



UOHSX00BPNU

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0168/2018/VZ-00024/2018/321/KBI

Brno: 3. ledna 2019

V řízení o rozkladu ze dne 23. 10. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 24. 10. 2018 zadavatelem resp. obviněným –

- **město Zubří**, IČO 00304492, se sídlem U Domoviny 234, 756 54 Zubří,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0241/2018/VZ-29242/2018/521/MŽi ze dne 9. 10. 2018 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0241/2018/VZ ve věci možného spáchání přestupku při zadávání veřejné zakázky „**Multifunkční areál Zubří – vnitřní bazén pro školy a veřejnost s provozem wellness a provoz bufetu s dětským koutkem a kuželnou, venkovní nerezové bazény se zázemím**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 3. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek bylo uveřejněno dne 21. 3. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-007226, přičemž oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 31. 10. 2017,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0241/2018/VZ-29242/2018/521/MŽi ze dne 9. 10. 2018

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele - města Zubří, IČO 00304492, se sídlem U Domoviny 234, 756 54 Zubří (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“), v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Multifunkční areál Zubří – vnitřní bazén pro školy a veřejnost s provozem wellness a provoz bufetu s dětským koutkem a kuželnou, venkovní nerezové bazény se zázemím“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 3. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek bylo uveřejněno dne 21. 3. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-007226, přičemž oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 31. 10. 2017 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Na základě tohoto podnětu si Úřad od obviněného vyžádal vyjádření ke skutečnostem v něm uvedeným a dále dokumentaci o předmětném zadávacím řízení. Dne 30. 5. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření obviněného ze dne 28. 5. 2018.
2. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval z předložených podkladů za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, vydal dne 21. 6. 2018 příkaz č. j. ÚOHS-S0241/2018/VZ-18581/2018/521/OPi z téhož dne (dále jen „**příkaz**“), který byl obviněnému doručen dne 22. 6. 2018. Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 a § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 58 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

jen „**správní řád**“), a ve spojení s § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“) zahájeno řízení o přestupku z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0241/2018/VZ. Tímto příkazem bylo rozhodnuto o tom, že se obviněný dopustil přestupku, a byla mu uložena pokuta. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 28. 6. 2018 odpor z téhož dne, přičemž podáním odporu se podle § 150 odst. 3 správního řádu příkaz ruší a řízení pokračuje.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 9. 10. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0241/2018/VZ-29242/2018/521/MŽi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl ve výroku I. tak, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ustanovení § 124 odst. 4 zákona, když dne 25. 10. 2017 uzavřel smlouvu o dílo na realizaci předmětné veřejné zakázky s vybraným dodavatelem HOCHTIEF CZ a. s., IČO: 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 (dále jen „**vybraný dodavatel**“), ve které v části II. „Termíny“ sjednal termín dokončení plnění „*nejpozději do 15-ti měsíců od termínu zahájení*“, přičemž termín zahájení byl sjednán v téže části smlouvy o dílo „*do 30 dnů od podpisu této smlouvy*“, což je v rozporu s nabídkou vybraného dodavatele, který v návrhu smlouvy o dílo ze dne 10. 8. 2017 obsaženém v jeho nabídce ze dne 11. 8. 2017 v souladu se zadávacími podmínkami veřejné zakázky, konkrétně se závazným vzorem smlouvy od dílo, jenž tvoří přílohu č. 4 zadávací dokumentace, uvedl termín plnění v časovém rozpětí od 30. 6. 2017 do 16. 7. 2018 (tj. v časovém rozpětí 12,5 měsíců), a tedy sjednal termín dokončení plnění veřejné zakázky o 2,5 měsíce delší, než obsahovala nabídka vybraného dodavatele, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele (dále jen „**přestupek**“).
4. Za spáchání přestupku uložil Úřad obviněnému výrokem II. napadeného rozhodnutí podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000 Kč (dále jen „**pokuta**“) a výrokem III. napadeného rozhodnutí mu byla uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč, v obou případech se splatností do dvou měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí.
5. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že tím, že obviněný ve smlouvě o dílo ze dne 25. 10. 2017 prodloužil celkovou dobu plnění o 2,5 měsíce oproti nabídce vybraného dodavatele, porušil pravidlo uvedené v § 124 odst. 4 zákona, kde je stanoveno, že smlouvu musí zadavatel uzavřít v souladu s nabídkou vybraného dodavatele. Tímto jednáním mohl ovlivnit výběr dodavatele a dopustil se tak přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Úřad v rozhodnutí připustil, že realizace veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou stavební práce, nemusí být v zimním období vždy možná, nicméně to nemůže být důvodem pro postup, který si obviněný zvolil – tj. prodloužit celkovou dobu plnění toliko *inter partes* ve smlouvě o dílo. Takové jednání je diskriminační vůči ostatním dodavatelům, kteří při zadávacím řízení počítali s výrazně kratší dobou plnění. Dále Úřad uvedl, že s ohledem na charakter stavebních prací je běžné, že zahájení stavebních prací se opozdí, příp. že se celková doba plnění protáhne (např. právě s ohledem na technologickou návaznost jednotlivých prací). S touto okolností zadavatel může, resp. musí vždy počítat, resp. ji zohlednit již při sestavování zadávacích podmínek veřejné zakázky, např. formou vyhrazené změny závazku ze smlouvy ve smyslu § 100 zákona. Takovou změnu si však obviněný v zadávací dokumentaci nevyhradil, a přesto ve smlouvě

o dílo ze dne 25. 10. 2017 stanovil celkovou lhůtu plnění 15 měsíců, tj. o 2,5 měsíce více, než bylo stanoveno v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. Právě v tomto prodloužení celkové doby plnění shledal Úřad porušení pravidla uvedeného v § 124 odst. 4 zákona, kdy tímto mohl být ovlivněn výběr dodavatele. Ze strany obviněného tak došlo ke spáchání přestupku, za něhož mu byla uložena pokuta. Při určení výše pokuty pak Úřad mimo jiné přihlédl k povaze a závažnosti přestupku, k polehčujícím a přitěžujícím okolnostem i k ekonomické situaci obviněného.

III. Rozklad zadavatele

6. Dne 23. 10. 2018 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 24. 10. 2018. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 10. 10. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
7. Obviněný v rozkladu nejprve obecně namítl, že Úřad nepřihlédl ke zcela specifickým okolnostem, za nichž se odehrál předmětný skutek, a odůvodnění napadeného rozhodnutí tak je zcela nedostatečné, nepřesvědčivé a vnitřně nekonzistentní. Dále nesouhlasil s argumentací Úřadu týkající se vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017. Uvedl, že v době uveřejnění tohoto vysvětlení vycházel z oprávněného předpokladu, že s realizací veřejné zakázky bude možné započít nejspíše začátkem září 2017, tj. v době, kdy období 12,5 měsíce plně postačovalo ke splnění této veřejné zakázky. O možných komplikacích (tj. o objektivních důvodech, pro které bylo nutno přistoupit k prodloužení celkové doby plnění na 15 měsíců) se obviněný dozvěděl až v důsledku rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2017, č. j. Ars 2/2017 – 60. Tento rozsudek zamezil podpisu smlouvy o dílo a započít s realizací veřejné zakázky až do konání a vyhlášení výsledků referenda (tj. přelomu října a listopadu 2017). Závěry Úřadu uvedené především v bodu 46 napadeného rozhodnutí považuje za čistou spekulaci, která nijak nevyvrací tvrzení zadavatele, že v době uveřejnění předmětného vysvětlení byl oprávněně přesvědčen, že bude možné zahájit realizaci veřejné zakázky bez nutnosti jakkoli prodlužovat termín plnění. Úřad tak v souvislosti s výše zmiňovaným vysvětlením zadávací dokumentace nesprávně posoudil jednak otázku (ne)předvídatelnosti okolností (tj. anabázi okolo referend), které byly objektivní příčinou provedení předmětné změny smlouvy, a rovněž otázku polehčujících a přitěžujících okolností.
8. Obviněný je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je nezákonné a nepřezkoumatelné, a to z důvodu vzájemné rozpornosti argumentace Úřadu týkající se posouzení, zda lze na tento případ (i obecně na proces před uzavřením smlouvy v zadávacím řízení) vztáhnout závěry týkající se § 222 zákona (viz body 40 a 57 napadeného rozhodnutí). Obviněný je toho názoru, že principy obsažené v § 222 zákona použít lze, což podle něj „odpovídá i základní logice daného instrumentu“. Nicméně jím provedenou změnu není podle něj možné považovat za podstatnou změnu ve smyslu § 222 odst. 3 zákona, tudíž se jedná o změnu přípustnou. Následně obviněný dodal, že změnu smlouvy tak, jak byla provedena (tj. prodloužení celkové doby plnění), nebylo možné jakkoli předvídat, neboť byly způsobeny zcela výjimečnými okolnostmi, na které nemohl jiným způsobem adekvátně reagovat.
9. Další námitka obviněného směřovala do oblasti materiální stránky skutkové podstaty přestupku (tj. společenská škodlivost), která podle jeho názoru nebyla naplněna. Konstatoval, že obecná kritéria společenské škodlivosti jsou dovoditelná z § 38 zákona

o přestupcích, kde je mj. stanoveno, že povaha a závažnost přestupku je dána následkem přestupku a okolnostmi jeho spáchání. Úřad nesprávně interpretoval vztah formálních a materiálních znaků skutkové podstaty přestupku, kdy mezi těmito hledisky prakticky nerozlišuje. Podle obviněného se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí odmítl zabývat okolnostmi spáchání přestupku nebo tím, zda byla způsobena jakákoliv škoda.

10. V závěru rozkladu obviněný rozporoval způsob stanovení výše pokuty, kdy nesouhlasil s tím, jak Úřad posoudil jeho ekonomickou situaci. Ten vzal podle jeho názoru v potaz toliko údaje o příjmech obviněného, aniž by přihlédl k dalším faktorům. Uložená pokuta tak jednak neodpovídá ekonomické situaci obviněného a rovněž je zcela nepřiměřená povaze a závažnosti přestupku, kdy Úřad při stanovení její výše nezohlednil zadavatelem zdůrazňované skutečnosti ve vztahu ke společenské škodlivosti přestupku.

Závěr rozkladu

11. Zadavatel navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

12. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

13. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
14. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

Dotčená právní úprava

15. Podle § 51 odst. 3 zákona musí smlouva nebo rámcová dohoda odpovídat zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele a musí být uzavřena písemně.
16. Podle § 99 odst. 1 zákona zadavatel může zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci změnit nebo doplnit před uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Změna nebo doplnění zadávací dokumentace podmínek musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna. Podle odstavce 2 téhož ustanovení pokud to povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. V případě takové změny nebo doplnění zadávací dokumentace, která může rozšířit okruh

možných účastníků zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.

17. Podle § 100 odst. 1 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.
18. Podle § 124 odst. 4 zákona smlouvu je zadavatel povinen uzavřít v souladu s nabídkou vybraného dodavatele, popřípadě upravenou postupem podle § 69 odst. 8 zákona.
19. Podle § 222 odst. 2 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona. Podle odst. 3 téhož paragrafu 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.
20. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
21. Podle § 270 odst. 1 zákona se má za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý.
22. Podle § 82 odst. 2 věty druhé zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon z r. 2006**“), smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32. Podle odstavce 7 téhož paragrafu zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
 - a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7,
 - b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
 - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo

d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

23. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry mj. přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
24. Podle § 38 b) a d) zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku mj. dána zejména významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi spáchání přestupku.

K jednotlivým námitkám obviněného

Otázka možné aplikace principů § 222 zákona na proces před uzavřením smlouvy

25. Na úvod je možné konstatovat, že ústřední právní otázkou, která vyvstává v souvislosti s podaným rozkladem, je posouzení, zda lze i na proces před uzavřením smlouvy aplikovat principy, jež jsou obsaženy v § 222 zákona (tj. právní úpravu změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku). Popřípadě zda je vůbec možné v uzavírané smlouvě na veřejnou zakázku připustit provedení určitých změn oproti zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele (srov. § 51 odst. 3 a § 124 odst. 4 zákona). Jinými slovy je nezbytné se vyjádřit především k tomu, zda je možné (či přímo nezbytné) posuzovat přípustnost konkrétních změn, které budou provedeny ve smlouvě na veřejnou zakázku a jejichž potřeba vyvstane ještě před započítáním s jejím plněním, v intencích § 222 odst. 3 zákona (tj. posoudit, zda se jedná o podstatnou či nepodstatnou změnu podle kritérií uvedených v § 222 zákona). Obviněný je toho názoru, že pokud před uzavřením smlouvy nastane situace, která odůvodňuje změnu smlouvy oproti nabídce vybraného dodavatele, má se přípustnost této změny posuzovat podle principů uvedených v § 222 zákona. Ustanovení § 222 zákona se přitom týká změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, tedy změn, které nastanou až po uzavření smlouvy po dobu jejího trvání. Obviněný je přesvědčen, že změna smlouvy, jež byla v tomto případě provedena (tj. prodloužení celkové doby plnění), má být posouzena jako změna nepodstatná, jelikož nenaplňuje kritéria uvedená v § 222 odst. 3 zákona, a jedná se tudíž o změnu přípustnou.
26. Obecně je možno říci, že povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu se zadávacími podmínkami a nabídkou vybraného dodavatele je nutno chápat funkčně, tedy že po celou dobu realizace veřejné zakázky musí být tato smlouva v souladu s původními zadávacími podmínkami a podanou vítěznou nabídkou. Veřejná zakázka musí být realizována za podmínek, které byly sjednány v rámci zadávacího řízení (zveřejněním zadávacích podmínek a podáním vybrané nabídky), a nikoliv za podmínek, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky zadavatelem libovolně a svévolně měněny (viz přiměřeně rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 8. 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr). Ustanovení § 51 odst. 3 zákona a na něj navazující § 124 odst. 4 zákona však nepopírá jakoukoliv možnost změn, nicméně tyto změny musí být realizovány plně v souladu se zákonem. Je tak možné částečně modifikovat text smlouvy oproti zadávacím podmínkám či nabídce vybraného dodavatele (resp. návrhu smlouvy obsažené v jeho nabídce). Tato modifikace smlouvy či rámcové dohody před jejím uzavřením tak může být bezesporu v podobě dílčích, ryze formálních úprav, jakými jsou například aktualizace informací o zástupcích smluvních stran, kontaktních osobách či místech a dalších obdobných údajů. Tyto údaje se samozřejmě mohou v průběhu zadávacího řízení změnit a jejich úpravou

nedochází k žádné podstatné změně smluvních podmínek (srov. např. DVOŘÁK, D., a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 319. 978-80-7400-651-7.). Obecně jsou však za nepřípustné považovány všechny ty změny, které znamenají podstatnou změnu podmínek a které mohou ovlivnit průběh či výsledek samotného zadávacího řízení (srov. přiměřeně rozhodnutí Úřadu ze dne 8. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S793/2014/VZ-25901/2014/531/VČe). Složitější tak začíná být situace v okamžiku, kdy není hned na první pohled zřejmé, zda uvažovaná změna je podstatná a má vliv na obsah smlouvy, tj. na povahu a rozsah vzájemných práv a povinností mezi účastníky. K tomu, jakými principy se řídit při posuzování povahy takové změny, resp. její přípustnosti, se opakovaně vyjádřil Úřad i soudy ve správním soudnictví (např. rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 11. 2010, č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCH, rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0705/2015/VZ-40325/2015/533/HKu, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 6. 2008, č. j. 62 Ca 21/2007-58, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 5. 8. 2015, č. j. 62 Af 6/2014-75 apod.).

27. Pokud jde o otázku vhodnosti aplikace ustanovení § 222 zákona rovněž pro posouzení přípustnosti dané změny provedené před uzavřením smlouvy, je vhodné pro přehlednost nejprve zmínit vývoj zákonné úpravy v této oblasti. První ucelený názor na změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku přinesl rozsudek Soudního dvora Evropské unie C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur* ze dne 19. 6. 2008 (dále jen „**rozsudek presstext**“). Uvedený rozsudek se zabýval jednotlivými změnami závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku a jejich klasifikací jako podstatných či nepodstatných. Zároveň bylo ve stanovisku generální advokátky, ze kterého Soudní dvůr Evropské unie při svém rozhodnutí vycházel, definováno, co podstatná změna znamená. Znakem podstatné změny byla stanovena její schopnost zkreslit soutěžní prostředí, zvýhodnit jednoho dodavatele oproti ostatním či umožnit přístup dalších dodavatelů, pakliže by byla použita již v původním řízení. Změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku svým způsobem upravoval již zákon o veřejných zakázkách z r. 2006. Tato úprava však nebyla výslovná - zakázaná změna smlouvy byla vykládána s odkazem na povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče (dodavatele) uvedenou v § 82 odst. 2 zákona z r. 2006, a to ve vztahu právě k rozsudku *presstext*. Výslovná úprava zákazu podstatných změn smlouvy *po* jejím uzavření tak chyběla. To se změnilo až následnou novelou č. 55/2012 Sb., kterou došlo k zařazení nového odstavce 7 do ustanovení § 82 zákona z r. 2006. Bylo zde definováno, co je nutno považovat za podstatnou změnu smlouvy na veřejnou zakázku. Zákonodárce pak při tvorbě tohoto ustanovení (tj. § 82 odst. 7 zákona z r. 2006) vycházel v konečném důsledku z výše zmiňovaného rozsudku *presstext*. Ve stávajícím zákoně je potom úprava změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku obsažená v § 222 odst. 3 zákona odrazem právě ustanovení § 82 odst. 7 zákona z r. 2006 i rozsudku *presstext*. Při výkladu ustanovení § 222 zákona se tak vychází z dotčených rozhodnutí Úřadu a rozsudků správních soudů vztahujících se rovněž k § 82 odst. 7 zákona (srov. PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J., FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., MĚKOTA, J., JANOUŠEK, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 828 – 832.).
28. Z výše uvedeného je zřejmé, že před zmiňovanou novelou č. 55/2012 Sb. byla přípustnost změny závazku z již uzavřené smlouvy posuzována (převážně z důvodu absence konkrétní právní úpravy) ve vztahu k povinnosti zadavatele uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče (dodavatele) – srov. § 82 odst. 2 zákona

z r. 2006 (toto ustanovení je nyní v obdobném znění uvedeno v § 51 odst. 3 a 124 odst. 4 zákona), s přihlédnutím k závěrům rozsudku pressetext (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 27. 4. 2017, č. j. 62 Af 12/2016-110). Je vhodné doplnit, že jak před podepsáním smlouvy na veřejnou zakázku, tak ve fázi po jejím uzavření, panuje shodný zájem zabránit takovým změnám, které by – pokud by byly známy již průběhu zadávacího řízení – mohly mít za následek zcela odlišný výsledek zadávacího řízení a v konečném důsledku by znamenaly znevážení základních zásad a účelu zadávacího řízení (převážně zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace). Ve vztahu k obecnému posouzení povahy uvažované změny (tj. její přípustnosti) se proto mohou *do určité míry* uplatnit tato společná východiska vyjádřená v rozsudku pressetext (resp. promítnutá do znění § 222 odst. 3 zákona), jež jsou primárně určena pro posouzení přípustnosti změny závazku ze smlouvy, a to i v případě, že se jedná o změnu, jejíž potřeba vznikla před uzavřením smlouvy.

29. Na druhou stranu je nutno vzít v potaz zcela odlišnou povahu obou fází, ve kterých k posuzovaným změnám může docházet. Okamžik podpisu smlouvy na veřejnou zakázku je v zadávacím řízení zcela zásadním mezníkem, kdy tato skutečnost nemůže být při zvažování vhodnosti aplikace principů uvedených v § 222 zákona na posuzování přípustnosti změny smlouvy před jejím podpisem opomíjena. Pokud totiž dojde ve fázi *před* uzavřením smlouvy k takovým okolnostem, v důsledku kterých se změní potřeby zadavatele, existují zde (zákonem předvídané a v zákoně upravené) nástroje, pomocí kterých lze takovou situaci legitimním způsobem řešit, aniž by byla narušena rovnováha soutěžního prostředí (k tomu více v bodu 37 tohoto rozhodnutí). V některých případech je ale vhodnější přistoupit raději ke zrušení zadávacího řízení, a to především za takové situace, kdy existuje důvodná obava z ohrožení samotných zásad zadávacího řízení vyjádřených v ustanovení § 6 zákona (např. v podobě zvýhodnění jednoho dodavatele oproti ostatním a porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace). S ohledem na výše uvedené je tak zřejmé, že § 222 zákona a principy v tomto ustanovení uvedené je možno na posouzení povahy změny, jejichž potřeba vyvstane ve fázi *před* uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, použít skutečně toliko *podpůrně* s přihlédnutím ke specifické povaze této fáze zadávacího řízení, jak ostatně dovodil i Úřad v bodu 57 napadeného rozhodnutí a jak rovněž plyne z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016 – 99, na který Úřad i obviněný odkazují.
30. Lze souhlasit s námitkou obviněného v tom směru, že argumentace Úřadu týkající se možné použitelnosti principů uvedených v § 222 zákona na změnu smlouvy před jejím uzavřením byla částečně rozporná, alespoň co se týkalo odkazu na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016 – 99. Obviněný vytkl Úřadu rozpor v jeho argumentaci obsažené v bodech 40 a 57 napadeného rozhodnutí, když na jednu stranu tvrdil (viz bod 40), že je třeba na změny smlouvy nahlížet *stejnou optikou*, ať už se jedná o posouzení situace při jejím uzavírání či po jejím uzavření, přičemž na podporu svých tvrzení odkázal na výše zmiňovaný rozsudek Krajského soudu v Brně. Na druhou stranu se Úřad vyjádřil v tom smyslu (viz bod 57), že optikou § 222 zákona by se na možnost změny uzavírané smlouvy bylo možno v šetřeném případě dívat pouze *podpůrně*. K tomu uvádím, že předmětný rozsudek Krajského soudu v Brně se mj. věnoval vztahu ustanovení § 82 odst. 2 a § 82 odst. 7 zákona z r. 2006, respektive posouzení, zda se lze i na změny uzavírané smlouvy podle § 82 odst. 2 zákona z r. 2006 dívat optikou rozsudku pressetext, či nikoli (pro přehlednost znovu opakuji, že zákonodárce při tvorbě ustanovení § 82 odst. 7

zákona z r. 2006 vyšel především ze zmiňovaného rozsudku pressetext). Nutno říci (a v tomto rozsahu je námitka obviněného důvodná), že – jak bylo již předestřeno v předchozím bodu tohoto rozhodnutí – z odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně nijak nevyplývá, že by bylo možno na posouzení povahy změny smlouvy nahlížet „stejnou optikou“, a to bez ohledu na fázi zadávacího řízení (tj. na fázi před uzavřením smlouvy či po jejím uzavření). Tento rozsudek na straně 7 toliko připouští, že je možné se na změnu smlouvy před jejím podpisem (oproti návrhu smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče, viz § 82 odst. 2 zákona z r. 2006) dívat *do jisté míry (podpůrně) optikou rozsudku pressetext*.

31. I přes částečně rozpornou argumentaci Úřadu týkající se použitelnosti principů § 222 zákona na změnu smlouvy ve fázi před jejím podpisem je však možné konstatovat, že závěr Úřadu o nepřípustnosti provedené změny (tj. prodloužení celkové doby plnění) byl zcela správný, a nelze jinak než se s ním ztotožnit. Připomínám, že obviněný se v rozkladu domáhal toho, aby se přípustnost jím provedené změny posuzovala optikou § 222 zákona, kdy toto ustanovení je primárně určeno pro změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jejího trvání. K tomu dodávám, že i pokud se na tento případ použijí principy uvedené v § 222 odst. 3 zákona, není možno dospět k jinému názoru, než že se v tomto případě jedná o zásadní a podstatnou změnu smlouvy (oproti nabídce vybraného dodavatele), tedy změnu nepřípustnou. Skutečnost, že se v případě prodloužení celkové doby plnění závazku jedná o podstatnou změnu měnící vzájemná práva a povinnosti mezi stranami smlouvy, vyplývá z ustálené rozhodovací praxe Úřadu i judikatury soudů. Například v rozhodnutí Úřadu ze dne 8. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S793/2014/VZ-25901/2014/531/VČe, bylo uvedeno, že *„s ohledem na skutečnost, že smlouvou o dílo došlo v tomto případě k prodloužení původně určeného termínu pro provedení díla, který byl stanoven v návrhu smlouvy o dílo a následně promítnut do návrhu smlouvy vybraného uchazeče, celkem o dvacet dnů, pak dle mínění Úřadu znamená tato změna zcela 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 termín pro provedení díla prodloužil např. dodatečnými informacemi, pak nelze vyloučit možnost, že by se popsané prodloužení pozitivně projevilo na počtu podaných nabídek. Tím, že zadavatel modifikoval termín realizace výlučně inter partes, tedy pouze ve vztahu k vybranému uchazeči, mohl znemožnit účast v zadávacím řízení jiným potenciálním dodavatelům, kteří mohli původně stanovený termín 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 (...). "Neshoda" mezi termínem pro realizaci veřejné zakázky, jenž byl konkretizován v návrhu smlouvy vybraného uchazeče a termínem, který byl konkretizován ve smlouvě o dílo, mohla mít dopad na počet potenciálních dodavatelů.“* Stejný přístup Úřadu je zřejmý i v dalším rozhodnutí ze dne 7. 4. 2014, č. j. ÚOHS-S591/2013/VZ-7468/2014/532/RNi. Ostatně k obdobným závěrům dospěl i Krajský soud v Brně v již zmiňovaném rozsudku ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016 – 99, na jehož argumentaci toliko odkazují. Je tak možno uzavřít, že postup obviněného mohl mít zcela prokazatelně vliv na výběr dodavatele, jak správně

dovodil Úřad v bodu 54 napadeného rozhodnutí, což je zároveň i předpokladem pro naplnění skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

K námitce týkající se vysvětlení zadávací dokumentace

32. Obviněný směřoval další námitky proti závěrům Úřadu týkajícím se vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017. Pro přehlednost nejprve připomínám, že Úřad obviněnému vytkl (viz bod 46 napadeného rozhodnutí), že v době vyhotovení tohoto vysvětlení stále uváděl, že původní délka doby plnění (tj. 12,5 měsíců) bude zachována, i když si podle Úřadu již musel být na konci července vědom, že tomu tak nebude. Jinými slovy že musel mít vědomost o tom (a to i bez ohledu na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu o referendu, naopak s přihlédnutím k délce schvalovacích procesů), že k podpisu smlouvy a k zahájení plnění veřejné zakázky dojde nejdříve koncem září 2017, resp. počátkem října 2017, a s ohledem na blížící se zimní měsíce, ve kterých nebude možné provést některé stavební práce, dojde k prodloužení doby plnění veřejné zakázky. Úřad z tohoto dovodil, že prodloužení celkové doby plnění bylo předvídatelné již v době vyhotovení vysvětlení zadávací dokumentace na konci července 2017. Kromě toho podle Úřadu obviněný tím, že odeslal oznámení o výběru dodavatele až 11. 9. 2017, sám popírá své tvrzení, že byl připraven uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky již na přelomu srpna a září 2017. Proti tomu se obviněný bránil opakovanou námitkou, že skutečnost, že došlo k oznámení o výběru dodavatele až téměř v polovině září 2017, je jen důsledkem rozhodnutí Nejvyššího správního soudu o nařízení konání místního referenda, kdy s ohledem na výsledek kasační stížnosti bylo již zřejmé, že není třeba bezodkladně činit další úkony směřující k uzavření smlouvy.
33. Na tomto místě podotýkám, že to, co je obviněnému Úřadem ve vztahu k vysvětlení zadávací dokumentace vytýkáno, je převážně skutečnost, že ačkoli bylo v době vydání tohoto vysvětlení (tj. ke konci července 2017) zcela zřejmé, že k zahájení plnění v termínu stanoveném v zadávací dokumentaci (tj. ke dni 30. 6. 2017) již nemůže dojít, obviněný žádnou možnost prodloužení termínu ani nepřipustil (viz bod 69 napadeného rozhodnutí). Přitom zde uváděl, že smlouva na veřejnou zakázku bude uzavřena s uvedením reálného termínu zahájení prací. Již v tomto okamžiku však muselo být zadavateli zřejmé, že pokud se zahájení těchto prací posune do zimních měsíců, tak nebude možné zachovat (s ohledem na tvrzenou nemožnost provedení některých stavebních prací v zimních měsících a technologickou návaznost jednotlivých prací) původní stanovenou dobu plnění (tj. 12,5 měsíců) a tato doba tak bude muset být prodloužena, k čemuž nakonec skutečně i došlo. Byť byla tato skutečnost v okamžiku uveřejnění předmětného vysvětlení předvídatelná, obviněný ji vůbec ve vyjádření nepřipustil, o možném prodloužení celkové doby plnění se ani nezmínil, a naopak ubezpečil dodavatele, že termíny plnění zakázky budou odpovídat časovému rozpětí uvedenému v zadávací dokumentaci. Právě tato okolnost je mu potom Úřadem v napadeném rozhodnutí – podotýkám zcela správně - přičítána k tíži.
34. Připomínám, že jednání, na jehož nezákonnost Úřad poukazuje a které je obviněnému Úřadem vytýkáno, nespočívá v samotném posunutí termínů zahájení a ukončení plnění. Taková změna se dá v určitých výjimečných a řádně odůvodněných situacích považovat za přípustnou. Jako problematická se jeví skutečnost, že obviněný spolu se změnou termínů pro zahájení a ukončení plnění prodloužil i celkovou dobu plnění o 2,5 měsíce, tj. o jednu pětinu oproti původně stanovené době plnění (viz bod 47 napadeného rozhodnutí). Jinými slovy pro naplnění všech znaků skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a)

zákona je zásadní skutečnost, že bez ohledu na možné znevýhodnění ostatních dodavatelů a porušení základních zásad zadávacího řízení (tj. především zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace vyjádřené v § 6 zákona), uzavřel dne 25. 10. 2017 s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo, ve které byla toliko *inter partes* prodloužena celková doba plnění o 2,5 měsíce. Pokud by však tuto okolnost (tj. stanovení celkové doby plnění v délce 15-ti měsíců) stanovil již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, mohl by obdržet i nabídky dodavatelů, kteří se z různých důvodů (např. z důvodu omezené kapacity či časové vytíženosti) neúčastnili předmětného zadávacího řízení a jejichž nabídka mohla být ekonomicky výhodnější. Obviněný tak mohl ovlivnit účast jiných dodavatelů, jak bylo blíže rozvedeno shora. Na závěr této námitky dodávám, že úvahy Úřadu týkající se jednání obviněného v období před spácháním přestupku (tj. před uzavřením smlouvy o dílo ze dne 25. 10. 2017), především potom ve vztahu k vysvětlení zadávací dokumentace, mají svůj význam při určení druhu trestu a jeho výměry (tj. zda je to možné považovat za přitěžující okolnost). K této námitce se vyjádřím zvláště v bodu 41 tohoto rozhodnutí, kde se budu věnovat namítané přiměřenosti stanovené pokuty.

K námitce (ne)předvídatelnosti změny v podobě prodloužení celkové doby plnění závazku

35. Jak zdůraznil Úřad v bodě 45 napadeného rozhodnutí, je věcí zadavatele, aby s ohledem na okolnosti a povahu veřejné zakázky sestavil řádně zadávací podmínky veřejné zakázky tak, aby celé zadávací řízení bylo v souladu se zákonem. K tomu dodávám, že je zcela v gesci zadavatele, jaké termíny a lhůty plnění si předem na začátku zadávacího řízení nastaví. Měl by ovšem přizpůsobit znění těchto podmínek tak, aby v případě různých zdržení a komplikací byl stále schopen dostat požadavkům zákona. V opačném případě musí nést následky, a to i včetně správně-právní odpovědnosti. Pokud tedy v důsledku nastalých okolností (posunutí podpisu smlouvy o dílo a zahájení plnění na zimní měsíce) nebylo možné stihnout původně nastavenou celkovou dobu plnění, jde tato skutečnost především k jeho tíži (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016 – 99).
36. Nedůvodná je potom argumentace obviněného, že dopředu takovou skutečnost (konání místního referenda na konci října 2017 a v důsledku toho započítí s plněním veřejné zakázky až v zimních měsících) nemohl předvídat, a proto neměl jinou možnost, než celkovou dobu plnění závazku prodloužit o 2,5 měsíce. V první řadě je nutno zdůraznit, že Úřad neklade zadavateli za vinu, že nepředvídal konání místního referenda na konci října 2017. Nicméně zadavatel měl očekávat, že pokud se posune zahájení plnění do zimních měsíců, bude se muset prodloužit i celková doba plnění v důsledku nemožnosti provedení některých stavebních prací právě v zimních měsících a technologickou návaznost jednotlivých prací, kdy poukazem na tyto okolnosti ostatně sám zadavatel prodloužení o 2,5 měsíce odůvodňuje. S ohledem na výše uvedené se tak obviněný nemůže bránit argumentací, že nutnost prodloužit celkovou dobu plnění nemohl dopředu předvídat, tím spíše, pokud si možnost posunutí termínu zahájení plnění dopředu vymínil v zadávací dokumentaci, jak bylo blíže rozvedeno v bodu 33 tohoto rozhodnutí. Pokud již zadavatel dopředu kalkuloval s tím, že se může posunout termín zahájení plnění a tuto možnost si výslovně v zadávacích podmínkách vyhradil, měl počítat i s tím, že se se stavebními pracemi (v případě takového posunutí termínu zahájení plnění) může započít v zimních měsících, což prodlouží celkovou dobu plnění. Kromě toho lze předvídatelnost možného prodloužení celkové doby plnění obecně dovodit i s ohledem na charakter stavebních prací, jak správně uvedl Úřad v bodu

45 napadeného rozhodnutí a jak bylo rovněž konstatováno v předchozím bodě tohoto rozhodnutí. Znovu proto zdůrazňuji, že skutečnost, že může při stavebních pracích docházet z důvodu vnějších okolností k posunutí jednotlivých termínů (vč. celkové doby plnění), by se měla brát v potaz již při sestavování zadávacích podmínek. Je ostatně odpovědností zadavatele (a zároveň v jeho nejlepší zájmu) si termíny plnění včetně možného prodloužení celkové doby plnění s ohledem na charakter stavebních prací v zadávací dokumentaci řádně nastavit. S ohledem na vysoce formalizovaný proces (což zadávací řízení bezpochyby je) musí zadavatel ke stanovení zadávacích podmínek přistupovat s vědomím, že jakákoliv další úprava není vůbec samozřejmá (obdobně viz také rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016 – 99).

37. Jak bylo již v bodu 29 tohoto rozhodnutí naznačeno, v případě, že dojde ve fázi *před uzavřením smlouvy* k takovým okolnostem, v důsledku kterých se změní potřeby zadavatele, nabízí zákon nástroje, které umožňují zajistit rovné podmínky pro všechny dodavatele a vyřešit nastalou situaci tak, aniž by byla narušena rovnováha soutěžního prostředí. Pokud nastane tato objektivní potřeba změny zadávacích podmínek před uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast, předběžných nabídek či nabídek, je možné tyto podmínky v zadávací dokumentaci změnit či doplnit. Pokud má však zadavatel dostát zásadě nediskriminace a rovného zacházení s dodavateli ve smyslu § 6 odst. 2 zákona, je povinen při takto provedené změně či doplnění zadávací dokumentace podle povahy takové změny či doplnění buď zahájit nové zadávací řízení, nebo oznámit či uveřejnit změnu či doplnění zadávací dokumentace takovým způsobem, aby nebyli diskriminováni žádní potenciální dodavatelé - viz § 99 odst. 1 zákona (srov. DVOŘÁK, D., a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 599. 978-80-7400-651-7). Rovněž pokud to povaha doplnění nebo změny vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně předmětnou lhůtu prodlouží ve smyslu § 99 odst. 2 zákona. Takové změny či doplnění lze však provést pouze před uplynutím lhůty pro podání nabídek, předběžných nabídek nebo žádostí o účast, jelikož po uplynutí této lhůty by už jakékoliv změny či doplnění zadávacích podmínek nemohly být ze strany dodavatelů jakkoliv reflektovány, čímž by pro zadavatele nepřinášely kýžený výsledek, který by vedl ke změně či doplnění zadávacích podmínek (srov. PODEŠVA, Vilém, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2018-10-31]. ASPI_ID KO134_2016CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X). V případě, že tyto okolnosti nastanou až po uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast, předběžných nabídek či nabídek, je možné tuto změnu provést, pouze pokud se nejedná o podstatnou změnu smluvních podmínek, jež má vliv na vzájemná práva a povinnosti smluvních stran, jak bylo již podrobně rozvedeno shora. V tomto případě však zadavatel dávno po uplynutí výše uvedené lhůty stanovené v § 99 zákona bez dalšího prodloužil celkovou dobu plnění o 2,5 měsíce, což (jak bylo rozvedeno blíže v předchozích bodech tohoto rozhodnutí) není v žádném případě možné považovat za nepodstatnou a tím pádem přípustnou změnu smluvních podmínek. Nad rámec výše uvedeného dodávám, že ani ze zadávací dokumentace nijak nevyplývá, že by obviněný nezbytnost provedené změny podrobně odůvodnil. Pouze ve svém vyjádření k podnětu z 28. 5. 2018, jež bylo Úřadu doručeno dne 30. 5. 2018, konstatoval, že „*vstupní dílčí prodloužení termínu dle podepsané smlouvy o dílo (přímo v uzavírané smlouvě) bylo vyvoláno objektivními okolnostmi zejména s ohledem na roční dobu ukončení zadávacího řízení,*

kdy v důsledku Zadavatelem nepředpokládaného prodloužení zadávacího řízení (zapříčiněného objektivními okolnostmi, které Zadavatel nebyl schopen ovlivnit) došlo k tomu, že vybraní dodavatelé by objektivně nebyli schopni realizovat určité části díla v zimním období, přičemž na tyto části díla byly technologicky navázány další části díla a stanovený termín by tak objektivně nebylo možné stihnout.“ Takové odůvodnění je však zcela nedostatečné, kdy z něj není možné ani dovodit, proč zadavatel zvolil prodloužení celkové doby plnění právě o 2,5 měsíců a zda je tak teoreticky možné tuto změnu vůbec považovat za přiměřenou, důvodnou a nezbytnou. Pro úplnost dodávám, že i v případě, že by zadavatel k provedení této změny (tj. k prodloužení celkové doby plnění veřejné zakázky) přistoupil až ve fázi po podpisu smlouvy a přípustnost takové změny by se tak posuzovala podle ustanovení § 222 zákona, musel by řádně odůvodnit, proč považuje takovou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku za nepodstatnou a tudíž je možno ji provést bez nutnosti vypsání nového zadávacího řízení.

K námitce absence společenské škodlivosti přestupku

38. Obviněný dále v rozkladu zpochybnil společenskou škodlivost přestupku, která podle jeho přesvědčení v daném případě zcela chyběla. K této námitce uvádím, že 1. 7. 2017 nabyla účinnosti novela zákona č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích (dále jen „**změnový zákon**“). V ustanovení § 270 odst. 1 zákona bylo nově zakomponováno formální pojetí odpovědnosti za spáchání přestupku (oproti obecně aplikovanému materiálně-formálnímu pojetí). Uplatní se vyvratitelná domněnka, že jakýkoliv čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle zákona, je bez dalšího považován za společensky škodlivý. Úřad tak není povinen zabývat se explicitně materiální stránkou skutkové podstaty přestupku (viz bod 50 napadeného rozhodnutí). Nicméně z důvodu opakované námítky obviněného se Úřad k naplnění materiální stránky tohoto přestupku vyjádřil v odůvodnění napadeného rozhodnutí (především v bodech 51 a 52), kde uvedl, z čeho dovozuje společenskou škodlivost jednání obviněného. Úřadu tak v žádném případě není možné vytknout přehnaně formalistický přístup, jelikož se zcela dostatečným způsobem vypořádal s tím, na základě jakých skutečností považuje námitku obviněného (tj. nenaplnění materiální stránky přestupku) za nedůvodnou.
39. V této souvislosti lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007-135, který uvedl, že přestupky, ve srovnání s trestnými činy, představují 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 přestupky. Podstatou přestupku je postih za jednání v rozporu s právem. Lze dále rozeznávat společenskou škodlivost typovou (vyjádřená obecnou skutkovou podstatou přestupku) a společenskou škodlivost konkrétní v daném případě, přičemž je třeba hodnotit, zda se konkrétní společenská škodlivost jednání obviněného pohybuje v mezích typové společenské škodlivosti. V opačném případě nelze učinit závěr o odpovědnosti za přestupek. Nejvyšší správní soud dále v rozsudku ze dne 9. 9. 2012, č. j. 9 As 34/2012-28, konstatoval, že „*podle judikatury zdejšího soudu zpravidla není nutno, aby se správní orgány otázkou naplnění materiální stránky daného správního deliktu explicitně zabývaly i v odůvodnění*

svých rozhodnutí. V zásadě totiž platí, že v případě správních deliktů je jejich materiální stránka dána již samotným naplněním skutkové podstaty deliktu (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008-45, nebo rozsudek ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011-62). Až ve chvíli, kdy se jedná o případ, v němž je sporné, zda konkrétní společenská nebezpečnost dosahuje ani minimální hranice typové nebezpečnosti, je nezbytné, aby se správní orgán zabýval materiální stránkou správního deliktu i v odůvodnění svého rozhodnutí. (...) Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve výše uvedeném rozsudku prvního senátu, obzvláště u správních deliktů, jejichž naplnění nevyžaduje zavinění, nebudou mít okolnosti obvykle zkoumané v souvislosti s konkrétní společenskou nebezpečností (míra zavinění, vztah pachatele k jednání, způsob spáchání atd.) žádný vliv na naplnění materiální stránky deliktu. Tyto zvláštní okolnosti daného případu však nezůstanou bez povšimnutí, ale budou správním orgánem hodnoceny při stanovení výše sankce. Obecně je přitom nutno vycházet z premisy, že již stanovením formálních znaků určité skutkové podstaty zákon předpokládá, že při jejich naplnění v běžně se vyskytujících případech bude stupeň společenské nebezpečnosti zpravidla vyšší než nepatrný (rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. 4. 1996, sp. zn. 1 Tzn 2/96)“. Přestože závěry citovaného rozsudku byly vysloveny za účinnosti zákona z r. 2006, v níž absentovala výslovná právní úprava materiálního znaku, jsou plně aplikovatelné i za účinnosti nyní účinného zákona, jenž na ustálenou judikaturu navazuje.

40. Na základě výše uvedeného lze 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. Pokud se však k okolnostem jednání, jež naplní formální znaky skutkové podstaty přestupku, přidruží takové další významné okolnosti, které vylučují, aby takovým jednáním byl porušen nebo ohrožen právem chráněný zájem, nedojde k naplnění materiálního znaku přestupku a takové jednání potom nemůže být označeno za přestupek. V tomto případě však neexistují žádné zvláštní okolnosti, které by zákonnou domněnku o naplnění materiální stránky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona vyvracely, jinými slovy, které by škodlivost předmětného jednání obviněného zásadním způsobem snižovaly natolik, aby o společenské škodlivosti bylo sporu. Ani obviněný neuvedl v rozkladu žádné mimořádné okolnosti, které by presumovanou škodlivost jeho jednání vyvracely. K tvrzení zadavatele, jež bylo obsaženo v jeho vyjádření ze dne 12. 7. 2018, že projednávání přestupku je bezpředmětné s ohledem na to, že k realizaci díla ve smluveném termínu ani nedošlo, se vyjádřil Úřad v bodech 48 a 69 napadeného rozhodnutí. Úřad zde zcela správně konstatoval, že „skutečnost, že z předmětu plnění došlo následně dodatkem č. 1 ze dne 16. 4. 2018 k vynětí budovy s vnitřním bazénem a byl rovněž sjednán nový termín plnění, nemůže zhojit pochybení obviněného, neboť k podpisu předmětného dodatku došlo až v návaznosti na proběhnuvší referendum, nikoli tedy z vůle obviněného zmírnit následky jeho přechozího nezákonného jednání“. K tomu bych rád doplnil, že byť bylo s realizací veřejné zakázky započato později, než bylo stanoveno ve smlouvě o dílo z 25. 10. 2017, z uzavřené smlouvy je v současné době plněno (v rozsahu znění dodatku č. 1). Nepříznivé následky jednání obviněného (tj. možné ovlivnění výběru dodavatele a narušení zásad veřejné soutěže) tak nebyly nijak zmírněny a faktické posunutí realizace díla na pozdější termín tak nelze považovat za okolnost snižující společenskou škodlivost přestupku. Je tak

možno uzavřít, že postupem obviněného byly naplněny jak formální znaky skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, tak i jeho materiální stránka.

K námitce týkající se výše pokuty

41. K výroku II. napadeného rozhodnutí obviněný namítá, že Úřad při uložení pokuty nezohlednil jím zdůrazňované skutečnosti ve vztahu ke společenské škodlivosti (povaze a závažnosti) přestupku podle § 38 zákona o přestupcích. Rovněž podle jeho názoru nebylo Úřadem přihlédnuto k ekonomické situaci zadavatele, v důsledku čehož se jedná o pokutu zcela nepřiměřenou, jež má za následek citelný zásah do majetkové sféry obviněného. S ohledem na předchozí námitku je možno ve vztahu ke společenské škodlivosti odkázat na výše uvedené závěry obsažené v předchozím bodu tohoto rozhodnutí. Dále bych rád zdůraznil, že obviněný v rozkladu ani neuvádí, jaké konkrétní skutečnosti ve vztahu ke společenské škodlivosti má na mysli; jeho námitka se tak nese pouze v obecné rovině. Opět opakuji, že okolnostmi ve vztahu k posouzení společenské škodlivosti (tj. povahy a závažnosti) přestupku se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval dostatečným způsobem, jak bylo již blíže rozvedeno shora. Kromě toho k odlišení závažnosti přestupku je Úřadu dáno velmi široké rozpětí při stanovení výše uložené pokuty, kdy v tomto konkrétním případě byla pokuta udělena na samé spodní hranici tohoto rozpětí (tj. konkrétně ve výši 1 % její maximální možné sazby). Při stanovení výše pokuty pak Úřad přihlédl v souladu s § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. V této souvislosti opakuji, že již tak byla pokuta uložena při samé spodní hranici její možné výměry, pokud by tak Úřad tuto pokutu ještě snížil, popřelo by to základní funkce samotného „institutu sankčního postihu“, jak bude blíže rozvedeno v dalším bodu tohoto rozhodnutí. V souvislosti s přiměřeností výše pokuty lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 12. 2010, č. j. 6 Ads 76/2010 – 74. Zde je uvedeno, že „[s]právní orgán ukládající pokutu za jiný správní delikt je povinen přihlédnout k poměrům pachatele tehdy, pokud mu to zákon výslovně ukládá, a dále rovněž v případě, pokud je podle osoby pachatele a výše pokuty, kterou lze uložit, zřejmé, že pokuta by mohla mít likvidační charakter (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133).“ K tomu dodávám, že Úřad se přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, zda uložená pokuta nebude v daném případě pro obviněného likvidační (což ostatně obviněný ani v podaném rozkladu nenamítal).
42. Jak bylo uvedeno výše, Úřad uložil pokutu při dolní hranici její maximální možné výše a poukázal přitom na represivní a preventivní funkci pokuty. V souvislosti s tím Úřad zcela správně konstatoval, že má-li pokuta tyto dvě funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu (viz bod 74 napadeného rozhodnutí). Kromě toho obviněný neuvádí žádné skutečnosti, které by byly způsobilé vzbudit důvodné pochybnosti o přiměřenosti takto stanovené pokuty, když toliko uvádí, že pokuta představuje citelný zásah do jeho majetkové sféry. K tomu pouze dodávám, že – jak bylo již řečeno výše - pokud by uložená pokuta neměla citelný vliv na majetkové poměry obviněného, neplnila by svou represivní funkci a byla by tak ze své povahy neefektivní a neúčinná. Výše sankčního postihu byla proto Úřadem stanovena tak, aby nedošlo k bagatelizaci následků přestupku. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil; v žádném případě tak není možné považovat uloženou pokutu za

nepřiměřenou. Současně došlo ve výroku III. k rozhodnutí o povinnosti nahradit náklady řízení dle § 79 odst. 5 správního řádu, při tomto rozhodnutí Úřad rovněž postupoval plně v souladu se zákonnou úpravou.

VI. Závěr

43. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zohlednění námitek zadavatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o přestupku a uložení pokuty v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.
44. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží
město Zubří, U Domoviny 234, 756 54 Zubří

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