



UOHSX00GCWOA

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0230/2022/VZ  
Číslo jednací: ÚOHS-24951/2022/500

Brno 25. 7. 2022

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 30. 5. 2022 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Fakultní nemocnice Ostrava, IČO 00843989, se sídlem 17. listopadu 1790/5, 708 00 Ostrava – Poruba,
- navrhovatel – OSBAU s.r.o., IČO 02117436, se sídlem Radvanická 2269, 735 41 Petřvald

ve věci ve věci přezkoumání úkonů zadavatele 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,

**rozhodl** takto:

### I.

**Návrh navrhovatele** – OSBAU s.r.o., IČO 02117436, se sídlem Radvanická 2269, 735 41 Petřvald – ze dne 30. 5. 2022 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní nemocnice Ostrava, IČO 00843989, se 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, **se podle ustanovení § 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 – Fakultní nemocnice Ostrava, IČO 00843989, se sídlem 17. listopadu 1790/5, 708 00 Ostrava – Poruba (dále jen „zadavatel“ nebo „FNO“) – jako veřejný zadavatel dle § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ nebo „ZZVZ), zahájil dne 6. 4. 2022 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Snížení energetické náročnosti lůžkového bloku FN Ostrava – Rekonstrukce fasády a střechy“. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo 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 jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).
2. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí dle čl. 6 zadávací dokumentace 155 659 810,85 Kč bez DPH.
3. Předmětem veřejné zakázky je dle čl. 7 zadávací dokumentace snížení energetické náročnosti lůžkového bloku FN Ostrava – Rekonstrukce fasády a střechy, a to provedením stavebních prací, dodávek a služeb v souladu se zadávací dokumentací a jejími přílohami.
4. Z dokumentu Seznam podaných nabídek ze dne 12. 5. 2022 (dále jen „seznam nabídek“) vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem 3 nabídky.
5. Dne 11. 5. 2022 byly zadavateli prostřednictvím datové schránky doručeny námitky dodavatele OSBAU s.r.o., IČO 02117436, se sídlem Radvanická 2269, 735 41 Petřvald (dále jen „navrhovatel“) z téhož dne, které směřovaly proti zadávací dokumentaci (dále jen „námitky“).
6. Zadavatel námitky navrhovatele rozhodnutím ze dne 19. 5. 2022 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl.
7. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím o námitkách neztotožnil, podal dne 30. 5. 2022 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).

### II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel v podaném návrhu brojí proti zadávacím podmínkám uvedeným v zadávací dokumentaci, když je přesvědčen, že zadavatel nestanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem.
9. Navrhovatel porušení zákona spatřuje zejména ve stanovených podmínkách doby plnění, resp. okamžiku předání a převzetí staveniště a zahájení stavebních prací. K tomu navrhovatel v návrhu odkazuje na článek III přílohy č. 2 zadávací dokumentace „Návrh smlouvy o dílo“, ve kterém je stanoveno následující:

- termín předání a převzetí staveniště do 10 kalendářních dnů od převzetí písemné výzvy zadavatele
  - termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky bezprostředně od předání staveniště
  - termín pro předání díla k řádnému užívání do max. 16 měsíců od předání staveniště
  - objednatel se zavazuje vyzvat zhotovitele k převzetí staveniště v období do 6 měsíců, počítaných od podpisu této smlouvy o dílo oběma smluvními stranami. Jestliže nebude zhotovitel vyzván k převzetí staveniště v uvedené lhůtě, je oprávněn odstoupit od smlouvy.
10. Navrhovatel dále uvádí, že k výše uvedeným podmínkám zadavatel nestanovil jakýkoliv objektivní mechanismus navyšování cen díla s ohledem na potenciální posun okamžiku zahájení plnění, respektive zadavatel nezohlednil délku realizace veřejné zakázky či možnou nedostupnost materiálů v průběhu realizace díla.
11. Dle navrhovatele je takto definovaný termín předání a 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, což navrhovateli znemožňuje přípravu nabídky, a to z následujících důvodů:
12. K výše uvedenému navrhovatel doplňuje, že:
- vybraný dodavatel není schopen jakkoliv plánovat své kapacity, neboť kdykoli může zjistit, že má v horizontu 10 dní započít realizaci díla a nemůže být schopen na toto adekvátně kapacitně reagovat. Zároveň navrhovatel dodává, že po dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby měli po dobu celých 6 měsíců od uzavření smlouvy v pohotovosti příslušný počet techniků a pracovníků tak, aby byli schopni kdykoli zanechat dosavadních úkolů a rozpracovaných zakázek a nastoupit na plnění šetřené veřejné zakázky. To je dle dodavatele akcentováno tím, že vybraný dodavatel ani neví, zda se vůbec šetřená veřejná zakázka bude realizovat či nikoli.
  - vybraný dodavatel není schopen smluvně zajistit v nabídnutých cenách materiálů a subdodavatelské plnění, neboť žádný z jeho smluvních partnerů není v dnešní turbulentní době ochoten držet ceny, aniž by měl možnost fixovat své kapacity a kapacity svých dodavatelů na určitý předpokládaný termín zahájení plnění, navíc s vědomím, že zadavatel může pouze svou nečinností zapříčinit to, že veřejná zakázka nebude realizována.
  - vybraný dodavatel pak s ohledem na to není schopen reálně garantovat dostupnost potřebných materiálů a poddodavatelského plnění.
  - odklad díla z rozhodnutí zadavatele až o 6 měsíců bez jakéhokoli mechanismu navyšování ceny díla s ohledem na inflaci, délku realizace a růst režijních nákladů zásadním způsobem ovlivňuje schopnost navrhovatele ucházet se o veřejnou zakázku.
  - dodavatelé nemají naprosto žádnou možnost předvídat, v jakém období roku bude plnění zahájeno, což ovlivňuje (i) nákladovost veřejné zakázky, (ii) schopnost vybraného dodavatele dodržet předložený harmonogram plnění, resp. (iii) to, zda je vůbec veřejná zakázka v požadovaném termínu realizovatelná.

13. Navrhovatel uvádí, že současná doba je ovlivněná výrazně celosvětovou pandemií a reakcí společnosti na ni (lockdowny a další opatření, v jejichž důsledku je významným způsobem narušena výroba, logistika a doprava materiálů v celosvětovém měřítku) a válkou na Ukrajině. Dle navrhovatele musí zadavatelé na tento celospolečenský vývoj zejména u stavebních zakázek s dlouhou dobou realizace reagovat vhodnou úpravou smluvních podmínek, neboť v opačném případě by s ohledem na zásadu přiměřenosti utrpěl základní účel zákona a zadavatelé by dostávali buď cenově zcela nepřiměřené nabídky, nebo by naopak získávali dodavatele, kteří by se reálně mohli v realizační fázi dostávat do fatálních existenčních problémů. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v rámci zadávacího řízení na zadání veřejné zakázky (s dobou realizace 16 měsíců) toto nejenže nedělá, ale naopak již tak vysoká rizika dodavatelů násobně navyšuje.
14. Navrhovatel dále upozorňuje na konstantní rozhodovací praxi Úřadu (např. na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0131/2018/VZ-10511/2018/523/HVo ze dne 10. 4. 2018), podle které jsou zadavatelé povinni poskytnout účastníkům 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, a jejich závěry jsou dle názoru navrhovatele zcela relevantní také pro nyní šetřený případ.
15. Navrhovatel uvádí, že zadavatel je oprávněn stanovit zadávací, potažmo obchodní podmínky dle svého uvážení, avšak nikdy nemohou být stanoveny excesivně, v důsledku čehož budou pro dodavatele představovat až příliš vysoké ekonomické riziko. Zadavatelem stanovené podmínky dle navrhovatele přitom představují excesivně stanovené podmínky. Navrhovatel dále odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-24075/2017/521/MŽi, podle kterého je důsledkem stanovení takových obchodních podmínek to, že mnoho potenciálních dodavatelů, zcela způsobilých pro plnění dané veřejné zakázky, na účast v zadávacím řízení rezignuje, a u těch, co případně nabídku podají, lze očekávat, že vzájemně neporovnatelně zohlední nepřiměřené riziko v nabídkové ceně.
16. Na základě všech výše uvedených skutečností tudíž navrhovatel v závěru návrhu shrnuje, že smluvní ujednání tohoto typu považuje za významně excesivní a bezdůvodně omezující hospodářskou soutěž, neboť odrazuje dodavatele k podání nabídky a neodůvodněně vytváří překážky hospodářské soutěže, čímž dochází k porušení zásad přiměřenosti, transparentnosti a ustanovení § 36 odst. 1 a 3 zákona. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby Úřad jako nápravné opatření zrušil zadávací řízení.

### **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

17. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 30. 5. 2022 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
18. Účastníky řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-18581/2022/511 ze dne 1. 6. 2022.

20. Dne 7. 6. 2022 Úřad obdržel od zadavatele prostřednictvím datové schránky dokumentaci o zadávacím řízení a vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu“) a dne 10. 6. 2022 část dokumentace o zadávacím řízení v listinné podobě.

*Vyjádření zadavatele ze dne 7. 6. 2022*

21. Zadavatel uvedl, že se nemůže ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonnou úpravou zadávání veřejných zakázek a v rozporu se zásadami pro zadávání veřejných zakázek v ustanovení § 6 zákona, resp. zásadami přiměřenosti a transparentnosti.
22. Současně se zadavatel ohradil proti námitce navrhovatele, že by zadávací podmínky nestanovil v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení. Uvedl, že dodavatelé měli všechny informace potřebné pro zpracování nabídky a pro své rozhodnutí, zda v zadávacím řízení podají svou nabídku, tedy i informace týkající se termínů díla.
23. Dále zadavatel uvedl, že jím stanovené smluvní podmínky nijak nevybočují od obdobných podmínek zadavatelem používaných v jiných zadávacích řízeních u dalších veřejných zakázek na stavební práce, a zadavatel je nepovažuje za zjevně excesivní.
24. Zadavatel nad rámec uvedeného doplňuje, že šetřená veřejná zakázka byla připravována a následně vyhlášena v současné době, a tedy dodavatelé zpracovávali své nabídky v situaci, ve které již museli reflektovat složité okolnosti ohledně např. skokového nárůstu cen některých materiálů a surovin, cen energií, prodlužování dodacích lhůt, jakož i existující oficiální predikce ohledně dalšího vývoje inflace. Všichni dodavatelé si dle zadavatele mohli tato rizika a nejistoty v rámci svých nabídek, resp. v rámci svých nabídkových cen, zohlednit.
25. K možnému zakotvení inflační doložky zadavatel uvedl, že v rámci přípravy zadávacích podmínek zvažoval i možnost zpracování inflační doložky. Po zralé úvaze však dospěl k závěru, že vzhledem k tomu, že předpokládá spolufinancování z evropského fondu dle podmínek 70. Výzvy Operačního programu Životního prostředí, a ke skutečnosti, že prostředky na financování veřejné zakázky jsou předem plánovány a na základě výsledku zadávacího řízení alokovány, není zpracování inflační doložky pro něj účelné. Zpracování inflační doložky by vytvářelo možný tlak na vlastní zdroje zadavatele, a tedy riziko neufinancování projektu, které zadavatel v žádném případě nehodlal podstupovat.
26. K tvrzení, že nutí dodavatele, aby si 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, což navrhovateli znemožňuje přípravu nabídky uvedl zadavatel následující. Zadavatel čistě z praktických důvodů nestanovil začátek plnění pevným datem, neboť v minulosti se tato praxe neosvědčila, a to zejména ve vztahu k veřejným zakázkám financovaným z evropských fondů (z důvodu pozdějšího ukončení zadávacího řízení oproti předpokladu).
27. Zadavatel sdělil, že předpokládá, že zadavatel i zhotovitel mají společný zájem dokončit dílo co nejdříve, nejpozději však ve stanovené lhůtě. Zadavatel dále uvedl, že k zajišťování potřebných materiálů a kapacit tak bude muset s největší pravděpodobností dojít s ohledem na navrhovatelem zdůrazňovanou složitou situaci na stavebním trhu již v době bezprostředně po uzavření smlouvy, resp. v době před výzvou zadavatele k převzetí a předání staveniště, a nikoli až po ní, jak nesprávně ve svém návrhu vyvozuje navrhovatel.

28. Lhůta 6 měsíců dále dle zadavatele není lhůtou, kdy by zadavatel otálel z vlastní libovůle s předáním staveniště, neboť si nelze představit motivaci zadavatele zahajovat stavbu v co nejzazším termínu mimo jiné za situace, kdy je realizace veřejné zakázky spojená s dotačním financováním. Tato lhůta tak dle zadavatele představuje nejzazší termín, do kterého k předání staveniště může dojít, a nastavuje právní jistotu pro zhotovitele, který by byl v případě porušení povinnosti zadavatele oprávněn odstoupit od smlouvy.
29. Zadavatel dále uvedl, že bude potřebovat určitý čas pro svou přípravu na předání staveniště a realizaci určitých provozních opatření. Objekt lůžkového bloku, v němž budou stavební práce prováděny, má pro zadavatele, který je fakultní nemocnicí, zásadní význam. Jeho provoz musí být regulován tak, aby v něm mohly být předmětné stavební práce vykonávány a zároveň byl co možná nejméně omezen komfort pacientů a nebyla nijak ohrožena kvalita poskytované zdravotní péče. Zahájení předmětných stavebních prací bude muset být koordinováno s možnostmi zadavatele uzavírat a stěhovat jednotlivá oddělení, která jsou provozována v objektu lůžkového bloku.
30. Zadavatel dále konstatoval, že skutečnost, že navrhovatel není schopen promítnout namítaná podnikatelská rizika do svého rozhodnutí, zda se bude o předmětnou veřejnou zakázku ucházet, nemůže být vykládána k tíži zadavatele a k obvinění, že se zadavatel dopustil porušení zásady přiměřenosti dle § 6 zákona.
31. Zadavatel je přesvědčen, že předmětné smluvní podmínky jsou v obchodní praxi zcela běžné a odpovídající potřebám a složitosti veřejné zakázky a zahrnují v dostatečné míře reflexi možných komplikací vyplývajících z již dříve nastalé komplikované situace na stavebním trhu, přičemž velkou část rizik mohli účastníci zadávacího řízení promítnout ve svých nabídkách podaných v zadávacím řízení.
32. Zároveň zadavatel vyjádřil pochybnost o tom, zda má navrhovatel zájem účastnit se veřejné zakázky, když z elektronických dat z elektronického nástroje vyplývá, že se navrhovatel začal o šetřenou veřejnou zakázku zajímat až 2. 5. 2022, tedy nedlouho před koncem lhůty pro podání nabídek.

#### *Další průběh správního řízení*

33. Usnesením č. j. ÚOHS-19573/2022/511 ze dne 9. 6. 2022 určil Úřad zadavateli lhůtu pro podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a pro zaslání té části dokumentace, která by při takovém úkonu bylo pořízena.
34. V reakci na usnesení č. j. ÚOHS-19573/2022/511 ze dne 9. 6. 2022 Úřad obdržel od zadavatele dne 23. 6. 2022 informaci o dalších úkonech, které zadavatel v průběhu zadávacího řízení učinil, včetně příslušné dokumentace o zadávacím řízení.
35. Usnesením č. j. ÚOHS-21469/2022/511 ze dne 27. 6. 2022 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
36. Dne 1. 7. 2022 Úřad obdržel žádost navrhovatele o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
37. Dne 1. 7. 2022 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-22302/2022/511 částečně vyhověl žádosti navrhovatele, a prodloužil lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

38. Dne 8. 7. 2022 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele z téhož dne k podkladům rozhodnutí (dále jen "vyjádření navrhovatele"). Zadavatel se ve lhůtě stanovené Úřadem ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

*Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí*

39. Navrhovatel konstatuje, že trvá na podaném návrhu a odkazuje na svoji argumentaci obsaženou v návrhu.
40. Dále navrhovatel uvádí, že není relevantní argumentace zadavatele, který uvádí, že užívané obchodní podmínky nebyly nikdy ze strany zhotovitele předmětem námitek, neboť aktuálně na trhu panuje zcela odlišná situace.
41. Navrhovatel dále argumentuje, že není pravdivé tvrzení zadavatele, že navrhovatel neměl a nemá skutečný zájem o realizaci veřejné zakázky. Naopak navrhovatel sděluje, že o realizaci veřejné zakázky měl a má zájem, nicméně s ohledem na znění obchodních podmínek vyhodnotil podání nabídky na zakázku jako příliš rizikové. Výpis elektronických dat z elektronického nástroje reflektuje pouze stažení učiněná přihlášenými uživateli. Neznamená to, že by si navrhovatel nestáhnul zadávací dokumentaci dříve.
42. Navrhovatel také sděluje, že ačkoliv dodavatelé mají možnost pokusit se zohlednit veškerá rizika v jejich nabídkové ceně, tato s ohledem na současnou nestabilní situaci nejsou a nemohou být zcela známa. I pokud by takto dodavatelé postupovali, na svůj postoj doplatí sám zadavatel, který obdrží méně výhodné nabídky. Takový postup je dle navrhovatele v rozporu s požadavkem péče řádného hospodáře a v rozporu se základním účelem zákona, kterým je zajištění hospodárného nakládání s veřejnými prostředky.
43. Navrhovatel dále znovu zdůrazňuje, že informace o době plnění uvedené v zadávací dokumentaci byly neúplné a netransparentní. Dle navrhovatele zadavatel jasný obraz o své představě, jakým způsobem bude přistupovat ke stanovení okamžiku zahájení stavebních prací, poskytl až v rozhodnutí o námitkách. K tomu navrhovatel dodává, že pokud nyní zadavatel tvrdí, že bude potřebovat „určitý čas“ pro svou přípravu na předání staveniště a realizaci určitých provozních opatření, pořád z této informace není zřejmé, zda se má jednat o čas v řádech dnů, týdnů či měsíců. Navrhovatel doplňuje, že zadavatel mohl a měl poskytnout detailnější informace o potřebném času, který se předpokládá pro realizaci nezbytných opatření před zahájením prací, již v zadávací dokumentaci.
44. Navrhovatel uvádí, že nesouhlasí s argumentací zadavatele týkající se nezakotvení inflační doložky, a zpochybňuje jako nepravděpodobné, že by dotace musela být zastropována pevnou částkou bez možnosti noprofinancovat případné vícepráce či právě nároky na navýšení ceny z důvodu aktivace inflační doložky. Dále navrhovatel k tomuto uvádí, že zadavatel mohl vedle inflační doložky využít i doložku cenovou, umožňující indexaci položkových cen v případě významného nárůstu cen materiálů.

*Další průběh správního řízení*

45. Rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-23198/2022/500 ze dne 13. 7. 2022 bylo nařízeno předběžné opatření spočívající v uložení zakazu zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0230/2022/VZ.

**IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

46. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

47. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

*Relevantní ustanovení*

48. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

49. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

50. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

51. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

*Zjištěné skutečnosti ze zadávací dokumentace*

52. Předmětem zadávacího řízení je dle čl. 7 „Vymezení předmětu veřejné zakázky a technické podmínky dle § 89 ZZVZ“ zadávací dokumentace snížení energetické náročnosti lůžkového bloku FN Ostrava – Rekonstrukce fasády a střechy, a to provedením stavebních prací, dodávek a služeb v souladu se zadávací dokumentací a jejími přílohami.

53. V čl. 10 „Doba a místo plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl následující termíny:

- termín předání a převzetí staveniště – do 10 kalendářních dnů od převzetí písemné výzvy zadavatele (pokud se smluvní strany nedohodnou jinak)
- termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky – bezprostředně od předání staveniště
- termín pro dokončení, předání a převzetí veřejné zakázky – předání díla k řádnému užívání do 16 měsíců od předání staveniště.

54. Ze zadávací dokumentace vyplývá (konkrétně ze závěrečných ustanovení zadávací dokumentace – strana 15), že součástí zadávací dokumentace učinil zadavatel mimo jiné i přílohu č. 2 „Návrh smlouvy o dílo“ (dále jen „návrh smlouvy“).

55. V čl. III. „Termín plnění“ návrhu smlouvy je mj. uvedeno:

|   |  |
|---|--|
| <i>Termín předání a převzetí staveniště:</i>            | <i>do 10 kalendářních dnů od převzetí písemné výzvy objednatele (pokud se smluvní strany nedohodnou jinak)</i> |
| <i>Termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky:</i> | <i>bezprostředně od předání staveniště</i>   |



|  |   |
|--|---|
| <i>Termín pro dokončení, předání a převzetí veřejné zakázky:</i> | <i>předání díla k řádnému užívání do max. 16 měsíců od předání staveniště</i> |
|--|---|

*Objednatel se zavazuje vyzvat zhotovitele k převzetí staveniště v období do 6 měsíců, počítaných od podpisu této smlouvy o dílo oběma smluvními stranami. Jestliže nebude zhotovitel vyzván k převzetí staveniště v uvedené lhůtě, je oprávněn odstoupit od smlouvy.*

56. V bodě 7.5 zadávací dokumentace je uvedeno, že „*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. Bourání balkonů bude tedy koordinováno s výměnou oken, resp. bude provedeno v jednom cyklu po jednotlivých podlažích směrem od střechy objektu postupně dolů. Uvedené požadavky zapracuje účastník do Harmonogramu stavby a Plánu organizace výstavby, viz požadavky uvedené dále v ZD.*“
57. Z článku 9 zadávací dokumentace „*Další podmínky pro uzavření smlouvy dle § 104*“ vyplývá, že zadavatel požaduje, aby vybraný dodavatel v souladu s ustanovením § 104 zákona před uzavřením smlouvy předložil plán organizace výstavby a podrobný harmonogram plnění prací s jasně definovanými milníky.

#### *K výroku rozhodnutí*

58. Úřad uvádí, že navrhovatel v návrhu napadá smluvní podmínky stanovené v čl. III návrhu smlouvy týkající se termínu předání a převzetí staveniště. Navrhovatel předmětné smluvní ujednání považuje za excesivní jak z pohledu práv a povinností smluvních stran, tak z pohledu běžné obchodní praxe, za bezdůvodně omezující hospodářskou soutěž, nedůvodně vytvářející překážky hospodářské soutěže, a tedy porušující zásady přiměřenosti, transparentnosti a § 36 odst. 1 a 3 zákona. (viz body 9. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad sděluje následující.
59. Jak již Úřad uvedl výše, námitka navrhovatele směřuje do smluvních podmínek. Úřad k uvedenému primárně sděluje, že jeho kompetence jsou vytyčeny ustanovením § 248 zákona, kdy podle § 248 odst. 1 písm. a) zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, při kterém rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, popř. podle § 248 odst. 1 písm. b) zákona rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu se zákonem, popř. podle § 248 odst. 1 písm. c) zákona ukládá nápravná opatření (§ 263 a 264 zákona).
60. Úřad považuje za nutné konstatovat, že oprávnění Úřadu vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám stanoveným zadavatelem není zcela vyloučená, nicméně je omezená. Jak vyplývá z ustálené judikatury, např. z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, 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 k tomu sděluje, že by se citovaný rozsudek týkal předchozí právní úpravy, tj. zákona

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, závěry v něm uvedené jsou plně aplikovatelné i na současnou právní úpravu, tj. na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

61. Ze shora citovaného rozsudku, jakož i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, tak 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. Pokud tedy konkrétní soukromoprávní podmínka vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný exces, jenž by způsoboval 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, resp. přiměřenosti.
62. Ve vztahu k výše uvedenému Úřad dále odkazuje i na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019, ze kterého vyplývá, že 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.“*
63. Úřad rovněž upozorňuje i na rozhodnutí předsedy Úřadu, který v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0166/2018/VZ-00267/2019/321/ZSř ze dne 4. 1. 2019, 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.“*
64. V souvislosti s výše uvedeným předseda Úřadu v rámci předmětného rozhodnutí odkázal na již zmíněný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, přičemž doplnil, že *„[v]ýše 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.“*
65. Ve vztahu k uzavírání smluv v rámci zakázkového práva považuje Úřad za vhodné vyjádřit se obecně k procesu uzavírání smluv, a tedy i nemožnosti dodavatelů vstupovat do způsobu a vhodnosti nastavení smluvních podmínek. Ve vztahu k zakázkovému právu si je nutné si

uvědomit, že zadávací řízení podle zákona představuje specifický kontrakční proces upravený v souvislosti s vynakládáním veřejných prostředků s cílem zabezpečit jejich hospodárné využívání. Zákon tedy do značné míry modifikuje proces kontraktace upravený jinak než obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel (stejně tak i dodavatel) musí dodržet. Zadávání veřejných zakázek tak představuje specifický postup směřující k uzavření smlouvy, který vykazuje značné odlišnosti od běžného soukromoprávního procesu kontraktace probíhajícího výlučně v režimu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), jenž je výrazně volnější, a který oběma stranám v procesu uzavírání smlouvy např. dovoluje měnit náležitosti a obsah smlouvy po celou kontrakční fázi až do jejího uzavření. Oproti tomu zákon subjektům smlouvy na veřejnou zakázku tyto možnosti podstatně limituje, a tedy limituje i jejich možnost o smluvních podmínkách vyjednávat.

66. Postup uzavírání smluv podle zákona je tedy upraven odlišným způsobem než v soukromém právu. 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 čili neomezují či naopak nerozšiřují práva a povinnosti smluvních stran.
67. Vzhledem k výše uvedenému je proto nezbytné, aby zadavatel k formulaci smluvních podmínek přistupoval svědomitě a při zohlednění skutečnosti, že dodavatelům předkládá podmínky, které následně nemohou být měněny, a tedy by měly být nastaveny tak, aby neměly negativní dopad do průběhu samotného zadávacího řízení, a stejně tak aby následně nečinily problémy při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky.
68. 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 zákonem požadován 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 v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, popř. jinak negativně zasahovaly do procesu zadávání veřejné zakázky.
69. Úřad považuje za nutné uvést, že zákon konkrétně nestanoví, jaké smluvní podmínky mají být obsaženy ve smlouvě, která bude uzavřena 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 i základní zásady zadávacího řízení uvedené v ustanovení § 6 zákona, které mají zajistit to, aby smluvní podmínky nebyly zadavatelem formulovány zjevně excesivně.
70. S ohledem na výše uvedené tedy Úřad přistoupil k posouzení smluvních podmínek, které navrhovatel svým návrhem napadá.

71. Navrhovatel v daném případě namítá, že zadavatelem stanovený termín předání a převzetí staveniště, který je současně i termínem zahájení stavebních prací, je stanoven neurčitě, tedy netransparentně, 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, což navrhovateli znemožňuje přípravu nabídky.

*K otázce transparentnosti smluvní podmínky*

72. Úřad se s ohledem na návrh navrhovatele nejprve zabýval tím, zda stanovená podmínka týkající se termínu předání a převzetí staveniště představuje neurčitou, respektive netransparentní podmínku rozpornou s § 6 zákona. V souladu se zásadou transparentnosti, zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, musí zadavatel v zadávacím řízení postupovat tak, aby jeho kroky byly čitelné, jasně pochopitelné. Z komentářové literatury vyplývá, že „[z]ásada transparentnosti dále vyžaduje, aby veškeré podmínky a detailní pravidla zadávacího řízení byla stanovena jasným, přesným a jednoznačným způsobem v oznámení veřejné zakázky nebo zadávací dokumentaci, aby jednak všichni přiměřeně informovaní dodavatelé při vynaložení běžné péče mohli rozumět jejich přesnému významu a interpretovat je shodně a jednak aby zadavatel byl schopen ověřit, zda podané nabídky splňují kritéria příslušné zakázky.“ (§ 6 [Zásady zadávání veřejných zakázek]. In: DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr; a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 44.).
73. Úřad z dokumentace o zadávacím zjistil, že termín předání a převzetí staveniště je vázán na písemnou výzvu zadavatele. Tu je zadavatel povinen vůči vybranému dodavateli učinit do 6 měsíců od podpisu smlouvy. Dodavatel je následně povinen zahájit plnění předmětu veřejné zakázky do 10 kalendářních dnů od převzetí písemné výzvy (pokud se smluvní strany nedohodnou jinak). K tomu Úřad doplňuje, že všichni potenciální dodavatelé byli s touto podmínkou srozuměni, neboť tato byla obsažena v návrhu smlouvy o dílo. Zároveň návrh smlouvy o dílo obsahuje oprávnění zhotovitele odstoupit od smlouvy v případě, že nebude k převzetí staveniště ve stanovené lhůtě vyzván.
74. Na základě uvedeného Úřad dospěl k závěru, že způsob stanovení termínu předání a převzetí staveniště je dostatečně jasně definován, respektive je jasně vymezeno časové období, v němž má zadavatel vybraného dodavatele k předání a převzetí staveniště vyzvat, a současně je jasně stanovena lhůta, v níž má vybraný dodavatel následně staveniště převzít. Z tohoto pohledu tedy Úřad předmětnou zadávací podmínku za netransparentní nepovažuje.
75. Navrhovatel dále namítal, že informace o době plnění uvedené v zadávací dokumentaci byly neúplné a netransparentní, neboť zadavatel jasný obraz o své představě, jakým způsobem bude přistupovat ke stanovení okamžiku zahájení stavebních prací, poskytl až v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel dle navrhovatele mohl a měl poskytnout detailnější informace o potřebném času, který se předpokládá pro realizaci nezbytných opatření před zahájením prací, již v zadávací dokumentaci.
76. Úřad k tomu uvádí, že zadavatel není povinen v zadávací dokumentaci uvádět všechny skutečnosti, které ho vedly ke konkrétnímu nastavení smluvních podmínek, tedy mj. termínu předání a převzetí staveniště. Zadavatel je ale povinen podmínky stanovit jednoznačně a srozumitelně, což, jak Úřad konstatoval výše, zadavatel v šetřeném případě učinil. Je zároveň

logické, že detailnější obraz o své představě, resp. o důvodech, pro něž danou zadávací podmínku stanovil, poskytnul zadavatel až v návaznosti na námítky navrhovatele, neboť do tohoto okamžiku nebyl v průběhu zadávacího řízení ze strany potenciálních dodavatelů vznesen ohledně termínu předání a převzetí staveniště žádný dotaz.

77. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené konstatuje, že smluvní podmínka týkající se termínu předání a převzetí staveniště nebyla zadavatelem stanovena v rozporu se zásadou transparentnosti.

*K otázce přiměřenosti smluvní podmínky*

78. Navrhovatel v šetřeném případě namítá, že zadavatelem stanovený termín předání a převzetí staveniště, který je současně i termínem zahájení stavebních prací, je stanoven 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, což navrhovateli znemožňuje přípravu nabídky. Zadavatel dle navrhovatele i přes aktuální situaci na trhu nestanovil jakýkoliv objektivní mechanismus navyšování ceny díla a nezohlednil délku realizace veřejné zakázky či možnou nedostupnost materiálu v průběhu realizace díla. Vybraný dodavatel za takto nastavených podmínek není dle navrhovatele schopen reálně garantovat dostupnost potřebných materiálů, poddodavatelem ani cenu plnění. Navrhovatel dodává, že současná doba je výrazně ovlivněna celosvětovou pandemií a reakcí společnosti na ni a válkou na Ukrajině, a že zadavatelé na tento celospolečenský vývoj musí reagovat vhodnou úpravou smluvních podmínek.
79. Ve vztahu k předmětné námítce navrhovatele Úřad primárně uvádí, že zadavatel svůj požadavek týkající se termínu předání a převzetí staveniště promítnul do návrhu smlouvy. Jedná se tak o zadávací podmínku, k jejíž aktivaci fakticky dojde až po skončení zadávacího řízení. Uvedený požadavek se tedy reálně vztahuje až na vybraného dodavatele. Jak přitom Úřad vyložil výše, smluvní podmínka může být označena za rozpornou se zákonem pouze tehdy, jestliže představuje zjevný exces.
80. Z hlediska přiměřenosti dané podmínky Úřad předně odkazuje na své rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0006/2020/VZ ze dne 18. 2. 2020. V citovaném případě řešil Úřad situaci, kdy zadavatel vymezil termín předání staveniště tak, že k předání staveniště má dojít do 5 dní od doručení výzvy ze strany zadavatele. Zadavatel v zadávací dokumentaci dále stanovil pouze předpokládaný termín zahájení stavebních prací. Úřad v citovaném případě dospěl k závěru, 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 tedy v citovaném případě nepovažoval postup zadavatele, který nestanovil pevně termín pro předání a převzetí staveniště, ale navázal jej na doručení výzvy vybranému dodavateli, a současně ani neurčil fixně časové období, v němž výzvu vybranému dodavateli doručí, za rozporný zákonem. To, že zadavatel stanovil pouze předpokládaný termín pro předání a převzetí staveniště, považoval tedy Úřad v citovaném rozhodnutí za dostatečné. Smluvní podmínka týkající se termínu předání a převzetí staveniště

byla přitom v tehdejší případě koncipována podobně jako termín předání a převzetí staveniště v nyní šetřeném případě.

81. Zadavatel v nyní šetřeném případě stanovil nejen to, že vybraný dodavatel je povinen převzít staveniště do 10 kalendářních dnů od převzetí písemné výzvy zadavatele, ale zároveň se zavázal vyzvat zhotovitele k převzetí staveniště v období do 6 měsíců, počítaných od podpisu smlouvy o dílo oběma smluvními stranami. I v nyní šetřeném případě tak dodavatelé měli k dispozici informace o „předpokládaném“ termínu předání a převzetí staveniště, který nastane nejpozději 6 měsíců od podpisu smlouvy o dílo oběma smluvními stranami. Úřad dodává, že si je vědom skutečnosti, že výše uvedené citované rozhodnutí Úřadu bylo vydáno v době před celosvětovou pandemií Covid-19 a válkou na Ukrajině, kdy byla situace na trhu stavebních materiálů odlišná, nicméně i přesto je považuje ve vztahu k nyní šetřenému případu za relevantní.
82. Úřad dále uvádí, že zadavatel odůvodňuje lhůtu 6 měsíců pro předání a převzetí staveniště tím, že bude potřebovat určitý čas pro svou přípravu na předání staveniště a realizaci určitých provozních opatření. Zadavatel již v čl. 7.5 zadávací dokumentace upozornil na to, že dílo bude prováděno za provozu a dotčená oddělení budou uzavřena jen v době provádění bourání balkonů a výměny oken. Toto zadavatel doplňuje ve vyjádření k návrhu, ve kterém mj. uvádí, že provoz objektu lůžkového bloku, kde budou stavební práce prováděny, musí být regulován tak, aby v něm mohly být předmětné stavební práce vykonávány, a zároveň byl co možná nejméně omezen komfort pacientů a nebyla nijak ohrožena kvalita poskytované zdravotní péče. Zahájení stavebních prací musí být dle zadavatele koordinováno s možnostmi zadavatele uzavírat a stěhovat jednotlivá oddělení, která jsou provozována v objektu lůžkového bloku.
83. Navrhovatel ve vztahu k namítané nepřiměřenosti smluvní podmínky argumentuje tím, že vybraný dodavatel za takto nastaveného termínu předání a převzetí staveniště není schopen si plánovat své kapacity, neboť kdykoli může zjistit, že do 10 dnů má započít s realizací díla, což je dle navrhovatele lhůta nepřiměřeně krátká, neboť po dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby měli po dobu celých 6 měsíců od uzavření smlouvy v pohotovosti příslušný počet techniky a pracovníků tak, aby byli schopni kdykoli zanechat dosavadních úkolů a rozpracovaných zakázek a nastoupit na plnění veřejné zakázky. K tomu Úřad uvádí, že pokud navrhovateli nestačí 10 dnů na to, aby si zajistil potřebnou techniku a pracovníky, má možnost si je zajistit ještě předtím, než jej zadavatel k převzetí staveniště vyzve. Samozřejmě je to spojeno s rizikem, že dodavatel pracovníky a techniku po určitou dobu reálně nevyužije, nicméně takové riziko je dle Úřadu s realizací stavebních zakázek obecně spjata a je na dodavateli, zda je ochoten je přijmout, či nikoliv. Stěží lze po zadavateli požadovat, aby zkrátil lhůtu, v níž se zavazuje dodavatele vyzvat k převzetí staveniště, pokud si není jist, že by mu kratší lhůta stačila na realizaci všech provozních opatření, která potřebuje zajistit předtím, než dodavatel započne s realizací stavebních prací. Současně nelze po zadavateli požadovat, aby lhůtu, v níž má být staveniště od učinění výzvy dodavatelem převzato, prodloužil zcela dle potřeb dodavatele, neboť lze předpokládat, že je v zájmu zadavatele, aby pokud možno co nejdříve poté, co zajistí provozní opatření nezbytná k provádění stavebních prací, bylo s pracemi také reálně započato. Úřad dodává, že v rámci smluvní podmínky týkající se lhůty k předání a převzetí staveniště je uvedeno, že vybraný dodavatel má staveniště převzít do 10 kalendářních dnů od převzetí výzvy zadavatele, nedohodnou-li se smluvní strany jinak. Z toho

plyne, že není vyloučena možnost, že se vybraný dodavatel se zadavatelem dohodne na prodloužení dané lhůty.

84. Navrhovatel dále uvádí, že s ohledem na aktuální situaci na trhu není vybraný dodavatel schopen smluvně zajistit v nabídnutých cenách materiál a subdodavatelské plnění, neboť žádný z jeho smluvních partnerů není v této době ochoten držet ceny bez toho, aby měl možnost fixovat své kapacity a kapacity svých dodavatelů na určitý předpokládaný termín zahájení prací; s ohledem na to pak vybraný dodavatel není schopen reálně garantovat dostupnost potřebných materiálů a poddodavatelských plnění. Úřad k tomu odkazuje na svou argumentaci uvedenou v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí a opakuje, že navrhovatelem tvrzené skutečnosti představují riziko spojené s realizací stavebních zakázek, které nikdy nelze zcela eliminovat, resp. v případě, kdy zadavatel není schopen termín předání a převzetí staveniště s ohledem na charakter svého provozu stanovit konkrétněji, nelze jej k tomu nutit. Je pouze na uvážení jednotlivých dodavatelů, zda se i při vědomí takového rizika zadávacího řízení zúčastní, či nikoliv, a na kolik si podnikatelské riziko spočívající v tom, že neznají přesný termín předání staveniště, v rámci své nabídkové ceny ocení. Takové podnikatelské riziko, ve vztahu k shora uvedenému, považuje Úřad i s ohledem na svou dosavadní rozhodovací praxi (viz například rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0006/2020/VZ) za přiměřené, a tudíž tuto smluvní podmínku nelze vyhodnotit jako excesivní ve smyslu rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 78/2011-69 ze dne 28. 2. 2013.
85. K argumentaci navrhovatele, že všechna rizika, která by měl v rámci nabídkové ceny zohlednit, nejsou a nemohou být zcela známa a nelze je ani predikovat, Úřad sděluje, že je to primárně navrhovatel, resp. dodavatel, kdo by měl být schopen případná jemu hrozící rizika odhadnout a vyčíslit. Pokud potenciální rizika nezná sám dodavatel, stěžejí lze spravedlivě požadovat po zadavateli, aby nastavil smluvní podmínky tak, že všechna potenciální rizika, jež dodavateli hrozí, budou eliminována.
86. Na základě výše uvedeného Úřad sděluje, že v daném případě bylo zcela na zvážení navrhovatele, jakožto odborníka pohybujícího se v dané oblasti, zda je i s ohledem na aktuální situaci na trhu ochoten přijmout míru podnikatelského rizika vyplývající z uzavření smlouvy a zúčastnit se zadávacího řízení či nikoliv. V případě účasti v zadávacím řízení měl pak navrhovatel možnost promítnout jím předpokládané náklady na pokrytí rizik do své nabídkové ceny.
87. K argumentaci navrhovatele, podle níž zadavatel může svou nečinností zapříčinit to, že veřejná zakázka realizována nebude, resp. že zadavatel výzvu k předání a převzetí staveniště vůbec neučiní, Úřad s odkazem na § 7 občanského zákoníku, podle něhož se má za to, že ten, kdo jednal určitým způsobem, jednal poctivě a v dobré víře, uvádí, že je možné se opodstatněně domnívat, že není v zájmu zadavatele "sabotovat" realizaci veřejné zakázky, nýbrž že jeho cílem je uspokojit svou potřebu, tedy veřejnou zakázku úspěšně a při splnění stanovených termínů realizovat. Úřad nespátřuje žádný rozumný důvod, proč by měl mít zadavatel zájem jím předpokládaný nejzazší termín učinění výzvy k předání a převzetí staveniště nedodržet, a tím fakticky oddálit či dokonce sabotovat zahájení plnění veřejné zakázky, neboť takový postup by kromě samotného faktu, že nedojde k realizaci zamýšleného cíle, tj. realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, mohl být dle Úřadu spojen i s dalšími nepříznivými následky pro zadavatele, např. v podobě krácení případně obdržené dotace. Úřad doplňuje, že cílem veřejné zakázky je dle zadávací dokumentace kompletní rekonstrukce obvodového pláště

budovy lůžkového bloku nemocnice obsahující mj. zateplení obvodových stěn včetně zateplení plochých střech. Oddálení realizace veřejné zakázky či dokonce její sabotáž tedy z pohledu Úřadu nepřináší pro zadavatele žádná pozitiva. Naopak Úřad má za to, že fakt, že daná smluvní podmínka dává zhotoviteli možnost odstoupit od smlouvy v případě nečinnosti zadavatele, představuje pro zhotovitele benefit. Navíc dle Úřadu zhotoviteli v takovém případě nic nebrání domáhat se i náhrady případně vzniklé škody po zadavateli v občanskoprávním sporu, pokud by zadavatel skutečně výzvu k předání a převzetí staveniště ve stanovené lhůtě neučinil.

88. Dle navrhovatele zadavatel tím, že nutí dodavatele zohlednit rizika v jejich nabídkové ceně, obdrží méně výhodné nabídky, než jaké by obdržel, kdyby obchodní podmínky formuloval v souladu se zásadou přiměřenosti, přičemž takovýto postup je v rozporu s požadavkem péče řádného hospodáře a v rozporu se základním účelem zákona, kterým je zajištění hospodárného nakládání s veřejnými prostředky. K této námitce navrhovatele Úřad uvádí, že úvahy navrhovatele jsou s ohledem na závěry ustálené rozhodovací praxe Úřadu i judikatury irelevantní. Z ustálené judikatury i z rozhodovací praxe Úřadu totiž vyplývá, že cílem zákona je sice spolu s jinými zákony zajištění zásad hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti při nakládání s veřejnými prostředky, nicméně zákon tohoto cíle dosahuje skrze vytváření podmínek pro to, aby byly zakázky zadávány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, a k tomu má zakotvené vlastní zásady v § 6 zákona. Úřad tak nemá posuzovat, zda vůbec zakázka měla být zadána, zda naplní určitý cíl, nebo zda jde o „mrhání“ penězi. Úřad v první řadě zajímá způsob provedení zadávacího řízení (viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R218/2015/VZ-14888/2016/321/OHo ze dne 11. 4. 2016).
89. K námitce 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, Úřad uvádí, že plnění veřejné zakázky bude probíhat podle harmonogramu, jehož předložení je dle čl. 9 zadávací dokumentace podmínkou uzavření smlouvy dle § 104 zákona. Harmonogram tedy bude zpracovávat vybraný dodavatel, a je tak na něm, aby fakt, že výzvu k předání a převzetí staveniště, od níž se odvíjí termín zahájení plnění, může zadavatel učinit kdykoli v průběhu 6 měsíců od uzavření smlouvy, a z toho plynoucí skutečnosti významné pro stanovení jednotlivých etap či milníků plnění, zohlednil v rámci harmonogramu tak, aby se později nedostal do problémů s jeho plněním.
90. Navrhovatel rovněž v souvislosti s nastaveným termínem předání a převzetí staveniště namítal, že zadavatel nestanovil objektivní mechanismus navyšování cen díla s ohledem na potenciální posun okamžiku zahájení plnění, respektive zadavatel nezohlednil délku realizace veřejné zakázky či možnou nedostupnost materiálů v průběhu realizace díla. Úřad uvádí, že zadavatel k tomu v rámci jeho vyjádření k návrhu ze dne 7.6.2022 mimo jiné uvedl, že *“v rámci přípravy zadávacích podmínek zvažoval i možnost zpracování inflační doložky. Po své zralé úvaze však dospěl k závěru, že vzhledem k tomu, že předpokládá spolufinancování z evropského fondu dle podmínek 70. Výzvy Operačního programu Životního prostředí a skutečnosti, že prostředky na financování veřejné zakázky jsou předem plánovány, a na základě výsledku zadávacího řízení alokovány, není zpracování inflační doložky pro něj účelné. Zpracování inflační doložky by vytvářelo možný tlak na vlastní zdroje zadavatele, a tedy riziko neufinancování projektu, které zadavatel v žádném případě nehodlá podstupovat.”*



91. V souvislosti s výše uvedeným Úřad konstatuje, že si je vědom toho, že v důsledku změn na trhu způsobených pandemií nemoci Covid-19 a válkou na Ukrajině v posledních měsících dochází k podstatnému nárůstu cen dodávek některých stavebních materiálů z důvodu jejich nedostatku na trhu, s čímž souvisí také prodlužování jejich dodacích lhůt. Úřad však považuje za nutné upozornit, že je pouze na zadavatelích, jakým způsobem budou proměnlivou situaci s cenami stavebních materiálů při zadávání veřejných zakázek zohledňovat, a to zejména s přihlédnutím k jejich reálným finančním možnostem. Ačkoliv obecně lze konstatovat, že je vhodné zakotvit do smlouvy na veřejnou zakázku takové mechanismy, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky umožňovat pružně reagovat na změny na trhu stavebních materiálů (například právě prostřednictvím inflační doložky) či upravit smluvní podmínky, je vždy však na zvážení zadavatele, zda tyto mechanismy přijme, či nikoliv. Pokud se zadavatel, stejně jako v šetřeném případě, rozhodne po zvážení všech okolností tyto mechanismy nepřijmout (např. s ohledem na hypoteticky problematické financování veřejné zakázky), pak je to pouze jeho obchodní rozhodnutí a tento postup není možné považovat za rozporný se zákonem.
92. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že zadávací 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. Z vyjádření zadavatele je zřejmé, že lhůtu šesti měsíců, v níž má dodavatele vyzvat k předání a převzetí staveniště, stanovil mj. s ohledem na své provozní potřeby, kdy realizace stavebních prací má probíhat za provozu a zadavatel musí místo plnění na realizaci stavebních prací řádně připravit. Lze tedy pochopit, že časové období, v němž má výzvu k předání a převzetí staveniště učinit, stanovil tak, aby tento svůj závazek byl schopen dodržet. Je sice pravdou, že takto stanovený termín předání a převzetí staveniště přináší dodavatelům určitá rizika, která jsou umocněna aktuální situací na trhu, nicméně tato rizika nejsou dle Úřadu takového charakteru, že by zakládala excesivnost dané zadávací podmínky. Je na každém z dodavatelů, aby si jemu hrozící 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). V souvislosti s tím Úřad dodává, že ze seznamu podaných nabídek vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek tři nabídky. Na trhu tedy existují minimálně tři dodavatelé, kteří zjevně byli ochotni přijmout míru podnikatelského rizika a zadávacího řízení se zúčastnit.
93. Na základě shora popsaných skutečností tedy Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval při stanovení termínu pro předání a převzetí staveniště v rozporu se zákonem. Úřad tedy v šetřeném případě neshledal důvody pro uložení nápravného opatření, a proto podle § 265 písm. a) zákona rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí, a návrh navrhovatele zamítnul.

## 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, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti tomuto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o

rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá  
místopředsedkyně

**Obdrží**

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

**Vypraveno dne**

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