



UOHSX0081DD9

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0828/2015/VZ-06106/2016/513/JLÍ

Brno 17. února 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 25.11.2015, jehož účastníkem je

- zadavatel – statutární město Děčín, IČO 00261238, se sídlem Mírové nám. 1175/5, 405 02 Děčín IV-Podmokly, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 26. 11. 2015 Mgr. Narcisem Tomáškem, advokátem, IČO 66201624, Advokátní kancelář Narcis Tomášek & partneři, se sídlem U Starého Mostu 111/4, 405 02 Děčín III - Staré Město,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona zadavatelem – statutární město Děčín, IČO 00261238, se sídlem Mírové nám. 1175/5, 405 02 Děčín IV-Podmokly – v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství - 2. část“ v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11.4.2013 a uveřejněno dne 12.4.2013 pod ev. č. zakázky 350852, oprava dne 15.4.2013, oznámení o zadání veřejné zakázky dne 5.8.2013, tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. d) citovaného zákona, když umožnil podstatnou změnu práv a povinností, když změnil ekonomickou rovnováhu smlouvy o dílo ve prospěch vybraného uchazeče, neboť provedl podstatnou změnu v ujednáních o smluvních pokutách stanovených v článku XI. odst. 1 smlouvy na plnění první části veřejné zakázky uzavřené s vybraným uchazečem dne 10.7.2013 ve znění dodatků uzavřených k této smlouvě, když smluvní pokutu vyčíslenou podle článku XI. odst. 1 předmětné smlouvy na 6 800 000 Kč dohodou o narovnání uzavřenou dne 16.6.2014 s vybraným uchazečem INSKY spol. s r.o., IČO 00671533, se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, snížil na 1 740 739 Kč,

rozhodl takto:

Zadavatel – statutární město Děčín, IČO 00261238, se sídlem Mírové nám. 1175/5, 405 02 Děčín IV-Podmokly – se v souvislosti s veřejnou zakázkou „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství - 2. část“ v otevřeném řízení, jejíž oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11.4.2013 a uveřejněno dne 12.4.2013 pod ev. č. zakázky 350852, oprava dne 15.4.2013, oznámení o zadání veřejné zakázky dne 5.8.2013, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. d) citovaného zákona, když umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy uzavřené dne 10.7.2013 ve znění dodatků uzavřených k této smlouvě dne 12.8.2013, 9.9.2013, 30.9.2013, 8.11.2013, 11.11.2013, 6.12.2013 a 28.5.2014 na plnění 1. části veřejné zakázky s vybraným uchazečem INSKY spol. s r.o., IČO 00671533, se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, když změnil ekonomickou rovnováhu výše jmenované smlouvy ve prospěch jmenovaného vybraného uchazeče tak, že smluvní pokutu sjednanou podle článku XI. odst. 1 výše jmenované smlouvy ve výši 50 000 Kč za každý den prodlení, tj. v důsledku nastalého prodlení dodavatele INSKY spol. s r.o., IČO 00671533, se sídlem se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem v počtu 136 dnů v celkové vypočtené výši 6 800 000 Kč, snížil uzavřením dohody o narovnání dne 16.6.2014 s vybraným uchazečem INSKY spol. s r.o., IČO 00671533, se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem, v čl. II. 1 této dohody o narovnání na celkovou výši 1 740 739 Kč, tj. 12 799,55 Kč za každý den prodlení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, když dne 10.7.2013 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky a následně dne 16.6.2014 předmětnou dohodu o narovnání.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, centrálnímu zadavateli – statutární město Děčín, IČO 00261238, se sídlem Mírové nám. 1175/5, 405 02 Děčín IV-Podmokly – ukládá pokuta ve výši **40 000 Kč** (čtyřicet tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – statutární město Děčín, IČO 00261238, se sídlem Mírové nám. 1175/5, 405 02 Děčín IV-Podmokly, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 26. 11. 2015 Mgr. Narcisem Tomáškem, advokátem, IČO 66201624, Advokátní kancelář Narcis Tomášek & partneři, se sídlem U Starého Mostu 111/4, 405 02 Děčín III - Staré Město (dále jen „zadavatel“) – zadal v otevřeném řízení veřejnou zakázku „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství - 2. část“, jejíž oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11.4.2013 a uveřejněno dne 12.4.2013 pod ev. č. zakázky 350852, oprava dne 15.4.2013, oznámení o zadání veřejné zakázky dne 5.8.2013 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět veřejné zakázky, jejíž celková předpokládaná hodnota byla stanovena ve výši 51 864 334 Kč bez DPH, byl v zadávací dokumentaci členěn na dvě části (Pozn.: nejedná se o

rozdělení veřejné zakázky na části ve smyslu § 98 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů), přičemž na každou z nich zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem INSKY spol. s r.o., IČO 00671533, se sídlem Nový svět 100, 400 07 Ústí nad Labem (dále jen „vybraný uchazeč“), samostatnou smlouvu:

- Předpokládanou hodnotu první části veřejné zakázky zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil ve výši 42 224 535 Kč bez DPH, smlouva na plnění této části veřejné zakázky byla uzavřena dne 10.7.2013, následně bylo k této smlouvě uzavřeno celkem sedm dodatků, a to dne 12.8.2013, 9.9.2013, 30.9.2013, 8.11.2013, 11.11.2013, 6.12.2013 a 28.5.2014. Celková cena první části veřejné zakázky činila podle smlouvy o dílo (včetně dodatků k této smlouvě) celkem 27 558 992,20 bez DPH, 33 346 380,56 včetně DPH.
- Předpokládanou hodnotu druhé části veřejné zakázky zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil ve výši 9 639 799 Kč bez DPH, smlouva na plnění této části veřejné zakázky byla uzavřena dne 10.7.2013, následně byly k této smlouvě uzavřeny celkem dva dodatky, a to dne 12.8.2013 a dne 29.8.2014. Celková cena druhé části veřejné zakázky činila podle smlouvy o dílo (včetně dodatků k této smlouvě) celkem 4 900 296,76 bez DPH, 5 929 359,08 včetně DPH.

3. Celková cena veřejné zakázky činila 32 459 288,96 Kč bez DPH, 39 275 539,64 Kč včetně DPH.

II. Postup Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže před zahájením správních řízení

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel podnět, ve kterém je mj. uvedeno, že zadavatel uzavřel dohodu o narovnání s vybraným uchazečem, na základě které snížil smluvní pokutu stanovenou na základě smlouvy o dílo, čímž došlo k narušení konkurenčního prostředí, neboť žádný z potencionálních uchazečů, kteří se neúčastnili zadávacího řízení z důvodu nastavení smluvních pokut, nemohl předvídat, že s ním bude uzavřena takováto dohoda o velmi podstatném snížení smluvní pokuty, pokud se dostane do prodlení s plněním díla.
5. Úřad si proto u zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce a po jejím posouzení získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil toto správní řízení vedené pod sp. zn. S0828/2015/VZ.

III. Správní řízení sp. zn. S0828/2015/VZ

6. Úřad dopisem č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-40979/2015/513/JLÍ ze dne 24.11.2015 oznámil zadavateli, jako jedinému účastníkovi správního řízení podle § 116 zákona, zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem ve veřejné zakázce tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. d) zákona, když umožnil podstatnou změnu práv a povinností, když změnil ekonomickou rovnováhu smlouvy o dílo ve prospěch vybraného uchazeče, neboť provedl podstatnou změnu v ujednáních o smluvních pokutách stanovených v článku XI. odst. 1 smlouvy na plnění první části veřejné zakázky uzavřené s vybraným uchazečem dne 10.7.2013 ve znění dodatků uzavřených k této smlouvě (dále jen „smlouva o dílo“), když smluvní pokutu vyčíslenou podle článku XI. odst. 1 smlouvy o dílo na 6 800 000 Kč dohodou o

narovnání uzavřenou dne 16.6.2014 (dále jen „dohoda o narovnání“) s vybraným uchazečem snížil na 1 740 739 Kč, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dne 10.7.2013 došlo k uzavření smlouvy.

7. Dnem 25.11.2015, kdy zadavatel oznámení o zahájení správního řízení obdržel, bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), správní řízení zahájeno.
8. Usnesením č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-40985/2015/513/JLÍ ze dne 25.11.2015 určil Úřad zadavateli lhůtu pět dnů ode dne doručení tohoto usnesení k provedení úkonu – předložení originálu nebo ověřené kopie dohody o narovnání, kterou dne 16.6.2014 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem a lhůtu pět dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které je podle § 36 odst. 1 citovaného zákona oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
9. Zadavatel dopisem ze dne 30.11.2015 požádal o prodloužení lhůt stanovených usnesením č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-40985/2015/513/JLÍ ze dne 25.11.2015. Úřad žádosti zadavatele vyhověl a lhůty usnesením č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-42065/2015/513/JLÍ ze dne 1.12.2015 prodloužil.

Vyjádření zadavatele ze dne 11.12.2015

10. Dne 11.12.2015 Úřad obdržel od zadavatele vyjádření, ve kterém uvádí následující. Zadavatel stanovil při zadávání veřejné zakázky smluvní pokutu na částku 50 000 Kč, přičemž původní předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla podle zadávací dokumentace daleko vyšší, a to 51 864 334 Kč, což v daném případě činí výši smluvní pokuty méně než 0,1 % denně z ceny díla. Nutno upozornit na skutečnost, že před zadáním veřejné zakázky vycházel účastník jako zadavatel z předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která byla nakonec o více než 20 mil. Kč vyšší, než nejnižší nabídková cena (22 141 989,54 Kč).
11. Zadavatel při stanovení výše smluvní pokuty vycházel z toho, že je zapotřebí vytvořit rámec pro náhradu škody, která by pak byla kryta uplatněnou smluvní pokutou. Proto smluvní pokuta ve výši 50 000 Kč denně neměla za cíl odradit uchazeče od podávání přihlášek, nýbrž poskytnout zadavateli prostor pro uplatnění smluvní pokuty s ohledem na konkrétní porušení smluvní povinnosti a jeho konkrétní důsledky. Stejně jako by byl soud dle tehdy účinného § 301 zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), povinen při nepřiměřenosti smluvní pokuty moderovat, učinil tak i zadavatel s přihlédnutím ke konkrétní situaci, tedy k tomu, že zavinění prodlení nebylo čistě na straně zhotovitele i k tomu, o jakou část díla se při prodlení jednalo.
12. Ohledně přiměřenosti původně nastavené výše smluvní pokuty zadavatel uvádí, že je podstatný rozdíl mezi dvěma samostatnými situacemi, a to mezi nepřiměřeností při uzavírání smlouvy a nepřiměřeností v konkrétním případě prodlení s pouhou částí díla. V projednávaném případě byla výše smluvní pokuty nepřiměřená v nastalé situaci při prodlení s částí díla, v rámci celého díla nebyla nastavena nepřiměřeně. Nešlo tedy o chybné nastavení výše smluvní pokuty, nýbrž o maximální možný rámec, který ve vztahu k celému předmětnému dílu nebyl nepřiměřený. Naopak ve vztahu k některým zanedbatelným částem díla působil natolik excesivně, že všem subjektům muselo být jasné, že by soud takovouto smluvní pokutu moderoval až do výše vzniklé škody.

13. Na dílo je tedy potřeba nahlížet jako na celek, nikoli jako na několik samostatných děl. Zadavatel stanovil rámcovou výši smluvní pokuty ve vztahu k celému dílu, aby pak následně bylo možné zohlednit případné nejasnosti při prodlení zhotovitele. Za tím účelem byla stanovena výše smluvní pokuty tak, že k celému dílu nepůsobila nepřiměřeně, nýbrž k jednotlivým částem díla ano. Zadavatel si tímto pouze připravil pozici pro lepší postavení při vymáhání případné náhrady škody, kdy nemusel škodu samostatně vymáhat s dalšími náklady z veřejných prostředků, nýbrž tato případná škoda byla kryta smluvní pokutou.
14. Podle tehdy účinné právní úpravy bylo povinností soudu takto nepřiměřenou výši smluvní pokuty moderovat podle § 301 občanského zákoníku, čehož si byl zadavatel vědom (a čehož si měli být vědomi i všichni uchazeči), a na základě této vědomosti přistoupil zadavatel sám k moderaci smluvní pokuty pomocí dohody o narovnání. Výše smluvní pokuty tak byla naopak nastavena přiměřeně v rámci původně odhadované ceny díla a tvořila tak prostor pro zákonem dovolenou moderaci její výše v konkrétním případě.
15. Přiměřenost smluvní pokuty v konkrétním případě je navíc úzce spjatá s institutem její moderace. Právě moderace umožňuje poškozené osobě reagovat na to, jaká škoda jí skutečně vznikla. Navíc je potřeba zdůraznit, že institut smluvní pokuty funguje prakticky jako vzdání se práva na náhradu škody. Pokud by zadavatel stanovil smluvní pokutu v nižší výši a prodlením by mu vznikla škoda vyššího rozsahu, nemusel by tento rozdíl jako náhradu škody již nikdy obdržet, proto stanovil výši smluvní pokuty tak, aby kryla případně vyšší škodu a aby se zvláště nemusel domáhat její náhrady nad rámec smluvní pokuty.
16. K zadavatelem učiněné moderaci dohodou o narovnání zadavatel uvádí, že samotná dohoda o narovnání vycházela ze dvou námitek vybraného uchazeče ze smlouvy o dílo a sice - nesouhlas s délkou prodlení, kdy zhotovitel namítal, že prodlení nebylo způsobeno výhradně okolnostmi, které by bylo možné přičítat k jeho tíži, a dále nepřiměřeností výše smluvní pokuty pro konkrétní porušení smluvní povinnosti. Přitom otázka délky prodlení vybraného uchazeče není v žádném případě změnou práv a povinností ze smlouvy, ale jedná se o právní skutečnost, která fakticky nastala, aniž by ji mohl zadavatel jakkoli ovlivnit. Zadavatel se tedy v zájmu řádné péče o veřejné prostředky nezajímal jen o to, jakou nominální výši smluvní pokuty může získat, ale stavěl své rozhodnutí na dalších skutečnostech, které jsou podstatné - tj. možnosti reálného dokončení díla, případné náklady na soudní uplatnění pohledávek, s tím spojené náklady na úhradu ceny díla z úvěru a náklady na hrazení úvěru atd.
17. Ohledně samotné moderace provedenou dohodou o narovnání pak zadavatel připomíná, že výše smluvní pokuty nebyla hodnotícím kritériem veřejné zakázky. V případě moderace této smluvní pokuty tak nemohlo jít o podstatnou změnu závazku. Ostatní uchazeči si měli být i na základě výše uvedeného vědomi toho, že soud by takovou smluvní pokutu moderoval. Ostatně tato téměř jistá moderace smluvní pokuty byla hlavním motivem pro zadavatele při dohodě o narovnání.
18. Naopak lze argumentovat v tom smyslu, že pokud by zadavatel danou smluvní pokutu nemoderoval dohodou o narovnání, musel by tuto smluvní pokutu přes nesouhlas zhotovitele vymáhat soudní cestou. Tím by pak došlo ke zbytečnému vynakládání veřejných prostředků ze strany zadavatele v podobě hrazení nákladů řízení, neboť by z větší části nebyl úspěšný, jelikož by výši smluvní pokuty moderoval příslušný soud.

19. Ohledně zavinění zhotovitele pak § 300 tehdy účinného občanského zákoníku nevylučoval jakoukoli námitku zhotovitele proti účastníku. Judikatura NS (SJ 1/2005) tak např. uvádí, že byla-li uplatněna smluvní pokuta za prodlení se splněním povinnosti provést dílo, je třeba obranu, že objednatel neoprávněně odmítl předmět díla převzít, posoudit jako námitku prodlení objednatele. Tedy lze nalézt objektivní skutečnosti, které byly způsobilé ovlivnit povinnost zhotovitele k hrazení smluvní pokuty, jako např. okolnosti, které vedly k prodlení zhotovitele, nýbrž které se nepřičítaly pouze zhotoviteli.
20. Co se týče případného odrazení potencionálních uchazečů, zadavatel uvádí, že menší společnosti ani nemohly zakázku splnit. Zadavatel totiž cílil právě na velké, spolehlivé a zkušené uchazeče, u kterých nebylo pochyb, že mají prostředky k provedení díla. I přes velmi vysoké požadavky v zadávací dokumentaci a přes vysokou smluvní pokutu se přihlásilo celkem 8 uchazečů, tedy nemohlo dojít k žádnému odrazení uchazečů původní výší smluvní pokuty.
21. Rovněž je zadavatel toho názoru, že se výše smluvní pokuty nemohla promítnout ve výši nabídkové ceny. Primárně by se měli do nabídkového řízení hlásit uchazeči v souladu s principem poctivosti (objektivní dobré víry) jen tehdy, pokud dle jejich přesvědčení jsou dílo schopni splnit řádně a včas. Podmínky řízení byly zadávací dokumentací stanoveny pro všechny subjekty stejně, tedy každý uchazeč musel počítat s případnou maximální výší smluvní pokuty a každý uchazeč měl možnost toto zohlednit u své nabídkové ceny.
22. Při právním posouzení předmětného jednání ve smyslu § 82 odst. 7 zákona je nezbytné definovat podstatné změny závazku mezi účastníkem a zhotovitelem. Zadavatel tak odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-454/06 ze dne 19.6.2008 (Pressetext Nachrichtenagentur GmbH), a rozhodovací činnost Úřadu č.j. ÚOHS-S793/2014A/Z-25901/2014/531A/Če ze dne 8.12.2014), dle nichž je podstatnou změnou závazku pouze taková změna, která by umožnila, pokud by se vyskytovala v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni. Posouzení jednání zadavatele jako naplňující znaky správního deliktu je tak čistě subjektivní a spekulativní, neboť samotná rámcová výše smluvní pokuty nemůže být objektivní skutečností, která by umožňovala účast i jiným subjektům, než se původně přihlásily.
23. Komentářová literatura v souladu s výše uvedenou rozhodovací praxí zastává názor, že smluvní strany mohou uzavřít dodatek ke smlouvě na realizaci veřejné zakázky, pokud takové změny nemění podmínky zadávacího řízení, zvláště ty, které jsou v neprospěch zadavatele (zejména je nepřípustné navýšení ceny). Vzato z vyšší perspektivy pak změna závazku v podobě moderace smluvní pokuty nepředstavovala pro zadavatele změnu v jeho neprospěch. Pokud by se totiž zadavatel i přes nesouhlas zhotovitele domáhal soudní cestou smluvní pokuty v původní výši, vynaložil by mnohem více finančních prostředků na nákladech řízení a jejich náhradě, neboť by byl na základě výše uvedených okolností z větší části neúspěšný.
24. Na základě toho pak komentářová literatura dovozuje, že z výše uvedeného výkladu vyplývá, že bez použití postupu podle zákona lze provést jen nepodstatnou změnu podmínek, které nemají vliv na okruh dodavatelů veřejné zakázky, nejsou v neprospěch zadavatele a nemění v neprospěch zadavatele hodnoty vítězného uchazeče nabídnuté v rámci hodnotících kritérií. V této souvislosti lze zmínit i směrnici evropského parlamentu a rady 2014/24/EU ze dne

26.2.2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Článek 72 této směrnice rovněž u písm. c) umožňuje změnu smlouvy o veřejné zakázce bez nového zadávacího řízení, pokud i) potřeba změny byla vyvolána okolnostmi, které veřejný zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, ii) změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky, iii) cenový nárůst nepřekročí 50 % hodnoty původní veřejné zakázky nebo rámcové dohody. Jelikož všechny požadavky na takovou změnu byly v tomto případě splněny, neměl by zadavatel být trestán za to, že v konkrétní situaci jednal jako řádný hospodář.

25. Co se týče samotné moderace smluvní pokuty a její přípustnosti u smluv týkajících se veřejných zakázek, na vyvstalou konkrétní situaci nelze vztáhnout závěry obsažené v usnesení Ústavního soudu ČR (dále jen „ústavní soud“) č.j. IV. ÚS 4522/12-1 a v usnesení Nejvyššího soudu ČR č.j. 23 Cdo 436/2011-271, neboť v tomto případě ústavní soud aproboval nepoužití moderace u smluvní pokuty v situaci, kdy výše smluvní pokuty představovala jedno z hodnotících kritérií při výběru zájemce o veřejnou zakázku. V nynějším případě však smluvní pokuta hodnotících kritériem nebyla, jak dokládá bod 14.1 zadávací dokumentace k veřejné zakázce. V případě moderace této smluvní pokuty tak tedy nešlo o podstatnou změnu závazku tak, jak musí být chápána ve smyslu § 82 odst. 7 zákona.
26. S ohledem na výše uvedené proto zadavatel navrhuje, aby Úřad rozhodl tak, že správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem spáchán nebyl.
27. Dohodu o narovnání zadavatel nepředložil, k čemuž dopisem ze dne 18.12.2015 k povinnosti předložit dohodu o narovnání odkázal na § 53 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 55 odst. 4 správního řádu a uvedl, že by „případné vynucování předložení této listiny vedlo k nepřipustnému sebeobviňování dle čl. 37 listiny základních práv a svobod“.
28. Usnesením č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-45554/2015/513/JLÍ ze dne 29.12.2015 Úřad zadavateli podle § 53 odst. 1 správního řádu uložil povinnost předložit ve lhůtě do 5 pracovních dnů od doručení tohoto usnesení originál nebo ověřenou kopii dohody o narovnání, kterou dne 16.6.2014 uzavřel s vybraným uchazečem. Zadavatel uvedenou listinu ve stanovené lhůtě ani později nepředložil.
29. Usnesením č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-01469/2016/513/JLÍ ze dne 13.1.2016 stanovil Úřad zadavateli podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu sedm dnů, ve které se podle § 36 odst. 3 citovaného zákona mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dopisem ze dne 15.1.2016 zadavatel požádal o prodloužení této lhůty. Úřad žádosti zadavatele nevyhověl, což mu oznámil dopisem č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-02154/2016/513/JLÍ ze dne 19.1.2016. Zadavatel se ve lhůtě stanovené usnesením č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-01469/2016/513/JLÍ ze dne 13.1.2016 ani později nevyjádřil.
30. Dne 19.1.2016 podal zadavatel rozklad proti usnesení č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-45554/2015/513/JLÍ ze dne 29.12.2015, jehož součástí byla žádost zadavatele o přerušení správního řízení. K žádosti zadavatele o přerušení správního řízení Úřad dopisem č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-02609/2013/513/JLÍ ze dne 3.2.2016 sdělil, že důležité důvody pro přerušení řízení neshledal.
31. Dopisem ze dne 8.2.2016 požádal Úřad vybraného uchazeče o informaci, zda a kdy došlo k uhrazení smluvní pokuty stanovené na základě dohody o narovnání v celkové výši 1 740 739 Kč zadavateli.

32. Vybraný uchazeč dopisem ze dne 11.2.2016 sdělil, že platba výše uvedené částky byla provedena dne 17.6.2014, což doložil kopií výpisu z účtu.
33. Vzhledem k informaci získané od vybraného uchazeče (viz předchozí bod) stanovil Úřad zadavateli usnesením č.j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-05414/2016/513/JLÍ ze dne 11.2.2016 podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu čtyři dny, ve které se podle § 36 odst. 3 citovaného zákona mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se zadavatel nevyjádřil.

IV. Závěry Úřadu

34. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona postup zadavatele a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel se v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Výrok I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

35. 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) a § 23 odst. 7,
 - 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.
36. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
37. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona za správní delikt se uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce, z podkladů, které byly součástí podnětu k přezkoumání postupu zadavatele, a z informace poskytnuté vybraným uchazečem

38. V článku XI. odst. 1 smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem dne 10.7.2013 bylo (shodně jako v zadávací dokumentaci) stanoveno následující:
- „Zhotovitel se zavazuje při prodlení s provedením kterékoliv části díla oproti lhůtě uvedené v čl. III odst. 1 písm. a) a b) této smlouvy zaplatit objednateli smluvní pokutu ve výši 50 000,- Kč za každý den prodlení.“*
39. Úřad zjistil, že dodatky ke smlouvě o dílo (viz bod 2 odůvodnění tohoto rozhodnutí), které zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel, se týkaly opravy zjištěné nesprávnosti v přílohách smluv na veřejnou zakázku (dodatek ze dne 12.8.2013) a řešení problematiky víceprací

(dodatky uzavřené ve dnech 9.9.2013, 30.9.2013, 8.11.2013, 11.11.2013, 6.12.2013 a 28.5.2014). Tyto dodatky nijak neměnily výše citované ustanovení smlouvy týkající se smluvní pokuty.

40. Dne 16.6.2014 byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena dohoda o narovnání, jejíž originál či ověřenou kopii zadavatel sice nepředložil, avšak Úřad má k dispozici kopii předmětné dohody o narovnání, která byla součástí podaného podnětu (viz bod 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí) k přezkoumání úkonů zadavatele, a která je součástí správního spisu. Z podání zadavatele ze dne 11.12.2015, 18.12.2015 a 14.1.2016 zadavatele učiněných v průběhu správního řízení je zřejmé, že zadavatel dohodu o narovnání uzavřel, a že ji má ve svém držení. Údaje a informace, které zadavatel uvedl ve svých vyjádřeních, odpovídají údajům obsaženým v kopii dohody o narovnání.
41. V bodu 1 článku I „Předmět narovnání“ dohody o narovnání bylo uvedeno: *»Objednatel a zhotovitel uzavřeli dne 10.7.2013 smlouvu o dílo, kterou se zhotovitel zavázal provést pro objednatele dílo „Revitalizace sídliště Děčín III - Staré Město, veřejné prostranství - 2.část - I. část této druhé části“ pro objednatele (dále jen jako „smlouva o dílo“). V čl. III odst. 1 smlouvy o dílo, byla ujednána lhůta pro dokončení jednotlivých stavebních objektů (částí díla), která byla následně upravena dodatky ke smlouvě o dílo pod čísly 1 až 6. V čl. XI. odst. 1 smlouvy o dílo strany ujednaly pro případ prodloužení zhotovitele s kteroukoli částí díla smluvní pokutu ve výši 50 000,- Kč za každý den prodloužení.«*
42. V bodu 2 článku I „Předmět narovnání“ dohody o narovnání bylo uvedeno: *„Vzhledem k tomu, že zhotovitel byl v prodloužení s dokončením níže uvedených stavebních objektů, uplatnil objednatel po zhotoviteli dopisem ze dne 14.4.2014 smluvní pokutu v celkové výši 6 800 000,- Kč. Smluvní pokuta byla uplatněna za následující prodloužení s dokončením a předáním jednotlivých částí díla objednateli následovně:*

Část díla	Den předání staveniště	Dokončení díla dle smlouvy	Skutečné dokončení	Počet dnů prodloužení
Objekt SO 104	5.8.2013	18.12.2013	20.3.2014	92
Objekt SO 112	5.8.2013	18.12.2013	28.3.2014	100
Objekt SO 701 I. etapa	5.8.2013	18.12.2013	31.3.2014	103
Objekt SO 701 III. etapa	5.8.2013	15.11.2013	31.3.2014	136
Objekt SO 701 IV. etapa	5.8.2013	18.12.2013	31.3.2014	103
Objekt SO 701 V. etapa	5.8.2013	18.12.2013	31.3.2014	103
Objekt SO 701 XXII. etapa	5.8.2013	18.12.2013	31.3.2014	103
Objekt 901 hřiště v ul. Liščí	5.8.2013	18.12.2013	31.3.2014	103

43. V bodu 2 článku I „Předmět narovnání“ bylo mj. uvedeno: *„Vzhledem k tomu, že zhotovitel byl v prodlení s dokončením níže uvedených stavebních objektů, uplatnil objednatel po zhotoviteli dopisem ze dne 14.4.2014 smluvní pokutu v celkové výši 6 800 000,- Kč.“*
44. V bodu 1 článku II „Narovnání“ bylo mj. uvedeno: *„Strany této dohody nahrazují závazek objednatele uhradit smluvní pokutu uvedený v čl. I odst. 1, odst. 2 této dohody tak, že nově se zhotovitel zavazuje uhradit městu Děčín smluvní pokutu ve výši 1 740 739,- Kč Tuto částku se zavazuje uhradit do 5 dnů ode dne uzavření této dohody.“*
45. Platba částky 1 740 739 Kč byla provedena dne 17.6.2014.

Právní posouzení

46. V oblasti veřejných zakázek lze ve spojitosti se změnami smluv rozlišit dva typy změn, a to podstatné a nepodstatné. Přípustné jsou pouze nepodstatné změny, za které lze obecně považovat změny technického charakteru, jako například změny kontaktních údajů, případně zpřesnění použitých formulací (bez vlivu na obsah smlouvy). Podstatné změny připuštěny nejsou, přičemž se jedná i o takové změny, které omezují ve vztahu k dané veřejné zakázce konkurenci nebo zvýhodňují stávajícího dodavatele veřejné zakázky oproti ostatním potenciálním dodavatelům či mění ekonomickou rovnováhu smlouvy v neprospěch zadavatele. Jedná se hlavně o takové změny, u nichž nelze vyloučit, že by jiní dodavatelé mohli za změněných podmínek (pokud by byly součástí původních zadávacích podmínek) nabídnout v původním zadávacím řízení výhodnější nabídku než stávající dodavatel, případně, že by nabídku mohlo podat více dodavatelů.
47. Pro úplnost Úřad uvádí, že otázkou, za jakých podmínek mohou být změněny smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem (dodavatelem či poskytovatelem služeb), se zabýval rovněž Soudní dvůr Evropské unie ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* proti Rakousku, C-454/06 ze dne 19.6.2008, kde mimo jiné konstatoval: *„relevantním kritériem pro určení, zda sjednání takového ustanovení představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy...“*, přičemž Soudní dvůr zároveň uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou: *„Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“* Soudní dvůr Evropské unie dále konstatoval, že *„změna takové podmínky během doby platnosti zakázky při neexistenci výslovného zmocnění v tomto smyslu, obsaženého v původní veřejné zakázce, by znamenala riziko porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči...“* Z uvedeného rozsudku Soudního dvora Evropské unie zveřejněného na internetových stránkách <http://curia.europa.eu> tedy vyplývá, že v závislosti na tom, zda se jedná o změnu nepodstatnou nebo podstatnou, lze konstatovat její přípustnost či nepřípustnost, přičemž Soudní dvůr Evropské unie výslovně konstatoval, že podstatné změny přípustné nejsou. Uvedené principy jsou obsaženy v § 82 odst. 7 zákona.

48. Úřad z článku XI. odst. 1 smlouvy o dílo zjistil, že v něm bylo stanoveno následující: „Zhotovitel se zavazuje při prodlení s provedením kterékoliv části díla oproti lhůtě uvedené v čl. III odst. 1 písm. a) a b) této smlouvy zaplatit objednateli smluvní pokutu ve výši 50 000,- Kč za každý den prodlení.“
49. Z článku II. dohody o narovnání Úřad zjistil, že vybranému uchazeči není nadále stanovena povinnost zaplatit smluvní pokutu ve výši vyčíslené podle smlouvy o dílo v celkové výši 6 800 000 Kč, nýbrž v částce výrazně nižší, a to ve výši 1 740 739 Kč, tj. cca v ¼ původní výše smluvní pokuty. Smluvní pokuta stanovená podle smlouvy o dílo v celkové výši 6 800 000 Kč odpovídá smluvní pokutě ve výši 50 000 Kč za každý ze 136 dnů prodlení s provedením části díla (Objekt SO 701 III. etapa), tedy za nejvyšší počet dnů prodlení s provedením části díla; smluvní pokuta snížená dohodou o narovnání ovšem smluvní pokutu snižuje pouze na 12 799,55 Kč za každý ze 136 dnů prodlení.
50. S ohledem na výše uvedené má Úřad za prokázané, že lze učinit dílčí závěr, že došlo k podstatné změně práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo a že tuto změnu umožnil zadavatel a že tak zadavatel nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. d) zákona.
51. K tomu Úřad uvádí, že potenciální uchazeči o konkrétní veřejnou zakázku zvažují před svou účastí v zadávacím řízení celou řadu faktorů. Mezi tyto faktory lze nepochybně řadit i nastavení smluvních sankcí, tedy i smluvní pokuty stanovené v zadávacích podmínkách zadavatelem. Výše smluvní pokuty, resp. situace, při jejichž vzniku je vybraný uchazeč zadavateli povinen smluvní pokutu platit, mají nepochybně vliv na rozhodování dodavatelů, zda se soutěže o veřejnou zakázku zúčastní, či nikoliv.
52. S ohledem na výše uvedené považuje Úřad za nezbytné zabývat se i otázkou související s vlivem na výběr nejvhodnější nabídky, neboť podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
53. V souvislosti s předchozími závěry Úřad zdůrazňuje, že jedním z předpokladů existence férového soutěžního prostředí je, že všichni dodavatelé, kteří hodlají podat nabídku do zadávacího řízení, mají stejnou šanci zadávanou veřejnou zakázku získat. Za tím účelem musí zadavatel nastavit zadávací podmínky pro všechny uchazeče shodně a neměnit je až do splnění veřejné zakázky. Tím, že v šetřeném případě byla po uzavření smlouvy o dílo dohodou o narovnání „vypuštěna“ povinnost vybraného uchazeče platit smluvní pokutu ve výši stanovené na základě smlouvy o dílo (a zadávacích podmínek veřejné zakázky) a stanovena výše smluvní pokuty jiná nižší, došlo ke zvýhodnění vybraného uchazeče oproti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku a dalším potenciálním dodavatelům. Pokud by zadavatel již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky stanovil, že smluvní pokuta nemusí být vybraným uchazečem placena v plné výši, tj. ve výši 50 000 Kč za každý den prodlení, nelze vyloučit, že by zadavatel mohl obdržet pro něj výhodnější nabídku od některého z dalších uchazečů, resp. potenciálních dodavatelů.
54. K potencialitě vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky Úřad uvádí, že veřejná zakázka je s ohledem na výši její předpokládané hodnoty 51 864 334 Kč bez DPH veřejnou zakázkou podlimitní. Z uvedeného vyplývá, že postup zadavatele mohl mít vliv zejména na dodavatele působící v rámci České republiky. Úřad má za to, že v šetřeném

případě, kdy oznámení o zakázce bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12.4.2013 (tedy téměř před třemi lety), nelze provést takový průzkum trhu, který by poskytl objektivní informace o stavu celé dotčené oblasti trhu v době zadávání předmětné veřejné zakázky, jelikož není možné získat informace potřebného charakteru o každém dodavateli, který v daném období působil na tomto trhu a který mohl být v daném případě považován za potenciálního uchazeče v předmětném zadávacím řízení. Takováto analýza by šla nad rámec dostupných možností v procesu vedeného správního řízení a zjevně by překračovala požadavek na doložení potenciality vlivu, jak je definován ve skutkové podstatě podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

55. Jak mj. uvedl předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc již ze dne 12.2.2009 „*Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7.10.2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „*pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“.*
56. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26.9.2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „*z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu....již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.*
57. Úřad dodává, že účelem zákona je zabezpečit volnou a efektivní soutěž dodavatelů o veřejné zakázky, a tím také dosáhnout efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů, neboť zadavatelé většinou nehopodaří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině žádnou motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně. Předpokladem takové otevřené soutěže je ovšem nastavení shodných podmínek pro všechny soutěžitele (dodavatele) a jejich neměnnost jak v průběhu zadávacího řízení (případně změna, avšak učiněná postupem stanoveným zákonem), tak i po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku až do ukončení plnění veřejné zakázky.
58. K tvrzením zadavatele o způsobu stanovení výše smluvní pokuty Úřad zdůrazňuje, že odpovědnost za zákonný průběh zadávacího řízení, tedy i za stanovené zadávací podmínky a

jejich zachování po celou dobu plnění veřejné zakázky, nese za všech okolností zadavatel. Zadavatel se přitom této odpovědnosti nemůže zbavit např. tvrzením, že původní smluvní pokutu stanovil podle předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která byla vyšší než cena „vysoutěžená“ v zadávacím řízení, či potřebou vytvořit rámec pro náhradu škody, která by byla kryta uplatněnou smluvní pokutou či tvrzeným rozdílem mezi nepřiměřeností při uzavírání smlouvy a nepřiměřeností v konkrétním případě při prodlení s realizací částí díla. Úřad v této souvislosti uvádí, že zadavateli nic nebránilo, aby při přípravě zadávacího řízení nastavením vhodného termínu plnění předmětu veřejné zakázky v zadávacích podmínkách vytvořil dostatečnou časovou rezervu pro případ vzniku skutečností, pro které nebude moci být termín realizace veřejné zakázky dodržen, čímž by s vysokou mírou pravděpodobnosti mohl eliminovat problémy vzniklé nedodržením termínu plnění veřejné zakázky. K odkazu zadavatele na Směrnici Evropského parlamentu a Rady ze dne 26.2.2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES s tím, že jednal jako řádný hospodář, Úřad uvádí, že se nejedná o platnou právní úpravu, která se tudíž neaplikuje.

59. Ani argumenty zadavatele, týkající se povinnosti soudu moderovat nepřiměřenou výši smluvní pokuty, „zadavatelem učiněné moderaci dohodou o narovnání“ učiněnou na základě nesouhlasu vybraného uchazeče s délkou prodlení z důvodu, že prodlení nebylo způsobeno výhradně okolnostmi, které by mu bylo možno přičítat k tíži a nepřiměřeností výše smluvní pokuty pro konkrétní porušení smluvní povinnosti, či nákladů na vymáhání smluvní pokuty soudní cestou nemají na posouzení vzniku odpovědnosti zadavatele za správní delikt žádný vliv, neboť se nejedná o okolnosti, které by bylo možno považovat za vynaložení veškerého úsilí, které bylo možno požadovat, aby bylo zabráněno porušení právní povinnosti (§ 121 odst. 1 zákona).
60. K zadavatelem zmíněnému usnesení Nejvyššího soudu ČR č.j. 23 Cdo 436/2011 ze dne 25.9.2012 Úřad uvádí, že ve zmíněném rozsudku byla řešena situace, kdy smluvní pokuta byla jedním z kritérií hodnocení, avšak s ohledem na zásady zadávacího řízení je nepochybné, že změna výše smluvní pokuty je nepřipustná nejen v případě, kdy byla její výše kritériem hodnocení, nýbrž i v případě je-li její výše či způsob stanovení zadávací podmínkou, neboť může mít vliv na potenciální okruh dodavatelů veřejné zakázky. Zadavatelem zmíněný nález Ústavního soudu č.j. Pl. ÚS 12/14 ze dne 16.6.2015 se týká soudního přezkumu poskytování a vyplácení dotací, nikoliv zadávání veřejných zakázek. V souvislosti s výše uvedeným Úřad rovněž poukazuje na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 7/2000 ze dne 7.9.2000, podle kterého nelze porovnávat předchozí či jiná zadání veřejných zakázek, neboť Úřadu přísluší dohlížet nad konkrétním případem.
61. Argumenty zadavatele, že nemohlo dojít k odrazení dodavatelů od účasti v zadávacím řízení, neboť zadavatel cílil na velké subjekty, že výše smluvní pokuty se nemohla promítnout do výše nabídkových cen, že zadávací podmínky byly stanoveny pro všechny subjekty stejně, tedy, že každý uchazeč musel počítat s případnou maximální výší smluvní pokuty a každý uchazeč měl možnost toto zohlednit u své nabídkové ceny, nelze přijmout. Jak bylo Úřadem popsáno již shora v části odůvodnění věnované posouzení vlivu jednání zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky (viz body 51. – 56. odůvodnění tohoto rozhodnutí), potenciální dodavatelé při rozhodování, zda se zúčastní soutěže o veřejnou zakázku, zvažují celou řadu okolností. Mezi tyto okolnosti přitom bezpochyby spadá i výše smluvní pokuty, kterou bude zadavatel povinen platit, jestliže nedostojí svým závazkům plynoucím ze smlouvy na

konkrétní veřejnou zakázku. Úřad má za to, že pokud by zadavatel již v zadávacích podmínkách výslovně určil, že za určitých okolností nebude muset být zadavateli hrazena smluvní pokuta, ačkoliv bude dodavatel v prodlení, byla by taková informace způsobila ovlivnit rozhodování potenciálních dodavatelů o podání nabídky.

62. S ohledem na výše uvedené má Úřad za prokázané, že zadavatel uplatnil dopisem ze dne 14.4.2014 vůči vybranému uchazeči smluvní pokutu v celkové výši 6 800 000 Kč, z čehož je při smluvní pokutě ve výši 50 000 Kč zjevné, že doba prodlení činila 136 dnů. Smluvní pokuta snižená dohodou o narovnání ovšem smluvní pokutu snižuje pouze na 12 799,55 Kč za každý ze 136 dnů prodlení. Lze tedy učinit jednoznačný závěr, že uzavřením dohody o narovnání došlo ke změně původních zadávacích podmínek, která vedla k nepřípustné změně ekonomické rovnováhy ve prospěch vybraného uchazeče, který platbu smluvní pokuty v celkové snížené výši 1 740 739 Kč provedl dne 17.6.2014.
63. V souvislosti s výše uvedeným Úřad poznamenává, že s ohledem na článek XI. odst. 1 smlouvy o dílo, podle kterého *„Zhotovitel se zavazuje při prodlení s provedením kterékoliv části díla oproti lhůtě uvedené v čl. III odst. 1 písm. a) a b) této smlouvy zaplatit objednateli smluvní pokutu ve výši 50 000,- Kč za každý den prodlení.“* vyvstává otázka, zda smluvní pokuta neměla být stanovena ve vyšší částce než 6 800 000 Kč, neboť zhotovitel (vybraný uchazeč) ji byl povinen platit *„při prodlení s provedením kterékoliv části díla...“* přičemž k prodlení s provedením došlo ve více částech díla (viz bod 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Tato úvaha ovšem nic nemění na výsledku tohoto správního řízení.
64. S ohledem na výše uvedené Úřad došel k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. d) zákona tím, že umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy uzavřené dne 10.7.2013 ve znění dodatků uzavřených k této smlouvě dne 12.8.2013, 9.9.2013, 30.9.2013, 8.11.2013, 11.11.2013, 6.12.2013 a 28.5.2014 na plnění 1. části veřejné zakázky s vybraným uchazečem, když změnil ekonomickou rovnováhu výše jmenované smlouvy ve prospěch jmenovaného vybraného uchazeče tak, že smluvní pokutu sjednanou podle článku XI. odst. 1 výše jmenované smlouvy ve výši 50 000 Kč za každý den prodlení, tj. v důsledku nastalého prodlení vybraného uchazeče v počtu 136 dnů v celkové vypočtené výši 6 800 000 Kč, snížil uzavřením dohody o narovnání dne 16.6.2014 s vybraným uchazečem v čl. II. 1 této dohody o narovnání na celkovou výši 1 740 739 Kč, tj. 12 799,55 Kč za každý den prodlení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, když dne 10.7.2013 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky a následně dne 16.6.2014 předmětnou dohodu o narovnání, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Výrok II. rozhodnutí – uložení pokuty

65. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, jak vyplývá z výše uvedeného, přistoupil k uložení pokuty podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
66. Před uložení pokuty se ovšem Úřad nejprve zabýval délkou subjektivní a objektivní lhůty pro zánik odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu a konstatuje následující. Podle ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (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. Ústavní pravidlo zakotvené v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny, tak zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.

67. V nyní šetřené věci došlo před zahájením správního řízení s účinností od 6.3.2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, který nově uvádí, že „*odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán*“. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době zahájení správního řízení), neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době zahájení zadávacího řízení umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s delším časovým odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
68. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona (ve znění ke dni vydání tohoto rozhodnutí). V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 14.10.2015, přičemž správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 25.11.2015. Vzhledem k tomu, že ke spáchání správního deliktu vymezeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí došlo dne 16.6.2014 uzavřením dohody o narovnání, lze konstatovat, že k uplynutí lhůt vymezených zákonem pro zahájení správního řízení nedošlo a odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
69. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
70. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 39 275 539,64 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty tedy činí částku 3 927 553,964 Kč.
71. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
72. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.

73. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, Úřad uvádí, že zadavatel po zadání veřejné zakázky (po uzavření smlouvy) uzavřel dohodu o narovnání, kterou provedl zakázanou podstatnou změnu (snížení) výše smluvní pokuty vypočtené podle smlouvy o dílo. Jedná se o spáchání správního deliktu, který v sobě zahrnuje vliv na výběr nejvhodnější nabídky, proto se jedná o závažné porušení zákona. Následek spáchání správního deliktu pak spočívá v tom, že postupem zadavatele došlo k nastolení takových smluvních podmínek (snížení smluvní pokuty) které mohly vést k rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů a tím i soutěžního prostředí, resp., které mohly u uchazečů, kteří podali svou nabídku na veřejnou zakázku, vést k podání nabídek výhodnějších než byla nabídka vybraného uchazeče. Úřad v této souvislosti dodává, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo.
74. Úřad v šetřeném případě jako polehčující okolnost posoudil fakt, že ke snížení smluvní pokuty se týkalo pouze první části veřejné zakázky; žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti, které by měly vliv na výši uložené pokuty, Úřad neshledal.
75. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 40 000 Kč vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.
76. Úřad vychází z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má obecně plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta podle názoru Úřadu naplňuje obě základní funkce právní odpovědnosti.
77. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž zvažoval, zda pokuta uložená ve výši 40 000 Kč nemůže nepříznivě ovlivnit hospodaření zadavatele, který je územním samosprávným celkem, přičemž dospěl k závěru, že pokuta uložená v této výši není způsobilá negativně ovlivnit hospodaření působení zadavatele, který v rámci své činnosti hospodaří s aktivy v řádu stovek milionů korun.
78. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

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:

Mgr. Narcis Tomášek, advokát, Advokátní kancelář Narcis Tomášek & partneři, U Starého Mostu 111/4, 405 02 Děčín III - Staré Město

Vypraveno dne

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