UOHSX00I5RPP

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0103/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-37552/2023/163 Brno 10. 10. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 15. 8. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **PORR a.s.**, IČO 43005560, se sídlem Dubečská 3238/36, 100 00 Praha 10,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0268/2023/VZ, č. j. ÚOHS-28641/2023/500 ze dne 31. 7. 2023, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 19. 5. 2023 na návrh ze dne 18. 5. 2023, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Česká republika – Ministerstvo spravedlnosti**, IČO 00025429, se sídlem Vyšehradská 427/16, 128 00 Praha 2,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Justiční areál v Ústí nad Labem – zhotovitel stavby**“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 12. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2022 pod ev. č. Z2022-020273, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 12. 2022 pod ev. č. 2022/S 248-721254, ve znění pozdějších oprav,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0268/2023/VZ, č. j. ÚOHS-28641/2023/500 ze dne 31. 7. 2023

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Česká republika – Ministerstvo spravedlnosti, IČO 00025429, se sídlem Vyšehradská 427/16, 128 00 Praha 2, (dále jen „**zadavate**l“) zahájila podle § 60 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**ZZVZ**“)[1] jednací řízení s uveřejněním na nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce nazvanou „Justiční areál v Ústí nad Labem – zhotovitel stavby“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 12. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2022 pod ev. č. Z2022-020273, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 12. 2022 pod ev. č. 2022/S 248-721254, ve znění pozdějších oprav, (dále jen „**zadávací řízení**“).

2. Předmětem plnění veřejné zakázky je kompletní zajištění výstavby nového justičního areálu v Ústí nad Labem (dále jen „**stavba**“, „**dílo**“ nebo „**předmět plnění veřejné zakázky**“).

3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 2 009 250 256,83 Kč bez DPH.

4. Dne 25. 4. 2023 podal účastník zadávacího řízení PORR a.s., IČO 43005560, se sídlem Dubečská 3238/36, 100 00 Praha 10, (dále jen „**navrhovatel**“) námitky z téhož dne proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení (dále jen „**námitky**“), které zadavatel rozhodnutím ze dne 9. 5. 2023 odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 ZZVZ, obdržel dne 19. 5. 2023 návrh navrhovatele ze dne 18. 5. 2023 podle § 250 odst. 1 písm. a) ZZVZ proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení a rovněž proti přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách (dále jen „**návrh**“).

[1] Pozn.: Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění ZZVZ k okamžiku zahájení zadávacího řízení – tj. ke dni **19. 12. 2022**. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení – tj. ke dni **19. 5. 2023**.

6. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 ZZVZ ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0268/2023/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 ZZVZ zadavatel a navrhovatel (dále jen „**správní řízení**“).

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 31. 7. 2023

7. Dne 31. 7. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0268/2023/VZ, č. j. ÚOHS-28641/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž podle § 265 písm. a) ZZVZ zamítl návrh navrhovatele, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.

8. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí předně posoudil námitku navrhovatele proti přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách. Úřad zjistil, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl důvody, pro které považuje způsob stanovení termínu zahájení stavebních prací za souladný se ZZVZ, z jakého důvodu obchodní podmínky neobsahují inflační doložku, jaký je účel smluvních pokut a proč je stanovil v dané výši. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem námitkám, a tudíž neporušil pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 ZZVZ.

9. Úřad se dále obecně vyjádřil ke své příslušnosti přezkoumávat smluvní (obchodní) podmínky stanovené v zadávací dokumentaci. Úřad v této souvislosti uvedl, že z rozhodovací praxe vyplývá, že jeho oprávnění je značně omezeno na případy, kdy tyto podmínky představují zjevný exces ve smyslu atakování faktické nemožnosti plnění veřejné zakázky či neúnosné narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 ZZVZ.

10. Ve vztahu ke smluvní podmínce spočívající ve způsobu vymezení data zahájení prací na díle Úřad zjistil, že dodavatelé mají k dispozici datum předpokládaného zahájení plnění veřejné zakázky a současně je stanovena i nejzazší lhůta, v jaké může zadavatel oznámit zhotoviteli datum zahájení prací, přičemž je na zhotoviteli, kdy po tomto oznámení s pracemi začne. Rovněž je stanovena pouze celková 30měsíční lhůta plnění a 6 základních milníků, přičemž konkrétní harmonogram si zhotovitel určuje sám (a to i v návaznosti na fakticky oznámené datum zahájení prací). Všem dodavatelům je navíc ze smluvních podmínek známo, že tyto obsahují nástroje (tzv. claimy) pro prodlužování lhůt plnění např. z důvodu nepříznivých klimatických podmínek. Dle Úřadu tak dodavatelé měli dostatek informací o tom, jak má plnění veřejné zakázky rámcově probíhat, a proto mohli jakožto odborníci vyhodnotit, zda je pro ně účast v zadávacím řízení výhodná, či nikoliv, a to i s ohledem na možná rizika a s tím související náklady. Úřad současně poukázal na skutečnost, že navrhovatel v námitkách ani v návrhu samostatně nerozporoval nedostatečnost 30měsíční lhůty plnění díla či lhůt pro splnění závazných milníků. K argumentaci navrhovatele, že není zřejmé, zda bude veřejná zakázka vůbec realizována, Úřad mimo jiné uvedl, že provedení předmětu veřejné zakázky vyplývá z objektivních potřeb zadavatele a zadavatel má již na jeho realizaci alokovány prostředky ze státního rozpočtu, a proto je v jeho zájmu neoddalovat zahájení prací na díle. Dle Úřadu se nelze domnívat, že by zadavatel postupoval tak, aby plnění veřejné zakázky záměrně zmařil. Úřad s ohledem na všechny uvedené skutečnosti nevyhodnotil způsob stanovení data zahájení prací jako excesivní.

11. K navrhovatelem namítanému nestanovení inflační doložky Úřad mimo jiné uvedl, že zadavatel tuto skutečnost odůvodnil tím, že vzhledem k vysokému růstu inflace v době

zadávání veřejné zakázky by takovýto mechanismus mohl vést k dodatečnému nárůstu ceny plnění hrazené ze státního rozpočtu, což by mu mohlo způsobit potíže s jejím financováním. Dle Úřadu je navrhovatel (stejně jako další relevantní dodavatelé) profesionálním podnikajícím subjektem, který musí vyhodnotit pro své podnikání relevantní faktory a na jejich základě učinit obchodní rozhodnutí, zda má zájem o veřejnou zakázku, přičemž případné rizikové faktory musí promítnout např. do nabídkové ceny. Pokud potenciální rizika nezná sám dodavatel, stěží lze spravedlivě požadovat po zadavateli, aby nastavil smluvní podmínky tak, že všechna potenciální rizika, jež zhotoviteli hrozí, budou eliminována.

12. K navrhovatelem namítané nepřiměřenosti smluvních pokut Úřad mimo jiné uvedl, že sankční důsledky smluvních pokut nastanou pouze v případě, že zhotovitel nesplní primární povinnost stanovenou ve smluvních podmínkách. Tedy to, jakou míru újmy mohou smluvní pokuty zhotoviteli způsobit, závisí především na jeho jednání. Úřad je toho názoru, že míru podnikatelského rizika je třeba vnímat relativně, a to vzhledem k předmětu veřejné zakázky a jeho rozsahu, což znamená, že u zakázek velkých jako v posuzovaném případě bude míra rizika pro dodavatele vyšší než u „běžných“ zakázek, což však neznamená, že toto riziko je zjevně excesivní vůči dané veřejné zakázce. Za excesivní a nezákonnou by bylo možné považovat pouze takovou míru rizika, která by byla ve vztahu k dané veřejné zakázce natolik neúměrná, že by způsobovala eliminaci hospodářské soutěže či faktickou nemožnost plnění zakázky. Úřad se dále vyjádřil k jednotlivým smluvním pokutám napadeným navrhovatelem a uzavřel, že v jejich stanovení nespatřuje zjevný exces, neboť jejich výše i limitace byla zadavatelem zvolena racionálně, koresponduje se škodou, která by mu mohla vzniknout v důsledku porušení smluvních podmínek zhotovitelem a zároveň není excesivní v tom směru, že by působila ve vztahu k určitému okruhu dodavatelů diskriminačně a atakovala faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky.

13. Úřad rovněž akcentoval, že zadavatel obdržel žádost o účast v zadávacím řízení od 11 dodavatelů, přičemž 9 z nich (vč. navrhovatele) se následně rozhodlo podat předběžnou nabídku, z čehož Úřadu nevyplývá, že by dotčené nastavení smluvních podmínek mělo být excesivní, když takovýto počet relevantních dodavatelů je zjevně ochoten přijmout míru rizika spojenou s účastí v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, resp. s jejím plněním.

14. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uzavřel, že ač lze pochopit, že navrhovatelem namítané smluvní podmínky s sebou nesou jistá rizika a komplikace pro dodavatele, nelze je považovat (a to ani v jejich vzájemné kombinaci) za excesivní v tom smyslu, že by dodavatelům reálně bránily v účasti v zadávacím řízení. Dle Úřadu zadávací podmínky naopak poskytují dodavatelům dostatek nástrojů a informací, aby mohli zvážit svou účast v zadávacím řízení a podat srovnatelné nabídky.

IV. Rozklad navrhovatele ze dne 15. 8. 2023

15. Dne 15. 8. 2023 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo doručeno navrhovateli dne 31. 7. 2023. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na úterý 15. 8. 2023. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

16. Navrhovatel v rozkladu předně namítá, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nezabýval podstatou jeho argumentace a neuvádí v něm vlastní úvahy a právní posouzení, ale

pouze bez dalšího a zcela tendenčně přejímá tvrzení sdělená zadavatelem, což ho činí nepřezkoumatelným.

17. Dle navrhovatele Úřad bez jakéhokoliv bližšího zkoumání okolností šetřené veřejné zakázky aplikoval závěry ze svých předchozích rozhodnutí, které se však týkaly zcela neporovnatelných zakázek. Navrhovatel je toho názoru, že Úřad by měl v případech, jako je přezkoumávaná veřejná zakázka, zohlednit konkrétní okolnosti a nepřenášet slepě zobecňující závěry z jiných rozhodnutí. V případě přezkoumávané veřejné zakázky je nezbytné vnímat excesivní povahu namítaných smluvních podmínek s ohledem na její vysokou finanční hodnotu. V jejím důsledku je neúměrně vysoká výše nákladů na úplatné *„zasmluvnění“* kapacit personálu, poddodavatelů, mechanizace či dodávek materiálů, které je vybraný dodavatel nucen mít *„v záloze“* po podpisu smlouvy, a to ve lhůtě 18 + 6 měsíců, aniž by věděl, zda a kdy dojde k zahájení prací na díle. Dalším důvodem, proč nelze aplikovat závěry předchozích rozhodnutí Úřadu, jsou dle navrhovatele likvidační smluvní pokuty a hrozící náhrada škody za nedodržení termínů plnění. Podstatou této jeho argumentace se však Úřad vůbec nezabýval.

18. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel neuvedl žádné relevantní důvody, pro které nebyl schopen určit konkrétní termín zahájení prací po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, a že Úřad nezjišťoval, proč zadavatel tyto důvody neuvedl. Jakmile je smlouva podepsána, je zcela namístě, aby dodavatelé znali termín, kdy dojde k zahájení prací na díle. Zadavateli přitom nic nebránilo stanovit lhůtu, která by se počítala od podpisu smlouvy. Na straně zadavatele v tomto ohledu neexistuje žádný oprávněný zájem. Jeho argumentace tím, že dopředu není známo, jak dlouho bude trvat zadávací řízení, je dle navrhovatele lichá, neboť namítaná podmínka se aplikuje až po podpisu smlouvy. Navrhovatel rovněž uvádí, že k posouzení přiměřenosti 30měsíční lhůty plnění je nezbytné znát datum zahájení prací po podpisu smlouvy.

19. Navrhovatel taktéž namítá, že Úřad bez jakéhokoliv zdůvodnění postavil na úroveň smluvním podmínkám obecnou informaci o předběžném datu zahájení prací, uvedenou v zadávací dokumentaci. Dle navrhovatele tato informace nijak neredukuje riziko smluvních pokut či náhrady škody za nedodržení termínů či výši nákladů, které zhotovitel bude nucen hradit, aby zajistil personální kapacity, poddodavatele či materiál a aby je držel *„v záloze“*.

20. Navrhovatel především brojí proti smluvní podmínce, podle níž je zhotovitel po podpisu smlouvy vázán termíny plnění pod hrozbou smluvních pokut a náhrady škody, zatímco zadavatel má *„beztrestně“* a bez existence jakýchkoliv legitimních důvodů 18 + 6 měsíců na to, aby se rozhodl, zda a kdy zahájí plnění veřejné zakázky. Právě tato neodůvodněná libovůle a nevyváženost smluvního vztahu mají činit smluvní podmínky excesivními.

21. K argumentaci Úřadu, že k zahájení prací nemusí dojít hned za 7 dnů od oznámení zadavatelem, ale kdykoliv v následujícím období po určení data zahájení prací, navrhovatel namítá, že termíny plnění se počítají od data oznámeného zadavatelem dle čl. 8.1 smluvních podmínek. Pokud navrhovatel zahájí práce později, zkrátí si tím dobu pro realizaci díla, čímž se zvýší riziko, že ho nedokončí ve sjednaných termínech. Závěry Úřadu tedy nijak nevyvrací argumentaci navrhovatele ohledně rizika smluvních pokut a náhrady škody. Úvahy Úřadu o tom, že zadavatel stanovuje pouze základní časový plán, je dle navrhovatele rovněž zavádějící, neboť zadavatel stanovil závazné milníky a dobu pro dokončení díla. Rozhodně tedy není pravdou tvrzení Úřadu, že zhotovitel může v harmonogramu zohlednit stanovený začátek

zahájení prací. Pokud je zhotovitel vázán závaznými termíny, nemá možnost zohlednit posun způsobený zahájením prací např. v lednu.

22. Navrhovatel rovněž odmítá argumentaci Úřadu smluvními nástroji umožňujícími prodloužení lhůt plnění (tzv. claimy), neboť ty lze použít pouze na nově vzniklé objektivní okolnosti, které nastanou až po uzavření smlouvy. Aspekty, které namítal navrhovatel, však spočívají v tom, že celková doba realizace může být nepřiměřená již v okamžiku podepsání smlouvy a zahájení prací. Dle navrhovatele platí, že dodavatelé nejsou schopni posoudit s ohledem na nejasný termín zahájení prací reálnost splnění daných termínů, přičemž claimy v takovém případě použít nelze; v průběhu výstavby by totiž musely vzniknout jiné okolnosti, nezávislé na původní délce doby realizace.

23. Navrhovatel taktéž namítá, že Úřad v bodě 102 napadeného rozhodnutí uvádí pouhé spekulace, že realizace předmětu veřejné zakázky vyplývá z objektivních potřeb zadavatele, a tedy je v jeho zájmu neoddalovat zahájení prací na díle. Dle navrhovatele však smluvní podmínky ve skutečnosti nabízí zadavateli možnost nerealizovat veřejnou zakázku. Podle navrhovatele existují případy, kdy zadavatelé velice kreativně využívají různé nástroje, jak zrušit zadávací řízení nebo odstoupit od smlouvy v případě, že veřejnou zakázku vyhraje dodavatel, který nebyl zadavatelem favorizován. Navrhovatelem namítané smluvní podmínky, jejichž potřebu zadavatel nijak objektivně nezdůvodnil, zadavateli přesně takovouto možnost mají nabízet.

24. Ve vztahu k chybějící cenové, resp. inflační doložce navrhovatel v rozkladu uvádí, že pokud by mu bylo známo, v jaké lhůtě po podpisu smlouvy dojde k zahájení prací, mohl by ihned po jejím uzavření *„nasmlouvat“* potřebné dodavatele či nakoupit materiál a snížit tak riziko vyplývající z nárůstu cen. Pokud je termín zahájení prací znám, zhotovitel má jistotu, že k zahájení prací dojde, a pokud nikoliv, vzniká mu právo na náhradu škody, resp. vynaložených nákladů z důvodu porušení povinnosti objednatele (zadavatele). V případě této veřejné zakázky však zhotovitel nemůže přistoupit k závaznému objednání kapacit (a tedy k ovládání svého podnikatelského rizika), neboť v případě nerealizování veřejné zakázky by mu nevzniklo právo na náhradu vynaložených nákladů. Navrhovatel uvádí, že neshledává excesivní povahu v samotném nestanovení inflační doložky, ale v kombinaci toho, že tato doložka není sjednána a zadavatel je současně oprávněn zahájit plnění veřejné zakázky kdykoliv ve lhůtě 24 měsíců, anebo ho ani nezahájit. Taková situace může být zcela likvidační pro zhotovitele, nebo naopak extrémně nehospodárná pro zadavatele. Pouhá absence inflační doložky, pokud by bylo jednoznačně stanoveno, v jakém termínu po podpisu smlouvy dojde k zahájení prací (resp. zda k němu vůbec dojde), by excesivní povahu neměla.

25. Navrhovatel taktéž namítá, že situaci, kdy nemá žádnou jistotu, že veřejná zakázka bude realizována, přestože již bude podepsána smlouva, nelze považovat za běžné podnikatelské riziko či přenos rizika vývoje cen. Stejně tak nelze za podnikatelské riziko považovat zajištění dostupnosti kapacit po dobu 18 + 6 měsíců. Navrhovatel nesouhlasí s argumentací Úřadu, že je na uvážení každého dodavatele, jakou míru podnikatelského rizika je ochoten akceptovat, a tedy zda se zúčastní daného zadávacího řízení a jak toto riziko promítne do nabídkové ceny. Ústřední myšlenkou argumentace navrhovatele totiž je, že zadavatel mu bez existence jakýchkoliv legitimních důvodů znemožnil odhadnout a vyčíslit hrozící rizika.

26. K argumentaci Úřadu počtem podaných žádostí o účast a předběžných nabídek navrhovatel namítá, že nebyly předkládány závazné nabídky, neboť zadavatel nestanovil zadávací lhůtu ani požadavek na jistotu. Navrhovatel tedy podal předběžnou nabídku, kterou není vázán. Obdobně mohlo uvažovat všech 9 účastníků, a proto nelze tento počet předběžných nabídek považovat za jakkoliv vypovídající o tom, zda došlo k omezení soutěže či nikoliv. Dle navrhovatele smluvní podmínky naopak vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a určitým dodavatelům bezdůvodně nepřímo zaručují konkurenční výhodu.

27. Navrhovatel uvádí ve vztahu ke smluvním pokutám stanoveným zadavatelem, že namítal jejich výši v kontextu nejasného zahájení plnění veřejné zakázky, a tedy nemožnosti posoudit její realizovatelnost. Neplatí tedy tvrzení Úřadu, že dodržení termínů závisí především na jednání zhotovitele. Ze strany dodavatelů totiž není možné zhodnotit přiměřenost doby realizace, pokud neznají datum zahájení prací. Navrhovatel namítá, že maximální celková výše smluvních pokut 30 % z přijaté smluvní částky představuje zcela zjevný exces a likvidační riziko pro zhotovitele. To dle navrhovatele platí i o jednotlivých pokutách stanovených v čl. 4.28 písm. b), d), e), g) a h) přílohy k nabídce (dále jen „**Příloha k nabídce**“), která je součástí přílohy č. 1 zadávací dokumentace *„Návrh Smlouvy“*, jehož součástí je kromě jiného *„Dopis nabídky včetně Přílohy k nabídce“*. Předmětné smluvní pokuty jsou zcela nepřiměřené, jelikož ze zadávacích podmínek není zřejmé datum zahájení prací, a smluvní pokuty ani neodpovídají běžné praxi ve stavebnictví a hodnotě či významu zajišťovaných povinností. Dle navrhovatele je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné rovněž v této části.

28. Navrhovatel má ze všech výše uvedených důvodů za to, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil naplnění dispozice § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ a porušení zásad přiměřenosti a transparentnosti zakotvených v § 6 ZZVZ.

Návrh rozkladu

29. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadané rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 18. 8. 2023 k rozkladu

30. Zadavatel ve vyjádření ze dne 18. 8. 2023 k rozkladu uvádí, že trvá na tom, že zadávací podmínky stanovil v souladu se zákonem a že nejsou excesivní. K námitce navrhovatele, že excesivní povahu smluvních podmínek je nezbytné vnímat s ohledem na nestandardně vysoký finanční objem veřejné zakázky, zadavatel uvádí, že právě vzhledem k této skutečnosti byly smluvní podmínky stanoveny přiměřeně.

31. Zadavatel upozorňuje na to, že pro počátek lhůty pro zahájení prací na díle je dle smluvních podmínek rozhodné základní datum, což je datum 28 dnů před termínem pro předložení nabídky. Lhůta pro oznámení data zahájení stavebních prací zhotoviteli tak bude výrazně kratší, než jak uvádí navrhovatel ve svých podáních. Zadavatel dále zdůrazňuje, že navrhovatel zcela pomíjí skutečnost, že zadavatel v čl. 8 zadávací dokumentace stanovil předpokládaný termín zahájení stavebních prací ve druhé polovině roku 2023. Tvrzení navrhovatele, že není zřejmé, zda bude veřejná zakázka skutečně realizována, považuje zadavatel za zcela neopodstatněné vzhledem ke svým dosavadním úkonům směřujícím k zadání veřejné zakázky a realizaci předmětu plnění.

32. Dle přesvědčení zadavatele jsou veškeré argumenty navrhovatele obsažené v rozkladu nedůvodné, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

33. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

34. 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 podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadaného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

35. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.

36. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu a důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí

K námitce, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné

37. Navrhovatel v rozkladu předně obecně namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné (pro nedostatek důvodů), neboť Úřad se v jeho odůvodnění nezabývá podstatou argumentace navrhovatele a neuvádí v něm vlastní úvahy a právní posouzení, ale pouze bez dalšího a zcela tendenčně přejímá tvrzení sdělená zadavatelem.

38. Například Krajský soud v Brně uvedl v bodě 7 rozsudku č. j. 31 Af 69/2021-68 ze dne 31. 8. 2023, že *„povinnost orgánů veřejné moci svá rozhodnutí řádně odůvodnit nelze interpretovat jako požadavek na detailní odpověď na každé tvrzení. Proto zpravidla postačuje, jsou-li vypořádány alespoň základní námitky účastníka řízení (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008-13), případně, za podmínek tomu přiměřeného kontextu, i s akceptací odpovědi implicitní, což připouští Ústavní soud (srov. např. usnesení ze dne 18. 11. 2011, sp. zn. II. ÚS 2774/09) i Nejvyšší správní soud (srov. např. rozsudek ze dne 21. 12. 2011, č. j. 4 Ads 58/2011-72)“*.

39. Navrhovatel v návrhu namítal nezákonnost některých smluvních podmínek veřejné zakázky (tj. konkrétních ustanovení smlouvy na veřejnou zakázku, která má být uzavřena mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem), a to nezákonnost termínu zahájení prací, chybějící cenové (resp. inflační) doložky a výše smluvních pokut za porušení některých smluvních povinností. Navrhovatel směřoval svůj návrh rovněž proti přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, v rozkladu však závěry Úřadu v tomto ohledu nijak nenapadá.

40. Úřad rozhodl o návrhu navrhovatele tak, že ho napadeným rozhodnutím zamítl podle § 265 písm. a) ZZVZ, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Vzhledem k tomu byl

povinen uvést v odůvodnění napadeného rozhodnutí, proč návrhu nevyhověl, tj. proč nepřijal navrhovatelem požadované nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. V této souvislosti byl v souladu s § 68 odst. 3 správního řádu zejména povinen uvést podklady napadeného rozhodnutí, úvahy, kterými se řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů a proč právní normy aplikoval způsobem, který vedl k jeho výslednému rozhodnutí, a rovněž informaci o tom, jak se vypořádal s argumentací (námitkami) navrhovatele.

41. Jsem toho názoru, že Úřad napadené rozhodnutí odůvodnil dostatečným způsobem, když nejdříve v jeho bodech 45-77 shrnul relevantní ustanovení ZZVZ a skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení, v bodech 85-90 se obecně vyjádřil ke své příslušnosti přezkoumávat smluvní podmínky a následně v bodech 91-125 posoudil zákonnost navrhovatelem napadených smluvních podmínek. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že ačkoliv dané smluvní podmínky s sebou nesou určitá rizika a komplikace pro dodavatele, dle Úřadu je nelze považovat (a to ani v jejich vzájemné kombinaci) za excesivní v tom smyslu, že by dodavatelům bránily v účasti v zadávacím řízení a v plnění veřejné zakázky. Odůvodnění napadeného rozhodnutí obsahuje vlastní úvahy Úřadu a jeho vypořádání se s podstatou argumentace navrhovatele, což je patrné i z jeho shrnutí v bodech 10-14 tohoto rozhodnutí.

42. Navrhovatel dovozuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí konkrétně ze skutečnosti, že Úřad měl bez jakéhokoliv zdůvodnění postavit na úroveň smluvním podmínkám informaci zadavatele o předběžném datu zahájení prací a převzít jeho údajně nepravdivé tvrzení, že „*není schopen termín zahájení prací na zakázce s ohledem na charakter dané zakázky stanovit konkrétněji, nelze jej k tomu nutit*“. K tomu uvádím, že není pravdou, že Úřad postavil na roveň smluvním podmínkám informaci o předběžném datu zahájení prací, neboť v bodech 95 a 101 napadeného rozhodnutí pouze upozornil na skutečnost, že zadavatel v čl. 8 zadávací dokumentace informoval potenciální dodavatele o tom, že očekává zahájení stavebních prací ve druhé polovině roku 2023. Z bodu 95 napadeného rozhodnutí dále vyplývá, že Úřad odůvodnil, proč považuje za legitimní zdůvodnění zadavatele, že nebyl schopen stanovit konkrétní termín zahájení stavebních prací, neboť zadávací řízení se může prodloužit na základě mnoha nepředvídatelných okolností. Úřad zde uvedl, že zadavatel nemůže předvídat, kdy bude ukončeno zadávací řízení, neboť to se může protáhnout v důsledku mnoha skutečností, které jsou často mimo sféru jeho vlivu. Úřad v této souvislosti doplnil v bodě 97 napadeného rozhodnutí, že skutečností rozhodnou pro počátek lhůty, v níž zadavatel může oznámit datum zahájení prací, je základní datum, což je dle čl. 1.1.3.1 smluvních podmínek datum 28 dnů před termínem pro předložení nabídky. Dle Úřadu to znamená, že předmětná lhůta počíná běžet již v průběhu zadávacího řízení, a proto se neztotožnil s navrhovatelem v tom, že vývoj zadávacího řízení je pro běh této lhůty irelevantní.

43. Navrhovatel spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí dále v tom, že Úřad nedostatečně posoudil důvodnost smluvních pokut stanovených zadavatelem. Úřad se vyjádřil k přiměřenosti smluvních pokut v bodech 110-125 napadeného rozhodnutí, a to nejdříve v jeho bodech 111-113 obecně k rozsahu přezkumu těchto smluvních podmínek, funkci smluvních pokut a k tomu, že jejich výši je třeba posuzovat s ohledem na přiměřené podnikatelské riziko odpovídající dané zakázce. Úřad v této souvislosti uvedl, že u velkých zakázek, jako je tomu v posuzovaném případě, je míra rizika pro dodavatele vyšší než u „běžných“ zakázek, což však samo o sobě neznamená, že je takové riziko excesivní. V bodech 115-121 napadeného rozhodnutí se Úřad konkrétně vyjádřil k jednotlivým smluvním pokutám

namítaným navrhovatelem, přičemž neshledal, že by byly ve vztahu k šetřené veřejné zakázce zjevně excesivní. V bodě 124 napadeného rozhodnutí se Úřad rovněž vyslovil ke smluvní podmínce, podle níž nepřesáhne maximální výše smluvních pokut uhrazených zhotovitelem za porušení smlouvy na veřejnou zakázku 30 % smluvní částky. V bodě 125 napadeného rozhodnutí Úřad uzavřel, že nespatřuje v koncepci smluvních pokut zjevný exces, neboť po zhodnocení okolností přezkoumávané věci je zřejmé, že jejich výše (včetně jejich limitace dosahující hodnoty 30 % smluvní ceny) byla zadavatelem stanovena racionálně, koresponduje se škodou, která by mu mohla vzniknout v důsledku porušení smluvních podmínek zhotovitelem a zároveň není excesivní v tom směru, že by ve vztahu k určitému okruhu dodavatelů působila diskriminačně a atakovala faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky.

44. Dle navrhovatele je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné rovněž proto, že Úřad měl bez jakéhokoliv bližšího zkoumání okolností šetřené veřejné zakázky aplikovat závěry ze svých předchozích rozhodnutí, které se však měly týkat zcela neporovnatelných zakázek, a současně proto, že Úřad se neměl zabývat podstatou argumentace navrhovatele, podle níž je přezkoumávaná veřejná zakázka výjimečná její vysokou finanční hodnotou.

45. Úřad nejprve citoval v bodě 92 napadeného rozhodnutí závěry některých svých dřívějších rozhodnutí, v nichž posuzoval obdobné smluvní podmínky jako v právě šetřeném případě a v návaznosti na to uvedl jeho bodě 93, že *„postup určení termínu zahájení prací na veřejné zakázce v návaznosti na výzvu či oznámení zadavatele učiněné v jistém časovém období po uzavření smlouvy lze **v obecnosti*** [zvýrazněno předsedou Úřadu] *považovat za legitimní, stejně jako nestanovení cenové doložky a obdobných mechanismů pro navyšování ceny zakázky, což ostatně nepopírá ani navrhovatel, kdy však tento vidí excesivnost dotčených smluvních podmínek zejm. v kontextu velikosti šetřené veřejné zakázky a jejich vzájemné kombinaci“*. V bodě 94 napadeného rozhodnutí Úřad zopakoval, že nepřehlédl argumentaci navrhovatele, že dle jeho přesvědčení nelze použít na právě posuzovaný případ předchozí rozhodnutí Úřadu a jeho předsedy, neboť se vztahovala k zakázkám s výrazně nižší předpokládanou hodnotou. Úřad v tomto bodě napadeného rozhodnutí současně předeslal, že nepřisvědčil těmto argumentům navrhovatele, resp. neshledal důvod se odchýlit od svých dřívějších závěrů, což podrobně odůvodnil v další části napadeného rozhodnutí, kde rozebral navrhovatelem namítané smluvní podmínky a současně vypořádal jako argumentaci obsaženou v návrhu.

46. K námitce navrhovatele, že dodavatelé se nebudou schopni dostatečně připravit na zahájení plnění díla, Úřad v bodě 105 napadeného rozhodnutí mimo jiné uvedl, že si mohli učinit dostatečně konkrétní představu o riziku spojeném s průběhem plnění smlouvy na veřejnou zakázku na základě zadavatelem stanovených zadávacích podmínek (zejm. časového období, kdy je možné oznámit zahájení prací, postupných závazných milníků a lhůty pro dokončení díla při zohlednění stanovení vlastního časového harmonogramu a mechanismů pro posun lhůt plnění) a toto riziko mohli zohlednit při přípravě nabídky a následně i v průběhu plnění díla. K navrhovatelem akcentované velikosti šetřené veřejné zakázky Úřad uvedl v bodě 107 napadeného rozhodnutí, že u takto velké zakázky bude míra rizika dodavatelů vyšší než u „běžných“ zakázek, což však samo o sobě neznamená, že namítané smluvní podmínky jsou excesivní. K tomu podotýkám, že ani v případě odkazovaných veřejných zakázek (v hodnotě 100-150 mil. Kč) se nejednalo o předmět plnění s malou finanční hodnotou.

47. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí tak vyplývá, že Úřad použil svá předchozí rozhodnutí jako vodítko, aby nerozhodoval v obdobných případech nedůvodně odlišně a jeho rozhodovací

praxe byla předvídatelná. Současně se vyjádřil ke specifikům šetřené věci, přičemž shledal, že se nejedná o právně významné rozdíly, kvůli kterým by ji musel posoudit odlišně. Tento přístup Úřadu lze považovat za správný a běžný nejen v rozhodovací praxi správních orgánů, ale i soudů.

48. Jak bude dále podrobně odůvodněno, stejně jako Úřad jsem shledal, že navrhovatelem rozporované smluvní podmínky nejsou excesivní, a že rizika s nimi související bylo možné vyhodnotit a adekvátně zohlednit, a to obdobným způsobem jako u veřejných zakázek s nižší předpokládanou hodnotou. V rámci svého posouzení jsem vyšel z konkrétních skutkových okolností této věci (včetně její finanční hodnoty), aniž bych (slovy navrhovatele) slepě přenášel zobecňující závěry z jiných rozhodnutí. K tomu obecně podotýkám, že fakt, že dvě věci nejsou skutkově zcela identické, sám o sobě neznamená, že Úřad je o nich povinen rozhodnout odlišně.

49. Lze tedy shrnout, že jsem toho názoru, že Úřad dostatečným způsobem odůvodnil, z jakého důvodu nevyhověl návrhu navrhovatele, tj. proč nedospěl k závěru o nezákonnosti jím napadených smluvních podmínek, a jak vypořádal jeho námitky. Rozkladovou námitku navrhovatele, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné (pro nedostatek důvodů), proto shledávám nedůvodnou. Zároveň podotýkám, že stěžejní argumentace navrhovatele v rozkladu se shoduje s jeho stěžejní argumentací v návrhu, a proto se v rámci vypořádání rozkladových námitek přeneseně vyjádřím i k námitkám návrhu. Tím dojde k doplnění odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to v souladu s konstantní judikaturou Nejvyššího správního soudu, podle níž rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o odvolání (rozkladu) podaném proti takovému rozhodnutí tvoří jeden celek (viz např. jeho rozsudky č. j. 5 Afs 16/2003-56, č. j. 9 As 64/2007-98, č. j. 4 Ads 114/2011-105, č. j. 6 Ads 134/2012-47, č. j. 6 As 161/2013-25 nebo č. j. 4 As 207/2020-40).

K míře přezkumu smluvních podmínek Úřadem

50. Mírou přezkumu smluvních podmínek ze strany Úřadu, jež mají být obsahem smluv na veřejné zakázky, se podrobně zabýval např. Krajský soud v Brně v bodech 28-31 rozsudku č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019. Úřad tuto problematiku správně shrnul v bodech 85-90 napadeného rozhodnutí, k čemuž doplňuji následující.

51. V posuzovaném případě navrhovatel napadá zákonnost smluvních podmínek, které se mají stát obsahem smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku (blíže viz bod 39 tohoto rozhodnutí), a jež současně nemají žádný vztah k podmínkám kvalifikace, technickým podmínkám ani hodnocení nabídek, a proto se jejich dopad v zásadě projeví až po ukončení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a to v průběhu její realizace.

52. Úřad vykonává podle § 248 ZZVZ dozor nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy, a to z pohledu dodržení pravidel stanovených v ZZVZ (a v zadávacích podmínkách). Úřad však v rámci tohoto dohledu nevykonává dozor nad dodržováním jiných právních předpisů (např. občanského zákoníku). ZZVZ neobsahuje žádnou zvláštní právní úpravu, která by regulovala náležitosti smlouvy, která má být uzavřena na veřejnou zakázku (tj. práva a povinnosti smluvních stran), tedy v zásadě ponechává na uvážení jednotlivých zadavatelů, jakým způsobem nastaví smluvní podmínky. Ve vztahu k šetřenému zadávacímu řízení to znamená, že ZZVZ nedává odpovědět na to, jakým způsobem zadavatel mohl vymezit termín

zahájení plnění stavby, zda mohl a měl stanovit inflační doložku a zda a v jaké výši mohl určit smluvní pokuty.

53. V souvislosti s obchodními (smluvními) podmínkami je v § 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ „pouze" stanoveno, že se musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky. Zadavatelé jsou při stanovení smluvních podmínek rovněž povinni dodržovat zásady zadávání veřejných zakázek zakotvené v § 6 ZZVZ. Úřad je tedy oprávněn a povinen provádět přezkum smluvních podmínek, avšak pouze prizmatem těchto ustanovení ZZVZ. Krajský soud v Brně v této souvislosti uvedl v rozsudku č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019, že *„přestože smluvní podmínky se obecně nacházejí mimo možnosti přezkumu ze strany žalovaného* [tj. Úřadu – pozn. předsedy Úřadu]*, neboť jistě není (a nemůže být) úkolem žalovaného, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci, a tím se stal arbitrem výlučně soukromoprávního střetu představ zadavatele i dodavatele ohledně konkrétních parametrů jejich vzájemného závazkového vztahu, v případech sporu mezi zadavatelem a dodavatelem ohledně dodržení především § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ konkrétním nastavením těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy projeví jako podmínky smluvní, žalovaný pravomoc k posouzení těchto podmínek má – a pro svoje rozhodování ohledně zákonnosti postupu zadavatele podle ZZVZ je posoudit musí"*.

54. Úřad je tedy oprávněn a současně povinen se zabývat smluvními podmínkami, jež jsou součástí zadávacích podmínek a jež se mají projevit až v průběhu plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, jen z pohledu dodržení pravidel stanovených v ZZVZ. To v zásadě znamená, že smluvní podmínky posuzuje z pohledu dodržení zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 ZZVZ – především zásad transparentnosti, přiměřenosti a zákazu diskriminace, a případně dalších výslovných omezení vyplývajících ze ZZVZ [§ 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ], nikoliv však již, zda byly dodrženy jiné právní předpisy (např. zákon o finanční kontrole či občanský zákoník).

55. V rámci přezkoumávání dodržení zásady přiměřenosti při vymezení smluvních podmínek Úřad nemůže přejímat roli zadavatele a zasahovat mu do jeho budoucího soukromoprávního vztahu, neboť dostatečně nezná jeho potřeby a nenese žádnou odpovědnost za průběh realizace veřejné zakázky a za rizika a náklady s ní spojené. Úkolem Úřadu není posuzování vhodnosti (z pohledu ekonomického či právního) či vymahatelnosti smluvních podmínek a korigování každého vychýlení rovnováhy v závazkovém vztahu, který má být uzavřen na veřejnou zakázku. Úřad by měl být povolán k zásahu jen výjimečně, a to ve zjevně excesivních případech, kdy je tato rovnováha narušena nedůvodně a velmi intenzivním způsobem (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014). V této souvislosti lze podotknout, že rolí Úřadu rovněž není, aby zkušeným dodavatelům radil a poučoval je, jak mají v konkrétním případě pracovat se svým podnikatelským rizikem (k čemuž navrhovatel Úřad *de facto* nutí).

K termínu zahájení prací na díle stanoveném zadavatelem a chybějící inflační doložce

56. Navrhovatel má především za to, že zadavatel tím, jak stanovil termín zahájení prací, porušil § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ a zásady přiměřenosti a transparentnosti zakotvené v § 6 ZZVZ.

57. Zadavatel použil při zpracování smluvních podmínek zadávacího řízení obchodní podmínky FIDIC – červenou knihu nazvané *„Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem – obecné podmínky“* (dále jen „**obecné podmínky**“), které upravil a doplnil prostřednictvím zvláštních podmínek nazvaných *„Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem – zvláštní podmínky“* (dále jen „**zvláštní podmínky**“). Pojem „**smluvní podmínky**“ používaný v textu tohoto rozhodnutí znamená **obecné podmínky ve znění zvláštních podmínek**.

58. Podle čl. 1.1.3.1 smluvních podmínek *„‚Základní datum‘ je datum 28 dnů před termínem pro předložení Nabídky“*.

59. Podle čl. 8.1 smluvních podmínek *„správce stavby musí dát Zhotoviteli nejméně 7 dnů předem oznámení o Datu zahájení prací. Zhotovitel není oprávněn přistoupit k provádění prací na Díle před Datem zahájení prací uvedeným v oznámení podle předcházející věty. Zhotovitel musí zahájit provádění Díla co nejdříve, jak je to rozumně možné po Datu zahájení prací a musí pak v pracích na Díle postupovat s náležitou rychlostí a bez zpoždění“*.

60. Podle čl. 1.1.3.3 smluvních podmínek *„‚Doba pro dokončení‘ je doba pro dokončení Díla nebo Sekce (podle okolností) podle Pod-článku 8.2 [Doba pro dokončení] tak, jak je stanovena v Příloze k nabídce (se všemi prodlouženími podle Pod-článku 8.4 [Prodloužení doby pro dokončení]), počítaná od Data zahájení prací“*.

61. Na str. 6 Přílohy k nabídce je uvedeno, že Doba pro dokončení Díla činí 30 měsíců.

62. Podle čl. 16.5 smluvních podmínek *„zhotovitel je podle vlastního uvážení oprávněn vypovědět Smlouvu oznámením takové výpovědi Objednateli s 6měsíční výpovědní dobou a výhradně z důvodu, že Datum zahájení prací ve smyslu Pod-článku 8.1 [Zahájení prací na díle] nenastalo ve lhůtě 18 měsíců od Základního data. Zhotovitel je oprávněn vypovědět Smlouvu pouze pokud a dokud nenastane Datum zahájení prací ve smyslu Pod-článku 8.1 [Zahájení prací na díle]; Zhotovitel tedy není oprávněn vypovědět Smlouvou podle tohoto Pod-článku, nastalo-li již Datum zahájení prací ve smyslu Pod-článku 8.1 [Zahájení prací na díle], a to bez ohledu na to, že Datum zahájení prací ve smyslu Pod-článku 8.1 [Zahájení prací na díle] nastalo až po lhůtě 18 měsíců od Základního data. Strany se dohodly, že nastane-li dodatečně Datum zahájení prací ve smyslu Pod-článku 8.1 [Zahájení prací na díle] v 6měsíční výpovědní době, pozbývá výpověď Zhotovitele bez dalšího právních účinků“*.

63. Podle čl. 15.5 smluvních podmínek *„objednatel je oprávněn kdykoli Smlouvu vypovědět podle vlastního uvážení oznámením takové výpovědi Zhotoviteli. Výpověď nabude účinnosti 6 měsíců po tom, co buď Zhotovitel obdrží toto oznámení, nebo Objednatel vrátí Zajištění splnění smlouvy, podle toho, co nastane později. Objednatel nesmí vypovědět Smlouvu podle tohoto Pod-článku kvůli tomu, aby Dílo provedl sám nebo nechal Dílo provést jiným zhotovitelem.*

Po této výpovědi musí Zhotovitel postupovat v souladu s Pod-článkem 16.3 [Skončení prací a odklízení vybavení zhotovitele] a musí mu být zaplaceno v souladu s Pod-článkem 19.6 [Dobrovolné odstoupení, platba a osvobození z plnění].

V případě, že Objednatel, aniž by Správce stavby dosud oznámil Zhotoviteli Datum zahájení prací podle Pod-článku 8.1 [Zahájení prací na díle], Zhotoviteli oznámí, že vypovídá Smlouvu z důvodu, že

(a) nebylo schváleno financování provedení Díla z prostředků, z nichž bylo financování předpokládáno v zadávací dokumentaci nebo v oznámení o zahájení zadávacího řízení veřejné zakázky na provedení Díla; nebo

(b) financování provedení Díla z prostředků, z nichž bylo financování předpokládáno v zadávací dokumentaci nebo oznámení o zahájení zadávacího řízení veřejné zakázky na provedení Díla, je podmíněno splněním podmínek, které by znamenaly podstatnou změnu Díla; anebo

(c) nejsou k dispozici příslušná pravomocná správní rozhodnutí, opatření obecné povahy nebo jiné úkony správního orgánu (jednání), které jsou nutné pro realizaci Díla, zejména pak nejsou k dispozici příslušná stavební povolení;

nenáleží Zhotoviteli kompenzace Nákladů ani náhrada škody včetně ušlého zisku, ani jiné nároky peněžitého či jiného charakteru".

64. Z citovaných smluvních podmínek a Přílohy k nabídce kromě jiného vyplývá, že zadavatel (resp. správce stavby[2]) je povinen vyzvat vybraného dodavatele, s nímž bude mít uzavřenu smlouvu na veřejnou zakázku (dále je „**zhotovitel**"), k zahájení prací na díle minimálně 7 dnů předem, a to kdykoliv ve lhůtě 18 měsíců, jež počíná běžet od tzv. základního data; fakticky se však jedná o lhůtu o minimálně 6 měsíců delší, neboť zhotovitel sice může smlouvu vypovědět po uplynutí 18 měsíců, avšak zadavatel má právo tuto výpověď anulovat, pokud ho v 6měsíční výpovědní lhůtě vyzve k zahájení prací na díle (v textu tohoto rozhodnutí se proto uvádí lhůta „**18 + 6 měsíců**"). Od zadavatelem určeného data zahájení prací počíná plynout 30měsíční lhůta k provedení díla.

K námitce porušení § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ a zásady transparentnosti

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

66. Podle § 36 odst. 3 ZZVZ *„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"*.

67. Ustanovení § 36 odst. 1 ZZVZ rozvíjí zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 ZZVZ a implicitně rovněž zásadu přiměřenosti stanovenou v § 6 odst. 1 ZZVZ, neboť případné omezení hospodářské soutěže by mělo být vždy odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele a odrážet složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky. Ustanovení § 36 odst. 3 ZZVZ rozvíjí zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 ZZVZ.

68. Ze zásady transparentnosti ve vztahu k zadávacím podmínkám v první řadě vyplývá, že musí být dostatečně podrobné a určité, aby se dodavatelé dokázali rozhodnout, zda se zúčastní zadávacího řízení a mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky. Smluvní podmínky v šetřeném případě, jež sestávají z obecných podmínek FIDIC čítajících 70 stran a zvláštních podmínek, které sestávají ze 42 stran, a dalších součástí vzorové smlouvy na veřejnou zakázku, lze dle mého názoru označit za obsáhlý a poměrně komplikovaný právní dokument, avšak

[2] V tomto rozhodnutí není pro zjednodušení používán pojem správce stavby, ale jen zadavatel, jehož jménem správce stavby podle smluvních podmínek jedná v některých případech při provádění díla. Ze stejného důvodu není používán pojem **objednatel**, kterým se dle smluvních podmínek rozumí zadavatel.

nikoliv za nejednoznačný či nejasný. Co se týká termínu zahájení prací, dodavatelé obdrželi srozumitelnou informaci o předpokládaném termínu, době, v níž zadavatel může vyzvat zhotovitele k zahájení prací, a rovněž o lhůtách, ve kterých je povinen stavbu provést.

69. Zadavatel v této souvislosti uvedl v rozhodnutí o námitkách, že *„nehodlá bezdůvodně oddalovat zahájení stavby, neboť by to bylo proti jeho vlastnímu zájmu a* […] *že stěžovatel zcela opominul skutečnost, že zadavatel stanovil v čl. 8. zadávací dokumentace předpokládané datum zahájení stavebních prací. Dle zadávací dokumentace je stanoveno, že stavební práce budou zahájeny zřejmě ve druhé polovině roku 2023. Ze zadávací dokumentace tedy vyplývá, v jakém časovém období zadavatel předpokládá zahájení stavebních prací. Zadavatel není schopen stanovit termín zahájení stavebních prací přesněji, neboť zadávací řízení se může na základě mnoha nepředvídatelných skutečností prodloužit (např. změnou zadávacích podmínek na základě žádostí o vysvětlení, podáním námitek a následného návrhu u Úřadu hospodářské soutěže)“*. Zadavatel odůvodnil jím zvolený způsob stanovení termínu zahájení stavebních prací poměrně stručně, a to nepředvídatelnou délkou zadávacího řízení. Jak bude dále rozvedeno, jelikož se nejedná o nikterak nestandardní smluvní podmínku, nebylo nezbytně nutné, aby zadavatel obšírněji vysvětloval důvod jejího stanovení; i bez toho je totiž jeho záměr dostatečně zřejmý.

70. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatel měl stanovit termín zahájení prací určitý počet dní od podpisu smlouvy. Dle mého názoru je však řešení, které zvolil zadavatel, tj. zahájení prací na výzvu zadavatele zaslanou zhotoviteli po uzavření smlouvy v určitém časovém období po jejím uzavření, rovněž legitimní, a nelze říci, že by mělo být považováno za neobvyklý způsob určení termínu zahájení prací. Ani v případě navrhovatelem preferované varianty totiž není jisté, kdy dojde k zahájení prací (zda se tak stane v lednu, červnu či v listopadu), neboť, jak zadavatel uvedl v rozhodnutí o námitkách, zadávací řízení se může na základě mnoha nepředvídatelných skutečností prodloužit. **V případě obou řešení jsou tedy dodavatelé nuceni podat nabídku, aniž by věděli, ve kterém měsíci či dokonce roce dojde k zahájení plnění veřejné zakázky.**

71. Rozdíl je „pouze“ v tom, že v případě prvního řešení je stanoven pevný termín od nejistého data uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, zatímco ve druhém případě zadavatel zasílá v určitém časovém rámci po uzavření smlouvy výzvu k zahájení prací. Pokud by tedy v případě první varianty došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku např. 24. 11. 2023 a práce by měly být dle smluvních podmínek zahájeny přesně za 1 měsíc, zhotovitel by je byl povinen zahájit 24. 12. 2023. V případě druhé varianty by však zadavatel mohl dojít k závěru, že se nejedná o vhodnou dobu pro zahájení prací, a proto by výzvu odeslal až v únoru příštího roku (neboť by mu to smlouva umožňovala; na rozdíl od první varianty). Toto řešení termínu zahájení prací je tedy flexibilnější, a proto může být i pro zadavatele vhodnější. Obecně je tedy třeba považovat posuzovanou smluvní podmínku za racionální a legitimní a námitku navrhovatele, že zadavatel byl povinen preferovat jím uváděné řešení, za nedůvodnou.

72. V případě řešení zvoleného zadavatelem dále vyvstala otázka, zda lze považovat za přiměřenou dobu, po kterou může zhotoviteli zaslat výzvu k zahájení prací, resp. zda tato doba není excesivní, jak namítá navrhovatel. Zadavatel určil lhůtu 18 + 6 měsíců, kterou odůvodnil nepředvídatelnou délkou zadávacího řízení. Jak bude dále blíže rozvedeno (viz body 89-94 tohoto rozhodnutí), přestože se na první pohled může tato lhůta jevit jako poměrně dlouhá, při zohlednění všech okolností excesivní není. Na tomto místě jen předestřu,

že zdůvodnění zadavatele délkou zadávacího řízení je relevantní, neboť předmětná lhůta začala běžet již v jeho průběhu, a proto čím bude zadávací řízení delší (což mohl zadavatel oprávněně předpokládat), tím bude zbývat kratší lhůta mezi uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku a koncem lhůty 18 + 6 měsíců. Zjevnou snahou zadavatele přitom kromě jiného bylo, aby tato lhůta neuplynula dříve, než dojde k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

73. Navrhovatel tvrdí (v rozkladu – blíže viz bod 23 tohoto rozhodnutí a podrobněji na str. 5 námitek), že zadavatel by mohl využít takto stanovený termín zahájení prací k nezákonné manipulaci s veřejnou zakázku, když dle navrhovatele nelze vyloučit, že někteří dodavatelé mohou disponovat informací, zda a kdy zadavatel plánuje zahájit její plnění. Dle navrhovatele by se zadavatel rovněž mohl domluvit s vybraným dodavatelem na *„dobrovolném“* navýšení smluvní ceny např. s ohledem na obecná ustanovení občanského zákoníku. Dle navrhovatele rovněž existují případy, kdy zadavatelé velice kreativně využívají různé nástroje, jak zrušit zadávací řízení nebo odstoupit od smlouvy v případě, že veřejnou zakázku vyhraje dodavatel, který jím nebyl favorizován. Navrhovatel tedy argumentuje v tom smyslu, že zadavatel by mohl páchat trestnou činnost v souvislosti se zadáváním šetřené veřejné zakázky. Ze strany navrhovatele se však zjevně jedná o pouhé spekulace, neboť v této souvislosti nepředložil žádné důkazy.

74. Ať už zadavatel uzavře smlouvu s jakýmkoliv dodavatelem (včetně navrhovatele), lze důvodně předpokládat, že bude mít zájem na bezproblémové realizaci zadané veřejné zakázky, a nikoliv že bude „neoblíbenému“ dodavateli její plnění znepříjemňovat. To by totiž škodil zejména sám sobě. Jak rovněž vyplývá z čl. 15.5 smluvních podmínek (blíže viz bod 63 tohoto rozhodnutí), zadavateli je zapovězeno vypovědět smlouvu z důvodu, aby dílo provedl sám nebo je nechal provést někým jiným. Pokud by i přesto zadavatel činil vůči zhotoviteli nestandardní kroky, má vždy možnost obrátit se na soud či policii. Úřad však nyní nemůže z důvodu, že zadavatel by teoreticky mohl hypotetickému spřízněnému dodavateli poskytnout výhody (např. mu slíbit zahájení prací v březnu 2024, zatímco jiným dodavatelům nikoliv), zrušit zadávací řízení.

75. Rozkladová námitka, že zadavatel porušil způsobem stanovení termínu zahájení prací § 36 odst. 1 ZZVZ (resp. zásadu zákazu diskriminace), bude především vypořádána v navazující části odůvodnění tohoto rozhodnutí týkající se námitky nepřiměřenosti této smluvní podmínky. Z návrhu a rozkladu totiž vyplývá, že navrhovatel dovozuje porušení zásady zákazu diskriminace z důvodu, že daná smluvní podmínka je nepřiměřeně excesivní.

76. K tvrzení navrhovatele, že způsob stanovení termínu zahájení prací a chybějící inflační doložka vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a určitým dodavatelům bezdůvodně nepřímo zaručují konkurenční výhodu, uvádím, že tyto smluvní podmínky nebrání žádnému dodavateli v účasti v zadávacím řízení (jako by bránily např. nezákonné podmínky kvalifikace či technické podmínky), ani nemají vliv na férovost výběru dodavatele (jako by měla nezákonná pravidla pro hodnocení nabídek). Z tohoto úhlu pohledu se tyto smluvní podmínky projeví až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a k jejich aplikaci ani dojít nemusí (nemusí nastat inflace, resp. může dojít k poklesu cen stavebních prací a materiálu, a inflační doložka by tudíž byla nadbytečná). Předmětné smluvní podmínky tak mohou pro dodavatele představovat potenciální rizika, na která mohou reagovat např. úpravou nabídkové ceny či způsobem organizace práce v průběhu plnění zakázky, nikoliv však překážky hospodářské soutěže.

77. Z rozkladu není zřejmé, jak by v důsledku zadavatelem stanoveného termínu zahájení prací a chybějící inflační doložky mělo docházet ke zvýhodnění (či naopak znevýhodnění) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů (kromě spekulací navrhovatele o tom, že zadavatel někomu může „nadržovat“, tj. páchat trestnou činnost). Naopak jsem toho názoru, že namítané smluvní podmínky působí vůči všem potenciálním dodavatelům, tj. dodavatelům, kteří jsou způsobilí a schopni zakázku takových parametrů řádně provést, stejně, tj. pro všechny představují shodné potenciální riziko, které musí vzít v potaz při přípravě nabídky.

78. V návaznosti na výše uvedené uzavírám, že se neztotožňuji s navrhovatelem v tom, že by zadavatel způsobem určení termínu zahájení prací a nestanovením inflační doložky porušil § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ, resp. zásady transparentnosti a zákazu diskriminace. K namítanému porušení zásady přiměřenosti uvádím následující.

Ke lhůtě plnění díla v délce 30 měsíců

79. Zadavatel stanovil lhůtu plnění díla v délce 30 měsíců. Navrhovatel nenapadá přiměřenost této lhůty, když netvrdí, že je tato lhůta sama o sobě krátká, resp. v rozkladu uvádí, že *„k posouzení přiměřenosti Doby pro dokončení ze strany účastníků řízení je nezbytné znát datum zahájení prací od podpisu smlouvy“*, a *„pokud je termín zahájení prací po podpisu smlouvy (např. 30 dní po podpisu smlouvy) zhotoviteli znám, tak 30měsíční doba realizace skutečně představuje z pohledu nárůstu cen podnikatelské riziko, které je zhotovitel jako odborník schopen ovládat a mitigovat“*. Z toho vyplývá, že navrhovatel by považoval 30měsíční lhůtu plnění za přiměřenou, pokud by byl termín zahájení prací stanoven pevně např. 30 dní od podpisu smlouvy, ale protože termín zahájení prací takto stanoven není, přiměřenost lhůty plnění (ani závazných milníků) nemůže posoudit.

80. Jak jsem již uvedl v bodě 70 tohoto rozhodnutí, ani v případě varianty preferované navrhovatelem by ve skutečnosti nebylo jisté, kdy dojde k zahájení plnění veřejné zakázky, neboť délka zadávacího řízení je nepředvídatelná, a tudíž je nepředvídatelné i datum uzavření smlouvy a na tuto skutečnost navazující pevný termín zahájení prací. Tudíž v případě řešení upřednostňovaného navrhovatelem, stejně jako zvoleného zadavatelem, (by) potenciální dodavatelé museli zvažovat při posuzování přiměřenosti lhůty plnění spíše horší variantu, tzn. že lhůta plnění započne běžet např. v zimě. V prvním případě by k tomu pouze mohlo dojít např. uplynutím 30denní lhůty od uzavření smlouvy, zatímco ve druhém případě za 7 dní od výzvy zadavatele (k tomu viz další část odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jsem tak toho názoru, že navrhovatelem preferovaná varianta by mu v tomto ohledu nepřinesla žádné zásadní výhody, a že dodavatelé měli dostatek informací, které jim umožnily posoudit přiměřenost lhůty plnění včetně závazných milníků.

81. K námitce navrhovatele (blíže viz bod 22 tohoto rozhodnutí) proti argumentaci Úřadu nástroji umožňujícími prodloužení lhůt plnění (tzv. claimy), uvádím, že Úřad na tato práva zhotovitele poukázal (zejména v bodě 100 napadeného rozhodnutí) z toho důvodu, aby demonstroval, že lhůtu plnění lze za určitých okolností prodloužit ve prospěch zhotovitele (tzn. že zhotoviteli ze smluvních podmínek neplynou jen povinnosti, ale i práva). Pokud dojde k zahájení prací např. v lednu, nelze však nyní predikovat, zda budou panovat mimořádné, anebo jen běžné nepříznivé klimatické podmínky, a tedy zda případně bude zhotoviteli svědčit právo požadovat prostřednictvím claimů prodloužení lhůty plnění. Pokud by ohledně toho došlo mezi zadavatelem a zhotovitelem ke sporu, neposuzoval by ho Úřad, ale příslušný civilní soud.

82. Lze tedy shrnout, že navrhovatel mohl a měl při zvažování toho, zda je 30měsíční lhůta plnění přiměřená, počítat spíše s méně příznivou variantou, tedy že datum zahájení prací připadne např. na leden, a případně prokazovat, že je tato lhůta příliš krátká. Navrhovatel však nic takového neučinil, a proto jeho námitku shledávám nedůvodnou. Současně však poukazuji na to, že nelze *a priori* očekávat, že zadavatel úmyslně zvolí nevhodnou dobu pro zahájení prací. Jeho cílem je totiž řádná realizace předmětu plnění, což zahrnuje jak zahájení prací ve vhodnou roční dobu, tak i včasné dokončení díla, což s sebou taktéž nese potřebu spolupracovat se zhotovitelem.

Ke lhůtě zahájení prací 7 dní od výzvy zadavatele

83. Podle čl. 8.1 smluvních podmínek zadavatel musí oznámit zhotoviteli zahájení prací minimálně 7 dnů předem. Navrhovatel v této souvislosti v rozkladu namítá, že je nesprávná argumentace Úřadu, že podle stejného článku smluvních podmínek nemusí dojít k zahájení prací hned za 7 dnů, ale kdykoliv v následujícím období, neboť termíny plnění se dle navrhovatele počítají od data oznámeného zadavatelem. Pokud tudíž zhotovitel zahájí práce později, zkrátí si tím dobu pro realizaci díla, čímž se zvýší riziko, že ho nedokončí ve sjednaných termínech.

84. K tomu uvádím, že argumentaci Úřadu článkem 8.1 smluvních podmínek, podle něhož *„zhotovitel musí zahájit provádění Díla co nejdříve, jak je to rozumně možné po Datu zahájení prací a musí pak v pracích na Díle postupovat s náležitou rychlostí a bez zpoždění“*, lze považovat za relevantní. Z tohoto článku smluvních podmínek totiž plyne pro zhotovitele ta výhoda, že ve lhůtě 7 dnů není povinen začít na staveništi se zhotovováním stavby, což by vzhledem k její velikosti ani nemuselo být reálné, resp. nemusí *„držet v záloze kapacity“* (jak navrhovatel opakovaně uvádí v návrhu i rozkladu), aby v této krátké lhůtě stihl včas zahájit práce na staveništi. V tomto ohledu se tedy jedná o smluvní podmínku, která je ve prospěch zhotovitele.

85. K navrhovatelem akcentovanému *„držení kapacit v záloze“* dále podotýkám, že se tato forma přípravy na co nejrychlejší zahájení realizace stavby nejeví jako rozumná z důvodu, že zadavatel je v souladu s čl. 15.5 smluvních podmínek oprávněn vypovědět smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku. Pokud tak navíc učiní před tím, než zhotoviteli oznámí datum zahájení prací a důvodem bude např. neschválené financování veřejné zakázky či chybějící stavební povolení, zhotoviteli v takovém případě nebude náležet kompenzace nákladů ani náhrada škody (blíže viz bod 63 tohoto rozhodnutí).

86. K argumentaci navrhovatele tím, že když začne provádět práce na stavbě později, reálně si tak zkrátí lhůtu pro provedení díla, uvádím, že bude na schopnostech a možnostech jednotlivých dodavatelů, za jak dlouho od výzvy zadavatele budou schopni započít práce na stavbě, tzn. zda a jak moc se jim reálně zkrátí 30měsíční lhůta plnění. Navrhovatel mohl tuto okolnost zvážit a případně namítat, že přípravné práce zaberou průměrnému dodavateli tolik času, že buď je nezbytné prodloužit 30měsíční lhůtu plnění, anebo 7denní lhůtu k zahájení plnění, a to o konkrétní dobu, která by byla ze strany navrhovatele vhodně doložena. Navrhovatel však toto neučinil a svou argumentaci zaměřil jen proti způsobu zahájení prací zvolenému zadavatelem, který je však zcela legitimní (viz body 70 a 71 tohoto rozhodnutí).

87. V této souvislosti je třeba zdůraznit (neboť navrhovatel se snaží vzbudit opačný dojem), že zhotovitelé obecně nepotřebují provést před započetím stavby všechny přípravné práce

(např. uzavřít smlouvy se všemi poddodavateli stavebních prací či dodavateli materiálu), ale v zásadě tak činí podle postupu prací. To znamená, že v šetřeném případě může zhotovitel např. začít práce na 1. etapě *„Základy“*, aniž by měl zajištěny všechny poddodavatele na 3. etapu *„Obálka budovy“*.

88. Nad rámec uvedeného dále podotýkám, že pokud lze termín zahájení prací 30 dní po podpisu smlouvy zmíněný navrhovatelem v rozkladu (viz bod 79 tohoto rozhodnutí) chápat jako jím preferovanou dobu mezi uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku (resp. mezi výzvou zadavatele k zahájení prací) a datem zahájení prací, tak jsem toho názoru, že u provádění stavby, jež má trvat 30 měsíců, není lhůta kratší o 23 dnů na první pohled natolik zásadní, aby ji zhotovitel nebyl schopen kompenzovat např. prostřednictvím využití většího množství pracovníků.

K podmínce, podle níž zadavatel může oznámit zahájení prací kdykoliv ve lhůtě 18 + 6 měsíců

89. Z čl. 8.1 ve spojení s článkem 16.5 smluvních podmínek (viz body 59 a 62 tohoto rozhodnutí) vyplývá, že zadavatel je oprávněn vyzvat zhotovitele k zahájení prací na díle kdykoliv v době 18 + 6 měsíců, jež počíná běžet od tzv. základního data (rovněž viz bod 64 tohoto rozhodnutí). Základní datum je podle čl. 1.1.3.1 smluvních podmínek datum 28 dnů před termínem pro předložení nabídky (viz bod 58 tohoto rozhodnutí).

90. Navrhovatel v této souvislosti kromě jiného namítá, že zhotovitel je po podpisu smlouvy vázán termíny plnění pod hrozbou smluvních pokut a náhrady škody, zatímco zadavatel má bez existence jakýchkoliv legitimních důvodů 18 + 6 měsíců na to, aby se rozhodl, kdy zahájí plnění veřejné zakázky. Dle navrhovatele tato libovůle a nevyváženost smluvního vztahu činí smluvní podmínky excesivními.

91. K pojmu základním datum předně uvádím, že vychází ze smluvních podmínek FIDIC, kde je stanoveno ve prospěch zhotovitelů. Tak je tomu i v šetřené věci, neboť zadavatel tím, že lhůtu, v níž má právo vyzvat zhotovitele k zahájení prací, určil již od základního data, a nikoliv až od data ukončení zadávacího řízení (které je dopředu neznámé), dodavatelé vědí v době podání předběžné nabídky či nabídky, na jak dlouhou dobu garantují svou nabídkovou cenu (tj. na dobu 18 + 6 měsíců od zpracování nabídky). Z tohoto úhlu pohledu nemá délka zadávacího řízení na běh této lhůty žádný vliv.

92. Na druhou stranu – a tak lze chápat zdůvodnění poskytnuté zadavatelem v rozhodnutí o námitkách – tím, že lhůta 18 + 6 měsíců začíná běžet již v průběhu zadávacího řízení, má jeho délka vliv na to, jaká doba z této lhůty bude zbývat po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. V zájmu zadavatele přitom je, aby tato lhůta neuplynula v průběhu zadávacího řízení, ale její konec nastal až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Délka každého zadávacího řízení je přitom nepředvídatelná a může trvat i vyšší počet měsíců (zejména kvůli námitkám a návrhům podávaným dodavateli proti různým úkonům zadavatele). O to více to platí v případě přezkoumávané veřejné zakázky, která je vzhledem ke své předpokládané hodnotě pro dodavatele jistě zajímavá, o čemž svědčí i počet podaných předběžných nabídek. V šetřeném případě mohl tedy zadavatel oprávněně očekávat, že potenciální dodavatelé budou o zakázku bojovat a ve větší míře budou využívat možnosti obrany proti jeho postupu. Rovněž v případě zadavatelem zvoleného druhu zadávacího řízení, kterým je jednací řízení s uveřejněním, bylo možné očekávat, že se toto zadávací řízení protáhne, pokud zadavatel přistoupí k jednání

o nabídkách. Je proto pochopitelné, že zadavatel stanovil ve svůj prospěch časovou rezervu, která mu má umožnit úspěšně ukončit zadávací řízení a započít s plněním veřejné zakázky. Nelze dát tudíž za pravdu námitce navrhovatele, že délka zadávacího řízení je zcela irelevantní.

93. Lze tedy shrnout, že jsem v případě lhůty v délce 18 + 6 měsíců toho názoru, že zadavatel měl pro její stanovení legitimní důvody. Počátek běhu této lhůty od základního data je výhodný pro zadavatele i dodavatele, neboť obě strany vědí, po jakou dobu účastník zadávacího řízení garantuje cenu uvedenou ve své nabídce. Vzhledem k tomu, že tato lhůta začíná běžet již v průběhu zadávacího řízení, z pohledu zadavatele bylo racionální, že ji stanovil delší, aby si vytvořil rezervu pro případné průtahy v jeho průběhu. Jak bude níže uvedeno ve vztahu k chybějící inflační doložce, vybraný dodavatel má navíc možnost před uzavřením smlouvy provést revizi nabídkové ceny, a pokud by ji v daný moment považoval za krajně nevýhodnou, odstoupit ze zadávacího řízení. Lhůtu 18 + 6 měsíců počítanou od tzv. základního data lze tedy možná označit za méně tradiční, avšak nikoliv zjevně excesivní (a to i s přihlédnutím k navazující argumentaci týkající se inflační doložky).

94. Pro dokreslení výše uvedeného uvádím, že z dokumentace o zadávacím řízení lze dovodit, že lhůta 18 + 6 měsíců začala běžet ve vztahu k předběžným nabídkám dne **11. 4. 2023**, přičemž doposud zadávací řízení neskončilo (tzn. ani nebyla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku). Počátek běhu této lhůty dovozuji ze skutečnosti, že lhůta pro podání předběžných nabídek byla zadavatelem stanovena na 9. 5. 2023 v 10.00 hodin (dle profilu zadavatele, jehož kopie se nachází ve správním spisu pod položkou č. 7). Základní datum, které je pro běh lhůty 18 + 6 měsíců určující, je 28 dnů před tímto dnem (tj. 11. 4. 2023). Pokud zadavatel vybere dodavatele již na základě předběžné nabídky, a nikoliv nabídky ve smyslu § 61 odst. 11 ZZVZ (čemuž jeho dosavadní postup nasvědčuje), tak lhůta 18 měsíců skončí dne 11. 10. 2024, čehož si museli být vědomi při zpracování své předběžné nabídky všichni účastníci zadávacího řízení.

K chybějící inflační doložce

95. Ve vztahu k chybějící inflační doložce navrhovatel v rozkladu namítá, že pokud by mu bylo známo, v jaké lhůtě po podpisu smlouvy dojde k zahájení prací, mohl by ihned po jejím uzavření *„nasmlouvat“* potřebné dodavatele či nakoupit materiál a snížit tak riziko vyplývající z nárůstu cen. Pokud je termín zahájení prací znám, zhotovitel má jistotu, že k zahájení prací dojde, a pokud nikoliv, vzniká mu právo na náhradu škody, resp. vynaložených nákladů z důvodu porušení povinnosti objednatele (zadavatele). V případě této veřejné zakázky však zhotovitel nemůže přistoupit k závaznému objednání kapacit.

96. Námitky navrhovatele proti nestanovení inflační doložky bezprostředně souvisí s tím, že zadavatel je oprávněn vyzvat zhotovitele k zahájení prací kdykoliv po uzavření smlouvy, a to až do skončení lhůty 18 + 6 měsíců (počítané od základního data). Pokud by byla lhůta zahájení prací stanovena na určitý počet dní od uzavření smlouvy, nestanovení inflační doložky by dle navrhovatele excesivní povahu nemělo.

97. Zadavatel v této souvislosti uvedl v rozhodnutí o námitkách, že *„inflační (cenovou) doložku neučinil po zralé úvaze součástí smluvních podmínek vzhledem ke skutečnosti, že prostředky na financování veřejné zakázky jsou předem přislíbeny a dále na základě výsledku zadávacího řízení alokovány ze státního rozpočtu. Zadavatel si byl vědom, že vzhledem k vysokému růstu inflace v době přípravy zadávacího řízení by mohlo dojít k velmi výraznému dodatečnému*

nárůstu ceny plnění, což by mohlo způsobit zadavateli potíže s financováním stavby. Dále zadavatel sděluje, že není v žádném právním předpise zakotvena povinnost, aby veřejní zadavatelé při realizaci zadávacích řízení měli v rámci smluvních podmínek stanovenou inflační doložku. Rozhodnutí o stanovení inflační doložky je tak zcela ponecháno na zvážení zadavatelem".

98. Obecně lze se zadavatelem souhlasit (a činí tak i navrhovatel), že z pohledu dodržení ZZVZ bylo na jeho rozhodnutí, zda do smluvních podmínek inkorporuje inflační doložku. Navrhovatel v tomto ohledu správně uvádí, že nestanovení inflační doložky může mít za následek nehospodárné nakládání s veřejnými prostředky, neboť dodavatelé vzhledem k této skutečnosti mohou navýšit své nabídkové ceny (aby minimalizovali rizika spojená s chybějící inflační doložkou), aniž by však v průběhu realizace stavby došlo k navýšení cen stavebních prací a materiálu. Jak již ale bylo uvedeno výše v tomto rozhodnutí, rolí Úřadu není dohlížet na to, zda zadavatel volí ekonomicky nejvhodnější řešení dané situace, ale pouze zda postupuje v souladu se ZZVZ.

99. Navrhovatel rovněž upozornil na skutečnost, že zadavatel nestanovil zadávací lhůtu ani jistotu za nabídku ve smyslu § 40 a 41 ZZVZ. Z toho vyplývá, že v šetřeném případě mohou dodavatelé kdykoliv „beztrestně" odstoupit ze zadávacího řízení. Vybraný dodavatel tak bude mít tu výhodu, že před uzavřením smlouvy, k němuž může dojít za různě dlouhou dobu po základním datu, resp. od podání nabídky, může provést revizi své nabídkové ceny ve vztahu k aktuálním podmínkám na trhu a zvážit, zda smlouvu uzavře či nikoliv.

100. K tomu lze podotknout, že pokud by zadavatel postupoval způsobem upřednostňovaným navrhovatelem, tj. stanovil by termín zahájení prací např. 30 dní po uzavření smlouvy, a současně by vymezil zadávací lhůtu a jistotu za nabídku, vybraný dodavatel by takovou možnost neměl. To znamená, že v zadávací lhůtě by byl povinen uzavřít se zadavatelem smlouvu za ceny uvedené v nabídce, přestože od podání nabídky by mohl uplynout např. rok, v jehož průběhu by mohlo dojít k výrazným změnám na trhu stavebních prací.

101. Ve vztahu k chybějící inflační doložce je především podstatné, že dodavatelé v šetřené věci znali při zpracování předběžné nabídky (případně budou znát při zpracování nabídky) dobu, po kterou mají garantovat v ní uvedené ceny. Jedná se o lhůtu 18 + 6 měsíců počítanou od tzv. základního data, které koresponduje s dobou, ve které zpracovávali svou předběžnou nabídku. Přestože je tato lhůta spíše delší, je zcela určitá, a proto dodavatelé měli možnost podle svých znalostí a zkušeností řídit riziko zvýšení cen stavebních prací a materiálů. Dodavatelé měli primárně možnost promítnout proměnlivost výše nákladů na realizaci předmětu veřejné zakázky v čase do výše nabídkové ceny, a to včetně určité rezervy, aby tím kompenzovali chybějící inflační doložku. Toto riziko lze dále minimalizovat např. tím způsobem, že po podpisu smlouvy na veřejnou zakázku zhotovitel uzavře smlouvy alespoň s některými poddodavateli, s nimiž si dohodne termín zahájení prací stejným způsobem, jako mu bude vyplývat ze smlouvy uzavřené se zadavatelem (tj. na výzvu učiněnou kdykoliv do konce lhůty 18 + 6 měsíců). V praxi je totiž zpravidla běžné, že rizika, která na sebe přebírá vybraný dodavatel (v pozici generálního dodavatele), jsou v plném či maximálním rozsahu následně přenášena na jeho poddodavatele. Jak už jsem ale zdůraznil výše, úkolem Úřadu není, aby dodavatelům radil, jak by měli pracovat se svým podnikatelským rizikem; k tomu by měl přistoupit každý dodavatel podle svých schopností a učinit z toho svou konkurenční výhodu.

102. Skutečnost, že zadavatel nestanovil inflační doložku, v kombinaci se způsobem stanovení termínu zahájení prací, tedy nepovažuji za excesivní smluvní podmínku, a proto související námitku navrhovatele neshledávám důvodnou.

K právu zadavatele nevyzvat zhotovitele k zahájení prací

103. Navrhovatel dále v rozkladu namítá, že vůbec není zřejmé, zda zadavatel někdy oznámí zahájení prací, přestože bude uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, neboť smluvní podmínky mu toto možnost nabízejí. Tvrzení Úřadu v bodě 102 napadeného rozhodnutí, že realizace předmětu veřejné zakázky vyplývá z objektivních potřeb zadavatele, a proto je v jeho zájmu neoddalovat zahájení prací na díle, navrhovatel považuje za pouhou spekulaci Úřadu.

104. K argumentaci Úřadu v bodě 102 napadeného rozhodnutí uvádím, že Úřad zde nespekuloval, ale popsal situaci na straně zadavatele, z níž vyvodil zcela racionální závěry. Není důvod pochybovat o tom, že zadavatel potřebuje vybudovat v Ústí nad Labem nový justiční areál, a proto na tuto veřejnou zakázku zahájil zadávací řízení. Není tudíž důvod předpokládat, že zadavatel zadává veřejnou zakázku jen „na oko“, což by rovněž bylo nehospodárné (z pohledu vynakládání veřejných prostředků vč. personálních zdrojů). Potenciální dodavatelé tedy mají právo očekávat, že zadávací řízení bude ukončeno uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku za účelem jejího řádného splnění, a pokud bude zrušeno, tak jen ze zákonných důvodů. Tomu odpovídá i čl. 8 zadávací dokumentace, podle něhož *„předpokládané datum zahájení stavebních prací: zřejmě ve druhé polovině roku 2023. Zadavatel upozorňuje, že předpokládané datum zahájení stavebních prací může být změněno s ohledem na průběh dalších fází zadávacího řízení“*, a odůvodnění v rozhodnutí o námitkách, podle něhož zadavatel *„nehodlá bezdůvodně oddalovat zahájení stavby, neboť by to bylo proti jeho vlastnímu zájmu“*.

105. Zadavatel stanovil v čl. 15.5 smluvních podmínek (blíže viz bod 63 tohoto rozhodnutí), že je oprávněn vypovědět smlouvu na veřejnou zakázku *„kdykoli podle vlastního uvážení“*. Zadavatel tak však nesmí učinit z důvodu, aby dílo provedl sám nebo ho nechal provést někým jiným. Pokud by doposud nedošlo k oznámení zahájení prací a důvodem výpovědi by bylo neschválení financování díla, nebo to, že by nebyla k dispozici potřebná správní rozhodnutí atp., zhotoviteli nebude náležet kompenzace nákladů ani náhrada škody včetně ušlého zisku ani jiné nároky peněžitého či jiného charakteru. K tomu je třeba uvést, že lze oprávněně očekávat (a to ze stejných důvodů, jako v případě postupu v zadávacím řízení – viz předchozí bod tohoto rozhodnutí), že pokud by zadavatel tohoto oprávnění využil, neučinil by tak svévolně, ale z objektivních důvodů, neboť účelem uzavření smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku bude řádné zhotovení stavby zhotovitelem (a nikoliv její předčasné ukončení).

106. Vzhledem ke znění čl. 15.5 smluvních podmínek – jenž navrhovatel nenapadal – je však zřejmé, že dodavatelé (včetně navrhovatele) museli při podávání předběžné nabídky (či případně nabídky) počítat s tím, že pokud se stanou zhotovitelem, smlouva na veřejnou zakázku může být kromě jiného vypovězena v mezidobí mezi jejím uzavřením a oznámením o zahájení prací, a to bez toho, aniž by zadavatel byl povinen uhradit zhotoviteli s tím související náklady a případnou škodu. Účastníci zadávacího řízení měli tuto informaci před tím, než podali předběžnou nabídku, a proto ji mohli zohlednit při jejím zpracování i plánování dalšího postupu pro případ, že by se stali vybraným dodavatelem. V této souvislosti je potřeba upozornit na to, že je běžné, že dodavatelé zpracovávají nabídku, aniž by měli jakoukoliv

jistotu, že s nimi bude uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, a aniž by jim zadavatelé hradili náklady s tím spojené.

107. Jak už bylo opakovaně zdůrazněno, Úřad zde není od toho, aby zkušeným dodavatelům radil, jak mají s takovými riziky pracovat. Pokud se však rozhodnou takovou smluvní podmínku akceptovat a nabídku podat, lze předpokládat, že se budou snažit náklady s tím spojené minimalizovat. Ve vztahu k námitce navrhovatele to může znamenat, že zhotovitel bude moci *„přistoupit k závaznému objednání kapacit“* spíše až poté, co ho zadavatel vyzve k zahájení prací (zadavatel ho ani nijak nenutí k tomu, aby držel *„v záloze“* personální kapacity, poddodavatele či materiál). To může mít pozitivní vliv na snížení nákladů, avšak potenciálně negativní vliv na dodržení lhůty plnění či rizika spočívající v navýšení cen materiálu či jeho nedostatku. Tato rizika pak musí ovládat jiným způsobem, k čemuž jsem se vyjádřil v předchozích částech odůvodnění tohoto rozhodnutí, na které tímto odkazuji – navrhovatel např. mohl dokládat nedostatečnost 30měsíční lhůty plnění, což však nečinil. Případný nedostatek některého druhu materiálu, který se vyskytne v průběhu plnění díla, lze řešit v souladu s § 222 odst. 7 ZZVZ prostřednictvím záměny položek v rámci soupisu prací.

108. Vzhledem k výše uvedenému nepovažuji za důvodnou námitku navrhovatele ohledně excesivnosti rizik, která identifikoval v souvislosti se způsobem zahájení prací stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci. Jsem totiž toho názoru, že dodavatelé měli možnost tuto smluvní podmínku, jež nebyla stanovena svévolně, ale z racionálních důvodů, zohlednit při zpracování předběžné nabídky (případně nabídky), před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, tak i po jejím uzavření.

Ke smluvním pokutám

109. Dle čl. 4.28 smluvních podmínek ve spojení s Přílohou k nabídce má zadavatel vůči zhotoviteli právo na zaplacení smluvní pokuty, a to i opakovaně, kromě jiného v následujících případech a výších (uvedená písmena odpovídají písmenům v čl. 4.28 smluvních podmínek):

    b) **500 000 Kč** za každý jednotlivý **případ** porušení při nesplnění postupného **závazného milníku** podle čl. 4.29 smluvních podmínek uvedeného v příloze k nabídce,

    d) **1 000 000 Kč** za každý započatý **den** prodlení, pokud zhotovitel nedodrží **dobu pro dokončení díla** podle čl. 8.2 smluvních podmínek,

    e) **100 000 Kč** za každý započatý **den** prodlení, pokud zhotovitel neodstraní **vadu** nebo poškození díla do data oznámeného zadavatelem podle čl. 11.4 smluvních podmínek,

    g) **5 000 000 Kč** za každý jednotlivý **případ** porušení, pokud zhotovitel odmítne součinnost nebo i přes předchozí písemné upozornění nesplní podmínky stanovené koordinátorem **BOZP** v určené lhůtě při práci na staveništi podle čl. 6.7 smluvních podmínek,

    h) **1 000 000 Kč** za každý započatý **den** pokračujících prací, pokud zhotoviteli **neuposlechne pokyn** správce stavby k přerušení postupu prací podle čl. 8.8 smluvních podmínek.

110. Dle čl. 4.28 smluvních podmínek ve spojení s Přílohou k nabídce **maximální celková výše smluvních pokut** uhrazených zhotovitelem za porušení smlouvy nepřesáhne **30 %** přijaté smluvní částky.

K námitce porušení § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ a zásady transparentnosti

111. Navrhovatel v rozkladu obecně namítá, že Úřad nesprávně posoudil naplnění dispozice § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ a porušení zásady transparentnosti zakotvené v § 6 ZZVZ. Ve vztahu ke smluvním pokutám tuto námitku blíže nerozvíjí a zaměřuje se jen na nepřiměřenost jejich výše, a proto v této souvislosti jen stručně odůvodním (ve shodě s argumentací v bodě 65 tohoto rozhodnutí a následujících), proč zadavatel stanovením smluvních pokut neporušil zásady transparentnosti a zákazu diskriminace.

112. Namítané smluvní pokuty jsou transparentní v tom smyslu, že ze smluvních podmínek je zřejmé, jakého porušení smluvních povinností se týkají a jaká je jejich výše. Rovněž nic nenasvědčuje tomu, že by se vztahovaly k nestandardním smluvním povinnostem a navrhovatel to ani nenamítá. Zadavatel odůvodnil jejich stanovení v rozhodnutí o námitkách, kde uvedl, že *„smluvní pokuta obecně slouží k zajištění splnění smluvených povinností a jejím účelem je tedy eliminace rizika, že smluvené povinnosti nebudou dodavatelem splněny* […] *smluvní pokuty stanovil s ohledem na veškerá rizika, která mohou u stavby daného rozsahu a složitosti vzniknout“*. K tomu podotýkám, že smluvní pokuty lze považovat za standardní a legitimní smluvní podmínku, která má oporu v § 2048 občanského zákoníku a jež má funkci preventivní, kompenzační a sankční ve vztahu k porušení smluvené povinnosti.

113. Rovněž jsem neshledal, že by zadavatel stanovením smluvních pokut porušil zásadu zákazu diskriminace, resp. není zřejmé, jak by dané smluvní pokuty mohly určitým dodavatelům zaručovat konkurenční výhodu anebo vytvářet překážky hospodářské soutěže. Nic nenasvědčuje tomu, že by předmětné smluvní pokuty mohly zvýhodňovat jednoho dodavatele na úkor jiného (při podávání nabídky, anebo v rámci plnění veřejné zakázky), ani že by některým potenciálním dodavatelům měly bránit v přístupu k veřejné zakázce. Tyto smluvní podmínky se totiž budou případně aplikovat (ale ani vůbec nemusí) až v průběhu realizace veřejné zakázky a dle mého názoru mají dodavatelé možnost rizika s nimi spojené řídit (viz další část odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K výši smluvních pokut

114. Navrhovatel v rozkladu konkrétně namítá výši smluvních pokut stanovených v čl. 4.28 písm. b), d), e), g) a h) smluvních podmínek ve spojení s Přílohou k nabídce (viz bod 109 tohoto rozhodnutí), a to *„v kontextu Zadavatelem stanovených podmínek ohledně nejasného zahájení plnění Veřejné zakázky, a tedy nemožnosti posoudit realizovatelnost Veřejné zakázky“*. Dle navrhovatele ani výše těchto pokut neodpovídá běžné praxi ve stavebnictví a hodnotě či významu zajišťovaných povinností. Navrhovatel rovněž namítá, že maximální celková výše smluvních pokut 30 % z přijaté smluvní částky (viz bod 110 tohoto rozhodnutí) představuje zcela zjevný exces a likvidační riziko pro zhotovitele.

115. Jak již akcentoval Úřad v bodě 112 napadeného rozhodnutí, sankční důsledky smluvních pokut nastanou zhotoviteli pouze v případě, že nesplní primární povinnost stanovenou ve smluvních podmínkách. Pokud má zhotovitel ve své moci splnit s vynaložením přiměřeného úsilí smluvní povinnosti zajištěné smluvní pokutami, smluvní pokuty by pro něj neměly představovat zásadní riziko. Např. smluvní pokuta vymezená v čl. 4.28 písm. h) smluvních podmínek ve spojení s Přílohou k nabídce je navázána na povinnost zhotovitele přerušit postup prací na pokyn správce stavby. Uposlechnout takový pokyn je dle mého názoru pro zhotovitele snadné,

a proto by pro něj předmětná pokuta (i když se může jevit vyšší) neměla představovat téměř žádné riziko.

116. Navrhovatel ve vztahu ke smluvním pokutám uvedeným v čl. 4.28 písm. b) a d) smluvních podmínek ve spojení s Přílohou k nabídce (za nedodržení postupných závazných milníků a 30měsíční doby pro dokončení díla) zejména namítá, že nezná datum zahájení prací, a proto nemohl zhodnotit přiměřenost doby realizace, a tudíž ani přiměřenost smluvních pokut. K námitkách proti údajně excesivnímu termínu zahájení prací jsem se podrobně vyjádřil v předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí, a proto na toto své vyjádření pouze odkazuji.

117. Na tomto místě jen stručně shrnuji, že délka zadávacího řízení je vždy nepředvídatelná, a proto dodavatelé v zásadě nikdy nevědí, kdy dojde k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a k zahájení její realizace (tuto informaci by přitom dodavatelé neměli k dispozici, ani kdyby byl termín zahájení prací stanoven navrhovatelem preferovaným způsobem např. 30 dní od uzavření smlouvy). Účastníci zadávacího řízení tudíž museli počítat spíše s horším variantou termínu zahájení prací (např. že k oznámení zahájení prací dojde v lednu 2024) a podle toho posoudit přiměřenost postupných závazných milníků a 30měsíční lhůty. Není tedy pravdou, že by navrhovatel nemohl zhodnotit přiměřenost doby realizace a z tohoto důvodu ani přiměřenost smluvních pokut.

118. Účastníci zadávacího řízení současně měli možnost zohlednit rizika spojená s nejasným termínem zahájení prací v nabídkové ceně tak, aby si vytvořili rezervu na náklady s tím spojené (např. na zajištění poddodavatelů). Vzhledem k nestanovení zadávací lhůty a jistoty za nabídku ve smyslu § 40 a § 41 ZZVZ mohli navíc počítat s tím, že před uzavřením smlouvy budou mít ještě jednou možnost posoudit rizika (např. změny v dostupnosti materiálu a poddodavatelů), a zvážit, zda za takových podmínek přistoupí k uzavření smlouvy.

119. K námitce, že výše předmětných smluvních pokut neodpovídá běžné praxi ve stavebnictví a hodnotě či významu zajišťovaných povinností, předně uvádím, že posouzení přiměřenosti smluvní pokuty je primárně v gesci soudu, který může podle § 2051 občanského zákoníku snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu s přihlédnutím k hodnotě a významu zajišťované povinnosti. Co se týká posouzení jednotlivých pokut z pohledu ZZVZ a jejich údajně excesivní výše, v tomto ohledu odkazuji na body 115-121 napadeného rozhodnutí, s nimiž se zcela ztotožňuji. Ve vztahu k pokutě podle čl. 4.28 písm. d) smluvních podmínek ve spojení s Přílohou k nabídce podotýkám, že vztaženo k předpokládané hodnotě zakázky se jedná o pokutu ve výši cca 0,05 % za každý započatý den prodlení, což je dle mého názoru smluvní pokuta spíše obvyklá.

120. K námitce navrhovatele, že maximální celková výše smluvních pokut 30 % z přijaté smluvní částky představuje zcela zjevný exces a je pro zhotovitele likvidační, uvádím, že zastropování celkové výše smluvních pokut představuje pro dodavatele benefit, a nikoliv smluvní podmínku, která by byla stanovena v jejich neprospěch. Pokud by byl tento limit (strop) příliš vysoký (jak tvrdí navrhovatel), tato smluvní podmínka by pro zhotovitele sice nepředstavovala žádnou výhodu, na druhou stranu však ani nevýhodu. Případně příliš vysoký limit celkové výše smluvních pokut totiž nemá žádnou souvislost s tím, zda jsou jednotlivé smluvní pokuty přiměřené a zda zadavateli vznikne právo na jejich úhradu a v jaké výši. Z 30% limitu nelze v žádném případě dovozovat, že v průběhu plnění díla vznikne zadavateli právo na smluvní pokuty právě v této celkové výši.

121. Námitku navrhovatele směřující proti excesivní výši smluvních pokut tedy shledávám nedůvodnou.

K počtu podaných žádostí o účast a předběžných nabídek

122. Úřad v bodech 108 a 123 napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel v šetřeném zadávacím řízení obdržel 11 žádostí o účast a 9 předběžných nabídek, což dle Úřadu rovněž svědčí o tom, že napadené smluvní podmínky nejsou excesivní. Navrhovatel k tomu v rozkladu namítá, že nebyly předkládány závazné předběžné nabídky, neboť zadavatel nestanovil zadávací lhůtu ani požadavek na jistotu. Navrhovatel tudíž podal předběžnou nabídku, kterou není vázán, přičemž obdobně mohli uvažovat i ostatní účastníci zadávacího řízení, a proto tento počet předběžných nabídek nelze považovat za jakkoliv vypovídající o tom, zda došlo k omezení soutěže či nikoliv.

123. Navrhovatelem uváděnou okolnost, že účastníci mohou kdykoliv odstoupit ze šetřeného zadávacího řízení, protože zadavatel nestanovil zadávací lhůtu (ani jistotu za nabídku), jsem v odůvodnění tohoto rozhodnutí rovněž akcentoval. Jedná se přitom o skutečnost, která je ve prospěch účastníků posuzovaného zadávacího řízení. Přesto se však neztotožňuji s navrhovatelem v tom, že uvedený počet podaných předběžných nabídek nemá při posouzení jeho návrhové argumentace vůbec žádnou relevanci. Obecně lze totiž konstatovat, že pokud nabídku podá větší množství dodavatelů, jedná se o indicii toho, že zadávací podmínky nebyly stanoveny nepřiměřeným a diskriminačním způsobem (a naopak).

124. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že *„ústřední myšlenkou argumentace u namítaných smluvních podmínek je, že Zadavatel bez existence jakýchkoliv legitimních důvodů nastavením smluvních podmínek znemožnil dodavateli odhadnout a vyčíslit hrozící rizika*. […] *Navrhovatel má za to, že výše uvedená ustanovení a jednotlivé lhůty přenáší neodůvodněně na zhotovitele Veřejné zakázky, zcela nepřiměřené a neocenitelné riziko, kdy a zda vůbec bude zahájena samotná realizace Veřejné zakázky, přičemž uvedené riziko nelze žádným objektivním způsobem zohlednit v cenových nabídkách, neboť svou intenzitou a excesivní povahou dalece přesahují podnikatelské riziko*“.

125. Pokud by tato argumentace navrhovatele byla důvodná, lze předpokládat, že navrhovatel ani ostatních 8 účastníků zadávacího řízení by nebylo schopno podat předběžnou nabídku, neboť by navrhovatelem uváděná rizika nedokázali ocenit a zohlednit v nabídkových cenách. Předběžnou nabídku však podalo větší množství dodavatelů (přestože se jedná o zakázku, která svou povahou míří na větší stavební společnosti), a rovněž i navrhovatel. Zpracování (předběžné) nabídky je navíc nákladné, a tudíž nelze důvodně předpokládat, že by dodavatelé brali svou účast v zadávacím řízení nezávazně a nevážně. Navrhovatel tedy na jednu stranu tvrdí, že kvůli excesivním a nevyčíslitelným rizikům nebyl schopen stanovit nabídkovou cenu, na druhou stranu však podal žádost o účast a předběžnou nabídku, v níž nabídkovou cenu vyčíslil. To do určité míry snižuje přesvědčivost jeho argumentace v návrhu a rozkladu.

126. K předmětné námitce navrhovatele tedy shrnuji, že skutečnost, že zadavatel obdržel 9 předběžných nabídek, podporuje závěr Úřadu i můj o tom, že dané smluvní podmínky nejsou excesivní a likvidační a rizika s nimi spojená bylo možné zohlednit při zpracování předběžné nabídky. Jsem toho názoru, že každý potenciální dodavatel, který je způsobilý realizovat veřejnou zakázku s předpokládanou hodnotou přesahující 2 miliardy Kč, by měl být jako

odborník v dané oblasti schopen odpovídajícím způsobem pracovat s riziky, která obnáší realizace takto rozsáhlé veřejné zakázky. Z většího množství podaných předběžných nabídek přitom vyplývá, že dodavatelé toho schopni byli (a to včetně navrhovatele).

Shrnutí

127. Navrhovatel návrhem napadal některé konkrétní smluvní podmínky stanovené zadavatelem v zadávacím řízení, jež se v zásadě projeví až po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Pravomoc Úřadu přezkoumávat takové smluvní podmínky je značně omezená, neboť Úřad vykonává dohled nad dodržováním ZZVZ, který v tomto ohledu neobsahuje žádnou zvláštní právní úpravu. Úřad proto jen může posuzovat, zda zadavatel v této souvislosti dodržel zásady zadávání veřejných zakázek zakotvené v § 6 ZZVZ (a případně další konkrétní pravidla stanovená v ZZVZ). Úřad v rámci toho nemůže přebírat roli zadavatele a hodnotit vhodnost či vymahatelnost smluvních podmínek, stejně jako jeho úkolem není radit potenciálním dodavatelům (tj. odborníkům způsobilým a schopným splnit veřejnou zakázku), jak mají pracovat s riziky, která jim vyplývají ze smluvních podmínek.

128. Klíčová námitka navrhovatele směřovala proti způsobu, jakým má dojít k zahájení plnění veřejné zakázky. Navázání termínu zahájení prací na oznámení (výzvu) zadavatele učiněné v určité době po uzavření smlouvy, je dle mého názoru zcela legitimním řešením, které může mít výhody nejen pro zadavatele, ale i pro zhotovitele (oproti fixnímu termínu od uzavření smlouvy). Navrhovateli lze dát za pravdu v tom, že zadavatelem stanovená delší lhůta 18 + 6 měsíců počítaná od základního data a právo zadavatele nezahájit plnění díla (resp. vypovědět smlouvu na veřejnou zakázku) může pro zhotovitele představovat zvýšené riziko (resp. zvýšené náklady). Dle mého názoru však účastníci zadávacího řízení měli možnost zohlednit toto riziko při přípravě nabídky (v nabídkové ceně), před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku (zadavatel nestanovil zadávací lhůtu, a proto účastníci zadávacího řízení mají možnost odstoupit ze zadávacího řízení, pokud se neočekávaně a nepříznivě změní situace na trhu stavebních prací), i po jejím uzavření (redukcí výdajů do oznámení zahájení prací nebo adekvátní organizací výstavby). Navrhovatel měl rovněž možnost posoudit a případně namítat přiměřenost 30měsíční lhůty plnění a dílčích závazných milníků. Navrhovatel však takové námitky, podložené relevantními podklady, neuplatnil.

129. Tyto závěry platí i ve vztahu k námitkám navrhovatele proti chybějící inflační doložce a výši smluvních pokut, tzn. že dodavatelé měli možnost tyto skutečnosti zohlednit dle svých znalostí a schopností při přípravě nabídky, před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku a rovněž po jejím uzavření. V této souvislosti uvádím, že považuji za přirozené, že u větších veřejných zakázek jsou rizika vyjádřená v penězích obvykle vyšší než u menších zakázek. Větších zakázek se ale z povahy věci účastní větší a zkušenější dodavatelé, kteří se s těmito riziky vypořádají lépe, než by se s nimi vypořádali dodavatelé menší. Větší zakázka současně představuje příležitost dosáhnout vyšších zisků. Přestože tedy rizika vyjádřená v penězích budou v případě šetřené veřejné zakázky vyšší než v případě menších zakázek, na její potenciální dodavatele budou mít obdobný dopad.

130. Ve shodě s Úřadem tedy uzavírám, že návrhem napadené smluvní podmínky představují pro potenciální dodavatele určité riziko, které však nelze považovat za excesivní v tom smyslu, že by jim bránilo v účasti v zadávacím řízení, v plnění z uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku

a ve vytvoření přiměřeného zisku. O správnosti tohoto závěru rovněž svědčí poměrně velké množství podaných žádostí o účast a předběžných nabídek.

VII. Závěr

131. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

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. Česká republika – Ministerstvo spravedlnosti, Vyšehradská 427/16, 128 00 Praha 2
2. PORR a.s., Dubečská 3238/36, 100 00 Praha 10

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