



UOHSX00B5LDU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0131/2018/VZ-10511/2018/523/HVo

Brno: 10. dubna 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve věci spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) téhož zákona obviněným

- Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary,

při zadávání veřejné zakázky „**Realizace stavby ,Lineární urychlovač pro nemocnici v Chebu - přístavba zázemí**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 9. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 9. 2014 pod ev. č. 495048, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 9. 2014 a dne 15. 10. 2014,

vydává dle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, tento **příkaz**:

I.

Obviněný – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary – **se dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval v rozporu s ust. § 82 odst. 7 písm. b) cit. zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 téhož zákona, když** dne 31. 7. 2015 **uzavřel** s vybraným uchazečem – Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8 – **dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo** uzavřené dne 15. 12. 2014 s cit. vybraným uchazečem **na plnění předmětu veřejné zakázky „Realizace stavby ,Lineární urychlovač pro nemocnici v Chebu - přístavba zázemí“** zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 9. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 9. 2014 pod ev. č. 495048, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 9. 2014 a dne 15. 10. 2014, **kterým**

posunul konečný termín plnění předmětu veřejné zakázky ze dne 31. 7. 2015 na den 31. 8. 2015, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z cit. smlouvy, když změna konečného termínu plnění mohla za použití v původním zadávacím řízení umožnit účast jiných dodavatelů, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se obviněnému – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 75 000 Kč (sedmdesát pět tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do jednoho měsíce** od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

1. Obviněný – Karlovarský kraj, IČO 70891168, se sídlem Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary (dále „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), dne 23. 9. 2014 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „**Realizace stavby ‚Lineární urychlovač pro nemocnici v Chebu - přístavba zázemí‘**“; předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 9. 2014 pod ev. č. 495048, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 9. 2014 a dne 15. 10. 2014 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona, obdržel dne 14. 2. 2018 od obviněného podnět k přezkoumání jeho postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky. V souvislosti s obdrženým podnětem si Úřad vyžádal od obviněného jeho bližší vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a dokumentaci o zadávacím řízení, kdy podklady pro vydání tohoto příkazu jsou obsahem spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S0131/2018/VZ.
3. Úřad konstatuje, že z dokumentace o veřejné zakázce, poskytnutých listin a vyjádření obviněného ze dne 2. 3. 2018 (dále jen „**vyjádření**“), byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání tohoto příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.
4. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“), správní orgán může o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.
5. Úřad pro bližší upřesnění procesní situace vedeného správního řízení dále uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon o přestupcích, je třeba s ohledem na jeho § 112 odst. 1 na dosavadní jiné správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, ode dne účinnosti zákona o přestupcích hledět jako na přestupky podle

zákona o přestupcích (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo pouze ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“). Totéž pak platí i ve vztahu k pojmu „obviněný“, kdy podle § 69 zákona o přestupcích se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci podezření za spáchání přestupku, je zadavatel v tomto příkazu označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný (i v tomto případě se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele).

I. K postavení obviněného jako zadavatele

6. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
7. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. c) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je mimo jiné územní samosprávný celek.
8. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
9. Podle čl. 1 bod 5. ústavního zákona č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávných celků a o změně ústavního zákona České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se na území České republiky vytváří mj. tento vyšší územní samosprávný celek: Karlovarský kraj se sídlem v Karlových Varech, vymezený územím okresů Cheb, Karlovy Vary a Sokolov.
10. Vzhledem ke skutečnosti, že obviněný – Karlovarský kraj – je územním samosprávným celkem, má Úřad za prokázané, že je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona, protože se na něj vztahují ustanovení zákona platná pro veřejné zadavatele.
11. Pro úplnost Úřad uvádí, že na právním postavení obviněného nic nezměnilo ani nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), neboť dle § 4 odst. 1 písm. d) ZZVZ je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek.

II. Relevantní ustanovení zákona

12. Podle § 82 odst. 2 zákona pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námitky podle § 110 odst. 4 zákona, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.
13. Podle § 82 odst. 7 písm. b) zákona zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.
14. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

III. Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce a dalších podkladů

15. Dle čl. II. PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky bylo provedení a obstarání veškerých prací a zhotovení děl nutných k úplnému dokončení a zprovoznění stavby: „Lineární urychlovač pro nemocnici v Chebu – přístavba zázemí“, v rozsahu specifikovaném projektovou dokumentací vypracovanou společností ATELIER Penta, v.o.s., IČO 47916621, se sídlem Mrštíkova 1166/12, 586 01 Jihlava (dále jen „ATELIER Penta, v.o.s.“), projektantem Ing. Jiřím Brožem, ověřenou autorizovaným inženýrem pro pozemní stavby Ing. arch. Jaromírem Homolkou, CSc. a zadávací dokumentací.
16. V tomtéž článku zadávací dokumentace je dále výčet podkladů pro zpracování nabídky, tj. zadávací dokumentace a dále projektová dokumentace zpracovaná společností Atelier Penta, v.o.s., vyhotovená „08.2014 v Jihlavě, zak. číslo A 22 -14 – P“ a „07.2014 v Jihlavě, zak. číslo A 22- 14- BP“.
17. Dle čl. IV. DOBA A MÍSTO PLNĚNÍ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY byl stanoven předpoklad zahájení prací do dne 1. 12. 2014 a jako „Nepřekročitelný termín ukončení prací“ byl stanoven den 31. 7. 2015.
18. Dle čl. V. ZPŮSOB HODNOCENÍ NABÍDEK bylo základním hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena bez DPH, přičemž předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla dle oznámení o zahájení předmětného zadávacího řízení 39 mil. Kč bez DPH.
19. Z evidenčního archu podaných nabídek, jež je přílohou protokolu o otvírání obálek s nabídkami ze dne 6. 11. 2014, vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek byly podány celkem 4 nabídky.
20. Dle protokolu o jednání hodnotící komise, jehož součástí je i zpráva o posouzení a hodnocení nabídek, byla jako nejvhodnější nabídka stanovena nabídka vybraného uchazeče – Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8 (dále jen „**vybraný uchazeč**“) s nabídkovou cenou 27 732 468,58 Kč bez DPH.
21. Dne 15. 12. 2014 uzavřel obviněný na předmětnou veřejnou zakázku smlouvu s vybraným uchazečem (dále jen „**smlouva**“); dle čl. IV. Doba plnění smlouvy bylo stanoveno, že se zhotovitel zavazuje dílo řádně provést ve lhůtě nejpozději do 31. 7. 2015, přičemž termín předání staveniště zhotoviteli a zahájení provádění díla byly stanoveny na den 1. 12. 2014.
22. Dále bylo v čl. 3.2 smlouvy uvedeno, že dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené smlouvou, projektovou dokumentací zpracovanou společností ATELIER Penta, v.o.s. (viz bod 16. odůvodnění tohoto příkazu), stavebním povolením, zadávací dokumentací na předmětnou veřejnou zakázku, nabídkou zhotovitele a obecně závaznými právními předpisy, „ČSN, EN, metodikami výrobců, pokud neodporují právním předpisům a ČSN a EN, a veškerými písemnými pokyny a podklady předanými objednatel zhotoviteli podle smlouvy a případnými pozdějšími změnami shora uvedené dokumentace, které byly vyvolány potřebami zjištěnými v průběhu provádění díla, jeho zkoušení, uvádění do provozu nebo z důvodu rozhodnutí či opatření orgánu státního stavebního dohledu, příp. jinými orgány příslušnými ke kontrole staveb či jinými okolnostmi smluvními stranami nepředvídanými, rozhodnutími, resp. vyjádřeními veřejnoprávních orgánů, výsledky kontrolních dnů a prováděných zkoušek s tím, že objednatel je oprávněn upravit způsob provádění díla.“

23. Dle čl. 4.3 smlouvy byl zhotovitel povinen nejpozději do 7 kalendářních dnů ode dne podpisu smlouvy předložit detailní harmonogram realizace díla, zpracovaný v souladu s nabídkou zhotovitele v rámci zadávacího řízení.
24. V čl. 4.8 smlouvy je stanoveno následující: *„Zdrželi se provádění díla v důsledku důvodů výlučně na straně objednatele, má zhotovitel právo na přiměřené prodloužení doby plnění díla či jeho části, a to o dobu, o kterou bylo plnění díla či jeho části takto prodlouženo.“*.
25. Ze zápisu z kontrolního dne stavby č. 1 konaného dne 7. 1. 2015, bod 1/5, vyplývá, že podrobný harmonogram předložený v termínu dle čl. 4. 3 smlouvy (tj. do 7 dnů od uzavření smlouvy; 25. 12. 2014, viz bod 23. odůvodnění tohoto příkazu) nebyl, byl stanoven termín pro předložení podrobného harmonogramu nový (21. 1. 2015), který byl již dle zápisu z kontrolního dne stavby č. 2 konaného dne 21. 1. 2015, bod 1/5, dodržen; tento harmonogram počítal s ukončením prací v původním termínu, tj. do 31. 7. 2015.
26. Úřad z obviněným předložených listin zjistil, že předmětná veřejná zakázka na přístavbu zázemí úzce souvisí s jinou veřejnou zakázkou obviněného, a to veřejnou zakázkou na dodávku tzv. lineárního urychlovače, přičemž otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Lineární urychlovač pro nemocnici v Chebu“ bylo zahájeno odesláním oznámení dne 5. 6. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 6. 2014 pod ev. č. 481855; dle oznámení o zadání zakázky, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 11. 2014, byla zakázka zadána dne 6. 11. 2014 (dále jen „**veřejná zakázka na dodávku lineárního urychlovače**“).
27. Dle čl. 1.4. kupní smlouvy na dodávku lineárního urychlovače ze dne 6. 11. 2014, jež byla uzavřena na realizaci plnění veřejné zakázky na dodávku lineárního urychlovače se společností TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o., IČO 45797803, se sídlem Na Zatlance 2174/5, Smíchov, 150 00 Praha 5, jakožto vedoucím účastníkem sdružení „Lineární urychlovač Cheb“ (dále jen „**dodavatel lineárního urychlovače**“), kterou obviněný Úřadu poskytl současně s podnětem (dále jen „**smlouva na dodávku lineárního urychlovače**“), vyplývá, že součástí předmětu veřejné zakázky na dodávku lineárního urychlovače je i „*zpracování technické projektové dokumentace (dále jen „projekt“ nebo „technologický projekt“) pro instalaci Zařízení,*“ přičemž v čl. 2.10 též smlouvy je uvedeno, že „*Zařízení bude dodáno (...) po ukončení stavebních úprav nutných k instalaci Zařízení. Tyto stavební úpravy provede dodavatel vybraný v samostatném zadávacím řízení, jejich provedení není předmětem této Smlouvy,*“ a dále v čl. 2.11 cit. smlouvy je uvedeno, že „*Technologický projekt, zpracovaný Prodávajícím, bude podkladem pro zadávací řízení na výběr zhotovitele stavebních úprav uvedených výše v bodě 2.10. (...) Technologický projekt musí být dodán do 3 týdnů po podpisu této smlouvy.*“
28. Tzv. technologický projekt dle smlouvy na dodávku lineárního urychlovače (viz předchozí bod odůvodnění tohoto příkazu) byl obviněnému předán, jak vyplývá z „Předávacího protokolu projektové dokumentace“, dne 21. 11. 2014.
29. Z přípisu „Předání upravené projektové dokumentace“ ze dne 25. 2. 2015 vyplývá, že upravená projektová dokumentace pro předmět plnění veřejné zakázky byla předána obviněnému od projektanta ATELIER Penta, v.o.s. dne 25. 2. 2015.

30. Dne 28. 4. 2015 vybraný uchazeč v přípisu obviněnému uvedl, že v souvislosti s upravenou projektovou dokumentací pro předmět plnění veřejné zakázky (viz předchozí bod odůvodnění tohoto příkazu) dojde k prodloužení realizace plnění předmětu veřejné zakázky. Konkrétně vybraný dodavatel uvádí, že *„zásadní, vzhledem k termínům realizace, je část D1 01 4c Vzduchotechnika a chlazení, která mění specifikaci VZT jednotek. Prověřené dodací lhůty jednotek jsou 7 až 9 týdnů od termínu jejich objednání u výrobce a to v závislosti na aktuální vytíženosti jeho výroby (...)*“. Přílohou tohoto přípisu je aktualizovaný harmonogram, dle kterého bylo dokončení plnění předmětu veřejné zakázky plánováno na den 8. 9. 2015.
31. Dne 17. 4. 2015 uzavřel obviněný Smlouvu č. CZ.1.09/1.3.00/78.01273 o poskytnutí dotace z rozpočtových prostředků Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad (dále jen **„smlouva o poskytnutí dotace“**), ve které je stanoveno, že se příjemce dotace (tj. obviněný) zavazuje ukončit fyzickou realizaci projektu nejpozději do 4. 10. 2015 (čl. VI.2. cit. smlouvy o poskytnutí dotace). Poskytovatelem dotace byla Regionální rada regionu soudržnosti Severozápad, IČO 75082136, se sídlem Berní 2261/1, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen **„poskytovatel dotace“**).
32. V přípisu „Plánované změny v projektu/ve Smlouvě o poskytnutí dotace“ ze dne 3. 6. 2015, jež obviněný poslal poskytovateli dotace a kterým žádal o souhlas s prodloužením konečného termínu plnění předmětu veřejné zakázky do 31. 8. 2015, je uvedeno mj. následující: *„Vzhledem k rozsahu změn není zhotovitel schopen dodržet původní termín dokončení stavby do 31. 7. 2015. Změna tohoto termínu nemá dopad na termín ukončení fyzické realizace projektu a ukončení projektu dle žádosti o dotaci, tzn. ukončení fyzické realizace do 4. 10. 2015 a ukončen[í] projektu do 30. 10. 2015.“* K důvodům prodloužení realizace stavby odkazuje obviněný v tomto přípisu na vyjádření vybraného uchazeče ze dne 28. 4. 2015 (viz bod 30. odůvodnění tohoto příkazu).
33. Přípisem „Žádost o přehodnocení části stanoviska č. j. RRSZ 13545/2015 ze dne 10.6.2015“ ze dne 26. 6. 2015 žádal obviněný poskytovatele dotace o odsouhlasení prodloužení předmětného termínu do 31. 8. 2015. Uvádí v něm, že posunutím konečného termínu plnění předmětu veřejné zakázky nedochází k porušení zákona vzhledem k článku 4.8 smlouvy (viz bod 24. odůvodnění tohoto příkazu), ze kterého podle obviněného vyplývá právo na prodloužení předmětného termínu. Obviněný v tomto přípisu uvedl, že *„Vzhledem k tomu, že zhotovitel stavby neměl žádný vliv na výběr přístroje, který bude do stavby instalován, naplňuje obsah ustanovení Smlouvy o dílo, vyplývá mu z uvedeného ustanovení 4.8., právo na prodloužení termínu dokončení stavby (...)*“.
34. Následně dne 31. 7. 2015 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem dodatek ke smlouvě „Dodatek č. 1 smlouvy o dílo na realizaci stavby“ (dále jen **„dodatek č. 1“**), kterým mj. změnil termíny oproti smlouvě (viz bod 21. odůvodnění tohoto příkazu) tak, že nově se zhotovitel zavazuje dílo řádně provést ve lhůtě nejpozději do dne 31. 8. 2015, přičemž termín předání stanoviště zhotoviteli a zahájení provádění díla byl změněn na den 19. 12. 2014.
35. Téhož dne uzavřel obviněný s vybraným uchazečem druhý dodatek ke smlouvě „Dodatek č. 2 smlouvy o dílo na realizaci stavby“ (dále jen **„dodatek č. 2“**), jímž byla mj. zvýšena maximální cena za provedení díla, a to na 29 184 673,28 Kč bez DPH. V souvislosti s cenou za provedení díla bylo v cit. dodatku uvedeno, že s odkazem na § 92e zákona č. 235/2004 Sb., o dani

z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpis (dále jen „**zákon o DPH**“), se použije režim přenesení daňové povinnosti z plátce, který uskutečnil zdanitelné plnění (vybraný uchazeč) na plátce, pro kterého bylo uskutečněno (obviněný).

36. Dodatky č. 1 a 2 byly schváleny v orgánech obviněného, jak vyplývá z „Usnesení z 23. jednání Rady Karlovarského kraje, které se uskutečnilo dne 27. července 2015 (...)“ (dále jen „**usnesení obviněného**“). V důvodové zprávě tohoto usnesení je shrnuto, že prodloužení termínu bylo způsobeno následujícími skutečnostmi: projektová dokumentace pro předmětnou veřejnou zakázku byla zpracována v období, kdy nebyl znám konkrétní typ lineárního urychlovače, a byla tak připravována „*univerzálně se zapracováním všech znalostí od jednotlivých výrobců lineárních urychlovačů*“. Dále, „*[v] prosinci 2014 obdržel projektant informaci o výsledku výběrového řízení – technologický projekt od společnosti Transkontakt medical s.r.o., přístroj Elektra Synergy*“, přičemž tento lineární urychlovač je „*novou, inovovanou verzí lineárního urychlovače daného výrobce, o kterém v době realizace projektové dokumentace nebyly známy technické údaje*.“ Dále je v usnesení obviněného uvedeno, že „*[s]e změnovými listy č. 1 a 2 dále souvisí prodloužení termínu ukončení stavby v termínu do 31.8.2015. (...) Změna tohoto termínu nemá dopad na termín ukončení fyzické realizace projektu a ukončení projektu dle žádosti o dotaci, tzn. ukončení fyzické realizace do 4.10.2015 a ukončení projektu do 30.10.2015.*“

IV. K výroku I. příkazu

37. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že hlavním cílem zákona o veřejných zakázkách je zejména zabezpečení co možná nejvíce efektivního vynakládání veřejných prostředků. Vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, je primární cíl zákona dosahován prostřednictvím zajištění co nejširšího konkurenčního prostředí mezi potenciálními dodavateli plnění veřejné zakázky, a proto zákonodárce záměrně konstruuje zadávací řízení jako formalizovaný proces. Zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly naplněny základní zásady zadávacího řízení, vyjádřené v ustanovení § 6 ZZVZ, resp. § 6 odst. 1 zákona. Zákon, resp. ZZVZ v této souvislosti modifikuje proces kontraktace upravený jinak obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel musí dodržet. Zadávání veřejných zakázek tak představuje specifický postup uzavření a následné modifikace smlouvy, který se v tomto ohledu výrazně liší od běžného soukromoprávního procesu kontraktace, který probíhá v režimu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „**občanský zákoník**“) a který je výrazně volnější. Jinými slovy řečeno zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces, s minimem prostoru pro smluvní volnost. To je promítnuto zejména do ustanovení § 82 odst. 2 zákona, z něhož vyplývá, že smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem je zadavatel povinen uzavřít v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v jeho nabídce.
38. Pravidla, za kterých může docházet ke změnám uzavřených smluv na plnění veřejné zakázky, jsou závazně stanovena v § 82 odst. 7 zákona, resp. v tomto ustanovení je taxativně vymezeno, jaké změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy se považují za podstatné, a tedy nepřípustné. Úřad k tomu dodává, že zákonodárce za podstatnou změnu mj. považuje takovou změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů [srov. § 82 odst. 7 písm. b) zákona].

39. Citované ustanovení zákona stanoví v návaznosti na závěry učiněné již dříve judikaturou (dnešního) Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), který se problematikou limitů přípustnosti změn smluv na realizaci veřejných zakázek zabýval např. v rozsudku SDEU sp. zn. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (ve věci Presstext Nachrichtenagentur GmbH). SDEU v posledně citovaném rozsudku vymezil konkrétní hranice přípustnosti změny smlouvy tak, aby nedošlo k obcházení smyslu zákona, resp. prvku rovné soutěže mezi dodavateli. V uvedeném rozsudku SDEU jednoznačně konstatoval, že změna může být považována 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 vybrána.“*
40. Účelem omezení změn závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku je ochrana před obcházením zákona, jelikož v situaci, kdy by bylo zcela na volném uvážení zadavatele (a jeho smluvního partnera), jak změnit smlouvu, která byla původně uzavřena na základě zákonem regulované soutěže, by tato původní soutěž (a tedy vlastně celá úprava zadávání veřejných zakázek) ztratila jakýkoli smysl. Pro úplnost pak Úřad doplňuje, že jiné změny, než vymezené v ustanovení § 82 odst. 7 zákona, je pak možné považovat za změny nepodstatné, a tedy v zásadě přípustné.
41. V šetřeném případě obviněný dne 15. 12. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na předmět veřejné zakázky s tím, že dle bodu 4.1 smlouvy byl termín ukončení plnění závazně stanoven do 31. 7. 2015. Uvedený termín plnění byl definován rovněž v zadávacích podmínkách (viz bod 17. odůvodnění tohoto příkazu). Následně však obviněný dne 31. 7. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ke smlouvě s tím, že termín ukončení plnění byl nově stanoven do 31. 8. 2015 (viz bod 34. odůvodnění tohoto příkazu).
42. Předmětem šetření Úřadu tak bylo posouzení, zda uvedenou změnou (tzn. posunutím termínu pro dokončení realizace) obviněný v rozporu s ustanovením 82 odst. 7 zákona neumožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z původní smlouvy o dílo, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.
43. Dle listin poskytnutých obviněným vyplývá, že se obviněný opakovaně odkazoval v souvislosti s posunutím konečného termínu plnění veřejné zakázky na změny způsobené zapracováním tzv. technologického projektu od dodavatele lineárního urychlovače do projektové dokumentace předmětné veřejné zakázky. Původní projektová dokumentace byla zpracována v létě 2014 (bod 16. odůvodnění tohoto příkazu), přičemž technologický projekt od dodavatele lineárního urychlovače (který dle smlouvy na dodávku lineárního urychlovače měl být podkladem pro projektovou dokumentaci nyní šetřeného zadávacího řízení, viz bod 27. odůvodnění tohoto příkazu) byl obviněnému poskytnut až na základě smlouvy ze dne 6. 11. 2014 (přičemž měl být odevzdán v termínu 3 týdnů od podpisu smlouvy o dodávce lineárního urychlovače, což bylo dodrženo, viz bod 28. odůvodnění tohoto příkazu). Z právě uvedeného vyplývá, že obviněný zahájil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku v období, kdy ještě nedisponoval předmětným technologickým projektem od dodavatele lineárního urychlovače, tedy projektová dokumentace nebyla úplná. Úřad dále doplňuje, že ze zadávací dokumentace nevyplývala neúplnost projektové dokumentace a obviněný zde nijak výslovně neodkazoval na tzv. technologický projekt v budoucnu předaný dodavatelem lineárního urychlovače (viz bod 22.

odůvodnění tohoto příkazu). Dle obviněného byla změna spočívající v posunutí konečného termínu plnění předmětu veřejné zakázky možná vzhledem k čl. 4.8 smlouvy.

44. Úřad v obecné rovině uvádí, že termín plnění veřejné zakázky je pro každého potenciálního dodavatele jednou ze zásadních skutečností, na jejímž základě se rozhoduje, zda se má zadávacího řízení vůbec zúčastnit. A to s ohledem na jeho kapacitní možnosti, neboť musí počítat nejen s provedením a obstaráním veškerých prací a zhotovení děl nutných k úplnému dokončení a zprovoznění stavby, ale i s povinnostmi předmětné plnění ve stanovených termínech řádně předat. Uchazeč si tedy před tím, než podá na veřejnou zakázku nabídku, musí nejen zvážit, zda je vůbec schopen požadovaný předmět veřejné zakázky v plném rozsahu věcně splnit, ale také, zda pro poptávané plnění disponuje v daném termínu potřebnou kapacitou. Údaj o době, ve které bude muset předmět plnění zrealizovat, je proto třeba pokládat za jednu z nejzásadnějších zadávacích podmínek.
45. Úřad při posouzení šetřeného případu vycházel ze skutečnosti, že v rámci původních zadávacích podmínek, resp. původní smlouvy o dílo na předmět veřejné zakázky byla doba pro realizaci předmětu plnění stanovena v rozpětí 8 měsíců (obviněným stanovený předpokládaný termín podpisu smlouvy a zahájení provádění díla bylo stanoveno na 1. 12. 2014, přičemž fixní termín ukončení plnění předmětné zakázky byl stanoven na 31. 7. 2015 – viz bod 17. odůvodnění tohoto příkazu). Změnou termínů realizace předmětné veřejné zakázky dodatkem č. 1 pak došlo k posunutí termínu ukončení plnění předmětu veřejné zakázky o měsíc.
46. Dle názoru Úřadu se v žádném případě nejednalo pouze o marginální změnu původně stanovené doby plnění, nýbrž zcela jednoznačně o podstatnou změnu podmínek, která mohla ovlivnit průběh samotného zadávacího řízení, neboť nelze vyloučit, že by tato změna v případě jejího uplatnění již v „původním“ zadávacím řízení vedla k účasti i jiných potenciálních dodavatelů předmětu veřejné zakázky, přičemž v takovém případě mohla být vybrána výhodnější nabídka, než nabídka vybraného uchazeče. Úřad opětovně uvádí, že jedním ze základních hledisek, podle nichž se dodavatelé rozhodují o své účasti v konkrétním zadávacím řízení, jsou požadavky na termín předání díla, resp. datum jeho realizace, neboť dodavatel, který není schopen v závazném termínu stanoveném zadavatelem požadované plnění poskytnout, např. z důvodu účasti na jiné zakázce, se předmětného zadávacího řízení s vysokou mírou pravděpodobnosti nezúčastní. Tím, že zadavatel modifikoval termín realizace výlučně *inter partes*, tedy pouze ve vztahu k vybranému uchazeči, mohl znemožnit účast v zadávacím řízení jiným potenciálním dodavatelům, kteří mohli původně stanovený termín realizace díla považovat, např. vzhledem k množství „nasmlouvaných“ zakázek, za termín nevyhovující, či dokonce za termín nereálný, a proto již a priori vzdali svou účast v zadávacím řízení, byť by jinak byli schopni předmět plnění reálně splnit (nehledě na to, že vzhledem ke skutečnosti, že z předmětné zadávací dokumentace nelze nijak odvodit propojenost s veřejnou zakázkou na dodávku lineárního urychlovače, na základě které měla být doplněna projektová dokumentace předmětné veřejné zakázky, mohli potenciální dodavatelé nabýt nejistoty, zda lze fixní termín dodržet, a tedy se rozhodli zadávacího řízení neúčastnit).
47. Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že v šetřeném případě obviněný uzavřením dodatku č. 1 umožnil v rozporu s ustanovením § 82 odst. 7 písm. b) zákona podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem na plnění

předmětu veřejné zakázky, a to z důvodu podstatné změny spočívající v prodloužení doby plnění předmětu veřejné zakázky.

48. Na základě výše uvedeného lze dále shrnout, že pokud by byl konečný termín realizace předmětu veřejné zakázky ve smyslu změny provedené dodatkem č. 1 upraven již v původních zadávacích podmínkách, nelze v žádném případě vyloučit, že by se zadávacího řízení zúčastnily i jiné stavební společnosti, které by měly v té době volnou kapacitu, resp. by byly schopné předmět plnění poskytnout v takto prodloužené lhůtě (zatímco v původní lhůtě toho schopné nebyly) a které by eventuálně mohly podat nabídku s výhodnějšími podmínkami pro obviněného (zejména s nižší cenou), než jakou podal vybraný uchazeč.
49. Tím, že byl v šetřeném případě konečný termín plnění veřejné zakázky upraven oproti původnímu termínu uvedenému v zadávacích podmínkách teprve až po uzavření smlouvy dodatkem č. 1, zvýhodnil obviněný vybraného uchazeče oproti jiným dodavatelům, kteří by v případě, že by tato skutečnost byla známa již při zahájení zadávacího řízení, mohli zvažovat podání, resp. podat nabídku. Modifikací termínu dokončení realizace předmětu plnění – spočívající v posunutí termínu dokončení – až po uzavření smlouvy o dílo s vybraným uchazečem, se obviněný dopustil porušení zásady zákazu diskriminace zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, a to jak ve vztahu k uchazečům, kteří podali nabídku do zadávacího řízení, tak i ve vztahu k dalším potenciálním dodavatelům, neboť tím, že umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy, deformoval soutěžní prostředí, a mohl tak negativně ovlivnit další dodavatele v tom, zda podají nabídky s tím, že některá z nich mohla být v souladu s hodnotícími kritérii a s takto nově nastavenými podmínkami vybrána jako ekonomicky výhodnější.
50. Pokud se obviněný odvolává na skutečnost, že v souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 nedošlo k podstatné změně závazků vyplývajících ze smlouvy, neboť ve smlouvě v čl. 4.8 byla ujednána možnost prodloužení doby plnění díla, pokud se zdrží provádění díla v důsledku důvodů výlučně na straně obviněného (viz bod 33. odůvodnění tohoto příkazu), Úřad odkazuje na bod 37. odůvodnění tohoto příkazu, a dále uvádí, že předmětné ujednání smlouvy v kontextu zadávací dokumentací stanoveného nepřekročitelného termínu nemůže obstát před zákonnými pravidly zadávacího řízení, jež je záměrně zákonem konstruováno jako vysoce formalizovaný proces s minimem prostoru pro smluvní volnost, a zadavatel tak nemůže ke stanovení zadávacích podmínek (v šetřeném případě konkrétně ke stanovení termínu dokončení plnění předmětu veřejné zakázky) přistupovat tak, že jakákoliv jejich další úprava je samozřejmá. Samotné vymínění si možné úpravy smlouvy v budoucnu z takové úpravy nečiní změnu dovolenou. Pokud si obviněný vymínil nejzazší termín dokončení plnění předmětu veřejné zakázky, stal se závazným i pro něj, a pokud si obviněný nepočíná tak, aby byl schopen i v případě různých zdržení a komplikací dostat požadavkům zákona, musí nést určité následky, a to i včetně správně-právní odpovědnosti (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016). Rozhodující u podstatné změny smlouvy tak není samotná skutečnost, že je ve smlouvě předvídána; rozhodující je rozsah předvídané změny vč. toho, zda změna např. mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, resp. umožnila účast jiných dodavatelů (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 12. 2015, č. j. 30 Af 78/2013-148), přičemž k potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky v šetřeném případě se Úřad vyjadřuje v bodech 60., 64. a 65. odůvodnění tohoto příkazu tak, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dojít mohlo. Skutečnost, že si

obviněný ve smlouvě vymínil možné prodloužení doby plnění díla, tedy nemění nic na závěru Úřadu, že se o podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona v šetřeném případě jednalo. Navíc, je-li v zadávacích podmínkách uveden určitý termín pro ukončení prací jako „nepřekročitelný“, musí logicky každý dodavatel – bez ohledu na další případná smluvní ujednání, která jej relativizují na základě skutečností, o nichž není jisté, že v budoucnu nastanou – k zadávacímu řízení přistupovat tak, že primárním požadavkem zadavatele je tento „nepřekročitelný“ termín dodržet. Platí tedy, že není-li schopen v rámci tohoto termínu předmětné plnění realizovat, nemusí se odpovědný dodavatel takového zadávacího řízení vůbec účastnit.

51. Úřad dále konstatuje, že v ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona není rozlišováno, jaké okolnosti k dané změně vedly. Úřad v této souvislosti uvádí, že odpovědnost za přestupky při zadávání veřejných zakázek je založena na objektivním principu, tzn., že osoba, která svým jednáním naplnila znaky přestupku, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na prvek zavinění. Zavinění coby vnitřní, psychický vztah pachatele k jeho jednání a ke spáchanému následku je pro vznik tohoto druhu odpovědnosti irelevantní a netvoří znak skutkové podstaty přestupků zadavatelů dle § 120 odst. 1 zákona. Za přestupky se ukládá pokuta bez ohledu na formu zavinění. Zavinění může být přitom toliko jednou ze zákonem předpokládaných okolností ve smyslu § 121 odst. 2 zákona, tj. výhradně ve vztahu k určení výměry pokuty. Úřad k tomu dodává, že v šetřeném případě obviněný mohl a měl od počátku předpokládat možné prodlevy při realizaci plnění předmětu veřejné zakázky vzhledem k tomu, že od počátku počítal s budoucím upřesňováním projektové dokumentace. Pakliže obviněný tyto aspekty nedostatečně zohlednil při přípravě zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky, kde si – zjevně bez jakékoliv úvahy ve shora naznačeném směru – stanovil jednoznačný a fixní termín dodání, nemůže být tato skutečnost zohledněna v jeho prospěch v tom smyslu, že by představovala liberační důvod ve smyslu § 121 odst. 1 zákona.
52. Úřad dále uvádí, že veřejná zakázka byla obviněným zadávána v době účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. K 1. 10. 2016 však nabyl účinnosti nový zákon upravující zadávání veřejných zakázek v prostředí České republiky, a sice zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Úřad se tedy při posouzení věci musí vypořádat i se skutečností, zda pozdější právní úprava není pro zadavatele jako pachatele správní deliktu příznivější. V této souvislosti Úřad sděluje, že při rozhodování o spáchání přestupku je povinen reflektovat článek 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále rovněž „**Listina**“) jako součást ústavního pořádku České republiky. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny je základem výjimky z jinak obecně platného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější, přičemž podle judikatury vyšších soudů je v otázce použití pozdější právní úpravy příznivější pro pachatele přípustná analogie mezi soudním (trestněprávním) a správním trestáním. Tato výjimka se tak dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za přestupky.
53. Z právě uvedeného je zřejmé, že počínaje 1. říjnem 2016, kdy zákon o zadávání veřejných zakázek nabyl účinnosti, je třeba posoudit, zda jednání zadavatele je přestupkem podle zákona účinného v době jeho spáchání, ale také podle pozdější zákonné právní úpravy, a pokud ano, zda pozdější úprava není pro obviněného příznivější (s ohledem na výši sankce).

54. Úřad se tak v duchu čl. 40 odst. 6 Listiny zabýval posouzením, zda úprava relevantních ustanovení ZZVZ nemůže být pro obviněného příznivější. Při srovnání ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona a § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ je však zřejmé, že v obou případech je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů. Úřad v této souvislosti doplňuje, že na šetřený případ, tj. prodloužení termínu ukončení plnění veřejné zakázky, nedopadá žádné z ustanovení § 222 odst. 2, 4, 5, 6 nebo 7 ZZVZ, jež negativně vymezují podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, a to z následujících důvodů.
55. Dle § 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. Úřad uvádí, že takto přípustná následná změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku musí splňovat kumulativně tři podmínky; následná změna nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky, musí se týkat rozsahu plnění veřejné zakázky, a musí být jednoznačně vymezena v zadávacích podmínkách. Jednoznačné vymezení podmínek případné budoucí změny závazku by mělo spočívat v konkrétním uvedení podmínek, za kterých dojde ke změně závazku, a není tak nezbytná další dohoda mezi zadavatelem a dodavatelem o tom, jakým způsobem nebo za jakých podmínek bude předmět veřejné zakázky dále plněn (např. způsobem „termín realizace stavebních prací se prodlouží o určitý počet dnů, kdy teplota klesne pod -5 °C“). Článek 4.8 smlouvy však nedefinuje jednoznačně mechanismus prodloužení termínu plnění veřejné zakázky, uvádí pouze obecnou kategorii důvodů „výlučně na straně objednatele“ bez jejich bližšího specifikování a bez doby, o kterou by mělo být v návaznosti na blíže popsané změny prodlouženo, a proto jej není možné aplikovat bez dalšího. Podmínky pro využití ust. § 222 odst. 2 ZZVZ v šetřené věci tak vzhledem k nejednoznačnosti vymezení podmínek pro prodloužení termínu plnění předmětu veřejné zakázky v zadávacích podmínkách nejsou naplněny.
56. Ust. § 222 odst. 4 ZZVZ, tzv. vyjimka de minimis, ust. § 222 odst. 5 ZZVZ, ust. § 222 odst. 6 ZZVZ se nemohou v šetřeném případě uplatnit, jelikož tato ustanovení se týkají hodnoty veřejné zakázky, tj. kvantifikovatelné změny představující rozdíl oproti původní hodnotě zakázky, nikoliv prodloužení doby realizace plnění veřejné zakázky. Současně nelze aplikovat ani § 222 odst. 7 ZZVZ, jelikož se týká záměny položek soupisu stavebních prací, nikoliv prodloužení doby realizace plnění veřejné zakázky.
57. Úřad dále uvádí, že pokud se obviněný v souvislosti s prodloužením termínu plnění předmětu nyní šetřené veřejné zakázky odvolával na prodlevu způsobenou změnou projektové dokumentace předmětné veřejné zakázky v důsledku později dodaného technického projektu od dodavatele lineárního urychlovače (viz bod 36. odůvodnění tohoto příkazu), má Úřad za to, že tyto okolnosti, které si dle obviněného vyžádaly prodloužení termínu plnění nyní šetřené veřejné zakázky, obviněný, pokud by jednal s náležitou péčí, mohl a měl předvídat.
58. Obviněný si měl být vědom rizik souvisejících s upřesněním projektové dokumentace předmětné veřejné zakázky v souvislosti s obdržením tzv. technického projektu od dodavatele lineárního urychlovače (viz bod 28. odůvodnění tohoto příkazu); jak obviněný uvádí, projektová dokumentace předmětné veřejné zakázky byla připravována „*univerzálně se zpracováním všech znalostí od jednotlivých výrobců lineárních urychlovačů*“ (viz bod 36.

odůvodnění tohoto příkazu). Obviněný si měl být vědom, že změna projektové dokumentace předmětné veřejné zakázky bude ovlivňovat jeho další související činnosti, zejména pak termín plnění nyní šetřené veřejné zakázky. Pokud obviněný tuto skutečnost přehlížel, a zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky tomuto aspektu nepřizpůsobil, například zmínkou, že termín plnění je předpokládán s uvedením (skutečně) nejzazšího (tedy reálně opravdu nepřekročitelného) možného termínu, nelze považovat toto opomenutí ze strany obviněného za jednání odpovídající náležité péči. Je to zadavatel (obviněný), kdo vymezuje zadávací podmínky s ohledem na své potřeby. Touto potřebou obviněného zřejmě bylo, aby byl lineární urychlovač dodán v návaznosti na vykonané stavební práce v rámci předmětné veřejné zakázky v co nejkratším termínu vzhledem k smlouvě o dotaci. Pokud se obviněný rozhodl stavební práce zadávat ještě před samotným ukončením projektových prací, musel si být rovněž vědom souvisejících rizik, které mohla způsobit změna projektové dokumentace, která byla vzhledem k univerzálnosti projektové dokumentace alespoň v minimálním rozsahu v zásadě nevyhnutelná (viz bod 36. odůvodnění tohoto příkazu).

59. Dále Úřad považuje za vhodné zdůraznit, že nepřehlédl skutečnost, že pokud je brán v potaz termín zahájení provádění díla (19. 12. 2014), celková doba plnění byla prodloužena o 13 dní (viz bod 34. odůvodnění tohoto příkazu). S právě uvedeným však souvisí skutečnost, že smlouva byla bez zjevného důvodu podepsána až dne 15. 12. 2014, a provádění díla zahájeno až dne 19. 12. 2014, tj. o 14 dní (podpis smlouvy) a 18 dní (zahájení prací) později oproti původnímu termínu. Úřad uvádí, že pokud obviněný měl v zájmu požadovat dokončení plnění veřejné zakázky do jím stanoveného nepřekročitelného termínu, je důvodné se domnívat, že bude o dodržení tohoto termínu maximálně usilovat, tj. co nejdříve přistoupí k podpisu smlouvy a k zahájení provádění díla. Dále Úřad uvádí, že harmonogram realizace díla, jež dle čl. 4.3 smlouvy měl vybraný uchazeč dodat do 7 dnů ode dne podepsání, odevzdal vybraný uchazeč za 37 dnů (viz bod 21. odůvodnění tohoto příkazu), přičemž tato skutečnost ani nemohla mít původ v následně aktualizované projektové dokumentaci, na niž je v usnesení obviněného v souvislosti s prodloužením termínu odkazováno. Dále Úřad nepřehlédl, že dle usnesení obviněného obdržel projektant ATELIER Penta, v.o.s. „*informaci o výsledku výběrového řízení*“ v prosinci 2014 (viz bod 36. odůvodnění tohoto příkazu), přičemž obviněný již 21.11.2014 disponoval tzv. technologickým projektem od dodavatele lineárního urychlovače (viz bod 28. odůvodnění tohoto příkazu).
60. Jako související okolnost Úřad uvádí, že obviněný prodloužení „nepřekročitelného“ termínu dokončení realizace plnění veřejné zakázky dodatkem č. 1 odůvodnil tak, že „*Změna tohoto termínu nemá dopad na termín ukončení fyzické realizace projektu a ukončení projektu dle žádosti o dotaci, tzn. ukončení fyzické realizace do 4.10.2015 a ukončení projektu do 30.10.2015.*“ (viz bod 32. odůvodnění tohoto příkazu). Stanovení termínu 31. 7. 2015 jako nepřekročitelného tedy vzhledem k právě uvedenému vyvolává otázku důvodnosti stanovení fixního termínu, a umocňuje diskriminaci ostatních potenciálních dodavatelů, jež by v novém termínu byli schopni předmět plnění veřejné zakázky plnit. Vzhledem k uvedenému má Úřad za to, že postup obviněného mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a tudíž i tento znak skutkové podstaty přestupku dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona byl naplněn.
61. Jak bylo opakovaně zmíněno v odůvodnění tohoto příkazu, termín plnění je z pohledu uchazeče zvažujícího účast v zadávacím řízení jedna z nejdůležitějších informací. Uchazeč

o veřejnou zakázku nepředpokládá, že zadavatel tento termín nepřizpůsobil dalším okolnostem, naopak z pohledu uchazeče je tato skutečnost zcela irelevantní, jelikož je to pouze zadavatel, kdo má znát své potřeby a s ohledem na ně konstruovat zadávací podmínky.

62. Úřad v této souvislosti uzavírá, že obviněný v souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, neboť jak Úřad konstatoval výše, prodloužení termínu plnění předmětu veřejné zakázky lze považovat za podstatnou změnu závazků vyplývajících ze smluv na veřejnou zakázku jak podle § 82 odst. 7 písm. b) zákona, tak podle § 222 odst. 3 ZZVZ, kterou obviněný není oprávněn provést, resp. umožnit.
63. Úřad v souvislosti s posouzením možné příznivější právní úpravy shrnuje následující. Při srovnání ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona a § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ je zřejmé, že v obou případech je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů. Úřad v této souvislosti doplňuje, že na šetřený případ nedopadá žádné z ustanovení § 222 odst. 2, 4, 5, 6 nebo 7 zákona. Jak vyplývá z ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, resp. z § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, zadavatel se dopustí přestupku 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, přičemž ve smyslu ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona, resp. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ se za tento přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky. Z uvedeného je zřejmé, že nová zákonná úprava není pro obviněného příznivější, a proto Úřad při posouzení postupu obviněného vycházel z ustanovení zákona.
64. Úřad k výroku I. tohoto příkazu dále pro úplnost dodává, že z dikce ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona nevyplývá, že by k naplnění skutkové podstaty přestupku bylo zapotřebí, aby k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně došlo. Již pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je v citovaném ustanovení zákona výslovně předpokládána. Za protiprávní jednání je tedy třeba považovat nejen takové jednání obviněného, které zcela prokazatelně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které mělo „pouze“ potenciál takového ovlivnění.
65. Úřad v souvislosti s výše uvedeným odkazuje např. 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“*.
66. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že postupoval v rozporu s ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když dne 31. 7. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1, kterým posunul konečný termín plnění předmětné veřejné zakázky

ze dne 31. 7. 2015 na den 31. 8. 2015, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy na veřejnou zakázku, kterou obviněný uzavřel dne 15. 12. 2015 s vybraným uchazečem, když změna termínu plnění mohla za použití v původním zadávacím řízení umožnit účast jiných dodavatelů, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

V. K výroku II. příkazu – uložení pokuty

67. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
68. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném od 6. 3. 2015) odpovědnost právnické osoby za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. Totožně upravoval dobu, ve které dochází k zániku odpovědnosti za přestupek, od 1. 10. 2016 do 30. 6. 2017 i § 270 odst. 3 ZZVZ. Podle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017 činí (objektivní) promlčecí doba taktéž 5 let.
69. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
70. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo uzavřením dodatku č. 1 dne 31. 7. 2015. Od spáchání přestupku tedy neuplynuly více než 3 roky, přičemž Úřad se o jeho spáchání logicky nemohl dovědět dříve, než byl spáchán. Z právě uvedeného plyne, že v šetřeném případě byla jistě zachována subjektivní i objektivní lhůta, ve které je možno zahájit správní řízení směřující k uložení pokuty za spáchaný přestupek. Obdobně neuplynula ani promlčecí doba dle § 270 ZZVZ, která činí 5 let. Úřad konstatuje, že byly zachovány obě lhůty (jak subjektivní, tak objektivní) pro zahájení správního řízení dle zákona, jakož i dle ZZVZ, resp. neuplynula ani promlčecí lhůta dle § 270 ZZVZ ve znění účinném od 1. 7. 2017. Úřad tedy na tomto místě činí závěr, že žádná z pozdějších právních úprav – o jejíž aplikaci by bylo možno uvažovat s ohledem na čl. 40 odst. 6 Listiny základních a práv svobod – není pro obviněného příznivější v tom smyslu, že by jeho odpovědnost za spáchání přestupku zanikla.
71. Celková hodnota plnění dle smlouvy ve znění dodatku č. 2 byla 29 184 673,28 Kč bez DPH (viz bod 35. odůvodnění tohoto příkazu). Vzhledem k uplatnění režimu přenesení daňové povinnosti dle § 92e zákona o DPH v návaznosti na ust. § 21 odst. 4 písm. a) a § 47 téhož zákona Úřad uvádí, že celková hodnota plnění předmětné zakázky činila po zaokrouhlení částku ve výši 35 313 455 Kč vč. DPH.
72. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 mil. Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120

odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona. Z výše uvedeného vyplývá, že za spáchání přestupku dle výroku č. I. tohoto příkazu činí horní hranice pokuty po zaokrouhlení částku ve výši 3 531 346 Kč.

73. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 112 odst. 3 zákona o přestupcích na určení druhu a výměry sankce za dosavadní přestupky a jiné správní delikty se ode dne nabytí účinnosti zákona o přestupcích použijí ustanovení o určení druhu a výměry správního trestu, je-li pro pachatele výhodnější. Úřad proto rovněž přihlédne k § 37 a násl. zákona o přestupcích, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností než úprava obsažená v zákoně (která je svojí povahou speciální), které je nutno při určení druhu a výměru správního trestu zvažovat.
74. Podle § 37 zákona o přestupcích při určení druhu a výměry správního trestu se přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, dále k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky nebylo rozhodnuto ve společném řízení a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti cit. ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
75. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a přestupkového zákona rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o přestupcích je toliko demonstrativní.
76. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
77. Co se týče způsobu, resp. okolností za kterých byl přestupek spáchán, Úřad v tomto příkazu konstatoval, že obviněný jednal v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou

v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy, když dodatkem č. 1 posunul konečný termín plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž změna konečného termínu plnění mohla za použití v původním zadávacím řízení umožnit účast jiných dodavatelů, a tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

78. Pokud jde o způsob spáchání přestupku, Úřad především uvádí, že za nejzávažnější stupeň intenzity porušení zákona považuje postup obviněného spočívající v ignoraci ustanovení zákona a základních zásad, na nichž je tento zákon postaven, neboť takový postup zpravidla zcela vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků (coby hlavního účelu zákona). V daném případě obviněný existenci zákona zcela neignoroval, když na plnění předmětu veřejné zakázky uzavřel smlouvu, jež vzešla z otevřeného zadávacího řízení. Výsledek soutěže však následně obviněný sám zrelativizoval uzavřením dodatku č. 1, jímž umožnil podstatnou změnu závazku z uzavřené smlouvy, konkrétně modifikoval termín realizace výlučně *inter partes*, tedy pouze ve vztahu k vybranému uchazeči, což vedlo ke zvýhodnění tohoto vybraného uchazeče (více viz bod 46. odůvodnění tohoto příkazu).
79. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání přestupku. Spáchání přestupku mělo v daném případě za následek možné omezení okruhu uchazečů, neboť umožněním podstatné změny smlouvy byla způsobena situace, kdy mohlo dojít k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť se nemohli zadávacího řízení zúčastnit ti dodavatelé, kteří by byli schopni realizovat poptávané plnění veřejné zakázky v konečném termínu (nehledě na to, že nedostatečná provázanost s veřejnou zakázkou na dodávku lineárního urychlovače, kdy do projektové dokumentace předmětné veřejné zakázky byl technologický projekt zapracován až po lhůtě pro podávání nabídek, mohl odradit další potenciální dodavatele).
80. Vzhledem k tomu, že v ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona není rozlišováno, jaké okolnosti k dané změně vedly (tj. k naplnění skutkové podstaty přestupku dle § 120 odst. 1 zákona stačí objektivní odpovědnost bez ohledu na zavinění), posoudil Úřad jako přitěžující okolnost skutečnost, že k podstatné změně smlouvy (tj. k posunutí konečného termínu) došlo v důsledku nedostatečného zohlednění možných komplikací v souvislosti s nutností aktualizace projektové dokumentace při stanovení fixního termínu obviněným, ačkoliv mu tato konsekvence musela být v době přípravy zadávacích podmínek známa (více viz bod 51. odůvodnění tohoto příkazu).
81. Byť se nepochybně jedná o podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona, nelze odhlédnout od skutečnosti, že doba plnění byla prodloužena po zaokrouhlení o 5 %, což nesvědčí o přestupku nejzávažnějšího charakteru (viz bod 59. odůvodnění tohoto příkazu).
82. Úřad ke konkrétnímu významu „závažnosti přestupku“ v šetřeném případě shrnuje, že posoudil význam zákonem chráněného zájmu, následky spáchání přestupku a jejich intenzitu a dále okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán. Stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) pak Úřad označuje vzhledem k nízké intenzitě následků přestupku a s přihlédnutím k okolnostem jeho spáchání jako méně závažný. Úřad proto obviněnému uložil pokutu při spodní hranici její zákonné sazby.

83. Při posuzování výše uložené pokuty Úřad dále vycházel z premisy, že pokuta uložená obviněnému za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem – a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Výše uložené pokuty, stanovená při dolní hranici maximální zákonné výše, je vzhledem k okolnostem případu přiměřená a naplňuje dostatečně obě funkce právní odpovědnosti.
84. S ohledem na vše shora uvedené Úřad konstatuje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu pokutu ve výši 75 000 Kč, která odpovídá závažnosti spáchaného přestupku a všem dále hodnoceným skutečnostem.
85. Úřad při stanovení výše pokuty v souvislosti se závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, sp. zn. 62 Af 123/2013, zohlednil rovněž skutečnost, že od spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu uplynulo více než dva a půl roku, neboť jak Krajský soud v cit. rozsudku dovedl, *„je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo“.*
86. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z návrhu rozpočtu obviněného na rok 2018 zveřejněného na jeho internetových stránkách (http://www.kr-karlovarsky.cz/samosprava/rozpocety/Documents/Navrh_rozpocetu_2018_tabulky.pdf) vyplývá, že obviněný podle návrhu rozpočtu předpokládá v roce 2018 příjmy v řádu miliard Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze s ohledem na výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
87. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního

charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.

88. Závěrem tedy Úřad k výši uložené pokuty konstatuje, že tato dle názoru Úřadu naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
89. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu lze podle § 150 odst. 3 správního řádu podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Karlovarský kraj, Závodní 88, 360 06 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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