



UOHSX00JJ8HZ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0167/2024/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-13453/2024/500

Brno 28. 3. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 20. 2. 2024 na návrh ze dne 19. 2. 2024, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň, a obec Běšiny, IČO 00255211, se sídlem Běšiny 150, 339 01 Běšiny, které uzavřely smlouvu o společném zadávání veřejné zakázky dle § 7 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ze dne 13. 9. 2023, na jejímž základě je ve správním řízení oprávněna jednat Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň, jako společný zmocněnec,
- navrhovatel – Silnice Klatovy a.s., IČO 45357307, se sídlem Vídeňská 190, 339 01 Klatovy, ve správním řízení právně zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 2. 2024 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech – Toul, sdružení advokátů, se sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/171 průtah Běšiny“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 3. 1. 2024 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 2. 1. 2024 na profilu zadavatele pod systémovým číslem P23V00000845,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Silnice Klatovy a.s., IČO 45357307, se sídlem Vídeňská 190, 339 01 Klatovy – ze dne 19. 2. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň, a obec Běšiny, IČO 00255211, se sídlem Běšiny 150, 339 01 Běšiny – učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/171 průtah Běšiny“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 3. 1. 2024 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 2. 1. 2024 na profilu zadavatele pod systémovým číslem P23V00000845, **se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň, a obec Běšiny, IČO 00255211, se sídlem Běšiny 150, 339 01 Běšiny, které uzavřely smlouvu o společném zadávání veřejné zakázky dle § 7 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ze dne 13. 9. 2023, na jejímž základě je ve správním řízení oprávněna jednat Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň, jako společný zmocněnec (dále jen „zadavatel“) – zahájil jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 3. 1. 2024 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 2. 1. 2024 na profilu zadavatele zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „II/171 průtah Běšiny“, přičemž tato výzva byla na profilu zadavatele uveřejněna pod systémovým číslem P23V00000845 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Z čl. 3.1 zadávací dokumentace k veřejné zakázce ve znění vysvětlení č. 1 zadávací dokumentace (dále jen „zadávací dokumentace“) vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je realizace stavebních prací projektu „II/171 průtah Běšiny“. Předmět veřejné zakázky je dále podrobněji specifikován v čl. 5.1 zadávací dokumentace, kde je stanoveno, že se jedná o „*stavební úpravy silnice II/171 v průtahu obce Běšiny v délce 1,163 km. V celém rozsahu úpravy bude provedeno odfrézování stávajících asfaltových vrstev s vyrovnáním příčného profilu, položena ložní a ohrubná vrstva. V celé délce úpravy bude vybudován vždy alespoň jednostranný chodník pro bezpečný pohyb chodců podél silnice II/171. Objekt rekonstrukce MK řeší komunikaci MK1 a MK2. Komunikace MK1 je stávající komunikace navržena v režimu obytné zóny v délce 130,68 m. Komunikace MK2 je slepá o délce 47,29 m.*“
3. Dle čl. 4.1 zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 25 794 000 Kč bez DPH.
4. V průběhu zadávacího řízení obdržel zadavatel celkem 7 nabídek, a to od dodavatelů
 - Silnice Klatovy a.s., IČO 45357307, se sídlem Vídeňská 190, 339 01 Klatovy (tj. navrhovatel);
 - SWIETELSKY stavební s.r.o., IČO 48035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice;

- ZNAKON, a.s., IČO 26018055, se sídlem Sousedovice 44, 386 01 Sousedovice;
 - COLAS CZ, a.s, IČO 26177005, se sídlem Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9;
 - EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4;
 - Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, IČO 40233308, se sídlem Křížíkova 2393, 415 01 Teplice;
 - ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4.
5. Zadavateli byly dne 26. 1. 2024 doručeny námitky navrhovatele – Silnice Klatovy a.s., IČO 45357307, se sídlem Vídeňská 190, 339 01 Klatovy, ve správním řízení právně zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 2. 2024 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech – Toul, sdružení advokátů, se sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne, které směřovaly proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky (dále jen „námitky“).
6. Rozhodnutím o námitkách ze dne 12. 2. 2024 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo téhož dne doručeno do datové schránky Mgr. Jiřího Čecha, advokáta, ev. č. ČAK 14549, člena sdružení Čech – Toul, sdružení advokátů, se sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice (dále jen „Mgr. Jiří Čech, advokát“), zadavatel námitky v celém rozsahu odmítl.
7. Navrhovatel následně dne 20. 2. 2024 podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh ze dne 19. 2. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“). Návrh byl dne 19. 2. 2024 ve stejnopise doručen zadavateli.

II. OBSAH NÁVRHU

8. Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám, které dle navrhovatele porušují zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace, přiměřenosti a transparentnosti a přenášejí riziko vadnosti zadávací dokumentace v podobě její neúplnosti na dodavatele.
9. Navrhovatel konkrétně napadá smluvní podmínky obsažené v návrhu smlouvy se zadavatelem č. 1 – Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň (dále jen „zadavatel č. 1“) – a totožně také v návrhu smlouvy se zadavatelem č. 2 – obec Běšiny, IČO 00255211, se sídlem Běšiny 150, 339 01 Běšiny (dále jen „zadavatel č. 2“), jež tvoří přílohy č. 2.1 a 2.2 zadávací dokumentace (souhrnně dále jen „návrh smlouvy“).
10. Napadené ustanovení návrhu smlouvy upravuje způsob výpočtu jednotkové ceny případných víceprací v situaci, kdy by v soupisu prací v nabídce vybraného dodavatele nebyla obsažena položka odpovídající těmto vícepracím. V takovém případě se jednotková cena vícepráce dle čl. III. odst. 3.13 návrhu smlouvy určí „*vynásobením ceny ekvivalentní položky v oficiálním materiálu – české stavební standardy (Ukazatele průměrné rozpočtové ceny na měrovou a účelovou jednotku) pro období, v němž byla zhotovitelem podána nabídka, vydaném společností ÚRS CZ, a.s. (dále jen „ÚRS“) koeficientem ,K‘. Koeficient K se určí jako poměr celkové nabídkové ceny zhotovitele (bude-li zakázka rozdělena na části, jde o celkovou nabídkovou cenu za všechny části předpokládané hodnoty dotčené veřejné zakázky) ku celkové předpokládané hodnotě zakázky (bude-li zakázka rozdělena na části, jde o celkovou předpokládanou hodnotu za všechny části).*“

11. Navrhovatel ve vztahu k předmětné smluvní podmínce napadá způsob určení koeficientu „K“, který je určen jako poměr celkové nabídkové ceny zhotovitele k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, a dále skutečnost, že bude-li daný koeficient roven nebo vyšší než 1,00, bude mu definitoricky přiřazena hodnota $K = 1,00$. Navrhovatel rovněž napadá smluvní podmínku obsaženou v čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy, kde je zakotveno, že *„zhotovitel je povinen v rámci předmětu díla provést veškeré práce, služby, dodávky a výkony, kterých je třeba trvale nebo dočasně k zahájení, provedení, dokončení a předání díla a uvedení díla do řádného provozu.“*
12. Navrhovatel předně poukazuje na skutečnost, že jeho hlavním předmětem podnikání je provádění a rekonstrukce staveb, zejména staveb pozemních komunikací s asfaltovým krytem, přičemž je zároveň vlastníkem a provozovatelem obalovny asfaltových směsí a betonárny. Navrhovatel je proto údajně schopen nabídnout ve vztahu k dodávkám asfaltových a betonových směsí velmi nízkou cenu, ostatní položky dle *„oficiálního materiálu – české stavební standardy (Ukazatele průměrné rozpočtové ceny na měrovou a účelovou jednotku) vydávaného společností ÚRS CZ, a. s.“* (dále jen „ceník ÚRS“) je však schopen realizovat za průměrné ceny dle ceníku ÚRS či za ceny vyšší. Pokud se tedy nabídková cena navrhovatele pohybuje pod předpokládanou hodnotou veřejné zakázky, děje se tak z důvodu, že je navrhovatel schopen ušetřit na ceně asfaltových a betonových směsí.
13. Navrhovatel má za to, že smluvní podmínku stanovenou v čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy, podle níž platí, že *„zhotovitel je povinen v rámci předmětu díla provést veškeré práce, služby, dodávky a výkony, kterých je třeba trvale nebo dočasně k zahájení, provedení, dokončení a předání díla a uvedení díla do řádného provozu“*, je nutné vykládat tak, že pokud by bylo nutné pro dokončení díla provést vícepráce, které nejsou uvedeny v zadávací dokumentaci, je vybraný dodavatel povinen tyto vícepráce provést. Navrhovatel uvádí, že k potřebě víceprací nutných pro dokončení díla obvykle dochází pouze v případech, kdy je projektová dokumentace vadná, resp. neúplná (např. z důvodu nezjištění skladby a únosnosti stávajících podkladových vrstev).
14. Dle navrhovatele napadené zadávací podmínky přenášejí riziko vadnosti zadávací dokumentace v podobě její neúplnosti na navrhovatele, neboť právě on *„v případě neúplnosti zadávací dokumentace (bude-li v zadávací dokumentaci veřejné zakázky chybět nějaká položka) bude nucen provést i položky (vícepráce) nutné k dokončení díla za ceny, které mohou být i hluboko pod náklady navrhovatele.“* Navrhovatel je přesvědčen, že podpisem návrhu smlouvy by dal zadavateli bílo šek, neboť dopředu neví, zda bude v souvislosti s realizací předmětu veřejné zakázky v zisku nebo ve ztrátě.
15. Navrhovatel podotýká, že každý potenciální účastník zadávacího řízení má zcela jinou cenotvorbu závislou na mnoha proměnných, např. na druhu vlastněné techniky, počtu zaměstnanců, vzdálenosti stavby od sídla, době, na niž má nasmlouvané dodávky materiálu, nebo na skutečnosti, zda musí využít poddodavatele.
16. Navrhovatel namítá, že zadávací podmínky jsou diskriminační a netransparentní a porušují zásadu rovného zacházení a zásadu přiměřenosti.
17. Navrhovatel předmětné zadávací podmínky dále zpochybňuje s ohledem na neurčitost vymezení víceprací jako díla. Navrhovatel uvádí, že podstatnou náležitostí smlouvy o dílo je mj. také určení díla, avšak dle napadených zadávacích podmínek je vybraný dodavatel povinen

vícepráce provést, ačkoliv nikde není definován jejich druh a rozsah, pouze cena. Navrhovatel tak uzavírá, že „*napadené podmínky mohou být z tohoto důvodu neplatné*“.

18. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že v nabídce nabízí zadavateli cenu platnou ke dni podání nabídky, svou nabídkou je však vázán po dobu zadávací lhůty v délce 90 dnů ode dne podání nabídek, přičemž veřejná zakázka má být realizována do 4 měsíců od předání staveniště.
19. Navrhovatel na podporu své argumentace modeluje následující příklad:
„Na veřejné zakázce má být použito větší množství štěrkodrti a asfaltových směsí. Vzhledem k tomu, že stěžovatel nevlastní lom a ani nevyrábí asfalt, jako jedny z podstatných složek asfaltových směsí, tyto si nyní objedná za předem známé ceny, které promítne do nabídkové ceny veřejné zakázky. Pokud následně, kdykoliv po zahájení prací na díle, dejme tomu ve 2. měsíci realizace, se ukáže, že projektová dokumentace je neúplná a je potřeba např. stabilizace zemin vápnem, cementem, dorosolem apod., kdy stěžovatel stroje (např. půdní frézy, dávkovač pojiv) nevlastní a musí si je najímat, anebo lomovým kamenem, a tyto položky se položkovém rozpočtu nenachází, bude stěžovatel nucen tyto dodávky stejně realizovat za cenu dle odst. 3.13 Přílohy č. 2-1 a 2-2, ačkoliv jejich cena bude velmi pravděpodobně mnohem vyšší a stěžovateli pak akutně hrozí, že na realizaci Veřejné zakázky prodělá.“
20. Navrhovatel dále uvádí, že rozhodnutí o námitkách nebylo zadavatelem doručeno do datové schránky právního zástupce navrhovatele, ale do datové schránky Mgr. Jiřího Čecha, advokáta. Navrhovatel má za to, že i kdyby bylo rozhodnutí o námitkách doručeno správnému adresátovi, nestalo se tak ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení námitek.
21. Navrhovatel následně shrnuje obsah rozhodnutí o námitkách, na který reaguje tvrzením, že je nutné vnímat zadávací podmínky veřejné zakázky komplexně a jako celek, nikoliv jako zadavatel, který dle navrhovatele jednotlivé podmínky nevidí v souvislostech.
22. Navrhovatel dále v reakci na rozhodnutí o námitkách opakuje své výše uvedené argumenty a uvádí, že jestliže se v průběhu provádění díla zjistí, že k jeho dokončení je potřeba provést práce, které nejsou obsaženy v projektové dokumentaci (tedy pokud se ukáže, že je projektová dokumentace vadná), bude navrhovatel nucen provést vícepráce neuvedené v položkovém rozpočtu za částku dle ceníku ÚRS vynásobenou koeficientem „K“, který by v případě navrhovatele vzhledem k poměru jeho nabídkové ceny k předpokládané hodnotě veřejné zakázky činil 0,54. Navrhovatel podotýká, že „*např. cena kamenných obrub se pohybuje cca na úrovni 120 % ÚRS a takových položek je mnohem více*“ (jako další příklady těchto položek navrhovatel uvádí stabilizaci zemin vápnem, cementem, dorosolem nebo lomovým kamenem), přičemž na těchto položkách by navrhovatel dle svých slov značně prodělal.
23. Navrhovatel je přesvědčen, že napadené zadávací podmínky jsou zásadním excesem, „*který může mít za následek skutečně zásadní prodělek navrhovatele, neboť navrhovatel dopředu neví, jaké položky a za jakou cenu bude nucen realizovat (ví pouze, že to bude za 54 % ÚRS) a zároveň neví, jaká bude pořizovací cena takových položek pro navrhovatele*“. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226, z něhož vyplývá, že postup zadavatele při stanovení smluvní podmínky může být Úřadem označen za rozporný se zákonem až v situaci, kdy by takto nastavená smluvní podmínka jevila znak nepřiměřenosti a znak excesu z pravidel kontrahovaných v případech obdobných plnění,

jež by měly dostatečnou intenzitu působit ve vztahu k dodavatelům eliminačně, popř. fakticky znejasňovat, do jakých podmínek dodavatel vlastně vstupuje. Pak by mohly být porušeny zásady dle § 6 zákona, a to při dovození závěru, že takový postup vede k reálnému vyloučení dodavatelů ze soutěže o získání veřejné zakázky.

24. Navrhovatel je na základě svých výše uvedených závěrů přesvědčen, že se zadavatel dopustil porušení zásad uvedených v § 6 zákona.
25. Navrhovateli dle jeho slov hrozí újma spočívající v tom, že v případě, že bude nucen provést vícepráce za předem určenou cenu (54 % ceny dle ceníku ÚRS), která může být nižší než jeho náklady, dostane se při realizaci předmětu veřejné zakázky do ztráty a nebude moci dosáhnout zisku, jehož by dosáhl v případě, že by napadené zadávací podmínky byly ze zadávací dokumentace vypuštěny.
26. Navrhovatel závěrem navrhuje, aby Úřad zrušil napadené zadávací podmínky nebo zadávací řízení na veřejnou zakázku a aby zrušil „*veškeré následné úkony, které navazovaly na napadený úkon včetně rozhodnutí o odmítnutí námitek*“.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

27. Úřad obdržel předmětný návrh navrhovatele dne 20. 2. 2024 a tímto dnem 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 o přezkoumání úkonů zadavatele.
28. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
29. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 21. 2. 2024.
30. Usnesením ze dne 21. 2. 2024, č. j. ÚOHS-08176/2024/536, stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku pořízené v souvislosti s provedenými úkony, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
31. Usnesením ze dne 21. 2. 2024, č. j. ÚOHS-08179/2024/536, stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to určení společného zmocněnce pro účely usnadnění průběhu správního řízení.
32. Dne 22. 2. 2024 Úřad obdržel od zadavatele přípis, jehož prostřednictvím jej zadavatel informoval, že zadavatel č. 1 je v souladu s čl. 4 přiložené smlouvy o společném zadávání veřejné zakázky ze dne 13. 9. 2023 oprávněn jednat ve správním řízení jakožto společný zmocněnec zadavatele.
33. Dne 23. 2. 2024 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k obsahu návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu“).

Vyjádření zadavatele k návrhu

34. Zadavatel v rámci svého vyjádření k návrhu předně uvádí, že již ze samotného aktu podání nabídky navrhovatelem vyplývá, že se argumentace obsažená v námítkách a v návrhu

nezakládá na pravdě ani na přesvědčení samotného navrhovatele, jelikož nelze rozumně dovodit, proč by podnikající subjekt projevil zájem o uzavření prodělečného kontraktu.

35. Zadavatel dále konstatuje, že specifika a individuality výkonu podnikání jednotlivých účastníků zadávacího řízení nemohou mít dopad do tvorby zadávacích podmínek. Zadavatel podotýká, že jestliže navrhovatel argumentuje, že jsou vůči němu zadávací podmínky nezákonné, jelikož by v případě některého typu víceprací přišel o cenotvornou výhodu na základě vlastnictví obalovny, jedná se o podobnou argumentaci, jako kdyby jiný účastník zadávacího řízení napadl zadávací podmínky naopak z důvodu, že obalovnu nevlastní a jeho cenotvorba tedy postrádá právě výhody cenotvorby navrhovatele. Pokud by zadavatel individuality jednotlivých účastníků promítl do zadávacích podmínek, dopustil by se porušení § 6 odst. 2 zákona.
36. Zadavatel je přesvědčen, že čl. II. návrhu smlouvy nestanoví, že by byl zhotovitel povinen provést veškeré vícepráce, ani nepredikuje vznik „víceprací, o kterých by měl snad dokonce zadavatel předem vědět“. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že je projektová dokumentace vadná, respektive neúplná. Zadavatel konstatuje, že pokud si je navrhovatel nějakého pochybení v projektové dokumentaci vědom, nikterak jej v návrhu nespecifikuje, a zadavatel se tak k tomuto obecnému a nepodloženému tvrzení nemůže relevantně vyjádřit.
37. Zadavatel uvádí, že čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy nelze vykládat tak, že by vybraný dodavatel musel provést práce nutné pro provedení díla, které nejsou součástí soupisu prací, na své náklady. Předmětný článek je dle zadavatele v návrhu smlouvy „z důvodu, aby zhotovitel nespekuloval, že nějaká činnost (např. vybalení materiálu z ochranného obalu) u jednotlivých položek položkového soupisu prací s výkazem výměr není zahrnuta v předmětné položce, jelikož to u ní není výslovně uvedeno.“
38. K tvrzení navrhovatele ohledně skutečnosti, že každý z potenciálních účastníků zadávacího řízení má zcela jinou cenotvorbu závislou na mnoha proměnných, zadavatel uvádí, že se jedná o pouhé konstatování procesu cenotvorby, nikoliv rozporu napadených smluvních podmínek se zákonem.
39. Zadavatel dále uvádí, že tvrzený rozpor napadených zadávacích podmínek s § 36 odst. 3 a § 6 zákona se nezakládá a ani nemůže zakládat na pravdě. Zadavatel naopak absolutně určitě a transparentně stanovil pravidla pro ocenění případných víceprací, kdy pro případ potřeby provedení změn, doplňků či rozšíření díla je v zadávacích podmínkách naprosto transparentně, nediskriminačně a úplně zakotvena povinnost zhotovitele provést soupis změn a ocenit jej dle jednotkových cen podle oceněného položkového soupisu prací, který je součástí nabídky, případně dle cen ceníku ÚRS pro období, kdy byla zhotovitelem podána nabídka, vynásobených koeficientem „K“, jehož způsob výpočtu je rovněž jednoznačně určen. Zadavatel toto určení mechanismu stanovení ceny víceprací vnímá jako nadměru transparentní, jelikož se opírá o v daném čase jednoznačně a objektivně určitelnou hodnotu. Stanovení mechanismu výpočtu ceny víceprací je objektivní, jednoznačně určitelné a srozumitelné a současně pro všechny účastníky zadávacího řízení stejné. Dle zadavatele není pochyb, jak je dané pravidlo nastaveno a že působí vůči všem dodavatelům stejně.
40. Zadavatel podotýká, že v zákoně je ve vztahu ke smluvním podmínkám pouze stanoveno, že se musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky, a konkrétní vymezení smluvních podmínek tak zákon ponechává na uvážení smluvních stran. Je zřejmé, že se ve smluvních podmínkách 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. Zadavatel dále podotýká, že přezkumná pravomoc Úřadu je ve vztahu ke smluvním podmínkám omezená, a odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013-39, z něž vyplývá, že není úkolem Úřadu, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. požadavek jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel v této souvislosti dále upozorňuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-29601/2022/161 ze dne 30. 9. 2022 a stejně jako navrhovatel odkazuje i na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226.

41. Argumentaci navrhovatele ohledně údajného rozporu napadených smluvních podmínek s občanským zákoníkem zadavatel nepovažuje za relevantní. Zadavatel připomíná, že i v případě závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku se stále jedná o soukromoprávní vztah, v němž se uplatní principy smluvní svobody, a je tak na smluvních stranách, jaké ceny si za dodávané plnění dohodnou, resp. zda jsou ochotny za daných podmínek do smluvního vztahu vstoupit. Zadavatel konstatuje, že ceník ÚRS není nijak závazný, a proto se od něj lze při stanovení cen odchýlit. Zadavatel k tomuto dodává, že způsob určení ceny víceprací je předem jasně vymezen a každému účastníkovi je hodnota koeficientu „K“ známa před podáním nabídky. Zadavatel zároveň poukazuje na skutečnost, že i pokud by určil, že cena případných víceprací bude stanovena dle cen ceníku ÚRS bez koeficientu „K“, mohl by navrhovatel argumentovat zcela stejně jako v návrhu, jelikož není jisté, zda dokáže vícepráce zrealizovat za stejné či nižší ceny oproti cenám obsaženým v ceníku ÚRS. Pokud by tedy byla přijata argumentace navrhovatele, nebylo by vůbec možné stanovit v návrhu smlouvy cenu pro případné vícepráce nezahrnuté v soupisu prací, což zadavatel považuje za absurdní. Stejně absurdně by dle názoru zadavatele bylo možné argumentovat i v případě méněprací, neboť navrhovatel jistě nemá na všech položkách soupisu prací stejný procentuální zisk, a u některých méněprací by tak mohl být více „poškozen“ oproti jiným méněpracím s menším podílem zisku.
42. Zadavatel uvádí, že dle jeho zkušeností je ceník ÚRS pro dané časové období nadhodnocen v řádu nižších desítek procent oproti reálným aktuálním cenám ve stavebnictví. Dle zadavatele se položky nezahrnuté v soupisu prací v rámci plnění obdobně rozsáhlé veřejné zakázky obvykle vyskytují např. z důvodu nepředvídatelných okolností zjištěných při provádění stavby. Pokud se vícepráce vyskytnou, je třeba vždy dodržet omezení změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 zákona, podle něž se jednotlivé změny počítají z ceny, na kterou byla smlouva uzavřena, a proto by i nepředvídatelné vícepráce měly být oceněny stejnou oceňovací politikou zhotovitele, jakou byla tvořena nabídka, což je promítnuto ve způsobu výpočtu koeficientu „K“.
43. Zadavatel má za to, že navrhovatel si jako odborník v dané oblasti musí být vědom toho, že vícepracím se nelze se stoprocentní jistotou vyhnout. Předem dohodnutý formalizovaný postup při ocenění víceprací je pro obě strany smlouvy výhodný z pohledu případných sporů. Dle zadavatele ze skutečnosti, že se navrhovatel s napadeným mechanismem ocenění víceprací neztotožňuje, nelze bez dalšího dovozovat, že je daná smluvní podmínka excesivní. Riziko, které může představovat, si musí potenciální dodavatelé zohlednit ve svých nabídkách. Zadavatel také doplňuje, že se v souvislosti s jakýmkoliv vícepracemi sám vystavuje určitému

nebezpečí, např. že nebude schopen dodržet limity změn dle § 222 zákona, a nelze tak předpokládat excesivní uplatnění napadeného pravidla výpočtu ceny víceprací.

44. Zadavatel nepovažuje za relevantní ani argumentaci navrhovatele ve vztahu ke skutečnosti, že navrhovatel nabízí v nabídce cenu platnou ke dni podání nabídky, kterou je následně vázán po dobu zadávací lhůty, přičemž veřejná zakázka má být realizována do 4 měsíců od předání staveniště. Dle zadavatele byli všichni potenciální dodavatelé s danou podmínkou cenotvorby srozuměni před podáním nabídek, a měli ji tedy vyhodnotit a brát ji v potaz při oceňování své nabídky.
45. S tvrzením navrhovatele ohledně doručení rozhodnutí o námitkách po zákonem stanovené lhůtě zadavatel nesouhlasí, neboť námitky byly zadavateli doručeny dne 26. 1. 2024, a patnáctý den lhůty pro jejich vyřízení tak připadl na sobotu 10. 2. 2024. Daná lhůta proto skončila prvním následujícím pracovním dnem, tj. dne 12. 2. 2024, kdy bylo rozhodnutí o námitkách doručeno „jednomu z advokátů, jejichž sdružení vystupuje v zastupování navrhovatele“. Zadavatel uvádí, že přestože z daného sdružení advokátů omylem označil jako adresáta Mgr. Jiřího Čecha, advokáta, namísto právního zástupce navrhovatele, rozhodnutí o námitkách bylo evidentně předáno v rámci sdružení těchto dvou advokátů.
46. Zadavatel zdůrazňuje, že v zadávacím řízení obdržel celkem sedm nabídek (včetně nabídky navrhovatele), a to od dodavatelů, kteří jsou zjevně ochotni navrhovatelem napadenou smluvní podmínku přijmout a stanovit nabídkovou cenu, což svědčí o tom, že napadená ustanovení návrhu smlouvy nevykazují žádnou známku excesu. Zadavatel také konstatuje, že navrhovatel v rozporu se svými tvrzeními uvedenými v návrhu podal nabídku nejen v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, ale také v řadě dalších zadávacích řízení realizovaných zadavatelem č. 1, v nichž figurovaly smluvní podmínky obdobné těm, které navrhovatel svým nynějším návrhem napadá. Zadavatel uvádí, že navrhovatel se zadavatelem č. 1 již daným způsobem postavenou smlouvu několikrát uzavřel.
47. Zadavatelem závěrem svého vyjádření shrnuje, že při tvorbě zadávacích podmínek k veřejné zakázce dle svého názoru nijak nepochybil a že by měl být návrh Úřadem dle § 265 písm. a) zákona zamítnut.

Další průběh správního řízení

48. Usnesením ze dne 7. 3. 2024 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohli vyjádřit ke shromážděným podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků se v průběhu stanovené lhůty (ani později v průběhu správního řízení) nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

49. 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 řízení, a na základě vlastních zjištění rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

50. Dle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
51. Dle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace.
52. Dle § 36 odst. 3 zákona platí, že 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.
53. Dle § 37 odst. 1 zákona platí, že podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako
 - a) podmínky kvalifikace,
 - b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
 - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo
 - d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.
54. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Zjištěné skutečnosti

55. V čl. II. odst. 2.1 návrhu smlouvy se zadavatelem č. 1 tvořícím přílohu č. 2.1 zadávací dokumentace je předmět díla specifikován následujícím způsobem:

„Zhotovitel se zavazuje provést pro objednatele dílo spočívající v provedení stavebních prací, dodávek a služeb, tj. zejm.:

 - a) *zhotovení stavby „II/171 průtah Běšiny“ dle podkladů pro provedení díla dle čl. II. odst. 2.2. této smlouvy. Stavba řeší stavební úpravy silnice II/171 v průtahu obce Běšiny v délce 1,163 km.*

SO 101 Komunikace

 - b) *zpracování dokumentace dle čl. II. odst. 2.3 této smlouvy.“*
56. V čl. II. odst. 2.1 návrhu smlouvy se zadavatelem č. 2 tvořícím přílohu č. 2.2 zadávací dokumentace je pak předmět díla specifikován následovně:

„Zhotovitel se zavazuje provést pro objednatele dílo spočívající v provedení stavebních prací, dodávek a služeb, tj. zejm.:

 - a) *zhotovení stavby „II/171 průtah Běšiny“ dle podkladů pro provedení díla dle čl. II. odst. 2.2. této smlouvy. Stavba řeší v celé délce úpravy vybudování vždy alespoň jednostranného chodníku pro bezpečný pohyb chodců podél silnice II/171. Objekt rekonstrukce MK řeší*

komunikaci MK1 a MK2. Komunikace MK1 je stávající komunikace navržena v režimu obytné zóny v délce 130,68 m. Komunikace MK2 je slepá o délce 47,29 m.

SO 102 Chodník

SO 103 Rekonstrukce MK

zpracování dokumentace dle čl. II. odst. 2.3 této smlouvy.“

57. V čl. II. odst. 2.2 návrhu smlouvy (tj. totožně v obou výše uvedených návrzích smlouvy tvořících přílohy č. 2.1 a 2.2 zadávací dokumentace) je v souvislosti s vymezením předmětu díla dále stanoveno:

„Dílo bude provedeno podle a v souladu s

- a) projektovou dokumentací zpracovanou společností MACÁN PROJEKCE DS s.r.o., IČO: 28057198, zpracované v 09/2021, se sídlem Tyršova 273, Chudenice, 339 01 Klatovy, č. zakázky 1719 (dále jen ‚PDPS‘, ‚projektová dokumentace‘ nebo ‚projekt stavby‘), která byla poskytnuta zhotoviteli v rámci zadávacích podmínek na výběr zhotovitele díla;*
- b) soupisem stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr (položkový rozpočet stavby), který je součástí této smlouvy;*
- c) pravomocným stavebním povolením OD/8984/21-5/Au vydané Městským úřadem Klatovy, odborem dopravy a SH ze dne 10. 6. 2021, které nabylo právní moci dne 15. 7. 2021 a rozhodnutí o změně stavby před jejím dokončením prodloužení doby platnosti č.j. OD/9211/23-5/Kol.“*

58. V čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy je stanoveno, že *„zhotovitel je povinen v rámci předmětu díla provést veškeré práce, služby, dodávky a výkony, kterých je třeba trvale nebo dočasně k zahájení, provedení, dokončení a předání díla a uvedení díla do řádného provozu. Zhotovitel je dále povinen zajistit splnění podmínek stavebních povolení, stanovisek a vyjádření všech účastníků řízení a správců dotčených inženýrských sítí a objektů.“*

59. V čl. III. odst. 3.13 návrhu smlouvy je stanoveno následující:

„Vyskytne-li se při provádění díla potřeba provedení víceprací, je zhotovitel povinen provést jejich přesný soupis a tento soupis včetně ocenění a souvisejících relevantních dokumentů (např.: zkoušky, zaměření, odborné posudky, stanovisko autorského dozoru ap.) předložit neprodleně objednateli. Jednotková cena víceprací dle věty první tohoto odstavce se určuje částkou odpovídající dané položky uvedené v soupisu prací v nabídce zhotovitele.

Není-li v soupisu prací příslušná položka obsažena, pak se jednotková cena vícepráce určí vynásobením ceny ekvivalentní položky v oficiálním materiálu – české stavební standardy (Ukazatele průměrné rozpočtové ceny na měrovou a účelovou jednotku) pro období, v němž byla zhotovitelem podána nabídka, vydaném společností ÚRS CZ, a.s. (dále jen ‚ÚRS‘) koeficientem ‚K‘. Koeficient K se určí jako poměr celkové nabídkové ceny zhotovitele (bude-li zakázka rozdělena na části, jde o celkovou nabídkovou cenu za všechny části předpokládané hodnoty dotčené veřejné zakázky) ku celkové předpokládané hodnotě zakázky (bude-li zakázka rozdělena na části, jde o celkovou předpokládanou hodnotu za všechny části).

Koeficient bude zaokrouhlen na dvě desetinná místa. Bude-li koeficient takto určený roven nebo vyšší než 1,00, bude mu definitoricky přiřazena hodnota $K = 1,00$. Tento

koeficient K u dotčené veřejné zakázky objednatel uvedl v Rozhodnutí o výběru a činí: X,XX (bude doplněno objednatelem před podpisem smlouvy).“

60. V čl. III. odst. 3.14 návrhu smlouvy je pak stanoveno, že „pro vyloučení všech pochybností se smluvní strany dohodly, že změna rozsahu díla bude vždy písemně odsouhlasena oběma smluvními stranami formou písemného dodatku ke smlouvě.“
61. Podle čl. 10 zadávací dokumentace platí, že „zadávací lhůta stanovená ve smyslu § 40 ZZVZ činí 90 dní.“
62. Nabídka navrhovatele (podaná samostatně, nebo společně s jiným dodavatelem) byla vybrána jako vítězná v následujících zadávacích řízeních realizovaných zadavatelem č. 1 (samostatně, nebo společně s jiným zadavatelem), v nichž byl způsob výpočtu ceny víceprací stanoven totožným způsobem jako v navrhovatelem napadených smluvních podmínkách:
- zjednodušené podlimitní řízení zahájené dne 8. 1. 2024 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu ev.č. 02013-2 Čmelíny“, přičemž tato výzva byla na profilu zadavatele uveřejněna pod systémovým číslem P24V00000005 (dále jen „veřejná zakázka ,Rekonstrukce mostu ev.č. 02013-2 Čmelíny“),
 - zjednodušené podlimitní řízení zahájené dne 3. 1. 2024 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 2. 1. 2024 na profilu zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky „III/19020 Milence - Dešenice, oprava“, přičemž tato výzva byla na profilu zadavatele uveřejněna pod systémovým číslem P23V00000875 (dále jen „veřejná zakázka ,III/19020 Milence - Dešenice, oprava“),
 - zjednodušené podlimitní řízení zahájené dne 19. 1. 2024 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 18. 1. 2024 na profilu zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky „Kř. II/171 a III/19020 Strážov, stavební úprava“, přičemž tato výzva byla na profilu zadavatele uveřejněna pod systémovým číslem P24V00000017 (dále jen „veřejná zakázka ,Kř. II/171 a III/19020 Strážov, stavební úprava“),
 - zjednodušené podlimitní řízení zahájené dne 23. 1. 2024 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky „II/230 Mantov-Pančava-oprava“, přičemž tato výzva byla na profilu zadavatele uveřejněna pod systémovým číslem P24V00000026 (dále jen „veřejná zakázka ,II/230 Mantov-Pančava-oprava“).
63. Navrhovatel dne 22. 2. 2024 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku „Rekonstrukce mostu ev.č. 02013-2 Čmelíny“ (koeficient „K“ v případě této smlouvy činí 0,66), dne 19. 2. 2024 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku „III/19020 Milence - Dešenice, oprava“ (koeficient „K“ v případě této smlouvy činí 0,50) a dne 4. 3. 2024 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku „Kř. II/171 a III/19020 Strážov, stavební úprava“.

Posouzení věci Úřadem

K doručení rozhodnutí o námitkách

64. Úřad předně považuje za nutné vyjádřit se k poznámce navrhovatele týkající se způsobu doručení rozhodnutí o námitkách, které zadavatelem nebylo dodáno do datové schránky právního zástupce navrhovatele, ale do datové schránky Mgr. Jiřího Čecha, advokáta.

Navrhovatel je navíc přesvědčen, že i pokud by bylo rozhodnutí o námitkách doručeno správnému adresátovi, nestalo se tak ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení námitek. Úřad k tomuto argumentu navrhovatele v první řadě konstatuje, že námitky navrhovatele byly zadavateli doručeny dne 26. 1. 2024, a patnáctý den od jejich doručení tak připadl na sobotu 10. 2. 2024. Konec lhůty pro vyřízení námitek se tedy v souladu s obecnými pravidly pro počítání lhůt¹ posunul na nejbližší pracovní den, konkrétně na pondělí 12. 2. 2024, kdy bylo rozhodnutí o námitkách dodáno do datové schránky Mgr. Jiřího Čecha, advokáta. Nelze proto přisvědčit tvrzení navrhovatele, že rozhodnutí o námitkách by nebylo doručeno v zákonné patnáctidenní lhůtě pro vyřízení námitek, ani pokud by bylo dodáno do datové schránky správného adresáta.

65. Úřad v dané souvislosti dále uvádí, že skutečnost, že právní zástupce navrhovatele a Mgr. Jiří Čech, advokát, vykonávají advokacii jakožto společníci sdružení (Čech - Toul, sdružení advokátů), neznamená, že je možné je při doručování písemností libovolně zaměnit. Jestliže je subjekt zastoupen jedním členem sdružení advokátů, je potřeba doručit veškeré písemnosti adresované tomuto subjektu vždy právě do datové schránky advokáta, který jej zastupuje, nikoliv do datové schránky jiného člena předmětného sdružení advokátů. Je tak nepochybné, že zadavatel měl rozhodnutí o námitkách správně doručit do datové schránky právního zástupce navrhovatele, což neučinil. Je však zároveň potřeba zohlednit, že navrhovatel se s rozhodnutím o námitkách zcela prokazatelně seznámil, neboť na něj v návrhu odkázal, shrnul jeho obsah a věcně na něj reagoval. Návrh byl přitom navrhovatelem podán dne 20. 2. 2024, tedy osmý den od dodání rozhodnutí o námitkách do datové schránky Mgr. Jiřího Čecha, advokáta (přičemž zadavateli byl stejnopis návrhu doručen dokonce již o den dříve, tj. dne 19. 2. 2024). Nelze tak dovodit, že by byl navrhovatel skutečností, že zadavatel nedopatřením dodal rozhodnutí o námitkách namísto do datové schránky právního zástupce navrhovatele do datové schránky jiného člena sdružení advokátů, v němž právní zástupce navrhovatele působí, jakkoliv zkrácen na svých právech na obranu proti postupu zadavatele v zadávacím řízení, která u Úřadu naopak řádně a včas uplatnil. Skutečnost, že navrhovatel v návrhu odkázal na rozhodnutí o námitkách, jehož obsah zde rovněž shrnul a věcně na něj reagoval, jednoznačně prokazuje, že se rozhodnutí o námitkách dostalo do jeho sféry a že se s jeho obsahem seznámil, a to v čase, který mu dovolil zaujmout proti němu včasnou obranu, a že tedy došlo k tzv. materiálnímu doručení rozhodnutí o námitkách, jež navrhovateli umožnilo včas a řádně uplatnit veškerá jeho práva na obranu proti danému rozhodnutí zadavatele podáním návrhu. Návrh byl navrhovatelem k Úřadu podán ve lhůtě 10 dnů ode dne dodání rozhodnutí o námitkách do datové schránky Mgr. Jiřího Čecha, advokáta, a nelze tak vznést jakoukoliv pochybnost o včasnosti jeho podání. Postup zadavatele při doručování rozhodnutí o námitkách, byť nepochybně formálně nesprávný, tak reálně neměl žádné negativní důsledky na uplatnění procesních práv navrhovatele. Navrhovatel nadto v návrhu výslovně potvrdil, že mu rozhodnutí o námitkách bylo doručeno, a to dne 12. 2. 2024, když v čl. III. bodě 3. návrhu konstatoval, že lhůta pro podání návrhu uplyne dne 20. 2. 2024, neboť „*námitky podal dne*

¹ Vzhledem k tomu, že zákon specificky neupravuje počítání lhůt, vztahují se na počítání lhůt v zadávacím řízení obecná pravidla počítání času vyplývající ze zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (srov. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-17233/2020/531/JHI ze dne 9. 6. 2020, potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-25764/2020/321/HBa ze dne 19. 8. 2020). Podle § 607 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, platí, že připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty pracovní den nejbližší následující.

26.01.2024 a napadené rozhodnutí mu bylo doručeno dne 12.02.2024". Úřad proto na základě uvedených skutečností neshledal, že by při doručování rozhodnutí o námitkách došlo k natolik závažnému pochybení zadavatele, že by byly dány důvody ke zrušení rozhodnutí o námitkách nebo dokonce celého zadávacího řízení.

K věcnému obsahu návrhu

66. Jak již Úřad uvedl výše, návrh navrhovatele věcně směřuje proti smluvním podmínkám stanoveným zadavatelem v návrhu smlouvy. Navrhovatel napadené smluvní podmínky považuje za porušující zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace, přiměřenosti a transparentnosti a domnívá se, že přenáší riziko vadnosti zadávací dokumentace v podobě její neúplnosti na dodavatele.
67. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že pravomoc Úřadu posuzovat smluvní, resp. obchodní podmínky stanovené zadavatelem není zcela vyloučená, nicméně je omezená. Jak vyplývá z ustálené judikatury, např. z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 2. 2013, č. j. 62 Af 48/2011-69, není na Úřadu, aby „hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být předmětem posouzení z pohledu ZVZ.“ Úřad v této souvislosti sděluje, že byť se citovaný rozsudek týkal předcházející právní úpravy, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, závěry v něm uvedené jsou plně aplikovatelné i na současnou právní úpravu.
68. Ze shora citovaného rozsudku, jakož i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, lze dovodit, že do kompetence Úřadu spadá posouzení toho, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některého ze základních principů (zásad) vymezených v § 6 zákona.
69. Ve vztahu k výše uvedenému Úřad dále odkazuje i na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 1. 2019, č. j. 62 Af 76/2018-226, z něhož vyplývá, že Úřad má pravomoc k přezkumu těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku projeví jako podmínky smluvní, nicméně postup zadavatele při stanovení smluvní podmínky může být Úřadem označen za rozporný se zákonem až za situace, kdy by „takto nastavená smluvní podmínka jevila znak nepřiměřenosti (cíli) a znak excesu z pravidel kontrahovaných v případech obdobných plnění, jež by měly dostatečnou intenzitu působit ve vztahu k dodavatelům eliminačně, popř. fakticky znejasňovat, do jakých podmínek (jak ze strany zadavatele po dobu trvání smluvního vztahu vykládaných a používaných) dodavatel vlastně vstupuje. Pak by zásady podle § 6 ZZVZ 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.“
70. Úřad rovněž upozorňuje i na rozhodnutí předsedy Úřadu, který v rozhodnutí ze dne 4. 1. 2019, č. j. ÚOHS-R0166/2018/VZ-00267/2019/321/ZSř, uvedl, že „(...) obchodní podmínky obsažené v rámcové dohodě a kupní smlouvě představují specifickou část zadávacích podmínek, která reflektuje potřeby zadavatele a působí zpravidla vůči všem dodavatelům stejně. S tím souvisí i omezená přezkumná pravomoc Úřadu ve vztahu k obchodním podmínkám. Úřad při výkonu své pravomoci přezkoumává soulad postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem, není

však jeho úkolem hodnotit vhodnost a správnost stanovených obchodních podmínek nebo kontrolovat či korigovat vyváženost těmito podmínkami definovaného smluvního vztahu.“

71. V souvislosti s výše uvedeným předseda Úřadu v rámci předmětného rozhodnutí odkázal na již zmíněný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 2. 2013, č. j. 62 Af 48/2011-69, přičemž doplnil, že „(...) výše uvedeným však není ani řečeno, že by obchodní podmínky byly z přezkumu Úřadem vyloučeny zcela. Obchodní podmínky, které jsou součástí závazných návrhů rámcové dohody a kupních smluv, zejména nesmí porušovat zásady, na kterých zákon spočívá, a nesmí být zjevně excesivní. V tomto smyslu je však též omezen jejich přezkum ze strany Úřadu. Zadavatel také nesmí stanovením obchodních podmínek obcházet stanovení jiných zadávacích podmínek, například podmínek kvalifikace.“
72. Úřad dále uvádí, že postup uzavírání smluv podle zákona je upraven odlišným způsobem v komparaci se soukromým právem. Smlouva na veřejnou zakázku má, resp. musí být uzavřena zásadně v takovém znění, v jakém byla obsažena v nabídce účastníka zadávacího řízení. Úřad pro úplnost konstatuje, že připustit lze pouze změny týkající se některých formálních náležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti smluvních stran, tedy které neomezují či naopak nerozšiřují práva a povinnosti smluvních stran.
73. Vzhledem k výše uvedenému je proto nezbytné, aby zadavatel k formulaci smluvních podmínek přistupoval svědomitě a se zohledněním skutečnosti, že dodavatelům předkládá podmínky, které následně nemohou být měněny, a měly by být tedy nastaveny tak, aby neměly negativní dopad do průběhu samotného zadávacího řízení a aby následně nečinily problémy při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky.
74. Úřad konstatuje, že pochopitelně není povinností dodavatele účastnit se zadávacího řízení, a to např. z důvodu, že se neztotožňuje se způsobem nastavení smluvních podmínek, avšak současně není žádoucí stav, aby nepřiměřeně nastavené smluvní podmínky měly dopad do účasti v zadávacím řízení v tom ohledu, že budou potenciální dodavatele odrazeni od podání nabídky. Obecně je možné konstatovat, že záleží vždy na dodavateli, zda zadavatelem navržené smluvní podmínky akceptuje a podá nabídku, či nikoliv. Zároveň nicméně platí, že smluvní podmínky nemohou být nastaveny takovým excesivním způsobem, že by měly za následek bránění účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, popř. jinak negativně zasahovaly do procesu zadávání veřejné zakázky.
75. Úřad považuje za nutné uvést, že zákon konkrétně nestanoví, jaké smluvní podmínky mají být obsaženy ve smlouvě na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Vymezení smluvních podmínek tak zákon ponechává na uvážení zadavatele, neboť právě ten nejlépe ví, co potřebuje a za jakých podmínek. Záleží proto na úvaze zadavatele, jakým způsobem si stanoví rozsah smluvních podmínek. Je ovšem zapotřebí zdůraznit, že zadavatel nesmí k vymezení smluvních podmínek přistupovat zcela libovolně, tedy musí při jejich vymezení brát v potaz základní zásady zadávacího řízení uvedené v § 6 zákona, které mají zajistit, aby smluvní podmínky nebyly zadavatelem formulovány zjevně excesivně.
76. 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 mohl způsobit faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky či by představoval neúnosné narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 zákona. Úřad je tak v tomto ohledu v přezkumu limitován

a nepřisluší mu hodnotit obsah smluvních ujednání stanovených zadavatelem, nevyplývá-li z nich zjevný exces. V tomto světle tedy Úřad přistoupil k posouzení zadavatelem stanovených smluvních podmínek, které navrhovatel svým návrhem napadá.

77. Návrh navrhovatele směřuje zejména proti způsobu určení ceny víceprací stanovenému v čl. III. odst. 3.13 návrhu smlouvy, který je dle navrhovatele v rozporu se zásadami podle § 6 odst. 1 a odst. 2 zákona a přenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele v rozporu s § 36 odst. 3 zákona. Navrhovatel konkrétně namítá, že zadavatel stanovil cenu víceprací neodpovídajících žádné položce v soupisu prací v nabídce zhotovitele jako cenu dle ceníku ÚRS pro období, v němž byla podána nabídka, vynásobenou koeficientem „K“ určeným jako poměr nabídkové ceny zhotovitele k předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Navrhovatel má za to, že vzhledem k čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy, v němž je stanoveno, že *„zhotovitel je povinen v rámci předmětu díla provést veškeré práce, služby, dodávky a výkony, kterých je třeba trvale nebo dočasně k zahájení, provedení, dokončení a předání díla a uvedení díla do řádného provozu“*, platí, že pokud v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky vyvstane potřeba provedení víceprací, zhotovitel je povinen tyto vícepráce provést. Navrhovatel tak dovozuje, že pokud se ukáže, že je projektová dokumentace neúplná a neobsahuje všechny práce potřebné k dokončení díla, navrhovatel bude nucen provést vícepráce za ceny, které mohou být hluboko pod jeho náklady, a může se tak stát, že na realizaci předmětu veřejné zakázky významným způsobem prodělá.
78. Úřad v dané souvislosti předně konstatuje, že se neztotožňuje s výkladem navrhovatele, podle něž je zhotovitel předmětu veřejné zakázky v situaci, kdy v průběhu realizace díla vyvstane potřeba provedení víceprací, na základě čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy bez dalšího povinen předmětné vícepráce provést i tehdy, pokud s jejich provedením nesouhlasí. Úřad poukazuje na skutečnost, že předmětem díla je v souladu s čl. II. odst. 2.1 a 2.2 návrhu smlouvy zhotovení stavby „II/171 průtah Běšiny“ dle podkladů pro provedení díla, které tvoří projektová dokumentace, soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr a stavební povolení. Jestliže je tedy dle čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy zhotovitel povinen v rámci předmětu díla provést veškeré práce, služby, dodávky a výkony, kterých je třeba trvale nebo dočasně k zahájení, provedení, dokončení a předání díla a uvedení díla do řádného provozu, Úřad má za to, že tato povinnost zahrnuje pouze kompletní provedení všech činností, které jsou již v projektové dokumentaci a soupisu prací zahrnuty. Daná povinnost je totiž textací předmětného ustanovení návrhu smlouvy omezena na práce prováděné v rámci předmětu díla, kdy předmět díla je v návrhu smlouvy vymezen právě projektovou dokumentací, soupisem prací a stavebním povolením. Úřad zastává názor, že dané ustanovení návrhu smlouvy představuje zcela běžné a nepochybně nijak excesivní smluvní ujednání, jehož účelem je zakotvit povinnost zhotovitele díla vykonat veškeré práce určené projektovou dokumentací v jejich celistvosti a se vším, co je pro jejich řádné provedení potřebné. Zároveň je třeba podotknout, že čl. III. odst. 3.14 návrhu smlouvy stanoví, že změna rozsahu díla musí být vždy písemně odsouhlasena oběma smluvními stranami formou písemného dodatku ke smlouvě. Pokud tedy zhotovitel díla se změnou rozsahu díla nesouhlasí, není na základě návrhu smlouvy povinen vícepráce, které tuto změnu rozsahu díla představují, pouze na základě direktivního pokynu zadavatele provést. Obdobný výklad návrhu smlouvy zastává i zadavatel, který ve svém vyjádření k návrhu konstatoval, že „[navrhovatel] uvádí (...), že je v tomto článku [čl. II. návrhu smlouvy] dále zakotveno, že je zhotovitel povinen provést i veškeré vícepráce, což dotčený článek nikterak neříká.“ Zadavatel ve svém vyjádření rovněž uvedl, že „čl. 2.5 SOD je

(...) v SOD z důvodu, aby zhotovitel nespekuloval, že nějaká činnost (např. vybalení materiálu z ochranného obalu) u jednotlivých položek položkového soupisu prací s výkazem výměr není zahrnuta v předmětné položce, jelikož to u ní není výslovně uvedeno.“

79. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem tak dle Úřadu nelze dovozovat, že by byl vybraný dodavatel bez dalšího povinen provést veškeré v projektové dokumentaci neuvedené práce, jejichž potřeba vyvstane v průběhu realizace předmětu díla, i v situaci, kdy by s provedením těchto prací nesouhlasil. Úřad však zároveň považuje za důležité zdůraznit, že i pokud by mělo být předmětné ustanovení návrhu smlouvy vykládáno tak, že si na jeho základě strany smlouvy na veřejnou zakázku sjednávají povinnost zhotovitele díla vždy bez dalšího provést veškeré potřebné práce, na závěrech, jež Úřad v následujícím textu předestře, by tento výklad daného ustanovení nic nezměnil. Stejně tak je Úřad přesvědčen, že ani při takovémto výkladu nelze ustanovení čl. II. odst. 2.5 návrhu smlouvy považovat za nepřiměřené či excesivně vybočující z běžně kontrahovaných smluvních podmínek při obdobných plněních, neboť jistě není nijak neobvyklé, aby si objednatel díla vyhradil povinnost zhotovitele případné nezbytné práce za určitou cenu zrealizovat.
80. Ve vztahu k nastavení ceny prací u položek neobsažených v soupisu prací v nabídce zhotovitele prostřednictvím odkazu na ceny dle ceníku ÚRS vynásobené koeficientem „K“ určeným jako poměr nabídkové ceny zhotovitele k předpokládané hodnotě veřejné zakázky Úřad konstatuje, že na rozdíl od navrhovatele takovýto způsob určení ceny prací neshledává nikterak excesivním.
81. Z ustálené soudní judikatury a rozhodovací praxe Úřadu vyplývá, že za excesivní (a tedy způsobitou k přezkumu Úřadem) lze označit takovou smluvní podmínku, která znemožňuje plnění předmětu veřejné zakázky, působí ve vztahu k dodavatelům eliminačně, fakticky znejasňuje, do jakých podmínek dodavatel vlastně vstupuje, nebo jejím stanovením zadavatel porušuje zásady dle § 6 odst. 1 a 2 zákona, případně takovou smluvní podmínku, prostřednictvím níž zadavatel obchází stanovení jiných zadávacích podmínek, například podmínek kvalifikace. Úřad proto přistoupil k posouzení, zda lze některý z právě vyjmenovaných znaků excesu v případě napadené smluvní podmínky považovat za naplněný.
82. Úřad má za zcela nepochybné, že předmětná smluvní podmínka určující cenu prací žádným způsobem neznemožňuje plnění předmětu veřejné zakázky. V jistých ohledech může existence dané smluvní podmínky naopak průběh plnění smlouvy na veřejnou zakázku usnadnit, neboť stanovení jednoznačného mechanismu výpočtu odstraňuje jakékoliv nejasnosti ohledně ceny potenciálních prací, a významně tak snižuje pravděpodobnost případných sporů. Zadavatel prostřednictvím dané smluvní podmínky nepochybně ani nijak neobchází stanovení jiných (např. kvalifikačních) zadávacích podmínek. Úřad je zároveň přesvědčen, že přezkoumávaná smluvní podmínka nepůsobí vůči dodavatelům nijak eliminačně, ani nemá významný potenciál odradit je od účasti v zadávacím řízení. V této souvislosti Úřad poukazuje zejména na skutečnost, že zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku obdržel celkem 7 nabídek, a to včetně nabídky navrhovatele. Nelze mít tedy pochyb o tom, že na relevantním trhu existuje vysoký počet dodavatelů, kteří jsou předmětnou smluvní podmínku ochotni akceptovat a jsou schopni případnému riziku, které jim uzavření smlouvy obsahující předmětné ustanovení může přinést, přizpůsobit podobu své nabídky.

83. Je evidentní, že daná smluvní podmínka neodradila od účasti v zadávacím řízení ani navrhovatele, který je tím, kdo ji označuje za excesivní. Jestliže navrhovatel podal v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nabídku, jíž je navíc po dobu trvání zadávací lhůty v délce 90 dní vázán, nelze racionálně dovodit, že by pro něj riziko, které si v souvislosti se způsobem výpočtu ceny víceprací vyhodnotil, bylo natolik významné, že by nebyl ochoten ho podstoupit, resp. že by bylo způsobilé odradit ho od účasti v zadávacím řízení. Je navíc nutné podotknout, že navrhovatel (sám nebo ve spojení s dalším dodavatelem) se již nejméně ve čtyřech případech stal vybraným dodavatelem v zadávacích řízeních realizovaných zadavatelem (nebo zadavatelem spojeným s jiným subjektem za účelem společného zadávání veřejné zakázky) obsahujících smluvní podmínky obdobné nyní šetřeným zadávacím podmínkám, přičemž nejméně ve třech těchto zadávacích řízeních již uzavřel smlouvu na realizaci předmětu veřejné zakázky, v níž je způsob výpočtu ceny víceprací stanoven stejně jako v nyní posuzovaném návrhu smlouvy, z toho ve dvou případech k uzavření smlouvy došlo v době po podání návrhu a v jednom případě dne, kdy byl doručen stejnopis návrhu navrhovateli. Úřad je tak nucen uzavřít, že navrhovatel si evidentně riziko prodělečné realizace víceprací vyhodnotil jako akceptovatelné a určitým způsobem ho zohlednil při sestavování své nabídky, a to i nejméně v dalších čtyřech zadávacích řízeních s totožně koncipovaným způsobem výpočtu ceny víceprací. Posuzovaná smluvní podmínka tak prokazatelně nezapůsobila eliminačně ani vůči navrhovateli, ani vůči dalším šesti dodavatelům, kteří v zadávacím řízení na veřejnou zakázku podali nabídku, přičemž na základě žádných skutečností není možné dovodit ani to, že by měla potenciál odradit od účasti v zadávacím řízení jakékoliv další dodavatele.
84. Úřad dále konstatuje, že zadavatel se při stanovení předmětné smluvní podmínky nedopustil porušení žádné ze zásad zakotvených v § 6 odst. 1 a 2 zákona. K porušení zásady zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení stanovením přezkoumávané smluvní podmínky nepochybně nedošlo, neboť dané pravidlo určující způsob výpočtu ceny případných víceprací vůči všem potenciálním účastníkům zadávacího řízení působí zcela stejně a žádného dodavatele nezvýhodňuje oproti ostatním. Stejně tak posuzovaná smluvní podmínka není v rozporu ani se zásadou transparentnosti, jelikož je stanovena zcela jednoznačně, určitě a srozumitelně. Přesný popis postupu ocenění víceprací je zadavatelem v příslušném ustanovení návrhu smlouvy popsán čitelně, pochopitelně a opírá se o v daném čase jednoznačně a objektivně určitelné hodnoty (tj. o ceník ÚRS, předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a nabídkovou cenu obsaženou v nabídce dodavatele). Není možné dovodit, že by dodavatel při vynaložení běžné péče mohl mít problém porozumět přesnému významu předmětné smluvní podmínky, tedy pochopit, jakým způsobem bude cena případných víceprací odpovídajících položkám neobsaženým v soupisu prací kalkulována. Ostatně z obsahu námitek a návrhu je zřejmé, že i navrhovatel význam dané smluvní podmínky pochopil. V žádném případě nelze racionálně tvrdit, že by daná smluvní podmínka znejasňovala, do jakých vztahů dodavatelé podpisem smlouvy na veřejnou zakázku reálně vstupují. Právě naopak, předem stanovený způsob určení ceny víceprací činí vztah vybraného dodavatele a zadavatele jasnějším a transparentnějším, odstraňuje pochybnosti ohledně ocenění víceprací a může významně přispět k předcházení případným sporům. Úřad rovněž ve vztahu k argumentaci navrhovatele ohledně neurčitosti vymezení víceprací jako díla doplňuje, že skutečnost, že zadavatel v návrhu smlouvy nevymezil, jaké konkrétní vícepráce mají být provedeny, mu přirozeně nijak nelze klást k tíži. Charakter a okolnosti vzniku víceprací jsou z jejich samotné povahy

nepředvídatelné, a zcela logicky je tak není možné předem specifikovat v zadávacích podmínkách.

85. Úřad má za nepochybné, že každý dodavatel, který má zájem účastnit se zadávacího řízení na veřejnou zakázku, musí již po prostudování zadávacích podmínek při zvážení své cenové strategie s naprostou určitostí vědět, kolik v jeho případě bude činit koeficient „K“ určený jako poměr nabídkové ceny (stanovované samotným dodavatelem) k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, a dokáže si tak s ohledem na ceny obsažené v ceníku ÚRS jednoduše spočítat, za jakou cenu (v poměru k ceníku ÚRS) mají být v případě jeho úspěchu v zadávacím řízení vícepráce (pokud by se jednalo o ty vícepráce, na které by tento způsob určení ceny dopadal) realizovány. Výši koeficientu „K“ přitom může každý dodavatel na základě svého uvážení ovlivnit nastavením výše své nabídkové ceny. Dodavatelé si jakožto profesionálové v dané oblasti musí odpovědně vyhodnotit a posoudit podnikatelská rizika, která s sebou akceptace předmětné smluvní podmínky nese, a promítnout je do své nabídky, zejména do nabídkové ceny (stejně jako musí dodavatelé odpovědně vyhodnotit a zohlednit i navrhovatelem namítanou skutečnost, že v nabídce nabízejí cenu, kterou následně budou vázáni po dobu trvání zadávací lhůty). Je na dodavateli, aby v rámci svého podnikatelského uvážení nabídkovou cenu stanovil dostatečně nízko na to, aby měl šanci v zadávacím řízení uspět, a zároveň dostatečně vysoko na to, aby neprodělal na realizaci potenciálních víceprací, případně aby se rozhodnul, zda je pro něj i přes existenci dané smluvní podmínky účast v zadávacím řízení výhodná, či nikoliv. Podmínky pro výpočet ceny víceprací jsou stanoveny plně srozumitelně, jednoznačně a s vysokou mírou transparentnosti a vůči všem dodavatelům působí zcela totožně, žádný z účastníků zadávacího řízení tak není nijak zvýhodněn a každý z nich má stejnou příležitost cenu víceprací dle svého vlastního uvážení ovlivnit, neboť mechanismus výpočtu ceny víceprací ve vztahu ke každému dodavateli funguje zcela stejně. Jestliže navrhovatel tvrdí, že právě on je danou smluvní podmínkou znevýhodněn, a to vzhledem k předmětu jeho podnikání a jeho schopnosti nabídnout určité položky soupisu prací velice levně a jiné naopak za průměrnou či vyšší cenu dle ceníku ÚRS, Úřad musí přisvědčit zadavateli v tom, že individuality předmětu podnikání jednotlivých účastníků zadávacího řízení a stejně tak specifika jejich cenotvorby není možné při nastavování zadávacích podmínek zohledňovat. Ze skutečnosti, že navrhovatel s ohledem na jeho vnitřní poměry subjektivně nevyhovuje transparentně nastavený způsob výpočtu ceny víceprací, který všem účastníkům zadávacího řízení stanovuje rovné výchozí podmínky, nelze dovozovat porušení zásady zákazu diskriminace ani zásady rovného zacházení. V daném případě se jedná o podnikatelské riziko navrhovatele, které zadavatel vzhledem k nutnosti zajistit spravedlivou a rovnou soutěž o veřejnou zakázku při dodržení zásad dle § 6 zákona nesmí při přípravě zadávacích podmínek nijak zohlednit, neboť by to navrhovatel mohlo vytvořit neopodstatněnou výhodu. Jestliže pro navrhovatele účast v zadávacím řízení není vzhledem k jeho vnitřním poměrům výhodná nebo pro něj v kontextu povahy jeho podnikání představuje neakceptovatelné riziko, může se rozhodnout, že se zadávacího řízení nezúčastní. Pokud zadavatel postupuje v souladu se všemi zásadami a pravidly zadávání veřejných zakázek, není možné po něm požadovat, aby zadávací podmínky nastavil takovým způsobem, aby byla účast v zadávacím řízení vhodná pro všechny dodavatele a aby pro ně a pro jejich podnikání nevytvářela absolutně žádné riziko.
86. Úřad dále konstatuje, že při stanovení přezkoumávané smluvní podmínky nedošlo ani k porušení zásady přiměřenosti. Cílem zadávacího řízení na veřejnou zakázku je zajistit řádné zhotovení stavby „II/171 průtah Běšiny“, přičemž z povahy věci je zřejmé, že v průběhu

realizace této stavby může (stejně jako v případě jakékoliv jiné stavby) vyvstat potřeba rozšíření předmětu díla, tj. potřeba provedení víceprací. Ty je vždy nutné určitým způsobem ocenit, a to tak, aby zadavatel dodržel své povinnosti týkající se hospodárného nakládání s veřejnými prostředky a zároveň povinnosti vyplývající z ustanovení § 222 zákona, jímž je limitována možnost změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Úřad neshledal, že by smluvní podmínka vymezující způsob určení ceny víceprací ve vztahu k tomuto cíli jevila jakékoliv známky nepřiměřenosti. Daná smluvní podmínka potenciální vícepráce oceňuje zcela transparentním, jednoznačným, srozumitelným způsobem, jenž působí vůči všem dodavatelům stejně a odvíjí se od objektivně stanovených a předem známých skutečností, jimiž jsou ceník ÚRS, předpokládaná hodnota veřejné zakázky a nabídková cena, kterou si každý účastník zadávacího řízení určuje sám, a záleží tedy i na jeho vlastním uvážení, jakou cenu víceprací prostřednictvím určení své nabídkové ceny nastaví. Předmětnou smluvní podmínku evidentně nelze mít za nepřiměřenou ani při zvážení jejího vlivu na možnost či ochotu dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, jelikož je nutné zohlednit, že nabídku v zadávacím řízení podalo celkem 7 dodavatelů, a to včetně samotného navrhovatele. Úřad zároveň doplňuje, že danou smluvní podmínku neshledává zjevně nepřiměřenou ani ve vztahu k podmínkám kontrahovaným v případě obdobných plnění.

87. Úřad rovněž konstatuje, že za nepřiměřenou ani jinak excesivní nepovažuje ani tu část smluvní podmínky stanovující, že bude-li koeficient „K“ určený jako poměr nabídkové ceny k předpokládané hodnotě veřejné zakázky „*roven nebo vyšší než 1,00, bude mu definitoricky přiřazena hodnota $K = 1,00$.*“ Jistě nelze mít za nepřiměřenou či excesivní, že se zadavatel zcela v souladu se svou povinností hospodárného nakládání s veřejnými prostředky rozhodl omezit cenu případných víceprací tak, aby nikdy nemohla přesáhnout cenu dle ceníku ÚRS. Nutno též shledat, že ani navrhovatel v návrhu svou argumentaci ve vztahu k tomuto dílčímu aspektu napadané smluvní podmínky nikterak dále blíže nerozvíjí.
88. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel v zadávacích podmínkách vymezil mechanismus určení ceny případných víceprací, který je transparentní a srozumitelný a působí vůči všem dodavatelům stejně, přičemž není ani zjevně nepřiměřený vzhledem k požadovanému cíli. Úřad s ohledem na výše uvedené nemá ani za to, že by stanovenými smluvními podmínkami docházelo k navrhovatelem tvrzenému nezákonnému přenášení odpovědnosti za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele (kdy je navíc nutno podotknout, že navrhovatel žádnou konkrétní domnělou vadu či nesprávnost, kterou by v zadávacích podmínkách identifikoval, neuvádí). V této souvislosti Úřad připomíná, že smlouva na veřejnou zakázku nemusí být z pohledu rozložení rizik vždy vyvážená, nicméně porušení zákona by představovala pouze situace, kdy by Úřad dovedl, že zadavatelem stanovené smluvní podmínky jsou excesivní ve výše nastíněném smyslu, což však v tomto případě nedovodil. Přezkoumávaná zadávací podmínka je běžnou, nikterak excesivní smluvní podmínkou, jejíž případné uplatnění (které je navíc omezeno limity změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 zákona) představuje pro účastníky zadávacího řízení běžné podnikatelské riziko, jehož existenci a intenzitu mohou zohlednit ve své nabídce. K tomu Úřad doplňuje, že všichni potenciální dodavatelé byli s danou podmínkou řádně a včas srozuměni, neboť byla obsažena v návrhu smlouvy na veřejnou zakázku, a jakožto odborníci zcela jistě byli schopni si tuto podmínku vyhodnotit a brát ji v potaz při oceňování své nabídky. V souvislosti s tím Úřad znovu akcentuje, že zadavatel v zadávacím řízení obdržel celkem 7 nabídek od dodavatelů,

kterí byli zjevně ochotni danou smluvní podmínku akceptovat, a to včetně navrhovatele, což rovněž nesevřídčí o excesivní povaze dané zadávací podmínky.

89. Je rovněž nutné si uvědomit, že i v případě právních vztahů, jejichž předmětem je plnění veřejných zakázek, se stále jedná o soukromoprávní vztah mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, na něž se uplatní principy smluvní svobody, a je tedy na smluvních stranách, jaké ceny si za dodávané plnění dohodnou, resp. zda jsou ochotni za daných cenových podmínek do smluvního vztahu vstoupit. 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). Úřad dále zdůrazňuje, že pouhá skutečnost, že navrhovatel s předmětnou smluvní podmínkou ze subjektivních důvodů nesouhlasí, sama o sobě nemůže nijak vypovídat o tom, zda je tato smluvní podmínka excesivní. Úřad nerozporuje, že je daná smluvní podmínka do určité míry na dodavatele přísná, neboť může snižovat jejich zisk z plnění veřejné zakázky, je však přesvědčen, že se nejedná o exces, který by znamenal nezákonnost zadávacích podmínek jako takových a měl vyústit ve zrušení zadávacího řízení z důvodu nezákonně stanovených zadávacích podmínek.
90. Úřad tak na základě všeho výše uvedeného shrnuje, že napadenou smluvní podmínku nepovažuje za excesivní, neboť neshledal, že by znemožňovala plnění předmětu veřejné zakázky, bránila dodavatelům v účasti v zadávacím řízení nebo vůči nim působila eliminačně či znejasňovala, do jakých podmínek dodavatel fakticky vstupuje, a neshledal ani to, že by jejím stanovením zadavatel porušil zásady dle § 6 zákona nebo že by jejím prostřednictvím obcházel stanovení jiných zadávacích podmínek.
91. Na základě všech výše uvedených skutečností tedy Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí, tj. návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

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, Černá Pole, 602 00 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 zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Ing. Petr Vévoda

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň
2. Mgr. Filip Toul, advokát, člen sdružení Čech - Toul, sdružení advokátů, Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne

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