



UOHSX008OKJR

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R80/2016/VZ-46669/2016/322/LKa

Brno 24. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 4. 3. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Statutární město Děčín**, IČO 00261238, se sídlem Mírové nám. 1175/5, 405 02 Děčín IV-Podmokly, ve správním řízení zastoupeným 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-06106/2016/513/JLÍ ze dne 17. 2. 2016 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství – 2. část**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11. 4. 2013 a uveřejněno dne 12. 4. 2013 pod ev. č. zakázky 350852, ve znění opravy ze dne 15. 4. 2013, oznámení o zadání veřejné zakázky dne 5. 8. 2013,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-06106/2016/513/JLÍ ze dne 17. 2. 2016

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Statutární město Děčín, IČO 00261238, se sídlem Mírové nám. 1175/5, 405 02 Děčín IV-Podmokly, ve správním řízení zastoupený 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 podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ veřejnou zakázku „Revitalizace sídliště Děčín III-Staré Město, veřejné prostranství - 2. část“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11. 4. 2013 a uveřejněno dne 12. 4. 2013 pod ev. č. zakázky 350852, ve znění opravy ze dne 15. 4. 2013, oznámení o zadání veřejné zakázky dne 5. 8. 2013 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět veřejné zakázky byl v zadávací dokumentaci členěn na dvě části, 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:
 - smlouva na plnění první 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,
 - smlouva na plnění druhé 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.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

4. V článku XI. odst. 1 smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem dne 10. 7. 2013 je stanoveno: *„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.“*
5. Dne 16. 6. 2014 byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena dohoda o narovnání. V bodě 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 (části 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 prodlení zhotovitele s kteroukoli částí díla smluvní pokutu ve výši 50 000,- Kč za každý den prodlení.“*
6. V bodě 2 článku I „Předmět narovnání“ dohody o narovnání bylo 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.“*
7. V bodě 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.“*

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 17. 2. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0828/2015/VZ-06106/2016/513/JLí (dále jen **„napadené rozhodnutí“**), kterým ve výroku I. rozhodnul, 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, 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 snížil na 1 740 739 Kč.
9. Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí byla podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložena zadavateli výrokem II. napadeného rozhodnutí pokuta ve výši 40 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

10. Dne 4. 3. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 18. 2. 2016. Navrhovatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
11. Zadavatel v rozkladu namítá, že napadené rozhodnutí spočívá na nesprávných skutkových i právních závěrech a dále, že nebyla dodržena zásada materiální pravdy dle § 3 zákona

č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), tedy požadavek, aby byl zjištěn skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2.

12. Zadavatel v rozkladu uvádí, že Úřad dovozuje, že došlo k podstatné změně práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo tím, že byla uzavřena dohoda o narovnání a moderována smluvní pokuta.
13. Především zadavatel zmiňuje, že výše smluvní pokuty byla pro nastalou situaci nepřiměřená, a proto bylo nutné přistoupit k její moderaci. Výše smluvní pokuty byla 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 takovou smluvní pokutu moderoval až do výše vzniklé škody.
14. Zadavatel dále namítá, že při prodlení existovaly okolnosti, které nelze přičítat pouze vybranému uchazeči, přitom otázka délky prodlení není v žádném případě změnou práv a povinností ze smlouvy, ale jedná se o právní skutečnost, která fakticky nastala bez možnosti jakéhokoliv ovlivnění.
15. Zadavatel uvádí, že se Úřad nevypořádal s námitkou účastníka řízení, že pokud by moderace nebyla provedena mezi vybraným uchazečem a zadavatelem, k moderaci by přistoupil soud, což by znamenalo daleko větší vynaložení nákladů z veřejných prostředků.
16. Zadavatel namítá, že pokud jde o potenciální ovlivnění výběru nejhodnější nabídky, nešlo o podstatnou změnu podmínek zadávacího řízení, a tak tato změna nemohla mít vliv na účast potenciálních uchazečů v řízení. Zadavatel rovněž uvedl, že se výše smluvní pokuty nemohla promítnout ve výši nabídkové ceny. Zadavatel argumentaci Úřadu, že potenciální uchazeči při rozhodování, zda se zúčastní soutěže o veřejnou zakázku, zvažují celou řadu okolností, nepovažuje za dostatečnou.
17. Zadavatel dále namítá, že případná další sankce by byla v rozporu se zásadou ne bis in idem, neboť za předmětné jednání byl zadavatel již potrestán sankcí ve formě zkrácení dotace ve výši 25 % z poskytnuté částky v rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj nazvaném Vyřízení námitek vedoucím kontrolního orgánu č. j. MMR-8767/2015-26 ze dne 27. 5. 2015. V současné době probíhá u Městského soudu v Praze řízení o zrušení nezákonného rozhodnutí pod sp. zn. 8 A 141/2015-62. Zadavatel proto navrhoval řízení vedené Úřadem přerušit až do vydání rozhodnutí Městského soudu v Praze, neboť v případě, že by soud potvrdil, že v případě Vyřízení námitek šlo o rozhodnutí sankčního charakteru, byl by zadavatel potrestán dvakrát za tentýž skutek.

Závěr rozkladu

18. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil, a to tak, že jednání zadavatele není správním deliktem.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

20. 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 jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 121 odst. 1 písm. a) zákona a výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši 40 000 Kč.
22. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

23. Podstatou argumentace zadavatele je námitka brojící proti závěru Úřadu, že došlo k podstatné změně práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo tím, že byla uzavřena dohoda o narovnání a moderována smluvní pokuta a dále, že tato změna neměla nebo nemohla mít za následek podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
24. Narovnání představuje dohodu účastníků závazkového právního vztahu, kterou účastníci odstraňují spornost nebo pochybnost vzájemných práv a povinností tím, že je ruší a nahrazují je novými právy a povinnostmi. Dosavadní závazek tak zaniká a je nahrazen závazkem novým, který vyplývá z narovnání. Narovnáním lze mezi účastníky upravit jakákoliv sporná práva, kterými mohou disponovat.
25. Ustanovení § 585 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“)², jenž upravuje narovnání, uvádí, že dohodou o narovnání mohou účastníci upravit práva mezi nimi sporná nebo pochybná. Dohoda, kterou mají být mezi účastníky upravena veškerá práva, netýká se práv, na něž účastník nemohl pomýšlet.
26. V rámci posuzování platnosti jakéhokoli návrhu dohody o narovnání je nezbytné provést revizi návrhu i z pohledu zákona. Je nezbytné konstatovat, že zákon obecně postup uzavírání dohody o narovnání nevylučuje. Je však s ohledem na současnou právní úpravu nutné vždy zohledňovat obsah dohody o narovnání v kontextu § 82 odst. 7 zákona, který upravuje podstatné změny smlouvy. Za podstatnou se považuje taková změna, která by podle § 82 odst. 7 zákona:
- a) rozšířila předmět veřejné zakázky,

² Ve znění občanského zákoníku ke dni uzavření dohody o narovnání

- b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
 - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, nebo
 - d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
27. Na základě výše uvedeného lze shrnout, že změny smluv je možné rozdělit na změny podstatné a nepodstatné. Bez zahájení nového zadávacího řízení je možné připustit pouze změny nepodstatné. Za nepřipustné změny je pak možné považovat takové změny, které narušují hospodářskou soutěž a omezují konkurenci ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Příklad změny v předmětu či obsahu smlouvy lze rozlišit jednak na rozšíření předmětu smlouvy a další změny. Nelze tedy uzavřít dodatek ke smlouvě, kterým bude smlouva změněna takovým způsobem, že dojde k navýšení ceny, prodloužení smlouvy či změně hospodářské rovnováhy ve prospěch dodavatele. V takových případech je nezbytné, zahájit nové zadávací řízení.
28. Nejvyšší soud České republiky v reflexi své dřívější rozhodovací praxe zpřesnil rozsudkem sp. zn. 33 Cdo 1682/2007 ze dne 25. 11. 2009 určení přiměřené výše tak, že *„zatímco smluvní pokutu sjednanou ve výši zhruba 0,5 % denně z dlužné částky posuzuje ještě jako odpovídající dobrým mravům, ujednání o smluvní pokutě ve výši 0,67 %, resp. 0,71 % denně z dlužných částek je již nutno považovat s přihlédnutím k okolnostem daného případu za neplatný právní úkon, který se přičí dobrým mravům.“*
29. Právě nastavení zadávacích podmínek a požadavky zadavatele jsou mimo jiné jedním ze stěžejních podkladů pro rozhodnutí o podání nabídky, přičemž se plně ztotožňují s názorem Úřadu, uvedeným v bodě 51. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že potenciální uchazeči o konkrétní veřejnou zakázku zvažují před svou účastí v zadávacím řízení celou řadu faktorů, mezi něž patří 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.
30. Potenciální uchazeči se zadávacího řízení veřejné zakázky nemuseli zúčastnit právě z důvodu nastavení vysoké smluvní pokuty, nemohli totiž předvídat, že dojde k jejímu podstatnému snížení. Zadavatel svým postupem naplnil znaky podstatné změny smlouvy, neboť změna výše smluvní pokuty představuje takovou podmínku, jež by umožnila, pokud by se vyskytovala v původním postupu při zadávání veřejné zakázky přijmout i jinou nabídku než tu, která byla původně přijata, a dále došlo ke změně, která nebyla v podmínkách původní veřejné zakázky předpokládána, a která změnila hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
31. Zadávací řízení představuje specifickou formu smluvního vyjednávání, ve kterém zadavatel v zadávací dokumentaci stanoví, vedle dalšího, všechny podmínky, za kterých je připraven uzavřít smlouvu, a uchazeč ve své nabídce na tyto podmínky reaguje, tedy akceptuje zadavatelovy požadavky, případně doplňuje vlastní části, pokud toto zadavatel umožnil. Smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky se tedy uzavírá na podkladě podaných nabídek, které jsou zpracovány v souladu s podmínkami soutěže a zadávací dokumentací.
32. V souvislosti s otázkou možnosti změn návrhu smlouvy odkazují, stejně jako Úřad v napadeném rozhodnutí, na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie (dále jen

„SD EU“), a to zejména ve věci C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku ze dne 19. 6. 2008, kde mimo jiné SD EU konstatoval, že *„relevantním kritériem pro určení, zda sjednání takového ustanovení představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy (...)“*. SD EU 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.“* Jinými slovy řečeno, podstatná změna smlouvy na veřejnou zakázku vykazuje záměr smluvních stran sjednat nové podmínky smlouvy, které však v důsledku vyžadují nové zadávací řízení. Tedy podstatná změna smlouvy zakládá změnu smlouvy původní, jež byla výsledkem zadávacího řízení. Jakákoliv změna smlouvy, jež bude posouzena jako podstatná ve smyslu výše uvedené judikatury, je pak s to zapříčinit protiprávnost jednání zadavatele spočívající v umožnění podstatné změny původně uzavřené smlouvy.

33. Rovněž v dalších rozsudcích SD EU týkajících se podstatných změn smlouvy původně uzavírané na základě kontraktačního procesu v zadávacím řízení (C-91/08 ze dne 13. 4. 2010 Wall AG proti městu Frankfurt nad Mohanem, C-160/08 ze dne 29. 4. 2010 Komise proti Spolkové republice Německo, C-496/99 ze dne 29. 4. 2004 Komise proti CAS Succhi di Frutta SpA, C-337/98 ze dne 5. 10. 2000 Komise proti Francii) se SD EU vyslovuje v tom smyslu, že mají-li změny provedené v ustanoveních smlouvy podstatně odlišné charakteristiky, než jsou ty, jež odůvodňovaly původní udělení smlouvy, je třeba přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového zadávacího řízení.
34. Mezi výše uvedené lze zařadit i změny smluv, které se netýkají jejich podstatných náležitostí, ale vedlejších ujednání, jako jsou právě zajišťovací instituty. I o nich tedy platí, že není možné provádět takové změny smlouvy, které by nebyly v souladu se zadávacími podmínkami a nabídkou uchazeče. V opačném případě by totiž zadavatel mohl ovlivňovat okruh připuštěných dodavatelů a tedy ovlivňovat v důsledku toho i výběr dodavatele požadavkem např. na ekonomicky neúnosná zajišťovací opatření, přičemž by tato mohla být z uzavřené smlouvy odstraněna její pozdější změnou závislou výhradně na vůli, či dokonce záměru zadavatele.
35. K námitce zadavatele vztahující se k možnosti vlivu na účast potenciálních uchazečů v zadávacím řízení uvádím, že právě podmínka i jen potenciálního podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je z pohledu aplikace § 120 odst. 1 písm. a) zákona stěžejní. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel stanovil nižší smluvní pokutu (tedy pokutu odpovídající částce smluvní pokuty následně ujednané dohodou o narovnání), obdržel by i jiné nabídky a byla by zde potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného než vybraného uchazeče. V souvislosti s výše uvedeným odkazuji na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009, kde je k dané problematice uveden závěr, že *„[s]kutková 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 nejhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“ Dále uvádím, že podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona pak postačí, pokud je shledána možnost vlivu na výběr nejhodnější nabídky, tedy hypotetická existence vlivu, přičemž není nutno prokazovat, že k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky fakticky došlo. Tomu odpovídá následující závěr Nejvyššího správního soudu, ke kterému tento soud dospěl v rozsudku č. j. 9 Afs 78/2012 – 28 ze dne 25. 7. 2013, podle něhož „ze zákonného znění přitom *expressis verbis* plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky.“

36. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že bylo prokázáno kumulativní naplnění všech znaků skutkové podstaty tvrzeného správního deliktu: 1. zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, když zavedení podmínek, které se nevyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, mělo nepochybně vliv na rozhodování dodavatelů, zda se soutěže o veřejnou zakázku zúčastní, či nikoliv, 2. tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť výše smluvní pokuty má nepochybně vliv na rozhodování dodavatelů, zda se soutěže o veřejnou zakázku zúčastní, či nikoliv, a 3. uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
37. K námitce zadavatele, že nastala překážka zahájeného či probíhajícího řízení v téže věci, uvádím následující. Obecně k zásadě *ne bis in idem* („ne dvakrát o tomtéž“) lze uvést, že se k tomuto institutu vztahují dvě procesní podmínky (překážky), kterými jsou *rei administratae* a *litispendence*. Zásadu *ne bis in idem* lze shrnout jako zákaz nového stíhání pro tentýž skutek a uplatní se tehdy, když o určitém skutku bylo již vyneseno pravomocné rozhodnutí, nebo je ještě o něm vedeno řízení.
38. Ve vztahu k překážce *litispendence* ve smyslu ustanovení § 48 správního řádu konstatuji, že v šetřeném případě nenastala překážka *litispendence*, tedy překážka zahájeného či probíhajícího řízení v téže věci. Předmětem tohoto správního řízení je rozhodování Úřadu, jenž je dle § 112 zákona vykonává dohled nad zadáváním veřejných zakázek, zda se zadavatel v rámci šetřené veřejné zakázky dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona či nikoliv. Rozhodnutím Ministerstva pro místní rozvoj nazvané Vyřízení námitek vedoucím kontrolního orgánu č. j. MMR-8767/2015-26 ze dne 27. 5. 2015 byla zadavateli uložena sankce ve formě zkrácení dotace ve výši 25 % z poskytnuté částky. Ministerstvo pro místní rozvoj tedy výše citovaným rozhodnutím rozhodovalo o jiné „věci“, než napadené rozhodnutí – zda byly dodrženy podmínky pro poskytnutí dotace, nikoli o naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Skutečnost, že poskytovatel dotace zkrátí dotaci z důvodu nesprávného postupu zadavatele, nemůže mít vliv na postup Úřadu při rozhodování, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, a následném ukládání pokuty. K tomuto závěru dospěl Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č. j. 1 Afs 23/2012 – 102 ze dne 28. 11. 2012, v němž uvádí, že „žádost

o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédl“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání“.

39. Překážka věci rozhodnuté (*rei administratae*) pak spočívá v tom, že o téže věci nesmí být vícekrát pravomocně rozhodnuto, resp. v tom, že o věci pravomocně rozhodnuté nesmí být vedeno další jiné řízení. Z uvedeného plyne, že v rozsahu výroku pravomocně skončené věci nemůže být totožná věc projednávána znovu. Překážka věci pravomocně rozhodnuté nastává především tehdy, má-li být v novém řízení mezi týmiž účastníky projednávána stejná věc, která již je pravomocně ukončena. Jinými slovy, tato zásada se uplatní pouze za předpokladu, když je o určitém skutku vyneseno pravomocné rozhodnutí.
40. S ohledem na výše uvedené mám za to, že předmětné správní řízení není zatíženo překážkou litispendence, ani překážkou *rei administratae*, z čehož plyne, že nedošlo k porušení zásady *ne bis in idem*.

K posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

41. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
42. 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.
43. 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.

44. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Delikt ní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel 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.
45. 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. Ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ uvádí, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a zároveň je hodnota změny nižší než 10 % původní hodnoty závazku (tj. uzavřené smlouvy), nebo 15 % původní hodnoty závazku uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí. ZZVZ tak změny odpovídající uvedeným hodnotám vyčleňuje z povinnosti zadávat tyto změny v novém zadávacím řízení.
46. Z hlediska posouzení, zda se podle pozdější právní úpravy § 222 odst. 4 ZZVZ jednalo či nejednalo o podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, je třeba nejprve určit *původní hodnotu závazku uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku*, jelikož naplnění hypotézy tohoto ustanovení je vázáno na dodržení konkrétní míry procentuální změny takovéto původní hodnoty. Nelze přitom přehlédnout, že hodnota závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se v čase v důsledku ujednání o smluvní pokutě a současně v důsledku prodlení vybraného uchazeče vyvíjela. Prodlením vybraného uchazeče docházelo k postupnému nárůstu smluvní pokuty, a tedy k poklesu celkové hodnoty závazku zadavatele vůči vybranému uchazeči plynoucího ze smlouvy na plnění veřejné zakázky.
47. Zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky v hodnotě 39 275 539,64 Kč včetně DPH s vybraným uchazečem dne 10. 7. 2013. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dohodu o narovnání dne 16. 6. 2014, kdy smluvní pokuta činila 6 800 000 Kč.
48. Původní hodnota závazku z uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku tedy před provedením změny tohoto závazku dne 16. 6. 2014 činila 32 475 539,64 Kč, což je rozdíl hodnoty závazku zadavatele vzniklého v důsledku zadání veřejné zakázky a hodnoty smluvní pokuty vybraného uchazeče, tedy hodnoty, kterou byl zadavatel oprávněn započíst vůči svému závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.
49. Dne 16. 6. 2014 pak zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dohodu o narovnání, kterou snížil celkovou výši smluvní pokuty z 6 800 000 Kč na 1 740 739 Kč, tedy provedl změnu výše smluvní pokuty o 5 059 261 Kč.
50. Tuto změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku tedy zadavatel dohodu o narovnání provedl v relativní výši 15,58 % původní hodnoty závazku uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku (dle výpočtu $5\,059\,261\text{ Kč} / 32\,475\,539,64\text{ Kč} * 100$).

51. Ve vztahu k § 222 odst. 4 ZZVZ tedy uzavírám, že zadavatel provedl podstatnou změnu smlouvy na veřejnou zakázku, když uzavřením dohody o narovnání učinil změnu v hodnotě vyšší než 15 % původní hodnoty závazku uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku.
52. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
53. Co se výroku II. 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 za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
54. 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 stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

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