



UOHSX00GGLSF

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0099/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-28616/2022/161

Brno 13. 9. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 18. 7. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném navrhovatelem –

- **ENPRO Energo s.r.o.**, IČO 28628250, se sídlem Sokolská 137/45, 757 01 Valašské Meziříčí, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0673/2021/VZ, č. j. ÚOHS-22192/2022/524 ze dne 1. 7. 2022, vydanému ve společném správním řízení zahájeném dne 23. 12. 2021 na návrhy výše označeného navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele –
- **ČEZ Distribuce, a. s.**, IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín, ve správním řízení zastoupena Mgr. Martinem Kramářem, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 09956, se sídlem Křížovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1,

učiněných v jednacím řízení s uveřejněním pro zadání veřejné zakázky s názvem „**Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS**“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-026640 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 143-381508 a které bylo zahájeno za účelem uzavření rámcových dohod pro část 1 „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast sever“, část 2 „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast střed“, část 3 „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast západ“,

část 4 „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast východ“ a část 5 „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast Morava“, jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0673/2021/VZ, č. j. ÚOHS-22192/2022/524 ze dne 1. 7. 2022

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – ČEZ Distribuce, a. s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín, ve správním řízení zastoupen Mgr. Martinem Kramářem, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 09956, se sídlem Křížovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), zahájil jako zadavatel ve smyslu § 4 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, dne 22. 7. 2021 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění (dále jen „**oznámení**“) jednací řízení s uveřejněním za účelem uzavření rámcových dohod na jednotlivé části veřejné zakázky s názvem „Projektové dokumentace pro energetiku II - liniové stavby vn/nn a DTS“, přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-026640 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 143-381508 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Veřejnou zakázku zadavatel rozdělil na pět částí, a to na část 1 s názvem „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast sever“ (dále jen „**část 1**“), část 2 s názvem „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast střed“ (dále jen „**část 2**“), část 3 s názvem „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast západ“ (dále jen „**část 3**“), část 4 s názvem „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast východ“ (dále jen „**část 4**“) a na část 5 veřejné zakázky s názvem „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vn/nn a DTS – oblast Morava“ (dále jen „**část 5**“).

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 61 odst. 1 zákona.

3. V zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku, obdobné pro všechny části veřejné zakázky (dále jen „**ZD**“), vymezil zadavatel v její části 1 v bodě 4.1 předmět veřejné zakázky jako uzavření smlouvy (dále jen „**smlouva**“ nebo „**rámcová dohoda**“) na „*vyhotovení projektových dokumentací liniových staveb vn/nn a distribučních trafostanic včetně případné optické infrastruktury s tím související v rozsahu dle článku 6. části 3 této Zadávací dokumentace s předpokládanou CRC za jednotlivou stavbu, pro niž se PD zpracovává, přesahující 5 000 000 Kč*“, a poskytnutí souvisejících definovaných služeb.
4. Dle bodů 5 a 26 části 1 ZD měla být rámcová dohoda, jejíž závazný návrh tvořil obsah části 3 ZD, uzavřena na dobu 48 měsíců, s možností prodloužení až o 6 měsíců, a to pro každou z částí veřejné zakázky až s 20 účastníky, jejichž nabídky budou vyhodnoceny jako ekonomicky nejvýhodnější. V bodě 7 rámcové dohody zadavatel popsal, jakým způsobem budou jednotlivé projektové dokumentace (dále též „**dílo**“) podle této rámcové dohody zadávány prostřednictvím e-aukcí (dále jen „**e-aukce**“).
5. V bodě 16 části 1 ZD zadavatel stanovil závazný způsob stanovení nabídkové ceny (srov. body 74-81 odůvodnění napadeného rozhodnutí) jako % ze základního cenového návrhu (dále též jen „**procentní sazby**“) pro 6 definovaných typů zpracovávaných projektových dokumentací (dle celkové rozpočtové ceny a v závislosti na veřejnoprávním projednání) a jako hodinovou sazbu, přičemž pro všechny sazby (označené v ZD jako „**kritéria**“) současně stanovil maximální a nepřekročitelné hodnoty (dále též jen „**cenové stropy**“).
6. Celková rozpočtová cena (dále též jen „**CRC**“) byla v bodě 3.5 rámcové dohody definována jako celková rozpočtová cena podle ocenění ze zadávacího návrhu, zahrnující veškeré předpokládané náklady stavby, včetně montáže, materiálu, inženýrské činnosti, plánu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci na staveništi, vkladu a výplaty náhrad věcných břemen, geodetické činnosti, vypínání a případné projektové dokumentace, přičemž bude v průměru odpovídat aktuálním výsledkům výběrového řízení zadavatele v oblasti materiálů, zemních a elektromontážních prací.
7. Základní cenový návrh (dále též jen „**ZCN**“ nebo „**cenová základna**“) definoval zadavatel v tomtéž bodě 3.5 rámcové dohody jako CRC poníženou o cenu transformátoru, celkové náklady na zřízení věcných břemen s vkladem do katastru nemovitostí, vlastní náklady objednatele (investorská činnost) a náklady, které je možné fakturovat v souladu s ceníkem uvedeným ve smlouvě nebo podle skutečnosti.
8. V bodě 7.3 rámcové dohody zadavatel uvedl, že účast v e-aukcích není povinná, s výjimkou e-aukcí vztahujících se ke stavbám označeným zadavatelem jako investice vyvolaná zkratkou „**IV**“ (dále též jen „**povinné e-aukce**“), u kterých má dodavatel povinnost přihlásit se do každé x-té e-aukce, kde x odpovídá počtu účastníků rámcové dohody na straně zhotovitele.
9. V bodě 9.1 písm. d) části 1 ZD si zadavatel dále vyhradil změnu smlouvy (dále jen „**výhrada změny smlouvy**“) pro případ, že dojde ke změně zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**stavební zákon**“), kterou formuloval následovně: „*Zadavatel si vyhraduje v souladu s ust. § 100 odst. 1 ZZVZ provedení změny Smlouvy v těch částech, které budou dotčeny případnou změnou Stavebního zákona a tato změna tohoto zákona bude mít za následek nutnost úpravy dotčených smluvních ustanovení tak, aby byla tato dotčená smluvní ustanovení v souladu s novou právní úpravou Stavebního zákona. Neboť nelze dopředu přesně stanovit, jak bude Stavební zákon změněn a jaké bude mít dopady*

do Smlouvy, dojde k příslušné změně Smlouvy na základě jednání zadavatele s dodavateli a podepsání písemného dodatku ke Smlouvě.“

10. Dne 29. 11. 2021 podal stěžovatel – ENPRO Energo s.r.o., IČO 28628250, se sídlem Sokolská 137/45, 757 01 Valašské Meziříčí (dále jen „**navrhovatel**“), proti zadávacím podmínkám na jednotlivé části veřejné zakázky samostatné námitky. Rozhodnutími ze dne 13. 12. 2021, která byla navrhovateli doručena dne 14. 12. 2021, zadavatel námitky proti všem částem veřejné zakázky odmítl.
11. Dne 23. 12. 2021 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, návrhy navrhovatele ve smyslu § 250 zákona z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání jednotlivých částí veřejné zakázky. Dnem doručení návrhů Úřadu došlo k zahájení správních řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, vedených pod sp. zn. ÚOHS-S0672/2021/VZ, ÚOHS-S0673/2021/VZ, ÚOHS-S0674/2021/VZ, ÚOHS-S0675/2021/VZ a ÚOHS-S0676/2021/VZ. Usnesením sp. zn. ÚOHS-S0673/2021/VZ, č. j. ÚOHS-02888/2022/524 ze dne 25. 1. 2022 spojil Úřad označená správní řízení do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0673/2021/VZ.
12. Podanými návrhy, po obsahové stránce totožnými (dále společně též jen „**návrh**“), napadl navrhovatel zejména způsob stanovení nabídkové ceny dle bodu 16 ZD, který je definován jako kombinace procentních sazeb a nepřiměřeně nízkých cenových stropů v kontextu nedostatečně a nekonkrétně vymezené cenové základny, a dále výhradu změny smlouvy, která dle jeho názoru z důvodu neurčitosti odporuje ustanovení § 100 odst. 1 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

13. Dne 1. 7. 2022 vydal Úřad v návaznosti na posouzení obsahu návrhu a rozhodných skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0673/2021/VZ, č. j. ÚOHS-22192/2022/524 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
14. Ve výrocích I-V napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o tom, že se návrhy navrhovatele proti jednotlivým částem 1-5 veřejné zakázky podle § 265 písm. a) zákona zamítají, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
15. V odůvodnění napadeného rozhodnutí vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že na jednotlivé části veřejné zakázky mají být uzavřeny rámcové dohody, u nichž lze nižší míru konkrétnosti vymezení budoucího plnění předpokládat. Úřad poukázal, že způsob určení ZCN je navázán na CRC a jako takový bude vycházet z objektivních parametrů, přičemž nelze *a priori* presumovat nepoctivé jednání zadavatele.
16. Odborně znalý dodavatel pak musí být dle názoru Úřadu schopen s ohledem na charakter projektovaných staveb cenu díla ve vazbě na cenovou základnu reálně odhadnout, přičemž rovněž cenové stropy byly stanoveny transparentně. Skutečnost, že některé e-aukce byly pro dodavatele povinné, pak Úřad shledal z hlediska jejich četnosti jako marginální. Úřad proto dospěl k závěru, že způsob stanovení nabídkové ceny nebyl nezákonný a že zadavatel poskytl dodavatelům dostatek informací nezbytných pro jejich účast v zadávacím řízení.
17. S námitkou nezákonnosti výhrady změny smlouvy dle bodu 9.1 písm. d) ZD se Úřad ztotožnil, neboť dospěl k závěru, že v rozporu s § 100 odst. 1 zákona není její obsah dostatečně

jednoznačně a určitě vymezen. V uvedené souvislosti však dále odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5 2020 (dále jen „**odkazovaný rozsudek**“), dle kterého nelze vyhrazenou změnu dle § 100 zákona považovat za zadávací podmínku *stricto sensu*, načež její případná nezákonnost není důvodem pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 3 zákona. Ani v tomto případě proto Úřad důvod pro uložení nápravného opatření neshledal, přičemž současně poukázal, že výhrada změny smlouvy nebyla způsobilá odradit dodavatele od podání nabídek.

III. Námitky rozkladu navrhovatele

18. Dne 18. 7. 2022 podal navrhovatel proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 4. 7. 2022. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
19. Navrhovatel v rozkladu trvá na nezákonnosti zadávacích podmínek upravujících způsob stanovení nabídkové ceny, přičemž namítá, že Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav věci a nepostupoval v souladu se zásadou rovnosti, neboť nekriticky přejímal nepodložená tvrzení zadavatele.
20. Navrhovatel konkrétně uvádí, že zadávací podmínky kromě obecných definic neurčují žádná konkrétní pravidla, podle kterých se bude cenová základna stanovovat, načež vzniká velký prostor pro libovůli zadavatele při určování ZCN a tím i maximální nabídkové ceny za provedení díla, ke které se dodavatelé zavazují již uzavřením rámcové dohody. Navrhovatel je přesvědčen, že konkrétní způsob určování cenových základen v e-aukcích se může případ od případu lišit, včetně reálného rizika podhodnocení ZCN, načež postup zadavatele není kontrolovatelný.
21. Kontrola pak dle názoru navrhovatele není možná ani v e-aukcích, neboť provedení kontrolního přepočtu ZCN v rozpočtovacím programu během 5 pracovních dnů vyžaduje fakticky provedení značné části projekčních prací a není objektivně možné.
22. K netransparentnímu vymezení cenové základny, potažmo požadavku na způsob stanovení nabídkové ceny pak dle názoru navrhovatele přistupují nepřiměřeně nízké cenové stropy, které pro dodavatele vytváří riziko ztrátového plnění. Toto riziko je dále posíleno skutečností, že některé e-aukce budou povinné, přičemž právě u těchto e-aukcí byla zadavatelem cenová základna v minulosti podhodnocována. Souhrnná hodnota díla zadávaného v povinných e-aukcích přitom bude dle tvrzení navrhovatele v každé z částí veřejné zakázky přesahovat limit pro nadlimitní veřejné zakázky na služby, nejedná se proto o plnění marginální, jak poukázal Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí.
23. Vytvářením netransparentního prostoru se zadavatel dle názoru navrhovatele snaží odradit seriózní dodavatele od podání nabídky, aby následně mohl kontrahovat zcela svévolně, v daném případě mimo režim rámcové dohody, což si v zadávacích podmínkách rovněž vyhradil.
24. Stanovením cenových stropů je dle názoru navrhovatele vyloučena reálná cenová soutěž o rámcovou dohodu, což se projevilo zejména ve skutečnosti, že většina dodavatelů cenovou nabídku ve výši cenových stropů podala. Tímto je na dodavatele současně vytvářen tlak nabízet plnění za podnákladové ceny, nebo se o konkrétní veřejné zakázky v e-aukcích vůbec neucházet, přestože jsou na nich existenčně závislí.

25. Cenové stropy dále dle názoru navrhovatele vytváří prostor pro koluzní jednání dodavatelů za účelem snížení vysokého rizika plynoucího z účasti v zadávacím řízení, například nedovoleným sdílením informací či vzájemnou koordinací. Navrhovatel k tomu doplňuje, že nelze zaměňovat počet účastníků zadávacího řízení a počet dodavatelů, které tyto účastníci sdruží, a otázku extrémní potřeby sdružování dodavatelů za účelem podání společné nabídky má ze strany Úřadu za nevyřešovanou.
26. Navrhovatel rovněž uvádí, že Úřad napadeným rozhodnutím provedl co nejjednodušší adaptaci rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0097/2022/VZ, č. j. ÚOHS-18131/2022/500 ze dne 30. 5. 2022 (dále též jen „**rozhodnutí S0097/2022/VZ**“ nebo „**související rozhodnutí Úřadu**“), vydaného ve věci přezkoumání úkonů zadavatele na podobnou veřejnou zakázku s názvem „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vvn, rozvodny vnn a transformovny vvn/vn“ (dále jen „**související veřejná zakázka**“), aniž by dostatečně zohlednil významné skutkové rozdíly v obou případech.

Závěr rozkladu

27. Navrhovatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

28. Zadavatel se k podanému rozkladu zadavatele vyjádřil přípisem ze dne 27. 7. 2022 (dále jen „**vyjádření k rozkladu**“). V označeném vyjádření zadavatel uvedl, že považuje rozkladovou argumentaci navrhovatele za nekonkrétní, vystavěnou toliko na spekulacích, že by zadavatel mohl v e-aukcích zneužívat své smluvní postavení a manipulovat se vstupními podklady ke škodě dodavatelů. Takovou argumentaci má zadavatel ve vztahu k posouzení zákonnosti napadeného rozhodnutí za obecně nepřipustnou a vyjadřuje se též k její věcné nedůvodnosti. Závěrem zadavatel navrhuje předsedovi Úřadu, aby rozklad navrhovatele zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

29. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
31. Úřad tím, že rozhodl ve výrocích I-V napadeného rozhodnutí tak, jak rozhodl, nepostupoval správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání
K nezákonnosti způsobu stanovení nabídkové ceny

32. Stěžejní část rozkladové argumentace navrhovatele představuje tvrzení, že způsob stanovení nabídkové ceny v ZD je netransparentní, a tedy v rozporu s § 6 a § 36 odst. 3 zákona, neboť zadávací podmínky neurčují žádná konkrétní pravidla, podle jakých bude vymezena cenová základna (ZCN a CRC), na kterou mají být navázány cenové nabídky dodavatelů. V kombinaci s nepřiměřeně nízkou nastavenými cenovými stropy pak dodavatelé zjednodušeně řečeno nemají dostatečnou jistotu o tom, zda bude jejich nabídková cena reálná ve vztahu k plnění soutěženému v navazujících e-aukcích.
33. V návaznosti na přezkoumání napadeného rozhodnutí konstatuji, že jsem rozkladovou argumentaci navrhovatele shledal důvodnou, k čemuž dále sděluji své stanovisko.
34. Předně poukazuji, že Úřad obdobný způsob stanovení nabídkové ceny spočívající v kombinaci stanovení nabídkové ceny jako procentní sazby z cenové základny v kombinaci s cenovými stropy při uzavírání rámcové dohody již přezkoumával, načež po zohlednění všech relevantních okolností dospěl v souvisejícím rozhodnutí Úřadu k závěru, že takto formulovaný způsob stanovení nabídkové ceny nelze v konkrétním případě hodnotit jako nezákonný.
35. Rozhodnutí S0097/2022/VZ bylo v řízení o rozkladu potvrzeno rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0078/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25258/2022/161 ze dne 23. 8. 2022 (dále též jen „**rozhodnutí R0078/2022/VZ**“ nebo „**související rozhodnutí předsedy Úřadu**“). Označená související rozhodnutí S0097/2022/VZ a R0078/2022/VZ jsou pravomocná. Závěry souvisejícího rozhodnutí předsedy Úřadu jsou přiměřeně aplikovatelné i v nyní řešené věci a nemám důvodu na nich ničeho měnit.
36. Ztotožnil jsem se však s námitkou navrhovatele, že nyní řešená věc vykazuje oproti související veřejné zakázce též **významné skutkové rozdíly**, které Úřad dostatečně nezohlednil, jakkoliv musí tyto rozdíly s přihlédnutím ke všem okolnostem **vést k odlišnému právnímu posouzení věci**.
37. V souvisejícím rozhodnutí R0078/2022/VZ jsem poukázal, že zadavatel má při stanovení zadávacích podmínek relativně široký prostor pro legitimní úvahu nejen o tom, jaké plnění bude v rámci veřejné zakázky požadovat, nýbrž též o tom, jaký postup pro výběr dodavatele zvolí. Úloha Úřadu následně nespočívá ve zkoumání správnosti či vhodnosti zvoleného postupu, nýbrž toliko v přezkoumání toho, zda zadavatel nevybočil ze zákonem stanovených mezí. Stejně tak Úřad nehodnotí a nenapravuje vyváženost smluvního vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, nedosáhnou-li smluvní podmínky zjevného excesu, který by měl za následek porušení některé ze zásad dle § 6 zákona.
38. Navrhovatel v rozkladu napadá jak vymezení cenové základny, které má za netransparentní, a vyšší cenových stropů, kterou má za nepřiměřeně nízkou, tak vzájemnou kombinaci těchto prvků, která mu dle jeho názoru neumožňuje kvalifikovanou účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
39. **Cenovou základnu** (ZCN a CRC), která má reflektovat budoucí rozpočtové náklady projektovaných staveb, definoval zadavatel v zadávacích podmínkách toliko ve výkladu užitých pojmů v bodě 3.5 rámcové dohody (srov. body 6 a 7 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z označených výkladových ustanovení vyplývá, že základ pro výpočet cenové základny (jakožto

výchozí hodnoty pro stanovení maximální nabídkové ceny v e-aukcích) představují reálné rozpočtové náklady stavby odpovídající průměrným cenám získaným zadavatelem na základě uskutečněných zadávacích řízení.

40. Vymezení cenové základny v rámcové dohodě tedy zakládá důvodný předpoklad, že cenová základna bude vycházet z objektivních (aproximativních) hodnot v závislosti na aktuálních (reálně vysoutěžených) cenách.
41. V této souvislosti sděluji, že mám za irelevantní námitky navrhovatele, že se zadavatel snaží zadávacími podmínkami odradit dodavatele od podání nabídek, aby mohl následně zadávat předmět plnění veřejné zakázky svévolně mimo rámcovou dohodu (srov. bod 13 rozkladu). Zadavatel není k uzavírání rámcové dohody v nyní řešeném zadávacím řízení nijak nucen, načež jako jediný legitimní (racionální) účel přezkoumávaného zadávacího řízení se jeví získání dodavatele poptávaného plnění za limitovaných cenových podmínek u typizovaného díla. Případný nízký počet účastníků rámcové dohody, mající za následek nižší úroveň cenové konkurence v e-aukcích nebo neúspěch dílčích e-aukcí v důsledku neakceptovatelných cenových podmínek (navrhovatelem tvrzených podnákladových cen) proto představují riziko zadavatele, který bude muset následně zaplatit za dílo vyšší cenu, než by bylo nezbytně nutné, nebo zadat plnění jiným způsobem.
42. Při jakémkoliv jiném zadání veřejné zakázky pak zadavatel rovněž musí postupovat v souladu se zákonem, a to i s ohledem na rozhodovací praxi Úřadu týkající se možnosti dělení veřejných zakázek.
43. Pro úplnost podotýkám, že ani případná skutečnost, že zadavatel v e-aukci neobdrží žádné nabídky, nezakládá bez dalšího oprávnění zadat odpovídající dílo (konkrétnímu dodavateli za vyšší cenu) v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 1 písm. a) zákona. Jednací řízení bez uveřejnění lze totiž z označeného zákonného důvodu použít toliko v případě, jsou-li důvody nepodání nabídek objektivní a nezávislé na vůli zadavatele (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 203/2020-168 ze dne 30. 3. 2022, body 32-34). Za takový případ pak nelze z povahy věci považovat situaci, v níž zadavatel neobdrží ve vazbě na konkrétní plnění v e-aukci žádné nabídky v důsledku stanovení neakceptovatelných podmínek (například navrhovatelem tvrzených nepřiměřeně nízko nastavených cenových stropů či podhodnocené cenové základny).
44. Nelze však přehlížet skutečnost, že CRC a ZCN stanoví jednostranně zadavatel, který v tomto ohledu není jednoznačně vázán ani omezen, načež se konkrétní hodnoty cenové základny mohou v individuálních případech lišit, a to i v závislosti na subjektivní úvaze zadavatele, včetně možného podhodnocení cenové základny s dopadem na maximální nabídkové ceny v e-aukcích.
45. Způsob stanovení cenové základny při uzavírání rámcové dohody tedy vykazuje vysokou míru obecnosti a neurčitosti co do možnosti dodavatelů kvalifikovaně vyhodnotit reálnost a rentabilitu nabídkových cen (definovaných fakticky prostřednictvím cenových stropů) ve fázi uzavírání rámcové dohody. Za daných okolností tedy primárně nelze způsob určení cenové základny v zadávacích podmínkách hodnotit ani jako jednoznačný a srozumitelný, jak uvedl Úřad v bodě 100 odůvodnění napadeného rozhodnutí, ani jako velmi přesně definovaný, jak poukázal zadavatel v bodě 16 vyjádření k rozkladu. Uvedené konstatování však nutně souvisí se skutečností, že konkrétní parametry v budoucnu projektovaných staveb, stejně jako

příslušné aktuální ceny materiálů a souvisejících prací, nejsou v době uzavírání rámcové dohody známy, načež by se požadavek na konkrétnější způsob určení cenové základny mohl jevit jako obtížný a nepřiměřený.

46. V souvisejícím rozhodnutí R0078/2022/VZ jsem shledal obdobný způsob vymezení cenové základny s ohledem na okolnosti případu jako transparentní a dostatečný pro účast dodavatelů v zadávacím řízení a zpracování jejich nabídek. Jednu z **rozhodných okolností** v této věci však představovala skutečnost, že **žádná z e-aukcí nebyla povinná**, načež účastníci rámcové dohody mohli rentabilitu každé jednotlivé dílčí zakázky zhodnotit před konáním e-aukce. V případě, že by se ukázalo, že ceny (do značné míry rovněž definované zadavatelem prostřednictvím cenových stropů), k nimž se dodavatelé zavázali při uzavírání rámcové dohody, nejsou reálné či rentabilní, dodavatelé se nemuseli takové e-aukce účastnit. Současně měli všichni dodavatelé při uzavírání rámcové dohody i v navazujících e-aukcích stejné podmínky.
47. Způsob stanovení nabídkové ceny u související veřejné zakázky byl nastaven tak, že se dodavatelé uzavřením rámcové dohody sice předběžně zavázali k maximálním cenám, za tyto ceny však nebyli povinni plnit, pokud by cenu v e-aukci vyhodnotili ve vztahu ke konkrétnímu dílu jako nevýhodnou. Takto stanovené zadávací podmínky vedly k situaci, v níž bude zadavatel před každou jednotlivou e-aukcí formulovat cenové stropy, načež bude na zvážení každého z dodavatelů, zda nabídku do konkrétní e-aukce podá či nepodá. Tímto byla současně **vyvážena jistá neurčitost cenové základny**, vyplývající nejenom z prostoru pro libovůli zadavatele, nýbrž zejména z nedostatku informací o konkrétních parametrech a cenách projektovaných staveb ve fázi uzavírání rámcové dohody.
48. V související veřejné zakázce tedy nebyla účast v e-aukcích konstruována jako povinná. Každý z dodavatelů se mohl o své účasti v e-aukci (s vědomím své odpovídající maximální nabídkové ceny, k níž se zavázal již uzavřením rámcové dohody) svobodně rozhodnout až na základě poskytnutých konkrétních údajů o dílčí zakázce. Dodavatelé se uzavřením rámcové dohody na související veřejnou zakázku nezavazovali ani ke konkrétnímu plnění ani ke konkrétním cenám, načež přirozeným důsledkem takto nastavených zadávacích podmínek byl tlak na cenu na straně jedné a potenciální riziko nezadání dílčí zakázky jdoucí za zadavatelem na straně druhé.
49. Za těchto okolností jsem u související veřejné zakázky neshledal porušení § 6 a § 36 odst. 3 zákona ani ve způsobu vymezení cenové základny (s přirozenou mírou neurčitosti), ani v cenových stropích (či v jejich výši nabídnutých procentních sazeb), ani ve vzájemné kombinaci těchto prvků.
50. V nyní řešené věci však uvedená rozhodná okolnost, tj. že žádná z e-aukcí nebude povinná, potažmo, že dodavatelé nebudou v e-aukcích nuceni ke konkrétnímu plnění za neurčitě definovanou (potenciálně nerentabilní) cenu, **naplněna není**.
51. V bodě 7.3 rámcové dohody zadavatel stanovil, že účast dodavatelů v e-aukcích vztahujících se ke stavbám označeným jako investice vyvolaná (dále jen „**stavby IV**“) je povinná. Povinná účast byla současně limitovaná v závislosti na počtu účastníků rámcové dohody následujícím způsobem: „*Každý Zhotovitel má povinnost podat nabídku do každé x-té E-aukce na Stavbu IV, přičemž ,x‘ rovná se počet Zhotovitelů Smlouvy, a to v pořadí, že do první E-aukce na Stavbu IV je povinen se přihlásit Zhotovitel, který podal nejnížší nabídku dle této Smlouvy. Do druhé E-*

aukce na Stavbu IV je povinen se přihlásit druhý v pořadí atd., jakmile se tímto způsobem vystřídají všichni Zhotovitelé, dopadá povinnost účastnit se E-aukce na Stavbu IV opět na prvního v pořadí atd.“ Jak vyplývá ze zjištění Úřadu v bodech 111-112 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podíl povinných e-aukcí vztahujících se ke stavbám IV v odpovídající hodnotě činil v období 2018-2021 přibližně 14 %.

52. Skutečnost, že e-aukce na stavby IV byly povinné, hodnotím jako významnou skutkovou okolnost (odlišnou od věci posuzované v rozhodnutí R0078/2022/VZ), pro kterou je nutno postup zadavatele v nyní řešené věci posoudit jako **netransparentní**. Jak bylo vysvětleno již výše, způsob vymezení cenové základny ve spojení s cenovými stropy neposkytuje dodavatelům ve fázi uzavírání rámcové dohody dostatečnou jistotu o tom, že jejich maximální nabídkové ceny, k nimž se pod tlakem zadavatelem jednostranně stanovených zadávacích podmínek zavázali, budou ve fázi e-aukcí rentabilní.
53. Stanovení **cenových stropů** obecně nelze hodnotit jako nezákonné. Naopak se jedná o vhodný nástroj předcházení případným koluzním jednáním dodavatelů v situaci, kdy se reálná cena zahrnující též přiměřený zisk pohybuje pod hranicí (bez cenových stropů) obvykle poskytovaných cen. Cenové stropy jsou tedy způsobilé předcházet, nikoliv napomáhat koluznímu jednání dodavatelů, jak uvádí navrhovatel. V nyní řešené věci však cenové stropy představují **další rozhodnou okolnost** svědčící pro nezákonnost stanovení způsobu nabídkové ceny, neboť dodavatelé si fakticky zvýšené riziko plynoucí též z neurčitosti vymezení cenové základny nemohou promítnout do své nabídkové ceny (a tím se připravit na očekávatelné výkyvy v cenách a současně si ponechat rezervu pro cenovou soutěž v e-aukcích).
54. Neurčité vymezení cenové základny v kombinaci s cenovými stropy (které navrhovatel nadto hodnotí jako nepřiměřeně nízké) ve fázi uzavírání rámcové dohody proto nemůže být spojeno se závazkem dodavatele k podání nabídky. Jinými slovy nelze na základě obecně vymezených zadávacích podmínek ve fázi uzavírání rámcové dohody **nutit dodavatele k podání nabídky za cenu stanovenou zadavatelem až před konáním e-aukce**, která se může ukázat jako zcela nereálná, nezohledňující ani skutečné náklady dodavatele.
55. Takový postup zadavatele je ze strany dodavatele zjevně nekontrolovatelný, nepřehledný a nepředvídatelný, což má za následek porušení zásady transparentnosti dle § 6 zákona ve smyslu Úřadem citovaných rozsudků v bodě 95 odůvodnění napadeného rozhodnutí (rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012).
56. V uvedené souvislosti poukazují, že zásada presumpce poctivosti (zmiňovaná Úřadem v bodě 102 odůvodnění napadeného rozhodnutí) má nepochybně i v soukromoprávním vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem své místo. V intencích zásady transparentnosti by však měla být vyvážena kontrolovatelností postupu zadavatele a **zamezení jeho libovůli**.
57. V související veřejné zakázce byla možná libovůle zadavatele spočívající v manipulaci s výší cenové základny vyvážena rizikem neúspěšné e-aukce v důsledku neakceptovatelných podmínek a nutností zadat dílo jiným způsobem (a patrně s vyššími náklady), neboť e-aukce nebyly povinné. V nyní řešené věci však takový rovnovážný prvek u povinných e-aukcí absentuje, přestože lze souhlasit s navrhovatelem, že způsob vymezení cenové základny ve spojení s cenovými stropy umožňuje i podhodnocení nabídkové ceny, jejíž konkrétní výši

a rentabilitu dodavatelé ve fázi uzavírání rámcové dohody kvalifikovaně a závazně odhadnout nemohou. Jedná se tak též o nepřipustné přenášení rizika na dodavatele.

58. Pokud by se ukázala jako důvodná obava navrhovatele, že zadavatel bude stanovením ZCN v e-aukcích požadovat podnákladové ceny, přirozeným důsledkem takové situace (s přihlédnutím k racionálnímu jednání podnikatele) je, že nepovinné e-aukce budou neúspěšné a účastníci rámcové dohody budou plnit díla pouze v povinných e-aukcích (neboť nelze předjímat porušování rámcové dohody ze strany dodavatelů). Materiálním důsledkem takové situace pak bude, že dodavatel bez realizace jakéhokoliv zisku provede část plnění (odpovídající povinným e-aukcím) za podnákladovou cenu. Jakkoliv dle mého názoru nelze očekávat, že by taková situace nastala, zadávací podmínky (na jejichž základě nelze jednoznačně posoudit budoucí rentabilitu nabídkových cen) ji nepochybně umožňují, což mám za nepřiměřené přenášení rizika na dodavatele.
59. Za těchto okolností nehodnotím podíl povinných e-aukcí (v rozporu s názory Úřadu vyjádřenými v bodech 111-114 odůvodnění napadeného rozhodnutí) jako marginální, neboť se jedná o nezanedbatelný počet e-aukcí v nezanedbatelné hodnotě. Navíc nelze mít postaveno najisto, že bude realizováno 100 % nepovinných e-aukcí (viz předchozí odstavec tohoto rozhodnutí), podíl povinných e-aukcí na celku tak může být ve výsledku ještě vyšší.
60. Zadavatel ve vyjádření k rozkladu poukázal, že navrhovatel v návrhu žádnou výhradu proti povinným e-aukcím nevznesl, načež se z jeho strany jedná o nepřipustné rozšíření návrhu. K uvedenému tvrzení pro vyloučení pochybností sděluji, že Úřad je povinen v souladu s § 3 správního řádu zjistit zejména takový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, načež skutečnost, že zadavatel vyžadoval v některých e-aukcích povinnou účast, představuje významnou okolnost pro zjištění skutkového stavu věci. Úřad současně důvody tvrzeného porušení zákona není vázán. Zohlednění povinných e-aukcí jako skutečnosti významné pro posouzení věci mám proto za obecně přípustné.
61. K výše uvedenému shrnuji, že jsem způsob stanovení nabídkové ceny ve formě procentních sazeb shledal v kontextu dalších zadávacích podmínek, a to obecně vymezeného způsobu stanovení cenové základny, cenových stropů a zejména skutečnosti, že některé e-aukce budou povinné, **v rozporu se zásadou transparentnosti dle § 6 zákona** a neposkytující účastníkům rámcové dohody dostatečnou (nezbytnou) jistotu a kontrolu ve vztahu k dalšímu plnění.
62. V kontextu shora uvedeného je nutno dodat, že samotná povinná účast v dílčích e-aukcích nezpůsobuje sama o sobě nezákonnost zadávacích podmínek, obdobně lze nahlížet i na samotné zastropování nabídkových cen či stanovení způsobu výpočtu nabídkové ceny na základě ne zcela přesně předem stanovených kritérií. V daném případě je nutno zopakovat, že rozhodnutí o nezákonnosti zadávacích podmínek v posuzovaném případě bylo učiněno na základě posouzení všech uvedených okolností v jejich celkovém souhrnu.
63. Napadené rozhodnutí tedy spočívá na **nesprávném právním posouzení**, a to v intenzitě mající za následek jeho nezákonnost, načež jsem přistoupil k jeho zrušení.
- K zákonnosti výhrady změny smlouvy**
64. Předmětem přezkumu v napadeném rozhodnutí byla dále zákonnost výhrady změny smlouvy (v bodech 73-85 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Proti této části napadeného

rozhodnutí navrhovatel v rozkladu nic nenamítá, načež lze předpokládat, že se s uvedeným odůvodněním ztotožnil.

65. V intencích právní jistoty účastníků k označenému posouzení věci Úřadem doplňuji, že výhrada změny dodavatele byla stanovena především zcela transparentně, neboť nevyvolává pochybnosti ani o svém obsahu, ani o tom, co zadavatel zamýšlel jejím prostřednictvím projevit. Změna stavebního zákona, s potenciálním dopadem na obsah rámcové dohody, představuje v měnícím se právním řádu předvídatelnou skutečnost, se kterou musí smluvní strany počítat. Ze znění výhrady změny smlouvy jednoznačně vyplývá, že ke změně rámcové dohody dojde pouze v nezbytném rozsahu, vyžadovaném novou právní úpravou. Konkrétní podobu (případně) změny stavebního zákona současně nelze předvídat.
66. Lze pochybovat o tom, nakolik výhrada změny smlouvy s ohledem na míru konkrétnosti vymezení naplňuje požadavky ustanovení § 100 odst. 1 zákona. Lze však také pochybovat o tom, zda se o vyhrazenou změnu závazku ve smyslu § 100 odst. 1 zákona vůbec jedná, neboť zadavatel výhradou změny smlouvy toliko vyjadřuje svoji vůli řídit se platnými a účinnými právními předpisy, aniž by si tímto způsobem vytvářel prostor pro uplatnění jakékoliv svévole. Případná změna smlouvy by navíc musela projít testem dle § 222 zákona.
67. Ztotožňuji se proto zejména se závěrem Úřadu, vyjádřeným v bodě 127 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že výhrada změny smlouvy nebyla způsobilá odradit dodavatele od jejich účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť ne každá netransparentnost má nutně za následek nezákonnost zadávacího řízení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 113/2019-32 ze dne 25. 9. 2019, bod 20).
68. V tomto ohledu se jedná také o významný rozdíl oproti skutkové situaci řešené v Úřadem odkazovaném rozsudku. Odkazovaný rozsudek byl z procesních důvodů Nejvyšším správním soudem zrušen, načež toliko na jeho odůvodnění, proti kterému Úřad uplatnil v kasační stížnosti věcné námitky, nelze v tuto chvíli stavět závazné závěry Úřadu. Tím není dotčena možnost Úřadu činit si (obdobné) závěry vlastní.

K nezákonnosti napadeného rozhodnutí

69. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci. Podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, lze v řízení o rozkladu rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad v prvním stupni, zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků.
70. Podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
71. Výše jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení zákonnosti stanoveného způsobu nastavení nabídkové ceny v důsledku nezhlednění všech skutkových okolností dané věci. K právnímu posouzení této právní otázky jsem výše vyslovil závazný právní názor, jímž je Úřad při novém projednání věci vázán.

Napadené rozhodnutí je nezákonné, a to v intenzitě odůvodňující jeho zrušení, neboť zjištění učiněná Úřadem neodůvodňují závěry vyjádřené ve výrocích I-V napadeného rozhodnutí.

72. Současně jsem neshledal naplnění podmínek pro postup podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán, dojde-li k závěru, že je napadené rozhodnutí nesprávné nebo v rozporu s právními předpisy, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a správní řízení zastaví.

VI. Závěr

73. Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, a proto napadené rozhodnutí ruším ve všech jeho výrocích a věc vracím Úřadu k novému projednání, neboť uvedené vady napadeného rozhodnutí není možné zhojit jinak než vydáním nového rozhodnutí ve věci.
74. Předseda Úřadu při zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu zachování účelu správního řízení obvykle nařizuje předběžné opatření, kterým zadavateli uloží zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění dané veřejné zakázky. V tomto případě však bylo předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku zadavateli již uloženo rozhodnutím Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0673/2021/VZ, č. j. ÚOHS-05485/2022/500 ze dne 14. 2. 2022 a doposud nebylo zrušeno, čímž je účel správního řízení zajištěn.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží:

1. Mgr. Martin Kramář, LL.M., advokát, Křížovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1
2. ENPRO Energo s.r.o., Sokolská 137/45, 757 01 Valašské Meziříčí

Vypraveno dne

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