



UOHSX00GHJQQ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0112/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-29601/2022/161

Brno 30. 9. 2022

V řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 4. 8. 2022 navrhovatelem –

- **OSBAU s.r.o.**, IČO 02117436, sídlem Radvanická 2269, 735 41 Petřvald,
proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0230/2022/VZ, č. j. ÚOHS-24951/2022/500 ze dne 25. 7. 2022 vydanému ve správním řízení zahájeném dne 30. 5. 2022 na návrh navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Fakultní nemocnice Ostrava**, IČO 00843989, sídlem 17. listopadu 1790/5, 708 00 Ostrava – Poruba,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Snížení energetické náročnosti lůžkového bloku FN Ostrava – Rekonstrukce fasády a střechy**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 4. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 4. 2022 pod ev. č. Z2022-012897 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 4. 2022 pod ev. č. 2022/S 071-188127,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0230/2022/VZ, č. j. ÚOHS-24951/2022/500 ze dne 25. 7. 2022

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 30. 5. 2022 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – OSBAU s.r.o., IČO 02117436, sídlem Radvanická 2269, 735 41 Petřvald (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní nemocnice Ostrava, IČO 00843989, sídlem 17. listopadu 1790/5, 708 00 Ostrava – Poruba (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Snížení energetické náročnosti lůžkového bloku FN Ostrava – Rekonstrukce fasády a střechy“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 4. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 4. 2022 pod ev. č. Z2022-012897 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 4. 2022 pod ev. č. 2022/S 071-188127 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem 30. 5. 2021, kdy Úřad obdržel výše uvedený návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. Navrhovatel se v podaném návrhu vymezoval proti zadávacím podmínkám, které měly být zadavatelem stanoveny v rozporu se zákonem. Navrhovatel porušení zákona spatřuje zejména ve stanovení smluvní podmínky upravující termín realizace předmětu veřejné zakázky zadavatelem v příloze č. 2 zadávací dokumentace – „Návrhu smlouvy o dílo“ (dále jen „**smlouva o dílo**“). Zadavatel jako objednatel se ve smluvních podmínkách zavázal vyzvat zhotovitele k převzetí staveniště ve lhůtě 6 měsíců od podpisu smlouvy o dílo. Zhotovitel je pak povinen do 10 dnů od převzetí této výzvy převzít staveniště. Dle navrhovatele je takto stanovený termín převzetí staveniště, který je současně i termínem zahájení stavebních prací, stanoven neurčitě a excesivně nepřiměřeně, neboť nutí dodavatele, aby do své nabídkové ceny začlenili riziko, že výzva k převzetí staveniště může být vybranému dodavateli odeslána v horizontu až půl roku po uzavření smlouvy o dílo. Tím má být navrhovateli znemožněna příprava nabídky, neboť tento není schopen plánovat své kapacity, přičemž v časovém

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

horizontu 10 dní od obdržení výzvy nemusí být schopen adekvátně reagovat. S ohledem na současné poměry (navrhovatel poukazuje na vliv pandemie Covid-19 a konfliktu na Ukrajině), pak není dodavatel schopen zajistit v nabídnutých cenách materiál a subdodavatelské plnění, neboť žádný z jeho smluvních partnerů není ochoten fixovat své ceny. Dodavatel pak v takové situaci není schopen garantovat dostupnost materiálů a subdodavatelských plnění. Dále navrhovatel poukazuje na to, že vzhledem k takto neurčitě stanovenému okamžiku počátku realizace díla, není schopen předvídat, v jakém roční období k plnění dojde. Díky tomuto nemá být zadavatel schopný stanovit náklady díla, jeho samotnou realizovatelnost v požadovaném termínu a rovněž není schopen zpracovat harmonogram prací, jehož předložení zadavatel požaduje před podpisem smlouvy o dílo.

4. Navrhovatel poukazoval na rozhodovací praxi Úřadu, podle které má zadavatel povinnost poskytnout účastníkům zadávacího řízení zadávací podmínky v takových podrobnostech, aby dodavatelé mohli srovnatelně ocenit předmět zakázky, tj. tak, aby všichni účastníci oceňovali stejný objem prací a dodávek prováděný ve stejném časovém horizontu. Zároveň navrhovatel odkazoval na rozhodovací praxi Úřadu, podle které nesmí být obchodní podmínky stanoveny excesivně, když takové smluvní podmínky představují pro dodavatele nepřijatelně vysoké ekonomické riziko, že potenciální dodavatelé, jinak způsobilí pro plnění veřejné zakázky, na účast v zadávacím řízení rezignují, a u těch, kteří nabídku podají, lze očekávat, že vzájemně neporovnatelně zohlední nepřiměřené riziko v nabídkové ceně. Právě zadavatelem formulované smluvní ujednání považuje navrhovatel za excesivní, přičemž má odrazovat dodavatele od podání nabídky a neodůvodněně vytvářet překážky hospodářské soutěže, čímž dochází k porušení zásad přiměřenosti, transparentnosti a ustanovení § 36 odst. 1 a 3 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 25. 7. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0230/2022/VZ, č. j. ÚOHS-24951/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad zamítl návrh navrhovatele, neboť neshledal důvod pro uložení nápravného opatření.
6. Napadené rozhodnutí Úřad odůvodnil následovně. Úřad předně poukázal na to, že námitky navrhovatele směřují proti smluvním podmínkám, které zadavatel vymezil v Návrhu smlouvy o dílo. Úřad z judikatury a vlastní rozhodovací praxe dovodil, že do jeho kompetence spadá posouzení pouze toho, zda obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některé ze základních zásad zadávacího řízení vymezených v § 6 zákona.
7. Ohledně navrhovatelem namítané netransparentnosti smluvní podmínky Úřad poukázal na to, že zadavatel je povinen stanovit zadávací podmínky dostatečně úplně a srozumitelně. V daném případě dle Úřadu zadavatel tuto podmínku naplnil, když smluvní podmínku (konkrétně lhůtu, ve které má dodavatel převzít na výzvu zadavatele staveniště a zahájit plnění předmětu veřejné zakázky) definoval dostatečně jasně a všichni potenciální dodavatelé s ní byli seznámeni. Otázku přiměřenosti smluvní podmínky spočívající v tom, že vybraný dodavatel je povinen převzít staveniště do 10 kalendářních dnů od převzetí písemné výzvy zadavatele, kterou obdrží ve lhůtě 6 měsíců od uzavření smlouvy o dílo, pak Úřad posoudil ve světle vlastní rozhodovací praxe, kdy Úřad obdobnou smluvní podmínku nepovažoval za nijak problematickou. Úřad sice připustil specifika současné situace, kdy je trh se stavebními

materiály ovlivněn faktory, na které navrhovatel poukazuje (pandemie Covid-19, válka na Ukrajině), nicméně závěry dřívější rozhodovací praxe považuje Úřad i v takovéto situaci za aplikovatelné.

8. Pokud navrhovatel namítá, že vzhledem k neurčitosti smluvní podmínky není schopen plánovat užití svých kapacit pro případnou realizaci veřejné zakázky, pak Úřad uvádí, že tyto skutečnosti představují podnikatelské riziko, přičemž je na zadavateli, který je odborníkem v dané oblasti, zda si toto riziko vyhodnotí jako akceptovatelné, případně je promítne do své nabídkové ceny.
9. Úřad rovněž odmítl námitku navrhovatele, že dodavatelé nemají naprosto žádnou možnost předvídat, v jakém období roku bude plnění zahájeno, což ovlivňuje nákladovost veřejné zakázky, schopnost vybraného dodavatele dodržet předložený harmonogram plnění, resp. to, zda je vůbec veřejná zakázka v požadovaném termínu realizovatelná. Dle Úřadu je to právě vybraný dodavatel, kdo bude zpracovávat harmonogram, podle kterého bude probíhat plnění veřejné zakázky, a tak musí relevantní skutečnosti ve vypracovaném harmonogramu reflektovat. Ohledně námitky navrhovatele, že zadavatel nestanovil objektivní mechanismus navyšování cen díla s ohledem na potenciální posun okamžiku zahájení plnění, pak Úřad uvedl, že jakkoliv může být takovýto mechanismus vhodný, tak není povinností zadavatele, aby jej stanovil, a jde pouze o jeho obchodní rozhodnutí a tento postup není možné považovat za rozporný se zákonem. Závěrem pak Úřad shrnul důvody pro zamítnutí navrhovatelova návrhu tak, že zadavatelem stanovené smluvní podmínky není možné považovat za zjevně excesivní. Zda budou dodavatelé takto nastavené obchodní podmínky a rizika, která nesou, akceptovat, je pak jejich obchodním rozhodnutím.

III. Rozklad navrhovatele

10. Dne 4. 8. 2022 obdržel Úřad rozklad navrhovatele ze dne 3. 8. 2022 proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 25. 7. 2022. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě. Dne 9. 8. 2022 Úřad obdržel podání navrhovatele z téhož dne, kterým navrhovatel doplnil rozklad co do jeho odůvodnění.

Námítky rozkladu

11. V podaném rozkladu navrhovatel především odkazuje na argumentaci, kterou uvedl již ve svém návrhu. Navrhovatel nepovažuje závěry dřívější rozhodovací praxe Úřadu za aplikovatelné v současné situaci, kdy je trh se stavebními materiály ovlivněn celosvětovou pandemií Covid-19 a válkou na Ukrajině, a nelze tak předvídat cenu materiálů a služeb. S přihlédnutím k těmto faktorům je dle navrhovatele nutno posuzovat i přiměřenost smluvních podmínek. Navrhovatel poukazuje na to, že riziko související s nutností zajistit materiál a pracovníky nutné pro plnění veřejné zakázky, k jejímuž zahájení může dojít kdykoliv v 6 měsíčním období od podpisu smlouvy o dílo, leží zcela na vybraném dodavateli, přičemž tomu ze znění obchodních podmínek explicitně nevyplývá nárok na náhradu škody v případě, že ve stanovené lhůtě nebude zadavatelem vyzván k převzetí staveniště a dojde tak ke zmaření plnění veřejné zakázky. Zároveň poukazuje na to, že jakkoliv smluvní podmínky umožňují odlišné ujednání smluvních stran ohledně lhůty pro převzetí staveniště, tak na takový postup nemá vybraný dodavatel jakýkoliv právní nárok.

12. Navrhovatel dále poukazuje na povinnost vybraného dodavatele zpracovat harmonogram výstavby a tento předložit zadavateli před podpisem smlouvy o dílo. Podle navrhovatele vybraný dodavatel nemá s ohledem šestiměsíční období k učinění výzvy k předání a převzetí staveniště v okamžiku tvorby daného harmonogramu objektivně naprosto žádnou možnost předvídat, v jakém období roku bude plnění zahájeno, a není tedy schopen etapy výstavby a jednotlivé milníky naplánovat tak, aby mohl do budoucna garantovat řádné plnění harmonogramu. Předložení harmonogramu zadavateli (pokud jím chtěl zadavatel disponovat) tak dle navrhovatele nemělo být vázáno na okamžik podpisu smlouvy o dílo, ale až na okamžik předání staveniště. Podmínka předložení harmonogramu výstavby při podpisu smlouvy o dílo je tak dle navrhovatele podmínkou nacházející se dalece za hranicí přiměřenosti, která nikoli zanedbatelným způsobem komplikuje plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatelem stanovené smluvní podmínky mají být ve výsledku dle navrhovatele v kontextu současné situace na trhu stavebních prací natolik excesivní, že mají potenciál odradit relevantní dodavatele od účasti v zadávacím řízení na zadání zakázky a omezit tak hospodářskou soutěž.

Závěr rozkladu

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

IV. Řízení o rozkladu

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

Vyjádření zadavatele k rozkladu

15. Zadavatel se k podanému rozkladu vyjádřil ve svém podání ze dne 12. 8. 2022. Ve svém vyjádření zadavatel poukazuje na to, že navrhovatel v podaném návrhu neuvádí žádné nové skutečnosti nad rámec návrhu a vzhledem k tomu v plném rozsahu odkazuje na své dřívější vyjádření k návrhu na zahájení správního řízení.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. 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 byl přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i jeho správnost, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
17. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zadavatele zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K námitkám rozkladu

18. Námitky navrhovatele cílí především na smluvní podmínky stanovené zadavatelem ve smlouvě o dílo. K tomuto je nutno poznamenat, že možnost Úřadu vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám, stanovených zadavatelem není zcela vyloučena, ale je do značné míry omezena. K otázce přezkumu smluvních podmínek Úřadem se opakovaně

vyjádřily ve své rozhodovací praxi soudy. Zde lze odkázat na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, ve kterém je uvedeno „...že, není úkolem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek.“ Byť se citovaný rozsudek týkal předchozí právní úpravy, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jsou závěry v něm vyjádřené plně aplikovatelné i na současnou právní úpravu, tj. na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZVZ**“), neboť pravomoc Úřadu se v této oblasti nijak nezměnila (k tomu viz § 112 odst. 1 písm. b) ZVZ).

19. Ze shora citovaného rozsudku vyplývá, že do kompetence Úřadu spadá posouzení toho, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 zákona. Jinak řečeno, jestliže konkrétní soukromoprávní podmínka vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný exces, jenž by atakoval faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky, a současně taková podmínka ani není pravidlem pro posuzování kvalifikace či pro hodnocení nabídek, pak Úřad není příslušný k posuzování její vhodnosti či přiměřenosti. Nad rámec uvedeného lze ohledně kompetence Úřadu k přezkumu smluvních podmínek odkázat na body 59 až 64 napadeného rozhodnutí, ve kterých se s touto otázkou Úřad rozsáhle vypořádal.
20. Právě posouzení toho, zda je zadavatelem stanovená smluvní podmínka nepřiměřená, respektive zjevně excesivní, představuje spornou otázku v řešené věci.
21. Zde je na místě poznamenat, že v návrhu uvedené námitky navrhovatele se netýkají pouze smluvních podmínek stanovených zadavatelem ve smlouvě o dílo, ale i povinností vybraného dodavatele předložit před podpisem smlouvy o dílo plán organizace výstavby a podrobný harmonogram prací. Splnění této povinnosti představuje podmínku pro uzavření smlouvy podle § 104 zákona, přičemž je tato povinnost upravena v čl. 9.2. zadávací dokumentace. To, že tento požadavek navrhovatel považuje za mimořádně problematický, pak zdůrazňuje v podaném rozkladu. Předmětem přezkumu ze strany Úřadu tak v řešené věci nejsou výlučně smluvní podmínky (pro úplnost je zde třeba uvést, že povinnost předat zadavateli plán výstavby a harmonogram prací je nad rámec výše uvedeného upravena i v čl. IX. odst. 1 smlouvy o dílo).
22. Navrhovatel považuje za nepřiměřenou a excesivní smluvní podmínku uvedenou v čl. III „Termín plnění“ smlouvy o dílo, která upravuje převzetí staveniště zhotovitelem, (a zároveň okamžik zahájení realizace předmětu veřejné zakázky). Toto zadavatel v návrhu smlouvy o dílo upravil tak, že k předání a převzetí staveniště má dojít do 10 dnů od převzetí písemné výzvy zhotovitelem (pokud se smluvní strany nedohodnou jinak). Plnění předmětu veřejné zakázky pak má být zahájeno bezprostředně po převzetí staveniště zhotovitelem. Objednatel (tj. zadavatel) se přitom zavazuje zhotovitele vyzvat k převzetí staveniště v období do 6 měsíců od podpisu smlouvy o dílo.
23. K otázce přiměřenosti uvedené smluvní podmínky je třeba především poukázat na to, že otázka neurčitého vymezení okamžiku převzetí staveniště byla již řešena v rámci

rozhodovací praxe Úřadu. V rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0006/2020/VZ, č. j. ÚOHS-05497/2020/531/MHo ze dne 18. 2. 2020 (na které odkazuje i Úřad v napadeném rozhodnutí) Úřad uvedl, že „ačkoliv se mu jako vhodnější jeví vázat zaslání výzvy k předání a převzetí staveniště k určitému okamžiku od uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nemá Úřad za to, že by nastavení termínu předání staveniště v té podobě, v jaké zadavatel v šetřeném případě učinil, tj. převzetí staveniště vybraným dodavatelem nejpozději do 5 dnů od doručení výzvy ze strany zadavatele, představovalo natolik excesivní smluvní (obchodní) podmínku, aby ji bylo lze hodnotit jako rozpornou se zákonem.“ Úřad v citovaném rozhodnutí nepovažoval za rozporný se zákonem postup zadavatele, který nestanovil pevně termín pro předání a převzetí staveniště, ale navázal jej na doručení výzvy vybranému dodavateli, přičemž současně ani neurčil fixně časové období, v němž výzvu vybranému dodavateli doručí. Úřad v citovaném rozhodnutí považoval za dostatečné to, že zadavatel stanovil pouze předpokládaný termín pro předání a převzetí staveniště. S tímto závěrem se pak ztotožnil i předseda Úřadu, který v rozhodnutí ÚOHS-R0038/2020/VZ, č. j. ÚOHS-14102/2020/322/DJa ze dne 13. 5. 2020 uvedl: „Rovněž tato smluvní podmínka nepůsobí vůči všem potenciálním dodavatelům diskriminačně, neboť všichni potenciální dodavatelé jsou s ní seznámeni již od počátku zadávacího řízení. Je pak na zvážení jednotlivých dodavatelů, zda takovou smluvní podmínku budou akceptovat, či nikoli, a zda podají nabídku. Všichni potenciální dodavatelé byli tudíž srozuměni s tím, že pokud mají zájem veřejnou zakázku v praxi realizovat, a tím generovat zisk, musí být připraveni započít s její realizací do 5 dnů ode dne, kdy od zadavatele obdrží výzvu k převzetí staveniště, přičemž měli současně informaci o tom, že zadavatel počítá s tímto předáním staveniště v dubnu roku 2020. (...) Podnikatelské riziko spočívající v tom, že dodavatelé neznají přesný termín předání stanoviště, a tudíž musí mít připraveny veškeré kapacity k náležitému zajištění stanoviště, nedosahuje takové intenzity, že by potenciální dodavatelé nepodali nabídku. Spolu s další informací ohledně předpokládaného termínu „(...)04/2020“ měli tak potenciální dodavatelé představu, kdy nejdříve dojde k zahájení plnění veřejné zakázky. Lze říct, že tato smluvní podmínka neporušovala zásady dle § 6 zákona a ani není excesivní či nepřiměřená v duchu rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013.“ Rozsudek, na který citované rozhodnutí předsedy Úřadu odkazuje, pak byl potvrzen rozsudkem NSS č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, který je citován v bodě 19 tohoto rozhodnutí. Citované rozhodnutí předsedy Úřadu je tak v souladu se závěry judikatury NSS ohledně přezkumu smluvních podmínek Úřadem.

24. Navrhovatel se v podaném rozkladu nevymezuje proti samotným závěrům výše uvedených rozhodnutí (respektive proti závěrům rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0006/2020/VZ, když na výše uvedené rozhodnutí předsedy Úřadu napadené rozhodnutí neodkazuje), ale pouze proti jejich aplikaci v dané věci, což odůvodňuje specifiky současné situace na trhu se stavebním materiálem ovlivněné pandemií Covid-19 a válkou na Ukrajině. Ceny stavebních materiálů jsou dle zadavatele mimořádně proměnlivé z týdne na týden a jakákoliv nejistota ohledně termínu plnění mimořádně zvyšuje riziko na straně dodavatelů.
25. K tvrzení navrhovatele je nutno uvést, že jak vyplývá z výše citované judikatury, působnost Úřadu co do přezkumu smluvních podmínek je omezená, přičemž pro to, aby byla smluvní podmínka v rozporu se zákonem, je nutné, aby byla „zjevně excesivní“. Z tohoto požadavku vyplývá nutnost přistupovat k hodnocení smluvních podmínek, respektive jejich namítané

nezákonnosti, značně restriktivně. To, že by se v daném případě Úřad musel odchýlit od své dosavadní rozhodovací praxe, pak je ještě dalším důvodem pro restriktivní posouzení případné nezákonnosti smluvní podmínky v řešené věci. Jakkoliv současná situace na trhu může mít negativní vliv na dodavatele a možnosti jeho dlouhodobého plánování (což připouští i Úřad v bodě 91 napadeného rozhodnutí), tak s ohledem na intenzitu excesu, jaké musí být podle citované judikatury u smluvní podmínky dosaženo, není možné, aby pouhé poukázání na tuto situaci v řešené věci vyvrátilo ustálenou rozhodovací praxi Úřadu.

26. Pokud navrhovatel poukazuje na proměnlivé ceny stavebních materiálů a prací v časovém horizontu až 6 měsíců, je třeba vzít v potaz to, že termín pro dokončení díla podle čl. III smlouvy o dílo činí až 16 měsíců od předání staveniště. I pokud by zadavatel stanovil konkrétní termín pro převzetí staveniště, tak časový úsek, ve kterém bude předmět veřejné zakázky realizován (byť může být kratší než maximálních 16 měsíců), je natolik rozsáhlý, že by si i tak vyžadoval na straně dodavatele nutnost zvážit možný vývoj cen v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky.
27. Zároveň je nutno poukázat na tu skutečnost, že navrhovatel (stejně jako další relevantní dodavatelé) je profesionálním podnikajícím subjektem, který zvažuje ze své strany zcela dobrovolný vstup do závazkového vztahu. Je tak na navrhovateli, aby vyhodnotil pro své podnikání relevantní faktory a na jejich základě učinil obchodní rozhodnutí o tom, zda má zájem o veřejnou zakázku, a případné rizikové faktory promítl např. do nabídkové ceny. Jakkoliv navrhovatel tvrdí, že stanovení smluvních podmínek mohlo odradit řadu dodavatelů od účasti v zadávacím řízení, tak faktem je, že v zadávacím řízení obdržel zadavatel celkem tři nabídky. Na relevantním trhu tak zjevně působí dodavatelé, kteří zadavatelem stanovené podmínky považují za akceptovatelné.
28. Nejistotu ohledně termínu realizace veřejné zakázky a související rizika pak má podle navrhovatele zvyšovat ta skutečnost, že ze znění smlouvy o dílo explicitně nevyplývá nárok navrhovatele na náhradu škody v případě, že ve stanovené lhůtě nebude zadavatelem vyzván k převzetí staveniště a dojde tak ke zmaření plnění veřejné zakázky. Navrhovatel přitom pomíjí, že je to právě sám zadavatel, kdo má z logiky věci sám největší zájem na úspěšné realizaci veřejné zakázky. Nelze se tak domnívat, že by zadavatel postupoval tak, aby plnění veřejné zakázky záměrně zmařil. Zde je třeba poznamenat, že veřejná zakázka má být zčásti financována prostřednictvím dotace z finančních prostředků Evropské unie. Zadavatel by se tak (nad rámec samotné skutečnosti, že by předmět veřejné zakázky nebyl realizován) vystavoval dalším možným negativním dopadům, jakým může být např. krácení poskytnuté dotace. Zároveň zadavatel již před zahájením zadávacího řízení vynaložil náklady na zpracování projektové dokumentace, která je součástí zadávací dokumentace, tj. i tyto zadavatelem vynaložené prostředky by byly promarněny. Vzhledem k uvedenému, stejně jako s ohledem na obecnou zásadu presumpce poctivosti podle § 7 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, není možné přistupovat k zadávacímu řízení *a priori* s tou úvahou, že by zadavatel v budoucnosti mohl zmařit plnění veřejné zakázky. Období 6 měsíců, ve kterém může být dodavatel vyzván k převzetí staveniště, bezpochyby nese pro dodavatele určitá rizika a komplikace. Nicméně je třeba poukázat na to, že nejistota ohledně možného termínu předání panuje i na straně zadavatele. Ten je vzhledem ke specifickému předmětu veřejné zakázky, kdy mají stavební práce být realizovány na lůžkovém pavilonu nemocnice při zachování jeho provozu, nucen učinit řadu přípravných

opatření, u nichž nelze termín jejich realizace zřejmě zcela předvídat. Zadavatel zároveň z principu není schopen předvídat, v jakém časovém termínu bude ukončeno zadávací řízení (tj. dojde k podpisu smlouvy o dílo) a on sám bude mít představu o možnosti zahájit realizaci předmětu veřejné zakázky. Je tak pochopitelné, že si zadavatel pro předání staveniště vyhradil delší časový úsek.

29. Ve stejné perspektivě je nutno posuzovat smluvní podmínku, podle které má k předání staveniště dojít „do 10 kalendářních dnů od převzetí písemné výzvy objednatele (**pokud se smluvní strany nedohodnou jinak**)²“. Je třeba dát navrhovateli za pravdu v tom, že na stanovení odlišné lhůty pro převzetí staveniště nemá jakýkoliv nárok, nicméně ze samotné formulace je zjevné, že zadavatel takovouto možnost přinejmenším připouští jako možnou. Vzhledem k tomu, že je to především zadavatel, kdo má zájem na úspěšném provedení stavebních prací, lze předpokládat, že z jeho strany bude poskytnuta součinnost nutná právě k provedení stavebních prací. Zde je třeba přihlídnout i k tomu, že stavební práce budou realizovány v rámci nemocničního areálu, a to za jeho provozu. Scénář, kdy zadavatel bude dodavatele „nutit“ k převzetí staveniště a zahájení prací např. v situaci, kdy dodavatel nemá bezprostředně k dispozici kapacity k jejich realizaci, je tak přinejmenším málo pravděpodobný. Rovněž je třeba poznamenat, že právě stanovením (alespoň částečně) pevného časového úseku, ve kterém má dojít k převzetí staveniště, zadavatel přispívá k určité jistotě na straně dodavatele.
30. Pokud jde o tvrzení navrhovatele, že ze znění smlouvy o dílo explicitně nevyplývá nárok na náhradu škody v případě, kdy dojde ke zmaření plnění veřejné zakázky, pak je třeba uvést, že navrhovateli v takovém případě nic nebrání domáhat se náhrady případně vzniklé škody v občanskoprávním řízení, když smlouva o dílo uzavřená mezi vybraným dodavatelem jako zhotovitelem a zadavatelem jako objednatelem zakládá občanskoprávní smluvní vztah.
31. Z hlediska toho, zda lze uvedenou smluvní podmínku považovat za zjevně excesivní, je třeba věnovat pozornost i tomu, v jakém vztahu je tato podmínka k předmětu veřejné zakázky a potřebám zadavatele. Předmětem veřejné zakázky jsou stavební práce prováděné na lůžkovém bloku zadavatele, přičemž, jak uvádí čl. 7.5. zadávací dokumentace „*Dílo bude prováděno za provozu, uzavřena budou dotčená oddělení jen v době provádění bourání balkonů a výměny oken. V každém patře jsou jiná zdravotní oddělení, tzn. bude třeba postupovat po patrech, resp. po jednotlivých odděleních. Zároveň je třeba minimalizovat pohyb pracovníků dodavatele v interiéru...*“. Je tedy zjevné, že v období předcházejícím uskutečňování stavebních prací (stejně tak v jejich průběhu), bude zadavatel nucen uskutečnit řadu opatření (např. stěhování pacientů, uzavírání jednotlivých oddělení), která zajistí provoz lůžkového bloku a v něm poskytovaných zdravotnických služeb. Zadavatel tak má pro stanovení smluvní podmínky zcela racionální důvod, když si zajišťuje časový úsek, ve kterém může realizovat nezbytné kroky pro zajištění provozu v průběhu stavebních prací. Zde je třeba poznamenat, že zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci podmínku technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, přičemž mimo jiné požadoval předložení minimálně dvou referenčních zakázek na stavební práce, jejichž předmětem byla rekonstrukce budov pro zdravotnictví při zachování jejich provozu, a to při minimální hodnotě každé zakázky ve výši 100 000 000 Kč bez DPH. Okruh potencionálních dodavatelů tedy sestával ze subjektů,

² Zvýrazněno předsedou Úřadu.

kteří mají zkušenosti s realizací obdobných zakázek, a lze u nich předpokládat, že na základě informací uvedených v zadávací dokumentaci si jsou vědomi specifik, která přináší realizace stavebních prací na nemocničním areálu při zachování jeho provozu.

32. S ohledem na výše uvedené se lze ztotožnit se závěrem, ke kterému dospěl Úřad v napadeném rozhodnutí, že zadávací podmínka týkající se stanovení termínu předání a převzetí staveniště nelze považovat za nepřiměřenou, resp. excesivní v tom smyslu, že by dodavatelům reálně bránila v účasti v zadávacím řízení.
33. S ohledem na neurčitě stanovený termín zahájení realizace předmětu veřejné zakázky považuje navrhovatel za zjevně nepřiměřený a komplikující samotnou realizaci veřejné zakázky požadavek zadavatele, aby vybraný dodavatel předložil před podpisem smlouvy o dílo plán organizace výstavby a podrobný harmonogram prací. Navrhovatel poukazuje na to, že harmonogram není schopen zpracovat, když mu není znám termín předání staveniště a nemůže tak např. reflektovat klimatické podmínky, ve kterých bude realizace předmětu veřejné zakázky zahájena.
34. V hodnocení tohoto požadavku lze akceptovat námitku, že na průběh realizace předmětu veřejné zakázky, tj. provedení stavebních prací, může mít vliv to, zda tyto budou prováděny např. v zimě či v létě. Nicméně zároveň je třeba přihlídnout k tomu, že zadavatel tento požadavek odůvodnil s ohledem na předmět veřejné zakázky a z něj vyplývající specifické potřeby. Předmětem veřejné zakázky jsou stavební práce prováděné na lůžkovém bloku, a to za jeho provozu. Zahájení předmětných stavebních prací musí být koordinováno s možnostmi zadavatele uzavírat a stěhovat jednotlivá oddělení, která jsou provozována v objektu lůžkového bloku. Lze předpokládat, že tato opatření bude nutno ze strany zadavatele organizačně připravit již v období, které bude předcházet zahájení stavebních prací.
35. Zároveň je třeba přihlídnout k požadavkům, které zadavatel klade na obsah plánu organizace výstavby a harmonogramu plnění prací v čl. 9.2. zadávací dokumentace, kde je pro jednotlivé stavební procesy vyžadováno uvedení nejdříve možných a nejpozději přípustných termínů jejich realizace. Dodavatel tak při zpracování harmonogramu zjevně disponuje určitým prostorem, ve kterém může průběh prací vymezit proměnlivým časovým úsekem závislým např. na tom, v jakých klimatických podmínkách budou jednotlivé stavební procesy realizovány. I zde je pak na místě poznamenat, že v zadávacím řízení obdržel zadavatel celkem tři nabídky. Na trhu tak působí dodavatelé, kteří zadavatelem vznesený požadavek považují za akceptovatelný.
36. Závěrem tak lze shrnout, že požadavek zadavatele na předložení plánu organizace výstavby a podrobného harmonogramu prací již před podpisem smlouvy o dílo není ani v kontextu smluvní podmínky upravující termín převzetí staveniště nepřiměřený či excesivní tak, aby měl potenciál vytvořit bezdůvodně překážky hospodářské soutěže. Při posouzení požadavku zadavatele totiž byly vzaty v potaz oprávněné potřeby zadavatele související s předmětem veřejné zakázky a jeho realizací v lůžkové části nemocnice.
37. Pokud navrhovatel nad rámec výše vypořádaných námitek v podaném rozkladu odkazuje v plném rozsahu na argumentaci uvedenou v návrhu, pak je nutno uvést, že navrhovatel v podaném rozkladu neuvedl žádné nové skutečnosti, které by zpochybňovaly závěry, ke kterým Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí a se kterými se předseda Úřadu ztotožňuje.

38. S ohledem na výše uvedené lze shrnout, že smluvní podmínku týkající se stanovení termínu předání a převzetí staveniště nelze považovat za nepřiměřenou, resp. excesivní v tom smyslu, že by dodavatelům reálně bránila v účasti v zadávacím řízení. Rovněž požadavek na předložení plánu organizace výstavby a harmonogramu plnění prací již před podpisem smlouvy o dílo není možné považovat za nepřiměřený a způsobilý omezit hospodářskou soutěž. Při hodnocení zadavatelem stanovených požadavků a podmínek je třeba přihlídnout k tomu, že nejsou projevem jakési libovůle zadavatele, ale reflektují specifika spojená s realizací předmětu veřejné zakázky, tj. provádění stavebních prací na lůžkovém pavilonu nemocnice, a to při zachování jeho provozu. V kontextu těchto specifík pak zadavatel stanovené podmínky a požadavky přesvědčivě odůvodnil. Lze připustit, že smluvní podmínka a požadavky stanovené zadavatelem mohou pro dodavatele představovat určitou komplikaci, nicméně je na dodavatelích, aby jako podnikající profesionálové posoudili, zda jsou pro ně tyto komplikace v rámci podnikatelského rizika akceptovatelné a případně je reflektovali např. v nabídkové ceně.

VI. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, byl učiněn závěr, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu, a proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Fakultní nemocnice Ostrava, 17. listopadu 1790/5, 708 00 Ostrava – Poruba
2. OSBAU s.r.o., Radvanická 2269, 735 41 Petřvald

Vypraveno dne

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