



UOHSX00669WJ

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R171/2013/VZ-19338/2014/321/OHo

Brno 15. září 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 6. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 6. 2013, který podal zadavatel –

- **Statutární město Olomouc**, IČO 002 99 308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S194/2013/VZ-10313/2013/532/MKn ze dne 4. 6. 2013, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**MŠ Jílová – zprovoznění oddělení**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož oznámení o zadání bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 31. 5. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 218985, na kterou byla dne 4. 5. 2012 uzavřena smlouva o dílo č. OI/SOD/500/2012/Ze se společností VHH THERMONT s.r.o., IČO 258 78 778, se sídlem Troubelice 352, 783 83 Troubelice,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S194/2013/VZ-10313/2013/532/MKn ze dne 4. 6. 2013

**potvrzují**

a podaný rozklad

**z a m í á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek obdržel dne 15. 2. 2013 podnět, týkající se postupu zadavatele – Statutární město Olomouc, IČO 002 99 308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“) – při zadání veřejné zakázky „MŠ Jílová – zprovoznění oddělení“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož oznámení o zadání bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 31. 5. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 218985.
2. V podnětu byl napadán postup zadavatele v uvedeném zadávacím řízení při uzavření dodatku ke smlouvě o dílo, jímž došlo k podstatné změně platebních podmínek v neprospěch zadavatele, Úřad si proto od zadavatele vyžádal dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a vyjádření zadavatele k obsahu podnětu.
3. Ze zadávací dokumentace vyplynulo, že zadavatel dne 10. 4. 2012 na základě doporučení hodnotící komise rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené uchazečem VHH THERMONT s.r.o., IČO 258 78 778, se sídlem Troubelice 352, 783 83 Troubelice (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 4. 5. 2012 smlouvu o dílo (dále jen „**Smlouva o dílo**“). Dne 4. 6. 2012 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo (dále jen „**Dodatek**“).
4. Podle čl. V odst. 9 Smlouvy o dílo budou platby prováděny na základě dílčích faktur vystavených ve 2 originálech provedených a odsouhlasených prací vystavených za kalendářní měsíc po jednotlivých objektech. Úhrada odsouhlasených dílčích faktur za provedené práce bude uskutečněna v roce 2013 nejpozději 31. 3. 2013. Návrh Smlouvy o dílo obsažený v nabídce vybraného uchazeče se v čl. V odst. 9 shodoval s výše uvedenou dikcí Smlouvy o dílo.
5. Dle čl. III Dodatku se v čl. V Cena díla a platební podmínky mění čl. V. odstavec č. 9 takto: Platby budou prováděny na základě dílčích faktur provedených a odsouhlasených prací vystavených za kalendářní měsíc po jednotlivých objektech 30 dnů po jejich obdržení objednatelem.
6. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda nedošlo ze strany zadavatele ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím,

---

*1 Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.*

že zadavatel uzavřením Dodatku, kterým změnil původní platební podmínky stanovené Smlouvou o dílo, neporušil ustanovení § 82 odst. 2 zákona. Z tohoto důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce, o čemž zadavatele informoval oznámením č. j. ÚOHS-S194/2013/VZ-6509/2013/532/MKn ze dne 24. 4. 2013.

## II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 4. 6. 2013 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S194/2013/VZ-10313/2013/532/MKn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 2 citovaného zákona, neboť dne 4. 6. 2012 uzavřel Dodatek, jehož obsahem byla změna smlouvy o dílo ze dne 4. 5. 2012, která je v rozporu s obsahem návrhu smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad následně uložil za spáchání správního deliktu zadavateli pokutu ve výši 20 000 Kč.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl skutková zjištění případu a k úvahám, ze kterých napadené rozhodnutí vycházelo, konstatoval, že dodatky ke smlouvě, v souladu s obecnou právní teorií, je třeba chápat jako dodatečnou dohodu smluvních stran, kterou se mění původní smluvní vztah a ten je nutno nadále interpretovat pouze ve znění předmětného dodatku. Na Smlouvu o dílo je tudíž nutno nahlížet tak, jako by od počátku byla uzavřena ve znění modifikovaném Dodatkem a je třeba posoudit, zda se znění modifikované Smlouvy o dílo shoduje s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, v souladu s § 82 odst. 2 zákona.
9. V souvislosti s uvedeným ustanovením zákona Úřad zdůraznil, že povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu se zadáním a vybranou nabídkou je nutno chápat funkčně, tedy že po celou dobu realizace veřejné zakázky musí být tato smlouva v souladu s původními zadávacími podmínkami a podanou vítěznou nabídkou. Opačný výklad ustanovení § 82 odst. 2 zákona by zcela zásadním způsobem zpochybnil smysl celého zadávacího řízení a potažmo zákona, neboť by umožňoval stranám smlouvy měnit formou dodatků podmínky, za kterých byla zakázka zadána, a výsledky zadávacího řízení by se tak fakticky staly pro zadavatele zcela nezávazné.
10. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že zadavatel tím, že uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek, jehož obsahem byla změna původní Smlouvy o dílo, která je v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, přičemž zákon v tomto ustanovení neřeší následky takovéto změny a je lhostejné, zda se zadavatel odchýlil v jednom anebo v několika bodech.
11. Z hlediska spáchání správního deliktu a případného uložení sankce se Úřad dále zabýval tím, zda tento postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo alespoň mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. K tomu Úřad uvedl, že je obecně nutné v první řadě posoudit, zda dochází k podstatné změně původních zadávacích podmínek, přičemž za podstatné změny je přitom třeba v první řadě považovat všechny změny, které mohly mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů. V této souvislosti Úřad poukázal na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora) ze dne 19. 6. 2008 ve věci C-454/06

Presstext (dále jen „**rozsudek Presstext**“), z kterého vyplývá, že změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v prvotním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.

12. Úřad konstatoval, že s ohledem na skutečnost, že předmět veřejné zakázky nebyl nikterak specifickým, jakož i na poměrně nízkou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, a z toho pramenícího přesvědčení Úřadu o existenci poměrně širokého okruhu potenciálních (i menších) dodavatelů, schopných plnit předmět veřejné zakázky, vymezení platebních podmínek bylo nebo alespoň mohlo být samo o sobě určujícím pro potenciální účast dalších dodavatelů na předmětném zadávacím řízení. Z uvedeného Úřad dospěl k závěru, že původní platební podmínky v návrhu Smlouvy o dílo, obsažené v nabídce vybraného uchazeče, si kladly vyšší nároky týkající se finanční síly a schopnosti financovat provádění stavebních prací z vlastních prostředků než platební podmínky ve smyslu Dodatku, a proto jednání zadavatele mělo nebo mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
13. K výroku II. napadeného rozhodnutí, tedy k uložení sankce, Úřad uvedl, že zadatelova odpovědnost za spáchání správního nezankla a pro posouzení přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
14. Z hlediska závažnosti shledal Úřad jednání zadavatele, spočívající v omezení soutěžního prostředí, jedním z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek a postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. U způsobu spáchání správního deliktu Úřad konstatoval, že zadatel nebyl veden úmyslem obejít postup požadovaný zákonem, což je možno posoudit jakožto polehčující okolnost, za kterou Úřad rovněž posoudil stupeň omezení hospodářské soutěže, když zadatel obdržel nabídky celkem od sedmi uchazečů. Ve smyslu nálezu Ústavního soudu Pl. 3/02 pak Úřad, na základě veřejně přístupných informací o rozpočtu zadavatele za rok 2013, učinil závěr, že pokuta nemá pro zadavatele likvidační charakter a co do funkce uložené sankce Úřad preferoval její preventivní povahu.

### III. **Námítky rozkladu**

15. Proti napadenému rozhodnutí podal zadatel rozklad ze dne 10. 6. 2013, který byl Úřadu doručen 13. 6. 2013, tedy v zákonné lhůtě.
16. V rozkladu zadatel nejprve predestiruje názor, že Smlouva o dílo uzavřená na základě výsledků zadávacího řízení je smlouvou soukromoprávního charakteru a že zadávací řízení upravené zákonem upravuje pouze kontrakční proces a nikoliv vlastní zhotovení díla dle uzavřené smlouvy.
17. Zadatel nepovažuje za správný názor, že smlouva uzavřená na základě regulovaného kontrakčního procesu je zcela neměnná, neboť v průběhu smlouvy nastávají situace, které je možné řešit pouze úpravou původních smluvních podmínek a nemožnost této změny by znamenala zmaření zhotovení díla. Tezi o neměnnosti jakékoli smlouvy tak zadatel přijímá pouze v teoretické rovině, nikoliv ovšem v právu aplikovaném na skutečně vzniklou situaci, vzhledem k tomu, že není možné všechny potenciální okolnosti ošetřit v zadávacích

podmínkách, zejména u složitých předmětů plnění, které jsou navíc spolufinancovány z operačních programů.

18. Zadavatel dále uvádí, že musel upravit znění smluvních podmínek, jelikož o dotaci požádal až po uzavření Smlouvy o dílo. Zadavatel tak byl dle svého názoru donucen k uzavření Dodatku zcela objektivními důvody, resp. závaznými požadavky operačního programu pro přiznání dotace.
19. Poslední námitkou rozkladu zadavatel rozporuje názor Úřadu, že změna lhůty splatnosti je změnou podstatnou, která mohla ovlivnit počet podaných nabídek. Zadavatel uvádí, že obdržel nabídky sedmi uchazečů, což je zcela obvyklý počet uchazečů, a to i v případě veřejných zakázek na stavební práce, u kterých je stanovena lhůta splatnosti faktur kratší, než v předmětné veřejné zakázce.
20. Zadavatel rozklad uzavírá zopakováním názoru, že k uzavření Dodatku došlo z objektivních důvodů, v souvislosti se záměrem získat dotaci, čímž nastaly nové okolnosti pro změnu smluvních podmínek, ke kterým byl zadavatel povinen přistoupit s ohledem na znění dotačních podmínek příslušného operačního programu. Zadavatel uvádí, že neměl v úmyslu poškodit žádného dodavatele a stejný postup by zvolil vůči každému dodavateli, se kterým by Smlouvu o dílo uzavřel.

#### **Závěr rozkladu**

21. Zadavatel navrhuje zrušit napadené rozhodnutí a zastavit řízení. In eventum zadavatel navrhuje napadené rozhodnutí změnit tak, že bude výrazně snížena uložená pokuta.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

22. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

23. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S194/2013/VZ-10313/2013/532/MKn ze dne 4. 6. 2013, rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

25. Zadavatel svou argumentací v úvodu rozkladu předestřel tezi, že Úřad, příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona, není oprávněn přezkoumávat „*vlastní zhotovení díla dle uzavřené smlouvy*“, čímž zadavatel pravděpodobně sledoval vyloučení pravomoci výkonu dohledu nad dodatky smlouvy. Zadavatel se domáhá striktního oddělení kontraktačního procesu upraveného veřejnoprávním předpisem

od soukromoprávního vztahu mezi stranami smlouvy, na základě tohoto procesu uzavřené. Jak však uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 8 Afs 60/2009 – 78 ze dne 31. 5. 2010 „Regulace zadávání veřejných zakázek představuje jeden z případů legitimního veřejnoprávního omezení subjektů, které přes svou veřejnoprávní povahu vystupují v konkrétním vztahu jako subjekty soukromého práva, nakládající s vlastním nebo svěřeným majetkem.“ Požadavek ust. § 82 odst. 2 věty druhé zákona na soulad uzavřené smlouvy se smlouvou obsaženou v nabídce, pak lze chápat právě jako omezení smluvní volnosti, které má reflektovat veřejný zájem na transparentní, rovné a nediskriminující rozdělování veřejných prostředků.

26. Jak Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, uzavřením dodatku se mění obsah původní smlouvy a okamžikem platnosti dodatku jí je nutno posuzovat v jejím pozměněném znění. Úřad tak nepřezkoumává vlastní zhotovení díla, ale pouze smlouvu, která byla výsledkem zákonem upraveného kontraktačního procesu a na jejíž znění jsou stanoveny určité požadavky zákona. Pokud tedy nějaký úkon smluvních stran (zadavatele a vybraného uchazeče), který je učiněn po uzavření této smlouvy, ale svými právními účinky mění obsah právních úkonů zadavatele, které spadají do působnosti zákona, a tedy právní poměry stran tzv. „vrací v čase“ do okamžiku před uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky (jako například uzavřením dodatku ke smlouvě, který mění některou z podstatných částí této smlouvy), pak je bezpochyby dána pravomoc Úřadu takový dodatečný úkon zadavatele a dodavatele přezkoumat z pohledu jeho souladu se zákonem. Omezení působnosti Úřadu okamžikem ukončení veřejné zakázky uzavřením smlouvy (což vyplývá z argumentace zadavatele), by pak v teoretické rovině umožňovalo pomocí dodatků během průběhu zhotovení díla efektivně měnit uzavřenou smlouvu tak, že by jakákoli zákonná úprava předchozího kontraktačního procesu ztratila smysl.
27. S další námitkou v rozkladu zadavatele je možno v dílčích částech souhlasit, a to konkrétně v tom, že smlouva uzavřená na základě regulovaného kontraktačního procesu není zcela neměnná. Konstantní rozhodovací praxí Úřadu totiž bylo dovozeno, že například změny technického charakteru, jako jsou změny kontaktních údajů (např. jména kontaktních osob, telefonní spojení) nebo zpřesnění použitých formulací (bez vlivu na obsah smlouvy) jsou zcela v souladu se zákonem. Nesporné ovšem je, že změny provedené zadavatelem nelze, ve shora uvedeném smyslu, označit za tzv. změny technického charakteru. Pro určení, zda je změna smlouvy přípustná je nutné provést posouzení, zda se jedná nebo nejedná o změnu podstatnou, přičemž změny podstatného charakteru ovlivňují v různé míře hospodářskou soutěž a nelze je tak považovat se souladné se sledovaným zájmem zákonné úpravy. Z Úřadem citovaného rozsudku Pressetext, lze následně skutečně vysledovat některé změny smlouvy, které jsou přípustné a nejsou tak považované za změny podstatné. Jedná se například o změnu, která byla za přesných podmínek dostatečně konkrétně a přesně předvídaná v zadávacích podmínkách nebo o změnu reagující na celoplošně objektivní situaci, kdy se smlouva přizpůsobovala nově zavedené státní měně, a kterou se tak veřejná zakázka pouze přizpůsobovala změnám vnějším okolnostem za podmínky, že je takové přizpůsobení minimální a existuje pro něj objektivní zdůvodnění.
28. Zadavatel dále namítá, že „není možné veškeré okolnosti, které objektivně v rámci plnění vznikají, ošetřit v zadávacích podmínkách veřejné zakázky,“ k čemuž uvádím, že takový požadavek z napadeného rozhodnutí nevyplývá. V napadeném rozhodnutí Úřad pouze uvedl,

že každou změnu jednou uzavřené smlouvy je nutno posoudit s ohledem na charakter provedené změny, tedy zda je změna zadávacích podmínek podstatná nebo ne. Za naplnění kritérií citovaných Úřadem při interpretaci rozsudku Pressetext pak nemají na výrok Úřadu žádný vliv okolnosti, které zadavatele ke změně smlouvy vedly, ale na druhou stranu lze dovodit, že změna, která by testem prostřednictvím uvedených kritérií nebyla shledána podstatnou, by byla plně v souladu se zákonem.

29. Zadavatel tvrdí, že na základě podání žádosti o dotaci smlouvu musel upravit, avšak důvody, které vedly zadavatele k uzavření Dodatku, nejsou okolností, kterou by zákon spojoval s oprávněním odchýlit se od jeho znění. Pokud zákon stanoví, že je zadavatel povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce a změna provedená zadavatelem neprojde testem, kterým se určuje, zda je či není změnou podstatnou, není možné se odvolávat na okolnosti ať už objektivní nebo subjektivní, které zadavatele k nezákonnému postupu vedly. Zákon pro dodržení svých základních zásad, stanovených v ust. § 6 zákona, koncipuje veřejné zadávání jako vysoce formalizovaný proces, který váže zadavatele a uchazeče přesně stanoveným postupem a právě jeho dodržení je považováno za nejlepší záruku naplnění výše zmíněných základních zásad veřejného zadávání.
30. V závěru rozkladu zadavatel svou argumentaci o objektivní povaze nutnosti uzavřít Dodatek na základě znění dotačních podmínek opakuje a dodává, že se nejednalo o jeho subjektivní rozmar, ale že by jím zvoleným postupem postupoval vůči každému z dodavatelů, se kterým by uzavřel smlouvu. Jak ovšem bylo uvedeno výše, povaha okolností, které zadavatele vedly ke změně smluvních podmínek, nemá vliv na zákonnost závěru, zda zadavatele zákon porušil nebo ne. K druhé části tvrzení zadavatele uvádím, že zadavatelovu představu o naplnění zásady rovnosti tím, že by uzavřel smlouvu v rozporu s jejím návrhem, ať už by byl vybraným uchazečem kdokoli, nelze akceptovat a nerovného zacházení by se dopustil i tímto uvedeným postupem. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí ostatně nevyplývá, že by zadavatel porušil zásadu rovnosti vůči uchazečům, kteří své nabídky předložili. Podstatou porušení zákona a argumentace Úřadu je, že mohli existovat další uchazeči, kteří by se soutěže o veřejnou zakázku účastnili, kdyby byly platební podmínky stanovené od začátku v podobě, která kladla nižší nároky na finanční sílu uchazeče, tedy ve znění po uzavření Dodatku.
31. Další rozkladovou námitku zadavatel přednesl ve vztahu k závěru Úřadu o povaze změny smlouvy, jakožto změny, která mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel v rozkladu konstatoval, že změna lhůty splatnosti není změnou podstatnou, která mohla zapříčinit vyšší počet uchazečů, a tedy byla špatně Úřadem posouzena. Zadavatel toto své tvrzení podporuje skutečností, že se k předmětné veřejné zakázce přihlásilo 7 uchazečů, což je pro podobný předmět veřejné zakázky zcela standardní počet. Na rozdíl od zadavatele jsem toho názoru, že Úřad postupoval správně, když výše uvedenou skutečnost v napadeném rozhodnutí promítnul pouze do polehčujících okolností při stanovení výše sankce. Na samotnou podstatu argumentace Úřadu v napadeném rozhodnutí, že mohla být změna lhůty splatnosti určující pro potenciální účast dalších dodavatelů na předmětném zadávacím řízení, nemá počet skutečně přihlášených účastníků vliv. Námitka zadavatele nijak nerozporuje skutečnost, že mohou existovat dodavatelé, kteří byli schopni realizovat předmět veřejné zakázky, a pro tyto dodavatele mohlo být ustanovení původního znění smlouvy o dílo, o způsobu proplácení faktur za provedené práce, klíčové pro rozhodování

o schopnosti finančně unést plnění veřejné zakázky. Postup zadavatele tak Dodatkem měnícím závazek oproti závazku popotávanému v zadávacím řízení nepochybně změnil ekonomickou rovnováhu, a to zvýhodněním vybraného uchazeče jak oproti uchazečům, kteří se o veřejnou zakázku přímo ucházeli za původních podmínek, tak i oproti potenciálním uchazečům, kteří by se o veřejnou zakázku ucházeli, kdyby byla od začátku zadávána ve své podobě po uzavření Dodatku.

32. Změna smlouvy, která zavádí podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, účast jiných uchazečů než těch, kteří byli původně do řízení připuštěni je pak ve výše zmíněném rozsudku Přesetext právě jedním z případů, kdy je nutno změnu smlouvy považovat za podstatnou.
33. Ke zjištění Úřadu o povaze změny smlouvy uvádím, že se plně ztotožňuji se závěry Úřadu uvedenými v napadeném rozhodnutí. Konstatování Úřadu, že rozdílný okamžik vzniku právního nároku na proplacení faktur, i během realizace díla, klade vyšší nároky na finanční sílu a schopnosti financovat provádění stavebních prací z vlastních prostředků, což odpovídá skutkovému stavu a vzhledem k tomu, že je tento stav v rozporu se zásadou rovnosti, je nutné na něj nahlížet jako na porušení § 82 odst. 2 zákona.
34. V eventuálním petitním návrhu zadavatel požaduje, aby mu byla výrazně snížena uložená pokuta. V rozkladu však neuvedl žádné nové skutečnosti, kterým by bylo možno přisoudit povahu polehčující okolnosti. Zadavatel pouze konstatoval, že nebyl veden úmyslem poškodit žádného z dodavatelů a že k uzavření Dodatku došlo zcela z objektivních důvodů. K tomuto tvrzení uvádím, že pro odpovědnost za správní delikt není vzhledem k subjektivní stránce deliktu zavinění vyžadováno, neboť správně-deliktní odpovědnost podle zákona je koncipována jako odpovědnost objektivní, tedy odpovědnost za výsledek. Jediná možnost vyvinění je zakotvena v § 121 odst. 1 zákona, který uvádí, že právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila.
35. Jsem toho názoru, že výše uvedené ustanovení není na jednání zadavatele aplikovatelné, protože zadavatel neprokázal, že by se porušení právní povinnosti snažil vůbec zabránit. K tomu, že zadavatel nebyl veden úmyslem poškodit žádného z uchazečů, uvádím, že pro subjektivní stránku deliktu zadavatelův úmysl nemá na jeho odpovědnost vliv, ale byl Úřadem posouzen jako polehčující okolnost, a proto jej rovněž není možné v rámci řízení o rozkladu posuzovat znovu a pokutu dle požadavku zadavatele výrazně snižovat.
36. Na závěr sděluji, že jsem se plně ztotožnil s odůvodněním Úřadu, vztahujícím se k uložené pokutě a především pak k závěrům Úřadu o závažnosti správního deliktu, spočívajícího v omezení hospodářské soutěže, jakožto jednoho z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Souhlasím rovněž s posouzením možného likvidačního charakteru výše pokuty v intencích nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 3/02 a také s akcentací preventivní funkce správní sankce. Zmíněné preventivní povaze trestu pak plně odpovídala i hodnota uložené pokuty, která nedosahovala ani 9% maximální možné výše sankce a byla tedy vyměřena na úplné spodní hranici rozmezí, vycházejícího ze zákona. Pokuta tudíž byla na základě odůvodnění napadeného rozhodnutí uložena v adekvátní výši a v souladu se zákonem.

## **Závěr**



37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
38. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **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. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

Statutární město Olomouc, Horní náměstí 583, 779 00 Olomouc

**Vypraveno dne:**

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