



UOHSX007NAKE

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R218/2014/VZ-40383/2015/323/KKř

Brno 23. listopadu 2015

V řízení o rozkladu ze dne 23. 6. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 24. 6. 2014, jež podal zadavatel –

- **město Žatec**, IČO 00265781, se sídlem náměstí Svobody 1, 438 24 Žatec, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 24. 9. 2013 JUDr. Tomášem Těmínem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09996, Advokátní kancelář Těmín, s.r.o., IČO 24854590, se sídlem Karlovo náměstí 559/28, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 6. 2014, č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-12054/2014/523/OPi, vydanému ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem při uzavření dodatku č. 2 ze dne 28. 2. 2011 a dodatku č. 3 ze dne 28. 2. 2011 ke smlouvě o dílo ze dne 30. 11. 2010, která byla uzavřena na základě otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „**Otevřené letní koupaliště v Žatci**“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 4. 2010 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 4. 2010 pod ev. č. 60044109, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 5. 2010 a dne 4. 6. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod ev. č. 2010/S 81-121011, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 5. 2010 pod ev. č. 2010/S 87-129449 a opravy uveřejněné dne 8. 6. 2010 pod ev. č. 2010/S 109-164382,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-12054/2014/523/OPi ze dne 6. 6. 2014

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Město Žatec, IČO 00265781, se sídlem náměstí Svobody 1, 438 24 Žatec (dále jen „**zadavatel**“) zahájilo zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Otevřené letní koupaliště v Žatci“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 4. 2010 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 4. 2010 pod ev. č. 60044109, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 5. 2010 a dne 4. 6. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod ev. č. 2010/S 81-121011, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 5. 2010 pod ev. č. 2010/S 87-129449 a opravy uveřejněné dne 8. 6. 2010 pod ev. č. 2010/S 109-164382 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 153.620.495,- Kč bez DPH, byly dle oznámení o zakázce stavební práce a související dodávky v rozsahu stanoveném v zadávacích podmínkách.
2. Dne 30. 11. 2010 zadavatel uzavřel smlouvu o dílo s dodavatelem – METALL QUATRO spol. s r.o., IČO 61538213, se sídlem Vysoká Pec č.p. 600, 431 59 Vysoká Pec (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Následně byla smlouva o dílo dodatkována, a to dodatkem č. 1 ze dne 30. 11. 2010, dodatkem č. 2 ze dne 28. 2. 2011 a dodatkem č. 3 rovněž ze dne 28. 2. 2011.
3. V dodatku č. 2 si smluvní strany ujednaly, že termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky počíná dle této smlouvy dnem 1. 5. 2011 (dle čl. 5.1 smlouvy o dílo byl tento termín stanoven na květen 2010), přičemž „*v souvislosti s rozšířením předmětu díla o opční právo se termín úplného dokončení díla stanovuje na 274 kalendářních dnů (tzn. 174 dnů na realizaci plnění díla bez opčního práva a 100 kalendářních dnů na realizaci plnění díla odpovídající opčnímu právu) ode dne zahájení plnění v souladu s harmonogramem prováděných stavebních prací, který byl upraven o předmět plnění odpovídající opčnímu právu. Termín dokončení plnění této smlouvy se stanovuje na 15. 5. 2012.*“. Zároveň byla dodatkem č. 2 navýšena cena díla na 144.995.585,- Kč bez DPH, což zahrnuje původní nabídkovou cenu (tj. 122.379.505,- Kč bez DPH) a cenu opce.
4. Dodatkem č. 3 si smluvní strany sjednaly změny rozsahu prací na díle o „méněpráce“ v celkové hodnotě 22.215.466,- Kč bez DPH. Zároveň si však zadavatel s vybraným uchazečem ujednal provedení „víceprací“, spočívajících ve zvětšení plochy parkoviště, v hodnotě 1.719.881,- Kč bez DPH. Celková cena za zhotovení díla tak byla sjednána (po uzavření dodatku č. 2 a č. 3) v celkové výši 124.500.000,- Kč bez DPH.
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 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, zahájil dne 16. 9. 2013 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem v souvislosti s veřejnou zakázkou, neboť získal pochybnost o tom, zda zadavatel neporušil svým postupem, představujícím uzavření dodatku č. 2 a dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo, zákon.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S495/2013/VZ-12054/2014/523/OPi ze dne 6. 6. 2014 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. a II. konstatoval spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že při zadávání veřejné zakázky tento nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když neuzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, neboť ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 2, jímž změnil dodací lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky, a dále když uzavřel téhož dne dodatek č. 3, jímž podstatným způsobem změnil rozsah předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl v obou případech podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem III. byla zadavateli uložena za spáchání shora uvedených správních deliktů pokuta ve výši 150.000,- Kč.
7. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejdříve věnoval obecnému vymezení podstatných a nepodstatných změn smlouvy, přičemž s odkazem na rozsudek Soudního dvora Evropské unie, dříve Evropského soudního dvora (dále jen „**SDEU**“) sp. zn. C-454/06, ze dne 19. 6. 2008, ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund)* a další (dále jen „**rozsudek Pressetext**“) vydefinoval klíčové podmínky, při jejichž naplnění bude nutno o změně smlouvy uvažovat jako o podstatné. Za podstatné změny pak Úřad označil změny smluvních ujednání, které by mohly ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku nebo průběh zadávacího řízení (zejména hodnocení nabídek). Tyto závěry Úřad následně navázal na § 82 odst. 2 větu druhou zákona, podle níž zadavatel uzavře smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.
8. K otázce změny lhůty pro plnění předmětu veřejné zakázky Úřad uvedl, že problematický je text dodatku č. 2, který obsahuje dva rozporné údaje spočívající v určení dodací lhůty plnění, když bylo stanoveno, že plnění má být dokončeno ve 274 dnech (při započítání 100 kalendářních dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídající opčnímu právu), a naproti tomu bylo dále v textu dodatku vymezeno, že termín dokončení díla je pevně stanoven na den 15. 5. 2012, tj. 380 dnů po dni zahájení plnění (1. 5. 2011). Obsah dodatku č. 2 ke smlouvě tak poskytuje smluvním stranám možnost volby mezi danými termíny dokončení plnění, když z daného dodatku není zřejmé, jakou dodací lhůtu si smluvní strany sjednaly. Současně Úřad zdůraznil, že jedna z těchto lhůt (která je stanovena pevným datem 15. 5. 2012) je o 106 dní delší, nežli dodací lhůta, která byla uvedena v návrhu smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče (174 dní). Uzavřením dodatku č. 2 tedy dle Úřadu došlo k podstatné změně smluvního ujednání týkajícího se lhůty pro plnění díla, které bylo současně hodnotícím kritériem v rámci předmětného zadávacího řízení. Úřad v této

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

souvislosti dále dovodil, že pokud by bylo provedeno hodnocení nabídek, včetně nabídky vybraného uchazeče s dodací lhůtou 280 kalendářních dní (bez opčního práva) umožněnou sjednáním dodatku č. 2, byla by vyhodnocena jako nejvhodnější nabídka jiného uchazeče než vybraného.

9. Co se týče změny rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, Úřad konstatoval, že ačkoliv zákon neupravuje problematiku „méněprací“, tak v případech, kdy by „méněpráce“ byly sjednány takovým způsobem, že by zavedly určité podmínky, jež by při uplatnění v původním zadávacím řízení umožnily připuštění i jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, či pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata, je nutné takovou změnu předmětu plnění veřejné zakázky považovat za změnu podstatnou a postup zadavatele označit za postup, který je v rozporu s § 82 odst. 2 zákona. Podle Úřadu došlo uzavřením dodatku č. 3 k podstatné změně rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, když zadavatel zcela upustil od požadavku na provedení některých částí sjednaného předmětu plnění či některé části podstatným způsobem modifikoval, přičemž šlo o významné změny, nikoliv pouze o změny marginálního charakteru. Zároveň nelze vyloučit, že pokud by byl předmět původní veřejné zakázky vymezen v rozsahu dodatku č. 3, zúčastnili by se takového zadávacího řízení i jiní dodavatelé, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění.
10. Uloženou pokutu Úřad odůvodnil tak, že při stanovení výše sankce za spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona postupoval v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů. Úřad vzal následně v úvahu závažnost deliktu jmenovaného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, a to zejména ve vztahu ke skutečnosti, že zadavatel de facto popřel, resp. znehodnotil původně konkurenční prostředí v rámci prvotního zadávacího řízení. Z hlediska následků Úřad přihlédl zejména k tomu, že v důsledku nezákonného postupu zadavatele, když změnil dodací lhůtu díla, která byla jedním z hodnotících kritérií, by došlo ke změně celkového pořadí v rámci hodnocení nabídek. Při zvažování výše sankce Úřad přihlédl v neprospěch zadavatele i ke skutečnosti, že se tento dopustil i druhého ze správních deliktů, jenž je rovněž svou povahou závažný. Jako polehčující neshledal Úřad žádnou okolnost věci. Při stanovení výše pokuty pak Úřad přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatele, když uložená pokuta ve výši 150.000,- Kč není, s ohledem na objem finančních prostředků, kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, likvidační. Nadto se pohybuje hluboko v dolní polovině možné sazby.

### III. Námitky rozkladu

11. Dne 24. 6. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze dne 23. 6. 2014. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 9. 6. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
12. Rozklad zadavatele směřuje do všech výroků napadeného rozhodnutí. Předně zadavatel brojí proti tomu, že Úřad opřel své úvahy o závěry učiněné v rozsudku Priesetext, čímž tento rozsudek povýšil na právní předpis. Přitom takový postup je dle zadavatele nepřipustný a napadené rozhodnutí je z tohoto důvodu nezákonné. Po rozsáhlé analýze podstaty orgánů veřejné moci zadavatel přistoupil k objasnění důvodů, proč se domnívá, že Úřad vůči němu

uplatnil veřejnou moc v rozporu s ústavními zákony. Zadavatel má za to, že Úřad pouze formálně odcitoval zákon, avšak materiálně dospěl k závěru o spáchání správního deliktu na základě rozsudku Pressetext, který však není pramenem práva a působí pouze inter partes. Úřad proto nevykonával vůči zadavateli státní moc v mezích a způsoby, které stanoví zákon, neboť k závěru o spáchání správních deliktů dospěl na základě rozsudku Evropského soudního dvora, který není pro zadavatele a ani pro rozhodování ostatních soudů závazný. Závazné může být pro stát jen unijní právo a stát je povinen postupovat v souladu s unijním právem.

13. Úřad tedy měl dle zadavatele napadené rozhodnutí založit toliko na zákonu, neboť pouze tento právní předpis poskytuje Úřadu právní rámec, ve kterém se může pohybovat. Přitom nelze přistoupit na skutečnost, aby Úřad rozhodl o spáchání správního deliktu na základě závěrů, které mu poskytuje rozsudek Pressetext, aniž by vedl podrobnou argumentaci, proč je třeba považovat jednání zadavatele za rozporné s unijním právem, jaké ustanovení, jakého unijního předpisu zadavatel porušil a zda vůbec takový právní předpis existuje. Napadené rozhodnutí je z důvodu absence úvah nad vztahem jednání zadavatele a pravidel obsažených v zákoně či judikatuře vnitrostátních správních soudů nejen nezákonné, ale i protiústavní (tedy konkrétně v rozporu s článkem 2 odst. 3 zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů a článkem 2 odst. 2 zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů).
14. Podle zadavatele jsou nesprávné rovněž závěry Úřadu týkající se otázky změny lhůty pro plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel trvá na tom, že faktická realizace díla je stále pevně stanovena na 174 kalendářních dní ode dne zahájení plnění, avšak okamžik, kdy bude plnění skutečně započato, byl ponechán na vůli zadavatele. Uzavřením dodatku č. 2 došlo k dohodě na započetí s plněním díla v termínu od 1. 5. 2011, což změnilo původní ujednání smluvních stran v tom smyslu, že počátek zahájení plnění již nebyl vázán na autonomní vůli zadavatele. Tím, že byl posunut den skutečného zahájení díla, nemohlo zapříčinit poškození či diskriminaci neúspěšných uchazečů, neboť lhůta pro plnění díla v délce 174 dní byla nadále zachována, byť byl v dodatku č. 2 sjednán souběžně i závazek k dokončení díla na 15. 5. 2012. Úřad dle zadavatele nesprávně a nepřezkoumatelně dovodil, že je vybraný uchazeč oprávněn splnit dílo v termínu od 1. 5. 2011 do 15. 5. 2012. Datum 15. 5. 2012 byl stanoven nadbytečně, jako maximálně přípustný termín splnění díla, bez významu pro skutečnost, že vybraný uchazeč má dílo plnit v detailně rozepsaném termínu v ustanovení 5.2 dodatku č. 2.
15. Úřad interpretoval dodatek č. 2 nesprávně a v rozporu s úmyslem smluvních stran, když se nezabýval jeho celkovým rámcem a kontextem, z něhož jednoznačně vyplývá, že smluvní strany si sjednaly pevný termín zahájení plnění díla a dále stanovily, že dílo bez opčního práva bude vybraným uchazečem dokončeno za 174 dnů a dílo odpovídající opčnímu právu bude zhotoveno v délce 100 dnů. Zadavatel se v této souvislosti nedomnívá, že by uzavřením dodatku č. 2 došlo k podstatné změně smluvního ujednání, ale naopak je přesvědčen, že jednoznačně postupoval v souladu s § 82 odst. 2 zákona.
16. K otázce změny rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky zadavatel uvádí, že i přes skutečnost, že Úřad uznal, že zákon neupravuje, jakým způsobem musí zadavatel postupovat v případě méněprací, dospěl k závěru, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem. Tím

měl Úřad vybočit ze zákonného rámce výkonu státní moci v mezích a způsoby, které stanoví zákon. Zadavatel považuje za nesmyslný závěr Úřadu, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k podstatné změně rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, když smluvní strany ponížily některé původně předpokládané práce, čímž mohly vyloučit účast jiných dodavatelů, kteří by se zúčastnili zadávacího řízení v rozsahu předmětu plnění vymezeného dodatkem č. 3, přičemž by tito dodavatelé mohli předložit výhodnější nabídky. Úřad se podle zadavatele dopouští čirých spekulací, které nemohou mít v řízení o správním deliktu místo.

17. Zadavatel uzavřením dodatku č. 3 nezměnil podstatně rozsah předmětu veřejné zakázky, resp. tato změna není zákonem normativně upravena, protože k ní zadavatel mohl přistoupit, aniž by mu hrozil postih za správní delikt dle zákona. Úřad své závěry opíral pouze o rozsudek Pressetext, který na danou otázku mimo jiné ani nedopadá, neboť se vztahuje pouze na případy, kdy dojde k takovému navýšení původního předmětu plnění, že toto navýšení je materiálně novou veřejnou zakázkou. Z rozsudku Pressetext Úřad vyseparoval pouze část právní věty, odtrhl ji od kontextu a založil na tom odpovědnost zadavatele za správní delikt.
18. V rozkladu zadavatel zdůrazňuje, že při uzavírání dodatku č. 3 dodržel původně uzavřenou smlouvu o dílo, protože z jejího článku 8 odstavce 3 vyplývá, že si zadavatel vyhradil právo omezit rozsah plnění, což činí tvrzení o neoprávněné změně předmětu veřejné zakázky zcela lichým. Navíc je třeba přihlídnout k tomu, že se zadavatel rozhodl omezit část plnění o méněpráce za současného využití opčního práva.
19. Podle názoru zadavatele nelze využít ani § 23 odst. 7 písm. a) zákona, neboť toto ustanovení upravuje pouze problematiku víceprací, které se musí nutně promítnout do ceny plnění. Pakliže se vícepráce nepromítnou do ceny plnění, jde o pouhou záměnu části plnění za jiné (tedy nikoliv o novou veřejnou zakázku), protože z § 7 odst. 1 zákona zřetelně vyplývá, že předmětem veřejné zakázky musí být úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací, když při nenavýšení ceny plnění je úplatnost pojmově vyloučena.

#### **Závěr rozkladu**

20. S ohledem na skutečnosti uvedené v rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl o podaném rozkladu postupem dle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) tak, že se napadené rozhodnutí zrušuje.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

22. 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 vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlídnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

23. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až III. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
24. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

25. Zadavatel rozporuje aplikaci závěrů SDEU učiněných v rozsudku Pressetext na právě posuzovaný případ, když se domnívá, že Úřad jmenovaný rozsudek povýšil na zákon, pouze v jehož mezích může, jakožto správní orgán, rozhodovat. K tomu uvádím, že je nepochybné, že správní orgány jednájí pouze v mezích právních předpisů, avšak nedomnívám se, že by Úřad v daném případě z těchto mezí jakkoliv vybočil, když konstatoval, že zadavatel nedodržel § 82 odst. 2 zákona (resp. jeho poslední větu), kde je uvedeno, že zadavatel je povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, s výjimkou jednacního řízení s uveřejněním, u nějž je přípustné návrh smlouvy upravit postupem dle § 32 zákona. Podle § 82 odst. 2 zákona není tedy zadavatel oprávněn s vybraným uchazečem před uzavřením smlouvy vyjednávat o změně návrhu smlouvy obsaženého v nabídce, jelikož takový návrh je závazný jak pro uchazeče, tak i pro zadavatele.
26. Zároveň je nutno uvést, že změny návrhu smlouvy obsaženého v nabídce nejsou přípustné ani po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Přestože dodatky ke smlouvě již ze své podstaty časově spadají do období po uzavření původní smlouvy, je třeba na dodatky nahlížet jako na nedílnou součást smlouvy, neboť ve znění následně uzavřených dodatků je nezbytné ustanovení smlouvy vykládat a dále platí, že dodatky zpravidla samy o sobě neobstojí, tzn., že nejsou s to – bez znění původní smlouvy – založit práva a povinnosti osob. Z tohoto důvodu mám za to, že povinnost zakotvená v § 82 odst. 2 věty druhé zákona se nevztahuje pouze na okamžik uzavření smlouvy, ale dopadá i na všechny následně uzavírané dodatky k předmětné smlouvě. V tomto smyslu je tedy třeba na uzavírání dodatků ke smlouvě na veřejnou zakázku nahlížet jako na jednotlivé, časově nespojité okamžiky, v nichž stejně tak dochází k ukončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy. Z toho vyplývá, že postup zadavatele při uzavírání takových dodatků je součástí zadávání. V této souvislosti je nutno dodat, že opačný výklad by představoval obcházení zákona a jako takový by se přičil zásadám zakotveným v § 6 zákona, jakož i účelu zadávání veřejných zakázek, kterým je hospodárnost, efektivnost a účelnost nakládání s veřejnými prostředky.
27. Navzdory uvedenému lze připustit, aby byly měněny či doplňovány údaje formálního charakteru, kupříkladu údaje o kontaktní osobě, údaje o osobě oprávněné jednat za zadavatele či dodavatele a podobně, případně ta ustanovení smlouvy, která nevycházejí ze zadávacích podmínek nebo zákona, a která ve svém obsahu zároveň nebyla podrobena hodnocení – tedy změny nepodstatné, bez přímého vlivu na předmět veřejné zakázky. Avšak není možné tolerovat změny podstatné, pod něž je třeba podřadit především jakoukoliv obměnu ustanovení smlouvy obsahující požadavek zadavatele vymíněný v zadávacích podmínkách nebo ten, jenž byl předmětem hodnocení. Shodně judikoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 50/2010-104 ze dne 6. 10. 2011, kde uvedl, že „[p]odle § 82 odst. 2 věty druhé zákona č. 137/2006 Sb. uzavře zadavatel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsažené v nabídce vybraného uchazeče. I kdyby se zdejší soud přiklonil k výkladu, že dílčí

*změny ve smlouvě oproti jejímu návrhu obsaženému v nabídce připustit lze, jistě by takové změny nebylo možné připustit pro případ podmínek, které by fakticky nerespektovaly výsledek zadávacího řízení, neboť by zasahovaly do pravidel, za nichž se nabídka uchazeče, s níž je smlouva uzavírána, stala vítěznou. Již s ohledem na smysl zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, smysl stanovení hodnotících kritérií a smysl hodnocení nabídek je třeba za nepřipustnou, a tedy odporující § 82 odst. 2 větě druhé citovaného zákona, považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví uchazeči své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení (a byla tak součástí pravidel nabídnutých vybraným uchazečem při respektování pravidel stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách).“*

Uvedené právní teorie i praxe dovozuje již ze samotného § 82 odst. 2 zákona ve vztahu ke znění textu druhé věty jmenovaného ustanovení, z něž jasně plyne požadavek na to, aby zadavatel uzavřel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, a to i přesto, že v § 82 zákona, ve znění účinném v době zahájení předmětného zadávacího řízení, nebyla možnost změny smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku výslovně upravena, neboť zákaz podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy byl do zákona, konkrétně do § 82 odst. 7, zakotven zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela zákona**“) s účinností od 1. 4. 2012. Právě pro absenci výslovné zákonné úpravy opřel Úřad své úvahy ohledně přípustnosti změny smlouvy o rozsudek Pressetext, z něž cituje v odstavci 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

28. Za situace, kdy SDEU byla konstatována nepřipustnost podstatných změn smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku (tedy bylo najisto postaveno, jaké změny smlouvy je třeba považovat za podstatné, a potažmo nepřipustné), avšak ve vnitrostátním právu absentovala explicitní úprava, považují Úřadem zvolenou právní kvalifikaci postupu zadavatele podle § 82 odst. 2 zákona za správnou, a to na základě dále uváděných skutečností.
29. Podle rozsudku Městského soudu v Praze č. j. 9 Ca 300/2007-65 ze dne 17. 9. 2010 platí, že „[a]čkoli neexistuje výslovné ustanovení smlouvy, ze kterého by vyplývala závaznost rozsudků Evropského soudního dvora pro obecné soudy, působí jednotlivé rozsudky Evropského soudního dvora na soudní praxi ve všech členských státech EU, jíž je ČR od 1. 5. 2004 členem, silou své přesvědčivosti, protože naznačují, jak bude Evropský soudní dvůr rozhodovat v obdobných případech, předložených mu v budoucnu.“ Přestože se výše citované rozhodnutí Městského soudu v Praze vztahuje na závaznost rozsudků SDEU ve vztahu k orgánům moci soudní, mám za to, že obdobným způsobem jsou jimi zavázány i správní orgány. Je tomu tak proto, že prvotní rozhodnutí vydává správní orgán, který nemůže při svém rozhodování vedle právních předpisů ignorovat ani relevantní judikaturu, byť nepochází od vnitrostátních soudů, neboť je-li nepochybné, že tyto vnitrostátní soudy jsou vázány rozsudky SDEU, přičilo by se základním zásadám činnosti správních orgánů, pokud by vydávaly taková rozhodnutí, která by následně pro nesoulad s judikaturou SDEU rušily správní soudy.
30. Nastavil-li tedy SDEU určitou rozhodovací linii, které by se měly držet všechny soudní orgány členských států Evropské unie z titulu „síly přesvědčivosti“ rozsudků, a tedy následně rozhodovat v souladu se závěry učiněnými SDEU, pak by zároveň měly takové úvahy přijmout i správní orgány, neboť ovlivňují či naznačují směr, jakým se bude ubírat vnitrostátní



rozhodovací praxe správních soudů. Takováto nepřímá závaznost vyplývá ze samé povahy věci, když je logickým předpokladem správnosti správních rozhodnutí, jež předcházejí případným rozhodnutím správních soudů. De facto jsou tedy správní orgány prvotními adresáty závěrů SDEU, byť povinnost respektovat je není explicitně stanovena, avšak bylo by nerozumné, kdyby správní orgány vědomě neuznávaly vyvíjející se rozhodovací praxi, jež zřejmě bude převzata vnitrostátními soudy, a v jejím duchu tyto budou rozhodovat.

31. Nadto poukazuji na rozsudek SDEU ve věci C-118/00 Gervais Larsy v. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI) ze dne 28. 6. 2001, v němž SDEU vyvodil následky vůči správnímu orgánu, který porušil jeho soudní judikaturu, resp. zde byla shledána odpovědnost členského státu, když příslušný správní orgán neučinil všechny prejudikované závěry SDEU, jež dávaly jasnou odpověď na všechny vznesené otázky. Byť se tedy tento rozsudek týkal předběžné otázky, je z něj jasně patrná tendence SDEU zavazovat svými stanovisky a závěry nejen vnitrostátní orgány soudní moci, ale jakékoliv orgány, které jsou při své činnosti vázány právem, zejména pak komunitárním. Nutno však v této souvislosti podotknout, že i rozsudek Pressetext je odpovědí na předběžné otázky, které se týkaly směrnice Rady 92/50/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, ve znění pozdějších předpisů.
32. Přestože se rozsudek Pressetext vázal ke konkrétní směrnici, jeho závěry lze obecně vztáhnout i vůči veřejným zakázkám na dodávky a na stavební práce. Zároveň jej lze označit za nejkompaktnější odpověď na otázku, zda a za jakých podmínek je možné změnit smlouvu uzavřenou v rámci zadávacího řízení, o niž se dlouhodobě a konstantně (v „českém měřítku“) opírá i rozhodovací praxe Úřadu (jak je tomu rovněž v posuzovaném případě).
33. Jak jsem již uvedl, rozsudek Pressetext byl vydán SDEU jako reakce na předběžné otázky, jejichž podstatou bylo určení, zda provedené změny dodavatelské smlouvy byly proveditelné bez dalšího či zda mělo být zadavatelem zahájeno nové zadávací řízení. SDEU se však neomezil pouze na odpovědi na vznesené předběžné otázky, ale vyhranil se v obecné rovině i vůči změnám smluv uzavřených v rámci zadávacího řízení, přičemž definoval pojem podstatných změn. Tento, jakož i jiné právní názory SDEU, pak zavazují nejen strany původní předběžné otázky, ale obecně všechny soudy a jiné orgány členských států, jak plyne z výše uvedeného. Domnívám se proto, že rozsudkům SDEU, v nichž je zodpovězena předběžná otázka, resp. učiněn výklad unijního práva či stanovena definice určitého pojmu, je třeba přisoudit účinky erga omnes.
34. S ohledem na uvedené se neztotožňuji se zadavatelem v jeho tvrzení, že Úřad pouze formálně odcitoval zákon, avšak materiálně dospěl k závěru o spáchání správního deliktu na základě rozsudku Pressetext, který není pramenem práva a působí pouze inter partes. Přestože z právně teoretického hlediska pramenem práva ustálená judikatura soudů Evropské unie není, je zřejmé, že obecné závěry a stanoviska je třeba na vnitrostátní úrovni aplikovat, jinak se členský stát vystavuje riziku odpovědnosti vyplývající z nerespektování takových rozhodnutí (k tomu viz rozsudek Evropského soudního dvora ve věci C-224/01 Gerhard Köbler v Republik Österreich ze dne 30. 9. 2003).
35. Úřad tedy, ve světle výše uvedeného, nepřekročil rámec výkonu státní moci vůči zadavateli a nejednal tak v rozporu s ústavními zákony. Napadené rozhodnutí Úřad nevydal ani v rozporu s jeho ustálenou rozhodovací praxí, neboť do doby, než bylo novelou zákona

ustanovení jasné vymezení nepřípustné podstatné změny smlouvy, se Úřad ve svých rozhodnutích opíral právě o rozsudek Pressetext, kde byla tato otázka jasně vyřešena. Neztotožňuji se ani s námitkou zadavatele, že Úřad pouze formálně odcitoval zákon, avšak materiálně dospěl k závěru o spáchání správního deliktu na základě rozsudku Pressetext. Ze znění § 82 odst. 2 zákona jasně vyplývá povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Pokud tedy zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na realizaci veřejné zakázky v souladu s jejím návrhem, avšak následně do jejího obsahu značně zasahoval prostřednictvím dodatků, což je postaveno naroveň změně návrhu smlouvy při jejím uzavírání, pak jednoznačně porušil ustanovení § 82 odst. 2 poslední věty zákona. Z hlediska významu takové změny Úřad správně aplikoval závěry SDEU, když posuzoval, zda (nepopiratelné) změny smlouvy mají podstatný či nepodstatný charakter, a tedy zda jsou nepřípustné či přípustné, neboť v době zadávání veřejné zakázky byla určena pouze povinnost, avšak absentovala výslovná zákonná úprava, která by případně změkčila nutnost uzavřít smlouvu v souladu s jejím návrhem. Aplikace závěrů SDEU proto představovala vodítko při posouzení konkrétních změn smlouvy provedených uzavřením dodatků č. 2 a č. 3. z hlediska jejich významu, a tedy určení, zda se nejednalo pouze o zanedbatelnou změnu, která by případně neodporovala účelu zákona, potažmo povinnosti uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v souladu s jejím návrhem předloženým v nabídce vybraného uchazeče.

36. Závěr zadavatele, že Úřad konstatoval spáchání správních deliktů pouze na základě rozsudku SDEU, je zcela účelový. Úřad své úvahy o podstatnosti změny smlouvy o rozsudek Pressetext pouze opřel, avšak samotné porušení povinnosti zadavatele koresponduje pochybení vůči druhé větě § 82 odst. 2 zákona, na němž bylo konstatování spáchání správních deliktů založeno. Proto v napadeném rozhodnutí, jak v rozkladu namítá zadavatel, absentuje argumentace, proč je třeba považovat jednání zadavatele za rozporné s unijním právem, jaké ustanovení, jakého unijního předpisu zadavatel porušil a zda vůbec takový právní předpis existuje, když takových úvah nebylo vůbec třeba.
37. Další okruh námitek zadavatele směřuje proti závěrům Úřadu týkajících se otázky změny lhůty pro plnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel navzdory textu dodatku č. 2 trvá na tom, že faktická realizace díla je stále pevně stanovena na 174 kalendářních dní ode dne zahájení plnění. S takovýmto závěrem se však nemohu ztotožnit. Naopak je třeba přisvědčit konstatováním Úřadu, že dodatek č. 2 dává vybranému uchazeči „volbu“ termínu dokončení díla, když obsahuje dva rozporné údaje spočívající v určení dodací lhůty plnění. Přitom z textu dodatku č. 2 nelze dovodit, že by smluvní strany jeden z termínů upřednostňovaly či pevně stanovený termín dokončení díla považovaly za maximálně přípustný, jak se zadavatel snaží v rozkladu zdůvodnit. Stejně tak není možné, v důsledku aktuální potřeby zadavatele, označit plnohodnotné ustanovení smlouvy za nadbytečné. Gramatické znění smlouvy výslovně připouští dva termíny dokončení díla, a to se stejnou vahou závaznosti, proto považuji závěr Úřadu o možnosti dokončit dílo v alternativním termínu za zcela správný.
38. Smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky vždy odráží vůli smluvních stran, které za své závazky či jejich formulaci nesou plnou odpovědnost, stejně jako zodpovídají za důsledky, které jejich ujednání vyvolalo. Pokud tedy zadavatel s vybraným uchazečem uzavřeli smlouvu, z níž vyplývají dva rovnocenné termíny dokončení díla, přestože mělo být ujednáno

pouze jedno závazné datum, a to takové, jež bylo vybraných uchazečem nabídnuto, jsou to pouze tyto smluvní strany (resp. zadavatel), kdo nese negativní důsledky takového počínání.

39. Výklad textu předmětné smlouvy připouští dokončení díla vybraným uchazečem v termínu od 1. 5. 2011 do 15. 5. 2012, a tedy tato doba měla být zohledněna při hodnocení nabídky, nehledě ke skutečnému dni, kdy ke zhotovení díla došlo. Vzhledem k tomu, že dodací lhůta představovala dílčí hodnotící kritérium, její změna (byť případně jen v potenciální rovině) představovala jednoznačně podstatnou změnu smlouvy. Pokud by vybraný uchazeč nabídl dodací lhůtu tak, jak připouštěla smlouva ve znění dodatku č. 2, pak by jeho nabídka prokazatelně nebyla nabídkou nejvýhodnější. Tím tedy ve svém důsledku došlo k poškození jiných uchazečů, kteří by se v „žebříčku“ hodnocení nabídek posunuli na vyšší pozice, zatímco vybraný uchazeč by sestoupil a jeho nabídka by nebyla vybrána jako nejvýhodnější.
40. Zadavatelův argument, že je třeba ustanovení smlouvy interpretovat v souladu s úmyslem jejich stran, stejně jako odkaz na nález Ústavního soudu České republiky, je v tomto případě nepřiléhavý, neboť slovní znění v daném případě nepředstavuje nejistotu v otázce, jaká byla vůle smluvních stran. Naopak je zcela jasně a jednoznačně stanoveno, že zadavatel benevolentně připouští dva termíny ke splnění díla, resp. toleruje fakt, že pokud nebude dílo splněno v termínu, jenž byl nabídnut a v rámci nabídky též hodnocen, pak může vybraný uchazeč bez postihu zhotovit dílo v termínu delším, čímž de facto prodloužil lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky.
41. Nadto pouze okrajově upozorňuji, že i pokud by byl den 15. 5. 2012 smluvními stranami sjednán jako maximální možný termín splnění díla (byť to ze smlouvy nevyplývá), pak by tato lhůta pro plnění předmětu veřejné zakázky, delší o 106 dní oproti dodací lhůtě uvedené v návrhu smlouvy obsažené v nabídce vybraného uchazeče (při zahájení plnění 1. 5. 2011 a při započtení 100 dní na práce poskytované v souvislosti s opčním právem), nebyla přiměřená případnému zásahu vyšší moci či zdržením v důsledku živelných pohrom, jak v rozkladu naznačuje zadavatel. Rovněž je nutno poukázat na to, že v případě, že by skutečně při plnění díla nastala nezávisle na vůli stran překážka, jež by bránila vybranému uchazeči ve splnění jeho povinnosti, a současně by nebylo možno rozumně předpokládat, že by vybraný uchazeč tuto překážku nebo její následky odvrátil či překonal, přičemž v době vzniku závazku tuto překážku nemohl předvídat, pak by se, v souladu s ustanovením článku 5.9. a 5.10. smlouvy, doba plnění předmětu veřejné zakázky, při dodržení ujednaných pravidel, dále prodloužila. Proto ani k tomuto argumentu nemohu přihlídnout, neboť opomíjí, že smlouva obsahuje speciální ustanovení postupu při zásahu vyšší moci, a tedy staví toto vysvětlení do kategorie účelových.
42. Vzhledem k tomu, co již bylo řečeno ve vztahu k přípustnosti změny smlouvy, je třeba konstatovat, že uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo došlo jednoznačně k podstatné změně smlouvy v otázce určení lhůty pro plnění díla (když tato byla vedle termínu rozepsaného v bodu 5.2 dodatku č. 2 ukončena rovněž pozdějším pevným datem, v němž bylo možno dílo bez sankce dokončit). Dodací doba, jíž se změna smluvního ujednání týkala, byla předmětem hodnocení, jakožto dílčí hodnotící kritérium s vahou 30 %, a tedy již jen z této podstaty lze o takové změně hovořit jako o podstatné, resp. nepřípustné ve smyslu rozsudku Pressetext či výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010-104 ze dne 6. 10. 2011. Přitom v daném případě zároveň došlo k tomu, že změna smluvního

ujednání by v případě hodnocení nabídky vybraného uchazeče s následně ujednanou dodací lhůtou umožnila výběr jiného dodavatele než vybraného uchazeče. Tím byly nepochybně ovlivněny výsledky hodnocení nabídek, a tedy i výběr nevhodnější nabídky. K tomuto okruhu rozkladových námitek mohu uzavřít, že se plně ztotožňuji se závěry Úřadu a námitky zadavatele považuji za nedůvodné.

43. Zadavatel svým rozkladem brojí i proti konstatování Úřadu týkajícího se změny rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, neboť považuje za nesmyslný závěr Úřadu, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k podstatné změně rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, čímž mohlo dojít k vyloučení účasti jiných dodavatelů, kteří by se zúčastnili zadávacího řízení v rozsahu předmětu plnění vymezeného dodatkem č. 3, přičemž by tito dodavatelé mohli předložit výhodnější nabídky. Úřad se podle zadavatele touto konstrukcí podstatného ovlivnění výběru nevhodnější nabídky dopouští čirých spekulací, které nemohou mít v řízení o správním deliktu místo. K tomu uvádím, že podstatný vliv na výběr nevhodnější nabídky nemusí být přímo dovozen, nýbrž ke konstatování spáchaní správního deliktu postačí pouhá možnost takového vlivu jednání zadavatele, to znamená, že není relevantní, zda konkrétní jednání skutečně vliv na výběr nevhodnější nabídky mělo, ale postačí, že mohlo mít. Nelze totiž vyloučit možnost, jak správně Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že kdyby byl objem stavebních prací menší, přihlásili by se do takového zadávacího řízení i dodavatelé, kteří se nezúčastnili původního zadávacího řízení, a ti mohli nabídnout zadavateli pro něj výhodnější podmínky plnění.
44. Znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona spáchaného zadavatelem jsou naplněny tehdy, je-li uzavřena na plnění veřejné zakázky smlouva, přestože zadavatel nedodržel zákonem stanovený postup pro zadání veřejné zakázky a takové jednání bylo způsobilé mít podstatný vliv na výběr nevhodnější nabídky. V tomto kontextu je pak třeba poukázat na formulaci § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle níž postačuje toliko možnost podstatného ovlivnění výběru nevhodnější nabídky. V souvislosti s výše uvedeným poukazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a učinil závěr, že *„je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchaní deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nevhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nevhodnější nabídky“*. V daném případě možnost podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo, čímž došlo k podstatné změně rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky vyčleněním nebo ponížením některých původně předpokládaných prací, jež tvořily předmět veřejné zakázky, přičemž v případě, že by byl objem stavebních prací menší již v době zahájení zadávacího řízení, mohli by se do takového zadávacího řízení přihlásit i jiní dodavatelé, kteří by mohli zadavateli předložit výhodnější nabídky. V důsledku toho mohlo dojít k tomu, že potenciální uchazeči ani nepodali své nabídky, neboť nebyli schopni realizovat předmět plnění původní veřejné zakázky (např. z personálních či technických důvodů). Z uvedeného tedy vyplývá, že mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru

nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel mohl svým postupem, kdy zmenšil předmět plnění, zúžit spektrum předložených nabídek.

45. Úřad měl dle zadavatele vybočit ze zákonného rámce výkonu státní moci v mezích a způsoby, které stanoví zákon tím, že konstatoval spáchání správního deliktu vymezeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí, aniž by zákon upravoval, jakým způsobem musí zadavatel postupovat v případě potřeby méněprací. Ačkoliv jsem si stejně jako Úřad vědom toho, že zákon neupravuje otázku méněprací, mám za to, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, pokud změnu smlouvy uskutečněnou prostřednictvím dodatku č. 3 posoudil jako podstatnou a tedy nepřipustnou, zároveň též v rozporu s § 82 odst. 2 poslední věty zákona. Rozpor postupu zadavatele s § 82 odst. 2 zákona nezapříčinilo a priori samotné sjednání méněprací, které se za určitých okolností nemusí přičítat zákonu, avšak byl to jejich rozsah, který nebyl nikterak zanedbatelný, neboť se jednalo o významné změny spočívající kromě jiného ve zrušení celých objektů zahrnutých v položkovém rozpočtu jako součást plnění veřejné zakázky či jejich částí. Za takových podmínek již nelze hovořit o objektivním pozbytí potřeby realizovat určitou část veřejné zakázky, neboť rozsah a význam sjednaných změn převyšuje uznatelnou a přípustnou hranici a vyvolává oprávněnou nejistotu v otázce, zda-li by se do zadávacího řízení, kdyby zadavatel stanovil objem stavebních prací a materiálů v takovém znění, na které byl uzavřen dodatek č. 3, nepřihlásili i jiní dodavatelé, kteří by v tomto rozsahu byli schopni realizovat předmět veřejné zakázky za výhodnějších podmínek. Vzhledem k tomu, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 3, změnil smlouvu tak podstatným způsobem oproti jejímu návrhu předloženému v nabídce, že takový postup zapříčinil rozpor s § 82 odst. 2 druhé věty zákona. Z tohoto pohledu pak Úřad nemohl rozhodnout mimo ústavně daný rámec rozhodování správních orgánů, když vydal napadené rozhodnutí v mezích a na základě zákona.
46. S ohledem na skutečnosti, které jsou uvedeny výše v tomto rozhodnutí, musím odmítnout rovněž tvrzení zadavatele, že uzavřením dodatku č. 3 nezměnil podstatně rozsah předmětu veřejné zakázky, resp. tato změna není zákonem normativně upravena, protože k ní zadavatel mohl přistoupit, aniž by mu hrozil postih za správní delikt dle zákona. K tomu opakují, že Úřad správně posoudil změny provedené dodatkem č. 3 při aplikaci závěrů vyplývajících z rozsudku *Pressetext* a vyhodnotil je jako podstatné, neboť odpovídají pravidlu spočívajícímu v nepřijatelnosti takových změn smluvních ujednání, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, *„připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata“* (viz rozsudek *Pressetext*). Jak již bylo uvedeno, nelze totiž vyloučit možnost, že kdyby byl objem stavebních prací od počátku zadávání menší, přihlásili by se do takového zadávacího řízení i jiní dodavatelé, jež by mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění.
47. Rovněž bylo výše vyvráceno, že nelze na daný případ aplikovat rozsudek *Pressetext*. Zadavatel však v této souvislosti dále namítá, že předmětný rozsudek na danou otázku ani nedopadá, neboť se vztahuje pouze na případy, kdy dojde k takovému navýšení původního předmětu plnění, že toto navýšení je materiálně novou veřejnou zakázkou. Rozsudek *Pressetext* byl vydán v reakci na vznesené předběžné otázky, nicméně v jeho rámci SDEU poskytl rovněž ucelený a obecný názor na změny smluvních ujednání v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky. Z této části rozsudku pak vycházel i Úřad. Protože se jednalo

o obecné závěry vztahující se k podstatným změnám smluv, bez relevance jejich obsahu, pak se domnívám, že nebylo sebemenší překážky pro to, aby Úřad takové úvahy převzal a aplikoval je na posuzovaný případ. V tomto kontextu se ani nedomnívám, že by Úřad jakkoliv tříštil právní větu a aplikoval ji bez souvislostí, naopak mám za to, že vyhledal příslušnou judikaturu, její relevantní text správně vyložil a v tomto světle posoudil postup zadavatele jako rozporný s § 82 odst. 2 druhé věty zákona.

48. Zadavatel v rozkladu dále uvedl, že při uzavírání dodatku č. 3 dodržel původně uzavřenou smlouvu o dílo, neboť z jejího článku 8 odstavce 3 vyplývá, že si zadavatel vyhradil právo omezit rozsah plnění. Zde musím uvést, že smluvní strany si s odkazem na autonomii vůle mohou upravit své závazky tak, aby odpovídaly jejich potřebám. Toto právo je nepopiratelné, avšak je třeba vždy zohlednit smysl a účel zákona, který smluvní strany nesmí narušovat či jej obcházet. Proto pokud § 82 odst. 2 zákona stanoví, že zadavatel uzavře smlouvu v souladu s jejím návrhem obsaženým v nabídce, klade tím jasný požadavek na to, aby nedocházelo mezi smluvními stranami k významným a neodůvodněným změnám jejich závazku za dobu jeho trvání. V této souvislosti lze pochopitelně připustit, že smluvní strany mohou při uzavírání smlouvy uvažovat o méněpracích a tuto možnost účinně zakomponovat do návrhu smlouvy, nicméně jejich rozsah musí být úměrný rozsahu původně zamýšlených dodávek, služeb či stavebních prací. Ad absurdum, pokud by zadavatel zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku značného rozsahu, kterou by nebyli drobní dodavatelé schopni plnit, avšak po uzavření smlouvy by obdobným mechanismem jako nyní zadavatel snížil objem prací na minimum, a tyto práce by byli schopni zajistit i oni drobní dodavatelé, pak by se jistě jednalo o atak na zásady formulované v § 6 zákona. V nyní řešeném případě tak markantní rozdíl nenastal, nicméně potenciálně se vůči některým dodavatelům mohlo stát, že by při objemu prací vymezených dodatkem č. 3 byly ochotni účastnit se zadávacího řízení a podat do něj své nabídky. Nadto je třeba říci, že zadavatelé musí být schopni ještě před zahájením zadávacího řízení určit jaká je jejich potřeba, jaké kvality a kvantity a zároveň mít podrobnou představu o dalších požadavcích tak, aby neuvrhli potenciální dodavatele do nejistoty, co bude v době realizace veřejné zakázky skutečně jejím předmětem.
49. K námitce zadavatele, spočívající v konstatování, že nelze využít na daný případ § 23 odst. 7 písm. a) zákona, neboť toto ustanovení upravuje pouze otázku víceprací, které se promítají do ceny plnění a za situace, že se do ceny plnění nepromítnou, jde o pouhou záměnu části plnění za jiné (tedy nikoliv o novou veřejnou zakázku), protože z § 7 odst. 1 zákona vyplývá, že předmětem veřejné zakázky musí být úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací, uvádím následující. Lze souhlasit s tím, že dodatek ke smlouvě na plnění předmětu veřejné zakázky zpravidla nenaplnňuje definici veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 zákona a je nutno takový dodatek chápat jako součást původní veřejné zakázky a tedy i původního zadávacího řízení. Jak již bylo řečeno výše v bodě 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí, dodatek nezakládá samostatný právní vztah, nýbrž mění původní právní vztah založený smlouvou uzavřenou na veřejnou zakázku. Sám o sobě zpravidla postrádá smysl a význam, který ale získává právě až ve spojení se smlouvou uzavřenou na původní veřejnou zakázku. Proto je tento dodatek její nedílnou součástí, a pokud zadavatel neuzavře další dodatky, je i završením procesu zadávacího řízení. Dodatek tedy nemusí vždy představovat novou veřejnou zakázku, jak správně zadavatel v rozkladu uvádí, není však ani pouhou záměnou části plnění za jiné, nýbrž jde o nedílnou součást veřejné zakázky původní. Z tohoto důvodu tedy považuji zadavatelovu námitku za nedůvodnou.

50. Pro úplnost uvádím, že vzhledem k následné změně právní úpravy jsem posoudil, zda ustanovení § 82 odst. 7 zákona, ve znění účinném od 1. 4. 2012, není pro zadavatele, resp. pro posouzení možného spáchání předmětných správních deliktů zadavatelem, příznivější. V takovém případě by bylo namíste aplikovat tuto pozdější, pro zadavatele příznivější právní úpravu, jak judikoval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012.
51. Podle § 82 odst. 7 zákona, ve znění účinném od 1. 4. 2012, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
- rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7 zákona,
  - za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
  - za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
  - měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
52. Je zřejmé, že zákonodárce při formulaci tohoto ustanovení vycházel z definice podstatných změn smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, jak byla vymezena SDEU v rozsudku Presstext. Z uvedeného tedy vyplývá, že posouzení postupu zadavatele při uzavírání dodatku č. 2 a č. 3 ke smlouvě o dílo podle pozdější právní úpravy by sice mělo vliv na právní kvalifikaci jednání zadavatele, které by bylo třeba kvalifikovat podle § 82 odst. 7 zákona, ve znění účinném po 1. 4. 2012, nikoliv však na trestnost jednání zadavatele či výši uložené sankce (ta by naopak dle pozdější právní úpravy mohla být uložena až do výše 10 % ceny zakázky). V posuzovaném případě tedy nejsou splněny podmínky pro aplikaci pozdější právní úpravy na jednání zadavatele.
53. Přestože zadavatel v rozkladu nerozporuje výši pokuty, přezkoumal jsem z pohledu zákonnosti i postup Úřadu při jejím stanovení, přičemž mohu konstatovat, že Úřad, po zdůvodnění užití zásady absorpce při stanovení výše pokuty, přihlédl k závažnosti spáchaného správního deliktu konstatovaného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl zadavatelem spáchán. Předně vzal v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem při uzavření dodatku č. 2 popřel, resp. znehodnotil prvotně konkurenční prostředí v rámci původního zadávacího řízení. Důsledkem toho, že zadavatel změnil předmětné smluvní ujednání, které bylo zároveň jedním z hodnotících kritérií, byla zapříčiněna změna celkového pořadí v rámci hodnocení nabídek a znemožněno realizovat zisk z veřejné zakázky jinému uchazeči, než který byl zadavatelem vybrán. Zadavatel se tak dopustil správního deliktu závažného charakteru, jelikož jeho postupem došlo k významnému zásahu do soutěžního prostředí. Stran polehčujících okolností se přikláním k názoru Úřadu, který v dané věci neshledal žádnou polehčující okolnost. Naproti tomu jako k přitěžující okolnosti Úřad správně přihlédl k tomu, že zadavatel se dopustil rovněž dalšího správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak, jak je vymezen ve výroku II. napadeného rozhodnutí.
54. Mám za to, že Úřad učinil korektní závěr, když za spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 150.000,- Kč, přičemž zohlednil tu skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem

pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Ztotožňuji se s Úřadem v tom, že pokuta uložená zadavateli má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. vede k jednání, které je se zákonem v souladu. Výše pokuty uložená Úřadem je stanovena v dolní polovině zákonné sazby, proto ji lze označit za zcela přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě základní funkce právní odpovědnosti. Na základě uvedeného uzavírám, že výše uložené pokuty je adekvátní, nevybočující z rozhodovací praxe Úřadu a v napadeném rozhodnutí dostatečně a přezkoumatelným způsobem odůvodněna.

#### **Závěr**

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
56. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

JUDr. Tomáš Těmín, Ph.D., advokát, Advokátní kancelář Těmín, s.r.o., Karlovo náměstí 559/28, 120 00 Praha 2

#### **Vypraveno dne:**

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