



UOHSX008R82D

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0140/2016/VZ-49364/2016/322/LKa

Brno 16. prosince 2016

V řízení o rozkladu ze dne 16. 5. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **město Jičín**, IČO 00271632, se sídlem Žižkovo náměstí 18, 506 01 Jičín,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0137/2016/VZ-18722/2016/543/EDo ze dne 2. 5. 2016 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Areál ZŠ Soudná - stavební úpravy objektu čp. 15 na denní stacionář**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 11. 6. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 6. 2014 pod ev. č. 486447, ve znění opravy ze dne 4. 7. 2014,

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-S0137/2016/VZ-18722/2016/543/EDo ze dne 2. 5. 2016

potvrzuji

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – město Jičín, IČO 00271632, se sídlem Žižkovo náměstí 18, 506 01 Jičín (dále jen „**zadavatel**“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ dne 11. 6. 2014 k uveřejnění oznámení o zahájení otevřeného řízení na veřejnou zakázku „Areál ZŠ Soudná - stavební úpravy objektu čp. 15 na denní stacionář“, které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 6. 2014 pod ev. č. 486447, ve znění opravy ze dne 4. 7. 2014 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V bodě II.1.5) „Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)“ oznámení o zakázce vymezil zadavatel předmět veřejné zakázky takto: „*Provedení stavebních úprav na stávajícím neobydleném bytovém objektu tak, aby dům mohl být využit pro sociální služby*“.
3. V bodě 2. 3. „Předpokládaná cena“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 17 500 000 Kč bez DPH.
4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 7. 8. 2014 je patrné, že zadavatel v rámci předmětné veřejné zakázky posuzoval a hodnotil dle kritéria nejnižší nabídkové ceny bez DPH celkem 6 nabídek, z nichž jako nejvhodnější byla vybrána nabídka společnosti STAVING, spol. s r.o., IČO 15057542, se sídlem Jičínská 66, 507 11 Valdice (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
5. Dne 8. 9. 2014 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Smlouvu o dílo (dále jen „**smlouva o dílo**“) na plnění veřejné zakázky s cenou díla ve výši 12 594 898 Kč bez DPH (tj. 15 239 827 Kč včetně DPH).
6. Dne 26. 1. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 1 smlouvy o dílo (dále jen „**Dodatek č. 1**“), jímž došlo k navýšení ceny díla o 980 027 Kč bez DPH, tedy na částku ve výši 13 574 925 Kč bez DPH.
7. Dne 14. 4. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 2 smlouvy o dílo (dále jen „**Dodatek č. 2**“), kterým byly sjednány dodatečné stavební práce ve výši 1 787 104 Kč bez DPH a současně méněpráce ve výši 825 745 Kč bez DPH. Po odečtení hodnoty méněprací tedy Dodatkem č. 2 došlo k dalšímu navýšení ceny předmětu veřejné zakázky o 961 359 Kč bez DPH, tj. na částku ve výši 14 536 284 Kč bez DPH.

¹ 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.

8. Dne 27. 8. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 3 smlouvy o dílo (dále jen „**Dodatek č. 3**“), v němž došlo k navýšení ceny díla o 2 623 317,13 Kč bez DPH, tedy na částku ve výši 17 159 601,13 Kč bez DPH.
9. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 112 zákona, obdržel podnět s žádostí o prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Úřad si proto od zadavatele vyžádal vyjádření a dokumentaci o veřejné zakázce.
10. Jelikož Úřadu vznikly po přezkoumání dokumentace pochybnosti, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. c) zákona, tj. zda zadavatel neumožnil podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem, které by za použití v původním zadávacím řízení mohly ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, když dne 26. 1. 2015 uzavřel Dodatek č. 1, dne 14. 4. 2015 uzavřel Dodatek č. 2 a dne 27. 8. 2015 uzavřel Dodatek č. 3, přičemž těmito dodatky změnil předmět plnění veřejné zakázky, zahájil Úřad ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem správní řízení z moci úřední.

II. **Napadené rozhodnutí**

11. Dne 2. 5. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0137/2016/VZ-18722/2016/543/EDo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. c) zákona, když uzavřel dne 26. 1. 2015 Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, kterým změnil předmět plnění veřejné zakázky začleněním stavebních prací spočívajících v úpravě odkanalizování objektu, jež nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
12. Výrokem II. Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. c) zákona, když uzavřel dne 14. 4. 2015 Dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, kterým změnil předmět plnění veřejné zakázky začleněním stavebních prací spočívajících v provedení silnoproudých rozvodů, jež nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
13. Výrokem III. Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. c) zákona, když uzavřel dne 27. 8. 2015 Dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, kterým změnil předmět plnění veřejné zakázky začleněním stavebních prací spočívajících ve změnách slaboproudů, jež nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z výše uvedené smlouvy o dílo, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

14. Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. až III. napadeného rozhodnutí byla podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona Úřadem uložena zadavateli výrokem IV. napadeného rozhodnutí pokuta ve výši 30 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

15. Dne 16. 5. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 3. 5. 2016. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
16. Zadavatel v rozkladu namítá, že závěry Úřadu, že uzavřením Dodatku č. 1, Dodatku č. 2 a Dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo zadavatel připustil provedení dodatečných stavebních prací, jež nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, přičemž tyto změny vykazují charakter podstatných změn smlouvy, jež by za použití v původním zadávacím řízení umožnily účast jiných dodavatelů nebo ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky, případně měnily ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče, je nesprávný.
17. Zadavatel namítá, že závěry Úřadu, že jiní uchazeči mohli ocenit položky nižšími cenami, než vybraný uchazeč, nejsou jakkoliv odůvodněny. Zadavatel uvádí, že většina víceprací představovala položky obsažené v položkovém rozpočtu nabídkové ceny v původní veřejné zakázce a zadáním víceprací došlo pouze k jejich navýšení, přičemž cena dodatečných stavebních prací se odvíjela od ceny těchto prací v původní nabídce vybraného uchazeče, která byla nejvýhodnější.
18. Zadavatel dále namítá, že i závěr Úřadu, že uchazeči, kteří se umístili v pořadí na 2. a 3. místě, by mohli některé položky víceprací ocenit nižší cenou, přičemž konečný součet by pak mohl vést k vyrovnání jejich nabídkových cen s nabídkovou cenou vybraného uchazeče, je pouze spekulací.
19. Zadavatel uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí zohledňuje zásadu absorpce sazeb, avšak zadavatel upozorňuje také na zásadu zjištění skutkového stavu, přičemž možné porušení zákona musí být určeno a nesmí neexistovat důvodné pochybnosti, že k porušení nedošlo.
20. Dle zadavatele Úřad bez důvodných pochybností neprokázal jím tvrzenou možnost porušení zákona a měl tedy vzít v potaz další zásadu a to zásadu in dubio pro reo, neboť i jen případná možnost, či potenciál podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, musí být prokázána bez důvodných pochybností, aby mohla být uložena sankce. Dle zadavatele Úřad neprokázal, že by byla naplněna skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
21. Zadavatel uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že při trestání v rámci správního práva se použijí i zásady trestního práva, a to, že trestnost činu se posuzuje podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. Zadavatel dále odkazuje na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), jenž nabyl platnosti dne 29. 4. 2016, přičemž v § 222 odst. 5 ZZVZ definuje, co je podstatnou změnou smlouvy a co za určitých okolností není a tato úprava představuje oproti ustanovením zákona pro zadavatele příznivější právní úpravu.
22. Zadavatel namítá, že závěr Úřadu, jenž se týká nesplnění veškerých podmínek pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění ze strany zadavatele, je zjednodušený a nezohledňuje

skutečnost, tedy samotný proces schvalování výstavby kanalizace a čerpání dotace na takový projekt. Zadavatel ve lhůtě dvou let od zpracování projektové dokumentace do vyhlášení veřejné zakázky nemohl s určitostí stanovit, zda kanalizace bude vybudována, a proto zadal veřejnou zakázku dle projektové dokumentace. V průběhu realizace veřejné zakázky však objekt musel být ke kanalizaci připojen a muselo dojít ke změně smlouvy o dílo a uzavření Dodatku č. 1.

23. Zadavatel má za to, že i další stavební práce zadávané dodatečně jako vícepráce byly zadány v souladu se zákonem. V průběhu provádění stavebních prací došlo v návaznosti na projekt vybavení interiéru ke změně některých částí projektové dokumentace a vznikl požadavek na změnu silnoproudých a slaboproudých rozvodů a vzduchotechniky. Zadavatel nemohl tyto změny v době zadání projektové dokumentace k veřejné zakázce předvídat, neboť vznikly až v průběhu realizace veřejné zakázky.

Závěr rozkladu

24. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

25. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, 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

26. 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 dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výroky I. až III. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavatel dopustil správních deliktů a výrokem IV. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši 30 000 Kč.
28. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

29. Podstatou argumentace zadavatele je námitka spočívající v nesprávném závěru ze strany Úřadu, že zadavatel použil k zadání dodatečných stavebních prací jednací řízení bez uveřejnění, k čemuž nebyl oprávněn, přičemž uzavřením Dodatku č. 1, Dodatku č. 2 a Dodatku č. 3 s vybraným uchazečem umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo spočívající v rozšíření předmětu původní veřejné zakázky v rozporu se zákonem.

30. Jednací řízení bez uveřejnění, jako jeden z druhů zadávacího řízení, upravuje zákon v § 34, přičemž jednací řízení bez uveřejnění je speciálním typem řízení, které lze použít pouze za výjimečných okolností a za podmínek striktně stanovených zákonem.
31. Předně v obecné rovině k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádím následující. Podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona je pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění třeba, aby byly kumulativně splněny tyto podmínky:
- 1) dodatečné stavební práce nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách,
 - 2) jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
 - 3) tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb,
 - 4) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
 - 5) dodatečné stavební práce 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,
 - 6) v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky.
32. V rozhodovaném případě lze ze zjištěného skutkového stavu dospět k závěru, že zadavatel splnil podmínku toho, že dodatečné stavební práce nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách k veřejné zakázce, že dodatečné stavební práce byly zadány témuž dodavateli (vybranému uchazeči) a že jejich celkový rozsah nepřekročil 30 % ceny původní zakázky. Z hlediska dalších nutných podmínek mám však za to, že tyto v daném případě naplněny nebyly.
33. K otázce naplnění podmínky, že dodatečné stavební práce vznikly v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, uvádím, že tato podmínka nebyla v daném případě naplněna a plně se ztotožňuji se závěry Úřadu uvedenými v bodě 91. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to, že zadavatel mohl předvídat okolnosti, na základě kterých vznikla potřeba dodatečných stavebních prací spočívajících v úpravě odkanalizování objektu, která se stala předmětem Dodatku č. 1. Zadavatel ve lhůtě dvou let od zpracování projektové dokumentace do vyhlášení veřejné zakázky mohl předvídat pokrok při stavbě kanalizace v blízkosti rekonstruovaného objektu a na základě této skutečnosti nechat zrevidovat projektovou dokumentaci tak, aby předmětné skutečnosti ohledně odkanalizování objektu reflektovaly nastalou situaci již v projektu, a tudíž by se promítly i v zadávacích podmínkách na veřejnou zakázku. Zadavatel o potřebě vybudování kanalizace věděl již v době zpracování projektové dokumentace a nelze tedy učinit závěr, že by zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl tyto dodatečné stavební práce předvídat. Výše uvedené nelze zpochybnit ani exkurzem, jenž zadavatel nastínil v námitkách ohledně záměru na vybudování kanalizace.
34. Co se týče dodatečných stavebních prací obsažených v Dodatku č. 2 spočívajících v provedení silnoproudých rozvodů v návaznosti na projekt vybavení interiéru reflektující současné

potřeby budoucího uživatele, i na tomto místě nelze jinak, než konstatovat, že zadavatel nejednal s náležitou péčí, neboť požadavky na provedení silnoproudých rozvodů ve vztahu k budoucímu vybavení interiéru mohl a měl předvídat již při zpracování projektové dokumentace na rekonstrukci objektu, nikoli až při jeho samotné rekonstrukci. Jak uvedl Úřad v bodě 95. odůvodnění napadeného rozhodnutí, vzhledem k účelu, k němuž má rekonstruovaný objekt od počátku sloužit, měl mít zadavatel již před jeho rekonstrukcí ujasněnou představu o vybavení interiéru tohoto objektu alespoň v takové míře, která se přímo dotýká rekonstrukce samotného objektu, k čemuž měl mít rovněž k dispozici alespoň rámcový projekt vybavení interiéru, pokud tento má mít vliv na stavební práce týkající se tohoto objektu.

35. Ani v případě Dodatku č. 3, konkrétně dodatečných stavebních prací týkajících se *„změny slaboproudých slaboproudů, změny vzduchotechnika, změny sádkartonové konstrukce, silnoproudé rozvody atd.“*, námitka zadavatele spočívající v neurčených specifických požadavcích provozovatele stacionáře nemůže obstát a nelze dojít k závěru, než že důvod vzniku dodatečných stavebních prací obsažených v Dodatku č. 3 byl dán i při náležité péči zadavatele.
36. Zadavatel na základě provedených jednání řízení bez uveřejnění uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek č. 1, Dodatek č. 2 a Dodatek č. 3, kterými rozšířil předmět původní smlouvy o dílo o dodatečné stavební práce vymezené v uvedených dodatcích. Takové rozšíření předmětu původní veřejné zakázky by bylo legální v případě, pokud by zadavatel současně splnil všechny podmínky, které zákon v § 23 odst. 7 písm. a) s použitím jednacího řízení bez uveřejnění spojuje. Ve vztahu k dodatečným stavebním pracím však nelze dojít k jinému závěru, než že byly zadány v jednacím řízení bez uveřejnění neoprávněně, jelikož zadavatel neprokázal, že by potřeba dodatečných stavebních prací vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.
37. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 112/2013 – 131 ze dne 15. 10. 2015, kde se mj. zabýval objektivní odpovědností (tj. odpovědností bez podmínky zavinění), konstatoval, že objektivní odpovědnost je odpovědností za následek, kterým je v případě neoprávněného použití jednacího řízení bez uveřejnění porušení zásady transparentnosti a ohrožení soutěže, a který je přičitatelný jednání zadavatele. Dle názoru uvedeného soudu pak *„[k]oncepci odpovědnosti objektivní odpovídá i možnost liberace, nastoupí-li speciální liberační důvod, při jehož nastoupení se lze této odpovědnosti zprostit. Existenci tohoto liberačního důvodu přitom musí prokázat zadavatel.“* V posuzovaném případě, kdy zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, uvedený soud konstatoval, že pro zproštění odpovědnosti nepostačuje, že se zadavatel formálně dovolává technických důvodů, které nejsou podloženy konkrétními podmínkami. Citovaný soud uvedl, že *„z odpovědnosti za správní delikt se nelze liberovat pouze s poukazem na to, že se zadavatel posléze snažil některé následky, které způsobil svým postupem, do budoucna napravit. Takové jednání podle zdejšího soudu nelze považovat za skutečně mimořádné vynaložení veškerého aktivního úsilí, jež by odůvodňovalo zproštění zadavatele jeho odpovědnosti, a to od počátku. Aby bylo možno konstatovat, že zadavatel postupoval pouze ‚nešikovně‘, muselo by v daném případě dojít k tomu, aby (zadavatel) prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky.“*

38. S ohledem na výše uvedené tak zadavatel ve smyslu skutkového stavu věci zjištěného v tomto správním řízení nenaplnil podmínku pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť tvrzené okolnosti zadání víceprací dle Dodatků č. 1 až 3, nejsou takovými okolnostmi, které by i při vynaložení náležité péče zadavatel nemohl předvídat.
39. Obecně k právní úpravě přípustnosti změny smlouvy uvádím následující. Zákon je pramenem na pomezí veřejného a soukromého práva, jehož hlavním účelem je nastavení obecně závazných pravidel k zadávání veřejných zakázek s cílem zajistit zákonný postup účastníků zadávacího řízení při vynakládání veřejných prostředků na zabezpečování potřeb veřejného charakteru. 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. 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 § 6 zákona (zásada rovného zacházení, zásada transparentnosti a zásada zákazu diskriminace).
40. Výše uvedený závěr platí i ve vztahu k případným změnám uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku. Vystane-li v průběhu realizace veřejné zakázky potřeba změny smlouvy, pak tato změna nesmí být zadavatelem provedena zcela libovolně, nýbrž případné provedení změny práv a povinností plynoucích ze smlouvy musí být podrobena testu přípustnosti.
41. Podstatné změny smlouvy upravuje § 82 odst. 7 zákona. Za podstatnou se považuje taková změna, která by podle § 82 odst. 7 zákona:
- rozšířila předmět veřejné zakázky,
 - za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
 - za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
 - měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
42. V souvislosti s otázkou možnosti změn návrhu smlouvy dále odkazuji na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SD EU“), a to zejména ve věci C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku ze dne 19. 6. 2008, kde mimo jiné SD EU konstatoval, že *„relevantním kritériem pro určení, zda sjednání takového ustanovení představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy...“*. SD EU zároveň uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou: *„Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat 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 původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“*

43. Rovněž v dalších rozsudcích SD EU týkajících se podstatných změn smlouvy původně uzavírané na základě kontraktačního procesu v zadávacím řízení (C-91/08 ze dne 13. 4. 2010 Wall AG proti městu Frankfurt nad Mohanem, C-160/08 ze dne 29. 4. 2010 Komise proti Spolkové republice Německo, C-496/99 ze dne 29. 4. 2004 Komise proti CAS Succchi di Frutta SpA, C-337/98 ze dne 5. 10. 2000 Komise proti Francii) se SD EU vyslovuje v tom smyslu, že mají-li změny provedené v ustanoveních smlouvy podstatně odlišné charakteristiky, než jsou ty, jež odůvodňovaly původní udělení smlouvy, je třeba přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového zadávacího řízení.
44. Jinými slovy řečeno, podstatná změna smlouvy na veřejnou zakázku vykazuje záměr smluvních stran sjednat novou smlouvu a takový postup zadavatele vyžaduje nové zadávací řízení. Tedy podstatná změna smlouvy zakládá změnu smlouvy původní, jež byla výsledkem zadávacího řízení. Jakákoliv změna smlouvy, jež bude posouzena jako podstatná ve smyslu výše uvedené judikatury, je s to založit protiprávní jednání zadavatele spočívající v umožnění podstatné změny původně uzavřené smlouvy.
45. Jelikož zadavatel použil k zadání dodatečných stavebních prací jednacím řízení bez uveřejnění, k čemuž nebyl oprávněn, pak uzavřením Dodatku č. 1, Dodatku č. 2 a Dodatku č. 3 s vybraným uchazečem umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo spočívající v rozšíření předmětu původní veřejné zakázky v rozporu se zákonem.
46. K námitce nedostatečného zjištění skutkového stavu uvádím, že jsem přezkoumal v této souvislosti zákonnost napadeného rozhodnutí, jak ukládá odvolacímu správnímu orgánu § 89 odst. 2 správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v zákonném rozsahu; dále Úřad postupoval v souladu s § 50 správního řádu a v souladu s § 51 odst. 1 a násl. správního řádu, dle kterého lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Rozsah zjištěného stavu věci je zcela v souladu se zásadou materiální pravdy, která je zakotvena v § 3 správního řádu, pro to, aby zadavatel nesl odpovědnost za porušení zákona tím, že uzavřením Dodatku č. 1, Dodatku č. 2 a Dodatku č. 3 umožnil (sjednáním dodatečných stavebních prací) podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo na předmět plnění veřejné zakázky. Rozsah a obsah skutkových zjištění Úřadu nevyvolává opodstatněné pochybnosti o tom, že zadavatel skutečně porušil právní povinnost stanovenou mu zákonem. Výroky napadeného rozhodnutí jsou tedy důsledkem pečlivého zjišťování stavu věci tak, aby o něm nevznikaly jakékoli důvodné pochybnosti. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad postupoval při hodnocení důkazů a argumentů zadavatele důsledně dle § 50 odst. 4 správního řádu. Odůvodnění jak správních deliktů spáchaných zadavatelem tak uložení sankce mám za dostatečné a vyhovující požadavkům zákona.
47. Zadavatel dále namítá nedostatečnost zjištěného skutkového stavu v souvislosti s možným ovlivněním výběru nejvhodnější nabídky. K tomu uvádím následující. 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. Podstatné

ovlivnění nebo možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je tedy jedním ze základních znaků tohoto správního deliktu. V případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu, kterým je určitý stupeň nebezpečnosti resp. škodlivosti pro společnost. Je třeba zejména zdůraznit skutečnost, že v případě pojmů společenská nebezpečnost či společenská škodlivost se jedná o neurčité právní pojmy. Z obecného výkladu těchto pojmů však lze dospět k takovému závěru, že za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost, je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. K naplnění materiálního znaku správního deliktu tak dojde tehdy, pokud jednání zadavatele jednak ohrožuje některý právem chráněný zájem a současně dosahuje určité intenzity, tedy následky takového jednání nejsou zcela zanedbatelné. Z toho jak je tento znak zákonem koncipován, nevyplývá, že by skutečně muselo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a zároveň skutečné ovlivnění Úřad nemusí dokazovat, když postačí pouhá možnost takového ovlivnění.

48. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007, jež se týká posuzování správních deliktů, vyplývá, že správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání a pro jejich trestnost mají platit podobné principy a pravidla jako v případě trestných činů. Upravují-li zásady soudního trestání situaci, v níž formálně trestný skutek nelze považovat za trestný čin, je-li jeho společenská nebezpečnost nižší než nepatrná, musí obdobná pravidla platit i pro správní delikty. Podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu se zákonem. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 104/2008-48 odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. 4. 1996, sp. zn. 1 Tzn 2/96, publikované pod č. 43/1996 Sb. NS, kde tento uvádí, že „[p]ři úvahách o tom, zda obviněný naplnil i materiální znak trestného činu, tedy zda v jeho případě tento čin dosahoval vyššího stupně nebezpečnosti pro společnost, než je stupeň nepatrný (§ 3 odst. 2 tr. zák.), je nutno zdůraznit, že již stanovením formálních znaků určité skutkové podstaty zákon předpokládá, že při jejich naplnění v běžně se vyskytujících případech bude stupeň nebezpečnosti činu pro společnost zpravidla vyšší než nepatrný (...)“. Nejvyšší soud k tomu dále konstatuje, že „[l]ze tedy obecně vycházet z toho, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za přestupek, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak přestupku, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti.“ Mám za to, že tento rozsudek je plně aplikovatelný i na správní delikty a tedy i na tento případ. Neshledal jsem, že by se daný případ ve svých podstatných znacích odlišoval od jiných případů, kdy došlo ke spáchání stejné skutkové podstaty správního deliktu. Formální znaky správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak, jak je shledal Úřad a jak jsou uvedeny ve výrocích I. až III. napadeného rozhodnutí, byly zcela naplněny a ve správním řízení dostatečně prokázány. Rovněž jsem neshledal existenci jakýchkoli významných okolností, jež by vylučovaly zjištění učiněná Úřadem. Protizákonným jednáním zadavatele byl porušen nebo ohrožen zájem chráněný zákonem, kterým je především efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jednáním zadavatele tak došlo k naplnění materiální stránky správního deliktu.

49. Zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 „[p]ro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou. (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“ Úřad tedy nebyl povinen prokazovat, že došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jak požaduje zadavatel, neboť jak již bylo uvedeno výše, postačí pouhá potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, kterou není možné prokazovat. Zadavatel svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu.
50. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel při uzavírání Dodatku č. 1, Dodatku č. 2 a Dodatku č. 3 nesplnil podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona, postupoval v rozporu se zákonem, když veřejné zakázky odpovídající Dodatku č. 1, Dodatku č. 2 a Dodatku č. 3 zadával v jednacím řízení bez uveřejnění. Tím, že zadavatel postupoval podle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona a Dodatkem č. 1, Dodatkem č. 2 a Dodatkem č. 3 změnil předmět plnění veřejné zakázky provedením dodatečných stavebních prací, jež nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, čímž umožnil podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, které by za použití v původním zadávacím řízení mohly ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, učinil v rozporu se zákonem podstatné změny smlouvy specifikované v § 82 odst. 7 písm. c) zákona.
51. Zadavatel dále v námitkách poukazuje ze strany Úřadu na použití znění zákona č. 40/2015 Sb., změna zákona o veřejných zakázkách (dále jen „**novela zákona**“), jež je pro pachatele (zadavatele) příznivější a v souvislosti s tím odkazuje na ZZVZ, přičemž namítá příznivější právní úpravu, jež pro zadavatele vyplývá z § 222 odst. 5 ZZVZ.
52. Úřad v bodě 80. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že dne 6. 3. 2015 nabyla účinnosti novela zákona, která upravuje znění § 23 odst. 7 písm. a) zákona ve znění účinném do 5. 3. 2015 tak, že slova „objektivně nepředvídaných“ se zrušují a za slovo „okolností“ se vkládají slova „které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat“. S ohledem na výše uvedené Úřad v bodech 85. až 87. odůvodnění napadeného rozhodnutí posuzoval příznivost právní úpravy a zabýval se tím, zda je vzhledem k novelizovanému znění § 23 odst. 7 písm. a) zákona v případě zadání dodatečných prací, jež jsou předmětem Dodatku č. 1, povinen aplikovat výjimku zakotvenou v čl. 40 odst. 6 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod (dále jen „**Listina**“) a posoudit případ podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona ve znění novely zákona, tedy zda znění novely je v případě citovaného ustanovení pro zadavatele příznivější.
53. V bodě 87. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad správně uvedl, že novela zákona zmírňuje odpovědnost zadavatele za nedostatky projektové dokumentace, které nelze odhalit při tzv. náležité péči, a je tak pro zadavatele oproti původní úpravě zákona, která zadavatele zavazovala k objektivní předvídatelnosti, příznivější. Z uvedeného důvodu byl Úřad povinen aplikovat při posouzení šetřeného případu ve vztahu k Dodatku č. 1 uzavřeného dne 26. 1. 2015 výjimku zakotvenou v čl. 40 odst. 6 Listiny, tzn. použít znění

novely zákona, jelikož je pro pachatele (zadavatele) příznivější, což také učinil. Ve vztahu k Dodatku č. 2 a Dodatku č. 3, Úřad aplikoval znění novely zákona bez dalšího, jelikož uvedené dodatky byly již uzavřeny za účinnosti novely zákona.

K posouzení z hlediska pozdější právní úpravy v průběhu tohoto řízení o rozkladu

54. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ. Podle čl. 40 odst. 6 Listiny 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.
55. 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.
56. 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. c) zákona, když uzavřel dne 26. 1. 2015 Dodatek č. 1 s vybraným uchazečem, kterým změnil předmět plnění veřejné zakázky začleněním stavebních prací spočívajících v úpravě odkanalizování objektu, dne 14. 4. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek č. 2, kterým změnil předmět plnění veřejné zakázky začleněním stavebních prací spočívajících v provedení silnoproudých rozvodů, a dne 27. 8. 2015 uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek č. 3, kterým změnil předmět plnění veřejné zakázky začleněním stavebních prací spočívajících ve změnách slaboproudů, jež nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
57. Při posuzování příznivější právní úpravy však nelze vycházet jen z § 222 odst. 5 ZZVZ, jak namítá zadavatel, neboť tento se vztahuje k *hodnotě dodatečných stavebních prací*, ale je třeba posuzovat současně i míru *celkového cenového nárůstu* souvisejícího se změnami

závazku právě v důsledku dodatečných stavebních prací ve smyslu § 222 odst. 9 ZZVZ (viz body 6. až 17. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

58. Podle § 222 odst. 1 ZZVZ není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona. Ustanovení § 222 odst. 9 ZZVZ uvádí, že pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu se původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku.
59. Z hlediska posouzení, zda by se podle pozdější právní úpravy § 222 odst. 9 ZZVZ jednalo či nejednalo o podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, je třeba nejprve určit původní hodnotu závazku uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku, jelikož naplnění hypotézy tohoto ustanovení je vázáno na dodržení konkrétní míry procentuální změny takovéto původní hodnoty.
60. Zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky v hodnotě 15 239 827 Kč včetně DPH (12 594 898 Kč bez DPH) s vybraným uchazečem dne 8. 9. 2014. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek č. 1 dne 26. 1. 2015, jímž došlo k navýšení ceny předmětu veřejné zakázky o 1 185 833 Kč včetně DPH (980 027 Kč bez DPH), tedy na částku ve výši 16 425 659 Kč včetně DPH (13 574 925 Kč bez DPH). Dne 14. 4. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 2, jímž došlo k dalšímu navýšení ceny předmětu veřejné zakázky o 1 163 244 Kč včetně DPH (961 359 Kč bez DPH), tj. na částku ve výši 17 588 904 Kč včetně DPH (14 536 284 Kč bez DPH). Dne 27. 8. 2015 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 3, jímž došlo k navýšení ceny předmětu veřejné zakázky o 3 174 213 Kč včetně DPH (2 623 317,13 Kč bez DPH), tedy na částku ve výši 20 763 117 Kč včetně DPH (17 159 601,13 Kč bez DPH).
61. Původní hodnota závazku z uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku tedy před uzavřením Dodatků č. 1 až 3 činila 12 594 898 Kč bez DPH. Uzavřením Dodatků č. 1 až 3 s vybraným uchazečem zadavatel navýšil cenu předmětu veřejné zakázky celkem o 5 523 291 Kč včetně DPH (4 564 703,13 Kč bez DPH).
62. Tuto změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku tedy zadavatel uzavřením Dodatků č. 1 až 3 provedl v relativní výši 36,24 % původní hodnoty závazku uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku (dle výpočtu $5\,523\,291\text{ Kč včetně DPH} / 15\,239\,827\text{ Kč včetně DPH} * 100$, resp. $4\,564\,703,13\text{ Kč bez DPH} / 12\,594\,898\text{ Kč bez DPH} * 100$).
63. Ve vztahu k § 222 odst. 9 ZZVZ tedy uzavírám, že zadavatel by i podle této pozdější právní úpravy provedl podstatnou změnu smlouvy na veřejnou zakázku, když uzavřením Dodatků č. 1 až 3 ujednal celkový cenový nárůst vyšší než 30 % původní hodnoty závazku z uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku.
64. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikt dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel umožnil podstatnou změnu závazku

ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.

65. S ohledem na výše uvedené a z hlediska závěrů citovaných rozsudků, které na toto správní řízení přílehavě dopadají, mám za to, že v něm bylo prokázáno, že se zadavatel dopustil spáchání správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a tedy tímto svým jednáním ohrozil hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku. Takový postup ohrožuje i efektivní vynakládání veřejných prostředků, došlo tedy k naplnění materiálního znaku správního deliktu.
66. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti uvádím, že závěry Úřadu, že se zadavatel svým jednáním dopustil správních deliktů uvedených ve výroku I. až III. napadeného rozhodnutí, považuji za správné a zákonné.
67. Mám za to, že v tomto řízení bylo jednoznačně prokázáno, že zadavatel nenaplnil zákonem požadované předpoklady pro zadání veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění. Pokud tedy nemohl veřejnou zakázku zadat podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, pak byl povinen postupovat v souladu s § 21 odst. 2 zákona a zadat veřejnou zakázku v některém z druhů zadávacího řízení, které jsou vyjmenovány v § 21 odst. 1 zákona. Zadavatel tak porušil postup stanovený zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona.
68. Dále se vyjadřuji ke zjištěním ohledně pokuty, jež byla zadavateli uložena výrokiem IV. napadeného rozhodnutí. Úřad v první řadě zkoumal, zda nezanikla odpovědnost zadavatele za správní delikt, tedy, zda bylo zahájeno správní řízení ve lhůtách podle § 121 odst. 3 zákona. Tato podmínka pro řízení o správním deliktu splněna byla a to i ve vztahu k Dodatku č. 1, vzhledem k novele zákona, jíž byla úprava zániku právní odpovědnosti změněna, a to pro zadavatele příznivějším způsobem. Vzhledem k tomu jsem tak posoudil, zda Úřad zahájil řízení o správním deliktu do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 8. 2. 2016, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 7. 3. 2016, kdy zadavatel obdržel oznámení o zahájení správního řízení. K okamžiku spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona došlo uzavřením Dodatku č. 1 dne 26. 1. 2015, Dodatku č. 2 dne 14. 4. 2015 a Dodatku č. 3 dne 27. 8. 2015. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
69. Pro určení výše pokuty je předně klíčové stanovení její maximální možné hranice. Úřad v tomto ohledu jako horní hranici sankce určil částku odpovídající 10 % z ceny veřejné zakázky vzhledem k tomu, že celkovou cenu veřejné zakázky ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona bylo možné zjistit a s ohledem na analogickou aplikaci trestněprávní zásady „absorpce trestních sazeb“ při souběhu správních deliktů, byla ukládána pokuta za nejpřísněji trestaný z deliktů, zatímco k dalším správním deliktům bylo přihlédnuto, jako k okolnostem přitěžujícím.
70. Zákon při posuzování sankce za správní delikt výslovně v § 121 odst. 2 vyžaduje, aby Úřad přihlédl ke způsobu spáchání správního deliktu, jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán, čímž je v zákoně vymezena kategorie závažnosti spáchaného správního deliktu, a tedy i dány základy pro individualizování trestního postihu. Úřad tak v předmětném případě zhodnotil, že rozšířením plnění vyplývajícího z původní smlouvy bez provedení

řádného zadávacího řízení a navýšením ceny díla veřejné zakázky Dodatkem č. 3 došlo k tomu, že zadavatel narušil soutěž uchazečů o veřejnou zakázku, a tím nezajistil dostatečné nediskriminační prostředí, které má být zárukou co nejehospodárnějšího vynakládání finančních prostředků. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele mohlo být narušeno konkurenční prostředí. Úřad rovněž shledal, že jsou pro posouzení závažnosti správního deliktu klíčové dvě okolnosti, a sice spáchání dalších správních deliktů (uzavření Dodatku č. 1 a Dodatku č. 2), což představuje okolnost přitěžující, a dále skutečnost, že neoprávněně zadané plnění tvořilo pouze dílčí část plnění veřejné zakázky, což je okolností pro zadavatele polehčující. Vzhledem k výše uvedenému tak konstatuji, že se Úřad zabýval všemi zákonem stanovenými hledisky pro určení výše uložené sankce. Zhodnocením všech výše uvedených specifik konkrétního případu pak Úřad dospěl k závěru, že spáchanému správnímu deliktu odpovídá pokuta ve výši 30 000 Kč. Tato částka pak nedosahuje ani 2% maximální možné výše pokuty, a proto uzavírám, že její výše odpovídá jejímu odůvodnění, uvedenému v napadeném rozhodnutí.

71. Rovněž likvidační potenciál pokuty ve výše uvedené výši byl Úřadem posouzen. Konstatování, že pokuta ve výši 30 000 Kč nepředstavuje pro zadavatele pokutu likvidační, považuji, vzhledem k podkladům tohoto konstatování (viz bod 122. odůvodnění napadeného rozhodnutí), za závěr správný. Zároveň se s Úřadem ztotožňuji i v závěru, že pokuta v této výši naplňuje obě funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
72. Co se výroku IV. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o trestu týká, uvádím, že pozdější právní úprava ZZVZ v § 268 odst. 2 stanoví výši 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 IV. napadeného rozhodnutí není pro zadavatele příznivější.
73. 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

74. 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.
75. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

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:
město Jičín, Žižkovo náměstí 18, 506 01 Jičín

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