



UOHSX007N0KC

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0584/2015/VZ-39461/2015/543/MPr

Brno 13. listopadu 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 10. 9. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona zadavatelem – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno – při zadávání veřejné zakázky „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,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. a) citovaného zákona, když dne 11. 9. 2013 uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 s dodavatelem – 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 – v jednacím řízení bez uveřejnění na plnění veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB - dodatečné práce č. 3“, 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, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona, rozšířil předmět veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 8. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 8. 2011, pod ev. č. 60063745, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 9. 8. 2011 pod ev. č. 2011/S 151-250750, 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.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** zadavateli – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Masarykova univerzita, IČO 00216224, se sídlem Žerotínovo náměstí 617/9, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „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“).
2. Předmětem veřejné zakázky, který zadavatel vymezil v bodu 1. písemné zprávy zadavatele ze dne 26. 9. 2013, byla „(...) mj. úprava stavební části SO III 314. Jedná se především o posunutí a doplnění opěrných zdí včetně úprav oplocení a zábradlí, a to z důvodu umístění cca 100 ks kádí o obsahu cca 1 m³ pro pěstování vodních rostlin. K získání prostoru pro dopravu a manipulaci s káděmi je nutné doplnit bránu do oplocení a rozšířit zpevněné plochy zámkové dlažby a vegetačních dlaždic, přemístit zahradní domek a schodiště a realizovat stavební připravenost pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy s kotevními sloupky cca po 2 m. Změna obsahuje i dodávku a montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny s nakládacími polohami k přepravování kádí. Součástí stavební připravenosti pro montáž plošiny je jištěný přívod elektro. Vzhledem k novému zaměření pěstování vodních rostlin je nutné doplnit rozvody elektro a rozvody vody po pěstební zahradě z důvodu údržby a požadavků na pěstební proces“.

3. Z dokumentace o veřejné zakázce je patrné, že dne 11. 9. 2013 byl mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – sdružením nazvaným „Sdružení pro realizaci CESEB“ tvořeným společnostmi 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“) – uzavřen dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 (dále jen „dodatek č. 3“) uzavřené na plnění předmětu veřejné zakázky „Generální dodávka stavby CESEB“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 8. 2011 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 8. 2011, pod ev. č. 60063745, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 9. 8. 2011 pod ev. č. 2011/S 151-250750 (dále jen „původní veřejná zakázka“). Předmětem dodatku č. 3 je provedení prací uvedených ve „Změnovém listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“, který tvoří přílohu č. 1 dodatku č. 3.
4. 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 jednacního řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona), a zda tedy zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 21 odst. 2 zákona.
5. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0584/2015/VZ.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-27199/2015/543/MPr ze dne 9. 9. 2015, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Dnem 10. 9. 2015, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení z moci úřední.
8. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-27212/2015/543/MPr ze dne 9. 9. 2015 určil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-30422/2015/543/MPr ze dne 29. 9. 2015 určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
10. Ke zjištění Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-27199/2015/543/MPr ze dne 9. 9. 2015 ani k podkladům rozhodnutí na základě usnesení č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-30422/2015/543/MPr ze dne 29. 9. 2015 se zadavatel v Úřadem stanovených lhůtách nevyjádřil.
11. Přípisem č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-33849/2015/543/MPr ze dne 21. 10. 2015 seznámil Úřad zadavatele s novými skutečnostmi ve správním řízení, když zadavatele informoval o pochybnosti, zda zadáním dodatečných stavebních prací vyplývajících ze změnového listu tvořícího přílohu č. 1 dodatku č. 3 zadavatel neumožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy uzavřené dne 21. 12. 2011 s vybraným uchazečem, a to ve smyslu

§ 82 odst. 7 písm. a) zákona, jelikož výše specifikované dodatečné stavební práce zadavatel zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona, čímž vzniklo podezření, že se zadavatel uvedeným postupem dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0584/2015/VZ-33851/2015/543/MPr ze dne 21. 10. 2015 určil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 27. 10. 2015

13. Úřad obdržel dne 27. 10. 2015 stanovisko zadavatele, v němž zadavatel poukázal na své podání zaslané Úřadu v souvislosti s šetřením podnětu vedeným pod sp. zn. P324/2015 a dále vyjádřil své přesvědčení, že se při zadávání dodatečných stavebních prací uvedených ve „Změnovém listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ nedopustil správního deliktu a odkázal na odůvodnění dodatku a předmětného změnového listu.
14. Zadavatel dále odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 23/2012 – 105 vztahující se k možnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel ve světle výše citovaného rozsudku podotkl, že sporný dodatek č. 3 na realizaci „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ představoval veřejnou zakázku, která s původní veřejnou zakázkou bezprostředně souvisela, a nebylo ji možné od původní veřejné zakázky nikterak oddělit. Zadavatel dále konstatoval, že nemohl postupovat autonomně příslušným druhem zadávacím řízení, a to jak z důvodu právních (např. otázka záruk), tak z důvodu technických komplikací při zhotovování dodatečných stavebních prací a jejich provázanosti s původními stavebními pracemi. Zadavatel podotkl, že se z technického pohledu jednalo o dílčí úpravy původně zamýšlených stavebních prací a změny se týkaly pouze vybudování přípojky vody a elektřiny, s tím souvisejících rozvodů a atypické dopravní plošiny. Zadavatel dále uvedl, že budování SO III 314 probíhalo v obtížných terénních podmínkách, kdy výškový rozdíl na délce 25 m činil 6,25 m. V případě realizace rozvodů elektro, vody, jakož i stavebních úprav pro dodávku a montáž atypické venkovní plošiny jiným dodavatelem, by zadavatel tomuto musel uhradit mimo jiné náklady na dodatečné statické zajištění opěrných zdí při výkopech pro nové rozvody a stavební úpravy a do ceny by se tedy promítly vysoké finanční náklady za obtížnou manipulaci s materiálem, přičemž stávající dodavatel práce realizoval současně s budováním opěrných zdí bez dodatečného statického zajištění a neměl nárok na příplatek za obtížnou manipulaci s materiálem. Zadavatel ve vztahu k dodávce a montáži atypické venkovní plošiny konstatoval, že pojezdová dráha je staticky spojena s budováním terénního železobetonového schodiště, které bylo budováno dle původní dokumentace, pouze s malým posunem právě z důvodu vybudování této pojezdové dráhy venkovní plošiny a dodal, že rovněž doplnění brány do stávajícího oplocení by bylo v případě jiného dodavatele problematickým zásahem a křížením záruky dvou subjektů. Zadavatel je toho názoru, že zvoleným řešením bylo zabráněno závažné finanční újmě zadavatele. Zadavatel zdůraznil, že hodnota předmětných stavebních prací činila 2 570 809 Kč bez DPH, což z celkového rozsahu původní veřejné zakázky o hodnotě 427 229 054 Kč bez DPH činí 0,6 %. Zadavatel je toho názoru, že potřebu stavebních prací nebyl v době přípravě projektové dokumentace schopen při vynaložení náležité péče

objektivně předvídat. Zadavatel konstatoval, že potřeba prací vyvstala v důsledku částečné modifikace vědeckovýzkumného programu.

15. Zadavatel se domnívá, že předmětem „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ jsou změny stavebních prací vzniklé na základě objektivně nepředvídaných okolností, které nevyvstaly na základě vadnosti projektové dokumentace k původní veřejné zakázce.
16. Zadavatel uvedl, že smyslem a účelem projektu není stavba jako taková, ale naplnění cílů projektu, ke kterým má stavba sloužit, tj. vytvoření infrastruktury pro excelentní výzkumnou činnost ve vybraných vědních oborech a výuka v souladu s mezinárodními trendy vysokoškolského vzdělávání.
17. Zadavatel dále uvedl, že bez provedení předmětných změn by byla stavba funkční, avšak ihned po uvedení do provozu by bylo nutné započít s přestavbou, a to tak, aby stavba odpovídala novým vědeckým potřebám, což by dle názoru zadavatele směřovalo k nehospodárnému nakládání s veřejnými prostředky.
18. Zadavatel je rovněž přesvědčen, že jelikož při realizaci předmětného jednacního řízení bez uveřejnění postupoval v souladu se zákonem, nemohl tedy svým postupem porušit ani § 82 odst. 7 písm. a) zákona.
19. V souvislosti s problematikou podstatné změny smlouvy zadavatel dále odkázal na strany 152 a 153 publikace „Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny“ vydané roku 2014.
20. Závěrem zadavatel navrhl zastavení správního řízení podle § 117a písm. f) zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

21. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 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, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona, rozšířil předmět původní 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. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

22. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení
 - a) otevřené řízení (§ 27 zákona),
 - b) užší řízení (§ 28 zákona),
 - c) jednacím řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),

- d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
- e) soutěžní dialog (§ 35 zákona),
- f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).

23. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a § 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
24. Podle § 21 odst. 3 zákona může veřejný zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 zákona soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zákona zjednodušené podlimitní řízení.
25. Podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona (účinného v době uzavření dodatku č. 3) v jednacím 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.
26. Podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona (účinného v době zahájení správního řízení) může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění 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.

27. Podle § 82 odst. 2 zákona pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námitky podle § 110 odst. 4 zákona, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.
28. Podle § 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) zákona a § 23 odst. 7 zákona,
 - 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.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

29. Dne 21. 12. 2011 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na plnění původní veřejné zakázky.
30. Z dokumentace o veřejné zakázce je patrné, že dne 11. 9. 2013 byl mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřen dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011, jehož předmětem jsou úpravy péstebních a výukových zahrad.
31. V dodatku č. 3 bylo mimo jiného uvedeno, že *„v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností vznikla potřeba dodatečných stavebních prací, které jsou nezbytné pro provedení původního předmětu veřejné zakázky a naplnění účelu smlouvy.“* Dále bylo v dodatku č. 3 uvedeno, že tento dodatek byl uzavřen na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Z dodatku č. 3 vyplývá, že cena díla se v důsledku úpravy předmětu smlouvy podle přílohy č. 1 „Změnový list č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady - úpravy“ dodatku č. 3 (dále též „příloha č. 1“) zvýšila o částku 2 389 462 Kč bez DPH (2 891 249 Kč včetně DPH).
32. Z přílohy č. 1 „Změnový list č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady - úpravy“ dodatku č. 3 vyplývá, že předmětné změny se týkají úprav péstebních a výukových zahrad, které spočívají v úpravách stavební části SO III 314. V části „Položka, popis“ přílohy č. 1 dodatku č. 3 je uvedeno, že *„umístění cca 100 ks kádí o obsahu cca 1 m³ pro pěstování vodních rostlin vyžaduje posunutí a doplnění opěrných zdí, vč. úprav oplocení a zábradlí.“*

K získání prostoru pro dopravu a manipulaci s káděmi je nutné doplnit bránu do oplocení a rozšířit zpevněné plochy ze zámkové dlažby a vegetačních dlaždic, přemístit zahradní domek a schodiště a realizovat stavební připravenost pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy s kotevními sloupky cca po 2 m. Změna obsahuje i dodávku a montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny se 7 nakládacími polohami k přepravování kádí. Součástí stavební připravenosti pro montáž plošiny je jištěný přívod elektro (400 V, 1,1 kW). Vzhledem k novému zaměření pěstování vodních rostlin je nutné doplnit rozvody elektro a rozvody vody po péstební zahradě z důvodu údržby a požadavků na péstební proces.“

33. Výše specifikovaná změna byla následně v části „Důvod změny:“ přílohy č. 1 „Změnový list č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady - úpravy“ dodatku č. 3 odůvodněna především následujícím: *„Výzkumný program pěstebních zahrad byl od zadání zakázky rozšířen o výzkum vodních rostlin, který je vhodným modelovým objektem pro studium evoluce rostlin a který vyžaduje jiné podmínky pro dopravu a umístění kádí potřebných pro pěstování těchto vodních rostlin. V původním řešení pěstebních zahrad se s umístěním kádí na vodní rostliny neuvažovalo.*

V době přípravy projektu a v době podání žádosti o dotaci nebyly informace o rozšíření studia a posunu ve výzkumu s tím spojeným známe nebo úplné a nemohly být reflektovány do projektové a zadávací dokumentace. CESEB formou ZL07 reaguje na potřeby dynamicky se rozvíjejícího studijního programu a výzkumu. (...)

Kultivace rostliny na venkovních záhonech je nutná v souvislosti se studijním programem Ekologická a evoluční biologie a s projekty aktuálně řešenými pracovní skupinou biosystematika cévnatých rostlin (...).“

Posouzení právního postavení zadavatele

34. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 2 odst. 1 zákona, tedy zda je vůbec dána osoba zadavatele. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona taxativně vymezuje čtyři skupiny subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona i tzv. jiná právnická osoba.
35. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
36. Úřad doplňuje, že k tomu, aby bylo možné konkrétní právnickou osobu považovat za veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, musí být obě výše popsání podmínky splněny kumulativně.
37. Z výroční zprávy zadavatele o hospodaření za rok 2014 zveřejněné na internetové adrese http://www.muni.cz/media/docs/1100/MU_VZoH_2014.pdf vyplývá, že zadavatel je veřejnou vysokou školou zřízenou na základě zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o vysokých školách“). Za účelem zjištění, zda zadavatel uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, tudíž Úřad vycházel, mimo jiné, i ze zákona o vysokých školách.
38. Podle § 1 zákona o vysokých školách jsou vysoké školy jako nejvyšší článek vzdělávací soustavy vrcholnými centry vzdělanosti, nezávislého poznání a tvůrčí činnosti a mají klíčovou úlohu ve vědeckém, kulturním, sociálním a ekonomickém rozvoji společnosti tím, že

- a. uchovávají a rozhojňují dosažené poznání a podle svého typu a zaměření pěstují činnost vědeckou, výzkumnou, vývojovou a inovační, uměleckou nebo další tvůrčí činnost,
 - b. umožňují v souladu s demokratickými principy přístup k vysokoškolskému vzdělání, získání odpovídající profesní kvalifikace a přípravu pro výzkumnou práci a další náročné odborné činnosti,
 - c. poskytují další formy vzdělávání a umožňují získávat, rozšiřovat, prohlubovat nebo obnovovat znalosti z různých oblastí poznání a kultury a podílejí se tak na celoživotním vzdělávání,
 - d. hrají aktivní roli ve veřejné diskusi o společenských a etických otázkách, při pěstování kulturní rozmanitosti a vzájemného porozumění, při utváření občanské společnosti a přípravě mladých lidí pro život v ní,
 - e. přispívají k rozvoji na národní a regionální úrovni a spolupracují s různými stupni státní správy a samosprávy, s podnikovou a kulturní sférou,
 - f. rozvíjejí mezinárodní a zvláště evropskou spolupráci jako podstatný rozměr svých činností, podporují společné projekty s obdobnými institucemi v zahraničí, vzájemné uznávání studia a diplomů, výměnu akademických pracovníků a studentů.
39. Úřad konstatuje, že potřeby veřejného zájmu jsou takové potřeby, jejichž uspokojování slouží širšímu okruhu subjektů a bezpochyby k nim náleží i potřeby vztahující se ke sféře vzdělávání. Jestliže vysoké školy svou činností, resp. poskytováním svých služeb, směřují k uspokojení potřeb společnosti v oblasti vědecké, kulturní, sociální a ekonomické, nemůže být sporu o tom, že jsou zakládány za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, neboť poskytování vzdělávacích služeb je jedním ze základních předpokladů hospodářského, politického i společenského rozvoje celé společnosti. Vzhledem k právě řečenému tedy Úřad uzavírá, že zadavatel byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu (a sice za účelem poskytování terciálního vzdělávání), které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
40. K tomu, aby bylo možné zadavatele v šetřeném případě označit za veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, je dále podstatné ověřit, zda je splněna i druhá z podmínek předvídaných v citovaném ustanovení zákona.
41. Jak vyplývá z výroční zprávy zadavatele o hospodaření za rok 2014, konkrétně z „Tabulky 5 Veřejné zdroje financování VVŠ v roce 2014: prostředky poskytnuté a prostředky použité (v tis. Kč)“, zadavateli bylo v roce 2014 z veřejných zdrojů České republiky a ze zahraničí poskytnuto 6 226 362 tis. Kč, z toho 6 048 440 tis. Kč tvořily prostředky plynoucí z veřejných rozpočtů České republiky a 177 922 tis. Kč tvořily veřejné prostředky ze zahraničí. Prostředky poskytnuté přes kapitolu Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy činily částku 5 593 863 tis. Kč. Z „Tabulky 2 Výkaz zisku a ztráty – Sumář MU“ výroční zprávy zadavatele o hospodaření za rok 2014 vyplývá, že celkové výnosy zadavatele činily v rámci hlavní činnosti částku 6 340 362 tis. Kč a v rámci doplňkové (hospodářské) činnosti částku 126 709 tis. Kč, z čehož provozní dotace činily částku v rámci hlavní činnosti ve výši 4 589 916 tis. Kč a v rámci doplňkové (hospodářské) činnosti částku ve výši 0 Kč. Vzhledem k právě řečenému je zřejmé, že objem prostředků plynoucích zadavateli z kapitoly Ministerstva školství,

mládeže a tělovýchovy představoval více než 86 % z celkových výnosů zadavatele za rok 2014. Úřad na tomto místě poznamenává, že Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, coby organizační složka státu, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona (viz § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů). Vzhledem k právě uvedenému má Úřad tedy za prokázané, že v roce 2014 byl subjektem, jenž zadavatele převážně financoval, Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, coby veřejný zadavatel podle § 2 odst. 2 písm. a) zákona, a tudíž je bez dalšího splněna i druhá z podmínek, které jsou uvedeny v § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

42. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel je právnická osoba, která byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu a je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem. Úřad konstatuje, že zadavatel je tak veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon.
43. Závěrem této části odůvodnění Úřad dodává, že zadavatel nečinil tuto skutečnost spornou, tzn., nikterak nerozporoval, že by se při zadávání šetřené veřejné zakázky nenacházel v pozici zadavatele podle § 2 odst. 1 zákona, tedy v pozici „zadavatele veřejné zakázky“.

K výroku I. rozhodnutí

44. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že zákon o veřejných zakázkách je pramenem veřejného práva, jehož hlavní cíl tkví v zabezpečení co možná nejvíce efektivního vynakládání veřejných prostředků při zabezpečování potřeb veřejného charakteru. 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 odst. 1 zákona. Popsané skutečnosti lze chápat i tak, že zákon, na rozdíl od soukromoprávních předpisů (typicky na rozdíl od zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů) upravujících kontraktační procesy, neumožňuje subjektům participujícím na zadávacím řízení takovou míru smluvní volnosti, jako je tomu u výše zmíněného pramene soukromého práva.
45. Zásadní dokument celého zadávacího řízení představuje zadávací dokumentace, na jejímž základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zákon ukládá zadavateli povinnost vymezit prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli řádně zpracovat své nabídky. Zadávací dokumentace je tedy pro zpracování nabídek rozhodujícím podkladem, v němž zadavatel specifikuje předmět veřejné zakázky co do požadovaného druhu a množství a stanovuje v něm podmínky a požadavky na realizaci veřejné zakázky. Vzhledem k právě řečenému tudíž zadávací dokumentace musí obsahovat požadavky zadavatele a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla nejen úplná a správná, ale současně, aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná tak, aby si kterýkoliv potenciální dodavatel po přečtení zadávací dokumentace mohl učinit představu, co je předmětem veřejné zakázky a zda se daného zadávacího řízení zúčastní. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace ze strany zadavatele lze spatřovat rovněž v tom, že na jejím základě budou

dodavatelé schopni podat vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení podle předem stanovených kritérií.

46. Taktéž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010 zdůraznil, že *„zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“*
47. Výše bylo konstatováno (viz bod 44 odůvodnění tohoto rozhodnutí), že zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces, s minimem prostoru pro smluvní volnost. Právě řečené je promítnuto i do znění § 82 odst. 2 zákona, z něhož jednoznačně vyplývá, že smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem je zadavatel povinen uzavřít výlučně v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce tohoto vybraného uchazeče. Vzhledem k tomu, že zadavatel je povinen návrh smlouvy předložený vybraným uchazečem akceptovat, je zřejmé, že tento návrh smlouvy musí plně odpovídat zadávacím podmínkám. V této souvislosti považuje Úřad za nutné v návaznosti na výše citované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu zdůraznit, že zadavatelem v zadávacích podmínkách stanovené požadavky jsou závazné i pro samotného zadavatele, který je povinen je respektovat a změnit je pouze v důsledku okolností či skutečností majících objektivní příčinu, nikoliv toliko z libovůle zadavatele.
48. Úřad tudíž konstatuje, že i když je návrh smlouvy nedílnou součástí nabídky uchazeče, směřuje ustanovení § 82 odst. 2 zákona k tomu, aby byl smluvními stranami (tj. zadavatelem a vybraným uchazečem) fyzicky podepsán jiný, obsahově však vždy shodný, dokument jako ten, který vybraný uchazeč předložil v jím podané nabídce. Úřad dodává, že lze zásadně připustit jen změny týkající se některých „formálních“ náležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti stran smlouvy – neomezují je či nerozšiřují, a které se netýkají hodnotících kritérií; může se jednat např. o upravené kontaktní údaje či podobné drobné úpravy.
49. Z výše citovaného ustanovení zákona a důvodové zprávy k zákonu vyplývá, 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. Uvedené platí tehdy, jestliže by v případě existence podmínek v již původním zadání nebylo možné vyloučit, že by se předchozího zadávacího řízení zúčastnilo více uchazečů. Úřad tudíž předepisuje, že přípustnost úprav smlouvy je nezbytné vždy zkoumat případ od případu.
50. V souvislosti s otázkou možnosti změn návrhu smlouvy odkazuje Úřad taktéž na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SD EU“) ve věci C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH). V citovaném rozsudku se SD EU podrobně zabýval změnou obsahu smlouvy uzavřené na základě provedení zadávacího řízení na veřejnou

zakázku, přičemž stanovil základní pravidla, podle kterých je třeba u změny obsahu smlouvy posuzovat, zda se jedná o změnu nepodstatnou, a tedy přípustnou, nebo zda se jedná o změnu podstatnou, která přípustná není. SD EU zde mimo jiné 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“ a rovněž tehdy, „jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“

51. Specifikace podstatných změn smlouvy je upravena rovněž zákonem v ustanovení § 82 odst. 7 zákona, v němž jsou tyto podstatné změny dále rozlišovány na čtyři druhy – mj. na podstatnou změnu definovanou pod písm. a), podle níž se za podstatnou považuje taková změna, která by rozšířila předmět veřejné zakázky. Zákon 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.
52. Z obsahu dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky použil jednacím 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 (viz bod 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z obsahu dodatku č. 3 je přitom jednoznačně patrné, že jeho předmětem jsou změny smlouvy (resp. dodatečné plnění) na původní veřejnou zakázku, na kterou byla uzavřena smlouva o dílo ze dne 21. 12. 2011. Ve vztahu k plnění podle dodatku č. 3, které souvisí se „Změnovým listem č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady - úpravy“ je jednoznačně patrné, že uzavřením dodatku č. 3 jsou navyšovány požadavky 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 součástí 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“). Úřad v této souvislosti doplňuje, že zadavatel přímo v obsahu „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ uvádí, že důvodem dodatečných stavebních prací vyplývajících ze „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ bylo 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. Ve světle výše uvedeného je nutno zdůraznit, že na dané úpravy je nutno nahlížet ve smyslu faktické změny požadavku zadavatele na původní plnění. Důvodem je skutečnost, že zadavatel oproti původní veřejné zakázce požaduje některé dodávky či práce navíc, přičemž hodnota předmětných prací navíc převyšuje hodnotu méněprací, které jsou s těmito spojeny (tato skutečnost vyplývá z faktu, že jako součást dodatku č. 3 v rozsahu dodatečných prací dle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ jsou sjednány dodatečné stavební práce v hodnotě 2 570 809 Kč bez DPH a současně méněpráce v hodnotě 181 347 Kč bez DPH). Lze tedy shrnout, že dodatkem č. 3 v rozsahu dodatečného plnění dle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ bylo sjednáno další dodatečné plnění, a to v hodnotě 2 570 809 Kč bez DPH, které nebylo předmětem původní veřejné zakázky, a tedy došlo k rozšíření předmětu původní veřejné zakázky.

53. Úřad v souvislosti s argumentem zadavatele, podle něhož potřeba prací vyvstala v důsledku částečné modifikace vědeckovýzkumného programu, přičemž z technického pohledu se jednalo pouze o dílčí úpravy původně zamýšlených stavebních prací a změn týkajících se vybudování přípojky vody, elektřiny a s tím souvisejících rozvodů a atypické dopravní plošiny, uvádí, že obecně nelze v procesu zadávání připustit volnou možnost dispozice zadavatele s předmětem plnění veřejné zakázky, v důsledku níž by zadavatel po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky mohl libovolně rozšiřovat, zužovat či měnit předmět plnění, neboť v takovém případě by byl dán prostor pro nepřípustné podstatné změny smluv ve smyslu ustanovení § 82 odst. 7 zákona.
54. Jelikož Úřad v dané situaci dospěl k závěru, že uzavřením dodatku č. 3 zadavatel rozšířil předmět původní veřejné zakázky a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem na plnění původní veřejné zakázky dne 21. 12. 2011, je třeba dále zkoumat, zda se v daném případě jednalo o změnu přípustnou (odůvodnitelnou ustanovením § 23 odst. 5 písm. b) zákona či § 23 odst. 7 zákona) nebo změnu nepřípustnou specifikovanou v ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) zákona.
55. Ačkoliv zadavatel v šetřeném případě zadal předmětné plnění dle ustanovení § 23 odst. 7 zákona, Úřad pro úplnost posoudil postup zadavatele rovněž s ohledem na ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona.
56. Podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona může být veřejná zakázka na dodávky zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi, a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti dobu 5 let, kromě výjimečných okolností určených s ohledem na očekávanou provozní životnost dodávek a technické obtíže, které by mohly být změnou dodavatele způsobeny.

57. Veřejná zakázka, stejně jako původní veřejná zakázka, byla veřejnou zakázkou na stavební práce, a tudíž veřejná zakázka nemohla být zadána v jednacím řízení bez uveřejnění na základě § 23 odst. 5 písm. b) zákona, neboť podmínky citovaného ustanovení nemohly být s ohledem na povahu veřejné zakázky splněny. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že zadavatel nebyl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona.
58. Úřad se dále zabýval otázkou, zda byl zadavatel oprávněn v daném případě aplikovat § 23 odst. 7 zákona a předmětné plnění odpovídající „Změnovému listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady - úpravy“ zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad uvádí, že zákon pamatuje na situaci, kdy v průběhu plnění veřejné zakázky vyvstane potřeba realizace prací, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. „vícepráce“). Takové dodatečné práce (či množství materiálu), které nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, zákon umožňuje zadat na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, avšak zákonodárce pro takový postup stanovil povinnost kumulativního splnění podmínek definovaných v posledně citovaném ustanovení. Je tedy nutno upozornit, že nelze svévolně měnit předmět plnění původní veřejné zakázky (přestože byla zadána v transparentním druhu zadávacího řízení) a korigovat vysoutěžené plnění formou sjednání víceprací.
59. V daném případě se jedná o dodatečné práce k původní veřejné zakázce spočívající v úpravě stavební části SO III 314, resp. 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 a realizace stavební připravenosti pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy, přičemž součástí stavební připravenosti pro montáž plošiny je jištěný přívod elektro a doplnění rozvodů elektro a vody po pěstební zahradě. Z jednání zadavatele v průběhu plnění původní veřejné zakázky a na ni navazujících dodatečných prací a rovněž z obsahu dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 (viz bod 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že postup, který zadavatel aplikoval, představuje jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, což ostatně i zadavatel výslovně uvedl v dodatku č. 3 k původní smlouvě o dílo a uveřejnil dne 27. 9. 2013 v oznámení o zadání zakázky ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 368094 a dne 1. 10. 2013 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2013/S 190-327467. V daném případě je však nutno posoudit, zda takový postup zadání dodatečných stavebních prací (tj. zadání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona) byl učiněn v souladu se zákonem.
60. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že jednacím řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Použití jednacím řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek, neboť se jedná o výjimečný způsob zadání, kdy se zadavatel může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, a to pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona (jednou z podmínek užití jednacím řízení bez uveřejnění dle výše citovaného § 23 odst. 7 písm. a) zákona je, že dodatečné stavební práce nebo služby byly nezbytné pro provedení (dokončení) původních stavebních prací). Úřad dodává, že zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacím řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje

s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž vstupuje subjekt do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců. Ze všech druhů zadávacích řízení tak jednací řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i komunitární legislativy přísně omezeny podmínky pro jeho použití.

61. Úřad k dané problematice opětovně uvádí, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat skutečnost, že je třeba realizovat práce, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky. Takové práce nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění, tedy novou veřejnou zakázku, byť s původní veřejnou zakázkou bezprostředně souvisí. Taková veřejná zakázka musí být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení. Pokud to zákon připouští, může zadavatel nový předmět plnění veřejné zakázky (vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou zakázku, na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, přičemž zpravidla jsou vícepráce sjednány formou dodatku k původní smlouvě.
62. V případě užití zadávacího řízení dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona je nutno konstatovat, že zadavatel je oprávněn využít tento druh zadávacího řízení za kumulativního splnění těchto podmínek, které musí být propojeny příčinnou souvislostí:
 - a. jde o dodatečné stavební práce nebo služby,
 - b. stavební práce nebo služby nebyly zahrnuty v zadávacích podmínkách předchozí veřejné zakázky,
 - c. jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností,
 - d. dodatečné stavební práce nebo služby jsou nezbytné pro provedení (dokončení) stavebních prací nebo pro poskytnutí (dokončení poskytování) původních služeb,
 - e. veřejná zakázka je zadána původnímu dodavateli,
 - f. existuje objektivní technická nebo ekonomická neoddělitelnost stavebních prací nebo služeb od původní veřejné zakázky nebo nezbytnost pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky,
 - g. jde-li o veřejného zadavatele, nesmí cena, kterou má veřejný zadavatel uhradit za dodatečné stavební práce či za dodatečné služby (nikoliv tedy předpokládaná hodnota), překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky.
63. K šetřenému případu Úřad uvádí, že zadavatel zadal v otevřeném řízení původní veřejnou zakázku na stavební práce, jejímž předmětem byla mj. stavební část SO III 314, a na jejíž plnění byla uzavřena smlouva o dílo ze dne 21. 12. 2011. Úřad v této souvislosti upozorňuje, že tato původní veřejná zakázka není předmětem přezkumu v rámci tohoto správního řízení.
64. Následně zadavatel zadal v jednacím řízení bez uveřejnění veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce vyplývající z dodatku č. 3 ze dne 11. 9. 2013 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011. Součástí uvedených dodatečných stavebních prací byly mj. vícepráce týkající se stavební části SO III 314 (vyplývající ze „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“).

65. Ve vztahu k naplnění podmínek užití jednacím řízení bez uveřejnění Úřad konstatuje, že zadavatel v případě, že využije jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, musí být vždy schopen prokázat, že objektivně došlo k současnému naplnění všech zákonem stanovených podmínek. Úřad se tedy zabýval otázkou, zda byly v přezkoumávaném případě kumulativně naplněny zákonem vyžadované předpoklady pro možnost využití postupu dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a to především, zda dodatečné stavební práce spočívající 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, realizaci stavební připravenosti pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy s kotevními sloupky, dodávce a montáží atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny a doplnění rozvodů elektro a rozvodů vody po pěstební zahradě, byly nezbytné pro provedení (dokončení) původních stavebních prací.
66. Úřad konstatuje, že z tvrzení zadavatele vyplývá, že v době zadávání původní veřejné zakázky (rok 2011) neměl zadavatel povědomí o tom, že v budoucnu dojde k rozšíření výzkumného programu pěstebních zahrad o výzkum vodních rostlin, a že bude zajišťována dodávka a osazení cca 100 kusů kádí pro pěstování vodních rostlin. Z uvedeného důvodu nebylo s touto skutečností v projektové dokumentaci k původní veřejné zakázce počítáno. Úřad podotýká, že stavební část SO III 314 byla podle projektové dokumentace k původní veřejné zakázce navržena jako plnohodnotný funkční stavební celek, a to i přes skutečnost, že nezajišťovala prostor pro cca 100 kusů kádí určených pro pěstování vodních rostlin. Skutečnost, že nerealizováním změn, které jsou předmětem „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ by došlo k nemožnosti umístit kádě pro pěstování vodních rostlin, však podle názoru Úřadu nemění nic na tom, že stavební část SO III 314 by byla i bez změn projektové dokumentace k původní veřejné zakázce i nadále funkčně plnohodnotným stavebním celkem a nic by nebránilo jejímu dokončení v souladu s projektovou dokumentací původní veřejné zakázky. Z výše uvedeného vyplývá, že změny obsažené v „Změnovém listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ nijak neovlivnily možnost dokončení stavebního díla v souladu s projektovou dokumentací původní veřejné zakázky.
67. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že sjednané dodatečné stavební práce v rozsahu „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ související s posunutím a doplněním opěrných zdí, včetně úprav oplocení a zábradlí, doplněním brány do oplocení a rozšířením zpevněné plochy ze zámkové dlažby a vegetačních dlaždic, přemístěním zahradního domku a schodiště, realizaci stavební připravenosti pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy s kotevními sloupky, dodávkou a montáží atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny, doplněním rozvodů elektro a rozvodů vody po pěstební zahradě, nelze považovat za nezbytné k provedení původních stavebních prací, neboť v případě, kdy by zadavatel nesjednal „Změnový list č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ a nerealizoval navržené změny, bylo možné realizovat stavební práce v původním rozsahu a tyto práce dokončit. Úřad shrnuje, že v šetřeném případě zadavatel uzavřel dodatek č. 3 ze dne 11. 9. 2013 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011, jehož předmětem jsou výše specifikované práce, v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona v rozporu se zákonem, neboť nebyly současně splněny všechny zákonem stanovené podmínky pro tento druh

zadávacího řízení, když sjednané dodatečné stavební práce vedoucí k zajištění zázemí pro pěstování vodních rostlin nebyly nezbytné pro provedení původních stavebních prací.

68. Pro úplnost Úřad dodává, že ačkoli s účinností od 6. 3. 2015 nabyla účinnosti novela zákona, která upravuje znění § 23 odst. 7 písm. a) zákona ve znění účinném do 5. 3. 2015, je zřejmé, že v původním i novelizovaném znění citovaného ustanovení je zakotvena kumulativní podmínka použití jednacích řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení spočívající v požadavku, aby se jednalo o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb. S ohledem na článek II novely zákona posuzuje Úřad obecně proces zadávání veřejných zakázek, včetně práv a povinností s ním souvisejících, podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení. Jestliže však Úřad rozhoduje o správním deliktu již za účinnosti pozdějšího zákona, resp. novelizovaného ustanovení, měl by aplikovat vždy při svém posouzení čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“), tzn., měl by se vypořádat s otázkou, které znění zákona je pro účastníka („pachatele“) příznivější. Jelikož původní i novelizované znění ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona obsahuje shodnou podmínku (viz výše) použití jednacích řízení bez uveřejnění (daná podmínka nebyla ze zákona vypuštěna), není novelizovaná právní úprava pro zadavatele příznivější a není proto důvodu aplikovat článek 40 odst. 6 Listiny.
69. K argumentu zadavatele, že důvodem pro zadání víceprací spojených s posunutím a doplněním opěrných zdí, včetně úprav oplocení a zábradlí, doplněním brány do oplocení a rozšířením zpevněné plochy ze zámkové dlažby a vegetačních dlaždic, přemístěním zahradního domku a schodiště, realizací stavební připravenosti pro montáž atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny pro kotvení pojezdové dráhy s kotevními sloupky, dodávkou a montáží atypické venkovní nákladní schodišťové plošiny, doplněním rozvodů elektro a rozvodů vody po pěšební zahradě v rámci jednacích řízení bez uveřejnění byla snaha o zamezení technickým komplikacím vážícím se k provázanosti dodatečných stavebních prací s původními stavebními pracemi a o realizaci co nejefektivnějšího postupu za současného zachování záruk za již provedené stavební práce, Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011 ze dne 1. 11. 2012. Krajský soud se zde mimo jiné zabýval otázkou administrativní zátěže, která zadavateli vzniká v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, a konstatoval, že *„i kdyby zadavatele k jeho postupu vedly na první pohled dobře hájitelné důvody, ať už spojené s jeho nedostatkem zkušeností s poptáváním příslušného plnění nebo s administrativní výhodností poptávat plnění jako celek anebo s potřebou eliminovat smluvní (obchodní) rizika spojená s realizací jednotlivých plnění větším počtem dodavatelů, neznamená to, že by takový postup nemohl vykazovat prvky skryté diskriminace ve vztahu k jiným dodavatelům než k tomu, který podle žalobce jako jediný mohl předmět veřejné zakázky sám splnit“*. Jinými slovy, ani snaha zadavatele o ekonomickou výhodnost nemůže být důvodem pro zadání předmětných víceprací v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro jeho použití. V souvislosti s tvrzením zadavatele o možném nevhodném vynakládání veřejných prostředků Úřad dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 – 131 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém je mimo jiného uvedeno, že: *„Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacích řízení bez uveřejnění zákonem striktně*

stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“

70. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že v situaci, kdy zadavatel rozšířil předmět původní veřejné zakázky a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem na plnění původní veřejné zakázky dne 21. 12. 2011, nebyl oprávněn předmětné plnění dle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ zadat v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 7 zákona. S ohledem na tyto závěry bylo prokázáno, že zadavatel uzavřením dodatku č. 3 v rozsahu dodatečného plnění dle „Změnového listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ učinil nepřipustnou podstatnou změnu smlouvy specifikovanou v ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) zákona.
71. Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. a) zákona, když dne 11. 9. 2013 uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě ze dne 21. 12. 2011 s vybraným uchazečem na plnění veřejné zakázky rozšířil předmět původní 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. Tento postup zadavatele přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel tuto podstatnou změnu neumožnil skrze postup v jednacím řízení bez uveřejnění a zadal plnění specifikované ve „Změnovém listu č. 07 – ZL07_pěstební a výukové zahrady – úpravy“ v odpovídajícím druhu zadávacího řízení, podali by nabídky i další uchazeči, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky pro zadavatele, a v důsledku toho mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů.
72. S ohledem na tyto skutečnosti rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

IV. K ULOŽENÍ POKUTY

73. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu přistoupil k uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí následující.
74. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
75. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 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 na plnění veřejné zakázky rozšířil předmět původní 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.

76. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění zákona do 5. 3. 2015) odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažádal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
77. Podle § 121 odst. 3 zákona (účinného od 6. 3. 2015) odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažádal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
78. V návaznosti na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod Úřad konstatuje, že v případě správního trestání je nutné zohlednit příznivější právní úpravu pro zadavatele. Z tohoto důvodu Úřad vycházel při posuzování odpovědnosti zadavatele za správní delikt z ustanovení zákona ve znění zákona č. 40/2015 Sb., tedy z právní úpravy pro pachatele příznivější.
79. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který Úřad obdržel dne 23. 3. 2015, přičemž správní řízení sp. zn. S0584/2015/VZ bylo zahájeno dne 10. 9. 2015. Ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona došlo dnem uzavření dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 na plnění veřejné zakázky, tj. dne 11. 9. 2013. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
80. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
81. Při spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona lze zadavateli v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Jak vyplývá z dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 21. 12. 2011 uzavřeného s vybraným uchazečem dne 11. 9. 2013 (viz bod 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí), cena veřejné zakázky, při jejímž zadávání se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí částku 2 891 249 Kč včetně DPH. Vzhledem k tomu, že cenu veřejné zakázky lze zjistit, může být zadavateli za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložena pokuta do 10 % ceny zakázky, což v předmětném případě po zaokrouhlení činí částku ve výši 289 125 Kč.
82. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
83. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná a nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. Ve stejném rozsudku je dále uvedeno, že „*úvaha Úřadu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.*“

84. Požadavky na odůvodnění výše pokuty byly rovněž uvedeny v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 51/2007-68 ze dne 27. 3. 2008, kde soud konstatoval, že *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu.“*
85. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení § 121 odst. 2 zákona rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnost, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu Úřad zohlednil následující skutečnosti.
86. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Rozšíření předmětu původní veřejné zakázky při uzavření dodatku č. 3 s vybraným uchazečem v rozporu s obsahem smlouvy o dílo ze dne 21. 12. 2011 vedlo k tomu, že zadavatel podstatně omezil soutěž potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, a tím nezajistil dostatečné nediskriminační prostředí, které má být zárukou co nejehospodárnějšího vynakládání finančních prostředků. Vzhledem k tomu, že zadavatel nepřípustně změnil smlouvu na původní veřejnou zakázku a použil pro zadání veřejné zakázky na dodatečné plnění, na které uzavřel dodatek č. 3, jednací řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, způsobil, že dané plnění mohl realizovat pouze jediný oslovený dodavatel. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele bylo podstatným způsobem narušeno konkurenční prostředí.
87. Ve prospěch zadavatele přihlédl Úřad i ke skutečnosti, že z vyjádření zadavatele vyplývá, že byl veden snahou o zdokonalení výzkumného programu a vyhovění požadavku aktuálních trendů ve výzkumné činnosti.
88. Úřad zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.
89. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě měl spáchaný správní delikt za následek, že vybraný uchazeč nebyl při zadávání veřejné zakázky vystaven takové konkurenci, jako kdyby zadavatel potřebné plnění požadoval samostatně. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nelze přitom vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být pro zadavatele ekonomicky výhodnější, čímž by došlo k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů či k lepšímu naplnění potřeb zadavatele v závislosti na zvolených dílčích hodnotících kritériích. Úřad v této souvislosti dodává, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo.

90. Při stanovení konkrétní výše sankce Úřad rovněž zohlednil dobu, která uplynula mezi spácháním správního deliktu a samotným potrestáním zadavatele za spáchání tohoto správního deliktu. V této souvislosti Úřad poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud uvedl, že: „(...) *hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejností a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložení konkrétní sankce dosaženo.*“
91. V šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu dne 11. 9. 2013, kdy zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 10. 9. 2015. V souvislosti s výše uvedeným Úřad zohlednil ve prospěch zadavatele časový rozestup mezi spácháním správního deliktu a okamžikem jeho potrestání, tedy cca dva roky, jako okolnost svědčící ve prospěch snížení ukládané pokuty.
92. Při určení výše pokuty Úřad vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z výroční zprávy zadavatele o hospodaření za rok 2014 (dostupné na http://www.muni.cz/media/docs/1100/MU_VZoH_2014.pdf) mimo jiného vyplývá, že celkový výsledek hospodaření zadavatele byl kladný a dosáhl výše 79 205 tis. Kč. S ohledem na uvedenou skutečnost nelze považovat uloženou pokutu za likvidační, popř. v tomto smyslu nespravedlivou.
93. V této souvislosti Úřad dále poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově

materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinak.

94. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty dospěl k závěru, že výše pokuty v hodnotě 30 000 Kč (tj. při samé spodní hranici zákonné sazby), jakkoliv se může jevit jako relativně nízká v poměru k maximálně možné výši pokuty, kterou by Úřad mohl uložit, naplňuje vzhledem k okolnostem případu obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti.
95. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.
96. Vzhledem k tomu, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky porušil zákon, rozhodl Úřad tak, jak vyplývá z výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout jinak.
97. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí 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 má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

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