



UOHSX008XMZW

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-44157/2016/533/HKu

Brno: 1. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve společném řízení o spojených správních řízeních vedených pod sp. zn. S1093/2014/VZ a S1094/2014/VZ zahájených dne 6. 1. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ZL 1-7**“ v jednacím řízení bez uveřejnění (oznámení o zadání zakázky uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 11. 2013, pod ev. č. 372438 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 219 – 381965), na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 22. 10. 2013 dodatek č. 1 ke smlouvě na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012, a to v souvislosti se zadáním dodatečných prací podle změnového listu ZL 1 – SO 10-33-01,

a

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ZL 8 -10**“ v jednacím řízení bez uveřejnění (oznámení o zadání zakázky uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 11. 2013, pod ev. č. 373941 a v Úředním

věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 227 – 395630), na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 29. 10. 2013 dodatek č. 2 ke smlouvě na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012, a to v souvislosti se zadáním dodatečných prací podle změnových listů ZL 8 – SO 01-12-61 a ZL 9 – PS 01-09-31,

**rozhodl** takto:

**Správní řízení se** podle § 117a písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 citovaného zákona o veřejných zakázkách.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

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“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jen „zadavatel“) – v souvislosti se zadáním veřejných zakázek
  - „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ZL 1-7“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění (oznámení o zadání zakázky uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 11. 2013, pod ev. č. 372438 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 219 – 381965), na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 22. 10. 2013 dodatek č. 1 ke smlouvě na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012 (dále jen „veřejná zakázka č. 1“),
  - „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ZL 8-10“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění (oznámení o zadání zakázky uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 11. 2013, pod ev. č. 373941 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 227 – 395630), na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 29. 10. 2013 dodatek č. 2 ke smlouvě na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012 (dále jen „veřejná zakázka č. 2“),
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a veškerou dokumentaci související se zadáním předmětných veřejných zakázek.

*K veřejné zakázce č. 1*

3. V zápisu z jednání ze dne 29. 3. 2013 z jednacího řízení bez uveřejnění týkajícího se „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov“, dodatečné práce dle změnového listu č. 01“ je uvedeno odůvodnění nezbytnosti a nepředvídatelnosti dodatečných prací:

*„V nové výh. Bartošovice je nutno zvýšit proti předpokladu PD rozsah kácení z důvodu zvýšeného množství zeleně u nově zřizované objízdny č. 102. Důvodem je dlouhé období mezi vypracováním dendrologického průzkumu, na jehož základě PD určoval rozsah*

kácení (2007) a samotnou realizací stavby (2012 – 2013), k čemuž vedly nepředvídatelné okolnosti neovlivnitelné stavebníkem (změna evropské legislativy v oblasti interoperability a posuzování rizik a nutnost jejího zpracování do již dokončené projektové dokumentace a tím odsunutí vydání stavebního povolení) a dále skutečností, že k. č. 102 je zřizována v nové poloze a tedy nebyl důvod zeleň v tomto prostoru na rozdíl od stávajících kolejí udržovat. Ze stejného důvodu došlo i ke změně situace v úsecích zářezů ... , kde se zvýšil počet stromů, které by mohly při svém pádu ohrozit funkčnost trakčního vedení, resp. stromy považované v roce 2007 za bezpečné v současné době už provozování TV ohrožují. Trať v původním stavu elektrizována nebyla a tak opět prořez či likvidace stromů z důvodu provozování trakčního vedení nebyla v rámci údržby sledována. Provedení těchto prací je nezbytné pro provozování díla, protože bez zajištění ochranného pásma trakčního vedení nebude vydáno povolení k používání trakčního vedení a tedy ani nebude možné dokončit stavbu...“.

4. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnost, zda byly při zadání dodatečných prací podle změnového listu ZL 1 – SO 10-33-01 (dále také jen „změnový list č. 1“) v rámci veřejné zakázky č. 1, na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 22. 10. 2013 dodatek č. 1 ke smlouvě na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012 (dále jen „dodatek č. 1“), splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a zda tedy zadavatel postupoval v souladu s ust. § 21 odst. 2 zákona.

#### *K veřejné zakázce č. 2*

5. V nedatovaném zápisu z jednání z jednacího řízení bez uveřejnění ve věci „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov“, dodatečné práce dle změnového listu č. 08 a 09“ je uvedeno odůvodnění nezbytnosti a nepředvídatelnosti dodatečných prací:

**„Odůvodnění nezbytnosti a nepředvídatelnosti dodatečných prací k ZL 08:** Předmětem dodatečných stavebních prací je doplnění délky závěsného kabelu 22kV tak, aby bylo možné tento kabel a veškeré navazující technologické celky zprovoznit. Důvodem je opomenutí nutné délky kabelu z důvodu prověsu řetězovky a nezahrnutí konstrukčních rezerv do projektové délky kabelů a tedy se jedná o nezbytně nutné doplnění projektové dokumentace ... dále byla zjištěna nekoordinace projektu zaústění kabelů do technologických domků výhybny Bartošovice a žst. Sedlnice, kde PD technologických domků předpokládala jiná místa zaústění než PD rozvodu 22kV, což vedlo k prodloužení přívodní trasy o 10m ... Potřeba vznikla z důvodu objektivně nepředvídatelných okolností, práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací

**Odůvodnění nezbytnosti a nepředvídatelnosti dodatečných prací k ZL 09:** Předmětem dodatečných stavebních prací je doplnění ovládacích skříní pro rozvaděč 3kV tak, aby bylo možné zprovoznit v projektu předpokládaném rozsahu trakční měničnu Studénka. Při objednávce ovládacích skříní pro rozvaděč 3kV bylo totiž zjištěno, že projektová dokumentace požaduje instalaci 6ks těchto ovládacích skříní, výkaz výměr uvádí 3 ks. Generální projektant potvrdil potřebné množství 6 ks. Realizace tohoto PS je nezbytná pro napájení trakčního vedení v celém rozsahu stavby a tedy o naplnění jednoho ze základních úkolů stavby ... Potřeba vznikla z důvodu objektivně nepředvídatelných okolností, práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací“.

6. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnost, zda byly při zadání dodatečných prací podle změnových listů ZL 8 – SO 01-12-61 (dále také jen „změnový list č. 8“) a ZL 9 – PS 01-09-31 (dále také jen „změnový list č. 9“) v rámci veřejné zakázky č. 2, na jejíž plnění zadavatel uzavřel dne 29. 10. 2013 dodatek č. 2 ke smlouvě na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012 (dále jen „dodatek č. 2“), splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a zda tedy zadavatel postupoval v souladu s ust. § 21 odst. 2 zákona.

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

### Správní řízení sp. zn. S1093/2014 ve věci veřejné zakázky č. 1

7. Podle ust. § 113 zákona ve spojení s ust. § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 6. 1. 2015, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení řízení.
8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S1093/2014/VZ-26900/2014/533/HKu ze dne 5. 1. 2015. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-26925/2014/533/HKu ze dne 5. 1. 2015 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení.

### Správní řízení sp. zn. S1094/2014 ve věci veřejné zakázky č. 2

10. Podle ust. § 113 zákona ve spojení s ust. § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 6. 1. 2015, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení řízení.
11. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S1094/2014/VZ-26906/2014/533/HKu ze dne 5. 1. 2015. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-26925/2014/533/HKu ze dne 5. 1. 2015 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení.

### Spojení správních řízení

13. K zajištění účelu správních řízení vedených pod zn. S1093/2014 a S1094/2014, která byla zahájena dne 6. 1. 2015 z moci úřední, Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-26913/2014/533/HKu ze dne 5. 1. 2015, kterým tato správní řízení spojil, a to mj. z toho důvodu, že obě uvedená správní řízení jsou vedena ve věci možného spáchání správních deliktů (blíže specifikovaných v oznámeních o zahájení správních řízení vedených pod sp. zn. S1093/2014 a S1094/2014) týměž zadavatelem.
14. Ukončení shromažďování podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení oznámil Úřad účastníku řízení usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-1551/2015/533/HKu ze dne 20. 1. 2015. Úřad dále účastníku správního řízení uvedeným usnesením stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-5008/2015/533/HKu ze dne 24. 2. 2015 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonů – identifikace subjektu, který byl zadavatelem pověřen zpracováním projektové dokumentace k veřejné zakázce včetně příslušných

podkladů dokládajících výběr tohoto subjektu a prokázání skutečnosti, že tento subjekt k datu vyhotovení projektové dokumentace disponoval autorizací ve smyslu zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, v platném znění a dalšími předpoklady nezbytnými pro zpracování uvedené projektové dokumentace včetně příslušných podkladů prokazujících uvedené skutečnosti.

16. Ukončení shromažďování podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení oznámil Úřad účastníku řízení usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-6180/2015/533/HKu ze dne 6. 3. 2015. Úřad dále účastníku správního řízení uvedeným usnesením stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

### **Vyjádření zadavatele**

17. Dne 15. 1. 2015 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 14. 1. 2015, v němž uvádí, že s možným porušením zákona při zadávání předmětných dodatečných prací nesouhlasí, k čemuž doplňuje další skutečnosti.
18. V souvislosti se změnovým listem ZL 1 – SO 10-33-01 zadavatel nejprve opakuje text obsažený v zápisu z jednání ze dne 29. 3. 2013 z jednacího řízení bez uveřejnění týkajícího se „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov“, dodatečné práce dle změnového listu č. 01“ (viz odstavec 3 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dále uvádí, že projekt stavby „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov“ (dále také jen „stavba“) byl projektantem dopracován na konci roku 2009. Tento projekt nebyl bezprostředně schválen, neboť bylo nutné vyčkat na ukončení územního řízení vydáním územního rozhodnutí, které nabylo právní moci dne 4. 6. 2011. Podle tvrzení zadavatele byl rozsah, obsah a časový horizont realizace stavby výrazně ovlivněn požadavkem tehdejšího ministra dopravy ČR na plošné šetření investičních prostředků a příslušná stavba tedy byla aktualizována, přičemž aktualizaci projektant dokončil v roce 2011. Zadavatel dodává, že původně byla stavba koncipována jako jedna, avšak v důsledku požadavků Moravskoslezského kraje na samostatnou realizaci části kolejového napojení Letiště Leoše Janáčka došlo k rozdělení na dvě samostatné stavby. Překážkou realizace stavby byla nutnost zahájit vyvlastňovací řízení u některých pozemků, jehož délku nebylo možno ovlivnit, změna evropské legislativy v oblasti interoperability, posuzování rizik a nutnost jejího zpracování do již dokončené projektové dokumentace. V důsledku těchto skutečností požádal zadavatel o vydání stavebního povolení v červnu 2012, přičemž stavební povolení nabylo právní moci dne 12. 10. 2012 a od května 2012 probíhalo výběrové řízení na zhotovitele stavby. Smlouva se zhotovitelem byla podepsána dne 11. 9. 2012. Stavba byla zahájena dne 12. 10. 2012 a od stejného termínu byla zahájena hlavní dlouhodobá výluka koleje pro realizaci rozhodujících prací stavby s termínem ukončení 3. 12. 2012. Související stavba Moravskoslezského kraje Letiště Leoše Janáčka byla zahájena až na podzim roku 2013 a dokončena na konci roku 2014. Uvedené skutečnosti podle zadavatele významným způsobem zasáhly do realizace projektu.
19. Z výše uvedeného podle zadavatele vyplývá, že mezi dokončením projektu stavby, získáním stavebního povolení a realizací stavby u liniových staveb železniční infrastruktury vždy proběhne delší časový úsek. Dendrologický průzkum je přitom prováděn s ohledem na určité časové období, které zahrnuje i dobu předpokládané realizace stavby. Zadavatel tedy podle

svého vyjádření předložil ve stavebním řízení projekt stavby v zákonem stanoveném rozsahu a stavební úřad, ani orgán ochrany krajiny a přírody, který zadavateli vydal povolení ke kácení dřevin, neshledal doklady, které zadavatel v tomto stavebním řízení předložil, za nedostatečné, nepožadoval jejich aktualizaci a stavební povolení stavby vydal. Zadavatel uvádí, že tedy zahájil realizaci stavby v souladu s projektovou dokumentací stavby, schválenou ve stavebním řízení a nemohl předvídat zvýšený nárůst objemu dřevní hmoty v dané lokalitě oproti předkladu, k němuž došlo mj. i v důsledku výrazné změny teplotních klimatických podmínek posledních let. Zadavatel dodává, že tyto objektivně nepředvídatelné skutečnosti neměl možnost ovlivnit.

20. Co se týče změnového listu ZL 8 – SO 01-12-61, zadavatel opakuje argumentaci uvedenou v nedatovaném zápisu z jednání z jednacího řízení bez uveřejnění ve věci „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov“, dodatečné práce dle změnového listu č. 08 a 09“ (viz odstavec 5 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a pokračuje, že základním důvodem zadání dodatečných prací formou jednacího řízení bez uveřejnění byla naprostá technická neoddělitelnost od prací původně zadaných. Jednalo se o doplnění části délky (cca 10 %) původního kabelu v každém kotevním úseku, přičemž je technicky zcela vyloučeno, aby jednotlivé kotevní úseky prováděli dva zhotovitelé. Tímto způsobem bylo navíc podle zadavatele umožněno maximalizovat využití už dodaného závěsného kabelu bez nárůstu počtu vzdušných spojek, protože zhotovitel původní dodávky akceptoval zásah do jím vysoutěžené části díla a souhlasil se změnou polohy a přesunem jím dodaných kabelů na jiné úseky. Pokud by k případnému propojení kabelů v jednotlivých kotevních úsecích došlo, neřešilo by to samotný problém zavěšení a napnutí kabelu, které musí být z technického hlediska provedeno naráz, což vylučuje možnost postupné práce dvou zhotovitelů. Jediné technicky možné řešení zadání dodatečných prací jinému zhotoviteli by bylo vyjmutí celé dodávky a montáže kabelů z rozsahu původního díla, dodávky nového kabelu ve správných délkách a jeho montáž nově vysoutěženým dodavatelem. Takový postup by však podle zadavatele narazil na problém smluvních vztahů s dodavatelem původně vysoutěžené části a ohrožoval by termín dokončení prací, což by vedlo k dalším nákladům pro zadavatele. Z důvodu minimalizace nákladů proto zadavatel přistoupil k zadání dodatečných prací formou jednacího řízení bez uveřejnění.
21. Ve vztahu ke změnovému listu ZL 9 – PS 01-09-31 zadavatel opakuje text uvedený v nedatovaném zápisu z jednání z jednacího řízení bez uveřejnění ve věci „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov“, dodatečné práce dle změnového listu č. 08 a 09“ (viz odstavec 5 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a uvádí, že rovněž v případě tohoto změnového listu vedla k zadání dodatečných prací formou jednacího řízení bez uveřejnění naprostá technická neoddělitelnost předmětu dodatečných prací od prací a dodávek zajišťovaných původní dodávkou. Skříně, které byly předmětem dodatečných prací, jsou podle zadavatele určeny jako součást následně dodávaných technologií z původní dodávky, přičemž se nejedná o žádný typový prvek, nýbrž o individuálně dodávané zařízení, úzce specifikované v závislosti na montované technologii. Dodávka skříní by podle zadavatele narazila na problém přesné technické specifikace, která není součástí projektové dokumentace, ale součástí realizační dokumentace zhotovitele původního díla a jeho duševním vlastnictvím. Zadavatel se obává, že dodavatel původní části díla odmítne navázat své další technologie na skříně dodané jiným dodavatelem z důvodu možné nesprávné

funkce a odmítne poskytovat záruku na jím dodanou část díla. Tyto důvody podle zadavatele vedly k zadání dodatečných prací formou jednacího řízení bez uveřejnění.

22. Zadavatel označuje výše uvedené dodatečné stavební práce za práce, jejichž potřeba vznikla v důsledku vad projektové dokumentace stavby a jsou objektivně nepředvídatelné. Zadavatel upozorňuje, že zpracování projektové dokumentace na původní veřejnou zakázku pro zadavatele zajišťoval projektant vybraný v zadávacím řízení podle zákona. Zadavatel současně odkazuje na ust. § 159 odst. 2 stavebního zákona, podle něhož projektant odpovídá za správnost, celistvost, úplnost a bezpečnost stavby provedené podle jím zpracované projektové dokumentace a proveditelnost stavby podle této dokumentace, jakož i za technickou a ekonomickou úroveň projektu technologického zařízení, včetně vlivů na životní prostředí. Je přitom povinen dbát právních předpisů a obecných požadavků na výstavbu, vztahujících se ke konkrétnímu stavebnímu záměru, přičemž vypracovávat projektovou dokumentaci staveb je oprávněna pouze tzv. autorizovaná osoba podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorizační zákon“). Zaměstnanci zadavatele však zpravidla nejsou autorizovanými osobami a jejich činnost není zaměřena na navrhování a posuzování vhodnosti technických řešení, rozhodování o potřebnosti provedení průzkumů či vyhodnocení jimi zjištěných závěrů. Případný závěr, že dodatečné stavební práce, jejichž původ spočívá ve vadách zpracované projektové dokumentace, měly být zadavatelem předvídaný již v okamžiku zahájení zadávacího řízení, je podle názoru zadavatele v rozporu s principy odpovědnosti stanovené uvedenými právními předpisy i s ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona.
23. Za nepředvídatelné okolnosti ve smyslu ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona zadavatel označuje takové okolnosti, u nichž zadavatel v okamžiku zahájení zadávacího řízení, příp. v jeho průběhu, nepředpokládal, že v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky nastanou. Takové okolnosti přitom musí nastat objektivně, tedy nezávisle na vůli zadavatele. V daných případech se však zadavatel o potřebě provést dodatečné stavební práce dozvěděl až v průběhu realizace veřejné zakázky.
24. Zadavatel uvádí, že na zjištěné potřeby provedení dodatečných stavebních prací, nezbytných pro dokončení původních stavebních prací, musí zadavatel reagovat bezodkladně, přičemž v naprosté většině případů nelze při jejich zadávání postupovat jinak, než s využitím postupu v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 zákona. Při jiném způsobu zadání by podle zadavatele zcela jistě docházelo k velkým časovým prodlením v řádu měsíců i let. S ohledem na tuto skutečnost by podle zadavatele nebylo možno dodržet konec termínu schválených výluk, což by následně vedlo k uplatnění smluvních sankcí vůči zadavateli ze strany jednotlivých provozovatelů drážní dopravy. Zaplacení smluvních pokut by se rovněž domáhali zhotovitelé staveb, pokud by došlo k rozvolnění, přerušení či zastavení prací. Z hlediska dodržení záruk za dílo nemohou být podle zadavatele dodatečné stavební práce technicky odděleny od původní veřejné zakázky, neboť pouze rozšiřují rozsah prací v rámci stavebního objektu, který již je předmětem smlouvy o dílo.
25. Zadavatel se domnívá, že pokud by byl přijat závěr, že zadavatel nese objektivní odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace i přesto, že je objektivně zcela nemožné zajistit zpracování projektové dokumentace bez jakýchkoli nedostatků a chyb, které se projeví až při provádění stavebních prací, a tuto skutečnost nelze zhojit postupem

stanoveným v obchodních podmínkách, které byly součástí zadávací dokumentace, nýbrž je nutné zvolit jiný postup nežli jednací řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 zákona, bude zadavatel nucen při zjištění každé chyby v projektové dokumentaci práci na stavbě přerušit, poté zadat veřejnou zakázku na dodatečné práce a poté pokračovat v provádění prací. Zadavatel v této souvislosti upozorňuje na to, že náklady, resp. škody, vzniklé v důsledku přerušování prací budou mnohem vyšší než hodnota veřejné zakázky na dodatečné práce. V této souvislosti zadavatel upozorňuje na povinnost předcházet hrozícím škodám podle ust. § 2900 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

26. Podle zadavatele z ustanovení směrnice Evropské parlamentu a Rady 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek, a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU, o zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb z února 2014, vyplývá, že na úrovni Evropských společenství již v předchozích letech došlo zcela ke změně výkladu právě v otázce zadávání dodatečných prací na základě okolností, které zadavatel nemohl s náležitou péčí předvídat a z textu obou směrnic je možno zcela nepochybně dovodit, že na zadavateli nelze objektivně vyžadovat, aby byla projektová dokumentace, zejména tak rozsáhlých staveb jako jsou i stavby dopravní, zpracována s naprostou přesností, tedy na zcela konkrétní jednotky množství jednotlivých materiálů, prací či výkonů. Tento názor byl podle zadavatele dne 12. 12. 2014 implementován Poslaneckou sněmovnou Parlamentu ČR do novely zákona, která je předmětem schválení Senátem Parlamentu ČR. Z důvodové zprávy schválené novely je podle zadavatele nepochybné, že novelou dojde ke změně zákona v tom smyslu, kdy nelze po zadavateli při kontrole projektové dokumentace vyžadovat vyšší péči než je obvyklá. Tato úprava odpovědnost nemá snímat odpovědnost za profesní pochybení osob, s jejichž pomocí je zadávací dokumentace připravována.
27. Zadavatel podotýká, že zadávání dodatečných prací, jejichž potřeba vznikla v důsledku chyb projektové dokumentace, již byla předmětem podnětu Ministerstva dopravy ČR a následného přezkoumání Úřadem, přičemž pro zahájení správního řízení z moci úřední nebyly shledány důvody.
28. Závěrem zadavatel navrhl, aby Úřad správní řízení podle ust. § 117a písm. d) zákona zastavil.
29. Dne 28. 1. 2015 Úřad obdržel písemné sdělení zadavatele, v němž pouze odkázal na své předchozí stanovisko ve správním řízení.
30. Dne 5. 3. 2015 Úřad obdržel od zadavatele podklady prokazující skutečnost, že subjekt pověřený zpracováním projektové dokumentace k původní veřejné zakázce (SUDOP PRAHA a.s., IČO 25793349, se sídlem Olšanská 1a, 130 80 Praha 3) disponoval autorizací ve smyslu zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, v platném znění.

#### **Rozhodnutí Úřadu ze dne 11. 6. 2015**

31. Ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S1093,1094/2014/VZ-14093/2015/533/HKu/HOd ze dne 11. 6. 2015 (dále jen „původní rozhodnutí“) Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku č. 1 v rozsahu zadání dodatečných prací podle změnového listu ZL 1 – SO 10-33-01 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7



písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení, neboť potřeba těchto prací nevznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí mohl předvídat, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 22. 10. 2013 uzavřel na tuto veřejnou zakázku dodatek č. 1. Ve výroku II. původního rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku č. 2 v rozsahu zadání dodatečných prací podle změnového listu ZL 9 – PS 01-09-31 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení, neboť potřeba těchto prací nevznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí mohl předvídat, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 29. 10. 2013 uzavřel na tuto veřejnou zakázku dodatek č. 2. Výrokem III. původního rozhodnutí Úřad zadavateli uložil za spáchané správní delikty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 10 000 Kč.

### III. Řízení o rozkladu

32. Proti původnímu rozhodnutí podal zadavatel dne 26. 6. 2015 rozklad, kterým se domáhal zrušení původního rozhodnutí. Předseda Úřadu o rozkladu zadavatele rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R188/2015/VZ-36737/2016/321/BRy ze dne 5. 9. 2016 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), kterým původní rozhodnutí zrušil a věc Úřadu vrátil k novému projednání. Předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí dospěl k závěru, že původní rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť Úřad dostatečně neodůvodnil, proč v daném případě jednu chybu v projektové dokumentaci, která byla zpracována externím pracovníkem, považuje za chybu, kterou nelze přičítat k tíži zadavatele a na druhé straně jinou chybu téže projektové dokumentace naopak k tíži zadavatele přičítá. Za nepřezkoumatelný považuje předseda Úřadu rovněž závěr Úřadu týkající se nemožnosti použití eurokonformního výkladu, a to rovněž pro absenci dostatečného odůvodnění. Podle závěrů druhostupňového rozhodnutí je původní rozhodnutí nezákonné z toho důvodu, že Úřad nerozhodl o celém předmětu správního řízení.
33. Uvedeným druhostupňovým rozhodnutím bylo Úřadu uloženo přezkoumatelným a srozumitelným způsobem odůvodnit, proč v daném případě jednu chybu v projektové dokumentaci, která byla zpracována externím pracovníkem, považuje za chybu, kterou nelze přičítat k tíži zadavatele a na druhé straně jinou chybu téže projektové dokumentace naopak k tíži zadavatele přičítá. Dále bylo Úřadu uloženo srozumitelným a přezkoumatelným způsobem posoudit, z jakého důvodu měla být chyba projektové dokumentace spočívající v rozporu výkresové dokumentace a výkazu výměr lehce odhalitelnou chybou, a uvést konkrétní přezkoumatelné úvahy, které k takovému závěru mohou vést. Předseda Úřadu dále citovaným druhostupňovým rozhodnutím Úřadu uložil povinnost v novém rozhodnutí ve věci rozhodnout o celém předmětu správního řízení, tak jak byl vymezen a jak bylo správní řízení vedeno a dále vypořádat námitky uvedené v podaném rozkladu a tyto zahrnout do svých úvah.

#### IV. NOVÉ PROJEDNÁNÍ VĚCI ÚŘADEM

34. Dopisem č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-37354/2016/533/HKu ze dne 8. 9. 2016 Úřad účastníka řízení vyrozuměl o pokračování ve správním řízení a usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-37372/2016/533/HKu ze dne 8. 9. 2016 stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
35. Dne 15. 9. 2016 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření ze dne 14. 9. 2016, v němž zadavatel zopakoval argumentaci uvedenou ve vyjádření ze dne 14. 1. 2015. Zadavatel dále doplňuje, že náležitou péči při přípravě zadávací dokumentace, resp. kontrolu zadávací dokumentace v žádném případě nezanedbal. Uvádí, že zpracovanou projektovou dokumentaci předmětné stavby nechal v rámci vnitropodnikového projednání připomínkovat všechny dotčené složky zadavatele všech odborností, jež byly předmětem plnění předmětné veřejné zakázky. Dodává, že příprava realizace rozsáhlých liniových staveb, zejména pak staveb typu rekonstrukce staveb již existujících, je nesmírně složitým mechanismem, na kterém se podílí mnoho desítek až stovek lidí, ať již na straně zadavatele, zhotovitele projektové dokumentace, zhotovitele stavby a celé řady dalších subjektů, jehož výsledkem je pro osobu neznalou tohoto postupu nepředstavitelné množství nejrůznějších dokumentů. Upřesňuje, že předmětná projektová dokumentace se skládala z celkem 96 provozních souborů a stavebních objektů, přičemž soupisy prací těchto souborů a objektů obsahovaly celkem 4480 jednotlivých položek (z nichž 4 položky měl zadavatel zadat v rozporu se zákonem). Zadavatel s ohledem na výše uvedené předesílá, že není v jeho silách zjistit každé jednotlivé pochybení zhotovitele projektové dokumentace stavby, zejména pak ne, pokud jde o předpokládané množství jednotlivých položek soupisu prací a jejich soulad s výkresovou částí projektové dokumentace stavby. Zadavatel je přesvědčen, že s ohledem na značný rozsah projektové stavby a celkové množství soupisu prací nemohl potřebu předmětných dodatečných prací zjistit ani při vynaložení náležité péče. Zadavatel dále uvádí, že projektová dokumentace takto rozsáhlé stavby a na jejím základě zpracovaný soupis prací s výkazem výměr vždy představuje pouze odborný předpoklad, který se v průběhu provádění stavebních prací musí nezbytně upřesňovat s ohledem na konkrétní podmínky předmětné stavby. Dále upřesňuje, že smlouva o dílo na zhotovení předmětné stavby byla koncipována jako tzv. měřený kontrakt, což znamená, že každá provedená práce je změřena a zhotoviteli stavby jsou zaplaceny pouze skutečně provedené práce. Dodává, že uzavřená smlouva o dílo je zcela v souladu s názorem Úřadu uvedeným v jeho rozhodnutí vydaném v rámci správního řízení S272/2007/VZ, podle něhož může docházet k upřesňování či ke změnám určitých položek poptávaných stavebních prací, pokud to zadávací dokumentace veřejné zakázky a na základě ní uzavřená smlouva připouští. Zadavatel se domnívá, že se při přípravě zadávací dokumentace předmětné zakázky a její kontrole nedopustil zanedbání náležité péče, kterou na něm lze v rozsahu jeho odborných znalostí požadovat, a proto navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil podle § 117a písm. d) zákona.
36. Usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-38278/2016/533/HKu ze dne 19. 9. 2016 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu, zda ke smlouvě na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012 byl(y) kromě dodatku č. 1 ze dne 22. 10. 2013 a dodatku č. 2 ze dne 29. 10. 2013 uzavřen(y) ještě další dodatek(dodatky), případně zda došlo k realizaci dodatečných prací na základě dalších změnových listů (nad rámec dodatečných prací, jež byly specifikovány ve změnových

listech č. 1-10 v rámci dodatků č. 1 a 2). Uvedeným usnesením byl zadavatel vyzván k případnému doložení předmětných dokladů.

37. Dne 22. 9. 2016 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření ze dne 21. 9. 2016, v němž zadavatel uvádí, že k předmětné smlouvě o dílo na zhotovení stavby „Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov“ byl uzavřen ještě dodatek č. 3 ze dne 10. 4. 2014 (dále jen „dodatek č. 3“) a dodatek č. 4 ze dne 6. 1. 2016 (dále jen „dodatek č. 4“). Zadavatel dále upřesňuje, že předmětem ani jednoho z uvedených dodatků nebyly dodatečné práce a v rámci celé stavby tak byly realizovány pouze dodatečné práce dle změnových listů stavby č. 1 - 10 dle dodatků č. 1 a 2.
38. Usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-40334/2016/533/HKu ze dne 3. 10. 2016 Úřad zadavateli stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě určené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.
39. Dne 19. 10. 2016 zaslal Úřad zadavateli sdělení č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-42732/2016/533/HKu ze dne 19. 10. 2016, v němž zadavatele informoval o tom, že při opětovném posouzení případu je nutno přihlídnout i k nové zákonné úpravě (zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů).
40. Usnesením č. j. ÚOHS-S1093,S1094/2014/VZ-42758/2016/533/HKu ze dne 19. 10. 2016 Úřad zadavateli stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě určené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

## **V. ZÁVĚRY ÚŘADU**

41. Úřad na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ opětovně přezkoumal ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech předložených podkladů, vyjádření účastníka řízení a vlastních zjištění správní řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
42. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### **K postavení zadavatele**

43. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
  1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
  2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
44. Podle § 2 odst. 7, věty první, zákona platí, že pokud vykonává veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4 zákona, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
45. Podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující,

pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.

46. Úřad uvádí, že zadavatel byl zřízen a jeho činnost upravuje zákon č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy, státní organizaci Správa železniční dopravní cesty a o změně zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 77/2002 Sb.“).
47. Podle § 21 odst. 1 zákona č. 77/2002 Sb. provozuje zadavatel železniční dopravní cestu ve veřejném zájmu (zajišťuje její provozuschopnost, modernizaci a rozvoj). Z výroční zprávy zadavatele za rok 2014 vyplývá, že potřeby veřejného zájmu, k jejichž uspokojování byl zadavatel zřízen, nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, jelikož zadavatel neprovozuje svoji činnost za jinak běžných tržních podmínek, neboť stát (prostřednictvím jeho organizačních složek) či Státní fond dopravní infrastruktury finančně přispívají na výkon této činnosti. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel první podmínku podle § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona naplňuje.
48. Podle § 27 a násl. zákona č. 77/2002 Sb. představují orgány zadavatele správní rada (kterou tvoří 7 členů jmenovaných a odvolávaných vládou na návrh ministra dopravy a spojů) a generální ředitel (jehož jako statutární orgán zadavatele jmenuje a odvolává správní rada). K závěru o splnění podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) bod. 2 zákona přitom postačí, pokud je naplněna alespoň jedna z dílčích charakteristik vztahu zadavatele a státu či jiného veřejného zadavatele (tj. financování, ovládání nebo jmenování nadpolovičního počtu členů orgánů zadavatele). S ohledem na skutečnost, že členové správní rady jakožto správního orgánu zadavatele jsou jmenováni vládou na návrh ministra dopravy a spojů, má Úřad za prokázané, že zadavatel podmínku podle § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona naplnil.
49. S ohledem na shora uvedené je tedy možné konstatovat, že jelikož zadavatel naplnil podmínky uvedené v § 2 odst. 2 písm. d) zákona, byl v době zadávání šetřených veřejných zakázek veřejným zadavatelem.

#### **Relevantní ustanovení zákona a souvisejících právních předpisů**

50. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 zákona tyto druhy zadávacích řízení: a) otevřené řízení, b) užší řízení, c) jednací řízení s uveřejněním, d) jednací řízení bez uveřejnění, e) soutěžní dialog, f) zjednodušené podlimitní řízení.
51. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.
52. Podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona (ve znění zákona účinném do 5. 3. 2015) může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že
  1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,

2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
  3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.
53. Podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona (ve znění zákona účinném od 6. 3. 2015) může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že
1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
  2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
  3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky.
54. Podle § 82 odst. 7 zákona zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
- a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona a § 23 odst. 7 zákona,
  - b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
  - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
  - d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
55. Podle § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“ nebo „nový zákon“), jenž nabyl účinnosti dne 1. 10. 2016, se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je
- a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
  - b) nižší než
    1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo
    2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.

Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.

56. Podle § 273 odst. 1 ZZVZ pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
57. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina“), se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
58. Podle § 4 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek (dále jen „nařízení vlády č. 172/2016 Sb.“) činí finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce 142 668 000 Kč.

#### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce**

59. V bodu 5.1. smlouvy na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka – Mošnov ze dne 11. 9. 2012 (dále jen „smlouva“) je uvedeno:

*„Cena za řádně zhotovené dílo činí:*

*a) Smluvní cena bez DPH ...327.327.196 Kč*

*b) Rezervní položka (10%) ... 32.732.720 Kč*

*c) Celková smluvní cena bez DPH (mezisoučet a + b) ... 360.059.916 Kč“.*

60. Z bodu 2.1. dodatku č. 1 vyplývá, že „smluvní strany se z důvodů schválení změnových listů (dále jen „ZL“) stavby č. 1, 2, 3, 4, 5, 6 a 7 (...) dohodly na změně rozsahu předmětu plnění a s tím souvisejících níže uvedených úpravách nákladů zhotovitele:

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 1 ..... + 349.651,25 Kč*

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 2 ..... + 3.027.165,25 Kč*

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 3,4,5 ..... + 14.918.830,45 Kč*

*Snížení nákladů zhotovitele dle ZL 3,4,5 ..... - 258.976,78 Kč*

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 6 ..... + 201.087,34 Kč*

*Snížení nákladů zhotovitele dle ZL 6 ..... - 42.540,10 Kč*

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 7 ..... + 9.491.689,95 Kč“.*

61. Z bodu 2.1. dodatku č. 2 vyplývá, že „smluvní strany se z důvodů schválení změnových listů (dále jen „ZL“) stavby č. 8, 9, a 10 (...) dohodly na změně rozsahu předmětu plnění a s tím souvisejících níže uvedených úpravách nákladů zhotovitele:

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 8 ..... + 522.734,49 Kč*

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 9 ..... + 2.600.244,57 Kč*

*Zvýšení nákladů zhotovitele dle ZL 10 ..... + 1.598.731,92 Kč“.*

62. V bodu 2.3. dodatku č. 3 je uvedeno: „S ohledem na shora uvedené skutečnosti se smluvní strany dohodly na následujících změnách smlouvy: **Změna článku 4. DOBA PLNĚNÍ Smlouvy**

(...) Změna článku 14.9. *PLATBA ZÁDRŽNÉHO A ZÁRUKA ZA ODSTRANĚNÍ VAD Obchodních podmínek (...)*“.

63. V bodu 2.4. dodatku č. 3 je uvedeno: „*S ohledem na skutečnost, že všechny stavební práce na díle byly dokončeny a že důvodem pro prodloužení doby plnění jsou objektivní okolnosti, které nespočívají na straně objednatele ani zhotovitele, a zhotovitel v důsledku těchto okolností nezíská právo na obdržení Protokolu o provedení díla v původně předpokládaném termínu, dohodly se smluvní strany, že zhotovitel není povinen dále prodlužovat platnost bankovní záruky podle článku 4.2 Obchodních podmínek a pojištění požadovaná podle článku 18. Obchodních podmínek*“.
64. V bodu 2.5. dodatku č. 3 je uvedeno: „*Smluvní strany se dále dohodly tímto dodatkem č. 3 narovnat výši ceny stavebních objektů SO 02-12-61 a SO 01-12-61. V příloze dodatku č. 2 je uvedeno zvýšení nákladů o 522.734,49 Kč u objektu SO 02-12-61, přičemž správně mají být tyto náklady uvedeny u SO 01-12-61, jak je zcela zřejmé ze změnového listu stavby č. 8. Celková změna nákladů zhotovitele podle dodatku č. 2, ani smluvní cena díla celkem není tímto narovnáním dotčena a nemění se (...)*“.
65. V bodu 2.1. dodatku č. 4 je uvedeno: „*Smluvní strany se z důvodů zjištění skutečného rozsahu provedených stavebních prací po dokončení díla na základě rekapitulace zjišťovacích protokolů dohodly na snížení nákladů zhotovitele takto: Snížení nákladů zhotovitele na základě rekapitulace zjišťovacích protokolů ...-2.977.082,57 Kč*“.
66. V bodu 2.2. dodatku č. 4 je uvedeno: „*Změna článku 5. CENA DÍLA Smlouvy (...) 5.1. Cena za řádně zhotovené dílo činí:*
- |   |                          |
|---|--------------------------|
| <i>a) Smluvní cena bez DPH .....</i>                    | <i>359.735.814,34 Kč</i> |
| <i>b) Změna nákladů dle dodatku č. 2 .....</i>          | <i>-2.977.082,57 Kč</i>  |
| <i>c) Smluvní cena bez DPH (mezisoučet a+b).....</i>    | <i>356.758.731,77 Kč</i> |
| <i>d) Rezervní položka .....</i>                        | <i>3.301.184,23 Kč</i>   |
| <i>e) Celková smluvní cena bez DPH (součet c+d)....</i> | <i>360.059.916,00 Kč</i> |
67. V souvislosti s uzavřením smlouvy (ze dne 11. 9. 2012) bylo ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 10. 2012 uveřejněno oznámení o zadání zakázky (ev. č. 211409), v němž jsou v bodu II.1) Popis uvedeny mimo jiné následující informace:
- „*II.1.1) Název přidělený zakázce: Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka-Mošnov*“
- „*II.1.2) Druh zakázky a místo provedení stavebních prací, místo dodávky nebo plnění: Stavební práce*  
*Hlavní místo provádění stavebních prací, místo dodání nebo plnění: Moravskoslezský kraj*“.
68. V souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 bylo ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 11. 2013 uveřejněno oznámení o zadání zakázky (ev. č. 372438), v němž jsou v bodu II.1) Popis uvedeny mimo jiné následující informace:
- „*II.1.1) Název přidělený zakázce: Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka-Mošnov, ZL 1 -7*“.
- „*II.1.2) Druh zakázky a místo provedení stavebních prací, místo dodávky nebo plnění: Stavební práce.*  
*Hlavní místo provádění stavebních prací, místo dodání nebo plnění: Moravskoslezský kraj*“.

*„II.1.4) Stručný popis zakázky nebo nákup(ů):*

*Dodatečné práce vzniklé v souvislosti s realizací stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka-Mošnov (ZL 1-7)“.*

69. V souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 bylo ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 11. 2013 uveřejněno oznámení o zadání zakázky (ev. č. 373941), v němž jsou v bodu II.1) Popis uvedeny mimo jiné následující informace:

*„II.1.1) Název přidělený zakázce: Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka-Mošnov, ZL 8-10“.*

*„II.1.2) Druh zakázky a místo provedení stavebních prací, místo dodávky nebo plnění: Stavební práce.*

*Hlavní místo provádění stavebních prací, místo dodání nebo plnění: Moravskoslezský kraj“.*

*„II.1.4) Stručný popis zakázky nebo nákup(ů):*

*Dodatečné práce vzniklé v souvislosti s realizací stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka-Mošnov (ZL 8-10)“.*

#### **Posouzení věci**

70. Úřad předně konstatuje, že si je při své přezkumné činnosti vědom toho, že je vázán závěry obsaženými v rozhodnutí předsedy Úřadu, kterým bylo původní prvostupňové rozhodnutí zrušeno. Nicméně Úřad v šetřeném případě při opětovném posouzení věci, současně reflektoval skutečnost, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon o zadávání veřejných zakázek (ZZVZ). S ohledem na § 273 ZZVZ posuzuje Úřad obecně proces zadávání veřejných zakázek, včetně práv a povinností s ním souvisejících, podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení. Jestliže však Úřad rozhoduje o spáchání správního deliktu zadavatelem již za účinnosti pozdějšího zákona, tj. ZZVZ, musí brát při svém rozhodování v potaz čl. 40 odst. 6 Listiny, tzn. je povinen se vypořádat s otázkou, které znění zákona je pro zadavatele („pachatele“) příznivější. V souladu s právními předpisy přihlédl tedy Úřad ke skutečnosti, že v případě, pokud by aplikace pozdější právní úpravy byla pro zadavatele příznivější, tzn. aplikace ZZVZ je Úřad při rozhodování o vině a trestu za spáchání případného správního (správních) deliktu (deliktů) povinen aplikovat pozdější, pro zadavatele příznivější právní úpravu.
71. Výše uvedené plyne např. z čl. 40 odst. 6 Listiny. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny (na úrovni mezinárodního práva v čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech) je základem výjimky z jinak obecně platného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější, přičemž podle judikatury vyšších soudů je v otázce použití pozdější právní úpravy příznivější pro pachatele přípustná analogie mezi soudním (trestněprávním) a správním trestáním. Tuto výjimku aplikoval Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004, v němž mimo jiné uvedl: *„To, že žalobce se podle zjištění správních orgánů dopustil deliktu za účinnosti starého práva, ještě eo ipso neznamená, že mu také za tyto delikty podle starého práva může být bez dalšího uložena sankce. Takový názor by ve svých důsledcích znamenal, že tu může dojít k uložení trestu za něco, co nové právo vůbec nesankcionuje, a tedy i k přímému porušení zásady vyslovené v čl. 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod. Také trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které*



*se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraní mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Z těchto důvodů – a přinejmenším od okamžiku, kdy byla ratifikována Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod – není rozhodné, zda pozitivní právo označuje určité deliktní jednání za trestný čin nebo za správní delikt. Zmiňuje-li se tedy uvedená Úmluva ve svém článku 6 odst. 1 o „jakémkoli trestním obvinění“, je třeba záruky, v této souvislosti poskytované tomu, kdo je obviněn, poskytnout shodně jak v trestním řízení soudním, tak v deliktním řízení správním. Tímto způsobem ostatně vykládá Úmluvu stabilně i judikatura Evropského soudu pro lidská práva. Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním. Shodně ostatně judikují i správní soudy (srov. k tomu např. rozhodnutí uveřejněné pod č. 91/2004 Sb. NSS). Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání (například nižší výměru pokuty).“*

72. Ve výše uvedeném rozsudku Nejvyšší správní soud také konstatoval, že rozhodnutí, které se s dodržáním ústavního principu čl. 40 odst. 6 Listiny nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Obdobně se Nejvyšší správní soud vyjádřil např. v rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, kde dovedl povinnost správních orgánů zabývat se dodržáním ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro pachatele příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013). Dle nálezů Ústavního soudu (např. ÚS II. 192/05-2 ze dne 11. 7. 2007 a ÚS III. 611/01 ze dne 13. 6. 2002) je opomenutí správního orgánu zabývat se tím, zda nová právní úprava není nebo je pro účastníka příznivější, zásahem do jeho práva na spravedlivý proces.
73. Pro úplnost lze ještě doplnit, že v Listině uvedený pojem „trestnost“ činu se v doktríně českého trestního práva vykládá jako souhrn všech podmínek, které jsou trestněprávně relevantní pro výrok o vině a trestu. Mezi takové podmínky patří například okolnosti vylučující protiprávnost či podmínky promlčení trestného činu (Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 2. Vydání. Praha: Leges, 2010, 912 s., s. 61). Byť se ve správním právu obvykle neužívá pojem trestnost, lze dovést, že ustanovení výše uvedených lidskoprávních pramenů dopadají přímo i na úpravu odpovědnosti za správní delikty.
74. Úřad tedy při opětovném posouzení věci vycházel i z premisy, že je jeho povinností zohlednit, zda-li pozdější právní úprava, tedy znění ZZVZ, není v intencích šetřených skutečností pro zadavatele příznivější. V šetřeném případě, Úřad přezkoumává postup zadavatele při zadání víceprací, a to na základě jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Nelze přitom přehlédnout, že nový zákon, v komparaci se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, konstruuje jednací řízení bez uveřejnění, v němž byly šetřené veřejné zakázky zadány, do určité míry odlišně. V případě víceprací nová právní úprava přichází i s novou koncepcí, která je zachycena mimo jiného v ustanovení § 222 ZZVZ, které zachycuje tzv. změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Tyto tzv. změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku jsou jedním z možných způsobů, kterak je

zadavatel oprávněně řešit nutnost provedení víceprací. Dle ZZVZ je nutné tyto změny závazku dělit na podstatné a nepodstatné, tedy takové, kdy je možná jejich aplikace prostřednictvím dodatku, aniž by vznikla povinnost plnění zadávat v zadávacím řízení, a kdy nikoli. S novou právní úpravou tedy dochází ke změně chápání víceprací, která spočívá v tom, že na vícepráce za určitých okolností již není nahlíženo jako na samostatnou veřejnou zakázku, která by musela být zadána na základě zadávacího řízení, nýbrž jako na nepodstatnou změnu smlouvy, jež je podle nového zákona v určitém rozsahu obecně připuštěna. Tyto podmínky jsou právě specifikovány již ve zmiňovaném ustanovení § 222 ZZVZ. Nepodstatné jsou především změny, které smlouvu nemění v jejích podstatných náležitostech a jejich dopad na zásady hospodářské soutěže a zadávání veřejných zakázek je (téměř) zanedbatelný. Nutná potřeba realizace takovýchto víceprací tak již není řešena jejich zadáním v jednacím řízení bez uveřejnění, ale možností přímého uzavření dodatku k uzavřené smlouvě. Úřad upozorňuje, že zákon nastíněný postup zásadně nepřipouští, neboť podle předchozí právní úpravy byly vícepráce, opční právo či dodatečné dodávky vždy vázány na splnění několika konkrétních podmínek (viz např. výše body 52 a 53 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Vícepráce spojené s potřebou zadavatele, která vyvstane až v rámci plnění příslušné veřejné zakázky, jsou tedy nově, čili na základě ZZVZ, řešeny nikoliv jednacím řízením bez uveřejnění, nýbrž „prostou“ změnou již uzavřené smlouvy, přičemž nový zákon poskytuje explicitně výčet konkrétních případů, které nejsou považovány za podstatnou změnu smlouvy. V těchto případech tedy zadavatel nemusí dodatečně poptávané plnění zadávat v některém z druhů zadávacích řízení, jak bylo nastíněno výše. Stejně tak jako možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona, byla vázána na kumulativní splnění zákonem stanovených podmínek, je třeba zdůraznit, že rovněž předpoklady plnění víceprací, které jsou ZZVZ označovány jako nepodstatné změny smlouvy musí být vždy naplněny, jinak se jedná o podstatnou změnu závazku, která není § 222 ZZVZ aprobována.

75. Vzhledem ke skutečnosti, v jakém finančním objemu byly zadavatelem zadané vícepráce, zaměřil se Úřad při opětovném posouzení případu mimo jiného na ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ. Úřad v dalším poznamenává, že ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ umožňuje zadavateli nově oproti zákonu při nezměnění povahy veřejné zakázky a při dodržení stanoveného finančního limitu bez dalšího, tedy bez splnění jakýchkoli dalších podmínek, změnit smlouvu na plnění veřejné zakázky, jelikož v intencích ZZVZ jde o tzv. nepodstatnou změnu. Jedná se o tzv. kategorii „de minimis“ změn, která umožňuje provedení změny závazku, jestliže taková změna nedosáhne 10 % (resp. 15 % v případě stavebních prací) původní hodnoty veřejné zakázky a současně je hodnota dané změny nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku. Jestliže jsou shora popsané podmínky, jež, Úřad podotýká, musí být splněny kumulativně, pak výše citované ustanovení ZZVZ vylučuje takové změny z povinnosti zadat je v novém zadávacím řízení. V případě změn závazku s nižší hodnotou (v limitu 10 % či 15 % z hodnoty původního závazku) tudíž není nutné z pohledu nového zákona zkoumat jejich důvod, přičemž takové změny závazku lze provést vždy, tj. aniž by bylo nutné zahájit nové zadávací řízení. Úřad nicméně podotýká, že uvedené změny, byť by jinak splňovaly procentuální finanční limit, nikdy nesmí představovat exces z předmětu veřejné zakázky. Právě řečené znamená, že např. u veřejných zakázek na stavební práce je možné provést změny stavby oproti původnímu projektu pouze tehdy, jestliže je dodržen původní druh a účel stavby, čili pokud nedozná změn „celková povaha veřejné zakázky“, což § 222 odst. 4 ZZVZ výslovně stanoví. Novým zákonem je podle § 222 odst. 4 zadavateli umožněno provést

i několik změn závazku, je ovšem nezbytné, aby součet hodnot všech těchto změn odpovídal limitům uvedeným v předmětném ustanovení. Dále je třeba zdůraznit, že podmínky pro nepodstatné změny (tzv. změny „de minimis“) musí být vždy naplněny a že provedení změn závazku nelze považovat za nárokové ze strany dodavatele. Na provedení změny závazku (smlouvy) se musí obě strany vždy dohodnout, přičemž zadavatel musí respektovat pravidla a povinnosti, která mu v oblasti hospodaření se svěřeným majetkem ukládají jiné právní předpisy (například rozpočtová pravidla), zejména povinnost počínat si účelně, efektivně a hospodárně.

76. S odkazem na výše učiněné závěry týkající se ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ, jež upravuje kategorii tzv. změn „de minimis“, konstatuje Úřad ve vztahu k šetřenému případu následující.
77. Úřad sděluje, že ve zde posuzovaném případě činila cena díla dle původní smlouvy ze dne 11. 9. 2012 částku 327 327 196 Kč bez DPH, tzn. jednalo se o původní hodnotu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce ve výši 327 327 196 Kč bez DPH. Skutečnost, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, vyplývá jednak např. z oznámení o zakázce, vymezeného předmětu plnění, kdy např. ve smlouvě o dílo ze dne 11. 9. 2012 v bodu 2.2. je uvedeno „(...) *zhotovení kompletní stavby (...) v rozsahu stanoveném touto smlouvou (...)*“ apod. Zadavatel k původní smlouvě uzavřel celkem 4 dodatky, přičemž pouze prostřednictvím dodatků č. 1 a č. 2 došlo ke změnám týkajícím se obsahu plnění (dle změnových listů 1 až 10). Dle dodatku č. 1 činily náklady na vícepráce bez odečtení méněprací (349 651,25 + 3 027 165,25 + 14 918 830,45 + 201 087,34 + 9 491 689,95) 27 988 424,24 Kč bez DPH. Dle dodatku č. 2 činily náklady na vícepráce (522 734,49 + 2 600 244,57 + 1 598 731,92) 4 721 710,98 Kč bez DPH. V rámci kalkulace víceprací v případě dodatku č. 2 nebyly vyčísleny žádné méněpráce. Celkově náklady na vícepráce dle shora specifikovaných dodatků bez odečtení méněprací činily v součtu 32 710 135,22 Kč bez DPH, což představuje cca 9,99 % původní hodnoty závazku ze smlouvy. Úřad opětovně uvádí, že „původní“ veřejná zakázka, na jejíž realizaci zadavatel dne 11. 9. 2012 uzavřel smlouvu, byla, z hlediska jejího druhu, veřejnou zakázkou na stavební práce. Úřad přitom připomíná, že ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ chápe jako změnu závazku náležející do tzv. kategorie změn „de minimis“, při splnění dalších podmínek předvídaných citovaným ustanovením nového zákona, takovou změnu, jejíž hodnota je v případě veřejné zakázky na stavební práce nižší než 15 %. Z výše uvedeného vyplývá, že hodnota změny závazku, resp. hodnota víceprací (změn závazku ze smlouvy) vyvolaných uzavřením dodatků č. 1 a č. 2 v jejich součtu, činí cca 9,99 %. Je tedy evidentní, že je splněna jedna z podmínek stanovených v ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ, jelikož souhrnná hodnota víceprací je nižší než 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy.
78. Pro předejití jakýkoliv pochybností Úřad rovněž jako ke změně závazku přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel rovněž některé původně sjednané práce nerealizoval, tedy že ve vztahu k původní veřejné zakázce se vážou i tzv. méněpráce, které by rovněž mohly být vnímány jako změna závazku, neboť se jimi rovněž mění původně sjednaný rozsah plnění. I za situace, že by hodnota méněprací ve výši (258 976,78 + 42 540,10) 301 516,88 Kč bez DPH, „kalkulovaná“ v dodatku č. 1, byla započtena do celkové změny závazku (k celkové hodnotě víceprací), potom by celková hodnota změny závazku činila částku 32 710 135,22 + 301 516,88 = 33 011 652,1 Kč bez DPH, což představuje cca 10,08 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. Podmínka finančního limitu pro nepodstatnou

změnu závazku by byla i v takovém případě splněna, neboť ani náklady na dodatečné práce zahrnující navíc hodnotu méněprací nedosahují v prověřovaném případě limitu pro nadlimitní veřejnou zakázku a současně ani 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy. Úřad rovněž nepřehlédl ani to, že na základě dodatku č. 4 došlo ke snížení ceny díla, a to s následujícím odůvodněním v bodu 2.1. předmětného dodatku „*Smluvní strany se z důvodů zjištění skutečného rozsahu provedených stavebních prací po dokončení díla na základě rekapitulace zjišťovacích protokolů dohodly na snížení nákladů zhotovitele takto: Snížení nákladů zhotovitele na základě rekapitulace zjišťovacích protokolů ..... - 2.977.082,57 Kč.*“ Rovněž i v případě, kdyby následnou změnu ceny díla Úřad považoval za změnu závazku, souhrnná hodnota všech výše popsaných změn by činila 35 988 734,67 Kč bez DPH, a tedy by byla stále pod hranicí 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy, neboť i v součtu všech těchto změn se jedná o změnu pod hranicí 11 % původní hodnoty závazku ze smlouvy.

79. Další nezbytnou podmínkou, která musí být pro vyslovení závěru o tom, že příslušná změna závazku je změnou „de minimis“, splněna, je, že hodnota provedené změny, popř. hodnota provedených změn v jejich součtu, je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku. Úřad při zjištění této skutečnosti vycházel z nařízení vlády č. 172/2016 Sb. Jak vyplývá z § 4 citovaného nařízení vlády, činí finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky v případě veřejných zakázek na stavební práce částku 142 668 000 Kč bez DPH. Jelikož změna původní hodnoty závazku ze smlouvy, k níž došlo na základě dodatků č. 1 a č. 2, dosahuje maximálně částky 35 988 734,67 Kč bez DPH, je prokazatelné, že tato hodnota je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku (142 668 000 Kč bez DPH). Ve světle shora popsaného tak Úřad shrnuje, že hodnota změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, „vyvolaná“ uzavřením dodatků k původní smlouvě, je nižší než 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy a současně nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku. Tímto tak jsou kumulativně splněny podmínky stanovené v § 222 odst. 4 ZZVZ a lze tudíž reálně uvažovat nad tím, že veřejná zakázka č. 1 a veřejná zakázka č. 2, na jejichž plnění zadavatel uzavřel dodatky č. 1 a č. 2, svými hodnotami představují změnu závazku spadajícího do kategorie tzv. změn „de minimis“, a to i s přihlédnutím ke všem změnám, ke kterým v souvislosti s uzavíranými dodatky k původní veřejné zakázce došlo. K vyslovení definitivního závěru je však nutno ještě ověřit a postavit najisto, zda změny závazku ze smlouvy „způsobené“ dodatkem č. 1 a dodatkem č. 2 nevedly k celkové změně povahy „původní“ veřejné zakázky (k tomu v podrobnostech níže).
80. Co se týče podmínky, podle níž nepodstatná změna závazku ve smyslu § 222 odst. 4 ZZVZ nemění celkovou povahu veřejné zakázky, pak Úřad uvádí, že je evidentní, že právě marginální hodnota provedené změny, resp. změn vyvolaných dodatky č. 1 a č. 2, již sama o sobě celkovou povahu veřejné zakázky na stavební práce nemění. Úřad nadto dodává, že v šetřeném případě lze rovněž např. z oznámení o zadání zakázky uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 372438 (viz odstavec 68 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a z oznámení o zadání zakázky uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 373941 (viz odstavec 69 odůvodnění tohoto rozhodnutí) zjistit, že v případě dodatečných prací provedených na základě dodatku č. 1 a dodatku č. 2 se jednalo o stavební práce, které vznikly dodatečně v souvislosti s realizací stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka-Mošnov, tzn. v souvislosti s realizací plnění dle původní smlouvy, a které byly prováděny na stejném místě jako stavební práce, jež byly obsahem původního závazku (viz odstavec 67 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Podstatou změny, která byla smluvně

„ošetřena“ dodatkem č. 1 a dodatkem č. 2, tedy byly dodatečné stavební práce související se stejným projektem a prováděné na tomtéž místě plnění, jako tomu bylo na základě původní smlouvy. Vzhledem k tomu, že se v případě dodatečných prací, prováděných na základě uzavřených dodatků č. 1 a č. 2, nejednalo o plnění povahou odlišné od plnění původního (druh a účel prací zůstal nezměněn), přičemž rozsah dodatečných prací lze považovat za marginální vůči rozsahu stavebních prací dle původního závazku, je možno konstatovat, že předmětná změna závazku upravená v dodatcích č. 1 a č. 2 nemohla změnit celkovou povahu veřejné zakázky na realizaci stavby Rekonstrukce a zkapacitnění trati Studénka-Mošnov. Změny závazku z původní smlouvy na veřejnou zakázku, k nimž došlo v důsledku uzavření dodatků č. 1 a č. 2, tak z pohledu Úřadu jednoznačně nepředstavují exces z předmětu „původní“ veřejné zakázky, kdy je možno konstatovat, že tyto změny zachovávají účel stavby. Dodatky č. 1 a č. 2 tak dle názoru Úřadu nevedly ke změně celkové povahy „původní“ veřejné zakázky a lze proto uvést, že je splněna i poslední z podmínek pro vyslovení závěru, že veřejné zakázky č. 1 a č. 2, na jejichž plnění zadavatel uzavřel dodatek č. 1 a dodatek č. 2, představovaly nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, tj. ze smlouvy na „původní“ veřejnou zakázku, čili že se jedná o změny náležející do tzv. kategorie změn „de minimis“, jejichž provedení je § 222 odst. 4 ZZVZ aprobováno. Stejně tak z obsahu dalších uzavřených dodatků, je zřejmé, že byl naplněn účel původního zadávacího řízení na provedení stavebních prací, souvisejících s rekonstrukcí předmětné trati, neboť uzavřením dodatků č. 3 a 4 již nedošlo k úpravám (změnám) věcného plnění.

81. Při zvažování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad ze skutečnosti, že nový zákon, jenž nabyl účinnosti v průběhu předmětného správního řízení, umožňuje zadavateli nově oproti zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, při nezměnění povahy veřejné zakázky a při dodržení stanoveného finančního limitu, bez dalšího změnit smlouvu na plnění veřejné zakázky, a to bez nutnosti zahájení nového zadávacího řízení (§ 222 odst. 4 ZZVZ). Oproti předchozí právní úpravě, podle níž mohly být vícepráce zadávány pouze jako samostatná veřejná zakázka a pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění při zadání dodatečných prací musely být splněny zákonem stanovené podmínky, lze podle nového zákona v souvislosti s realizací dodatečných prací „pouze“ změnit smlouvu, a to při splnění zákonem stanovených limitů a podmínky zachování druhu a účelu prováděných dodatečných prací. Lze tedy konstatovat, že nový zákon zjednodušuje a umožňuje postup při zadání víceprací institutem změny smlouvy, což je oproti zákonu, podle něhož byl zadavatel povinen vícepráce zadávat jako samostatnou veřejnou zakázku, pro zadavatele příznivější, kdy o splnění podmínek pro uplatnění jednacímho řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona měl Úřad pochybnosti, a to v tom smyslu, zda byly všechny podmínky pro tento druh zadávacího řízení splněny. Vzhledem ke skutečnosti, že rozhodnutím předsedy Úřadu bylo Úřadu při opětovném posouzení věci uloženo, opětovně přezkoumat, zda byly ze strany zadavatele kumulativně splněny podmínky pro aplikaci jednacímho řízení bez uveřejnění a Úřad, jak již bylo opakovaně v odůvodnění tohoto rozhodnutí uvedeno, musel přihlídnout ke skutečnosti, že se v průběhu správního řízení stal účinným ZZVZ, který umožňuje „zadání“ víceprací za kumulativního splnění podmínek stanovených v § 222 odst. 4 ZZVZ mimo zadávací řízení, což Úřad považuje pro zadavatele za příznivější úpravu, a Úřad tedy byl povinen aplikovat při posouzení daného případu výjimku zakotvenou v č. 40 odst. 6 Listiny, tzn. použít znění nového zákona, jelikož je pro pachatele (v prověřovaném případě zadavatele) příznivější.

82. Vzhledem k tomu, že náklady na dodatečné práce na veřejné zakázky č. 1 a č. 2, které zadavatel realizoval na základě dodatků č. 1 a č. 2 ke smlouvě na „původní“ veřejnou zakázku ze dne 11. 9. 2012, nezměnily celkovou povahu veřejné zakázky a nedosáhly v jejich součtu limitní hodnoty pro nadlimitní veřejnou zakázku a současně dané náklady nedosáhly výše 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, Úřad konstatuje, že zadavatel dodržel při realizaci předmětných dodatečných prací, jež byly realizovány v rámci veřejných zakázek č. 1 a č. 2, všechny podmínky stanovené v ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ, a to i s přihlédnutím ke všem uzavřeným dodatkům ke dni vydání tohoto rozhodnutí k původní veřejné zakázce. Je tedy zřejmé, že se v šetřeném případě i při změnách k původnímu závazku jednalo o tzv. nepodstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, tzn. o změnu „de minimis“, která je obecně dle shora citovaného ustanovení ZZVZ připuštěna. S ohledem na fakt, že podle nové právní úpravy je výše uvedený postup zadavatele aprobován, Úřad v šetřeném případě, vázán čl. 40 odst. 6 Listiny, neshledal důvody pro uložení sankce.
83. Úřad předesílá, že jelikož v posuzovaném případě nejsou dány důvody pro uložení sankce zadavateli, je nadbytečné, aby se Úřad zabýval těmi okolnostmi, k jejichž vypořádání byl vázán závazným právním stanoviskem druhostupňového rozhodnutí. Zjišťování a následné posouzení těchto okolností by totiž nemohlo na rozhodnutí věci ničeho změnit, neboť pozdější právní úprava neváže v šetřeném případě prověřované změny na splnění podmínek, které vyžadovala původní právní úprava, tedy zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
84. Podle ustanovení § 117a písm. d) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 zákona nebo § 120a zákona.
85. Ve světle všech shora popsanych skutečností rozhodl Úřad o zastavení správního řízení podle § 117a písm. d) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží:**

Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město

**Vypraveno dne:**

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