cena aktuálně uvedená v daném ceníku (pokud by všichni zadavatelé i dodavatelé byli cenami v ceníku vázáni, pak by ani nemělo individuální „naceňování“ jednotlivých položek, a tedy v důsledku ani hodnocení dle ceny smysl). Lze současně dodat, že zadavatel přitom stanovuje způsob určení ceny vynásobením ceny položky dle ceníku koeficientem 0,8, tj. jde o snížení „pouze“ o 20 %, kdy zadavatel poukazuje na to, že dle jeho zkušeností je právě o oněch 20 % tento ceník nadhodnocen oproti aktuálním nabídkovým cenám ve stavebnictví. Nadto se toto určení cen vztahuje pouze k položkám, které nejsou zahrnuty v soupisu prací s výkazem výměr, tedy se kterými v obecnosti není počítáno, že by měly být třeba k plnění zakázky. Úřad nepřehlédl, že navrhovatel poukazuje na skutečnost, že i takové položky se v rámci plnění zakázky vyskytují, a to např. z důvodu nepředvídatelných okolností zjištěných až při provádění stavby nebo z důvodů nedostatků projektové dokumentace. Nicméně ve vztahu k tomuto je třeba si uvědomit, že pokud už by se měla plnění „navíc“ vyskytnout, je třeba vždy dodržet omezení takovýchto změn plnění dle § 222 zákona. Jak pak uvádí sám zadavatel, vzhledem k předpokladu financování prostřednictvím dotačních prostředků bude zadavatel po dodavateli požadovat dodržet projektovou dokumentaci včetně soupisu prací, přičemž s ohledem na povinnost jednat jako řádný hospodář se jakýmkoliv vícepracemi vystavuje nebezpečí, že na ně neobdrží dotaci, tudíž tyto bude v co největší míře eliminovat. Z uvedených důvodů tak nelze předpokládat excesivní uplatnění uvedeného pravidla. Úřad pak nijak nerozporuje, že daná podmínka je do určité míry na dodavatele přísná, jelikož je tlačí snižovat cenu za prováděné vícepráce a tím i de facto snižovat jejich zisk z plnění

veřejné zakázky, nicméně Úřad je přesvědčen, že se nejedná o exces, který by snad znamenal nezákonnost zadávacích podmínek jako takových a měl vyústit ve zrušení zadávacího řízení z důvodu nezákonně stanovených zadávacích podmínek.

91. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel stanovil mechanismus pro případ, kdy dojde k potřebě změny v plnění smlouvy, který je transparentní a srozumitelný, přičemž není ani zjevně nepřiměřený k požadovanému cíli. Úřad s ohledem na výše uvedené nemá ani za to, že by stanovenými podmínkami docházelo k tvrzenému nezákonnému přenášení odpovědnosti za správnost a úplnost na dodavatele do té míry, že by takový postup bránil účinné hospodářské soutěži. Současně nelze opomenout, že smlouva na veřejnou zakázku nemusí být z pohledu rozložení rizik vždy vyvážená, nicméně porušením zákona by byla pouze situace, kdy by Úřad dovedl, že zadavatelem stanovené smluvní podmínky jsou excesivní ve výše nastíněném smyslu, což zde však nedovodil. Jinými slovy, v případě výše uvedené zadávací podmínky se jedná o běžnou smluvní podmínku, jejíž případné uplatnění představuje pro dodavatele běžné podnikatelské riziko, které mohou příp. nacenit ve svých nabídkách. K tomu Úřad doplňuje, že všichni potencionální dodavatelé byli s touto podmínkou srozuměni, neboť tato byla obsažena v návrhu smlouvy o dílo, tedy tito jakožto odborníci zcela jistě byli schopni si takovou smluvní podmínku vyhodnotit a příp. ji brát v potaz při naceňování své nabídky. V souvislosti s tím Úřad akcentuje, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 8 nabídek od dodavatelů, kteří byli zjevně ochotni přijmout danou smluvní podmínku a stanovit nabídkovou cenu, tudíž ani uvedené nespovídá o excesivnosti dané zadávací podmínky. Úřad připomíná, že je na každém dodavateli, aby si případná rizika vyhodnotil a posoudil, zda i přes jejich existenci je pro něj účast v zadávacím řízení výhodná, či nikoliv, přičemž pokud se pro účast v zadávacím řízení rozhodne, je na něm, aby svou nabídku koncipoval tak, aby tato rizika, pokud možno, co nejvíce eliminoval (zejména jejich zohledněním v nabídkové ceně).

92. Úřad tak danou smluvní podmínku nepovažuje za excesivní v tom smyslu, že by dodavatelům bránila v účasti v zadávacím řízení či atakovala faktickou nemožnost plnění, tedy ani za nepřiměřenou, netransparentní, tudíž nezákonnou.

K namítanému vyloučení povinnosti převzetí díla s vadami nebránícími užívání

93. Navrhovatel také namítá nepřiměřenost smluvní podmínky, která vylučuje povinnost zadavatele převzít dílo s drobnými vadami nebránícími užívání, tj. vyloučení pravidla stanoveného v § 2628 občanského zákoníku. Vzhledem k tomu, že předmětem veřejné zakázky je komplexní a složitě dílo, je navrhovatel přesvědčen, že je u něho téměř nemožné, aby bylo provedeno absolutně bez vad, byť nebránícím jeho užívání. Takový postup proto dle navrhovatele nemůže být v souladu se zásadou přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona, neboť bude pouze na zadavateli, jakým způsobem bude vůči vybranému dodavateli ve vztahu k převzetí díla postupovat.

94. Zadavatel v čl. XII. odst. 12.6. návrhu smlouvy o dílo stanovil, že není povinen převzít dílo vykazující jakékoliv vady nebo nedodělky (vadou se pro účely této smlouvy rozumí odchylka v kvantitě, kvalitě, rozsahu nebo parametrech díla, stanovených příslušnou projektovou dokumentací díla, touto smlouvou a obecně závaznými předpisy). Dále zadavatel v čl. XII. odst. 12. 7. návrhu smlouvy o dílo stanovil, že může převzít dílo s drobnými vadami a nedodělky nebránícími trvalému užívání díla, přičemž tyto vady musí být uvedeny v převímacím protokolu s termínem jejich odstranění stanoveným zadavatelem, který je pro zhotovitele závazný.

95. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel v rámci smluvních podmínek skutečně do jisté míry modifikoval práva a povinnosti obecně plynoucí z ustanovení § 2628 občanského zákoníku, dle něhož objednatel nemá právo odmítnout převzetí stavby pro ojedinělé drobné vady, které samy o sobě ani ve spojení s jinými nebrání užívání stavby funkčně nebo esteticky, ani její užívání podstatným způsobem neomezují. Nicméně fakticky nevyloučil, že takto bude postupovat, když současně připustil možnost dílo převzít i s drobnými vadami a nedodělkami.
96. V tomto kontextu je třeba připomenout, že i v případě právních vztahů ohledně plnění veřejných zakázek se stále jedná o soukromoprávní vztah mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, a tedy se na něj uplatní i principy smluvní svobody. Dotčené ustanovení občanského zákoníku není ustanovením kogentním, nicméně dispozitivním, tedy strany se od něj mohou odchýlit. I z pohledu zákona o zadávání veřejných zakázek tak zadavatel v rámci soukromoprávního vztahu s vybraným dodavatelem požadovaného plnění může zakotvit takové ujednání (pokud není excesem) a potencionální dodavatel jako podnikající subjekt může zvážit, zda je ochoten do takového smluvního vztahu vstoupit. Úřad v tomto smyslu opětovně akcentuje, že pochopitelně není povinností dodavatele účastnit se zadávacího řízení, a to např. právě z důvodu, že se neztotožňuje se způsobem nastavení smluvních podmínek. Jinými slovy, vždy záleží na dodavateli, zda zadavatelem navržené smluvní podmínky akceptuje, a podá nabídku, či nikoliv. Zároveň nicméně platí již výše uvedené, tedy že smluvní podmínky nemohou být nastaveny excesivním způsobem.
97. Co se však týče namítaného čl. XII. odst. 12.6. návrhu smlouvy o dílo týkajícího se oprávnění zadavatele nepřevzít dílo vykazující jakékoliv vady nebo nedodělkami, Úřad takový požadavek nepovažuje za excesivní. Zadavatel zdůvodnil stanovení daného požadavku tak, že tímto sleduje stanovení smluvních podmínek znamenajících pro něho co možná nejvyšší snahu zhotovitele pro bezvadné plnění a předání díla a v případě výskytu vad nebránících užívání díla možnost pro zadavatele zhodnotit převzetí s takovými vadami, pro které stanoví lhůtu k jejich odstranění. Odůvodnění zadavatele, kdy stanovenou smluvní podmínkou sleduje cíl motivovat zhotovitele ke zhotovení díla bez vad a nakonec si zajistit bezvadné plnění, Úřad považuje za legitimní, neboť je oprávněné chtít plnění prosté vad, když zhotovitel má primárně vždy plnit bez vad, tj. bez nedostatků, a pokud už se tyto vyskytnou, má vady odstranit či je jinak „napravit“ (srov. § 1914 občanského zákoníku). Současně, jak sám zadavatel uvádí, v konečném důsledku ani nevyloučil možnost převzít dílo s drobnými vadami a nedodělkami nebránícími trvalému užívání díla, když tato možnost je v návrhu smlouvy o dílo výslovně zakotvena (viz čl. XII. odst. 12.7. smlouvy o dílo). Nadto je třeba opakovaně připomenout výše uvedenou zásadu presumpce poctivosti jednání v soukromoprávních vztazích, kdy není možné přistupovat k uvedenému a priori s úvahou, že zadavatel bude postupovat nepoctivě a v rozporu s dobrými mravy, a v tomto kontextu i skutečnost, že realizace předmětu veřejné zakázky vyplývá z objektivních potřeb zadavatele, a je to tedy právě zadavatel, který potřebuje poptávané plnění v jistém čase začít využívat, proto není ani důvod se domnívat, že by měl postupovat tak, že by možnost úspěšné realizace plnění a užívání plnění zdržoval. Pokud by i přesto zadavatel činil vůči zhotoviteli nestandardní kroky, má zhotovitel vždy možnost obrátit se na soud či policii.
98. V souvislosti s tím Úřad opětovně poukazuje na skutečnost, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 8 nabídek, kdy dotčení dodavatelé zjevně byli ochotni přijmout danou zadávací podmínku a také byli schopni stanovit nabídkovou cenu i při jejím zohlednění, tudíž ani uvedené nesvědčí o excesivnosti této zadávací podmínky. Současně nelze opomenout, že

smlouva na veřejnou zakázku nemusí být z pohledu rozložení rizik vždy vyvážená, nicméně porušením zákona by byla pouze situace, kdy by Úřad dovodil, že zadavatelem stanovené smluvní podmínky jsou excesivní ve výše nastíněném smyslu, což zde však nedovodil. Jinými slovy, v případě výše uvedené zadávací podmínky se jedná o běžnou smluvní podmínku, jejíž případné uplatnění představuje pro dodavatele běžné podnikatelské riziko, které mohou příp. nacenit ve svých nabídkách.

99. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že smluvní podmínku vztahující se k možnosti nepřevzetí díla s vadami a nedodělky nelze považovat za excesivní v tom smyslu, že by dodavatelům bránila v účasti v zadávacím řízení či atakovala faktickou nemožnost plnění, tedy ani za nepřiměřenou, tudíž nezákonnou.

Závěr

100. Na základě výše uvedených skutečností Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

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

Vypraveno dne

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