



UOHSX009FKXL

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0289/2016/VZ--08860/2017/321/MMI

Brno 13. března 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 11. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **DOPRAVNÍM PODNIKEM měst Mostu a Litvínova, a.s.**, IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-44763/2016/542/EŠe ze dne 4. listopadu 2016, ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona výše specifikovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka 2 ks nízkopodlažních městských tramvají do 16 m délky**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 2. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 2. 2012 pod ev. č. 207729, ve znění opravy uveřejněno dne 6. 3. 2012,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-44763/2016/542/EŠe ze dne 4. listopadu 2016 ve výroku II. podle § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona

**m ě n í m**

tak, že tento nově zní:

Zadavatel – DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nepostupoval v souladu s **§ 82 odst. 7 písm. b) citovaného zákona** a nedodržel zásadu zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když dne 2. 4. 2014 uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě ze dne 29. 6. 2012, kterým prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce „Dodávka 2 ks nízkopodlažních městských tramvají do 16 m délky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 2. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 2. 2012 pod ev. č. 207729, ve znění opravy uveřejněno dne 6. 3. 2012, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, konkrétně prodloužení termínu dodání druhé tramvaje o 18 měsíců, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy na jmenovanou veřejnou zakázku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-44763/2016/542/EŠe ze dne 4. listopadu 2016 ve výroci I. a III. podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona

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

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 26. 9. 2016 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem – DOPRAVNÍM PODNIKEM měst Mostu a Litvínova, a.s., IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most, (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky „Dodávka 2 ks nízkopodlažních městských tramvají do 16 m délky“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 2. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 2. 2012 pod ev. č. 207729, ve znění opravy uveřejněno dne 6. 3. 2012 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

### II. Napadené rozhodnutí

2. Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 4. listopadu 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-44763/2016/542/EŠe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl výrokem I. tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 63 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci o veřejné zakázce stanovil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů skrytě diskriminační požadavek na doložení seznamu významných dodávek v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, a to výrobu a dodávku minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce, avšak tento požadavek na kvalifikaci nevymezil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, kterým byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem – PRAGOIMEX a. s., IČO 15888100, se sídlem Pod náspem 795/12, 190 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“) uzavřel dne 29. 6. 2012 kupní smlouvu. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když dne 2. 4. 2014 uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě ze dne 29. 6. 2012, kterým prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, konkrétně prodloužení termínu dodání druhé tramvaje o 18 měsíců, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy na jmenovanou veřejnou zakázku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil pokutu ve výši 150 000 Kč.

---

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

3. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel požadoval dodávku 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, a to v rozmezí jednoho roku (smlouva uzavřena 29. 6. 2012, termín dodávky první tramvaje do 30. 12. 2012, termín dodávky druhé tramvaje do 30. 6. 2013), je požadavek na prokázání kvalifikace spočívající v prokázání výrobení a dodání 5 ks nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce během posledních tří let s ohledem na svůj rozsah nepřiměřený předmětu veřejné zakázky. V daném případě se jedná o více než dvojnásobek objemu předmětu plnění, přičemž tento skrytě diskriminační požadavek tak, jak je nastaven, již ve svém důsledku nevede k ověření schopnosti dodavatele plnit předmět veřejné zakázky, ale dochází zde k neodůvodněnému omezení soutěže. V této souvislosti Úřad uvedl, že si lze představit dodavatele, který disponuje v každém inkriminovaném roce referencemi na výrobu a dodávku 2-3 kusů nízkopodlažních drážních vozidel, což jej bezesporu činí kvalifikovaným k dodání dvou kusů nízkopodlažních tramvají v rámci plnění předmětu veřejné zakázky, avšak zadavatel předmětný kvalifikační požadavek nastavil přísněji než bylo objektivně potřebné. Zadavatel nastavením tohoto skrytě diskriminačního kvalifikačního kritéria mohl omezit okruh potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, kteří by byli schopni splnit předmět veřejné zakázky, avšak kteří nesplňovali tento požadavek zadavatele. Nelze vyloučit, že na relevantním trhu existuje dodavatel, který v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení nevyrobil a zároveň nedodal v každém kalendářním roce alespoň 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel, avšak se svojí výrobní kapacitou by byl schopen splnit předmět veřejné zakázky. Požadavek na prokázání výrobení a zároveň dodání 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v jednotlivém kalendářním roce (v součtu pak 15 kusů vozidel za poslední tři roky) se tedy ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (dodávka 2 kusů nízkopodlažních tramvají během jednoho roku) jeví jako nepřiměřený.
4. V odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že zadavatel uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, a to především z důvodu změny doby plnění. Tato skutečnost rovněž mohla způsobit situaci, že v rámci předmětné veřejné zakázky mohli ostatní uchazeči předložit pro zadavatele výhodnější nabídku nebo mohli mít o tuto zakázku zájem i jiní potencionální dodavatelé, pokud by zadavatel tyto nové podmínky nastavil i vůči nim. Úřad dále konstatoval, že se zadavatel uzavřením dodatku č. 3 dopustil porušení zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovených v § 6 odst. 1 zákona, účinného ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, jak mezi uchazeči, kteří podali nabídku do řádného zadávacího řízení, tak i mezi ostatními dodavateli, neboť tím, že umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, svým postupem omezil soutěžní prostředí a znemožnil tak těmto dodavatelům podat nabídku, která mohla být v souladu s hodnotícími kritérii a s takto nově nastavenými podmínkami vybrána jako ekonomicky výhodnější.

### III. Námitky rozkladu

5. Dne 22. 11. 2016 obdržel Úřad od zadavatele rozklad z téhož dne, jímž bylo rozhodnutí Úřadu napadeno v plném rozsahu. Napadené rozhodnutí zadavatel převzal dne 7. 11. 2016. Rozklad byl tedy doručen v zákonné lhůtě.

6. Zadavatel namítá, že byla Úřadem nesprávně posouzena přiměřenost nastavené kvalifikace ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu. Podle názoru zadavatele nastavení požadavku na významné zakázky odpovídá specifikům předmětné veřejné zakázky, kdy zadavatel zamýšlí poptat dodavatele, který dodává či vyrábí tramvaje a není fixován pouze rozsahem jedné zakázky. V obecné rovině ve věci skryté diskriminace odkazuje zadavatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008. Nad rámec zákonných ustanovení, konkrétně § 63 odst. 4 zákona, které znělo, že zadavatel je oprávněn vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů, které odpovídají druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, připouští podle názoru zadavatele rozhodovací praxe kvalifikaci nad rozsah zadávané veřejné zakázky. Jako příklad zadavatel uvádí rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S127/2010 ze dne 5. 8. 2010, podle kterého nelze zadavateli upírat právo na stanovení technických kvalifikačních předpokladů, které budou zaručovat bezproblémovou, kvalitní a včasnou realizaci veřejné zakázky. Tuto charakteristiku bude naplňovat dodavatel, který je schopen realizovat předměty veřejných zakázek u několika veřejných zakázek souběžně (tedy dodává či vyrábí tramvaje pro více zákazníků). Zadavatel dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 3. 2006 č. j. 31 Ca 118/2005-34, podle kterého zákaz diskriminace může být porušen pouze v případě, kdy zadavatel uplatňuje vůči uchazečům rozdílné podmínky. V případě, kdy jsou podmínky nastaveny shodně pro všechny uchazeče, je porušení tohoto zákazu pojmově vyloučeno. Podle zadavatele byl jeho postup v dané věci plně v souladu se závěry z tohoto rozsudku vyplývajících. Zadavatel rovněž namítá, že žádný z uchazečů námítky nepodal a tedy se ztotožnili s nastavením kvalifikace.
7. Co se týče vlivu na výběr nejvhodnější nabídky zadavatel uvádí, že v daném případě předložili nabídku tři uchazeči a všichni prokázali splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů. Podle rozhodovací praxe správních soudů (např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 55/2012) jde o slušnou hospodářskou soutěž a uvedené podporuje závěr o tom, že kvalifikace byla nastavena v tomto konkrétním případě řádně, resp. neměla vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Ve vztahu k zakazu diskriminace pak Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 - 152 výslovně uvedl, že není „*možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady...*“. Například v rozsudku ze dne 2. 6. 2014 ve věci sp. zn. 30 Af 55/2012 (obdobně v rozsudku sp. zn. 62 Af 9/2015) je uvedeno, že pro dovození spáchání správního deliktu samotné nedodržení postupu podle zákona nestačí, ale je nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem.
8. Ve vztahu ke změně smlouvy zadavatel namítá, že s ohledem na vytýkané pochybení a přijetí zákona č. 139/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“), a to zejména § 222 odst. 2 ZZVZ, měla být změna smlouvy posuzována jako nepodstatná a Úřad řádně neodůvodnil, proč nebyla. Jeho právní závěry jsou podle zadavatele v tomto případě v extrémním nesouladu mezi skutkovými zjištěními vyplývajících z podkladů veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že si změnu termínu dodání druhé tramvaje dopředu v podmínkách zadání na více místech vyhradil. Zadavatel si podle § 100 ZZVZ vyhradil změnu podmínek zadání, a tudíž jde o nepodstatnou změnu smlouvy podle § 222 odst. 2 ZZVZ, s ohledem na zásady správního trestání by tato

okolnost měla být brána Úřadem v potaz, nehledě na to, že jde o právní úpravu účinnou od 1. 10. 2016.

9. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 68/2011 - 99 ze dne 21. 3. 2012 podle zadavatele vyplývá, že krajský soud i Úřad nebrali „v potaz dopady změny právní kvalifikace jednání zadavatele, které v době rozhodování již trestné nebylo“, a nevypořádali se s otázkou trestnosti. V daném případě měly podle přesvědčení zadavatele být na nepodstatné změny aplikovány § 222 ZZVZ a § 259 ZZVZ, když podatel podnětu nezaplatil částku 10 000 Kč a pokud by se aplikovala nová právní úprava, což podle názoru zadavatele měla, řízení by vůbec nezapočalo.

#### **Závěr rozkladu**

10. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil či zrušil a správní řízení zastavil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
13. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-44763/2016/542/EŠe ze dne 4. listopadu 2016 rozhodl tak jak je uvedeno ve výroku II. napadeného rozhodnutí, nerozhodl správně a v souladu se zákonem, když tak došlo k naplnění podmínek stanovených v ust. § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu pro změnu napadeného rozhodnutí v tomto výroku. Dále Úřad výrokem I. a III. napadeného rozhodnutí rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí v jeho výroku II. a k potvrzení jeho výroků I. a III., a proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

##### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

14. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.

*K důvodu změny napadeného rozhodnutí ve výroku II.*

15. Podle ust. § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se; podle § 36 odst. 3 se postupuje, pouze pokud jde o podklady rozhodnutí nově pořízené odvolacím správním orgánem; je-li to zapotřebí k odstranění vad odůvodnění, změnit odvolací správní orgán rozhodnutí v části odůvodnění; odvolací správní orgán nemůže svým rozhodnutím změnit rozhodnutí orgánu územního samosprávného celku vydané v samostatné působnosti.
16. Výše uvedené ustanovení správního řádu umožňuje odvolacímu správnímu orgánu provést změnu rozhodnutí vydaného I. stupněm za situace, kdy dospěje k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo je nesprávné, tedy pokud po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěje k odlišnému právnímu závěru na skutková zjištění obsažená ve správním spisu či zjištěná v průběhu odvolacího řízení. Za takového stavu je oprávněn změnit napadené rozhodnutí tak, že celé výroky či jejich část nahradí vlastním rozhodnutím. Je však nutno poznamenat, že ke změně není odvolací správní orgán oprávněn přistoupit kdykoliv, neboť je v této možnosti omezen. Například tak nemůže dojít ke změně napadeného rozhodnutí za situace, kdy by byla účastníku řízení odňata možnost odvolat se proti změněnému rozhodnutí. K této problematice se obdobně vyjadřuje i odborná literatura, např. publikace Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 503 a násl. k § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu: *„Odvolací orgán tak nahradí některé výroky či celou výrokovou část svým rozhodnutím, vycházející z odlišného právního názoru na skutková zjištění obsažená v předloženém spisovém materiálu či doplněná odvolacím orgánem. Jak je již uvedeno výše, změna rozhodnutí by měla být odvolacím orgánem preferována před zrušením rozhodnutí a vrácením věci k novému projednání, pokud jsou k tomu splněny zákonné předpoklady. Pokud správní orgán změnit jen část napadeného rozhodnutí, musí je ve zbytku potvrdit dle odstavce 5 věty druhé tohoto ustanovení a nemůže například konstatovat, že další části rozhodnutí ponechává beze změny. Omezující podmínkou, kdy změnu nelze provést, je situace, kdy by změnou rozhodnutí některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Toto omezení zabraňuje tzv. překvapivým rozhodnutím, kdy by například odvolací správní orgán rozšířil sankční řízení na další skutkové podstaty správních deliktů, neboť proti „přidaným“ skutkovým podstatám správních deliktů by již účastník neměl možnost podat odvolání, což je v rozporu se zásadou dvojinstančnosti správního řízení. Vyloučeno ovšem není například upřesnění napadeného výroku rozhodnutí, jehož obsah zůstává v kontextu jeho odůvodnění nezměněn (srov. např. NSS 8 As 6/2013).“*
17. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad blíže nevyjadřoval k otázce relevantního znění zákona, když ve výroku II. napadeného rozhodnutí konstatoval porušení § 6 zákona bez dalšího, ačkoli v odůvodnění napadeného rozhodnutí vycházel při posouzení povahy změn smlouvy z ust. § 82 odst. 7 zákona, který byl do zákona vtělen zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela č. 55/2012 Sb.**“) s účinností od 1. 4. 2012. K tomu Úřad odkázal i na znění rozsudku Soudního dvora Evropské unie

(tehdy Evropského soudního dvora) (dále jen „SDEU“) vydaného ve věci C – 454/06 Priesstext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund) ze dne 19. 6. 2008 (dále jen „rozsudek Priesstext“).

18. Úřad se výslovně nevyjádřil k té otázce, zda je třeba na posouzení jednání zadavatele spočívajícího v uzavření dodatků ke smlouvě o dílo, aplikovat znění zákona účinné v době, kdy bylo zahájeno zadávací řízení (znění, v němž ještě ust. § 82 odst. 7 zákona nenabývalo účinnosti), či zda je pro posouzení věci rozhodné znění zákona účinné v době uzavření dodatku č. 3 (ve znění novely č. 55/2012 Sb.). Přes absenci posouzení otázky příslušnosti právní úpravy konstatoval Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí nezákonnost jednání zadavatele toliko porušením zásady zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení zakotvené v § 6 zákona a nikoli porušením § 82 odst. 7 zákona.
19. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že je zde dán důvod pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku II., neboť mám za to, že Úřad pochybil, když neshledal postup zadavatele v rozporu s § 82 odst. 7 zákona, přestože toto ustanovení bylo účinné v době, kdy zadavatel uzavíral dodatek č. 3, jinak řečeno, bylo účinné v den, kdy bylo učiněno jednání zadavatele, které bylo ve správním řízení posouzeno jako jednání naplňující skutkovou podstatu správních deliktů. Na daný případ lze tedy aplikovat nejen ust. § 6 odst. 1 zákona, ale rovněž ust. § 82 odst. 7 zákona. K tomu dále uvádím, že při přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem vycházel ze skutkového stavu, tak jak byl zjištěn Úřadem ve správním řízení, když tento skutkový stav nebyl zadavatelem zpochybnován.
20. Z hlediska posouzení otázky toho, zda zadavatel spáchal správní delikt či nikoliv, je totiž třeba vycházet z obecných principů pro trestnost správních deliktů, které jsou stejné jako principy trestněprávního trestání. K otázce užití principů trestního práva na správněprávní trestání se opakovaně vyjadřoval i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 8 As 17/2007-135, publikovaném ve Sbírce rozhodnutí NSS pod č. 1338/2007. Jedním ze základních principů pro posouzení trestnosti, který je zakotven i v Listině základních práv a svobod je to, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
21. V rozhodovaném případě bylo předmětem posouzení možnosti spáchání správního deliktu jednání zadavatele spočívající v uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, k čemuž došlo dne 2. 4. 2014, když tak ke spáchání správního deliktu mělo dojít právě v tento den. Je nepochybné, že ust. § 82 odst. 7 zákona bylo do něj včleněno novelou č. 55/2012 Sb. s účinností od 1. 4. 2012. Z uvedeného tedy jednoznačně vyplývá, že ust. § 82 odst. 7 zákona bylo účinné v době, kdy zadavatel uzavíral dodatek č. 3 ke kupní smlouvě, a tedy bylo účinné v den, kdy bylo učiněno jednání zadavatele, které bylo ve správním řízení posouzeno jako jednání naplňující skutkovou podstatu správního deliktu, jak bylo konstatováno výroku II. napadeného rozhodnutí. Podle příslušného článku Listiny základních práv a svobod je tak třeba při posouzení trestnosti správního deliktu vycházet ze znění účinného ke dni jeho spáchání, tedy ze znění účinného ke dni 2. 4. 2014, když tak je nepochybné, že ust. § 82 odst. 7 zákona na rozhodovaný případ má být aplikováno.
22. Ačkoliv jsem dospěl k závěru, že byly splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku II. a pro změnu v odpovídající části odůvodnění napadeného



rozhodnutí, je třeba současně vypořádat otázku, zda změnou napadeného rozhodnutí nemůže být zadavateli způsobena újma spočívající v tom, že by mu byla odňata možnost podat proti takové změně odvolání, případně zda se nejedná o tzv. překvapivé rozhodnutí.

23. K možné překvapivosti provedené změny nejprve v obecné rovině uvádím, že za překvapivé rozhodnutí může být považováno takové, které je pro účastníka řízení s ohledem na stav řízení a dokazování a s ohledem na uplatněné námitky překvapivé. K problematice překvapivosti vydaného správního rozhodnutí se vyslovil i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 8 Afs 59/2005-83, ze dne 20. 7. 2007, v němž uvedl, že: „(...) překvapivost rozhodnutí pro jeho adresáta je přitom chápána jako projev nepředvídatelnosti rozhodování. Ústavní soud se otázkou předvídatelnosti rozhodování opakovaně zabýval v souvislosti s řízením soudním. Zde sluší zmínit např. náleze ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 654/03 (in Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek č. 32, náleze č. 27, strana 255). Ústavní soud zde označil za projev libovůle a porušení práva na spravedlivý proces situaci, kdy je rozhodnutí „pro účastníka řízení s ohledem na dosavadní stav řízení, stav dokazování, existující procesní situaci a především uplatněné právní námitky překvapivé“. Jakkoli Ústavní soud tyto závěry vyslovil v souvislosti s rozhodováním soudů, lze je, dle názoru Nejvyššího správního soudu, nepochybně vztáhnout i na řízení správní. Za explicitní vyjádření této kautely v jednoduchém právu lze považovat ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu z roku 2004 (zákon č. 500/2004 Sb., správní řád);(...)" Jak lze dále dovodit ze závěrů uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu, nelze za překvapivé rozhodnutí považovat takové, které nepředstavuje zásadní změnu v právním posouzení dané věci.
24. Mám za to, že nelze změnu ve výroku II. napadeného rozhodnutí označit za překvapivou, neboť touto změnou nedošlo k zásadní změně právní kvalifikace, když jednání zadavatele je i nadále posouzeno jakožto porušující ust. § 6 zákona, a to z toho důvodu, že umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy o dílo, což je v rozporu se základními zásadami, na nichž zákon stojí, přičemž však došlo k doplnění ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona, který se vztahuje k otázce podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy. Z pohledu právní kvalifikace jednání zadavatele, tak nedošlo ke změně, neboť toto je stejně jako dříve kvalifikováno jakožto správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, současně nedošlo k rozšíření nebo změně skutku, v němž je správní delikt spatřován a nedošlo ani k rozšíření počtu správních deliktů, které by zadavateli byly kladeny za vinu. S ohledem na výše uvedené tak, mám za to, že nejsou dána omezení pro změnu napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, a proto jsem ke změně napadeného rozhodnutí v uvedeném rozsahu přistoupil.

*K namítané nesprávnosti závěru o podstatné změně smlouvy*

25. Zadavatel v podaném rozkladu za nesprávný označil závěr Úřadu o tom, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k podstatné změně smlouvy. K této námitce zadavatele uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou.
26. Otázka toho, co je možné považovat za podstatnou změnu smlouvy, vychází prvotně z judikatury Soudního dvora Evropské unie, konkrétně pak zejména z rozsudku Pressetext, který byl vydán dne 19. 6. 2008. Do českého právního řádu, konkrétně do zákona, pak závěry tohoto zásadního judikátu byly včleněny novelou zákona

č. 55/2014 Sb. Jak správně uzavřel i Úřad v napadeném rozhodnutí rozsudek Pressetext vymezil určující hranici pro to, co je možné považovat za podstatnou změnu smlouvy, která je změnou zakázanou a která ve svém důsledku představuje porušení základních zásad, na nichž zadávání veřejných zakázek stojí, a pro to, co naopak podstatnou změnou smlouvy není, a co je tedy zadavatel oprávněn učinit. Za základní východiska pro určení této hranice rozsudek Pressetext označil takovou změnu, která by: a) 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, b) značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány a c) by změnila způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána. Závěry rozsudku Pressetext pak byly s účinností od 1. 4. 2012 včleněny do zákona, konkrétně do ust. § 82 odst. 7 zákona, který zní: *„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“*. Komentářová literatura konkrétně publikace Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, k tomuto zákonnému ustanovení na str. 815 a násl. uvádí: *„Komentované ustanovení obsahuje možnost změny smluvních stran, tedy změnit smlouvy uzavřené na základě závazného postupu podle zákona o veřejných zakázkách. Nelze říci, že by zadavatel měl volnost při modifikaci smluv či uzavírání dodatků ke smlouvě, neboť každá významná smluvní změna předmětu veřejné zakázky zadávané v režimu zákona o veřejných zakázkách neuzavřená postupem podle tohoto zákona je porušením jeho základních zásad obsažených v § 6 a § 82 odst. 7. Podle ustanovení § 82 odst. 2 smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. V praxi však často dochází k potřebám změn smluv v různém rozsahu a vyvstává otázka, v jakém rozsahu může být smlouva měněna mimo režim zákona a v režimu zákona, tedy kdy jde z hlediska zákona smlouva uzavřená podle podmínek zadání veřejné zakázky a kdy již jde o smlouvu po úpravě původním podmínkám zadání veřejné zakázky neodpovídající. Nauka i rozhodovací praxe (dále citovaná) stojí na stanovisku, že zadavatel není oprávněn přistoupit k uzavření smlouvy, pokud by v jejím důsledku mělo dojít k takovým změnám smlouvy, že by měla vliv předchozí zadávací řízení, okruh dodavatelů a takovou změnu nabídky vítězného uchazeče, že by jeho nabídka po změně smlouvy již být nejvýhodnější být nemusela. Jinými slovy řečeno, 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).“*

27. V rozhodovaném případě ze zjištěného skutkového stavu vyplývá, že zadavatel dne 2. 4. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 3 ke smlouvě, kterým změnil kupní smlouvu uzavřenou dne 29. 6. 2012, a to tak, že prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, konkrétně prodloužil termín dodání druhé tramvaje o 18 měsíců. Z provedeného

dokazování tak jednoznačně vyplývá, že ke změně kupní smlouvy došlo, což zadavatel ve správním řízení ani nesporeoval.

28. Úřad v napadeném rozhodnutí uzavřel, že jde o takovou změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, přičemž k tomu uvádím, že se s tímto závěrem Úřadu ztotožňuji. Ze strany potenciálních uchazečů bezesporu dochází při rozhodování o tom, zda podat či nepodat nabídku do zadávacího řízení, zejména ke zvážení toho, zda jsou schopni splnit kvalifikaci a dodat předmět veřejné zakázky v zadavatelem stanovené lhůtě, a to i s ohledem na své výrobní kapacity. Nelze totiž vyloučit, že pokud by dodavatelé věděli, že dodání druhé tramvaje proběhne až o 18 měsíců později, mohli mít volné výrobní kapacity a tato vědomost mohla mít vliv na rozhodnutí dodavatelů ohledně jejich účasti ve veřejné zakázce. Výše uvedený závěr Úřadu, že za použití v původním zadávacím řízení by změna smlouvy mohla umožnit účast jiných dodavatelů, považuji za závěr správný a zcela logický. Z hlediska znění ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona a z hlediska závěrů obsažených v rozsudku Pressetext, se tak i z tohoto pohledu jedná o změnu smlouvy, která je podstatná, a která byla provedena v rozporu se zákonem.
29. Současně lze za správný považovat i závěr Úřadu obsažený v napadeném rozhodnutí, podle něhož se nelze ztotožnit a argumentací zadavatele, že uzavření dodatku nemohlo mít vliv na potenciální dodavatele, neboť pokud zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně určil, že dodávka první tramvaje se uskuteční max do 30. 12. 2012 a dodání druhé tramvaje je nejpozději do 30. 6. 2013, pak vědomost dodavatelů že dodání druhé tramvaje se uskuteční až o 18 měsíců později, mohlo mít vliv na potenciální dodavatele v jejich rozhodnutí podat nabídku na veřejnou zakázku. Takový závěr Úřadu považuji za zcela správný, neboť mám stejně jako Úřad za to, že pokud by již původní kupní smlouva obsahovala ujednání, které do ní bylo včleněno až dodatečně uzavřením dodatku č. 3, pak by další potenciální uchazeči mohli podat nabídku na veřejnou zakázku.
30. Po přezkoumání uvedeného závěru Úřadu z hlediska zjištěného skutkového stavu a z hlediska provedeného právního posouzení tak mám za, to že výše uvedený závěr Úřadu je správný a přezkoumatelný. Po provedeném posouzení tedy nelze přisvědčit námitkám zadavatele, že by napadené rozhodnutí v této části bylo nesprávné či nepřezkoumatelné. Nadto se domnívám, že s ohledem na to, co bylo uvedeno výše lze dospět k závěru, že postupem zadavatele bylo porušeno ust. § 6 odst. 1 zákona i ust. § 82 odst. 7 zákona.

*K naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu*

31. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel se 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.
32. Citované ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona vymezuje znaky skutkové podstaty správního deliktu. Pro naplnění znaků správního deliktu dle výše uvedeného ustanovení tak musí být splněny základní podmínky, a to že a) zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž b) toto nedodržení postupu je způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a současně c) zadavatel uzavře s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Jde o podmínky

kumulativní, což znamená, že nenaplnění byť jediné z nich musí nutně vést k závěru, že ke spáchání správního deliktu zadavatelem nedošlo.

33. S ohledem na výše uvedené mám za to, že bylo dostatečně prokázáno, že zadavatel svým jednáním naplnil první ze znaků skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť porušil postup stanovený zákonem.
34. Z hlediska naplnění druhého znaku skutkové podstaty správního deliktu uvádím, že v daném případě je zřejmé, že postupem zadavatele mohlo dojít k tomu, že potenciální uchazeči nepodali nabídku na veřejnou zakázku a nezúčastnili se zadávacího řízení, ačkoliv by při existenci změny již v době zadávání veřejné zakázky mohli svoji případnou účast posoudit jinak. K možnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky současně odkazují na to, co bylo uvedeno výše v tomto rozhodnutí. Mám tak za to, že postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť kdyby potenciální dodavatelé věděli, že dodání druhé tramvaje bude posunuto o 18 měsíců, není vyloučeno, že by zadavatel obdržel více nabídek, a to i výhodnějších. Pokud tedy v daném případě byl postup zadavatele shledán jako postup, který má bezprostřední vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pak tento rovněž považuji za správný. Z hlediska naplnění dalšího znaku skutkové podstaty správního deliktu podle ust. 120 odst. 1 písm. a) zákona tak mám za to, že i tento byl naplněn, neboť porušení postupu zákona zadavatelem bylo způsobivé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
35. Pokud se týká naplnění posledního znaku skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterým je podmínka toho, že byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, tak mám za to, že tato podmínka byla zcela jistě naplněna, neboť je zřejmé, že i uzavření dodatku je postupem při uzavření smlouvy.
36. Za této situace, tak došlo k naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu. Z tohoto důvodu pak závěr Úřadu o tom, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který je vysloven ve výroku II. napadeného rozhodnutí, považuji za zcela správný. Námitky zadavatele, podle níž Úřad nesprávně posoudil otázku naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu, tedy s ohledem na výše uvedené, považuji za nedůvodné.

*Posouzení příznivosti pozdější právní úpravy ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí*

37. Vzhledem k účinnosti nové právní úpravy je třeba rovněž uvážit, zda tato není pro pachatele správního deliktu příznivější. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“).
38. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení 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. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“). Toto pravidlo 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 oblasti správního trestání.

39. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „[t]restání 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 rozhraničení 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 (...) 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 (...) 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 právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
40. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Konstatovaná deliktní odpovědnost zadavatele je opřena o závěr, že v daném případě zadavatel nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) zákona a v souladu s § 6 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě uzavřené s vybraným uchazečem, neboť tímto dodatkem umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy. V případě aplikace ustanovení ZZVZ, by se stále jednalo o správní delikt, i tato právní úprava stojí na rozsudku Priesetext a v § 222 zákona zapovídá zadavateli umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy.
41. Podle § 222 odst. 1 ZZVZ není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.
42. Podle § 222 odst. 3 ZZVZ je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku  
taková změna smluvních podmínek, která by
- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
  - b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
  - c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
43. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ, když zadavatel umožnil svým jednáním podstatnou změnu závazku ze smlouvy, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně.
44. Současně jednání zadavatele nelze podřadit pod žádnou z výjimek obsažených v § 222 odst. 3 - 7 ZZVZ, neboť nešlo o změnu v ceně zakázky (odst. 4), nešlo ani

o dodávky, které nebyly zahrnuty v původním závazku (odst. 5) a nešlo o stavební práce (odst. 7). Jediná v úvahu připadající výjimka je ta, jež je uvedena v § 222 odst. 6 ZZVZ. Zde by ale bylo nezbytné, aby zadavatel prokázal, že potřeba změny vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Zadavatel si však v rámci kupní smlouvy v čl. IX. bodu 5. kupní smlouvy vyhradil, že se může s kupujícím dohodnout na posunutí termínu dodání druhé tramvaje. Z uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel změnu okolností předvídal již při uzavírání smlouvy. S ohledem na délku trvání zadávacího řízení lze uvést, že nejde o změnu, kterou by zadavatel nemohl předvídat již při přípravě zadávacího řízení. Zadavatel tudíž nenaplnil podmínky ani pro uplatnění této výjimky.

45. Podle zadavatele z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 68/2011 - 99 ze dne 21. 3. 2012 vyplývá, že krajský soud i Úřad nebrali „v potaz dopady změny právní kvalifikace jednání zadavatele, které v době rozhodování již trestné nebylo“, a nevypořádali se s otázkou trestnosti. V daném případě měly podle přesvědčení zadavatele být na nepodstatné změny aplikován § 222 ZZVZ. K této námitce odkazují na výše uvedené, z čehož vyplývá, že tato námitka je nedůvodná.
46. Zadavatel dále uvádí, že si změnu termínu dodání druhé tramvaje dopředu v podmínkách zadání na více místech vyhradil. Zadavatel je přesvědčen, že si podle § 100 ZZVZ vyhradil změnu podmínek zadání, a tudíž jde o nepodstatnou změnu smlouvy podle § 222 odst. 2 ZZVZ, s ohledem na zásady správního trestání by tato okolnost měla být brána Úřadem v potaz nehledě na to, že jde o právní úpravu účinnou od 1. 10. 2016. K tomu uvádím, že zadavatel si může podle § 100 ZZVZ v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek. Podle § 222 odst. 2 ZZVZ se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 ZZVZ. V daném případě si však zadavatel vyhradil změnu závazku až v kupní smlouvě nikoli v zadávací dokumentaci, jak to požaduje ZZVZ.
47. Jak již bylo výše uvedeno, zadavatel si v rámci kupní smlouvy v čl. IX. bodu 5. vyhradil, že se může s kupujícím dohodnout na posunutí termínu dodání druhé tramvaje. Uvedený bod 5 čl. IX. nebyl součástí návrhu kupní smlouvy a ani žádná ustanovení v tomto smyslu nebyla rovněž součástí zadávacích podmínek, jak požaduje § 100 ZZVZ. Zároveň podmínky pro tuto změnu a její obsah nebyly jednoznačně vymezeny v zadávací dokumentaci. Pro úplnost konstatuji, že ani sám zadavatel neodkázal na jediné místo zadávacích podmínek, kde by se měly vyhrazené změny závazku ze smlouvy vyskytovat. Námitka zadavatele, že si podle § 100 ZZVZ vyhradil změnu podmínek zadání, a tudíž jde o nepodstatnou změnu smlouvy podle § 222 odst. 2 ZZVZ považuji z výše uvedených důvodů za nedůvodnou. Znovu tedy opakuji, že bylo prokázáno naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně zadavateli nesvědčí nová právní úprava jako příznivější.
48. V daném případě jsem z hlediska námitek obsažených v rozkladu přezkoumal věcnou správnost napadeného rozhodnutí ve výroku II. napadeného rozhodnutí ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu, když s ohledem na výše uvedené uvádím, že mimo

část, u níž jsem dospěl k závěru, že jsou naplněny podmínky pro změnu výroku a odůvodnění napadeného rozhodnutí v dílčí právní otázce týkající se možnosti aplikace ust. § 82 odst. 7 zákona, jsem ve zbývajících částech napadené rozhodnutí ve výroku II. shledal věcně správným.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí**

49. Stěžejní námitkou zadavatele co do výroku I. napadeného rozhodnutí je nesprávné posouzení přiměřenosti nastavené kvalifikace ve vztahu ke konkrétním okolnostem posuzovaného případu.
50. Při zadávání veřejné zakázky je zadavatel povinen postupovat dle zákona, přičemž zákon samostatně vymezuje práva a povinnosti sektorového zadavatele v zadávacím řízení i z hlediska stanovení kvalifikačních kritérií.
51. Pokud jde o sektorového zadavatele, kterým je i zadavatel, jak bylo správně dovozeno Úřadem v napadeném rozhodnutí a zadavatelem nikterak nerozporováno, pak tento je rozsah požadované kvalifikace povinen stanovit vždy v souladu s § 63 zákona.
52. Dle § 63 odst. 1 zákona je sektorový zadavatel oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele.
53. Dle § 63 odst. 4 zákona sektorový zadavatel vymezí rozsah informací a dokladů v rámci požadované kvalifikace s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky. Požadavky na kvalifikaci uvede sektorový zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, popřípadě ve výzvě k potvrzení zájmu o účast.
54. Dle § 63 odst. 8 zákona platí ustanovení § 50 odst. 2 věty druhé a § 50 odst. 3 zákona pro sektorového zadavatele obdobně.
55. Právní úprava problematiky požadavků sektorového zadavatele na prokázání kvalifikace dodavatelů se oproti právní úpravě požadování kvalifikace u veřejných zadavatelů vyznačuje značnou volností, a to i přes veřejný zájem na zadávání veřejných zakázek pouze způsobilým dodavatelům. Při respektování požadavků na zachování přiměřenosti požadavků na kvalifikaci a možnosti objektivního posouzení kvalifikace dodavatele je do značné míry ponecháno na uvážení sektorového zadavatele, jaké kvalifikační požadavky bude po dodavatelích požadovat. Požadavky stanovené sektorovým zadavatelem však musí vždy splňovat tyto základní předpoklady: objektivnosti (tj. nesmí být stanoveny ve vztahu k zadávané zakázce subjektivně), nesmí být diskriminační ve vztahu k příslušné skupině dodavatelů a musí být přiměřené ve vztahu k rozsahu a složitosti předmětu plnění zadávané veřejné zakázky a musí být dána bezprostřední souvislost s předmětem veřejné zakázky.
56. Volnější právní úprava sektorového zadavatele spočívá především v možnosti požadovat prokázání jakéhokoli požadavku, který se vztahuje k dodavateli, a na základě tohoto požadavku tedy účinně zajistit schopnost dodavatele realizovat zadávanou veřejnou zakázku, mj. se jedná i o požadavky na prokázání technické připravenosti dodavatele pro plnění veřejné zakázky. Musí však přitom postupovat v souladu s § 50 odst. 3 zákona a omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Podrobnější požadavky na kvalifikaci a rovněž doklady sloužící k jejímu prokázání může sektorový zadavatel s poukazem na § 63 odst. 8 zákona vymezit v zadávací nebo kvalifikační

dokumentaci. Pokud těmto kritériím dostojí, nelze takovýto požadavek považovat za diskriminační a nelze zadavateli bránit jej v zadávacím řízení uplatnit.

57. Pro posouzení přiměřenosti požadavku na technické kvalifikační předpoklady je tedy stěžejní, co je předmětem veřejné zakázky. Předmět veřejné zakázky je specifikován v čl. 3 „Vymezení plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace o veřejné zakázce, kdy předmětem plnění veřejné zakázky byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají provedených podle technické specifikace, jež tvořila přílohu č. 2 zadávací dokumentace. Zadavatel v čl. 3 zadávací dokumentace dále stanovil: *„V rámci předmětu plnění bude zajištěna: Dodávka 2 ks tramvají, a to v termínu: první tramvaj do 30. 12. 2012 a druhá tramvaj do 30. 6. 2013 ... Součástí nabídky bude návrh kupní smlouvy, která bude sloužit k uzavření smluvního vztahu zadávacího řízení, který musí být podepsán oprávněným zástupcem uchazeče. Tento návrh smlouvy musí v plném rozsahu respektovat podmínky uvedené v této zadávací dokumentaci“*.
58. V čl. 6 „Požadavky na prokázání kvalifikace dle § 50 až § 60 zákona“ zadávací dokumentace zadavatel mimo jiné stanovil: *„Zadavatel požaduje v nabídkách prokázat kvalifikaci v tomto rozsahu: ... k prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona uchazeč doloží: splnění tohoto kvalifikačního kritéria, pokud během posledních tří let před vyhlášením zadávacího řízení na plnění veřejné zakázky realizoval výrobu a dodávku minimálně 5 ks nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce ...“*.
59. V přezkoumávaném případě zadavatel požadoval dodávku 2 ks tramvají s tím, že jeden kus bude dodán do konce roku 2012 a druhý kus do poloviny roku 2013. K prokázání kvalifikačních předpokladů však zadavatel požadoval realizaci výroby a dodávky minimálně 5 ks nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce. Přestože lze do jisté míry souhlasit se zadavatelem v tom, že je mu jako sektorovému zadavateli dána zákonem větší volnost než veřejnému zadavateli a dále v tom, že zadavateli nelze upírat právo na stanovení technických kvalifikačních předpokladů, které budou zaručovat bezproblémovou, kvalitní a včasnou realizaci veřejné zakázky, přičemž (podle zadavatele) tuto charakteristiku bude naplňovat dodavatel, který je schopen realizovat předměty veřejných zakázek u několika veřejných zakázek souběžně, nelze však se zadavatelem souhlasit do takové míry, že by právě uvedenému vyhovoval požadavek na kvalifikaci spočívající ve výrobě a dodávce 5 ks tramvají v kalendářním roce při požadavku na dodání 1 ks tramvaje v kalendářním roce. Požadavek na prokázání kvalifikace pětinasobkem požadovaného plnění značně překračuje jak výše uvedenou volnost sektorového zadavatele, tak zajištění naplnění požadavku na kvalitní a včasnou realizaci veřejné zakázky, jinými slovy nelze takovýto požadavek na kvalifikaci považovat za souladný s § 63 odst. 4 zákona, kdy je sektorový zadavatel povinen vymezit rozsah informací a dokladů v rámci požadované kvalifikace s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky.
60. Povinností zadavatele je vymezit technické kvalifikační předpoklady tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, pokud tomu tak není, zadavatel omezuje hospodářskou soutěž mezi dodavateli a dopouští se tzv. skryté diskriminace, kdy sice zachází se všemi uchazeči stejně, avšak podmínky jsou jím nastaveny tak, že neoprávněně omezují některé dodavatele, jež by byli schopni předmět veřejné zakázky splnit.



61. V obecné rovině ve věci skryté diskriminace odkazují (shodně se zadavatelem, jenž tak činí v rozkladu) na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, podle něhož je za formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních třeba považovat i „*takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že ji mohou splnit pouze někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.*“ Nejvyšší správní soud však v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu skryté diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že „*samotná podstata zakazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci...v absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti...Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu.*“ Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že „nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané veřejné zakázky.“ Ve světle výše citovaného rozsudku, který vyzdvihuje obsahovou pružnost pojmu „zjevná nepřiměřenost“, je tedy patrné, že i přes existenci univerzálně aplikovatelné teorie o skryté diskriminaci je přiměřenost požadavků zadavatele nutné vždy posuzovat ad hoc.
62. K obdobným závěrům dospěl rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 16/2010, kde se ztotožňuje s úvahami Nejvyššího správního soudu obsaženými ve výše uvedeném rozsudku, ohledně otázky možné skryté diskriminace coby jednání zadavatele v rozporu s ustanovením § 6 zákona a doplňuje, že zákon zakazuje jak zjevnou tak skrytou diskriminaci a podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Pokud tedy zadavatel odkazuje na starší judikaturu správních soudů (rozsudek

Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 118/2005), kde byla dovozena pouze diskriminace zjevná, pak odkazují na judikaturu novější (v tomto a následujícím bodě uvedenou), kde byla Krajským soudem v Brně rozlišena jak diskriminace skrytá tak diskriminace zjevná, přičemž zadavateli je vytýkáno, že svým postupem porušil zásadu zákazu skryté diskriminace, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí a rozvedeno v jeho odůvodnění.

63. Podle názoru zadavatele nastavení požadavku na významné zakázky odpovídá specifikům předmětné veřejné zakázky, kdy zadavatel zamýšlí poplatit dodavatele, který dodává či vyrábí tramvaje a není fixován pouze rozsahem jedné zakázky. K této námitce odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 15/2010 ze dne 2.6.2011, kde tento uvedl, že *„Prostřednictvím prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je v zadávacích řízeních prokazována dodavatelova kvalifikace. Má-li zdejší soud vyjít ze samotného účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů, pak ten směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit. (...) Přestože byla v minulosti konstantně judikována nejčastější forma porušení zákazu diskriminace, která je naplněna tehdy, pokud zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (rozsudky zdejšího soudu v právních věcech sp. zn. 62 Ca 17/2006, 62 Ca 12/2006, 31 Ca 166/2005 apod.), za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní... Zásada zákazu diskriminace (a cíl této zásady spočívající v umožnění hospodářské soutěže) se použije i v oblasti posuzování kvalifikace uchazečů. Smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právním zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“* Citovaný rozsudek se sice vztahuje na veřejného zadavatele, avšak z povahy věci je plně aplikovatelný i na sektorového zadavatele. Z tohoto rozsudku je tedy možné vyvodit závěr o správnosti úvahy zadavatele, že by měl nastavit technické kvalifikační předpoklady takovým způsobem, aby se soutěže o veřejnou zakázku zúčastnili takoví dodavatelé, kteří budou po technické stránce způsobilí k realizaci předmětu veřejné

zakázky. Ačkoli byl zadavatel veden snahou své požadavky nastavit takovým způsobem, aby se o veřejnou zakázku ucházeli dodavatelé technicky (kapacitně) schopní plnit předmět veřejné zakázky, technické kvalifikační předpoklady byly nastaveny příliš přísně, tudíž zde existuje potencialita vlivu na výběr nejvhodnější nabídky tím, že se nemohli do soutěže přihlásit všichni dodavatelé, kteří by byli objektivně schopni realizace veřejné zakázky a tímto zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když omezil hospodářskou soutěž, jak bude rozvedeno dále. Zadavatel se tedy nedopustil diskriminace zjevné, tedy že by se jeho kvalifikační požadavky nevztahovaly k předmětu veřejné zakázky, ale diskriminace skryté.

64. Omezení počtu dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku ucházet je účelem kvalifikačních požadavků. Otázkou však je, zda toto omezení je s ohledem na rozsah plnění, které zadavatel poptával, omezením přiměřeným, přičemž jak vyplývá z části tohoto odůvodnění věnující se výroku I. tohoto rozhodnutí a z napadeného rozhodnutí, nelze dojít k závěru, že by požadavek zadavatele mohl být shledán přiměřeným, odůvodněným a tedy souladným se zákonem a aktuální rozhodovací praxí správních soudů. Zadavatel musí vždy pečlivě zvažovat, jak své požadavky nastaví, neboť jejich stanovení má přímý vliv na okruh potenciálních dodavatelů a je tedy nezbytné vybalancovat, kdy se jedná o oprávněné požadavky na schopnost dodavatele plnit předmět veřejné zakázky a kdy už se jedná o požadavek příliš zužující okruh možných dodavatelů. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 7 Afs 44/2013 – 39 ze dne 7. 11. 2013 uvedl, že „...je na uvážení zadavatele, jaké a jak podrobné podmínky účasti na veřejné zakázce nastaví. (...) Co se týče konkrétních požadavků na dodavatele, úprava v zákoně o veřejných zakázkách umožňuje zadavateli zvolit si z nich takové, které považuje ve vztahu k předmětu zakázky za nezbytné. Protože se jedná převážně o ustanovení ponechávající zadavateli prostor pro úvahu, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná. To znamená, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění. Případná diskriminace dodavatelů stanovením kvalifikačních a technických požadavků tak může spočívat v tom, že zadavatel zvolí takový požadavek, který nebude odůvodněný (nebude s požadovaným plněním souviset), nebo který bude nepřiměřený (bude potřeby veřejné zakázky zjevně přesahovat). V daném případě po posouzení relevantních podkladů, mám za to, jak je již výše uvedeno, že zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady jsou excesivní a nejsou přiměřené s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky konkrétního předmětu veřejné zakázky a byly sto způsobit skrytou diskriminaci. Zadavatel totiž požadoval vyrobit a dodat 1 kus tramvaje v roce 2012 a 1 kus tramvaje v roce 2013, sám však požadoval po uchazečích prokázat kvalifikaci spočívající ve výrobě a dodávce 5 kusů tramvajů v každém kalendářním roce za poslední 3 roky, tedy pětinasobek požadovaného plnění veřejné zakázky. Takto stanovený požadavek na prokázání technické kvalifikace skrytě diskriminoval ty uchazeče, kteří nevyrobili za poslední tři roky alespoň 15 kusů tramvajů, přičemž takto vysoký počet nelze podřadit pod ověření si schopnosti dodavatelů řádně plnit předmět veřejné zakázky, neboť i dodavatelé, kteří vyrobili a dodali menší počet tramvajů za poslední tři kalendářní roky by jistě byli rovněž způsobilí po technické stránce plnit veřejnou zakázku na dodávku 2 kusů tramvajů ve dvou kalendářních letech. Opakuji, že cílem kvalifikačních předpokladů je snížit pravděpodobnost, že by k realizaci předmětu veřejné zakázky byl vybrán subjekt, který by nebyl schopen stanovený předmět veřejné zakázky splnit v požadovaném termínu, kvalitě a ceně.

Ze shora uvedené judikatury pak vyplývají vyšší nároky na odůvodnění postupu zadavatele, v případě, že zvolí přísnější požadavky. Zadavatel však neuvedl žádný důvod, pro který by závěry Úřadu ohledně nepřiměřenosti technického kvalifikačního požadavku neobstály.

65. Pokud zadavatel v rozkladu cituje z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S127/2010/VZ-8901/2010/520/DŘÍ ze dne 5. 8. 2010, kdy podle zadavatele Úřad v dané věci připustil stanovit počet pracovníků, jež má dodavatel k dispozici, nad rámec pracovníků nutných ke splnění zadávané veřejné zakázky s poukazem na bezproblémovost realizace veřejné zakázky a současnou realizaci více zakázek dodavatelem, pak uvádím, že s tímto závěrem lze v obecné rovině souhlasit, když lze považovat za souladné se zákonem, aby zadavatel požadoval v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů, aby dodavatelé vyrobili a dodali více než jednu tramvaj za kalendářní rok, avšak požadavek pěti tramvají je již nepřiměřený k rozsahu předmětu veřejné zakázky, jak bylo rozvedeno výše.
66. Zadavatel dále cituje z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S287/2008/VZ-21603/2008/510/MO ze dne 17. 12. 2008, podle kterého *„Je zřejmé, že pokud by dodavatel dosahoval obratu menšího než je předpokládaná cena veřejné zakázky, pak lze tvrdit, že takový dodavatel by musel použít veškeré své prostředky k plnění jedné veřejné zakázky, čímž by se dostal do ekonomické závislosti na jednom zdroji příjmů a plnění veřejné zakázky by tak mohlo být ohroženo. Na druhé straně požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou cenu veřejné zakázky přesahuje mnohonásobně, obecně nelze označit za přiměřený, jelikož míra rizika spojeného s neplněním veřejné zakázky, s ohledem na její předmět a rozsah, by v takovém případě byla ve zjevném nepoměru s požadavkem zadavatele na úroveň ekonomické stability dodavatele.“* K tomuto nejprve uvádím, že v citovaném případě jde o ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad. Pokud bychom však postupovali analogicky a vztáhli závěry citovaného rozhodnutí vztahující se ke ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům na technické kvalifikační předpoklady, pak uvádím, že citované závěry nijak nerozporují závěr Úřadu o tom, že mnohonásobně, v přezkoumávaném případě pětinasobně, překročený požadavek nelze označit za přiměřený. Mám za to, že ani pokud by v přezkoumávaném případě zadavatel stanovil nižší počet požadovaných tramvají v rámci technických kvalifikačních požadavků, pak by dodavatel nebyl ekonomicky závislý na jednom zdroji příjmů, neboť zadavatel požadoval vyrobit a dodat pouze jednu tramvaj za rok.
67. Zadavatel dále cituje z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 2. 6. 2014 sp. zn. 30 Af 55/2012, kde je uvedeno, že při posuzování postupu zadavatele je Úřad povinen zohlednit konkrétní okolnosti skutkového případu v rámci úvah o možné diskriminačně nastavené kvalifikaci. Pokud se týče zákonného kritéria, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách a tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky *„je přitom nutno poukázat nejen na shora rozebranou potřebu úplného skutkového zjištění stavu věci a jeho správné vyhodnocení, ale ve shodě s žalobcem i na dosavadní správní praxi při posuzování požadavku zadavatele ohledně údaje o celkovém obratu dodavatele. K této je též třeba přihlídnout a zajistit, aby při posuzování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly (§ 2 odst. 4 správního řádu). Převzeno na nyní projednávanou věc to podle zadavatele znamená, že nelze, aby požadavek zadavatele*

*na reference dodavatele, byl jednou akceptován a jindy označen za nepřiměřený.“* Na tomto místě konstatuji, že rozsah kvalifikace, kterou může zadavatel požadovat, a která současně naplní požadavek zákona na její přiměřenost ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky se postupem času spíše zužuje tak, aby nabídky mohlo podat co nejvíce uchazečů a byla tak zachována co nejširší hospodářská soutěž, avšak zároveň tyto požadavky stále musí ověřovat schopnost dodavatelů plnit řádně předmět veřejné zakázky. Při posouzení konkrétních skutkových okolností v projednávaném případě, mám za to, že předmětný kvalifikační požadavek zadavatele již nelze posoudit jako přiměřený, jak již bylo odůvodněno výše. V daném případě jsem neshledal, že by Úřad postupoval v rozporu s § 2 odst. 4 správního řádu a v rozporu se svou aktuální rozhodovací praxí či v rozporu s aktuální judikaturou správních soudů.

68. V dané věci lze podle zadavatele podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2006 č. j. 2 Afs 136/2005 – 66, dle kterého v reálném životě, v němž úkoly státu plní omylní a nedokonalí lidé, je nezbytné tolerovat určitá nepatrná pochybení státu, nenarušují-li ovšem podstatu uvedených pravidel a nedochází-li k nim systematicky nebo úmyslně. K tomuto uvádím, že odkazovaný rozsudek se k projednávané věci nikterak nevztahuje a zadavatel ani neuvádí, z jakých důvodů z tohoto rozsudku cituje či jaké argumenty z něj vyplývají ve prospěch zadavatele.
69. Zadavatel rovněž namítá, že žádný z uchazečů nepodal námitky a podle názoru zadavatele se tedy ztotožnili s nastavením kvalifikace. K této námitce uvádím, že institut podání námitek upravený v § 110 zákona představuje možnost dodavatelů, kteří mají nebo měli zájem na získání veřejné zakázky, bránit se proti úkonům zadavatele v zadávacím řízení. Z uvedeného vyplývá, že toto ustanovení nezakládá dodavatelům povinnost tohoto postupu využít. Zároveň to také ale neznamená, že pokud dodavatelé tohoto svého práva nevyužijí, nemohl by Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí konstatovat, že jednáním zadavatele v rozporu se zákonem vznikla či mohla vzniknout újma na právech dodavatelů. Využití či nevyužití práva podat námitky dle § 110 zákona nemá v zásadě nic společného s tím, zda v důsledku porušení zákona zadavatelem vznikla, resp. nevznikla či mohla, resp. nemohla vzniknout újma na právech dodavatelů. Námitka zadavatele je tedy nedůvodná, neboť podání či nepodání námitek není nikterak určující pro posouzení, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem či nikoli. Úřad je ten, kdo posuzuje soulad postupu zadavatele se zákonem, a to bez ohledu na podání či nepodání námitek ze strany uchazečů. Pro úplnost odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 11. 2015 sp. zn. 31 Af 194/2013, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že *„závěr Úřadu o porušení zákona není podmíněn tím, aby jednotlivé úkony zadavatele byly již dříve v průběhu zadávacího řízení napadeny námitkami. Subjektem, který je nadán pravomocí rozhodovat o tom, zda se zadavatel dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách, je výlučně žalovaný [Úřad], a může tak rozhodnout i z moci úřední.“*
- K naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu konstatovaného výrokem I. napadeného rozhodnutí*
70. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel se 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.

71. Citované ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona vymezuje znaky skutkové podstaty správního deliktu. Pro naplnění znaků správního deliktu dle výše uvedeného ustanovení tak musí být splněny základní podmínky, a to že a) zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž b) toto nedodržení postupu je způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a současně c) zadavatel uzavře s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Jde o podmínky kumulativní, což znamená, že nenaplnění byť jediné z nich musí nutně vést k závěru, že ke spáchání správního deliktu zadavatelem nedošlo.
72. S ohledem na výše uvedené mám za to, že závěr Úřadu, který je uveden ve výroku I. napadeného rozhodnutí, je závěrem správným. To znamená, že zadavatel svým jednáním naplnil první ze znaků skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť porušil postup stanovený zákonem.
73. Z hlediska naplnění druhého znaku skutkové podstaty správního deliktu uvádím, že v daném případě je zřejmé, že postupem zadavatele mohlo dojít k tomu, že potenciální uchazeči nepodali nabídku na veřejnou zakázku či se nezúčastnili zadávacího řízení, ačkoliv by při přiměřeném požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace, jinými slovy při požadavku stanoveném s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, byli po technické stránce způsobilí k výrobě a dodání předmětu plnění veřejné zakázky. Mám tak za to, že postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel nestanovil jako požadavek na prokázání technické kvalifikace pětinašobek předmětu plnění veřejné zakázky, pak není vyloučeno, že by zadavatel obdržel více nabídek, a to i výhodnějších. Pokud tedy v daném případě byl postup zadavatele shledán jako postup, který má potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pak tento rovněž považuji za správný. Z hlediska naplnění dalšího znaku skutkové podstaty správního deliktu podle ust. 120 odst. 1 písm. a) zákona tak mám za to, že i tento byl naplněn, neboť porušení postupu zákona zadavatelem bylo způsobilé podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
74. Co se týče vlivu na výběr nejvhodnější nabídky zadavatel uvádí, že v daném případě předložili nabídku tři uchazeči a všichni prokázali splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů. Zadavatel má za to, že podle rozhodovací praxe správních soudů (např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 55/2012) jde o slušnou hospodářskou soutěž a uvedené podporuje závěr o tom, že kvalifikace byla nastavena v tomto konkrétním případě řádně, resp. neměla vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel pak ve vztahu k zákazu diskriminace odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, kde tento výslovně uvedl, že není „*možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady...*“. Dále zadavatel uvádí, že například v rozsudku ze dne 2. 6. 2014 ve věci sp. zn. 30 Af 55/2012 (obdobně v rozsudku sp. zn. 62 Af 9/2015) je uvedeno, že pro dovození spáchání správního deliktu samotné nedodržení postupu podle zákona nestačí, ale je nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem.

75. Z dikce ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona nevyplývá, že by k naplnění skutkové podstaty správního deliktu bylo zapotřebí, aby k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně došlo. Již pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je v citovaném ustanovení ZVZ výslovně předpokládána. Za protiprávní jednání je tedy třeba považovat nejen takové jednání zadavatele, které zcela prokazatelně ovlivnilo hodnocení nabídek, a tím i výběr nejvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které mělo „pouze“ potenciál takového ovlivnění, což bylo Úřadem dovozeno a řádně odůvodněno.
76. V této souvislosti odkazuji na aktuální rozhodovací praxi správních soudů, a to například na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 63/2016-43 ze dne 18. 8. 2016, ve kterém soud mj. konstatoval, že „*v projednávané věci je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky*“. Obdobně se vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudcích ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012 – 40, a ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010 – 159.
77. Pokud se týká naplnění posledního znaku skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterým je podmínka toho, že byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, tak mám za to, že tato podmínka byla naplněna, když zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 29. 6. 2012 kupní smlouvu.
78. Za této situace tak došlo k naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu. Z tohoto důvodu pak závěr Úřadu o tom, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který je vysloven ve výroku I. napadeného rozhodnutí, považuji za zcela správný. Námitku zadavatele, podle níž Úřad nesprávně posoudil otázku naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu, tedy s ohledem na výše uvedené, považuji za nedůvodnou.

*Posouzení příznivosti pozdější právní úpravy*

79. Vzhledem k účinnosti nové právní úpravy je třeba uvážit, zda tato není pro pachatele správního deliktu příznivější rovněž ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí.
80. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Konstatovaná deliktní odpovědnost zadavatele je opřena o závěr, že v daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 63 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci o veřejné zakázce stanovil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů skrytě diskriminační požadavek na doložení seznamu významných dodávek v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, a to výrobu a dodávku minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce, avšak tento požadavek na kvalifikaci nevymezil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, kterým byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají. V případě aplikace ustanovení ZZVZ, by se stále jednalo o správní delikt. Podle § 167 odst. 1 ZZVZ

zadavatel při zadávání sektorové veřejné zakázky může stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté ZZVZ. Zadavatel sektorové veřejné zakázky tedy není při stanovení kritérií na prokázání kvalifikace omezen čtyřmi oblastmi kvalifikace, tj. kritérii základní způsobilosti, profesní způsobilosti, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace, jako je tomu u klasické veřejné zakázky a může stanovit i jiná objektivní kritéria kvalifikace. Na rozdíl od zákona ZZVZ výslovně neřeší, zda zadavatel sektorové veřejné zakázky má povinnost stanovit nějaká kritéria kvalifikace nebo zda prokázání splnění kritérií kvalifikace nemusí vyžadovat vůbec. Z volnosti zadavatele sektorové veřejné zakázky při stanovení kvalifikačních kritérií však existuje určitá výjimka (pokud nebereme v úvahu nutnost dodržení zásad uvedených § 6 zákona). Pokud se zadavatel sektorové veřejné zakázky rozhodne použít kritéria kvalifikace uvedená v části čtvrté, pak je povinen dostát i dalším pravidlům stanoveným v této části týkající se těchto kritérií. Pokud tedy sektorový zadavatel požaduje prokázání technického kvalifikačního předpokladu, pak se na něj vztahuje § 73 odst. 6 ZZVZ, kde je stanoveno, že pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a b) minimální úroveň pro jejich splnění.

81. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

*K uložené pokutě*

82. Vzhledem k tomu, že zadavatel v podaném rozkladu nevnášel žádné námitky proti výši nebo způsobu odůvodnění uložené pokuty, přezkoumal jsem výrok III. napadeného rozhodnutí ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu z hlediska jeho zákonnosti a z hlediska zákonnosti postupu Úřadu, který jeho vydání předcházelo. Po přezkoumání tohoto výroku mám za to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně vymezil horní hranici pro uložení pokuty v souladu s ust. § 120 odst. 2 zákona a současně při určení výše pokuty přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu ust. § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky správního deliktu, způsob jeho spáchání, tak i okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil. Současně se Úřad přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta není v daném případě likvidační. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.
83. Co se výroku III. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější a není proto aplikována na právě posuzovaný případ.



*K námitce zadavatele týkající se zaplacení poplatku podatelem podnětu*

84. Zadavatel odkazuje na § 259 ZZVZ s tím, že podatel podnětu nezaplatil částku 10 000 Kč a pokud by se aplikovala nová právní úprava, což podle názoru zadavatele měla, řízení by vůbec nezapočalo. Podle ust. § 259 ZZVZ za podání podnětu k zahájení správního řízení z moci úřední Úřad od toho, kdo podnět podal, vybere poplatek ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku, ve vztahu k jejímuž zadávání je v podnětu uvedeno pochybení. V daném případě byl podnět podán dne 30. 6. 2016, tedy před účinností ZZVZ, přičemž správní řízení z moci úřední bylo rovněž zahájeno před účinností nového zákona dne 26. 9. 2016. V době podání podnětu nebyl jeho podavatel povinen zaplatit poplatek ve výši 10 000 Kč, účinný zákon mu totiž tuto povinnost neukládal. Jak již bylo uvedeno výše podle čl. 40 odst. 6 Listiny 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. Povinnost podatele podnětu zaplatit poplatek ve výši 10 000 Kč nelze definovat jako příznivější právní úpravu pro zadavatele, neboť se netýká práv a povinností pachatele správního deliktu a správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo Úřadem zahájeno z moci úřední.

*Obecně k přezkumu napadeného rozhodnutí*

85. Ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroků I. až III. napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem mimo část, u níž jsem dospěl k závěru, že jsou naplněny podmínky pro změnu výroku II. a odůvodnění napadeného rozhodnutí v dílčí právní otázce týkající se možnosti aplikace ust. § 82 odst. 7 zákona, shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil spáchání správních deliktů. Současně Úřad všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byla naplněna skutková podstata uvedených správních deliktů, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
86. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona. Shrnuji tedy, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se zadavatel dopustil specifikovaných správních deliktů, a za tyto delikty zadavateli uložil pokutu ve výši 150 000 Kč.

**VI. Závěr**

87. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro změnu napadeného rozhodnutí ve výroku II., a pro potvrzení napadeného rozhodnutí ve zbývajících částech a zamítnutí podaného rozkladu, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výročních tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most

**Vypraveno dne:**

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