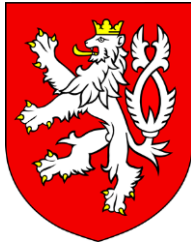




UOHSX00804ZN

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R404/2015/VZ-35718/2016/321/BRy

Brno 29. srpna 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 1. 12. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **Masarykovou univerzitou**, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr ze dne 13. 11. 2015, vydaném ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše specifikovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Generální dodávka stavby CESEB - dodatečné práce č. 3**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jejíž oznámení o zadání bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 9. 2013 pod ev. č. 368094 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 10. 2013 pod ev. č. 2013/S 190-327467,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr ze dne 13. 11. 2015

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 8. 10. 2015 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zadavatelem - Masarykovou univerzitou, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“), s názvem „Generální dodávka stavby CESEB - dodatečné práce č. 3“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jejíž oznámení o zadání bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 9. 2013 pod ev. č. 368094 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 10. 2013 pod ev. č. 2013/S 190-327467 (dále jen „**veřejná zakázka**“), na kterou dne 21. 12. 2011 zadavatel uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem - účastníky „Sdružení pro realizaci CESEB“, jimiž jsou IMOS Brno, a.s., IČO 25322257, se sídlem Olomoucká 704/174, 627 00 Brno, a SYNER Morava, a.s., IČO 63493675, se sídlem 1. máje 532/5, 767 01 Kroměříž (dále jen „**vybraný uchazeč**“), a k níž zadavatel s vybraným uchazečem dne 11. 9. 2013 uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě (dále jen „**dodatek č. 3**“).
2. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnost, zda byly při zadání dodatečných stavebních prací vyplývajících ze „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ v rámci veřejné zakázky splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona), a zda tedy zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 21 odst. 2 zákona. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu.

II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 13. 11. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona.

zadavatelem tím, že nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 11. 9. 2013 uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění na plnění veřejné zakázky, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona, rozšířil předmět veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění podle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze jmenované smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli za správní delikt uložil pokutu ve výši 30 000 Kč.

4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval postavením zadavatele, když dospěl k závěru, že Masarykova univerzita je zadavatelem ve smyslu zákona. Dále se obecně vyjádřil k tomu, že zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces s minimem prostoru pro smluvní volnost. K tomu Úřad poukázal na skutečnost, že právě omezení smluvní volnosti je promítnuto do ust. § 82 odst. 2 zákona, přičemž dále uvedl, že jsou zakázány obsahové změny smlouvy, je však přípustné při vyhotovování čistopisu smlouvy bez dalšího učinit pouze takové změny v návrhu smlouvy (formální úpravy), které nemají charakter tzv. podstatných změn. V této souvislosti je zapotřebí rozlišit dva případy podstatné změny smluvních podmínek. Prvním případem je změna těch náležitostí smlouvy, které byly předmětem hodnotících kritérií v zadávacím řízení, event. podmínek účasti dodavatelů, pokud by tyto změny mohly ovlivnit průběh zadávacího řízení. V druhém případě je nutné za podstatné změny považovat i takové změny obsažené v původním zadání, které by mohly ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Východiskem pro určení, zda se jedná o podstatnou změnu smlouvy, jsou závěry rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku*, C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (dále jen „**rozsudek Pressetext**“). Závěry tohoto judikátu pak byly včleněny do zákona, konkrétně pak do ust. § 82 odst. 7 zákona, a to s účinností od 1. 4. 2012. Z hlediska obsahu ust. § 82 odst. 7 zákona Úřad poukázal na to, že toto zákonné ustanovení vymezuje hranice změny smlouvy. Nadto Úřad poukázal na skutečnost, že zákon v ust. § 82 odst. 7 zákona současně upřesňuje, že tímto není dotčena možná aplikace ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona (tj. zadání dodatečných dodávek v jednacím řízení bez uveřejnění) a § 23 odst. 7 zákona (tj. zadání dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb v jednacím řízení bez uveřejnění). Je tedy zřejmé, že pokud zadavatel změnou uzavřené smlouvy rozšířil předmět veřejné zakázky, je takový postup zákonem aprobován v případě, že byl zadavatel oprávněn použít ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona či § 23 odst. 7 zákona. Pokud však zadavatel změnou uzavřené smlouvy rozšířil předmět veřejné zakázky a současně nebyl ani oprávněn aplikovat ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona či § 23 odst. 7 zákona, pak zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, jelikož provedl nepřípustnou podstatnou změnu smlouvy ve smyslu ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) zákona.
5. Z provedeného dokazování vyplynulo, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky použil jednací řízení bez uveřejnění, a to konkrétně ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, jak je jednoznačně patrné ze samotného textu dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011. Obsahem dodatku č. 3 jsou změny smlouvy (resp. dodatečné plnění) na původní veřejnou zakázku, na kterou byla uzavřena smlouva o dílo ze dne 21. 12. 2011, přičemž uzavřeným dodatkem došlo k navýšení požadavku na další plnění spočívající zejména v posunutí a doplnění opěrných zdí, včetně úprav oplocení a zábradlí, doplnění brány do oplocení

a rozšíření zpevněné plochy ze zámkové dlažby a vegetačních dlaždic, přemístění zahradního domku a schodiště, realizace stavební připravenosti pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy, dodávka a montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny, přičemž součást stavební připravenosti pro montáž plošiny představuje rovněž jištěný přívod elektro a doplnění rozvodů elektro a rozvodů vody po pěstební zahradě (ve smyslu „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady - úpravy“). Ze změnového listu č. 07 pak vyplývá, že zadavatel jako důvod dodatečných stavebních prací uvedl: *„rozšíření výzkumného programu pěstebních zahrad o výzkum vodních rostlin, který je vhodným modelovým objektem pro studium evoluce rostlin a vyžaduje specifické podmínky pro dopravu a umístění kádí potřebných pro pěstování těchto vodních rostlin, přičemž v původním řešení pěstebních zahrad se s umístěním kádí na vodní rostliny neuvažovalo.“*

6. Úřad tak posoudil, že v rozhodovaném případě zadavatel oproti původní veřejné zakázce požaduje některé dodávky či práce navíc. Dodatečné plnění pořízení na základě dodatku č. 3 představovalo hodnotu 2 570 809 Kč bez DPH. Úřad po posouzení dané věci uzavřel, že z hlediska dodatečných prací sjednaných v dodatku č. 3 se nejednalo o takový předmět plnění, který by byl nezbytný k řádnému dokončení původní veřejné zakázky v souladu s projektovou dokumentací. Dle závěru Úřadu tak nebyla naplněna jedna z podmínek stanovených v ust. § 23 odst. 7 zákona, a to podmínka, že sjednané dodatečně stavební práce vedoucí k zajištění zázemí pro pěstování vodních rostlin nebyly nezbytné pro provedení původních stavebních prací. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel nebyl oprávněn zadat plnění v rozsahu dodatku č. 3 v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť pro to nebyly splněny zákonné podmínky. Vzhledem k tomu, že nebyly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 7 zákona ani podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona, Úřad uzavřel, že zadavatel nepostupoval v souladu s ust. § 82 odst. 7 písm. a) zákona a uzavřením dodatku rozšířil předmět původní veřejné zakázky, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo.
7. K odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že horní hranice možné pokuty činila částku 289 125 Kč. Po přihlédnutí k závažnosti, způsobu spáchání a následkům správního deliktu, dále po přihlédnutí k okolnostem jeho spáchání a po uvážení funkce pokuty a ekonomické situace zadavatele, Úřad přistoupil k uložení pokuty ve výši 30 000 Kč.
8. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 16. 11. 2015.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 1. 12. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí z téhož dne. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Rozkladem napadl zadavatel vydané rozhodnutí jako celek. Podání rozkladu zadavatel odůvodnil tím, že napadené rozhodnutí považuje za nezákonné z důvodu nesprávného právního posouzení skutkového stavu věci, které nemůže být oporou pro závěr o spáchání správního deliktu.
11. V úvodu podaného rozkladu zadavatel uvedl, že se shoduje s Úřadem na zjištěném skutkovém stavu věci a dále shrnul průběh daného případu. V rámci tohoto shrnutí poukázal na skutečnost, že postupoval dle zásady legitimního očekávání, neboť před zadáním

dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění požádal o stanovisko dotační orgán, přičemž tento mu sdělil, že je možné přistoupit k jednacím řízení bez uveřejnění a uzavřít dodatky ke smlouvě na veřejnou zakázku. Následně však tentýž orgán přistoupil svým rozhodnutím ke krácení dotace pro nedodržení podmínek dle ust. § 23 zákona. K tomu zadavatel dále poukázal na skutečnost, že jeho postup byl přezkoumáván i auditním orgánem, který dospěl k závěru, že dodatečné stavební práce nepředstavovaly vícepráce nepředvídatelného charakteru požadavku § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Zadavatel v podaném rozkladu vznášel námitky jak proti rozhodnutí dotačního orgánu, tak i proti zprávě auditního orgánu. Současně poukázal na skutečnost, že ačkoliv dotační i auditní orgán přezkoumával všechny dodatečné stavební práce, tak Úřad zahájil řízení z moci úřední pouze u dodatku č. 3, čímž tak dle názoru zadavatele potvrdil správnost jeho postupu u předchozích dodatků. Kromě toho má zadavatel za to, že každý z těchto orgánů posoudil věc odlišně, což označuje za zarážející.

12. K posouzení věci Úřadem pak zadavatel uvedl, že se neshoduje se závěrem Úřadu ohledně toho, zda byly dodatečné stavební práce nezbytné pro provedení (dokončení) původních stavebních prací a zda tím nedošlo k nedovolenému rozšíření předmětu původní veřejné zakázky. Dle názoru zadavatele došlo ze strany Úřadu k nepochopení skutečné povahy a důvodů provedených změn. K tomu zadavatel uvedl, že původně měl být v rámci výzkumu program směřován na vyšší taxony kvetoucích suchozemských rostlin, avšak v průběhu realizace projektu se ukázalo, že tento směr výzkumu je zatím technologicky a metodicky neproveditelný, přičemž i zahraniční vědecké týmy od takových programů upouštěly. Z tohoto důvodu tedy bylo nutné přejít k výzkumu jednodušších rostlin, když jako příhodnější byl shledán výzkum mokřadních rostlin, a proto byl pěstební program doplněn o tento výzkum, přičemž tak bylo nutné vytvořit podmínky pro umístění pěstebních bazénků, se kterými však v původním projektu nebylo počítáno. Dle zadavatele by bez provedení dodatečných stavebních prací nemohli výzkumníci pracující na projektu provádět výzkum v souladu s nejnovějšími poznatky v oboru, a proto tak byly tyto práce nezbytné ke smysluplnému dokončení původně zamýšleného díla. Zadavatel k tomu dále uvedl, že bez provedení změn by stavba sice mohla být funkční, ale nesplnila by svůj základní účel.
13. Zadavatel dále uvedl, že není možné vykládat ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona pouze na základě metody jazykového výkladu, když smyslem a účelem zákona je efektivní vynakládání veřejných prostředků. Následně v podaném rozkladu zadavatel poukázal na nesprávnou aplikaci závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015 č. j. 62 Af 112/2013-131, když se dle jeho názoru jednalo o skutkově odlišnou věc, než tomu je v projednávaném případě. K tomu dále zadavatel uvedl, že nijak netvrdil, že by zásada hospodárnosti měla mít přednost před ostatními zásadami, ale že by k ní mělo být přihlédnuto.
14. Zadavatel dále za spekulativní označil závěr Úřadu o tom, že jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť takový závěr nelze podložit žádnou reálnou zkušeností s investiční výstavbou. Současně pro takový závěr nesvědčí ani to, že modifikace části předmětu plnění veřejné zakázky v daném případě představuje toliko 0,6 % z celkové ceny. Zadavatel dále zpochybňoval to, že by měl možnost zadat předmětné plnění v některém z druhů zadávacího řízení, jak uzavřel Úřad v napadeném rozhodnutí.

15. V podaném rozkladu dále zadavatel uvedl, že závěry rozsudku Pressetext je třeba vykládat s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti daného případu, aby tak nedocházelo k jejich formální aplikaci.
16. Na závěr podaného rozkladu pak zadavatel uvedl, že má za to, že jednal s veškerou odbornou péčí a v souladu se standardními postupy v investiční výstavbě. Dále je přesvědčen, že postupoval zcela v souladu s ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona a v souladu s ust. § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když jiný jeho postup ani nepřicházel v úvahu.

Závěr rozkladu

17. Zadavatel ze shora uvedených důvodů navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr ze dne 13. 11. 2015 rozhodl výrokem I., tak že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, skutkem a způsobem tam uvedeným, za což mu výrokem II. uložil pokutu ve výši 30 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně ke změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

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

K námitce postupu dle zásady legitimního očekávání

22. V podaném rozkladu zadavatel argumentoval tím, že postupoval v souladu se zásadou legitimního očekávání, když veškeré změny, které provedl prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, byly konzultovány s pověřenými pracovníky poskytovatele dotace s tím, že

obdržel pokyn v tom smyslu, že může přistoupit k zadání předmětného plnění v jednacím řízení bez uveřejnění.

23. K této argumentaci zadavatele předně uvádím, že se nemůže jednat o zásadu legitimního očekávání, pokud zadavatel jednal dle výsledku předběžných konzultací s dotačním orgánem. Zásada legitimního očekávání má totiž zcela jiný obsah, neboť tato zásada spočívá v tom, že každý má právo důvodně (legitimně) očekávat, že jeho případ bude rozhodnut stejně jako jiné skutkově obdobné případy. Ve správním právu je tato zásada zakotvena v ust. § 2 odst. 4 správního řádu. Obdobnou úpravu pak lze nalézt např. i v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Vzhledem k tomu, že v daném případě zadavatel svoje legitimní očekávání zakládá nikoliv na rozhodnutí příslušného správního orgánu, ale na předběžné konzultaci s dotačním orgánem, nelze se dovolávat uplatnění zásady legitimního očekávání, neboť pro to nejsou splněny podmínky stanovené správním řádem. Současně se v daném případě zadavatel nemůže odvolávat ani na legitimní očekávání založené v dané věci rozhodnutím dotačního orgánu, neboť je zřejmé, že sám dotační orgán následně přistoupil ke krácení dotace pro porušení podmínek stanovených v ust. § 23 odst. 7 zákona.
24. Nad výše uvedené dále poukazuji na skutečnost, že pokud zadavatel vznášel argumentaci jednak proti rozhodnutí dotačního orgánu a jednak proti stanovisku auditního orgánu, pak jde o argumentaci, která nesměřuje proti napadenému rozhodnutí a nelze ji tak považovat za způsobilou rozkladovou námitku ve smyslu ust. § 82 odst. 2 správního řádu.
25. Současně za důvodnou nepovažuji ani dílčí námitku zadavatele, podle níž mělo v dané věci dojít k tomu, že dotační orgán, auditní orgán i Úřad rozhodli každý v téže věci zcela odlišně. Předně poukazuji na skutečnost, že každý z uvedených orgánů je oprávněn přezkoumat postup zadavatele při nakládání s veřejnými prostředky, přičemž však výsledek takového přezkoumání postupu zadavatele se může lišit, neboť tyto orgány nejsou vzájemně vázány svými stanovisky či vydanými rozhodnutími. Nadto je ovšem třeba uvést, že jediným orgánem dohledu nad dodržováním zákona je Úřad, přičemž Úřad jako jediný je oprávněn konstatovat spáchání správního deliktu podle zákona a je oprávněn za spáchání takového správního deliktu uložit pokutu. Toto výlučné oprávnění Úřadu vyplývá z ust. § 112 zákona a následujících. Do tohoto oprávnění Úřadu mimo jiné patří i právo posoudit, zda zahájí řízení z moci úřední či nikoliv. To však neznamená, že pokud v určité věci nezahájí správní řízení z moci úřední, že lze nezahájení řízení a priori považovat za potvrzení správnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení, jak to v rozhodovaném případě činí zadavatel. S ohledem na to, že se jedná pouze o dílčí námitku, která však nesměřuje proti napadenému rozhodnutí a nemůže se tak jednat o způsobilou rozkladovou námitku, dále jsem touto nezabýval. Jak bylo tedy uvedeno výše, Úřad není vázán tím, že v dané věci vydal dotační orgán rozhodnutí o postupu zadavatele a není vázán ani stanoviskem auditního orgánu, nicméně s ohledem na jejich obsah tvrzený zadavatelem, je zřejmé, že oba tyto orgány spatřovaly porušení zákona v nedodržení podmínek stanovených pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, což tvořilo základ pro konstatování správního deliktu i při posouzení věci Úřadem. Nemůže tak obstát tvrzení zadavatele, že každý z orgánů věc rozhodl zcela odlišně. Jak už však bylo uvedeno výše, bez ohledu na to, jak rozhodl dotační či auditní orgán, není Úřad při rozhodování o možném spáchání správního delikt takovými rozhodnutími vázán.
26. S ohledem na výše uvedené, tedy argumentaci zadavatele směřující k porušení zásady legitimního očekávání považuji za nedůvodnou.

K námitce nesprávného posouzení věci Úřadem

27. V rozhodovaném případě Úřad konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) správního řádu, přičemž porušení postupu podle zákona zadavatelem spatřoval v tom, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 11. 9. 2013 uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 s vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění na plnění veřejné zakázky, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona, rozšířil předmět veřejné zakázky, v rozsahu dodatečného plnění podle změnového listu č. 07, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze jmenované smlouvy o dílo.
28. Podle ust. § 82 odst. 7 zákona zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7, b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče
29. Zadavatel v podaném rozkladu za nesprávný označil závěr o tom, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k podstatné změně smlouvy. K této námitce zadavatele uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou.
30. Otázka toho, co je možné považovat za podstatnou změnu smlouvy, vychází prvotně z judikatury Soudního dvora Evropské unie, konkrétně pak zejména z rozsudku *Pressetext*, který byl vydán dne 19. 6. 2008. Do českého právního řádu, konkrétně do zákona, pak závěry tohoto zásadního judikátu byly včleněny novelou zákona č. 55/2012 Sb. Jak správně uzavřel i Úřad v napadeném rozhodnutí, rozsudek *Pressetext* vymezil určující hranici pro to, co je možné považovat za podstatnou změnu smlouvy, která je změnou zakázanou a která ve svém důsledku představuje porušení základních zásad, na nichž zadávání veřejných zakázek stojí, a pro to, co naopak podstatnou změnou smlouvy není, a co je tedy zadavatel oprávněn učinit. Za základní východiska pro určení této hranice rozsudek *Pressetext* označil takovou změnu, která by: a) zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata, b) značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány a c) by změnila způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána. Komentářová literatura k tomuto zákonnému ustanovení, konkrétně publikace Jurčík, R.: *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2015, 815 a násl. s., uvádí: „*Komentované ustanovení obsahuje možnost změny smluvních stran, tedy změnit smlouvy uzavřené na základě závazného postupu podle zákona o veřejných zakázkách. Nelze říci, že by zadavatel měl volnost při modifikaci smluv či uzavírání dodatků ke smlouvě, neboť každá významná smluvní změna předmětu veřejné zakázky zadávané v režimu zákona o veřejných zakázkách neuzavřená postupem podle tohoto zákona je porušením jeho základních zásad obsažených v § 6 a § 82 odst. 7. Podle ustanovení § 82 odst. 2 smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. V praxi však často dochází k potřebám změn smluv v různém*

rozsahu a vyvstává otázka, v jakém rozsahu může být smlouva měněna mimo režim zákona a v režimu zákona, tedy kdy jde z hlediska zákona smlouva uzavřená podle podmínek zadání veřejné zakázky a kdy již jde o smlouvu po úpravě původním podmínkám zadání veřejné zakázky neodpovídající. Nauka i rozhodovací praxe (dále citovaná) stojí na stanovisku, že zadavatel není oprávněn přistoupit k uzavření smlouvy, pokud by v jejím důsledku mělo dojít k takovým změnám smlouvy, že by měla vliv předchozí zadávací řízení, okruh dodavatelů a takovou změnu nabídky vítězného uchazeče, že by jeho nabídka po změně smlouvy již být nejvýhodnější být nemusela. Jinými slovy řečeno, smluvní strany mohou uzavřít dodatek ke smlouvě na realizaci veřejné zakázky, pokud takové změny nemění podmínky zadávacího řízení, zvláště ty, které jsou v neprospěch zadavatele (zejména je nepřípustné navýšení ceny).
“

31. Zákon tedy v ust. § 82 odst. 7 tedy výslovně vyjmenovává, jaké změny smlouvy je třeba považovat za podstatné. Nicméně současně v písm. a) tohoto zákonného ustanovení výslovně uvádí, že tímto ustanovením nejsou dotčena ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona a § 23 odst. 7 zákona, což jsou ustanovení, která stanovují podmínky pro zadání dodatečných dodávek, dodatečných stavebních prací či dodatečných služeb ve formě víceprací či víceslužeb a podmínky pro využití opčního práva na nové stavební práce či nové služby, v jednacím řízení bez uveřejnění. Lze totiž logicky dovodit, že dodatečné stavební práce, služby či dodávky, případně nové stavební práce a služby na základě využití opce, budou vždy představovat rozšíření předmětu původní veřejné zakázky, neboť se jedná o něco, co nebylo součástí soutěže, která o veřejnou zakázku proběhla. Vzhledem k tomu, že zákon výslovně stanoví, že ustanovením § 82 odst. 7 písm. a) zákona nejsou dotčena ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona a § 23 odst. 7 zákona, je tak zřejmé, že tato ustanovení představují výjimku z toho, co lze považovat za podstatné změny, právě ve smyslu ust. § 82 odst. 7 písm. a) zákona, což znamená, že v případě, kdy jsou splněny zákonem dané podmínky pro zadání dodatečných dodávek, stavebních prací a služeb či nových stavebních prací a služeb na základě opce, v jednacím řízení bez uveřejnění, pak se dle zákona nejedná o podstatnou změnu smlouvy, která by rozšířila předmět veřejné zakázky ve smyslu ust. § 82 odst. 7 písm. a) zákona. A contrario potom platí, že pokud zadavatel nesplní podmínky pro zadání v jednacím řízení bez uveřejnění stanovené v ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona a v ust. § 23 odst. 7 zákona, pak se ovšem o podstatnou změnu, která by rozšířila předmět veřejné zakázky, jedná.
32. V rozhodovaném případě ze zjištěného skutkového stavu vyplývá, že zadavatel dne 11. 9.2013 uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 3 v jednacím řízení bez uveřejnění ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011, kterým změnil kupní smlouvu uzavřenou dne 17. 3. 2011. Předmětem uzavřeného dodatku byly stavební práce vyplývající ze Změnového lisu č. 07 - ZLO7_pěstební a výukové zahrady - úpravy, které představovaly úpravu stavební části SO III 314, a to v rozsahu posunutí a doplnění opěrných zdí včetně úprav oplocení a zábradlí z důvodu umístění cca 100 ks kádí o obsahu cca 1 m³ pro pěstování vodních rostlin, doplnění brány do oplocení, rozšíření zpevněné plochy zámkové dlažby a vegetačních dlaždic, přemístění zahradního domku a schodiště a realizování stavební připravenosti pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy s kotevními sloupky cca po 2 m. Změna obsahovala i dodávku a montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny s nakládacími polohami k přepravování kádí. Součástí stavební připravenosti pro montáž plošiny byl i jištěný přívod elektro. Současně z provedeného dokazování vyplynulo, že stavební práce, které byly předmětem zadání v jednacím řízení bez

uveřejnění, nebyly zahrnuty do předmětu původní veřejné zakázky, neboť o nich nebylo při zadávání původní veřejné zakázky ze strany zadavatele vůbec uvažováno. Toto vyplývá i z vyjádření zadavatele učiněných v průběhu správního řízení a z obsahu podaného rozkladu.

33. V rozhodovaném případě je tak zřejmé, že nepřichází v úvahu aplikace ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona, neboť předmětem veřejné zakázky jsou stavební práce, když tak aplikace ustanovení zákona, které dopadá na dodatečné dodávky, není namístě. Současně nelze aplikovat ani ust. § 23 odst. 7 písm. b) zákona, neboť z obsahu zadávací dokumentace a provedeného dokazování nevyplývá, že by si zadavatel již v průběhu zadávacího řízení vyhradil možnost zadat nové stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění a že by jejich cenu zahrnul do ceny veřejné zakázky, což jsou mimo jiné podmínky pro aplikaci ust. § 23 odst. 7 písm. b) zákona. Tato zákonná ustanovení tedy na danou situaci nelze použít, a proto se dále budu zabývat pouze posouzením toho, zda zadavatel splnil podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění pro zadání dodatečných stavebních prací ve smyslu ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona
34. *K aplikaci právní úpravy v rozhodovaném případě*
35. Podle čl. 10 Ústavy, vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.
36. Na mezinárodní úrovni lze poukázat na čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech publikovaného ve Sbírce zákonů jako vyhláška ministra zahraničních věcí č. 120/1976 Sb. (dále jen „**Mezinárodní pakt o občanských a politických právech**“), jímž je Česká republika vázána, kde je uvedeno, že nikdo nesmí být potrestán za čin, který nebyl trestný podle zákona v době, kdy byl spáchán. Pachateli nelze uložit vyšší trest, než dovoluje uložit zákon účinný v době, kdy byl trestný čin spáchán. Nový zákon má zpětnou působnost pouze tehdy, jestliže je pro pachatele příznivější. Na vnitrostátní úrovni úpravy ochrany základních lidských práv je nutno upozornit na čl. 40 odst. 6 ústavního zákona - usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Listina**“), kde je stanoveno, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
37. V Listině uvedený pojem „trestnost“ činu se v doktríně českého trestního práva vykládá jako souhrn všech podmínek, které jsou trestněprávně relevantní pro výrok o vině a trestu. Mezi takové podmínky patří například okolnosti vylučující protiprávnost či podmínky promlčení trestného činu (Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 2. Vydání. Praha: Leges, 2010, 912 s., s. 61). Byť se ve správním právu obvykle neužívá pojem trestnost, lze dovodit, že ustanovení výše uvedených lidskoprávních pramenů dopadají přímo i na úpravu odpovědnosti za správní delikty.
38. Z časového hlediska je tedy nutné v rámci správního trestání považovat za stěžejní pravidlo, že trestnost správního deliktu se posuzuje podle zákona účinného v době, kdy byl spáchán; podle pozdějšího zákona se posuzuje pouze tehdy, jestliže je to pro pachatele příznivější, jak vyplývá z výše uvedených lidskoprávních pramenů práva.

39. V daném případě Úřad v závěrech napadeného rozhodnutí uvedl, že neshledal důvod pro aplikaci čl. 40 odst. 6 Listiny s tím, že právní úpravu obsaženou v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona nelze považovat za úpravu pro pachatele příznivější. K tomuto závěru Úřadu uvádím, že tento nepovažuji za správný, a to z důvodů uvedených níže. Nicméně na tomto místě považuji za podstatné poukázat na skutečnost, že nesprávnost tohoto závěru, nezakládá nezákonnost napadeného rozhodnutí, a to z důvodů uvedených níže.
40. Ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona v době uzavření dodatku č. 3 ke smlouvě znělo: *„jednáním řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že 1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli, 2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a 3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky“*
41. S účinností od 6. 3. 2015 ust. § 23 odst. 7 zákona zní: *„V jednáním řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že 1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli, 2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a 3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky.“*
42. Z hlediska znění citovaného zákonného ustanovení došlo ke dvěma změnám. První změna se týká požadavků kladených na splnění podmínek předvídatelnosti okolností, pro které vznikla potřeba dodatečných stavebních prací nebo služeb. V původním znění zákona byla podmínka potřeby prací a služeb vymezena jejich vznikem *„v důsledku objektivně nepředvídaných okolností“*. Tato podmínka byla novelou zákona změněna na podmínku vzniku *„v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat“*. Druhá změna se pak týkala zvýšení hranice překročení ceny původní veřejné zakázky z 20 % na 30 %. S ohledem na změnu zákona tak lze dospět k závěru, že pozdější úprava je v rozhodovaném případě pro zadavatele příznivější. U první z podmínek je to z důvodu, že

nutnost naplnění „objektivně nepředvídaných okolností“ klade na zadavatele vyšší nároky z hlediska naplnění těchto podmínek než požadavek na naplnění „náležitě péče“. Pro to, aby zadavatel mohl pro zadání veřejné zakázky použít jednací řízení bez uveřejnění, podle pozdější zákonné úpravy postačí, aby okolnosti, pro něž vznikla potřeba dodatečných prací či služeb vycházela ze subjektivního hlediska, kterým je jednání zadavatele s náležitou péčí a nikoliv z objektivní nepředvídatelnosti, která byla vyžadována dřívější úpravou. Současně lze pro zadavatele jako příznivější hodnotit i navýšení možné ceny těchto dodatečných prací či služeb z 20 % na 30 %. S ohledem na uvedené jsem tedy dospěl k závěru, že pozdější úprava je pro zadavatele příznivější a v řízení o rozkladu tak je nutné naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu zkoumat z hlediska této příznivější právní úpravy.

43. S ohledem na výše uvedené tak lze konstatovat, že závěr Úřadu obsažený v napadeném rozhodnutí, konkrétně v jeho bodu 68 není závěrem správným. Jak však bylo uvedeno výše, nemám za to, že by toto pochybení Úřadu mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, ať už z hlediska jeho výroku I. nebo z hlediska jeho odůvodnění, neboť nenaplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad spatřoval v tom, že dodatečné stavební práce nebyly nezbytné pro dokončení původních stavebních prací. Z hlediska znění ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona ve znění účinném v době spáchání správního deliktu, tedy v době uzavírání dodatku č. 3 ke smlouvě na veřejnou zakázku, a v době rozhodování o podaném rozkladu, tedy z hlediska právní úpravy účinné od 6. 3. 2015, nedošlo u podmínky, že dodatečně stavební musí být nezbytné pro provedení původních stavebních prací k žádné věcné ani textové změně. Je tak zřejmé, že uvedená podmínka zůstala pozdější právní úpravou zcela nedotčena a pokud tedy Úřad shledal porušení postupu stanoveného zákonem právě v nenaplnění této podmínky, pak došlo k posouzení, které odpovídá i pozdější příznivější právní úpravě, což znamená, že pochybení Úřadu nemá vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

K posouzení souladnosti postupu zadavatele se zákonem

44. Předně považuji za podstatné poukázat na skutečnost, že jednací řízení bez uveřejnění je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je veřejná zakázka zadána sice podle zákona v zadávacím řízení, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je omezena či případně i vyloučena hospodářská soutěž o takovou veřejnou zakázku, neboť zadávaná veřejná zakázka je ve většině případů použítí jednacího řízení bez uveřejnění zadávaná přímo jednomu dodavateli. Je současně třeba, aby zadavatel splnil kumulativně všechny podmínky stanovené zákonem, pro zadání v tomto druhu zadávacího řízení, přičemž platí, že pokud není kterákoliv z těchto podmínek splněna, není zadavatel oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění jsou vymezeny taxativním způsobem a zadavatel nese důkazní břemeno, že došlo ke splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Jednací řízení bez uveřejnění je tedy určeno jen pro výjimečné případy jako krajní prostředek zadání veřejné zakázky. Zákon výslovně neuvádí, o jaké případy se může konkrétně jednat, pouze taxativně stanovuje podmínky, za kterých je možné přistoupit k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Příklady takových konkrétních situací, však lze nalézt např. v odborné literatuře konkrétně třeba v publikaci Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, 309 s. a násl., kde je uvedeno: „Příkladem zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění mohou být dodatečné stavební práce (synonymem je pojem vícepráce), vzniklé po

zadání stavební zakázky (v průběhu její realizace či po její realizaci), anebo v průběhu jejího zadávání) v důsledku např. chyby projektanta, který do výkazu výměr nezahrne některé položky, které jsou nezbytné pro realizaci stavební zakázky, apod. Při jejich zadávání však musí být splněny všechny uvedené podmínky. Zejména jde o to, že zadavatel nemůže dopředu vědět, že dodatečné stavební práce bude zadávat, mělo by jít o výjimečnou situaci, kdy potřeba takových prací vznikne objektivně a nezávisle na vůli zadavatele z důvodu chyby v projektu, nutnosti dalších prací v povahy místa realizace veřejné zakázky, apod.“

45. Jak již bylo výše uvedeno, jednou ze základních podmínek pro to, aby bylo možné dodatečné stavení práce zadat v jednacím řízení bez uveřejnění je to, že dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací. Za takové situace, kdy lze dodatečné stavební práce označit jako nezbytné, označuje výše citovaná publikace Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, 309 s. například tyto důvody: „*za přípustný důvod pro dodatečné stavební práce by mělo být považováno, že zadavatel nemohl předvídat situaci zapříčiněnou např. jinou strukturou podloží, než napovídaly provedené průzkumy. Jiným případem může být situace, kdy se na trhu objeví nové technologie či výrobky, které při zpracování projektu nemohly být zohledněny, přičemž toto řešení je hospodárnější. Další možná situace nastává v případě, kdy zadavatel použije projektovou dokumentaci zpracovanou externí autorizovanou osobou a u dokumentace předpokládá její odborné provedení. V průběhu stavebních prací se ale zjistí, že v projektu je věcná chyba, která vyžaduje změnu rozsahu prací provedenou prostřednictvím dodatečné práce.“* Je tak zřejmé, že z hlediska povahy se musí jednat o takové vícepráce, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat a které brání dokončení původního předmětu veřejné zakázky. V rozhodovaném případě však mám za to, že o takovou změnu se nejedná, neboť dodatečné stavební práce, které zadavatel zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, představují změnu ve směřování původního projektu. Pokud se jedná o povahu a předmět dodatečných stavebních prací, pak je zřejmé, že umístění pěstebních kádí a terénní úpravy, které s tímto umístěním souvisí, nebyly vůbec součástí původní veřejné zakázky a nebyly tak součástí projektové dokumentace, přičemž se tak nejedná o chybu v projektové dokumentaci, ani nejde o zjištění nutnosti dalších stavebních prací např. v důsledku nesprávného průzkumu podloží a současně se nejedná o takovou změnu, která by v důsledku nových technologií představovala pro zadavatele finanční úsporu. Z hlediska toho, co bylo uvedeno výše, tak nelze předmětné stavební práce označit za takové dodatečné stavební práce, které by byly nezbytné pro provedení původních stavebních prací, neboť je zřejmé, že dodatečné stavební práce nebránily tomu, aby došlo k dokončení původní veřejné zakázky dle původní projektové dokumentace. Za daného stavu, tak nedošlo k naplnění podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a to konkrétně podmínky, že dodatečné stavební práce musí být nezbytné k provedení původních stavebních prací. S ohledem na to, že pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění musí být kumulativně splněny všechny podmínky stanovené zákonem, pak nenaplnění jedné z nich znamená, že zadavatel nebyl oprávněn zadat předmětnou veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění.
46. Za takového stavu tedy postupem zadavatele došlo k porušení ust. § 82 odst. 7 písm. a) zákona, neboť zadavatel zadáním dodatečných stavebních prací vybranému uchazeči rozšířil předmět původní veřejné zakázky, aniž by byl oprávněn využít zákonnou výjimku stanovenou v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, neboť pro použití jednacím řízení bez uveřejnění nebyly

splněny zákonem stanovené podmínky. Pokud tedy Úřad učinil závěr o tom, že zadavatel porušil svým postupem ust. § 82 odst. 7 písm. a) zákona, pak tento závěr považuji za správný a zcela odpovídající zjištěnému skutkovému stavu. S ohledem na výše uvedené tedy uvádím, že námitku zadavatele ohledně nesprávného právního posouzení zjištěného skutkového stavu považuji za nedůvodnou, neboť mám za to, že ve správním řízení bylo jednoznačně prokázáno, že zadavatel nebyl oprávněn zadat předmětnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, a že tímto zadáním umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy na veřejnou zakázku, čímž rozšířil předmět původní veřejné zakázky v rozporu se zákonem.

47. Pokud se týká námitky zadavatele směřující k vymezení důvodů pro zadání dodatečných stavebních prací, přičemž tato námitka směřovala k tomu, že od původního směřování projektu musel upustit v důsledku toho, že nebylo možné původní projekt uskutečnit s ohledem na technologickou a metodickou nemožnost, pak uvádím, že ačkoliv by tuto argumentaci bylo možné považovat za způsobitou rozkladovou námitku, neunesl zadavatel důkazní břemeno. Jak již bylo uvedeno výše, je na zadavateli, aby u splnění podmínek pro jednacím řízení bez uveřejnění nejen tvrdil, ale i prokázal, že tyto podmínky byly splněny. V daném případě zadavatel nepředvídatelnost a nezbytnost dodatečných stavebních prací tvrdil, když jako důvod uváděl to, že nebylo možné směřovat projekt původním směrem, ale bylo třeba přistoupit ke změně s tím, že i jiná odborná pracoviště od podobných projektů upouštěla, avšak v podaném rozkladu k tomuto svému tvrzení neoznačil žádné důkazy k jeho prokázání. Bez ohledu na to, že lze současně toto tvrzení zadavatele označit za zcela obecné, bez jakékoliv konkretizace s ohledem na tvrzené důvody, nelze toto tvrzení podrobit přezkumu, neboť zadavatel neoznačil žádné konkrétní důkazy, které by toto tvrzení prokazovaly. Vzhledem k tomu, že důkazní břemeno ohledně naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění leží na zadavateli, pak nelze než konstatovat, že toto důkazní břemeno ohledně výše uvedeného tvrzení zadavatel neunesl. S ohledem na uvedené, tedy tvrzení zadavatele, pokud se týká důvodů pro nutnost zadání dodatečných stavebních prací, neobstojí.
48. Zadavatel dále v podaném rozkladu označil za spekulativní závěr Úřadu o tom, že jeho postup byl způsobitlivý ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. K této námitce uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou. Je zřejmé, že za situace, kdy zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči, pak fakticky vyloučil jakoukoliv soutěž o tuto veřejnou zakázku, neboť tato byla zadána napřímo vybranému uchazeči, aniž by měli další potenciální dodavatelé vůbec možnost se soutěže o veřejnou zakázku účastnit. Za tohoto stavu je třeba považovat za správný závěr Úřadu, že pokud zadavatel nebyl oprávněn veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění, pak byl povinen zadat ji v jiném z druhů zadávacích řízení. Z podmínek stanovených zákonem pro konkrétní druhy zadávacího pak vyplývá, že kromě jednacím řízení bez uveřejnění, je zadavatel v ostatních druzích zadávacího řízení povinen oslovit více než jednoho konkrétního uchazeče, což znamená, že nabídku případně žádost o účast v zadávacím řízení může podat více potenciálních dodavatelů. Za takové situace lze pak logicky dospět k závěru, že pokud by na veřejnou zakázku podalo nabídku více dodavatelů, mohla by některá z nich být pro zadavatele ekonomicky výhodnější, neboť by mohla obsahovat nižší nabídkovou cenu než cenu, která byla sjednána s vybraným uchazečem v rámci dodatku č. 3 ke smlouvě. V rozhodovaném případě tedy lze bezpochyby učinit takový závěr, jaký učinil i Úřad

v napadeném rozhodnutí, a to že postup zadavatele byl způsobilý ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v rozhodovaném případě neproběhla soutěž o veřejnou zakázku, ačkoliv tato proběhnout měla, a pokud by proběhla, pak by mohl zvítězit jiný dodavatel než vybraný uchazeč.

49. Pokud současně zadavatel v podaném rozkladu tvrdil, že nemohl postupovat jinak, pak k tomuto zcela obecnému tvrzení považuji za podstatné poukázat na skutečnost, že pokud bylo ve správním řízení shledáno, že postup zadavatele byl v rozporu se zákonem, pak naopak byl povinen postupovat jinak, a to zákonem aprobovaným způsobem. Takové tvrzení zadavatele tedy nemůže obstát.
50. Současně uvádím, že za důvodnou nepovažuji ani námitku zadavatele, podle níž se měl Úřad dopustit nesprávné aplikace závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013-131 ze dne 15. 10. 2015, neboť tento rozsudek dopadá na jiný skutkový stav, než byl zjištěn v rozhodovaném případě, uvádím, že tuto námitku nepovažuji za důvodnou. Předně z obsahu napadeného rozhodnutí vyplývá, že z hlediska závěrů výše uvedeného rozsudku, Úřad pro posouzení dané věci použil pouze jediný, a to závěr, který se zcela týkal otázky aplikační přednosti zásady hospodárnosti před zásadou transparentnosti. Jednalo se tak o zcela obecný právní závěr, který je obecně platný bez ohledu na to, jaký je zjištěný skutkový stav v řízení. Úřad citací tohoto závěru reagoval na argumentaci zadavatele, že postupoval v souladu se zásadou hospodárnosti směřující k efektivnímu vynakládání veřejných prostředků, přičemž Úřad na toto tvrzení reagoval tak, že pokud zadavatel porušil zákon, a to postupem, který vyloučil hospodářskou soutěž, nemůže se dovolávat toho, že jednal v souladu se zásadou hospodárnosti, neboť tato nemá přednost před dalšími zásadami, jimiž je zákon ovládán. Takový závěr Úřadu pak považuji za zcela správný. S ohledem na výše uvedené tak mám za to, že námitka zadavatele ohledně nesprávné aplikace výše uvedeného rozsudku neobstojí.
51. Zadavatel dále v podaném rozkladu ve zcela obecné rovině tvrdil, že nelze připustit pouhý jazykový výklad ust. § 23 odst. 7 zákona a současně nelze připustit ani formální přístup k aplikaci závěrů rozsudku Pressetext, přičemž k tomu citoval různé závěry obsažené v rozsudcích správních soudů a v odborných publikacích. K tomuto tvrzení však nevznesl žádné konkrétní tvrzení, které by mělo směřovat proti napadenému rozhodnutí. S ohledem na takto obecně vznesené tvrzení jsem v rámci přezkoumání zákonnosti přezkoumal i postup Úřadu při aplikaci příslušných právních ustanovení a postup při hodnocení závěrů rozsudku Pressetext, přičemž jsem nedospěl k tomu, že by se Úřad měl dopustit formální aplikace či nepřípustného výkladu právních předpisů. Pokud tedy měl zadavatel v úmyslu tvrdit nesprávný výklad provedený Úřadem či nesprávnou aplikaci právních předpisů, pak uvádím, že takové pochybení Úřadu jsem neshledal. K tomu současně odkazuji na to, co bylo uvedeno výše v tomto rozhodnutí.
52. Po přezkoumání uvedených závěrů Úřadu z hlediska zjištěného skutkového stavu a z hlediska provedeného právního posouzení tak mám za, to že výše uvedené závěry Úřadu jsou správné a přezkoumatelné. Po provedeném posouzení tedy nelze přisvědčit námitkám zadavatele, že by napadené rozhodnutí v této části bylo nesprávné.

K naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu

53. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
54. Citované ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona vymezuje znaky skutkové podstaty správního deliktu. Pro naplnění znaků správního deliktu dle výše uvedeného ustanovení tak musí být splněny základní podmínky, a to že a) zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž b) toto nedodržení postupu je způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a současně c) zadavatel uzavře s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Jde o podmínky kumulativní, což znamená, že nenaplnění byť jediné z nich musí nutně vést k závěru, že ke spáchání správního deliktu zadavatelem nedošlo.
55. S ohledem na výše uvedené mám za to, že závěr Úřadu, který je uveden v napadeném rozhodnutí, a to že zadavatel umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, čímž se dopustil porušení postupu stanoveného v ust. § 82 odst. 7 zákona, je závěrem správným. To znamená, že zadavatel svým jednáním naplnil první ze znaků skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť porušil postup stanovený zákonem.
56. Z hlediska naplnění druhého znaku skutkové podstaty správního deliktu uvádím, že v daném případě je zřejmé, že postupem zadavatele došlo k tomu, že další potenciální uchazeči neměli možnost podat nabídku na veřejnou zakázku a nemohli se zúčastnit zadávacího řízení, ačkoliv by při zákonné postupu zadavatele takovou možnost měli. Pokud tedy v daném případě byl postup zadavatele shledán jako postup, který má bezprostřední vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pak tento závěr Úřadu rovněž považuji za správný. Z hlediska naplnění dalšího znaku skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak mám za to, že i tento byl naplněn, neboť porušení postupu zákona zadavatelem mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
57. Pokud se týká naplnění posledního znaku skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, kterým je podmínka toho, že byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, tak mám za to, že tato podmínka byla zcela jistě naplněna, neboť je zřejmé, že i uzavření dodatku je postupem při uzavření smlouvy.
58. Za této situace, tak došlo k naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu. Z tohoto důvodu pak závěr Úřadu o tom, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, který je vysloven ve výroku I. napadeného rozhodnutí, považuji za zcela správný. Námitky zadavatele, podle níž Úřad nesprávně posoudil otázku naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu, tedy s ohledem na výše uvedené, považuji za nedůvodné.

Obecně k přezkoumání napadeného rozhodnutí

59. Vzhledem k tomu, že zadavatel v podaném rozkladu nevznášel žádné námitky proti výši nebo způsobu uložení pokuty, přezkoumal jsem výrok II. napadeného rozhodnutí ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu z hlediska jeho zákonnosti a z hlediska zákonnosti postupu

Úřadu, který jeho vydání předcházelo. Po přezkoumání tohoto výroku mám za to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně vymezil horní hranici pro uložení pokuty v souladu s ust. § 120 odst. 2 zákona a současně při určení výše pokuty přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu ust. § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky správního deliktu, způsobu jeho spáchání, tak i okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil. Současně se orgán I. stupně přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta není v daném případě likvidační. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil.

60. V daném případě jsem z hlediska námitek obsažených v rozkladu přezkoumal věcnou správnost napadeného rozhodnutí ve výroku I. napadeného rozhodnutí ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu, když s ohledem na výše uvedené uvádím, že napadené rozhodnutí jsem shledal věcně správným. Zadavatel v podaném rozkladu nevzněl takovou námitku, která by vzbuzovala pochybnosti o správnosti napadeného rozhodnutí.
61. Ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti výroku I. napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu v řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, když napadené rozhodnutí jsem shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil spáchání správního deliktu. Současně Úřad všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byla naplněna skutková podstata uvedeného správního deliktu, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
62. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení navrhovatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci a nezákonné z důvodu nepřezkoumatelnosti či nesprávné aplikace právních předpisů. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí považuji za správné, dostatečně odůvodněné, vnitřně logicky uspořádané, vycházející z řádně zjištěného skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a rovněž vycházející ze smyslu a účelu zákona. Shrnuji tedy, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se zadavatel dopustil specifikovaného správního deliktu, a za tento delikt zadavateli uložil pokutu ve výši 30 000 Kč.

Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Masarykova univerzita, Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno

Vypraveno dne:

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