ÚOHS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

UOHSX00BETJ7

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-S0485/2017/VZ-26056/2018/544/MDb Brno: 11. září 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, v řízení o přestupku zahájeném dne 12. 12. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- obviněný – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, při uzavření dodatku č. 1 dne 18. 10. 2017 ke „Smlouvě o dílo a smlouvě příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ, kterou zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – uzavřel s dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR ‚Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba‘“, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem Janáčkova 1194/12, 702 00 Ostrava – dne 10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba (DÚR a IČ)“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211,

vydává toto

usnesení:

Řízení o přestupku vedené pod sp. zn. S0485/2017/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, obviněným – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – při uzavření dodatku č. 1 dne 18. 10. 2017 ke „Smlouvě o dílo a smlouvě příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ, kterou jmenovaný zadavatel uzavřel s dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR ‚Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba‘“, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem Janáčkova 1194/12, 702 00 Ostrava – dne

10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba (DÚR a IČ)“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211, **se** podle § 257 písm. f) citovaného zákona **zastavuje, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 nebo § 269 citovaného zákona.**

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokuty za jejich spáchání, obdržel dne 8. 11. 2017 podnět k přezkoumání postupu obviněného – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – jakožto veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona, při uzavření dodatku č. 1 dne 18. 10. 2017 (dále jen „dodatek č. 1“) ke „Smlouvě o dílo a smlouvě příkazní“ č. 0221/2017/OI/VZKÚ (dále jen „smlouva o dílo“), kterou zadavatel uzavřel s dodavatelem – společníky společnosti „Společnost pro DÚR ‚Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba‘“, jimiž jsou SUDOP BRNO, spol. s r.o., IČO 44960417, se sídlem Kounicova 688/26, 602 00 Brno, a Dopravní projektování, spol. s r.o., IČO 25361520, se sídlem Janáčkova 1194/12, 702 00 Ostrava (dále jen „vybraný dodavatel“) – dne 10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba (DÚR a IČ)“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. 645306 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 194-350211 (dále jen „veřejná zakázka“ nebo též „zadávací řízení“).

2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření zadavatele k podnětu a příslušnou dokumentaci. Po jejím přezkoumání získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo, konkrétně zda zadavatel postupoval v souladu s § 222 odst. 3 zákona, tj. zda neumožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, když dne 18. 10. 2017 uzavřel dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo s vybraným dodavatelem, a z tohoto důvodu zahájil řízení o přestupku ve věci možného spáchání přestupku zadavatelem.

II. ŘÍZENÍ PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM PRVNÍHO STUPNĚ

3. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

4. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému pod č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-36312/2017/544/MDb ze dne 12. 12. 2017, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi.

5. Shora citované oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 12. 12. 2017 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona, v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.

6. Usnesením č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-36438/2017/544/MDb ze dne 13. 12. 2017 Úřad obviněnému stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 20. 12. 2017

7. Stanovisko obviněného v řízení o přestupku ze dne 20. 12. 2017 bylo Úřadu doručeno následující den, tj. dne 21. 12. 2017.

8. Obviněný ve svém stanovisku odkazuje na skutečnosti, které uvedl již ve vyjádření k podnětu k přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž dodává, že je ve svém názoru na věc konzistentní a na uvedených skutečnostech nadále trvá, a proto Úřad dále uvádí i relevantní argumentaci zadavatele uvedenou ve vyjádření zadavatele k podnětu.

9. Ke změně doby plnění zadavatel uvádí, že v zadávací dokumentaci vymezil obchodní podmínky, a to požadavky na obsah smlouvy, jež byly závazným podkladem pro v nabídkách uchazeči předkládané písemné návrhy smlouvy, přičemž v článku II. části B smlouvy o dílo byla upravena doba plnění, kdy uchazeči byli povinni nabídnout závaznou dobu pro předání konceptů projektových dokumentací samostatně pro tramvajovou trasu D a tramvajovou trasu B. Zadavatel současně stanovil mezní délku doby pro předložení konceptu projektových dokumentací k dalšímu připomínkování na 36 týdnů pro obě zpracovávané projektové dokumentace, a to přiměřeně k rozsahu poptávaného plnění a s předpokladem, že v průběhu plnění nedojde k nepředvídatelným překážkám, které by zhotoviteli projektových dokumentací mohly v plnění jeho závazku bránit, uvedených v bodu 6 čl. II. části B smlouvy o dílo, jehož znění všem potenciálním dodavatelům a vybranému dodavateli garantovalo případné prodloužení smlouvou sjednaných dob plnění. K posledně uvedenému zadavatel dodává, že odst. 6 uvedeného článku smlouvy nevypočítává jediné možné situace, kdy může dojít k odložení termínu plnění dle smlouvy, ale pouze přesně specifikuje jednu ze situací, za kterých může k odložení termínu plnění dojít, a to za účelem zvýšení právní jistoty mezi smluvními stranami. Dle zadavatele se přitom jedná o překážky plnění objektivní povahy, které by byly přípustnou příčinou k odložení termínu plnění i v případě, že by smlouva předmětné ustanovení neobsahovala. Zadavatel dále konstatuje, že ačkoliv dodatek č. 1 nebo důvodová zpráva, která byla podkladem pro rozhodnutí zadavatele o uzavření dodatku č. 1, nezmiňují výslovně ustanovení bodu 6 čl. II. části B smlouvy jako důvod k odložení termínu plnění, ve skutečnosti byly v podstatné části důvodem k prodloužení doby plnění právě případy uvedené v tomto článku, jelikož k přepracování projektového záměru muselo dojít zejména proto, aby byly zohledněny připomínky a požadavky dotčených subjektů. Toto ustanovení přitom bylo již obsaženo v požadavcích na obsah smlouvy, tedy v obchodních podmínkách stanovených zadávací dokumentací. Zadavatel tak transparentním způsobem všem dodavatelům, kteří se chtěli zadávacího řízení zúčastnit, deklaroval možnost

ve stanovených situacích provést takto vyhrazené změny závazku ze smlouvy. Využití takto sjednané výhrady, kdy zadavatel při uzavření dodatku č. 1 nad rámec změn učiněných podle § 222 odst. 4 zákona respektoval také překážky v plnění díla mající důsledek prodloužení doby plnění o dobu trvání těchto překážek, je dle zadavatele změnou, jež nelze považovat za podstatnou v souladu s § 222 odst. 2 zákona. Předmětný mechanismus prodloužení doby plnění byl jednoznačně stanoven v původní zadávací dokumentaci, nijak nenarušuje hospodářskou soutěž a umožňuje tudíž zadavateli provést takto vyhrazené změny, aniž by bylo nutné provést nové zadávací řízení.

10. K dokumentům sloužících jako podklady pro zpracování nabídky zadavatel uvádí, že dokumenty s názvem „Ekologizace veřejné dopravy – Ostrava Poruba Projektový záměr – Závěrečná zpráva Fáze I“ a „Projektový záměr – závěrečná zpráva Fáze II Doporučené řešení“ byly vypracovány v červnu, resp. červenci roku 2014 společností Mott MacDonald CZ, spol. s r.o. a projektová dokumentace pro územní řízení „Tramvajová trať 17. listopadu“, kterou zpracovala společnost Dopravní projektování, spol. s r.o., byla zpracována v listopadu 2004, přičemž jelikož zpracovateli těchto poskytovaných podkladových materiálů byli dle zadavatele dodavatelé dostatečně profesně a odborně způsobilí, měl zadavatel za to, že jsou bezvadné. Následně však bylo dle vyjádření zadavatele při realizaci veřejné zakázky zjištěno, že tyto podkladové materiály již nejsou zcela aktuální a v některých částech již neodpovídají skutečnosti. Zadavatel dále uvádí, že *„V rozsahu povinností při plnění předmětu smlouvy na veřejnou zakázku dodavatel oslovil jednotlivé dotčené subjekty (především Dopravní podnik města Ostravy, a.s., správce komunikací a zpevněných ploch, jednotlivé městské obvody, kterými tramvajové tratě prochází v návaznosti na dotčené území, správce inženýrských sítí, odbor dopravy Magistrátu města Ostravy z hlediska koncepce navazující dopravy v dotčené lokalitě, apod.). Ze souvisejících přípravných jednání, na kterých dodavatel dotčeným subjektům blíže objasňoval záměr řešení dle Projektového záměru – závěrečná Fáze II – Doporučené řešení, vyplynuly specifické požadavky z hlediska technického řešení jednotlivých objektů stavby (změna šířkového uspořádání vzdáleností kolejí v celém rozsahu dokumentace; nové zelené pásy v kolejové trati pro dosažení vyšší ekologizace řešení; v návaznosti na aktuální koncepci dopravy v řešené lokalitě požadavek do křižovatek umístit nové odbočovací pruhy, cyklistické pruhy a prověření možnosti zachování stávajících okružních křižovatek; navržení nových dispozičních uspořádání jednotlivých křižovatek; řešení napájení a energetické výpočty nových tratí včetně místa napojení na stávající rozvodnu). V některých případech byly průtahy způsobeny i neochotou některých dotčených subjektů zúčastnit se plánovaných koordinačních schůzí, což nebylo v moci dodavatele jakkoliv ovlivnit. Na základě aktuálního stavu dopravy, zejména z důvodu nutnosti zohlednit připravovanou páteřní komunikaci „severní spoj“, a výhledového stavu městské hromadné dopravy, bylo nutné při realizaci předmětu veřejné zakázky zohlednit nové linkování na připravovaných tramvajových trasách. Na základě těchto uvedených skutečností bylo nutné přepracovat celý dopravní model, který byl podkladem pro zpracování původního projektového záměru. Přepracovat bylo nutné také příslušné dílčí podkladové materiály dle uvedených požadavků a skutečných potřeb dopravní obslužnosti, čehož důsledkem byly změny tras tramvajových tratí (trasa I a trasa II) a realizace optimalizace dopravního modelu odpovídající provedeným změnám.“.*

11. Zadavatel konstatuje, že výše popsané změny jsou předmětem změny závazku ze smlouvy sjednané dodatkem č. 1, přičemž tyto vícepráce nemění povahu veřejné zakázky, jejich hodnota stanovená celkovou cenou víceprací činí 735 000 Kč bez DPH a prodloužení doby plnění je v celém rozsahu v příčinné souvislosti s těmito změnami a bylo důsledkem nepředvídatelných objektivních okolností, které zadavatel ani zhotovitel nemohli ani při vynaložení náležité péče předpokládat. Zadavatel má za to, že dodatkem č. 1 nedošlo k podstatné změně závazku a že bylo postupováno zcela v souladu s § 222 zákona, kdy zadavatel zvolil při modifikaci závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku postup dle § 222 odst. 4 zákona, tedy tzv. změnu de minimis, která je bez dalšího považována za změnu nepodstatnou, pokud zadavatel zachová celkovou povahu veřejné zakázky a dodrží zákonem stanovený finanční limit. V tomto případě byly dle zadavatele dodrženy obě zmíněné podmínky. Dle názoru zadavatele se jedná o jednu z blokových výjimek ze zákazu podstatné změny závazku zakotveného v § 222 odst. 1 zákona, kdy uplatnění blokových výjimek není vázáno na předchozí výhradu v zadávacích podmínkách a je možno je využít přímo ze zákona. Zadavatel je přesvědčen, že při použití blokové výjimky není povinen zkoumat, zda plánovaná změna nenaplňuje některou z obecných skutkových podstat podstatné změny dle § 222 odst. 3 zákona. Zadavatel změnu závazku na veřejnou zakázku ani nemusí zdůvodňovat, jelikož tento postup je mu dle § 222 odst. 4 zákona umožněn. Zadavatel dodává, že doba plnění byla obchodní podmínkou, a ne kritériem hodnocení, u něhož by případně mohla být aplikována určitá výpočtová metoda. Dle vyjádření zadavatele bylo pro jeho rozhodování o provedení změny závazku ze smlouvy zásadní také to, že alternativní možnost spočívající v ukončení smluvního vztahu by byla nepřijatelná z hlediska prodlení s realizací předmětu veřejné zakázky, nákladů spojených s realizací nového zadávacího řízení, komplikacemi ohledně záručních či jiných práv zadavatele a práv duševního vlastnictví dodavatele k rozpracované dokumentaci a náklady spojenými s jejich případným vymáháním, respektive převodem.

12. K dokumentu označenému jako „důvodová zpráva“ zadavatel uvádí, že se jedná o podkladový materiál připravený zpracovatelem materiálu pro rozhodnutí rady města, který není právně závazný, jde pouze o abstrakt dalších dokumentů poskytovaných k rozhodnutí radě města. Pro rozhodnutí rady města je mimo informací uvedených v „důvodové zprávě“ také k dispozici zástupce předkladatele materiálu, který předkládané informace radě města blíže objasňuje.

13. Dále zadavatel konstatuje, že byl oprávněný změnit termín plnění závazku, neboť zákon v § 222 odst. 1 a odst. 4 hovoří obecně o změně závazku, nikoliv pouze o změně ceny, za níž je veřejná zakázka realizována, přičemž změna hodnoty veřejné zakázky je v § 222 odst. 4 zákona pouze referenčním kritériem pro posouzení, zda je přípustná změna závazku na veřejnou zakázku. Zadavatel je tedy přesvědčen, že i když je v uvedeném ustanovení kladen důraz zejména na dodržení finančních limitů změn závazků, nelze z toho automaticky vyvozovat, že § 222 odst. 4 zákona nepřipouští jinou změnu závazku než změnu ceny veřejné zakázky a dodává, že v případě změny předmětu veřejné zakázky je naopak v naprosté většině případů zcela nezbytné prodloužit přiměřeným způsobem i dobu plnění veřejné zakázky, jelikož změna reflektuje většinou objektivně nepředvídatelné vícepráce, jejichž provedení si žádá prodloužení doby plnění, a jejichž hodnota si právě žádá změnu ceny veřejné zakázky. Není-li změna závazku zcela bezbřehá, ale je-li opodstatněná a přiměřená

s ohledem na hodnotu víceprací, bylo by dle názoru zadavatele proti smyslu ustanovení institutu blokových výjimek jako takových, aby byla změna doby plnění vyloučena ve všech případech, kdy se mění cena veřejné zakázky, jako změna nepovolená. Zadavatel je tedy toho názoru, že zákon nezakazuje kvalitativní změnu závazku ze smlouvy, a tedy ani změnu doby plnění závazku. Zadavatel dále doplňuje, že je běžnou praxí, že zadavatel zajistí závazek včasného plnění předmětu veřejné zakázky například smluvní pokutou. Pokud by byla dle předmětného ustanovení zákona povolená pouze změna ceny, pro zadavatele by taková změna byla pouze nepoužitelnou alternativou a za prodloužení doby plnění z objektivně nepředvídatelných důvodů ležících mimo vůli zadavatele i dodavatele by v případě uzavření dodatku ke smlouvě fakticky nesl odpovědnost dodavatel, což by vedlo k tomu, že dodavatelé by uzavírání takových dodatků bez promítnutí víceprací do doby plnění odmítali a jedinou další alternativou by potom bylo zrušení veřejné zakázky a vyhlášení nového zadávacího řízení.

14. Závěrem svého vyjádření zadavatel znovu zdůrazňuje, že doba plnění nebyla hodnotícím kritériem pro výběr dodavatele a její změnou tedy nemohlo ani hypoteticky dojít ke změně pořadí nabídek. Jelikož až při realizaci veřejné zakázky bylo zjištěno, že poskytnuté podkladové materiály, jejichž dodavatelé byli dostatečně profesně a odborně způsobilí, již nejsou zcela aktuální a v některých částech neodpovídají skutečnosti, kterýkoli z dodavatelů, s nímž by zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky, by byl konfrontován s touto situací. Z právě uvedených důvodů tedy zadavatel nesouhlasí s tvrzením, že by změna doby plnění umožnila v předchozím zadávacím řízení účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele.

15. S ohledem na vše výše uvedené má zadavatel za to, že ke spáchání přestupku nedošlo, a proto žádá, aby Úřad správní řízení zastavil.

Další průběh řízení o přestupku

16. Usnesením č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-00085/2018/544/MDb ze dne 5. 1. 2018 stanovil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 16. 2. 2018

17. Dne 16. 2. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-04996/2018/544/MDb (dále jen „napadené rozhodnutí“), v němž ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavření dodatku č. 1 dne 18. 10. 2017 ke smlouvě o dílo s vybraným dodavatelem dne 10. 2. 2017 na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky nepostupoval v souladu s ustanovením § 222 odst. 3 písm. a) zákona v návaznosti na § 6 odst. 2 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení a zásadou zákazu diskriminace dodatkem č. 1 změnil termín plnění pro předání konceptů projektové dokumentace pro územní řízení v rámci realizace veřejné zakázky z doby plnění do 36 týdnů na dobu plnění do 51 týdnů od nabytí účinnosti smlouvy o dílo v případě tramvajové trasy I (DÚR) a z doby plnění do 36 týdnů na dobu plnění do 64 týdnů od nabytí účinnosti smlouvy o dílo v případě tramvajové trasy II (DÚR), čímž umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, neboť taková změna smluvních podmínek by umožnila účast jiných dodavatelů v původním zadávacím řízení, pokud by

zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele.

18. Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli ve výroku II. napadeného rozhodnutí podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 100 000 Kč. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1000 Kč.

III. ŘÍZENÍ O ROZKLADU

19. Dne 5. 3. 2018 podal zadavatel v zákonem stanovené lhůtě rozklad z téhož dne (dále jen „rozklad“) směřující proti všem výrokům napadeného rozhodnutí.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 5. 2018

20. Dne 22. 5. 2018 vydal předseda Úřadu jako druhostupňový orgán rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-R0035/2018/VZ-14930/2018/321/ZSř (dále jen „rozhodnutí o rozkladu“), v němž rozhodl tak, že napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. V rozhodnutí o rozkladu se předseda Úřadu zabýval námitkami zadavatele týkajících se zadavatelem namítané vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí, možnosti aplikace výjimek dle § 222 odst. 2 a 4 zákona v šetřeném případě a zákonnosti uložené pokuty.

21. K možnosti aplikace ustanovení § 222 odst. 2 zákona v šetřeném případě předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu mimo jiné uvedl, že „*Výhrada může být formulována i obecně, neboť může být obtížné předem definovat veškeré uvažované případy, které mohou nastat, musí z ní však být jednoznačně seznatelné, na jaké situace dopadá. Na základě předběžného posouzení věci sděluji, že výhradu považuji za sice velmi obecnou, ale (pro určité případy) dostatečně a jednoznačně vymezenou.*“. Předseda Úřadu dále uvedl, že „*vybraný uchazeč se uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku zavázal k plnění řady povinností, které zahrnují též jednání s dotčenými osobami. Při jednání s dotčenými osobami nemusí být vždy v moci vybraného uchazeče, aby tyto osoby jednaly řádně a v obvyklých lhůtách a nebránily tak postupu vybraného uchazeče v plnění veřejné zakázky. V tomto kontextu může dojít například k situaci, kdy dotčený orgán státní správy nevydá správní akt, bez něhož nelze v plnění veřejné zakázky pokračovat, ve lhůtě stanovené právní předpisy, nebo některý vlastník dotčeného pozemku vyvolá neopodstatněné obstrukce, a vybraný uchazeč bez příslušného podkladu nemůže dokončit plnění veřejné zakázky. V takové situaci je zcela legitimní, že se o dobu od uplynutí očekávatelné lhůty k vyřízení (která by měla zahrnuta do stanoveného termínu plnění) do doby pominutí překážky termín plnění prodlouží, aby nemohlo dojít k situaci, kdy přes řádné plnění na své straně nemůže vybraný uchazeč plnění veřejné zakázky předat včas. (…) O takovém prodloužení pak není nutné mezi zadavatelem a dodavatelem (vybraným uchazečem) ani věcně jednat, neboť postačí, doloží-li vybraný uchazeč překážku na straně dotčeného subjektu, které nemohl zabránit, včetně doby jejího trvání a odůvodnění, proč nebylo možné v plnění veřejné zakázky pokračovat. (…) V takovém*

případě pak není nutné ani uzavírat dodatek, neboť prodloužení nastane automaticky a vybraný uchazeč se o relevantní dobu nedostane do prodlení, za které by byl jinak ve smyslu čl. IV. odst. 1 a 2 smlouvy sankcionován nezanedbatelnou smluvní pokutou.".

22. Předseda Úřadu dále v rozhodnutí o rozkladu konstatoval, že „*Dovolává-li se zadavatel aplikace výhrady jako výjimky dle § 222 odst. 2 zákona jako odůvodnění prodloužení termínu plnění dle dodatku, je na něm, aby ve správním řízení označil konkrétní objektivní překážky, které bránily vybranému uchazeči v plnění jeho závazku, jimž vybraný uchazeč jednající s náležitou péčí nemohl zabránit, doložil, že ke vzniku překážek došlo na straně dotčených osob a doložil konkrétní dobu trvání těchto překážek, včetně odůvodnění toho, z jakých důvodů nebylo možné po tuto dobu pokračovat v plnění veřejné zakázky. (…) Pokud jde o zadavatelem dále uváděné důvody prodloužení termínu plnění – přepracování dopravního modelu a úprava tramvajových tras, zde se Úřad vypořádá s posouzením toho, zda zadavatel může být v postavení dotčené osoby dle výhrady a zda i důvody na straně zadavatele, kterým vybraný uchazeč objektivně nemohl zabránit, nemohou naplnit předpoklady výhrady.*" a dále také, že „*Důvodnost překážek je třeba posuzovat případ od případu, v každém případě by se však mělo jednat o překážky neobvyklé a nestandardní, překračující očekávatelný průběh plnění smlouvy. K prodloužení termínu plnění pak může dojít pouze o doloženou dobu trvání těchto překážek.*".

23. Předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu rovněž uvedl, že Úřad nemůže učinit závěr o tom, že zadavatel nenaplnil podmínky pro aplikaci výjimky dle § 222 odst. 2 zákona, aniž by měl danou právní otázku postavenou najisto, a proto se bude „*při novém projednání věci zabývat tím, na jaké situace výhrada s přihlédnutím ke všem okolnostem dopadá, zda důvody předložené zadavatelem odůvodňují prodloužení termínu plnění v rozsahu dle dodatku, a doplní případná skutková zjištění. (…) Vzhledem k tomu, že některé skutečnosti nelze prokázat jinak, než prostřednictvím součinnosti zadavatele, který je současně tím, kdo je povinen uvést skutečnosti vedoucí k oprávnění k využití výjimky dle § 222 odst. 2 zákona, vyzve Úřad při novém projednání věci zadavatele k prokázání konkrétních překážek s doložením konkrétní délky jejich trvání, které odůvodňují dle názoru zadavatele prodloužení termínu plnění v rozsahu dle dodatku.*".

24. Závěrem předseda v rozhodnutí o rozkladu konstatoval, že shledal napadené rozhodnutí nezákonným a z tohoto důvodu „*přistoupil k jeho zrušení. V dalším řízení je Úřad povinen se na základě zjištěných skutečností znovu zabývat možností aplikace výjimek z obecného zákazu změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 zákona. Dospěje-li Úřad k závěru, že žádnou z relevantních výjimek nelze aplikovat, vypořádá se s posouzením změn dle dodatku jako změn podstatných ve smyslu § 222 odst. 3 zákona. Bude-li toho třeba, doplní Úřad dokazování a učiní patřičná skutková zjištění a své rozhodnutí Úřad řádně odůvodní. V novém rozhodnutí je pak Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí.*".

IV. NOVÉ PROJEDNÁNÍ VĚCI PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM PRVNÍHO STUPNĚ

25. Přípisem č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-15582/2018/544/MDb ze dne 29. 5. 2018 Úřad zadavatele vyrozuměl o pokračování v řízení o přestupku a současně mu usnesením

č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-15613/2018/544/MDb z téhož dne stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

26. Dne 8. 6. 2018 obdržel Úřad stanovisko zadavatele ze dne 7. 6. 2018, v němž zadavatel zejména odkazuje na svá předchozí vyjádření učiněná v řízení o přestupku, přičemž zadavatel je přesvědčen, že ke spáchání přestupku v souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo nedošlo.

27. Usnesením č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-17312/2018/544/MDb ze dne 15. 6. 2018 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k prokázání konkrétních překážek s doložením konkrétní délky jejich trvání, které dle názoru zadavatele odůvodňují prodloužení termínu plnění v rozsahu dle dodatku č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku.

Vyjádření zadavatele ze dne 22. 6. 2018

28. Dne 25. 6. 2018 Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-17312/2018/544/MDb ze dne 15. 6. 2018 obdržel od zadavatele vyjádření ze dne 22. 6. 2018, ve kterém zadavatel zejména poukazuje na to, že posun smlouvou sjednaných termínů byl proveden v důsledku změn souvisejících norem, z důvodu odklonu od projektového záměru (jehož potřeba dle zadavatele vyplynula z propracování projektů do takové fáze, že došlo k vyloučení některých variant možného řešení a naopak se musela pro některé lokality hledat řešení nová, neboť návrh nebyl realizovatelný) a dále v důsledku koordinace s připravovanými stavbami v dotčené oblasti, jejichž investorem jsou subjekty odlišné od zadavatele a jejichž potřeba koordinace vznikla až po vypracování projektových záměrů. Dále zadavatel ve svém vyjádření zmiňuje, že posun doby plnění byl vyvolán taktéž z důvodů neposkytování včasné součinnosti ze strany dotčených orgánů a subjektů, s čímž zadavatel ani uchazeč nepočítali. *„Pakliže ale nejsou tyto subjekty vázány žádnou lhůtou dle platného právního řádu a je zcela na jejich uvážení, kdy součinnost poskytnou, nelze toto dávat za vinu zadavateli (objednateli/příkazci) ani dodavateli (zhotoviteli/příkazníkovi). (…) ačkoliv s Městským obvodem Poruba a Městským obvodem Pustkovec, v jejichž obvodu se budoucí tramvajové trasy mají realizovat, tvoří se statutárním městem Ostravou jeden subjekt z pohledu zákona o obcích, jsou městské obvody při výkonu samostatné působnosti samostatně spravovány vlastními radami a zastupitelstvy městských obvodů. Kompetence mezi městem a městským obvodem jsou vymezeny v obecně závazné vyhlášce č. 14/2013, Statutu města Ostravy, ve znění pozdějších změn a doplňků, a statutární město Ostrava jako zadavatel nemůže městské obvody nutit nebo jim přikazovat cokoliv činit, pokud jednají v souladu s platnými právními předpisy. Stejně tak např. Dopravní podnik Ostrava a.s. je samostatným právním subjektem, ačkoliv je město jeho jediným akcionářem. (…) Pakliže tedy objednatel či zhotovitel vyzývali k součinnosti a ta poskytnuta nebyla, nejde dle našeho názoru o pochybení zadavatele. Je však nepochybné, že neposkytnutím včasné součinnosti ze strany Dopravního podniku Ostrava a.s., který je provozovatelem tramvajové dopravy na území statuárního města Ostravy, a obstrukcemi ze strany dotčených městských obvodů, mělo přímý vliv na řádné pokračování realizace veřejné zakázky. Objednatel/příkazce ani zhotovitel/příkazník nemohli bez vypořádání se s jejich připomínkami a požadavky tyto obejít a plynule pokračovat v pracích, neboť v tomto specifickém předmětu plnění je vše vzájemně provázáno a zpravidla i malá změna může ovlivnit celý předmět plnění. V případě že by zhotovitel plynule pokračoval bez dílčího projednávání projektované dokumentace a průběžného zapracování*

připomínek a podnětů dotčených osob, vystavoval by se reálnému riziku, že na základě takovéto projektové dokumentace nebude možné zajistit územní rozhodnutí na umístění stavby a práce takto provedené budou zmařené a navíc v rozporu se smlouvou. Nezanedbatelný vliv na (ne)rozhodování, připomínky a součinnost dotčených subjektů a ve svém důsledku na prodloužení doby plnění, měli při realizaci závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku také občané ze stavbou dotčených lokalit, kteří (...) mají snahu znemožnit či za každou cenu zkomplikovat realizaci připravovaného projektu ekologizace veřejné dopravy v Ostravě.“.

29. Závěrem svého vyjádření zadavatel Úřadu předkládá podstatné úkony (překážky) ovlivňující termín plnění předmětu veřejné zakázky, upozorňuje však, že více úkonů mohlo být realizováno souběžně a realizace některých úkonů byla naopak navázána na předchozí dokončení úkonů jiných či bylo nezbytné některé úkony realizovat opakovaně. Jak zadavatel uvádí ve svém vyjádření, *„Podstatnými úkony, které ovlivnily prodloužení termínu plnění smlouvy na veřejnou zakázku, jsou zejména:*

- *přepracování studie – doba realizace 8 týdnů;*
- *aktualizace, rozšíření a doplnění dopravního modelu ve vztahu k širší oblasti modelování – doba realizace 13 týdnů;*
- *dokončením dopravního modelu 11. 09. 2017 došlo ke změně v koncepci, tzn. že do tohoto termínu se projektovala trasa D jako páteřní v souladu s uzavřenou smlouvou na veřejnou zakázku, od tohoto data začala nová koncepce a začaly se připravovat podklady pro novou páteřní trasu I., o které rozhodla rada 17. 10. 2017;*
- *řešení nového kolektoru bylo v koordinaci s dodavatelem projektu „Úprava veřejného prostranství Duha v Ostravě - Porubě“, jehož objednatelem bylo statutární město Ostrava, městský obvod Poruba – doba souvisejícího prodloužení plnění 3 týdny;*
- *v důsledku upraveného dopravního modelu bylo nutné přepracovat celou připravovanou projektovou dokumentaci - opětovně řešeno napájení celé tramvajové trasy tak, aby fungovaly varianty samostatně, úpravy křižovatek (průsečné vs. okružní – variantně), vazba úpravy křižovatek na světelnou signalizaci, cyklostezky – řešení s koordinátorem a požadavky obvodů, chodníky, umísťování přechodů, nové zastávky a jejich umístění, tramvajová smyčka – doba realizace těchto víceprací činila 13 týdnů;*
- *napájení měnírny a nová odběrná místa – doba realizace 6 týdnů;*
- *v průběhu řešení PD docházelo ze strany městského obvodu Poruba ke změnám a úpravám v rámci souběžně připravované projektové dokumentace pro akci „Úprava veřejného prostranství Duha v Ostravě - Porubě“. Jedním z požadavků městského obvodu Poruba bylo navrhnout do realizované projektové dokumentace kolektor z důvodu vymístění inženýrských sítí z prostranství před Duhou. Koncept projektové dokumentace se připravoval v souladu s tímto požadavkem, přičemž následně na koordinační poradě bylo zástupcem městského obvodu Poruba oznámeno, že již kolektor nepožadují. Toto sdělení si opětovně vyžádalo přepracování části připravované projektové dokumentace. Ze strany městského obvodu Poruba došlo k finálnímu ujasnění koncepce prostranství Duha až v prosinci roku 2017;*
- *Dopravní podnik Ostrava a.s. na průběžných jednáních při přípravě dokumentace vznášel nové požadavky, nebo upravoval již požadované změny (týkaly se zejména napájení trati, umístění měnírny, napájení měnírny, umístění trafostanic, délka*

zastávek, umístění zastávek a jejich počet, tvar točny – řešeno ve variantách ve vazbě na dopravní řešení a parkování v příslušné lokalitě, počet kolejí na točně, délky nástupišť na točně a jejich umístění. Tyto skutečnosti měly vliv na přilehlé stávající sítě i nové sítě (přeložky vodovodů, kanalizací, plynovodů, horkovodů, sdělovacích sítí), které budou součástí stavby a rovněž měly vliv na řešení křižovatek, světelnou signalizaci a všechny technologie, které se podílejí na přípravě projektové dokumentace stavby ve stupni pro územní řízení.“.

Další průběh řízení o přestupku

30. Usnesením č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-19144/2018/544/MDb ze dne 29. 6. 2018 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k doplnění jeho vyjádření ze dne 22. 6. 2018 k prokázání konkrétních překážek s doložením konkrétní délky jejich trvání, které dle názoru zadavatele odůvodňují prodloužení termínu plnění veřejné zakázky v rozsahu dle dodatku č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku.

Vyjádření zadavatele ze dne 9. 7. 2018

31. Dne 9. 7. 2018 Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-19144/2018/544/MDb ze dne 29. 6. 2018 obdržel od zadavatele vyjádření z téhož dne, ve kterém zadavatel uvádí, že svým vyjádřením ze dne 22. 6. 2018 a údaji poskytnutými Úřadu v dřívějších podáních v předmětném řízení o přestupku dostatečným způsobem prokázal konkrétní překážky a konkrétní délky jejich trvání odůvodňující prodloužení termínu plnění v rozsahu dle dodatku č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku. Obviněný dále ve svém vyjádření zmiňuje, že nepředpokládal nedostatečnost či neaktuálnost původní projektové dokumentace sloužící jako podklad pro vypracování nabídek na veřejnou zakázku a dále zdůrazňuje, že smyslem výhrady změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku bylo dle zadavatele „*smluvně ošetřit (ne)součinnost (prodlení, nečinnost, úmyslné prodlužování, poskytování nezbytných podkladů či informací po částech apod.) subjektů jiných než smluvních stran smlouvy na veřejnou zakázku, tedy případné překážky vzniklé na straně dotčených orgánů státní správy, vlastníků dotčených parcel, vlastníků (správců) inženýrských sítí, popř. vlastníků dotčených objektů, bránících zhotoviteli v plnění jeho závazku (Dopravní podnik Ostrava a.s., jako správce komunikací a zpevněných ploch, jednotlivé městské obvody, kterými tramvajové tratě prochází v návaznosti na dotčené území, správce inženýrských sítí, odbor dopravy Magistrátu města Ostravy z hlediska koncepce navazující dopravy v dotčené lokalitě, apod.). Veškeré změny předmětu smlouvy spočívající či vzniklé na základě podnětů či připomínek a požadavků jednotlivých dotčených subjektů, ze kterých plynula například nutnost přepracování dopravního modelu, řešení nového kolektoru, úpravy křižovatek, cyklostezky, umístění přechodů, délka a umístění nových zastávek, napájení trati a měníren atd., a ve svém důsledku zapříčinily přesáhnutí původní, ve smlouvě o dílo stanovenou dobu plnění předmětu veřejné zakázky, byly ve výsledku realizovány na základě požadavků zadavatele (objednatele) a byly sjednány v dodatku č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku podle ustanovení § 222 odst. 4 zákona.*“. Dále zadavatel dodává, že „*Podstatné úkony, které ovlivnily prodloužení termínu plnění smlouvy na veřejnou zakázku uvedené ve vyjádření zadavatele ze dne 22. 6. 2018 k prokázání konkrétních překážek, byly sjednány dodatkem č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku primárně podle ust. 222 odst. 4 zákona, nicméně jednotlivé doby jejich realizace v sobě zahrnují i překážky vzniklé na straně dotčených orgánů státní správy,*

vlastníků dotčených parcel, vlastníků (správců) inženýrských sítí, popř. vlastníků dotčených objektů, bránících zhotoviteli v plnění jeho závazku podle ustanovení § 222 odst. 2 zákona.".

Další průběh řízení o přestupku

32. Usnesením č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-20663/2018/544/MDb ze dne 16. 7. 2018 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k doložení příslušných podkladů (např. žádosti o vyjádření dotčených subjektů, výzvy k jednání s dotčenými subjekty, vyjádření dotčených subjektů, zápisy z porad, apod.) k prokázání konkrétních překážek s konkrétní délkou jejich trvání, které dle názoru zadavatele odůvodňují prodloužení termínu plnění veřejné zakázky v rozsahu dle dodatku č. 1.

33. Dne 25. 7. 2018 doložil zadavatel Úřadu v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-20663/2018/544/MDb ze dne 16. 7. 2018 následující dokumenty, které dle zadavatele odůvodňují prodloužení termínu plnění veřejné zakázky v rozsahu dle dodatku č. 1:

   - zápis ze vstupní koordinační porady ke zpracování projektové dokumentace stavby „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (dále jen „projektová dokumentace stavby“) konané dne 29. 3. 2017 (dále jen „vstupní koordinační porada“),
   - záznam ze vstupní profesní porady vybraného dodavatele a zástupců Dopravního podniku Ostrava, a.s., IČO 61974757, se sídlem Poděbradova 494/2, 702 00 Ostrava (dále jen „DPO“) v oborech trolejové vedení a silnoproud ke zpracování projektové dokumentace stavby konané dne 22. 6. 2017,
   - zápis z porady k prezentaci doplněné a přepracované varianty projektové dokumentace stavby konané dne 26. 7. 2017 včetně příloh (dále jen „zápis z porady ze dne 26. 7. 2017“),
   - zápis z porady k prezentaci konceptu dopravního modelu v rámci zpracování projektové dokumentace stavby konané dne 24. 8. 2017 (dále jen „zápis z porady ze dne 24. 8. 2017“),
   - zápis z porady k prezentaci připomínek ke konceptu dopravního modelu v rámci zpracování projektové dokumentace stavby konané dne 11. 9. 2017 (dále jen „zápis z porady ze dne 11. 9. 2017“),
   - zápis z porady k prezentaci úprav části projektové dokumentace stavby týkající se „veřejného prostranství Duha“ konané dne 20. 9. 2017 (dále jen „zápis z porady ze dne 20. 9. 2017“),
   - zápis z porady týkající se řešení „veřejného prostranství Duha“ konané dne 10. 11. 2017 (dále jen „zápis z porady ze dne 10. 11. 2017“),
   - zápis z porady týkající se profesí silnoproud, sdělovacího vedení a napájení v rámci úprav projektové dokumentace stavby konané dne 24. 11. 2017,
   - zápis z porady týkající se profese sdělovacího zařízení v rámci úprav projektové dokumentace stavby konané dne 24. 11. 2017.

34. Dne 6. 8. 2018 zaslal Úřad vybranému dodavateli žádost o sdělení informací č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-22240/2018/544/MDb ze dne 3. 8. 2018, kterou požádal vybraného dodavatele o sdělení následujících informací, resp. zodpovězení níže uvedených otázek:

a. Z Úřadu dostupných podkladů vyplývá, že vstupní koordinační porada ke zpracování projektové dokumentace, která je předmětem veřejné zakázky, mezi dodavatelem a jednotlivými dotčenými subjekty proběhla dne 29. 3. 2017. Je možné tuto Úřadem zjištěnou skutečnost z Vaší strany potvrdit a dále poskytnout informace, co bylo předmětem jednání v rámci této koordinační porady?

b. Na základě dostupných informací Úřad předpokládá, že dne 26. 5. 2017 proběhla prezentace přepracované varianty studie dodavatelem zástupcům dotčených subjektů a zadavatele, následně jednotlivé dotčené subjekty zaslaly svoje připomínky k prezentované variantě studie, dne 14. 7. 2017 proběhlo jednání k těmto připomínkám se zapracováním jednotlivých připomínek a dne 26. 7. 2017 proběhlo jednání dodavatele se zástupci dotčených subjektů, na kterém byla prezentována doplněná a přepracovaná varianta řešení. Je možné tyto skutečnosti z Vaší strany potvrdit a dále poskytnout bližší informace, co bylo předmětem těchto jednání? Jednalo se v rámci porady ze dne 26. 7. 2017 například o finalizaci řešení studie?

c. Z dostupných podkladů dále vyplývá, že dne 22. 6. 2017 se konalo jednání se zástupci DPO. Jednalo se v rámci tohoto jednání mimo jiné o připomínkách DPO k návrhu prezentovaného dodavatelem na poradě ze dne 26. 5. 2017? Byly důsledkem tohoto jednání mimo jiné i úpravy dopravního modelu a připravované projektové dokumentace, které jsou zmíněné v dalších bodech této žádosti o sdělení informací?

d. Z Úřadu dostupných informací vyplývá, že dne 24. 8. 2017 se konalo jednání mezi dodavatelem a zástupci dotčených subjektů, na kterém byl představen koncept dopravního modelu, přičemž v rámci jednání dne 11. 9. 2017 byly prezentovány připomínky ke konceptu dopravního modelu s tím, že dopravní model měl být následně dopracovaný do finální podoby. Doba realizace uvedených úprav dopravního modelu ve vztahu k širší oblasti modelování dle vyjádření zadavatele činila 13 týdnů. Je možné Úřadem zjištěné skutečnosti z Vaší strany potvrdit a dále poskytnout informace, kdy byly zahájeny a dokončeny úpravy dopravního modelu na základě připomínek jednotlivých dotčených subjektů?

e. Na základě dostupných informací Úřad předpokládá, že jedním z důsledků úprav dopravního modelu bylo přepracování celé připravované projektové dokumentace (např. opětovné řešení napájení tramvajové trasy, úpravy křižovatek, cyklostezky, chodníky, umístění přechodů, nové zastávky a jejich umístění, tramvajová smyčka), přičemž tato úprava projektové dokumentace dle vyjádření zadavatele trvala 13 týdnů. Je možné výše uvedené skutečnosti z Vaší strany potvrdit a případně poskytnout další informace, zejména v jakém termínu dodavatel započal a následně ukončil přepracování projektové dokumentace na základě úprav dopravního modelu?

f. Z dostupných podkladů vyplývá, že dne 20. 9. 2017 byla v rámci jednání mezi dodavatelem a dotčenými subjekty o úpravách „veřejného prostranství Duha“ projednána mimo jiné možnost překládky jednotlivých inženýrských sítí do společného

kolektoru. Dne 10. 11. 2017 pak bylo na jednání mezi dodavatelem a dotčenými subjekty dodavatelem zmíněno, že nové řešení „prostoru Duha“ s takovým umístěním do kolektoru počítá. Je možné výše uvedené skutečnosti z Vaší strany potvrdit a dále poskytnout informace, ke kterému datu byly výše uvedené požadavky úprav ze strany dotčených subjektů vzneseny a ke kterému datu byly tyto do projektové dokumentace dodavatelem zapracovány?

g. Na základě dostupných podkladů dále Úřad předpokládá, že na jednání dne 24. 11. 2017 mezi dodavatelem a DPO byly řešeny profese silnoproud, sdělovací vedení a napájení nové měnírny a nových odběrných míst. Úpravy projektové dokumentace týkající se vedení a napájení nové měnírny a nových odběrných míst měly dle vyjádření zadavatele trvat 6 týdnů. Ke kterému datu byly výše uvedené požadavky úprav ze strany DPO vzneseny a ke kterému datu byly do projektové dokumentace dodavatelem zapracovány?

35. V návaznosti na žádost o sdělení informací č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-22240/2018/544/MDb ze dne 3. 8. 2018 obdržel Úřad dne 16. 8. 2018 odpověď vybraného dodavatele ze dne 14. 8. 2018. Ve svém přípisu vybraný dodavatel zejména potvrdil Úřadem předpokládané skutečnosti a tyto dále v podrobnostech doplnil. Ke vstupní koordinační poradě vybraný dodavatel uvedl, že termín konání tohoto jednání byl změněn ze dne 13. 3. 2017 na den 29. 3. 2017 z důvodu nízkého potvrzeného počtu účastníků v původním termínu, přičemž jejím předmětem bylo seznámení účastníků s podkladovou dokumentací pro vypracování projektové dokumentace stavby. Vybraný dodavatel dále potvrdil termíny jednání ve dnech 26. 5. 2017, 14. 7. 2017 a 26. 7. 2017, na kterých byla prezentována výchozí koncepce technického řešení, došlo k jejímu připomínkování ze strany jednotlivých dotčených subjektů a následné prezentaci upravené koncepce technického řešení stavby na základě připomínek jednotlivých dotčených subjektů vybraným dodavatelem, a dále uvedl, že na jednání ze dne 26. 7. 2017 nebyla koncepce technického řešení projektu uzavřena. Jednání ze dne 22. 6. 2017 se zástupci DPO se dle vyjádření vybraného dodavatele týkalo upřesnění k návrhu napájení, v jehož důsledku došlo k nutným úpravám celkového technického řešení včetně umístění měnírny a přípojných napájecích bodů. Na jednáních ze dne 24. 8. 2017 a ze dne 11. 9. 2017 byla dle vyjádření vybraného dodavatele řešena problematika dopravního modelu, přičemž práce na tomto dopravním modelu probíhaly přibližně v období od přelomu května a června do konce září roku 2017. Vybraný dodavatel dále potvrdil Úřadem předpokládaný časový rozsah přepracování projektové dokumentace stavby v závislosti na úpravách dopravního modelu. Dále vybraný dodavatel potvrdil, že bylo nutné *„přepracovat jednotlivé křižovatky, cyklostezky, chodníky, napájení, umístění zastávek, upravit tramvajovou smyčku a další navazující části projektu*“. K celkové době trvání úprav v projektové dokumentaci stavby v návaznosti na úpravy dopravního modelu nadto vybraný dodavatel uvádí, že s přepracováním předmětné projektové dokumentace započal po jednání v květnu roku 2017, přičemž z důvodu změn v celém projektu a změn v „prostoru Duha“ bylo konečné řešení vyhotoveno v prosinci roku 2017. K jednáním ze dne 20. 9. 2017 a ze dne 10. 11. 2017 s dotčenými subjekty o úpravách „veřejného prostranství Duha“ vybraný dodavatel uvádí, že na poradě ze dne 20. 9. 2017 byly „MO Poruba“ předloženy požadavky na vymístění inženýrských sítí v tomto prostoru do podzemního kolektoru a zanesení tohoto technického řešení do připravované projektové dokumentace stavby,

přičemž tato varianta byla potvrzena na následné poradě dne 10. 11. 2017 a dle vyjádření vybraného dodavatele zapracována v období přibližně ode dne 20. 9. 2017 do konce listopadu, avšak v prosinci byl kolektor z projektové dokumentace stavby vypuštěn. Na základě jednání ze dne 24. 11. 2017 mezi vybraným dodavatelem a DPO o profesích silnoproud, sdělovací vedení a napájení nové měnírny a nových odběrných míst byl pak dle vyjádření vybraného dodavatele schválený koncept technického řešení a toto technické řešení bylo dopracováno na počátku ledna roku 2018.

36. Dne 21. 8. 2018 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0485/2017/VZ-24264/2018/544/MDb z téhož dne, v němž stanovil zadavateli lhůtu, v níž byl oprávněn se vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

37. Úřad vázán právním názorem předsedy Úřadu vysloveným v rozhodnutí o rozkladu přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů poskytnutých zadavatelem a vybraným dodavatelem a na základě vlastního zjištění rozhodl o zastavení řízení o přestupku podle § 257 písm. f) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona a dalších právních předpisů

38. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

39. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

40. Podle § 100 odst. 1 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.

41. Podle § 222 odst. 1 zákona není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.

42. Podle § 222 odst. 2 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona.

43. Podle § 222 odst. 3 zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by

a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,

b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.

44. Podle § 222 odst. 4 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je

a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a

b) nižší než

1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo

2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.

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

45. Podle § 257 písm. f) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona nebo pro uložení sankce podle § 268 nebo 269 zákona.

46. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

47. Zadavatel v části I. „Vymezení předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace uvedl, že předmětem plnění veřejné zakázky *„je vypracování projektové dokumentace pro územní řízení včetně výkonu inženýrské činnosti v rozsahu pro zajištění pravomocného územního rozhodnutí pro stavbu ‚Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba‘. Součástí předmětu veřejné zakázky je provedení geodetického zaměření řešeného území a provedení veškerých průzkumných prací nezbytných pro realizaci stavby. Podkladem pro vypracování projektové dokumentace pro územní řízení je investiční záměr ‚Ekologizace veřejné dopravy – Ostrava Poruba (fáze I a II)‘, který zpracovala společnost Mott MacDonald CZ, spol. s r.o. v 6/2014 a 7/2014, a projektová dokumentace pro územní řízení ‚Tramvajová trať 17. listopadu‘, kterou zpracovala společnost Dopravní projektování, spol. s r.o. pod zak. číslem 04058 v listopadu 2004 (bude použita na úsek od ul. Opavské po ul. Bedřicha Nikodéma.*“.

48. Zadavatel stanovil v části VI. „Obchodní podmínky“ zadávací dokumentace, že obchodní podmínky *„Jsou uvedeny v příloze č. 1 této Zadávací dokumentace – Požadavky na obsah smlouvy.*“.

49. Zadavatel stanovil v části X. „Další podmínky, požadavky a informace zadavatele“ zadávací dokumentace předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 14 804 249 Kč bez DPH.

50. Na základě části XI. „Přílohy“ zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce zadavatel učinil její součástí i přílohu č. 1 „Požadavky na obsah smlouvy“.

51. V článku II. „Doba plnění“ části B „Požadavků na obsah smlouvy o dílo a smlouvy příkazní“ zadavatel mimo jiné v bodě 2. stanovil, že *„Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa D (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli **do ….. týdnů (doplní uchazeč – nejpozději však do 36 týdnů)** od nabytí účinnosti této smlouvy.“*.

52. V článku II. „Doba plnění“ části B „Požadavků na obsah smlouvy o dílo a smlouvy příkazní“ zadavatel mimo jiné v bodě 3. stanovil, že *„Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa B (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli **do ….. týdnů (doplní uchazeč – nejpozději však do 36 týdnů)** od nabytí účinnosti této smlouvy.“*.

53. V článku II. „Doba plnění“ části B „Požadavků na obsah smlouvy o dílo a smlouvy příkazní“ zadavatel v bodě 6 stanovil, že *„v případě vzniku překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, ze strany vlastníků dotčených parcel, vlastníků (správců) inženýrských sítí, popř. vlastníků dotčených objektů, bránících zhotoviteli v plnění jeho závazku dle bodu 2. a 3. tohoto článku smlouvy, kterým zhotovitel jednající s náležitou péčí nemohl zabránit, se o dobu trvání těchto překážek prodlužuje doba plnění.“* (dále též „vyhrazená změna závazku“).

54. Dne 10. 2. 2017 zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo na veřejnou zakázku.

55. V bodu 1. článku I. „Předmět smlouvy“ části B smlouvy o dílo je mimo jiné stanoveno, že *„Projektová dokumentace pro územní řízení (DÚR) bude obsahovat:*

    a) veškeré náležitosti dle stavebního zákona a souvisejících prováděcích předpisů a vyhlášek k tomuto zákonu, ve znění pozdějších předpisů,

    b) geodetické zaměření řešeného území (polohopis, výškopis) včetně zaměření všech inženýrských sítí,

    c) veškeré průzkumné práce nezbytné pro realizaci stavby - radonový průzkum včetně stanovení radonového indexu, inženýrsko - geologický průzkum včetně zajištění dynamické penetrace, hydrogeologický průzkum, korozní průzkum, atmogeochemický (metanový) průzkum, hluková a rozptylová studie, dendrologický průzkum aj., včetně zapracování výsledků průzkumů do projektové dokumentace (DÚR),

    d) architektonickou studii s návrhem zastávek MHD a zpevněných ploch v lokalitě obchodního domu Duha, včetně barevného ztvárnění - tato studie stavby bude řešit architektonicko-stavební problematiku s ohledem na funkční, materiálové a estetické požadavky investora a provozovatele, zohledňující technologické předpoklady stavby, funkční řešení stavby, zasazení do území, návaznost na inženýrské sítě a předběžné rozvržení investičních možností,

    e) mapové podklady pro vyřešení majetkových vztahů, záborový elaborát dočasných a trvalých záborů,

    f) dokumentaci o hodnocení vlivů na životní prostředí a veřejné zdraví (EIA), zpracovanou dle přílohy č. 4 zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně

některých souvisejících zákonů (zákon o posuzování vlivů na životní prostředí), ve znění pozdějších předpisů. V projektové dokumentaci pro územní řízení budou zapracovány podmínky vycházející ze schválené dokumentace o hodnocení vlivů na životní prostředí a veřejné zdraví (EIA), tedy podmínky obsažené v závěru zjišťovacího řízení,

g) posouzení vlivu provozování stavby „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (tramvajová trasa D, tramvajová trasa B) na dotčenou dopravní infrastrukturu a obytná území,

h) podrobný model dopravy se širšími vazbami, včetně zajištění všech nezbytných dopravních průzkumů,

i) 3D animace navržené tramvajové tratě s bezprostředním okolím pro trasu B,

j) 3D animace navržené tramvajové tratě s bezprostředním okolím pro trasu D,

*k) 3D vizualizace tramvajové trati (statické grafické výstupy) ve formátu *.bmp, *.jpg, případně po dohodě s objednatelem v jiném formátu, a to v rozsahu:*

- 2x vizualizace u křižovatky Martinovská x Bedřicha Nikodéma,

- 4x vizualizace u obchodního domu Duha a křižovatky 17. listopadu x Bedřicha Nikodéma,

- 2x vizualizace u hypermarketu Globus,

- 2x vizualizace u křižovatky 17. listopadu x Opavská,

l) energetický výpočet - výpočet energetické bilance stávající a navržené dopravy,

m) přípravu podkladů a zajištění vlastní prezentace projektové dokumentace pro územní řízení na veřejném projednání a v orgánech statutárního města Ostravy,

n) doklady o projednání s rozhodujícími orgány a organizacemi ve smyslu stavebního zákona a dle požadavků objednatele,

o) propočet stavby členěný dle jednotlivých stavebních objektů.“.

56. V bodě 2. článku II. „Doba plnění“ části B smlouvy o dílo je stanoveno, že „*Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa D (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli **do 36 týdnů** od nabytí účinnosti této smlouvy*“ a v bodě 3. článku II. „Doba plnění“ části B smlouvy o dílo je uvedeno, že „*Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa B (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli **do 36 týdnů** od nabytí účinnosti této smlouvy.“*.

57. V bodě 6. článku II. „Doba plnění“ části B smlouvy o dílo je stanoveno, že „*v případě vzniku překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, ze strany vlastníků dotčených parcel, vlastníků (správců) inženýrských sítí, popř. vlastníků dotčených objektů, bránících zhotoviteli v plnění jeho závazku dle bodu 2. a 3. tohoto článku smlouvy, kterým zhotovitel jednající s náležitou péčí nemohl zabránit, se o dobu trvání těchto překážek prodlužuje doba plnění.“*.

58. V článku IV. „Provádění díla“ části B smlouvy o dílo zadavatel v bodech 2 až 5 stanovil, že „*Zhotovitel se zavazuje provádět dílo v souladu s platnými právními předpisy. (…) Zhotovitel bude v průběhu zpracování díla svolávat pracovní jednání k podání informací o průběhu prací. (…) V projektové dokumentaci budou dodrženy české technické normy, hygienické, bezpečnostní a požární předpisy. Dále budou respektovány připomínky a požadavky objednatele, jakož i připomínky a požadavky správců inženýrských sítí, orgánů státní správy a ostatních dotčených subjektů, uplatněné prostřednictvím objednatele. (…) Zhotovitel zajistí doklady a vyjádření příslušných orgánů, fyzických a právnických osob, která s plněním díla souvisejí. Tyto doklady budou nedílnou součástí projektové dokumentace.*“.

59. Zadavatel dále stanovil v bodě 2. článku I. „Předmět“ části C smlouvy o dílo, že „*Inženýrská činnost bude vykonávána v tomto rozsahu:*

   a) projednání projektové dokumentace pro vydání územního rozhodnutí s dotčenými orgány státní správy a se všemi subjekty, které přicházejí v úvahu dle stavebního zákona a dle požadavků příkazce,

   b) zajištění nezbytných příloh k žádosti o územní rozhodnutí dle stavebního zákona a prováděcí vyhlášky č. 503/2006 Sb., o podrobnější úpravě územního řízení, veřejnoprávní smlouvy a územního opatření, ve znění pozdějších předpisů, tzn. zajištění závazných stanovisek dotčených orgánů včetně příslušného úřadu k posouzení vlivů na životní prostředí, vyjádření vlastníků a provozovatelů veřejné dopravní a technické infrastruktury, vyjádření účastníků řízení a zajištění výpisů z katastru nemovitostí,

   c) vypracování a podání žádostí o územní rozhodnutí u příslušného stavebního úřadu,

   d) zajištění vyvěšení informace o záměru v souladu se stavebním zákonem,

   e) zajištění vydání pravomocného územního rozhodnutí,

   f) vyřízení povolení kácení dřevin,

   g) vedení přehledu všech nákladů spojených s inženýrskou činností,

   h) uplatňování práva v rozsahu prováděných činností u všech správních orgánů a právních subjektů, kromě zastupování příkazce ve sporech před příslušnými soudy,

   i) účast na vybraných kontrolních dnech dle požadavků příkazce,

   j) vyřešení všech majetkoprávních vztahů k pozemkům dotčených stavbou včetně přípravy návrhu smluv, jejich projednání s vlastníky nemovitostí a zajištění podpisu smluv (tj. kupní smlouvy, smlouvy o právu provést stavbu, smlouvy o zřízení věcného břemene, nájemní smlouvy, apod.),

   k) příprava návrhu smluv o realizaci přeložek inženýrských sítí, jejich projednání s vlastníky a provozovateli infrastruktury, zajištění jejich podpisu a vyřešení všech majetkoprávních vztahů k daným přeložkám a zajištění podpisů příslušnými smluvními stranami.“.

60. Celková cena veřejné zakázky činila podle bodu 1. článku I. „Cenová ujednání“ části D smlouvy o dílo 8 711 358,00 Kč bez DPH, což je 10 540 743,18 Kč vč. DPH.

61. Dne 18. 10. 2017 zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, v němž je v bodě 1 článku I. „Úvodní ustanovení“ uvedeno, že „*Smluvní strany se v souladu*

se Smlouvou o dílo a smlouvou příkazní č. 0221/2017/OI/VZKÚ na realizaci nezbytné dokumentace stavby „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (dále též jen „smlouva o dílo a smlouva příkazní“) dohodly na následujících změnách smlouvy, spočívajících zejména v úpravě trasy D a trasy B a jejich změně na trasu I a trasu II, v době plnění závazku, který vyplývá z uvedené smlouvy, a ve změně ceny díla. V důsledku provedeného dopravního modelu byly zjištěny skutečnosti, které opodstatňují úpravu požadovaných tras. Dále provedením dopravního modelu a přepracováním tras vzniká při realizaci dokumentace pro územní rozhodnutí nutnost provést vícepráce. Uvedené skutečnosti nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jsou učiněny v souladu s ust. § 222 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.“.

62. V článku II. „Předmět dodatku“ v bodě 2. dodatku č. 1 je dále uveden následující text: *„Část B, čl. II. Doba plnění, odst. 2. a 3. nově zní:*

‚2. Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa I (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli do ***51 týdnů*** *od nabytí účinnosti této smlouvy.‘*

‚3. Koncept projektové dokumentace pro územní řízení – tramvajová trasa II (DÚR) v požadovaném rozsahu bude za účelem připomínkování předán objednateli do ***64 týdnů*** *od nabytí účinnosti této smlouvy.‘“*.

63. V článku II. „Předmět dodatku“ v bodě 5. dodatku č. 1 je dále uvedeno:

„Část D, čl. I. Cenová ujednání nově zní:

‚Celková cena (cena dle části B čl. III a odměna dle části C čl. IV. Této smlouvy) ze závazků ve smlouvě uvedených činí:

Celková cena bez DPH	*9 446 358,00 Kč*
DPH	*1 983 735,18 Kč*
Celková cena včetně DPH	***11 430 093,18 Kč.‘“***

Obecně k problematice podstatné změny smlouvy

64. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že hlavním cílem zákona o zadávání veřejných zakázek je zejména zajištění hospodářské soutěže mezi dodavateli, což je výchozí předpoklad pro efektivní vynakládání veřejných prostředků. Vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruuje zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces. Zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v ustanovení § 6 zákona. Zákon 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

§ 124 odst. 4 zákona, z něhož vyplývá, že smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným dodavatelem je zadavatel povinen uzavřít v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v jeho nabídce.

65. Pravidla, za kterých může docházet ke změnám závazku z uzavřených smluv na plnění veřejné zakázky, jsou stanovena v § 222 zákona, resp. v tomto ustanovení je mimo jiné taxativně vymezeno, jaké změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku je nutno považovat za podstatné, a tedy nepřípustné.

66. Ustanovení § 222 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 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH), meze pro jednání mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem o změnách obsahu smlouvy. 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.“*.

67. Ustanovení § 222 odst. 1 zákona zakazuje zadavateli umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení, přičemž z dikce § 222 odst. 3 zákona vyplývá, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku lze považovat takovou změnu smluvních podmínek, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, účast jiných dodavatelů než těch, kteří byli původně přijati do řízení, nebo které by umožnily vybrat jiného dodavatele než toho, který byl původně vybrán. Nepřípustná je rovněž taková změna, jež mění způsobem, který nebyl v původních zadávacích podmínkách předpokládán, hospodářskou rovnováhu smluvního vztahu ve prospěch dodavatele, jemuž byla veřejná zakázka zadána. Za nepřípustnou je nezbytné dále považovat změnu, která značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřuje obecně o jakékoli plnění dodavatele, které původně nebylo předpokládáno.

68. Zákon však definuje i situace, za kterých se změna závazku nepovažuje za podstatnou; jde o § 222 odst. 2, 4, 5, 6 a 7 zákona. Ve všech případech změn závazků, které při splnění zákonných předpokladů nelze považovat za podstatné, se jedná o výjimky ze zákona, které je jako takové třeba vykládat restriktivně. Zadavatel je tak povinen prokázat, že pro uplatnění některého ze změnových ustanovení splňuje všechny zákonné předpoklady, přičemž pokud toho zadavatel není schopen, nemůže zamýšleným způsobem postupovat.

69. Zamýšlí-li zadavatel provést změnu závazku, musí tedy nejprve postavit najisto, zda se jedná o podstatnou či nepodstatnou změnu. Nepodstatné změny, tj. ty, které nenaplňují žádný ze znaků podstatné změny ve smyslu § 222 odst. 3 zákona nebo které je možné podřadit pod alespoň jeden z odstavců 2, 4, 5, 6 nebo 7 ustanovení § 222 zákona – bez ohledu na ustanovení § 222 odst. 3 zákona – může zadavatel provést bez realizace nového zadávacího řízení. Podstatné změny, tj. změny, které nenaplňují žádnou z definic

nepodstatných změn, zadavatel naopak nemůže provést bez realizace nového zadávacího řízení. Každou zamýšlenou změnu je pak zadavatel povinen „zatřídit“, tedy odůvodnit buď některým z odstavců 2, 4, 5, 6 nebo 7 ustanovení § 222 zákona, nebo tím, že provedením změny nedojde k naplnění žádného ze znaků podstatné změny dle § 222 odst. 3 zákona, přičemž pokud nelze zamýšlenou změnu zařadit do žádné z uvedených kategorií nepodstatných změn, není zadavatel oprávněn ji umožnit bez provedení nového zadávacího řízení dle zákona.

Právní posouzení postupu zadavatele při uzavření dodatku č. 1

70. V šetřeném případě zadavatel dne 10. 2. 2017 uzavřel s dodavatelem smlouvu o dílo na vypracování projektové dokumentace pro územní řízení pro stavbu „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“ (dále též jako „dílo“), přičemž tato stavba se skládá ze dvou úseků, a to tramvajové trasy D a tramvajové trasy B a podkladem pro vypracování projektové dokumentace pro územní řízení je investiční záměr „Ekologizace veřejné dopravy – Ostrava Poruba (fáze I a II)“ a projektová dokumentace pro územní řízení „Tramvajová trať 17. listopadu“, která bude použita na úsek tramvajové trasy B. Dle článku II. „Doba plnění“ části B smlouvy o dílo byl termín ukončení plnění veřejné zakázky závazně stanoven do 36 týdnů od nabytí účinnosti této smlouvy shodně pro předání konceptů projektové dokumentace pro územní řízení u obou úseků. Uvedené termíny plnění byly definovány jako nejzazší rovněž v zadávacích podmínkách. Následně však zadavatel dne 18. 10. 2017 uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 1 ke smlouvě na veřejnou zakázku, ve kterém mimo jiné upravil tramvajové trasy D a B na tramvajové trasy I a II a termín předání části plnění předmětu smlouvy – předání konceptů projektové dokumentace pro územní řízení – nově stanovil na 51 týdnů pro první úsek stavby (tramvajovou trasu I) a 64 týdnů pro druhý úsek stavby (tramvajovou trasu II) od nabytí účinnosti smlouvy o dílo.

71. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem na základě výsledku zadávacího řízení veřejné zakázky, nepostupoval v souladu s ustanovením § 222 odst. 3 písm. a) zákona v návaznosti na § 6 odst. 2 zákona, když v rozporu se zásadou rovného zacházení a zásadou zákazu diskriminace dodatkem č. 1 změnil termín plnění pro předání konceptů projektové dokumentace pro územní řízení v rámci realizace veřejné zakázky z doby plnění do 36 týdnů na dobu plnění do 51 týdnů od nabytí účinnosti smlouvy o dílo v případě tramvajové trasy I (DÚR) a z doby plnění do 36 týdnů na dobu plnění do 64 týdnů od nabytí účinnosti smlouvy o dílo v případě tramvajové trasy II (DÚR), čímž umožnil podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, neboť taková změna smluvních podmínek by umožnila účast jiných dodavatelů v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele.

72. Předseda Úřadu se však následně neztotožnil se závěry Úřadu ve vztahu k možnosti aplikace výjimek dle § 222 odst. 2 a 4 zákona v šetřeném případě, v důsledku čehož Úřadu uložil, aby se na základě zjištěných skutečností znovu zabýval možností aplikace výjimek z obecného zákazu změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 zákona, přičemž dospěje-li Úřad k závěru, že žádnou z relevantních výjimek nelze aplikovat, je Úřad povinen

se vypořádat s posouzením změn dle dodatku č. 1 jako změn podstatných ve smyslu § 222 odst. 3 zákona.

73. Ve světle závazných právních závěrů předsedy Úřadu v rozhodnutí o rozkladu se tedy Úřad nejprve zabýval otázkou, zda lze na prodloužení doby plnění předmětu smlouvy na veřejnou zakázku aplikovat výjimku z obecného zákazu změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 odst. 2 zákona.

K aplikaci výjimky dle § 222 odst. 2 zákona

74. V souladu s ustanovením § 222 odst. 2 zákona 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 zákona. Ustanovení § 100 odst. 1 zákona pak stanoví, že zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.

75. Úřad uvádí, že přípustná změna závazku ze smlouvy dle § 100 odst. 1 zákona se může týkat předmětu či obsahu smlouvy, přičemž podmínky pro možnost uplatnění takto vyhrazených změn dle předmětného ustanovení, uvedené v předchozím bodě odůvodnění tohoto usnesení, musí být naplněny kumulativně, tedy všechny zároveň. V případě, že provedená změna nesplňuje byť jen jednu z uvedených podmínek, nelze hovořit o přípustné změně podle tohoto odstavce.

76. Pokud by si však zadavatel na druhou stranu ve smlouvě na veřejnou zakázku vyhradil provedení změn tak nejednoznačným způsobem, že by důsledkem této nejednoznačnosti bylo nové jednání zadavatele s dodavatelem o obsahu změny závazku, není možné v takovém případě postupovat dle § 222 odst. 2 zákona.

77. Úřad dále uvádí, že jiné požadavky než naplnění podmínek obsažených v § 100 odst. 1 a § 222 odst. 2 zákon nestanoví, zadavatel je tak oprávněn provést předem vyhrazené změny závazku ze smlouvy v libovolném objemu, resp. v objemu, který si v rámci změnové doložky stanovil. Ve vztahu k § 222 odst. 2 zákona tak lze uzavřít, že změnit závazek ze smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku lze v souladu s tímto ustanovením v zásadě pouze za situace, kdy je výhrada změny popsána v zadávací dokumentaci, resp. ve smlouvě tak určitě, že o dané změně v podstatě již není třeba mezi zadavatelem a dodavatelem věcně jednat.

78. Jak již Úřad uvedl výše, zadavatel si vyhradil změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku v bodě 6 čl. II. „Doba plnění“ části B „Požadavků na obsah smlouvy o dílo a smlouvy příkazní“, kde uvedl, že „*V případě vzniku překážek ze strany dotčených orgánů státní správy, ze strany vlastníků dotčených parcel, vlastníků (správců) inženýrských sítí, popř. vlastníků dotčených objektů, bránících zhotoviteli v plnění jeho závazku dle bodu 2. a 3. tohoto článku smlouvy, kterým zhotovitel jednající s náležitou péčí nemohl zabránit, se o dobu trvání těchto překážek prodlužuje doba plnění.*“. Obdobně byla výhrada změny závazku převzata i do následně uzavřené smlouvy o dílo.

79. Z výše uvedeného vyplývá, že případy, resp. situace, u kterých lze výhradu změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle zadávací dokumentace uplatnit, definuje v šetřeném případě kumulativní naplnění několika podmínek:

1) vznik objektivních překážek bránících vybranému dodavateli v plnění jeho závazku,

2) překážky nastaly ze strany vyjmenovaných osob, tj. ze strany dotčených orgánů státní správy, ze strany vlastníků dotčených parcel, vlastníků (správců) inženýrských sítí, popřípadě vlastníků dotčených objektů,

3) překážkám vybraný dodavatel jednající s náležitou péčí nemohl zabránit a

4) termín plnění se prodlužuje o dobu trvání těchto překážek.

80. Předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu přitom uvedl, že se neztotožňuje *„s tím, že by výhrada v zadávacích podmínkách nebyla jednoznačně vymezena ve smyslu § 100 odst. 1 zákona, neboť v dané věci zjevně připouští relevantní výklad.“*, že výhradu považuje *„za sice velmi obecnou, ale (pro určité případy) dostatečně a jednoznačně vymezenou.“* a že *„výhrada ve smlouvě vymezuje jednoznačně určitý okruh situací, které mohou při realizaci veřejné zakázky nastat.“*.

81. S odkazem na závazné právní závěry předsedy Úřadu tedy Úřad konstatuje, že výhrada změny závazku ze smlouvy na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona je v šetřeném případě v zadávací dokumentaci a ve smlouvě na veřejnou zakázku dostatečně a jednoznačně vymezená a aplikovatelná pro určité smlouvou předvídané situace, které by mohly v průběhu realizace veřejné zakázky nastat, a tedy je platná.

82. Předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu k možnosti aplikace ustanovení § 222 odst. 2 zákona na šetřený případ uvedl, že Úřad byl povinen se *„prioritně vypořádat s platností výhrady, a případně též s vymezením případů, na které dopadá, a v návaznosti na to se přesvědčivě vypořádat s tím, zda některý ze zadavatelem tvrzených či prokázaných důvodů předpokladům výhrady nevyhovuje. Výhradu je třeba posuzovat v kontextu uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku, která definuje okruh povinností vybraného uchazeče jako dodavatele a rámcově vymezuje též okruh situací, v nichž by mohlo dojít naplnění předpokladů výhrady. Za daných okolností je tedy třeba význam výhrady posuzovat v kontextu zadávacího řízení a s přihlédnutím k jejímu obvyklému významu.“*.

83. V souladu se závěry předsedy Úřadu v rozhodnutí o rozkladu pak Úřad v rámci posouzení, zda se v případě zadavatelem tvrzených důvodů změny v době plnění závazku, která byla sjednána mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem při uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo, jednalo o uplatnění vyhrazené změny závazku sjednané ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona (a tedy zda tato změna doby plnění byla změnou nepodstatnou dle § 222 odst. 2 zákona), zjišťoval existenci možné výhrady změny závazku ze smlouvy v kontextu předmětné smlouvy o dílo s přihlédnutím ke smlouvou definovaným povinnostem vybraného dodavatele při plnění předmětu veřejné zakázky a k ve smlouvě vymezenému okruhu situací, v nichž mohl vybraný dodavatel při plnění povinností vyplývajících ze smlouvy kumulativně naplnit podmínky pro uplatnění výhrady změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku. V této souvislosti Úřad rovněž

požádal zadavatele a vybraného dodavatele o informace a zaslání relevantních podkladů, přičemž z poskytnutých vyjádření a dokumentace získal následující relevantní informace.

84. Ve svém vyjádření ze dne 22. 6. 2018 zadavatel mimo jiné podrobně specifikoval překážky na straně dotčených subjektů odůvodňující dle zadavatele prodloužení termínu plnění ve smyslu vyhrazené změny závazku včetně doby jejich trvání spočívající mimo jiné v přepracování studie, v aktualizaci, rozšíření a doplnění dopravního modelu ve vztahu k širší oblasti modelování, v řešení nového kolektoru v koordinaci s dodavatelem projektu „Úprava veřejného prostranství Duha v Ostravě - Porubě“, v řešení požadavků DPO, v řešení napájení měnírny a nových odběrných míst (blíže viz bod 28 odůvodnění tohoto usnesení). Dne 25. 7. 2018 doložil zadavatel Úřadu dokumenty (zápisy z porad), které dle jeho názoru dokládaly vznik a dobu trvání těchto překážek v plnění veřejné zakázky vybraným dodavatelem (blíže viz bod 33 odůvodnění tohoto usnesení). Vybraný dodavatel pak ve svém vyjádření Úřadu zejména potvrdil termíny konání jednotlivých jednání a dále Úřad informoval o obsahu těchto jednání, délce trvání jednotlivých překážek bránících vybranému dodavateli v plnění veřejné zakázky (blíže viz body 34 a 35 odůvodnění tohoto usnesení).

85. Jak konstatuje předseda Úřadu ve svém rozhodnutí o rozkladu, „*Důvodnost překážek je třeba posuzovat případ od případu, v každém případě by se však mělo jednat o překážky neobvyklé a nestandardní, překračující očekávatelný průběh plnění smlouvy. K prodloužení termínu plnění pak může dojít pouze o doloženou dobu trvání těchto překážek. (…) Skutečnost, že obvyklé lhůty pro realizaci plnění veřejné zakázky by již měly být do stanovené doby plnění zahrnuty, ostatně dokládá i argumentace zadavatele, který v rozkladu uvádí, že do stanoveného původního termínu plnění předvídatelné překážky zahrnul a že předpokládá překážky třetích stran, tj. nikoliv důvody na své straně. Výslovně pak zadavatel uvádí následující: ‚Dodavatel je povinen při vypracovávání projektové dokumentace podle smlouvy průběžně získávat informace, podkladové materiály, souhlasy, a mnohé další údaje nezbytné pro řádné plnění předmětu smlouvy. Skutečnost, bude-li takový materiál, souhlas, požadavek, apod. mít vliv na plnění smlouvy nelze předem stanovit. (…) Zadavatel trvá na tom, že mezní délku doby pro předložení konceptu projektových dokumentací k dalšímu připomínkování pro obě zpracovávané projektové dokumentace pro územní řízení (trasu D i trasu B) stanovil přiměřeně k rozsahu poptávaného plnění a s předpokladem, že v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky nedojde k nepředvídatelným překážkám. Současně, s ohledem na rozsah a specifikaci předmětu veřejné zakázky nebylo v možnostech zadavatele blíže definovat všechny potenciální překážky, ke kterým by od třetí strany (všech možných subjektů), na jejíž právní jednání zadavatel nemá vliv, mohlo dojít.‘.“.*

86. Úřad při posouzení šetřeného případu vycházel ze skutečnosti, že v rámci původních zadávacích podmínek, resp. původní smlouvy o dílo, byla pro realizaci části předmětu plnění, konkrétně pro předání konceptů projektové dokumentace pro územní řízení pro stavbu „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“, stanovena lhůta maximálně 36 týdnů od nabytí účinnosti smlouvy o dílo. Tato lhůta byla přitom dle vyjádření zadavatele stanovena přiměřeně k rozsahu plnění, měla být tedy dostatečnou. Přesto však došlo k významnému posunu konečného termínu předání této části díla, a to v případě předání konceptu projektové dokumentace pro územní řízení pro tramvajovou trasu D o dalších

15 týdnů na celkových 51 týdnů a v případě předání konceptu projektové dokumentace pro územní řízení pro tramvajovou trasu B o dalších 28 týdnů na celkových 64 týdnů.

87. Na základě výše uvedeného Úřad k úkonům, které dle vyjádření zadavatele byly předmětem uplatnění výhrady ustanovené ve smlouvě na veřejnou zakázku a které v souhrnu vedly k prodloužení doby plnění předmětu veřejné zakázky v rozsahu dle dodatku č. 1 (viz bod 28 odůvodnění tohoto usnesení), uvádí následující.

88. K nutnosti přepracovat podkladovou studii pro zpracování projektové dokumentace stavby na základě jednání s jednotlivými dotčenými subjekty, která dle vyjádření zadavatele představuje naplnění podmínek pro uplatnění výhrady ze smlouvy na veřejnou zakázku, Úřad z dostupných podkladů zjistil, že dne 26. 5. 2017 byla na jednání mezi vybraným dodavatelem a zástupci jednotlivých dotčených subjektů prezentována dodavatelem přepracovaná podkladová studie, přičemž jednotlivé dotčené subjekty poté zasílaly vybranému dodavateli své připomínky k této studii, dne 14. 7. 2017 v rámci jednání k připomínkám byly jednotlivé připomínky dotčených subjektů v podrobnostech řešeny a dne 26. 7. 2017 vybraný dodavatel zástupcům dotčených subjektů prezentoval doplněnou a přepracovanou variantu řešení. Úřad podotýká, že vybraný dodavatel na jednání dne 26. 7. 2017 výslovně uvedl nezbytnost odsouhlasení prezentované varianty podkladové dokumentace, přičemž však *„Bohužel nebylo možné na tomto jednání dojít ke konečnému odsouhlasení vzhledem k nepřítomnosti některých účastníků. Z tohoto důvodu je zapotřebí zajistit další jednání na toto téma, aby se finální varianta mohla uzavřít. Kvůli průtahům v jednání mezi jednotlivými městskými obvody dochází k velkým časovým prodlevám, které mají vliv na celkovou dobu projekčních prací.“*. Ze zápisu z porady ze dne 26. 7. 2017 a příloh tohoto zápisu tvořených záznamy o vzájemné komunikaci vybraného dodavatele se zástupci jednotlivých dotčených subjektů a reakcemi, připomínkami a požadavky jednotlivých dotčených subjektů na přepracování podkladové studie tedy vyplývá, že celý proces připomínkování ze strany dotčených subjektů byl časově velmi náročný, neboť rozpracovaná projektová dokumentace stavby byla k vyjádření a připomínkování dotčeným subjektům zaslána vybraným dodavatelem počátkem měsíce června roku 2017, přičemž až po obdržení všech připomínek byly dne 14. 7. 2017 jednotlivé připomínky projednány a dne 26. 7. 2017 byla prezentována vybraným dodavatelem přepracovaná a doplněná varianta technického řešení na základě zapracování těchto připomínek. Vybraný dodavatel byl v dané době omezený v možnosti pokračovat v předmětném plnění, neboť jak je mimo jiné uvedeno v zápisu z porady ze dne 26. 7. 2017, až z tohoto jednání vzešla trasa kolejí, která *„je pokládána za finální a bude rozeslána všem profesníkům jako podklad pro jejich projekční práce“*, přičemž vzniku prodlení v plnění ze smlouvy neměl vybraný dodavatel možnost jakkoliv zabránit, neboť je smluvně vázaný k respektování připomínek a požadavků ze strany dotčených subjektů bez možnosti ovlivnit termíny v rámci této součinnosti. Úřad na základě výše uvedeného dospěl k závěru, že nutnost přepracování podkladové studie pro přípravu projektové dokumentace stavby vybraným dodavatelem na základě požadavků a připomínek jednotlivých dotčených subjektů lze označit za překážku objektivní povahy vzniklou ze strany dotčených subjektů bránící vybranému dodavateli v plnění jeho závazku, kterým vybraný dodavatel jednající s náležitou péčí nemohl zabránit ve smyslu vyhrazené změny závazku, přičemž přepracování podkladové studie reálně mohlo trvat 8 týdnů, jak uvádí zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22. 6. 2018.

89. K úpravám dopravního modelu spolu s přepracováním připravované projektové dokumentace včetně úprav trasování projektovaných tramvajových tratí a k úpravám „veřejného prostranství Duha“ v součinnosti s dodavatelem projektu „Úprava veřejného prostranství Duha v Ostravě – Porubě“, které zadavatel uvádí jako další důvody vedoucí k prodloužení doby plnění závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku naplňující podmínky pro uplatnění sjednané výhrady ze smlouvy na veřejnou zakázku, Úřad uvádí následující.

90. Z dokumentu „Výpis z usnesení schůze rady města konané dne 17. 10. 2017“ Úřad zjistil, že zadavatel rozhodl o uzavření dodatku č. 1 usnesením č. 07506/RM1418/106, k němuž podklady tvořily „důvodová zpráva“, přílohy č. 1 a 2, jimiž byly dodatek č. 1 ke smlouvě a smlouva o dílo, a příloha č. 3 „Žádost SUDOP BRNO, spol. s r.o. o změny úseků tras a ceny díla“ (dále jen „žádost“), která dále konkretizuje navrhované změny a obsahuje také podrobný rozpis jednotlivých jednání vybraného dodavatele se zadavatelem, na základě kterých nakonec došlo k návrhu a uzavření dodatku č. 1. Z žádosti coby podkladu pro rozhodnutí zadavatele o uzavření dodatku č. 1 vyplývá, že dne 13. 3. 2017 na vstupní poradě při prezentaci návrhu technického řešení zadavatel vznesl požadavek na přepracování dopravního modelu a s tím souvisejících úprav technického návrhu ze studie. Na jednání dne 10. 5. 2017 pak byl tento požadavek na přepracování dopravního modelu potvrzen, přičemž v žádosti jsou jako důvody přepracování dopravního modelu uváděny reflektování aktuálního stavu dopravní infrastruktury včetně dalších výhledových investic zadavatele a DPO. Ze zápisu z porady ze dne 24. 8. 2017 vyplývá, že na tomto jednání byli zástupci dotčených subjektů vybraným dodavatelem seznámeni s navrženou koncepcí dopravního modelu a zároveň vyzváni k připomínkování výše uvedené koncepce. Úřad dále konstatuje, že z dostupných podkladů vyplývá, že předmětem jednání dne 11. 9. 2017 bylo připomínkování připravovaného dopravního modelu zástupci dotčených subjektů, přičemž bylo třeba *„dořešit reakce na linkování a celodenní výkony. Bylo odsouhlaseno dořešení studie ve dvou původních variantách. Bylo odsouhlaseno finální umístění zastávek kromě zastávky Duha. Na rozdíl od původních požadavků byly upraveny délky zastávek a jejich dispoziční řešení, včetně točny (počty kolejí, délky zastávek, parkovací plochy, byl dán požadavek na velikost nabíjecích stojanů pro autobusy).“*. Dopravní model byl poté postupně rozpracován až do verze ze dne 26. 9. 2017, která by měla sloužit jako podklad pro dopracování technického řešení zakázky. Úřad z uvedeného vyvozuje, že matematický dopravní model byl dokončený na základě připomínek a požadavků jednotlivých dotčených subjektů dne 26. 9. 2017, přičemž nedokončena zůstala část týkající se „veřejného prostranství Duha“.

91. Úřad dále uvádí, že z předložené dokumentace vyplývá, že v rámci jednání vybraného dodavatele se zástupci dotčených subjektů dne 20. 9. 2017 byly vybranému dodavateli mimo jiné sděleny požadavky na úpravy připravované projektové dokumentace, například *„požadavek na zřízení alespoň společné komunikace pro pěší a cyklisty od fakulty stavební k točně, kde budou nově ještě zřízené stojany na kola.“* či požadavek dotčeného subjektu na vymístění inženýrských sítí v rámci úprav „veřejného prostranství Duha“ do podzemního kolektoru, který by však byl součástí projektové dokumentace stavby. Vybraný dodavatel následně technické řešení ve formě vedení inženýrských sítí prostřednictvím podzemního kolektoru do projektové dokumentace stavby zapracoval a zástupce dotčeného subjektu s tímto technickým řešením seznámil v rámci jednání dne 10. 11. 2017. Úřad dovozuje, že v rámci výše uvedených požadavků na úpravy projektové dokumentace stavby bylo třeba

součinnosti ze strany příslušného dotčeného subjektu (Městský obvod Poruba), neboť jak vyplývá ze zápisu z tohoto jednání, vybraný dodavatel *„předá obvodu Poruba seznam síťařů. Obvod Poruba se síťaři svolá jednání v co nejbližším možném termínu.“.* Příslušný dotčený subjekt měl tedy v rámci součinnosti zajistit jednání s technickými pracovníky vybraného dodavatele ohledně výše uvedených úprav. Z vyjádření zadavatele dále vyplývá, že poté, co bylo technické řešení v podobě kolektoru do připravované projektové dokumentace stavby vybraným dodavatelem zaneseno, na následném jednání došlo ze strany dotčeného subjektu ke zrušení předmětného požadavku, což dle zadavatele vedlo k dalším úpravám části projektové dokumentace stavby, ale i k dalšímu prodlení v plnění ze smlouvy. Úřad nadto dodává, že, jak dále vyplývá z dostupných podkladů, dotčeným subjektem byla koncepce projektu „veřejného prostranství Duha“ uzavřena v prosinci roku 2017.

92. Úřad na základě výše uvedeného konstatuje, že nutnost úprav matematického dopravního modelu mimo jiné na základě připomínek a požadavků dotčených subjektů a s tím související nutnost přepracovat projektovou dokumentaci stavby včetně úpravy trasování projektovaných tramvajových tratí na základě úpravy dopravního modelu, ale také nutnost úprav projektové dokumentace stavby v oblasti „veřejného prostranství Duha“ v součinnosti s dodavatelem projektu „Úprava veřejného prostranství Duha v Ostravě – Porubě“, lze označit za překážky objektivní povahy vzniklé ze strany dotčených subjektů bránící vybranému dodavateli v plnění jeho závazku, kterým vybraný dodavatel jednající s náležitou péčí nemohl zabránit ve smyslu vyhrazené změny závazku. Realizace předmětných činností pak mohla reálně probíhat v časovém rozsahu uvedeném ve vyjádření zadavatele ze dne 22. 6. 2018 (viz bod 28 odůvodnění tohoto usnesení), neboť jak Úřad uvádí v podrobnostech výše, úkony spojené s matematickým dopravním modelem včetně procesu připomínkování, ale i poskytování součinnosti ze strany dotčených subjektů, probíhaly v období od května do konce září roku 2017 a v případě plnění spojeného s „veřejným prostranstvím Duha“ od září do prosince roku 2017.

93. Úřad dále na základě zhodnocení relevantních podkladů a informací konstatuje k tvrzení zadavatele, že podstatným úkonem, jenž měl vliv na řádné pokračování realizace veřejné zakázky vybraným dodavatelem a prodloužení doby plnění ze smlouvy, kdy rovněž došlo dle vyjádření zadavatele k naplnění podmínek pro uplatnění výhrady ze smlouvy, bylo neposkytování včasné součinnosti ze strany DPO spolu s požadavky na opakované změny projektové dokumentace stavby, týkající se zejména napájení trati, umístění a napájení měnírny a trafostanic, technických parametrů zastávek a tramvajové točny včetně vlivu výše uvedených úprav na přilehlé stávající či nově vznikající inženýrské sítě, následující.

94. Úřad z poskytnutých podkladů a vyjádření dovozuje, že DPO, vzhledem k předmětu plnění veřejné zakázky, patří k významným dotčeným subjektům, přičemž rozsah a charakter požadavků a připomínek, ale také poskytování součinnosti ze strany DPO vybranému dodavateli při úpravách projektové dokumentace stavby, mohly podstatným způsobem ovlivnit průběh plnění včetně doby plnění předmětu veřejné zakázky, neboť ze zjištění Úřadu vyplývá, že předmětem jednání mezi vybraným dodavatelem a dotčenými subjekty dne 29. 3. 2017 byla mimo jiné prezentace plánované dopravní technologie a technického řešení projektu dodavatelem, přičemž již z tohoto jednání vyplynula potřeba součinnosti DPO, který spolu se zadavatelem zajišťoval vybranému dodavateli doplňující podklady nezbytné pro

plnění ze smlouvy (kupříkladu pro vypracování dopravního modelu, energetické výpočty či posouzení vlivů stavby na životní prostředí).

95. DPO se také jako jeden z dotčených subjektů účastnil připomínkování dodavatelem přepracované podkladové studie, jak je v podrobnostech uvedeno v části odůvodnění usnesení k přepracování podkladové studie na základě připomínek a požadavků dotčených subjektů. Dne 22. 6. 2017 pak byly na jednání vybraného dodavatele se zástupci DPO řešeny připomínky a požadavky DPO na úpravy projektové dokumentace stavby ve spojitosti s návrhem napájení stavby včetně technického řešení nové měnírny, zástupci DPO se účastnili připomínkování konceptu dopravního modelu včetně výhledového zatěžovacího stavu, modelu AID a modelu MHD, jehož koncepce byla zástupcům dotčených subjektů představena dne 24. 8. 2017. Zástupci DPO se však účastnili také jednání v rámci úprav „veřejného prostranství Duha“. Nadto Úřad dodává, že jednání mezi vybraným dodavatelem a DPO při úpravách připravované projektové dokumentace na základě připomínek DPO pokračovala i v časovém období po uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo, jak vyplývá např. ze zápisu z porady týkající se řešení profesí silnoproud, sdělovacího vedení a napájení ze dne 24. 11. 2017 či ze zápisu z porady týkající se řešení profese sdělovacího zařízení v rámci úprav projektové dokumentace stavby z téhož dne, kdy na těchto jednáních byly řešeny mimo jiné připomínky a požadavky dotčeného subjektu DPO v oblasti silnoproudu, sdělovacího vedení a napájení, zejména napájení nové měnírny a nových odběrných míst a uvedené požadavky byly do technické dokumentace stavby zapracovány počátkem měsíce ledna roku 2018.

96. Úřad na základě výše uvedených skutečností dospěl k závěru, že poskytování součinnosti spolu s požadavky a připomínkami ze strany dotčeného subjektu DPO, na základě kterých vybraný dodavatel upravoval připravovanou projektovou dokumentaci stavby, zejména výše uvedené následné úpravy již dříve požadovaných změn, mohly mít vliv na realizaci dalších navazujících plnění při přípravě podkladů projektové dokumentace vybraným dodavatelem a ve svém důsledku také na celkovou dobu plnění ze smlouvy, a v takovém případě tedy lze konstatovat, že se jedná o překážky objektivní povahy vzniklé ze strany dotčených subjektů bránící vybranému dodavateli v plnění jeho závazku, kterým vybraný dodavatel jednající s náležitou péčí nemohl zabránit ve smyslu vyhrazené změny závazku, přičemž reálně mohlo způsobit časovou prodlevu, jak uvádí zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22. 6. 2018.

97. Úřad na základě výše uvedeného konstatuje, že v případě šetřené veřejné zakázky, jejímž předmětem bylo vypracování projektové dokumentace pro územní řízení včetně výkonu inženýrské činnosti v rozsahu pro zajištění pravomocného územního rozhodnutí pro stavbu „Ekologizace veřejné dopravy Ostrava – Poruba“, se zjevně jednalo o koordinačně velmi náročné plnění, neboť vyžadovalo součinnost nejen mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, ale také mezi vybraným dodavatelem a řadou dotčených subjektů, přičemž vybraný dodavatel byl v rámci plnění vázaný smluvními ujednáními k nutnosti mimo jiné projednat s jednotlivými dotčenými subjekty projektovou dokumentaci stavby, zajistit jejich vyjádření, závazná stanoviska a další nezbytné podklady, ale byl také smluvně vázaný respektovat připomínky a požadavky dotčených subjektů, přičemž uvedená součinnost dotčených subjektů byla nezbytná pro pokračování v navazujících plněních či dokončení veřejné zakázky ze strany vybraného dodavatele. Vybraný dodavatel, vázaný výše uvedenými

smluvními závazky, tudíž inicioval množství jednání se zástupci dotčených subjektů, přičemž jejich obsahem byly kromě seznámení se s původní i upravenou podkladovou dokumentací pro realizaci předmětu veřejné zakázky také připomínky a požadavky jednotlivých dotčených subjektů, na základě kterých dodavatel prováděl úpravy připravované projektové dokumentace či úpravy dopravního modelu, přičemž tyto požadavky byly v některých případech po zapracování do připravované projektové dokumentace dotčenými subjekty měněny či zrušeny. Nadto Úřad dodává, že i když součinnost těchto subjektů byla nezbytnou pro pokračování v plnění předmětné veřejné zakázky vybraným dodavatelem, nebyly ji jednotlivé dotčené subjekty povinny poskytovat v závazných lhůtách, přičemž včasné neposkytnutí součinnosti dodavateli mělo vliv na řádné pokračování realizace veřejné zakázky. V konečném důsledku tak v předmětném případě docházelo z výše uvedených důvodů k časovým prodlevám majícím přímý vliv na termín dokončení veřejné zakázky.

98. Úřad v šetřené věci dále s ohledem na výše uvedené dovozuje, že přestože zadavatel stanovil mezní délku doby pro předložení konceptu projektové dokumentace stavby v délce 36 týdnů od nabytí účinnosti smlouvy o dílo přiměřeně k rozsahu poptávaného plnění, nebylo lze exaktně odhadnout celkovou dobu plnění ze smlouvy právě z důvodu neobvyklých a nestandardních překážek překračujících očekávatelný průběh plnění smlouvy ze strany dotčených subjektů, k nimž v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky docházelo. Lze tedy předpokládat, že právě pro případ vzniku takových překážek byla zadavatelem v zadávací dokumentaci vyhrazena změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 100 odst. 1 zákona, kterou se o dobu trvání překážek v plnění prodlužuje celková doba plnění vyplývající ze smlouvy o dílo. Zadavatel přitom dne 18. 10. 2017 uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku, ve kterém mimo úprav vedení a značení tramvajových tras změnil termín předání části plnění předmětu smlouvy – předání konceptů projektové dokumentace pro územní řízení – na 51 týdnů pro první úsek stavby (tramvajovou trasu I) a 64 týdnů pro druhý úsek stavby (tramvajovou trasu II) od nabytí účinnosti smlouvy o dílo. V šetřeném případě tedy došlo k posunu konečného termínu předání této části díla, a to v případě předání konceptu projektové dokumentace pro územní řízení pro tramvajovou trasu I o 15 týdnů na celkových 51 týdnů a v případě předání konceptu projektové dokumentace pro územní řízení pro tramvajovou trasu II o 28 týdnů na celkových 64 týdnů.

99. Úřad na tomto místě znovu zdůrazňuje, že podmínkou pro aplikaci § 222 odst. 2 zákona, tedy uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona je nezbytnost naplnit všechny náležitosti výhrady změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 100 odst. 1 zákona. Úřad zhodnotil všechny relevantní podklady a informace, přičemž dospěl k závěru, že zadavatelem udávané překážky v plnění kumulativně naplnily podmínky pro uplatnění výhrady pro změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona, a to v rozsahu udávaném zadavatelem k jednotlivým podstatným úkonům tvořícím takové překážky v plnění, neboť lze dovodit, že délka trvání těchto překážek ve svém souhrnu mohla dosáhnout délky řádově odpovídající změně v době plnění závazku, která byla sjednána mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem při uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo. Úřad proto konstatuje, že změna doby plnění dle dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo byla stanovena přiměřeně k délce prodlení v plnění předmětu veřejné zakázky

z důvodu vzniku překážek na straně dotčených subjektů, které ji ve svém souhrnu způsobily. Podmínky pro změnu dle § 100 odst. 1 zákona a její obsah tedy byly v šetřeném případě jednoznačně vymezeny.

100. Úřad tedy na základě posouzení všech výše uvedených skutečností a vázán právním názorem předsedy Úřadu dospěl k závěru, že v šetřeném případě se jednalo o uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona, a tedy tato změna doby plnění byla změnou nepodstatnou dle § 222 odst. 2 zákona.

101. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené dospěl k závěru, že v šetřeném případě nedošlo k naplnění skutkové podstaty přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona, a proto rozhodl o zastavení řízení o přestupku tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 nebo § 269 zákona.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží
Statutární město Ostrava, Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava

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