



UOHSX00BEQIX

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0241/2018/VZ-29242/2018/521/MŽi

Brno: 9. října 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 22. 6. 2018 z moci úřední, jehož účastníkem je

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

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) téhož zákona obviněným 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“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 3. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek 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,

**rozhodl** takto:

### I.

**Obviněný** – město Zubří, IČO 00304492, se sídlem U Domoviny 234, 756 54 Zubří – **se** 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“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 3. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek 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, **dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil ust. § 124 odst. 4 citovaného**

**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, 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 cit. 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 o 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.**

## II.

**Za spáchání přestupku** uvedeného ve výroku I. rozhodnutí tohoto **se obviněnému** – město Zubří, IČO 00304492, se sídlem U Domoviny 234, 756 54 Zubří – **ukládá** podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 150 000,- Kč (sto padesát tisíc korun českých).**

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

## III.

**Obviněnému** – město Zubří, IČO 00304492, se sídlem U Domoviny 234, 756 54 Zubří – **se podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb.**, o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

**uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (jeden tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Odesláním oznámení o zahájení podlimitního zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek zahájil obviněný – město Zubří, IČO 00304492, se sídlem U Domoviny 234, 756 54 Zubří (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“), který je jakožto územní samosprávný celek veřejným zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) – dne 20. 3. 2017 zadávací řízení na veřejnou zakázku „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“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek 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“ nebo „zadávací řízení“).

2. Obviněný se nechal ve smyslu § 43 zákona při provádění úkonů souvisejících s předmětným zadávacím řízením zastoupit společností QUANTUM CZ s.r.o., IČO 25869043, se sídlem Novoveská 101/27, Mariánské Hory, 709 00 Ostrava.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle Oznámení o zahájení podlimitního zadávacího řízení „*novostavba ,Multifunkčního areálu Zubří – vnitřní bazén pro školy a veřejnost s provozem wellness a provoz bufetu s dětským koutkem a kuželnou, venkovní nerezové bazény se zázemím‘ v rozsahu dle dokumentace pro provedení stavby, která je přílohou č. 5 ZD. Zadavatel upozorňuje dodavatele na skutečnost, že provozní soubory označené PS 103 Tepelná čerpadla a PS 107 Kogenerační jednotka (dále pouze ,Energetická infrastruktura‘), nejsou předmětem této veřejné zakázky a nebudou tedy ani součástí nabídky a nabídkové ceny účastníka. Vybraný dodavatel je povinen při realizaci této veřejné zakázky koordinovat předmět plnění veřejné zakázky se subjektem, který bude realizovat výše uvedenou Energetickou infrastrukturu a poskytovat tomuto subjektu a zadavateli veškerou potřebnou součinnost potřebnou pro realizaci Energetické infrastruktury. Předmět veřejné zakázky je blíže definován v bodu 4 ZD.“*
4. Dne 25. 10. 2017 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem – HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 (dále jen „vybraný dodavatel“) – Smlouvu o dílo na realizaci předmětné veřejné zakázky (dále jen „Smlouva“).

## **II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU**

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona příslušný 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 obviněného v souvislosti se zadáváním předmětné veřejné zakázky, na jehož základě si vyžádal od obviněného vyjádření ke skutečnostem v něm uvedeným a dále dokumentaci o předmětném zadávacím řízení.
6. Dne 30. 5. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření obviněného k podnětu č. j. MěÚ/EO/894/2018/Pal ze dne 28. 5. 2018 (dále jen „vyjádření obviněného ze dne 28. 5. 2018“).

### **Vyjádření obviněného ze dne 28. 5. 2018**

7. Obviněný v rámci daného vyjádření předně rekapituluje okolnosti, které provázely proces zadávání veřejné zakázky, zejména pak průběh konání místních referend vztahujících se k předmětné veřejné zakázce.
8. Obviněný dále mj. uvádí, že „*vstupní dílčí prodloužení termínu 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. Tak jako tak toto vstupní prodloužení je v principu bezpředmětné, neboť Zadavatel (resp. vybraný dodavatel)*

*realizaci díla v původně zasmluvněném rozsahu dle původně uzavřené smlouvy vůbec nezahájil, a to právě s ohledem na napadení výsledku místního referenda u Krajského soudu v Ostravě, čímž se realizace díla stala pro obě smluvní strany nejistou. Z logiky věci a i vzhledem k nutnosti dodržení zákonných povinností při správě majetku tak muselo být jakékoliv plnění pozastaveno, a to v podstatě až do doby, než příslušné orgány města Zubří rozhodly o osudu projektu v návaznosti na výsledky referenda konaného dne 12. a 13. ledna 2018, k čemuž došlo až dne 6. 4. 2018. Takovéto řešení situace jako celku bylo provedeno právě až Dodatkem č. 1<sup>1</sup>. V rámci tohoto Dodatku č. 1 (...) již Zadavatel nevracel lhůtu k plnění na původní počet dnů (přestože potřeba prodloužení odpadla s ohledem na to, že realizace díla se přesunula zase do jarních/letních měsíců), neboť pro prodloužení doby plnění začaly svědčit okolnosti týkající se změny rozsahu předmětného díla (vypuštění části plnění spočívajícího ve výstavbě krytého bazénu).“.*

### III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

9. 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 jen „správní řád“), a ve spojení s § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
10. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.
11. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 28. 6. 2018 odpor z téhož dne. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0241/2018/VZ-19436/2018/521/OPi ze dne 2. 7. 2018 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
13. Dne 12. 7. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele č. j. MěÚ/EO/1190/2018/Pal z téhož dne (dále jen „vyjádření obviněného ze dne 12. 7. 2018“).

#### Vyjádření obviněného ze dne 12. 7. 2018

14. Obviněný v úvodu svého vyjádření konstatuje, že nesouhlasí se závěry a hodnocením, které Úřad uvedl v příkazu. Předně namítá, že „posun termínu zahájení plnění do zimních měsíců (resp. míru předvídatelnosti tohoto posunu) nelze posuzovat izolovaně a nelze v žádném případě dovozovat, že by každý zadavatel měl s posunem realizace do zimy vždy a bez ohledu na okolnosti v rámci přípravy zadávací dokumentace kalkulovat“, k čemuž dodává, že

---

<sup>1</sup> Obviněný uzavřel dne 16. 4. 2018 dodatek č. 1 ke Smlouvě, jímž byl stanoven termín zahájení plnění na 2. 5. 2018 a termín dokončení plnění nejpozději do 15-ti měsíců od termínu zahájení, za předpokladu, že obviněný předá vybranému dodavateli dokumentaci pro provedení stavby a stavební povolení.

při přípravě zadávacích podmínek a při zahájení zadávacího řízení nemohl předvídat několikanásobná referenda a změny v rozsahu předmětu plnění. Dle obviněného tedy nelze dovodit povinnost reagovat na nepředvídatelný posun již v zadávacích podmínkách.

15. Dále obviněný uvádí, že zvažoval i uzavření smlouvy s původními termíny a následně uzavření dodatku, následně však zhodnotil, že tento postup je nepotřebný, neboť *„na změnu smlouvy je nutno pohlížet stejnou optikou, ať už se jedná o posouzení situace při jejím uzavírání, či po jejím uzavření“*. Obviněný se domnívá, že jím provedená změna je dovolená, neboť se s ohledem na objektivní nepředvídatelnost a nutnost změny nejedná o podstatnou změnu závazku dle § 222 odst. 3 zákona, tudíž ji nelze *„posuzovat ve vazbě na to, zda by umožnila účast jiných dodavatelů, jak nyní argumentuje Úřad“*. Obviněný dodává, že *„by postupoval stejně vůči jakémukoli dodavateli, všichni by tak byli ve stejné pozici v okamžiku uzavření smlouvy, resp. i pokud by takováto změna byla snad vyhrazena v zadávací dokumentaci, všichni by s ní kalkulovali pouze jako s teoretickou možností a jen těžko by mohla zapříčinit to, že by se do soutěže v takovém případě přihlásili i jiní soutěžitelé.“* Obviněný odmítá argumentaci Úřadu, že by mohl obdržet i nabídky dodavatelů, kteří by z kapacitních důvodů nemohli realizovat zakázku ve lhůtě 12,5 měsíců, s tím, že *„[i] pokud by možnost prodloužení termínu byla v zadávací dokumentaci vymíněna, stále by to byla pouze teoretická možnost a všichni účastníci by s ní samozřejmě počítali jako s hypotetickou alternativou a rozhodně by toto nebylo způsobilo ovlivnit účast dodavatelů s ohledem na jejich kapacitní důvody v době, kdy se plnění předvíдалo (...).“*
16. Obviněný je přesvědčen o bezpředmětnosti projednávaného přestupku, neboť *„realizaci díla ve smluveném termínu s ohledem na následnou změnu rozsahu předmětu plnění ani nezahájil“* a závěr Úřadu obsažený v příkazu o tom, že uvedené nemá vliv na konstatování naplnění skutkové podstaty přestupku, označuje za rozporný *„se standardně uplatňovanou praxí, kdy Úřad běžně zastavuje běžící řízení a věci ‚odkládá‘ s odkazem na ‚bezpředmětnost‘ v případech, kdy zadavatelé např. před vydáním pravomocného rozhodnutí o porušení zákona uzavřou smlouvu či zadávací řízení zruší.“*
17. Obviněný dále vyjadřuje přesvědčení, že Úřad nesprávně vyhodnotil jednání zadavatele jako přestupek, neboť není naplněna jeho materiální stránka, tj. společenská škodlivost. Obviněný s odkazem na rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu dodává, že k uvedenému by měl Úřad přihlídnout *„i při určení výměry případného správního trestu“*.
18. Obviněný dále ve vyjádření zdůrazňuje, že *„smlouvu na veřejnou zakázku s pozměněnými termíny v žádném případě neuzavřel s úmyslem porušit či obejít ustanovení ZZVZ<sup>2</sup> či jakkoli znevýhodnit jiné dodavatele“*, ale proto, že uvedený postup se mu za daných okolností jevil jako jediné východisko. Dodává, že *„v podstatě po celou dobu trvání zadávacího řízení v původním rozsahu neměl jediný důvod předpokládat, že časové rozpětí v délce cca 12,5 měsíců nebude při realizaci veřejné zakázky reálně možno dodržet“*, a teprve v návaznosti na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2017, kterým bylo vyhlášeno ke konci října 2017 místní referendum, tedy ve fázi před podpisem smlouvy, mohl *„objektivně začít polemizovat“* o změně uvedeného závěru. Uvedené časové souvislosti pak dle obviněného vrhají zcela jiné světlo na posuzovaný skutek a vyvracejí polemiku uvedenou zejména v bodu 27. a v bodech 41. – 43. odůvodnění příkazu, neboť obviněný v rámci

<sup>2</sup> rozuměj zákona – pozn. Úřadu

Vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017 vycházel z oprávněného předpokladu, že „s realizací veřejné zakázky bude bez jakýchkoliv pochybností možné započít nejpozději začátkem září 2017“. Obviněný zdůrazňuje, že byl připraven a plánoval podepsat smlouvu na veřejnou zakázku na přelomu srpna a září 2017, přičemž takový termín zahájení stavebních prací by „zcela určitě nezavdal příčinu pro prodloužení termínu (časového rozpětí) plnění zakázky, neboť by zde nebyly dány objektivní technologické důvody, pro které k prodloužení nakonec došlo.“.

19. Obviněný dále poukazuje na to, že jeho postupem „nebyla způsobena jakákoliv škoda, ani v konečném důsledku nedošlo k ničemu, co mělo jakékoliv praktické dopady ať už na výběr dodavatele, nebo na plnění předmětné veřejné zakázky (podle smlouvy nebylo plněno), když i z tohoto pohledu je zřejmé, že společenská škodlivost přestupku je velice nízká a typově pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy tohoto druhu přestupků.“.
20. Obviněný uzavírá, že „výše uvedené skutečnosti jsou okolnostmi zcela výjimečnými, které lze považovat za okolnosti odůvodňující absenci materiální stránky přestupku a Úřad by je měl zohlednit při posuzování společenské škodlivosti přestupku (...).“.
21. Obviněný dále uvádí, že při posouzení ekonomické situace obviněného by měl Úřad přihlížet nikoliv jen k jeho příjmům, ale též k výdajům. Obviněný upozorňuje na to, že má vyrovnaný rozpočet a nedisponuje volnými finančními prostředky. Pokutu ve výši 150 000,- Kč pak obviněný označuje za nepřiměřenou a neodpovídající jeho ekonomické situaci. Obviněný dále vyjadřuje přesvědčení, že pokuta uložená mu v příkazu neodpovídá ustálené rozhodovací praxi Úřadu a zásadě legitimního očekávání a na podporu svého tvrzení poukazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0730/2016/VZ-02805/2017/522/PKř ze dne 26. 1. 2017, které dále ve vyjádření porovnává s šetřeným případem.
22. V závěru svého vyjádření obviněný žádá, aby Úřad zvážil veškeré okolnosti případu „a tyto vyhodnotil tak, že [] projednáváný skutek není přestupkem, resp. že nebyla naplněna materiální stránka přestupku. Pro případ, že by k tomuto závěru Úřad nedospěl, je Zadavatel přesvědčen, že je zapotřebí, aby Úřad zcela zásadně přehodnotil výši Příkazem uložené pokuty, a to jednak s ohledem na ust. § 37 a 38 zákona o přestupcích, a jednak s ohledem na finanční možnosti Zadavatele, přičemž Úřad zároveň dodrží § 2 odst. 4 správního řádu (zásadu legitimního očekávání) a bude se řídit v minulosti nastavenými kritérii pro rozhodování skutkově obdobných případů.“.

#### **Další průběh řízení o přestupku**

23. Usnesením č. j. ÚOHS-S0241/2018/VZ-21850/2018/521/MŽi ze dne 25. 7. 2018 Úřad stanovil obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Obviněný se ve stanovené lhůtě ani později v průběhu řízení o přestupku již nevyjádřil.
24. Dne 30. 7. 2018 umožnil Úřad obviněnému nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0241/2018/VZ.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

25. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o předmětném zadávacím řízení, vyjádření obviněného a na základě vlastního zjištění rozhodl, že se

obviněný při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ust. § 124 odst. 4 zákona, když dne 25. 10. 2017 uzavřel Smlouvu na realizaci předmětné veřejné zakázky s vybraným dodavatelem, ve které v části II. „Termíny“ Smlouvy sjednal termín dokončení plnění „nejpozději do 15-ti měsíců od termínu zahájení“, přičemž termín zahájení byl sjednán v téže části Smlouvy „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 o 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. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

#### ***Relevantní ustanovení zákona***

26. Podle § 51 odst. 3 zákona musí smlouva nebo rámcová dohoda odpovídat zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele a musí být uzavřena písemně.
27. Podle § 52 zákona pro zadání veřejné zakázky v podlimitním režimu může zadavatel použít
  - a) zjednodušené podlimitní řízení s výjimkou veřejné zakázky na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota přesáhne 50 000 000 Kč, nebo
  - b) druhy zadávacích řízení pro nadlimitní režim; v takovém případě zadavatel postupuje podle části čtvrté obdobně s tím, že
    1. jednací řízení s uveřejněním může zadavatel použít i bez splnění podmínek podle § 60 zákona,
    2. u jednacího řízení bez uveřejnění musí být splněna také podmínka nemožnosti dodržet lhůty pro zjednodušené podlimitní řízení, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku, kterou by jinak zadavatel mohl zadat ve zjednodušeném podlimitním řízení,
    3. ustanovení části čtvrté se nepoužijí pro lhůty stanovené v § 54 zákona.
28. Podle § 69 odst. 8 zákona může zadavatel (zadáva-li veřejnou zakázku v řízení se soutěžním dialogem) s vybraným dodavatelem vést jednání za účelem potvrzení jeho nabídky a upřesnění smluvních podmínek, pokud to nepovede ke změně základních parametrů nabídky nebo zadávacích podmínek a tyto změny by neohrozily hospodářskou soutěž nebo by neměly diskriminační účinky.
29. Podle § 124 odst. 4 zákona je zadavatel povinen uzavřít smlouvu v souladu s nabídkou vybraného dodavatele, popřípadě upravenou postupem podle § 69 odst. 8 zákona.
30. 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.

### **Zjištěné skutečnosti**

31. V čl. 6.1. „Předpokládaná doba plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace veřejné zakázky ze dne 21. 3. 2017 (dále jen „zadávací dokumentace“ nebo „zadávací dokumentace veřejné zakázky“) obviněný uvedl:

*„6.1.1. Zadavatel stanoví pro plnění veřejné zakázky následující předpokládané termíny:*

*Termín zahájení:           **30. 6. 2017***

*Dílčí plnění:               dle harmonogramu postupu prací*

*Termín dokončení:       **nejpozději do 16. 7. 2018.***

*6.1.2. ‚Termín zahájení‘ definuje termín, ve kterém zadavatel předpokládá, že bude zahájeno plnění veřejné zakázky mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, tj. předáno staveniště a zahájeny stavební práce na díle.*

*Termín zahájení je podmíněn řádným ukončením zadávacího řízení a podpisem smlouvy s vybraným dodavatelem. V opačném případě si zadavatel vyhrazuje právo změnit Termín zahájení s ohledem na případné prodloužení zadávacího řízení.*

*6.1.3. ‚Dílčí plnění‘ vychází z termínů uvedených v dokumentu ‚Harmonogram postupu prací‘, který předloží dodavatel v rámci své nabídky. Harmonogram musí obsahovat technologické členění na jednotlivé fáze, tj. přípravné práce, HSV, PSV, PVD, zkoušky a měření. Členění harmonogramu požaduje zadavatel minimálně v týdnech s uvedením doby zahájení a dokončení a dále nejdříve možných a nejpozději přípustných termínů jednotlivých stavebních procesů. Účelem harmonogramu je stanovit termíny, lhůtu provádění a určit posloupnosti jednotlivých stavebních prací, dodávek a služeb s ohledem na technologické provádění složité stavby.*

*6.1.4. ‚Termín dokončení‘ definuje termín, který zadavatel připouští jako poslední možný termín dokončení díla a protokolárního předání a převzetí díla bez vad a nedodělků.*

*Pokud v důsledku okolností, které nemohl zadavatel ovlivnit, dojde k situaci, že se předpokládaný Termín zahájení plnění veřejné zakázky podle bodu 6.1.1. této ZD zpozdí, je dodavatel oprávněn požadovat změnu Termínu dokončení tak, že jím navržený Termín dokončení bude upraven o dobu shodnou, po kterou nebylo možné zahájení plnění oproti předpokládanému termínu.“*

32. V části II. „Termíny“ přílohy č. 4 „Smlouva o dílo“ (závazný vzor) zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel uvedl:

*„1. Termíny plnění:*

*Termín zahájení:           **30. 6. 2017***

*Dílčí plnění:               dle Harmonogramu postupu prací*

*Termín dokončení:       **nejpozději do 16. 7. 2018***

*2. ‚Termín zahájení‘ definuje termín, ve kterém bude zahájeno plnění podle této smlouvy (realizace díla) mezi objednatelem a zhotovitelem, tj. předáno staveniště a zahájeny stavební práce na díle.*



3. „Dílčí plnění“ vychází z termínů uvedených v dokumentu „Harmonogram postupu prací“, který je přílohou č. 3 této smlouvy (dále jen „Harmonogram postupu prací“). Harmonogram postupu prací obsahuje technologické členění na jednotlivé fáze, tj. přípravné práce, HSV, PSV, PVD, zkoušky a měření. Členění Harmonogramu postupu prací je uvedeno alespoň v týdnech s uvedením doby zahájení a dokončení a dále nejdříve možných a nejpozději přípustných termínů jednotlivých stavebních procesů. Účelem Harmonogramu postupu prací je stanovit termíny, lhůtu provádění a určit posloupnosti jednotlivých stavebních prací, dodávek a služeb s ohledem na technologické provádění složitě stavby.

4. „Termín dokončení“ definuje termín, který objednatel připouští jako poslední možný termín dokončení díla a protokolárního předání a převzetí díla bez vad a nedodělků.

5. Zhotovitel se tedy zavazuje provést řádně kompletní dílo včetně všech činností vymezených v čl. I této smlouvy a ostatních ustanoveních smlouvy, tj. dokončit je a předat objednateli, nejpozději v Termínu dokončení.“

33. V čl. 15.11. zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel stanovil, že „[n]abídka bude předložena v následujícím členění:

- Krycí list nabídky s identifikačními údaji účastníka, nabídkovou cenou a podpisem oprávněné osoby (osob) účastníka (vzor viz příloha č. 12b ZD),
- Plná moc, pokud nabídku podepisuje zmocněná osoba (dle bodu 15.13. této ZD),
- Smlouva dle bodu 15.7. ZD, v případě, že předmět veřejné zakázky bude plněn společně několika dodavateli,
- Údaje o formě spolupráce dodavatelů (dle přílohy č. 14 ZD), v případě, že předmět veřejné zakázky bude plněn společně několika dodavateli,
- Doklad o poskytnutí jistoty (dle bodu 13 této ZD),
- Smlouva o dílo (dle závazného návrhu viz příloha č. 4 ZD) opatřená datem podpisu a podpisem oprávněné osoby účastníka,
  - Příloha č. 1: Oceněný položkový rozpočet v písemné podobě (závazný dokument viz příloha č. 1 ZD),
  - Příloha č. 2: Seznam poddodavatelů (vzor viz příloha č. 2 ZD)  
(nepředložení seznamu poddodavatelů bude chápáno tak, že veřejná zakázka bude plněna bez využití poddodavatelů),
  - Příloha č. 3: Harmonogram postupu prací (dle bodu 6.1.3. této ZD),
- Oceněný položkový rozpočet v elektronické podobě na disku CD/DVD – dokument bude na disku CD/DVD ve formátu .xls a bude připevněn k poslední straně nabídky v originálním vyhotovení nabídky,
- Finanční harmonogram (dle bodu 14.5. této ZD),
- Ostatní dokumenty dle vlastního uvážení dodavatele.“

34. Vybraný dodavatel v rámci své nabídky ze dne 11. 8. 2017 předložil obviněnému mj. návrh Smlouvy o dílo, v němž je v části II. „Termíny“ uvedeno:

„1. Termíny plnění:

Termín zahájení: **30. 6. 2017**

Dílčí plnění: *dle Harmonogramu postupu prací*

Termín dokončení: **nejpozději do 16. 7. 2018**

2. „Termín zahájení“ definuje termín, ve kterém bude zahájeno plnění podle této smlouvy (realizace díla) mezi objednatelem a zhotovitelem, tj. předáno staveniště a zahájeny stavební práce na díle.

3. „Dílčí plnění“ vychází z termínů uvedených v dokumentu „Harmonogram postupu prací“, který je přílohou č. 3 této smlouvy (dále jen „Harmonogram postupu prací“). Harmonogram postupu prací obsahuje technologické členění na jednotlivé fáze, tj. přípravné práce, HSV, PSV, PVD, zkoušky a měření. Členění Harmonogramu postupu prací je uvedeno alespoň v týdnech s uvedením doby zahájení a dokončení a dále nejdříve možných a nejpozději přípustných termínů jednotlivých stavebních procesů. Účelem Harmonogramu postupu prací je stanovit termíny, lhůtu provádění a určit posloupnosti jednotlivých stavebních prací, dodávek a služeb s ohledem na technologické provádění složitě stavby.

4. „Termín dokončení“ definuje termín, který objednatel připouští jako poslední možný termín dokončení díla a protokolárního předání a převzetí díla bez vad a nedodělků.

5. Zhotovitel se tedy zavazuje provést řádně kompletní dílo včetně všech činností vymezených v čl. I této smlouvy a ostatních ustanoveních smlouvy, tj. dokončit je a předat objednateli, nejpozději v Termínu dokončení.“

35. V části II. „Termíny“ Smlouvy pak bylo mezi obviněným a vybraným dodavatelem sjednáno následující:

„1. Termíny plnění:

Termín zahájení: **do 30 dnů od podpisu této smlouvy**

Dílčí plnění: *dle Harmonogramu postupu prací*

Termín dokončení: **nejpozději do 15-ti měsíců od termínu zahájení**

2. „Termín zahájení“ definuje termín, ve kterém bude zahájeno plnění podle této smlouvy (realizace díla) mezi objednatelem a zhotovitelem, tj. předáno staveniště a zahájeny stavební práce na díle.

3. „Dílčí plnění“ vychází z termínů uvedených v dokumentu „Harmonogram postupu prací“, který je přílohou č. 3 této smlouvy (dále jen „Harmonogram postupu prací“). Harmonogram postupu prací obsahuje technologické členění na jednotlivé fáze, tj. přípravné práce, HSV, PSV, PVD, zkoušky a měření. Členění Harmonogramu postupu prací je uvedeno alespoň v týdnech s uvedením doby zahájení a dokončení a dále nejdříve možných a nejpozději přípustných termínů jednotlivých stavebních procesů. Účelem Harmonogramu postupu prací je stanovit termíny, lhůtu provádění a určit posloupnosti jednotlivých stavebních prací, dodávek a služeb s ohledem na technologické provádění složitě stavby.

4. „Termín dokončení“ definuje termín, který objednatel připouští jako poslední možný termín dokončení díla a protokolárního předání a převzetí díla bez vad a nedodělků.

*5. Zhotovitel se tedy zavazuje provést řádně kompletní dílo včetně všech činností vymezených v čl. I této smlouvy a ostatních ustanoveních smlouvy, tj. dokončit jej a předat objednateli, nejpozději v Termínu dokončení.“*

36. V rámci „Vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017“ obviněný na dotaz dodavatele ohledně úpravy termínu zahájení, příp. ukončení realizace prací uvedl:

*„Zadavatel v ustanovení bodu 6.1.2. zadávací dokumentace (dále jen ‚ZD‘) uvedl, že termín zahájení je podmíněn řádným ukončením zadávacího řízení a podpisem smlouvy s vybraným dodavatelem. Dále si v tomto ustanovení zadavatel vyhradil právo změnit termín zahájení s ohledem na případné prodloužení zadávacího řízení. V ustanovení bodu 6.1.4. ZD se uvádí, že pokud se termín zahájení plnění veřejné zakázky zpozdí, je dodavatel oprávněn požadovat změnu termínu dokončení tak, že termín dokončení bude upraven o dobu shodnou, po kterou nebylo možné zahájení plnění oproti předpokládanému termínu.*

*V tomto ohledu tedy zadavatel uvádí, že smlouva na zakázku bude reflektovat výše uvedené skutečnosti, tj. bude uzavřena s uvedením reálného termínu zahájení prací, a rovněž veškeré termíny plnění zakázky budou odpovídat časovému rozpětí uvedenému v ZD. Zároveň zadavatel upřesňuje a doporučuje, aby harmonogramy postupu prací, jež účastníci předložili ve svých nabídkách, byly koncipovány obecně, a to např. tak, že termíny v nich uváděné se budou odvíjet od termínu zahájení prací, a nikoli od pevného data uvedeného v ZD.“*

37. Usnesením RM 74/835 přijatém na 74. chůzi Rady města Zubří konané dne 23. 8. 2017<sup>3</sup> „Rada města rozhodla o výběru nejvýhodnější nabídky v rámci podlimitní veřejné zakázky na stavební práce ‚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‘, kterou podal účastník HOCHTIEF CZ a. s., IČ: 46678468, Praha 5, Plzeňská 16/3217, PSČ 150 00, jež na základě posouzené nabídky splnil podmínky účasti v zadávacím řízení a nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější.“

#### **K postupu obviněného**

38. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces s minimem prostoru pro smluvní volnost, přičemž uvedené je promítnuto mj. do ust. § 51 odst. 3 zákona, dle kterého musí smlouva (příp. rámcová dohoda) odpovídat zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele, resp. do ust. § 124 odst. 4 zákona, který zcela jednoznačně stanoví povinnost (v případě zadávání veřejné zakázky v nadlimitním režimu, resp. i v případě, kdy se zadavatel rozhodne pro zadání veřejné zakázky v podlimitním režimu použít některý z druhů zadávacího řízení pro nadlimitní režim – viz § 52 zákona, jako tomu bylo v šetřeném případě) zadavatele uzavřít smlouvu v souladu s nabídkou vybraného dodavatele, popřípadě upravenou postupem dle § 69 odst. 8 zákona, tj. v případě, že je veřejná zakázka zadávána v řízení se soutěžním dialogem, může zadavatel s vybraným dodavatelem vést jednání za účelem potvrzení jeho nabídky a upřesnění smluvních podmínek, pokud to nepovede ke změně základních parametrů nabídky nebo zadávacích podmínek a tyto změny by neohrozily hospodářskou soutěž nebo by neměly diskriminační účinky.

---

<sup>3</sup> dostupné na <http://mesto-zubri.cz/usneseni-rady-mesta/ds-1123/p1=10218&tzv=1&pocet=25&stranka=2>

39. Zákon oproti předchozí právní úpravě (viz § 68 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) již neukládá, aby nabídka dodavatele obsahovala podepsaný návrh smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky, platí však, jak již Úřad uvedl výše, že smlouva dle § 51 odst. 3 zákona musí odpovídat zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele. Z uvedeného plyne, že zadavatel, pakliže nestanoví v zadávacích podmínkách povinnost učinit součástí nabídky rovněž návrh smlouvy, je oprávněn dohodnout znění dané smlouvy s vybraným dodavatelem před jejím uzavřením, to však pouze za předpokladu splnění výše uvedených podmínek; v případě řízení se soutěžním dialogem (jakožto jednoho z druhů zadávacích řízení pro nadlimitní režim) zákon zadavateli přiznává právo jednat s vybraným dodavatelem o upřesnění smluvních podmínek (za podmínek uvedených v § 69 odst. 8 zákona).
40. V případě, že zadavatel v zadávacích podmínkách veřejné zakázky stanoví dodavatelům povinnost učinit součástí nabídky návrh smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky (který odpovídá zadávací dokumentaci), je zadavatel povinen uzavřít s vybraným dodavatelem smlouvu v souladu s tímto předloženým návrhem [lze připustit změny formálního charakteru (např. změny kontaktních údajů) či zpřesnění použitých formulací (bez vlivu na obsah smlouvy) apod.]. V této souvislosti lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 12/2016-110 ze dne 27. 4. 2017<sup>4</sup> (potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 150/2017-58 ze dne 8. 3. 2018), v němž daný soud mj. judikoval, že „(...) *zadavatel nesmí s dodavatelem o jimi předloženém návrhu smlouvy, který je součástí jejich nabídky (§ 68 odst. 2 ZVZ) a který odpovídá zadávací dokumentaci (ať už je samotný ‚vzor‘ či ‚text‘ smlouvy součástí zadávací dokumentace či ať jsou podmínky smlouvy v zadávací dokumentaci uvedeny v jiné formě než ‚vzoru‘ či ‚textu‘ smlouvy) jakkoli dále jednat a tento návrh smlouvy upravovat. Tím spíše to platí o takových obchodních podmínkách, jež mají vliv na hodnocení nabídek (tj. tyto obchodní podmínky jsou samotnými kritérii pro hodnocení nabídek, popř. tyto obchodní podmínky na hodnocení nabídek v jednotlivých hodnotících kritériích mohou mít alespoň nepřímý vliv).*“ Krajský soud v Brně v témže rozsudku dále judikoval, že s ohledem na smysl zadávacích podmínek, hodnotících kritérií a hodnocení nabídek je nezbytné za nepřípustnou změnu „*považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví dodavatelé své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení (a byla tak součástí pravidel nabídnutých vybraným uchazečem při respektování pravidel stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách).*“ Byť se závěry Krajského soudu v Brně vztahují k situaci po uzavření smlouvy, lze dle názoru Úřadu uvedené aplikovat i přímo na proces uzavření smlouvy v zadávacím řízení. To ostatně potvrzuje i judikatura, která dospěla k závěru, že na změny smlouvy je třeba nahlížet stejnou optikou, ať už se jedná o posouzení situace při jejím uzavírání (tj. při posouzení toho, zda byla smlouva uzavřena v souladu s nabídkou), či po jejím uzavření (tj. při posouzení toho, zda nedošlo k její podstatné změně); k tomu srov. zejm. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018 sp. zn. 30 Af 102/2016.
41. V šetřeném případě obviněný jak v zadávací dokumentaci (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tak v její příloze č. 4 – vzoru smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky (viz

<sup>4</sup> Přestože se daný rozsudek vztahuje k předchozí právní úpravě, jeho obecné závěry lze zcela jistě aplikovat i na nyní účinný zákon (při vědomí výjimky ve smyslu § 69 odst. 8 zákona pro řízení se soutěžním dialogem).

bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí), stanovil shodně termín zahájení plnění na konkrétní datum 30. 6. 2017 a termín dokončení plnění nejpozději do 16. 7. 2018; doba plnění byla tedy zadavatelem stanovena v celkovém rozsahu cca 12,5 měsíce.

42. Vybraný dodavatel předložil obviněnému v souladu s jeho požadavkem uvedeným v čl. 15.11. zadávací dokumentace veřejné zakázky (v podrobnostech viz bod 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí) v rámci své nabídky ze dne 11. 8. 2017 mj. návrh smlouvy o dílo opatřený datem a podpisem oprávněné osoby dodavatele. V části II. „Termíny“ návrhu smlouvy o dílo vybraný dodavatel shodně se zadávacími podmínkami veřejné zakázky uvedl termín zahájení a dokončení poptávaného plnění (viz bod 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
43. Dne 25. 10. 2017 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem Smlouvu, avšak s rozdílným termínem pro plnění veřejné zakázky oproti termínu stanovenému v zadávacích podmínkách a v návrhu smlouvy o dílo, jenž byl součástí nabídky vybraného dodavatele. Termín zahájení byl nově sjednán „do 30 dnů od podpisu této smlouvy“ a termín dokončení „nejpozději do 15-ti měsíců od termínu zahájení“ (viz bod 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
44. V této souvislosti obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 28. 5. 2018 k podnětu uvedl, že změna termínu pro plnění veřejné zakázky sjednaná Smlouvou byla vyvolána objektivními okolnostmi, tj. s ohledem na skutečnost, že některé části díla (na které technologicky navazují další části díla) by nebylo možné realizovat v zimním období a termín pro realizaci díla stanovený v zadávacích podmínkách (tj. 12,5 měsíce) by tak nebylo možné reálně stihnout.
45. K tomu Úřad uvádí, že si je vědom skutečnosti, že realizace veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou stavební práce, jako je tomu i v šetřeném případě (viz bod 3. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nemusí být – zejména v jejich počátečních fázích – v zimním období vždy možná, avšak tato skutečnost nemůže být důvodem pro postup, který zvolil obviněný v šetřeném případě. Obviněným uváděná okolnost představuje ostatně notorietu, se kterou 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. Pokud tedy obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 12. 7. 2018 odmítá, že by bylo možno po každém zadavateli vždy bez ohledu na okolnosti požadovat, aby kalkuloval s možností posunu realizace předmětu veřejné zakázky do zimy, pak k tomu Úřad pro úplnost dodává, že je na každém konkrétním zadavateli, aby právě s ohledem na okolnosti zadávání každé veřejné zakázky přizpůsobil proces zadávání tak, aby byl v souladu se zákonem. Ostatně obviněný obdobně postupoval, když si v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, konkrétně v čl. 6.1 zadávací dokumentace (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a ve „Vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017“ (viz bod 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí), vyhradil možnost případného odložení zahájení plnění ze smlouvy v případě prodloužení zadávacího řízení. Obviněný však v šetřeném případě uzavřením Smlouvy sjednal oproti zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele odlišnou lhůtu plnění (i z hlediska její absolutní délky, bez ohledu na okamžik zahájení prací), aniž s touto eventualitou počítal v zadávacích podmínkách, když nově dané časové rozpětí činilo celkem 15 měsíců od termínu zahájení, tj. o 2,5 měsíce více než bylo stanoveno v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. K tomu je možno pro úplnost dodat, že zadavatel naopak ještě ve Vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017 uváděl, že termín dokončení bude případně upraven o dobu shodnou, po kterou nebylo možné

zahájení plnění oproti předpokládanému termínu, resp. že veškeré termíny plnění zakázky budou odpovídat časovému rozpětí uvedenému v zadávací dokumentaci.

46. K argumentu obviněného, že ještě v rámci Vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017 nebyl důvod předpokládat nutnost prodloužení časového rozpětí na plnění veřejné zakázky, neboť vycházel z „oprávněného“ předpokladu, že „bez jakýchkoliv pochybností“ bude možno zahájit realizaci veřejné zakázky nejpozději začátkem září, přičemž tato pochybnost vznikla až v důsledku rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2017 (viz k tomu bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí), uvádí Úřad následující. Ačkoliv obviněný deklaruje ve vyjádření svoji připravenost uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky na přelomu srpna a září 2017, tak sám svým postupem v zadávacím řízení tuto svoji deklaraci popírá, neboť o výběru nejvýhodnější nabídky obviněný rozhodl teprve usnesením RM 74/835 na 74. schůzi Rady města Zubří konané dne 23. 8. 2017, přičemž oznámení o výběru dodavatele odeslal dne 11. 9. 2017. Uvedené termíny pak nesvědčí o tom, že by byly ovlivněny namítaným rozhodnutím Nejvyššího správního soudu o referendu. Obviněný znalý svých vnitřních předpisů a délky schvalovacích procesů tedy mohl objektivně předpokládat, že k podpisu smlouvy dojde nejdříve koncem září, resp. počátkem října 2017, nikoliv na počátku září, jak uvedl, a to ještě toliko pokud by předpokládal, že neobdrží námítky proti rozhodnutí o výběru. Úřad proto uvedený argument obviněného odmítá.
47. S ohledem na uvedené Úřad konstatuje, že obviněný v šetřeném případě postupoval v rozporu s § 124 odst. 4 zákona<sup>5</sup>, když uzavřením Smlouvy změnil rozpětí termínu pro plnění veřejné zakázky z původních 12,5 měsíců na 15 měsíců, tj. uzavřel Smlouvu v rozporu s nabídkou vybraného dodavatele.
48. Pokud obviněný v rámci vyjádření ze dne 28. 5. 2018 a shodně ve vyjádření ze dne 12. 7. 2018 mj. uvádí, že dané prodloužení termínu je bezpředmětné, neboť obviněný (resp. vybraný dodavatel) realizaci díla ve smluveném termínu s ohledem na napadení výsledku místního referenda u příslušného soudu vůbec nezahájil (kdy daná situace byla zohledněna až v rámci dodatku č. 1 ze dne 16. 4. 2018), a že tudíž jeho postupem nebyla způsobena žádná škoda, pak k tomu Úřad uvádí, že dané skutečnosti nemají v šetřeném případě vliv na konstatování naplnění skutkové podstaty přestupku [obviněný přestupek spáchal již v okamžiku uzavření Smlouvy, přičemž vznik škody není znakem skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] a Úřad se k nim dále vyjádří v rámci úvah o výši uložené pokuty za spáchání přestupku. K argumentu obviněného, že uvedený závěr je „v příkrém rozporu se standardně uplatňovanou praxí, kdy Úřad běžně zastavuje běžící řízení a věci ‚odkládá‘ s odkazem na ‚bezpředmětnost‘ v případech, kdy zadavatelé např. před vydáním pravomocného rozhodnutí o porušení zákona uzavřou smlouvu či zadávací řízení zruší“, Úřad uvádí, že obviněný argumentuje postupem Úřadu v těch případech, kdy je řízení zahájeno před podpisem smlouvy na veřejnou zakázku. V těchto případech se však jedná o jiný typ řízení, konkrétně o správní řízení, ve kterém je Úřad oprávněn (resp. povinen, pokud shledá porušení zákona ze strany zadavatele) uložit nápravné opatření (jež je možno dle zákona uložit – s výjimkou zákazu plnění smlouvy – toliko do uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky) a ve kterém nemá v zákonem predikovaných případech jinou

<sup>5</sup> Obviněný zvolil pro zadání předmětné veřejné zakázky užší řízení, jakožto jeden z druhů zadávacích řízení pro nadlimitní režim, přičemž s ohledem na § 52 písm. b) zákona byl povinen postupovat v tomto zadávacím řízení podle části čtvrté „Nadlimitní režim“ zákona.

možnost, než běžící správní řízení zastavit [např. právě v případě, kdy zadavatel průběhu správního řízení uzavřel smlouvu na plnění předmětu přezkoumávané veřejné zakázky (viz k tomu ust. § 257 zákona)]. V šetřeném případě je však vedeno řízení o přestupku, tedy řízení, ve kterém již došlo k zadání veřejné zakázky (a jehož výsledkem je uložení pokuty). Úřad proto odmítá argument obviněného jako lichý.

49. K tvrzení obviněného, že v šetřeném případě nebyla naplněna materiální stránka přestupku, resp. že jeho jednání postrádá společenskou škodlivost, neboť Smlouvu neuzavřel s úmyslem porušit zákon či znevýhodnit jiné dodavatele, byl připraven uzavřít Smlouvu v září 2017, tedy v době, kdy období 12,5 měsíce postačovalo k plnění závazku, a neboť nebyla způsobena jakákoliv škoda, „*ani v konečném důsledku nedošlo k ničemu, co mělo jakékoliv praktické dopady ať už na výběr dodavatele, nebo na plnění předmětné veřejné zakázky*“, Úřad uvádí následující.
50. Dle dikce ustanovení § 270 odst. 1 zákona se má za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý. V této souvislosti lze odkázat na důvodovou zprávu k zákonu 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“), kde je uvedeno, že: „*Materiálně-formální pojetí se pro oblast zadávání veřejných zakázek nejeví jako zcela vhodné. Společenská škodlivost je u těchto přestupků dána již samotným naplněním skutkové podstaty přestupku. V případě, že by konkrétní společenská škodlivost protiprávního jednání nedosahovala ani minimální hranice typové škodlivosti, nebyl by dán veřejný zájem na jeho stíhání. Proto se upravuje vyvrátitelná právní domněnka spočívající v tom, že se má za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý*“. Z toho vyplývá, že pokud jednání příslušného obviněného naplňuje formální znaky skutkové podstaty některého z přestupků upravených zákonem, pak již není nutné – není-li o tom sporu – posuzovat materiální stránku takového jednání, tzn. jeho společenskou škodlivost, jelikož ta je tímto protiprávním jednáním bez dalšího naplněna. Úřad tedy není dle zákona povinen vždy v odůvodnění svých rozhodnutí zkoumat explicitně materiální stránku spáchaného přestupku, přičemž – jak uvádí Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 As 34/2012 – 28 ze dne 9. 8. 2012 – „*[a]ž 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 [zde přestupku – pozn. Úřadu] i v odůvodnění svého rozhodnutí*“. V předmětném správním řízení pak obviněný v rámci vyjádření ze dne 12. 7. 2018 vyjádřil pochybnost o naplnění materiální stránky přestupku.
51. Jak uvádí Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 31 Af 86/2016 – 61 ze dne 3. 7. 2018, „*[m]ateriální stránka deliktu spočívá v ohrožení či porušení zájmu chráněného zákonem, a odvíjí se tedy od cíle příslušné zákonné normy a jeho naplnění či nenaplnění v souvislosti s deliktním jednáním*“. Zájmem chráněným dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (ve vztahu k § 124 odst. 4 zákona) je, aby zejm. z hlediska zachování férové soutěže o veřejnou zakázku a základních zásad zadávacího řízení byly smlouvy na veřejnou zakázku uzavírány v souladu s nabídkou vybraného dodavatele (případně upravenou postupem dle § 69 odst. 8 zákona v soutěžním dialogu), přičemž ke spáchání přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona postačuje ohrožení uvedeného právem chráněného zájmu, tj. situace, kdy obviněný svým

postupem mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (a ohrozil tak férovou soutěž o veřejnou zakázku).

52. Společenskou škodlivost tedy nelze hodnotit např. podle toho, zda byl přestupek spáchán úmyslně, či zda byla způsobena škoda, jak uvádí obviněný. Škodlivost v šetřeném případě spočívá v tom, že obviněný v rozporu se zákonem uzavřel s vybraným dodavatelem Smlouvu odlišnou od nabídky vybraného dodavatele a současně odlišnou od zadávacích podmínek veřejné zakázky, když sjednal delší časový úsek na realizaci plnění šetřené veřejné zakázky, přičemž nebylo možno předem určit, že by k takové změně zadávacích podmínek mohlo dojít. Úřad opakovaně připomíná, že zadávací řízení je značně formalizovaný proces, který je nutno pro zajištění zákonnosti striktně následovat. Úřad dodává, že nastalý stav je pak společensky škodlivý, neboť konečným důsledkem v šetřené věci je to, že Smlouva (v tom znění, ve kterém byla uzavřena, tj. s termínem plnění v rozpětí cca 15 měsíců) mohla být uzavřena s odlišným dodavatelem, pokud by delší časový úsek na realizaci plnění šetřené veřejné zakázky byl obsažen již v zadávací dokumentaci (viz k tomu dále), a postupem zadavatele tak došlo k ohrožení férové soutěže o veřejnou zakázku. Jedná se tedy o zcela zásadní důsledek, kdy nemůže být pochybnost o tom, že materiální stránka přestupku byla naplněna.
53. K argumentu obviněného, že Smlouvu s pozměněnými termíny „*neuzavřel s úmyslem porušit či obejít ustanovení ZZVZ*“, Úřad uvádí, že odpovědnost za přestupky zadavatele je konstruována jako odpovědnost objektivní, tedy nezávislá na zavinění zadavatele, a z hlediska naplnění znaků skutkové podstaty přestupku dle zákona tak nemá tvrzení neúmyslného jednání žádný vliv.
54. Jak již Úřad předestřel výše, postup obviněného mohl mít (minimálně v potenciální rovině) vliv na výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel v zadávacích podmínkách veřejné zakázky stanovil termín plnění v rozpětí 15 měsíců (tj. v rozpětí, jaké bylo smluvně sjednáno ve Smlouvě ze dne 25. 10. 2017 mezi obviněným a vybraným dodavatelem), mohl obdržet i nabídky dodavatelů, kteří se např. z kapacitních důvodů neúčastnili předmětného zadávacího řízení (tj. tito dodavatelé nepodali nabídku v předmětném zadávacím řízení, neboť nebyli ve lhůtě 12,5 měsíců schopni realizovat předmět veřejné zakázky z důvodu účasti svých pracovníků na jiných projektech) a kteří mohli obviněnému nabídnout ekonomicky výhodnější nabídku (obviněný v čl. 18.1 „Kritéria hodnocení“ zadávací dokumentace veřejné zakázky stanovil, že ekonomickou výhodnost nabídek bude hodnotit podle nejnižší nabídkové ceny v Kč bez DPH) než vybraný dodavatel, pokud by termín pro plnění byl delší než původních 12,5 měsíců.
55. Pro úplnost pak Úřad doplňuje, že obdobnou problematikou, tj. změnou termínu plnění veřejné zakázky oproti zadávacím podmínkám, resp. nabídce vybraného dodavatele, se ve svém rozsudku ze dne 23. 1. 2018 sp. zn. 30 Af 102/2016 zabýval i Krajský soud v Brně, přičemž jednoznačně uzavřel, že „*[n]emůže být sporu o tom, že termín zahájení plnění zakázky (resp. doba plnění jako taková) hraje u potenciálních dodavatelů význam v tom smyslu, zda se vůbec budou o veřejnou zakázku ucházet a jakou podají nabídku.*“.
56. Úřad pro přehlednost dodává, že (potenciální) vliv na výběr dodavatele je výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí dovozován ve vztahu k naplnění skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona z důvodu porušení § 124 odst. 4 zákona [dovozuje, zda nedodržení



pravidla stanoveného zákonem (tj. uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky s delším termínem plnění oproti nabídce vybraného dodavatele) mohlo ovlivnit výběr dodavatele], nikoliv ve vztahu k podstatné změně závazku dle § 222 odst. 3 zákona, jak zmiňuje obviněný ve svém vyjádření ze dne 12. 7. 2018. Úřad tedy neposuzuje, zda se v šetřeném případě jedná o podstatnou změnu závazku dle § 222 zákona, neboť ačkoliv obviněný v rámci vyjádření ze dne 12. 7. 2018 uvádí, že zvažoval variantu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s původními termíny a následné uzavření dodatku, tak tato hypotetická varianta nenastala, a tudíž nelze jednoznačně a závazně posoudit, zda by takováto změna byla možná, neboť takové posouzení by záviselo na všech konkrétních okolnostech daného případu. Úřad v této souvislosti také upozorňuje na závěry Krajského soudu v Brně, podle kterých „[p]okud se (...) žalobce snaží poukázat na to, že zákonný požadavek na striktní soulad nabídky se zadávací dokumentací lze obejít následnou změnou již uzavřené smlouvy, pak je nutno zdůraznit, že obcházení zákona rozhodně nelze považovat za postup v mezích zákona. Jednak takový postup může znamenat porušení základních zásad, na nichž je postavena právní úprava zadávání veřejných zakázek, jednak může mít také soukromoprávní důsledky. Jinými slovy, právní úprava sice může být chápána jako benevolentnější v případě změny uzavřených smluv oproti požadavku na soulad nabídky se zadávací dokumentací, nicméně jednak z této skutečnosti nelze dovozovat, že by na uvedeném požadavku nemělo být striktně lpěno, jednak tato odlišnost neznámá, že na první pohled benevolentnější právní úprava je také vstřícnější vůči jednání, které fakticky představuje obcházení zákona.“ (viz k tomu rozsudek č. j. 31 Af 86/2016 – 61 ze dne 3. 7. 2018).

57. Optikou § 222 zákona by se tedy na možnost změny uzavírané smlouvy bylo možno v šetřeném případě dívat pouze podpůrně (viz k tomu rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 102/2016 - 99 ze dne 23. 1. 2018). Obviněný v rámci vyjádření ze dne 12. 7. 2018 uvádí, že se v šetřeném případě nejedná (resp. nejednalo by se) o podstatnou změnu závazku, a to „s ohledem na naprostou objektivní nepředvídatelnost a zároveň nutnost dané změny“. Ačkoliv Úřad opakuje, že neposuzoval (k tomu viz výše), zda se v šetřeném případě jednalo o podstatnou změnu závazku dle § 222 zákona, nýbrž to, zda zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku v souladu s nabídkou vybraného dodavatele dle § 124 odst. 4 zákona, i tak lze nad rámec uvedeného doplnit, že okolnosti, kterými obviněný odůvodňuje svůj postup (tj. že nastaly objektivní okolnosti, v jejichž důsledku došlo k posunu zahájení doby plnění veřejné zakázky, a tudíž bylo nutno prodloužit dobu plnění veřejné zakázky – viz k tomu bod 14. a bod 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nelze v souvislostech daného případu bez dalšího hodnotit jako okolnosti, které by zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat (k tomu viz výše body 45. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a které by tedy naplnily definiční znak nepodstatné změny závazku ve smyslu § 222 odst. 6 zákona.
58. S ohledem na vše výše uvedené Úřad konstatuje, že obviněný se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ust. § 124 odst. 4 zákona, když dne 25. 10. 2017 uzavřel Smlouvu na realizaci předmětné veřejné zakázky s vybraným dodavatelem, ve které v části II. „Termíny“ Smlouvy sjednal termín dokončení plnění „nejpozději do 15-ti měsíců od termínu zahájení“, přičemž termín zahájení byl sjednán v téže části Smlouvy „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 o 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, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí - k uložení pokuty**

59. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.
60. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
61. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích počíná promlčecí doba běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
62. Úřad uvádí, že ke spáchání přestupku obviněným došlo dne 25. 10. 2017 uzavřením Smlouvy. Řízení o přestupku bylo zahájeno dne 22. 6. 2018 doručením příkazu. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula a odpovědnost obviněného za přestupek nezanikla.
63. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona lze za přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
64. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, a za kterou mu může být uložena pokuta, činí dle části III. „Cena díla“ Smlouvy, ve znění dodatku č. 1 ze dne 16. 4. 2018 ke Smlouvě, celkem 130 185 090,83 Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) za spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí tedy činí částku ve výši 13 018 509,- Kč.
65. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlídnou zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
66. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
67. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny,

ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).

68. V rámci posouzení povahy a závažnosti, resp. následků přestupku Úřad konstatuje, že v šetřeném případě nedošlo k zákonem předvídanému postupu dle § 124 odst. 4 zákona, neboť obviněný neuzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky v souladu s nabídkou vybraného dodavatele. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup zpravidla zcela vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o přestupek svým charakterem nejzávažnější, neboť obviněný provedl zadání veřejné zakázky v užším řízení, tj. soutěžní prostředí zajistil, a porušení zákonem stanoveného postupu se dopustil „až“ při uzavření Smlouvy. Tím, že obviněný uzavřením Smlouvy změnil v rozporu s nabídkou vybraného dodavatele termín pro dokončení plnění, však došlo ve svém důsledku *de facto* k popření, resp. znehodnocení původně konkurenčního prostředí v rámci předmětného zadávacího řízení. V tomto smyslu je třeba přestupek pokládat za závažný.
69. Co se týče okolností, za nichž byl přestupek spáchán, Úřad se při posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech ve vztahu ke stanovení výše pokuty zabýval i tou okolností, že k zahájení, resp. k realizaci plnění veřejné zakázky v termínu dle Smlouvy nakonec nedošlo (viz bod 48. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Danou okolnost však nelze pokládat za polehčující ve vztahu k výši uložené pokuty, neboť obviněný podpisem Smlouvy jednoznačně vyjádřil požadavek na dokončení díla ve lhůtě 15 měsíců, přestože v zadávacích podmínkách veřejné zakázky stanovil termín pro dokončení díla kratší. K tomu je třeba doplnit, že skutečnost, že z předmětu plnění došlo následně dodatkem č. 1 ze dne 16. 4. 2018 k vynětí budovy s vnitřním bazénem a ke sjednání nového termínu plnění, nemůže zhojit pochybení obviněného, kterého se dopustil podpisem Smlouvy, neboť k podpisu předmětného dodatku došlo až v návaznosti na proběhnuvší místní referendum, nikoli tedy z vůle obviněného zmírnit následky jeho předchozího nezákonného jednání. Úřad dále posoudil jako přitěžující tu skutečnost, že ačkoli v době vydání „Vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 26. 7. 2017“ již bylo zřejmé, že k zahájení plnění (stavebních prací) v termínu dle zadávací dokumentace nedojde, obviněný žádnou možnost prodloužení termínu, resp. řešení nepříznivých klimatických podmínek v zimním období, nepřipustil (k tomu srov. body 45. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad rovněž při stanovení výše pokuty zohlednil jako přitěžující okolnost tu skutečnost, že prodloužení termínu pro dokončení plnění o 2,5 měsíce představuje 1/5 původně stanoveného termínu, kdy takové prodloužení nelze bezpochyby považovat za marginální změnu. Úřad se vzhledem k výše uvedenému neztotožňuje s náhledem obviněného, že *„společenská škodlivost přestupku je velice nízká a typově pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy tohoto druhu přestupků“*.
70. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (správním deliktem) obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 28/2009 – 62 ze dne 18. 6. 2009, popřípadě rozsudek

č. j. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 9. 2016. V prvně uvedeném rozhodnutí Nejvyšší správní soud konstatoval, že „soud dovodil, že při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“. Soud dále pokračuje tak, že „[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26*).“ Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se správní delikty (nyní přestupky).

71. Úřad konstatuje, že zjistil, resp. ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádnými dalšími přestupky (správními delikty) obviněného. Vzhledem k právě řečenému tedy Úřad nemusel přikročit k uplatnění institutu souhrnného trestu.
72. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele (obviněného). V této souvislosti Úřad přihlédl i k finančním možnostem obviněného a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpočtu obviněného na rok 2018<sup>6</sup> vyplývá, že obviněný počítá s příjmy v celkové výši 212 046 000,- Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze považovat za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).
73. V této souvislosti obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 12. 7. 2018 uvedl, že by Úřad měl při stanovení výše pokuty přihlížet nikoliv jen k příjmům obviněného, ale také k jeho výdajům, přičemž poukázal na to, že má vyrovnaný rozpočet a tudíž nedisponuje „žádnými volnými finančními prostředky“. Dodal, že sankci ve výši 150 000,- Kč proto nepovažuje za odpovídající jeho ekonomické situaci. K tomu Úřad předně uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam (zde např. na plánované rozpočtové výdaje obviněného). Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního

<sup>6</sup> Dostupné na [http://www.mesto-zubri.cz/assets/File.ashx?id\\_org=19378&id\\_dokumenty=10066](http://www.mesto-zubri.cz/assets/File.ashx?id_org=19378&id_dokumenty=10066)

charakteru, což ani sám obviněný nenamítá. Sama skutečnost, že obviněný nedisponuje „volnými“ finančními prostředky, ze kterých by mohl uhradit uloženou pokutu, tedy nesvědčí tomu, že se jedná o pokutu, která by „zmařila“ ekonomickou podstatu obviněného. Kromě toho je třeba vést v patrnosti, že pokud by ze strany Úřadu bylo na ekonomickou situaci pachatelů přestupků nahlíženo nastíněnou optikou obviněného, pak by byl Úřad nucen ukládat zanedbatelné pokuty prakticky u všech zadavatelů, kteří nejsou založeni či zřízení za účelem generování zisku, tedy např. právě v případě územně samosprávných celků, neboť tyto převážně hospodaří s vyrovnaným rozpočtem. V takovém případě by však ukládaná sankce ztrácela svůj význam, resp. by neplnila svoji funkci. Nemožnost investovat prostředky zaplacené jako pokuta jiným způsobem je totiž imanentní součástí každé uložené pokuty. V situaci, kdy by zadavatel ani nebyl nucen jakkoli omezit své výdaje a pokutu by zaplatil z „volných finančních prostředků“, jinými slovy by uložení pokuty ve své činnosti nijak nepocítil, by ukládaná sankce ani nebyla trestem, ani by nebyla způsobitelná motivovat zadavatele k tomu, aby se napříště nezákonného jednání vyvaroval. Pro úplnost Úřad doplňuje, že v konečném důsledku se nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.

74. Úřad dodává, že je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Výše sankčního postihu byla proto Úřadem stanovena i tak, aby nedošlo k bagatelizaci následků přestupku.
75. K argumentu obviněného, že pokuta ve výši 150 000,- Kč neodpovídá ustálené rozhodovací praxi Úřadu, kdy v této souvislosti obviněný poukazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0730/2016/VZ-02805/2017/522/PKř ze dne 26. 1. 2017, Úřad uvádí, že v uvedeném rozhodnutí Úřadu byla zadavateli v souladu se zásadou absorpce uložena pokuta za spáchání správního deliktu podle § 269 odst. 2 zákona, tj. za spáchání správního deliktu při uveřejňování podle zákona, přičemž k ostatním správním deliktům (tj. i ke správním deliktům spočívajícím v prodloužení doby plnění smlouvy) bylo přihlédnuto toliko jako k přitěžujícím okolnostem. Nadto, ačkoliv obviněný zdůrazňuje výrazně vyšší objem finančních prostředků, jimiž disponoval předmětný zadavatel, a také výrazně delší prodloužení doby plnění smlouvy, tak v této souvislosti zcela opomíjí další zcela zásadní aspekt, a to hodnotu veřejné zakázky a z ní plynoucí horní hranici možné pokuty (tato činila v namítaném případě v části 1. 400 243,70 Kč, resp. 455 906,20 Kč v části 2. veřejné zakázky), která je naopak několikanásobně nižší, než v šetřeném případě. Jen pro úplnost Úřad dodává, že obviněnému je pokuta ukládána ve výši lehce přesahující 1 % její maximální

možné sazby, oproti tomu v namítaném rozhodnutí Úřadu pokuta přesahovala 5% její maximální možné sazby. Vzhledem k uvedenému Úřad nemá za to, že by se odklonil od své ustálené rozhodovací praxe, resp. že by porušil zásadu legitimního očekávání obviněného, přičemž dle názoru Úřadu není pokuta ukládaná při samé spodní hranici možné sazby v rozporu ani s hodnocením trestaného pochybení coby „neúmyslného“, jak uvádí obviněný.

76. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že neshledal důvody, které by vedly k přehodnocení správního uvážení Úřadu o výši udělené pokuty. Uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
77. Úřad posoudil postup obviněného ze všech výše uvedených hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty. Po zvážení všech okolností případu Úřad uložil pokutu ve výši 150 000,- Kč uvedenou ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
78. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

#### **K výroku III. tohoto rozhodnutí – k nákladům řízení**

79. Podle § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.
80. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
81. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, vycházel Úřad při jejich uložení z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.
82. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000,- Kč.
83. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

84. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000241.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

**Obdrží**  
město Zubří, U Domoviny 234, 756 54 Zubří

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