



UOHSX00HYP8G

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0449/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-30833/2023/500

Brno 18. 8. 2023

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 28. 6. 2023 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň, a
- navrhovatel – BERGER BOHEMIA a.s., IČO 45357269, se sídlem Klatovská 410/167, 321 00 Plzeň,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Napojení severního Rokycanska na dálnici D5, I. etapa“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 5. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 5. 2023 pod ev. č. Z2023-020006, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 5. 2023 pod ev. č. 2023/S 095-291889, ve znění pozdějších oprav,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – BERGER BOHEMIA a.s., IČO 45357269, se sídlem Klatovská 410/167, 321 00 Plzeň – ze dne 28. 6. 2023 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Napojení severního Rokycanska na dálnici D5, I. etapa“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 5. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 5. 2023 pod ev. č. Z2023-020006, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 5. 2023

pod ev. č. 2023/S 095-291889, ve znění pozdějších oprav, **se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, **zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.**

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, IČO 72053119, se sídlem Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění¹ (dále jen „zákon“), zahájil dne 12. 5. 2023 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Napojení severního Rokycanska na dálnici D5, I. etapa“, přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 5. 2023 pod ev. č. Z2023- 020006, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 5. 2023 pod ev. č. 2023/S 095-291889, ve znění pozdějších oprav (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dle čl. 3 „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky realizace stavebních prací projektu „Napojení severního Rokycanska na dálnici D5, I. etapa“.
3. Dle čl. 4. „Předpokládaná hodnota VZ a limitace nabídkové ceny“ zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 490 800 000 Kč bez DPH.
4. Dne 19. 6. 2023 doručil dodavatel BERGER BOHEMIA a.s., IČO 45357269, se sídlem Klatovská 410/167, 321 00 Plzeň (dále jen „navrhovatel“) – zadavateli „Námítky stěžovatele proti požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku (zadávacím podmínkám)“ ze dne 16. 6. 2023 (dále jen „námítky“). „Rozhodnutím zadavatele o námitkách stěžovatele proti stanovení zadávacích podmínek“ ze dne 27. 6. 2023 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, zadavatel uvedené námítky odmítl.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými v rozhodnutí zadavatele o námitkách, podal dne 28. 6. 2023 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne. Návrh byl rovněž dne 28. 6. 2023 ve stejnopise doručen zadavateli.

II. OBSAH NÁVRHU

6. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že dle jeho přesvědčení zadavatel postupoval při vymezení zadávacích podmínek v rozporu s § 6 zákona a s § 36 odst. 3 zákona. Konkrétně navrhovatel napadá to, že zadavatel stanovil dobu realizace veřejné zakázky v délce 33 měsíců, což mělo

¹ Úřad pro úplnost uvádí, že ač dne 16. 7. 2023 nabyl účinnosti zákon č. 166/2023 Sb., kterým se mění zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, postup zadavatele v nyní šetřené věci je nutné zkoumat ve znění zákona účinného ke dni zahájení zadávacího řízení, tj. ve znění, dle něž byl zadavatel povinen při zadávání veřejné zakázky postupovat, což je znění zákona o zadávání veřejných zakázek účinné do 15. 7. 2023, kdy podle téhož znění zákona o zadávání veřejných zakázek je taktéž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže povinen postupovat v rámci zde vedeného správního řízení (viz čl. II. odst. 1 zákona č. 166/2023 Sb. obsahující příslušná přechodná ustanovení).

být dle navrhovatele s ohledem na aktuální ekonomickou situaci, míru inflace a vývoj cen ve stavebnictví v minulých letech (300 % rozdíly v cenách materiálů v průběhu posledního roku) zohledněno ve smluvních podmínkách. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel měl promítnout do smluvních podmínek mechanismus úpravy smluvní ceny (ať už komplexně či alespoň ve vztahu ke klíčovým položkám předmětu plnění).

7. Dle navrhovatele používají všichni zadavatelé na regionální i národní úrovni v případě staveb s dobou realizace nad 1 rok inflační doložku. Dle navrhovatele přitom možnosti indexace cen řeší ve svých metodikách Úřad, resortní ministerstva i profesní organizace (konkrétně odkazuje na společné stanovisko Úřadu a Ministerstva pro místní rozvoj a stanovisko Svazu podnikatelů ve stavebnictví), z nichž dle navrhovatele vyplývá, že *„jako možné preventivní řešení pro smlouvy na realizaci veřejných zakázek na stavební práce se jeví indexace cen“*.
8. Nelze přitom dle navrhovatele po uchazečích o veřejnou zakázku požadovat, aby predikovali ekonomický vývoj v následujících 3 letech a nesli veškerá rizika změny cen, zadavatel tedy dle navrhovatele nedostatečně připravil zadávací podmínky a snaží se přenést odpovědnost za ekonomický vývoj na dodavatele.
9. Dle navrhovatele v situaci, kdy nárůst cen ve smlouvě nebude upraven, budou jednotliví uchazeči o veřejnou zakázku nuceni zahrnout do nabídkových cen určitou „rezervu“, která jednak nebude u všech stejná, a rovněž prodraží celou stavbu. Pouze v situaci, kdy smluvní podmínky zohlední případný růst (i snížení) cen, mohou být dle navrhovatele předloženy porovnatelné nabídky a může být dosaženo výhodných podmínek pro zadavatele, a tedy i zabráněno zbytečnému čerpání finančních prostředků z veřejných rozpočtů.
10. Navrhovatel podotýká, že si je vědom toho, že zadavatel má právo stanovit jednostranně smluvní podmínky dle svého uvážení, a rovněž si je vědom dosavadní rozhodovací praxe Úřadu v této otázce, avšak zároveň je přesvědčen, že i toto právo zadavatele má své omezení, když upozorňuje na *„zcela zásadní ekonomické dopady nastavení zadávacích podmínek“* v současné ekonomické situaci.
11. Navrhovatel odmítá argument zadavatele obsažený v rozhodnutí o námitkách, že inflační doložku nelze použít z důvodu, že na realizaci veřejné zakázky jsou čerpány dotační prostředky. Dle navrhovatele i zakázky (spolu)financované z dotačních prostředků mohou obsahovat inflační či materiálové doložky.
12. Navrhovatel tedy shrnuje, že dle jeho názoru zadavatel nestanovením mechanismu pro zohlednění budoucích cenových výkyvů pochybil, když připustil, že si zadávací podmínky mohou dodavatelé vykládat (a v cenové nabídce zohlednit) různě.
13. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že tento postup zadavatele omezí či vyloučí možnou účast velké části dodavatelů v zadávacím řízení a v konečném důsledku může být veřejná zakázka zadána za méně výhodných podmínek pro zadavatele.
14. S ohledem na uvedené navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil předmětné zadávací řízení anebo nařídil zadavateli upravit zadávací podmínky (tj. stanovit způsob úpravy nabídkové ceny či jejích podstatných částí dle ekonomického vývoje).

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

15. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0449/2023/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele dne 28. 6. 2023, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
16. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.
17. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-25052/2023/536 ze dne 29. 6. 2023.
18. Dne 4. 7. 2023 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k návrhu ze dne 3. 7. 2023.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 3. 7. 2023

19. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 3. 7. 2023 uvedl, že navrhovatel v návrhu neuvádí žádná nová tvrzení, která by již neuvedl v námitkách, a proto zadavatel odkázal v plném rozsahu na rozhodnutí o námitkách. V předmětném rozhodnutí o námitkách přitom zadavatel uvedl následující.
20. Zadavatel nejdříve zdůraznil, že předmětná veřejná zakázka bude spolufinancována z prostředků Evropské unie, přičemž zadavateli, resp. Plzeňskému kraji by mělo být uhrazeno 85 % uznatelných nákladů (70 % z finančních prostředků Evropské unie a 15 % z finančních prostředků státního rozpočtu České republiky), 15 % uznatelných nákladů bude hradit ze svých prostředků Plzeňský kraj (a rovněž 100 % neuznatelných nákladů). K tomu zadavatel uvedl, že u finančních prostředků z dotací není možné uplatnit jakékoliv navýšení z titulu inflační doložky. Zadavatel se tedy dle svého tvrzení rozhodl inflační doložku nepoužít, neboť by mohla nastat situace, kdy by nebyl schopen stavbu ufinancovat.
21. Zadavatel dále poznamenal, že si je vědom skutečnosti, že inflační doložka bývá obvyklou součástí obchodních podmínek u veřejných zakázek na stavební práce, které trvají delší časové období, a použití inflační doložky zvažoval. Při tomto rozhodování vzal dle svého tvrzení v úvahu, že od začátku roku 2022 cena stavebního materiálu spíše klesá nebo stagnuje, k čemuž odkázal na vývoj sledovaných cen společnosti ÚRS CZ a.s. Rovněž vzal dle svého tvrzení v úvahu judikaturu Úřadu, z níž plyne, že případná rizika související s vývojem inflace by měli být schopni odhadnout primárně dodavatelé, když nelze po zadavateli požadovat, aby nastavil smluvní podmínky tak, že všechna rizika hrozící dodavatelům budou eliminována.
22. Rovněž zadavatel zdůraznil s odkazem na judikaturu Úřadu, že není jeho povinností učinit součástí obchodních podmínek inflační doložku, resp. právní instrument, jímž by bylo možné měnit cenu díla v souvislosti se změnou cen materiálu a stavebních prací. Byť si je zadavatel vědom řady doporučení a metodik týkajících se vhodnosti použití inflační doložky, zdůrazňuje, že nejde o dokumenty, které by byly součástí právního řádu České republiky. Rovněž k tomu podotýká, že inflace v různé výši byla v České republice každý rok od roku 2016, kdy vstoupil zákon v účinnost, přičemž dosud zákon nebyl ohledně inflační doložky novelizován a byla realizována řada veřejných zakázek, v jejichž případě nebyla inflační doložka použita.
23. Dále se zadavatel nedomnívá, že by absence inflační doložky mohla jakýmkoliv způsobem způsobit neporovnatelnost nabídek, neboť vždy bude ze strany dodavatelů stanovena úplná a konečná cena díla.

24. Rovněž zadavatel podotýká, že § 36 odst. 3 zákona zakazující přenášení odpovědnosti za zadávací podmínky na dodavatele nelze vnímat tak, že veškerá rizika (např. zvýšení cen materiálu a prací) musí nést zadavatel.
25. Zadavatel s ohledem na uvedené navrhuje, aby Úřad návrh zamítl v plném rozsahu.

Další průběh správního řízení

26. Dne 14. 7. 2023 obdržel Úřad od zadavatele doplnění vyjádření k návrhu z téhož dne.
27. Zadavatel ve svém doplnění vyjádření ze dne 14. 7. 2023 uvádí, že vzhledem k počtu obdržených nabídek (8) nelze dle jeho názoru považovat nastavené zadávací podmínky za omezující hospodářskou soutěž či zamezující v možnosti podat kvalifikované nabídky. Zadavatel současně upozorňuje, že sám navrhovatel následně podal nabídku, a to dokonce s nabídkovou cenou nižší, než činila předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Tuto skutečnost zadavatel považuje za úkon navrhovatele, který je v přímém rozporu s jeho tvrzeními v návrhu.
28. Usnesením č. j. ÚOHS-28797/2023/536 ze dne 31. 7. 2023 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
29. Navrhovatel se ve stanovené lhůtě ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.
30. Dne 1. 8. 2023 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne, v němž zadavatel pouze uvedl, že plně odkazuje na svá dřívější vyjádření.
31. Dne 11. 8. 2023 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-30029/2023/510 ze dne 10. 8. 2023, jímž zadavateli nařídil předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

32. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 248 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření účastníků řízení, rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

33. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
34. Dle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
35. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
36. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

37. Podle § 37 odst. 1 písm. c) zákona může zadavatel podmínky účasti v zadávacím řízení stanovit jako obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.
38. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

39. Dle čl. 9 „Termín plnění a záruka“ zadávací dokumentace je konečným termínem pro provedení díla, tj. předání a převzetí dokončeného kompletního díla včetně všech dokladů doba nejpozději do 33 měsíců od předání staveniště.
40. Dle čl. 14 „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace bude nabídková cena *„stanovena pro danou dobu plnění jako cena nejvýše přípustná se započtením veškerých nákladů, rizik, zisku a dalších kurzových či finančních vlivů po celou dobu realizace zakázky v souladu s podmínkami uvedenými v zadávací dokumentaci. Nabídková cena musí zahrnovat veškeré náklady zhotovitele, tj. zejm. náklady na zpracování dokumentace skutečného provedení stavby, zaměření, na zařízení staveniště a jeho provoz, dodávku energií, vodné a stočné, odvoz a likvidaci odpadů, poplatky za skládky, daně, správní poplatky, záruky, pojištění, střežení staveniště, úklid staveniště a přilehlých prostor, zajištění DIO, dopravní značení, vytyčení inženýrských sítí, osazení informační tabule před zahájením stavebních prací, případného osazení pamětní desky po dokončení stavebních prací a jakékoliv další výdaje spojené s realizací stavby. (...)*

Zadavatel jako součást ZD (příloha č. 3) předkládá k ocenění soupis prací s výkazem výměr požadovaných prací a konstrukcí v elektronické podobě. Účastník zadávacího řízení je povinen prokázat nabídkovou cenu předložením oceněného soupisu prací. Jednotkové ceny uvedené v oceněném soupisu prací jsou cenami pevnými po celou dobu provádění stavby. (...)

Má se za to, že pokud se nezmění kvantitativní a kvalitativní parametry projektu, pak nabídková cena vždy zahrnuje veškeré činnosti, dodávky a související náklady nutné ke komplexní realizaci předmětu veřejné zakázky.“

41. Dle čl. 15 „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace je hodnotícím kritériem *„ekonomická výhodnost nabídky, přičemž bude hodnocena podle nejnižší nabídkové ceny, tj. celkové nabídkové ceny v Kč bez DPH.“*
42. Dle čl. 19 „Obchodní podmínky, platební podmínky a další požadavky zadavatele“ zadávací dokumentace *„[p]latební podmínky, další podmínky a požadavky zadavatele na způsob a postup realizaci předmětu plnění jsou stanoveny v návrhu smlouvy (příloha č. 2 ZD). (...)* Dodavatel může v návrhu smlouvy doplňovat a měnit pouze zvýrazněné části.“
43. V příloze č. 2 zadávací dokumentace – „Návrh smlouvy“ se v čl. III. „Cena díla“ uvádí, že *„[v] ceně díla jsou zahrnuty veškeré náklady, které je nutno vynaložit zhotovitelem v souvislosti s řádným provedením díla, splněním povinností zhotovitele dle této smlouvy a plněním povinností zhotovitele dle příslušných právních předpisů a technických norem. (...)*

Zhotovitel nese veškeré náklady a poplatky související s provedením díla, i když nejsou výslovně uvedeny (např. náklady na zřízení, provoz, údržbu a vyklizení staveniště, náklady na vytyčení stávajících podzemních inženýrských sítí, náklady na zřízení staveništních přípojek, náklady na energie a vodu po dobu výstavby, náklady na vytyčovací práce spojené s výstavbou, náklady

na zpracování projektové dokumentace skutečného stavu provedení díla, náklady na zpracování geometrického plánu, náklady související s kompletací díla apod.). Poplatky za zábor veřejného prostranství ve vlastnictví či správě objednatele nebudou zhotovitelem hrazeny, zhotovitel tak bude v nezbytném rozsahu pro plnění smlouvy osvobozen od poplatku za užívání (zábor) veřejného prostranství. Zábor veřejného prostranství třetích osob, je-li nezbytný, je součástí projektové dokumentace, stavebník má tedy s takovou osobou smluvně ošetřen vstup na pozemek s právem provedení stavby (z tohoto smluvního vztahu nevyplývá zhotoviteli žádný závazek spojený s úhradou nájmu nebo jiného poplatku).“

44. Z „Protokolu o otevírání nabídek dle § 110 odst. 5 ZZVZ“ ze dne 14. 7. 2023 vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem 8 nabídek, a to včetně nabídky navrhovatele coby účastníka společnosti „Společnost severní Rokycansko - D5“.

Právní posouzení

45. Úřad shrnuje, že v daném případě navrhovatel brojí proti tomu, že zadavatel nezahrnul do návrhu smlouvy o dílo, jež má být uzavřena na předmět plnění veřejné zakázky mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, ujednání o indexaci ceny veřejné zakázky, tedy o objektivním mechanismu úpravy ceny veřejné zakázky v návaznosti na vývoj cen ve stavebnictví. Dle přesvědčení navrhovatele se takový postup vymyká běžné obchodní praxi, povede k podání neporovnatelných nabídek a bezdůvodně omezí hospodářskou soutěž. Navrhovatel tedy napadá podobu zadavatelem nastavených smluvních podmínek.
46. Úřad nejprve podotýká, že je právem zadavatele stanovit jako součást zadávacích podmínek také podmínky upravující práva a povinnosti smluvních stran, které budou obsahem smlouvy uzavřené na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem. Zákon přitom nepředepisuje, jaké konkrétní smluvní podmínky mají být ve smlouvě na veřejnou zakázku obsaženy, a vymezení smluvních podmínek tak ponechává na uvážení zadavatele, neboť právě zadavatel nejlépe zná své potřeby i podmínky, za nichž chce uspokojení svých potřeb dosáhnout. Zadavatel má tedy při stanovení obsahu smluvních podmínek volnost. Byť tak fakticky zadavatel může použít jakékoliv smluvní podmínky, platí zároveň, že k jejich vymezení nesmí přistoupit zcela dle své libovůle. I v jejich případě je totiž povinen respektovat základní zásady zadávání veřejných zakázek dle § 6 zákona, a tedy musí nastavit smluvní podmínky tak, aby neměly negativní dopad do průběhu zadávacího řízení a v tomto smyslu nebyly zjevně excesivní.
47. V této souvislosti pak Úřad považuje za nutné zdůraznit, že kompetence Úřadu jsou vymezeny v § 248 zákona, dle něhož Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání veřejné zakázky, přičemž oprávnění Úřadu vyjadřovat se ke smluvním a obchodním podmínkám stanoveným zadavatelem není sice zcela vyloučené, ale je značně omezené.
48. Byť platí, že podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 2/2013-46 ze dne 24. 4. 2013 „je zapotřebí vyloučit možnost, aby zadavatel mohl v rámci soukromoprávního vztahu vyloučit možnost veřejnoprávního přezkumu, čímž by byl popřen smysl celé úpravy zákona o veřejných zakázkách“, z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014 (navazujícího na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013) pak vyplývá, že není úkolem Úřadu „aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem v zadávací

dokumentaci, nejedná-li se o zjevný exces, např. požadavek zadavatele, který je jednoznačně v rozporu s kogentním ustanovením zákona, či požadavek vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky, a nejde-li o pravidlo při posuzování kvalifikace či samotného hodnocení nabídek.“²

49. Obdobně lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019, ze kterého vyplývá, že postup zadavatele při stanovení smluvní podmínky může být Úřadem označen za rozporný se zákonem až za situace, kdy by „*takto nastavená smluvní podmínka jevila znak nepřiměřenosti (cíli) a znak excesu z pravidel kontrahovaných v případech obdobných plnění, jež by měly dostatečnou intenzitu působit ve vztahu k dodavatelům eliminačně, popř. fakticky znejasňovat, do jakých podmínek (jak ze strany zadavatele po dobu trvání smluvního vztahu vykládaných a používaných) dodavatel vlastně vstupuje. Pak by zásady podle § 6 ZZVZ porušeny být mohly; konkrétně zásada transparentnosti při dovození nejasnosti podmínek smluvního vztahu nebo zásada přiměřenosti či zásada zákazu diskriminace při dovození závěru, že takový postup vede k reálnému vyloučení dodavatelů ze soutěže o získání veřejné zakázky.*“
50. Z uvedeného tak lze dovodit, že do kompetence Úřadu v otázce zadavatelem nastavených smluvních podmínek nespadá posouzení toho, jakou smluvní podmínku zadavatel stanovil (či nestanovil), nýbrž pouze posouzení toho, zda daná smluvní podmínka (nebo její absence) nepředstavuje exces ve smyslu atakování nemožnosti plnění veřejné zakázky či neúnosného narušení některé ze základních zásad vymezených v § 6 zákona.
51. V tomto světle tedy Úřad přistoupil k posouzení smluvní podmínky, kterou navrhovatel svým návrhem napadá, resp. k posouzení toho, zda zadavatel tím, že do návrhu smlouvy o dílo, jež má být uzavřena mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na danou veřejnou zakázku, nezanesl smluvní podmínku představující mechanismus pro úpravu ceny veřejné zakázky v návaznosti na vývoj cen materiálů ve stavebnictví, nepostupoval v rozporu se zákonem.
52. Na tomto místě Úřad uvádí, že tzv. indexace ceny jako možný nástroj pro úpravu sjednané ceny na základě objektivně zjistitelných údajů je smluvním institutem, jehož účelem je u dlouhodobých smluvních vztahů obrana proti rizikům vyplývajícím z cenového vývoje na trhu. Obecně lze ve stavebnictví k indexaci cen využít inflační doložku (umožňující změnu celkové ceny v návaznosti na vývoj inflace) či cenovou doložku (umožňující změnu cen jednotlivých položek v návaznosti na změnu cen stavebních materiálů v důsledku i dalších vlivů, např. nedostatek materiálu na trhu, prodloužení dodacích lhůt apod.).
53. Byť smluvní ujednání o indexaci ceny může být začleněno do jakékoliv smlouvy a v poslední době je zejména v oblasti stavebnictví hojně využíváno, platí zároveň, že jde o dobrovolný smluvní institut podléhající vzájemnému souhlasu smluvních stran, když žádný právní předpis povinnost zanesení takového ujednání do smluv, a to ani do smluv uzavíraných na veřejné zakázky zadávané podle zákona, neukládá.
54. Na základě uvedeného má Úřad za to, že obecně nezačlenění ujednání o indexaci ceny veřejné zakázky do smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku lze považovat za zcela legitimní postup zadavatele. Je totiž pouze rozhodnutím zadavatele, zda proměnlivou situaci v oblasti cen

² Byť se zde uvedené rozsudky vztahovaly k předchozí právní úpravě, má Úřad za to, že závěry v nich uvedené jsou aplikovatelné i na současnou právní úpravu, což platí o veškeré judikatuře citované v tomto rozhodnutí.

stavebních materiálů v rámci smluvních podmínek zohlední či nikoliv, a pokud ujednání o indexaci ceny do smluvních podmínek nezařadí, není dán zákonný důvod smluvní podmínky považovat za nedostatečně připravené a pohlížet na takový postup zadavatele jako na odporující zákonu, pokud zároveň není prokázáno, že by absence této smluvní podmínky v návrhu smlouvy o dílo představovala zřejmý exces.

55. S ohledem na uvedené se Úřad zabýval posouzením toho, zda v daném případě nemohla mít absence ujednání o indexaci ceny veřejné zakázky v návrhu smlouvy o dílo excesivní charakter způsobující nejasnost podmínek smluvního vztahu nebo omezení hospodářské soutěže mezi dodavateli, jak tvrdí navrhovatel.
56. Úřad si je vědom skutečnosti, že v předchozím období docházelo k prudkému nárůstu cen stavebních materiálů, a rovněž toho, že náklady na stavební materiály mohou představovat majoritní složku celkové ceny stavby, pročež mohou mít změny cen materiálů podstatný vliv na celkovou konečnou cenu dlouhodobých stavebních projektů.
57. Jak již k tomu Úřad konstatoval v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0230/2022/VZ, č. j. ÚOHS-29601/2022/161, ze dne 25. 7. 2022, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0112/2022/VZ, č. j. ÚOHS-29601/2022/161, ze dne 30. 9. 2022, je si Úřad *„vědom toho, že v důsledku změn na trhu způsobených pandemií nemoci Covid-19 a válkou na Ukrajině v posledních měsících dochází k podstatnému nárůstu cen dodávek některých stavebních materiálů z důvodu jejich nedostatku na trhu, s čímž souvisí také prodlužování jejich dodacích lhůt. Úřad však považuje za nutné upozornit, že je pouze na zadavatelích, jakým způsobem budou proměnlivou situaci s cenami stavebních materiálů při zadávání veřejných zakázek zohledňovat, a to zejména s přihlédnutím k jejich reálným finančním možnostem. Ačkoliv obecně lze konstatovat, že je vhodné zakotvit do smlouvy na veřejnou zakázku takové mechanismy, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky umožňovat pružně reagovat na změny na trhu stavebních materiálů (například právě prostřednictvím inflační doložky) či upravit smluvní podmínky, je vždy však na zvážení zadavatele, zda tyto mechanismy přijme, či nikoliv. Pokud se zadavatel, stejně jako v šetřeném případě, rozhodne po zvážení všech okolností tyto mechanismy nepřijmout (např. s ohledem na hypoteticky problematické financování veřejné zakázky), pak je to pouze jeho obchodní rozhodnutí a tento postup není možné považovat za rozporný se zákonem.“*
58. Úřad tedy v daném rozhodnutí dospěl k závěru, že nezohlednění proměnlivé situace v otázce cen stavebních materiálů ve smlouvě na veřejnou zakázku nelze považovat za postup odporující zákonu. Úřad zdůrazňuje, že citované rozhodnutí Úřadu bylo vydáno v červenci 2022, tj. v době, kdy docházelo k markantnímu nárůstu cen stavebních materiálů, jenž byl připisován celosvětové pandemii Covid-19 a válečnému konfliktu na Ukrajině a s tím souvisejícímu vývoji inflace, na což je v daném rozhodnutí odkazováno.
59. Uvádí-li navrhovatel ve svém návrhu, že si je vědom uvedené rozhodovací praxe Úřadu, když však v řešeném případě odkazuje na *„zcela zásadní ekonomické dopady nastavení zadávacích podmínek“* (bez bližšího upřesnění), pak k tomu Úřad uvádí následující.

60. Jak vyplývá z veřejně dostupných zdrojů³, od roku 2021 docházelo ve srovnání k předchozím obdobím k nárůstu inflace, přičemž inflace dosáhla vrcholu v září 2022, kdy v meziročním vyjádření činila cca 18 %. V únoru 2023 započal trend jejího postupného poklesu a v současné době se pohybuje okolo cca 10 %. Tento trend se pak rovněž promítnul do vývoje cen stavebních materiálů. Rovněž lze vysledovat, jak argumentuje rovněž zadavatel, že od roku 2022 ceny stavebních materiálů již nezaznamenávají výraznějších výkyvů a dochází i k jejich poklesu.
61. Úřad nepochybně, že vývoj cen stavebních materiálů nelze spolehlivě do budoucna predikovat. Současně však platí, že válečný konflikt na Ukrajině (jenž vzal Úřad v daném rozhodnutí rovněž jako podstatnou okolnost ovlivňující výši cen ve stavebnictví v úvahu) nadále trvá, když navíc zároveň platí (jak je uvedeno výše), že cenovou situaci na trhu stavebních materiálů lze aktuálně považovat z hlediska výše cen a jejich výkyvů za příznivější ve srovnání se situací, jež byla posuzována Úřadem ve výše citovaném rozhodnutí, a za níž přesto nebylo Úřadem dovozeno, že by nepoužití indexace cen mohlo vykazovat znaky excesivního jednání. Navrhovatel přitom nepředložil Úřadu žádné konkrétní argumenty, proč by mělo mít dle jeho názoru nepoužití indexace cen v současné době závažnější ekonomické dopady než v době vydání citovaného rozhodnutí Úřadu a proč by tak nemohly být závěry Úřadu vyjádřené v předmětném rozhodnutí i na daný případ aplikovány.
62. S ohledem na uvedené tak není dle názoru Úřadu ani za současné ekonomické situace dán žádný důvod odchýlit se pro právě řešený případ od závěrů dovozených v citovaném rozhodnutí Úřadu v otázce (ne)povinnosti zadavatele aplikovat ujednání o indexaci cen do smluvních podmínek. Úřad má tedy za to, že zadavatel měl v daném případě právo ujednání týkající se úpravy ceny v návaznosti na vývoj cen na relevantním trhu do návrhu smlouvy nezahrnout.
63. Úřad znovu odkazuje na to, že je to výlučně zadavatel, kdo rozhoduje o tom, zda učiní ujednání o indexaci ceny součástí smluvních podmínek. Zadavatel k této otázce navíc uvedl, že neučinil součástí zadávacích podmínek inflační doložku po zralé úvaze, a to vzhledem ke skutečnosti, že prostředky na financování veřejné zakázky jsou alokovány z veřejných zdrojů (z dotací, ale i z jeho prostředků), kdy by takovýto mechanismus mohl vést k dodatečnému nárůstu ceny plnění, což by mohlo způsobit zadavateli potíže s financováním. Uvedené zdůvodnění není dle Úřadu nerelevantní, neboť zadavatel je veřejnou institucí, která z povahy věci nemá neomezené prostředky na realizaci příslušné veřejné zakázky a je tak nucen postupovat tak, aby plnění zajistil za alokované prostředky (přičemž je pak na relevantním trhu, zda uvedené podmínky přijme).
64. Současně Úřad podotýká, že bytí může být indexace ceny doporučována jako možné preventivní opatření (např. ve „Společném stanovisku Ministerstva pro místní rozvoj a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k problematice nárůstu cen stavebních materiálů“⁴), nejde

³ Viz https://www.czso.cz/csu/czso/inflace_spotrebiteleske_ceny, https://www.czso.cz/csu/czso/mira_inflace, <https://www.cnb.cz/cs/menova-politika/inflacni-cil/tema-inflace/index.html>, <https://www.urs.cz/software-a-data/sledovani-vyvoje-cen-materialu>

⁴ Viz <https://portal-vz.cz/metodiky-stanoviska/metodiky-k-zakonu-c-134-2016-sb-o-zadavani-verejnych-zakazek/metodicka-stanoviska/>

o závazný právní předpis, jenž by mohl zakládat zákonnou povinnost zadavatelů k použití indexace ceny přistoupit, jak je ostatně v tomto stanovisku rovněž zdůrazněno.

65. Úřad pouze doplňuje, že nezpochybňuje skutečnost, že v současné době zadavatelé mohou ke sjednání indexace cen veřejných zakázek standardně přistupovat, jak tvrdí navrhovatel, avšak tuto skutečnost nelze považovat pro posouzení daného případu za relevantní, obdobně jako skutečnost, že mohou v praxi nepochybně existovat i případy, kdy zadavatelé indexaci ceny veřejné zakázky ve smluvních podmínkách nezohlední, jak tvrdí naopak zadavatel.
66. K argumentaci navrhovatele, že nepoužitím cenové indexace fakticky zadavatel neoprávněně přenáší riziko za ekonomický vývoj na dodavatele, uvádí Úřad následující.
67. Především je nutno poukázat na tu skutečnost, že navrhovatel (stejně jako další relevantní dodavatelé) je profesionálním podnikajícím subjektem, který zvažuje ze své strany zcela dobrovolný vstup do závazkového vztahu. Je tak na navrhovateli, aby vyhodnotil pro své podnikání relevantní faktory a na jejich základě učinil obchodní rozhodnutí o tom, zda má zájem o veřejnou zakázku, a případné rizikové faktory promítl do nabídkové ceny. K tomu lze podotknout, že z povahy věci u šetřené veřejné zakázky (s ohledem na její předmět a rozsah i zadavatelem požadovanou kvalifikaci dodavatelů) okruh potencionálních dodavatelů sestává ze subjektů, které mají zkušenosti s realizací obdobných zakázek a lze u nich předpokládat, že na základě informací uvedených v zadávací dokumentaci si jsou vědomi specifik, která přináší realizace stavebních prací na takovéto zakázce. V kontextu řešeného je tedy pouze na uvážení jednotlivých dodavatelů vč. navrhovatele, zda se i při vědomí výše popsaného rizika zadávacího řízení zúčastní či nikoliv (tj. že zadavatelem stanovené podmínky přijme), a na kolik si podnikatelské riziko spočívající v tom, že není ve smlouvě o dílo zakotvena cenová indexace, v rámci své nabídkové ceny ocení. Byť je zřejmé, že všechna rizika, která by dodavatelé měli v rámci nabídkové ceny zohlednit, nejsou a nemohou být zcela známa a nelze je ani predikovat, Úřad opakuje, že je to primárně navrhovatel, resp. obecně dodavatelé, kdo by měl být schopen případná jim hrozící rizika odhadnout a vyčíslit. Pokud přitom potenciální rizika nezná sám dodavatel, stěží lze spravedlivě požadovat po zadavateli, aby nastavil smluvní podmínky tak, že všechna potenciální rizika, jež dodavateli hrozí, budou eliminována.
68. K argumentaci navrhovatele, že v případě absence jednotného způsobu úpravy ceny v návaznosti na vývoj cen jednotliví uchazeči o veřejnou zakázku započtou do své nabídkové ceny „rezervu“ vypočtenou nejednotným způsobem, což dle navrhovatele způsobuje nejasnost zadávacích podmínek a povede k obdržení neporovnatelných nabídek, uvádí Úřad následující.
69. Úřad připomíná, že obdržení neporovnatelných nabídek může nastat v situaci, kdy zadávací dokumentace není jednoznačná a dostatečně určitá a může být jednotlivými uchazeči o veřejnou zakázku vykládána různě. Dle přesvědčení Úřadu se však o takovou situaci v daném případě nejedná.
70. Všichni uchazeči o veřejnou zakázku měli vyplnit položkový rozpočet (příloha č. 3 zadávací dokumentace) s uvedením cen za jednotlivé položky a na jeho základě nabídnout zadavateli celkovou cenu za realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, a to při vědomí, že půjde o cenu konečnou, jež nebude v návaznosti na případný budoucí vývoj cen ve stavebnictví jakkoliv (položkově ani celkově) modifikována. Všichni uchazeči o veřejnou zakázku tak byli od počátku

zadávacího řízení srozumění s tím, že jimi nabídnutá cena (položková i celková) jim musí pokrýt i případný nárůst cen stavebních materiálů a mohli tak přistoupit ke kalkulaci své nabídkové ceny s tímto vědomím.

71. Obecně přitom platí, že cenotvorba je plně v kompetenci uchazeče o veřejnou zakázku jako podstata hospodářské soutěže dle jeho ekonomických možností a obchodní strategie. V daném případě zadavatel tedy požadoval, aby uchazeči o veřejnou zakázku nabídli cenu (položkově i celkovou), za kterou budou ochotni předmět plnění veřejné zakázky realizovat, přičemž nepožadoval, aby mu zároveň předložili cenový rozpad jednotlivých cen, resp. nestanovil žádné podmínky, co všechno musí být do jednotkových cen zahrnuto. Pakliže se tedy uchazeči o veřejnou zakázku rozhodli např. zahrnout do nabídkové ceny i „rezervu“ na pokrytí případného nárůstu cen stavebních materiálů, pak je nutné tuto „rezervu“ považovat za jednu ze součástí nabízené ceny, jejíž zahrnutí do nabídkové ceny je interním obchodním rozhodnutím dodavatele.
72. Úřad se tak s ohledem na výše uvedené neztotožňuje se závěry navrhovatele, že absence ujednání o indexaci ceny v návrhu smlouvy o dílo, jež má být uzavřena mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na plnění veřejné zakázky, by měla být považována za excesivní, když Úřad neshledal, že by mohla mít potenciál způsobit nejasnost podmínek smluvního vztahu a přesahovat běžné podnikatelské riziko.
73. Úřad připomíná, že pouze smluvní podmínky, jež by v sobě obsahovaly takové podnikatelské riziko, které by skutečně bylo ve vztahu k dané zakázce neúměrné, tj. de facto způsobovalo eliminaci soutěže či faktickou nemožnost plnění zakázky, by bylo možné považovat za excesivní a nezákonné.
74. V souvislosti s výše uvedeným Úřad akcentuje, že zadavatel obdržel nabídky od celkem 8 dodavatelů, a to včetně nabídky navrhovatele, 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. Ani uvedené tedy nesvědčí o excesivnosti napadených zadávacích podmínek.
75. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že ač lze pochopit, že absence ujednání o indexaci ceny v návrhu smlouvy o dílo s sebou nese jistá rizika a komplikace pro uchazeče o veřejnou zakázku, nelze ji považovat za excesivní v tom smyslu, že by dodavatelům reálně bránila v účasti v zadávacím řízení, resp. způsobila faktickou nemožnost ucházet se o dané plnění a plnit z uzavřené smlouvy. Absence ujednání o indexaci ceny sice může pro dodavatele představovat riziko, nicméně míra tohoto rizika nedosahuje dle názoru Úřadu takového charakteru, aby zakládala excesivnost předmětných zadávacích podmínek.
76. Na základě všech zjištění a skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadavatel při stanovení zadávacích podmínek v souvislosti s absencí ujednání o indexaci ceny veřejné zakázky nepostupoval v rozporu se zákonem.
77. Úřad proto ve věci návrhu navrhovatele rozhodl o jeho zamítnutí podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Ing. Petr Vévoda

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace, Koterovská 462/162, 326 00 Plzeň
2. BERGER BOHEMIA a.s., Klatovská 410/167, 321 00 Plzeň

Vypraveno dne

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