



UOHSX008NUVI

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0103/2016/VZ-48932/2016/322/DJa

Brno 15. prosince 2016

V řízení o rozkladu ze dne 29. 3. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Městský bytový podnik Karolinka, příspěvková organizace**, IČO 70947066, se sídlem Kortiše 633, 756 05 Karolinka

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0078/2016/VZ-10205/2016/533/LMa ze dne 14. 3. 2016 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů při uzavření dodatku č. 2 ze dne 29. 10. 2014 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem – TM stav, spol. s.r.o., IČO 48399477, se sídlem Jasenice čp. 729, 755 01 Vsetín, na plnění veřejné zakázky s názvem „**Revitalizace části města Karolinka**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 5. 2014 pod ev. č. 483234,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0078/2016/VZ-10205/2016/533/LMa ze dne 14. 3. 2016

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, příslušný k dohledu nad dodržováním zákona, obdržel podnět k prošetření postupu zadavatele – Městského bytového podniku Karolinka, příspěvkové organizace, IČO 70947066, se sídlem Kortiše 633, 756 05 Karolinka (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky s názvem „Revitalizace části města Karolinka“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 5. 2014 pod ev. č. 483234 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena v částce 11 700 000,- Kč bez DPH, byly dle oznámení o veřejné zakázce stavební práce a související dodávky v rozsahu stanoveném v zadávacích podmínkách. V bodě II.1.5) oznámení o veřejné zakázce zadavatel definoval předmět plnění veřejné zakázky jako „*komplexní revitalizace veřejného prostranství nedaleko centra města Karolinka, které plní funkci centra volného času pro občany města. V rámci revitalizace dojde k rekonstrukci chodníků a zpevněných ploch na východní straně areálu fotbalového hřiště, vybudování chodníku kolem jižní a západní strany fotbalového hřiště. U vstupu do areálu bude vybudováno parkoviště. Podél chodníku na východní straně bude revitalizována zeleň, na které bude umístěn herní a fitness mobiliář pro děti i dospělé. Vybudováno bude kryté pódium se zpevněnou plochou*“
3. Dne 13. 8. 2014 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem – TM stav, spol. s r.o., IČO 48399477, se sídlem Jasenice čp. 729, 755 01 Vsetín (dále jen „**vybraný uchazeč**“) smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky (dále jen „**smlouva o dílo**“).
4. Dne 29. 10. 2014 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo (dále jen „**dodatek č. 2**“).

---

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

5. Dne 15. 2. 2016 zahájil Úřad toto správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť Úřad získal pochybnost, zda zadavatel při uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo, postupoval v souladu s § 82 odst. 7 zákona, tj. zda zadavatel neumožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 14. 3. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0078/2016/VZ-10205/2016/533/LMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavírání dodatku č. 2 ze dne 29. 10. 2014 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem na plnění veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. b) zákona, neboť uzavřením dodatku č. 2 umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, když původní ustanovení uvedené ve smlouvě o dílo ve znění:

*„a) k datu 15. 10. 2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 50 % ceny díla (+DPH) a na min. tuto částku vystaven daňový doklad“,*

uzavřením dodatku č. 2 nahradil textem:

*b) k datu 31. 10. 2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 2 500 000, 00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad*

*b) k datu 31. 10. 2015 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 3 000 000, 00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad; k datu 31. 5. 2015 tedy budou provedeny a vyfakturovány stavební práce, dodávky a služby v souhrnné výši in. 5 500 000, 00 Kč bez DPH“,*

čímž podstatným způsobem změnil požadavek na dílčí termín a rozsah provedení částí plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 15 000 Kč.

## III. Rozklad zadavatele

9. Dne 15. 3. 2016 bylo napadené rozhodnutí doručeno zadavateli. Dne 29. 3. 2016 byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“).

### Námítky rozkladu

10. V rozkladu zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že se v případě změny pouhého dílčího termínu a rozsahu provedení částí plnění při zachování sjednané doby plnění a sjednané ceny díla v plném rozsahu jedná o podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů. Zadavatel je toho názoru, že přestože je zadávací řízení vysoce formalizovaným procesem, nelze každou změnu termínu plnění a priori považovat za podstatnou změnu

smlouvy a zdůrazňuje individualitu jednotlivých případů, resp. při posuzování změn termínu je nutno vždy přihlédnout ke konkrétním okolnostem.

11. Dále zadavatel v rozkladu uvádí, že v daném případě došlo k úpravě dílčího termínu plnění a dílčího rozsahu plnění v důsledku objektivních skutečností. V průběhu provádění díla bylo zjištěno, že informace o vedení inženýrských sítí, které zadavatel obdržel jako podklad pro zpracování projektové dokumentace veřejné zakázky osahovaly nepřesné údaje, zejména ohledně vedení přípojek. Z tohoto důvodu bylo nutno provést nové zaměření skutečné polohy inženýrských sítí, zpracovat změnu trasy kanalizace a komunikace včetně výškového řešení a provést úpravu projektové dokumentace včetně zpracování nových výkresů. V této souvislosti zadavatel zdůrazňuje, že při specifikaci zadávacích podmínek vycházel ze skutečností, jež byly známy v době realizace zadávacího řízení na veřejnou zakázku, tedy výše uvedené skutečnosti nebylo možné zjistit dříve.
12. Zadavatel rovněž sděluje, že v důsledku nepříznivých klimatických podmínek došlo na podzim 2014 několikrát k přerušení prací na díle, neboť velmi silné deště extrémně podmáčely terén, který nebylo možno odvodnit, a provádění zemních prací v prostorách amfiteátru musely být několikrát dočasně zastaveny. Zadavatel uvádí, že dalším důvodem pro změnu dílčího termínu plnění a dílčího rozsahu prací bylo vyjádření dodavateléské firmy dřevěných konstrukcí stavby, ve kterém doporučila použití dřeva ze zimní těžby. Zadavatel z důvodu co možná nejkvalitnějšího způsobu realizace díla na doporučení přistoupil a přesunul termín realizace oplocení až na dobu, kdy je možno použít dřevo ze zimní těžby.
13. Zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že by provedené úpravy dílčího termínu realizace a dílčího rozsahu plnění při zachování sjednané doby díla mohly (byť teoreticky) vést k rozšíření možného okruhu potenciálních dodavatelů. Zadavatel zastává názor opačný, jelikož v posuzovaném případě se jednalo o snížení dílčího finančního limitu prostavěnosti a většina ceny díla tak měla být uhrazena až v závěru realizace díla. Zadavatel má za to, že dodavatelé by se spíše rozhodli neúčastnit se takto financované veřejné zakázky, neboť náklady díla leží po většinu doby realizace veřejné zakázky na bedrech dodavatele. Dále zadavatel tvrdí, že způsob financování díla po změnách provedených dodatkem č. 2 byl v neprospěch vybraného uchazeče.
14. Zadavatel v rozkladu nad rámec uvádí, že při realizaci zadávacího řízení je vázán ustanoveními zákona, ale zároveň musí přihlížet k podmínkám poskytovatele dotace, což je někdy obtížné, vzájemně tyto podmínky skloubit. Zadavatel v rozkladu poukazuje na skutečnost, že veškeré změny v průběhu realizace díla byly s poskytovatelem dotace vždy řádně projednány a dále na skutečnost, že poskytovatel dotace pokračoval ve vyplácení dotace bez jakéhokoliv upozornění na možný nesprávný postup a případné krácení dotace. Z toho důvodu byl zadavatel přesvědčen o správnosti svého postupu, neboť v případě nejasností se obrátil na poskytovatele dotace a případné změny s ním řádně projednal.

#### **Závěr rozkladu**

15. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu po posouzení všech výše uvedených skutečností v jejich vzájemné souvislosti napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

##### **Stanovisko předsedy Úřadu**

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu.

#### **V. K námitkám rozkladu**

19. Podle § 89 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu předseda Úřadu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, přičemž správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.

##### *K podstatné změně původní smlouvy o dílo*

20. Podle § 82 odst. 7 písm. b) zákona nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.
21. Proces stanovení smluvních podmínek a výběr smluvního partnera, jakožto kontraktační proces sui generis, je v oblasti veřejných zakázek podrobně regulován. Princip vázanosti zadávacími podmínkami se projeví i ve fázi realizace veřejné zakázky. Obchodní a zadávací podmínky jsou pro dodavatele a zadavatele závazné po celý průběh zadávacího řízení i po jeho skončení. Tyto podmínky sjednané v rámci zadávacího řízení nelze v průběhu realizace veřejné zakázky libovolně měnit. Zadavatel nedisponuje takou volností při modifikaci smluv či dodatků ke smlouvě, neboť každá významná smluvní změna předmětu veřejné zakázky zadávané v režimu zákona neuzavřená postupem podle tohoto zákona je porušením základních zásad dle § 6 a zákazu dle § 82 odst. 7 zákona. Přestože dodatky ke smlouvě již ze své podstaty časově spadají do období po uzavření původní smlouvy, je třeba na dodatky nahlížet jako na nedílnou součást smlouvy, neboť jednotlivá ustanovení smlouvy je nezbytné vykládat ve znění následně uzavřených dodatků. Rovněž platí, že dodatky zpravidla samy o sobě neobstojí, tzn., že nejsou způsobilé (bez znění původní smlouvy) a založit práva a povinnosti osob. Z tohoto důvodu mám za to, že zákaz stanovený v § 82 odst. 7 zákona dopadá na všechny následně uzavírané dodatky ke smlouvě uzavřené v zadávacím řízení.

22. Citované ustanovení zákona vymezuje hranice změny smlouvy (zda se jedná o podstatnou či nepodstatnou změnu smlouvy) tak, aby nedošlo k obcházení smyslu zákona a zejména férovému prvku hospodářské soutěže mezi dodavateli. Jelikož je zadavatel toho názoru, že každou změnu termínu plnění veřejné zakázky nelze a priori považovat za podstatnou změnu smlouvy, je třeba posoudit otázku, zda právě uvedenou změnou (tzn. posunutím dílčího termínu pro realizaci části díla) zadavatel nezpůsobil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy.
23. Kritéria pro rozlišování podstatných a nepodstatných změn dle výkladu rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH) sestávají ze základního pravidla a tří modelových případů. Podle základního pravidla (generální klauzule) je třeba považovat za podstatné takové změny, které mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka a v důsledku prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky. Změna tedy musí mít určitou intenzitu, musí směřovat do základních podmínek, přičemž 4 takovými typovými případy (skutkovými podstatami) jsou změny, které by umožnily účast jiných dodavatelů nebo by ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky či by znamenaly rozšíření předmětu veřejné zakázky aneb by znamenaly změnu ekonomické rovnováhy smlouvy.
24. Ve výše uvedeném rozsudku SDEU 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.“*
25. S ohledem na výše uvedené uvádím, že pokud zadavatel v zadávacích podmínkách stanoví dílčí termín pro realizaci části předmětu veřejné zakázky (i když termín plnění předmětu veřejné zakázky nebyl hodnotícím kritériem), je tímto termínem vázán a je povinen ho respektovat. Uzavřením dodatku č. 2 došlo k prodloužení původně určeného dílčího termínu v zadávací dokumentaci na pozdější datum a současně došlo ke snížení hodnoty některých stavebních prací, jež měly být k tomuto pozdějšímu datu provedeny. Mám za to, že tato změna původní smlouvy dosahuje takové intenzity, že zasahuje do základních podmínek zadávacího řízení a představuje jednoznačně podstatnou změnu podmínek, která mohla ovlivnit průběh samotného zadávacího řízení, neboť nelze vyloučit, že by tato změna v případě jejího uplatnění již v původním zadávacím řízení vedla k účasti i jiných potenciálních dodavatelů předmětu veřejné zakázky, přičemž v takovém případě mohla být vybrána výhodnější nabídka, než nabídka vybraného uchazeče. Jinými slovy řečeno, pokud by zadavatel dílčí termín pro provedení díla prodloužil např. dodatečnými informacemi, pak nelze vyloučit možnost, že by se popsané prodloužení pozitivně projevilo na počtu podaných nabídek.
26. Na podporu těchto závěrů odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015, ve kterém se vyjádřil k posuzování podstatných a nepodstatných změn smlouvy tak, že *„Aplikační praxe přitom vycházela z funkčního pohledu na povinnost souladu smlouvy s výsledky zadávacího řízení, která se nevyčerpává pouhým uzavřením smlouvy, ale musí být splněna po celou dobu plnění veřejné zakázky. To znamená,*

*že podmínky sjednané v rámci zadávacího řízení nelze v průběhu realizace veřejné zakázky zadavatelem libovolně a svévolně měnit. Přípuštěny byly, resp. jsou pouze takové změny, které jsou nepodstatné, jen ty je možné provést bez ukončení smlouvy a provedení nového zadávacího řízení. Kritéria pro rozlišování podstatných a nepodstatných změn smlouvy na plnění veřejné zakázky se dovozovala z judikatury Soudního dvora EU, přičemž jako klíčové lze zmínit zejména rozsudky ve věcech: C-337/98 Evropská komise proti Francii, C-496/99 P Evropská komise proti CAS Succhi di Frutta SpA, a zejména C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku, APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung.“*

27. Vzhledem k tomu, co již bylo řečeno ve vztahu k přípustnosti změny smlouvy, jsem toho názoru, že Úřad správně učinil závěr o tom, že v posuzovaném případě se uzavřením dodatku č. 2 jednalo o podstatnou změnu smlouvy, neboť zadavatel změnou dílčího termínu a rozsahu provedení díla dodatkem č. 2 provedl takové změny v podmínkách původního zadávacího řízení, které fakticky nerespektovaly výsledek zadávacího řízení, neboť zasahovaly do původních podmínek zadávacího řízení, za nichž se nabídka uchazeče, s níž byla smlouva uzavřena, stala vítěznou. Proto považuji námitku zadavatele, že se nejednalo o podstatnou změnu smlouvy za neopodstatněnou, neboť i změna dílčího termínu a změna rozsahu provedených částí plnění při zachování sjednané doby plnění a sjednané ceny díla může ovlivnit okruh potenciálních uchazečů, resp. ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel totiž uzavřel dodatek č. 2 s vybraným uchazečem, který podstatně mění obsah smlouvy o dílo, neboť podle následně uzavřeného dodatku č. 2 byl dílčí termín provedení stejných stavebních prací, dodávek a služeb změněn na pozdější datum. Zadavatel současně také podstatně snížil rozsah stavebních prací, služeb a dodávek, které měly být v původně stanoveném termínu hotovy, a to o 2 255 181 Kč, tedy původní požadavek zadavatele na 50 % prostavěnost byl snížen cca na 26 % prostavěnost. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel modifikoval dílčí termín a rozsah realizace výlučně inter partes, tedy ve vztahu k vybranému uchazeči, a tím mohl znemožnit účast v zadávacím řízení jiným potenciálním dodavatelům, kteří mohli původně stanovený termín a rozsah realizace díla považovat, např. vzhledem k jejich kapacitám, za termín nevyhovující, či dokonce za termín nereálný, a proto již a priori vzdali svou účast v zadávacím řízení.
28. K námitce zadavatele, že změny provedené dodatkem č. 2 ve skutečnosti byly v neprospěch vybraného uchazeče, uvádím, že dodatek č. 2, kterým byla smlouva o dílo změněna pouze posunutím dílčího termínu veřejné zakázky za současného snížení rozsahu stavebních prací, dodávek a služeb, které mají být k tomuto dílčímu termínu provedeny, dochází ke zmírnění smluvních podmínek v porovnání s původním návrhem smlouvy o dílo v zadávací dokumentaci. V zadávací dokumentaci zadavatel jasně stanovil požadavek na dílčí termín plnění veřejné zakázky (tj. provedení stavebních prací, dodávek a služeb k datu 15. 10. 2014) a to navíc ve značném rozsahu vyjádřeném finanční hodnotou předmětných stavebních prací (50 % ceny díla včetně DPH). Za této situace byl vybraný uchazeč uzavřením dodatku č. 2 zvýhodněn oproti jiným uchazečům, kteří taktéž mohli mít zájem na získání veřejné zakázky, neboť jiní potenciální dodavatelé mohli mít na základě znění zadávací dokumentace pochybnost, zda by byly schopni původní termín v ujednané smlouvě na veřejnou zakázku splnit. Tuto námitku zadavatele proto považuji za nedůvodnou.

29. Pokud jde o tvrzení zadavatele, že veškeré změny v průběhu realizace díla byly s poskytovatelem dotace vždy řádně projednány a jelikož poskytovatel dotace neupozornil na možný nesprávný postup a ani nezkrátil dotaci, zadavatel byl přesvědčen o správnosti svého postupu, uvádím, že odpovědnost za průběh zadávacího řízení nese zadavatel. Zadavatel je tudíž povinen již před zahájením zadávacího řízení mimo jiné i dílčí termíny realizace veřejné zakázky stanovit tak, aby tyto následně odpovídaly reálným možnostem. Je to zadavatel, kdo nese plnou odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace a skutečnost, že realizaci zadávacího řízení nebo jeho části projednává s poskytovatelem dotace, nemůže zadavatele z jeho objektivní odpovědnosti liberovat. S ohledem na výše uvedené je tedy toto tvrzení zadavatele námitkou, která nesměruje proti správnosti napadeného rozhodnutí nebo řízení, jež jeho vydání přecházelo.
30. Jelikož zadavatel nese odpovědnost za přípravu zadávací dokumentace, nemůže obstat ani námitka, že k úpravě dílčího termínu plnění a dílčího rozsahu plnění došlo v důsledku ryze objektivních skutečností. Tyto zadavatelem uváděné objektivní skutečnosti (nepřesně zpracované podklady pro vedení inženýrských sítí a požadavek projektanta na použití modřínového dřeva ze zimní těžby) měl zadavatel předvídat a o jejich existenci měl mít při vynaložení veškeré odborné péče povědomí. Jejich neznalost či nepromítnutí do zadávací dokumentace k původní veřejné zakázce z nich nečiní okolnosti nové a tato neznalost či nepromítnutí do zadávací dokumentace musí jít k zadavateli na tíži. Zadavatel si tyto podmínky mohl formulovat již v zadávací dokumentaci. Z toho důvodu nepovažuji tyto skutečnosti objektivně nepředvídatelnými a tuto námitku rozkladu za odůvodněnou.

*K naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu*

31. Podle § 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.
32. 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.
33. 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 § 82 odst. 7 zákona, je závěrem správným. To znamená, že zadavatel svým jednáním naplnil první ze znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť porušil postup stanovený zákonem.
34. 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 zákonném 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 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.

35. K tomu doplňuji, že správní delikt je dle uvedeného ustanovení spáchán též v případě, kdy potenciálně škodlivý následek předvídaný právní normou (možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) i „jen“ hrozí a fakticky ani nastat nemusí. Tyto závěry Krajského soudu v Brně byly následně potvrzeny rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013, když Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že *„je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“*.
36. Pokud se týká naplnění posledního znaku skutkové podstaty správního deliktu podle § 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 č. 2 je postupem při uzavření smlouvy.
37. Z výše uvedeného vyplývá, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí i eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což je případ napadeného rozhodnutí. Úřad při šetření veřejné zakázky přihlédl ke konkrétním okolnostem případu a v bodě 45. až 49 napadeného rozhodnutí posoudil skutečnosti, které vedly k časové změně v dílčím termínu plnění veřejné zakázky. K tomu uvádím, že tyto skutečnosti nemohou ospravedlnit postup zadavatele, který uzavřením dodatku č. 2 jednal v rozporu s § 82 odst. 7 písm. b) zákona. Zadavatel totiž fakticky umožnil vybranému uchazeči poskytovat plnění za mírnějších podmínek, což v konečném důsledku mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Takový postup je přitom s ohledem na právní úpravu zadávání veřejných zakázek nepřipustný.

#### *K uložení pokuty*

38. K výroku II. napadeného rozhodnutí uvádím, že přestože zadavatel nenamítal ničeho o výši uložené pokuty, přezkoumal jsem podle § 89 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu soulad výroku II. napadeného rozhodnutí s právními předpisy a shledal jsem jej zákonným. Z bodů 62. až 67. odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad při určení výše pokuty přihlédl v souladu s § 121 odst. 2 zákona k závažnosti spáchaných správních deliktů, zejména ke způsobu jejich spáchání a jejich následkům a rovněž i k okolnostem, za nichž byly spáchány. Úřad při stanovení výše pokuty jako polehčující okolnost zohlednil i skutečnost, že dodatkem č. 2 nebyla odsunuta realizace celého předmětu plnění veřejné zakázky, nýbrž pouze jeho některých dílčích částí. Dále vzal Úřad

v úvahu v pozitivním smyslu tu skutečnost, že uzavřením dodatku č. 2 nedošlo ke změně celkové ceny díla.

39. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně zhodnotil způsob spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a rovněž i okolnosti, za nichž byl tento delikt spáchán. Úřad stanovil výši pokuty tak, aby byly naplněny obě její funkce, tedy funkce represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. vede k jednání, které je v souladu se zákonem. S ohledem na uvedené skutečnosti považuji postup Úřadu při určení výměry pokuty za správný a zákonný, neboť Úřad postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona i se zásadami správního trestání.
40. V souvislosti s určení výměry pokuty poukazují na nálezy Ústavního soudu Pl. ÚS 3/2002 z dne 13. 8. 2002. Podle výkladu uvedeného nálezu je při ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku podnikatele, v důsledku kterého by byla zničena majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ústavní soud se v nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002 zabýval ukládáním pokut právními a fyzickými osobám podnikajícími. Z výkazu zisku a ztrát za rok 2015 vyplývá, že hospodářsky výsledek z podnikatelské činnosti činil ve výši 631 594, 20 Kč, tedy zadavatel dosáhl v roce 2015 kladného výsledku hospodaření běžného období, se kterým v roce 2016 hospodaří. V důsledku toho nemůže mít výše uložené pokuty likvidační charakter ve vztahu k podnikatelské činnosti ve smyslu nálezu Pl. ÚS 3/2002 ze dne 13. 8. 2002, potažmo ani k majetkové podstatě zadavatele.
41. V neposlední řadě poukazují i na fakt, že horní hranice možné pokuty byla v přezkoumávaném případě až 1 150 753,8 Kč (10 % ceny veřejné zakázky) přičemž uložená pokuta 15 000 Kč je tak výrazně při její spodní hranici.
42. K významu a charakteru zkoumání konkrétních majetkových poměrů potrestaného odkazují na nálezy pléna Ústavního soudu České republiky ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/02, dle kterého *„Z charakteru pokuty jako majetkové sankce nutně vyplývá, že má-li být individualizovaná a přiměřená, musí reflektovat i majetkové poměry potrestaného. Stejná výše pokuty uložená majetnému se bude jevit jako směšná a neúčinná, zatímco v případě postihu nemajetného může působit drakonicky a likvidačně. Není tedy porušením principu relativní rovnosti, když oběma osobám v různých situacích bude uložena pokuta v různé výši, byť by jediným rozdílem jejich situace měly být právě rozdílné majetkové poměry“*. S ohledem na výše uvedený nálezy Ústavního soudu Úřad neporušil princip relativní rovnosti ani princip individualizace výše pokuty vzhledem k majetkovým poměrům zadavatele.

*Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy*

43. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
44. Podle čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo

zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.

45. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že *„[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání“*. K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.
46. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. b) zákona, neboť uzavřením dodatku č. 2 umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.
47. Podle § 222 odst. 3 ZZVZ podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by
- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
  - b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
  - c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky
48. I při postupu podle výše uvedeného ustanovení ZZVZ by tedy byl postup zadavatele rovněž nezákonným. Změna závazku by se totiž považovala za podstatnou, pokud by byla naplněna kterákoliv podmínka uvedená výše pod písmeny a) až c). Obsahově tyto podmínky zcela odpovídají předchozí právní úpravě v § 82 odst. 7 zákona, která vycházela zejména z citovaných rozhodnutí SDEU. Z uvedeného tedy vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, když by zadavatel nedodržel postup stanovený v § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ uzavřením dodatku č. 2, kterým by umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, jež by umožnila účast jiných

dodavatelů, nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně.

49. Co se výroku II. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví sazbu pokuty za správní delikt podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve stejné výši jako § 120 odst. 2 zákona za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Pozdější právní úprava tak ani ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
50. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

#### **VI. Závěr**

51. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
52. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží:**

Městský bytový podnik Karolinka, příspěvková organizace, Kortiše 633, 756 05 Karolinka

#### **Vypraveno dne:**

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